

K E N D E L S E

Rengoering.com A/S
(advokat Jesper Køppen Mieritz, Køge)

mod

Ringsted Kommune
(cand. merc. jur. Peter Dann Jørgensen og
advokatfuldmægtig Maria Haugaard, København)

Klagenævnet har den 11. december 2014 modtaget en klage fra Rengoering.com A/S.

Rengoering.com A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Ringsted Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 12 og svarskrift med bilag A – B. Klagenævnet har desuden modtaget mails af 14. og 16. december 2014 fra Finn Hougaard Frederiksen, Dansk Servicekonsulent ApS.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet), idet indklagede ikke har præciseret indklagedes formål og behov i delkriterium d) til underkriteriet ”Drift og levering”.

Påstand 2:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet), idet indklagede i relation til delkriterium c) til underkriteriet ”Drift og levering”, delkriterium d) til underkriteriet ”Drift og levering” og/eller delkriterium a) til underkriteriet ”Miljø” har tillagt samme egenskaber i flere forskellige del- og underkriterier.

Påstand 3:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet), idet indklagede ved vurderingen af tilbuddene i relation til delkriterium c) til underkriteriet ”Drift og levering”, delkriterium d) til underkriteriet ”Drift og levering” og delkriterium a) til underkriteriet ”Miljø” har lagt vægt på de samme forhold.

Påstand 4:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet), idet indklagedes pointtildeling for delkriterierne ikke er angivet, herunder for den vindende tilbudsgiver.

Påstand 5:

Klagen skal tillægges opsættende virkning.

Påstand 6:

Klagenævnet for Udbud skal annullere de indklagedes beslutning af den 1. december 2014 om at tildele Servicefirmaet Renell A/S den til grund for udbuddet værende kontrakt.

...”

Ringsted Kommune har vedrørende påstand 1 – 4 og 6 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 175-309171 af 8. september 2014 udbød Ringsted Kommune som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en kontrakt om almindelig intern bygningsrengøring i en

ordinær kontraktperiode på 4 år af op til 85 forskellige lokaliteter til en anslået værdi af 120 mio. kr. eksklusive moms. Udbuddet blev forestået af ”Dansk Servicekonsulent Finn Hougaard Frederiksen”.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud med følgende under- og delkriterier:

”

UNDERKRITERIUM	VÆGTNING
1. <u>Tilbudspris</u>	50 %
2. <u>Drift og levering</u> a. ”Metoder til registrering” b. ”Afløsningsprocedurer” c. ”Rekrutterings- oplærings- og efteruddannelsestiltag i forbindelse med opgavens opstart” d. ”Foranstaltninger i forbindelse med opgavens opstart”	15 %
3. <u>Kvalitet</u> a. ”Kvalitetssikring” b. ”Kvalitetsoptimering ved mangler”	25 %
4. <u>Miljø</u> a. ”Medarbejderudvikling” b. ”Anvendelse af redskaber mv.” c. ”Procedurer for at undgå ensidigt gentagende arbejde” d. ”Procedurer for at undgå ydre miljøpåvirkninger”	10 %

...”

Af ”Generelle udbudsbetingelser” fremgår nærmere om de enkelte underkriterier og delkriterier efter samme systematik som for underkriteriet ”Drift og levering”, der beskrives således:

”1.16.2 Drift og levering.

Kommunen vil ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Drift og levering” lægge vægt på følgende:

I hvilket omfang de tilbudte ydelser går videre end de fastsatte mindstekrav.

Til brug for evalueringen af underkriteriet ”Drift og levering” **skal** tilbudsgiver i nedenstående delkriterier (a) til (d) beskrive:

a. Hvilke metoder til registrering af ankomst og afgangstidspunkter på de konkrete lokaliteter, som tilbudsgiver vil anvende og hvilken doku-

mentation Kommunen vil kunne forvente at få for forbrugte timer på de enkelte lokaliteter.

b. Hvilke afløsningsprocedurer, som tilbudsgiver vil anvende på de konkrete opgaver, både ved planlagt og ikke planlagt fravær hos rengøringspersonalet, samt hos den stationære og mobile ledelse.

c. Tilbudsgivers rekrutterings- oplærings- og efteruddannelsestiltag i forbindelse med opstart af den konkrete opgave, samt i hele kontraktperioden.

d. Hvilke foranstaltninger tilbudsgiver vil foretage i forbindelse med opstart af den konkrete opgave for Kommunen udover eventuelle tiltag beskrevet under c. Beskrivelsen skal omfatte perioden fra Kontrakten underskrives og indtil normal driftssituation "f.eks. antal uger" forventes opnået.

I det indbyrdes forhold vægter delkriterierne (a) til (d) lige.

Bemærk: Kommunen vil ved evalueringen af tilbuddene i forhold til punkterne (a) til (d) lægge vægt på, i hvilket omfang tilbudsgivers håndtering/løsningsforslag går videre end de fastsatte mindstekrav. Tiltag, som alene afspejler udbudsmaterialets mindstekrav, vil således ikke blive inddraget i evalueringen."

Ved mail af 1. december 2014 fra Finn Hougaard Sørensen, Dansk Servicekonsulent ApS, meddelte Ringsted Kommune, at kommunen agtede at indgå aftale med Servicefirmaet Renell A/S. Beslutningen var begrundet således:

"Ringsted Kommune har med udgangspunkt i udbudsmaterialets krav til tilbuddenes indhold samt de enkelte underkriterier og disses vægtning, tildelt den enkelte tilbudsgiver point efter den vedlagte evalueringsmodel."

I meddelelsen til Rengoering.com A/S var vedlagt en oversigt, hvoraf fremgår, at Rengoering.com A/S og Servicefirmaet Renell A/S havde opnået følgende vægtede point i forbindelse med evalueringen:

	Rengoering.com A/S	Renell A/S
Pris	50 point	38,36 point
Drift og levering	9,75 point	12,75 point
Kvalitet	15 point	23,75 point

Miljø	6 point	6 point
I alt	80,75 point	80,86 point

Af meddelelsen af 1. december 2014 fremgik desuden:

”Det skal bemærkes, at der i henhold til de udbudsretlige regler skal forløbe minimum 10 dage fra dags dato før parterne kan underskrive kontrakt. Der er ikke underskrevet endelig aftale før kontrakten er underskrevet.”

Standstill-perioden i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 3, stk. 1, udløb den 11. december 2014, hvor klagen blev indgivet. I følgebrevet til klageskriftet anførte Rengoering.com A/S:

”Samtidig med fremsendelse af nærværende klageskrift er kopi tilstillet Ringsted Kommune.”

Rengoering.com A/S fremsendte imidlertid først den 12. december 2014 pr. e-mail klageskriftet med bilag 1-12 til Ringsted Kommune.

Rengoering.com A/S har således handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 4, hvorefter klageren senest samtidig med, at en klage indgives til klagenævnet, skriftligt skal underrette ordregiveren om, at klage indgives, og om, hvorvidt klagen er indgivet i standstill-perioden.

Klagen opfyldte heller ikke kravet i bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 5, stk. 2, hvorefter der ved indgivelse af klage til klagenævnet skal medfølge en kopi af klagerens underretning af ordregiveren.

Den 12. december 2014 og før modtagelsen af meddelelsen om, at der var indgivet klage til klagenævnet, indgik Ringsted Kommune kontrakt med Servicefirmaet Renell A/S.

I klagenævnets brev til parterne af 17. december 2014 er bl.a. anført:

”Klagenævnet har den 11. december 2014 modtaget en klage af samme dato fra Rengoering.com A/S (klageren). Klageren har den 12. december 2014 pr. e-mail fremsendt klageskriftet med bilag 1-12 til Ringsted Kommune (indklagede).

Klageren har oplyst, at indklagede den 1. december 2014 har underrettet klageren om, at indklagede har besluttet at indgå kontrakt med Servicefirmaet Renell A/S.

Underretningen er sendt pr. e-mail. Indklagede må derfor efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 3, stk. 1, tidligst underskrive kontrakt med Servicefirmaet Renell A/S den 12. december 2014.

Da klagen imidlertid er modtaget af klagenævnet før den 12. december 2014, skal klagenævnet hermed meddele indklagede, at indklagede ikke må underskrive kontrakt, før klagenævnet har truffet beslutning om spørgsmålet om opsættende virkning, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2.

Klagenævnet vil senest den 9. januar 2015 træffe afgørelse om spørgsmålet om opsættende virkning, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 3.

...”

Ringsted Kommune har i sit svarskrift af 19. december 2014 bl.a. henvist til klagenævnets delkendelse af 6. januar 2014, KMD A/S mod Aalborg Kommune. Ringsted Kommune har påpeget, at kommunen – i modsætning til det tilfælde, der er omhandlet af kendelsen af 6. januar 2014 - ikke har fået underretning om klagen inden kontraktunderskrift og på den baggrund har underskrevet kontrakt efter udløbet af standstill-perioden i tiltro til, at der ikke var klaget.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Opsættende virkning medfører, at Ringsted Kommune ikke må underskrive kontrakt. Når kontrakt er indgået, giver det alene mening at tillægge en klage opsættende virkning i de tilfælde, hvor klagenævnet kan erklære kontrakten for uden virkning, jf. herved UfR2010B, side 304-5 med note 14 og 16.

Klagenævnet har som anført af Ringsted Kommune ved delkendelse af 6. januar 2014, KMD A/S mod Aalborg Kommune, taget stilling til retsvirkningen af, at en klager ikke har overholdt sin forpligtelse til senest samtidig med, at en klage indgives til klagenævnet, skriftligt at underrette ordregiveren om, at der er indgivet klage. I modsætning til det tilfælde, som nu foreligger til påkendelse, havde Aalborg Kommune endnu ikke indgået kontrakt, da kommunen modtog underretning om klagen.

I kendelsen af 6. januar 2014 er retsgrundlaget udførligt beskrevet, og klagenævnet henviser i det hele hertil.

Som anført i kendelsen af 6. januar 2014 må den foreliggende problemstilling løses ved en fortolkning af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 16 – 17, jf. §§ 18-20. Disse bestemmelser skal sammenholdes med artikel 2d, stk. 1, litra b, i direktiv 2007/66 og forudsætningen i artikel 2e, stk. 2, om, at sanktionen skal stå i rimeligt forhold til overtrædelsen samt det almindelige EU-retlige proportionalitetsprincip.

Som påpeget af Ringsted Kommune har Rengoering.com A/S ikke henvist til §§ 16-20 i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. Klagenævnet kan

således ikke på nuværende tidspunkt tage stilling til anvendelsen af disse bestemmelser.

Klagenævnet finder på det foreliggende grundlag vedrørende påstand 1, at delkriterium d) til underkriteriet ”Drift og levering” er tilstrækkelig præcist beskrevet. Der er således ikke umiddelbart udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge. Ligeledes finder klagenævnet, at der ikke på det foreløbige grundlag er udsigt til, at påstand 2 og påstand 3 vil blive taget til følge, da delkriterium d) til underkriteriet ”Drift og levering” udtrykkeligt forholder sig til delkriterium c) (”udover eventuelle tiltag beskrevet under c”) og ikke er beskrevet identisk med delkriterium a) ”Medarbejderudvikling” til underkriteriet ”Miljø”. Endelig finder klagenævnet, at der ikke på det foreliggende grundlag er udsigt til, at påstand 4 vil blive taget til følge. Der er således heller ikke udsigt til, at påstand 6 om annullation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge.

Betingelsen om ”fumus boni juris” er herefter ikke opfyldt.

Uanset, at der i det foreliggende tilfælde – som udgangspunkt som følge af fejl begået af Rengoering.com A/S – kan blive tale om at anvende sanktionen ”uden virkning”, tillægger klagenævnet herefter ikke klagen opsættende virkning. Klagenævnet har herved også lagt vægt på, at der er tale om en 4 årig kontrakt, og at der vil kunne fastsættes en alternativ sanktion efter reglerne i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., såfremt kontrakten ikke erklæres helt eller delvist for ”uden virkning”.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig