

K E N D E L S E

HjulmandKaptain Advokatpartnerselskab
(advokat Niels Lomborg, Aarhus)

mod

Aarhus Kommune
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Aarhus Kommune (herefter indklagede) iværksatte den 6. november 2012 indhentning af tilbud på varetagelse af regresopgaven på sygedagpengeområdet i Aarhus Kommune. Der var tale om indkøb af tjenesteydelser, som var omfattet af tilbudslovens afsnit II, og i overensstemmelse med lovens dagældende § 15 a, stk. 1, nr. 3, jf. § 15 c, blev der i forbindelse med tilbudsindhentningen offentliggjort en annonce på hjemmesiden udbud.dk. Kontrakten er omfattet af bilag II B i direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) og skal således ikke udbydes efter direktivets almindelige procedurer, jf. direktivets artikel 21. Indklagede har ikke offentliggjort et EU-udbud i De Europæiske Fællesskabers Tidende.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 21. december 2012 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. Advokatpartnerselskabet Steffensen Horstmann
2. Advodan
3. JR-Gruppen ApS
4. BDO Kommunernes Revision
5. HjulmandKaptain Advokatpartnerselskab (herefter klageren).

Den 28. februar 2013 besluttede indklagede at indgå kontrakt med BDO Kommunernes Revision (herefter BDO), og kontrakt blev indgået den 26. marts 2013.

Den 9. april 2013 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 22. maj 2013 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet klagenævnet fandt, at betingelserne om »fumus boni juris« og uopsættelighed ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

»Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsreglerne, herunder særligt ligebehandlingsprincippet jf. udbudsdirektivets art. 2, ved at antage BDO's tilbud, som væsentligt fraviger fra indklagedes udbudsvilkår omkring indgåelse af kontrakt med »1« leverandør til varetagelse af den samlede regresopgave. BDO anvender advokatfirmaet Interlex som underleverandør til varetagelse af den del af den udbudte opgave, som vedrører regressager. Indklagede har herved i strid med ligebehandlingsprincippet tilladt, at BDO har haft mulighed for at fastlægge sine egne vilkår, som ikke har været gældende for de øvrige tilbudsgivere, herunder klager.

Påstand 2:

Klagenævnet skal principalt konstatere, at indklagedes beslutning om antagelse af BDO's tilbud skal erklæres for uden virkning (annulleres), med samtidig pligt for indklagede til at antage klager HjulmandKapitains tilbud, som er det tilbud med næst flest »point« efter indklagedes tildelingskriterium.

Påstand 3:

Klagenævnet skal subsidiært konstatere, at indklagedes beslutning om antagelse af BDO's tilbud skal erklæres for uden virkning (annulleres), med den konsekvens, at udbuddet i sin helhed skal gå om.«

Indklagede har nedlagt påstand om, at påstandene principalt afvises, subsidiært ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

I betingelserne for tilbudsindhentningen står der:

»...

1. Indledning

...

Nærværende udbud omhandler udførelse af regreskrav af udbetalte dagpenge for Aarhus Kommune. Der er tale om en ydelse, som hører under bilag II B i ... (»Udbudsdirektivet«) og overstiger tærskelværdien på ca. 1,5 mio. kr.

Ydelser omfattet af bilag II B, som ligger over tærskelværdien, er ikke underlagt alle Udbudsdirektivets formelle procedurer. Ydelserne er alene underlagt direktivets regler om tekniske specifikationer og offentliggørelse af den indgåede aftale samt tilbudslovens regler om annonceringspligt. Hertil kommer de almindelige udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed samt den danske tilbudslovgivnings regler om objektivitet, saglighed og ikke-diskrimination. ...

... Udbuddet gennemføres som et offentligt udbud med mulighed for forhandling.

Opgaven varetages for nuværende af et advokatfirma. Der vil ikke blive udarbejdet eget bud på udførelsen af opgaven, men Aarhus Kommune vil vurdere tilbuddet sat i forhold til, at Aarhus Kommune selv udfører opgaven. Såfremt de indkomne tilbud overstiger Aarhus Kommunes egen beregning af, hvad det vil koste kommunen selv at udføre opgaven, kan udbuddet annulleres, og kommunen kan hjemtage regresopgaven.

1.1 Baggrund

Aarhus Byråd besluttede i august 2007 at gennemføre udbud af en række af kommunens opgaver, herunder udbud af varetagelse af regresopgaven.

Formålet med udbuddet var, at få optimeret indtægten for regres for sygedagpenge der er en følge af en ansvarspådragende handling. ...

Aarhus Kommune genudbyder regresopgaven og har til hensigt at indgå kontrakt med 1 leverandør vedrørende regresopgaven. ...

...

2.3 Aarhus Kommunes forventning til fremtidig løsning af opgaven

Med udbud af regresopgaven lægger Aarhus Kommune op til, at den fremtidige løsning af regresopgaven fortsat baseres på køb af ekstern opgaveløsning. En leverandør af den fremtidige løsning skal således varetage både den daglige drift med regresopgaven samt de opgaver, der knyttes til regresretssager.

...

Aarhus Kommune forventer derfor, at en leverandør har erfaring og kompetence omkring erstatningssager og inddrivelse af regresmidler, samt har indsigt i dagpengelovgivningen og retspraksis på regresområdet.

3. Procedurer og konkurrencevilkår

...

3.1.2 Generelt

Følgende vilkår er gældende i forbindelse med afgivelse af tilbud på opgaven:

- Der kan kun afgives tilbud på den samlede opgave. Der er ikke mulighed for at afgive bud på dele af denne.
- ...

...

4. Kravspecifikation

...

Opgaven, der udbydes, omfatter alle elementer omkring varetagelse af regresopgaven – udsøgning af sager, fremsættelse af regreskrav, inddrivelse af regresbeløb samt at føre retssager.

4.1 Afgrænsning og beskrivelse af opgaven

...

Den samlede opgave er nærmere konkretiseret ved, at leverandøren skal basere sin opgaveløsning på, at opgaven indeholder følgende elementer:

- ...
- Vurdering af om konfliktsager skal løses ved forlig eller indbringes for retten
- Gennemførelse af retssager i tilknytning til regres
- Overtagelse af igangværende retssager om regres hos nuværende leverandør

... Leverandøren skal føre retssagen.
...«

I udkastet til kontrakt i betingelserne for tilbudsindhentningen, punkt 20, »Standsningsret« står:

»Tvister mellem Aarhus Kommune og leverandøren eller dennes eventuelle underleverandører berettiger ikke nogen til at standse eller udsætte gennemførelsen af konkrete opgaver.«

Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne »Pris« (vægt 60 %), »Kvalitet« (vægt 30 %) og »Fleksibilitet« (vægt 10 %).

Af indklagedes evalueringsrapport fremgår, at BDO's tilbud havde opnået flest point ved evalueringen, mens klagerens tilbud havde opnået næst flest point.

I tilbuddet fra BDO står:

»...
2 RESUMÉ

BDO KR og Interlex Advokater har i et samarbejde inden for de seneste 3 år arbejdet med opkrævning af regres på sygedagpenge i 24 kommuner.

...

Man kan sige, at BDO KR's indgående kendskab til

- Sygedagpengelovgivningen
- De forvaltningsretlige regler
- Aarhus Kommune organisering og it-systemer
- Erfaring med opkrævning af regressager

kombineret med, at Interlex Advokater har en yderst kompetent erstatningsafdeling og mangeårig erfaring med behandling og føring af retssager omkring erstatninger, betyder, at vi har et stærkt team at tilbyde Aarhus Kommune.

...

6 DELKRITERIUM 2 - KVALITET

...

6.1.2 De benyttede medarbejderes faglige niveau, erfaring og uddannelse

BDO KR vil benytte Interlex Advokater som underleverandør til opgaven. Vores samarbejde med Interlex Advokater har nu bestået i flere år og har været til stor glæde for vores kunder.

Baggrunden for at BDO KR ikke udfører opgaven selv er, at BDO KR som revisionsfirma:

- ikke kan føre retssager
- ikke vil modtage regresindtægter fra en af vores revisionskunder
- at vi som Aarhus Kommunes revisionsfirma ikke ønsker skriveadgang til journaler

...«

Klageren har hidtil været leverandør på regresopgaven.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra BDO ikke er konditionsmæssigt, og det burde ikke have været taget i betragtning. Indklagede har dermed handlet i strid med ligebehandlingsprincippet. Det forudsættes i betingelserne for tilbudsindhentningen, at regresopgaven skal løses af »1« leverandør, og »retssagsdelen« kan herved ikke efter ordlyden udskilles til en selvstændig underleverandør. Ved BDO's anvendelse af Interlex Advokater som underleverandør til at varetage den del af opgaven, som vedrører regresretssager, var tilbuddet fra BDO ukonditionsmæssigt. Det fremgår endvidere af BDO's tilbud, at virksomheden ikke ønsker skriveadgang til indklagedes journaler. En meget stor del af sagsbehandlingen og kommunikationen med indklagede skal således varetages af Interlex Advokater og ikke BDO. Dette støtter, at tilbuddet fra BDO ikke opfylder betingelserne for tilbudsindhentningen.

Indklagede har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at tilbudsindhentningen, der omfatter en bilag II B tjenesteydelse, udelukkende er omfattet af udbudsdirektivets artikel 23 og artikel 35, stk. 4, jf. udbudsdirektivets artikel 21. Da indhentningen af tilbud således ikke er omfattet af udbudsdirektivets artikel 2, og da det ikke nærmere er specificeret, hvilke

udbudsregler indklagede herudover har handlet i strid med, skal påstanden afvises.

Indklagede har til støtte for påstanden om, at klagen ikke tages til følge, gjort gældende, at det ikke fremgår af betingelserne for tilbudsindhentningen, at tilbudsgiverne ikke må benytte underleverandører ved løsning af opgaven. Dette er tværtimod indirekte forudsat i udkastet til kontrakt, punkt 20. Den omstændighed, at der flere steder i betingelserne for tilbudsindhentningen bruges terminologier som »en leverandør« eller »leverandøren« og et enkelt sted »1 leverandør« kan ikke fortolkes som et forbud mod underleverandører, men er udelukkende udtryk for den generelle bestemmelse i betingelsernes punkt 3.1.2 om, at der kun kan afgives tilbud på den samlede opgave, og at der ikke kan afgives bud på dele af opgaven. Tilbuddet fra BDO er derfor ikke ukonditionsmæssigt, uanset at BDO forudsætter at løse opgaven ved brug af en underleverandør. Opgaven med registrering i indklagedes sags-/journalssystem vil blive løst af Interlex Advokater.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra BDO er ukonditionsmæssigt, mens tilbuddet fra klageren er konditionsmæssigt. Da klagerens tilbud opnåede næst flest point, er indklagede forpligtet til at antage klagerens tilbud.

Indklagede har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at klagenævnet ikke har kompetence til at erklære en kontrakt for uden virkning uden for de tilfælde, der er omfattet af udbudspligten efter udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet. Klagenævnet kan endvidere ikke pålægge en ordregiver at tildele kontrakten til en bestemt tilbudsgiver.

Indklagede har til støtte for påstanden om, at klagen ikke tages til følge, i øvrigt gjort gældende, at BDO's tilbud er konditionsmæssigt, og indklagede har derfor været berettiget til at tildele kontrakten til denne tilbudsgiver.

Ad påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 2)

Klageren har gjort gældende, at indklagede – som en konsekvens af at have antaget et ukonditionsmæssigt tilbud – skal lade udbuddet gå om.

Indklagede har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at klagenævnet ikke har kompetence til at erklære en kontrakt for uden virkning uden for udbudsdirektivets og forsyningsvirksomhedsdirektivets anvendelsesområde. Klagenævnet har desuden ikke kompetence til at pålægge en ordregiver at lovliggøre tilbudsindhentningen, herunder lovliggøre tilbudsindhentningen på en bestemt måde. Indklagede kan således i tilfælde af en annullation vælge selv at udføre regresopgaven.

Indklagede har til støtte for påstanden om, at klagen ikke tages til følge, i øvrigt gjort gældende, at tilbuddet fra BDO er konditionsmæssigt, og at indklagedes tildelingsbeslutning derfor er lovlig.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indhentning af tilbud på udførelse af regreskrav vedrørende udbetalte dagpenge er en ydelse, som er omfattet af udbudsdirektivets bilag II B. Tilbudsindhentningen er derfor kun omfattet af udbudsdirektivets artikel 23 og artikel 35, stk. 4, mens direktivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ikke finder anvendelse. Da det udbudsretlige ligebehandlingsprincip imidlertid også finder anvendelse ved en tilbudsindhentning af den foreliggende karakter, og da indklagede i øvrigt har henvist til bl.a. dette princip i indledningen af betingelserne for tilbudsindhentningen, afviser klagenævnet ikke klagen.

Indklagede har i betingelserne for tilbudsindhentningen anført, at indklagede har til hensigt at indgå kontrakt med »1 leverandør« vedrørende regresopgaven, og indklagede har flere steder anvendt terminologien »en leverandør« eller »leverandøren«. Indklagede har imidlertid ikke anført, at tilbudsgiverne er udelukket fra at anvende underleverandører, og det fremgår forudsætningsvis af udkastet til kontrakt under punkt 20, at en leverandør kan benytte underleverandører. På denne baggrund, og da indklagedes brug af udtrykkene »1 leverandør«, »en leverandør« og »leverandøren« ikke i sig selv kan forstås på den måde, at tilbudsgiverne ikke må anvende underleverandører, men derimod har haft til formål at præcisere, at det ikke var muligt at opdele opgaven, således at en tilbudsgiver kun afgav tilbud på en del af opgaven, har BDO Kommunernes Revisions tilbud ikke været ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2 og 3

Klageren har anvendt terminologien »uden virkning«, men har samtidig skrevet »(annulleres)«. Efter indholdet af påstandene er det ikke den senere indgåede kontrakt med BDO Kommunernes Revision, klageren påstår erklæret for uden virkning. Påstandene må derfor forstås således, at klageren nedlægger påstand om, at indklagedes tildelingsbeslutning annulleres, og at kontrakten skal tildeles klageren, eller at tilbudsindhentningen skal gå om.

Da klageren ikke har fået medhold i påstand 1, er der ikke grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Klagenævnet tager derfor ikke påstandene til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig