

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Michael Jacobsen, Pernille Hollerup)

J.nr.: 2011-0024913

5. oktober 2011

K E N D E L S E

Køge Taxa

mod

Køge Kommune

(advokat Povl Nick Bronstein, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 69-112489 af 5. april 2011 udbød Køge Kommune som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en 3-årig rammeaftale med en enkelt aktør vedrørende etablering og drift af et kørselskontor til varetagelse og udførelse af visiteret kørsel i Køge Kommune. Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 27. maj 2011 havde en række virksomheder, heriblandt Køge Taxa og Torkilstrup Bus A/S, afgivet tilbud.

Den 17. juni 2011 meddelte Køge Kommune tilbudsgiverne, at tilbuddet fra Køge Taxa var blevet vurderet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at Køge Kommune forventede at indgå kontrakt med Køge Taxa vedrørende visiteret personkørsel.

Den 20. juni 2011 meddelte Køge Kommune tilbudsgiverne, at tildelingsbeslutningen af 17. juni 2011 blev annulleret. Et tilbud fra Torkilstrup Bus A/S var fejlagtigt ikke blevet taget i betragtning, da en erklæring var blevet overset. Efter en fornyet evaluering vurderede Køge Kommune, at tilbuddet

fra Torkilstrup Bus A/S var det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at Køge Kommune forventede at indgå kontrakt med denne virksomhed.

Den 29. juni 2011 indgav klageren, Køge Taxa, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Køge Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 27. juli 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klageskriftet indeholder følgende påstande (ordret citeret):

»Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivet ved først den 17.6.2011 at tildele kontrakten til KT for herefter den 20.6.2011 at annullere tildelingen af den 17.6.2011 i standstill perioden, for samtidig den 20.6.2011, at foretage ny tildeling til Torkilstrup Bus A/S, som pr. 17.6.2011 var erklæret som værende ikke-konditionsmæssig.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at fastsætte underkriteriet 1. pris, uanset underkriteriet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, i det omfang af den udbudte opgave henstår som meget uklart, da indklagede i gennem hele udbudsforløbet ikke har oplyst det samlede omfang af kørselsvolumen i relation til antal ture og estimerede kørte km for samtlige udbudte områder.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets Artikel 2, ved at opgøre prisen på kørslen, ud fra et gennemsnit af de indkomne tilbuds egne estimerede årlige kørte km, uagtet denne beregningsmodel beror på de enkelte tilbudsgivers egne estimerede kørselsvolumen og ikke en volumen fastsat af indklagede. jfr. Bilag 9 Kørselsbilag og Bilag 3.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at fastsætte underkriteriet 2. Løsningskoncept, uanset underkriteriet ikke var egnet til at identificere det øko-

nomisk mest fordelagtige tilbud, i det indklagede bl.a. har anvendt formuleringen:

”10 point tildeles det tilbud, som i helt ekstraordinær grad tilbyder ordregiver positive egenskaber, som rækker langt ud over de kravspecificerede kvalitative og kvantitative egenskaber, og som forbedrer ordregivers interne eller eksterne serviceniveau eller flow, driftsfordele, synergier, eller strategiske eller administrative forhold væsentligt udover det forventede niveau.”

uden at beskrive formuleringens indhold klart og entydig og med en præcisering af målepunkter for tildeling af point.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes fornyet tildelingsbeslutning af 20.6. 2011.

Påstand 6

Klagenævnet skal udstede påbud om lovliggørelse af udbudsforretningen jf. Lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, stk.3.

...«

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

Andre oplysninger i sagen:

Af klagenævnets afgørelse af 27. juli 2011 om ikke at tillægge klagen opsættende virkning fremgår bl.a. :

»...

Den udbudte ydelse er en rammeaftale om visiteret kørsel i Køge Kommune med en enkelt aktør og en varighed på 3 år.

Af udbudsbetingelserne fremgår, at tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne »1. Pris« og »2. løsningskoncept«.

Det fremgår nærmere:

»Tildelings- og underkriterier.

Tilbud vurderes og sammenlignes i henhold til tildelingskriteriet, det økonomisk mest fordelagtige tilbud, ved anvendelse af nedenstående vægtede underkriterier på grundlag af de anførte vurderingsgrundlag:

Nr.	Vægt	Underkriterium	Vurderingsgrundlag
1)	70%	90%: Basispriser: Beregnet teknisk tilbudssum, jf. punkt 0	Tilbudslisten
		10%: Servicepriser	Tilbudslisten
2)	30%	Løsningskoncept, jf. punkt 1.10.1	INFO-beskrivelser per kørselsområde: - Skolekørsel, herunder kørsel til svømning og specialundervisning - Sygekørsel - Kørsel efter Social- & Serviceloven - Kørsel til specialbørnehaver - Ældre til daghjem og træningscentre - Patienter til genoptræning

1.16.2 Pointtildeling

Point tildeles på en skala fra 0 – 10, hvor 10 point er højest.

1.16.2.1 Basispris, jf. underkriterium 1)

Pris opgøres som prisen for løsning af de udbudte kørselsopgaver pr. år – opgjort ud fra den af tilbudsgiveren afgivne pris pr. km. Prisen angives som pris per kørt kilometer ved opmålt rute for hvert af de udbudte kørselsområder.

Tilbuddet med den samlede laveste pris tildeles det maksimale pointtal.

Dette pointtal ligger ikke fast, men vil blive fastlagt på grundlag af ordregivers vurdering af den tilbudte laveste pris.

Øvrige tilbud tildeles point svarende til det maksimale antal point ganget med den relative andel, som den laveste pris udgør af den aktuelle pris. Hvis den laveste pris udgør 80 % af den aktuelle pris, tildeles tilbuddet med den aktuelle pris 80 % af det maksimale antal point; den aktuelle pris ligger i dette eksempel 25 % over den laveste pris.

Tilbuddet med den laveste gennemsnitspris på de to service-niveauer tildeles det maksimale pointtal.

Dette pointtal ligger ikke fast, men vil blive fastlagt på grundlag af ordregivers vurdering af den tilbudte laveste pris.

Øvrige tilbud tildeles point svarende til det maksimale antal point ganget med den relative andel, som den laveste pris udgør af den aktuelle pris. Hvis den laveste pris udgør 80 % af den aktuelle pris, tildeles tilbuddet med den aktuelle pris 80 % af det maksimale antal point; den aktuelle pris ligger i dette eksempel 25 % over den laveste pris.

1.16.2.2 Løsningskoncept, jf. underkriterie 2)

Point tildeles på pointskalaen efter følgende principper:

- 0 point tildeles det tilbud, som ganske vist er konditionsmæssigt, men som kun lige nøjagtigt tilfører ordregiver sådanne kvalitative egenskaber, som er specificeret af ordregiver selv, til det af ordregiver kravspecificerede mindstestniveau, eksempelvis ved fremlæggelse af tilbudsbeskrivelser, som i realiteten er indholdsløse eller meget begrænsede i omfang.
- 10 point tildeles det tilbud, som i helt ekstraordinær grad tilbyder ordregiver positive egenskaber, som rækker langt ud over de kravspecificerede kvalitative og kvantitative egenskaber, og som forbedrer ordregivers interne eller eksterne serviceniveau eller flow, driftsfordele, synergier, eller strategiske eller administrative forhold væsentligt udover det forventede niveau.

Øvrige point tildeles forholdsmæssigt imellem ovenstående yderpunkter.«

Bilag 1 til udbudsbetingelserne beskriver de institutioner og adresser, der indgår i den udbudte ydelse.

I udbudsbetingelserne anføres:

»Den visiterede kørsel i Køge Kommune udbydes som én samlet opgave, idet vi forventer (i) at kørselsomkostningerne vil blive reduceret i kraft af central planlægning, administration og drift hos én leverandør, (ii) at ruteplanlægning kan optimeres da leverandøren har totaloverblikket over kommunens kørselsopgaver, (iii) at borgerne vil opleve en øget tryghed og højere service niveau i kraft af færre forskellige kontaktpunkter hos leverandøren og (iv) at kørselsbestilling forenkles for kommunens institutioner ved ét kontaktpunkt.«

....

Klagenævnet udtaler:

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

....

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 håbløs, 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«*):

Ad påstand 1

Det bemærkes, at klageren ikke har anført noget til støtte for denne påstand. I øvrigt har indklagede været berettiget til at afhjælpe den begåede fejl, og klageren vil således ikke kunne få medhold i påstanden.

Ad påstand 2-3

Det bemærkes, at klageren heller ikke her har anført præcise retlige argumenter til støtte for påstandene, der i øvrigt modsiges af, at klageren har været i stand til at afgive et tilbud, der som beskrevet blev vurderet til at være det næstmest økonomisk fordelagtige tilbud. Der er i udbudsbetingelserne taget højde for den uklarhed om den nøjagtige kontraktgenstand, der følger af sagens natur, og den anvendte beregningsmodel for så vidt angår underkriteriet »1. Pris« er udførligt beskrevet.

Ad påstand 4

Det er i udbudsbetingelserne beskrevet, hvad underkriteriet »2. Løsningskoncept« sigter til, og der er ikke grundlag for at antage, at kriteriet ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 5 og 6

Det følger af det anførte, at der ikke er grundlag for at tage disse påstande til følge.

Betingelse nr. 1 (*Fumus boni juris*) for at tillægge klageren opsættende virkning er derfor ikke opfyldt, idet der ikke er udsigt til, at Køge Kommunes beslutning om at tildele kontrakten til Torkildstrup Bus A/S vil blive annulleret.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet for det første, at Køge Taxa ikke har dokumenteret, at virksomheden vil gå konkurs, såfremt Køge Taxa ikke tildeles opgaven. For det andet bemærkes, at selv om det måtte være tilfældet, kan klagen ikke tillægges opsættende virkning, allerede fordi betingelse nr. 1 (*fumus boni juris*) ikke er opfyldt.

Klagenævnet tillægger herefter ikke klagen opsættende virkning.
...«

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1-6

Af de grunde, som klagenævnet har anført i sin afgørelse af 27. juli 2011, og da det, der er kommet frem under den efterfølgende skriftveksling, ikke kan føre til andet resultat, tages påstandene 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.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig