

Klagenævnet for Udbud

(A.F. Wehner, Thomas Jensen, Niels Henriksen)

J.nr.: 00-160.878

19. februar 2001

K E N D E L S E

Zealand Care A/S

(advokat Søren Stenderup Jensen, København)

mod

Frederikshavn Kommune

(advokat Henrik Hauge Andersen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 3. februar 2000 udbød indklagede, Frederikshavn Kommune som begrænset udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ændret ved direktiv 97/52 (Tjenesteydelsesdirektivet) drifts- og administrationsaftale for genbrugshjælpemidler til ældre og handicappede i Frederikshavn Kommune.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår bl.a.:

- » 2. Tjenesteydelsen kategori og beskrivelse: CPV-numre: 29221000-4 løfte og håndteringsudstyr, CPV 33141720-3 ganghjælpemidler, CPV 33192130-2 indstillelige senge med motor, CPV 33193100-0 invalidekøretøjer og kørestole. Aftalen omfatter en drifts- og administrationsaftale for genbrugshjælpemidler til ældre og handicappede i Frederikshavn Kommune.«

.....

- 7. Alternative bud: Alternative bud skal tydelig markeres, hvor det ikke er sammenfaldende med udbudsmaterialet.

- 8. Kontraktens varighed: Der ønskes indgået en aftale for 5 år med en forventet start den 15. august 2000.«

.....

- 10. Sidste frist for modtagelse af anmodning om deltagelse: 13. marts 2000 kl. 12.00.

.....

14. Tildelingkriterier: Udvalgelseskriterierne for prækvalifikationen vil i uprioriteret rækkefølge være: Dokumenterede resultater med tilsvarende opgaver i de senere år, organisatorisk styrke, drift og leveringssikkerhed, tilbudsgivers soliditet.
15. Andre oplysninger: Kontrakten vil blive tildelt på grundlag af økonomisk bedste bud vurderet efter de kriterier for valg, man agter at anvende. Det vil fremgå af endeligt udbudsmateriale og kravspecifikation.«

Inden udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 13. marts 2000 havde følgende 4 virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. Handi Mobil Herning.
2. EVAB A/S.
3. Zealand Care A/S.
4. Falcks Redningskorps A/S.

Ved skrivelse af 21. marts 2000 meddelte Frederikshavn Kommune klageren, Zealand Care A/S og Falcks Redningskorps A/S at disse to virksomheder var blevet prækvalificeret. Samtidig fik disse 2 virksomheder udbudsbetingelserne »Udbudsmaterialet« tilsendt. Heraf fremgår bl.a.:

- » 1. Indledning
- 1.1. Formelle udbudsbetingelser

.....

Tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvor kriterierne pris, kvalitet, kvalitetsstyring, leveringssikkerhed og service, herunder bredden i hjælpemiddel-sortiment vil indgå i en samlet vurdering. Kriterierne er ikke opstillet i prioriteret orden.

Der foreligger først en endelig aftale, når Kommunen har afgivet accept på et tilbud. Der tages i øvrigt forbehold for de bevilligende myndigheders godkendelse. Der vil blive indgået en aftale af en varighed på 4 år med mulighed for forlængelse med et yderligere år.«

Klageren og Falcks Redningskorps A/S afgav tilbud rettidigt den 1. maj 2000.

Af sagens omstændigheder fremgår bl.a.:

Tilbudene blev vurderet af en arbejdsgruppe, hvori kommunens indkøbschef deltog. Arbejdsgruppen afholdt 2 møder henholdsvis den 2. og den 5. maj 2000.

Til bedømmelse af tilbudene udarbejdede indkøbsschefen et bedømmelseskema, herunder sammenligning af transportomkostningerne, hvor tilbuddene ikke var direkte sammenlignelige, idet Falcks Redningskorps A/S havde valgt at indregne disse i sit tilbud, hvorimod klageren havde opgivet priserne særskilt.

En enig arbejdsgruppe vedtog på et møde den 5. maj 2000 at indstille til kommunens socialudvalg, at tilbudet fra klageren blev accepteret.

Socialudvalget behandlede sagen på et møde den 16. maj 2000. Udvalget besluttede at indstille til kommunens Økonomiudvalg, at tilbudet fra klageren blev accepteret.

Økonomiudvalget behandlede sagen på et møde den 22. maj 2000 og besluttede, at anbefale accept af tilbudet fra klageren.

Byrådet behandlede sagen den 29. maj 2000. I forbindelse med byrådsbehandlingen udarbejdede kommunens jurist et notat vedrørende spørgsmålet om habilitet og følgerne heraf samt om muligheden for at annullere udbudet på denne baggrund.

Indklagede anmodede herefter sin advokat om at vurdere, om indkøbschefen havde haft et sådant forhold til klageren, at de gældende regler for udbudet samt de forvaltningsretlige habilitetsregler var blevet overtrådt.

Advokaten fremsendte en redegørelse til indklagede den 13. juni 2000. På baggrund af konklusionen i advokatens redegørelse blev der igen afholdt møde i arbejdsgruppen, der havde vurderet tilbudene. Denne gang uden indkøbschefens deltagelse. Arbejdsgruppen udarbejdede en fornyet indstilling til byrådet. Indstillingen var uændret i forhold til den første indstilling.

Den 19. juni 2000 traf indklagede på baggrund af advokatens redegørelse beslutning om at annullere udbudet som følge af inhabilitet i arbejdsgruppen, der havde foretaget evalueringen af tilbudene. Denne afgørelse meddeltes de bydende ved skrivelse af 7. juli 2000.

Det fremgår endvidere, at denne meddelelse først fremkom efter, at klageren i dagspressen havde erfaret, at der var sket annulation.

Den 28. juli 2000 indgav klageren, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, 2. pkt., skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 16. august 2000 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftlig.

Det er endvidere oplyst, at der den 20. januar 2000 blev indgået aftale mellem indklagede og dennes indkøbschef om, at denne skulle fratræde sin stilling ved kommunen den 31. juli 2000.

Det fremgår endvidere af sagens oplysninger, at indkøbschefen muligt i slutningen af maj 2000 havde drøftelser med klagerens administrerende direktør om et ansættelsesforhold.

Indkøbschefen har overfor indklagede hævdet, at han ikke før efter 16. marts 2000 overfor klageren har udtrykt interesse for ansættelse hos klageren.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at annullere udbudet vedrørende drift og administration af hjælpemiddeldepot i Frederikshavn Kommune, idet beslutningen om annulationen ikke var sagligt begrundet.

Påstand 2.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at gøre tilbudsgiveren, Falcks Redningskorps A/S, bekendt med klagerens tilbud.

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

Det bemærkes, at der uanset de foran nedlagte påstande overfor Klagenævnet, tillige har været rejst spørgsmål om, hvorvidt klagerens tilbud var konditionsmæssigt, bl.a. er der mellem parterne uenighed om kapitalisering af kørselsomkostninger mv.

Klagenævnet har besluttet at tage stilling til klagerens påstand 1 og 2 før sagens øvrige eventuelle tvistligheder fremstilles og stilling tages dertil. Som følge af sagens udfald vedrørende påstand 1 findes det ikke påkrævet at behandle disse øvrige spørgsmål.

Parternes anbringender:

Ad påstand 1.

Klageren har gjort gældende, at den påberåbte inhabilitet hos indkøbschefen ikke er nærmere præciseret eller konkret fastslået. Indklagede har først i et svarskrift af 27. oktober 2000 nærmere begrundet, hvori inhabiliteten bestod. Den omstændighed, at indkøbschefens mulighed for fremtidig ansættelse hos klageren flygtigt måtte være nævnt på et møde den 16. marts 2000,

hvor såvel klagerens administrerende direktør samt indklagedes kommunaldirektør var til stede, er ikke tilstrækkeligt grundlag til at fastslå, at indkøbschefen var inhabil ved sagens fortsatte behandling. Der har således ikke foreligget sådanne særlige omstændigheder, at der var grund til at tvivle på indkøbschefens fuldstændige upartiskhed, og annulationen var derfor ikke sagligt begrundet. Måtte Klagenævnet finde, at indkøbschefen var inhabil, bør retsvirkningen alene blive, at sagsbehandlingen skal gå om.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes annulation af udbudet var sagligt begrundet, idet annulationen af udbudet var begrundet i, at indkøbschefen havde medvirket under udbudsforretningen, og at hans forudgående kontakter med klageren, betød dels, at han var forvaltningsretlig inhabil i medfør af forvaltningslovens § 3, stk. 1, dels at evalueringsprocessen var i strid med ligebehandlingsprincippet i Tjenesteydelsesdirektivet, eftersom han havde deltaget heri.

Indklagede har gjort gældende, at den forvaltningsretlige inhabilitet opstod ved, at indkøbschefen den 16. marts 2000 deltog i mødet med kommunaldirektøren og klagerens administrerende direktør. Under mødet tilkendegav sidstnævnte, at en ansættelse af indkøbschefen under nærmere angivne omstændigheder ikke var uinteressant. Af drøftelserne på mødet den 16. marts 2000 fremgik, at oprettelse af den pågældende stilling ville afhænge af omfanget af klagerens fremtidige aktiviteter i Nordjylland. Indkøbschefen var på dette tidspunkt i opsagt stilling. Indkøbschefen var inhabil i medfør af forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 1, 3 og 5, idet han havde en særlig personlig og økonomisk interesse i sagens udfald, idet han havde tilknytning til klageren, som havde en særlig interesse i sagens udfald, og således forelå der omstændigheder, som var egnet til at vække tvivl om hans upartiskhed. Indkøbschefens deltagelse i tilbudsevalueringen var i strid med ligebehandlingsprincippet i Tjenesteydelsesdirektivet, eftersom han ved sin deltagelse heri havde mulighed for at favorisere klageren.

Indklagede har endvidere bestridt, at fornyet sagsbehandling, som blev foretaget, uden indkøbschefens deltagelse, kunne »reparere« sagsbehandlingsfejlen. Indklagede må kunne reagere så hensigtsmæssigt, at indklagede ikke risikerer at skulle impliceres i en sag ved domstolene på grund af sagsbehandlingsfejl. Af denne grund må den skete annulation, der herefter var sagligt begrundet, anses for rette fremgangsmåde.

Ad påstand 2.

Klageren har gjort gældende, at klageren har en retlig interesse i at sikre, at den anden tilbudsgiver, Falcks Redningskorps A/S, ikke får aktindsigt i klagerens tilbud. I forbindelse med annullationen af udbudet har der i lighed med de rygter, der har været omkring annullation af udbudet og indkøbschefens inhabilitet verseret rygter om, at Falcks Redningskorps A/S har forsøgt at påvirke medlemmer af økonomiudvalget til at annullere udbudet, således at Falcks Redningskorps A/S' datterselskab, Nordsjællands Hjælpecentral ville få mulighed for at afgive tilbud. Klageren har selv sagt ingen mulighed for at eftervise disse rygter, men henset til den uregelmæssighed, der har været i kommunens sagsbehandling af klagerens sag, er det af betydning for klageren at få fastslået, at de øvrige tilbudsgivere ikke får mulighed for at få aktindsigt i klagerens tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at Klagenævnet alene er kompetent til at behandle klager i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 1, og da ingen overtrædelse har fundet sted, kan Klagenævnet ikke tage den nedlagte påstand til påkendelse. Klagenævnet for Udbud er i denne sammenhæng at regne som et forvaltningsorgan, hvorfor klagerens påberåbelse af retlig interesse i så henseende ikke har relevans.

Indklagede har oplyst, at indklagede ikke har gjort Falcks Redningskorps A/S bekendt med klagerens tilbud.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1.

Efter den centrale position indklagedes indkøbschef indtog, sammenholdt med, at det lægges til grund, at et muligt ansættelsesforhold hos klageren i hvert fald har været bragt på bane på et tidspunkt, hvor indkøbschefen var i opsagt stilling og var medlem af indklagedes arbejdsgruppe, der bedømte de indkomne tilbud, findes indklagede med rette at have annulleret udbudet i det hele, idet det kunne befrygtes, at Tjenesteydelsesdirektivets krav om ligebehandling kunne være tilsidesat. Klagenævnet har herved lagt vægt på at mistanken om inhabilitet, i det foreliggende tilfælde, er en saglig begrundelse for annullation af udbudet. Klagerens påstand 1 tages herefter ikke til følge.

Klagenævnet finder anledning til at udtale kritik af, at indklagede ikke omgående meddelte de bydende, at udbudet blev annulleret.

Ad påstand 2.

Idet Klagenævnet lægger indklagedes oplysninger i den skriftlige procedure til grund, således at klagerens tilbud ikke udleveres til Falcks Redningskorps A/S, finder Klagenævnet ikke anledning til at tage stilling til denne påstand, idet ingen tvist derom foreligger.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1.

Den af klageren, Zealand Care A/S, overfor indklagede, Frederikshavn Kommune, nedlagte påstand om, at indklagedes beslutning af 19. juni 2000 om at annullere udbudet af drift og administration af hjælpemiddeldepotet i Frederikshavns Kommune, ikke var sagligt begrundet, tages ikke til følge.

Klagenævnet udtaler kritik af, at meddelelsen om annulationen af udbudet ikke straks blev sendt til de bydende.

Ad påstand 2.

Klagenævnet tager ikke stilling til klagernes påstand vedrørende udlevering af klagerens tilbud.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

A.F. Wehner

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig