

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Suzanne Helsteen og Michael Jacobsen)

J.nr.: 05-98.145/

2005-0002373

2. september 2005

K E N D E L S E

Tipo Danmark A/S

(advokat Peter Lambert

ved advokatfuldmægtig Henrik Schiøtt Hansen, København)

mod

Københavns Kommune

(advokat Andreas Christensen, København)

Ved skrivelse af 23. november 2004 anmodede Københavns Kommune 4 virksomheder om at afgive tilbud på tjenesteydelsen supervision i forbindelse med ABA-forsøgsprojekter (forsøg med supervision af autistiske børn). Tjenesteydelsen er omfattet af kategori 25 i bilag I B til direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ændret ved direktiv 97/52 (Tjenesteydelsesdirektivet) og skal således indgås i overensstemmelse med direktivets artikel 9.

Anmodningen af 23. november 2004 blev sendt til:

1. Institut for Anvendt Atferdsanalyse
2. Nordisk Autismeklinik
3. Stiftelsen Norsk Forskningsinstitut for Barn med Utviklingsforstyrrelser
4. Tipo Danmark A/S

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 7. december 2004 havde nr. 1, nr. 3 og nr. 4 afgivet tilbud. Indklagede har efter mødet i Klagenævnet – ved skrivelse af 19. juli 2005 - oplyst, at tilbudet fra nr. 3, Stiftelsen Norsk Forskningsinstitut for Barn med Utviklingsforstyrrelser, på et ikke oplyst tidspunkt blev genfremsat på brevpapir fra NOVA Instituttet for Barn med Utviklingsforstyrrelser A/S , og at det er dette tilbud, der er tilgæet

Klagenævnet. Den 23. december 2004 besluttede indklagede at indgå kontrakt med NOVA Institut for Barn med Udviklingsforstyrrelser A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 10. marts 2005.

Den 10. februar 2005 indgav klageren, Tipo Danmark A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Københavns Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 13. juni 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at have fastsat i udbudsbetingelserne, hvilke kriterier der finder anvendelse ved tildelingen af kontrakten.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, uden at der først var givet klageren adgang til forhandling.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at tage tilbudet fra NOVA Institut for Barn med Udviklingsforstyrrelser A/S i betragtning, uanset at denne tilbudsgiver modtager støtte fra den norske stat.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at tage tilbudet fra NOVA Institut for Barn med Udviklingsforstyrrelser A/S i betragtning, uanset at dette tilbud indeholdt forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, idet opgaver ifølge tilbudet skulle varetages af studerende, idet tilbudet ikke omfattede supervision svarende til 2 timer ugentligt, og idet tilbudet ikke omfattede supervision af forældre i hjemmet.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved efter at have undladt at tage klagerens tilbud i betragtning at have ændret udbudsbetingelserne, herunder

- at kravet om supervision af forældre i hjemmet blev frafaldet,
- at kravet om supervisionsfrekvens blev ændret, og
- at det blev muligt at forlænge kontrakten efter udløb den 1. april 2006, uden at give klageren lejlighed til at ændre sit allerede afgivne tilbud eller at afgive nyt tilbud.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige forhandlingsforbud ved forud for beslutningen om at indgå kontrakt med NOVA Institutet for Barn med Utviklingsforstyrrelser A/S at have forhandlet med NOVA Institutet for Barn med Utviklingsforstyrrelser A/S om omfanget af supervisionen, om tidspunktet for ABA-forsøgsprojekternes start og om mulighed for forlængelse af tjenesteydelsens varighed.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved den 23. december 2004 at beslutte at indgå kontrakt med NOVA Institutet for Barn med Utviklingsforstyrrelser A/S, uanset at denne virksomhed ikke var blevet anmodet om at deltage i udbudet.

Påstand 8

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 23. december 2004 om at indgå kontrakt med NOVA Institutet for Barn med Utviklingsforstyrrelser A/S.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet erstatningspådragende over for klageren ved de skete overtrædelser af udbudsreglerne.

Indklagede har principalt nedlagt påstand om, at klagen afvises.

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

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 9, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 - 8.

Sagens nærmere omstændigheder:

I den nævnte anmodning af 23. november 2004 er under overskriften »Kontrakt med Københavns Kommune vedr. supervision i forbindelse med ABA-forsøgsprojekter« bl.a. fastsat følgende:

»Københavns Kommune ønsker at indgå kontrakt med en virksomhed med henblik på at levere supervision i forbindelse med ABA-forsøgsprojekterne.

Hermed inviteres TIPO Danmark til at redegøre for, i hvilket omfang det er muligt, at levere supervision indenfor rammen af, den vedlagte kravspecifikation. Til orientering er denne invitation ligeledes fremsendt til Stiftelsen Norsk Forskningsinstitutt for barn med udviklingsforstyrrelser, Institutt for Anvendt Atferdsanalyse og Nordisk Autismeklinik.

De indsendte redegørelser vil danne grundlag for valget af virksomhed.

.....

Familie- og Arbejdsmarkedsudvalget besluttede på udvalgsmødet den 16. juni 2004, at der skal etableres et forsøg med behandlingsmetoder målrettet handicappede børn og unge i Københavns Kommune med start 01.01.2005. Forsøget afsluttes 01.04.2006.

Forsøget omfatter tre behandlingsmetoder herunder ABA.

ABA træning tilbydes børn med en diagnose indenfor autismspekretet.

Der ansættes en ABA træner på fuld tid, således at hvert barn kan tilbydes maksimalt 30 timers »en til en« træning om ugen i en almindelig daginstitution. Træneren har således mindst 7 timer om ugen til forberedelse, supervision m.v. Der tilknyttes ligeledes en hjælpetræner 7 timer om ugen, der i samarbejde med træneren har ansvar for at træne barnet. Forældrene forventes at træne deres barn 10 timer i hjemmet pr. uge. Mindst én af forældrene er forpligtet til at deltage i supervision/teammøde to timer, én gang om ugen. Ligeledes deltager træner, hjælpetræner og øvrigt relevant personale i supervisionen/teammødet.

Det forventes, at der vil være visiteret 12 børn til at deltage i forsøget med start 01.01.2005. Desuden forventes det at yderligere 6 børn vil blive inkluderet i forsøget undervejs i projektperioden, således at 18 børn i alt vil have behov for en supervisor.

Der er bevilget 5.2 mio. kr. af Folketinget til en videnskabelig evaluering af forsøget.

Eventuelle spørgsmål kan stilles skriftligt på mailadressen..... Spørgsmål og svar vil blive tilsendt alle supervisionsfirmaer, som er tilbudt at komme med forslag til kontrakt.«

I bilag 1 til indklagedes anmodning af 23. november 2004 er under overskriften »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder« bl.a. fastsat følgende:

»Det forventes at supervisionsudbyder (SU) er i stand til at indfri de forventninger og krav der fremgår af indstillingen »Forsøg med nye behandlingsformer i Københavns Kommune«. Dette udmøntes konkret ved skriftligt at dokumentere nedenstående kompetencer og krav.

Der fremgår vejledende eksempler på hvorledes dokumentationskravet kan imødekommes.

	Kravspecificering	Dokumentations krav
	
3	Medarbejdere med direkte kontakt til børn og team skal have en relevant, certificeret adfærdsanalytisk efteruddannelse, skal have omfattende erfaringer fra tidligere vejledning af børn fra hele det autistiske spektrum og skal have udført supervisionsopgaver selvstændigt og i teams.	Der skal fremlægges et cv for de medarbejdere, som skal have direkte kontakt til børn, fagfolk og forældre. Dette cv skal især have en høj detaljeringsgrad når det gælder de adfærdsanalytiske erfaringer og uddannelser. Dvs. 1. Indhold og omfang af teoretiske kurser i adfærds analyse, erfaringer som træningsleder og som hjælpetræner – herunder antallet af børn, disse børns diagnoser eller andre karakteristika, antallet af timer og ansættelsesperiodens længde. 2. Erfaringer som supervisor – herunder antallet af børn, disse børns diagnoser eller andre karakteristika, behandlingens varighed. 3. Certificeringer som adfærdsanalytiker. Det bør vedlægges referencer således at kommunen at indhente yderligere dokumentation for de kvalifikationer, der fremgår af cv.
	
10	Supervisor skal yde supervision i et timetal svarende til 2 timer ugentlig i institutionen for forældre,	

	træningsleder, hjælpetræner og øvrigt relevant personale. Den reelle fordelingsnøgle for antal timer om ugen afhænger af det enkelte barns/den enkelte families behov.	
11	Supervisor skal yde supervision til forældrene i hjemmet i det omfang det er nødvendigt.	
	
14	Supervisor skal kunne arbejde med videobaseret supervision og med online transmission af video.	
	
16	

Økonomi

Alle udgifter til supervision som de ovennævnte krav bevirker må ikke overstige 120.000 dk kr. pr. barn om året.

I det tilfælde at SU's ydelse ikke indeholder samtlige ovenstående krav bedes det anføres hvilke ydelser der er tilkøb.«

I klagerens tilbud af 7. december 2004 er bl.a. anført:

»Opsummering.

.....

Det er derfor med beklagelse jeg må meddele at vi ikke kan levere behandling av børn indenfor den økonomiske ramme som I setter.

TIPO Danmarks pris for behandling av børn er Dkr. 165.000,- pr. år, inkluderet alle udgifter og tjenester som er specificeret i dette brev. TIPO har ingen mulighed for at drive en seriøs klinik under denne pris på tjenesterne.

.....

Dersom København kommune på sin side også skulle ønske at indgå et samarbejde med TIPO, til en pris av 165.000,- pr. børn, hører vi gerne fra Jer.«

I tilbud af 6. december 2004 fra NOVA Institutet for Barn med Utviklingsforstyrrelser A/S (herefter NOVA) er bl.a. anført:

»2.0 Gjennomføringsplan

.....

2.4. Oppstart av trening med påfølgende supervisjon fra NOVA INSTITUTTET

2.4.1 Workshops

Treningen starter med en workshop i barnehagen til det aktuelle barnet. Workshopen vil ha en varighet på en dag (08.00-16.00).

.....

Etter denne oppstartworkshopen vil SU holde en workshop for hvert barn hver 4 uke.

2.4.2 Veiledning på staffmøter

SU vil veilede på de ukentlige staffmøter via web kamera. Dersom web kamera ikke finnes i barnehagen kan SU veilede på video via online transimission.

.....

3.0. Stiftelsens medarbeidere

Stiftelsens medarbeidere er Svein Eikeseth, Jan Ole Almås, Silje Haugland og Bente Sigstad. Alle har vært (eller er) ansatt ved Glenne Autismesenter. Almås, Sigstad og Haugland har vært supervisor for de fleste av eksperimentgruppebarna som inngikk i studien til Eikeseth, Smith, Jahr, og Eldevik (2002). Denne studien dokumenterte gode effekter etter ABA behandling for barn med autisme som var mellom 4 og 7 år ved behandlingsstart. Dette er i sig selv en objektiv kvalitetskontroll av deres arbeid som supervisors.

.....

3.1 Svein Eikeseth

Dr. Eikeseth er daglig leder og styrformann i NOVA INSTITUTTET. I tillegg er han professor i psykologi ved Høgskolen i Akershus.

.....

3.2. Jan Ole Almås

Almås er utdannet vernepleier og har videreutdanning i målrettet miljøarbeid. Han er i ferd med å ta en Mastergrad i Læring i komplekse systemer ved høgskolen i Akershus. Dette er et deltidsstudium.

3.3. Bente Sigstad

Sigstad er utdannet vernepleier og har videreutdanning i målrettet miljøarbeid. Hun er i ferd med å ta en Mastergrad spesialpedagogikk ved Universitetet i Oslo. Dette er et deltidsstudium.

3.3. Silje Haugland

Haugland er utdannet vernepleier og har videreutdanning i spesialpedagogikk. Hun er i ferd med å ta en Mastergrad psykologi ved Universitetet i Trondheim (NTNU). Dette er et deltidsstudium.«

I et udateret notat om »Fordele og ulemper ved de tre tilbud om ABA-supervision i Københavns Kommune« er bl.a. anført:

»Kravspesifikasjon	Generelt	IAA	NFBU	TIPO
.....
Kvalifikasjoner hos medarbejdere i direkte kontakt med børn og teams.	Alle tre udbydere ledes af psykologer med klinisk autorisation. Men det er uklart i hvilket omfang disse højtuddannede personer vil indgå i den praktiske supervision af behandlingerne.	Der er tale om et meget stærkt hold, som alle har mange års ABA-erfaring, som har relevant ABA-efteruddannelser (bl.a. fra Princeton) og som er i gang med at tage kandidatuddannelser.
.....
Efteruddannelses-system for egne medarbejdere	Internt efteruddannelse er vigtig for at opretholde et højt fagligt niveau og engagerende og updatede medarbejdere.	Alle menige medarbejdere er i gang med at tage kandidatuddannelser. Det er en fordel. Men hvordan har de tid til dette samtidig med at de passer deres arbejde som supervisorer?
.....
Supervision svarende til 2 timer ugentligt	Omfanget og kvaliteten på supervision er en af de to vigtigste kvalitetsfaktorer (den anden er omfang og kvalitet i træningen). Det er vigtigt at være	Omfang af supervision er uklar. Supervisionsmøder kaldes individuelle workshops. Workshops hver 4. uge (hvor lang tid?) suppleres med en ugentlig webcam- eller videobaseret

