

K E N D E L S E

Forenede Service A/S
(advokat Thomas Ryhl, København)

mod

Danmarks Tekniske Universitet
Campus Service
(advokat Kristian Hartlev, København)

Den 12. marts 2012 indgav klageren, Forenede Service A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Danmarks Tekniske Universitet. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 10. april 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglernes ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i forbindelse med EU-udbud af rengøring at anvende et ulovligt tildelingskriterium, idet det tilbudte timeantal blev anvendt som delkriterium til underkriteriet »Leveringssikkerhed«, uagtet at timetallet er en funktion af den tilbudte pris og derfor kun lovligt kunne anvendes som delkriterium til underkriteriet »Økonomi«.

Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglernes ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i forbindelse med EU-udbud af rengøring at anvende en sproglig evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og som ikke sikrer en overholdelse af den udmeldte vægtning af de enkelte underkriterier.

Påstand 3:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglernes ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i forbindelse med EU-udbud af rengøring at tillægge små kvalitetsmæssige forskelle mellem klagerens tilbud og det vindende tilbud langt større betydning end den store prisforskel mellem de to tilbud, hvilket ikke er i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes angivelse af, at prisen ville vægte med 55 %, mens kvaliteten samlet ville vægte med 45 %.

Påstand 4:

Klagenævnet skal annullere indklagedes ulovlige beslutninger.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Klagenævnet har forstået klagerens påstand 4 således, at klageren påstår, at klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 23. februar 2012 om, at kontrakten vil blive tildelt Elite Miljø A/S.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klageren har den 24. maj 2012 indgivet en klage til Klagenævnet for Udbud over Vejle Kommune. Klagen omfatter påstande, der i det væsentlige svarer til påstandene i nærværende klage. Den 12. juni 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen i den sag opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Kendelse i sagen mod Vejle Kommune er afsagt samtidig med nærværende kendelse.

Oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse 2011/S 215-350827 udbød indklagede rengøring af Risø Campus som begrænset udbud. Ved brev af 20. december 2011 blev klageren sammen med 4 andre ansøgere prækvalificeret til at afgive tilbud på opgaven. Klageren og 3 andre virksomheder afgav konditions-mæssige tilbud inden for tilbudsfristen den 6. februar 2012.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Af udbudsbetingelsernes punkt 3 fremgår om tildelingskriteriet:

»DTU vil i den forbindelse lægge de nedenfor anførte 2 underkriterier til grund:

Økonomi (55 %)

Bedømmelsen vil ske på grundlag af en kontraktperiode på 5 år fra opstart ved inddragelse af det tilbudte basisvederlag samt tilbudsgivers prissætning af ydelsesoptioner og priser for »udvidelse/reduktion og refusion« med de skønnede mængder, der er angivet i bilag 2 (Prisbilag).

De i bilag 2 (Prisbilag) angivne skønnede mængder er alene angivet til brug for tilbudsevalueringen, og DTU er ikke forpligtet til at aftage disse fra vinderen, eller at aftage ydelsesoptioner i et bestemt miks.

Leveringssikkerhed (45 %)

Bedømmelsen af den tilbudte leveringssikkerhed vil ske på grundlag af følgende elementer:

- Robustheden i den tilbudte tidsplan og i de tilbudte opstartsprocedurer, herunder karakteren og omfanget af de tilbudte foranstaltninger i forberedelsesperioden og indkøringsperioden, set forhold til rengøringsydelsernes samlede omfang.
- I hvilken udstrækning de tilbudte ledelseskompetencer modsvarer de ledelsesmæssige opgaver, som de i tilbuddet forudsættes at skulle varetage, og på dette grundlag vil kunne bidrage til kontraktens opfyldelse.
- Den tilbudte stedlige ledelses beslutningskompetence.
- Den tilbudte styring af eventuelle underleverandører.
- Den tilbudte kvalitetssikring af rengøringsydelserne under kontrakten.
- Den tilbudte håndtering af fravær.
- Den tilbudte uddannelse af medarbejdere.
- Den i tilbuddet indeholdte timespecifikation for manuelle timer set i forhold til det samlede omfang af rengøringsydelser, der omfattes af basisvederlaget.

Procentangivelserne angiver underkriteriernes relative vægt i tilbuds-evalueringen«

Underbilag 2 til kontraktudkastet, som var en del af udbudsbetingelserne, er et prisbilag. I »Vejledning til tilbudsgiver« vedrørende prisbilaget er anført følgende:

»2. Timespecifikation.

a. Manuelle timer.

Her anføres det årlige antal timer der kalkuleres med til udførelse af de rengøringsydelser der er omfattet af basisvederlaget, men fratrasket timer til ledelse.«

Underbilag 6 til kontraktudkastet vedrører dokumentation for timeforbrug. I underbilaget er anført følgende:

»DTU lægger vægt på, at de timer Tjenesteyderen estimerer i bilag 2 (prisbilaget) faktisk leveres i det omfang, de er nødvendige for at sikre udførelse af alle omfattede rengøringsydelser til den aftalte kvalitet. Tjenesteyderen skal inden opstart aflevere en liste med en estimeret timespecifikation pr. bygning baseret på timespecifikationen i bilag 2 (prisbilaget). Tjenesteyderen skal kvartalsvis i specificeret form dokumentere antal faktisk præsterede timer pr. bygning. Dokumentationen for forbrugte timer skal være DTU i hænde senest en uge før hvert driftsmøde. ...

Der ønskes en beskrivelse af hvordan Tjenesteyder vil dokumentere det leverede antal timer.«

Ved brev af 23. februar 2012 meddelte indklagede klageren, at tilbuddet fra Elite Miljø A/S var vurderet som det økonomisk mest fordelagtige. Af brevet fremgår bl.a.:

»Det kan om bedømmelsen af Deres tilbud for så vidt angår underkriteriet leveringssikkerhed oplyses, at dette samlet set er vurderet at være begrænset positivt.

...

Ved sammenligning af Deres tilbud med tilbuddet fra Elite Miljø A/S fsva. underkriteriet leveringssikkerhed, er det vurderingen, at Elite Miljø på centrale punkter - bl.a. den tilbudte kvalitetssikring af rengøringsydelserne, den stedlige ledelses beslutningskompetence, den tilbudte håndtering af fravær, den tilbudte uddannelse af medarbejdere og det tilbudte antal manuelle timer - præsterer bedre end Deres tilbud. På baggrund heraf er det den samlede vurdering, at tilbuddet fra Elite Miljø

under bedømmelsen af underkriteriet leveringssikkerhed mere end opvejer Deres vægtede økonomiske fordel.«

Indklagedes evalueringsnotat indeholder en individuel evaluering af hvert tilbud i forhold til hvert af de offentliggjorte under- og delkriterier. Evalueringsnotatet indeholder desuden under overskriften »Sammenlignende vurdering med iagttagelse af underkriteriernes relative vægtning«, følgende:

»Økonomi (55 %):

Forenede Service tilbyder samlet set den laveste pris på 21.935.718,75 kr.

Næstlaveste pris præsteres af Elite Miljø, der oplyser en pris på kr. 23.917.645,00 kr. svarende til en differens på 9,0% ift. Forenede Service's pris.

Sort til Hvidt tilbyder en samlet pris på 25.437.599,20 kr., hvilket er 16,0 % dyrere end Forenede Service's pris.

Dyrest er ISS Facility Services med en pris på 27.556.246,25 kr. svarende til en forskel på 25,6% ift. Forenede Service's pris.

Leveringssikkerhed (45 %):

Blandt de fire konditionsmæssige tilbud er det DTU's vurdering, at tilbuddet fra Elite Miljø er det bedste fsva. underkriteriet leveringssikkerhed med en samlet vurdering, der er positiv, jf. de ovenfor angivne sammenfattende vurderinger.

Sort til Hvidt præsterer betydeligt ringere end Elite Miljø fsva. underkriteriet leveringssikkerhed, der for Sort til Hvidt vedkommende bedømmes at være begrænset negativt. Endvidere tilbyder Sort til Hvidt en pris, der er højere end den af Elite Miljø tilbudte. På baggrund heraf kan det konstateres, at Sort til Hvidt ikke har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Med en samlet vurdering af underkriteriet leveringssikkerhed, der er begrænset positiv og en betragtelig højere tilbudspris bedømmes ISS Facility Services' tilbud at være ringere end Elite Miljø's tilbud fsva. begge underkriterier. På baggrund heraf kan det konstateres, at heller ikke ISS Facility Services har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Tilbage er tilbuddene fra Elite Miljø og Forenede Service. Med inddragelse af de relative vægte af underkriterierne er det DTU's opgave at

skulle bedømme, hvorvidt de fordele, der er konstateret i Elite Miljø's tilbud fsva. underkriteriet leveringssikkerhed, mere end opvejer den vægtede økonomiske forskel på 11,0 % - svarende til en økonomisk vægtet fordel på godt 2.4 mio. kr. Ved denne afvejning bemærkes, at det af Elite Miljø tilbudte antal manuelle timer er 10,9 % højere end det af Forenede Service tilbudte antal timer. Hertil kommer, at Elite Miljø's tilbud på centrale punkter - bl.a. den tilbudte kvalitetssikring af rengøringsydelserne, den stedlige ledelses beslutningskompetence, den tilbudte håndtering af fravær, den tilbudte uddannelse af medarbejdere - præsterer bedre end Forenede Service 's tilbud.

Det er på den baggrund DTU's vurdering, at de fordele, som Elite Miljø's tilbud rummer under bedømmelsen af underkriteriet leveringssikkerhed mere end opvejer Forenede Service 's vægtede økonomiske fordel. Samlet er det således under anvendelse af de vægtede underkriterier økonomi (55 %) og leveringssikkerhed (45 %) DTU's vurdering, at Elite Miljø har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.«

I indklagedes sammenfattende vurdering og konklusion vedrørende klagerens opfyldelse af underkriteriet leveringssikkerhed, fremgår:

»I forbindelse med vurderingen af FS' tilbud for så vidt angår underkriteriet leveringssikkerhed er der lagt positiv vægt på, at FS tilbyder en robust opstartsprocedure, som fint redegør for de fire overordnede hovedområder (forberedelse, klargøring, opstart og opfølgning). Driftschefens ledelses-, erfarings- og uddannelsesmæssige kompetencer vurderes at honorere kravene til udførelsen af de i kontrakten angivne opgaver. Den tilbudte håndtering af fravær - både planlagt og ikke-planlagt - bedømmes at give DTU sikkerhed for, at kvaliteten i rengøringsydelserne altid være den samme.

På den negative side bemærkes, at FS' redegørelse for regionsdirektørens ledelsesmæssige kompetencer ikke er beskrevet. Ydermere vurderes placeringen af beslutningskompetence hos hhv. serviceleder og driftschef ikke at være hensigtsmæssig, idet servicelederen i mange (daglige og relevante) tilfælde vil skulle have endelig godkendelse fra driftschefen for at kunne gå videre med opgaver. Det forekommer urealistisk, at servicelederen i løbet af en uge vil kunne kvalitetskontrollere samtlige bygninger på lokaliteten. Det vurderes ikke hensigtsmæssigt, at DTU skal involveres i FS' koordinering af stikprøvekontroller, idet FS egenhændigt bør varetage en sådan opgave. Fsva. efteruddannelse på ledelsesniveau vurderes FS' beskrivelse heraf at være meget sparsom med oplysninger, herunder eventuelle frekvensangivelser.

Den samlede vurdering af FS' håndtering af underkriteriet leveringssikkerhed er begrænset positiv.«

I den sammenfattende vurdering og konklusion vedrørende Elite Miljø's opfyldelse af underkriteriet leveringssikkerhed, fremgår:

»Ved vurderingen af EM's tilbud for så vidt angår underkriteriet leveringssikkerhed er der lagt positiv vægt på, at EM tilbyder en tilfredsstillende opstartsprocedure med fokus på relevante elementer. Den stedlige ledelses beslutningskompetence vurderes at være hensigtsmæssig for udførelsen af opgaverne i kontrakten, ligesom kvalitetssikringen af rengøringsydelserne bedømmes at indeholde betryggende procedurer og elementer for DTU. Særligt vurderes EM at tilbyde en gennemprøvet og solid håndtering af såvel planlagt som ikke-planlagt fravær for både den stedlige ledelse og de øvrige service medarbejdere. EM vurderes at have fint fokus på uddannelse, herunder efteruddannelse af såvel ledende medarbejdere og servicemedarbejdere - dog trækker det en smule ned, at EM særligt for ledende medarbejdere ikke angiver frekvens for kompetenceudviklende efteruddannelse. Endeligt er det bemærket, at det årlige antal tilbudte timer ligger på et realistisk og tilfredsstillende niveau.

På den negative side er det bemærket, at EM's besvarelse ikke i tilstrækkelig grad redegør for de ledelsesmæssige kompetencer hos regionschefen og servicelederen. Derudover trækker det også ned, at servicelederen virker meget uprøvet som leder, og generelt mangler erfaring.

Den samlede vurdering af EM's håndtering af underkriteriet leverings-sikkerhed er positiv.«

Af evalueringsnotatet synes endvidere at fremgå, at indklagede ved vurderingen af kriteriet leveringssikkerhed har opereret med karakterer som »positiv«, »begrænset positiv«, »meget begrænset positiv«, »positiv med en lille pil nedad«, »neutral«, »begrænset negativ«, »tilnærmelsesvis negativ«, »negativ«, »meget negativ«

Det er oplyst, at indklagede i 2010 har gennemført 7 udbud vedrørende rengøring på andre lokaliteter alle med opstart i foråret/sommeren 2010. Ved et af disse udbud, Lyngby, blev klageren tildelt kontrakten. Ved et andet udbud, Hirtshals, blev Elite Miljø tildelt kontrakten.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at den vægtning af underkriterierne, som i overensstemmelse med udbudsdirektivet artikel 53, stk. 2, er angivet i udbudsbetingelserne, ikke blev fulgt af indklagede. Den anvendte pointmodel medførte således, at underkriteriet »Økonomi« fik en alt for lille vægt, som ikke svarer til den vægtning på 55 %, som følger af udbudsbetingelserne.

Klageren har hertil anført, at det i et udbud som det aktuelle strider imod såvel ligebehandlingsprincippet som mod gennemsigtighedsprincippet at lægge vægt på antallet af manuelle timer som et delkriterium til underkriteriet »Leveringsikkerhed«. Skulle der have været lagt vægt på timetallet, skulle det være sket som led i bedømmelsen af underkriteriet »Økonomi«, idet antallet af tilbudte timer ved rengøringsydelser er en direkte funktion af prisen.

Det bestrides ikke, at der i et udbud er en sammenhæng mellem prisen og de kvalitative underkriterier, men dette gælder ikke lige præcis ved rengøring. Rengøringsvirksomhed er et område, hvor lønomkostningerne udgør mere end 95 % af den samlede pris på ydelserne. Der er ikke store omkostninger til materiel, driftsmidler, videre- og efteruddannelse, udvikling eller markedsføring. Hele rengøringsbranchen har siden 2011 været omfattet af en overenskomst der sikrer, at alle aktører - også underleverandører - omfattes af overenskomstvilkårene. En opmandstilkendegivelse i en faglig voldgiftssag (FV2011.0097) fra december 2011 har ydermere præciseret, at underleverandører skal have en betaling, der mindst svarer til, hvad der skulle have været betalt for det pågældende arbejde ifølge overenskomsten. Det er derfor heller ikke muligt at reducere lønudgifterne ved at overdrage dele af rengøringsarbejdet til underleverandører. Tilkendegivelsen indskrænker rengøringsbranchens muligheder for at konkurrere på andet end manuel effektivitet, dvs. på antallet af arbejdstimer, der skal bruges på en given rengøringsopgave.

Fordi timelønnen over alt i branchen er den samme, er det eneste væsentlige parameter ved prisen på rengøringsarbejde netop den anvendte tid. Prisen på en rengøringsopgave er dermed en direkte funktion af antallet af arbejdstimer, der bruges.

Det tilbudte antal manuelle timer er således så snævert forbundet med den tilbudte pris, at timetallet kun lovligt kan medregnes under underkriteriet

»Økonomi«. Indgår timetallet i stedet ved vurderingen af et tilbud som en del af det eneste andet underkriterium, underkriteriet »Leveringsikkerhed«, som i det aktuelle udbud, vil de to faktorer komme til at opveje hinanden.

Ved en helt lige vægtning af de to kriterier, vil der således reelt ikke blive lagt vægt på den tilbudte pris. Derfor vil de andre delkriterier, der indgår ved vurderingen af »Leveringsikkerhed«, betyde alt, i modstrid med den offentliggjorte vægtning af de to underkriterier.

Den offentliggjorte vægtning af underkriteriet »Økonomi« er i praksis blevet gjort betydningsløs gennem brugen af det tilbudte timetal som en kontrafaktor under underkriteriet »Leveringsikkerhed«. Elite Miljø A/S' væsentligt højere pris er, jf. indklagedes tilbudsevalueringsnotat, anset for mere end opvejet af den større leveringssikkerhed, der angives at følge at – primært og især - et væsentligt større antal timer.

Det højere antal tilbudte timer (10,9 % højere end klagerens tilbud) holdes direkte op mod klagerens lavere pris (11 % lavere end Elite Miljø A/S' pris efter vægtning) og fremhæves som en faktor, der reelt udligner forskellen i pris på de to tilbud.

Dermed bliver den tilbudte pris uden betydning for tildelingsbeslutningen. Afgørende er herefter alene vurderingen af de øvrige delkriterier under underkriteriet »Leveringsikkerhed«.

Det er i strid med gennemsigtighedsprincippet på denne måde at lade et underkriterium, der angives at ville vægte med 55 %, reelt være uden betydning eller kun have meget begrænset betydning, mens et andet underkriterium, der angives at ville vægte med 45 %, reelt betyder alt.

Det er i strid med ligebehandlingsprincippet på denne måde at behandle det tilbudte timeantal som en afgørende fordel for Elite Miljø A/S og at undlade at tillægge den tilbudte pris væsentlig betydning, samtidig med at klagerens tilbud primært er blevet bedømt på den tilbudte pris.

Indklagede har gjort gældende, at de under- og delkriterier, som indklagede har anvendt, er lovlige og i overensstemmelse med udbudsreglerne, herunder ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at bedømmelsen af den tilbudte leveringssikkerhed vil ske på grundlag af 8 delkriterier, herunder delkriteriet »den i tilbuddet indeholdte timespecifikation for manuelle timer set i forhold til det samlede omfang af rengøringsydelser, der omfattes af basisvederlaget«

Ved indklagedes evaluering er timespecifikation for manuelle timer anvendt til at vurdere, om tilbudsgiveren har forstået opgavens omfang og afsat tilstrækkeligt med timer i forhold til behovet. Indklagede har således foretaget et skøn over, om timespecifikationen er realistisk set i forhold til de rengøringsopgaver, der skal leveres. Det er derfor, at delkriteriet hører under underkriteriet leveringssikkerhed, idet et urealistisk antal manuelle timer set i forhold til behovet erfaringsmæssigt betyder, at rengøringsvirksomheden får vanskeligt ved at levere den aftalte kvalitet, simpelthen fordi der ikke er afsat det nødvendige antal timer. Det bestrides derfor, at timespecifikationen kun lovligt kan vurderes i forbindelse med underkriteriet økonomi, hvorved bemærkes, at de fleste delkriterier under underkriteriet leveringssikkerhed - direkte eller indirekte - har betydning for/indvirkning på, hvilken pris virksomheden kan tilbyde. Det er med andre ord ganske sædvanligt, at der i et udbud er en sammenhæng mellem prisen og de kvalitative underkriterier.

Det bestrides, at indklagede har lagt afgørende vægt på timespecifikationen. Som det fremgår af såvel evalueringsnotatet som af afslagsbrevet, har indklagede inddraget alle 8 delkriterier ved vurderingen af underkriteriet leveringssikkerhed, og intet delkriterium er i den forbindelse tillagt afgørende betydning. Det bemærkes hertil, at udbudsreglerne ikke foreskriver vægtning af delkriterier, hvorfor det er i fuld overensstemmelse med udbudsreglerne at foretage en samlet vurdering af et underkriterium baseret på de opstillede delkriterier.

Det bestrides, at lønomkostninger generelt skulle udgøre mere end 95 % af den samlede pris for rengøringsydelser. Erfaringen hos indklagedes tekniske rådgiver er, at 80-85 % af den samlede pris udgøres af lønomkostningerne, og at de tilbudte timepriser (enhedspriser) som regel svinger cirka 10 % fra tilbudsgiver til tilbudsgiver. Men uanset om der er en mere eller mindre tæt sammenhæng mellem tilbudsprisen og det kalkulerede timeforbrug, er det i fuld overensstemmelse med udbudsreglerne at evaluere, om tilbudsgiver har forstået opgavens omfang og afsat et tilstrækkeligt antal timer i

forhold til behovet, jf. til illustration klagenævnets kendelse af 23. april 2012 i sagen Forenede Service A/S mod Egedal Kommune.

At der ikke er den af klageren hævdede tætte sammenhæng mellem tilbudsprisen og antallet af manuelle timer illustreres desuden af, at tilbudsgiveren Sort til Hvidt, der tilbød en pris, som var cirka 1,5 mio. dyrere end vinderens pris (svarende til cirka 6 %), havde kalkuleret med et timeforbrug stort set svarende til vinderens. Den fjerde tilbudsgiver, ISS, havde kalkuleret med et timeforbrug, der var cirka 5 % højere end vinderens. Prisen var til gengæld mere end 3,5 mio. dyrere (svarende til cirka 15 %).

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at den af indklagede valgte evalueringsmodel har medført, at det efter udbudsbetingelserne væsentligste underkriterium – »Økonomi« – reelt har været uden betydning. Den anvendte model har derfor været uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klageren har hertil anført, at den valgte evalueringsmodel og den foretagne evaluering af de enkelte delkriterier til underkriteriet »Leveringssikkerhed« ikke er gennemskuelig og ikke tillader, at den foretagne evaluering kan efterprøves.

Den anvendte evalueringsmodel og i hvert fald den evaluering, der er resultatet af benyttelsen deraf, er således i strid med gennemsigtighedsprincippet, og gør det umuligt at vurdere, om der er sket ligebehandling af tilbudsgiverne.

Indklagede har i forbindelse med evalueringen opereret med en række upræcise karakterer som »positiv«, »begrænset positiv«, »meget begrænset positiv«, »positiv med en lille pil nedad«, »neutral«, »begrænset negativ«, »tilnærmelsesvis negativ«, »negativ«, »meget negativ« og lignende. Uden noget gennemskueligt system vurderes de givne del-karakterer herefter afslutningsvis til en samlet fælles karakter for det enkelte tilbud for så vidt angår underkriteriet »leveringssikkerhed«. Det er derfor ikke muligt at gennemskue, hvilke(t) af de ganske mange dele af de enkelte delkriterier, der har vejet tungest eller lettest ved den samlede vurdering af hvert delkriterium, eller hvorfor. Det er heller ikke muligt at gennemskue, hvilke af de enkelte delkriterier, der har vejet tungest eller lettest ved den samlede vurde-

ring af underkriteriet, eller hvorfor. Det er i strid med gennemsigtighedsprincippet og gør det umuligt at vurdere, om der er sket ligebehandling af tilbudsgiverne.

Indklagede har bestridt at have anvendt en sproglig evaluering, som (1) ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og som (2) ikke respekterer vægtningen af underkriterierne. Indklagede har gjort gældende, at indklagede tværtimod har gennemført en gennemsigtig evaluering, hvor det på forhånd har stået klart for tilbudsgiverne, hvad de skulle aflevere i relation til de enkelte delkriterier, ligesom indklagede har beskrevet sine ønsker i forbindelse med de enkelte delkriterier. Indklagede har i sin sproglige evaluering vurderet tilbudsgivernes besvarelser i forhold til de opstillede ønsker.

Indklagede har identificeret det økonomisk mest fordelagtige tilbud ved hjælp af en sproglig evaluering, hvilket er i overensstemmelse med såvel udbudsdirektivets bestemmelser som den foreliggende rets- og klagenævnsspraksis, jf. bl.a. Retten i Horsens' dom af 16. august 2011 i sag nr. 150-20/2011, Retten i Århus mod Kongsvang Rengøringservice A/S, og Klagenævnets kendelse af 10. marts 2010, Manova A/S mod Undervisningsministeriet.

Indklagede har således ved sin sproglige evaluering identificeret det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og vægtningen af underkriterierne er i den forbindelse respekteret.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede har tillagt ikke-offentliggjorte kriterier afgørende betydning ved tilbudsevalueringen.

Det forhold, at klagerens tilbud var næsten 2 mio. kr. billigere målt på hele kontraktens løbetid, og efter vægtning på 55 % godt 2,4 mio. kr. billigere – af indklagede opgjort til en økonomisk vægtet fordel på 11,0 % -, burde således i sig selv ved en korrekt vurdering have ført til, at klagerens tilbud blev valgt som det økonomisk mest fordelagtige.

Der er ikke så betydelige forskelle på klagerens tilbud og tilbuddet fra Elite Miljø A/S for så vidt angår det andet underkriterium, »Leveringssikker-

hed«, at det mere end opvejede den væsentligt lavere pris i klagerens tilbud. At indklagede desuagtet er nået til et sådant resultat, kan alene forklares med, at der er lagt stor vægt på ikke-oplyste kriterier i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet.

Indklagede har ved evalueringen bl.a. lagt vægt på en (påstået) overopfyldelse af kvalitetskrav, der må opfattes som minimumskrav, og som ikke i udbudsmaterialet er beskrevet på en måde, der lader ane, at det ikke var tilstrækkeligt til at honorere alle krav, herunder at en beskrivelse af tilbudsgivers imødegåelse af hhv. planlagt og ikke-planlagt fravær gav indklagede sikkerhed for, at kvaliteten i rengøringsydelserne altid ville være den samme.

Indklagede har således lagt afgørende vægt på kriterier, der ikke var angivet i udbudsmaterialet, og har derved handlet i strid med såvel gennemsigtighedsprincippet som ligebehandlingsprincippet.

Indklagede har f.eks. vedrørende håndtering af fravær vurderet at klagerens tilbud lå på det forventede niveau. Indklagede har ikke i udbudsmaterialet givet udtryk for, at der ønskedes andet eller mere end tilsikring af netop det, klageren har tilbudt. Indklagede har imidlertid samtidig vurderet, at Elite Miljø på centrale punkter – bl.a. den tilbudte håndtering af fravær – »præsterer bedre« end klagerens tilbud.

En detaljeret gennemgang af de øvrige vurderinger i evalueringsnotatet, jf. bilag 6 og 7, viser uigennemskueligt varierende vurderinger af tilsyneladende helt ensartede tilbudselementer.

Således fremhæves det f.eks. i tildelingsmeddelelsen som noget, der i forhold til klagerens tilbud er vægtet negativt, at »DTU skal involveres i driftschefens koordinering af stikprøvekontroller«. Denne vurdering begrundes i evalueringsnotatet med, at klageren i sit tilbud har beskrevet, at driftschefen ugentligt vil foretage uanmeldte kontroller af udvalgte bygninger »i samråd med DTU«.

Den tilbudte forudgående konsultation af kunden om ønsker til stikprøvekontrollen er imidlertid helt i overensstemmelse med indklagedes udtrykte ønske om, at der er gode muligheder for en løbende dialog mellem leverandøren og ordregiver, og at den stedlige ledelse hos leverandøren har både

beslutningskompetence og uddannelsesmæssig kompetence til at agere og reagere som ønsket af ordregiver. Den tilbudte inddragelse af kunden kunne da også med lige så fuld ret have været vurderet og evalueret som noget positivt (eller til nød »positivt med en lille pil nedad«); således har indklagede f.eks. vurderet det som positivt, at Elite Miljø har lagt op til, at alle kvalitetsrapporter skal godkendes og underskrives af indklagede, og at der månedligt afholdes statusmøder med indklagede.

Lige så arbitrær forekommer vurderingen af, at det er positivt, at Elite Miljø »oplyser at ville gennemføre stikprøvekontroller«. Måske har det været udslagsgivende for den samlede vurdering af tilbuddene, at Elite Miljø ikke har angivet, om indklagede ville blive konsulteret i denne forbindelse? Indklagede har tydeligvis gjort sig stor umage med at gennemføre udbuddet, så alle formalia udadtil fremstår som overholdt.

Ikke desto sidder klageren tilbage med en følelse af, at selv ikke de mest indgående beskrivelser af beslutningskompetencer, kvalitetssikring og fraværshåndtering ville have kunnet stille indklagede tilfreds. Når ikke en meget betydelig prisforskel er nok til at få tildelt en kontrakt, hvor prisen vægtes med mere end 50 %, fordi minimale forskelle i beskrivelsen af procedurer tillægges en overvældende stor betydning, er intet tilsyneladende nok.

Det er klagerens fornemmelse, at der har været falske lodder i vægtskålen: Det synes, som om indklagede for enhver pris har villet undgå at skulle antage klagerens tilbud.

Klageren har da også i de forgangne måneder været udsat for negativ omtale i en række medier på grund af ansættelsesforholdene hos en tidligere underleverandør og har skullet bruge mange kræfter på at forsikre nye kunder om, at alle medarbejdere hos såvel klageren som hos de nuværende underleverandører er sikret overenskomstmæssige forhold.

At dette er tilfældet, var imidlertid – som ved alle andre offentlige udbud – et minimumskrav i indklagedes udbud. Klageren opfyldte naturligvis dette krav, og blev da også prækvalificeret af indklagede, ligesom klagerens tilbud blev vurderet som konditionsmæssigt.

Den vægt, som indklagede desuagtet har lagt på klagers aktuelle »image«, har medført en usaglig forskelsbehandling af klageren. Det er i strid med

det grundlæggende ligebehandlingsprincip, og tildelingsbeslutningen bør derfor annulleres.

Indklagede har bestridt, at der kun er små forskelle mellem klagerens tilbud og det vindende tilbud for så vidt angår underkriteriet leveringssikkerhed. Det er således indklagedes vurdering, at Elite Miljøs tilbud - vurderet på dette underkriterium - er betydeligt bedre end klagerens tilbud, og at disse fordele mere end overvejer klagerens fordel på underkriteriet økonomi. Indklagede har ved sin vurdering taget i betragtning, at økonomi vægter mere end leveringssikkerhed, nemlig 55 % ctr. 45 %. Der henvises til de udførlige begrundelser i evalueringsnotatet og afslagsbrevet.

Klagerens påstand 3 indebærer, at klagenævnet skal vurdere, om indklagede uberettiget har vurderet, at Elite Miljøs tilbud er - betydeligt eller kun lidt? - bedre end klagerens tilbud for så vidt angår underkriteriet leveringssikkerhed. Dette vil medføre, at klagenævnet skal erstatte det skøn, som det tilkommer indklagede at foretage, med sit eget.

Det har undtagelsens karakter, at klagenævnet prøver ordregivers skøn. Om omfanget af dette skøn kan f.eks. henvises til Rettens dom af 19. oktober 2010 i sag T-50/05, og klagenævnets kendelse af 4. februar 2011, Intramed A/S mod Region Nordjylland.

Indklagede er tillagt en vid skønsmargin ved tilbudsevalueringen, jf. udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a's definition af tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, nemlig »det set ud fra ordregiverens synspunkt økonomisk mest fordelagtige tilbud«, samt fast rets- og klagenævnspraksis.

Der er ikke grundlag for at tilsidesætte indklagedes skøn i denne sag. Indklagede har således vurderet, at Elite Miljøs tilbud er bedre end klagerens tilbud for så vidt angår 5 delkriterier af de i alt 8 delkriterier, der indgår i underkriteriet leveringssikkerhed, herunder (1) den i tilbuddet indeholdte timespecifikation for manuelle timer set i forhold til det samlede omfang af rengøringsydelser, der omfattes af basisvederlaget, (2) den tilbudte kvalitetssikring af rengøringsydelserne, (3) den tilbudte håndtering af fravær, (4) den stedlige ledelses beslutningskompetence og (5) den tilbudte uddannelse af medarbejdere

Særligt for så vidt angår timespecifikation for manuelle timer bemærkes, at klagerens tilbud indeholder 18.108 timer årligt, hvilket har medført en vurdering hvorefter »FS tilbyder et noget lavt antal årlige manuelle timer vurderet i forhold til opgaven, hvilket trækker ned og vurderes neutralt.«

Timespecifikationen for manuelle timer i Elite Miljøs tilbud indeholder 20.082 timer årligt, hvilket har medført en vurdering hvorefter »EM tilbyder et tilfredsstillende og realistisk antal manuelle timer årligt, hvilket er positivt.«

Særligt for så vidt angår kvalitetssikring bemærkes, at indklagede ikke i udbudsmaterialet har tilkendegivet ønske om at blive involveret i koordinering af stikprøvekontroller. Delkriteriet om kvalitetssikring vedrører rengøringsvirksomhedens egen kvalitetssikring - og ikke indklagedes kvalitetsvurderinger, som foretages sideløbende. Det er således ikke arbitrært, når indklagede anser det for negativt, at klageren i sit tilbud har angivet, at indklagede skal involveres i rengøringsvirksomhedens kvalitetssikring. Det skyldes, at rengøringsvirksomheden har ansvaret for kvalitetssikringen af rengøringsydelserne. Elite Miljøs tilgang, hvor deres kvalitetskontrol dokumenteres, således at indklagede har mulighed for at bedømme, om det dokumenterede rent faktisk også er udtryk for den krævede kvalitet, er derimod vurderet positivt. Der er ikke grundlag for at kritisere denne vurdering.

Særligt for så vidt angår håndtering af fravær bestrides det, at indklagede i forbindelse med vurderingen af den tilbudte håndtering af fravær har vurderet på (over)opfyldelsen af minimumskrav. Det fremgår klart af udbudsbetingelserne, at håndtering af fravær er et delkriterium, som skal vurderes i forbindelse med vurderingen af underkriteriet leveringssikkerhed. Dette kolliderer ikke med, at der i udbudsmaterialet samtidig er opstillet mindstekrav vedrørende håndtering af fravær.

Det er ikke korrekt, når klageren påstår, at indklagede i forbindelse med evalueringen af tilbuddene har lagt vægt på kriterier, der ikke er angivet i udbudsmaterialet, f.eks. den negative presseomtale af klageren.

Det er heller ikke korrekt, når klageren hævder, at indklagede ved sin tildelingsbeslutning har lagt større eller afgørende vægt på forhold, der i udbudsmaterialet fremstår som ubetydelige.

Som det fremgår af evalueringsnotatet og afslagsbrevet, har indklagede lagt vægt på netop de delkriterier, der er beskrevet i udbudsmaterialet. Klageren har ikke dokumenteret eller sandsynliggjort at indklagede har lagt vægt på andre kriterier.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagedes overtrædelser af udbudsreglerne ad påstand 1-3 er af en så grov karakter, at indklagedes tildelingsbeslutning bør annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har tilsidesat sine udbudsretlige forpligtelser, hvorfor klagerens påstand om annulation allerede derfor ikke skal tages til følge.

Det følger desuden af klagenævnspraksis, at kun grovere overtrædelser af udbudsreglerne fører til annulation af tildelingsbeslutningen. Klagenævnets kompetence er fakultativ, og det fremgår af klagenævnspraksis, at selvom det konstateres, at udbudsreglerne på den ene side er overtrådt, vil annulation alene ske, hvis overtrædelserne konkret kan antages at have haft betydning for tildelingsbeslutningen. Såfremt klagenævnet måtte nå frem til, at klagerens påstand 1, 2 eller 3 tages til følge, bør klagenævnet således ikke træffe afgørelse om annulation, idet klageren ikke har godtgjort, at eventuelle tilsidesættelser af udbudsreglerne konkret har haft betydning for indklagedes tildelingsbeslutning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Underkriterier som »Leveringssikkerhed« og delkriterier som »antallet af manuelle timer set i forhold til det samlede omfang af rengøringsydelser« er i en aftale om serviceydelser som udgangspunkt lovlige og saglige kriterier til vurderingen af et tilbuds kvalitet. Spørgsmålet er herefter alene, om klageren har påvist forhold, der gør, at delkriteriet »antallet af manuelle timer set i forhold til det samlede omfang af rengøringsydelser« i den konkrete situation alene er et lovligt delkriterium til underkriteriet Økonomi og ikke til underkriteriet Leveringssikkerhed

Samme egenskab ved et tilbud må som udgangspunkt kun vurderes i relation til et enkelt af underkriterierne. Det forhold, at en egenskab ved et tilbud kan have en indvirkning på en anden egenskab, indebærer imidlertid ikke i sig selv, at et kriterium, som inddrager den pågældende egenskab, bliver ulovligt.

Det er ubestridt, at der ved serviceydelser, herunder rengøringsydelser, er en vis naturlig sammenhæng mellem den tilbudte pris og antallet af tilbudte timer. Den måde, hvorpå indklagede har fastsat underkriterierne, får naturligt den konsekvens, at det tilbudte antal timer får betydning både direkte ved vurderingen af kvalitet og indirekte ved vurderingen af pris. Dette er imidlertid ikke kun tilfældet ved vurderingen af rengøringsydelser men vil også være tilfældet i relation til en række andre ydelser. At tilbudte timer får betydning for vurderingen af kvalitet fremgår desuden utvetydigt af udbudsbetingelserne og har således været kendt for tilbudsgiverne.

Klageren har ikke alene med henvisning til løn og arbejdsvilkår inden for rengøringsbranchen påvist, at der er en sådan direkte sammenhæng mellem tilbudt pris og tilbudte timer, at et delkriterium om »antallet af manuelle timer« ved et rengøringsudbud pr. definition bliver et ulovligt delkriterium til et kvalitativt underkriterium.

Det støttes konkret af, at delkriteriet ikke blot er antallet af manuelle timer men antallet af manuelle timer set i forhold til det samlede omfang af rengøringsydelser.

Det støttes endvidere af, at der konkret ikke ses at være en så direkte sammenhæng som hævdet af klageren. Det kan således konkret konstateres, at en lavere tilbudt pris ikke nødvendigvis korresponderer med et lavere antal tilbudte timer.

Indklagede har, såvel i udbudsbetingelserne jf. kontraktbilag 3 med underbilag, som under sagen redegjort for, i hvilken sammenhæng antallet af manuelle timer har betydning for kvaliteten af den leverede ydelse og ikke kun for prisen.

Klagerens påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Indklagede har i evalueringen af tilbuddene ikke anvendt et karakter- eller pointsystem, men derimod en sproglig baseret evaluering. En sådan evaluering er lovlig. Der er således ikke krav om, at en ordregiver giver karakter eller point for derved at kunne beregne en samlet karakter i forhold til underkriteriernes vægtning. Det afgørende er den reelle betydning af tilbuddets fordele og ulemper.

Der er udbudsretligt som udgangspunkt ikke krav om, at det i udbudsbetingelserne er angivet, hvorledes delkriterier vil blive vægtet. Vælger indklagede en usædvanlig, unaturlig eller meget skæv vægtning af offentliggjorte delkriterier, skal vægtningen dog oplyses, hvis det må antages at ville have været af væsentlig betydning for tilbudsgiverne at kende denne vægtning.

Underkriteriet »Leveringssikkerhed« omfatter i det aktuelle udbud 8 delkriterier. Det fremgår ikke af hverken indklagedes evalueringsnotat eller af indklagedes meddelelse til klageren om udfaldet af evalueringen, at indklagede har tillagt ét eller få delkriterier hverken væsentlig eller afgørende betydning. Derimod efterlader evalueringsnotatets beskrivelse indtryk af, at de 8 delkriterier indbyrdes vægter stort set lige.

Klagenævnet har herefter ikke grundlag for at fastslå, at indklagede ikke har vurderet tilbuddene i forhold til underkriterierne i overensstemmelse med den vægtning, som var fastsat, eller at indklagede ikke har anvendt den samme vægtning af underkriterierne ved vurderingen af alle tilbuddene

Klagerens påstand 2 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« giver indklagede et vidt skøn over, hvilket tilbud der bedst opfylder de fastsatte underkriterier, herunder de fastsatte delkriterier, og dermed bedst imødekommer indklagedes behov. Ved afgørelsen af, om der er handlet i strid med udbudsreglerne, er det fast praksis, at klagenævnet alene tilsidesætter indklagedes skøn, såfremt grænserne for skønnet er overskredet, eksempelvis fordi skønnet er åbenbart forkert eller har inddraget usaglige forhold. Klagenævnet erstatter ikke indklagedes skøn med sit eget.

Klageren har ikke påvist forhold der indikerer, at indklagede ved sin vurdering af kriteriet »Leveringssikkerhed« har overskredet det skøn, der tilkommer indklagede.

Klageren har endvidere ikke påvist omstændigheder, der giver grundlag for at formode, at indklagede ved evalueringen har inddraget ikke offentliggjorte eller i øvrigt usaglige hensyn.

Klagerens påstand 3 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Efter udfaldet af klagenævnets stillingtagen til påstand 1-3 er der ikke grundlag for at tage påstand 4 til følge.

Påstand 4 tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Ida Maria Westphall
Kontorfuldmægtig