

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Helle Bøjen Larsen og Trine H. Garde)

J.nr. 2007-0013669

14. december 2007

K E N D E L S E

Akupunktør og massør Thomas Borgå
(advokat Ole Lund, Skive)

mod

Skive Kommune
(selv)

I slutningen af 2006 besluttede Skive Kommune at etablere en sundhedsordning uden brugerbetaling for kommunens ca. 4.800 ansatte. Indklagede inviterede den 11. januar 2007 6 virksomheder inden for den pågældende branche til på et møde den 25. januar 2007 med en arbejdsgruppe, som kommunen havde nedsat, at fremkomme med ideer om en sådan sundhedsordning. På dette møde fremkom bl.a. akupunktør og massør Thomas Borgå, Skive, med et fuldt færdigt oplæg til en sundhedsordning, som samtidig var et tilbud på en samlet aftale med kommunen. Den 17. april 2007 besluttede kommunen at indgå 2 aftaler med Falck Health Care A/S, dels en kontrakt benævnt »Serviceaftale – Tværfaglig behandling på arbejdspladsen«, dels en kontrakt benævnt »Serviceaftale Psykologrådgivning – Standard«. De 2 kontrakter blev herefter indgået den 20. april 2007.

Den 30. juli 2007 indgav akupunktør og massør Thomas Borgå klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Skive Kommune. 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 23, herunder særligt stk. 2, ved at anmode 6 virksomheder om enkeltvis at fremlægge deres bud på, hvilket indhold kommunens sundhedsordninger skal have, herunder deres bud på prisen på de enkelte

elementer i ordningerne, og ved herefter at indgå kontrakt på grundlag af et af disse tilbud, uagtet den anvendte fremgangsmåde, som indebar, at indklagede ikke under indhentelsen af tilbud beskrev den ydelse, som kommunen ønskede at indgå kontrakt om, ikke gav tilbudsgiverne lige muligheder, men bevirkede, at der blev skabt ubegrundede hindringer for konkurrencen med hensyn til den kontrakt, som kommunen ønskede at indgå.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved efter indhentelsen af de 6 tilbud alene at have ført forhandlinger med den ene af de 6 tilbudsgivere, nemlig Falck Health Care A/S.

Påstand 3

Klageren skal annullere indklagedes beslutning af 17. april 2007 om at indgå kontrakt med Falck Health Care A/S.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 5

Om indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke forud for indgåelse af kontrakterne med Falck Health Care A/S af 20. april 2007 at have gennemført et EU-udbud, uagtet de tjenesteydelser, der skulle indgås kontrakt om, ikke er omfattet af Udbudsdirektivets Bilag II B, nr. 25 om tjenesteydelser inden for »Sundheds- og socialvæsen«.

Parterne har været enige om, at den ydelse, som indklagede har indhentet tilbud på, er en Bilag II B-ydelse.

Indklagede har vedrørende påstand 1 og 2 nedlagt påstand om, at Klagenævnet ikke konstaterer nogen overtrædelse.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har bl.a. gjort gældende, at han afgav et fuldt færdigt tilbud på alle de ydelser, som klageren mente, at indklagede ønskede at indgå kontrakt om, at indklagede herefter indgik kontrakt med Falck Health Care A/S om netop disse ydelser bortset fra, at indklagede tillige indgik kontrakt med

Falck Health Care A/S om psykologrådgivning og forebyggende arbejde, samt at indklagede indgik kontrakt med Falck Health Care A/S til trods for, at tilbudet fra klageren – justeret for de elementer, der ikke var indeholdt i klagerens tilbud – var 980.700 kr. billigere end tilbudet fra Falck Health Care A/S. Klageren har videre anført, at indklagede ved den valgte fremgangsmåde – indhentelse af tilbud uden nogen beskrivelse af, hvad tilbude-
ne skal omfatte – alene synes at have ønsket at få gode ideer til den sundhedsordning, som kommunen ønskede at indføre.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at han på grund af den måde, som indklagedes indhentning af tilbud blev gennemført på, herunder specielt at indklagede ikke på forhånd havde beskrevet, hvilken tjenesteydelse kommunen ønskede at indgå kontrakt om, forventede at blive indkaldt til møde, således at indhentningen af tilbud blev fulgt op af forhandlinger med alle tilbudsgiverne, således at disse forhandlinger kunne danne et grundlag for indklagedes beslutning om, hvem der skulle indgås kontrakt med. Indklagede gennemførte imidlertid kun forhandling med en af tilbudsgiverne, nemlig Falck Health Care A/S, som der herefter blev indgået kontrakt med.

Klagenævnet udtaler:

Ad spørgsmål 5

Da de tjenesteydelser, som indklagede ønskede at indgå kontrakt om, er tjenesteydelser inden for »Sundheds- og socialvæsen«, er de omfattet af Bilag II B, og det følger heraf, at indklagede ikke har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke at gennemføre EU-udbud.

Ad påstand 1

Som anført ad spørgsmål 5 kunne indklagede indgå kontrakt om de pågældende ydelser uden forinden at gennemføre et EU-udbud. Det påhvilede imidlertid efter udbudsdirektivets artikel 23 indklagede, når indklagede ønskede indhentet tilbud som grundlag for sin beslutning om indgåelse af kontrakt, at sikre, at der ved den valgte fremgangsmåde blev givet de virksom-

heder, som indklagede rettede henvendelse til, lige muligheder for at få kontrakten, og at sikre, at der ikke blev skabt ubegrundede hindringer for konkurrencen med hensyn til den kontrakt, som kommunen ønskede at indgå. Disse krav blev ikke opfyldt ved den fremgangsmåde, som indklagede valgte, idet disse krav kun kan opfyldes, hvis indklagede i sin opfordring til virksomhederne til at afgive tilbud så præcist og udtømmende, som det er muligt, beskriver den ydelse, som kommunen ønsker at indgå kontrakt om. Indklagedes opfordring til virksomhederne indeholdt ikke en sådan beskrivelse.

Forskriften i artikel 23 udelukker ikke ubetinget, at indklagede forud for udarbejdelsen af sin beskrivelse af den ønskede ydelse tager kontakt til virksomheder inden for den pågældende branche, men en sådan indledende kontakt med virksomheder i branchen må ske på en sådan måde, at der ikke derved skabes ubegrundede hindringer for konkurrencen, og den indledende kontakt med virksomheder inden for branche skal alene danne grundlag for indklagedes beslutning om, hvilken ydelse der ønskes indgået kontrakt om. Oplysninger fra virksomheder i branchen skal således alene danne grundlag for indklagedes beskrivelser af den ønskede ydelse i den opfordring til at afgive tilbud, der – som en selvfølge – efterfølgende skal sendes til de udvalgte virksomheder i branchen.

Det følger af det anførte, at indklagede har handlet i strid med artikel 23 som beskrevet i påstand 1.

Ad påstand 2

Det følger af det, der er anført ad påstand 1, at indklagedes forhandlinger med Falck Health Care A/S, der skete på et stadium, som alene kunne vedrøre indhentelse af oplysninger med henblik på kommunens afklaring af, hvilken ydelse der skulle indhentes tilbud på, efter det oplyste vedrørte indklagedes indgåelse af kontrakt med Falck Health Care A/S, og indklagede har derfor handlet i strid med ligebehandlingsprincippet som beskrevet i påstand 2.

Ad påstand 3

Under hensyn til, at indklagede har oplyst snarest muligt at ville gennemføre en ny indhentelse af tilbud, hvor Udbudsdirektivets regler vil blive over-

holdt, er der ikke grundlag for at annullere indklagedes beslutning af 17. april 2007 om at indgå kontrakt med Falck Health Care A/S.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 23, herunder særligt stk. 2, ved at anmode 6 virksomheder om enkeltvis at fremlægge deres bud på, hvilket indhold kommunens sundhedsordninger skal have, herunder deres bud på prisen på de enkelte elementer i ordningerne, og herefter indgå kontrakt på grundlag af et af disse tilbud, uagtet den anvendte fremgangsmåde, som indebar, at indklagede ikke under indhentelsen af tilbud beskrev den ydelse, som kommunen ønskede at indgå kontrakt om, ikke gav tilbudsgiverne lige muligheder, men bevirkede, at der blev skabt ubegrundede hindringer for konkurrencen med hensyn til den kontrakt, som kommunen ønskede at indgå.

Påstand 2

Indklagede har handlet i strid med EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved efter indhentelsen af de 6 tilbud alene at have ført forhandlinger med den ene af de 6 tilbudsgivere, nemlig Falck Health Care A/S.

Påstand 3 tages ikke til følge.

Indklagede, Skive Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, akupunktør og massør Thomas Borgå, betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig