

K E N D E L S E

Dansk Flygtningehjælp
(advokat Andreas Christensen
v/advokatfuldmægtig Martin Stæhr, København)

mod

Hvidovre Kommune
(Kammeradvokaten
v/advokat Kurt Bardeleben)

Ved offentliggørelse i blandt andet ugeavisen Vestegnen den 6. maj 2009, Politiken den 7. maj 2009 og ugeavisen Hvidovre Avis den 12. maj 2009 iværksatte indklagede, Hvidovre Kommune en tilbudsindhentning efter Tilbudsloven (lov nr. 450 af 7. juni 2001/338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren), afsnit II, vedrørende danskuddannelse til voksne udlændinge. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Undervisningen er omfattet bilag II.B til Udbudsdirektivet.

Udbudsmaterialet blev udsendt de ansøgere, der rekvirerede det.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 27. maj 2009 havde Dansk Flygtningehjælp, Clavis sprog & kompetence (»Clavis« i det følgende), AOF Sprogcenter Vestegnen og Vestegnens Sprog- og Kompetencecenter afgivet tilbud. Den 16. juni 2009 besluttede indklagede at tildele kontrakten til AOF Sprogcenter Vestegnen. Der er indgået kontrakt den 18. december 2009.

Den 20. oktober 2009 indgav klageren, Dansk Flygtningehjælp, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Hvidovre 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 9. november 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 15. februar 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed samt Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, ved om underkriteriet »Geografisk beliggenhed og offentlig befordring« alene i kravspecifikationen at fastsætte: »Det skal fremgå om transporttiden med offentlige transportmidler fra Avedøre St. til sprogcenteret overstiger 30 minutter«, uagtet et sådant fastsat underkriterium ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed samt Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, ved at tildele AOF Sprogcenter Vestegnen et højere pointtal end klageren for underkriteriet »Geografisk beliggenhed og offentlig befordring« til trods for, at begge tilbudsgivere havde anført i deres tilbud, at undervisningen ville finde sted fra de af kommunen ejede lokaler på Hvidovre Enghavevej 2.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper og ligebehandling og gennemsigtighed samt Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, ved i forbindelse med evalueringen af underkriteriet »Geografisk beliggenhed og offentlig befordring« at tildele AOF Sprogcenter Vestegnen det højest mulige pointtal for underkriteriet, idet indklagede derved har givet den eksisterende leverandør og lejer af indklagedes lokaler på Hvidovre Enghave 2, AOF Sprogcenter Vestegnen, en utilbørlig konkurrencefordel.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed samt Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, ved at have tildelt tilbudsgiverne points for de enkelte

underkriterier på grundlag af en vurdering af tilbuddene i forhold til hinanden.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed samt Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, ved at undlade at beskrive i udbudsbetingelserne, hvorledes priserne for de udbudte ydelser ville blive fastsat.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med AOF Sprocenter Vestegnen.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 6 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

I udbudsbetingelserne af 4. maj 2009 er det i pkt. 3.2 om kontraktens genstand angivet:

»3.2 Kravspecifikation

Der ønskes tilbud på danskuddannelse til voksne udlændinge m.fl., jf. Bekendtgørelse af lov om danskuddannelse til voksne udlændinge nr. 259 af 18. marts 2006 med senere ændringer, Lov nr. 523 af 24. juni 2006 og Lov nr. 104 af 7. februar 2007 § 2, og senere ændringer, samt bekendtgørelse nr. 68 af 6. februar 2008.

Udbuddet omfatter danskuddannelse til voksne udlændinge bosat og tilmeldt Folkeregistret i Hvidovre Kommune, som er omfattet af ovennævnte lovs §§ og som ikke er selvforsørgende.

...

Udbuddets kravspecifikation, jf. Art 23 fremgår af bilag 1.«

I udbudsbetingelserne er anført følgende vedrørende tildeling:

»4.1. Udbudsform

...

Vurderingen af de indkomne tilbud sker i to faser: Udvalgelsesfasen og tildelingsfasen.

...

I tildelingsfasen foretages en konkret vurdering og sammenligning af de indkomne tilbud og på baggrund heraf besluttet det, hvilken kontrakt-

haver, der skal have kontrakten. Tildelingen vil ske på baggrund af det angivne tildelingskriterie i 4.4.

...

4.4.1. Tildelingskriterium

Valg af leverandør vil ske på grundlag af tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

4.4.2. Delkriterier

Vurderingen af det mest fordelagtige tilbud vil ske på baggrund af nedenstående delkriterier. Der henvises til bilag 1, idet det også fremgår hvorledes at ordregiver forventer beskrevet, hvordan kontrakt-haver opfylder delkriterierne:

Nr.	Delkriterier	Vægt
1.	Geografisk beliggenhed og offentlig befordring	32 %
2.	Undervisningskvalitet	17 %
3.	Opfølgning	17 %
4.	Undervisningsform	17 %
5.	Indplacering og evaluering	17 %

4.5 Tilbudsbetingelser og formkrav

...

Tilbuddet skal belyse alle forhold om kontrakt-havers løsning af leverancen herunder det anførte i bilag 1.

...

Tilbud, der ikke opfylder ovenstående krav, vil ikke blive taget i betragtning ved tilbudsvurderingen.

...«

I udbudsbetingelserne blev det i pkt. 4.10 om priser angivet:

»Ordregiver yder tilskud til udbydere af danskuddannelse efter takster pr. modul. På de årlige finanslove opføres vejledende landsdækkende modultakster.«

Af bilag 1 (kravspecifikationen) fremgår blandt andet:

»Bilag 1 – specifikation, jf. art. 23

Nærværende specifikation fastlægger de egenskaber for tjenesteydelsen som Ordregiver, ønsker, bl.a. om kvalitetsniveau og lokaliteter. Ordregiver stiller krav om, at kontrakt-haver i sit tilbud beskrives hvorledes disse krav opfyldes og i samme rækkefølge som angives her.

1. Geografiske beliggenhed og offentlig befordring

Det skal fremgå om transporttiden med offentlige transportmidler fra Avedøre St. til sprogcentret overstiger 30 minutter

...«

Af en oversigt over svar på indkomne spørgsmål fra tilbudsgiverne fremgår blandt andet:

»...

Nr.	Spørgsmål	Svar
...		
9	Det fremgår af udbudsmaterialets pkt. 4.10 at ordregiver yder tilskud til udbydere af danskuddannelse efter takster pr. modul, og der henvises til, at der på de årlige finanslove opføres vejledende landsdækkende modultakster. Det fremgår af pkt. 4.4, at Hvidovre Kommune agter at vælge »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Af pkt. 4.4.2 fremgår det, at der ikke er noget særskilt priskriterium. Skal det forstås således, at det er et vilkår i udbuddet, at prisen for ydelsen er fikseret til 100% af den vejledende modultakst, som uden fradrag overføres til leverandøren ved modulstart? Hvis nej: Hvordan indgår prisparametret i udbuddet?	I henhold til Hvidovre Kommunes Udbudspolitik anvendes kriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Når dette kriterium lægges til grund for valg af leverandør, skal det af udbudsmaterialet fremgå, hvilke underkriterier, der anvendes, og hvordan de vægtes.
...		

18	Er der et lejemål, som kan/skal overtages? I bekræftende fald ønskes oplysning om følgende: ...	Nej
19	I udbudsmaterialet anføres at kriteriet for tildeling er »Økonomisk mest fordelagtige tilbud«. I udbudsmaterialet anføres endvidere: »Ordregiver yder tilskud til udbydere af danskuddannelse efter takster pr. modul. På de årlige finanslove opføres vejledende landsdækkende modultakster.« Endelig anføres i udbudsmaterialet, at det mest fordelagtige tilbud vurderes på baggrund af 5 delkriterier vedrørende geografi, kvalitet, opfølgning, undervisningsform og indplacering - 5 kriterier der sammenlagt vægtes med 100 %. På denne baggrund ønskes præciseret, hvorledes økonomien vægtes.	I henhold til Hvidovre Kommunes Udbudspolitik anvendes kriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Når dette kriterium lægges til grund for valg af leverandør, skal det af udbudsmaterialet fremgå, hvilke underkriterier, der anvendes, og hvordan de vægtes.
...		

26	X har lejekontrakt med Hvidovre Kommune. Den nugældende lejekontrakt opsiges med udløbet af driftskontrakten vedr. danskundervisningen pr. 31.12.2009. Vil der være mulighed for at genleje lokalerne på vilkår, som er sammenlignelige med nærværende kontrakts vilkår?	Det er alene kontrakt om sprogundervisning, der udløber 31. december 2009.
27	Lejemålet, Strandmarkens Fritidscenter, Hvidovre Enghavevej 2, 2650 Hvidovre, er udgangspunktet for vores beregning af afstanden fra Avedøre St. til sprogcentret og dermed transporttiden, hvorfor spørgsmålet om genlejning af lokalerne er relevant. Hvis der vælges anden udbyder end nærværende kontrakt-haver, vil lokalerne i givet fald komme til at udgøre rammerne for denne udbyders drift? For det tilfælde vil afstanden mellem Avedøre St. og sprogcentret være den samme, uanset hvilken udbyder, Hvidovre Kommune ønsker at indgå kontrakt med. Spørgsmålet er derfor, om der i vurderingen af dette kriterium er taget udgangspunkt i tilbudsgivernes aktuelle hjemadresser ved tilbudsgivningen?	Der er ikke taget udgangspunkt i tilbudsgivernes hjemadresser, men der bliver taget udgangspunkt i de adresser, som tilbudsgiverne opgiver som værende der undervisningen skal foregå fra.
28	Nuværende kontrakt-haver anvender i overensstemmelse med vilkårene i gældende lejekontrakt udover danskundervisningen iht. L 375, også lokalerne til anden undervisning, herunder FVU-dansk og	Ikke relevant i forbindelse med udbuddet.

	IT samt ordblindeundervisning. Vil der være mulighed for at indgå lejekontrakt med henblik på fortsættelse af denne undervisning, hvis der vælges anden udbyder af danskundervisningen?	
29	Vedr. pkt. 4.10 i udbudsmaterialet. Vil Hvidovre Kommune yde tilskud til kommende udbyder af danskundervisningen i form af vejledende modultakster, som fastsættes årligt på finansloven?	I henhold til Hvidovre Kommunes Udbudspolitik anvendes kriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Når dette kriterium lægges til grund for valg af leverandør, skal det af udbudsmaterialet fremgå, hvilke underkriterier, der anvendes, og hvordan de vægtes.

...«

I klagerens tilbud af 27. maj 2009 er det blandt andet angivet:

»1.1. Beliggenhed

Lærdansk har en aftale med Hvidovre Kommune og den nuværende leverandør om at overtage sprogcentrets lokaler på Hvidovre Enghavevej 2, hvis vi skal overtage opgaven. Sprogcentret ligger i et klassisk skolebyggeri tæt på S-tog og busser, og det tager mindre end 30 minutter at komme til og Avedøre Station. Rejseplanen oplyser at transporttiden med offentlig transport er 13-17 minutter afhængig af valg af transportform.«

I AOF Sprogcenter Vestegnens tilbud er det ligeledes anført, at undervisningen ville finde sted fra lokalerne på Hvidovre Enghavevej 2, som angives at være sprogcentrets adresse. Det angives i tilbuddet videre:

»...Lejemålet ønskes bibeholdt, hvis Hvidovre Kommune vælger at skrive ny kontrakt med AOF Sprogcenter Vestegnen.

...

Transporttiden fra Avedøre St. til sprogcentret udgør 2 minutter med S-tog + ca. 10 min. til fods, og transport med bus tager i alt 15 min. til sprogcentrets adresse.

Det skal bemærkes, at 77 % af de kursister, som er bosat i Hvidovre Kommune er bosat i andre bydele end Avedøre Stationsby. Transporttiden til sprogcentret anslås at være 12-16 minutter for borgere, bosat i Hvidovre Kommune.«

I tilbuddet fra Vestegnens Sprog- og Kompetencecenter anføres vedrørende underkriteriet »Geografisk beliggenhed og offentlig befordring«:

»...

Nedenfor ses oversigt over transporttiderne fra Avedøre Station til Park Allé i Brøndby, hvor rejsetiden udgør 20-25 minutter afhængig af tidspunktet på dagen.

Af hensyn til det samlede overblik har vi i oversigten desuden indsat transporttiden fra Hvidovre og Friheden stationer:

Oversigt over transporttider fra Avedøre St. til Vestegnens Sprog- og Kompetencecenter

Undervisningslokation	Rejsetid i minutter fra		
	Hvidovre St.	Avedøre St.	Friheden St.
Brøndby Afdeling	19	20	27
Park Allé 29, 2605 Brøndby			

Som det fremgår af oversigten er transporttiden fra alle 3 stationer mindre end 30 minutter.«

Af følgebrevet til sidstnævnte tilbud fremgik:

»...

Hvidovre Kommune har i tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« valgt 5 delkriterier, som ikke vedrører takster pr. modul. Vestegnens Sprog- og Kompetencecenter vil for de kursister udbuddet omfatter, ligge under den årlige finanslovs vejledende landsdækkende modultakster. Vores tilbud vil dermed være mere økonomisk fordelagtigt end det fremgår af de 5 beskrevne tildelingskriterier.

...«

Af Clavis tilbud fremgår om underkriteriet »Geografisk beliggenhed og offentlig befordring«:

»...

Det skal indledningsvis understreges, at Clavis er helt indstillet på at leje lokaler i Hvidovre, for så vidt det måtte vise sig hensigtsmæssigt, at undervisningen helt eller delvist foregår i Hvidovre.

...

Geografisk beliggenhed og transporttid til hovedsæde i Greve

Clavis er hjemmehørende i Greve og har hovedsæde i ejendommen Frydenhøj Alle 73, 2670 Greve.

Clavis er »nabo« til Hundige Station. Rejsetiden med S-tog fra Avedøre Station til Hundige Station er ifølge S-togskøreplanen 11 minutter. Her-til skal lægges transporttiden til fods fra Hundige Station til Clavis på adressen Frydenhøj Alle 73. Turen til fods tager 2 minutter – i alt 13 minutter.

Det er således godtgjort, at transporttiden til Clavis hovedadresse i Greve ikke overstiger 30 minutter fra Avedøre Station.

Geografisk beliggenhed og transporttid til Clavis' satellitter i København

Clavis har tillige undervisning i København...Undervisning i København vil være af særlig relevans for Hvidovre Kommunes hurtige DU3 kursister.

Clavis underviser tre steder i København – alle tre steder lige ved Nørreport Station.

Rejsetiden S-tog fra Avedøre Station til Nørreport Station er ifølge S-togskøreplanen 19 minutter. Der kommer turen til fods fra Nørreport Station til undervisningsstederne:

- Afstand til fods til Nørre Voldgade 94-96 er 1 minutter – i alt 20 minutter
- Afstand til fods til Rosenborggade 1 er 2 minutter – i alt 21 minutter
- Afstand til fods til Pustervig 8 er 4 minutter – i alt 23 minutter

Det er således godtgjort, at transporttiden til Clavis' særlige undervisningstilbud i København ikke overstiger 30 minutter fra Avedøre Station.«

Af Clavis' tilbud fremgår herudover, at Clavis tilbød kun at kræve en procentandel på mellem 65 og 89 % af de vejledende modultakster på de årlige finanslove for de enkelte moduler.

Klageren og AOF Sprogcenter Vestegnen tilbød ikke priser, der fraveg de på finansloven fastsatte vejledende takster, og gav ikke oplysninger om priser i øvrigt.

Alle tilbudsgiverne blev taget i betragtning .

Af et skema, som lå til grund for indklagedes beslutning om tildeling fremgår, at indklagede har tildelt point vedrørende tildelingskriterierne som følger:

»»...

	Geografisk beliggenhed og offentlig befording	Undervisningskvalitet	Opfølgning	Undervisningsform	Indplacering og evaluering	I alt
Dansk Flygtningehjælp	3	4	4	4	4	3,7
Clavis	2	3	4	4	4	3,2
AOF Sprogcenter Vestegnen	4	3	4	4	4	3,8
Vestegnens sprog- og kompetencecenter	1	2	4	4	4	2,7

...«

Indklagede har ved brev af 14. august 2009 blandt andet anført følgende om begrundelsen for pointtildelingen til klageren vedrørende underkriteriet »Geografisk beliggenhed og offentlig befording«:

»Begrundelsen er, at de lokaler, som du i jeres tilbud mener, at Arbejdsmarkedsforvaltningen skal lægge til grund som jeres lokalitet er udlejet til en anden, og at kontrakten ikke er planlagt opsagt i januar 2010.

Hvis Arbejdsmarkedsforvaltningen gav DFH højeste point i dette delkriterium så ville Arbejdsmarkedsforvaltningen give jer højere point fordi vi forudsatte at nuværende lejer tabte, og at Hvidovre kommune af den grund ikke forlængede kontrakten. Det har Arbejdsmarkedsforvaltningen ikke fundet er en objektiv og saglig vurdering af tilbuddene.

På den anden side kan Arbejdsmarkedsforvaltningen ikke afvise, at hvis den nuværende lejer ønsker at flytte, så kunne det være en mulighed at lade en anden sprogskole overtage lejemålet. Da I har undersøgt om det ville være muligt at overtage lejemålet både hos den nuværende lejer og

og hos Hvidovre Kommune, så besluttede vi at give jer næsthøjest point i dette delkriterium og ikke lægge jeres hovedadresse til grund.

Imod at lægge vægt på »et forventet lejemål« taler, at det kunne medføre, at øvrige tilbudsgivere i deres tilbud angav, »at de havde tænkt sig at leje lokaler på Avedøre Station til deres sprogskole og at det var deres forventning, at der blev lokaler ledige pr. 1. januar 2010«. Således ville denne tilbudsgiver få en transporttid på »0« minutter.

Da de øvrige tilbudsgivere til trods herfor loyalt har anvendt eksisterende lokaliteter, som de faktisk har rådighed over, fandt vi det ikke problematisk dog at lægge nogen vægt på jeres usikre forventede adresse...«

Af et notat dateret den 25. august 2009, som klagerens integrationschef, Gerhard Korbo har udarbejdet, fremgår blandt andet:

»...

Jeg har ikke gjort daterede notater i forbindelse med samtaler med hhv. nuværende lejer og Hvidovre Kommune (udlejer), men kan ud fra kalender, dato for modtagelse af udbudsmateriale og et enkelt notat med en reminder til mig selv rekonstruere følgende:

...

I første del af ugen 11.-15. maj taler jeg telefonisk med forstander Erik Toft hos den nuværende leverandør og lejer af det omtalte lejemål Hvidovre Enghavevej 2. Erik Toft oplyser at AOF, såfremt man ikke vinder udbuddet, vil opsigse lejemålet til fraflytning ved udløbet nuværende kontrakt – dvs. 31.12.2009.

Samtalen varer 10 – 15 minutter. Jeg orienteres om bygningen, antal lokaler, indretning, vedligeholdelsesstand mv ligesom vi taler om vores eventuelle overtagelse af inventar, materialer mv. Vi aftaler at tale sammen igen, såfremt Dansk Flygtningehjælp vinder udbuddet.

Jeg kontakter dernæst Hvidovre Kommune, hvor jeg får oplyst, at jeg skal tale med sekretariatschefen i borgmesterforvaltningen, Pernille Tøjt [Theut]. Det lykkes at få fat i hende telefonisk – formentlig torsdag den 14/5 eller fredag den 15/5.

... Hun oplyser at Hvidovre Kommune naturligvis ikke kan garantere udlejning af lokaler med en uopsagt lejekontrakt, men at Kommunen ikke har andre planer for lejemålet og det derfor forekommer oplagt, at vi indgår i det, såfremt vi vinder udbuddet, og AOF flytter ud.

...

Onsdag den 27. maj – på afleveringsdagen – bliver jeg kontaktet af en kvindelig sagsbehandler i Hvidovre Kommune, der spørger til, hvordan vi kan basere vort tilbud på en allerede udlejet kommunal ejendom. Jeg oplyser, at jeg har talt med såvel nuværende lejer som Pernille Tøjt

[Theut], Hvidovre Kommune. At nuværende lejer har oplyst, at de vil flytte ud, såfremt de ikke vinder opgaven, og at Pernille Tøjt har oplyst at udlejer ikke har andre planer for bygningen og at en udlejning til os derfor kunne være mulig. Sagbehandleren takker for oplysningerne.«

Erik Toft har i et brev af 28. oktober 2009 til Hvidovre Kommune bestridt at have udtalt sig som anført i Gerhard Korbos notat. Erik Toft angiver i stedet at have oplyst Korbo om, at lejekontrakten ville udløbe automatisk med udløb af driftskontrakt eller hvis den blev opsagt af aftaleparterne med 3 måneders opsigelsesfrist, men at AOF havde andre aktiviteter under andre lovgivninger, som AOF i givet fald ville fortsætte med i nogle af de lokaler, AOF havde kontrakt på. Erik Toft henviste i øvrigt Korbo til at tage kontakt til forvaltningen i Hvidovre Kommune vedrørende sine spørgsmål:

Af indklagedes styrelsesvedtægt, § 10, stk. 5, fremgår, at økonomiudvalget varetager den umiddelbare forvaltning af køb, salg, leje, udleje og pantsætning af fast ejendom.

I lejekontrakten af 16. december 2005 mellem indklagede og AOF Sprogcenter Vestegnen om i alt 925 m² på adressen Hvidovre Enghavevej 2 er der blandt andet fastsat følgende vilkår:

»...

§ 2 Brugen af det lejede.

Det lejede må ikke uden udlejers skriftlige samtykke benyttes til andet end undervisning af kursister ved Sprogcentret i henhold til »Kontrakt mellem Hvidovre Kommune og Hvidovre Sprogcenter AOF [AOF Sprogcenter Vestegnen] om danskuddannelse til voksne udlændinge« og aktiviteter i forbindelse hermed samt til fremvisning af disse aktiviteter for besøgende og eventuelle kursister under forudsætning af at aktiviteten har en vis tilknytning til undervisningen.

Kommunalbestyrelsen har givet samtykke til, at lejer udover ovenstående undervisning kan anvende lokalerne til følgende ydelser:

- AF, Kontakforløb vedr. udlændinge
- Forberedende Voksenuddannelse – for voksne indvandrere,
- øvrig speciel undervisning i dansk for voksne udlændinge.
- Samtykke gives under forudsætning, at denne virksomhed alene udgør op til 50 % af Sprogcentrets omsætning.

...

§ 3 Lejemålets begyndelse og ophør.

...

Lejemålet kan af parterne når som helst opsiges med 3 måneders varsel til den 1. i måneden.

Lejemålet ophører uanset ovenstående uden yderligere varsel, såfremt »Kontrakt mellem Hvidovre Kommune og Hvidovre Sprogcenter AOF [AOF Sprogcenter Vestegnen] om danskuddannelse til voksne udlændinge« ophører. Kontrakten og lejemålet er foreløbigt gældende indtil den 31. december 2007.

...«

Tidsbegrænsningen er senest ved en allonge af 1. januar 2009 forlænget til den 31. december 2009.

Ifølge en af sekretariatschef hos indklagede, Pernille Theut, afgivet erklæring af 5. februar 2010, har hun under en telefonsamtale, som hun ikke erindrer præcist, hvornår fandt sted, orienteret Gerhard Korbo om, at der ville være mulighed for at indgå lejeaftale om lokalerne på Hvidovre Eng-havevej 2, hvis de blev ledige. Hun har samtidig meddelt Korbo, at en sådan lejeaftale skulle behandles og godkendes politisk af kommunens økonomiudvalg, til hvem Dansk Flygtningehjælp i givet fald måtte sende en ansøgning.

Faglig konsulent hos indklagede, Henriette Darlie Dyring, har i en erklæring af 5. februar 2010 blandt andet oplyst:

»...

Det var mig, der kontaktede Gerhard Korbo telefonisk den 27. maj 2009 med henblik på at afklare de oplysninger, der var afgivet i tilbuddet om placeringen af sprogskolen,

...

Under samtalen gav han mig de oplysninger, som han anfører i sin udtalelse af 25. august 2009.

På den baggrund tog jeg efterfølgende kontakt til Pernille Theut. Hun bekræftede, at hun havde talt med Gerhard Korbo, og at hun havde oplyst, at der var mulighed for, at kommunen kunne indgå en lejeaftale med Dansk Flygtningehjælp, hvis lokalerne på Strandmarkens Fritidscenter blev ledige. Hun mente dog ikke, at Gerhard Korbo havde refereret samtalen med hende korrekt.

Hun mente, at Gerhard Korbo havde spurgt om, hvor man skulle rette en anmodning om at leje kommunens lokaler. Hun havde oplyst Gerhard Korbo, at anmodningen skulle rettes til Økonomiudvalget.

Pernille Theut sagde også til mig, at Økonomiudvalget ikke havde truffet nogen beslutning om, at Dansk Flygtningehjælp kunne leje lokalerne, men at der heller var kommet nogen ansøgning herom fra Dansk Flygtningehjælp.

På den baggrund mente vi derfor ikke, at Dansk Flygtningehjælp havde rådighed over de lokaler, som de havde anført i tilbuddet.

...«

Forklaringer under mødet den 15. februar 2010

Integrationschef hos klageren, Gerhard Korbo, har forklaret blandt andet, at han hos klageren er ankermand ved tilbudsafgivelse på opgaver, som den her udbudte. Det er normalt, at klageren tager kontakt til den eksisterende leverandør for at høre til muligheden for overtagelse af den pågældendes lejemål, inventar m.v., hvis den eksisterende leverandør ikke får opgaven tildelt. Han fik at vide af Erik Toft, at han skulle tale med Borgmesterforvaltningen om lejemålet. Han blev i forvaltningen henvist til Pernille Theut. Hun gjorde opmærksom på, at tildeling af lejemålet beroede på en politisk beslutning, men han oplevede samtalen sådan, at embedsværket var positivt over for en udlejning til klageren, hvis klageren fik opgaven tildelt. Det ville ikke have været muligt, at få en politisk godkendelse af lejemålet inden for den usædvanligt korte tilbudsfrist på 3 uger. Hvis Pernille Theut havde sagt, at klageren ikke kunne byde ind med den nuværende leverandørs lejemål, ville klageren have kontaktet en ejendomsmægler om andre lejemål. Lejemålet på Hvidovre Enghavevej var på grund af den korte kontraktperiode på 1 år attraktivt, fordi man ville kunne rykke direkte ind. Under opkaldet den 27. maj 2009 spurgte Henriette Dyring, hvem han havde haft kontakt til i kommunen om lejemålet. Han oplyste, at det var Pernille Theut, som Henriette Dyring angav at ville kontakte.

Regional- og udviklingschef hos klageren, Anders Maegaard, har forklaret blandt andet, at han hos klageren medvirker ved afgivelse af tilbud på sprogundervisning som nærværende. Klageren afgiver 4-5 tilbud på denne type opgaver årligt. Klageren spurgte, jf. spørgsmål 9, til, om pris indgik som et kriterium, og om prisen var de vejledende modultakster. Klageren forstod svaret – der som mange af de øvrige svar virkede meningsløst - så-

dan, at det var modultaksten, som var prisen, og det blev lagt til grund ved tilbudsafgivelsen. Det var yderst fordelagtigt ikke at skulle konkurrere på prisen, men alene på kvalitet. Det er helt usædvanligt, at pris ikke indgik som et underkriterium.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det ikke nærmere er præciseret i udbudsbetingelserne, hvad indklagede ville lægge vægt på i forhold til underkriteriet »Geografisk beliggenhed og transport«. Det fremgik således alene af bilag 1 til udbudsbetingelserne, at det af tilbuddet skulle fremgå »om transporttiden med offentlige transportmidler fra Avedøvre St. til sprogcentret overstiger 30 minutter«. Hvorvidt sidstnævnte skulle betragtes som et minimumskrav eller sådan, at afstanden fra Avedøre Station var at betragte som et kriterium, som tilbudsgiverne skulle konkurrere på, fremgik ikke af udbudsbetingelserne. Hvis intentionen var, at det skulle være et minimumskrav, er der sket en sammenblanding af minimumskrav med et underkriterium i strid med udbudsreglerne. Hvis der i stedet var tale om et underkriterium, hvor meningen var, at tilbudsgiverne skulle konkurrere på undervisningsstedets beliggenhed i forhold til Avedøre Station, vil der næppe næppe kunne argumenteres for, at tilbuddet fra AOF Sprogcenter Vestegnen skulle have tildelt maksimumskaraktoren 4. Det fremgår således af tilbuddet fra denne tilbudsgiver, at der fra stationen til tilbudsgiverens undervisningslokaler er en transportid på mindst 12 minutter.

Under alle omstændigheder er der tale om et så uklart underkriterium, at det har været uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Tilbudsgiverne har ikke haft mulighed for at forudse, hvad der ville blive lagt vægt på ved vurderingen af kriteriet, og indklagede har dermed skabt en uigennemsigtig konkurrencesituation. Uigennemsigtigheden har tillige giver indklagede en potentiel mulighed for at forskelsbehandle tilbudsgiverne i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Det følger også af Klagenævnets praksis, at en ordregivende myndighed ikke kan fastsætte og gøre brug af et underkriterium uden samtidig at gøre det klart for tilbudsgiverne, hvordan de skal udforme deres tilbud, hvis de skal opnå en god bedømmelse.

Indklagede har gjort gældende, at det ved indførelsen af reglerne i Tilbudslovens, afsnit II, om annonceringsudbud i forarbejderne til Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, udtrykkeligt forudsattes, at det ikke var hensigten at indføre detaljerede procedureregler samt at udbyderne i annonceringsudbuddene – bortset fra kravet i Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, om at udbyderen ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af proceduren skal sørge for, at udvælgelsen af tilbudsgivere sker på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier, og at der ikke finder forskelsbehandling sted – i øvrigt er frit stillet med hensyn til tilrettelæggelsen og gennemførelsen af proceduren.

Delkriterium 1 om »Geografisk beliggenhed og offentlig befordring« skal som i andre udbud naturligt forstås under hensyn til udbuddets genstand, som, jf. udbudsbetingelserne pkt. 3.2, var indklagedes forpligtelser i henhold til danskuddannelsesloven og tilhørende bekendtgørelser. Heraf fremgår, at delkriterium 1 overordnet angår sprogcentrets placering i forhold til voksne ikke selvforsørgende udlændinge, der er bosat og tilmeldt folkeregistret i Hvidovre Kommune. Kriteriet angår tydeligt sprogcentrets placering i forhold til sådanne udlændinge. Ifølge pkt. 4.5 i udbudsbetingelserne skulle tilbudsgiverne belyse alle forhold omkring den tilbudte løsning, herunder det anførte i bilag 1. Bilag 1 fastlægger ikke – og kan ikke forstås sådan – at det indeholder mindstekrav, men indeholder blot en nærmere specifikation af underkriterierne og derved de forhold, som skulle belyses i tilbuddet, nemlig, hvor langt tilbudsgivernes sprogcenter lå fra Avedøre Station. Derfor må det også have stået tilbudsgiverne klart, at man under delkriterium 1 ville blive vurderet på sprogcentrets placering i forhold til Avedøre Station såvel geografisk som befordringsmæssigt. Ingen af tilbudsgiverne stillede spørgsmål vedrørende betydningen af delkriterium 1. Der har således ikke været nogen tvivl om betydningen af kriteriet.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at klageren på grundlag af kontakterne til AOF Sprogcenter Vestegnen og den relevante medarbejder hos indklagede berettiget kunne anføre i sit tilbud at undervisningen ville finde sted fra lokalerne på Hvidovre Enghavevej 2. Det er i den forbindelse ikke i udbudsbetingelserne krævet, at tilbudsgiveren på tidspunktet for afgivelse af sit tilbud skulle have rådighed over de lokaler, hvorfra undervisningen

skulle foregå. Tværtimod fremgår det af indklagedes svar på spørgsmål 27, at der vil blive taget udgangspunkt i de adresser, tilbudsgiverne opgiver, som dem, hvorfra undervisningen vil finde sted. Det har på den baggrund været tilstrækkeligt og i øvrigt helt sædvanligt, at klageren blot angav, hvorfra undervisningen ville finde sted, såfremt klageren fik kontrakten tildelt. Indklagede var således forpligtet til at lægge klagerens oplysning om, at undervisningen ville foregå i lokalerne på Hvidovre Enghavevej 2 til grund og skulle derfor vurdere klagerens tilbud på samme niveau som AOF Sprogcenter Vestegnens i forhold til underkriteriet om »Geografisk beliggenhed og offentlig befordring«. Undladelsen heraf indebærer, at der er sket overtrædelse af de EU-udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Det må betragtes som en skærpende omstændighed, at pointtildelingen er sket på grundlag af et uigennemsigtigt underkriterium, som tilbudsgiverne ikke på forhånd har kunnet overskue konsekvenserne af.

Et krav om aktuel rådighed over lokaler ved tilbudsafgivelsen ville – hvis det var det, der blev krævet – være uproportionalt og tillige give de lokale leverandører en utilbørlig konkurrencefordel.

Indklagede har gjort samme anbringender som anført vedrørende påstand 1 gældende, og har endvidere anført, at klagerens tilbud ikke kunne danne grundlag for en evaluering under delkriterium 1. Det er alene indklagedes økonomiudvalg, der træffer afgørelse om udlejning af kommunens ejendomme, jf. styrelsesvedtægten, § 10, stk. 5, hvilket Pernille Theut også havde orienteret Gerhard Korbo om. Der er i overensstemmelse hermed heller ikke af Pernille Theut givet noget tilsagn om leje af lokalerne. Heller ikke AOF Sprogcenter Vestegnen har – efter det nu oplyste – givet tilsagn om adgang til at leje lokalerne. Indklagede burde ved evalueringen have lagt til grund ved vurderingen, at klageren ikke havde nogen undervisningslokaler i Hvidovre Kommune eller i relevant nærhed. Tilbuddet burde derfor have været afvist eller alternativt burde indklagede i hvert fald have undladt at evaluere det i relation til delkriterium 1. At klageren rent faktisk opnåede en evaluering af tilbuddet, herunder under delkriterium 1, er en beklagelig fejl, som dog ikke kan føre til, at klageren skal have medhold i nogen del af klagen.

Det var endvidere ikke i strid med udbudsreglerne at indklagede lagde til grund, at AOF Sprogcenter Vestegnens tilbud opfyldte udbudsbetingelsernes krav og kunne tages i betragtning i relation til delkriterium 1. AOF

Sprogcenter Vestegnen havde på tidspunktet for tilbudsvurderingen ubestridt retlig rådighed over lokalerne på Hvidovre Enghavevej 2, og indklagede havde ingen planer om at opsige lejemålet, hvis sprogcentret ikke vandt udbuddet, jf. indklagedes svar på spørgsmål 18, 26 og 28. Hvis AOF Sprogcenter Vestegnen fik kontrakten tildelt, fulgte det også af lejekontraktens § 3, at lejemålet ville fortsætte.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at eftersom AOF Sprogcenter Vestegnen fik det højest mulige pointtal, må det lægges til grund, at indklagede anså denne beliggenhed for den bedst mulige overhovedet. Hvis det lægges til grund, at kun AOF Sprogcenter Vestegnen kunne tilbyde undervisningen gennemført fra adressen på Hvidovre Enghavevej 2, har denne tilbudsgiver fået en utilbørlig konkurrencefordel, idet kun denne tilbudsgiver kunne tilbyde de lokaliteter, der gav mulighed for det højeste pointtal, og denne tilbudsgiver fik lokaliteterne stillet til rådighed af indklagede, som ejer lejemålet. Indklagede kunne have undgået denne konkurrencefordel ved at sikre, at også andre tilbudsgivere kunne råde over lejemålet, hvis de fik tildelt kontrakten eller ved alternativt at undlade at tillægge den konkrete beliggenhed på Hvidovre Enghavevej 2 så afgørende betydning ved vurderingen, som tilfældet var. Det fremgår i øvrigt af AOF Sprogcenter Vestegnens spørgsmål 1 og 2 i tilbudsfasen, at denne tilbudsgiver selv forventede, at lejekontrakten udløb den 31. december 2009, og at andre tilbudsgivere i så fald ville kunne komme i betragtning til lokalerne. Der er herved sket overtrædelse af de EU-retlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling og overtrædelsen er særlig alvorlig som følge af den meget betydelige vægt netop dette underkriterium havde.

Indklagede har henvist til det vedrørende påstand 1 og 2 anførte, og har endvidere anført, at der ikke er grundlag for at antage, at delkriterium 1 om »Geografisk beliggenhed og offentlig befordring« har givet den vindende tilbudsgiver, AOF Sprogcenter Vestegnen, en utilbørlig konkurrencefordel eller at kriteriet var uproportionelt i forhold til de øvrige tilbudsgivere.

Vurderingen i henhold til delkriterium 1 forudsatte, at tilbudsgiverne havde et sprogcenter i tilpas afstand fra Avedøre Station. Kriteriet er sagligt og står i rimeligt forhold til kontraktens genstand. Indklagede har ifølge lovgrundlaget nævnt i udbudsbetingelsernes pkt. 3.2, pligt til at give kommu-

nens ikke selvforsørgende udlændinge et tilbud om danskuddannelse, som de reelt har mulighed for at deltage i. De vil de ikke have, hvis de blev henvist til sprogcentre i uoverkommelig afstand fra Hvidovre Kommune, og herunder uden mulighed for at komme dertil med offentlig transport. Dette fremgår også af den ved lov nr. 1512 af 27. december 2009, § 1, nr. 7, foretagne ændring af danskuddannelsesloven, hvorefter det nu af § 11 a, fremgår, at en privat sprogscole, der indgår driftsaftale med en kommune, som udgangspunkt skal tilbyde undervisningen inden for kommunens grænser.

Andre tilbudsgivere end AOF Sprogcenter Vestegnen, ville kunne opfylde forudsætningen vedrørende sprogcentrets placering ved nyetablering eller ved anvendelse af en underleverandør. Ifølge kommunens lokalplaner er det tilladt at placere sprogscole i nærheden af Avedøre Station. Andre tilbudsgivere ville således kunne opnå en bedre placering end AOF Sprogcenter Vestegnen.

Indklagede har endvidere aldrig stillet krav om, at tilbudsgiverne havde aktuel rådighed over undervisningslokaler ved tilbudsafgivelsen. Tilbudsgiveren skulle dog sandsynliggøre at ville have rådighed over lokaler på det tidspunkt, hvor undervisningen skulle i gang. At det planlægningsmæssigt er mindre byrdefuldt for et i kommunen etableret sprogcenter at deltage i udbuddet er ikke udtryk for ulovlig forskelsbehandling, idet kriteriet er objektivt, sagligt og står i rimeligt forhold til kontraktens genstand.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at det efter pkt. 4.1 i udbudsbetingelserne, hvorefter beslutningen om, hvem der ville få tildelt kontrakten ville blive truffet på baggrund af en »...sammenligning af de indkomne tilbud«, må lægges til grund, at indklagede ved evalueringen af de fire indkomne tilbud blandt andet har ladet pointtildelingen bero på en sammenligning af tilbuddene. For så vidt angår underkriteriet »Geografisk beliggenhed og offentlig befordring« er det åbenbart, at pointtildelingen alene er sket på grundlag af en sammenligning af tilbuddene. Karakterne 1-4 blev således anvendt på de fire indkomne tilbud med topkarakteren 4 til AOF Sprogcenter Vestegnen, som havde tilbudt lokaler med en beliggenhed på minimum 12 minutter fra Avedøre Station. Det følger af Klagenævnets praksis, at det ikke er muligt at foretage en evaluering af kvalitative underkriterier på baggrund af en sammenligning af tilbuddene. Indklagede

har på den baggrund handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke kunne have fået kontrakten tildelt, idet klageren ikke reelt rådede over lejemålet på Hvidovre Enghavevej 2, og derfor slet ikke burde have fået points vedrørende underkriteriet »Geografisk beliggenhed og offentlig befordring«. Klageren har derfor ikke retlig interesse i at få påstand 4 pådømt.

Evalueringen er ikke foretaget ud fra en relativ bedømmelse af tilbuddene. Den konkrete evaluering, herunder af delkriterium 1, er tværtimod udtryk for et skøn over graden af det enkelte tilbuds opfyldelse af kriteriet, hvilket fremgår af det forhold, at flere af tilbudsgiverne opnåede identiske evalueringer på samme underkriterium. Det i pkt. 4.1 i udbudsbetingelserne anførte betyder ikke, at pointtildelingen vedrørende underkriterium 1 er sket ved at sammenligne tilbuddene. Selv hvis dette antages at være tilfældet, kan de af klageren påberåbte klagenævnskendelser ikke overføres direkte til nærværende sag, som angår et annonceringsudbud. Den konkrete vurdering vedrørende kriteriet var endvidere berettiget og har under alle omstændigheder og uanset, hvordan vurderingen teknisk er gennemført, ført til det rigtige resultat, nemlig at placeringen på Hvidovre Enghavevej 2 skulle føre til den bedste vurdering.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at det ikke fremgik af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne som en del af tilbuddet skulle opgive priser på de tilbudte undervisningsmoduler. Det fremgik heller ikke af udbudsbetingelserne, herunder pkt. 4.0, hvordan priserne for de tilbudte undervisningsmoduler skulle fastsættes i aftaleforholdet. Til trods for, at der fra tre tilbudsgivere blev stillet præcise spørgsmål vedrørende pris/økonomi, svarede indklagede på en måde, der på ingen måde forholdt sig til det, der blev spurgt til. Indklagede fik således hverken i udbudsbetingelserne eller ved besvarelsen af spørgsmålene skabt gennemsigtighed vedrørende fastsættelsen af priser for de ydelser, der var omfattet udbuddet. Det bestrides tillige, at det generelt skulle være sådan, at betaling alene sker på baggrund af de vejledende finanslovssatser. Klageren har herved henvist til at klageren fremlagte eksempler på tilsvarende udbud foretaget af Århus Kommune, Esbjerg Kommune og Nyborg Kommune, hvor prisen har udgjort et

underkriterium. Det bestrides ikke, at et udbud kan foretages som en omvendt licitation, hvor prisen er fastsat på forhånd, og hvor der alene konkurreres på andre underkriterier. I så fald indebærer ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet imidlertid, at det påhviler den ordregivende myndighed, at gøre det helt klart i udbudsbetingelserne, hvorledes priserne er fastsat. Det har ikke været tilfældet i det konkrete udbud, hvilket fremgår af de skriftlige spørgsmål, som tilbudsgiverne, herunder også den nuværende leverandør, har stillet. Indklagede har på den baggrund handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Indklagede har gjort gældende, at klageren, jf. det ad påstand 4 anførte, ikke har nogen retlig interesse i at få påstand 5 pådømt. Det fremgår under alle omstændigheder tydeligt af udbudsbetingelserne, pkt. 4.4, at pris ikke var et underkriterium i udbuddet.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, pkt. 4.10, sammenholdt med reglerne om sprogcentres vederlæggelse efter modultakster i danskuddannelsesloven og tilhørende bekendtgørelser, tilstrækkelig klart, hvordan prisen for den valgte leverandørs ydelse fastlægges, svarende til hvad der normalt kræves ved »omvendt licitation« i udbudsforretninger efter tilbudsloven og udbudsdirektivet.

Hertil kommer, at der i et annonceringsudbud omfattet af Tilbudslovens afsnit II ikke er pligt for ordregiveren til at fastsætte vægtede underkriterier, og der er ej heller krav om, at pris skal være et underkriterium. Tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« giver herved også netop mulighed for at vælge andre kriterier end pris.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at overtrædelserne af udbudsreglerne i påstand 1-5 er kvalificerede overtrædelser, som - såvel isoleret som samlet set - medfører, at Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele den udbudte kontrakt til AOF Sprogcenter Vestegnen. Den manglende gennemsigtighed, der har kendetegnet udbuddet, indebærer, at det ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Endvidere må de konstaterede overtrædelser af ligebehandlingsprincippet – særligt i

forhold til AOF Sprogcenter Vestegnens utilbørlige konkurrencefordel – bevirke, at tildelingsbeslutningen ikke kan opretholdes.

Indklagede har gjort gældende, at der, jf. det, som indklagede har anført, om påstand 1-5, ikke foreligger overtrædelser af udbudsreglerne, og at indklagede under alle omstændigheder ikke har begået fejl, der kan føre til, at tildelingsbeslutningen annulleres. Kravene til grovheden af overtrædelserne er herved betydeligt større, når der som her er tale om et annonceringsudbud end ved udbud efter Udbudsdirektivet eller licitation efter Tilbudslovens afsnit I. Allerede det forhold, at indklagede ikke havde og ikke havde sandsynliggjort at ville få undervisningslokaler i Hvidovre og således ikke ville kunne få kontrakten tildelt, må føre til, at der ikke skal ske annulation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 3

Ved annonceringsudbud efter Tilbudsloven, afsnit II, skal udbyderne, jf. § 15 d, stk. 1, og de EU-retlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling, sikre, at udvælgelsen af tilbudsgivere sker på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier.

Det skal herunder være klart for tilbudsgiverne, efter hvilke kriterier vurderingen af deres tilbud finder sted og dermed hvilke oplysninger, deres tilbud skal indeholde.

Underkriteriet om »Geografisk beliggenhed og offentlig befordring« er ikke nærmere forklaret i udbudsbetingelserne bortset fra kravet i bilag 1 (kravspecifikationen) om angivelse af, om transporttiden med offentlige transportmidler fra Avedøre Station til sprogcentret overstiger 30 minutter. Dette krav gør det ikke klart for tilbudsgiverne, at det, deres tilbud ville blive vurderet på, var transporttiden med offentlig transport til de tilbudte undervisningslokaler fra Avedøre Station. Kriteriet er således uigennemsigtigt og kunne føre til forskelsbehandling af de bydende. Det var dermed uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. At tilbudsgiverne tilsyneladende alle forstod, at de skulle oplyse ikke blot om transporttiden med offentlige transportmidler fra Avedøre Station til undervisningsloka-

lerne ville overstige 30 minutter, men også hvad transporttiden var, kan ikke føre til en ændret bedømmelse.

Formålet med den udbudte kontrakt var at opfylde indklagedes pligt efter lov om danskuddannelse til voksne udlændinge til at sikre de i kommunen bosiddende ikke selvforsøgende udlændinge et tilbud om danskuddannelse, som de har reel mulighed for at deltage i. Indklagede har ønsket at sikre, at undervisningen finder sted i lokaler, som det er nemt at komme til for de pågældende udlændinge, som altovervejende må forventes at benytte offentlig befordring for at komme til undervisning. Et kriterium om »Geografisk beliggenhed og offentlig befordring« er på den baggrund ikke usagligt. Da et sådant kriterium imidlertid kan virke diskriminerende i forhold til tilbudsgivere, som ikke i forvejen har undervisningslokaler i den indklagede kommune, herunder i nærheden af Avedøre Station, påhvilede det i særlig grad indklagede at sikre, at også tilbudsgivere, som ikke aktuelt besad sådanne lokaler, havde mulighed for at komme i betragtning. Indklagede har i den forbindelse i svar på spørgsmål 27 oplyst, at der ikke ville blive taget udgangspunkt i tilbudsgivernes hjemadresser, idet udgangspunktet ville være de adresser, som tilbudsgiverne opgav som værende der, hvorfra undervisningen skulle foregå. Indklagede har imidlertid ikke i udbudsbetingelserne eller i spørgsmål/svar fasen gjort det klart, at der – som det efterfølgende er blevet anført af indklagede i svarskriftet i sagen for Klagenævnet – krævedes en sandsynliggørelse fra tilbudsgiverens side af ved undervisningsstart at have rådighed over et tilbudt lejemål, som tilbudsgiveren ikke havde aktuell rådighed over ved tilbudsafgivelsen, og hvorledes en sådan sandsynliggørelse i givet fald skulle ske. Den begrundelse, indklagede gav klageren i brevet af 14. august 2009, viser endvidere, at indklagede ikke selv forstod kriteriet. Det også herved uklare underkriterium indebar, at den eksisterende leverandør, som i forvejen rådede over lokaler med en konkurrencedygtig placering og som på det grundlag fik det højeste pointtal, fik en utilbørlig konkurrencefordel.

Påstand 1 og 3 tages på den baggrund til følge.

Ad påstand 2

Påstanden vedrører indklagedes skønsmæssige vurdering af tilbuddene i henhold til et underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, Underkriteriet var, jf. ovenfor ad påstand 1 og 3,

uegnet til at danne grundlag for vurderingen af tilbuddene. Klagenævnet erstatte ikke indklagedes skøn med sit eget, og kan således ikke fastslå, hvilken vurdering af tilbuddene, indklagede skulle have foretaget. Påstanden afvises derfor.

Ad påstand 4

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 4.1, at vurderingen af tilbuddene ville ske ved en sammenligning. En bedømmelse, hvor tilbuddene vurderes i forhold til hinanden frem for ud fra graden af opfyldelse af et kvalitativt underkriterium, kan, jf. blandt andet Klagenævnets kendelse af 12. februar 2007 (Dansk Høreteknik A/S mod Københavns Kommune), føre til en skævvridning af vurderingen i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Tilbudslovens § 15, d, stk. 1. Efter det, indklagede har oplyst under sagen for Klagenævnet, var det ved vurderingen af underkriteriet »Geografisk beliggenhed og offentlig befordring« afgørende hvilken transporttid, tilbudsgiverne oplyste fra Avedøre Station til de tilbudte undervisningslokaler. Ved bedømmelsen tildelte indklagede til trods for en meget begrænset tidsforskel mellem de transporttider, AOF Sprogcenter Vestegnen og navnlig Clavis havde oplyst, AOF Sprogcenter Vestegnen maksimumpoint for underkriteriet »Geografisk beliggenhed og offentlig befordring« (4 points), hvor Clavis fik tildelt 2, og hver af de øvrige tilbudsgivere henholdsvis 3 og 1 points. En lille tidsforskel fik dermed meget stor betydning ved evalueringen. Indklagede har ikke godtgjort, at vurderingen vedrørende de øvrige underkriterier ikke blev foretaget ved en indbyrdes sammenligning og at dette ikke førte til en skævvridning af vurderingen. Påstanden tages herefter til følge.

Ad påstand 5

Det fremgår af udbudsbetingelserne pkt. 4.10 sammenholdt med de fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet, at tilbuddene ikke ville blive vurderet på grundlag af priser, idet priserne skulle følge de årligt på finansloven fastsatte takster. Med andre ord var der tale om en »omvendt licitation«, hvor tilbudsgiverne alene blev vurderet på de fastsatte rent kvalitative kriterier. Uanset indklagedes meningsløse svar på spørgsmålene fra tilbudsgiverne om betydningen af pris kunne tilbudsgiverne, som udbudsbetingelserne er udformet, ikke med rimelighed have været i tvivl om, at pris ikke indgik

som et element ved bedømmelsen af tilbuddene og hvordan priserne ville blive fastsat. Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 6

Indklagede har ved de af påstand 1, 3 og 4 konstaterede overtrædelser groft tilsidesat sine forpligtelser efter EU-retten og Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, til at sikre en objektiv og ikke-diskriminerende bedømmelse af tilbuddene. Påstanden om annullation af indklagedes tildelingsbeslutning tages derfor til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed samt Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, ved om underkriteriet »Geografisk beliggenhed og offentlig befordring« alene i kravspecifikationen at fastsætte: »Det skal fremgå om transporttiden med offentlige transportmidler fra Avedøre St. til sprogcenteret overstiger 30 minutter«, uagtet et sådant fastsat underkriterium ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med de EU-retlige principper og ligebehandling og gennemsigtighed samt Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, ved i forbindelse med evalueringen af underkriteriet »Geografisk beliggenhed og offentlig befordring« at tildele AOF Sprogcenter Vestegnen det højeste mulige pointtal for underkriteriet, idet indklagede derved har givet den eksisterende leverandør og lejer af indklagedes lokaler på Hvidovre Enghave 2, AOF Sprogcenter Vestegnen, en utilbørlig konkurrencefordel.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed samt Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, ved at have tildelt tilbudsgiverne points for de enkelte underkriterier på grundlag af en vurdering af tilbuddene i forhold til hinanden.

Indklagedes beslutning af 16. juni 2009 om at indgå kontrakt med AOF Sprocenter Vestegnen annulleres.

Indklagede, Hvidovre Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Dansk Flytningehjælp, betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 5 og påstand 2 afvises.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig