

K E N D E L S E

Willis I/S
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

mod

Sønderborg Kommune
(advokat Jan Bruun Jørgensen, Kolding)

Sønderborg Kommune (indklagede) iværksatte i april 2011 indhentning af tilbud på administration af arbejdsskader. Der var tale om indkøb af tjenesteydelser, som er omfattet af tilbudslovens afsnit II. Det er ikke oplyst, om der forinden var offentliggjort en annonce, jf. lovens § 15 c. EU-udbudsdirektiverne finder ikke anvendelse på den pågældende kontrakt og indklagede har ikke offentliggjort et EU-udbud i De Europæiske Fællesskabers Tidende.

Udbuddet blev foretaget af dahlberg assurance brokers esbjerg as i henhold til en fuldmagt fra indklagede.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde 6 virksomheder afgivet tilbud, herunder dahlberg skadeservice aps, og klageren, Willis I/S. Den 9. marts 2011 besluttede indklagede at indgå kontrakt med dahlberg skadeservice aps.

Klageren indgav den 28. april 2011 klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling samt tilbudslovens § 15 d, stk. 1, ved at give dahlberg assurance brokers esbjerg as fuldmagt til at gennemføre udbuddet på vegne af indklagede og efterfølgende tage tilbuddet fra dahlberg skadeservice aps i betragtning, uanset at dahlberg assurance brokers esbjerg as er franchisetager til dahlberg assurance brokers as, der ejer 100 % af aktierne i dahlberg skadeservice aps.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til dahlberg skadeservice aps.

Klageren har taget forbehold for at nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

dahlberg-selskaberne

På dahlberg-selskabernes hjemmeside står der:

»Hvem er vi?

Dahlberg assurance brokers er Danmarks største uafhængige dansk-ejede forsikringsmægler med en årlig præmieomsætning på mere end 1,5 mia. kr.

Fra vores fire selvstændige kontorer i Danmark og vores netværk i hele verden kan vi sikre dig optimale forsikrings- og pensionsløsninger. Vi er 100 % uafhængige.

...

Med dahlberg som rådgiver og sparringspartner vil du opleve et langvarigt og gensidigt tillidsfuldt samarbejde, hvor resultater og kompetent rådgivning går hånd i hånd med forståelse, service og respekt.

...

Vi værner om vores selvstændighed – også internt – og derfor er vores struktur med 4 selvstændige kontorer, bundet sammen af en fælles platform, netop det der gør dahlberg til en stærk og omstillingsparat dansk samarbejdspartner.

...

Geografisk dækning

Med kontorer i København, Århus, Odense og Esbjerg er dahlberg tæt på din virksomhed, uanset hvor i Danmark den ligger. Det betyder, at vi kan servicere dig regionalt med de oplagte fordele, som det medfører. ...

Rådgivning om erhvervs, og pensionsforsikringer kræver tilstedeværelse lige dér, hvor din virksomhed, og dermed behovet er. ...

Nye tider – nye muligheder

...

Vi er i dag samlet et kompetent team på 8 personer bestående af specialister og dedikerede medarbejdere, som udelukkende beskæftiger sig med rådgivning af og sparring med offentlige kunder og forsikringselskaber.

I dag, kun ca. 1,5 år efter vi startede op på området, har vi skabt en omfattende kundeportefølje bestående af 25 kommuner og 1 region, med et koncept, som i høj grad tager sit afsæt i den enkelte kundes ønsker, egen formåen og kompleksitet.

...

Med en fremtid hvor større selvriscici og øget selvforsikring vil kendetegne de offentlige forsikringsprogrammer, vil dahlberg som rådgiver og sparringspartner, kunne bidrage til at skabe fokus, synergi, overblik og omkostningsreduktion – hånd i hånd med vores kunder.

Derfor har vi udviklet et koncept, som baseres på en individuel tilgang med respekt for, at ingen kunder er ens, og derfor heller ikke skal behandles ens. Behovsbestemt valgfrihed er nøgleordet.

Vi tilbyder bl.a. offentlige virksomheder

- Servicering via områdespecialisterne
- Afholdelse af EU-udbud ...
- Mere end 20 års erfaring i rådgivning og sparring på det offentlige forsikringsområde
- ...
- Flere skade- og policeadministrationssystemer, som tilpasses vores kunders behov og ønsker
- Administrationsaftaler på udvalgte områder og skader
- ... «

Om dahlberg skadeservice aps hedder det på selskabets hjemmeside (www.dahlbergskadeservice.dk):

»dahlberg skadeservice aps udfører professionel og effektiv skadebehandlingsservice for forsikringsselskaber og erhvervsvirksomheder. dahlberg skadeservice aps er et selskab i dahlberg-gruppen.

Historik

dahlberg assurance brokers as har som en af sine aktiviteter udført skadebehandling for forsikringsselskaber gennem mange år. Denne

skadebehandling er nu overført til dahlberg skadeservice og tilbydes som en selvstændig ydelse til forsikringsselskaber og erhvervsvirksomheder.

Erfaring og kompetence

Vi har erfaring og kompetence indenfor skadebehandling af såvel store standardiserede forsikringsporteføljer, hvor IT-håndteringen er særligt vigtig, som inden for højst specialiserede niche produkter, hvor eksempelvis juridisk kompetence er af stor betydning. dahlberg skadeservice har således advokater tilknyttet.

...

Domicil

dahlberg skadeservice aps er hjemmehørende på Spotorno Alle 2, 2630 Tåstrup på samme adresse som dahlberg assurance brokers as med fælles kontorfaciliteter og IT-løsning.«

I et notat af 26. januar 2011, udarbejdet af direktør i dahlberg skadeservice aps Niels Vase, i anledning af et tidligere udbud, der blev opgivet, hedder det:

»Notat vedrørende spørgsmål om inhabilitet i forbindelse med udbud forestået af dahlberg assurance brokers esbjerg as, og hvor dahlberg skadeservice aps er bydende.

Vedrørende den selskabsretlige relation mellem selskaberne:

Det selskab, der har stået for udbuddet, er dahlberg assurance brokers esbjerg as. Dette selskab har indgået en franchiseaftale med selskabet dahlberg assurance brokers A/S, hvilket selskab ejer det bydende selskab, dahlberg skadeservice aps. Franchiseaftalen består blandt andet i en aftale om at franchisetager (dahlberg assurance brokers esbjerg as) betaler til franchisegiver dahlberg assurance brokers A/S et fast månedligt beløb for serviceydelser (hovedsagligt IT-ydelser) samt retten til at bære navnet Dahlberg. Dette beløb er uafhængigt af omsætningen og påvirkes ikke af omsætningen hos franchisetager.

Det bydende selskab, dahlberg skadeservice aps er et 100 % ejet datterselskab af franchisegiver.

Der er således ingen selskabsretlig relation mellem det bydende selskab og det selskab, der har stået for udbuddet.

...«

Tilbudsindhentningen

I betingelserne af april 2011 for tilbudsindhentningen er gengivet indklagedes fuldmagt til dahlberg assurance brokers esbjerg as, hvori det hedder:

»Hermed bekræfter undertegnede, Sønderborg Kommune ... at vi med Dem [dahlberg assurance brokers esbjerg as] har truffet aftale om, at De fra dags dato er udpeget som vor eksklusive forsikringsmægler for såvel samtlige bestående som samtlige nye forsikringer, vi har eller ønsker at tegne inden for skadeforsikringer.

...

De er bemyndiget til på vore vegne, med henblik på revision af bestående forsikringer, eller på nytegning, at forhandle med samt modtage oplysninger fra ethvert dansk eller udenlandsk forsikringsselskab, ligesom De er bemyndiget til at indhente forsikringstilbud, ...«

Af betingelserne for tilbudsindhentningen fremgår, at dahlberg assurance brokers esbjerg as på indklagedes vegne indhenter tilbud på indklagedes administrationen af arbejdsskader. Tilbudsfristen var 4. marts 2011, og aftalen skulle træde i kraft den 1. april 2011. Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne »størrelsen af den årlige forsikringsudgift« og »omfanget af serviceydelser udover det som min. krævede under kravspecifikationen afsnit 4«. De 2 underkriterier vægtedes med henholdsvis 70 % og 30 %.

Af afsnit »4. Kravspecifikationen for administration af arbejdsskader« fremgår:

» ...

Ordningens opbygning og omfang

Kommunen ønsker tilbud på administration af kommunens arbejdsskader og i henhold til Lov om sikring mod følger af arbejdsskade.

...

Beskrivelse af ordningen

Udbyderen varetager for kommunen, behandlingen af arbejdsskadeanmeldelser, der fremsendes vedrørende arbejdsulykke i henhold til de [til] enhver tid gældende regler, herunder arbejdsskadesikringsloven og den hertil gældende retspraksis.

Udbyder skal tilkendegive, hvorvidt der kan sendes udvalgte skadeanmeldelser til behandling.

Udbyderen skal desuden varetage kommunens anke af afgørelser fra Arbejdsskadestyrelsen.

Udbyderen skal en gang hvert kvartal fremsende basisrapportering til kommunen indeholdende:

...

Honorar

Der ønskes tilbud på honorar pr. sag samt om

det er muligt, at man kun sender udvalgte skadeanmeldelser til udbyderen og hvad priser herfor da er.

...

Nuværende forsikringsforhold

Sønderborg Kommune er på nuværende tidspunkt selvforsikret for arbejdsskaderisikoen. Skaderne administreres i dag af administrationselskab.

dahlberg skadesservice aps afgav tilbud den 27. februar 2011. Af tilbuddet fremgår følgende »til oplysning om vores virksomhed«:

»Dahlberg er en partnerejet virksomhed bestående af selskaberne Dahlberg Assurance Brokers A/S og de 100 % ejede datterselskaber Dahlberg Assurance Agentur A/S og dahlberg skadesservice aps.

Generelt om Dahlberg henvises til www.dahlberg.dk«

I et beslutningsoplæg af april 2011 til indklagede blev det anbefalet at indgå kontrakt med dahlberg skadeservice aps. Oplægget er udarbejdet af »dahlberg«.

I en afslagsskrivelse af 9. marts 2011 fra »dahlberg assurance brokers« til klageren hedder det:

» ...

Efter en gennemgang af de indkomne tilbud, er Willis I/S desværre ikke kommet i betragtning, idet det er besluttet at gøre brug af dahlberg Skadeservice ApS, som administrator af arbejdsskader for Sønderborg kommune.

Beslutningen er truffet på baggrund af en vurdering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, med en vægtning som beskrevet i udbudsmaterialet.

For Willis I/S fik i en samlet score på 80,40 %. Det er prisen, der er for høj i forhold til den vindende byder, idet I har fået 100 point på serviceydelser.

...«

Det fremgår, at klagerens tilbudspris pr. sag var 1.100 kr., mens det vindende tilbud var på 900 kr. pr. sag.

I brev af 11. marts 2011 gjorde klageren gældende, at tildelingsbeslutningen var foretaget i strid med udbudsreglerne, da der forelå udbudsretlig inhabilitet på grund af det tætte samarbejde, der forelå mellem dahlberg assurance

brokers esbjerg A/S og dahlberg assurance brokers A/S. Synspunktet blev gentaget i klagerens brev af 17. marts 2011, hvor klageren opfordrede indklagede til at tilvejebringe franchiseaftalen mellem dahlberg assurance brokers a/s og dalberg assurance brokers esbjerg aps.

Det er oplyst, at indklagede havde annulleret en tidligere tilbudsindhentning, hvor klageren og dahlberg skadeservice aps havde afgivet tilbud henholdsvis den 13. og 8. december 2010. Klagerens pris pr. sag var i dette tilbud 1.170 kr., mens dahlberg skadeservice aps' pris var 900 kr. Indklagede har oplyst, at baggrunden for annulleringen af tilbudsindhentningen var, at klageren ikke havde modtaget spørgsmål og svar, stillet af de øvrige interesserede tilbudsgivere.

Indklagede har ikke fremlagt franchiseaftalen mellem dahlberg assurance brokers a/s og dahlberg assurance brokers esbjerg a/s under henvisning til en fortrolighedsbestemmelse i aftalen og til, at sidstnævnte og klageren driver konkurrerende virksomhed. Indklagede har dog oplyst, at franchiseafgiften er omsætningsuafhængig og ikke påvirkes af omsætning eller indtjening hos nogen af parterne, og at det ikke er pålagt franchisetageren at henvise sager til franchisegiveren. Indklagede har i øvrigt oplyst, at indklagede ikke har adgang til aftalen, men at repræsentanter for dahlberg assurance brokers esbjerg a/s er indstillet på at afgive forklaring om relevante dele af aftalen.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at give dahlberg assurance brokers esbjerg a/s fuldmagt til at gennemføre udbuddet og efterfølgende tage tilbuddet fra dahlberg skadeservice aps i betragtning. Klageren har hermed henvist til, at Esbjerg-selskabet har været involveret i, og dermed haft mulighed for, at påvirke alle dele af udbudsprocessen, herunder udarbejdelse af udbudsmaterialet, gennemgang og evaluering af tilbuddene og udarbejdelse af beslutningsoplæg til indklagede. Som et 100 % ejet datterselskab må der i udbudsretlig sammenhæng ske identifikation mellem dahlberg skadeservice aps og dahlberg assurance brokers a/s. Det må lægges til grund, at der består en så tæt relation mellem dahlberg

assurance brokers esbjerg a/s og dahlberg assurance brokers a/s, at de 2 selskabers involvering i udbuddet som henholdsvis befuldmægtiget ordregiver og tilbudsgiver er uforenelige. De 2 selskaber markedsføres under samme »brand« med fælles hjemmeside, fælles referenceliste, tilbud om afholdelse af EU-udbud og administrationsaftaler. Der er et afhængighedsforhold mellem de 2 selskaber, idet retten til at bære selskabets navn er afhængig af den franchiseaftale, der er indgået mellem selskaberne. Henvisningen til dahlbergs hjemmeside i tilbuddet må forstås som en generel henvisning til selskabsgruppens resurser. Det er ikke afgørende, at franchiseafgiften ikke er omkostningsbestemt, da begge selskaber har en fælles interesse i, at dahlberg skadeservice aps opnår kontrakten og hermed en oprustning og manifestering af betydelige markedsandele. Det må også være oplagt, at Esbjerg-selskabet ved genforhandling af franchisekontrakten står i en betydelig bedre forhandlingssituation, hvis selskabet i den forløbne tid har medvirket til en forøgelse af omsætningen hos dahlberg assurance brokers a/s. Det må formodes, at franchiseaftalen pålægger franchisetageren at henvise sager til dahlberg assurance brokers a/s, i det omfang selskabet ikke selv er i stand til at behandle dem, ligesom tilbudsgiveren sikkert har forpligtet sig til at sikre krydssalg bedst muligt. dahlberg skadeservice aps afgav også tilbud ved det første udbud og måtte forventes også at afgive tilbud ved det andet. Ved at give Esbjerg-selskabet fuldmagt til også at gennemføre det andet udbud har indklagede skabt en situation, hvor der er berettiget tvivl om, hvorvidt kontrakten er tildelt på et sagligt og objektivt grundlag. Indklagede har også afgivet kontrollen med, at gennemsigtighed og ligebehandling blev sikret i udbudsprocessen, ved at give dahlberg assurance brokers esbjerg a/s fuldmagt til at forestå udbuddet. Under disse omstændigheder må det påhvile indklagede at bevise, at tilbudsgiveren ikke har opnået en konkurrencefordel ved udbuddet. Denne bevisbyrde er ikke løftet og kan ikke løftes. Det må endvidere have formodningen for sig, at der i tilbudsperioden i kraft af den tætte forretningsmæssige forbindelse har været drøftelser mellem Esbjerg-selskabet og dahlberg skadeservice aps i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Indklagede har ikke efterkommet klagerens opfordring til at fremlægge franchiseaftalen. Selv om indklagede ikke er i besiddelse af aftalen, burde indklagede have afdækket omfanget og identiteten af det forretningsmæssige samarbejde, der består mellem indklagedes befuldmægtigede og en tilbudsgiver.

Den omstændighed, at klageren har modtaget maksimumpoint i relation til underkriteriet »omfanget af serviceydelser m.v.« udelukker ikke, at dahlberg skadeservice aps er blevet begunstiget ved evalueringen eller ved valg af evalueringsmetode, som ikke fremgår af udbudsbetingelserne.

Hvis det accepteres, at en franchisetager ved et udbud kan agere som rådgiver og franchisegiveren som tilbudsgiver, vil det være muligt for selskaber at organisere sig på en sådan måde, at de udbudsretlige regler vedrørende inhabilitet blev udhulet.

Indklagede har gjort gældende, at dahlberg assurance brokers esbjerg a/s i samarbejde med indklagede har udarbejdet udbudsmaterialet og udarbejdet evalueringsmodellen. Det bestrides, at der er noget forretningsmæssigt samarbejde mellem dahlberg assurance brokers esbjerg a/s og tilbudsgiveren, og det bestrides, at det interessefællesskab, der måtte være som følge af markedsføring under brandet dahlberg, har en sådan karakter, at det udbudsretligt medfører, at tilbuddet fra dahlberg skadeservice aps ikke kan tages i betragtning. Der er intet, der tyder på, at dette selskab, der afgav det samme tilbud ved det første og det andet udbud, og hvis tilbud forelå langt tid før klagerens tilbud, skulle have opnået en konkurrencefordel. Der er heller intet belæg for, at evalueringen af de indkomne tilbud, der til dels beror på en matematisk funktion, ikke skulle være sket på et objektive og sagligt grundlag.

Det bestrides, at indklagede har afgivet nogen form for indflydelse eller kontrol.

Det bestrides ikke, at den anvendte evalueringsmetode ikke var offentliggjort før tilbuddet.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at opretholde indklagedes tildelingsbeslutning, hvis det konstateres, jf. påstand 1, at det har været uforeneligt med udbudsreglerne at tage tilbuddet fra dahlberg skadeservice aps i betragtning. Tildelingsbeslutningen skal derfor annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for klagerens annullationspåstand.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagede har overladt tilbudsindhentningen på kommunens administration af arbejdsskader til dahlberg assurance brokers esbjerg a/s. Dette selskab markedsføres på dahlberg-selskabernes fælles hjemmeside under brandet »dahlberg« som et af »vores fire selvstændige kontorer i Danmark«, der er »bundet sammen af en fælles platform«, som »i dag samlet [er] et kompetent team på 8 personer bestående af specialister og dedikerede medarbejdere«. dahlberg skadeservice aps, der afgav tilbud både ved den første og annullerede tilbudsindhentning og den senere tilbudsindhentning, er et 100 % ejet datterselskab af dahlberg assurance brokers a/s, og bliver på selskabets egen hjemmeside markedsført som et »selskab i dahlberg-gruppen ... hjemmehørende ... på samme adresse som dahlberg assurance brokers as med fælles kontorfaciliteter og IT-afdeling«. Selskabet blev efter anbefaling af »dahlberg« - uden nærmere præcisering af selskabsbetegnelse – indstillet til at få kontrakten tildelt. Det er oplyst, at der mellem dahlberg assurance brokers a/s og dahlberg assurance brokers esbjerg a/s foreligger en franchisekontrakt.

Uanset at der ikke i øvrigt foreligger nærmere oplysninger om Esbjerg-selskabets ejer- og ledelsesforhold, kan det under disse omstændigheder ikke med rimelig sikkerhed fastslås, at indklagede ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbudsproceduren har sørget for, at udvælgelsen af dahlberg skadeservice a/s er sket på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier, og at der ikke har fundet forskelsbehandling sted mellem tilbudsgiverne, jf. herved tilbudslovens § 15 d, stk. 1. Indklagede har herved også handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling. Klagerens påstand 1 tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Efter beskaffenheden af den konstaterede overtrædelse, annulleres indklagedes tildelingsbeslutning, jf. håndhævelseslovens § 13, nr. 2.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede, Sønderborg Kommune, har handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling samt tilbudslovens § 15 d, stk. 1, ved at give dahlberg assurance brokers esbjerg as fuldmagt til at gennemføre udbuddet på vegne af indklagede og efterfølgende tage tilbuddet fra dahlberg skadeservice aps i betragtning, uanset at dahlberg assurance brokers esbjerg as er franchisetager til dahlberg assurance brokers as, der ejer 100 % af aktierne i dahlberg skadeservice aps.

Ad påstand 2

Indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med dahlberg skadeservice a/s annulleres.

Indklagede skal i sagsomkostninger til klageren, Willis I/S betale 10.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig