

K E N D E L S E

Danacare A/S
(selv)

mod

Brøndby Kommune, Høje-Taastrup Kommune og Ishøj Kommune
(advokat Hans Lykke Hansen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 1. september 2008 udbød Brøndby Kommune, Høje-Taastrup Kommune og Ishøj Kommune gennem et fælleskommunalt indkøbssamarbejde som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) vikarydelser inden for faggrupperne sygeplejerske, sygeplejestuderende, hjemmehjælper, social- og sundhedshjælper, sygehjælper, social- og sundhedsassistent, plejehjemsassistent og servicemedarbejder. Der er tale om ydelser, der er omfattet af bilag II B til Udbudsdirektivet. Den anslåede kontraktværdi er 15,5 mio. kr. årligt. Kontraktens løbetid er 2 år.

Efter udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation besluttede indklagede at prækvalificere fem virksomheder, heriblandt

1. DanaCare A/S
2. Personalegruppen A/S
3. TakeCare Vikarservice ApS

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 17. november 2008 havde de nævnte prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 29. november 2008 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Personalegruppen A/S.

Den 8. december 2008 indgav klageren, DaneCare A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Høje-Taastrup Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 5. januar 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt det EU udbudsretlige gennemsigtigheds – og ligebehandlingsprincip ved i forbindelse med sin vurdering af tilbuddene ud fra underkriteriet »pris« at have beregnet den procentuelle forskel mellem klagerens tilbud og Personalegruppens tilbud til 0,39 % og at have tildelt begge tilbud samme point, idet forskellen reelt var 5,23 %, og der således skulle være givet klagerens tilbud flere point end Personalegruppen A/S' vedrørende dette underkriterium.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt det EU udbudsretlige gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincip ved i forbindelse med sin vurdering af Personalegruppen A/S' tilbud ud fra underkriteriet »Forsyningssikkerhed« at lægge vægt på oplysningerne i Personalegruppen A/S' tilbud om »gennemsnitlig leveringssikkerhed«, uagtet det ikke i Personalegruppen A/S' tilbud oplyses, i hvilken periode denne »gennemsnitlige leveringssikkerhed« er målt.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 29. november 2008 om at indgå kontrakt med Personalegruppen A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud« med følgende underkriterier:

1. Pris (40 %)
2. Kvalitet (20 %)
3. Forsyningssikkerhed (40 %)

De indklagede har før tilbudsfristens udløb skriftligt besvaret en række spørgsmål bl.a. således:

»...

Spørgsmål 13

De 55 % der bliver dækket af den nuværende leverandør – er det et udtryk for at den nuværende leverandør har dækket 55 % af det forbrugte antal timer?

Eller er det udtryk for, at vikarforbruget hos den nuværende leverandør udgør 55 % af det forbrugte beløb i kroner?

Svar på spørgsmål 13

Ja, der er korrekt, der er forbrugt interne vikarer og andre vikarbureauer, hvor nuværende leverandør ikke har kunnet levere, hvilket opleves rigtig tit.

Spørgsmål 14

Der har i prækvalifikationsrunden været lidt usikkerhed om størrelsen på udbuddet. Fastholdes størrelsen på Kr. 15,5 mill. om året?

Svar på spørgsmål 14

Ja, det fremtidige behov vil afhænge af mange faktorer, som f. eks. Sygdom, egne forsøg på dækning, demografi o.l. , hvorfor det opgjorte forbrug kun er en indikation på det fremtidige behov.

...«

Til brug for tilbudsgivernes udfyldelse af den komplette tilbudsliste med timepriser fordelt på de omhandlede personalegrupper og fordelt på hverdage og helligdage, dag og aften m.v. oplyste indklagede i udbudsmaterialet, hvorledes vikartimeforbruget havde været fordelt i perioden fra januar til og med juli 2008 hos den daværende hovedleverandør. Det blev ligeledes oplyst, at timepriserne på forskellige personalegrupper blev vægtet med forskellige procentsatser, idet det blev anført:

»...Prisen evalueres med

Hj.pl.SOS/hj.hj	Vægter med 65 % i alle vagter
Hj.pl.Assistenter	Vægter med 15 % i alle vagter
Hj.Pl.Sygehjælpere	Vægter med 10 % i alle vagter
Sygeplejersker	Vægter med 5 % i alle vagter
Øvrige kategorier	Vægter med 5 % i alle vagter

...«

Klagerens gennemsnitlige vægtede timepris var på denne baggrund efter de indklagedes opfattelse 0,71 % højere end TakeCare Vikarservice ApS', mens den var 39 % lavere end Personalegruppen A/S'.

De tre tilbuds totale omkostninger blev i et omfattende evalueringsnotat sammenfattet således:

DaneCare	8.372.431,93
Personalegruppen	8.404.758,53
TakeCare	8.313.167, 94

De indklagede vurderede herefter, at prisforskellen ikke berettigede til, at der blev givet tilbuddene forskellig karakter. Alle tre tilbud fik derfor karakteren 4(på en skala fra 1 til 5, hvor 5 er »bedste på markedet«).

Det bemærkes, at de indklagede ikke ses at have vægtet denne karakter i den samlede karakter med 40 %. Da de 3 tilbud imidlertid alle har fået samme karakter, er det efter Klagenævnets opfattelse uden betydning, at denne er 4 og ikke 1,6.

På en skala fra 1 til 5, hvor 5 var »sublim« og 1 »ej acceptabel«, vurderede de indklagede tilbuddene i forhold til underkriteriet kvalitet, der vægtede 20 %, således:

DanaCare	4	0,8
Personalegruppen	3	0,6
TakeCare	2	0,4

På samme skala vurderede de indklagede tilbuddene i forhold til underkriteriet forsyningssikkerhed, der vægtede 40 %, således:

DanaCare	3	1,2
Personalegruppen	4	1,6
TakeCare	2	0,8

Det samlede resultat var derfor, at Personalegruppen A/S fik tildelt 6,2 point, klageren 6,0 og TakeCare Vikarservice ApS 5,2.

De indklagedes skrev den 28. november 2008 således til klageren:

»Tak for fremsendte tilbud. Vi beklager at måtte meddele, at Deres tilbud ikke var så godt som Personalegruppens tilbud. Vi har til hensigt at tildele kontrakten til Personalegruppen, når stand-still perioden er udløbet, som er 11 dage fra afsendelsen af dette brev.

Der indkom 3 tilbud. Alle tilbudene var, på tildelingskriteriet pris, så tæt, at vi betragter tilbudene som lige. På tildelingskriteriet kvalitet var Deres tilbud bedst, men på tildelingskriteriet Forsyningssikkerhed var personalegruppens tilbud bedst. Det skyldes, at beskrivelsen af, hvad Personalegruppen garanterer at levere – leveringsprocenten er en anelse højere. Ligeledes beskrives bedst, hvordan det sikres både i forhold til dokumentation for at det kan lade sig [gøre], herunder hvilke vikarer der haves (antal, fagtyper, faste, fuldtidsvikarer o.l.) og deres bopæls afstand fra vores kommuner.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at den reelle prisdifference mellem klagerens tilbud og tilbuddet fra Personalegruppen A/S er 5,23 %. Klagerens gennemsnitlige timepris er nemlig 304,56 kr., mens Personalegruppens er 320,58 kr., svarende til en prisforskel på 5,23 %. Der bør foretages en vægtning som anført i udbudsmaterialet af de solgte vagter i forhold til prisen og ikke i forhold til prisen alene.

De indklagede har gjort gældende, at en forskel i de tilbudte priser på under 1 % må medføre, at tilbuddene tillægges samme karakter. Det forhold, at der selvsagt alene er tale om et anslået antal leverede timer, gør det også urimeligt at tillægge marginale forskelle i en pris, der er udregnet på et fiktivt grundlag, betydning. Den vægtningsmodel, som indklagede har anvendt, har taget højde for såvel periodens længde som vagternes karakter. Klagerens udregninger beror på misforståelser. De forskellige ydelser skal netop som fastsat i udbudsbetingelserne vægtes særskilt.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at kommunernes tidligere leverandør alene havde en forsyningssikkerhed på 55 %. Den tidligere leder hos den tidligere leverandør var på tidspunktet for tilbuddenes afgivelse tiltrådt en stilling hos Personalegruppen A/S. Denne tilbudsgivers forsyningssikkerhed skal ses i lyset heraf. Det er ikke i Personalegruppen A/S' tilbud oplyst, hvilken periode den »gennemsnitlige leveringssikkerhed« henviser til. Hvis Personalegruppen A/S' leveringssikkerhed fx er målt hen over efteråret, er oplysningen ikke dækkende.

De indklagede har gjort gældende, at den tidligere hovedleverandør repræsenterede ca. 55 % af indkøbene i de 3 kommuner. Denne oplysning i udbudsmaterialet har muligvis foranlediget en misforståelse. De indklagede har ikke haft anledning til at betvivle rigtigheden af de procentsatser for leveringssikkerhed, som Personalegruppen A/S har oplyst. I øvrigt fremgår det af de referencelister, der var vedlagt Personalegruppen A/S' tilbud, at den gennemsnitlige leveringsprocent er meget høj.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at de anførte overtrædelser skal medføre, at Klagenævnet annullerer de indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Personalegruppen A/S.

De indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere beslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Indledningsvis bemærkes i relation til klagerens begæring om, at der tillægges klagen opsættende virkning:

Det følger af bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter m.v. § 6 b, stk. 1, at stand still perioden er på 10 dage og ikke 11 dage som anført i indklagedes brev af 28. november 2008. Af samme bekendtgørelses § 6 a, stk. 1

og 2, fremgår, at underretning om tildelingsbeslutningen skal gives ved brug af hurtigst muligt kommunikationsmiddel. Underretningen er sendt med brev, hvilket ikke opfylder kravet om »hurtigst muligt kommunikationsmiddel«. De indklagede har tilsyneladende medregnet forsinkelsen ved brevforsendelsen i beregningen af standstill fristen.

Ad påstand 1

Den prisforskel, som klageren har udregnet mellem sit og Personalegruppen A/S' tilbud på 5,23 %, bygger ikke på de kriterier og den vægtningsmodel, som de indklagede har anvendt, og som afspejler den forventede og vægtede fordeling mellem de forskellige ydelser på forskellige tidspunkter i overensstemmelse med det, som var oplyst i udbudsbetingelserne.

Klagenævnet har således ikke grundlag for at fastslå, at der var en forskel i pris mellem klagerens og Personalegruppens tilbud af en sådan størrelse, at det skulle have givet sig udslag i forskellig karaktertildeling.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

De indklagede har ikke været forpligtede til at kontrollere, om oplysningerne i Personalegruppens tilbud om »gennemsnitlig leveringssikkerhed« var i overensstemmelse med de faktiske forhold.. Ydermere har de indklagede på grundlag af referencelisterne haft stor sikkerhed for, at det var tilfældet.

Der er derfor ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Ad påstand 3

Det følger af det anførte ad påstand 1 og 2, at påstanden ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig