

K E N D E L S E

Proffice A/S
(selv)

mod

Statens & Kommunernes Indkøbs Service A/S
(selv)

Statens & Kommunernes Indkøbs Service A/S iværksatte i juli 2011 indhentning af tilbud på køb af vikarydelser inden for sundheds- og omsorgsområdet og kontor- og administrationsområdet. Der er tale om indkøb af tjenesteydelser, som er omfattet af tilbudslovens afsnit II, og i overensstemmelse med lovens § 15 a, stk. 1, nr. 1, jf. § 15 c, blev der i forbindelse med tilbudsindhentningen offentliggjort en annonce i Udbudsavisen. EU-udbudsdirektiverne finder ikke anvendelse på den pågældende kontrakt. Statens & Kommunernes Indkøbs Service A/S har ikke offentliggjort et EU-udbud i De Europæiske Fællesskabers Tidende.

Det udbudte er en rammeaftale opdelt i 6 delaftaler. Denne klagesag vedrører delaftale 2, kontor- og administrationsområdet.

Den 24. oktober 2011 meddelte Statens & Kommunernes Indkøbs Service A/S Proffice A/S følgende:

»Tak for fremsendte tilbud på Rammeaftale 17.17 Vikarydelser, Delaftale 2, alle regioner, af 25. august 2011.

SKI har foretaget en gennemgang af samtlige indkomne tilbud for at sikre, at de er afgivet i overensstemmelse med de formelle økonomiske og tekniske krav samt mindstekrav i udbudsmaterialet, og dermed udgør konditionsmæssige tilbud. Tilbud som ikke er afgivet i overensstem-

melse med disse krav afvises. Kun tilbud, der kan tages i betragtning evalueres i henhold til tildelingskriteriet laveste pris.

SKI har gennemgået Deres tilbud og konstateret, at uanset at Deres tilbud er konditionsmæssige, er Deres tilbud sammensat med et betydeligt antal priser, der er unormalt lave og dermed uantagelige, og på den baggrund må SKI afvise Deres tilbud.

...«

I skrivelsen følger herefter en nærmere redegørelse for begrundelsen for afvisningen, herunder en beskrivelse af parternes kommunikation om problemstillingen.

Den 3. november 2011 indgav klageren, Proffice A/S, klage til Klagenevnet for Udbud over indklagede, Statens & Kommunernes Indkøbs Service A/S.

Den 7. december 2011 afsagde klagenevnet herefter kendelse således:

»...

Klagens indhold:

Klageren har ikke nedlagt præcise påstande. Klagen må imidlertid forstås sådan, at klageren nedlægger påstand om blandt andet, at beslutningen om at udelukke klageren annulleres.

Andre oplysninger i sagen:

I annoncen i Udbudsavisen er anført:

»Offentlige indkøb Udbud under tærskelværdien og andre ikke EU-udbud

...SKI udbyder »Rammeaftale 17.17 Vikarydelser« om levering af vikarydelser inden for sundhed & omsorgsområdet og kontor- og administrationsområdet.

...

Udbuddet gennemføres som et offentligt udbud efter tilbudsloven jf. LBK nr. 1410 af 07/12/2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter...«

»Rammeaftalen« er inddelt i delaftaler. Denne sag vedrører Delaftale 2: Kontor- og administrationsområdet.

Tildelingskriteriet er »laveste pris«.

Rammeaftalen indeholder ikke en egentlig pligt for leverandøren til at stille vikarer til rådighed for kunden. Leverandøren kan således afvise en konkret bestilling fra kunden.

Indklagede rettede den 15. september 2011 henvendelse til klageren med henblik på at få afklaret, om klageren ville vedstå sit tilbud, uanset at klagerens tilbud forekom unormalt lavt. Den 21. september 2011 vedstod klageren sit tilbud.

Af indklagedes evalueringsnotat fremgår:

»7.2. Proffice A/S [og Proffice Care A/S)]

Proffice A/S og Proffice Care A/S har afgivet formelt konditionsmæssigt tilbud på delaftale ..., 2 , ...

Tilbudsgiverne Proffice A/S og Proffice Care A/S har svaret samlet på trods af at de har afgivet særskilt tilbud på de enkelte delaftaler, men tilbudsgiverne er tilsyneladende indbyrdes forbundet. Begrundelsen fra Proffice A/S og Proffice Care A/S på dette forhold er, at besvarelsen på SKI henvendelse vil være den samme.

Proffice A/S har afgivet tilbud på delaftale 2

Proffice A/S har i sit tilbud på delaftale2 anført 1 timepris til DKK 1,00 i samtlige regioner (dog 2 for region Hovedstaden), svarende til 20 % (40 % for region Hovedstaden) af vægtningen i relation til den samlede vægtede timepris. Disse priser er markant lavere end de omkostninger tilbudsgiver må formodes at have til lønomkostninger.

...

SKI har kontaktet tilbudsgiverne vedr. afklaring af om tilbudsgiverne vil stå ved de unormalt lave bud hvortil tilbudsgiver den 21. september 2011 svarede at Proffice A/S og Proffice Care A/S vedstår sit tilbud.

Det bemærkes, at der ikke er en bodsbelagt forpligtelse Proffice A/S og Proffice Care A/S til at levere. Proffice A/S og Proffice Care A/S kan derfor i et uvist omfang afvise bestillinger uden direkte at forbryde sig mod aftalens indhold. Proffice A/S' og Proffice Care A/S' svar giver ikke yderligere sikkerhed for, at Proffice A/S og Proffice Care A/S vil levere og der er dermed en risiko for, at Proffice A/S og Proffice Care

A/S ikke vil efterleve de dele af deres tilbud, som er unormalt lavt, og dermed tildele sig selv en uberettiget konkurrencefordel.

SKI skønner derfor, at der er en betydelig risiko for, at Proffice A/S og Proffice Care A/S tildeler sig selv en uhjemlet og uretmæssig begunstiggelse gennem en mulig efterfølgende sortering i hvilke opgaver Proffice A/S og Proffice Care A/S ønsker at påtage sig baseret på om opgaverne tildeles indenfor de områder, hvor de har afgivet unormalt lave priser eller indenfor de områder, hvor deres priser ikke afviger fra det forventelige.«

Klagenævnet udtaler:

Det fremgår af den elektronisk annoncering i Udbudsavisen af 13. juli 2011, jf. herved tilbudslovens § 15 c, at der er tale om tilbudsindhentning efter tilbudslovens afsnit II.

I meddelelsen om tildelingsbeslutningen af 24. oktober 2011 har SKI oplyst om en standstill periode, der udløber den 3. november 2011, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 3, stk.1.

Da der ikke er tale om en situation som omhandlet i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 3, stk. 1, men om tilbudsindhentning efter tilbudslovens afsnit II, finder reglerne om standstill ikke anvendelse.

SKI har således ikke informeret tilbudsgiverne korrekt.

Klagenævnet har på den baggrund valgt at opfatte klager over denne tilbudsindhentning som indeholdende en begæring om, at klagen tillægges opsættende virkning, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1., hvis klagen er indgivet i den periode, som SKI har betegnet som standstill perioden.

Det er tilfældet for klagen i denne sag.

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

»Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.«

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

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.

Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.

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«*) bemærker klagenævnet, at der er tale om tilbudsindhentning efter tilbudslovens afsnit II, og udbudsdirektivets regler finder således ikke anvendelse. At indklagede har valgt at følge proceduren i udbudsdirektivets artikel 55, før indklagede afviste klagerens tilbud som værende unormalt lavt, fører ikke til andet resultat. Indklagede ses ikke at have overtrådt de bestemmelser, som fremgår af lovens afsnit II, herunder § 15, d, stk.1, ved at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at det var unormalt lavt. Der er herefter ikke grundlag for at antage, at klagerens påstand om, at afvisningen annulleres, vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1. er derfor ikke opfyldt

På denne baggrund er betingelserne for at tillægge klagen opsættende virkning ikke opfyldt.

...«

Klageren har fastholdt klagen.

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

Klagenævnet udtaler:

Af de grunde, som klagenævnet har anført i kendelsen af 7. december 2011, og da det, som efterfølgende er kommet frem, ikke kan føre til andet resultat, tages klagen 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.

Joan Bach
kontorfuldmægtig