

K E N D E L S E

Kongsvang Rengøringservice A/S
(advokat Per Q. Ovesen, Århus)

mod

Vejen Kommune
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse 2012/S 110-182992 offentliggjort i EU-tidende den 12. juni 2012 udbød indklagede som begrænset udbud efter udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF) en tjenesteydelsesaftale om rengøring på ca. 80 institutioner i Vejen Kommune. Opgaven blev udbudt på 8 delaftaler, hvor der kunne ansøges om prækvalifikation på en eller flere af delaftalerne.

Den 27. september 2012 indgav klageren, Kongsvang Rengøringservice A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. 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 25. oktober besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet klagenævnet ikke fandt betingelsen om »fumus boni juris« opfyldt. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende endelige påstande:

Påstand 1

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

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, og ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have udvalgt ansøgere på grundlag af ikke objektive kriterier i henhold til udbudsbekendtgørelsens punkt IV.1.2.

Påstand 3 (frafaldet)

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om ikke at prækvalificere klageren og om at prækvalificere Allianceplus A/S, Compass Group Danmark A/S, Elite Miljø A/S, Forenede Service A/S, ISS Facility Services A/S, Jysk Miljø Rengøring A/S, KN Rengøring og Toves Rengøring A/S.

Klageren har taget forbehold om senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder:

Af udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.2, III.2.3. og IV.1.2. fremgår:

»...

III.2.2) Økonomisk og finansiell kapacitet

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:

...

A. Oplysninger om den økonomiske aktørs samlede omsætning og egenkapital i de tre seneste disponible regnskabsår, afhængig af hvornår den økonomiske aktør blev etableret eller startede sin virksomhed, hvis tallene for denne omsætning og egenkapital foreligger
 Bemærk: Hvis den økonomiske aktør af gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge den af den ordregivende myndighed krævede do-

kumentation, kan han godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som den ordregivende myndighed finder egnet jf. udbudsdirektivets artikel 47, stk. 5.

- Oplysningerne skal afgives på tro- og love og ordregiver forbeholder sig ret til at efterprøve rigtigheden af dem.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves: Ad A1: omsætningen i senest afsluttede regnskabsår skal minimum være 2.000.000 DKK (eller tilsvarende anden valuta) pr. delaftale. (Eksempel: Hvis der ansøges om prækvalifikation på 2 delaftaler, skal den økonomiske aktørs omsætning i senest afsluttede regnskabsår være minimum 4.000.000 DKK). Ad A2: Egenkapitalen i de to seneste afsluttede regnskabsår skal være positiv.

III.2.3) Teknisk kapacitet

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:

...

- B. Referenceliste over de betydeligste lignende tjenesteydelser indenfor rengøringservice, der er udført i løbet af de sidste 3 år. Referencelisten skal indeholde kundenavne, tidspunkter (kontraktstart - kontraktophør, alternativt igangværende) rengøringsarealer samt kontaktoplysninger til centralt placeret kontaktperson hos den pågældende reference. – Ovennævnte oplysninger skal afgives på tro- og love og ordregiver forbeholder sig ret til at efterprøve rigtigheden af dem.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Ad B:

Der skal være minimum 2 igangværende lignende referencer.

IV.1.2) Grænse for, hvor mange økonomiske aktører der vil blive opfordret til at afgive bud eller deltage.

Forventet mindste antal 5; og største antal 7.

Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal kandidater: Der kvalificeres 5-7 tilbudsgivere pr. delaftale. Såfremt der er flere egnede økonomiske aktører end det planlagte antal, vil der blive foretaget en begrænsning blandt de egnede økonomiske aktører på grundlag af følgende yderligere objektive mindstekriterier:

- Egenkapitalens størrelse i seneste afsluttede regnskabsår
- Referencer (ordregiver kontakter 3-5 vilkårligt udvalgte af de på referencelisten angivne kontaktpersoner og anvender de fra kontaktpersonerne givne oplysninger. Oplysningerne indsamles ved at anvende en identisk spørgeguide i dialogen med de centralt placerede kontaktpersoner. På den baggrund bedømmes den ansøgende økonomiske aktørs referencer og de bedste referencer identificeres.)«

Ved brev af 12. september 2012 fra indklagedes rådgiver til klageren om resultatet af prækvalifikationen fremgår, at der var modtaget ansøgninger fra i alt 14 virksomheder, og at følgende blev prækvalificeret:

Allianceplus A/S; på delaftale 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 og 8
 Compass Group Danmark A/S; på delaftale 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 og 8
 Elite Miljø A/S; på delaftale 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 og 8
 Forenede Service A/S; på delaftale 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 og 8
 ISS Facility Services A/S; på delaftale 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 og 8
 Jysk Miljø Rengøring A/S; på delaftale 6, 7 og 8
 KN Rengøring; på delaftale 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 og 8
 Toves Rengøring A/S; på delaftale 1, 2, 3, 4 og 5.

Af brevet fremgår videre:

»Med tak for Deres interesse må vi desværre, på vegne Vejen Kommune, meddele Dem, at Deres virksomhed ikke er blandt de prækvalificerede virksomheder til at afgive tilbud på denne opgave, begrundet i følgende:

- Blandt de egnede ansøgende virksomheder er der prækvalificeret de maksimale 7 virksomheder på baggrund af følgende objektive kriterier (jf. udbudsbekendtgørelsens afsnit IV.1.2.):

- Egenkapitalens størrelse i senest afsluttede regnskabsår
- Referencer

Ordregiver har kontaktet 3-5 vilkårligt udvalgte af de på referencelisten angivne kontaktpersoner og anvendt de fra kontaktpersonerne givne oplysninger. Oplysningerne er indsamlet ved at anvende en identisk spørgeguide i dialogen med de centralt placerede kontaktpersoner. På den baggrund er den ansøgende økonomiske aktørs referencer bedømt og de bedste referencer identificeret.

De prækvalificerede virksomheder har i forhold til ovenstående placeret sig bedre end Deres virksomhed.«

Ved brev af 20. september 2012 fremsendte indklagedes rådgiver en uddybende begrundelse til klageren. Det fremgår heraf:

»..

De prækvalificerede ansøgers karakteristika og relative fordele

Fire af de prækvalificerede virksomheder har en egenkapital i senest afsluttede regnskabsår på mere end 60.000.000 DKK. To andre af de prækvalificerede virksomheder har en egenkapital i senest afsluttede regn-

skabsår i størrelsesordenen 6.000.000-15.000.000 DKK. To andre af de prækvalificerede virksomheder har en egenkapital i senest afsluttede regnskabsår på ca. 2.000.000 DKK og derunder. De to sidstnævnte ansøgende virksomheder har de to højeste bedømmelser på referencer.

Syv af de prækvalificerede virksomheder har ved interview af tre vilkårligt udvalgte referencer opnået en samlet gennemsnitlig bedømmelse på referencer, der er over 4 (på en skala på 1-5) en enkelt af de prækvalificerede virksomheder har en samlet bedømmelse på referencer på 3,4. Denne ansøger har dog en meget stor egenkapital. Der er ved henvendelse til referencerne benyttet en Interview-guide, som er vedlagt denne skrivelse.

Egenkapital i senest afsluttede regnskabsår og referencer udgør en samlet vurdering af de egnede virksomheder

Kongsvang Rengøringsservice A/S

Kongsvang Rengøringsservice A/S har en egenkapital i senest afsluttede regnskabsår på 3.110.000 DKK.

Kongsvang Rengøringsservice A/S har ved interview af tre vilkårligt udvalgte referencer opnået en samlet gennemsnitlig bedømmelse på 3,9 (på en skala på 1-5).

De af Vejen Kommune udvalgte referencer er for Deres vedkommende:

- Ingeniørhøjskolen i Aarhus
- Aarhus Rådhus, Aarhus
- Via University College, Aarhus-Silkeborg-Viborg

Vejen Kommune har talt med de kontaktpersoner, der er påført prækvalifikationsansøgningen.

Vedr. dokumentationskrav – angivelse af omsætning

Oplysninger om økonomisk og finansiell kapacitet skal afgives på tro og love af de ansøgende virksomheder. Sammenholdt med de offentligt tilgængelige regnskaber er det konkluderet, at 12 ansøgende virksomheder lever op til dokumentations- og mindstekravene.

...«

Indklagede har i sit svarskrift redegjort for, hvordan evalueringen konkret er sket. Det fremgår heraf bl.a.:

»Egenkapital

Ansøgernes oplyste egenkapital er rangordnet, således at den ansøger med højst Egenkapital får flest point, mens den ansøger med laveste Egenkapital får lavest point.

Referencer

...

Der er udvalgt tre sammenlignelige referencer fra ansøgernes referenceliste. Sammenlignelige er i denne sammenhæng fortolket som rengøring af kontorlokaler hos større kunder, og ikke f.eks. rengøring af industri-lokaler eller detailforretninger.

I de telefoniske interviews er stillet 10 ens spørgsmål, hvor kunden anmodes om at give point på en skala fra 1-5, hvor 1 er meget utilfredsstillende og 5 er meget tilfredsstillende.

...

Der er beregnet et gennemsnit af pointene ...

Endelig er der beregnet en sum af gennemsnitsbedømmelsen fra de tre kunder. ...

Ordregiver har i sin prækvalifikation anvendt 4 evalueringsmodeller.

...

Ordregivers prækvalifikationsresultat understøttes således af i alt 4 modeller der alle får samme udfald. De 4 modeller er udarbejdet på samme tidspunkt i prækvalifikationsprocessen. ...«

Det fremgår af indklagedes svarskrift og de vedlagte evalueringsnotater, at de 4 anvendte modeller er:

En trappemodel med en skala på 1-12, hvor ingen ansøger kan få samme score.

En model med en 10-point skala, hvor flere ansøgere kan få samme point og hvor referencer tildeles point efter en 10-point skala.

Rangordning efter en skala på 1-12 i forhold til hinanden ud fra en matematisk beregning af deres individuelle placering holdt op mod summen af henholdsvis Egenkapital og referencer.

Rangordning efter en skala på 1-10 i forhold til hinanden ud fra en matematisk beregning af deres individuelle placering holdt op mod summen af henholdsvis Egenkapital og referencer.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved anvendelse af to ikke-vægtede kriterier for udvælgelse af ansøgere til prækvalifikation har anvendt kriterier, der ikke er målbare og objektive. Kriterierne kan hver for sig være målbare, men oplistet parallelt er kriterierne ikke målbare og bliver derved anvendt subjektivt af indklagede.

Indklagede har gjort gældende, at de af indklagede valgte kriterier er objektive og på forhånd var kendte for ansøgerne. Indklagede er ikke forpligtet til at offentliggøre vægtningen af kriterierne, men det følger allerede af praksis, at når der ikke er angivet en vægtning, er udgangspunktet, at to kriterier vægter lige. Indklagede har gennemført evalueringen i overensstemmelse hermed.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede rent faktisk har anvendt kriterier, der ikke er objektivt målbare, idet indklagede blot sideordnet har anført kriterierne egenkapitalens størrelse og referencer.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ved evalueringen har anvendt de offentliggjorte kriterier på en objektiv måde i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Indklagede er ikke forpligtet til at offentliggøre vægtningen af kriterierne, men det følger allerede af praksis, at når ikke der er angivet en vægtning, er udgangspunktet, at to kriterier vægter lige. Indklagede har gennemført evalueringen i overensstemmelse hermed.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede efter karakteren af overtrædelserne ad påstand 1 og 2 skal annullere beslutningen om at prækvalificere 7 andre virksomheder.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med de udbudsretlige regler, og at der som følge heraf ikke er grundlag for at annullere indklagedes beslutning om prækvalifikation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1-2

I kendelsen af 25. oktober 2012 om opsættende virkning udtalte klagenævnet:

»Indklagede har valgt at begrænse antallet af tilbudsgivere til mellem fem og syv og har i konsekvens heraf anført dette i udbudsbekendtgørelsens punkt IV.1.2. med angivelse af, at valget mellem ansøgerne – såfremt der var flere end syv egnede - ville blive truffet ud fra »Egenkapitalens størrelse« og »Referencer«.

Sådanne kriterier er som udgangspunkt såvel objektive som ikke diskriminerende i den betydning, disse begreber anvendes i udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3.

Ordregiver har ikke pligt til på forhånd at fastlægge en vægtning eller prioritering af kriterierne jf. udbudsdirektivet betragtning 40.

I udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3. er anført, at ansøgerne skulle fremkomme med en »referenceliste over de betydeligste lignende tjenesteydelser indenfor rengøringservice, der er udført i løbet af de sidste 3 år. Referencelisten skal indeholde kundenavne, tidspunkter (kontraktstart - kontraktophør, alternativt igangværende) rengøringsarealer samt kontaktoplysninger til centralt placeret kontaktperson hos den pågældende reference.« I udbudsbekendtgørelsens punkt IV.1.2. er anført, hvordan vurderingen af ansøgernes referencer ville blive foretaget.

Det har således måttet stå ansøgerne klart, at et eventuelt valg mellem dem skulle træffes på grundlag af en samlet vurdering af ansøgerens egenkapital og oplysninger om og fra de referencekunder, som ansøgerne valgte at anføre.

Indklagede har et vidt skøn ved vurderingen af, hvilke ansøgere blandt de egnede og ikke-udelukkede, der efter de offentliggjorte kriterier er bedst egnede, og derfor skal prækvalificeres. Der er ikke på det foreliggende grundlag for at fastslå, at indklagede ved sin udvælgelse har overskredet grænserne for dette skøn.

Der er således ikke udsigt til, at klageren vil få medhold i påstand 1 og 2.«

Af de grunde, der er anført i kendelsen om opsættende virkning, og da det, som klageren yderligere har anført, ikke kan føre til andet resultat, tages påstand 1 og 2 ikke til følge.

Ad påstand 4

Efter udfaldet af klagenævnets vurdering af påstand 1-2 tages påstanden om annullation af prækvalifikationen 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.

Christina Kønig Mejl
fuldmægtig