

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Trine Garde, Gorm Elikofer)

J.nr.: 2009-0020048

2. februar 2010

K E N D E L S E

VKAREN ApS
(advokat Niels Eriksen, Odense)

mod

Odense Kommune
(advokat Majse Jarlov, København)

Den 20. april 2009 iværksatte Odense Kommune en tilbudsindhentning efter Tilbudsloven, afsnit II (lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter) vedrørende vikarydelser til Odense kommunale ældrepleje samt sundhedsafdelingen. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 26. maj 2009 havde 9 virksomheder afgivet tilbud. Indklagede har efterfølgende indgået kontrakt med Dana Care A/S, Pleje og Omsorg A/S og Adecco A/S.

Den 20. august 2009 indgav klageren, VKAREN ApS, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Odense Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 20. november 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med forbudet mod forskelsbehandling i Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, ved ikke at give klageren underretning om den tilbudsindhentning, som klageren iværksatte den 20. april 2009, uagtet indklagede gav alle øvrige tilbudsgivere ved det udbud, som indklagede tidligere havde iværksat den 7. oktober 2008, men annulleret den 12. december 2008, underretning om tilbudsindhentningen.

Påstand 2

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 2.400.000 kr. med procesrente fra den 20. august 2009.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 2)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 76.950 kr. med procesrente fra den 20. august 2009.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et skønsmæssigt fastsat mindre beløb end 76.950 kr. med procesrente fra den 20. august 2009.

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

Indklagede har vedrørende påstand 2 - 4 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 2 - 4, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1.

Den 7. oktober 2008 iværksatte Odense Kommune et udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende vikarydelser på ældreområdet inden for Odense Kommune. Ved tilbudsfristens udløb den 17. november 2008 havde 8 tilbudsgivere herunder klageren afgivet tilbud.

Den 12. december 2008 annullerede Odense Kommune udbuddet og meddelte »tilbudsgivere til Odense Kommune på vikarydelser«:

»Det er med beklagelse af Odense Kommune har vurderet at vi bliver nødsaget til at annullere ovennævnte udbud.

Dette skyldes, at ud fra 8 tilbud er 4 ukonditionsmæssige og Odense Kommune får der ved kun 2 leverandører der byder på henholdsvis delbud 1 og 2 og en på delbud 3.

Dette medfører en forringet konkurrence..... Vi har derfor vurderet, at vi bliver nød til at genudbyde via en helt ny proces og ny opsætning af et udbudsmateriale.

Odense Kommune går snarest i gang med at udarbejde et nyt materiale og forventer dette annonceret primo 2009.

Vi vil efter annonceringen af det nye udbud fremsende Jer link til Odense Kommunes hjemmeside, hvor I vil kunne downloade udbudsmaterialet.

.....«

Den 19. marts 2009 skrev klagerens repræsentant sålydende mail til indklagede:

»Er en smule nysgerrig på hvorledes at der kommer gang i udbuddet af vikarassistance??«

Indklagede svarede således samme dag:

»..... Vi er i fuld gang i får materialet tilsendt inden en måned.....«

Den 13. juli 2009 skrev klagerens repræsentant sålydende mail til indklagede:

»Et eller andet sted er det røget hen over hovedet på mig at det åbenbart er blevet udbudt igen – Sidst jeg talte med en fra dit kontor var udbuddet ikke på plads og gangen før det, lovede du at vi ville få besked om hvornår det blev udbudt – Specielt også fordi at i annullerede udbuddet- Hvis udbuddet har været sat op igen vil jeg gerne vide hvordan er det blevet udbudt

.....«

Indklagede svarede samme dag således:

»Vi har under evalueringsprocessen undret os over Jeres manglende deltagelse og med din henvendelse fra i dag har jeg gået korrespondancen igennem.

Jeg må desværre konstatere, at der er sket en procedurefejl, i det Jeres firmas mailadresse ved en fejl er forsvundet fra maillisten.

Der er derved ikke fremsendt link til Jeres firma vedr. annonceringen på Odense Kommunes hjemmeside. Dette beklager vi meget.

.....«

Michael Brendebjerg, der er direktør i VKAREN ApS, har forklaret, at han efter at have modtaget indklagedes mail om aflysning af udbuddet på grund af manglende konkurrence regnede med at modtage meddelelse fra indklagede om det nye udbud. Han erindrede indklagede herom, og han modtog den 20. marts 2009 bekræftelse på, at han ville få materialet tilsendt. Han var bortset fra i perioden fra 20. marts til 13. juli 2009 i løbende kontakt med indklagede, idet hans virksomhed »gik efter kontrakten« på ydelsen.

Charlotte Hardam, der er indkøbschef hos indklagede, har forklaret, at hun overtog sagen vedrørende vikarydelser, da udbuddet var blevet annulleret.

Tjenesteydelsen blev annonceret den 20. april 2009. Den 22. april 2009 udsendte indklagede meddelelse til de tilbudsgivere, der havde afgivet tilbud under det tidligere udbud. Ved en fejl blev der ikke sendt en meddelelse til klageren. Hun er ikke bekendt med, hvordan fejlen opstod. Der var 3 virksomheder, der havde afgivet tilbud under udbuddet, som ikke afgav tilbud under licitationen. Indklagede har tidligere ad hoc og gennem en anden virksomhed på ældreområdet benyttet sig af klagerens virksomhed.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har udøvet vilkårlig forskelsbehandling mellem tilbudsgiverne ved fejlagtigt ikke at orientere klageren om, at arbejdet på ny var udbudt. Indklagedes fejl har udløst forskelsbehandling. Indklagede har derfor overtrådt principperne i Tilbudslovens § 15 d, stk. 1, der dækker alle faser af udbudsprocessen.

Indklagede har bestridt, at den af indklagede begåede sagsbehandlingsfejl er en krænkelse af EU-retlige principper og Tilbudslovens § 15 d, stk. 1. Indklagede foretog en offentlig annoncering i overensstemmelse med tilbudslovens bestemmelser. Klageren kunne have holdt øje med indklagedes annoncering.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det lægges til grund, at indklagede forud for ordretildelingen vedrørende vikarydelser på ældreområdet annoncerede tjenesteydelsen i overensstemmelse med tilbudslovens afsnit II, og at indklagede som følge af en sagsbehandlingsfejl ikke underrettede klageren om tilbudsindhentningen. Endvidere lægges det til grund, at klageren enten selv eller gennem et abonnement kunne have søgt information om indklagedes annoncering af tjenesteydelsen. Den fejl, som indklagede begik over for klageren vedrørende underretning af tilbudsgiverne fra det annullerede udbud, indebærer hverken en overtrædelse af det EU-retlige ligebehandlingsprincip eller Tilbudslovens § 15 d, stk. 1. Påstanden tages derfor ikke 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