

K E N D E L S E

Yding Gruppen A/S
(advokat Jesper Håkonsson, Horsens)

mod

Aarhus Kommune
(advokat Christian Nielsen, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 128-212534 af 2. juli 2012 udbød indklagede, Aarhus Kommune, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en kontrakt om udførelse af rengøring i døgninstitutioner, dagtilbud og kontorlokaler i Aarhus Kommune. Kontrakten blev udbudt i 2 delaftaler, der omfattede henholdsvis Distrikt Nord og Distrikt Syd.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at der for hver delaftale skulle prækvalificeres 5 virksomheder.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation havde indklagede modtaget anmodning om prækvalifikation fra 8 virksomheder, herunder klageren, Yding Gruppen A/S. 2 af ansøgningerne blev vurderet som ukonditionsmæssige. Klageren blev i en e-mail af 15. august 2012 orienteret om, at indklagede ikke havde udvalgt klageren, da klagerens referencer ikke fandtes sammenlignelige med den udbudte opgave.

Den 22. august 2012 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at prækvalificere klageren.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt lov om håndhævelse af udbudsreglerne, § 7, stk. 1, ved ikke at give en fyldestgørende begrundelse for beslutningen om ikke at prækvalificere klageren.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om ikke at prækvalificere klageren.

Påstand 4

Klagenævnet skal pålægge indklagede at lovliggøre udbudsproceduren, således at klager tillades at afgive tilbud på lige fod med de øvrige prækvalificerede.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 44 ved at begrænse udbuddet til 5 aktører, som opfordres til at give tilbud.

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

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen af 6. juli 2012 beskrives den udbudte kontrakt således:

- »II.1.5) Rengøringservice på ca. 55 enheder i hhv. Socialforvaltningen- og Beskæftigelsesforvaltningen bestående af døgninstitutioner, dagtilbud og kontorlokaler. Rengøringservice omfatter indvendig lokalerengøring. Opgaven løses for størstedelen af enhederne i dag af eksterne leverandører, dog løses opgaven for en mindre andel af egne ansatte. Opgaven udbydes i 2 delaftaler (Distrikt Nord og Di-

strikt Syd). Der er mulighed for at ansøge om prækvalifikation på en eller begge delaftaler. Den ansøgende virksomhed skal angive hvilke delaftaler, der ansøges om prækvalifikation på. Kun på de delaftaler, hvor det af ansøgningen fremgår, at der ansøges om prækvalifikation, vil den ansøgende virksomhed kunne komme i betragtning til prækvalifikation.

...

II.2.1) Samlet mængde eller omfang

Det samlede rengjorte areal udgør ca. 53 600 m².

...

5) Yderligere oplysninger om delaftaler

Der prækvalificeres 5 virksomheder pr. delaftale. En virksomhed kan udvælges til at byde på én eller begge delaftaler.

...

III.2.3) Teknisk kapacitet

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

6. Referenceliste med op til 5 tilsvarende eller lignende ydelser leveret inden for de seneste 3 år. Referencerne skal angive beskrivelse af opgaven, kunde inkl. kontaktdata, kontraktperiode samt rengøringsarealer. Ansøger skal udfylde skema i blanket til afgivelse af oplysninger ved prækvalifikation, side 7.

...

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

Forventet antal aktører: 5

Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal kandidater: Der vil blive prækvalificeret 5 tilbudsgivere pr. delaftale. Såfremt der er flere egnede ansøgere end det planlagte antal, vil der blive foretaget en yderligere udvælgelse blandt de egnede ansøgere på grundlag af følgende objektive kriterier, der anvendes i prioriteret rækkefølge:

- Soliditetsgrad (egenkapital i pct. af aktiverne)
- Referencer (der lægges vægt på referencer med lignende kunde-/opgavetyper, og deres størrelse (rengøringsareal)).

...

IV.2.1) Tildelingskriterier

Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af de

kriterier, der er anført i specifikationerne, i opfordringen til at afgive bud ...«

Klageren indlevede ansøgning om prækvalifikation den 12. juli 2012. Ansøgningen var vedlagt en referenceliste, der omfattede 5 referencer:

»

	Beskrivelse af opgaven	m2	Kontraktperiode	Kunde samt navn på dennes kontaktperson
1.	Rengøring af fællesarealer	1000	01.07.09	...
2.	Rengøring af ophold, toiletter, trapper, kontor	200	21.03.12 (01.03.11)	...
3.	Rengøring af toiletter, opholdsstuer, kontor	200	01.03.11	...
4.	Rengøring	1500	01.02.06	...
5.	Rengøring	4250	01.09.07 – 31.12.11	...

«

Klageren har oplyst, at klageren blev rekonstrueret i 2009 på grund af tab på en stor kunde. Klageren overtog eksisterende opgaver, herunder også opgaver for Aarhus Kommune.

Det hedder i skrivelsen af 15. august 2012 til klageren:

»I den forbindelse har vi imidlertid vurderet, at I på baggrund af oplysningerne i den fremsendte ansøgning ikke har dokumenteret at være egnet til at udføre den udbudte opgave, og I er derfor desværre ikke blevet prækvalificeret til at byde på opgaven ...

Baggrunden herfor er navnlig, at de opgivne referencer ikke vurderes at være sammenlignelige med den udbudte opgave; særligt for så vidt angår de anførte opgavers størrelse (rengøringsareal), som alle er væsentligt mindre end det udbudte rengøringsareal.

...«

I en e-mail af 16. august 2012 til klageren oplyste indklagede navnene på de prækvalificerede ansøgere og anførte:

»Baggrunden for, at vi har vurderet, at Yding Gruppen AS ikke er egnede til at løse opgaven er, at vi i udbudsbekendtgørelsen har bedt om *tilsvarende* el-

ler *lignende* ydelser, og at vi har vurderet, at de angivne referencer især i relation til rengøringsarealet ikke kan betegnes som *tilsvarende*.

...«

Indklagede har oplyst, at de prækvalificerede ansøgers samlede referencer udgjorde henholdsvis 150.800 m², 216.000 m², 241.000 m², 302.300 m² og 506.365 m². Klagerens referencer udgjorde 7.150 m².

Klageren har i sin ansøgning om prækvalifikation angivet sin soliditetsgrad for de 2 foregående regnskabsår til henholdsvis 17 og 22 %. 2 af de prækvalificerede virksomheder har oplyst soliditetsgrader, der var højere.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede i afslagsbrevet gjorde gældende, at klagerens referencer ikke var »tilsvarende«. Under sagen har indklagede gjort gældende, at de øvrige ansøgers referencer var bedre egnede. Det må betegnes som en fejl, at indklagede ikke har anset klagerens referencer som egnede. De referencer, som de prækvalificerede har fremlagt, vedrører arealer, der samlet langt overstiger de udbudte opgaver. Afslagsbrevet indeholder ingen begrundelse for, hvorfor klageren ikke blev fundet egnet. Indklagede har vægtet soliditetsgraden højere end referencerne, og indklagede har dermed handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Indklagede har gjort gældende, at der nødvendigvis måtte foretages en udvælgelse blandt de konditionsræssige ansøgere. Soliditetsgrad og referencer er lovlige og relevante kriterier, og de prækvalificerede ansøgere var efter en bedømmelse af soliditeten og referencer bedre egnede til at udføre opgaven. Det må have stået klart for klageren, at størrelsen af referencerne havde en væsentlig betydning. Alle de prækvalificerede havde én eller flere referencer, der var større end den udbudte opgave. Klagerens soliditet var i de 2 seneste år en anelse højere end nogle af de andre ansøgers, men denne lille forskel kan ikke opveje de meget betydelige forskelle med hensyn til referencerne.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke har givet en tilstrækkelig og fyldestgørende begrundelse for at udelukke klageren. Da klageren har bedre soliditetsgrad end nogle af de prækvalificerede ansøgere, har indklagede usagligt »tilsidesat prioriteringen i udbuddet«. Formålet med en prækvalifikation er af at afskære ansøgere, der ikke opfylder betingelserne, og at begrænse antallet af virksomheder, der skal have mulighed for at afgive tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har været forpligtet til at give en begrundelse for, at klageren ikke blev prækvalificeret, jf. håndhævelseslovens § 2, stk. 1, nr. 1, sammenholdt med stk. 2. En begrundelse har betydning for klagefristen, jf. håndhævelseslovens § 7, stk. 1. Indklagede har imidlertid givet en begrundelse, og der kan ikke være tvivl om, at det var størrelsen af de fremlagte referencer, der var afgørende. Ordregiveren har en vid skønsmæssig beføjelse ved vurderingen af udvælgelseskriterierne. Indklagede har endvidere bemærket, at klageren har anført en reference fra 2006, selv om klageren blev rekonstrueret pr. 1. juli 2009. Formålet med en prækvalifikation er at finde de bedst egnede aktører blandt de ansøgere, hvis ansøgning er konditionsmæssig, når det antal, der skal prækvalificeres, er overskredet.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagedes tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet er af en sådan karakter, at klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om ikke at prækvalificere klageren.

Indklagede har gjort gældende, at der intet grundlag er for at annullere indklagedes beslutning om at prækvalificere 5 andre ansøgere end klageren.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at udbudsproceduren bør lovliggøres, således at klageren får lejlighed til at afgive tilbud på lige fod med de øvrige prækvalificerede.

Indklagede har gjort gældende, at der intet er at lovliggøre. En lovliggørelse som ønsket af klageren savner også mening. Indklagede har ingen mulighed for på nuværende tidspunkt at udvide antallet af virksomheder, der prækvalificeres. Klagenævnet har ikke mulighed for at annullere udbuddet og pålægge klageren at foretage et nyt.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at der burde være prækvalificeret mere end 5 aktører for at opnå en reel konkurrence.

Indklagede har gjort gældende, at antallet af aktører kan begrænses til 5, og dette antal er tilstrækkeligt stort til at sikre en reel konkurrence, jf. udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, 2. afsnit.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 5

Ved begrænsede udbud kan ordregiveren begrænse antallet af ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive tilbud til 5, såfremt dette tal er tilstrækkeligt stort til at sikre reel konkurrence, jf. udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, 2. afsnit. Der er intet grundlag for at antage, at indklagede ikke har tilgodeset dette hensyn. Påstand 5 tages derfor ikke til følge.

Det skal i udbudsbekendtgørelsen angives de objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler for udvælgelsen, jf. udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, 1. afsnit. I udbudsbekendtgørelsen er det angivet, at der skal foreligge en referenceliste med op til 5 »tilsvarende eller lignende ydelser«, og det er angivet, at der vil ske en udvælgelse på grundlag af soliditetsgrad og referencer, hvor der lægges vægt på referencer med lignende kunde-/opgavetyper, og deres størrelse (rengøringsareal).

Indklagedes skrivelse af 15. august 2012 må forstås således, at indklagede efter en vurdering af soliditetsgraden for klageren og de øvrige ansøgere har fundet klageren egnet til den udbudte opgave, og at indklagede (derefter) har foretaget en vurdering af klagerens referencer og på denne baggrund fundet klageren mindre egnet til at udføre opgaven end de 5 ansøgere, der

blev prækvalificeret. Der er intet grundlag for at tilsidesætte dette skøn, og klagerens påstand 1 tages derfor heller ikke til følge.

Ad påstand 2

Indklagede har ikke haft pligt til at begrunde sin beslutning om, at klageren ikke var blevet prækvalificeret, jf. håndhævelseslovens § 2, stk. 2, sammenholdt med § 2, stk. 1, nr. 1. Der er ikke grundlag for at antage, at den begrundelse, som indklagede faktisk gav i brevet af 15. august 2012 og uddybede i e-mailen af 16. august 2012, jf. herved udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, var urigtig, utilstrækkelig eller – læst i sin sammenhæng – vildledende. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3 og 4

Som følge af det, der er anført om påstand 1, 2 og 5, kan disse påstande ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig