

K E N D E L S E

Den Selvejende Institution Ringkøbing Svømmehal
(selv)

mod

Ringkøbing-Skjern Kommune
(advokat Henrik Holtse, København)

Klagenævnet har den 23. marts 2017 modtaget en klage fra Den Selvejende Institution Ringkøbing Svømmehal.

Den Selvejende Institution Ringkøbing Svømmehal har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Ringkøbing-Skjern Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 16 og svarskrift med bilag A – F.

Klagenævnet har desuden den 7. april 2017 modtaget ”supplerende klagebrev” med bilag 17 – 20, hvori Den Selvejende Institution Ringkøbing Svømmehal, der af Ringkøbing-Skjern Kommune har fået afslag på en anmodning om aktindsigt, anmoder om ”forlængelse af Stand-still perioden indtil endelig afgørelse træffes, således at alle sagens akter kan indgå i

vurderingen.” Klagenævnet opfatter det supplerende klagebrev som en (forny)et) anmodning om, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have lavet forudgående aftale med vinderen af udbuddet.

...

Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at lave et udbud, der alene har til formål, at gøre det politisk muligt, at fravælge en bestemt leverandør.

...

Påstand 3:

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have lavet et udbud, der handler om visioner, selvom det med alt tydelighed, er en økonomisk diskussion om en leje-indtægt, der har været afgørende for udbuddets afgørelse.

...

Påstand 4:

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at svare på relevante spørgsmål, der er fremsendt inden fristens udløb.

...

Påstand 5:

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i udbudsmaterialet at offentliggøre et dokument ”Nugældende driftsaftale”, der ikke er den nugældende kontrakt.

...

Påstand 6:

Klagenævnet skal tillægge klagen opsættende virkning og forlænge stand-still perioden på 10 dage fra 14. marts 2017, indtil klagen er behandlet.

Påstand 7:

Klagenævnet skal annullere Ringkøbing-Skjern Kommunes beslutning af 14. marts 2017 om at indgå kontrakt med ROFI-Centret.

...”

Ringkøbing-Skjern Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse (”forhåndsmeddelelse og indkaldelse af tilbud”) nr. 2017/S 025-044352 af 2. februar 2017, offentliggjort den 4. februar 2017, anmodede Ringkøbing-Skjern Kommune om tilbud på drift af Ringkøbing Svømmehal. Kontraktens anslåede årlige værdi er oplyst til 1,45 mio. kr. og kontraktperioden til 6 år fra den 1. januar 2018. Den samlede værdi er således 8,7 mio. kr. Udbuddet er gennemført i henhold til udbudslovens afsnit III, jf. § 7.

I pkt. II.2.4 er anført:

”Der er tale om en omvendt licitation, således at kontrakten tildeles til den tilbudsgiver, der bedst opfylder kommunens krav til vision og handleplan, jf. udbudsmaterialet, for det årlige driftstilskud.”

Det samlede udbudsmateriale var offentligt tilgængeligt i kommunens indkøbssystem.

Af udbudsbetingelserne fremgår, at driftstilskuddet fra Ringkøbing-Skjern Kommune i 2017 udgør 1.445.000 kr.

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. 1.6, Tildelingskriterier, fremgår, at tildeling af driftsaftalen foregår efter en vurdering af, hvem der bedst opfylder kommunens ønsker for vision og handleplan for svømmehallens udvikling for det angivne driftstilskud. Af pkt. 3, Kvalitet, fremgår nærmere, at tilbudsgiverne skal fremsende ”en vision og handleplan” for udvikling af svømmehallen, hvorefter der opregnes en række punkter, som vil indgå i vurderingen heraf.

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. 2, Opgavebeskrivelse, fremgår om ”Udleje af lokaler”:

”Driftsherren har mulighed for at udleje svømmehallen og de øvrige lokaler, herunder selskabslokale, i bygningen til markedspris. Samtlige indtægter i forbindelse hermed mv. tilfalder driftsherren. Pt. er der udlejet lokaler til privat drevet cafe og til privat drevet motionscenter. De nuværende lejeaftaler kan rekvireres hos Per Høgh Sørensen, leder af Kultur, Natur & Fritid og Bibliotekerne, Ringkøbing-Skjern Kommune.

Driftsherren kan udleje lokaler til liberalt erhverv på markedsvilkår. Udlejningskontrakter skal forud for indgåelse godkendes skriftligt af Ringkøbing-Skjern Kommune. Kontrakterne skal udformes således at alle udgifter og indtægter tydeligt fremgår af lejekontrakten, samt at alle forbrugs- og vedligeholdelsesudgifter ved lejemålet påhviler lejer.”

Kommunen modtog tilbud fra Den Selvejende Institution Ringkøbing Svømmehal (DSI) og fra ROFI-centret.

Kommunen meddelte ved mail af 14. marts 2017 de to tilbudsgivere, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten til ROFI-centret. Om begrundelsen anføres i mailen:

”På baggrund af de i udbudsmaterialet opstillede kriterier for tildeling af kontrakten finder administrationen, at tilbuddet fra ROFI bedst opfylder kommunens krav til drift af svømmehallen, idet ROFI besvarer samtlige de i udbudsmaterialet angivne eksempler på udvikling af svømmehallen med konkrete handleplaner. Herunder tilbyder ROFI en driftsmæssig optimering af svømmehallens tekniske anlæg gennem samarbejde med andre af kommunens svømmehaller.

...

Tilbuddet fra DSI indeholder hovedsageligt en beskrivelse af de nuværende aktiviteter, mens udviklingen af svømmehallens aktiviteter for nye brugergrupper er knyttet op på større investeringer i nye fysiske rammer, hvoraf en del ligger ud over aftaleperioden.”

Ved mail af 21. marts 2017 til en række foreninger (modtagerne er slettet af DSI) meddelte ROFI-centret bl.a.:

”I forbindelse med afgørelsen af udbuddet om driften af Ringkøbing Svømmehal, har et par foreninger der i dag har timer i Ringkøbing Svømmehal kontaktet mig.

For at undgå usikkerhed, vil vi gerne slå fast overfor alle foreninger, lejere og andre interessenter at alle nuværende indgåede aftaler, naturligvis vil blive overholdt fra vores side og vi vil glæde os til det fremtidige samarbejde og den kommende dialog.

Da der er tale om en omvendt licitation, er vi pt. i en 10 dages stand still periode, med andre ord er der stadig en del formalia der skal på plads før kontrakten officielt kan underskrives mellem Ringkøbing-Skjern Kommune og ROFI-Centret.”

Af det supplerende klageskrift fremgår, at ROFI har været medlem af DSI siden den 23. februar 2003, men igennem årene ikke har deltaget i generalforsamlingen. Bestyrelsen i DSI tvivler derfor på, at ROFI reelt har ønsket at ændre driften af Ringkøbing Svømmehal, endsige ønsket at overtage driften eller bare påvirke driften.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

DSI har gjort gældende, at formanden for kommunens Kultur- og Fritidsudvalg, Kristian Ahle, allerede den 15. marts 2017, inden udløb af stand-still og inden de økonomiske forhandlinger om kontrakten, til dagspressen har udtalt, at den vindende part ikke vil modtage lejeindtægt på 180.000 kr. Dette er i modstrid med udbudsmaterialets ordlyd. DSI har desuden henvist til ROFI-centrets mail af 21. marts 2017.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke forud for udbuddet har indgået aftale med ROFI-centret (eller andre) vedrørende tildeling af kontrakt. Henvisningen til en avisartikel, hvoraf det fremgår, at den vindende tilbudsgiver ikke vil modtage lejeindtægten fra udlejning oveni driftstilskuddet, beror for det første på en misforståelse. Der er ikke indgået aftale mellem kommunen og ROFI-centret om lejeindtægten. Det gælder derfor, som det fremgår af udbudsmaterialet, at kommunen skal godkende eventuelle lejekontrakter, og hvis der kan opnås godkendelse, vil lejeindtægten tilfalde ROFI-centret.

For det andet understøtter avisartiklen ikke påstanden om, at der er indgået forudgående aftaler.

For det tredje er der ikke tale om en fordel for ROFI-centret - tværtimod - hvis kommunen på et senere tidspunkt ikke vil godkende en lejekontrakt, og ROFI-centret derfor ikke modtager en lejeindtægt. Det har derfor ingen udbudsretlig relevans, hvad kommunen og ROFI-centret aftaler vedrørende fremtidige lejeindtægter inden for de i udbudsmaterialet angivne rammer, da det er et kontraktretligt anliggende.

At den vindende tilbudsgiver har udsendt en e-mail til foreninger med tilknytning til svømmehallen vedrørende et fremtidigt samarbejde, kan kommunen for det første ikke holdes ansvarlig for. For det andet fremgår det udtrykkeligt af e-mailen, at den vindende tilbudsgiver henviser til, at endelig kontrakt ikke er indgået, da der afventes udløb af standstill perioden. Der er derfor kun tale om en orientering til mulige fremtidige samarbejdspartnere, hvor det udtrykkeligt gøres opmærksom på, at der ikke er indgået endelig aftale om drift af svømmehallen.

Det er uklart, hvorledes den vindende tilbudsgivers e-mail skulle kunne dokumentere, at kommunen har indgået aftale med den vindende tilbudsgiver inden udbuddet. I det hele taget er påstanden udokumenteret, idet de fremlagte dokumenter ingen relevans eller sammenhæng har med den nedlagte påstand.

Kommunen har ikke indgået forudgående aftaler, men har derimod gennemført et udbud. Alle har haft lige mulighed for at afgive tilbud, og der er foretaget en evaluering af de indkomne tilbud i overensstemmelse med udbudsloven.

Ad påstand 2

DSI har gjort gældende, at det fremgår af mailkorrespondance samt artikler i Dagbladet Ringkøbing-Skjern, at formanden for kommunens Kultur- og Fritidsudvalg, Kristian Ahle, allerede i sommeren 2016 har ført forhandlinger med den vindende part. DSI har henvist til en artikel af 27. april 2016 med overskriften ”Svømmehal og udvalg er uenige om pris”. Som det fremgår af mail af 15. juli 2016, skal der af juridiske årsager gennemføres et udbud. Ligeledes er udtalelser fra udvalgsformanden i Dagbladet Ringkøbing-Skjern den 19. december 2016, gengivet i artiklen med overskriften ”Ahle til svømmehalsbestyrelse: Nu stopper festen” meget tydeligt i strid med kravet om ligebehandling.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at det gennemførte udbud ikke har været et ”udbud på skrømt”. Avisartiklen fra 27. april 2016 omtaler, at kommunens Kultur- og Fritidsudvalg ville undersøge, om det var muligt at drive svømmehallen på andre vilkår, end hvad DSI dengang var villig til. Artiklen understøtter ikke DSI’s påstand.

Avisartiklen fra 19. december 2016 omtaler kommunens Kultur- og Fritidsudvalgs holdning til DSI’s administration af driftsopgaven. Den beskriver forhold, der ligger forud for udbuddet, og viser alene baggrunden for, at kommunen valgte at gennemføre et udbud. Det fremgår af artiklen, at kommunen forventede tilbud fra mindst to tilbudsgivere, heriblandt DSI. Der er intet i artiklen, der understøtter DSI’s påstand om, at udbuddet var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Af en e-mail fra den 2. juni 2016 fra kulturudvalgsformanden, Kristian Ahle, fremgår alene, at kommunen afslår et tilbud om et møde med DSI. Indholdet af denne e-mail har ingen relevans for DSI’s påstand.

Endelig er der intet i den e-mail af 15. juli 2016 fra kulturudvalgsformanden, Kristian Ahle, med omtale af forskellige forhold om samarbejdet med DSI og oplysning om, at svømmehallens fremtidige drift sendes i udbud, der understøtter DSI’s påstand.

Da DSI således ikke har fremlagt relevant dokumentation eller anført anbringender, som understøtter påstanden, skal påstanden – der er urigtig, udokumenteret og ikke er begrundet med relevante anbringender – ikke tages til følge.

Ad påstand 3

DSI har ikke formuleret anbringender, men henvist til de samme mails og artikler som beskrevet ad påstand 2 og tillige til en avisartikel af 15. marts 2017 med overskriften ”ROFI får færre penge til at drive svømmehallen.”

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at tildelingskriteriet i udbuddet var, hvem der bedst opfyldte kommunens ønsker til vision og handleplan for svømmehallens udvikling for det angivne driftstilskud.

Driftstilskuddet var et fast beløb, hvorfor der var tale om en omvendt licitation.

Evaluering af de to indkomne tilbud skete på grundlag af det angivne tildelingskriterium, og kommunen har ikke inddraget forholdet om, hvorvidt en eventuel lejeindtægt skal tilfalde kommunen, i evalueringen. Dette fremgår modsætningsvist af referatet af udvalgsrådet, eftersom forholdet om lejeindtægt ikke er nævnt under evalueringsrådet.

De avisartikler og e-mails, som DSI henviser til, vedrører forhold før udbuddet eller kommunens overvejelser om at igangsætte et udbud. Der er intet heri, som dokumenterer DSI's påstand om, at kommunen reelt har anvendt et andet tildelingskriterium end det, der var fastsat.

Ad påstand 4

DSI har ikke formuleret anbringender, men henvist til et bilag med gengivelse af DSI's spørgsmål til kommunen (1, a og b) og kommunens svar samt til, at DSI er bekendt med, at "spørgsmål/svar" ikke er sendt til alle, der har udtrykt interesse for udbuddet.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at bilagets e-mail korrespondance viser DSI's spørgsmål og kommunens svar herpå. Det fremgår ikke af DSI's argumentation, hvordan bilaget skulle understøtte, at kommunen ikke har besvaret relevante spørgsmål. Kommunens svar er fyldestgørende. Påstanden, der er uklar og udokumenteret, skal derfor ikke tages til følge.

Ad påstand 5

DSI har ikke formuleret anbringender, men henvist til, at den gældende driftsaftale mellem kommunen og DSI ikke er den, som var vedlagt udbudsmaterialet.

Ringsted-Skjern Kommune har gjort gældende, at udbudsmaterialet indeholder en beskrivelse af den udbudte opgave i afsnit 2. Supplerende hertil er til udbudsmaterialet vedlagt en driftsaftale, men det fremgår tydeligt af udbudsmaterialet, at denne kun har orienterende karakter, idet den kom-

mende driftsaftale fastsættes mellem kommunen og den valgte tilbudsgiver på grundlag dennes tilbud.

Det har derfor ingen betydning for tilbudsgrundlaget, hvis den driftsaftale, der er vedlagt udbudsmaterialet, ikke var den seneste version af driftsaftalen mellem kommunen og DSI, da den endelige driftsaftale udtrykkeligt kunne blive formuleret anderledes. Den vedlagte driftsaftale var alene af orienterende karakter, og i det omfang den havde en relevans, var det alene for at vise, hvilke punkter en driftsaftale kunne omfatte. Dette formål blev opfyldt med den vedlagte udgave, uanset det ikke var den seneste version. Derfor er gennemsigtighedsprincippet opfyldt.

Alle tilbudsgivere har haft det samme grundlag for at afgive tilbud, hvorfor ligebehandlingsprincippet er opfyldt. Der har endvidere ikke manglet relevante oplysninger i udbudsmaterialet, idet den kommende driftsaftale ville være baseret på tilbudsgiverens eget tilbud. Påstanden skal derfor ikke tages til følge.

Ad påstand 6

DSI har ikke anført anbringender til støtte for, at påstanden skal tages til følge. DSI har dog i det supplerende klagebrev anført, at en forlængelse af standstill perioden indtil endelig afgørelse både er ønskelig og mulig, da den daglige ledelse fortsætter efter 1. januar 2018, da der ikke skal ske revolutioner efter 1. januar 2018, og da foreningerne kan forvente uændrede forhold efter 2018.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at DSI ikke har anført forhold, der gør udbuddet ulovligt eller uegnet som grundlag for den trufne tildelingsbeslutning. DSI har endvidere ikke fremlagt relevant dokumentation eller anført anbringender, der understøtter påstandene, der fremstår som holdningsprægede snarere end juridisk funderede.

Betingelsen om *fumus boni juris* er derfor ikke opfyldt.

DSI har ikke omtalt eller redegjort for, hvorfor der skulle foreligge uopsættelighed.

Kommunen har en interesse i at få afsluttet udbuddet ved at indgå kontrakt med den vindende tilbudsgiver og dermed give mulighed for at forberede overgang af driften af svømmehallen på bedste vis. Denne interesse vejer tungere end DSI's interesse i at forsinke underskrift af kontrakten.

Betingelserne for at tillægge klagen opsættende virkning er derfor ikke opfyldt.

Ad påstand 7

DSI har ikke anført noget til støtte for påstanden.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at udbuddet er gennemført i overensstemmelse med den procedure, der er foreskrevet i udbudsloven. Den trufne tildelingsbeslutning er lovlig, og der er ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.

3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet, at DSI's påstande 1-5 går på, at udbuddet er tilrettelagt med henblik på at favorisere vinderen af udbuddet, ROFI-centret, og modsat hindre, at DSI, med hvem kommunen efter de fremlagte avisartikler, herunder artiklerne fra den 27. april og den 19. december 2016, og mails havde haft forskellige uenigheder, kunne fortsætte som driftsherre.

DSI har imidlertid på ingen måde løftet sin bevisbyrde for, at dette var tilfældet. Der er således intet grundlag for at fastslå, at der i forbindelse med udbuddet, som er gennemført i overensstemmelse med udbudslovens afsnit III, er handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. Kommunen har været berettiget til at gennemføre udbuddet og fastsætte tildelingskriteriet som sket, og der er ikke grundlag for at fastslå, at evalueringen af de indkomne tilbud ikke er sket i overensstemmelse med, hvad der på forhånd var fastsat. Kommunen har svaret på de spørgsmål, som DSI har stillet, og at den kontraktversion, som var vedlagt udbuddet, muligt ikke er den seneste, har ikke betydning for tildelingsbeslutningens lovlighed.

Der er således ikke på det foreliggende, foreløbige grundlag udsigt til, at DSI ved en endelig afgørelse vil få medhold i påstand 7 om annullation af tildelingsbeslutningen.

Betingelsen om *fumus boni juris* er derfor ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Det kan ikke føre til et andet resultat, at betingelsen om uopsættelighed må anses for opfyldt, og at en interesseafvejning på den baggrund i den konkrete situation ville falde ud til fordel for DSI.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig