

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Trine H. Garde, Niels Sørensen)

J.nr.: 2009-0018786

12. august 2009

K E N D E L S E

Novalis A/S

(advokat Camilla Bonde, København)

mod

Personalestyrelsen.

(Kammeradvokaten ved advokat Henrik Berg)

Ved udbudsbekendtgørelse 2008/S 182-241877 af 16. september 2008 udbød Personalestyrelsen som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) et elektronisk spørgeskemaværktøj til måling af medarbejdertrivsel i stat, regioner og kommuner til en anslået værdi af mellem 4 mio. kr. og 6,5 mio. kr. ekskl. moms.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 17. oktober 2008 havde 20 virksomheder anmodet om prækvalifikation, hvoraf indklagede besluttede at prækvalificere 7.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 12. januar 2009 havde 3 af de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud, heri blandt klageren. Den 16. februar 2009 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Interresearch A/S.

Den 25. februar 2009 indgav klageren, Novalis A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Personalestyrelsen. 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 12. marts 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 handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling ved at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning med den begrundelse, at nogle anførte forudsætninger i klagerens tilbud ad punkt 1.6.1. i betalingsplanen udgjorde et forbehold over for udbudsbetingelserne, uagtet de anførte forudsætninger ikke udgjorde et forbehold.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling ved ikke at foretage partshøring af klageren om, hvorvidt der var tale om et forbehold, før indklagede med den begrundelse, at der var tale om et forbehold, besluttede ikke at tage klagerens tilbud i betragtning.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 16. februar 2009 om at indgå kontrakt med Interresearch A/S.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

I udbudsbekendtgørelsen er det udbudte værktøj beskrevet således:

»Aftalen omfatter et elektronisk spørgeskemaværktøj, der skal understøtte arbejdsgivernes løbende målinger af medarbejdernes tilfredshed i stat, regioner og kommuner. Værktøjet stilles vederlagsfrit til rådighed af Personalestyrelsen som en service og skal kunne tilgås af institutionerne via hjemmesider hos fx Personalestyrelsen, KL, de enkelte regioner eller kommuner. Værktøjet skal rumme mulighed for brugerstyring herunder rettighedstildeling.....For de ca. 800.000 medarbejdere i stat, regioner og kommuner skal der gennemføres en trivselsmåling mindst hver tredje år...«.

I udbudsbetingelserne af 11. november 2008 er anført, at tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med følgende vægtede underkriterier:

Funktionalitet	40 %
Teknisk løsning	15 %
Leveringssikkerhed og tidsplan	25 %
Økonomi	20 %

Om underkriteriet »Økonomi« oplyses i udbudsbetingelserne, at dette underkriterium evalueres i forhold til tilbudsgivernes besvarelse af bilag 3, Betalingsplan.

Om bilag 3, Betalingsplan, hedder det videre:

»Bilaget skal udfyldes som angivet i vejledningen i bilaget. Bilaget **skal** besvares af tilbudsgiver og er e[t] konkurrenceparameter i tilbudssammenligningen indenfor rammerne af tildelingskriterierne. Tilbudsgiver er ikke berettiget til at tage forbehold. Forbehold eller manglende besvarelse vil medføre, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt.«

Punkt 1.6.1. i bilag 3 har følgende udformning:

»1.6.1. Prismodel – min/maks.

Nedenstående tabel skal udfyldes af tilbudsgiver med oplysning af en minimumspris og en maksimumpris vurderet ud fra brugen af værktøjet.

	Vederlag	(i 1000 Kr.)		
	2009	2010	2011	2012
Oplysning om den fulde pris for anskaffelse, vedligeholdelse, drift og brug for kontraktperioden pr. år, hvis ingen anvender værktøjet i kontraktperioden				
Oplysning om den fulde pris for anskaffelse, vedligeholdelse, drift og brug, såfremt værktøjet bliver stillet frit til rådighed og uden at skele til anvendelsesgraden				«

Under spørgerunden blev der stillet følgende spørgsmål 6:

»Er det muligt at præcisere antal respondenter, som svarer på spørgeskemaer indenfor modelområdet? I udbudsmaterialet er der anført et interval fra 50.000-200.000, hvilket gør det vanskeligt at beregne den nødvendige kapacitet.«

Den 6. januar 2009 besvarede indklagede spørgsmål 6 således:

»Det er desværre ikke muligt at præcisere »model-området«. Som angivet i udbudsbekendtgørelsen er der i den offentlige sektor ansat omkring 800.000 medarbejdere, som alle er potentielle respondenter. Det er muligt at angive en gennemsnitspris.«

Klageren stillede under spørgerunden følgende spørgsmål 23:

»Betalingsplan, punkt 1.6.1: hvorledes skal maksimum beregnes i prismodellen? Er det via antagelser om det maksimale antal af hver enhed, er det hvad leverandøren vil forpligte sig til eller noget tredje?«

Den 6. januar 2009 besvarede indklagede spørgsmål 23 således:

»Maksimum er den pris, som Personalestyrelsen – i henhold til jeres prismodel – forpligter sig til maksimalt at betale for at de offentlige arbejdsgivere bruger værktøjet, uanset omfang eller antal.«

Klageren havde i sit tilbud udfyldt de 8 rubrikker i bilag 3, Betalingsplan, punkt 1.6.1. I tilbuddet var det herefter anført:

»Forudsætninger:

Fuld pris uden anvendelse: her er det forudsat at den nedenfor nævnte dedikerede hot-lineperson ikke ansættes.

Fuld pris er baseret på følgende forudsætninger:

Der ansættes en dedikeret hot-lineperson ved opstart

Oprettede administratorer:	155
Antal respondenter, som svarer:	200.000
Henvendelser til hotline	3.000
Antal kursusdeltagere	200 «

Den 16. februar 2009 meddelte indklagede klageren, at klagerens tilbud ikke var taget i betragtning. Indklagede begrundede sin afgørelse således:

»Vi har fundet jeres tilbud ukonditionsmæssigt grundet et forbehold i jeres prismodel. Under bilag 3 punkt 1.6.1, prismodel min/maks., op-sætter i et forbehold omhandlende den fulde pris vurderet ud fra brugen af værktøjet. Jeres fulde pris er baseret på en række forudsætninger vedr. brugens omfang. Det betyder, at den fulde pris, såfremt værktøjet bliver stillet frit til rådighed, mangler, da vi ikke kan se, hvilken pris der maksimalt skal betales, hvis det viser sig, at disse forudsætninger overskrides.

I ...bilag 3, betalingsplan, er det angivet, at bilaget skal besvares, og at det er e[t] konkurrenceparameter i tilbudssammenligningen inden for rammerne af tildelingskriterierne. Forbehold og manglende besvarelse vil medføre, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt. Vi har derfor desværre måtte se bort fra jeres tilbud.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klageren i punkt 1.6.1. har angivet klare maksimalpriser, og at de angivne forudsætninger alene udgør yderligere oplysninger om det beregningsmæssige grundlag med det formål at skabe yderligere transparens i tilbuddet og de anvendte beregningsværktøjer.

Indklagede har gjort gældende, at det klart af bilag 3, punkt 1.6.1., fremgår, at tilbuddene skal indeholde en minimumspris og en maksimumspris vurderet ud fra brugen af værktøjet, dels hvis ingen anvender værktøjet i kontaktperioden, dels uden skelen til anvendelsesgraden. Det fremgår heraf og af svaret på spørgsmål 23, at indklagede var interesseret i en ubegrænset maksimumspris. Klagerens anførsel om antal administratorer, respondenter, henvendelser og kursusedtager må naturligt opfattes som begrænsninger i anvendelsen, hvorved værktøjet ikke bliver stillet frit til rådighed ved de priser, der er tilbudt.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det fremgår af EF-domstolens praksis, at myndigheder, der på et EU-reguleret område træffer afgørelser til skade for en borger eller en virksomhed, før afgørelsen træffes, skal foretage en høring af den pågældende. Klageren ville under en sådan høring have

kunnet bekræfte, at de beregningsmæssige forudsætninger, som er angivet i tilbuddet, blot var en supplerende oplysning, og at klageren vedstod den tilbudte maksimalpris. Det er ikke i den foreliggende situation rimeligt at pålægge klageren risikoen for den fortolkningstvivil vedrørende tilbuddet, som er opstået. Klageren har anført, at spørgsmålet bør forelægges EF-domstolen, såfremt Klagenævnet måtte finde, at der består tvivil om anvendelsen af høringspligten i forbindelse med EU-udbud. Klageren har henvist til kendelse afsagt af Retten i Første Instans den 20. september 2005 i sag T-195/05-R (Deloitte).

Indklagede har gjort gældende, at retsstillingen er det modsatte af, hvad klageren har gjort gældende. Såfremt indklagede rettede henvendelse til klageren om de forudsætninger, som klageren har anført i sit tilbud, ville indklagede herved handle i strid med forhandlingsforbuddet. Indklagede har ligeledes henvist til kendelsen i sag T-195/05-R. Indklagede har anført, at der ikke er grundlag for at forelægge for spørgsmålet for EF-domstolen.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Interresearch A/S skal annulleres som følge af de overtrædelser, som indklagede har begået.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fremgår klart af udbudsbetingelserne, at forbehold for så vidt angår bilag 3 vil medføre, at tilbuddet afvises.

Bilag 3, punkt 1.6.1., skulle alene udfyldes med 8 priser, og de angivelser, som klageren herefter har tilføjet, er – også efter deres ordlyd – forbehold for de maksimumpriser, som klageren har tilbudt.

Indklagede har derfor været forpligtet til at afvise tilbuddet.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Klagenævnet finder det utvivlsomt, at der ikke i den omhandlede situation består nogen pligt for indklagede til at høre klageren, forinden tilbuddet afvises. Klagenævnet forlægger derfor ikke spørgsmålet for EF-domstolen

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Det følger af det, der er anført ad påstand 1 og 2, at heller ikke denne påstand 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