	opmærksom på, at der ikke nødvendigvis er en sammenhæng mellem supervisionens omfang og dens kvalitet. Et mindre omfang kan til en vis grad kompenseres vha. bedre kvalitet, men den slags overvejelser er svære at gøre op.		distancesupervision. Kvaliteten af et sådant tilbud er svært at vurdere. Afhænger nok meget af træningslederens tidligere erfaringer med ABA og dygtighed til at arbejde selvstændigt.... Det bør undersøges om tilbuddet kan omlægges til hyppiere direkte supervision – evt. ved at seminarer overtages af Pædagogisk Diplomuuddannelse, og ved at træningsledere overtager udarbejdelse af træningsprogrammer.	
.....
Supervision i hjemmet hvis nødvendigt	Hjemmesupervision eller supervision af forældre kan være både nødvendigt og nyttigt; fx til adfærdsmæssige problemer i hjemmet og til toiletræning. Kun IAA og TIPO nævner eksplicit denne mulighed.	Ja	Det er uklart i hvilket omfang supervision af familien kan finde sted.	Ja«

I et udateret notat om »Sammenligning af tilbud om ABA-supervision i Københavns Kommune« er bl.a. anført:

»Krav nr.	Kravspecifikation	IAA	NFBU	TIPO
.....
3	Kvalifikationer hos medarbejdere i direkte	Svein Eikeseth – autoriseret psykolog – ph.d. – professor – 19 års ABA erfaring Jan Ole Almås – vernepleier –

	kontakt med barn og teams		ABA-efteruddannelse (Akershus), masterstuderende i ABA (Akershus) – 13 års ABA-erfaring (skøn) Bente Sigstad – vernepleier – ABA-efteruddannelse (akershus), masterstuderende specialpædagogik (Oslo universitet) – Princeton Child Delopment Insitute USA – 11 års ABA-erfaing Silje Haugland – vernepleier – viderudd. i specialpædagogik – masterstuderende psykologi (Trondheim) – 11 års ABA-erfaring	

10	Supervision svarende til 2 timer ugentligt	Opstartworkshop 1. dag og herefter hver 4. uge. Workshop anvendes her som betegnelse for live, direkte supervision i forhold til et enkelt barn. Vejledning på ugentlige staffmøder via webcam eller video-transmission. Omfang af supervision er uklar.
.....
11	Supervision i hjemmet hvis nødvendigt	OK	Ikke nævnt	OK
.....
17	Max. 120.000 kr. per barn per år	120.000 kr./barn /år – detaljer	120.000 kr./barn/år – intet budget	165.000 kr./barn/år – intet budget

		et budget		
.....
	Kommen- tarer	<p>.....</p> <p>Det er uklart om der er tale om en ren workshop-model suppleret med web-supervision eller om det er en tillempet form for centerbaseret supervision.</p> <p>.....</p> <p>Det er ikke nævnt om de tre menige medarbejdere i NFBU er certificert efter Lovaas-modellen, som NFBU anvender.</p> <p>Det er uklart hvor mange timers supervision det enkelte barn vil modtage og i hvilken form....</p> <p>Det bør overvejes om ressourcerne kan bruges mere hensigtsmæssigt, hvis den Pædagogiske Diplomuddannelse overtager finansieringen af efteruddannelsesprogram og certificering af træningsleder – dvs. ABA-seminarer I+II samt avancerede niveauer....</p> <p>Det bør overvejes om den tid, der er afsat til udarbejdelse af træningsprogrammer i stedet kan anvendes til supervision....</p>	<p>Af tilbuddet at dømme virker det ikke som TIPO er indstillet på at gå ned i pris: »Dersom KK på sin side også skulle ønske at indgå et samarbejde med TIPO til en pris av 165.000 - pr. børn, hører vi gerne fra Jer«.</p> <p>KK er i en dårlig forhandlingsposition eftersom kontrakterne skal være indgået inden 1.1.2005.</p> <p>.....«</p>

Projektkoordinator Henning Damkjær, indklagede, har bl.a. forklaret, at notatet om »Fordele og ulemper ved de tre tilbud om ABA-supervision i Københavns Kommune« og notatet om »Sammenligning af tilbud om ABA-supervision i Københavns Kommune« er

udarbejdet i december 2004 af en gruppe forældre til børn med autisme. Notaterne er indgået - som forældregruppens kommentarer til de afgivne tilbud - i indklagedes grundlag for at træffe beslutning om at indgå kontrakt. Han ringede den 16. december 2004 til direktør Svein Magnar Hansen og meddelte ham, at indklagede ikke kunne overskride den økonomiske ramme på 120.000 kr. pr. barn pr. år. Svein Magnar Hansen tilkendegav under samtalen, at klageren ikke kunne levere supervisionsydelsen til en lavere pris end 165.000 kr. pr. barn pr. år.

Adm. direktør og specialist i klinisk psykologi, Svein Magnar Hansen har under mødet i Klagenævnet den 13. juni 2005 bl.a. forklaret, at projektkoordinator Henning Damkjær under telefonsamtalen den 16. december 2004 meddelte ham, at indklagede ikke tog klagerens tilbud i betragtning, fordi prisen ifølge klagerens tilbud overskred den økonomiske ramme på 120.000 kr. pr. barn pr. år. Under samtalen blev det ikke diskuteret, om prisen eller kravene til supervisionen kunne ændres. Projektkoordinator Henning Damkjær oplyste, at de to andre tilbudsgivere var indkaldt til møde. Han oplyste ikke, hvilke forhold der skulle drøftes på møderne.

I brev af 23. december 2004 fra NOVA til indklagede er bl.a. anført:

»I møte den 22.12.2004 ble det avtalt at NOVA INSTITUTTET skulle komme med tilbakemelding på følgende punkter:

Frekvens på Supervisjon

Det ble ytret ønske fra ABA foreningen og Familie- og Arbeidsmarkedsforvaltningen om at SU møter på staffmøter i barnehagen annen hver uke. Dette godtas av NOVA INSTITUTTET.

Staffmøtene har en varighet på 2 timer. De ukentlige staffmøtene vil således gjennomføres annen hver uke via web kamera og annen hver uke med SU fysisk til stede i barnehagen.

Denne ordning erstatter punkt 2.4.1 Workshops og 2.4.2. og Veiledning på staffmøter (side 6 i den originale planen).«

Det er oplyst, at NOVA blev stiftet den 5. januar 2005.

I e-mail af 19. januar 2005 fra Svein Eikeseth til indklagede er bl.a. anført:

»Den 5. januar i år oprettet jeg NOVA instituttet for barn med utviklingsforstyrrelser (se vedlagte vedtekter). NOVA instituttet skal drive et treningssenter for barn med autisme

(se vedlegg). I tillegg skal drive supervisjon. NOVA instituttet har flyttet inn i nye lokaler og vil få nytt topp moderne data utstyr inklusive web kamera.

Vi ønsker å trappen ned virksomheten i NFBU og trappe opp virksomheten ved NOVA instituttet. Jeg ber derfor om at kontrakten med København kommune inngås med NOVA instituttet og ikke med NFBU.

For Dere vil dette ikke noen konsekvenser (annet enn navnendringen). Dere vil få det samme personalet. Det personalet som tidligere arbeidet for NFBU vil nå arbeide for NOVA instituttet. NOVA instituttet vil følge all de avtalene som vi har inngått med dere.«

I e-mail af 20. januar 2005 fra klageren til indklagede er bl.a. anført:

»Jeg hører fra nogen forældre i København at de nå skal være indgået en kontrakt mellem Københavns kommune og en udbyder, vedrørende ABA projektet. Kan du bekræfte dette, og berette noget om denne kontrakt?«

I kontrakt af 10. marts 2005 mellem NOVA og Københavns Kommune, Familie- og Arbejdsmarkedsforvaltningen, er bl.a. anført:

»§ 15. Aftalens varighed og opsigelse

Aftalen træder i kraft den 1 marts 2005 og er gældende til den 1. april 2006 med mulighed for forlængelse og kan til en hver tid opsiges af begge parter med 2 måneders varsel.«

Ved e-mail af 30. marts 2005 underrettede indklagede klageren og Institutt for Anvendt Atferdsanalyse om, at der var indgået kontrakt med NOVA.

Parternes anbringender:

Ad påstand om afvisning

Klageren har gjort gældende, at enhver, der har retlig interesse heri, efter Klagenævnslovens § 4, stk. 1, nr. 1, kan indgive klage til Klagenævnet. Klageren har deltaget i udbudet og har derfor retlig interesse. Klageren er derfor klageberettiget.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har afgivet et konditionsmæssigt tilbud, og at klageren hverken aktuelt eller potentielt har økonomisk interesse i at få Klagenævnets

afgørelse vedrørende de nedlagte påstande. Klageren har således ikke retlig interesse i at få prøvet de nedlagte påstand, hvorfor klagen bør afvises.

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed gælder med uformindsket styrke, uanset at supervisionsydelsen er omfattet af kategori 25 i bilag I B til Tjenesteydelsesdirektivet. Det EU-retlige gennemsigtighedsprincip indebærer, at indklagede skal prioritere eller vægte de stillede krav, hvis det var muligt. Det er uklart, om den økonomiske ramme på 120.000 kr. pr. barn om året, der er fastsat i »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder«, kan fraviges, når det tillige er fastsat, at det skal anføres, hvilke ydelser der er tilkøb, hvis tilbudsgiverens ydelse ikke indeholder samtlige krav.. Det er endvidere uklart, om kravene 1-16 i »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder« er krav, der skal opfyldes af tilbudsgiverne, eller vejledende krav, der kan fraviges af tilbudsgiverne. Derudover er det uklart, hvordan kravene 1-16 vægtes. Indklagedes ønske om at få mest mulig behandling inden for den økonomiske ramme fremgår ikke af udbudsbetingelserne, ligesom et sådant ønske ikke bidrager til at afklare vægtningen af kravene. Bemærkningen i notat om »Fordele og ulemper ved de tre tilbud om ABA-supervision i Københavns Kommune« om, at omfanget og kvaliteten på supervision er en af de to vigtigste kvalitetsfaktorer (den anden er omfang og kvalitet af træningen), vidner om, at det uanset supervisionsydelsens beskaffenhed var muligt at prioritere kravene. Klageren har således gjort gældende, at indklagede ikke klart og utvetydigt har præciseret, hvilke tildelingskriterier der vil blive lagt til grund ved tildelingen af opgaven. Indklagede har heller ikke fastsat, hvordan kravene i »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder« vil blive vægtet, uanset det var muligt at foretage en sådan vægtning. Tilbudsgiverne har derfor ikke kunnet konstatere, hvordan beslutningen om tildeling af kontrakten vil blive truffet. Indklagede har derved handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip.

Indklagede har gjort gældende, at supervisionsydelsen er omfattet af kategori 25 i Tjenesteydelsesdirektivets bilag I B. Der er derfor ikke krav om anvendelse af tildelingskriterierne »det økonomisk mest fordelagtige bud« eller »den laveste pris«. Blot gælder de EU-retlige principper om ikke-diskrimination, ligebehandling og gennemsigtighed. Supervisionsydelsens beskaffenhed medfører, at der er behov for særlig fleksibilitet ved tilrettelæggelsen af udbudsproceduren, idet supervisionen vedrører behandling af børn med autisme, idet ABA-behandling er en relativ ny behandlingsform, idet udbudet af supervisionsydelsen sker som led i gennemførelsen af et forsøgsprojekt, hvis

formål er at fastlægge rammerne for indklagedes fremtidige behandlingstilbud til børn med autisme, og idet supervisionsydelsen er en kompleks tjenesteydelse. De krav til supervisionsydelsen, som indklagede har fastsat i »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder«, er sammen med den anførte økonomiske ramme de kriterier, der vil blive lagt vægt på ved tildeling af kontrakten. Det fremgår klart, at krav 1-16 er vejledende, mens den økonomiske ramme ikke kan fraviges. Det er på grund af supervisionsydelsens beskaffenhed ikke muligt at foretage en håndfast prioritering eller vægtning af de 16 krav, og forældregruppens kommentarer kan ikke tillægges nogen betydning i relation til spørgsmålet om, hvorvidt det var mulig at foretage en sådan prioritering. På denne baggrund har indklagede i tilstrækkelig grad præciseret i udbudsbetingelserne, hvilke tildelingskriterier der vil blive lagt til grund ved tildelingen af opgaven, og indklagede har derfor ikke handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det EU-retlige ligebehandlingsprincip gælder for fuld styrke for aftaler, hvis genstand er de i bilag I B opførte tjenesteydelser. Indklagede afviste under telefonsamtalen den 16. december 2004 klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt med den begrundelse, at prisen ifølge klagerens tilbud lå uden for indklagedes økonomiske rammer, og klageren blev ikke – på lige fod med de øvrige tilbudsgivere – givet adgang til forhandling under telefonsamtalen eller senere. Tilbudet fra NOVA fraveg på væsentlige punkter kravspecifikationen, herunder på sådanne punkter som supervisionsfrekvens, og indklagede indledte på trods heraf forhandlinger med denne tilbudsgiver. Som anført ad påstand 1 er den økonomiske ramme ikke fastsat klart og entydigt i udbudsbetingelserne, og indklagede har på den baggrund været uberettiget til uden videre at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt. Indklagede har endvidere handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt uden at give klageren adgang til forhandling, når indklagede indledte forhandlinger med NOVA, uanset at denne tilbudsgivers tilbud var ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at det i »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder« er fastsat, at de udgifter til supervision, som kravene bevirker, ikke må overstige 120.000 kr. pr. barn om året. Det fremgår klart af klagerens tilbud af 7. december 2004, at indklagede kun skulle ulejlige sig med at rette henvendelse til klageren, hvis indklagede vil indgå et samarbejde med klageren til en pris på 165.000 kr. pr. barn om året. Den 16. december 2004 rettede indklagede på trods heraf henvendelse til klageren, der imidlertid fortsat kategorisk afviste at respektere kravet om, at prisen ikke måtte overstige

120.000 kr. pr. barn om året. På den baggrund var der ikke grundlag for at føre yderligere forhandlinger med klageren. Tværtimod ville indklagede ved at fortsætte drøftelserne handle på skrømt, hvilket kunne være ansvarspådragende for indklagede. Klageren har således haft adgang til forhandling på lige vilkår med de øvrige tilbudsgivere, men har ved sine kategoriske udtalelser i sit tilbud og under telefonsamtalen den 16. december 2004 afvist at forhandle. Indklagede har således ikke handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at NOVA ifølge en udskrift fra www.bizweb.no ikke har nogen ansatte, og at supervisionen ifølge tilbudet fra NOVA skal udføres af en professor, som er ansat ved en højskole, og tre studerende. Klageren har endvidere gjort gældende, at der ifølge norske registre ikke bliver indbetalt afgifter fra NOVA, hvilket tyder på, at selskabet ikke har lønudgifter. I det udaterede notat om »Sammenligning af tilbud om ABA-supervision i Københavns Kommune« er endvidere anført, at det bør overvejes, om ressourcerne kan bruges mere hensigtsmæssigt, hvis den Pædagogiske Diplomuddannelse overtager finansieringen af efteruddannelsesprogram og certificering af træningsledere. På den baggrund må det lægges til grund, at NOVA modtager statsstøtte, og at indklagede har undladt at sikre, at NOVA ikke modtager ulovlig statsstøtte. Da NOVA således har haft mulighed for at udføre den udbudte tjenesteydelse til en lavere pris end de øvrige tilbudsgivere, har indklagede handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at tage tilbudet fra NOVA i betragtning. EF-domstolens dom i sag C-94/99, ARGE, kan ikke føre til et andet resultat.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har sandsynliggjort, at NOVA modtager støtte fra den norske stat. Det fremgår endvidere af EF-domstolens dom i sag C-94/99, ARGE, at indklagede ikke har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at have taget tilbudet fra NOVA i betragtning, uanset om denne tilbudsgiver måtte have modtaget eller eventuelt modtager støtte fra den norske stat.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at efter tilbudet fra NOVA skal nogle af supervisionsopgaverne varetages af studerende, og den pågældende tilbudsgiver har derfor taget forbehold over for udbudsbetingelserne. Klageren har endvidere gjort gældende, at det er fastsat i »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder« punkt 10, at

supervisor skal yde supervision i et timeantal svarende til 2 timer ugentligt i institutionen for forældre, træningsleder, hjælpetræner og øvrigt relevant personale. Omfanget af supervisionen i tilbudet fra NOVA er uklart. Dette tilbud indeholder derfor et forbehold over for punkt 10. Klageren har desuden gjort gældende, at det er fastsat i »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder« punkt 11, at supervisor skal yde supervision til forældrene i hjemmet i det omfang, det er nødvendigt. Det er efter tilbudet fra NOVA uklart, i hvilket omfang supervision af familien i hjemmet kan finde sted, og den pågældende tilbudsgiver har derfor også taget forbehold for dette punkt. Da kravene til supervisorernes uddannelsesniveau og erfaringsgrundlag, supervisionens omfang og supervision af forældrene i hjemmet vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, har indklagede i medfør af det EU-retlige ligebehandlingsprincip haft pligt til at afvise tilbudet fra NOVA.

Indklagede har gjort gældende, at det klart fremgår af »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder«, at kravene 1-16 - i modsætning til det økonomiske krav - er vejledende, og at tilbud derfor kan tages i betragtning, uanset om de indeholder forbehold vedrørende kravene 1-16. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at tage tilbudet fra NOVA i betragtning.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede tilsyneladende efterfølgende har frafaldet kravet i »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder« punkt 11, idet indklagede har taget tilbudet fra NOVA i betragtning, uanset at tilbudet som anført ad påstand 4 ikke indeholdt supervision til forældrene i hjemmet, hvis det var nødvendigt. Indklagede har endvidere ændret kravet i »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder« punkt 10 til supervisionsfrekvensen, idet den supervision, som var indeholdt i tilbudet fra NOVA, blev ændret ved brev af 23. december 2004, således at de ugentlige staffmøder af 2 timers varighed hver anden uge bliver gennemført via web-cam og hver anden uge med supervisors tilstedeværelse i børnehaven. De direkte omkostninger forbundet med supervisors deltagelse i supervision i børnehaven og hjemmet har væsentlig indflydelse på de samlede omkostninger, og klageren er på intet tidspunkt blevet oplyst om, at disse krav kunne frafalde eller ændres. Klageren er heller ikke blevet anmodet om at oplyse, hvilken indflydelse det ville have på den samlede pris i klagerens tilbud, såfremt klageren ikke skulle levere disse ydelser. Klageren har endvidere gjort gældende, at det er fastsat i »Kontrakt med Københavns Kommune vedr. supervision i forbindelse med ABA-forsøgsprojekter«, at forsøget etableres med start den 1. januar 2005 og afslutning den 1.

april 2006. Ifølge § 15 i kontrakt af 10. marts 2005 mellem NOVA og indklagede er det imidlertid aftalt, at aftalen er gældende til den 1. april 2006 med mulighed for forlængelse. Denne ændring er ikke blevet tilkendegivet klageren, der derfor ikke har haft lejlighed til at udtale sig om, hvorvidt klagerens tilbudte pris var blevet lavere, såfremt der var mulighed for at indgå en aftale med længere varighed end den varighed, der var fastsat i udbudsbetingelserne. På den baggrund har indklagede handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at foretage de nævnte ændringer i udbudsbetingelserne uden at opfordre klageren til at afgive tilbud på ny.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har ændret på udbudsbetingelserne. Som dokumentation henvises til kontrakt af 10. marts 2005 mellem NOVA og Københavns Kommune, Familie- og Arbejdsmarkedsforvaltningen, hvor »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder« indgår som bilag. Kravene i punkt 1-16 er endvidere vejledende. På den baggrund har indklagede ikke handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at have ændret udbudsbetingelserne, uden at klageren blev givet lejlighed til at ændre sit allerede afgivne tilbud eller at afgive nyt tilbud.

