

K E N D E L S E

PH Consulting v/ Peter Bang Hjorth
(advokat Povl Nick Bronstein, København)

mod

Allerød Kommune
Egedal Kommune
Fredensborg Kommune
Frederikssund Kommune
Furesø Kommune
Halsnæs Kommune
Hillerød Kommune og
Hørsholm Kommune
(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

Allerød, Egedal, Fredensborg, Frederikssund, Furesø, Halsnæs, Hillerød og Hørsholm kommuner (indklagede) iværksatte i efteråret 2010 indhentning af tilbud på aktiveringsforløb for 2 nærmere specificerede målgrupper af ledige med henblik på indgåelse af rammeaftaler. De 8 kommuner var gået sammen om tilbudsindhentningen med Allerød Kommune som ”tovholder”. Der er tale om indkøb af tjenesteydelser, som er omfattet af tilbudslovens afsnit II. I forbindelse med tilbudsindhentningen blev der afholdt en prækvalifikation. EU-udbudsdirektiverne finder ikke anvendelse på den pågældende kontrakt.

Ansøgningen om prækvalifikation skulle indleveres i 9 eksemplarer og i 3 eksemplarer i elektronisk form på en cd-rom eller usb-stik.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 14. oktober 2010 havde 34 virksomheder ansøgt om prækvalifikation, herunder klageren, PH Consulting v/ Peter Bang Hjorth. I brev af 3. november 2010 meddelte indklagede, at klagerens anmodning om prækvalifikation ikke kunne komme i betragtning, da klageren ikke havde vedlagt årsregnskaber i papirform, men kun elektronisk.

Den 23. marts 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede og fremsatte anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 2. maj 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagen har været behandlet på et møde den 15. november 2011.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at afvise klagers anmodning om prækvalifikation som ukonditions­mæssig med den begrundelse, at klager ikke havde vedlagt papirudgaven af klagers årsregnskab med anmodningen om prækvalifikation, uanset at klager havde vedlagt 9 fysiske eksemplarer af årsregnskabet med anmodningen.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det udbudsretlige proportionalitetsprincip ved at afvise klagers anmodning om prækvalifikation som ukonditions­mæssig med den begrundelse, at klager ikke havde vedlagt 9 fysiske eksemplarer af klagers årsregnskab med anmodningen om prækvalifikation, uanset at klager havde vedlagt mindst 3 fysiske eksemplarer af årsregnskabet med anmodningen.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå de udbudte rammeaftaler.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at der ville blive prækvalificeret 8 ansøgere. Efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« ville der herefter blive udvalgt 3 tilbudsgivere pr. målgruppe, som kommunerne ville gennemføre forhandlinger med.

I udbudsbetingelserne hedder det bl.a.:

» 5. Betingelser for at blive prækvalificeret

Anmodningen om prækvalifikation skal indeholde følgende oplysninger, og der vil på baggrund af den efterspurgte dokumentation ske en egnethedsbedømmelse af ansøgerne, og såfremt den efterspurgte dokumentation mangler eller ansøgeren vurderes ikke at være egnet, vil den pågældende ikke blive prækvalificeret.

NB! Det skal fremhæves, at kommunerne normalt vil være forpligtet til at afvise anmodninger om prækvalifikation, som ikke indeholder de nævnte oplysninger i pkt. 5.1., pkt. 5.2. og pkt. 5.3.

...

5.2. Teknisk kapacitet

...

Ansøger skal vedlægge en årsrapport, og hvis dette ikke er muligt, skal ansøger alternativt vedlægge et virksomhedsregnskab

6. Anmodning om prækvalifikation

Anmodning om prækvalifikation kan indtil den 14. oktober 2010 kl. 12.00 ske ved indsendelse til ...

Anmodninger modtaget efter fristen, et andet sted eller i en anden form end angivet vil ikke være at betragte som rettidigt indkommet, og vil derfor blive afvist.

...

Anmodningen skal fremsendes/afleveres skriftligt i 9 eksemplarer samt 3 eksemplarer i elektronisk form enten på Cd-rom eller på USB-stik.

...

I tilfælde af uoverensstemmelse mellem det skriftlige og det elektroniske materiale, gælder det skriftlige (papirudgaven).«

Klageren indleverede sin anmodning om prækvalifikation den 13. oktober 2010 kl. 10.00.

Klagerens ansøgning er på 16 sider. Hertil kommer klagerens regnskab på 3 sider, som indklagede ikke har kunnet konstatere modtaget.

Den 18. oktober 2011 sendte indklagedes udbudschef, Lone Gydesen, anmodningerne om prækvalifikation til de deltagende kommuner. I følgebrevet anførte hun, at kommunerne ville modtage retningslinier fra kommunens advokat for udvælgelsen af de 8 ansøgere, som skal prækvalificeres. Det anføres endvidere:

»...

- Konditionsmæssighed/ikke-konditionsmæssighed

Samtlige anmodninger om prækvalifikation er ligeledes sendt til advokaten, som bl.a. skal give os en tilbagemelding på nogle tvivlsspørgsmål jeg har omkring et par af firmaerne gående på, hvorvidt de kan godkendes til at vurderes videre på (= hvorvidt de er konditionsmæssige). Denne vurdering får vi ca. onsdag i indeværende uge ...«

Ansøgningerne var listet op. Klageren var ikke anført på den liste, der omfattede ansøgere, som Lone Gydesen var »lidt i tvivl om og afventer endelig tilbagemelding fra advokaten.«

Der blev den 9. december 2010 afholdt et møde mellem klageren og fra Allerød kommune Lone Ravn Gydesen og jobcenterchef Jane Gotlieb Svend-

sen samt parternes advokater. Af referatet fremgår, at Jane Gotlieb oplyste, at hun efter afsendelsen af afslagsbrevet af 3. november 2010 blev kontaktet af Peter Hjorth, der oplyste, at årsregnskaberne var medsendt i et selvstændigt chartek. På mødet oplyste Peter Hjort imidlertid – ifølge referatet, som klageren ikke (på dette punkt) har haft indvendinger imod – at denne oplysning beroede på en misforståelse, da årsregnskabet var hæftet enkeltvis og lagt bagerst i hver anmodning.

Der er under den mundtlige forhandling for klagenævnet afgivet forklaringer.

Peter Bang Hjort har bl.a. forklaret, at han tidligere har deltaget i udbud. Det aktuelle udbud var en forholdsvis stor sag. Udbudsmaterialet havde været under udarbejdelse i ca. 2 uger. Den 12. oktober 2010 havde han om formiddagen været til møde hos Vibeke Munk, der driver et konsulentfirma, som klageren havde valgt som underleverandør. Her var udbudsmaterialet blevet færdiggjort. Samme aften blev udbudsmaterialet udprintet og pakket på klagerens bopæl. I arbejdet deltog klageren, Christina Hjort og Jørn Andersen, der er ansat som fagkonsulent i firmaet. Der blev kun udprintet det antal eksemplarer, der skulle bruges. Årsregnskabet og et perioderegnskab for de første 9 måneder af året fyldte 3 sider. Årsregnskabet blev udprintet i farver. Ansøgningen blev hæftet sammen. Den klipsemaskine, som han havde til rådighed, kunne ikke sammenklipse hele ansøgningen, hvorfor års- og perioderegnskabet blev sammenklipset for sig selv. Det var Christina, der havde gjort en kuvert klar. De 9 ansøgninger blev lagt ned i kuverten, således at de 9 eksemplarer af års- og perioderegnskabet lå bagerst i kuverten for sig selv. Ansøgningerne var ikke anbragt i chartek. Han lukkede kuverten og afleverede den dagen efter hos Allerød Kommune.

Lone Ravn Gydesen har bl.a. forklaret, at hun som Allerød Kommunes udbudschef var tovholder på udbuddet. Kommunen modtog 34 ansøgninger om prækvalifikation, hvilket var flere end forventet. De 34 ansøgninger blev bragt til et til formålet indrettet lokale. Ved åbningen af ansøgningerne deltog vidnet, Jane Gotlieb og en yderligere medarbejder. Det var denne, der åbnede kuverterne og lagde USB-stikkene i en særskilt kuvert. Ansøgningerne blev herefter lagt i en reol, så man undgik sammenblanding af materialet. Vidnet gennemgik et sæt, hvorefter Jane Gotlieb gennemgik sættet. De havde en chekliste hver til rådighed. Vidnet konstaterede, at ansøgningen fra klageren manglede årsregnskabet. Vidnet tjekkede de første 5 sæt,

hvorefter Jane Gotlieb fortsatte. Den medarbejder, der bistod, tjekkede USB-stikkene og konstaterede, at regnskabet var der. Han udskrev et eksemplar, som Jane Gotlieb fik. Til sidst blev kuverter og kasser tjekket for glemte materiale, inden det blev kørt væk. Under processen blev der udprintet ekstra tjeklister, hvor der blev medtaget en ekstra række til erstatning for en "gul lap". Dagen efter blev alle anmodninger om prækvalifikation gennemgået igen. Ved denne lejlighed deltog Carsten Lehrmann fra en anden af de udbydende kommuner. Vidnet var klar over, at jobcentrene var interesserede i, at klageren ikke kunne deltage i udbuddet. Vidnet besluttede sig for at rette henvendelse til indklagedes advokat for at få rådgivning om situationen. Vidnet fik en telefonisk tilbagemelding, men et skriftligt svar modtog hun først i den følgende uge. Vidnet har ikke overvejet at lade udbuddet gå om.

Det var i udbudsmaterialet anført, at ansøgningerne skulle indleveres i 9 eksemplarer, men det viste sig, at der skulle bruges 11 eksemplarer. En af Jane Gotliebs medarbejdere tilbød at kopiere de modtagne ansøgninger i yderligere 2 eksemplarer. Det viste sig senere i forbindelse med den undersøgelse, som indklagede iværksatte, at Hillerød og Frederikssund kommuner havde modtaget klagerens årsregnskab. Den eneste logiske forklaring herpå er, at det eksemplar, som var udprintet fra USB-stikket, var blevet kopieret med.

Christina Behnke Hjort har bl.a. forklaret, at hun har arbejdet for klageren i 2 omgange, den seneste fra 2010 som coach og underviser. Hun har bistået med klagerens udbud. Den 12. oktober var udbudsmaterialet klart, og der skulle ikke ske ændringer. Udbudsmaterialet blev udprintet. Der var 8 bilag til ansøgningen. Det var Peter Hjorth, der samlede bilagene sammen. Hæftemaskinen kunne ikke hæfte hele materialet, hvorfor regnskabsbilagene blev hæftet for sig selv. Materialet blev lagt ned i kuverten i 2 stakke, således at regnskabsmaterialet lå for sig selv. Hun er 100% sikker på, at alt var med.

Jørn Andersen har bl.a. forklaret, at han har været ansat hos klageren som coach i en del år. Han deltog i pakningen af udbudsmaterialet. Det udprintede materiale blev lagt på et langt bord. USB-stikkene blev tjekket. Der var intet papir tilbage på bordet, da de var færdige. Alt blev dobbelttjekket. Årsregnskabet lå nederst i stakken. Ansøgningerne blev enkeltvis pakket i 9 separate kuverter, som han havde fundet frem og gjort klar.

Jane Gotlieb Svendsen har bl.a. forklaret, at hun er jobcenterchef i Allerød Kommune. Efter at en medarbejder havde hentet ansøgningerne, åbnede han dem og lagde dem stakkevis i en reol, uden at de kunne sammenblendes. Ansøgningerne var i chartek, mapper eller noget andet. Lone Gydesen begyndte at gennemgå ansøgningerne, hvorefter vidnet tog over. Hun udfyldte et tjekskema for hver af de 34 ansøgninger. Hun har ved et minustegn angivet, at klagerens årsregnskab manglede. Hun gennemgik hele stakken og er sikker på, at der intet regnskab var. Det overskydende materiale blev anbragt i en stor kasse. Den følgende dag blev hele materialet gennemgået igen, men uden at klagerens regnskab kom frem. Vidnet var ærgerlig over, at regnskabet manglede, fordi kommunen gerne ville have klageren med. Der blev udprintet et regnskab fra USB-stikket. Vidnet regnede med, at det var i orden. Der manglede 2 eksemplarer af hver ansøgning, som derfor skulle kopieres. Det udprintede regnskab blev kopieret med ved en fejl. Da klageren havde modtaget afslagsbrevet, ringede han. Han var sikker på, at regnskabet lå i et selvstændigt chartek i 9 eksemplarer. På et efterfølgende møde oplyste klageren, at ansøgningerne var afleveret som 9 sæt af anmodningen og af regnskabsmaterialet umiddelbart oven på hinanden, og ikke som 9 sæt anmodninger og 9 eksemplarer af regnskabsmaterialet nederst i den samlede bunke. Vidnet måtte derfor have misforstået fremgangsmåden, når hun mente, at regnskaberne lå for sig selv.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har ikke anfægtet den almindeligt fulgte praksis, hvorefter tilbudsgiveren har bevisbyrden for, hvad der er blevet afleveret til ordregiveren. Det gøres imidlertid gældende, at der i denne sag foreligger sådanne omstændigheder, at bevisbyrden ikke længere er klagerens. Der er ikke efter åbningen foretaget en betryggende gennemgang af de kuverter, hvori tilbuddene havde været. Da ansøgningerne blev udsendt til de deltagende kommuner, var klagens ansøgning anført som konditionsmæssig. Det kan ikke udelukkes, at det var et originalt regnskab, der var blevet kopieret og udsendt til de 2 kommuner. Der må gælde strikse krav til den behandling, som ansøgningerne har fået efter indleveringen. Det må tages i betragtning,

at Lone Gydesen og Jane Gotlieb ikke har været med til at åbne og tømme kuverterne.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes behandling af de indkomne ansøgninger har været helt sædvanlig. Alle ansøgninger har været gennemgået og tjekket 2 gange uafhængigt af hinanden. Indklagede har intet motiv haft for at fjerne regnskaberne, tværtimod, da indklagede helst så, at klageren deltog i udbuddet. Det er klart klageren, der har bevisbyrden for, hvad der er afleveret. Der er ingen tvivl om rækkevidden af indklagedes klausul om uoverensstemmelser mellem det papirbaserede materiale og det elektroniske. Indklagede kan ikke uden at bryde med ligebehandlingsprincippet se bort fra den foreliggende uoverensstemmelse.

Ad påstand 2

Efter det, der nu er oplyst, gør klageren ikke længere gældende, at der har været indleveret regnskaber i 2 eksemplarer. Det gøres imidlertid fortsat gældende, at den uoverensstemmelse, der måtte kunne konstateres mellem det elektronisk afleverede materiale og det, der blev afleveret på papir, er så bagatelagtig, at det ikke kan begrunde, at klagerens tilbud anses for ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at det følger af § 12, stk. 1, jf. stk. 2, i bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 - som formelt set ikke gælder for den foreliggende tilbudsindhentning - at en ordregiver kan se bort fra visse formelle fejl, men at dette dog ikke gælder, hvis ordregiveren har angivet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til afvisning af ansøgningen. En sådan angivelse findes i de foreliggende udbudsbetingelser, og indklagede kan derfor ikke se bort fra manglen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Det fremgår klart af udbudsbetingelserne, i hvor mange eksemplarer, papirbaseret og elektronisk, en ansøgning om prækvalifikation skal afleveres, og hvilken betydningen det skal have, at dette formkrav ikke er opfyldt, eller at der er uoverensstemmelser mellem det materiale, der er indleveret papirbaseret og elektronisk.

Der er mellem klageren og indklagede enighed om, at klageren indleverede sin ansøgning om prækvalifikation i 3 elektroniske eksemplarer. Klageren hævder, at de 9 papirbaserede eksemplarer, der blev indleveret, også omfattede klagerens regnskab, hvilket indklagede ikke har kunnet konstatere. Den fremgangsmåde, som indklagede har oplyst at havde fulgt ved behandlingen af de indkomne ansøgninger, har været så grundig, at udgangspunktet om, at det er klageren, der skal godtgøre, at ansøgningen blev indleveret med de bilag og i det antal eksemplarer, som er krævet i udbudsbetingelserne, i hvert fald ikke er ændret. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at anse klagerens anmodning om prækvalifikation for ukonditionsmæssig.

Det tilføjes, at klageren har afgivet skiftende oplysninger om, hvorledes de 9 papirbaserede eksemplarer af ansøgningen om prækvalifikation var samlet ved afleveringen, men at klageren ved ikke at samle eller samhæfte de 9 eksemplarer af ansøgningerne om prækvalifikation som 9 fuldstændige eksemplarer af det samlede ansøgningsmateriale i al fald ikke har fulgt en særlig betryggende fremgangsmåde.

Klagen 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.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig