

Klagenævnet for Udbud

Adresse: Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, Kampmannsgade 1, 1780 København V.
Telefon: 33 30 76 21 - Telefax: 33 30 77 99 - Internet-adresse: www.klfu.dk

Kammeradvokaten,
Advokat Tom Holsøe,
Vester Farimagsgade 23,
1606 København V.

Journalnummer
2006-0009370

Dato
24. april 2007

Vedr.: Konkurrencestyrelsen mod Silkeborg.

Klagenævnet fremsender herved den kendelse, som Klagenævnet har afsagt i dag.

Klagenævnets afgørelse kan indbringes for domstolene. Indbringes Klagenævnets afgørelse ikke for domstolene, er den endelig. Indbringelsen for domstolene skal ske senest 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt parterne.

Klagenævnet skal anmode om at modtage genpart af stævningen, såfremt Klagenævnets afgørelse indbringes for domstolene.


Joan Bach
kontorfuldmægtig

K E N D E L S E

Konkurrencestyrelsen
(Kammeradvokaten ved advokat Tom Holsøe)

mod

Silkeborg Kommune
(advokat Tina Braad, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse af 21. september 2005 udbød Silkeborg Kommune som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EU-udbudsdirektivet) tjenesteydelsen rengøringservice på 17 skoler i Silkeborg Kommune.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 14. november 2005 havde 8 virksomheder anmodet om at blive prækvalificeret.

Den 15. december 2005 besluttede Silkeborg Kommune at prækvalificere alle 8 virksomheder, og udbudsbetingelserne blev udsendt samme dag.

Ved udløbet for fristen for afgivelse af tilbud den 15. februar 2006 havde 7 af de 8 prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud, nemlig følgende:

1. Alliance Clean og Care A/S
2. Danren A/S
3. Elite Miljø A/S
4. Forenede Rengøring A/S
5. ISS Facility Service A/S
6. Kølving og Thaning A/S
7. Rengøringscompagniets Centralafdeling A/S.

To af de afgivne tilbud, nemlig tilbudene fra nr. 4 og nr. 7, opfyldte ikke udbudsbetingelserne, og kommunen tog derfor ikke disse tilbud i betragtning. Den 27. marts 2006 besluttede Silkeborg Kommune at annullere udbudet.

Den 24. november 2006 indgav Konkurrencestyrelsen klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Silkeborg Kommune. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsrettens ligebehandlingsprincip og EU-udbudsrettens gennemsigtighedsprincip ved den 27. marts 2006 at annullere det begrænsede udbud efter Udbudsdirektivet af skolerengøringen i kommunen med den begrundelse, at en kontrakt indgået på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, som opfylder de fastsatte krav til arbejdsmiljø, rengøringsstandard og kvalitet, ikke samtidig ville kunne tilgodese de arbejdsvilkår for den pågældende medarbejdergruppe, som kommunen ønsker, uagtet at denne begrundelse ikke er en saglig begrundelse.

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

I udbudsbetingelserne af 15. december 2005 er minimumskravene til tilbudene fastsat således:

» 3. Minimumskrav til tilbuddet

3.1. Informationsmøde og besigtigelse

Det er tilbudsgiverens ansvar og pligt at besigtige bygningerne for at sikre, at de enkelte enheder bliver kalkuleret i overensstemmelse med de faktiske forhold (se bilag 3). Manglende deltagelse i informationsmødet og besigtigelse (af relevante enheder) i henhold til bilag 3 medfører, at eventuelle modtagne tilbud fra den udeblevne tilbudsgiver ikke er konditionsmæssige.

3.2. Krav til tilbuddet

Tilbuddet skal afgives skriftligt og på dansk samt følge de i udbuds-

materialet beskrevne krav.

3.3. Udfyldte tilbudsspecifikationer

Tilbuddet vedlægges udfyldte tilbudsspecifikationer.

Tilbudsspecifikationer er vedlagt udbudsmaterialet under selvstændigt indeks.

3.4. Lokaleoversigter

Tilbuddet skal vedlægges kopi af lokaleoversigter i henhold til bilag 4 for de enheder, der afgives tilbud på (se i øvrigt lokaleoversigter i udbudsmaterialet).

3.5. Miljø/arbejdsmiljø

Da ordregiver lægger stor vægt på et godt miljø/arbejdsmiljø, er det tilbudsgivers ansvar at sikre, at konkurrencen ikke finder sted på bekostning af miljø-/arbejdsmiljølovgivningens krav, målsætninger og planer. Jf. i øvrigt kontraktvilkårs § 16.

Tilbudsgiveren skal ved afgivelse af tilbud angive, at de ved udarbejdelsen af deres tilbud har taget hensyn til de forpligtigelser, der gælder i henhold til bestemmelserne om beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold i øvrigt på det sted, hvor ydelsen skal præsteres, jf. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004, artikel 27, stk. 2. Anføres på erklæringsbilag, jf. afsnit 3.7.

3.6. Underleverandører

Såfremt tilbudsgiver påtænker at anvende underleverandører til dele af ydelsen, bedes dette oplyst i forbindelse med tilbudsafgivelsen med navn på den pågældende underleverandør samt angivelse af hvilke ydelser, der omfattes. Anføres på erklæringsbilag, jf. afsnit 3.7.

3.7. Erklæringer/bilag vedlægges tilbuddet

Tilbuddet vedlægges udfyldt og underskrevet erklæring på tro og love med oplysninger om:

- a. At samtlige kontraktvilkår, herunder alle krav i det samlede udbudsmateriale, kan vedstås og kan indgå i den endelige kontrakt (ingen forbehold).
- b. Eventuelle forbehold
- c. At der ved udarbejdelsen af tilbud er taget hensyn til de forpligtigelser, der gælder i henhold til bestemmelserne om beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold i øvrigt på det sted, hvor ydelsen skal præsteres.
- d. Om eventuel anvendelse af underleverandører.
- e. Gældende forsikringssummer.
- f. Krediteringsprocent ved længerevarende hindring af opgavens

udførelse.

Erklæringsbilag er vedlagt udbudsmaterialet under selvstændigt indeks.

3.8. Tjekliste for tilbudsgiver

Tilbuddet vedlægges udfyldt tjekliste for tilbudsgiver.

Tjekliste for tilbudsgiver er vedlagt udbudsmaterialet under selvstændigt indeks.«

I udbudsbetingelsernes afsnit »2. Tilbudets udformning« er i afsnit 2.7.-2.8. fastsat følgende:

» 2.7. Tilbudsspecifikationer

Udbudsmaterialets vedlagt tilbudsspecifikationer skal udfyldes i henhold til afsnit 2.8, 2.9, 2.10 og 2.11 og vedlægges tilbuddet.

2.8. Timeforbrug til rengøring

Der skal angives det planlagte timeforbrug til udførelse af daglig rengøring og periodisk rengøring, m.m. (påføres tilbudsspecifikationerne). Fordelingen af den samlede tid til rengøring, service, stationær ledelse, m.m. skal specificeres i henhold til tilbudsspecifikationerne.«

I udbudsbetingelserne var fastsat følgende tildelingskriterium:

» 4.1. Valg af leverandør(er)

Valg af leverandør(er) vil ske ud fra det overordnede tildelingskriterium det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Tilbud på rengørings-service vurderes på baggrund af følgende vægtede kriterier:

Rengøringsservice:

Underkriterier		Vægtning i pct.
Kvalitet/timer	Antal timer pr. år (basisydelser) – daglig rengøring	40
	Antal timer pr. år (basisydelser) – periodisk rengøring	2
	Antal timer pr. år (basisydelser) – stationær arbejdsledelse	8
Vederlag	Vederlag pr. år i alt (basisydelser) – rengør., arb. 1. og serviceopg.	45
	Vederlag pr. år i alt (tilkøbsydelser) – rengøringservice.	5

For hvert af de ovenstående underkriterier indekseres tilbudsgivernes bud udfra gennemsnittet på alle på tilbud på pågældende underkriterium. Gennemsnittet sættes til indeks 100.

Tilbud med flest timer pr. år opnår højeste indekstal på underkriteriet »kvalitet/timer«. Tilbud med laveste vederlag opnår højeste indekstal på underkriteriet »vederlag«.

Scoren på det enkelte underkriterium beregnes ved at multiplicere vægten (se skema) med indekstallet for hvert tilbud. Scoren på hvert enkelt underkriterium summeres til en samlet score for hver enkelt tilbudsgiver. Tilbudet med højeste score er det økonomisk mest fordelagtige tilbud.«

Udbudsbetingelsernes udkast til kontrakt indeholder bl.a. følgende:

» § 15. Myndighedskrav

Det er leverandørens ansvar at sikre, at relevante lovkrav, bekendtgørelser og øvrige retskilder overholdes.

Leverandøren er forpligtet til at overholde alle myndighedskrav, der er gældende for serviceydelsens udførelse, såvel på kontraktindgåelsestidspunktet som i kontraktperioden, ligesom det fulde ansvar efter arbejdsmiljøloven for de beskæftigede medarbejdere, og den i forbindelse hermed nødvendige forsikringsdækning, er pålagt leverandøren.

Leverandørens ansvar gælder også for eventuelle, af leverandøren valgte, underleverandører.

Forekommer der overtrædelse af myndighedskrav, vil det være at betragte som misligholdelse fra leverandørens side.

§ 16. Miljø/arbejdsmiljø

Leverandøren skal efterleve bestemmelserne om beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold i øvrigt på det sted, hvor ydelsen skal præsteres i henhold til artikel 27, stk. 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004.

Leverandøren skal bestræbe sig på, indenfor alle områder, at undgå arbejdsskader, unødigt nedslidning og arbejdsbetingede lidelser.

Det er derfor et krav, at arbejdet tilrettelægges således, at ensidig gentaget arbejde (EGA) i videst muligt omfang undgås.

Leverandøren skal leve op til følgende krav til rengøringsmidler og -metoder:

- a. Leverandøren er pligtig til - uden at dette medfører kvalitetsforringelser - at anvende ergonomisk venlige rengøringsvogne, maskiner og metoder m.m. til udførelse af den beskrevne serviceydelse (undgå unødigt nedslidning af medarbejderne).
- b. Leverandøren er pligtig til at anvende metoder, der reducerer

brugen af rengøringsmidler til det mindst mulige samt til at bruge miljøvenlige produkter i forbindelse med serviceydelsens udførelse.

- c. Der skal anvendes de bedst mulige forholdsregler/metoder (f. eks. doseringsanlæg) for at undgå overdosering med efterfølgende påvirkning af miljø/arbejdsmiljø.
- d. Råvarer, der indgår i det enkelte rengøringsmiddel, må ikke indeholde stoffer, der anses for at være kræftfremkaldende, til skade for forplantningsevnen, allergifremkaldende, til skade for nervesystemet eller i øvrigt være sundhedsskadefarlige
- e. Råvarerne må endvidere ikke være klassificeret som et organisk opløsningsmiddel eller være årsag til unødigt luftforurening.
- f. Endelig skal råvarerne/rengøringsmidlerne være biologisk nedbrydelige i spildevandet.
- g. Der skal på forlangende forelægges dokumentation for/erklæring om (data/sikkerhedsblade), at de enkelte rengøringsmidler lever op til ovennævnte krav. Svanemærkede rengøringsmidler vil blive accepteret som levende op til ovennævnte krav.
- h. Indhold og omfang af eventuelle duft- og farvestoffer i rengøringsmidlerne aftales med ordregiver.

.....

§ 24. Resultatfastholdelse

Med udgangspunkt i udbudsmaterialets kravspecifikationer skal leverandøren fastholde den udbudte kvalitet på det beskrevne serviceniveau.

Krav til leverandøren for fastholdelse af det fastsatte serviceniveau på de udbudte serviceydelser:

Leverandørens rengøringskontrol

Egenkontrol skal udføres dagligt af den enkelte rengøringsassistent (dette kræver uddannelse samt indgående kendskab til servicekrav i eget område).

Kontrol skal udføres af den stationære arbejdsleder (på større enheder) minimum én gang ugentligt. Denne kontrol udføres på tværs af alle områder og omfatter ligeledes styring af periodiske opgaver. Der foretages mundtlig afmelding til institutionens kontaktperson.

Kontrol skal udføres minimum månedligt af den ansvarlige leder (alle enheder) og skal resultere i en skriftlig afrapportering til ordregiver /den enkelte institution.

Deltagelse i servicemøder med institutionen i henhold til aftale (dog

min. i gang månedligt) og efter behov (stationær rengøringsleder/institutionens leder/kontaktperson).

Deltagelse i møder med beslutningstageren i henhold til nærmere aftale (dog min. i gang i kvartalet) samt efter behov (ordregivers ledelse/leverandørens ledelse).

Uvildig kontrol

Ordregiver forbeholder sig ret til at få en stikprøvevis og behovsbetonet kontrol udført af 3. person i hele aftaleperioden. Leverandøren har pligt til at deltage i kvalitetskontrollen uden beregning.

En sådan kontrol vil typisk omfatte:

- Udarbejdelse af tids- og handlingsplan for kontrollens afvikling
- Repræsentant fra den enkelte enhed, leverandøren og konsulentvirksomheden afholder formøde på den første kontrol dag for fastlæggelse af forløb og omfang (kontrolgruppen).
- Besigtigelse af de enkelte enheder for vurdering af lokalernes ryddelighed (brugernes aflevering af lokalerne til rengøring).
- Kvalitetsbedømmelse af den daglige - og periodiske rengøring i henhold til den indgåede aftale foretages efter rengøringens udførelse.
- Kvalitetsbedømmelse af serviceopgaver, som f. eks. supplering af håndsæbe og toiletpapir, åbning/lukning af døre og vinduer samt slukning af lys efter endt rengøring.
- Opfølgning af rengøringsmetoder.
- Opfølgning af normering.
- Opfølgning af krav til stationær arbejdsledelse.
- Kontrolgruppen afholder evalueringsmøde for gennemgang af kvalitetsopfølgningens resultat, samt for fastlæggelse af omfang og datoer for en eventuel oprettelse og ajourføring af aftalen.
- Udarbejdelse af skriftlig rapportering med tilhørende kvalitetsbedømmelsesskemaer (dokumentation ved eventuelle fremtidige uoverensstemmelser i forbindelse med de udførte serviceydelser).«

Det fremgår af samtlige 5 tilbud, der opfyldte udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne alle i deres tilbud afgav den erklæring, som var foreskrevet i udbudsbetingelsernes punkt 3.7.a og c.

Det fremgår af en udateret »Tilbudsanalyse« udarbejdet af Silkeborg Kommunes tekniske forvaltning, at tilbudet fra ISS Facility Service A/S blev

vurderet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud, mens Silkeborg Kommunes kontrolbud var det økonomisk næstmindst fordelagtige tilbud.

Den 27. marts 2006 besluttede Silkeborg Byråd at annullere udbudet. Denne afgørelse blev meddelt tilbudsgiverne ved en skrivelse af 30. marts 2006, hvori det hedder:

»Silkeborg Byråd behandlede på mødet den 27. marts 2006, sag 13, Udbud af skolerengøringen i Silkeborg Kommune, valg af tilbudsgiver.

På mødet besluttede byrådet blandt andet følgende vedr. sag 13: »at licitationen forkastes, og at Silkeborg Kommune overgår til en ny og moderniseret form for egen rengøring med udgangspunkt i den eksisterende standard«.

Silkeborg Kommune foretager derfor en annulation af udbuddet«

Silkeborg Kommunes advokat har i en skrivelse til Konkurrencestyrelsen af 23. maj 2006 redegjort nærmere for kommunens beslutning om at annullere udbudet således:

»Som det fremgår af dette materiale, er det for hvert lokale nøje defineret, efter hvilket program rengøringen skal udføres. Det enkelte program indeholder i den forbindelse krav til kvaliteten af den udførte rengøring i form af hvordan, hvorledes og hvor ofte rengøring skal foretages.

Udover disse krav til kvaliteten af den udførte rengøring er rengøring imidlertid en ydelse, der i sin natur er meget afhængig af arbejdskraften. Antallet af udførte timer har en sammenhæng med kvaliteten af den faktisk leverede ydelse (grundigheden af den udførte rengøring).

Silkeborg Kommune har derfor i samarbejde med sin rådgiver, konsulentvirksomheden Dansk Servicerådgivning, vurderet, at kvaliteten i form af antal udførte timer udgør et objektivi kriterium knyttet til kontraktens genstand, der er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Eftersom kravene til kvaliteten af den udførte rengøring i øvrigt er fastlagt i udbudsmaterialet og således ikke er genstand for konkurrence, har Silkeborg Kommune ikke vurderet, at det under kriteriet »kvalitet« var relevant at vurdere andre forhold end det tilbudte antal udførte timer.

Det af Silkeborg Kommune den 27. marts 2006 vedtagne forslag til forkastelse af licitationen og lade Silkeborg Kommune overgå til »en ny og moderniseret form for egen rengøring med udgangspunkt i den eksiste-

rende standard« blev i ovennævnte forbindelse fremsat af socialdemokraternes byrådsgruppe

Baggrunden for forslaget var, at forslagsstillerne mente, at forskellen mellem det forudsatte timeforbrug i det økonomisk mest fordelagtige tilbud (65.776 timer) og Silkeborg Kommunes nuværende tidsforbrug (78.026 timer) vurderet ud fra kvaliteten af rengøringen i dag og en fastholdelse af minimum dette niveau var så stor, at det var helt urealistisk, at Silkeborg Kommune ved en accept af det økonomisk mest fordelagtige tilbud kunne tilgodese de arbejdsvilkår for medarbejdergruppen, som kommunen ønskede, samtidig med, at kommunens krav til rengøringsstandard og -kvalitet blev opfyldt.

Forslagsstillerne foreslog derfor, at man annullerede det igangsatte udbud og i stedet for udnyttede de muligheder, som kommunesammenlægningen giver, for at se på flere former for organisering af rengøringen.

Samtidig med Silkeborg Kommunes beslutning om at annullere udbudet blev det, således som det fremgår af beslutningsprotokollen for Silkeborg byråds møde den 27. marts 2006, besluttet at foretage en undersøgelse af hvorledes rengøringen er organiseret i Gjern, Kjellerup og Them kommuner, som Silkeborg Kommune sammenlægges med pr. 1. januar 2007.

Silkeborg Kommunes byråds beslutning om at overgå til »en ny og moderniseret form for rengøring« dækker således over en beslutning om i første omgang at effektivisere den interne organisation af rengøring, blandt andet ved at tage det bedste fra hver af de kommuner, som den nuværende Silkeborg Kommune skal sammenlægges med, og implementere dette via den nuværende Silkeborg Kommunes rengøringsenhed, uden at der derved sker en forringelse af den eksisterende standard og kvaliteten af rengøringen i dag.

Det er således hensigten, at rengøringen også i fremtiden skal udføres i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes krav til kvaliteten. Derimod kan den måde, som rengøringsopgaven løses på i de kommuner, som den nuværende Silkeborg Kommune skal sammenlægges med, samt Silkeborg Kommunes undersøgelser i øvrigt føre til, at der i fremtiden vil ske ændringer i den i kontroltilbudet forudsatte løsning.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagedes beslutning om at annullere udbudet er i strid med Udbudsdirektivet, idet indklagedes begrundelse for at annullere udbudet, nemlig at indklagede mente, »at det var helt urealistisk, at Silkeborg Kommune ved en accept af det økonomisk mest fordelagtige tilbud kunne tilgodese de arbejdsvilkår for medarbejdergruppen, som kommunen ønskede, samtidig med, at kommunens krav til rengøringsstandard og -kvalitet blev opfyldt«, ikke er en saglig begrundelse for at annullere udbudet. Afgørelsen bygger hverken på efterfølgende indtrufne omstændigheder vedrørende kommunens almene interesser eller på en ny vurdering af forudsætningerne for gennemførelsen af udbudet, som muligt kunne udgøre en saglig begrundelse for at annullere udbudet. Afgørelsen bygger derimod alene på en formodning om, at det - hvis der indgås kontrakt - vil vise sig, at den tilbudsgiver, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud ikke ville kunne opfylde udbudsbetingelsernes og kontraktens bestemmelser vedrørende rengøringens standard samtidig med, at udbudsbetingelsernes og kontraktens bestemmelser om arbejdsmiljø bliver opfyldt. En manglende overholdelse af kravene til rengøringens standard eller en manglende overholdelse at bestemmelserne om arbejdsmiljø eller en samtidig manglende overholdelse at begge krav vil indebære, at indklagede kan påberåbe sig de kontraktretlige bestemmelser om misligholdelse at kontrakten. På baggrund heraf er en sådan uunderbygget formodning vedrørende et kommende kontraktforhold, der ville blive baseret på et tilbud, der i alle henseender opfylder udbudsbetingelsernes krav, ikke en saglig begrundelse for at annullere udbudet, og indklagede har derfor handlet i strid med Udbudsdirektivet.

Indklagede har gjort gældende, at det følger af det kommunale selvstyre og i den forbindelse kommunernes frihed til at tilrettelægge opgavevaretagelsen, at en kommune lovligt kan beslutte fortsat at udføre en udbudt opgave inhouse, uanset at et udbud umiddelbart viser, at opgaven i økonomisk henseende kan udføres billigere af private, og at en kommunes adgang til at træffe beslutning om fortsat at udføre en opgave inhouse således er uafhængig af resultatet af en iværksat udbud og i den forbindelse indholdet af et eventuelt kontroludbud. En kommunes adgang til at fortryde en oprindelig udliciteringsbeslutning er således udelukkende underlagt de almindelige

kommunale retsgrundsætninger om ligebehandling, saglighed i forvaltningen og forbudet mod magtfordrejning.

Indklagede har endvidere gjort gældende, at ordregivere i henhold til EF-domstolens praksis i almindelighed har ret til at annullere et værksat udbud, hvis ordregiveren finder det uhensigtsmæssigt at gennemføre udbudet, jf. EF-domstolens dom af 16. september 1999 (sag C-27/98 - Metalmeccanica Fracasso SpA) og EF-domstolens dom af 18. juni 2002 (sag C-92/00 - Hospital Ingenieure). Det følger af denne praksis, at en ordregiver kan annullere et udbud, blot annullationen ikke er udtryk for, at ordregiveren annullerer udbudet med det formål at opnå en ulovlig forskelsbehandling.

Indklagede har endelig gjort gældende, at indklagedes annullation af det aktuelle udbud alene var begrundet i kommunens beslutning om alligevel at fortsætte den interne udførelse af rengøringen ud fra et ønske om at fastholde kvaliteten af den udførte rengøring og de kommunalt ansattes arbejdsvilkår og et ønske om at udnytte de muligheder for effektivisering og optimering, som kommunesammenlægningen pr. 1. januar 2007 gav mulighed for.

Klagenævnet udtaler:

Denne klagesag drejer sig ikke om, hvorvidt en kommune efter på et tidspunkt at have besluttet at udlicitere en kommunal tjenesteydelse, på et senere tidspunkt kan beslutte sig for alligevel ikke at udlicitere tjenesteydelsen. Det bemærkes herved, at et sådant spørgsmål ligger uden for Klagenævnets kompetence, som den er fastlagt i lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for Udbud 1, stk. 1 og stk. 2.

Klagesagen drejer sig heller ikke om det generelle spørgsmål om, hvorvidt en kommune efter på et tidspunkt at have besluttet at udlicitere en kommunal tjenesteydelse og i forbindelse hermed har iværksat et EU-udbud efter Udbudsdirektivet, på et senere tidspunkt kan beslutte sig for alligevel ikke at udlicitere tjenesteydelsen og i sammenhæng hermed uden at handle i strid med EU-udbudsreglerne beslutte at annullere det allerede påbegyndte EU-udbud. Det følger nemlig af EF-domstolens dom af 16. september 1999 i sag C-27/98 (Metalmeccanica Fracasso SpA), at det ikke er en betingelse

for, at annullection af et udbud er lovlig, at der foreligger vægtige grunde eller undtagelsestilfælde.

Klagesagen drejer sig derimod om, hvorvidt indklagedes beslutning om at annullere udbudet udelukkende eller i hvert fald overvejende var begrundet i forhold, som må antages at indebære en tilsidesættelse af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip. Stillingtagen til dette spørgsmål ligger inden for Klagenævnets kompetence.

Beslutningen om at annullere udbudet blev truffet af Byrådet på dets møde den 27. marts 2006, og der er i protokollen anført følgende: »Socialdemokraterne foreslår, at licitationen forkastes, og at Silkeborg Kommune overgår til en ny og moderniseret form for egen rengøring med udgangspunkt i den eksisterende standard.« Det fremgår imidlertid af kommunens skrivelse af 23. maj 2006 til Konkurrencestyrelsen, at der bag denne formulering i protokollen af byrådsflertallets begrundelse lå følgende forhold: »Baggrunden for forslaget (om at annullere udbudet) var, at forslagsstillerne mente, at forskellen mellem det forudsatte timeforbrug i det økonomisk mest fordelagtige tilbud (65.776 timer) og Silkeborg Kommunes nuværende tidsforbrug (78.026 timer) vurderet ud fra kvaliteten af rengøringen i dag og en fastholdelse af minimum dette niveau var så stor, at det var helt urealistisk, at Silkeborg Kommune ved en accept af det økonomisk mest fordelagtige tilbud kunne tilgodese de arbejdsvilkår for medarbejdergruppen, som kommunen ønskede, samtidig med, at kommunens krav til rengøringsstandard og -kvalitet blev opfyldt«.

Kommunen havde vurderet tilbudet fra ISS Facility Service A/S som det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og kommunen havde, forinden den inddrog tilbudet fra denne tilbudsgiver i vurderingen af tilbudene efter tildelelseskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, kontrolleret og konstateret, at tilbudet i alle henseender opfyldte udbudsbetingelserne, herunder med hensyn til udbudsbetingelsernes krav til kvaliteten af den udførte rengøring og til leverandørens rengøringskontrol. Det fremgik endvidere af tilbudet, at der ikke var taget forbehold over for udbudsbetingelsernes bestemmelser om arbejdsmiljø. På denne baggrund kan Klagenævnet konstatere, at kommunens beslutning om at annullere udbudet alene byggede på formodninger hos beslutningstagerne om, at denne tilbudsgiver - uanset at tilbudsgiverens tilbud i alle henseender opfylder udbudsbetingelserne - hvis der indgås kontrakt med denne tilbudsgiver, når kontrakten til sin tid skal

fungere, ikke vil opfylde kravene med hensyn til rengøringens standard og med hensyn til de arbejdsmiljømæssige forhold for selskabets personale, som selskabet skal overtage fra kommunen. Kommunen har ved at træffe en sådan beslutning, der alene bygger på uunderbyggede formodninger og subjektive forventninger, handlet på en måde, der er i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip, og dette gælder også, selvom kommunen som udgangspunkt er berettiget til at ombestemme sig med hensyn, om en kommunal tjenesteydelse skal udliciteres.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med EU-udbudsrettens ligebehandlingsprincip og EU-udbudsrettens gennemsigtighedsprincip ved den 27. marts 2006 at annullere det begrænsede udbud efter Udbudsdirektivet af skolerengøringen i kommunen med den begrundelse, at en kontrakt indgået på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, som opfylder de fastsatte krav til arbejdsmiljø, rengøringsstandard og kvalitet, ikke samtidig ville kunne tilgodese de arbejdsvilkår for den pågældende medarbejdergruppe, som kommunen ønsker, uagtet at denne begrundelse ikke er en saglig begrundelse.

Indklagede, Silkeborg Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Konkurrencestyrelsen, betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.



Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.


Joan Bach
kontorfuldmægtig