

K E N D E L S E

Cale Danmark A/S
(selv)

mod

Køge Kommune
(advokat Lars Korterman)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 174-312537 af 5. september 2016 udbød Køge Kommune som udbud med forhandling efter udbudsloven etablering, drift og vedligeholdelse af betalingsparkering i Køge Bymidte.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 11. oktober 2016 havde fem virksomheder anmodet om prækvalifikation, herunder et konsortium bestående af Cale Acess AB og Cale Danmark A/S (Cale).

Den 11. oktober 2016 besluttede Køge Kommune at prækvalificere følgende 3 virksomheder: Apcoa Parking A/S, ITS Teknik A/S og Parking Solution A/S.

Den 31. oktober 2016 indgav Cale klage til Klagenævnet for Udbud over Køge Kommune. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Køge Kommune har handlet i strid med Cale Danmark A/S' ønsker, idet et foretaget fravalg af Cale Danmark A/S i prækvalifikationsrunden ikke er korrekt i forhold til de kriterier, der er fremsendt i udbudsbekendtgørelsen samt efterfølgende er fremsendt i indstillingsnotatet, idet Cale har indsendt referencer, der er væsentlig nyere end de referencer, som Køge Kommune har taget udgangspunkt i.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 5. september 2016 indeholder følgende:

” ...

II.2.5) Tildelingskriterier

Prisen er ikke det eneste tildelingskriterium og alle kriterier er udelukkende anført i udbudsdokumenterne.

...

II.2.9) ...

Forventet antal ansøgere: 3

Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal ansøgere:

På baggrund af de indsendte referencer vil Køge Kommune prækvalificere de 3 ansøgere, som har dokumenteret de mest relevante referencer. Med relevante referencer forstås referencer, der angår opgaver af tilsvarende karakter og omfang som den udbudte opgave, jf. punkt II.4.2) samt referencer som angår drift og vedligeholdelse af betalingsparkeringsanlæg.

...

III.1.3) Teknisk og faglig kapacitet

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

Liste over de betydeligste referencer, der er udført indenfor de seneste 3 år indenfor levering, montering og installation af parkeringsautomater samt drift og vedligeholdelse af parkeringsløsninger.

Referencerne bedes indeholde oplysninger om følgende forhold:

...

Der kan indsendes maksimalt 4 referencer af hver 2 A4-sider. Såfremt ansøger indsender mere end 4 referencer vil Køge Kommune alene lægge de 4 seneste (i tid) referencer til grund ved bedømmelsen.

...

IV.2.2) Frist for modtagelse af bud eller ansøgninger om deltagelse

Dato: 06/10/2016

..."

Cale vedlagde virksomhedens ansøgning om prækvalifikation en liste indeholdende 34 selvstændige referencer.

Køge Kommune foretog med bistand fra en teknisk rådgiver følgende vurdering af de respektive ansøgers referencer:

"Der benyttes følgende skala for vurdering af indhold og relevans:

Yderst relevant – 3 points

Relevant – 2 points

Til dels relevant – 1 point

Ikke relevant – 0 points."

Af kommunens indstillingsnotat af 10. oktober 2016 fremgår blandt andet:

"4.2 Udvalgelse

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at Køge Kommune agter at begrænse antallet af tilbudsgivere til 3. Da der er 5 egnede ansøgere, vil der finde en udvælgelse sted.

Udvælgelsen vil ske i overensstemmelse med det i udbudsbekendtgørelsen punkt II.2.9) anførte.

På baggrund af de indsendte referencer vil Køge Kommune prækvalificere de 3 ansøgere, som har dokumenteret de mest relevante referencer, Med relevante referencer forstås referencer, der angår opgaver af tilsvarende karakter og omfang som den udbudte opgave, jf. punkt II.4.2) samt referencer som angår drift og vedligeholdelse af betalingsparkeeringsanlæg.

...

4.2.2 CALE

CALE har vedlagt et større (mange!) antal mere eller mindre fyldestgørende referencer. Iht. udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.3) vil ordregiver alene lægge vægt på de 4 seneste referencer. Det er således alene de seneste 4 (i tid) [der] er lagt til grund for evalueringen af firmaets prækvalifikationsansøgning. De 4 referencer fordeler sig på en relevant reference (etablering samt drift og vedligeholdelse af p-automater ved to sygehuse i Aarhus) samt tre referencer fra Holland, der vanskeligt kan bedømmes jf. de meget sparsomme referencebeskrivelser, og som derfor anses for mindre relevante.

Samlet set vurderes CALEs referencer kun i mindre grad at være relevante ift. den udbudte opgave. Der er ved vurderingen lagt vægt på, at CALE i mindre grad end de prækvalificerede tilbudsgivere har dokumenteret erfaring med opgaver af tilsvarende karakter og omfang, ligesom CALEs erfaring, baseret på de 4 seneste referencer, kun i mindre grad angår drift og vedligehold af betalingsparkeringsanlæg.”

Cale opnåede 5 ud af 12 mulige point, og kommunens rådgiver indstillede til kommunen at prækvalificere tre andre virksomheder.

Den 11. oktober 2016 meddelte Køge Kommune Cale, at de tre virksomheder, der havde fået flest point, blev prækvalificeret, samt at Cale ikke var blandt de udvalgte ansøgere. Kommunen oplyste, at udvælgelsen havde fundet sted i overensstemmelse med det, der var anført i udbudsbekendtgørelsens afsnit II.2.9), samt at ”den nærmere vurdering af ansøgningerne fremgår af det vedlagte indstillingsnotat.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Cale har gjort gældende, at kommunen ved at foretage udvælgelsen som sket ikke har taget udgangspunkt i de danske referencer, der er væsentligt nyere i tid end de referencer, som kommunen tog udgangspunkt i. Dertil kommer, at kommunen har vurderet de referencer, der udelukkende omhandler ”Enforcement” eller parkeringskontrol og som sådan ikke direkte har nogen relevans for denne prækvalifikation, andet end at informere om bredden af Cales produktportefølje. Dette fremgår tydeligt af ”beskrivelsen” under det enkelte projekt.

Cale er blevet fravalgt på urigtigt grundlag, idet Cale har fremsendt nyere relevante referencer, der både dækker terminaler samt drift og vedligehold for + 250 terminaler i Danmark alene for perioden fra 2014 – 2016. Cale har endvidere i ”tid” indsendt relevante referencer, der er væsentlig nyere end dem, Køge Kommune har taget udgangspunkt i.

Køge Kommune har således ikke fulgt, hvad der fremgår af udbudsbekendtgørelsen og indstillingsnotatet vedrørende de 4 seneste referencer. Det er således alene de seneste 4 (i tid), der er lagt til grund for evalueringen af firmaets prækvalifikationsansøgning.

Køge Kommune har endvidere fejlagtigt taget udgangspunkt i gamle ”Enforcement” (Parkeringskontrol) referencer fra 2008 i stedet for referencer, der omhandler – terminaler samt drift og vedligehold.

Køge kommune har gjort gældende, at kommunen har vurderet, at Cales 4 seneste referencer er de 4 referencer med det seneste afslutningstidspunkt. Kommunen har således foretaget udvælgelsesvurderingen ud fra de referencer, som - på baggrund af indholdet af Cales prækvalifikationsanmodning - er vurderet at have det seneste sluttidspunkt. Såfremt der har været flere referencer med samme sluttidspunkt, har kommunen valgt referencen med det seneste starttidspunkt ved vurderingen.

Ordregivende myndigheder har efter fast klagenævnspraksis et vidt skøn i forhold til at foretage udvælgelsesvurderingen og vurderingen af indkomne referencers relevans, jf. herved blandt klagenævnets kendelse af 28. september 2015 (OpenBet mod Danske Spil), kendelse af den 10. september 2013 (HSL mod Helsingør Kommune) og senest i kendelse af 2. september 2016 (Fayard mod Forsvarsministeriet), hvor klagenævnet blandt andet udtalte følgende:

”Samtidig følger det af helt fast praksis, at en ordregiver har et vidt skøn ved vurderingen af, hvilke ansøgere blandt de egnede, der efter de offentliggjorte kriterier er bedst egnede, og derfor skal prækvalificeres.”

I mangel af andre holdepunkter har Køge Kommune derfor haft et vidt skøn i forhold til vurderingen af, hvilke af Cales referencer der ligger senest i tid, jf. udbudsbekendtgørelsens del III.1.3.

Det følger desuden af fast klagenævnspraksis, at ansøgeren bærer risikoen for uklarheder og fejl i ansøgningen, jf. herved blandt andet klagenævnets kendelse af 27. marts 2015 (Colas mod Banedanmark), kendelse af den 9. september 2015 (Parkwind mod Energistyrelsen) og kendelse af den 8. juli 2013 (Videra mod Domstolsstyrelsen). I sidstnævnte udtalte klagenævnet blandt andet følgende:

”Risikoen for mangler og uklarheder ved en prækvalifikationsansøgers ansøgning påhviler ansøgeren. På den baggrund og efter indholdet af klagerens referencer var indklagede ikke forpligtet til at lægge til grund, at klagerens referencer omfattede lokaleændringer, udrulning, implementering, drift, support og vedligehold. Indklagede var heller ikke forpligtet til at lægge til grund, at alle klagerens referencer var under 3 år gamle.”

Cale oplyste ikke i prækvalifikationsansøgningen, hvilke referencer Cale anså for de 4 seneste. Køge Kommune har således haft en bred skønsmargin for fastlæggelse af, hvilke 4 referencer der var Cales seneste.

Hvis man antog, at Cales 4 seneste referencer var de referencer med seneste starttidspunkt (og ikke seneste afslutnings-/færdiggørelsestidspunkt), ville Cale heller ikke være blandt de udvalgte.

Til brug for klagesagen har kommunen i samarbejde med sin tekniske rådgiver foretaget en vurdering af Cales 4 seneste referencer, set i forhold til starttidspunkt, og indsat denne i det oprindelige prækvalifikationsnotat. Cale ville i dette tilfælde ligeledes samlet have opnået 5 point.

Køge Kommunes gennemgang af de indkomne prækvalifikationsansøgninger og udvælgelsesvurderingen er foretaget på et forsvarligt grundlag og inden for kommunens vide skønsmargin. De prækvalificerede virksomheder er således de virksomheder, der har fremsendt de mest relevante referencer, når der tages udgangspunkt i den på forhånd oplyste fremgangsmåde, jf. udbudsbekendtgørelsen del III.1.3.

Der er således hverken grundlag for at anse udbudsreglerne for overtrådt eller for at annullere kommunens prækvalifikationsbeslutning.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet antager, at den indgivne klage drejer sig om, hvorvidt Køge Kommune i forbindelse med behandlingen af Cales ansøgning om prækvalifikation har overtrådt de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed som beskrevet i påstanden.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.3, at ansøgere om prækvalifikation skulle medsende en liste over de betydeligste referencer, der var udført indenfor de seneste 3 år indenfor det udbudte område, og at referencerne skulle indeholde oplysninger om forskellige nærmere nævnte forhold. Det var endvidere bestemt, at der kunne indsendes maksimalt 4 referencer af hver 2 A4-sider, og at kommunen, såfremt der blev medsendt mere end 4 referencer, ville "alene lægge de 4 seneste (i tid) referencer til grund ved bedømmelsen."

Cale vedlagde sin ansøgning om prækvalifikation en liste indeholdende 34 selvstændige referencer. Køge Kommune foretog udvælgelsesvurderingen til prækvalifikationen således, at kommunen vurderede de 4 seneste (i tid) referencer, hvorefter Cale opnåede 5 point.

Som anført af Køge Kommune har den ordregivende myndighed ved udbud med forudgående prækvalifikation et vidt skøn i forhold til at foretage udvælgelsesvurderingen. Klagenævnet har i denne sag i forhold til den nedlagte påstand ikke konstateret en overtrædelse af de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Klagen tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Cale Danmark A/S skal i sagsomkostninger til Køge Kommune betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig