

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Jørgen Egholm, Michael Jacobsen)

J.nr.: 01-183.699

2. april 2002

K E N D E L S E

ISS Danmark A/S

(advokat Henning Aasmul-Olsen, København)

mod

H:S Rigshospitalet

(advokat Henning Biil, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 19. marts 2001 udbød H:S Rigshospitalet som begrænset udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ændret ved direktiv 97/52 (Tjenesteydelsesdirektivet), en tjenesteydelse bestående af rengøring af forskellige lokaler af areal ca. 193.500 m² samt forskellige serviceopgaver i tilknytning til kostforplejning.

Ved tilbudsfristens udløb den 6. juli 2001 var der afgivet tilbud fra seks prækvalificerede virksomheder. Tre af disse, herunder ISS Danmark A/S, var prækvalificeret til at afgive tilbud på hele den udbudte ydelse, medens de tre øvrige var prækvalificeret til at afgive tilbud på dele af den. Alle tilbud angik den ydelse, som vedkommende tilbudsgiver var prækvalificeret til.

Den 14. august 2001 besluttede indklagede at indgå kontrakter med nogle andre tilbudsgivere end ISS Danmark A/S, og disse kontrakter blev derefter indgået.

Den 7. september 2001 indgav klageren (ISS) klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede (Rigshospitalet). ISS fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af Lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 21. september 2001 besluttede Klagenævnet ud fra en samlet vurdering ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 21. januar 2002.

ISS har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, ved i udbudsbetingelserne at angive underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i uprioriteret rækkefølge til trods for, at indklagede i et brev af 20. juni 2001 (28 dage efter udsendelsen af udbudsbetingelserne) var i stand til at foretage en procentuel og indbyrdes vægtning af de enkelte underkriterier, og ved – uanset at intet herom var anført i udbudsbetingelserne – at have tillagt et enkelt underkriterium helt afgørende betydning.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 ved trods valget af det økonomisk mest fordelagtige bud som tildelingskriterium at have udformet prioriteringen af underkriterierne og den valgte evalueringsmodel på en måde, der ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, men alene den laveste pris.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt gennemsigtighedskravet samt ligebehandlingskravet i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved i udbudsbetingelserne at have foreskrevet en kvalitetskontrol, der på væsentlige punkter er uklar, og som er egnet til at skabe tvivl om kravene til den udbudte ydelse.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 14, stk. 2 og 4, ved i udbudsmaterialet at have fraveget tekniske standarder uden tilstrækkeligt grundlag eller begrundelse.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning meddelt den 22. august 2001 om at tildele kontrakten til Forenede Service A/S, Elite Miljø A/S og Completa A/S.

Påstand 6

I det omfang Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Forenede Service A/S, Elite Miljø A/S og Completa A/S, skal Klagenævnet pålægge indklagede at lovliggøre beslutningen ved et nyt udbud af opgaven.

Påstand 7

I det omfang klager får helt eller delvist medhold i påstand 1-4, skal Klagenævnet pålægge indklagede at erstatte klagers omkostninger ved udarbejdelse af tilbud, foreløbig opgjort til ikke under 600.000 kr., jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3, tillige med klagers sagsomkostninger, jf. lovens § 7.

Rigshospitalet har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af erstatningsspørgsmålet (omfattet af påstand 7), indtil Klagenævnet har afgjort de øvrige spørgsmål.

I udbudsbetingelserne, der blev udsendt til de prækvalificerede den 23. maj 2001, blev tildelingskriteriet angivet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud i henhold til følgende underkriterier:

- 1) Pris
- 2) Kvalitet og dokumentation heraf
- 3) Leveringssikkerhed og organisationseffektivitet incl. medarbejderintegration
- 4) Samarbejdseffektivitet, servicemindedhed samt udviklingskapacitet

Det anførtes i udbudsbetingelserne, at prioriteringen af underkriterierne ville blive oplyst i et bilag A til udbudsbetingelserne. Denne oplysning blev gentaget i et referat af et spørgemøde 30.-31. maj 2001. Rigshospitalet sendte dette referat til de prækvalificerede den 12. juni 2001.

Det omtalte bilag A blev ifølge Rigshospitalets angivelse sendt til de prækvalificerede med et rettelsesbrev af 20. juni 2001. ISS har bestridt at have modtaget bilag A før efter tilbudets afgivelse.

I det omtalte bilag A anføres bl.a.

»Prioritering af de i udbudsbrevet af 23.5.01 nævnte delkriterier er:

1. Pris
2. Kvalitet og dokumentation heraf, jf. udbudsbrevet
3. Leveringssikkerhed og organisationseffektivitet incl. medarbejderintegration, jf. udbudsbrevet
4. Samarbejdseffektivitet, servicemindedhed samt udviklingskapacitet, jf. udbudsbrevet

Vægtning fremgår af nedenstående.

Evaluerings af de modtagne bud:

Der gives karakter for hvert delkriterium. For så vidt angår delkriteriet pris, gives karakteren 5 til det laveste tilbud, mens karakteren for de øvrige tilbud beregnes efter formelen:

$$K_n = 5 - 50(P_n - P_{nLav}) / P_{nLav},$$

Hvor K_n er tilbudsgiverens karakter, P_n er tilbudsgiverens pris, og P_{nLav} er det laveste tilbud.

For de øvrige delkriterier gives tilbudsgiverne karakter på grundlag af en vurdering af substansen af de fremsendte redegørelser, jf. udbudsbrevets krav til redegørelser under hvert delkriterium. Der gives en karakter for hvert delkriterium efter en skala fra 1-3, hvor

- 1= mindre tilfredsstillende
- 2=tilfredsstillende
- 3=meget tilfredsstillende

Der kan gives ½ points. Er substansen i redegørelsen ikke acceptabel, tildes karakteren 0. Der kan gives den samme karakter til flere eller alle buddene på de enkelte redegørelser.

Vægtning:

Den opnåede karakter vil blive tillagt følgende vægtning:

Den opnåede karakter for prisen: 75%

Den opnåede karakter for kvalitet m.v.: 10%

Den opnåede karakter for leveringssikkerhed, m.v.: 10%

Den opnåede karakter for samarbejdseffektivitet: 5%

...«

Rigshospitalets evaluering af tilbudene skete i overensstemmelse med det omtalte bilag A.

Efter at Rigshospitalet på et møde med ISS den 8. august 2001 havde givet udtryk for, at ISS næppe ville få nogen ordre i henhold til udbudet, foregik der en korrespondance mellem ISS og Rigshospitalet om forståelsen af udbudet, ligesom ISS under korrespondancen gav en uddybende oplysning om sin tilbudspris. I et brev af 16. august 2001 til Rigshospitalet tilkendegav ISS, at man ville indbringe sagen for Klagenævnet for Udbud. I et brev af 20. august 2001 fra ISS' advokat til Rigshospitalet bad advokaten bl.a. om at få det ovenfor omtalte bilag A til udbudsbetingelserne tilsendt, idet advokaten henviste til, at ISS ikke havde modtaget dette bilag. Efter det oplyste havde ISS ikke tidligere spurgt til bilaget.

Der er afgivet forklaringer af Lars Søndergaard, Anne-Lise Schjøning, Jens Strodl Andersen, Kirsten Jensen og Preben Goth.

Der er fremlagt et antal bilag. I medfør af forvaltningslovens § 15, stk. 1, har ISS ikke haft aktindsigt i visse af bilagene, dvs. de andre tilbudsgiveres tilbud og Rigshospitalets evaluering af tilbudene m.m.

Parternes advokater har i processkrifter og under den mundtlige forhandling gjort udførligt rede for deres synspunkter, og den nedenstående gengivelse af disse synspunkter er yderst summarisk.

Ad påstand 1 (vægtning af underkriterierne)

ISS har anført: Det følger af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, at den indbyrdes vægtning af underkriterierne til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud skal angives i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, og Rigshospitalet har overtrådt bestemmelsen ved ikke at gøre dette. Dette gælder så meget mere, som underkriteriet pris reelt

har været det afgørende, hvilket som følge af den manglende angivelse af vægtningen ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne. Hvis forholdet havde været oplyst, ville ISS' tilbud være blevet udformet anderledes end sket.

Rigshospitalet har anført: Af forskellige grunde kunne man ikke færdiggøre evalueringsmodellen samtidig med udbudsbetingelserne. Man valgte udsende udbudsbetingelserne særskilt for at give tilbudsgiverne lejlighed til at sætte sig ind i det omfattende udbudsmateriale, og man sendte evalueringsmodellen senere. Denne fremgangsmåde er ikke i strid med Tjenesteydelsesdirektivet.

Ad påstand 2 (underkriteriernes egnethed til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud)

ISS har anført: Den indbyrdes vægtning af underkriterierne, som Rigshospitalet har anvendt, er reelt gået ud på at tillægge prisen afgørende betydning. Som følge heraf har underkriterierne ikke været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet dette tildelingskriterium forudsætter, at også andre faktorer end tilbudspriserne tillægges betydning.

Rigshospitalet har anført: Ved tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud er det berettiget at tillægge tilbudsprisen væsentlig betydning. Dette gælder ikke mindst for en ydelse, der som i det foreliggende tilfælde er udbudt med særdeles detaljerede specifikationer. Den anvendte vægtning af underkriterierne har imidlertid også tillagt de øvrige underkriterier betydning, i det omfang tilbudene har ligget i nogenlunde samme niveau prismæssigt. Andre kriterier end prisen fik således udslagsgivende betydning med hensyn til kontraktstildelingen for en del af den udbudte ydelse.

Ad påstand 3 (hævdede uklarheder i udbudsbetingelserne)

Rengøring omfattet af udbud og rengøringskontrakter er traditionelt foretaget som aktivitetsbaseret eller programmeret rengøring, dvs. ud fra en beskrivelse af, hvilken rengøring, der skal foretages i de enkelte lokaler. Den rengøring, der er omfattet af udbudet, blev imidlertid i hvert fald i et vist omfang udbudt som kvalitetsbaseret rengøring i henhold til standarder. Ved kvalitetsbaseret rengøring fastlægges der kontrolprocedurer og retningslinjer for, hvilket rengøringsniveau, der skal konstateres ved kontrollen i henhold til disse procedurer.

Kvalitetsbaseret rengøring er et nyt koncept, og standarderne herfor er nye. I sagen er omtalt følgende standarder:

- DS/Insta 800 (Insta 800) fra juli 2000: En nordisk standard for et målesystem til bedømmelse af rengøringskvalitet. I Insta 800 henvises til, at interessen for at udarbejde en nordisk standard er opstået som følge af, at den europæiske standardiseringskomité vil udarbejde en standard af mere almen karakter.
- EN 13549: En europæisk standard for måling af rengøringskvalitet udstedt af den europæiske standardiseringskomité CEN den 19. april 2001 og offentliggjort 23. maj 2001. Det er denne (da kommende) europæiske standard, der henvises til i Insta 800.
- DS 2451-10: Et forslag til en dansk standard for styring af infektionshygiejne m.m.

I udbudsbetingelserne var anført, at der skulle udføres kvalitetskontrol for rengøringen i henhold til principperne i DS 2452-10/Insta 800, og det blev nærmere beskrevet, hvordan kvalitetskontrollen ville blive foretaget.

ISS har anført: Udbudsbetingelsernes angivelser om kvalitetskontrol adskiller sig på nærmere angiven måde fra Insta 800 og EN 13549. Som følge heraf er det ikke muligt at fastlægge kvalitetskontrollen ud fra udbudsbetingelserne, hvilket giver mulighed for fravigelse af kvalitetsniveauet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingskravet i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2. De nævnte forhold bevirker også, at udbudet er uklart, hvilket er i strid med gennemsigtighedsprincippet.

Rigshospitalet har anført: EN 13549 finder ikke anvendelse i sagen, og udbudsbetingelsernes angivelser om kvalitetskontrol henviste i første række til den kommende standard DS 2451-10. Udbudsbetingelserne har været ens for alle og er ikke uklare. Hverken ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet er således overtrådt.

Ad påstand 4 (om standarder)

ISS har anført: Insta 800 er en forhåndsimplicering af den europæiske standard EN 13549. Endvidere strider udbudsbetingelsernes angivelser om kvalitetskontrol som nævnt mod Insta 800 og dermed mod EN 13549, hvilket er en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 14.

Rigshospitalet har anført: Tjenesteydelsesdirektivets artikel 14 finder ikke anvendelse på EN 13549, hvilket allerede fremgår af, at bilag II til direktivet, til hvilket der henvises i artikel 14, stk. 1, ikke omfatter tjenesteydelser. Udbudet kan under alle omstændigheder ikke være omfattet af EN 13549, fordi denne standard først blev offentliggjort samtidig med udbudsbetingelsernes udsendelse med frist for implementering til den 30. november 2001, og det bestrides, at Insta 800 skal opfattes som en forhåndsimplicering af EN 13549. Hertil kommer, at det i første række var DS 2451-10, som udbudsbetingelserne henviste til.

Ad påstandene 5 og 6 (annullation og lovliggørelse)

Parterne har redegjort for deres synspunkter.

Ad påstand 7 (erstatning og sagsomkostninger)

Er udsat til senere behandling for så vidt angår erstatningsspørgsmålet.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 (vægtning af underkriterierne)

Efter Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, skal den ordregivende myndighed, når tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud, angive underkriterierne i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen, så vidt muligt ordnet efter den betydning de tillægges, med de vigtigste først.

Heraf må følge direkte, at en udbyder, der prioriterer underkriterierne, skal oplyse prioriteringen i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne. Da Rigshospitalet ikke gjorde dette, har Rigshospitalet overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2.

Ad påstand 2 (underkriteriernes egnethed til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud)

Ved den anvendte evalueringsmodel fik tilbud med laveste tilbudspris karakteren 5, medens de øvrige underkriterier højst kunne indbringe karakteren

ren 3, og prisen indgik med 75% i vægtningen, mens de øvrige underkriterier tilsammen indgik med 25%. Evalueringsmodellen har herefter kun i marginale tilfælde kunnet føre til valg af andet end tilbud med den laveste pris. Dette fremgår også af, at modellen med hensyn til alle de seks områder, som ydelsen var opdelt i, førte til valg af tilbudsgiveren med den laveste tilbudspris, bortset fra med hensyn til område 3, hvor modellen førte til valg af tilbudsgiveren med den næstlaveste tilbudspris, der var nogle få procent højere end tilbudsprisen i det laveste tilbud.

Evalueringsmodellen har således stort set udelukkende lagt vægt på tilbudsprisen og har derfor ikke været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Modellen udformning og anvendelse har herefter været en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36.

Ad påstand 3 (hævdede uklarheder i udbudsbetingelserne)

Efter Klagenævnet vurdering er udbudsbetingelsernes angivelse om kvalitetskontrol med hensyn til rengøringen ikke uklare, og denne vurdering bekræftes af, at ingen af tilbudsgiverne før tilbuden af afgivelse, heller ikke ISS, gjorde gældende, at udbudsbetingelserne var uklare på dette punkt.

Denne påstand tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 4 (om standarder)

Klagenævnet finder ikke anledning til at tage stilling til, om bilag II til Tjenesteydelsesdirektivet og dermed direktivets artikel 14 omfatter tjenesteydelser, da spørgsmålet er uden betydning for sagen. Artikel 14, stk. 1, kan under alle omstændigheder ikke forstås sådan, at bestemmelsen foreskriver anvendelse af en standard, der først er offentliggjort samtidig med udbudsbetingelsernes udsendelse, således som det i den foreliggende sag er tilfældet med den europæiske standard EN 13549. Der er heller ikke oplyst grundlag for ISS' synspunkt om, at Insta 800 skal betragtes som en forhåndsimplementering af EN 13549, således at uoverensstemmelser mellem udbudsbetingelserne og EN 13549 skulle være en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 14, fordi udbudsbetingelserne henviste til Insta 800.

Uanset om bilag II til Tjenesteydelsesdirektivet og dermed direktivets artikel 14 omfatter tjenesteydelser, er den europæiske standard EN 13549 her-

efter uden betydning for sagen, og påstanden kan allerede af denne grund ikke tages til følge.

Ad påstand 5 og 6 (annullation og lovliggørelse)

De overtrædelser, som Klagenævnet har konstateret ovenfor ad påstandene 1 og 2, kan ikke føre til annullation af Rigshospitalets beslutning om kontraktsindgåelse eller til pålæg om lovliggørelse. Disse overtrædelser er af formel karakter og er ikke udtryk for tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet eller andre grundlæggende hensyn bag EU's udbudsregler. Klagenævnet henviser herved til, at evalueringsmodellen blev oplyst i det omtalte bilag A til udbudsbetingelserne, og at dette bilag blev udsendt godt 14 dage før tilbudsfristens udløb, således at tilbudsgiverne kunne indrette deres tilbud efter evalueringsmodellen.

At ISS eventuelt ikke modtog bilaget, gør ingen forskel. Bilagets udsendelse var varslet i udbudsbetingelserne, på et senere spørgemøde og i referatet af dette, men uanset at ISS ifølge sin angivelse ikke havde fået bilaget, valgte man at afgive tilbud uden at have spurgt til bilaget først. ISS må derfor bære risikoen for, at bilaget kunne indeholde oplysninger, der ikke var taget hensyn til i tilbudet.

Ad påstand 7 (erstatning og sagsomkostninger)

Da ISS må anses for den tabende part, pålægges det ikke Rigshospitalet at betale sagsomkostninger til ISS.

Erstatningsspørgsmålet er udsat til senere behandling.

Herefter bestemmes:

Indklagede H:S Rigshospitalet har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, ved ikke at oplyse prioriteringen af underkriterierne til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen (påstand 1).

Indklagede H:S Rigshospitalet har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 ved at have anvendt en evalueringsmodel, der ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud (påstand 2).

Påstandene 3-6 tages ikke til følge.

Behandlingen af erstatningsspørgsmålet (påstand 7) er udsat.

Klagegebyret tilbagebetales.

Det pålægges ikke indklagede H:S Rigshospitalet at betale sagsomkostninger til klageren ISS Danmark A/S.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig