

K E N D E L S E

Kongsvang Rengøringservice A/S
(advokat Anne Bergholt Sommer, Aarhus)

mod

Egaa Gymnasium
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 243-555327 af 13. december 2018 udbød Servicemægleren A/S på vegne Egaa Gymnasium et begrænset udbud af tjenesteydelser i henhold til udbudslovens afsnit II. Udbuddet vedrørte rengøring af uddannelsesfaciliteter hos Egaa Gymnasium og omfattede en kontrakt med en varighed på 36 måneder med mulighed for forlængelse og optioner. Kontrakten havde en anslået værdi på 1 kr.

Kongsvang Rengøringservice og fem andre ansøgere blev prækvalificeret og afgav tilbud inden fristens udløb den 12. marts 2019.

Den 25. marts 2019 rettede Servicemægleren A/S henvendelse til Kongsvang Rengøringservice om, at tilbuddet fra Kongsvang Rengøringservice forekom unormalt lavt i forhold til den udbudte ydelse, og Servicemægleren A/S anmodede derfor om nærmere oplysninger og en redegørelse fra Kongsvang Rengøringservice, jf. udbudslovens § 169.

Den 29. marts 2019 besvarede Kongsvang Rengøringservice henvendelsen.

Den 26. april 2019 meddelte Servicemægleren A/S, at ordregiver skønnede, at tilbuddet fra Kongsvang Rengøringservice var unormalt lavt, og at Egaa Gymnasium forventede at indgå kontrakt med Compass Group Danmark A/S efter udløbet af stand-still perioden.

Den 6. maj 2019 indgav Kongsvang Rengøringservice klage til Klagenævnet for Udbud over Egaa Gymnasium. Kongsvang Rengøringservice fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning.

Den 4. juni 2019 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

Kongsvang Rengøringservice har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Egaa Gymnasium har handlet i strid med udbudslovens § 169 ved at have indledt og gennemført procedure for unormalt lavt bud mod Kongsvang Rengøringservice A/S, idet der ikke var fornuddent grundlag herfor.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Egaa Gymnasium har handlet i strid med udbudslovens § 169, stk. 2, ved at have erklæret Kongsvang Rengøringservice A/S' tilbud for unormalt lavt, på trods af at der ikke var grundlag herfor.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Egaa Gymnasium har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, idet Egaa Gymnasium ikke har givet en begrundelse for tildelingsbeslutningen og/eller beslutningen om afvisning af Kongsvang Rengøringservice A/S' tilbud, eller i øvrigt oplysninger om de forhold, som er oplyst i udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere Egaa Gymnasiums beslutning af 26. april 2019 om at tildele kontrakten til Compass Group Denmark A/S.

Egaa Gymnasium har vedrørende påstand 1 - 4 påstået, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 7. maj 2019 meddelt Egaa Gymnasium kontraktpart, Compass Group Denmark A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Compass Group Denmark A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Det økonomisk mest fordelagtige tilbud skulle identificeres på grundlag af følgende kriterier:

- Tilbudspris (vægtning 50%)
- Kvalitet (vægtning 35%)
- Organisering (vægtning 15%)

I udbudsbetingelserne står der blandt andet:

”...

7.1.1 TILBUDSPRIS

Ved vurderingen af "tilbudspris" vil Ordregiver lægge vægt på det tilbudte årlige vederlag for den udbudte rengøringsopgave samt de tilbudte optionspriser med hovedvægt på det tilbudte, årlige vederlag. Tilbuddet skal afgives ved at udfylde den, som Bilag D, vedlagte tilbudsliste. Alle poster på tilbudslisten skal udfyldes. Alle poster på tilbudslisten vedrørende timer skal udfyldes med positive tal.

7.1.2 KVALITET

Ved vurderingen af "kvalitet" vil Ordregiver foretage en samlet helheds-vurdering af det tilbudte timetal samt tilbudsgivers brug af gulvvaskemaskiner med hovedvægt på det tilbudte, årlige timetal til udførelse af rengøringen.

Ordregiver vil, ved vurderingen af kvalitet, generelt lægge vægt på i hvor høj grad beskrivelsen tydeliggør, at tilbudsgiver har sat sig ind i Ordregivers konkrete behov. Kundenærhed i beskrivelsen vil således vægtes positivt.

Til brug for vurderingen af dette anvendes de, af tilbudsgiver i tilbudslisten, anførte timetal samt tilbudsgivers brug af gulvvaskemaskiner. ...

...

7.1.3 ORGANISERING

”Organisering” vurderes på baggrund af den beskrevne organisering og Ordregivers bedømmelse af omfang og kvalitet i denne. Til brug for vurderingen af dette anvendes den af tilbudsgiver indskrevne beskrivelse i Bilag E – Opgavehåndteringskema.

...”

Af kravsspecifikationen til udbudsmaterialet fremgår følgende om tidspunkt for rengøringens udførelse:

”...

Rengøringstidspunkt:

- Rengøringen foretages generelt i tidsrummet fra kl. 00:00 til 07.30
- Fra 1. oktober og frem til 1. maj er hallen i brug i weekender, hvorfor denne skal rengøres lørdag morgen fra kl. 05:00 – 08:00.”

Udbudsmaterialet omfattede også et udkast til kontrakt, hvoraf fremgår følgende:

”3.5 Leverandøren skal som minimum anvende det, i leverandørens udfyldte og underskrevne tilbudslister af Dato & år, angivne timetal for enheden.

...

4.2 ...

Ordregiver ønsker, med henvisning til ILO-konvention nr. 94 vedrørende løn- og ansættelsesforhold, at sikre gode vilkår for medarbejderne hos leverandøren af de udbudte ydelser. Leverandøren forpligter sig derfor til at sikre, at de ansatte, som leverandøren beskæftiger med henblik på opgavens udførelse, har løn- og ansættelsesforhold, der ikke er mindre gunstige end de løn- og ansættelsesvilkår, som i henhold til kollektiv overenskomst, lovgivning eller administrative forskrifter gælder for arbejde af samme art indenfor vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet skal udføres.

...”

Af Kongsvang Rengøringservices tilbudsliste fremgår:

”
...

Specifikation:					
Daglig tid	21,00	Dgl. timer	201	dage	4.221,00 timer pr. år
Periodisk tid	34,00	Mdl. timer	12	mdr.	408,00 timer pr. år
Tilsyn og ledelse	3,55	Dgl. timer	201	dage	713,55 timer pr. år
Stationær tilsyn og ledelse	3,80	Dgl. timer	201	dage	763,80 timer pr. år
Timer i alt					6.106,35 pr. år
Rengøring					
Vederlag i alt				kr.	1.253.637,00 pr. år

Ovennævnte priser skal være angivet som excl. moms.

”

Fem tilbudsgivere blev erklæret konditionsmæssige, og blandt dem lå det årlige vederlag i spændet 1.154.517 kr. til 1.555.270 kr. Pointfordelingen var på baggrund af evalueringen som følger:

”

Totalt opnåede points	Opnåede points på pris	Opnåede points på kvalitet	Opnåede points på organisering	Årligt vederlag	
7,71	4,773	1,741	1,200	kr. 1.154.517,00	Compass Group Danmark
7,61	3,569	2,992	1,050	kr. 1.356.057,00	
7,46	4,562	1,700	1,200	kr. 1.186.597,00	
6,78	2,418	3,166	1,200	kr. 1.518.051,00	
6,46	2,221	3,185	1,050	kr. 1.555.270,00	

”

Blandt de fem tilbudsgivere var det højeste årlige antal timer til rengøring inklusive tilsyn og ledelse på 6.534,75, og det laveste var 4.474,20 timer. Af evalueringsnotatet fremgik, at antallet af timer indgik med en vægt på 70% i kriteriet ”kvalitet”.

Spændet for det årlige tilbudte antal timer til tilsyn og ledelse i de fem tilbud, der var vurderet konditionsmæssige, lå fra 66,33 timer til 402 timer. Kongsvang Rengøringservice havde tilbudt i alt 1.477,35 timer til tilsyn og ledelse årligt.

På baggrund af de tilbudte årlige vederlag sammenholdt med det årlige timeantal inklusive tilsyn og ledelse beregnede Egaa Gymnasium, at spændet i timeprisen for rengøring inklusive tilsyn og ledelse hos de øvrige tilbudsgivere lå fra 235,35 kr. til 260,50 kr. Gennemsnitsprisen var på 249,58 kr., mens timeprisen for rengøring inklusive alle de timer til tilsyn og ledelse, som Kongsvang Rengøringservice havde tilbudt, lå på 205,30 kr.

Ved brev af 25. marts 2019 meddelte Servicemægleren A/S Kongsvang Rengøringservice, at Kongsvang Rengøringservices tilbud forekom unormalt lavt, og anførte videre:

”...

Der er således tvivl om, hvorvidt Kongsvang Rengøringservice på baggrund af det tilbudte årlige vederlag på kr. 1.253.637,00 fordelt på 6106 timer årligt (hvoraf de 1.477,35 er afsat til tilsyn og ledelse) kan levere en ydelse, der lever op til kravene i udbudsmaterialet. Det er timeprisen på kr. 205,30 (hvori timeprisen til tilsyn og ledelse er inkluderet), der forekommer at være unormal lav.

De bedes derfor, i henhold til udbudslovens (lov nr. 1564 af 15/12/2015) § 169, fremsende og dokumentere oplysninger omkring de særlige forhold, der gør, at Kongsvang Rengøringservice mener at kunne levere den i udbudsmaterialet beskrevne ydelse til det tilbudte årlige vederlag samt de tilbudte årlige antal timer – og særligt den lave timepris.

Således bedes Kongsvang Rengøringservice fremsende oplysninger omkring eventuelle besparelser i forbindelse med udførelsen af de pågældende tjenesteydelser, de anvendte tekniske løsninger og/eller tilbudsgiverens usædvanligt gunstige betingelser for at udføre arbejdet eller for at levere tjenesteydelserne, jf. udbudslovens § 169, stk. 2. Ydermere bedes dokumentere, at Kongsvang Rengøringservice ikke har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljø, social- og arbejdsretlige område i henhold til EU-retten, national lovgivning eller kollektive aftaler eller i henhold til de miljø, social- og arbejdsretlige forpligtelser, der er afledt af konventionerne, der er nævnt i bilag X til Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EU-Tidende 2014, nr. L 94, side 65), jf. udbudslovens §169, stk. 3. Endvidere ønskes yderligere oplysninger omkring tilbuddenes sammensætning, som kan være relevante for at kunne foretage en ny vurdering af tilbuddene.

Ordregiver ønsker endvidere en redegørelse for, hvordan Kongsvang Rengøringservice vil levere 1477,35 timer til tilsyn og ledelse årligt fordelt på de 201 årlige rengøringsdage (hvilket i gennemsnit er 7,35 timer/dag) hos Ordregiver.

...”

Den 29. marts 2019 besvarede Kongsvang Rengøringservice Servicemæglerens A/S’ henvendelse med en redegørelse, hvoraf blandt andet fremgik:

”Timer til tilsyn og ledelse i alt 763,80 udføres af vores eksisterende funktionærstab hvorfor vi ikke har indregnet dette som en omkostning i nærværende tilbud. Dertil vores ønske om at føje Egaa Gymnasium til vores kundeportefølge. Derfor ses en timepris på DKK 234,65, hvoraf vores lønomkostning jf. overenskomst udgør 85%.

Vi har i vores tilbud til Egaa Gymnasium ikke tilsidesat gældende forpligtelser indenfor miljø, social- og arbejdsretlige områder i henhold til EU-retten, national lovgivning eller kollektive aftaler eller i henhold til de miljø, social- og arbejdsretlige forpligtelser, der er afledt af konventionerne, der er nævnt i bilag X til Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/18/EF (EU-Tidende 2014, nr. L94, side 65) jf. udbudslovens § 169, stk. 3.

Vores kvalitetsassistent vil i 201 dage levere 3,80 timer stationær ledelse på Egaa Gymnasium anført i tilbudsliste (bilag D) og beskrivelse i opgavehåndteringsskema (Bilag E). Kvalitetsassistenten primære opgaver som stationær leder består i hovedtræk af:

- møder som den første,
- taler med kontaktperson,
- forbereder dagens arbejde for det samlede serviceteam,
- opfølgning på serviceteamet egenkontrol,
- udfører daglig kvalitetskontrol,
- udfører instruktion af nye medarbejdere, afløsere eller i forbindelse med svigt af såvel kvalitetsassistent som instruktør,
- sikrer udbedring af fejl og mangler,
- sikring af arbejdsmiljø, ergonomi og almindeligt personalepleje,
- deltagelse i diverse møder og uddannelse.

Tilsyn og ledelse 3,55 timer i 201 dage udføres af vores serviceleder og regionschef, ligeledes beskrevet i opgavehåndteringsskema (Bilag E), og i hovedtræk beskrevet herunder:

- administration med kontrakten,
- lønrapportering,
- rekruttering og ansættelser,
- medarbejderfastholdelse og samtaler,
- opfølgning og handling iht. egenkontrol og kvalitetskontrol,
- ugentlige møder med kontaktperson,
- daglig kommunikation med kvalitetsassistent og serviceteam,
- kvalitetsopfølgning og sikring jf. kvalitetspolitik,
- månedligt statusmøde med og rapportering til kontaktperson,
- opgave og arbejdsfordeling,
- håndtering af varer,
- tilpasning og opdatering af arbejdsplaner og -beskrivelser,
- sikring af arbejdsmiljø og uddannelse.

...”

Den 26. april 2019 skrev Servicemægleren A/S til Kongsvang Rengørings-service og oplyste, at ordregiveren fandt, at redegørelsen ikke i tilstrækkelig grad dokumenterede, at Kongsvang Rengørings-service kunne levere en ydelse, som levede op til kravene i udbudsmaterialet. Af brevet fremgik videre:

”...

Kongsvang Rengørings-service A/S anfører i deres redegørelse, at ud af det totale antal årlige timer til tilsyn og ledelse, udføres de 763,80 timer af den eksisterende funktionærstab, hvorfor disse ikke er indregnet som en omkostning i tilbuddet. Ordregiver finder ikke redegørelsen tilstrækkelig for, hvordan dette konkret skal forstås, og er således meget usikker på de nærmere omstændigheder forbundet hermed, hvilket også gør, at Ordregiver ikke finder det tilstrækkeligt redegjort, at den ”justerede” timepris skal tages i betragtning.

Ordregiver finder det endvidere særligt usikkert og utilstrækkeligt redegjort, at Kongsvang Rengørings-service A/S kan levere det tilbudte, uden at tilsidesætte de kontraktuelle krav, der fremgår af bestemmelserne i kontraktens (Bilag A) afsnit 3, 4 og 5. Ordregiver skønner, at redegørelsen mere tager form af en bekræftelse af, at kravene ikke er tilsidesat end at være en redegørelse, der i tilstrækkelig grad og på betryggende vis tydeliggør, at Kongsvang Rengørings-service A/S ikke har tilsidesat de gældende krav.

Ordregiver skønner således, at Kongsvang Rengørings-service A/S’ tilbud er unormalt lavt.

Efter udløb af stand still-perioden på 10 dage (med udgangen af den 6. maj 2019) forventes der at blive indgået endelig aftale med Compass Group Danmark A/S.

...”

De øvrige tilbudsgivere, som blev erklæret konditionsmæssige, modtog samme dag brev fra Servicemægleren A/S, hvoraf fremgik, at Compass Group Danmark A/S havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud og med en nærmere begrundelse herfor.

Kongsvang Rengørings-service protesterede mod afvisningen af tilbuddet som unormalt lavt. Den 3. maj 2019 meddelte Servicemægleren A/S, at afvisningen blev fastholdt. Af brevet fremgik blandt andet:

”1. Begrundelse for afvisning af unormalt lavt tilbud

Det fremgår af udbudslovens § 169, stk. 2, at *”En ordregiver kan alene afvise et tilbud som unormalt lavt, når det tilbudte pris- eller omkostningsniveau ikke kan begrundes på baggrund af tilbudsgiverens redegørelse (...)*”. Som det fremgår af lovbemærkningerne til nævnte bestemmelse, er det Ordregiver, der i henhold til den modtagne redegørelse skal foretage skønnet om, hvorvidt den fremlagte dokumentation på en tilfredsstillende måde begrundet det lave pris- eller omkostningsniveau. Hvis ikke dette er tilfældet, kan Ordregiver afvise tilbuddet som unormalt lavt. Ordregiver finder, som tidligere meddelt i skriv af 26. april 2019, ikke, at den modtagne redegørelse fra Kongsvang Rengøringservice (herefter benævnt Kongsvang) på en tilfredsstillende måde dokumenterer med sin redegørelse, at tilbuddet ikke er unormalt lavt.

Kongsvang anfører, at ud af det årligt tilbudte antal timer til tilsyn og ledelse, der udføres 763,80 timer af eksisterende funktionærstab, hvorfor dette ikke er indregnet som en omkostning. Ordregiver er, som anført tidligere, usikker på, hvordan dette skal forstås, og Ordregiver skønner ikke, at der på tilfredsstillende vis redegøres for, hvordan denne løsning er mulig og Ordregiver finder det ikke tilfredsstillende redegjort, at Kongsvang har et setup der muliggør, at over 50 % af det årlige antal timer til tilsyn og ledelse kan udføres af den eksisterende funktionærstab, og således ikke bør indgå ved udregningen af timeprisen. Det kan i forlængelse heraf pointeres, at Ordregiver ikke har angivet en begrænsning på redegørelsens omfang overfor Kongsvang, hvorfor Kongsvang har haft alle muligheder for at komme med en uddybende redegørelse herfor.

Kongsvang har endvidere anført, at der er et ønske om at føje Egaa Gymnasium til kundeporteføljen. Dette må, alt andet lige, være det klare udgangspunkt for en tilbudsgiver, der afgiver tilbud på en opgave. Kongsvang redegør i denne forbindelse ikke for, at tilbuddet er sammensat på en måde, der økonomisk set eller på anden vis tydeliggør, at Ordregiver er blevet tilbudt en lav timepris, som følge af netop dette ønske.”

Serviceægleren A/S har den 13. maj 2019 og til brug for sagen afgivet en erklæring, hvoraf blandt andet fremgår:

”Serviceægleren A/S har i løbet af det seneste år bistået mere end 15 uddannelsesinstitutioner som Egaa Gymnasium med gennemførelse af rengøringsudbud.

Den gennemsnitlige timepris ved et repræsentativt gennemsnit af gennemførte udbud for uddannelsesinstitutioner inden for det seneste år har, for så vidt angår konditionsræssige tilbudsgivere, ligget på 235,7 kr. i timen, hvor der ved de gennemførte udbud for uddannelsesinstitutioner i

2019 er set en stigning i gennemsnitspriserne for de konditionsmæssige tilbud på ca. 4,8 %.

Det var bl.a. på dette grundlag og i lyset af de markante forskelle fra timepriserne i de øvrige tilbudsgiveres tilbud, at Servicemægleren A/S vurderede, at den timepris på kr. 205,30 kr. ex. moms, som Kongsvang Rengøringservice A/S baserede deres tilbud på, var unormalt lav.

Den redegørelse, som vi herefter på anmodning modtog fra Kongsvang Rengøringservice A/S indeholdt efter vores vurdering ikke en fyldestgørende begrundelse for den meget lave timepris. Det var herefter vores vurdering og indstilling til Egaa Gymnasium, at tilbuddet fra Kongsvang Rengøringservice A/S kunne afvises som unormalt lavt i henhold til udbudslovens § 169, stk. 2.”

Kongsvang Rengøringservice har protesteret mod, at erklæringen af 13. maj 2019 indgår i sagen, og Egaa Gymnasium har henvist til, at erklæringen kan indgå i sagen som et alternativ til en vidneafhøring af de personer, som har været ansvarlige for gennemførelsen af udbudsforretningen.

Kongsvang Rengøringservice har til brug for sagen fremlagt et brev af 28. maj 2019 fra Filmby Aarhus vedrørende et rengøringsudbud, hvoraf fremgår, at der var modtaget tilbud fra Kongsvang Cleaning & Facility A/S og Miljørent. Der fremgår, at Miljørent tilbød rengøring til en pris på 4.814.542 kr. for i 23.634 timer, og at Kongsvang Cleaning & Facility A/S tilbød 19.605 timer til 4.978.138 kr. Der kan på baggrund heraf beregnes timepriser på 203,71 kr. henholdsvis 253,92 kr. Kongsvang Rengøringservice har oplyst, at tilbuddet fra Miljørent ikke blev tilsidesat som unormalt lavt.

Det er oplyst, at Egaa Gymnasium indgik kontrakt med Compass Group Denmark A/S den 24. juni 2019.

Kongsvang Rengøringservice har yderligere til brug for sagen fremlagt udbudsmateriale af 2. juli 2019 fra Moderniseringsstyrelsen vedrørende udbud af en rammeaftale for indkøb af rengøringsydelser på vegne staten. Rammeaftalen har en anslået samlet værdi på 550.000.000 kr. Det fremgår, at Kongsvang Cleaning & Facility A/S tilbød en timepris på 210 kr. for rengøring i hverdage mellem kl. 05.00 og kl. 18.00 og på 220 kr. mellem kl. 22.00 og kl. 05.00, og i øvrigt at udbudsmaterialet indeholdt forpligtelser vedrørende sociale klausuler.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Kongsvang Rengøringservice har gjort gældende, at en ordregiveren har pligt til at anmode om en redegørelse fra den eller de tilbudsgivere, som har afgivet et unormalt lavt bud, og ordregiveren har herefter pligt til at afklare eventuelle uklarheder i redegørelsen. På denne baggrund skal en ordregiver træffe endelig afgørelse om, hvorvidt tilbuddet er unormalt lavt, jf. udbudslovens § 169.

Det er ordregiveren, som har bevisbyrden for, at et tilbud kan afvises som unormalt lavt, og det bestrides, at Egaa Gymnasium havde grundlag for iværksættelse af proceduren for unormalt lavt bud i henhold til udbudslovens § 169. Kongsvang Rengøringservice har henvist til dom af 4. juli 2017 fra Retten i Første Instans, European Dynamics Luxembourg SA mod Den Europæiske Unions Jernbaneagentur.

Ved vurdering af, om et tilbud forekommer unormalt lavt, skal der henses til markedsprisen. Det kan lægges til grund, at Egaa Gymnasium ikke havde oplyst en forventet værdi af kontrakten i udbudsbekendtgørelsen, men i stedet anførte, at kontraktværdien for den udbudte ydelse var 1 kr.

Undlader en ordregiver at angive en reel værdi i udbudsbekendtgørelsen, må tilbudsgiverne berettiget lægge deres erfaringer for markedsværdien til grund som retningsgivende for deres tilbud, og ordregiveren begrænser sine muligheder for at kunne anlægge en særlig vurdering og opfattelse af markedsprisen over for tilbudsgiverne.

Egaa Gymnasiums angivelse af kontraktværdien til 1 kr. har medført, at udbudsmaterialet er uigennemsigtigt, jf. blandt andet klagenævnets kendelse af 28. marts 2012, Merrild Coffee Systems A/S mod Region Sjælland, og klagenævnets kendelse af 5. april 2019, Dansk Erhverv mod Holstebro, Lemvig og Struer Kommune.

Oplysninger om prisniveauet giver tilbudsgiverne nogle klare forudsætninger for, hvordan ordregiver bedømmer det nødvendige prisniveau for opgavens løsning, og det giver tilbudsgiverne et grundlag for at bedømme, hvornår ordregiver vil kunne anse et tilbud for unormalt lavt.

Den manglende angivelse af en reel estimeret værdi af kontrakten må efter indholdet af processkrifterne antages at være en forsættelig usaglig og ukorrekt angivelse af Egaa Gymnasiums forventede værdi af kontrakten, hvilket er vildledende og fratager tilbudsgiverne den berettigede gennemsigtighed. Herefter har Egaa Gymnasium ikke været berettiget til at lægge en anden estimeret forventet værdi til grund for vurderingen af de indkomne tilbud, da det vil være i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2.

Det forhold, at Egaa Gymnasium har anført den forventede kontraktværdi til 1 kr., skal komme Egaa Gymnasium til skade således, at tilbud ikke kan erklæres for unormalt lave, medmindre det afgivne tilbud ligger langt under den generelle markedsværdi, kan dokumenteres at være væsentligt tabsgivende for tilbudsgiveren, og at tilbudsgiveren ikke kan forventes at opretholde sine forpligtelser i henhold til kontrakten.

Der foreligger på baggrund af det anførte ikke en sådan situation som påkrævet for, at proceduren om unormalt tilbud efter udbudslovens § 169 kan indledes. Tilbuddet fra Kongsvang Rengøringservice var i overensstemmelse med markedsprisen, og Kongsvang Rengøringservice har i sin meddelelse til Servicemægleren A/S redegjort for, at tilbuddet var beregnet med en overdækning på 15%. Tilbuddet var desuden ikke væsentligt lavere end de andre indgivne tilbud, men det var tæt på gennemsnitsprisen for de årlige tilbudte vederlag, og Egaa Gymnasium var allerede af denne grund ikke berettiget til at indlede procedure for unormalt lavt tilbud.

Den timepris på 205,30 kr., som Servicemægleren A/S havde beregnet, var helt i overensstemmelse med markedsprisen, jf. blandt andet rengøringsudbuddet fra maj 2019 vedrørende Filmby Aarhus, som er et sammenligneligt udbud. Derudover afveg prisen alene med 30 kr. fra den laveste pris, som lå 25,15 kr. under den højeste timepris.

Kongsvang Rengøringservice har bestridt, at tilbuddet fra Kongsvang Cleaning & Facility A/S vedrørende Filmby Aarhus skulle indikere, at tilbuddet fra Kongsvang Rengøringservice skulle være unormalt lavt, ligesom det bestrides, at de beregnede eller de reelle timepriser i tilbuddet fra Kongsvang Rengøringservice udgjorde tilstrækkeligt grundlag for at iværksætte procedure for unormalt lavt tilbud, jf. udbudslovens § 169, stk. 1.

Egaa Gymnasium har ved at iværksætte procedure for unormalt lavt tilbud og ved den gennemførte bearbejdning af Kongsvang Rengøringservices tilbud tilsidesat ligebehandlings- og proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 2. Dette princip var Egaa Gymnasium forpligtet til at inddrage, jf. klagenævnets kendelse af 3. oktober 2018, Efkon GmbH mod Fjordforbindelsen Frederikssund m.fl.

Fastlæggelsen af, om et tilbud forekommer unormalt lavt, skal ske på en objektiv og ikke-diskriminerende måde, jf. EU-Domstolen i C-285/99 og C-286/99, præmis 69, og i C-198/16, præmis 55.

Egaa Gymnasium har hverken benyttet den objektive metode om, at ”vurderingen i det væsentlige skal være gennemsnittet af de afgivne bud”, eller metoden om at sammenligne en tilbudsgivers samlede pris med ordregivers maksimale budget, jf. EU-Domstolens dom af 27. november 2001 i sagerne C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA, præmis 68, henholdsvis EU-Domstolens dom af 19. oktober 2017 i sag C-198/16 P, Agriconsulting Europa SA mod Europa-Kommissionen, præmis 56, eller en anden objektiv metode.

Det var i strid med EU-Domstolens praksis at lægge vægt på en beregnet fiktiv timepris på 205,30 kr. Der kan ikke fremstilles en objektiv sammenhæng mellem det tilbudte antal timer, det årlige vederlag og den løn, som tilbudsgivernes medarbejdere får. Det forudsætter derimod en subjektiv subsumption og en forudsætning om, at tilbudsgiver beregnede det årlige vederlag direkte ud fra de tilbudte timer og har indregnet en fortjeneste i sit tilbud. Disse forudsætninger kan ikke med rimelighed lægges til grund, da der kan foretages forretningsmæssige dispositioner, og omkostningerne ved opgaven kan kombineres med andre ydelser og opgaver varetaget af tilbudsgiver. Den samlede beregning kan derfor basere sig på andre værdier end dem, der fremgår af det afgivne tilbud, jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 169, stk. 2. Den korrekt beregnede timepris på 234,65 kr. lå desuden fuldt ud inden for spændet af de øvrige tilbud som anført i redegørelsen til Servicemægleren A/S.

Egaa Gymnasium har gjort gældende, at gymnasiet med rette kunne betragte tilbuddet fra Kongsvang Rengøringservice for unormalt lavt og dermed igangsætte en redegørelsesprocedure i henhold til udbudslovens § 169, stk.

1. En ordregiver er efter ordlyden forpligtet til at indhente en redegørelse, hvis et tilbud forekommer unormalt lavt.

Den beregnede timepris på 205,30 kr. lå markant under den beregnede timepris i de øvrige tilbud, som havde et spænd fra 235,35 til 260,50 kr., og timeprisen hos Kongsvang Rengøringservice lå markant under det niveau, som Egaa Gymnasiums udbudsrådgiver, Servicemægleren A/S, almindeligvis møder ved udbud af rengøring til uddannelsesinstitutioner. Afvigelsen fra den gennemsnitspris på 235,70 kr., som Servicemægleren A/S have beregnet for det seneste år, tillagt en prisstigning på 4,8 % udgjorde 44 kr. Denne afvigelse skulle ses i forhold til, at timeprisen i det væsentligste var bygget op omkring overenskomstbaserede lønninger til medarbejderne, jf. også pkt. 4.2 i kontraktudkastet.

Den indledende vurdering af, at tilbuddet fra Kongsvang Rengøringservice forekom unormalt lavt, blev foretaget konkret under hensyntagen til den udbudte opgave, brancheforhold og andre relevante faktorer, som det fremgår af blandt andet anmodningen om redegørelse. Det bestrides, at den konkrete vurdering alene skal ske i lyset af den samlede tilbudspris. Vurderingen skal foretages i lyset af den konkrete ydelse, der tilbydes, jf. også lovforarbejderne. Da der konkurreres på andet end pris, skal der foretages en samlet konkret vurdering af den tilbudte pris og kvalitet og ikke alene på baggrund af den samlede tilbudssum. Dette fremgår også af klagenævnets kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen.

EU-Domstolens domme i sagerne C-285/99 og C-286/99 er uden betydning for sagen, da dommene vedrørte udbud med ren priskonkurrence i modsætning til det omhandlede udbud, hvor tildelingskriteriet er bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Det bestrides, at Egaa Gymnasium har tilsidesat ligebehandlingsprincippet, da metoden til at identificere unormalt lave tilbud blev anvendt ensartet for alle tilbudsgivere, og der blev beregnet en timepris for alle tilbud. Det er oplagt, at ordregiveren må reagere, hvis en beregnet timepris reelt ligger under eller på niveau med den overenskomstfastsatte løn på området, da kontrakten i så fald må antages at være tabsgivende for den pågældende tilbudsgiver.

Det bestrides, at det faktum, at Egaa Gymnasium havde angivet den anslåede værdi til 1 kr., har haft indflydelse på gymnasiets råderum i forhold til at

betragte tilbuddet fra Kongsvang Rengøringservice for unormalt lavt. Egaa Gymnasium havde ikke lagt sig fast på en eksakt kontraktsum, og gymnasiet ønskede ikke at anspore tilbudsgiverne til at ramme et bestemt prisniveau, da det kunne påvirke konkurrencen negativt. Det forhold, at der var angivet 1 kr., beroede alene på det anvendte elektroniske udbudssystem, hvor det ikke var muligt at godkende og fremsende udbudsbekendtgørelsen uden et positivt tal i punktet om anslået værdi. Det var indlysende for tilbudsgiverne, at tallet ikke var udtryk for den reelt anslåede værdi.

Der er ikke en udbudsretlig forpligtigelse til at angive værdien af en tjenesteydelseskontrakt i udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudsdirektivets del 3, punkt 7, modsætningsvist. Egaa Gymnasium havde som foreskrevet beskrevet kontraktens art og omfang, jf. udbudsbekendtgørelsens afsnit II.1.4.

Udbuddet vedrørende Filmby Aarhus har ingen relation til det omhandlede udbud, og det kan ikke tillægges betydning, da Filmby Aarhus kan have for sømt sine forpligtelser i forhold til håndteringen af et unormalt lavt tilbud, eller Filmby Aarhus kan have udnyttet sine skønsmæssige beføjelser på en anden måde. Det forhold, at Kongsvang Rengøringservice kan præsentere et enkeltstående eksempel på en timepris, der svarer til den, som Kongsvang Rengøringservice har tilbudt, kan ikke påvirke vurderingen af Egaa Gymnasiums håndtering af tilbuddet fra Kongsvang Rengøringservice. Egaa Gymnasium har benyttet sig af en yderst erfaren udbudsrådgiver med indgående kendskab til området og havde ikke grundlag for at se bort fra denne sagkyndige vurdering. Det kan i øvrigt undre, at Kongsvang Rengøringservice ikke har fremlagt dokumentation for den påståede markedspris ud over Filmby Aarhus, hvor Kongsvang Rengøringservice selv tilbød en pris, der var næsten 50 kr. højere end den timepris, som det tilbudte vederlag for gymnasiet baserede sig på.

Kongsvang Rengøringservice havde i sit tilbud ikke anført, at de 763,80 timer blev tilbudt til 0 kr., og da der i medierne florerer mange historier om underbetalt arbejdskraft inden for rengøringsarbejde, var det særligt relevant at påse, at de afgivne tilbudspriser var markedskonforme, selvom gymnasiet ikke havde grundlag for at mistænke Kongsvang Rengøringservice for at benytte underbetalt arbejdskraft. Udbudsloven § 169 er udtryk for et beskyttelseshensyn til de tilbudsgivere, der afgiver deres tilbud på sædvanlige markeds-mæssige vilkår, og en ordregivers undladelse af at iagttage sine forpligtelser kan i sig selv føre til klager.

Ad påstand 2

Kongsvang Rengøringservice har gjort gældende, at Egaa Gymnasium skal dokumentere, at principperne om proportionalitet og ligebehandling i udbudslovens § 2 er overholdt i forbindelse med vurdering af, hvorvidt indkomne tilbud er unormalt lave, jf. klagenævnets kendelse af 30. juni 2017, Tieto Danmark A/S mod Finansministeriets Koncern, og at Egaa Gymnasium har handlet i strid med udbudslovens § 2 og § 169.

Det følger af udbudslovens § 169, stk. 2, at tilbudsgivers tilbud som udgangspunkt skal lægges til grund, og grundlaget for og anvendelse af bestemmelsen skal derfor fortolkes indskrænkende. Det er endvidere en bindende forudsætning, at ordregiver lægger tilbudsgivers redegørelse til grund for sin vurdering, og såfremt redegørelsen har betrykket ordregiver i, at der ikke er tale om en unormal lav pris, er der ikke grundlag for at tilsidesætte tilbuddet. Da dette ikke er iagttaget, er der ikke fornødent grundlag for afvisning af tilbuddet fra Kongsvang Rengøringservice.

Efter Egaa Gymnasium havde modtaget redegørelsen fra Kongsvang Rengøringservice, kunne gymnasiet ikke berettiget afvise tilbuddet som unormalt lavt. Kongsvang Rengøringservice oplyste heri, at timeprisen udgjorde 234,65 kr., hvoraf lønomkostningen ville udgøre 85 %.

Kongsvang Rengøringservice redegjorde netop for de forhold, som Servicemægleren A/S anmodede om, og redegørelsen forholdt sig til de kriterier, som er anført i udbudslovens § 169. Egaa Gymnasium fik derfor med redegørelsen sikkerhed for, at der ikke ved afgivelsen af tilbuddet var handlet i strid med gældende forpligtelser i henhold til det miljø-, social- eller arbejdsretlige område, jf. udbudslovens § 169, stk. 3. Kongsvang Rengøringservice fremhævede desuden, at Kongsvang Rengøringservice i sin beregning af tilbuddet havde fastsat timer til udførelse af de udbudte ydelser og opgaver på en måde, så der var sikkerhed for opgavernes varetægelse og udførelse. Kongsvang Rengøringservice havde sikret et overhead og en overdækning i forhold til omkostningerne, som udgjorde 15 % af den samlede pris. Kongsvang Rengøringservice havde derved dokumenteret, at tilbuddet muligvis var fastsat ud fra et ønske om at opnå kontrakten og en reference, men også at Kongsvang Rengøringservice samtidig havde sikret sig en indtjening, og at tilbuddet ikke var tabsgivende eller en ”nulløsning”.

Kongsvang Rengøringservice har også kvalitativt redegjort for, at tilbuddet og prissætningen indeholdt udførelse af stationær ledelse samt øvrig ledelse og tilsyn under arbejdernes udførelse. Der blev dermed redegjort for, hvorledes opgaven var tænkt løst, og at alle krav var iagttaget. Kongsvang Rengøringservice oplyste også, at Kongsvang Rengøringservice havde et strategisk ønske om at få Egaa Gymnasium som kunde, hvilket efter konteksten må forstås som et stærkere forretningsmæssigt ønske. Dette er helt i overensstemmelse med de udbudsretlige regler og principper, og det er et moment, som ifølge lovbemærkningerne kan indgå i tilbudsgiverens redegørelse. Dette forhold, og den deraf følgende lavere prissætning, udgør ikke en saglig grund til at afvise tilbuddet som unormalt lavt, herunder henset til at der var indregnet et overskud. Det er også helt i overensstemmelse med de udbudsretlige regler og principper, at Kongsvang Rengøringservice oplyste, at timer til tilsyn og ledelse var i den eksisterende funktionærstab som følge af eksempelvis overkapacitet, og Kongsvang Rengøringservice var berettiget til at indregne andre forhold end indtjening i sin tilbudsafgivelse.

Det er i strid med udbudsrettens formål om konkurrenceudsættelse, at en tilbudsgiver får afvist sit tilbud, fordi tilbudsgiveren har indregnet andre forhold end indtjeningen i sin tilbudsafgivelse, og det kan efter indholdet af brevet fra Servicemægleren den 26. april 2019 lægges til grund, at Egaa Gymnasium ikke har taget de forhold, som Kongsvang Rengøringservice havde anført i sin redegørelse, behørigt med i sin vurdering af, om tilbuddet fra Kongsvang Rengøringservice var unormalt lavt. Egaa Gymnasium har derfor handlet usagligt, diskriminerende og uproportionalt og i strid med forudsætningerne for og betingelserne i udbudslovens § 169, stk. 2.

Det følger i øvrigt af EU-Domstolens dom af 29. marts 2012 i sag C-599/10, SAG ELV Slovensko, præmis 30, at en ordregiver ikke selektivt kan bestemme, hvilke elementer, der skal tages i betragtning ved vurderingen af, om et tilbud er unormalt lavt.

Det bestrides, at klagenævnets kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport A/S mod Moderniseringsstyrelsen, er sammenlignelig, og sagen er derfor uden relevans. I den nævnte sag henvendte Moderniseringsstyrelsen sig dog flere gange til tilbudsgiveren for at få uddybet redegørelsen helt i overensstemmelse med den pligt, der følger af udbudsdirektiv 2014/24 artikel 69,

stk. 3, og som det fremgår af den engelske, tyske og svenske udgave af direktivteksten. Egaa Gymnasium burde særligt i den foreliggende situation, hvor gymnasiet ikke havde forstået den redegørelse, som kom fra Kongsvang Rengøringservice, være forpligtet til at konsultere tilbudsgiveren, efter denne havde sendt sin redegørelse, jf. også EU-Domstolens præmis 29 i C-599/10.

Der skal desuden ved bedømmelsen af redegørelsen tages hensyn til den korte tid, som Kongsvang Rengøringservice havde til at udfærdige redegørelsen. Efter indholdet af anmodningen fra Servicemægleren A/S, hvor der var foretaget en sondring mellem forhold knyttet til udbudslovens § 169, stk. 2 og 3, og hvorefter der alene skulle fremsendes oplysninger vedrørende udbudslovens § 169, stk. 2, var Egaa Gymnasium ikke berettiget til at stille yderligere krav til redegørelsen fra Kongsvang Rengøringservice, jf. også EU-Domstolens præmis 31 i C-599/10. Det skal under alle omstændigheder komme Egaa Gymnasium til skade, at anmodningen ikke var formuleret tilstrækkeligt tydeligt. Redegørelsen imødekom det forespurgte og udgjorde derfor tilstrækkelig dokumentation for, at tilbuddet ikke var unormalt lavt.

Egaa Gymnasium afviste ved brev af 3. maj 2019 fra Servicemægleren A/S Kongsvang Rengøringservices tilbud med henvisning til udbudslovens § 169, stk. 2. Det kan derfor lægges til grund, at Egaa Gymnasium anerkendte dokumentationen fra Kongsvang Rengøringservice vedrørende udbudslovens § 169, stk. 3, idet gymnasiet ellers også havde været forpligtet til at afvise Kongsvang Rengøringservices tilbud, jf. udbudslovens § 169, stk. 3. Det forekommer i lyset heraf usagligt, at redegørelsen vedrørende udbudslovens § 169, stk. 2, ikke blev anset for tilstrækkelig.

Det er også selvmodsigende, at der i brevet af 26. april 2019 fra Servicemægleren A/S henvistes til, at der var utilstrækkeligt redegjort for, om Kongsvang Rengøringservice kunne levere det tilbudte uden at tilsidesætte de kontraktuelle krav, der fremgår af bestemmelserne i kontraktens afsnit 3, 4 og 5, da disse afsnit alle vedrører forhold, som er knyttet til udbudslovens § 169, stk. 3. Den tvivl om, hvorvidt Kongsvang Rengøringservice kunne opfylde sine forpligtelser i henhold til kontraktens afsnit 3, 4 og 5 sammenholdt med den beregnede timepris, kan ikke retfærdiggøre, at tilbuddet blev afvist under henvisning til udbudslovens § 169, stk. 2, da disse forhold i det væsentligste relaterer sig til forpligtelserne i udbudslovens § 169, stk. 3. Egaa Gymnasium har også af denne grund handlet usagligt og uproportionalt.

Det forhold, at det tilbudte timetal for ledelse og tilsyn afveg betydeligt fra de øvrige tilbudsgivere, ville ikke komme Kongsvang Rengøringservice til gode som anført af Egaa Gymnasium. Dette fremgår af evalueringsnotatet, hvoraf kan udledes, at den vindende tilbudsgiver alene fik 3,678 point for timer, der vægtede 0,70 i kriteriet "kvalitet", og tilbudsgiveren KN Rengøring, som fik maksimumpoint for antal timer, blev ikke det mest fordelagtige tilbud, da pris indgik med en vægt på 50%. Det ville derfor være en større evalueringsmæssig fordel at tilbyde en lavere pris.

Det skøn, som Egaa Gymnasium foretog, var også usagligt i forhold til redegørelsen fra Kongsvang Rengøringservice. Lovbemærkningerne anerkender, at en tilbudsgiver kan have en lav eller en negativ margin. Det årlige vederlag var desuden ikke det laveste årlige vederlag, og af denne grund var Egaa Gymnasium ikke berettiget til at afvise tilbuddet, jf. klagenævnets kendelse af 10. oktober 2012, Søndersø Entreprenør- og Vognmandsforretning A/S mod Middelfart Kommune. Det tilbudte timeantal afveg i øvrigt ikke væsentligt fra de andre afgivne tilbud. Der skal herved henses til, at de 763,80 timer til ledelse og tilsyn ikke indgik som en omkostning, og det reelle timetal var derfor 5.342,2 timer.

Egaa Gymnasium har ikke løftet sin bevisbyrde for, at betingelserne for at afvise tilbuddet som unormalt lavt var til stede.

Egaa Gymnasium har derfor ikke været berettiget til at afvise Kongsvang Rengøringsservices tilbud som unormalt lavt. Afvisningen var i strid med udbudslovens § 169, stk. 2, fordi der på baggrund af redegørelsen, lovbemærkningerne og fast praksis ikke var hjemmel hertil.

Hvis Egaa Gymnasium får medhold, vil en ordregiver kunne benytte udbudslovens § 169, stk. 2, når dette er opportunt, og sammenholdt med den vide skønsmæssige betragtning, som der er lagt op til, vil dette skabe en betydelig uigennemsigthed og ulige behandling af udbudsprocedurer i forhold til unormalt lave tilbud. Det vil også blandt andet skabe præcedens for, at redegørelser ikke skal tages i betragtning, idet en ordregiver kan undskylde sig med ikke at have forstået tilbudsgiverens redegørelse.

Egaa Gymnasium har gjort gældende, at gymnasiet efter at have modtaget redegørelsen fra Kongsvang Rengøringservice var berettiget til at afvise tilbuddet fra Kongsvang Rengøringservice, jf. udbudslovens § 169, stk. 2.

Det beror ifølge forarbejderne til loven på ordregiverens skøn, om der på tilfredsstillende måde er fremlagt dokumentation for det lave prisniveau i et tilbud, og Egaa Gymnasium har udøvet sit skøn på et sagligt og oplyst grundlag i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

Redegørelsen fra Kongsvang Rengøringservice, som skulle dokumentere, hvorledes Kongsvang Rengøringservice ville leve op til alle relevante krav, var yderst kortfattet og betryggede på ingen måde Egaa Gymnasium i, at Kongsvang Rengøringservice var i stand til at opfylde de kontraktuelle krav. Der var ingen nærmere forklaring på, hvorledes Kongsvang Rengøringservice kunne levere 763,80 times årligt tilsyn og ledelse gratis blot ved at benytte eksisterende funktionærstab. Det vil være sædvanligt at prissætte de timer, der tilbydes til en kunde, uafhængigt af, om opgaven skal løses af eksisterende medarbejdere eller af nye medarbejdere.

Det tilbudte antal timer var ifølge kontraktudkastets pkt. 3.5 forpligtende for tilbudsgiveren, der som minimum skulle levere disse timer. Det må påhvile en tilbudsgiver at redegøre udførligt for, hvordan det er muligt for leverandøren i hele kontraktperioden at opretholde prisstrukturen, uden at det vil påvirke kvaliteten af det arbejde, som udføres. Kongsvang Rengøringservice kom ikke med en nærmere redegørelse eller dokumentation for den usædvanlige prissætning, men kom alene med en faktuel angivelse af, at de 763,80 timer ikke skulle indgå i omkostningsberegningen på grund af benyttelse af den eksisterende funktionærstab, og Kongsvang Rengøringservice havde derfor ikke begrundet det lave prisniveau. Kongsvang Rengøringservice havde efter omstændighederne en lang frist på en uge til at udarbejde en udførlig og oplysende redegørelse for det lave prisniveau, og det bestrides, at der ved afgørelsen af sagen skal tages hensyn til en kort frist.

Oplysningen om, at Kongsvang Rengøringservice ønskede at føje Egaa Gymnasium til sin kundeportefølje, var uden reel substans og i øvrigt et naturligt ønske, når en rengøringsvirksomhed byder på en offentlig kontrakt, men et sådant ønske begrundes ikke i sig selv et unormalt lavt tilbud. Oplysningen var ikke nærmere uddybet og indeholdt ingen beskrivelse af nærmere strategiske satsninger. Et strategisk ønske beskytter i øvrigt ikke i sig selv

mod, at et tilbud kan afvises som unormalt lavt, jf. klagenævnets kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport A/S mod Moderniseringsstyrelsen.

Det bestrides, at Egaa Gymnasium har behandlet tilbuddet fra Kongsvang Rengøringssservice usagligt og diskriminerende, og at Egaa Gymnasium skulle have udeladt og tilsidesat oplysninger fra Kongsvang Rengøringssservices redegørelse, ligesom det bestrides, at anmodningen om en redegørelse ikke var tilstrækkelig tydelig, og at dette må komme gymnasiet til skade. Anmodningen indeholdt en tydelig forklaring på, hvorfor Egaa Gymnasium anså tilbuddet for unormalt lavt og henviste til det årlige vederlag sammenholdt med det tilbudte årlige antal timer, herunder særligt de mange timer til tilsyn og ledelse.

Egaa Gymnasium er uforstående over for synspunkterne om en supplerende redegørelse, henvisningen til EU-dom, C-599/10, og de sproglige versioner af udbudsdirektivets artikel 69, stk. 3. Det fremgår hverken af dommen eller af de nævnte sproglige versioner, at der pligtmæssigt skal ske en yderligere drøftelse efter afgivelsen af redegørelsen om unormalt lave tilbud, hvilket heller ikke fremgår af den danske version af udbudsdirektivet eller forarbejderne til udbudslovens § 169. Det er alene Kongsvang Rengøringssservice, der bærer ansvaret for at afgive en fyldestgørende redegørelse, og Kongsvang Rengøringssservice fik ikke forklaret, hvorfor man kunne basere tilbuddet på et meget stort antal timer, der reelt blev tilbudt til 0 kr.

Kongsvang Rengøringssservice, som havde tilbudt i alt 1.477,35 timer til ledelse og tilsyn, havde tilbudt et abnormt højt antal årlige timer til ledelse og tilsyn i forhold til de øvrige tilbudsgivere. De fem øvrige tilbudsgivere havde tilbudt mellem 66,33 timer til 402 timer årligt til ledelse og tilsyn. Det årlige timetal, som var 4 gange højere end det næsthøjeste tilbud, ville komme Kongsvang Rengøringssservice til gode ved evalueringen af kvalitet, men der kunne med rette stilles spørgsmålstegn ved, om Kongsvang Rengøringssservice var indstillet på at levere de mange timer, navnlig når halvdelen ikke var indregnet som en omkostning i tilbuddet.

Redegørelsen fra Kongsvang Rengøringssservice indeholdt ikke en særlig forklaring på, hvorfor Kongsvang Rengøringssservice fandt det relevant og nødvendigt at anvende et så abnormt højt antal timer til tilsyn og ledelse. Uanset at de tilbudte timer ikke var eneafgørende, var der et klart incitament til at

sikre en god score på "kvalitet", hvoraf "timer" vægtede 70 %, ved at tilbyde et højt timetal.

Egaa Gymnasium har på intet tidspunkt anerkendt dokumentationen fra Kongsvang Rengøringservice i forhold til udbudslovens § 169, stk. 3, og det forhold, at gymnasiet på baggrund af redegørelsen ikke fandt grundlag for pligtmæssigt at afvise tilbuddet fra Kongsvang Rengøringservice under henvisning til udbudslovens § 169, stk. 3, kan ikke føre til, at gymnasiet har anerkendt dokumentationen i forhold til udbudslovens § 169, stk. 3.

Det har i sagens natur ikke påvirket Egaa Gymnasiums ret til at afvise tilbuddet i henhold til udbudslovens § 169, stk. 2, at gymnasiet eventuelt ikke var forpligtet til at afvise tilbuddet efter udbudslovens § 169, stk. 3, da der er tale om to adskilte afvisningsbestemmelser.

Egaa Gymnasium kunne derfor med rette afvise tilbuddet som unormalt lavt, jf. udbudslovens § 169, stk. 2, og det bestrides, at dette er udtryk for, at en ordregiver vilkårligt kan afvise tilbud som unormalt lave.

Ad påstand 3

Kongsvang Rengøringservice har gjort gældende, at Egaa Gymnasium ikke har givet en underretning, som er i overensstemmelse med kravene i udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, fordi Egaa Gymnasium ikke har redegjort for, på hvilket grundlag tilbuddet kunne anses for unormalt lavt, idet der ikke var grundlag herfor, og fordi Egaa Gymnasium ikke har forholdt sig til Kongsvang Rengøringsservices uddybende dokumentation. Egaa Gymnasium har ikke ved brev af 26. april 2019 gengivet det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud, og Kongsvang Rengøringservice har derfor ikke mulighed for at konstatere, om evalueringen er sket inden for rammerne af den evalueringsmetode, som er beskrevet i udbudsmaterialet.

Egaa Gymnasium har gjort gældende, at gymnasiet har givet Kongsvang Rengøringservice en begrundelse for afvisningen af tilbuddet, der lever op til kravene i udbudslovens § 171, stk. 4. Tilbuddet var uantageligt, jf. bemærkningerne til udbudslovens § 171 sammenholdt med udbudslovens § 61,

stk. 2, og Kongsvang Rengøringservice havde derfor alene krav på en begrundelse for, hvorfor tilbuddet blev afvist, jf. udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 1.

Brevet af 26. april 2019 fra Servicemægleren A/S til Kongsvang Rengøringservice indeholdt en grundig redegørelse for de forhold, som begrundede, at Egaa Gymnasium fandt det nødvendigt at afvise tilbuddet som unormalt lavt, og brevet skal også ses i sammenhæng med anmodningen af 25. marts 2019. Der var i brevet henvist til den meget lave timepris, og at redegørelsen var utilstrækkelig og ikke gav vished for, at Kongsvang Rengøringservice ville være i stand til at levere en ydelse, der levede op til kravene i udbudsmaterialet, ligesom der blev henvist til det uforståelige synspunkt om, at 763,80 timer ikke var indregnet som en omkostning i tilbuddet.

Ad påstand 4

Kongsvang Rengøringservice har gjort gældende, at Egaa Gymnasium af de grunde, som er anført ovenfor, har handlet i strid med udbudslovens § 2 og § 169, stk. 1, 2 og 3, og Egaa Gymnasiums beslutning om at tildele kontrakten til Compass Group Denmark A/S skal derfor annulleres, jf. klagenævnslovens § 13, nr. 2, jf. § 1, stk. 2. Tildelingsbeslutningen skal også annulleres, fordi Kongsvang Rengøringservice ikke har mulighed for at opnå erstatning eller kompensation.

Egaa Gymnasium har gjort gældende, at der under henvisning til det, som er anført under påstand 1, 2 og 3, ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen. Under alle omstændigheder kan en eventuel mangelfuld begrundelse ikke i sig selv begrunde en annullation, jf. blandt andet klagenævnets kendelse af 13. april 2018, Københavns Sprogskole m.fl. mod Københavns Kommune.

Klagenævnet udtaler:

Påstand 1

Det følger af udbudsloven § 169, stk. 1, at en ordregiver har pligt til at undersøge tilbud, som forekommer unormalt lave. Hverken udbudsdirektivets (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om

offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF) præambel betragtning 103 eller artikel 69 om unormalt lave tilbud, som udbudslovens § 169 skal gennemføre, definerer, hvornår et tilbud forekommer unormalt lavt.

Af de specielle bemærkninger til udbudslovens § 169, stk. 1, (lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015) fremgår blandt andet:

”Bestemmelsen i stk. 1 fastsætter, at ordregiveren identificerer, om modtagne tilbud er unormalt lave. Ordregiveren har pligt til at anmode tilbudsgiver om at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet. Ordregiverens vurdering er altid konkret under hensyntagen til den udbudte opgave, brancheforhold og andre relevante faktorer, der kan have en indflydelse på prisspændet. Ordregiveren har en ret til at afvise unormalt lave tilbud, men ikke en pligt hertil”.

Det beror herefter på Egaa Gymnasiums konkrete skøn under hensyntagen til den udbudte rengøringsopgave, brancheforhold og andre relevante faktorer, der kan have en indflydelse på prisspændet, hvornår et tilbud forekommer unormalt lavt. Skønnet skal i øvrigt foretages under hensyntagen til udbudslovens generelle principper, herunder om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Det er ved udbud af tjenesteydelser i henhold til udbudslovens afsnit II ikke et udtrykkeligt krav, at ordregiveren skal angive en anslået værdi af kontrakten i udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudsdirektivets bilag V, del C, jf. udbudslovens § 58, stk. 1 og § 128, stk. 2, og angivelsen af den anslåede værdi på 1 kr., som beroede på det anvendte elektroniske udbudssystem, var helt åbenbart ikke udtryk for, hvilken værdi den udbudte kontrakt reelt ville have. Den klart misvisende anslåede værdi kan derfor ikke tillægges betydning i forhold til det skøn, som Egaa Gymnasium skulle udøve i henhold til udbudslovens § 169.

Under hensyntagen til ordregiverens forpligtelser i henhold til udbudslovens § 169, udbuddets tildelingskriterium og karakter og at en tilbudsgiver efterfølgende skal have lejlighed til at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet, jf. udbudslovens § 169, stk. 1, udgjorde det ikke en tilside-sættelse af ligebehandlingsprincippet eller proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 2, at Egaa Gymnasium foretog en beregning af timeprisen i de modtagne tilbud til brug for sin undersøgelse af, hvorvidt de modtagne tilbud var unormalt lave.

Egaa Gymnasium har oplyst, at metoden til at identificere unormalt lave tilbud blev anvendt ensartet for alle tilbudsgivere, og at der blev beregnet en timepris for alle tilbud. Der er ikke noget, som understøtter, at denne oplysning ikke er korrekt. På denne baggrund, efter indholdet af den anmodning, som Servicemægleren A/S sendte den 25. marts 2019, og det øvrige fremkomne, er der ikke grundlag for at konstatere, at den umiddelbare bedømmelse, som Egaa Gymnasium foretog, ikke foregik på en objektiv og ikke-diskriminerende måde, ligesom der ikke er grundlag for at tilsidesætte det skøn, som gymnasiet foretog, og hvorved tilbuddet fra Kongsvang Rengøringservice blev identificeret som et muligt unormalt lavt tilbud.

På den baggrund tages påstand 1 ikke til følge.

Påstand 2

Af de specielle bemærkninger til udbudslovens § 169, stk. 2, (lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015) fremgår blandt andet:

”Før ordregiveren kan afvise et tilbud, som efter ordregiverens vurdering er unormalt lavt, har ordregiveren en pligt til at anmode tilbudsgiver om en redegørelse for de priser eller omkostninger, der er foreslået i tilbuddet, jf. § 169, stk. 2. Det er formålet med denne bestemmelse, at ordregiveren ikke kan afvise et tilbud, som værende unormalt lavt, før tilbudsgiver har haft mulighed for at forklare sammensætningen af tilbuddets priser eller omkostninger.

Der gælder ingen særlige formkrav for anmodningen om redegørelsen, men ordregiveren er forpligtet til at give tilbudsgiveren en passende frist til at fremkomme med en redegørelse for det lave pris- eller omkostningsniveau. Ordregiveren skal fastsætte fristen under hensyntagen til udbuddets kompleksitet samt tilbuddets sammensætning.

Det er ikke nærmere afgrænset, hvilket indhold redegørelsen skal have. Tilbudsgiver kan som følge heraf fremlægge alle oplysninger, som efter tilbudsgivers opfattelse begrundet det lave pris- eller omkostningsniveau. Ordregiveren skal inddrage tilbudsgivers oplysninger i vurderingen, om et tilbud er unormalt lavt. Det påhviler ordregiveren at påvise, at anmodningen om en redegørelse for det lave pris- eller omkostningsniveau er fremsat, inden tilbuddet afvises som værende unormalt lavt.

...

Bestemmelsen i stk. 2 fastsætter, at ordregiveren kun kan afvise et tilbud, som værende unormalt lavt, hvis den fremlagte dokumentation ikke på en tilfredsstillende måde begrundet det lave pris- eller omkostningsniveau. Det er ordregiverens skøn. Formålet med denne bestemmelse er at beskytte tilbudsgiver mod, at et tilbud afvises på et uoplyst grundlag.

...

Udover de i stk. 2 nævnte eksempler kan tilbud også forekomme unormalt lavt pga. tilbudsgivers forretningsmæssige strategier eller øvrige forretningsmæssige begrundelser. F.eks. fordi tilbudsgiver gerne vil opnå erfaring gennem kontrakten, og derfor har en lav margin (eller negativ margin) eller anføre nul-priser eller negative priser for enkelte poster som en del af virksomhedens forretningsmæssige strategi. Der er ikke tale om en udtømmende liste.

...”

Indledningsvist bemærker klagenævnet, at der herefter ikke gælder særlige krav til anmodningen om redegørelsen, men at der skal fastsættes en passende frist for tilbudsgiverens redegørelse under hensyntagen til udbuddets kompleksitet og tilbuddets sammensætning. Efter udbuddets begrænsede kompleksitet og den forholdsvis korte tilbudsliste sammenholdt med indholdet af anmodningen af 25. marts 2019 finder klagenævnet, at den fastsatte frist var passende til, at Kongsvang Rengøringservice kunne udarbejde en udførlig redegørelse.

Efter de særlige bemærkninger til udbudslovens § 169, stk. 2, skal ordregiveren inddrage tilbudsgivers oplysninger i vurderingen af, om et tilbud er unormalt lavt, og det er formålet med bestemmelsen at beskytte en tilbudsgiver mod, at et tilbud afvises på et uoplyst grundlag.

Det følger endvidere på den ene side af udbudslovens § 169, stk. 2, at ordregiveren har bevisbyrden for, at et tilbud kan afvises som unormalt lavt, hvilket alene kan ske, når ”det tilbudte pris- eller omkostningsniveau ikke kan begrundes på baggrund af tilbudsgiverens redegørelse.” På den anden side følger det af bemærkningerne, at det er ordregiverens skøn, hvorvidt redegørelsen på tilfredsstillende måde begrundet det lave pris- eller omkostningsniveau.

Efter indholdet af afvisningsbrevet af 26. april 2019 har redegørelsen fra Kongsvang Rengøringservice været inddraget i den vurdering af tilbuddet, som Egaa Gymnasium sammen med Servicemægleren A/S foretog. Det

fremgår af afvisningsbrevet, at Egaa Gymnasium på flere punkter ikke fandt redegørelsen dækkende, og at gymnasiet derfor var usikker på de nærmere omstændigheder forbundet hermed. Det fremgår ikke, at Egaa Gymnasium ikke havde forstået redegørelsen, og der er efter formuleringen af anmodningen om redegørelsen heller ikke grundlag for at fastslå, at anmodningen ikke var tilstrækkelig klar. Grundlaget for det skøn, som Egaa Gymnasium på baggrund af redegørelsen skulle foretage, var derfor ikke af en sådan karakter, at Egaa Gymnasium forinden sin endelige vurdering var forpligtet til på ny at rette henvendelse til Kongsvang Rengøringservice, ligesom der ikke er grundlag for at fastslå, at formuleringen af anmodningen i sig selv skulle have en skadevirkning i forhold til det skøn, som Egaa Gymnasium skulle foretage.

Spørgsmålet er herefter, om der er grundlag for at tilsidesætte det skøn, som Egaa Gymnasium foretog på baggrund af redegørelsen.

Af redegørelsen af 29. marts 2019 fra Kongsvang Rengøringservice fremgik, at 763,80 timers tilsyn og ledelse skulle udføres af eksisterende funktionærstab, og at disse timer derfor ikke var indregnet som en omkostning. Der var ikke i redegørelsen indeholdt nærmere oplysninger om eventuelle besparelser eller usædvanligt gunstige betingelser, som forespurgt i anmodningen, og redegørelsen indeholdt ikke som forespurgt dokumentation for de særlige forhold, der kunne begrunde, at Kongsvang Rengøringservice skulle kunne levere den udbudte ydelse til det tilbudte årlige vederlag med det tilbudte årlige antal timer. Det blev først i processkrifterne anført, at de årlige ”gratis” 763,80 timer ”eksempelvis” kunne skyldes overkapacitet. Det fremgik af redegørelsen, at Kongsvang Rengøringservice havde et ønske om at føje Egaa Gymnasium til sin kundeportefølje, men det fremgik ikke som senere anført, at der var tale om et strategisk eller særligt forretningsmæssigt begrundet ønske. Endelig oplyste Kongsvang Rengøringservice, at timeprisen uden de 763,80 timer var 234,65 kr., og at lønomkostninger efter overenskomsten udgjorde 85 % heraf.

På denne baggrund og henset til det, som er anført i afvisningsbrevet, finder klagenævnet ikke, at det skøn, som Egaa Gymnasium foretog i forbindelse med vurderingen af tilbuddet på grundlag af redegørelsen fra Kongsvang Rengøringservice, var usagligt eller uproportionalt.

Kongsvang Rengøringservice havde i redegørelsen anført, at selskabets miljø- social- og arbejdsretlige forpligtelser, jf. udbudslovens § 169, stk. 3, ikke var tilsidesat. Kongsvang Rengøringservice havde således bekræftet sine oplysninger herom fra tilbuddet, men oplysningerne var ikke som forespurgt i anmodningen nærmere dokumenteret. Herefter og efter det, som i øvrigt er anført ovenfor, var Egaa Gymnasium – uanset bemærkningerne vedrørende kontraktens afsnit 3, 4 og 5 i afvisningsbrevet – ikke afskåret fra at vælge at afvise tilbuddet under henvisning til udbudslovens § 169, stk. 2.

Der er således ikke grundlag for at tilsidesætte afvisningen af tilbuddet fra Kongsvang Rengøringservice som unormalt lavt.

Påstand 2 tages derfor ikke til følge.

Påstand 3

Klagenævnet har i sin delkendelse af 4. juni 2019 blandt andet udtalt følgende om daværende påstand 2:

”Vedrørende påstand 2 bemærker klagenævnet, at tilbuddet fra Kongsvang Rengøringservice var uantageligt som følge af afvisningen efter udbudslovens §169, og Egaa Gymnasium var derfor i sin afvisning af tilbuddet forpligtet til at angive grundene til, at tilbuddet var afvist, jf. udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 1.

Efter indholdet af brevet af 26. april 2019 sammenholdt med indholdet af anmodningen af 25. marts 2019 og besvarelsen fra Kongsvang Rengøringservice vurderer klagenævnet på det foreliggende foreløbige grundlag, at begrundelsen var tilstrækkelig fyldestgørende, jf. udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 1. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at Egaa Gymnasium henviser til de konkrete forhold, hvor Egaa Gymnasium har vurderet, at redegørelsen fra Kongsvang Rengøringservice ikke har været tilstrækkeligt dækkende under hensyntagen til den beregnede timepris og det tilbudte antal timer.

Under alle omstændigheder kan en eventuel utilstrækkelig begrundelse efter fast praksis ikke i sig selv føre til annullation af tildelingsbeslutningen.”

På denne baggrund og da Kongsvang Rengøringservice ikke har anført yderligere, som kan føre til et andet resultat, tages påstand 3 ikke til følge.

Påstand 4

Efter udfaldet af påstand 1-3 tages påstand 4 ikke til følge.

Sagsomkostninger

Efter sagens udfald, forløb og omfang, herunder med omfattende skriftveksling, skal Kongsvang Rengøringservice betale sagsomkostninger til Egaa Gymnasium som nedenfor bestemt.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Kongsvang Rengøringservice A/S skal i sagsomkostninger til Egaa Gymnasium betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Charlotte Hove Lasthein

Genpartens rigtighed bekræftes.

Iben Lütje Andreasen
Kontorelev