Ad påstand 6

Klageren har med henvisning til det ad påstand 5 anførte gjort gældende, at omfanget af den supervision, som var indeholdt i tilbudet fra NOVA, blev ændret ved brev af 23. december 2004. Klageren har endvidere gjort gældende, at det er fastsat i »Kontrakt med Københavns Kommune vedr. supervision i forbindelse med ABA-forsøgsprojekter«, at forsøget etableres med start den 1. januar 2005 og afslutning den 1. april 2006. Ifølge § 15 i kontrakt af 10. marts 2005 mellem NOVA og Københavns Kommune, Familie- og Arbejdsmarkedsforvaltningen, er det imidlertid aftalt, at aftalen træder i kraft den 1. marts 2005 og er gældende til den 1. april 2006 med mulighed for forlængelse. Klageren har gjort gældende, at indklagede således efter udløb af fristen for afgivelse af tilbud og inden beslutningen om tildeling af kontrakten har ført forhandlinger med NOVA om supervisionens omfang, tidspunktet for forsøgsprojekternes start og mulighed for forlængelse af kontrakten. Indklagede har derved handlet i strid med det EU-udbudsretlige forhandlingsforbud.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke har været tale om forhandlinger mellem NOVA og indklagede. NOVA har alene præciseret, at man var indstillet på at indgå kontrakt på de vilkår, der er beskrevet i »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder«. Selv hvis der havde været forhandlinger mellem NOVA og indklagede, ville dette ikke være i strid med udbudsreglerne, idet der er tale om en ydelse omfattet af Tjenesteydelses-

direktivets bilag I B. Alle tilbudsgiverne har haft lige vilkår for at forhandle, og kravene i »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbydere« punkt 1-16 er alene vejledende. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med det EU-udbudsretlige forhandlingsforbud.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at NOVA ikke var blevet anmodet om at deltage i udbudet. Klageren har således gjort gældende, at indklagede ikke har haft grundlag for at vurdere NOVA's indtræden i Stiftelsen Norsk Forskningsinstitut for Barn med Utviklingsforstyrrelser bemyndigelser og forpligtelser som en ren formalitet, idet der er tale om to juridiske personer med vidt forskellige formål og hvert sit virkefelt. Stiftelsen Norsk Forskningsinstitut for Barn med Utviklingsforstyrrelser er således en stiftelse med et non-profit formål inden for forskning og udviklingsarbejde, mens NOVA driver virksomhed inden for området »andre helsetjenester«. Forældregruppen har i notatet om »Fordele og ulemper ved de tre tilbud om ABA-supervision i Københavns Kommune« netop anført, at det ses som en fordel ved Stiftelsen Norsk Forskningsinstitut for Barn med Utviklingsforstyrrelser, at der ikke skal genereres udbytte til ejerne. Dertil kommer, at det ikke er dokumenteret, at NOVA råder over samme ressourcer og faciliteter som Stiftelsen Norsk Forskningsinstitut for Barn med Utviklingsforstyrrelser, og at den eneste kobling mellem de to juridiske personer er et personsammenfald på ledelsesniveau, idet eneaktionæren i NOVA samtidig er daglig leder af Stiftelsen Norsk Forskningsinstitut for Barn med Utviklingsforstyrrelser. Indklagede har på den baggrund handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at beslutte at indgå kontrakt med NOVA.

Indklagede har gjort gældende, at der i realiteten er identitet mellem Stiftelsen Norsk Forskningsinstitut for Barn med Utviklingsforstyrrelser og NOVA. NOVA råder således over de samme ressourcer og faciliteter som Stiftelsen Norsk Forskningsinstitut for Barn med Utviklingsforstyrrelser, ligesom NOVA har investeret i udstyr, som udmærker sig i forhold til det udstyr, som Stiftelsen Norsk Forskningsinstitut for Barn med Utviklingsforstyrrelser råder over. Dertil kommer, at Institut for Anvendt Atferdsanalyse ville være den eneste tilbudsgiver, hvis indklagede ikke accepterede ændringen i tilbudsgiverens juridiske struktur, og indklagede har derfor forbedret konkurrencesituationen ved at acceptere ændringen i tilbudsgiverens juridiske struktur. Hverken udbudsdirektiverne eller dansk ret indeholder bestemmelser, der er til hinder for, at ordregiveren tillader en tilbudsgiver at ændre juridisk form, jf. ligeledes EF-domstolens dom af 23. januar 2003 i sag C- 57/01, Makedoniko Metro. Ændringen af tilbudsgiverens juridiske konstruktion har ikke haft

indflydelse på de øvrige tilbudsgiveres stilling. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at beslutte at indgå kontrakt med NOVA.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med NOVA er en væsentlige overtrædelse af de EU-udbudsretlige regler, da indklagede som anført ad påstand 1-7 har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip ved gennemførelsen af udbudet. Klagenævnet skal derfor annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakten.

Indklagede har i første række gjort gældende, at indklagede som anført ad påstand 1-7 ikke har handlet i strid med de EU-udbudsretlige regler, hvorfor Klagenævnet ikke har grundlag for at annullere beslutningen om at indgå kontrakt med NOVA. Indklagede har i anden række gjort gældende, at Klagenævnet - hvis det antages, at indklagede har handlet i strid med de EU-udbudsretlige regler ved at beslutte at indgå kontrakt med NOVA - ikke har grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakten, idet overtrædelserne ikke er væsentlige.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand om afvisning

Som deltager i udbudet har klageren retlig interesse i at indgive klage, og klageren er således klageberettiget efter Klagenævnslovens § 4, stk. 1, nr. 1.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 1

Ifølge udbudsbetingelsernes »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder« omfatter den udbudte tjenesteydelse supervision som led i behandlingen af børn med autisme. Tjenesteydelsen er således omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets bilag I B kategori 25 om sundheds- og socialvæsen.

Aftaler, hvis genstand er de i bilag I B opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16, jf. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 9. Bestemmelserne i direktivets afsnit III-IV gælder således ikke under dette udbud, hvorimod indklagede har skullet overholde de forpligtelser, der følger af EF-Traktaten og direktivets øvrige bestemmelser, herunder ligebehandlingsprincippet og det dertil knyttede gennemsigtighedsprincip.

Indklagede har således kunnet gennemføre udbudet uden at skulle iagttage en lang række af bestemmelserne i Tjenesteydelsesdirektivet, herunder artikel 36 om anvendelse af tildelingskriterierne »det økonomisk mest fordelagtige bud« eller »den laveste pris«, og har under iagttagelse af de nævnte principper haft en betydelig frihed ved tilrettelæggelsen af udbudsproceduren.

Kontraktgenstanden er supervision som led i behandling af børn med autisme. ABA-behandlingen er efter det oplyste en relativt ny behandlingsform, og den udbudte supervision skal gennemføres som del af en forsøgsordning, hvis formål er at fastlægge indklagedes fremtidige behandlingstilbud til børn med autisme. Tjenesteydelsens særlige beskaffenhed indebærer således, at det ikke er muligt at give en fuldstændig og nøjagtig beskrivelse af kontraktgenstanden, ligesom indklagede – i overensstemmelse med det ovenfor anførte – må gives mulighed for at udøve et vidt skøn ved vurderingen af tilbudene og tildelingen af kontrakten.

De 16 krav til supervisionsydelsen og den økonomiske ramme, som er fastsat i udbudsbetingelsernes »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbydere«, er en tilstrækkelig klar beskrivelse af den udbudte kontraktgenstand.

Det er fastsat i »Kontrakt med Københavns Kommune vedr. supervision i forbindelse med ABA-forsøgsprojekter«, at tilbudsgiverne skal redegøre for, *i hvilket omfang* det er muligt at levere supervision inden for rammen af den vedlagte kravspecifikation, og at de indsendte redegørelser vil danne grundlag for valget af virksomhed.

Det fremgår klart heraf, at et tilbud vil komme i betragtning, uanset om det opfylder alle de 16 krav i kravspecifikationen. Kravene kan således fraviges af tilbudsgiverne, hvilket også er forudsat i kravspecifikationen med bemærkningen om, at tilbudsgiverne bedes angive, hvilket ydelser der er tilkøb, hvis tilbudsgiverens ydelse ikke indeholder samtlige krav. Det afgørende for tildelingen af kontrakten er imidlertid en vurdering af tilbudene i forhold til de

16 krav til supervisionsydelsen og den økonomiske ramme, som er fastsat. Kravene og den økonomiske ramme fungerer således som tildelingskriterier.

Der er herefter grundlag for at fastslå, at indklagede i overensstemmelse med de EU-retlige gennemsigtighedsprincip har fastsat i udbudsbetingelserne, hvilke kriterier der finder anvendelse ved tildeling af kontrakten.

Det kan ikke føre til et andet resultat, at de 16 krav og den økonomiske ramme ikke er prioriteret eller vægtet. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at det konkrete udbud er undtaget fra Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, herunder stk. 2 om pligt til at prioritere kriterierne. Dertil kommer, at der efter kontraktgenstandens særlige beskaffenhed ikke på forhånd kunne opstilles en klar og entydig prioritering af de kriterier, der er fastsat.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Indklagede har under iagttagelse af det EU-retlige ligebehandlingsprincip kunnet gennemføre forhandlinger med tilbudsgiverne. Der gælder således ikke et EU-udbudsretligt forbud mod forhandlinger ved udbud af aftaler, hvis genstand er en tjenesteydelse omfattet af bilag I B.

Det er fastsat i »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder«, at de samlede udgifter, som kravene bevirker, ikke må overstige 120.000 dkr. pr. barn om året.

Klageren har i sit tilbud af 7. december 2004 anført, at klageren ikke kan levere behandling af børn inden for den økonomiske ramme, som indklagede har fastsat. Klageren har endvidere anført, at klagerens pris er 165.000 kr. pr. barn om året, inkluderet alle udgifter og tjenester, som er specificeret i tilbudet, og at klageren ikke har mulighed for at drive en seriøs klinik under denne pris på tjenesterne. Klageren har gjort opmærksom på, at klageren har indgået aftaler med de svenske myndigheder om en pris på 165.000 SEK pr. barn om året. Endelig har klageren anført, at klageren gerne hører fra indklagede, dersom indklagede også på sin side vil indgå et samarbejde med klageren til en pris på 165.000 kr. pr. barn om året.

På den baggrund har indklagede haft grundlag for at vurdere tilbudet fra klageren, således at klagerens pris på 165.000 kr. pr. barn om året ikke var til forhandling, og at indklagede

kunne undlade at rette henvendelse til klageren, hvis indklagede ikke kunne eller ville betale 165.000 kr. pr. barn om året.

Det er ubestridt, at indklagede den 16. december 2004 imidlertid alligevel rettede telefonisk henvendelse til klageren, og at emnet for samtalen var den pris, som klageren havde tilbudt.

På baggrund af de forklaringer, som blev afgivet for Klagenævnet, lægges til grund, at indklagede ved den telefoniske henvendelse den 16. december 2004 gav klageren mulighed for forhandling. Klagenævnet finder det således ikke sandsynligt, at indklagede med samtalen blot havde til formål mundtligt at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt.

På baggrund af klagerens tilbud og telefonsamtalen den 16. december 2004 har indklagede herefter haft grundlag for at vurdere, at yderligere forhandlinger med klageren var formålsløse.

Klageren har således haft adgang til forhandling på lige vilkår med de øvrige tilbudsgivere, og indklagede har ikke handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at undlade at gennemføre yderligere drøftelser med klageren.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Efter det oplyste er der hverken grundlag for at fastslå, at NOVA modtager støtte fra den norske stat, som giver denne tilbudsgiver mulighed for at afgive bud, der ligger væsentlig under budene fra de øvrige tilbudsgivere, eller at der i øvrigt foreligger sådanne særlige omstændigheder, som indebærer en overtrædelse af det EU-retlige ligebehandlingsprincip, jf. herved EF-domstolens dom af 7. december 2000 i sag C-94/99, ARGE.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Det er fastsat i »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder« punkt 3, at medarbejdere med direkte kontakt til børn og team skal have en relevant, certificeret adfærdsanalytisk efteruddannelse, skal have omfattende erfaringer fra tidligere vejledning af børn fra hele det autistiske spektrum og skal have udført supervisionsopgaver selvstændigt

og i teams. Ifølge punkt 3 i tilbudet fra NOVA skal supervisionsopgaver bl.a. varetages af tre kandidatstuderende, der alle har uddannelser som vernepleiere og flere års erfaring med ABA-behandling. På den baggrund har indklagede haft grundlag for at vurdere tilbudet således, at det er i overensstemmelse med »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder« punkt 3. Der er intet grundlag for at fastslå, at det er i strid med udbudsbetingelserne, at supervisorerne er under videreuddannelse.

Det er fastsat i »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder« punkt 10, at supervisor skal yde supervision i et timetal svarende til 2 timer ugentligt i institutionen for forældre, træningsleder, hjælpetræner og i øvrigt relevant personale. Den reelle fordelingsnøgle for antal timer om måneden afhænger af det enkelte barns/den enkelte families behov. Det er endvidere i punkt 14 fastsat, at supervisor skal kunne arbejde med videobaseret supervision og med online transmission af video. På den baggrund må supervision i udbudsbetingelserne anses for at omfatte såvel vejledning, hvor supervisor er fysisk til stede, og vejledning via video, web-cam o.lign.

Tilbudet fra NOVA Institut for Barn med Udviklingsforstyrrelser A/S er således også i overensstemmelse med kravspecifikationens punkt 10.

Det er fastsat i »Krav- og kompetence specifikation til supervisionsudbyder« punkt 11, at supervisor skal yde supervision til forældrene i hjemmet i det omfang, det er nødvendigt. Muligheden for supervision af forældrene i hjemmet er ikke nævnt i tilbudet fra NOVA.

Som anført ad påstand 1 følger det af »Kontrakt med Københavns Kommune vedr. supervision i forbindelse med ABA-forsøgsprojekter«, at kravene i kravspecifikationen er fravigelige. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at tage tilbudet fra NOVA i betragtning, uanset at tilbudet har fraveget kravspecifikationens punkt 11.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

Det fremgår af kontrakten af 10. marts 2005 mellem NOVA og indklagede, at NOVA skal opfylde indklagedes krav om supervision af forældre i hjemmet og om supervisionsfrekvens.

Det er fastsat i »Kontrakt med Københavns Kommune vedr. supervision i forbindelse med ABA-forsøgsprojekter«, at forsøget etableres med start den 1. januar 2005 og afslutning den 1. april 2006. Ifølge § 15 i kontrakt af 10. marts 2005 mellem NOVA og indklagede er det dog aftalt, at aftalen er gældende til den 1. april 2006 med mulighed for forlængelse. Der er herved sket en ændring i forhold til udbudsbetingelserne.

Indklagede har imidlertid ikke haft pligt til at forelægge denne ændring for klageren, da indklagede – som anført ad påstand 2 – havde grundlag for at vurdere, at yderligere forhandlinger med klageren var formålsløse, og derfor kunne undlade at gennemføre yderligere forhandlinger med klageren.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Der er ikke herved taget stilling til, hvorvidt en forlængelse af kontraktens løbetid vil kræve fornyet udbud.

Ad påstand 6

Som anført ad påstand 2 gælder det EU-udbudsretlige forhandlingsforbud ikke for aftaler, hvis genstand er de i bilag I B opførte tjenesteydelser, og derfor kunne indklagede under iagttagelse af det EU-retlige ligebehandlingsprincip gennemføre forhandlinger med tilbudsgiverne.

Der er ikke grundlag for at fastslå, at forhandlingerne med NOVA er gennemført i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip. Som anført ad påstand 2 har indklagede på baggrund af klagerens tilbud og telefonsamtalen den 16. december 2004 haft grundlag for at vurdere, at yderligere forhandlinger med klageren var formålsløse, og dermed for at undlade at gennemføre yderligere forhandlinger med klageren.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 7

Indklagede har den 23. november 2004 opfordret blandt andre Stiftelsen Norsk Forskningsinstitut for Barn med Utviklingsforstyrrelser til at afgive tilbud. Indklagede har imidlertid tilladt, at tilbudet fra denne tilbudsgiver er blevet erstattet af et identisk tilbud afgivet af NOVA. I tilbudet beskrives de medarbejdere, som vil indgå i den tilbudte

tjenesteydelse, under overskriften »Stiftelsens medarbejdere«, og det oplyses, hvor længe den enkelte har arbejdet for »stiftelsen«. Indklagede har ført forhandlinger med tilbudsgiveren, uden at det på noget tidspunkt har været drøftet, om det udbudsretligt ville være til hinder for, at indklagede indgik kontrakt med NOVA, at dette selskab ikke den 23. november 2004 var blevet opfordret til at afgive tilbud. Det hænger sammen med, at det på grund af tjenesteydelsens ganske særlige karakter var afgørende, hvilke medarbejdere der blev tilbudt stillet til rådighed for opgaven.

Som fastslået i Klagenævnets kendelse af 10. maj 2002, Ementor Danmark A/S mod Århus Amt, følger det af EU-udbudsreglerne, at en ordregiver under et begrænset udbud omfattet af Tjenesteydelsesdirektivet hverken må beslutte at indgå kontrakt med en virksomhed, der ikke er prækvalificeret, eller med en virksomhed, der ikke har afgivet tilbud.

Tjenesteydelsesdirektivet, som det gælder under et udbud omfattet af bilag I B, er imidlertid ikke til hinder for, at en ordregiver tillader en virksomhed at indtræde i en anden virksomheds ret til at afgive tilbud, såfremt det EU-retlige ligebehandlingsprincip til stadighed iagttages.

På baggrund af e-mail af 19. januar 2005 fra Svein Eikeseth til indklagede lægges til grund, at NOVA stiller de samme faciliteter og ressourcer, herunder navnlig det samme personale, til rådighed, som Stiftelsen Norsk Forskningsinstitut for Barn med Utviklingsforstyrrelser tidligere gjorde. Det kreditor- og debitorskifte, som sker ved, at NOVA indtræder i Stiftelsen Norsk Forskningsinstitut for Barn med Utviklingsforstyrrelsers rettigheder og forpligtelser har således kun den betydning for indklagede, at kontraktgenstanden leveres af en virksomhed, der er organiseret som et aktieselskab i stedet for en stiftelse.

Efter det fremkomne har det ikke haft betydning for indklagedes udvælgelse af de virksomheder, der blev opfordret til at give tilbud, om virksomheden var organiseret som et aktieselskab eller en stiftelse. Det har endvidere har spillet en helt underordnet rolle, om nogen, ved vurderingen af tilbudene, om tilbudsgiverne var organiseret som et aktieselskab

eller en stiftelse. Det har således ikke haft betydning for tilbudsgivernes indbyrdes stilling under udbudet, i hvilken juridisk form tilbudsgiverne var organiseret.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 8

På baggrund af det anførte ad påstand 1-7 er der ikke grundlag for at annullere indklagedes beslutning af 23. december 2004 om at indgå kontrakt med NOVA.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig