

K E N D E L S E

Alliance Clean & Care A/S
(advokat Peter Lund Meyer, København)

mod

Retten i Odense
(Kammeradvokaten ved advokat Tom Holsøe, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 19. august 2005 udbød indklagede, Retten i Odense, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EU-udbudsdirektivet) rengøring og vinduespolering ved dommerembedets lokaler beliggende Albanigade 28 og 30, Odense. Tildelingskriteriet er fastsat til »Det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Efter udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 7. oktober 2005 besluttede indklagede at prækvalificere 5 virksomheder, heriblandt klageren, Alliance Clean & Care A/S, og virksomheden DanRen A/S, som hidtil havde haft kontrakten på rengøring og vinduespolering af de omhandlede lokaler.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 21. oktober 2005, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 19. januar 2006 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud på både rengøring og vinduespolering..

Ved skrivelser af 1. februar 2006 meddelte indklagede tilbudsgiverne, at udbudet var annulleret.

Den 1. marts 2006 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på et møde den 22. juni 2006.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, ved at have annulleret udbudsforretningen uden nogen saglig begrundelse herfor.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke i tilbudslisten at have anmodet tilbudsgiverne om at oplyse om tilbudte nettotimer til udførelse af vinduespolering.

Påstand 3

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 195.000 kr. med procesrente fra den 1. marts 2006.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 30.000 kr. med procesrente fra den 1. marts 2006.

Indklagede har nedlagt påstand om, at påstand 1 ikke tages til følge.

Indklagede har erkendt at have handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 som anført ad påstand 2.

Indklagede har vedrørende påstand 3 og 4 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 3 og 4, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 og 2.

Sagens nærmere omstændigheder:

Af udbudsbekendtgørelsen af 19. august 2005 fremgår, at kontrakten er opdelt i 2 delaftaler, og at der kan bydes på begge delaftaler eller kun den ene. Om delaftalen »Almindeligt rengøringsarbejde« oplyses, at der er tale om en 3-årig aftale om rengøring i lokalerne på Albanigade 28 og 30, Odense. Om delaftalen »Vinduespolering« oplyses, at der ligeledes er tale om en 3-

årig aftale om udvendig og indvendig vinduespolering i de samme lokaler. Aftalernes startdato er angivet til den 1. april 2006.

I en udbudsskrivelse af 21. oktober 2005 oplyses bl.a.:

» Retten i Odense udbyder hermed rengøringsopgaverne ved embedet.

Herudover udbydes vinduespoleringen af alle vinduer i embedets lokaler.

Embedet ser gerne, at De afgiver tilbud på begge arbejdsområder, men det er ikke en betingelse. Tilbudene vil endvidere blive vurderet som enkelte opgaver.....«

Af udbudsskrivelsen fremgår endvidere, at der er fastsat følgende underkriterier til tildelingskriteriet »Det økonomisk mest fordelagtige tilbud«:

- » - Den gennemsnitlige kvadratmetydelse ($m^2/time$), vurderet i forhold til den ønskede rengøringskvalitet og bygningernes beskaffenhed og møbleringsgrad (70 %)
- Samlet pris (20 %)
- Varetagelse af miljøhensyn – miljøvenlige rengøringsmidler, vandforbrug og andre miljøforanstaltninger. (10 %).«

Udbudsskrivelsen var vedlagt vejledning til tilbudsgiverne, skitsetegning af de omfattede lokaler, lokaleoversigt med angivelse af det ønskede rengøringsprogram, rengøringskontrakt, rengøringsbeskrivelse med kvalitetskrav, egenydelsebeskrivelse og skabelon til tilbudsliste.

Af den vedlagte vejledning fremgår, at de omhandlede lokalers samlede areal udgør $4.900 m^2$. Det bemærkes dog, at tilbudsgiverne selv indestår for opmålinger, registreringer af inventar, optælling af vinduesflader m.v. og således ikke kan gøre indsigelser i tilfælde af eventuelle afvigelser eller unøjagtigheder i tegninger og oversigter.

Under overskriften »Arbejdets omfang« er i vejledningen anført:

»I Albanigade 28 udbydes vinduespudsning 4 gange udvendig og 2 gange indvendig pr. år af alle vinduer samt 1 gang årlig mellem de dobbelte ruder, der er i denne bygning. I alle embedets lokaler i bygningen Albanigade 30 udbydes vinduespudsning 2 gange indvendig pr. år.

Pris pr. gang for henholdsvis udvendig og indvendig vinduespolering samt pr. gang for vinduespolering mellem dobbelte ruder inkl. Aftørring af bundrammer angives særskilt på tilbudslisten..«

Under overskriften »Om arbejdets organisation« er i vejledningen anført, at det forudsættes, at der sammen med tilbudslisten vedlægges en beskrivelse af den påtænkte organisationsplan for arbejdets udførelse og opfølgning, indeholdende »Det ugentlige nettotimetal for udførelse af arbejdet.«

Det fremgår af den kontrakt, der er vedlagt udbudsskrivelsen, at aftalerne tidligst vil kunne opsiges til ophør den 31. marts 2007.

Tilbudslisten indeholder en rubrik til oplysning af »Antal [ugentligt] anvendte nettotimer til udførelse af daglig og periodisk rengøring«. Tilbudslisten indeholder ikke en tilsvarende rubrik for så vidt angår udførelse af vinduespolering.

Ved skrivelse af 6. december 2005 opsigde indklagede de to rengøringskontrakter, der var indgået mellem indklagede og DanRen A/S, til ophør pr. 31. marts 2006.

Den 15. december 2005 offentliggjorde Justitsministeren et udkast til lovforslag til Politi- og domstolsreform. Ifølge udkastet skulle der på Fyn fremover alene være én retskreds. Dette var en ændring i forhold til Betænkning nr. 1398/01 fra Domstolenes Strukturkommission, der havde foreslået, at der på Fyn skulle oprettes to retskredse med hovedtingsted henholdsvis i Odense og Svendborg.

Til brug for sin evaluering af de 5 tilbud udarbejdede indklagede en håndskrevet oversigt. Det fremgår heraf bl.a., at tilbudene fordelte sig som følger:

	DanRen A/S	Alliance [klageren]
Gennemsnitlig timepris	162,25	179,50	183,50	198,25	185,00
...					
Antal m ² pr. time	299,3	175,2	344,39	339,78	393,1
Udgift i kontrakt- perioden	1.840.200	3.376.868	1.678.767	2.022.425	1.636.830
...					
...					
...					
Ugentlige nettotimer	71	118,75	57,25	63,63	56

Indklagede vurderede på baggrund heraf, at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige. Denne vurdering var baseret på, at klageren efter indklagedes opfattelse var klart bedst på underkriteriet »Den gennemsnitlige kvadratmeterydelse (m²/time)...«, som vægtede 70 pct., hvilket mere end opvejede, at klagerens samlede pris klart var den dyreste, idet dette underkriterium kun vægtede 20 pct.

Klagerens samlede pris for den treårige kontraktperiode ville imidlertid overskride indklagedes budgetmæssige rammer med ca. 1 mio. kr.

Ved skrivelse af 26. januar 2006 fra Domstolsstyrelsen til indklagede opfordrede styrelsen som en konsekvens af den foreslåede domstolsreform indklagede til at udvise øget opmærksomhed ved flerårige dispositioner og påpegede, at forlængelse af eksisterende kontrakter burde overvejes frem for indgåelse af nye kontrakter.

Ved skrivelse af 1. februar 2006 meddelte indklagede tilbudsgiverne følgende:

- » Ved gennemgang af tilbudene har vi konstateret, at de angivne vægtninger af tildelingskriterierne fører til et resultat, der overstiger vores økonomiske og budgetmæssige muligheder.

Hertil kommer, at Justitsministeriet efter udbudet har fremlagt et lovforslag om en ny byretsstruktur. Hvis dette lovforslag gennemføres, kan det medføre væsentlige ændringer i vores lokalesituation, og Domstolsstyrelsen har derfor henstillet, at der

ikke iværksættes udbud af rengøringen, før den fremtidige lokalesituation ligger fast.

På denne baggrund annullerer vi herved vores aktuelle EU-udbud vedrørende rengøring og vinduespolering. Når den fremtidige lokalesituation ligger fast, vil vi iværksætte et nyt EU-udbud med en anden vægtning af tildelingskriterierne.

.....«

Den 3. februar 2006 tilbagekaldte indklagede sin opsigelse af de to kontrakter med DanRen A/S om rengøring og vinduespolering.

Den 1. marts 2006 fremsatte Justitsministeren i Folketinget forslag til lov om Poli- og domstolsreform. Efter forslaget skulle der – i overensstemmelse med det tidligere offentliggjorte udkast til lovforslag - på Fyn kun skulle være én retskreds. Det blev foreslået, at den nye retskredsinddeling skulle have virkning fra den 1. januar 2007.

Den 2. marts 2006 skrev Præsidenten for Retten i Odense bl.a. således til Justitsministeriet:

»Lovforslaget om en ny struktur for politi og domstole er nu fremsat for Folketinget.

.....

Disse spørgsmål [om dommernormeringerne] kompliceres imidlertid af, at det synes usikkert, om Retten på Fyn i det hele taget bliver etableret, dvs. om der skal være en særlig byret på Sydfyn ud over en byret i Odense.

Hvis der etableres en særlig byret på Sydfyn, og Retten i Odense således skal indgå i en anden konstellation end hidtil foreslået, ...«

Folketinget vedtog den 2. juni 2006 Lov nr. 168 om Poli- og domstolsreform. Ved tredjebehandlingen havde lovforslaget undergået bl.a. den ændring, at der på Fyn skulle oprettes to nye retskredse med hovedtingsted i henholdsvis Odense og Svendborg, altså en retskredsinddeling overensstemmende med Strukturkommissionens betænkning nr. 1398/01.

Salgschef Leif Lenskjold, Alliance Clean & Care A/S, har forklaret, at han har udarbejdet klagerens tilbud. Han opfattede underkriteriet »Den gennemsnitlige kvadratmeterydelse (m²/time)...« således, at indklagede ønskede virkelig høj kvalitet. Inden udløbet af fristen for afgivelse af tilbud rettede

han for en sikkerheds skyld telefonisk henvendelse til administrerende kontorleder Bent Hansen, som forestod udbudsproceduren, med henblik på at få oplyst, om indklagede var opmærksom på, at indklagedes vægtning af den gennemsnitlige kvadratmeterydelse med 70 % i realiteten ville tilskynde tilbudsgiverne til at tilbyde væsentligt flere rengørings timer end normalt for tilsvarende rengøringsopgaver, eftersom rengøringsarealet jo ikke var en variabel størrelse. Bent Hansen oplyste hertil, at indklagede var fuldt opmærksom på denne konsekvens, og at indklagede ønskede rengøring af virkelig god kvalitet. Han har ikke overvejet, om kriteriet kunne forstås anderledes.

Administrerende kontorleder Bent Hansen, Retten i Odense, har forklaret, at et identisk udbudsmateriale har været anvendt af indklagede ved 3 tidligere udbud. Ved det aktuelle udbud blev der dog – i overensstemmelse med kravet i det nye udbudsdirektiv – foretaget en vægtning af de forskellige underkriterier. Det var ikke oprindelig meningen, at dette skulle føre til, at der blev anvendt flere timer på opgaven. Han erindrer samtalen med salgschef Leif Lenskjold. Den tvivl, som samtalen rejste, blev ikke afklaret gennem udsendelse af rettelsesblad. Han kan godt i dag se, at underkriteriet »...m²/time...« ville kunne opfattes forskelligt alt efter, om man lagde vægt på kvalitet (færrest mulige m² pr. time) eller på effektivitet (fleste mulige m² pr. time), og at den store forskel i de afgivne tilbud netop på dette punkt måske afspejler de forskellige opfattelser. Under udbudsforretningen har han dog været af samme opfattelse som klageren med hensyn til, hvordan kriteriet skulle forstås.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at en udbyder alene kan annullere et udbud, hvis der er en saglig begrundelse for det. Det kan være sagligt at annullere et udbud, hvis det viser sig, at udbyderens budgetmæssige forudsætninger ikke kan opfyldes. I dette tilfælde har indklagede imidlertid fastsat underkriterierne således, at prisen kun vægtede med 20 %, mens den gennemsnitlige kvadratmeterydelse vægtede med 70 %. Tilbudsgiverne fik derfor point i forhold til det antal timer, som blev tilbudt anvendt på det

specificerede rengøringsareal, som jo var det samme for alle tilbudsgiverne. Tilbudsgiverne blev således netop opfordret til i høj grad at konkurrere på kvaliteten, hvilket indklagede burde have indset. Under disse omstændigheder skulle indklagede have oplyst tilbudsgiverne om den budgetramme, som ydelsen var underlagt. Ved at undlade dette har indklagede afskåret sig fra at annullere udbudet med den begrundelse, at budgetrammen er overskredet.

Indklagede har heller ikke lovligt kunnet annullere udbudet med henvisning til det udkast til lovforslag om bl.a. retskredsreform, som blev fremsat den 15. december 2005. En vedtagelse af et lovforslag i overensstemmelse med udkastet ville nemlig for det første ikke indvirke konkret på den udbudte rengøring. Der er netop i bemærkningerne til lovforslaget taget højde for den nødvendige implementeringstid til om- og nybygning eller fraflytning af bygninger. For det andet ville det være muligt at begrænse indgåede kontrakter til udløb 31. marts 2007, og retskredsreformen kan i hvert fald ikke forventes at få væsentlige virkninger for indklagede inden for kontraktens første år. Domstolsstyrelsens henstilling er ikke i sig selv en saglig begrundelse for at annullere udbudet. Det fremgår endelig af det brev, som Retspræsidenten den 2. marts 2006 skrev til Justitsministeriet, at lovforslaget end ikke efter indklagedes egen vurdering udgjorde et sikkert beslutningsgrundlag.

Indklagede har gjort gældende, at der efter Udbudsdirektivets ordlyd - og sådan som de tilsvarende bestemmelser i de tidligere gældende direktiver er fortolket af EF-domstolen - er vid adgang til at annullere et udbud, blot det begrundes og sker under overholdelse af fællesskabsrettens grundlæggende principper. Herudover kan der ikke stilles særlige krav. Indklagede har navnlig henvist til Domstolens dom af 18. juni 2002 i sag C-92/00, HI. Hverken EF-domstolens praksis eller litteraturen på området kan tages til indtægt for, at udbyderen skal oplyse om sit budget. En udbyder er til enhver tid berettiget til at annullere et udbud alene med den begrundelse, at det har vist sig at ville blive for dyrt at gennemføre. En annullation med henvisning til den forestående retskredsreform er ikke på nogen måde i strid med fællesskabsrettens grundlæggende principper.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det ikke ville være muligt at evaluere delaftalen om vinduespolering uden oplysning om tilbudte nettotimer.

Indklagede har tilsluttet sig denne opfattelse.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

En ordregivende myndighed har ikke pligt til at beslutte at indgå kontrakt efter at have gennemført en udbudsforretning, men kan i stedet vælge ikke at tildele en kontrakt og hurtigst muligt at underrette tilbudsgiverne denne beslutning, herunder om begrundelsen for den, jf. Udbudsdirektivets artikel 41, stk 1.

Indklagedes beslutning om at annullere udbuddet med henvisning til overskridelse af indklagedes budget og eventuelle lokaleændringer som følge af den forestående domstolsreform var hverken i strid med Fællesskabsrettens grundlæggende principper eller usaglig, og indklagede underrettede hurtigst muligt tilbudsgiverne om afgørelsen og begrundelserne herfor i overensstemmelse med Udbudsdirektivets artikel 41, stk.1.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

Underkriteriet »Den gennemsnitlige kvadratmeterydelse (m²/time)...« gælder efter udbudsbetingelserne for såvel angår delaftalen vedrørende rengøring som delaftalen vedrørende vinduespolering.

Som erkendt af indklagede er tilbudslisten ikke opbygget således, at det er muligt at give den relevante oplysning vedrørende delaftalen om vinduespolering.

Påstanden tages til følge.

Klagenævnet har herefter ikke fundet anledning til at tage stilling til, om det omhandlede underkriterium er entydigt formuleret i udbudsmaterialet, således at det utvivlsomt skal forstås, som klageren og indklagede har været enige om det.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2:

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke i tilbudslisten at have anmodet tilbudsgiverne om at oplyse om tilbudte nettotimer til udførelse af vinduespolering.

Påstand 1 tages ikke til følge.

Indklagede, Retten i Odense, skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig