

Klagenævnet for Udbud

(Erik P. Bentzen, Vibeke Steenberg, Melitta Keldebæk)

J.nr.: 2011-0024177

12. januar 2012

K E N D E L S E

Dansk Flygtningehjælp

(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

mod

Roskilde Kommune

(advokat Povl Nick Bronstein, København)

Indklagede, Roskilde Kommune, iværksatte den 18. juni 2010 indhentning af tilbud på køb af danskundervisning for voksne udlændinge i kommunen. Der er tale om indkøb af tjenesteydelse, som er omfattet af tilbudslovens afsnit II, og i overensstemmelse med lovens § 15 a, stk. 1, nr. 1, jf. § 15 c, blev der i forbindelse med tilbudsindhentningen offentliggjort en annonce elektronisk via Merzell Sourcing System (MSS) og på indklagedes hjemmeside. Undervisningen er omfattet af bilag II B til udbudsdirektivet. Indklagede har ikke offentliggjort et EU-udbud i De Europæiske Fællesskabers Tidende.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 9. juli 2010 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. Roskilde Sprogcenter
2. Klageren, Dansk Flygtningehjælp
3. AOF
4. CLAVIS sprog & kompetence (herefter CLAVIS)

Den 2. september 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med CLAVIS, og kontrakt blev herefter indgået den 7. oktober 2010.

Den 4. marts 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på et møde den 5. oktober 2011.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med reglerne for tilbudsindhentning i tilbudsloven ved at indgå kontrakt med CLAVIS, selv om kontrakten var væsentligt ændret i forhold til den kontrakt, der blev indhentet tilbud på.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige princip om gennemsigtighed ved i betingelserne for tilbudsindhentningen at have oplyst, at der var 43 medarbejdere hos den tidligere leverandør, som skulle virksomhedsoverdrages, selv om det rigtige antal medarbejdere var 34.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige princip om gennemsigtighed ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene at have lagt vægt på den procentvise andel af kursister, der består de enkelte modultest, selv om dette delkriterium vedrører tilbudsgivernes generelle egnethed og således ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige princip om gennemsigtighed ved i betingelserne for tilbudsindhentningen at have fastsat følgende uklare og skønsmæssige mindstekrav:

- 1) Tilbudsgiver skal sikre *tidssvarende* undervisningsmateriale i lokalerne, herunder adgang til pc samt studieværksted og bibliotek på den adresse, hvor undervisningen foregår.
- 2) Tilbudsgiver skal sikre *tilstrækkelige* lokaler, der er egnede til en fleksibel tilrettelæggelse af undervisningen.
- 3) Tilbudsgiver skal sikre et undervisningstilbud, der fører til *høj progres-*

sion og samordnes med kursistens øvrige forhold.

- 4) Det er et krav, at tilbudsgiver tilrettelægger en *fleksibel uddannelse, med hensyn til tid og sted, som fremmer samspillet mellem kursisternes uddannelse, aktivering og beskæftigelse.*

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige princip om gennemsigtighed ved under vurderingen af tilbuddene at have givet point for tilbudsgivernes besvarelse af spørgsmål 1 vedrørende undervisningsmateriale og lokaler, selv om det i kravspecifikationens pkt. 1 var fastsat som mindstekrav, at tilbudsgiverne skulle levere tidssvarende undervisningsmateriale og tilstrækkelige lokaler.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige princip om gennemsigtighed ved ikke tydeligt at gøre tilbudsgiverne opmærksomme på, hvad indklagede konkret ville lægge vægt på ved tilbudsgivernes besvarelse af spørgsmål 1–9, 11, 12 og 14.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de EU-retlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling ved at tage tilbuddet fra CLAVIS i betragtning, selv om dette tilbud ikke opfyldte følgende mindstekrav:

- 1) »Lokalerne skal være handicapvenlige.«
- 2) »I tilfælde af lærers sygdom skal tilbudsgiver iværksætte vikardækning fra senest dag 2.«
- 3) »Ved planlagt fravær skal tilbudsgiver iværksætte vikardækning fra dag 1.«

Påstand 8

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 2. september 2010 om at indgå kontrakt med CLAVIS.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

I betingelserne for tilbudsindhentningen er bl.a. anført følgende:

»1. Indledning

1.1. Opgavens omfang

...

Roskilde Kommune, henviste i 2009 sammenlagt 776 udenlandske borgere til danskundervisning i henhold til lovgivningen til Roskilde Sprogcenter, som kommunen frem til 31/12 2010 har driftsoverenskomst med. Der blev yderligere henvist 294 kursister dertil fra øvrige kommuner på Sjælland og i alt er 1070 kursister således blevet henvist til Roskilde Sprogcenter i 2009.

...

Mængder

Udbyder kan alene oplyse om de seneste års kursistudvikling, som er opgjort i nedenstående skema. Tilbudsgiver må på baggrund heraf selv vurdere det fremtidige kursistgrundlag og lægge det til grund for tilbudet.

...

Udbyder kan ikke garantere henvisning af borgere, der har frit valg, idet nogle af disse kan ønske og har ret til at få uddannelse på et sprogcenter, der har indgået aftale med anden kommune.

...

1.2 Personaleforhold ved virksomhedsoverdragelse

Udbud af danskuddannelsen sker med lovpligtig virksomhedsoverdragelse af personale fra Roskilde Sprogcenter, som er kommunens hidtidige leverandør. Roskilde Sprogcenter er som virksomhed ansvarlig for, at virksomhedsoverdragelsen sker i overensstemmelse med virksomhedsoverdragelsesloven. Oplysninger om medarbejdere findes i bilag 3.

Virksomhedsoverdragelsen er et anliggende mellem nuværende leverandør (overdrager) og fremtidig leverandør (erhverver). Virksomhedsoverdragelsen og deraf følgende krav er Roskilde kommune uvedkommende.«

Som bilag til betingelserne for tilbudsindhentningen var en oversigt over de medarbejdere, der var omfattet af virksomhedsoverdragelsen med angivelse af alder, ansættelsesdato, uddannelse, løn m.v.

Tildelingskriteriet var fastsat som »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, og der var fastsat følgende vægtede underkriterier:

1. Pris (60 %)
2. Kvalitet (20 %)
3. Service (20 %).

Der var hertil anført følgende vedrørende de enkelte underkriterier:

»Ved *pris* forstås:

- Den tilbudte pris for de enkelte moduler på henholdsvis danskuddannelse 1, 2 og 3.

Ved *kvalitet* forstås:

- Den procentvise andel af kursister, der består modultesten indenfor den afsatte tidsramme på de enkelte moduler.
- Tilbudsgivers beskrivelse af hvorledes den arbejdsmarkedsrettede danskundervisning vil blive opbygget, indholdet af undervisningen samt det forventede danskniveau for kursisterne ved afslutning af forløbet på de 250 timer, i forhold til de øvrige danskuddannelser.

Ved *service* forstås:

- Tilbudsgivers administrative samarbejde ved henvisninger og afregning
- Andre serviceydelser udover danskuddannelse 1, 2, og 3 i henhold til lovgivningen, som tilbudsgiver vil være i stand til at tilbyde samt den tilbudte pris på disse serviceydelser. Udbyder ønsker tilbud på særlige serviceydelser, som er beskrevet i bilag 1A.«

De enkelte underkriterier er uddybet i betingelsernes afsnit 3. »Tilbudsdisposition«. Tilbudsdispositionen beskriver de handlinger, som tilbudsgiverne skulle igennem for at afgive tilbud, herunder hvilke oplysninger indklagede skulle modtage til vurdering af tilbudsgivernes egnethed. I afsnit 3.4 »Tilbudsgivers svar om tildelingskriteriet Kvalitet« er – udover de delkriterier, som fremgår ovenfor – tillige anført delkriteriet »Undervisning og fagligt indhold samt metode og tilrettelæggelse«. Følgende fremgår endvidere:

»Tildelingskriteriet *Kvalitet* er opdelt i underkriterierne *Undervisning og fagligt indhold* samt *Metode og tilrettelæggelse*. Tilbudsgiver skal svare på nedenstående spørgsmål, der relaterer sig til disse underkriterier.

3.4.1 Undervisning og fagligt indhold

- Spørgsmål 1: Hvilke undervisningsredskaber, herunder undervisningsmaterialer, inventar, it løsninger og multimedieløsninger, tilbyder tilbudsgiver at anvende?
- Spørgsmål 2: Hvilket fjernundervisningsmateriale tilbyder tilbudsgiver at anvende?
- Spørgsmål 3: Hvordan vil tilbudsgiver sikre efteruddannelse af lærerne og, at der til stadighed er et højt fagligt niveau i undervisningen? Giv konkrete eksempler.

3.4.2 Metode og tilrettelæggelse

- Spørgsmål 4: Hvordan tilbyder tilbudsgiver at tilrettelægge visitation af nye kursister? Beskriv konkret forløb, herunder hvilke med arbejdere, der varetager opgaven?
- Spørgsmål 5: Hvordan tilbyder tilbudsgiver at differentiere den almindelige undervisning, så den tilgodeser alle kursister?
- Spørgsmål 6: Hvordan tilbyder tilbudsgiver at inddrage de forskellige faciliteter og redskaber i undervisningen? Giv konkrete eksempler
- Spørgsmål 7: Hvordan tilbyder tilbudsgiver at tilrettelægge undervisningen fleksibelt for at tilgodese fx kursisters arbejde, virksomhedspraktik, studier og lignende? Giv konkrete eksempler
- Spørgsmål 8: Hvordan forestiller tilbudsgiver sig at tilrettelægge undervisningen, så den også imødekommer kursister med særlige behov, specielt på Danskuddannelse I?
- Spørgsmål 9: Hvordan tilbyder tilbudsgiver at tilrettelægge fjernundervisning som særskilt og som integreret del af undervisningen, såfremt det ønskes? Giv konkret eksempler.

3.4.3 Den procentvise del af kursister, der består modultesten indenfor den afsatte tidsramme på de enkelte moduler.

- Spørgsmål 10: Tilbudsgiver skal kunne dokumentere eller sandsynliggøre den procentvise andel af kursisterne, der består de enkelte modultest inden for den afsatte tidsramme i henhold til kravspecifikationen.

3.4.4 Tilbudsgivers beskrivelse af hvorledes den arbejdsmarkedsrettede danskundervisning vil blive opbygget.

Spørgsmål 11: Hvordan forestiller tilbudsgiver sig at tilrettelægge Arbejdsmarkedsrettet danskundervisning, Introdansk, som beskrevet i vedtaget lovforslag nr. 64 af 11/11 2009 ...«

Indklagede havde endvidere i afsnit 3.5 »Tilbudsgivers svar om tildelingskriteriet Service« stillet yderligere spørgsmål:

»...

Spørgsmål 12: Hvordan forestiller tilbudsgiver sig at organisere samarbejdet med Roskilde Kommune omkring:

- a) administration af henvisning af kursister, afregning, tilbagemelding, statistik mv.?
- b) den lovpligtige dokumentation for fremmøde, særligt for kursister som er omfattet af aktiveringsbestemmelserne?

...

Spørgsmål 14: Tilbudsgiver bedes beskrive forslag til opbygning, indhold og pris på de ønskede serviceydelser, som udbyder har beskrevet i bilag 1A:

1. Særligt undervisningstilbud til unge flygtninge eller indvandrere i alderen 18 – 25 år
2. Særligt undervisningstilbud til traumatiserede flygtninge
3. Udvidet sprogværksted/multimediecenter
4. Sprogpraktik

...«

I bilag 1 »Ydelses- og kravspecifikation« til betingelserne for tilbudsindhentningen står bl.a.:

»Minimumskrav

Denne ydelses- og kravspecifikation definerer de minimumskrav, Roskilde Kommune som udbyder stiller til en tilbudsgiver af danskuddannelse i henhold til Lov om Danskuddannelse til Voksne udlændinge.

...

1. Tilgængelighed, placering og fysiske forhold

Det forudsættes, at undervisningen foregår i lokaler placeret centralt i Roskilde, således at der er let adgang via offentlige transportmidler. Lo-

kalerne skal være handicapvenlige.

- Tilbudsgiver skal sikre tidssvarende undervisningsmateriale i lokalerne, herunder adgang til PC samt studieværksted og bibliotek på den adresse, hvor undervisningen foregår.
- Tilbudsgiver skal sikre tilstrækkelige lokaler, der er egnede til en fleksibel tilrettelæggelse af undervisningen.

...

5. Krav til det pædagogiske og faglige indhold

Der lægges i danskuddannelsesloven vægt på en resultatorienteret uddannelse: Målet er, at kursisten skal gennemføre og afslutte en danskuddannelse indenfor en periode på 3 år, samtidig med at uddannelses tilbuddet skal støtte op om den generelle integration i samfundet og på arbejdsmarkedet.

Tilbudsgiver skal sikre et undervisningstilbud, der fører til høj progression og samordnes med kursistens øvrige forhold.

...

6. Varighed og tilrettelæggelse af forløb

I tilfælde af lærers sygdom skal tilbudsgiver iværksættes vikardækning fra senest dag 2. Ved planlagt fravær skal tilbudsgiver iværksætte vikardækning fra dag 1.

For kursister, som modtager kontanthjælp, er der et 46 ugers aktiveringskrav i lovgivningen. Derfor skal Danskuddannelserne årlig have minimum 46 ugers varighed for denne målgruppe og de undervisnings frie perioder skal fortrinsvist ligge i skoleferierne. Fuldtids sprogpraktik i perioder kan indgå som en løsning på aktiveringskravet.

Det er et krav, at tilbudsgiver tilrettelægger en fleksibel uddannelse, med hensyn til tid og sted, som fremmer samspillet mellem kursistens uddannelse, aktivering og beskæftigelse.

Tilbudsgiver skal også kunne tilbyde kursisterne undervisning uden for kursistens arbejdstid, lokalt i tilknytning til virksomhederne, ligesom tilbudsgiver skal tilbyde udannelse lokalt, som ikke er virksomhedsforlagt udannelse.

Tilbudsgiver skal være indstillet på at de kursister, som er henvist i henhold til en jobplan eller integrationskontrakt, skal deltage i danskundervisningen 3 dage om ugen, således at der er mulighed for, at disse kursister kan henvises til sprog- eller virksomhedspraktik de øvrige 2

dage om ugen. Udbyder lægger vægt på, at tilrettelæggelsen af det samlede tilbud (danskundervisning og praktikforløb) så vidt muligt ligner en almindelig arbejdsuge. For kursister som er omfattet af aktiveringsbestemmelse stiller udbyder krav om 18 timers undervisning om ugen.

Udbyder lægger vægt på at kursisterne gennemfører og består danskuddannelsen på kortest mulig tid.«

Under tilbudsindhentningen besvarede indklagede en række spørgsmål, og der blev bl.a. stillet følgende spørgsmål vedrørende antallet af medarbejdere hos den eksisterende leverandør:

»27) Medarbejdergruppen oplistet i Bilag 3 forekommer meget stor i forhold til den udbudte opgave. Kan det oplyses om nogle af de oplistede medarbejdere i en del af deres arbejdstid arbejder med andet end danskuddannelse for den nuværende leverandør? I givet fald: Hvilke medarbejdere og med hvilken andel? Fastholdes det på denne baggrund, at en eventuel ny leverandør er forpligtet til at overtage samtlige oplistede medarbejdere i den i bilaget angivne ansættelsesgrad?

Svar: De oplyste medarbejdere arbejder alene med opgaver omkring den lovpligtige danskuddannelse.«

Klageren anførte i sit tilbud, at undervisningen ville finde sted fra adressen Maglehøjen 6 i Roskilde. Der var tale om en central placering, men alligevel i rolige og grønne omgivelser. Bygningen var handicapvenlig. Vedrørende lokalerne blev det bl.a. oplyst, at der ville være de nødvendige faciliteter, f.eks. tavle/whiteboard, computere, smartboard, dokumentkamera, mobilteknologi og flipover. Lokalerne ville blive indrettet, så der både var mulighed for klasseundervisning og arbejde i mindre grupper, par og individuelt. Indretningen ville dermed understøtte fleksible arbejdsformer. Der ville endvidere over alt på skolen være strømforsyningsmuligheder, så kursisterne kunne sidde rundt omkring på centret med deres bærbare maskiner.

Af indklagedes evalueringsrapport af 19. juli 2010 fremgår, at CLAVIS ved tilbudsvurderingen opnåede flest point med 98, klageren blev nr. 2 med 95 point, Roskilde Sprogcenter nr. 3 med 89 point og AOF nr. 4 med 87 point. I indklagedes evalueringsskema, som indeholder pointtildelingen ved vurderingen af tilbuddene i forhold til de stillede spørgsmål/delkriterier til underkriterierne »Kvalitet« og »Service«, har indklagede under overskriften »Bemærkninger« ved spørgsmål 1 skrevet: »Pointgivning: fx faciliteter, udvikling af undervisningsmateriale bemanding i studiecenter og åbningstid.«

Ved spørgsmål 2 står: »Pointgivning: fx udvalg og udvikling af undervisningsmateriale«. Ved spørgsmål 3–9, 11 og 12 står: »Pointgivning ud fra den enkelte beskrivelse«. Ved spørgsmål 10 står: »Forholdsmæssig pointgivning med 20 % til den højeste beståelses %.«

CLAVIS har i sit tilbud ved besvarelsen af spørgsmål 10 oplyst, at beståelsesprocenten i 2009 var på 95,97. Ifølge evalueringsskemaet opnåede CLAVIS 19,70 point ved besvarelsen af spørgsmålet, mens klageren opnåede 20, som var det maksimale antal point.

Indklagede oplyste i underretningen af 2. september 2010 til tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen, at det navnlig var tilbudsprisen, der havde været udslagsgivende, idet CLAVIS' pris lå 23,5 % under den pris, som indklagede hidtil havde betalt for danskuddannelsen. Klagerens pris lå 19,3 % under den hidtidige pris. Vedrørende underkriterierne »Kvalitet« og »Service« var der stor ligeværdighed mellem tilbuddene fra CLAVIS, klageren og Roskilde Sprogcenter.

I en e-mailkorrespondance mellem direktøren for Roskilde Sprogcenter, Pia Sindbjerg, og bestyrelsesformanden for sprogcentret, Jørgen Ammendrup Sloth, den 9. november 2010 kom det frem, at Pia Sindbjerg havde oplyst et for højt antal medarbejdere/årsværk til brug for tilbudsindhentningen. Pia Sindbjerg skrev bl.a.:

»Nu har jeg gennemgået de aktuelle aktiviteter på det tidspunkt, hvor jeg indleverer listen til personaleafdelingen. ...
Der er så i alt 5 årsværk til FVU, IDV og LBR. Og 30 til dansk.
...

Grunden til at jeg oplyste alle årsværk ind skyldtes dels at jeg ikke var klar over alvoren i det dels at jeg nødig ville sætte navn på aktuelle lærere, da udbudsmaterialet jo var åbent for alle. ...
Desuden var det vanskeligt at sætte navne på, da aktiviteterne er spredt ud over en række personer, som jeg nødig ville undvære.
Jeg troede – naivt – at den der vandt selvfølgelig ville videreføre alle aktiviteter. Og så troede jeg selvfølgelig også at vi vandt.
Jeg ønskede ikke at bringe unødigt uro på arbejdspladsen, før det måtte blive nødvendigt som følge af nedskæringer på danskundervisningen.«

Jørgen Ammendrup Sloth orienterede bl.a. administrationschef Maria Tvarnø hos indklagede ved e-mail den 9. november 2010. Maria Tvarnø skrev

en af de følgende dage tilbage til Jørgen Ammendrup Sloth, at CLAVIS som følge af oplysningerne fra Pia Sindbjerg om antal medarbejdere, havde modtaget forkerte oplysninger om, hvor mange årsværk der skulle virksomhedsoverdrages. Hun anmodede derfor Roskilde Sprogcenter om at orientere CLAVIS og om tage skridt til at sikre, at CLAVIS ikke fik personale overdraget, som virksomheden ikke var forpligtet til at overtage. Indklagede krævede endvidere, at Pia Sindbjergs seneste liste over medarbejdere blev gennemgået af en anden ansvarlig.

Der blev herefter den 23. november 2010 afgivet en erklæring fra Roskilde Sprogcenters revisor med en opgørelse over medarbejdere. Opgørelsen viste, at 34,35 årsværk ud af Roskilde Sprogcenters samlede årsværk vedrørte danskundervisningen af voksne udlændinge.

Efter en henvendelse fra klageren med anmodning om annullering af tilbudsindhentningen skrev indklagede den 4. januar 2011 til klageren:

»...

Kommunen erkender at oplysningerne i udbudsgrundlaget om antallet af fuldtidsnormeringer, der skulle overdrages ikke var helt korrekt og, at dette ikke har været i fuld overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet. Dog vurderer kommunen, at den faktiske normering ikke afviger så væsentligt fra den oplyste normering, at beskrivelsen af den udbudte opgave har afvejet grundlæggende for den faktiske opgave, som skulle overdrages. Kommunen vurderer ikke at have tilsidesat ligebehandlingsprincippet, idet samtlige eksterne tilbudsgivere har modtaget de samme om end mangelfulde oplysninger omfattende normeringen, der skulle overtages. Udfaldet af udbudssagen har været, at der er indgået kontrakt med en af de eksterne tilbudsgivere, som trods de mangelfulde oplysninger alle har været lige stillet, da de afgav deres tilbud.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at den kontrakt, som indklagede har indgået med CLAVIS, afviger væsentligt fra den kontrakt, som indklagede indhentede tilbud på. Antallet af medarbejdere, som skulle virksomhedsoverdrages, var oplyst til 43, men udgjorde reelt kun 34. Dette havde stor betydning

for klagerens tilbud, hvor prisen blev fastsat ud fra den forudsætning, at 43 medarbejdere skulle virksomhedsoverdrages. Da kontrakten med CLAVIS afviger væsentligt fra den kontrakt, der blev indhentet tilbud på, har indklagede reelt foretaget en direkte tildeling. Det er uden betydning, at klageren og CLAVIS afgav tilbud på samme grundlag.

Indklagede har gjort gældende, at ændringen i antallet af virksomhedsoverdraget medarbejdere fra 43 til 34 ikke udgør en væsentlig ændring af den kontrakt, der blev indhentet tilbud på. Efter betingelserne for tilbudsindhentningen skulle tilbudsgiverne selv vurdere det fremtidige kursistgrundlag. Oplysningerne i betingelserne for tilbudsindhentningen var et øjebliksbillede af indklagedes historiske forbrug, og tilbudsgiverne måtte forvente, at der kunne ske ændringer i antallet af medarbejdere, der skulle virksomhedsoverdrages. Både klageren og CLAVIS afgav tilbud på grundlag af de samme oplysninger.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at den omstændighed, at direktøren for Roskilde Sprogcenter bevidst afgav forkerte oplysninger om antallet af medarbejdere, skaber en formodning om, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Bevisbyrden for, at ingen tilbudsgiver har opnået fordele ved, at oplysningerne om antallet af medarbejdere hos Roskilde Sprogcenter var forkerte, påhviler indklagede, og indklagede har ikke løftet denne bevisbyrde.

Indklagede har gjort gældende, at tilbudsgiverne konkurrerede på et lige og gennemsigtigt grundlag. Vilkårene for tilbudsafgivelsen var ens for alle tilbudsgivere. Først efter tilbudsindhentningen og tildelingsbeslutningen blev indklagede bekendt med, at antallet af medarbejdere, der skulle virksomhedsoverdrages, var mindre end 43. Antallet af medarbejdere havde ingen betydning for indklagedes vurdering af tilbuddene.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at tilbudsgivernes besvarelse af spørgsmål 10 i betingelserne for tilbudsindhentningen vedrører tilbudsgivernes historiske resultater og dermed deres generelle egnethed. Indklagede har dermed sammenblandet egnetheds- og tildelingskriterier. Det er uden betydning, at til-

budsindhentningen er gennemført i medfør af tilbudslovens afsnit II. Indklagede skal også i den forbindelse overholde de EU-retlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling.

Indklagede har i første række gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling ved at lægge vægt på den procentvise andel af kursister, der ville bestå de enkelte modultest. Alle tilbudsgivere konkurrerede på et lige og gennemsigtigt grundlag og skulle afgive tilbud på samme vilkår. Besvarelsen af betingelsernes spørgsmål 10 havde til formål og var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Vurderingsgrundlaget – beståelsesprocenten – i relation til underkriteriet »Kvalitet« var 1) direkte knyttet til kontraktgenstanden, 2) tillagde ikke indklagede et ubetinget frit valg og var 3) udtrykkeligt anført i betingelserne for tilbudsindhentningen.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at et underkriterium, der vedrører tilbudsgiverne generelt, alligevel kan finde anvendelse som underkriterium ved indklagedes identifikation af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet der er tale om tilbudsindhentning efter tilbudslovens afsnit II, hvor indklagede efter forarbejderne til tilbudsloven har stor frihedsgrad ved tilrettelæggelsen af proceduren.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at det er i strid med det EU-retlige princip om gennemsigtighed, at det ikke er muligt på objektivet grundlag entydigt at fastslå, hvad der udgør 1) et *tidssvarende* undervisningsmateriale, 2) *tilstrækkelige* lokaler, 3) et undervisningstilbud, der fører til *høj progression*, og 4) en *fleksibel uddannelse, med hensyn til tid og sted, som fremmer samspillet mellem kursistens uddannelse, aktivering og beskæftigelse*, selv om indklagede har fastsat disse kriterier som mindstekrav.

Indklagede har gjort gældende, at de fastsatte mindstekrav ikke er uklare og skønsmæssige. Vedrørende *tidssvarende* undervisningsmateriale fremgår det af betingelserne for tilbudsindhentningen, at det undervisningsmateriale, der skal tilbydes, skal indebære adgang til pc, studieværksted og bibliotek. Udtrykket »herunder« i den forbindelse er en tydeliggørelse af mindstekravet. Kravet om *tilstrækkelige* lokaler er heller ikke uklart eller skønsmæssigt, idet det skal læses i forhold til det indledende afsnit, hvor der står, at

lokalerne skal være placeret centralt i Roskilde med let adgang via offentlige transportmidler, og de skal være handicapvenlige. Med *høj progression* menes, at kursisterne inden for en periode på 3 år skal udvikle deres sproglige kompetencer, så de kan afslutte danskuddannelsen i overensstemmelse med lov om danskuddannelse til voksne udlændinge. Med hensyn til *fleksibel uddannelse* fastsætter pkt. 6 i bilag 1 til betingelserne for tilbudsindhentningen på klar og entydig vis mindstekravene i relation til varigheden og tilrettelæggelsen af undervisningsforløbet. Samtlige tilbudsgivere opfyldte i øvrigt kravspecifikationernes mindstekrav.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige princip om gennemsigtighed ved at have lagt vægt på tilbudsgivernes besvarelse af spørgsmål 1 for så vidt angår undervisningsmateriale og lokaler (faciliteter), da det ifølge kravspecifikationernes pkt. 1 var et mindstekrav, at tilbudsgiverne dels leverede tidssvarende undervisningsmateriale, dels leverede tilstrækkelige lokaler.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed, idet delkriterierne i forhold til underkriteriet »Kvalitet« fremgår af betingelsernes pkt. 3.4, og idet indklagede ved delkriterierne etablerede et lige og gennemsigtigt konkurrencegrundlag, der gik ud over de fastsatte mindstekrav til »tidssvarende undervisningsmateriale«. Spørgsmål 1 indeholder ikke en henvisning til »tilstrækkelige lokaler«, som derfor ikke er relevant ved afgørelsen af, om gennemsigtighedsprincippet er overtrådt ved det stillede spørgsmål. Indklagede havde, udover fastsættelse af mindstekrav til »tidssvarende undervisningsmateriale« og »tilstrækkelige lokaler« i kravspecifikationerne, herudover med bl.a. spørgsmål 1 udpeget de delkriterier til underkriteriet »Kvalitet«, som ville indgå ved vurderingen af tilbuddene. Tilbudsgiverne har således haft konkret mulighed for at konkurrere om, »hvilke undervisningsredskaber, herunder undervisningsmaterialer, inventar, it løsninger og multimedieløsninger«, de ville tilbyde udover det fastsatte mindstekrav om »tidssvarende undervisningsmateriale.«

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet ved ikke i betingelserne for tilbudsindhentningen kon-

kret at beskrive, hvad indklagede ville lægge vægt på ved tilbudsgivernes besvarelse af spørgsmål 1–9, 11, 12 og 14. Indklagede har navnlig ikke ved spørgsmål 1 og 2 oplyst, som det fremgår af evalueringsskemaet, at indklagede ville lægge vægt på elementer som »faciliteter«, »udvalg og udvikling af undervisningsmateriale« og »bemanding i studiecenter og åbningstid«. Vedrørende de øvrige spørgsmål har indklagede alene anført »Pointgivning udfra den enkelte beskrivelse«. Dette er ikke tilstrækkeligt, da det ikke tydeligt viser, hvad der konkret indgik i vurderingen.

Indklagede har gjort gældende, at tilbuddene er evalueret inden for rammerne af betingelserne for tilbudsindhentningen. Det fremgår tydeligt af betingelserne, hvilket underkriterium de enkelte spørgsmål relaterede sig til. Tilbudslovens afsnit II fastsætter ingen specifikke procedurekrav til vægtning, tilrettelæggelse og beskrivelse af underkriterier, herunder delkriterier til underkriterierne. Alle tilbudsgivere har haft adgang til de samme oplysninger, og tilbuddene er blevet vurderet i forhold til samme kriterier. Indklagede har ikke handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet ved ikke at fastsætte yderligere specifikation af delkriterier i relation til de omhandlede spørgsmål.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at indklagede havde en selvstændig pligt til at undersøge, om CLAVIS' tilbud opfyldte samtlige mindstekrav i betingelserne for tilbudsindhentningen. Da tilbuddet fra CLAVIS ikke opfyldte de mindstekrav, som fremgår af påstanden, har indklagede været forpligtet til ikke at tage tilbuddet i betragtning.

Indklagede har gjort gældende, at tilbuddet fra CLAVIS ikke indeholdt nogen forbehold, og indklagede var derfor berettiget til at lægge til grund, at tilbuddet opfyldte de fastsatte mindstekrav i betingelserne for tilbudsindhentningen, selv om tilbuddet ikke indeholdt en udtrykkelig oplysning om, at mindstekravene var opfyldt. CLAVIS' tilbud måtte anses som en accept af, at mindstekravene var opfyldt. Indklagede havde ikke i øvrigt særlig anledning til at kontrollere, om tilbuddet opfyldte mindstekravene.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at tilbudsindhentningen har været behæftet

med så væsentlige fejl, at indklagedes tildelingsbeslutning skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at klagenævnet ikke har grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Antallet af medarbejdere, der skulle virksomhedsoverdrages, blev fejlagtigt oplyst af den tidligere leverandør af danskuddannelse for voksne udlændinge, Roskilde Sprogcenter, til at være 43 i stedet for 34. Medarbejderne var ikke en del af den ydelse, der blev indhentet tilbud på, og virksomhedsoverdragelsesloven regulerer ikke forholdet mellem en ordregiver og en tilbudsgiver, men derimod forholdet mellem den tidligere og fremtidige leverandør. Hverken indklagede eller CLAVIS var bekendte med det rigtige antal medarbejdere, og alle tilbudsgivere har afgivet tilbud på samme (forkerte) grundlag.

Selv om antallet af virksomhedsoverdraget medarbejdere blev ændret fra de 43, som fremgår af betingelserne for tilbudsindhentningen, til 34, som blev lagt til grund ved indklagedes kontraktindgåelse med CLAVIS, er der ikke tale om en væsentlig ændring, som medfører, at indklagede har overtrådt reglerne for tilbudsindhentning.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

Indklagede modtog først den 9. november 2010 oplysninger om, at antallet af medarbejdere, der skulle virksomhedsoverdrages, var lavere end 43 som oplyst af Roskilde Sprogcenter. Indklagede havde ikke grundlag for at antage, at oplysningen var forkert. På denne baggrund, og da der ikke i øvrigt er grundlag for at konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed, tager klagenævnet ikke påstanden til følge.

Ad påstand 3

Ved køb af en ydelse som danskundervisning for voksne udlændinge er det af stor betydning, at undervisningen fører til, at så stort et antal kursister som muligt lærer dansk. Efter spørgsmål 10 i betingelserne for tilbudsindhentningen skulle tilbudsgiverne dokumentere eller sandsynliggøre den procentvise andel af kursisterne, der består de enkelte modultest inden for den afsatte tidsramme. Tilbudsgiverne er ikke ved spørgsmålet anmodet om at oplyse beståelsesprocenten ved tidligere gennemførte undervisningsforløb. Da beståelsesprocenten, som tilbudsgiverne skulle oplyse, angik den konkrete ydelse, indklagede indhentede tilbud på, og dermed var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, tager klagenævnet ikke påstanden til følge.

Ad påstand 4

Indklagede har som mindstekrav bl.a. krævet, at tilbudsgiver skal sikre *tidssvarende* undervisningsmateriale i lokalerne, herunder adgang til pc samt studieværksted og bibliotek på den adresse, hvor undervisningen foregår, at tilbudsgiver skal sikre *tilstrækkelige* lokaler, der er egnede til en fleksibel tilrettelæggelse af undervisningen, at tilbudsgiver skal sikre et undervisningstilbud, der fører til *høj progression* og samordnes med kursistens øvrige forhold, og at tilbudsgiver skal tilrettelægge en *fleksibel uddannelse* med hensyn til tid og sted, som fremmer samspillet mellem kursisternes uddannelse, aktivering og beskæftigelse.

Efter kravenes beskaffenhed og under hensyn til den subjektivitet, der er knyttet til at bedømme, 1) om undervisningsmaterialet er tidssvarende, 2) hvor mange lokaler der er tilstrækkelige, 3) hvor meget der skal til, før der er tale om høj progression, og 4) hvornår der er tale om en fleksibel uddannelse, er det klagenævnets vurdering, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 5

Indklagede fastsatte i kravspecifikationerne bl.a. mindstekrav om, at tilbudsgiverne skulle tilbyde »tidssvarende undervisningsmateriale« og »til-

strækkelige lokaler«. Uanset disse mindstekrav, har tilbudsgiverne ved det stillede spørgsmål 1, der ikke indeholder nogen henvisning til »tilstrækkelige lokaler«, haft mulighed for at konkurrere om, hvilke undervisningsredskaber de ville anvende. Indklagede har i den forbindelse eksemplificeret, at tilbudsgiverne kunne konkurrere på undervisningsmateriale, inventar, it løsninger og multimedieløsninger.

Da indholdet af mindstekravene og delkriteriet i form af det stillede spørgsmål 1 ikke har hindret tilbudsgivernes konkurrence eller medført en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet, tager klagenævnet ikke påstanden til følge.

Ad påstand 6

Der er ikke i tilbudslovens afsnit II krav om, at en ordregiver ved tilbudsindhentning skal oplyse delkriterierne til de fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« i betingelserne for tilbudsindhentningen.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 7

Indklagede har ikke ved fastsættelsen af mindstekravene krævet, at tilbudsgiverne bekræfter, at mindstekravene er opfyldt i tilbuddene. På denne baggrund, og da tilbuddet fra CLAVIS ikke indeholder forbehold over for mindstekravene, har indklagede været berettiget til at lægge til grund, at tilbuddet opfyldte mindstekravene. Indklagede havde ikke i øvrigt anledning til at kontrollere, at kravene var opfyldt.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 8

Det er oplyst, at alle tilbudsgivere opfyldte kravspecifikationernes mindstekrav. Herefter, og da der ikke i øvrigt er grundlag for at antage, at den overtrædelse, som klagenævnet har konstateret ad påstand 4, har haft konkret betydning for indklagedes tildelingsbeslutning, tager klagenævnet ikke påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med det EU-retlige princip om gennemsigtighed ved i betingelserne for tilbudsindhentningen at have fastsat følgende uklare og skønsmæssige mindstekrav:

- 1) Tilbudsgiver skal sikre *tidssvarende* undervisningsmateriale i lokalerne, herunder adgang til pc samt studieværksted og bibliotek på den adresse, hvor undervisningen foregår.
- 2) Tilbudsgiver skal sikre *tilstrækkelige* lokaler, der er egnede til en fleksibel tilrettelæggelse af undervisningen.
- 3) Tilbudsgiver skal sikre et undervisningstilbud, der fører til *høj progression* og samordnes med kursistens øvrige forhold.
- 4) Det er et krav, at tilbudsgiver tilrettelægger en *fleksibel uddannelse, med hensyn til tid og sted, som fremmer samspillet mellem kursisternes uddannelse, aktivering og beskæftigelse.*

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1–3 og 5–8.

Indklagede, Roskilde Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Dansk Flygtningehjælp, betale 5.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig