

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Trine Heidemann Garde, Thomas Grønkær)

J.nr.: 2008-0017705

9 februar 2009

K E N D E L S E

Job Dania ApS
(selv)

mod

Fødevarestyrelsen
(Kammeradvokaten ved advokat Mia Thulstrup Gedbjerg)

Den 14. august 2007 indgik Fødevarestyrelsen for en periode på 3 år en kontrakt med det engelske vikarbureau Eville and Jones Ltd. om ansættelse af kontrolpersonale (kødinspektører og veterinærer) til brug for tilsynsopgaver på de danske slagterier. Da kontrakten indeholdt en klausul om, at Fødevarestyrelsen ikke måtte indgå lignende aftaler med andre vikarbureauer, besluttede Fødevarestyrelsen at opsigte kontrakten med henblik på at indgå en ny kontrakt. Da tjenesteydelsen ansættelse af kontrolpersonale er omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B, påhvilede det ikke Fødevarestyrelsen at gennemføre EU-udbud forud for indgåelse af kontrakten, jf. Udbudsdirektivets artikel 21.

Ved annoncering på sin hjemmeside den 14. april 2008 iværksatte Fødevarestyrelsen indhentning af tilbud med henblik på indgåelse af en kontrakt om ansættelse af kontrolpersonale i form af veterinærer og kødinspektører til Fødevarestyrelsens regioner til varetagelse af kødkontrolopgaver i veterinærkontrollen på landets slagterier.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 23. maj 2008 havde følgende 3 virksomheder afgivet tilbud:

1. Job Dania ApS
2. Eville and Jones Ltd.
3. VHMS Ltd.

Fødevarestyrelsen gennemførte herefter forhandlinger med de 3 tilbudsgivere således:

Nr. 1 den 6. august 2008

Nr. 2 den 22. august 2008

Nr. 3 den 2. september 2008.

Efter en evaluering af tilbuddene besluttede Fødevarestyrelsen den 18. september 2008 at indgå kontrakt med nr. 2, hvilket blev meddelt Eville and Jones Ltd. ved en skrivelse af samme dag. Fødevarestyrelsen gav derimod først ved brev af 23. september 2008 de 2 andre tilbudsgivere meddelelse om beslutningen. Fødevarestyrelsen har endnu ikke indgået kontrakt med Eville and Jones Ltd.

Den 1. oktober 2008 indgav Job Dania ApS klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Fødevarestyrelsen. 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 17. oktober 2008 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens afsnit II, § 15 d, stk. 1, ved først den 23. september 2008 at underrette de to tilbudsgivere – klageren og VMHS Ltd. – om beslutningen om, at der ville blive indgået kontrakt med tilbudsgiveren Eville and Jones Ltd., uagtet at det efter Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, påhviler udbyderen hurtigst muligt at underrette tilbudsgiverne om ordretildelingen, og uagtet at indklagede allerede den 18. september 2008 havde besluttet at indgå kontrakt med Eville and Jones Ltd.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved forud for iværksættelsen den 14.

april 2008 at indhentningen af tilbud at have besluttet, at kontrakten skulle indgås med virksomheden Eville and Jones Ltd.

Indklagede har nedlagt følgende påstande:

Ad påstand 1 og 2

Klagen tages ikke til følge.

Klageren har i klageskriftet og i senere processkrifter rejst en række spørgsmål vedrørende indklagedes overholdelse af diverse dansk lovgivning, som imidlertid ligger uden for Klagenævnets kompetence.

Det fremgår af indklagedes annonce af 14. april 2008, at Fødevarestyrelsens behov for tilsynspersonale på slagterierne vil være i størrelsesordenen fra omkring 40-60 tilsynsfunktionærer og 10-25 dyrlæger fordelt over hele landet. Tildelingskriteriet er i annoncen fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud« med følgende underkriterier:

- A. Pris.
- B. Erfaring med tilsvarende tjenesteydelser.
- C. Tilbudsgiver skal kunne dokumentere, at denne er i stand til at levere personale med de nødvendige uddannelsesmæssige kvalifikationer i det ønskede antal.
- D. Beskrivelse af hvordan opgaven forventes at blive løst.
- E. Relevante referencer fra tilsvarende opgaver.
- F. Kendskab til branchen.
- G. Tilbudsgiverens årsregnskab fra de sidste tre år.
- H. Løn- og arbejdsvilkår må ikke være mindre gunstige end de vilkår, som er gældende for danske arbejdere.
- I. Tilbudsgiveren skal kunne levere arbejdskraft, som sprogligt kan kommunikere med Fødevarestyrelsens medarbejdere på slagterierne. Hvis dansk ikke er hovedsproget, forudsættes gode engelske kundskaber.

Den 4. februar 2008 blev der i Mørkhøj afholdt et møde mellem 5 repræsentanter for indklagede (i det følgende FVST) og 3 repræsentanter for Eville and Jones Ltd. (i det følgende EJ). I et referat af mødet udarbejdet af EJ hedder det bl.a.:

»(FVST) opened the meeting by explaining that following legal advice, the FVST would need to advertise the contract for the future supply of contract OA/OV resources. They intended to do this via their home page. The tender process should take between 2 and 4 months to complete and will allow for open competition. Other firms had already expressed an interest.

(EJ) noted the importance of knowing the precise requirements for future service provision in terms of specification i.e. the quality of service and standards required in order that all potential bidders approached the tender with known expectations.

(EJ) commented on the legality of the tender requirement in light of the short term temporary nature of the agreement.

(FVST) confirmed that there would be a likelihood of resources being required until the end of 2008, and possibly until the middle of 2009. Interim arrangements would therefore be extended until the end of May 2008 to allow for the tender process to take place. Implementation of the new contract was expected at the end of the summer.

(EJ) noted that the temporary nature of the current contract has some inherent problems which had the potential to impact slightly on the service delivery.

(EJ) explained that the status of a posted worker required that they needed to be repatriated to the UK after a maximum of 182 days. Following a period of paid employment in the UK they were eligible for re-posting to Denmark. Detailed plans had been drawn up and arrangements made to provide short-term cover for those who wanted to return. Eville & Jones' aim was to encourage as many staff as possible to return to Denmark and to do everything possible to facilitate this process to ensure consistency. However, some minor disruption in the short term was inevitable.

(EV) confirmed that any replacement staff would be sent in advance to familiarise themselves with the slaughterhouse, at our expense. Our existing team members would be happy to assist in training any new staff themselves rather than burden Danish OAs with additional training responsibilities.

(EV) raised concerns that this process had to take place at exactly the same time as the tender submissions were being evaluated. It was agreed the judgements would be made on a long-term evaluation and Eville & Jones past performance and service delivery.«

Parternes anbringender:Ad påstand 2Klagerens anbringender:

Klageren har været enig i, at indklagede på grund af tjenesteydelsens beskaffenhed ikke har været forpligtet til at gennemføre EU-udbud.

Klageren har gjort gældende, at indklagede indgik den første kontrakt af 14. august 2007 med Eville and Jones Ltd. uden forud herfor at iværksætte indhentning af tilbud fra flere virksomheder, og at indklagede herefter alene iværksatte den aktuelle indhentning af tilbud af formelle grunde og ikke med henblik på – som formålet efter de grundlæggende EU-udbudsretlige principper skal være – at indgå kontrakt med den tilbudsgiver, der afgiver det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klageren har således gjort gældende, at indklagede på forhånd havde besluttet på grundlag af indhentningen af tilbud at indgå kontrakt med Eville and Jones Ltd., og at indklagede derfor ikke har foretaget en reel evaluering af de 3 modtagne tilbud. Indklagede har herved groft tilsidesat de grundlæggende EU-udbudsretlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Indklagedes anbringender:

Indklagede har gjort gældende, at indklagede med den indhentning af tilbud, der blev iværksat den 14. april 2008, som en selvfølge har tilsigtet i overensstemmelse med de grundlæggende EU-udbudsretlige principper at indgå kontrakt med den tilbudsgiver, som afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud bedømt på grundlag af de fastsatte underkriterier, og at indklagede under hele proceduren i forbindelse med indhentningen af tilbud har overholdt ligebehandlingsprincippet og de øvrige grundlæggende EU-udbudsretlige principper. Indklagede har således ikke under indhentningen af tilbuddene på nogen måde favoriseret virksomheden Eville and Jones Ltd. Den omstændighed, at indklagede på tidspunktet for iværksættelsen af indhentningen af tilbud havde et kontraktsforhold med Eville and Jones Ltd. udelukker ikke efter praksis indklagede fra at udvælge denne virksomhed som en af de 3 virksomheder, der skulle indhentes tilbud fra, og indklagede

har været fuldt opmærksom på, at den aktuelle kontraktspart ikke under tilbudsindhentningen er blevet favoriseret til skade for de 2 andre tilbudsgiveren, herunder klageren.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det forhold, at indklagede den 18. september 2008 skriftligt gav Eville and Jones Ltd. meddelelse om beslutningen om, hvem indklagede ville indgå kontrakt med, men først 5 dage senere skriftligt underrettede de 2 øvrige tilbudsgivere om beslutningen, indebærer en overtrædelse som anført i påstand 1. Påstanden tages derfor til følge

Ad påstand 2

De oplysninger, som begge parter har forelagt Klagenævnet, giver ikke Klagenævnet noget grundlag for at antage, at indklagede forud for iværksættelsen af indhentningen af tilbud havde besluttet, at også den nye kontrakt skulle indgås med Eville and Jones Ltd. Der er heller ikke fremkommet oplysninger, som indicerer, at indklagede i forbindelse med indhentningen af tilbud eller ved vurderingen af tilbuddene har favoriseret Eville and Jones Ltd. til skade for de 2 øvrige virksomheder. Klagenævnet bemærker i øvrigt, at indklagede ikke var afskåret fra at udvælge Eville and Jones Ltd. som en af de virksomheder, der skulle indhentes tilbud fra. Klagenævnet tager således ikke påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Tilbudslovens afsnit II, § 15 d, stk. 1, ved først den 23. september 2008 at underrette de to tilbudsgivere – klageren og VMHS Ltd. – om beslutningen om, at der ville blive indgået

kontrakt med tilbudsgiveren Eville and Jones Ltd., uagtet at det efter Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, påhviler udbyderen hurtigst muligt at underrette tilbudsgiverne om ordretildelingen, og uagtet at indklagede allerede den 18. september 2008 havde besluttet at indgå kontrakt med Eville and Jones Ltd.

Påstand 2 tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig