

Klagenævnet for Udbud

(Erik P. Bentzen, Niels Sørensen, Melitta Keldebæk)

J.nr.: 2009-0020666

22. april 2010

K E N D E L S E

Keto Vikar ApS
(selv)

mod

Københavns Kommune
(advokat Jesper Langemark, København)

Ved annonce af 23. oktober 2009 på hjemmesiden www.kk.dk/udbud i værksatte Københavns Kommune indhentning af tilbud med forudgående prækvalifikation vedrørende vikarformidling på det pædagogiske område. Tjenesteydelsen er omfattet af bilag II B til direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet), og efter direktivets artikel 21 skal Københavns Kommunes aftale om denne tjenesteydelse således indgås i overensstemmelse med artikel 23 og artikel 35, stk. 4. Tilbudsindhentningen vedrørte dels en delaftale om 1. Vikarer til ordinære børneinstitutioner (vuggestuer, børnehaver, fritidshjem/klubber), dels en delaftale om 2. Vikarer til special- og døgninstitutioner. Tilbudsindhentningen blev gennemført efter Tilbudslovens afsnit II.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 9. november 2009 havde 14 virksomheder anmodet om prækvalifikation på delaftale om 1. Vikarer til ordinære børneinstitutioner, mens 11 virksomheder havde anmodet om prækvalifikation på delaftale om 2. Vikarer til special- og døgninstitutioner.

Den 9. november 2009 meddelte Københavns Kommune, at Keto Vikar ApS ikke var blevet prækvalificeret til at afgive tilbud. Begrundelsen for af-

slaget var, at Keto Vikar ApS ikke, som det fremgik af prækvalifikationsbetingelserne, sammen med sin ansøgning havde vedlagt en erklæring om virksomhedens omsætning i de seneste tre regnskabsår inden for det aktivitetsområde, som tilbudsindhentningen vedrørte.

Den 13. november 2009 indgav klageren, Keto Vikar ApS, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Københavns Kommune. Klagen har været behandlet skriftligt.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige princip om ligebehandling ved ikke at prækvalificere klageren med den begrundelse, at klageren ikke havde afgivet en »erklæring om ... omsætning inden for det aktivitetsområde, kontrakten vedrører, i de seneste tre disponible regnskabsår«, uanset at klagerens ansøgning om prækvalifikation indeholdt en sådan erklæring.

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

Af prækvalifikationsbetingelserne for tilbudsindhentningen fremgår følgende:

»...

2.1.2 Leverandører på rammeaftalen

Det er hensigten, at nærværende udbud skal føre til en obligatorisk, parallel rammeaftale mellem Københavns Kommune og to leverandører på hver delaftale.

...

2.1.4 Delaftaler

Udbudet forventes at omfatte følgende delaftaler:

1. Vikarer til ordinære børneinstitutioner (vuggestuer, børnehaver, fritidshjem/klubber):
 - Uddannede pædagoger til børneinstitutioner
 - Pædagogmedhjælpere til børneinstitutioner
2. Vikarer til special- og døgninstitutioner

- Uddannede pædagoger til special- og døgninstitutioner
- Pædagogmedhjælpere til special- og døgninstitutioner

...

3 Udbudsprocedure

...

Udbudet gennemføres i to adskilte faser; den nærværende prækvalifikationsfase og efterfølgende en egentlig udbudsphase.

Bemærk venligst, at kravspecifikation og udbudsbetingelser udelukkende fremsendes til de prækvalificerede tilbudsgivere.

...

4 Anmodning om deltagelse

...

4.2.2 Økonomisk og finansiell formåen

Ansøger skal vedlægge følgende oplysninger om ansøgers økonomiske og finansielle formåen:

- 1) Fremlæggelse af ansøgers balance, herunder egenkapital eller ud-
drag heraf, for de seneste tre disponible regnskabsår, ...
- 2) Erklæring om ansøgers omsætning inden for det aktivitetsområde,
kontrakten vedrører, i de seneste tre disponible regnskabsår, afhæn-
gigt af hvornår ansøger blev etableret eller startede sin virksomhed,
hvis tallene for denne omsætning foreligger.
- 3) Oplysninger vedr. virksomhedens aktuelle økonomiske situation – i
form af en særskilt underskrevet erklæring fra virksomhedens ledel-
se og/eller revisor om, at der ikke er indtrådt væsentlige negative
ændringer i virksomhedens økonomiske forhold siden udgangen af
senest godkendte regnskabsår. ...

...

4.2.4 Objektive kriterier for valg af kvalificerede ansøgere

Der prækvalificeres i alt fem ansøgere pr. delaftale.

Københavns Kommune vil i udvælgelsen af egnede ansøgere lægge vægt på følgende, prioriterede kriterier:

- 1) Ansøgers væsentligste leverancer af tilsvarende ydelser leveret de
seneste tre år; der lægges vægt på ansøgernes erfaringer med at sam-
arbejde større, offentlige enheder, eksempelvis i form af rammeafta-

ler indgået med andre kommuner.

- 2) Ansøgers omsætning inden for det aktivitetsområde, kontrakten vedrører, i de seneste tre disponible regnskabsår.

...«

I forbindelse med prækvalifikationen modtog indklagede bl.a. følgende spørgsmål:

»Erklæring om ansøgers omsætning indenfor det aktivitetsområde kontrakten vedrører, i de seneste tre regnskabsår.

Hvad menes der med erklæring? – og hvad skal erklæringen specifikt indeholde?»

Indklagede svarede:

»Erklæringen dækker blot over, at anmoder skal udarbejde et let overskueligt dokument med de relevante tal, eksempelvis i tabelform.

Erklæringen skal angive ansøgers omsætning indenfor vikarformidling på det pædagogiske område for de seneste tre regnskabsår.«

I forbindelse med sin ansøgning om prækvalifikation vedlagde klageren regnskab for 2007/2008 og saldobalance for 2008/2009, der ikke var revideret, idet regnskabsåret sluttede 30. september 2009. Resultatopgørelsen for 1. oktober 2007 – 30. september 2008 indeholdt en samlet nettoomsætning uden nærmere specifikation, mens saldobalancen for 2008/2009 indeholdt en samlet omsætning, som var udspecificeret på posterne »Sygeplejersker«, »PGU«, »Pædagoger«, »Kørsel« og »Kalk. Indtægter – uden moms«.

Klageren afgav følgende »Erklæring om omsætning de sidste 3 år indenfor hvilke områder«:

»Keto Vikar startede i 2007 som et lokalt vikarbureau med almindelig telefonbooking.

Den pædagogiske omsætning er primært fra daginstitutioner i Frederikssund og Egedal kommuner.

...

Den sundhedsfaglige omsætning er fra hjemmeplejen i Herlev, Ballerup, Furesø, Roskilde og Frederikssund.

...

Fra nytår 2009 overgik Keto Vikar til den webbaserede booking og blev landsdækkende.

Finanskrisen og Region Hovedstadens beslutning om af lukke for vikar forbrug på sundhedsområdet har helt klart sænket omsætningen væsentlig.

Vi har brugt tiden i finanskrisen til at effektivisere og integrere vores elektroniske system, således at booking, lønsystem og fakturering og bogføring nu er en fuld elektronisk proces.

Keto Vikar er altså nu helt klar til at løfte store opgaver uden at få kapacitetsproblemer.

Fra oktober 2009 vil vi deltage med tilbud på alle udbudte offentlige ydelser indenfor sundheds fagene og pædagogiske område.

Vi har ikke tidligere søgt på rammeaftaler da vi ønskede at færdiggøre det elektroniske system så vi var sikre på at kunne løfte større opgaver.

Vi håber på at finde gode samarbejdspartnere i den offentlige sektor, der kan stille krav til os om statistik og kontrol så vi kan tilpasse vores elektroniske system til behovet.

...«

Klageren vedlagde endvidere en oversigt over nøgletal fra resultatopgørelse og balance for perioderne 1. januar 2007 – 30. september 2007, 1. oktober 2008 – 30. september 2008 og 1. oktober 2008 – 30. september 2009.

Det fremgår ikke i øvrigt af klagerens ansøgning, om klageren søgt om prækvalifikation på begge delaftaler eller kun den ene delaftale.

Ved brev af 9. november 2009 meddelte indklagede, at klageren ikke blev prækvalificeret, idet klageren ikke havde vedlagt sin ansøgning en erklæring om klagerens omsætning i de seneste tre disponible regnskabsår inden for det aktivitetsområde, som kontrakten vedrørte, således som der var stillet krav om i prækvalifikationsbetingelsernes pkt. 4.2.2.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har tilsidesat ligebehandlings-

princippet ved ikke at prækvalificere klageren. Klagerens ansøgning er nøje disponeret i overensstemmelse med kravene i prækvalifikationsbetingelserne, og sammen med de øvrige regnskabsoplysninger i ansøgningen indeholder erklæringen de oplysninger, som indklagede har stillet krav om. Hvis indklagede ønskede, at erklæringen skulle have en bestemt form, skulle indklagede have vedlagt et skema til prækvalifikationsbetingelserne.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har tilsidesat ligebehandlingsprincippet. Klagerens anmodning om prækvalifikation er mangelfuld, idet erklæringen ikke indeholder de oplysninger, som indklagede har krævet. Kravene til erklæringen fremgår af prækvalifikationsbetingelserne, og disse er præciseret ved indklagedes besvarelse af spørgsmål.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter prækvalifikationsbetingelserne skulle ansøgerne vedlægge en erklæring om »omsætning inden for det aktivitetsområde, kontrakten vedrører, i de seneste tre disponible regnskabsår, afhængigt af hvornår ansøger blev etableret eller startede sin virksomhed, hvis tallene for denne omsætning foreligger«. Indklagede uddybede i forbindelse med prækvalifikationen kravene til erklæringen, nemlig at det var et dokument, som indeholdt ansøgerens omsætning inden for vikarformidling på det pædagogiske område de seneste tre regnskabsår.

Den erklæring, som klageren har afgivet, indeholder ikke tal, der viser, hvilken omsætning klageren har haft inden for vikarformidling på det pædagogiske område. Indklagede var derfor både berettiget og forpligtet til ikke at prækvalificere klageren, og Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Lillian Sivertsen
kontorfuldmægtig