

K E N D E L S E

FOF/HOF

(advokat Thomas Booker, København)

mod

Københavns Kommune,
Beskæftigelses- og Integrationsforvaltningen
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Københavns Kommune, Beskæftigelses- og Integrationsforvaltningen (indklagede) iværksatte i december 2011 en tilbudsindhentning efter tilbudslovens afsnit II vedrørende rammeaftaler om beskæftigelsestilbud primært til personer, der modtager kontanthjælp ikke alene på grund af ledighed, jf. lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, § 2, nr. 3, og som har behov for en særlig beskæftigelsesfremmende indsats frem mod at blive selvforsørgende (matchgruppe 2). Tilbudsindhentningen var opdelt i 3 særskilte udbudsområder, hvor udbudsområde 1 rettede sig mod beskæftigelsesfremmende indsats. Der kunne afgives tilbud på et, to eller alle tre udbudsområder. Hver tilbudsgiver kunne dog kun afgive ét tilbud pr. udbudsområde. Udbudsområde 1 omfattede 7 »tilbudspakker«, og tilbudsgiverne skulle afgive tilbud på hver »pakke«. Tilbudsafgivelsen skulle ske ved at udfylde 2 bilag til udbudsbetingelserne, henholdsvis bilag 3A (løsningsbeskrivelse til udbudsområde 1) og bilag 4A (pris og betalingsmodel for udbudsområde 1).

Indklagede forventede at indgå i alt 16 rammeaftaler, herunder 8 rammeaftaler på udbudsområde 1. Tildelingskriteriet for alle rammeaftalerne var

»det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med følgende vægtede underkriterier: »kvalitet« og »pris«.

Ved tilbudsfristens udløb for 1. tilbud den 15. januar 2012 kl. 12 havde indklagede modtaget i alt 64 tilbud fra 32 forskellige tilbudsgivere fordelt med 27 tilbud på udbudsområde 1, 22 tilbud på udbudsområde 2 og 15 tilbud på udbudsområde 3.

FOF/HOF (klageren) afgav tilbud på udbudsområde 1. I brev af 20. januar 2012 afviste indklagede klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, da bilag 4A (pris og betalingsmodel for udbudsområde 1) ikke var udfyldt i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Den 31. januar 2012 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte at tillægge klagen opsættende virkning. Den 15. marts 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet begrundede afgørelsen med, at betingelsen om »fumus boni juris« ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende

Påstand:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 15 d og de EU-retlige principper om ligebehandling, ikke-diskrimination, gennemsigtighed og objektivitet ved at afvise FOF/HOFs fremsatte tilbud som ikke konditionsmæssigt i forhold til udbudsbetingelserne.

Indklagede har påstået, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Københavns Kommune har siden 2005 anvendt eksterne leverandører i beskæftigelsesindsatsen over for kommunens ledige borgere, der har andre problemer end ledighed (matchgruppe 2). I juni 2011 besluttede indklagede at sende en del af beskæftigelsesindsatsen for kommunens indsatsklare le-

dige (matchgruppe 2), der senest havde været i udbud i 2008, i genudbud. Udbudsområde 1 omfattede 7 tilbudspakker, og der skulle afgives tilbud på hver pakke.

I udbudsbetingelserne står der:

»7. Tilbuddets indhold

Tilbud (både 1. tilbud og endeligt tilbud) udformes på grundlag af det samlede udbudsmateriale, jf. pkt. 5.

...

Tilbud – både 1. tilbud og endeligt tilbud - skal ved indleveringen herudover indeholde:

- ...
- Udfyldt bilag 4 for det relevante udbudsområde (4A, 4B og/eller 4C.
- ...
- ...
- ...

Tilbud, der ikke indeholder disse dokumenter, anses som ukonditions-mæssige og afvises.

Udbudsbetingelser, rammeaftale og øvrige bilag skal ikke indleveres. Der kan ikke tages forbehold for udbudsmaterialet, jf. pkt. 8, ...

Bilag 3A, 3B og/eller 3C og bilag 4 (med underbilag) forudsættes således udarbejdet/færdiggjort af tilbudsgiver. Bilagene udformes under hensyntagen til de vejledende tekstafsnit, som evt. findes i den enkelte bilagsskabelon.

...

Herudover ønskes et resumé af tilbuddet med en kort beskrivelse af indholdet af det samlede tilbud, herunder angivelse af pris(er). ...

Eksempel 1: Hvis en tilbudsgiver byder på udbudsområde 1 skal følgende dokumenter udfyldes og afgives elektronisk...:

- ...
- *Bilag 4A (udfyldt i ikke-redigerbar version.*
- ...
- ...
- ...
- ...

...«

Bilag 4A om pris og betalingsmodel for udbudsområde 1 er på 6 sider. De første 5 sider er en tekstdel omfattende punkterne 4.1 til 4.7, mens bilagets sidste side indeholdende punkt 4.8, består af en tabel med 7 rækker, en for hver af de 7 tilbudspakker, og 2 kolonner. Højre kolonne er til angivelse af pristilbud. Det fremgår af bilagets indledning, at det skal udfyldes af tilbudsgivere, der afgiver tilbud på udbudsområde 1.

Af udbudsbetingelserne, »udkast til rammeaftale« fremgår, at bl.a. bilag 4A er en del af aftalen.

Klagerens tilbud indeholdt de krævede bilag, men for så vidt angår bilag 4A kun punkt 4.8 med pristilbud på tilbudspakkerne, således at bilagets tekstdel omfattende punkterne 4.1 til 4.7 var udeladt. Der er ikke i tilbuddet redegjort for, hvorfor tekstdelen er udeladt.

I brev af 20. januar 2012 meddelte indklagede, at klagerens tilbud var afvist som ukonditionsmæssigt, da teksten i tilbuddets bilag 4A helt var fjernet, således at bilaget kun indeholdt angivelse af pris (punkt 4.8). Det hedder i brevet som begrundelse for afvisningen:

»...

Teksten i prisbilagene (bilag 4A-C) relaterer sig til pris- og betalingsmodellen for udbuddet og udgør et bilag til rammeaftalen for de tilbudsgivere, som vinder en rammeaftale med kommunen. En sådan fjernelse af tekst er i strid med udbudsbetingelserne og i forhold til udbudsretten at betragte som forbehold for udbudsbetingelserne, uanset om dette har været hensigten fra tilbudsgivers side. Kommunen er dermed i henhold til udbudsbetingelserne forpligtet til at udelukke FOF/HOF som tilbudsgiver i udbudsforretningen.

...«

Indklagede fastholdt afvisningen af klagerens tilbud i e-mail af 26. januar 2012 til klageren.

I klagenævnets delkendelse af 15. marts 2012 om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, hedder det:

»...

Klageren har i sit tilbud af bilag 4A kun indleveret bilagets sidste side (punkt 4.8) med angivelse af priser for hver tilbudspakke. Selv om klageren ikke har ønsket at tage noget forbehold over for betingelserne for tilbudsindhentningen, har klagerens fremgangsmåde ikke været i over-

ensstemmelse med betingelserne, og udeladelsen indebærer, at der kan opstå tvivl, om klageren vil indgå på de kontraktvilkår, som fremgår af tekstdelen, som skal lægges til grund for tilbudsafgivningen, og som vil indgå i en rammeaftale. Indklagede har derfor været forpligtet til at afvise klagerens tilbud. Betingelsen om »*fumus boni juris*« er således ikke opfyldt, og der foreligger derfor ikke sådanne særlige grunde, som kan tale for at tillægge klagen opsættende virkning.

...«

Klageren har ikke frafaldet klagen, men har på den anden side heller ikke trods opfordring hertil uddybet klagen.

Parternes anbringender

Klageren har gjort gældende, at alle de krav, som fremgår af udbudsmaterialet, er opfyldt. Den eneste del af bilag 4A, som skulle og kunne udfyldes, var den sidste side med pristilbud på tilbudspakkerne, og den side var udfyldt. Det fremgår ikke af udbudsbetingelserne, at tekstafsnittet i bilag 4A skulle fremsendes sammen med tilbuddet, og klageren var under alle omstændigheder underlagt disse udbudsbetingelser. Klageren har ikke ved den valgte fremgangsmåde ønsket at tage noget forbehold over for udbudsbetingelserne, og der er intet grundlag for at forstå klagerens tilbud således. Selv om det lægges til grund, at klageren måtte forudsætte, at et tilbud indleveret uden tekstdelen til bilag 4A ville blive anset for ukonditionsmæssigt, vil det stride imod proportionalitetsprincippet, hvis en sådan mindre formel uoverensstemmelse skulle medføre afvisning af tilbuddet.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ved at fjerne tekstdelen i prisbilaget har undladt at iagttage et formelt mindstekrav til tilbuddets udformning. Den fjernede tekst indeholder indklagedes beskrivelser af en pris- og betalingsmodel og krav for opnåelse af bonus for levering af effekter m.v. Tekstdelen relaterer sig til den materielle del af de kommende rammeaftaler for levering af ydelser under hvert udbudsområde og har karakter af fastlagte kontraktvilkår, der skal lægges til grund for tilbudsafgivningen og vil indgå i de rammeaftaler, der indgås med de vindende tilbudsgivere. Den fjernede tekst indeholder vilkår, som er ufravigelige krav og betingelser i forhold til såvel deltagelse i udbudsforretningen som kommende samarbejde mellem indklagede og de vindende tilbudsgivere. Fjernelsen af teksten må derfor betragtes som et forbehold over for udbudsbetingelserne, uanset om det har været klagerens mening. Udbudsbetingelserne efterlader ingen

tvivl om, at prisbilaget skulle »udfyldes«, således at intet skulle fjernes. Skabelonen for løsningsbeskrivelsen til tilbud på udbudsområde 1 indeholdt en bemærkning om, at gråmarkeret tekst kunne slettes, og klageren kunne derfor ikke være i tvivl om, at prisbilagets tekst, der ikke var gråmarkeret, ikke kunne slettes. 30 ud af 32 tilbudsgivere har da heller ikke slettet teksten. En tilbudsgiver bærer selv risikoen for, at uklarheder i et afgivet tilbud fører til, at tilbuddet afvises som ukonditionsmæssigt. Indklagede har været forpligtet til at sikre overholdelsen af ufravigelige formelle betingelser for deltagelse i tilbudsindhentningen og ville have handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at afvise klagerens tilbud.

Klagenævnet udtaler:

Klageren har som krævet i udbudsbetingelserne afgivet sit tilbud ved benyttelse af det særlige prisbilag (bilag 4A), men har ikke som krævet udfyldt bilaget, da klageren kun har indleveret bilagets sidste side (punkt 4.8) med angivelse af priser for hver tilbudspakke. Selv om klageren ikke ved denne fremgangsmåde har ønsket at tage noget forbehold over for betingelserne for tilbudsindhentningen, har klagerens fremgangsmåde ikke været i overensstemmelse med disse betingelser. Udeladelsen af teksten indebærer, at der kan opstå tvivl, om klageren vil indgå på de kontraktvilkår, som fremgår af tekstdelen, og som skal lægges til grund for tilbudsafgivningen, og som endvidere vil indgå i en rammeaftale.

Indklagede har derfor været forpligtet til at forkaste klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt.

Klagerens påstand tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig