

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Kent Petersen, Melitta Keldebæk)

J.nr.: 2010-0022945

19. november 2010

K E N D E L S E

ISS Facility Services A/S
(advokat Mette Willemoe Wang, København)

mod

Skive Kommune.
(advokat Tina Braad, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 162-249881 af 19. august 2010 udbød Skive Kommune som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet) 5 delaftaler vedrørende udførelse af rengøring på udvalgte skoler og institutioner i Skive Kommune – i alt ca. 75.900 m².

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 20. september 2010 havde 16 virksomheder, heriblandt ISS Facility Services A/S, anmodet om prækvalifikation. Den 6. oktober 2010 besluttede Skive Kommune at prækvalificere følgende 5 virksomheder:

1. Kongsvang Rengøringservice A/S
2. Forenede Service A/S
3. Elite Miljø A/S
4. IDA Service A/S
5. TOP- Rengøring

Den 15. oktober 2010 indgav klageren, ISS Facility Services A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Skive Kommune. 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 19. november 2010 besluttede

klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, ved i udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.1.2. at have fastsat ikke objektive kriterier for udvælgelsen af ansøgere.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 44, stk. 4, og ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i artikel 2 ved at have udvalgt ansøgerne på baggrund af kriterier, der ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.1.2.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 6. oktober 2010 om ikke at prækvalificere klageren og om at prækvalificere Kongsvang Rengøringservice A/S, Forenede Service A/S, Elite Miljø A/S, IDA Service A/S og TOP-Rengøring.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Udbudsbekendtgørelsen af 19. august 2010 indeholder under pkt. »III.2) Betingelser for deltagelse« bl.a. følgende:

- » III.2.3) Teknisk kapacitet
Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:
Forelæggelse af referenceliste over relevante, sammenlignelige tjenesteydelser, der er udført i løbet af de sidste 3 år, men angivelse af navn.....«

Udbudsbekendtgørelsens pkt. »IV.1.2) Begrænsning af det antal økonomiske aktører, der vil blive opfordret til at afgive tilbud eller deltage« lyder:

- » Planlagt antal økonomiske aktører 5

Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal kandidater: Så-

fremt der er flere egnede ansøger end det planlagte antal, vil der blandt de ansøgere, der utvivlsomt har en tilstrækkelig økonomisk styrke til at løfte den udbudte opgave, blive udvalgt de fem virksomheder, der i lyset af den udbudte opgave og ud fra ønsket om at skabe en optimal konkurrence har de bedste referencer.....«

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Indklagedes meddelelse til klageren af 6. oktober 2010 har følgende ordlyd:

»Prækvalifikation – rengøring... i Skive Kommune.

Vi skal på Skive Kommunes vegne takke for henvendelsen vedrørende prækvalifikationen. Der har været en meget stor interesse for sagen, og vor klient har modtaget 16 henvendelser, hvoraf de 13 var konditionsmæssige. Der er således modtaget flere konditionsmæssige prækvalifikationsansøgninger end det planlagte antal økonomiske aktører.

Samtlige konditionsmæssige prækvalifikationsansøgninger er vurderet til at have tilstrækkelig økonomisk styrke til at løfte den udbudte opgave. Udvælgelsen er således foretaget på baggrund af referencer fra lignende kommunale rengøringsopgaver.

Vi må desværre meddele, at ISS Facility Services A/S ikke i denne omgang er blandt de udvalgte aktører. Det skyldes, at ISS Facility Services A/S på baggrund af den objektive vurdering ikke er fundet til at have de bedste referencer, idet antallet af de prækvalifikationsansøgninger angivne kommunale referencer er mindre end ved de prækvalificerede ansøgere.

Til orientering skal oplyses, at de ansøgere, som er blevet prækvalificeret til delaftalerne 1-6 er følgende (i ikke prioriteret rækkefølge):

Kongsvang Rengøringservice A/S
Forenede Service A/S
Elite Miljø A/S
IDA Service A/S
TOP- Rengøring«

Indklagede har udarbejdet et evalueringsnotat med angivelse af et pointsystem fra 1 - 5, hvor 1 svarer til dårlig, og 5 svarer til god. Indklagedes bemærkninger opdelt i bemærkninger vedrørende karakteren af referencerne og størrelsen i m². Det anføres i notatet, at der ikke er tildelt point, såfremt det ikke har været muligt at foretage en vurdering.

Klagerens ansøgning er i evalueringsnotatet bedømt således:

»

ISS Facility Services A/S	Point (1-5)	Samlet point
<i>Karakter:</i> De af ansøgeren angivne referencer vedrører i en vid udstrækning ydelser, der er sammenlignelige med de i den udbudte opgave, i form af rengøring af lignende typer enhed/institution set i relation til lokale-typer, anvendelse og brugere. Således er der angivet flere referencer til rengøring af skoler, daginstitutioner og administrations bygninger, hvoraf flere af disse udføres som større aftaler indgået med kommuner. <i>Størrelse:</i> Areal/omfang ikke angivet og det er således ikke muligt at vurdere den samlede størrelse af de 2 referencer der skønnes at være af en sammenlignelig karakter med den udbudte opgave.	2 -	2

«

De 5 prækvalificerede virksomheder i er i evalueringsnotater bedømt således.

»

Kongsvang Rengøringservice A/S	Point (1-5)	Samlet point
<i>Karakter:</i> De af ansøgeren angivne referencer vedrører i en vid udstrækning ydelser, der er sammenlignelige med de i den udbudte opgave, i form af rengøring af lignende typer enhed/institution set i relation til lokale-typer, anvendelse og brugere. Således er der angivet flere referencer til rengøring af skoler, daginstitutioner og administrations	4	

bygninger, hvoraf flere af disse udføres som større aftaler indgået med kommuner.

Størrelse:

De 6 referencer der skønnes at være af en sammenlignelig karakter med den udbudte opgave har en samlet størrelse på 337.070m².

4

Forenede Service A/S

Point
(1-5)

Samlet po-
int

Karakter:

De af ansøgeren angivne referencer vedrører i en vid udstrækning ydelser, der er sammenlignelige med de i den udbudte opgave, i form af rengøring af lignende typer enhed/institution set i relation til lokale-typer, anvendelse og brugere. Således er der angivet flere referencer til rengøring af skoler, daginstitutioner og administrations bygninger, hvoraf flere af disse udføres som større aftaler indgået med kommuner.

5

Størrelse:

De 12 referencer der skønnes at være af sammenlignelige karakter med den udbudte opgave har en samlet størrelse på 1.082.500 m².

5

10

Elite Miljø A/S

Point
(1-5)

Samlet po-
int

Karakter

De af ansøgeren angivne referencer vedrører i en vid udstrækning ydelser, der er sammenlignelige med de i den udbudte opgave, i form af rengøring af lignende typer enhed/institution set i relation til lokale-typer, anvendelse og brugere. Således er der angivet flere referencer til rengøring af skoler, daginstitutioner og administrations bygninger, hvoraf flere af disse udføres som større aftaler indgået med kommuner.

5

Størrelse:

De 12 referencer der skønnes at være af sammenlignelige karakter med den udbudte opgave

ve har en samlet størrelse på 368.016m².

4

9

IDA Service A/S

Point
(1-5)

Samlet po-
int

Karakter:

De af ansøgeren angivne referencer vedrører i en vid udstrækning ydelser, der er sammenlignelige med de i den udbudte opgave, i form af rengøring af lignende typer enhed/institution set i relation til lokale-typer, anvendelse og brugere. Således

3

er der angivet flere referencer til rengøring af skoler, daginstitutioner og administrations bygninger, hvoraf flere af disse udføres som større aftaler indgået med kommuner.

Størrelse:

De 3 referencer der skønnes at være af sammenlignelige karakter med den udbudte opgave har en samlet størrelse på 118.200m².

3

6

TOP-Rengøring

Point
(1-5)

Samlet point

Karakter:

De af ansøgeren angivne referencer vedrører i en vid udstrækning ydelser, der er sammenlignelige med de i den udbudte opgave, i form af rengøring af lignende typer enhed/institution set i relation til lokale-typer, anvendelse og brugere. Således

4

er der angivet flere referencer til rengøring af skoler, daginstitutioner og administrations bygninger, hvoraf flere af disse udføres som større aftaler indgået med kommuner.

Størrelse:

De 7 referencer der skønnes at være af sammenlignelige karakter med den udbudte opgave har en samlet størrelse på 185.589m².

3

7

«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at »bedste referencer«, som er det kriterium, som indklagede har fastsat for valget blandt ansøgerne, ikke er et umiddelbart målbart kriterium. Begrebet er subjektivt. Der er således ikke stillet krav om, at ansøgerne skulle indeholde eksempelvis størrelsen på referencekunden, omsætningen hos referencekunden, antal kvadratmeter hos referencekunden eller antal lokaliteter hos referencekunden, hvilket ville have kunnet objektivere udvælgelsen. Desuden angav klageren 15 referencer, hvilket er flere end nogen anden ansøger.

Indklagede har gjort gældende, at det var klart ud fra sammenhængen mellem udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.3 og pkt. IV.1.2, at indklagede ville lægge vægt på ansøgernes referencer og dermed ansøgernes erfaring fra tidligere, relevante og sammenlignelige opgaver. Dette må betragtes som et objektivt kriterium. Dette følger allerede af direktivets artikel 48, hvorefter en ordregiver i forbindelse med vurderingen af en ansøgers egnethed lovligt kan lægge vægt referencer fra de sidste 3 år. Selv om det ikke fremgår direkte af pkt. III.2.3, at ansøgerne skulle oplyse om omfanget og karakteren af de tidligere udførte arbejder i referencelisten, følger dette af, at der skulle være tale om en »referenceliste over relevante, sammenlignelige tjenesteydelser«.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede i udbudsbekendtgørelsen ikke har anført, at referencerne skulle vedrøre kommunale opgaver eller skulle vægtes ud fra antallet. Indklagede har, således som det fremgår af brevet af 6. oktober 2010, i strid med udbudsdirektivets artikel 44, stk. 4, anvendt andre kriterier end dem, der var angivet i udbudsbekendtgørelsen. Klagerens referencer vedrørte samme serviceydelse til kunder i nærmiljøet. Referencerne var derfor relevante. Indklagede har vægtet størrelsen af referencekunderne, skønt det ikke var krævet, at ansøgerne skulle angive noget herom, og skønt dette ikke var anført i det afslag af 6. oktober 2010, som klageren modtog.

Indklagede har gjort gældende, at udbudsdirektivets artikel 44, stk. 4, efter sin ordlyd ikke finder anvendelse, idet der ikke er tale om konkurrencepræget dialog eller udbud med forhandling. Indklagedes brev af 6. oktober 2010 kan ikke ses som udtryk for, at indklagede alene har lagt vægt på kommunale referencer. Indklagede har ved vurderingen af, hvilke ansøgere der havde de »bedste referencer«, vurderet referencerne på baggrund af deres sammenlignelighed i forhold til den udbudte opgave, herunder ansøgerens erfaring med rengøring af tilsvarende lokaliteter (institutioner, skoler, kontorer o.l.). Indklagedes referencer var meget kortfattede og indeholdt ikke nærmere oplysninger om omfanget (størrelsen) af den udbudte opgave. De kriterier, som indklagede har lagt vægt på, fremgik tilstrækkeligt klart af udbudsbekendtgørelsen. Kravet om objektive udvælgelseskriterier kan ikke forstås således, at indklagede i udbudsbekendtgørelsen har pligt til at oplyse samtlige delforhold, der indgår i begrebet »bedste referencer i lyset af den udbudte opgave«.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at de beslutninger, som indklagede har truffet om at udelukke klageren og prækvalificere de 5 virksomheder, skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstanden til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Indklagede har valgt at begrænse antallet af tilbudsgivere til fem og har i konsekvens heraf anført dette i udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.1.2. med angivelse af, at valget mellem ansøgerne – såfremt der var flere end fem egnede - ville blive truffet ud fra, hvilke virksomheder der havde de »bedste referencer«.

Et sådant kriterium er som udgangspunkt såvel objektivt som ikke-diskriminerende i den betydning, disse begreber anvendes i udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3.

I udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.3. er anført, at ansøgerne skulle fremkomme med en »referenceliste over relevante, sammenlignelige tjenesteydelser, der er udført i løbet af de sidste år, med angivelse af navn«.

Det har således måttet stå ansøgerne klart, at et eventuelt valg mellem dem skulle træffes på grundlag af karakteren af de ydelser til referencekunder, som ansøgeren har anført. Det har herefter været op til den enkelte ansøger at udforme sin referenceliste med dette for øje.

Der er ikke grundlag for at fastslå, at det ved vurderingen af referencernes relevans er i strid med udbudsbekendtgørelsen at inddrage, hvorvidt referencerne angår kommunale opgaver, eller at inddrage størrelsen af de udførte opgaver, uanset at dette ikke var udtrykkeligt fremhævet som krav.

Det bemærkes, at udbudsdirektivets artikel 44, stk. 4, ikke finder anvendelse.

Påstandene tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Det følger af det, der er anført ovenfor, at påstanden ikke tages til følge

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Lillian Sivertsen
kontorfuldmægtig