

K E N D E L S E

Landsorganisationen i Danmark
(selv)

mod

Københavns Universitet
(advokat Kurt Bardeleben, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 247-377732 af 16. december 2010 udbød indklagede, Københavns Universitet, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) rengøringservice med tilknyttede serviceopgaver på Det Sundhedsvidenskabelige Fakultet på Københavns Universitet.

Rengøringsopgaven var hidtil blevet udført af indklagede selv.

Indklagede antog Dansk Servicerådgivning ApS som rådgiver i forbindelse med udførelsen af udbudsforretningen.

Det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at indklagede ville afgive kontrolbud.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 8. februar 2011 havde 14 virksomheder anmodet om prækvalifikation. Indklagede besluttede at prækvalificere 7 virksomheder.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 13. maj 2011 havde 5 af de 7 prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud, herunder Allianceplus A/S.

Indklagede afgav kontrolbud.

Dansk Servicerådgivning ApS vurderede i en tilbudsanalyse, at kontrolbuddet var det økonomisk mest fordelagtige.

Den 29. juni 2011 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Allianceplus A/S.

Af indklagedes brev til kontrolbudsgruppen fremgår:

»Styregruppen for rengøringsudbuddet finder, at kontrolbuddet er et urealistisk bud som ikke lever op til de grundlæggende forudsætninger for udbuddet. Kontrolbuddet har en urealistisk lav ferie- og fraværsdækning på 6,5 %, mens alene sygdomsfravær i afdelingen i dag allerede ligger betydeligt over dette niveau. Derudover er der usikkerhed om kontrolbuddets beregningsgrundlag, herunder om kontrolbuddet kan gennemføre ydelsen inden for den økonomiske ramme, som er angivet i kontrolbuddet. Styregruppen vælger derfor at se bort fra kontrolbuddet.«

Landsorganisationen i Danmark indgav den 8. juli 2011 klage til klagenævnet på vegne af Fagligt Fælles Forbunds medlemmer på KU Sundhedsfagligt Fakultet.

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 29. juli 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klageskriftet må forstås således, at det indeholder følgende påstand:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, ved at se bort fra det interne kontrolbud og tildele kontrakten til Allianceplus A/S.

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

Klagenævnets afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning er begrundet således:

»...

Parternes anbringender

Klageren har gjort gældende, at indklagedes kontrolbud er mere økonomisk fordelagtigt end tilbuddet fra Allianceplus A/S. Da tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, er tildelingen til Allianceplus A/S i strid med udbudsbetingelsernes tildelingskriterier.

Indklagede har i første række gjort gældende, at kontrolbuddet ikke var økonomisk mere fordelagtigt end tilbuddet fra Allianceplus A/S.

I anden række har indklagede gjort gældende, at et kontrolbud ikke er et tilbud i udbudsreglernes forstand, men blot en teknik til brug for ordregiverens vurdering af, om det er hensigtsmæssigt at udlicitere en opgave, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. september 1998. Selv såfremt kontrolbuddet er billigst eller økonomisk mest fordelagtigt, har indklagede ikke i henhold til udbudscirkulæret (cirkulære nr. 2 af 13. januar 2010 om udbud af statslige drifts- og anlægsopgaver) eller udbudsreglerne i øvrigt pligt til at vælge en »in-house løsning«.

Indklagede har henvist til pkt. 4.2. i vejledning nr. 12 af 4. februar 2010 om cirkulære nr. 2 af 13. januar 2010 om udbud af statslige drifts- og anlægsopgaver, hvor der bl.a. står:

»En statslig institution skal antage det tilbud, der er billigst eller økonomisk mest fordelagtigt. En statslig institution kan annullere en udbudsforretning, hvis et af institutionen udarbejdet kontrolbud viser, at ingen af de modtagne tilbud er økonomisk attraktive, jf. § 7, stk. 7. Det skal bemærkes, at statsinstitutionen ikke er forpligtet til at annullere udbudsforretningen og fortsat løse opgaven i eget regi, selvom kontrolbuddet måtte være billigst eller mere økonomisk fordelagtigt end de modtagne tilbud. Således kan strategiske beslutninger om, hvilke opgaver statsinstitutionen selv skal udføre, udmærket være en begrundelse for at udlicitere en konkret opgave. Ved sådanne strategiske overvejelser og beslutninger skal der dog vises skyldige økonomiske hensyn.«

Klagenævnet udtaler:

...

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 uoprettelig 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.

Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærker klagenævnet følgende:

Et kontrolbud er ikke et tilbud i henseende til EU's udbudsregler, men en teknik til brug for ordregiverens vurdering af, om det er hensigtsmæssigt at lade en ekstern leverandør løse den pågældende opgave. Uanset om indklagede måtte have vurderet, at kontrolbuddet var mere økonomisk fordelagtigt end tilbuddene, ville indklagedes tildeling af opgaven til en af tilbudsgiverne herefter ikke have været i strid med udbudsbetingelserne eller udbudsdirektivet. Betingelse nr. 1 om, at klagen skal have noget på sig, er derfor ikke opfyldt.

...«

Klageren har under den fortsatte skriftveksling yderligere gjort gældende, at en myndighed, der vælger at udarbejde kontrolbud, bør være forpligtet til at lade arbejdet udføre i henhold til kontrolbuddet, hvis dette er det [økonomisk] mest fordelagtige, medmindre myndigheden på baggrund af saglige strategiske overvejelser beslutter at tildele opgaven til en ekstern leverandør.

Indklagede har under den fortsatte skriftveksling fastholdt, at et kontrolbud ikke er et tilbud i udbudsrettens forstand. Indklagede har derfor været berettiget til at indgå kontrakt med den tilbudsgiver, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Da kontrolbuddet desuden ikke tog højde for indklagedes indirekte omkostninger på 21 % og omkostninger til ferie- og fraværdsdækning, var kontrolbuddet under alle omstændigheder ikke det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klagenævnet udtaler:

Som anført i klagenævnets begrundelse for ikke at tillægge klagen opsættende virkning, er et kontrolbud ikke et tilbud i udbudsrettens forstand, jf. også herved klagenævnets kendelse af 9. maj 2011, Brand og redning Djursland.

Indklagede har allerede af den grund været berettiget til at indgå kontrakt med Allianceplus A/S, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

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