

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Knud Erik Busk, Anette Jacobsen)

J.nr.:2009-0020401

17. februar 2010

K E N D E L S E

Excellent Match ApS
(selv)

mod

DONG Energy A/S.
(advokat Jens Munk Plum, København)

Den 9. marts 2009 udbød DONG Energy A/S som udbud efter forhandling efter direktiv 2004/17/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt post-tjenester (Forsyningsvirksomhedsdirektivet) rammeaftaler om rekruttering af medarbejdere til DONG Energy A/S. Udbuddet er omfattet af direktivets Bilag XVII B (kategori 22 om personaleudvælgelse og – rekruttering).

Udbudsbetingelserne blev efter anmodning udsendt til 121 virksomheder, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 6. juni 2009 havde 89 virksomheder afgivet tilbud. Den 17. juli 2009 meddelte DONG Energy A/S pr. e-mail de 89 virksomheder, hvorvidt de gik videre til anden fase af udbuddet. Excellent Match ApS var en af de 52 virksomheder, der gik videre til anden fase.

Den 28. september 2009 meddelte DONG Energy A/S pr. e-mail de 52 virksomheder, hvorvidt de var blevet tildelt en rammeaftale. Rammeaftalerne med de valgte tilbudsgivere trådte i kraft den 1. oktober 2009.

Den 7. oktober 2009 indgav klageren, Excellent Match ApS, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Dong Energy A/S. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 § 6 a, stk. 3, ved ikke samtidig med underretningen om, at klageren ikke var blevet tildelt en rammeaftale under udbuddet, at have meddelt klageren en summarisk begrundelse for afslaget.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved ikke at opstille præcise kriterier, herunder med vægtning af kriterierne, for tildelingen af rammeaftaler under udbuddet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet og principperne om gennemsigtighed, ligebehandling og proportionalitet ved at beslutte ikke at indgå kontrakt med klageren, idet klagerens tilbud opfyldte alle de fastsatte krav.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede offentliggjorde den 9. marts 2009 følgende på sin hjemmeside:

»DONG Energy følger Forsyningsvirksomhedsdirektivet og sender derfor rekruttering af medarbejdere til DONG Energy i udbud efter de gældende regler for liste B-ydelser.

DONG Energy ønsker at indgå rammeaftale med professionelle samarbejdspartnere på forskellige fagområder/profilområder. DONG Energy leder efter samarbejdspartnere med de rette kompetencer, som kan sikre at de rette kandidater introduceres for DONG Energy.

Ydelsesbeskrivelse, formkrav, tidsplan og andre detaljer omkring udbuddet vil fremgå af udbudsmaterialet, der fremsendes elektronisk til interesserede tilbudsgivere.«

I »Letter of invitation to tender« af 3. april 2009 har indklagede bl.a. anført:

»...

2.3. Framework agreement

DONG Energy will sign framework agreements with suppliers with a duration of approximately 16 months (until December 31st 2010) with an additional option to prolong the contract up to 18 months.

DONG Energy has divided the recruitments into 6 different employee profile areas with subcategories (please see the attached overview).

The framework agreement may cover recruitment assistance in one or more of the employee profile areas mentioned in the documents. The framework agreement obligates the tenderer to provide DONG Energy with the services/assistance offered in the tender under the terms and conditions described in the tender form and the framework agreement.

...

3.4 Contract award

The contract will subject to DONG Energy's evaluation and decision, be awarded to economically most advantageous tenders in terms of:

- Cost awareness
- Fee structure
- Discount structure
- Invoicing structure
- Cost efficiency
- Services free of charge
- Additional costs

Terms and conditions (especially regarding (but not limited to))

- Guarantee
- Exclusivity
- Off limit
- Termination of recruitment assignment

- Quality of services
- Competences of the recruitment consultants
- Ability to supply
- Recruitment process and test tools
- Performance efficiency and flexibility
- Communication skills

Ability to ensure quality level
Geographical reach

The award criteria are regardless of employee profile areas.
The evaluation will be made separately for each employee profile area.

...

3.5 Presentation and negotiation

The tendering procedure will be conducted according to the tender-negotiated procedure.

After the initial internal evaluation of the submitted tenders (according to the award criteria mentioned above), DONG Energy will invite the tenderers with the economic most advantageous tender to present their company and the tender during a one-hour meeting. The one-hour meeting will be held in Gentofte, Denmark during the period from mid August to beginning of September 2009.

At the presentation the tenderer must be prepared to discuss the terms and conditions of the tender with representatives from DONG Energy and the tenderer may be asked to submit a revised tender. The revised tender will be evaluated and the economically most advantageous tenderers will be awarded with a contact.

At the presentation the invited tenderers must present their company, the tender and introduce DONG Energy to one or more of the recruiting agents who will potentially be involved in recruiting for DONG Energy.«

Indklagede meddelte ved e-mail af 16. juli 2009 klageren følgende:

»DONG Energy has now completed the first evaluation of the proposals received.

I would like to use this opportunity to thank you for the interest shown and the efforts involved with the work for your proposal.

I am happy to inform you that the outcome of the evaluation of your proposal is an invitation to the 2nd evaluation round and a further presentation, discussion, clarification and negotiation of your proposal. Time and date for the 2nd evaluation meeting is as follows:

...«

Ved e-mail af 28. september 2009 meddelte indklagede klageren følgende:

»Thank you for your participation in the tendering process and for your patience awaiting the final result.

After having completed our final evaluation, the final list of suppliers was approved by different managers and directors in DONG Energy, and we are now ready to publicize our result. The list of suppliers contains 25 suppliers covering all profile categories within all levels.

After thorough evaluation (which included all criteria mentioned in the tender documents) I am sorry to inform you, that we have decided not to award you with a contract. This does not imply that we found your services of poor quality or anything like that.

We had to reduce the numbers of suppliers and many good suppliers have been deselected. We believe that we have a list now that can supply DONG Energy with the sufficient services in the contract period. Should this not be the case we would reserve us the right to contact you again.

...«

Indklagede har fremlagt evalueringsskema vedrørende den endelige evaluering af de 52 virksomheders tilbud. Ved den endelige evaluering blev de tre underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« vægtet således:

1. Cost awareness	30 %
2. Terms and conditions	20 %
3. Quality of services	50 %

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klageren har krav på en uddybende begrundelse for afslaget. Klageren har efterspurgt en sådan, men ikke modtaget den.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede i tilstrækkelig grad har informeret klageren om sin begrundelse.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagedes krav under udbuddet har været meget upræcise. Indklagede ikke har overholdt kravet om objektivitet.

Indklagede har gjort gældende, at tildelingskriterierne er klart beskrevet i udbudsbetingelserne. Indklagede er ved evalueringen gået frem i overensstemmelse med det fastsatte.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at klageren gennem årene har haft løbende samarbejdsaftaler med indklagede. Aftalerne er blevet indgået og forlænget uden problemer. Efter at Excellent Match A/S gik konkurs i maj 2009, blev selskabets aktiviteter videreført i anpartsselskabet Excellent Match ApS, og dette anpartsselskab har med held deltaget i store udbud, hvor virksomheden er blevet vurderet positivt. Indklagedes negative vurdering af klagerens virksomhed kan have sammenhæng med, at enkelte medarbejdere hos aktieselskabet efter konkursen har udspremt negativ omtale. Klageren har opfyldt alle de krav, som blev stillet, herunder de krav, som blev præciseret under tilbudsforhandlingen.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud blev evalueret som svagt i forhold til delkriteriet »Ability to supply«, idet der var to forretningsenheder, der tilkendegav, at man på grund af en række dårlige erfaringer med klageren ikke ville benytte klageren som leverandør af rekrutteringsydelser. Indklagedes skøn ligger inden for rammerne af den skønsmåling, som tilkommer indklagede.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagedes udbud af rammeaftaler om rekruttering af personale har fundet sted i overensstemmelse med Forsyningsvirksomhedsdirektivet, og bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter m.v § 6 a, stk. 3, finder derfor ikke anvendelse, da denne bekendtgørelse alene vedrører Udbudsdirektivet

Påstanden tages allerede af den grund ikke til følge.

Ad påstand 2 og 3

Udbuddet er omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivets bilag XVII B (kategori 22 om personaleudvælgelse og – rekruttering).

I følge Forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 32 er kontrakter, der er omfattet af dette bilag, kun underlagt bestemmelserne i direktivets artikel 34 og 43.

Indklagede har ikke overtrådt disse bestemmelser. Indklagede har heller ikke ved sit skøn over, med hvilke virksomheder der skulle indgås kontrakt, overskredet de vide grænser, der gælder for indklagedes skønsbeføjelse, herunder generelle principper om gennemsigtighed, ligebehandling og proportionalitet.

Påstandene tages ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Helle Seidelin
kontorfuldmægtig