

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Jens Fejøl, Niels Sørensen)

J.nr.: 2009-0019702

8. april 2010

K E N D E L S E

KPI Communications A/S
(advokat Peter Lund Meyer, København)

mod

IT- og Telestyrelsen
(advokat Axel Lund, København)

Den 25. marts 2009 iværksatte IT- og Telestyrelsen en tilbudsindhentning efter Tilbudslovens kapitel II (lov nr. 338 af 18. maj 2005 som ændret ved lov nr. 572 af 6. juni 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter) vedrørende årets »netsikker-nu« kampagne, der er en informationskampagne, der skal styrke borgernes it-sikkerhed. IT- og Telestyrelsen ønskede »at indgå en aftale med en leverandør om produktion af kampagneelementer samt om udformning, der kan realiseres for kampagnen«. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 15. april 2009 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. Mannov A/S
2. Aggrit A/S
3. Have PR & Kommunikation A/S
4. KPI Communications A/S
5. We Love People A/S
6. VerticPortals A/S

Indklagede indgik den 12. juni 2009 kontrakt med 3. Have PR & Kommunikation A/S.

Den 10. juli 2009 indgav klageren, KPI Communications A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, IT- og Telestyrelsen. Klagen har været behandlet på et møde den 3. november 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved hverken i annoncen eller i udbudsbetingelserne at anføre underkriterierne til identifikation af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Have PR & Kommunikation A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede indrykkede på sin hjemmeside den 25. marts 2009 en annonce for »Netsikker nu! 2009«, hvorefter indklagede »ønsker i forbindelse med årets »netsikker nu«-kampagne at indgå en aftale med en leverandør om produktion af kampagneelementer samt om udformning, der kan realiseres for kampagnen.«

Det anføres blandt andet:

- Leverancen består af følgende hovedelementer:
- Kreative løsninger
- Udformning af markedsføringsstrategi, herunder PR-plan
- Gennemførelse af markedsføringsstrategi

Det fremgår af »kravspecifikation« dateret marts 2009 blandt andet:

» **1.1. Kravspecifikationens opbygning**

Kravspecifikationen har 4 hoveddele:

- Afsnit 2 opsummerer formålet med og hovedelementerne i leve-

rancen.

- Afsnit 3 beskriver opdragsgivers situation, herunder udgangspunktet for opgaven, opdragsgivers rolle i »netsikker nu«-kampagnen m.v.
- Afsnit 4 beskriver opdragsgivers forventninger til leveranceforløbet, herunder særligt vigtige deadlines.
- Afsnit 5 indeholder opdragsgivers krav til løsning af opgaven.

.....

2. Overblik over leverancen

Formålet med leverancen er at skabe en kreativ kampagne, der skaffer størst mulig opmærksomhed i kampagnens målgruppe for de midler, som er til rådighed.

Der søges den mest effektive påvirkning af den valgte målgruppe. Det er opdragsgivers vurdering, at PR har større gennemslagskraft end kommerciel markedsføring såsom annoncering, hvorfor der ønskes stort fokus på PR.

.....

5. Krav til leverancen

.....

Krav 1. Kampagnens målgruppe

Leverandørens markedsføringsaktiviteter skal henvende sig til målgruppen, som er beskrevet i bilag 1. Kampagnens målgruppe er alle it-brugere i Danmark.

5.1. Kreative produktioner

Krav 2. Produktion af en eller flere kreative produktioner

Inden for den fastsatte beløbsramme skal leverandøren producere mindst en og gerne flere kreative produktioner, som skal kunne anvendes til markedsføring. Det står leverandøren frit for at foreslå produkter, som findes relevante og anvendelige.

Krav 3. Klart slogan for kampagnen

Det overlades til leverandøren at formulere et klart slogan for kampagnen, som kan anvendes i forskellige kampagneproduktioner, PR og markedsføring. Sloganet skal være positivt, inviterende og ikke skræmmende.

Krav 4. Henvisning til hjemmesiden www.netsikkernu.dk

Kampagnen skal henvise til hjemmesiden www.netsikkernu.dk. Henvendelsen skal give modtageren lyst til at besøge kampagnens hjemmeside.

Krav 5. Positiv, inviterende og ikke skræmmende tone

Tonen i markedsføringskampagnen skal være positiv, inviterende og må ikke virke skræmmende. Opdragsgiver ønsker ikke at lave en skræmmekampagne.

Krav 6. Ambassadører

Kampagnen i 2008 gjorde brug af forskellige ambassadører. Det vil derfor tælle som en fordel, hvis ambassadør-tanken tænkes ind i den kreative proces.

5.2. Markedsføringsstrategi

Der skal udarbejdes en markedsføringsstrategi, som efter vedtagelse i projektgruppen, skal gennemføres.

Krav 7. Koordination i forhold til udvikling af kreative produkter

Tonen i markedsføringskampagnen skal være positiv, inviterende og må ikke virke skræmmende. Opdragsgiver ønsker ikke at lave en skræmmekampagne.

.....

Krav 8. Markedsføringsstrategiens indhold

Markedsføringsstrategien skal indeholde en PR-plan for promovering af kampagnens aktiviteter samt en strategi for eksponering af kampagneproduktioner.

Krav 9. Godkendelse af markedsføringsstrategi

Selve gennemførelsen af markedsføringsstrategien kan først ske, når kampagnens projektgruppe har godkendt strategien.

5.2.2. Gennemførelse af markedsføringsstrategi

Leverandøren skal gennemføre PR-planen for kampagnens aktiviteter, herunder:

.....

Krav 10. Pressearbejde

Leverandøren skal via tæt kontakt med pressen udarbejde oplæg til historier til pressen, som dækker kampagnens aktiviteter, samt sikre solid omtale af kampagnens aktiviteter.

Krav 11. Videreformidling af de kreative produktioner

Leverandøren sikrer, at de kreative produktioner videreformidles, når de er blevet godkendt af IT- og Telestyrelsen.

6. Økonomi

Dette års budget til markedsføring er sat til 900.000, hvilket leverandøren skal tage højde for i udarbejdelsen af sit tilbud.

.....

3. Målgruppe

Målgruppen for netsikker nu 2009 er alle danske borgere med internetadgang i hjemmet. Der vil være særligt fokus på unge og ældre.

.....«

Den 14. april 2009 skrev indklagedes kampagne- og konferencemedarbejder, Anne Viksøe, således til Malene Toft Hallund og Camilla Dworski, der ligeledes er ansat hos indklagede:

»Jeg har talt med Peter fra KPI Communications, som byder på opgaven. Han var bekymret over, at krav nr. 7s tekst er magen til teksten i krav nr. 5. Jeg oplyste ham, at jeg ikke kender til de bagved liggende tanker, men at jeg kunne forsikre ham om, at alle har modtaget den samme kravspec. Det håber jeg er korrekt!?!«

Klageren afgav et tilbud i form af et meget omfattende »kampagneoplæg«.

Indklagede har den 16. april 2009 ved Camilla Dworski udfærdiget sålydende »Notat«:

»Evaluering af de seks indkomne tilbud og begrundelse for valg af bureau til markedsføringen af netsikker nu! kampagnen 2009

Efter udbudsrundens deadline den 15. april kl. 16.00 var der indkommet seks tilbud. Bortset fra et enkelt tilbud overholdte alle tilbudsgivere den økonomiske ramme på kr. 900.000.

Aggrit

Tilbuddet fra Aggrit er meget overordnet beskrevet og mangler konkrete ideer til aktiviteter og kreative produktioner.

Mannov/KathArt

Tilbuddet indeholder mange gode ideer, men man ville ikke få særlig meget for pengene, da de forskellige tiltag er dyre at gennemføre.

Bersøe 4/KPI Communications

I dette tilbud har man valgt, som gennemgående tema, at gøre brug af en personificeret edderkop. Figuren henvender sig ikke til målgruppen. Tilbuddet indeholder et godt slogan, men har lagt meget vægt på trykte materialer i forhold til fysiske aktiviteter, som menes at give den stærkeste PR.

PeopleGroup

PeopleGroup har mange gode ideer og brugbare annoncer, men har primært fokus på online aktiviteter frem for fysiske aktiviteter, som igen menes at give den bedste PR.

VerticPortals

I VerticPortals tilbud har man valgt at lave en tydelig opdeling af de to målgrupper unge og ældre, som virker som en god ide, dog når de ikke rigtig ud til den ældre del af målgruppen. Derudover mangler der også her fysiske aktiviteter til at skabe PR.

Have PR & Kommunikation

Have PR & Kommunikation har i deres tilbud lagt meget vægt på brugen af ambassadører, i forhold til både presse, aktiviteter og kreative produktioner. Lægger måske lidt meget op af sidste års model, men med fornyede tiltag.

Ved en sammenligning af de seks tilbud holdt op imod kravspecifikationens opstillede forventninger er Have PR og Kommunikation det bureau, der har leveret det mest fordelagtige tilbud.«

Indklagede har i sin evaluering kommenteret klagerens oplæg således:

»Godt slogan. Anett, sjov figur, men taler ned til målgruppen. For meget vægt på trykt materiale og ikke så meget på fysiske aktiviteter. En indgang til alle målgrupper«

Det fremgår, at der ved evalueringen er taget hensyn til pris, målgruppe, kreative produktioner, ambassadører og PR.

Den 16. april 2009 skrev Camilla Dworski således til Kristina Sindberg – Have PR & Kommunikation A/S:

».....

Vi har nu læst jeres materiale igennem vedr. konceptet for dette års net-sikker nu! kampagne, og vil på den baggrund gerne se jer til et møde i IT- og Telestyrelsen i morgen fredag den 17. april kl. 9.30-10.30.

På mødet vil I få mulighed for at præsentere jeres tilbud og vi vil stille uddybende spørgsmål.

Du må meget gerne vende tilbage med antal og navne på de personer, der vil deltage fra Have PR.

.....«

Den 5. juni 2009 skrev Camilla Dworski således til klageren:

»Vi har nu kigget jeres tilbud igennem vedr. dette års netsikker nu! kampagne.

Vi må desværre meddele, at Bergsøe4 og KPI Communications ikke er blevet valgt som leverandør i forbindelse med denne opgave.

.....«

Klagerens direktør svarede samme dag således:

»På baggrund af afslag skal jeg hermed udbede mig en uddybende forklaring på IT- og Telestyrelsens afslag jf. Tilbudsloven.

Herunder ønsker jeg en redegørelse for, på hvilke punkter vores tilbud ikke levede op til det vindende tilbud ud fra en saglig, objektiv og ikke diskriminerende begrundelse i forhold til kriterierne for tildeling af opgaven.

.....«

Camilla Dworski svarede klageren således:

»Vi har modtaget tilbud fra seks forskellige bureauer, og ud fra disse givet point ud fra forskellige kriterier, som vi har vægtet højt i udvælgelsen af leverandør.

Kriterierne, som vi har vægtet ud fra, er følgende:

Pris

Rammer konceptet/tilbudet målgruppen?

Kreative produktioner

Brugen af ambassadører

Omfanget af PR

Der var flere af ovenstående kriterier, hvor det valgte tilbud fremstod stærkere end Bergsøe4 og KPI Communications.

Med hensyn til målgruppen, at vi usikre på, om "Anett" vil ramme den brede målgruppe, idet vi vurderer, at figuren appellerer langt mere til

unge end til den ældre generation. Endvidere er der i tilbudet, efter vores vurdering, ikke lagt tilstrækkelig vægt på brugen af ambassadører samt afholdelse af fysiske aktiviteter, der er vigtig i forhold til PR.

.....«

Direktør og indehaver af KPI Communications A/S, Peter Kofler, har afgivet en redegørelse, hvoraf blandt andet fremgår, at udbudsbetingelsernes kravspecifikation indeholdt en fejl, idet krav 5 og krav 7 var enslydende. Han fandt det besynderligt, at »møde med opdragsgiver« skulle afholdes dagen efter tilbudsfristens udløb, idet en seriøs evaluering, beslutning og opsætning af møde med den vindende tilbudsgiver ikke kan gennemføres på en dag. Af kravspecifikationen afsnit 5 samt afsnit 1.1 i »kravspecifikationens opbygning« fremgår, hvilke krav der blev stillet til løsning af opgaven. Tilbudsgiverne måtte gå ud fra, at alle krav var vigtige, og at kravene udgjorde bedømmelseskriterierne på opgaven ud fra en ligelig vægtning. Det var først da klageren ikke fik opgaven, at han konstaterede, at tilbuddene var blevet evalueret ud fra 5 kriterier.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har overtrådt det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved hverken i annoncen eller i udbudsbetingelserne at anføre underkriterierne til identifikation af det økonomisk mest fordelagtige tilbud samt ved ikke at have anført vægtningen af kriterierne.

Klageren har nærmere anført, at det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget i forbindelse med ændringen af Tilbudsloven, at »annonceringspligten bidrager til at udmønte EF-traktatens krav om gennemsigtighed«. Endvidere fremgår det af Økonomi- og Erhvervsministerens besvarelse af et spørgsmål stillet af Erhvervsudvalget i forbindelse med vedtagelsen af ændringen i Tilbudsloven, at ministeren »er enig i, at EF-traktatens principper om gennemsigtighed og ligebehandling gælder, uanset om en kontrakt er over eller under tærskelværdien for EU-udbud. Disse principper medfører efter [ministerens] opfattelse, at der er en forpligtelse for den ordregivende myndighed til at

sørge for en vis offentlighed om kontrakten og til at respektere ligebehandlingsprincippet, når en kontrakt under tærskelværdien kan have en grænseoverskridende interesse«.

Klageren har endvidere gjort gældende, at det følger af betragtning 2 i Udbudsdirektivets præambel, at kontraktsindgåelse med blandt andre staten, regionale eller lokale myndigheder er underlagt traktatens principper herunder blandt andet principperne om proportionalitet og gennemsigtighed. Ligeledes har EF-Domstolen fastslået, at der gælder en EU-retlig gennemsigtighedsforpligtelse »der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske«. Det skal således kunne kontrolleres, at udbudsprocedurerne er upartiske. EF-Domstolen har tillige fastslået, at anvendelse af traktatens grundlæggende regler og generelle principper på procedurerne for indgåelse af kontrakter med en lavere værdi end beløbsgrænserne for anvendelse af fællesskabsdirektiverne forudsætter, at de pågældende kontrakter har »en klar grænseoverskridende interesse«. Dette er tilfældet i denne sag. Klageren har konkluderet, at gennemsigtighedsprincippet finder anvendelse såvel ved gennemførelse af udbud efter Tilbudsloven som i tilfælde, hvor et udbud ikke er omfattet af hverken national eller EU-retlig regulering, idet der er tale om et helt grundlæggende traktatbaseret princip. Indklagede har således overtrådt princippet ved ikke at have oplyst om underkriterierne og deres indbyrdes vægtning, hvilket har medført, at evalueringen førte til et vilkårligt resultat.

Indklagede har gjort gældende, at værdien af den indgåede kontrakt er under den tærskelværdi, der gælder for anvendelsen af Udbudsdirektivet, og at tilbudsindhentningen har fundet sted efter bestemmelserne i Tilbudslovens afsnit II. Dette betyder blandt andet, at den detaljerede procedure for gennemførelse af udbud, herunder kravet om angivelse af kriteriernes indbyrdes vægtning ikke finder anvendelse. Anvendelse af traktatens grundlæggende regler og generelle principper på procedurerne for indgåelse af kontrakter med en lavere værdi end beløbsgrænsen for anvendelse af fællesskabsdirektiverne forudsætter, at de pågældende kontrakter har en grænseoverskridende interesse. Da dette ikke er tilfældet i denne sag, finder EU-retten og EU-retlige principper ikke anvendelse på det gennemførte udbud. Ved tilbudsindhentning efter Tilbudslovens afsnit II, er det efter lovens §

15c alene et krav, at udbuddet annonceres, og at der meddeles oplysninger om kriterierne for tildeling af opgaven.

I udbudsannoncen blev det oplyst, at kriteriet for ordretildelingen var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. I indklagedes mail af 17. april og i kravspecifikationen var endvidere anført 5 underkriterier, der ville blive anvendt: 1. Pris, 2. Rammer konceptet/tilbuddet målgruppen 3. Kreative produktioner 4. Brugen af ambassadører og 5. Omfanget af PR. Kriterierne blev nærmere beskrevet i kravspecifikationen. Indklagede har vurderet de indkomne tilbud ud fra de krav, der er opstillet i kravspecifikationen. Der er foretaget en generel og samlet vurdering af tilbuddene med henblik på at fastslå, hvilket tilbud der var økonomisk mest fordelagtige.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagedes overtrædelse af udbudsreglerne er så grov, at Klagenævnet bør annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Have PR & Kommunikation A/S.

Indklagede har gjort gældende, at der som følge af det, der er anført under påstand 1, ikke er grundlag for at annullere indklagedes beslutning om kontraktstildeling.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Hensigten med indførelsen af reglerne i Tilbudslovens afsnit II var ifølge bemærkningerne til lovforslaget blandt andet at indføre »enkle og ubureaukratiske regler om konkurrenceudsættelse af disse indkøb, således at en bredere kreds af virksomheder kan opnå nye forretningsmuligheder. Forslaget om annonceringspligt bidrager samtidig til at udmønte EF-traktatens regler om fri bevægelighed samt principperne om gennemsigtighed, ligebehandling, proportionalitet og gensidig anerkendelse«. Det fremgår endvidere af bemærkningerne, at »formålet med forslaget er at styrke konkurrencen om offentlige opgaver..... Det er ikke hensigten at

indføre detaljerede og ressourcekrævende procedureregler, men alene et sæt enkle og fleksible bestemmelser.....Formålet med denne annonceringspligt er at sikre åbenhed og dermed mulighed for potentielle tilbudsgivere for at tilkendegive deres interesse i at byde på offentlige opgaver«. Af bemærkningerne til bestemmelsen om annonceringspligt fremgår, at »udbyderne bevarer således en stor frihedsgrad med hensyn til tilrettelæggelsen af proceduren.....«. I bemærkningerne til § 15c, stk. 4, anføres blandt andet, at »annoncen ... som minimum [skal] indeholde en beskrivelse af opgaven, frist og adresse for modtagelse af tilbud eller anmodninger om deltagelse, kriterier for tildelingen af opgaven samt kontaktoplysninger om, hvorfra f.eks. evt. yderligere materiale kan rekvireres..... Listen af oplysninger er ikke udtømmende. Udbydere kan således vælge at angive flere og mere detaljerede oplysninger om opgaven, kravene til virksomhederne, processen vedr. tildeling m.v.« I bemærkningerne til § 15 d, stk 1 anføres blandt andet, »ved gennemførelsen af proceduren skal udbyderne sørge for, at de interesserede virksomheder får en fair og lige behandling. Dette indebærer bl.a. at virksomhederne skal have adgang til de samme oplysninger om det påtænkte indkøb og skal bedømmen på grundlag af de samme kriterier«.

Af indklagedes annoncering af det udbudte arbejde fremgik, at tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, og det fremgik af kravspecifikationen, at arbejdet omfattede 4 hoveddele, ligesom kravene til leverancen blev beskrevet.

Det findes ikke godtgjort, at indklagede i forbindelse med den foretagne evaluering af de indkomne tilbud har overtrådt EU-retlige regler eller regler i Tilbudslovens afsnit II, hvorfor klagen ikke tages til følge.

Ad påstand 2

Som følge af det der er anført under påstand 1 er der ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig