

K E N D E L S E

Den Selvejende Institution Ringkøbing Svømmehal
(selv)

mod

Ringkøbing-Skjern Kommune
(advokat Henrik Holtse, København)

Ved forhåndsmeddelelse og indkaldelse af tilbud nr. 2017/S 025-044352 af 2. februar 2017, offentliggjort den 4. februar 2017, anmodede Ringkøbing-Skjern Kommune om tilbud på drift af Ringkøbing Svømmehal. Kontraktens anslåede årlige værdi er oplyst til 1,45 mio kr. og kontraktperioden til 6 år fra den 1. januar 2018. Den samlede værdi er således 8,7 mio. kr. Udbuddet er gennemført i henhold til udbudslovens afsnit III, jf. § 7.

Ringkøbing-Skjern Kommune modtog tilbud fra Den Selvejende Institution Ringkøbing Svømmehal (DSI) og fra ROFI-centret.

Kommunen meddelte ved mail af 14. marts 2017 de to tilbudsgivere, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten til ROFI-centret.

Den 23. marts 2017 indgav DSI klage til Klagenævnet for Udbud over Ringkøbing-Skjern Kommune. DSI fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 21. april 2017 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende

virkning, da betingelsen om ”fumus boni juris” ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet skriftligt.

Klagens indhold:

DSI har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have lavet forudgående aftale med vinderen af udbuddet.

...

Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at lave et udbud, der alene har til formål, at gøre det politisk muligt, at fravælge en bestemt leverandør.

...

Påstand 3:

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have lavet et udbud, der handler om visioner, selvom det med alt tydelighed, er en økonomisk diskussion om en lejeindtægt, der har været afgørende for udbuddets afgørelse.

...

Påstand 4:

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at svare på relevante spørgsmål, der er fremsendt inden fristens udløb.

...

Påstand 5:

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i udbudsmaterialet at offentliggøre et dokument ”Nugældende driftsaftale”, der ikke er den nugældende kontrakt.

...

Påstand 7:

Klagenævnet skal annullere Ringkøbing-Skjern Kommunes beslutning af 14. marts 2017 om at indgå kontrakt med ROFI-Centret.

...”

Ringkøbing-Skjern Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

En forespørgsel af 3. juni 2016 fra den faglige koordinator i kommunens afdeling for ”Jura & Udbud” til kommunens advokat lyder (sagens bilag 26):

”...Kommunen overvejer at indgå driftsherreoverenskomst med en anden ekstern part da samarbejdet med den nuværende bestyrelse for svømmehallen er gået i hårdknude.

Vilkårene i overenskomsten er i store træk at ”forpagteren” skal drive svømmehallen for et nærmere afsat beløb som kommunen bevilger. Desuden modtager man diverse indtægter fra svømmehallen. Beløbene har jeg ikke helt præcist men der er tale om beløb over tærskelværdien. Skal en sådan opgave i udbud?

...”

Advokaten besvarede samme dag forespørgslen bekræftende.

Forhåndsmeddelelsen af 2. februar 2017 pkt. II.2.4 lyder:

”Der er tale om en omvendt licitation, således at kontrakten tildeles til den tilbudsgiver, der bedst opfylder kommunens krav til vision og handleplan, jf. udbudsmaterialet, for det årlige driftstilskud.”

Af et dokument benævnt ”Tilbudsbetingelser” fremgår det, at ”Udbuddet gennemføres som et indkøb af en social tjenesteydelse over tærskelværdien, jfr. udbudslovens afsnit III, ...”, og at driftstilskuddet fra Ringkøbing-Skjern Kommune i 2017 udgør 1.445.000 kr.

Af dokumentets pkt. 1.6, Tildelingskriterier, fremgår, at tildeling af driftsaftalen foregår efter en vurdering af, hvem der bedst opfylder kommunens ønsker for vision og handleplan for svømmehallens udvikling for det angivne driftstilskud. Af pkt. 3, Kvalitet, fremgår nærmere, at tilbudsgiverne skal fremsende ”en vision og handleplan” for udvikling af svømmehallen, hvorefter der opregnes en række punkter, som vil indgå i vurderingen heraf.

Af dokumentets pkt. 2, Opgavebeskrivelse, fremgår om ”Udleje af lokaler”:

”Driftsherren har mulighed for at udleje svømmehallen og de øvrige lokaler, herunder selskabslokale, i bygningen til markedspris. Samtlige indtægter i forbindelse hermed mv. tilfalder driftsherren. Pt. er der udle-

jet lokaler til privat drevet cafe og til privat drevet motionscenter. De nuværende lejeaftaler kan rekvireres hos Per Høgh Sørensen, leder af Kultur, Natur & Fritid og Bibliotekerne, Ringkøbing-Skjern Kommune.

Driftsherren kan udleje lokaler til liberalt erhverv på markedsvilkår. Udlejningskontrakter skal forud for indgåelse godkendes skriftligt af Ringkøbing-Skjern Kommune. Kontrakterne skal udformes således at alle udgifter og indtægter tydeligt fremgår af lejekontrakten, samt at alle forbrugs- og vedligeholdelsesudgifter ved lejemålet påhviler lejer.”

Det samlede udbudsmateriale var offentligt tilgængeligt i kommunens indkøbssystem.

Ved mails af 20. februar 2017 stillede ROFI 9 skriftlige spørgsmål til Ringkøbing-Skjern Kommune. Spørgsmålene og kommunens svar ved mail af samme dato lød:

Spørgsmål 1:

”I 3. afsnit side 5 står: ”Driftsherre af Ringkøbing Svømmehal skal desuden sikre brugerne af svømmehallen indflydelse på driften af aktiviteterne”. Hvem defineres som ”brugerne” og hvad skal vi forstå ved ”indflydelse”?”

Svaret på spørgsmål 1:

”Brugerne vil være de foreninger og institutioner som fast benytter sig af svømmehallen. Vi vil foreslå, at der nedsættes en brugergruppe med deltagere fra disse brugere, som kan fungere som sparringsgruppe for driftsherren i forhold til nye aktiviteter i svømmehallen.”

Spørgsmål 2:

”Vi skal venligst udbede os oplysninger om antal medarbejdere og lønudgifter.”

Svaret på spørgsmål 2:

”Jeg videresender oplysningerne i en separat mail senere.”

Spørgsmål 3:

”I 2. afsnit på side 6, sidste punktum står: ”Det vil antageligt medføre en udvidelse af filteranlægget.” Hvis det viser sig ikke at være nødven-

digt med en udvidelse af filteranlægget, hvilken løsning forventes så at løse problemet?"

Svaret på spørgsmål 3:

"Alt tyder på, at det bliver nødvendigt at udvide anlægget, så der vil ikke være andre løsninger lige nu."

Spørgsmål 4:

"I 3. afsnit på side 6 står: "Det forventes desuden, at der kan indgås en aftale med Ringkøbing-Skjern Forsyning, om at svømmehallen kan blive fritaget for at betale afledningsafgift for den del af vandforbruget, der fordamper fra bassinerne og ledes bort via ventilationsluften". Hvornår ved man, om der kan ske fritagelse?"

Svaret på spørgsmål 4:

"Her får du et svar fra vores 'ekspert' på området Flemming Møller."

Spørgsmål 5:

"4. afsnit på side 6: Hvordan er driftsherren sikret i forbindelse med det arbejde, der bliver udført, hvad omfatter "driftsherren holdes skadesløs". Hvis det, der bliver lavet i 2017/18 i forbindelse med 5 års gennemgangen, senere går i stykker/ikke fungerer, hvem har så ansvaret?"

Svaret på spørgsmål 5:

"Det arbejde der bliver lavet i 2018, og som evt. medfører driftstab, vil blive dækket af kommunen.

Det udstyr som efterfølgende evt. vil blive udskiftet/ikke fungerer, vil være omfattet af en garanti, som vi står inde for kommer til effekt. Så det vil være et kommunalt ansvar i garantiperioden."

Samme dag sendte ROFI yderligere spørgsmål med bemærkningen "Hermed fremsendes et par spørgsmål mere, som nok skal behandles lidt mere "lukkede"".

Spørgsmål 6:

"I 2. sidste afsnit på side 7 står: "Ringkøbing Skjern kommune udmelder medio 4. kvartal den maksimalt tilskudsberettigede timepris for folkeoplysende foreningers leje af svømmehallen i det kommende kalen-

derår.” Vil ROFI få lokaletilskud for de timer hvor ROFI som forening selv afholder aktiviteter i svømmehallen?”

Svaret på spørgsmål 6:

”Du får lige en Jonas-melding på det”

Spørgsmål 7:

”Vedrørende det løsøre, som DSI har sat ind - vil kommunen så sikre at anlægsaktiver, der bruges i driften, overdrages vederlagsfrit til den ny driftsherre?”

Svaret på spørgsmål 7:

”JA”

Spørgsmål 8:

”Forbliver ROFI’s nuværende tilskud og hensigtserklæringen uændret i forbindelse med en evt. aftale om drift af svømmehallen?”

Svaret på spørgsmål 8:

”JA”

Spørgsmål 9:

”Vi har tidligere drøftet problematikken omkring overtagelse af personale som selv har deltaget aktivt i konflikten med kommunen og løsningsforslag på dette. Vi mangler en endelig udmelding fra kommunen på, hvordan vi griber det an?”

Svaret på spørgsmål 9:

”Der vil meldingen være, at I overtager personalet jf. den lov, der findes omkring virksomhedsoverdragelse af medarbejdere. Vi kan ikke som kommune gå ind i en drøftelse af løsningsforslag.”

DSI modtog ikke underretning om spørgsmål 1-9 og svarene herpå, som ikke blev indlagt i kommunens indkøbssystem, og DSI er først i forbindelse med en aktindsigtsanmodning under klagesagen blevet bekendt hermed.

DSI stillede den 24. februar 2017 spørgsmål 1, a og b til Flemming Nordentoft Møller fra Ringkøbing-Skjern Kommune og uddybede spørgsmål 1a

ved mail af 1. marts 2017. Samme dag besvarede Flemming Møller spørgsmålet således:

”De udgifter der har været til udbedring/reparationer som følge af reno-
veringen er ekstraordinære udgifter. Disse udgifter har ikke indflydelse
på kommende udgifter til vedligehold, og er derfor ikke relevante i for-
bindelse med udbuddet af drift af svømmehallen.”

Kommunen meddelte som nævnt ved mail af 14. marts 2017 de to tilbudsgivere, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten til ROFI-centret. Om begrundelsen anføres i mailen:

”På baggrund af de i udbudsmaterialet opstillede kriterier for tildeling af kontrakten finder administrationen, at tilbuddet fra ROFI bedst opfylder kommunens krav til drift af svømmehallen, idet ROFI besvarer samtlige de i udbudsmaterialet angivne eksempler på udvikling af svømmehallen med konkrete handleplaner. Herunder tilbyder ROFI en driftsmæssig optimering af svømmehallens tekniske anlæg gennem samarbejde med andre af kommunens svømmehaller.

...
Tilbuddet fra DSI indeholder hovedsageligt en beskrivelse af de nuværende aktiviteter, mens udviklingen af svømmehallens aktiviteter for nye brugergrupper er knyttet op på større investeringer i nye fysiske rammer, hvoraf en del ligger ud over aftaleperioden.”

Ved mail af 21. marts 2017 til en række foreninger (modtagerne er slettet af DSI) meddelte ROFI-centret bl.a.:

”I forbindelse med afgørelsen af udbuddet om driften af Ringkøbing Svømmehal, har et par foreninger der i dag har timer i Ringkøbing Svømmehal kontaktet mig.

For at undgå usikkerhed, vil vi gerne slå fast overfor alle foreninger, lejere og andre interessenter at alle nuværende indgåede aftaler, naturligvis vil blive overholdt fra vores side og vi vil glæde os til det fremtidige samarbejde og den kommende dialog.

Da der er tale om en omvendt licitation, er vi pt. i en 10 dages stand still periode, med andre ord er der stadig en del formalia der skal på plads før kontrakten officielt kan underskrives mellem Ringkøbing-Skjern Kommune og ROFI-Centret.”

Ud over det, som er nævnt ovenfor, har DSI bl.a. fremlagt en række avisartikler.

DSI har anmodet om aktindsigt i ”mødereferater, mails og notater vedr. RKSK dialog med ROFI...”, ”Udvalgsformandens referater, mails, notater m.m. fra møder med ROFI” og ”Referater, mails, notater m.m., der vedrører juridisk afdelings dialog med forvaltning/ politikere/ advokat med henvisning til bilag 26 [kommunens forespørgsel af 3. juni 2016 og advokatens svar]”. Kommunen har besvaret aktindsigtsanmodningen, herunder ved fremlæggelse af Journalark med opregning af dokumenter på sagen ”Udbud på Drift af Ringkøbing Svømmehal”, og redegjort for, at der ikke i øvrigt i forbindelse med udbuddet findes materiale som det, DSI har ønsket aktindsigt i.

Parternes anbringender

DSI har overordnet gjort gældende, at kommunen ikke blot har vildledt DSI, men også har undladt at give klagenævnet korrekte oplysninger, idet man valgte at fortie oplysninger om spørgsmålene fra ROFI. At spørgsmål og svar ikke er udleveret til alle, er helt i tråd med de to parter ønske om et lukket forum, hvor man kan skjule informationer. DSI har ikke fået sandfærdige svar på de spørgsmål, som DSI har stillet. Kommunen har som minimum udvist grov uagtsomhed ved ”en ekstrem lemfældig omgang med dokumenter, referater, notater, mails - og sandheden”. Der er ikke arkiveret et eneste bilag fra det eller de møder, der er afholdt mellem kommunen og ROFI, hvilket er i strid med god forvaltningsskik og overtrædelser af forvaltningslovgivningen.

Ringkøbing-Skjern Kommune har overordnet gjort gældende, at DSI’s anmodning om aktindsigt vedrører dokumenter, der ikke findes. Kommunen medgiver, at det er beklageligt og kritisabelt, at spørgsmål og svar fra ROFI ikke blev offentliggjort i indkøbssystemet. Der er imidlertid ikke noget materielt i de 9 spørgsmål og svar, der kan have haft betydning for DSI i forbindelse med tilbudsafgivelsen, enten fordi oplysningerne var kendt af DSI i forvejen eller fremgik af udbudsmaterialet, eller fordi de ikke havde relevans for udbuddet.

Det var således kendt for DSI, hvem der var svømmehallens brugere (spørgsmål 1), og oplysningerne om medarbejdere og lønudgifter stammede

fra DSI (spørgsmål 2). Svaret på spørgsmål 3 og 5 gentager det, der står i udbudsmaterialet, og svaret på spørgsmål 4 er indholdsløst. Spørgsmål 6 og 8 vedrørte ikke udbuddet, men forholdet om tilskud til ROFI, og burde derfor ikke have været fremsendt som et spørgsmål i relation til udbuddet. Svaret på spørgsmål 7 følger forudsætningsvis af, at udbuddet omfattede driften og den indvendige vedligeholdelse af Ringkøbing Svømmehal. Der er intet i svaret på spørgsmål 9, som ikke allerede følger af udbudsmaterialet.

Kommunens undladelse af at offentliggøre spørgsmål 1-9 og svarene derpå fører således ikke til, at DSI's påstand 7 om annullation af tildelingsbeslutningen skal tages til følge. Kommunen har henvist til klagenævnets kendelse af 24. oktober 2013, Duba-B8 A/S mod Region Hovedstaden.

Om de enkelte påstande har parterne desuden som anført i kendelsen af 21. april 2017 gjort gældende:

Ad påstand 1

DSI har gjort gældende, at formanden for kommunens Kultur- og Fritidsudvalg, Kristian Ahle, allerede den 15. marts 2017, inden udløb af stand-still perioden og inden de økonomiske forhandlinger om kontrakten, til dagspressen har udtalt, at den vindende part ikke vil modtage lejeindtægt på 180.000 kr. Dette er i modstrid med udbudsmaterialets ordlyd. DSI har desuden henvist til ROFI-centrets mail af 21. marts 2017 (citeret ovenfor).

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke forud for udbuddet har indgået aftale med ROFI-centret (eller andre) vedrørende tildeling af kontrakt. Henvisningen til en avisartikel, hvoraf det fremgår, at den vindende tilbudsgiver ikke vil modtage lejeindtægten fra udlejning oveni driftstilskuddet, beror for det første på en misforståelse. Der er ikke indgået aftale mellem kommunen og ROFI-centret om lejeindtægten. Det gælder derfor, som det fremgår af udbudsmaterialet, at kommunen skal godkende eventuelle lejekontrakter, og hvis der kan opnås godkendelse, vil lejeindtægten tilfalde ROFI-centret.

For det andet understøtter avisartiklen ikke påstanden om, at der er indgået forudgående aftaler.

For det tredje er der ikke tale om en fordel for ROFI-centret - tværtimod - hvis kommunen på et senere tidspunkt ikke vil godkende en lejekontrakt, og ROFI-centret derfor ikke modtager en lejeindtægt. Det har derfor ingen udbudsretlig relevans, hvad kommunen og ROFI-centret aftaler vedrørende fremtidige lejeindtægter inden for de i udbudsmaterialet angivne rammer, da det er et kontraktretligt anliggende.

At den vindende tilbudsgiver har udsendt en e-mail til foreninger med tilknytning til svømmehallen vedrørende et fremtidigt samarbejde, kan kommunen for det første ikke holdes ansvarlig for. For det andet fremgår det udtrykkeligt af e-mailen, at den vindende tilbudsgiver henviser til, at endelig kontrakt ikke er indgået, da der afventes udløb af standstill perioden. Der er derfor kun tale om en orientering til mulige fremtidige samarbejdspartnere, hvor der udtrykkeligt gøres opmærksom på, at der ikke er indgået endelig aftale om drift af svømmehallen.

Det er uklart, hvorledes den vindende tilbudsgivers e-mail skulle kunne dokumentere, at kommunen har indgået aftale med den vindende tilbudsgiver inden udbuddet. I det hele taget er påstanden udokumenteret, idet de fremlagte dokumenter ingen relevans eller sammenhæng har med den nedlagte påstand.

Kommunen har ikke indgået forudgående aftaler, men har derimod gennemført et udbud. Alle har haft lige mulighed for at afgive tilbud, og der er foretaget en evaluering af de indkomne tilbud i overensstemmelse med udbudsloven.

Ad påstand 2

DSI har gjort gældende, at det fremgår af mailkorrespondance samt artikler i Dagbladet Ringkøbing-Skjern, at formanden for kommunens Kultur- og Fritidsudvalg, Kristian Ahle, allerede i sommeren 2016 har ført forhandlinger med den vindende part. DSI har henvist til en artikel af 27. april 2016 med overskriften "Svømmehal og udvalg er uenige om pris". Som det fremgår af mail af 15. juli 2016, skal der af juridiske årsager gennemføres et udbud. Ligeledes er udtalelser fra udvalgsformanden i Dagbladet Ringkøbing-Skjern den 19. december 2016, gengivet i artiklen med overskriften "Ahle til svømmehalsbestyrelse: Nu stopper festen" meget tydeligt i strid med kravet om ligebehandling.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at det gennemførte udbud ikke har været et ”udbud på skrømt”. Avisartiklen fra 27. april 2016 omtaler, at kommunens Kultur- og Fritidsudvalg ville undersøge, om det var muligt at drive svømmehallen på andre vilkår, end hvad DSI dengang var villig til. Artiklen understøtter ikke DSI’s påstand.

Avisartiklen fra 19. december 2016 omtaler kommunens Kultur- og Fritidsudvalgs holdning til DSI’s administration af driftsopgaven. Den beskriver forhold, der ligger forud for udbuddet, og viser alene baggrunden for, at kommunen valgte at gennemføre et udbud. Det fremgår af artiklen, at kommunen forventede tilbud fra mindst to tilbudsgivere, heriblandt DSI. Der er intet i artiklen, der understøtter DSI’s påstand om, at udbuddet var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Af en e-mail af 2. juni 2016 fra kulturudvalgsformanden, Kristian Ahle, fremgår alene, at kommunen afslår et tilbud om et møde med DSI. Indholdet af denne e-mail har ingen relevans for DSI’s påstand.

Endelig er der intet i den e-mail af 15. juli 2016 fra kulturudvalgsformanden, Kristian Ahle, med omtale af forskellige forhold om samarbejdet med DSI og oplysning om, at svømmehallens fremtidige drift sendes i udbud, der understøtter DSI’s påstand.

Da DSI således ikke har fremlagt relevant dokumentation eller anført anbringender, som understøtter påstanden, skal påstanden – der er urigtig, udokumenteret og ikke er begrundet med relevante anbringender – ikke tages til følge.

Ad påstand 3

DSI har ikke formuleret anbringender, men henvist til de samme mails og artikler som beskrevet ad påstand 2 og tillige til en avisartikel af 15. marts 2017 med overskriften ”ROFI får færre penge til at drive svømmehallen.”

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at tildelingskriteriet i udbuddet var, hvem der bedst opfyldte kommunens ønsker til vision og handleplan for svømmehallens udvikling for det angivne driftstilskud. Driftstilskuddet var et fast beløb, hvorfor der var tale om en omvendt licitation.

Evaluering af de to indkomne tilbud skete på grundlag af det angivne tildelingskriterium, og kommunen har ikke inddraget forholdet om, hvorvidt en eventuel lejeindtægt skal tilfalde kommunen, i evalueringen. Dette fremgår modsætningsvist af referatet af udvalgsrådet, eftersom forholdet om lejeindtægt ikke er nævnt under evalueringsrådet.

De avisartikler og e-mails, som DSI henviser til, vedrører forhold før udbuddet eller kommunens overvejelser om at igangsætte et udbud. Der er intet heri, som dokumenterer DSI's påstand om, at kommunen reelt har anvendt et andet tildelingskriterium end det, der var fastsat.

Ad påstand 4

DSI har ikke formuleret anbringender, men henvist til et bilag med gengivelse af DSI's spørgsmål til kommunen (1, a og b) og kommunens svar samt til, at DSI er bekendt med, at "spørgsmål/svar" ikke er sendt til alle, der har udtrykt interesse for udbuddet.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at bilagets e-mail korrespondance viser DSI's spørgsmål og kommunens svar herpå. Det fremgår ikke af DSI's argumentation, hvordan bilaget skulle understøtte, at kommunen ikke har besvaret relevante spørgsmål. Kommunens svar er fyldestgørende. Påstanden, der er uklar og udokumenteret, skal derfor ikke tages til følge.

Ad påstand 5

DSI har ikke formuleret anbringender, men henvist til, at den gældende driftsaftale mellem kommunen og DSI ikke er den, som var vedlagt udbudsmaterialet.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at udbudsmaterialet indeholder en beskrivelse af den udbudte opgave i afsnit 2. Supplerende hertil er til udbudsmaterialet vedlagt en driftsaftale, men det fremgår tydeligt af udbudsmaterialet, at denne kun har orienterende karakter, idet den kommende driftsaftale fastsættes mellem kommunen og den valgte tilbudsgiver på grundlag af dennes tilbud.

Det har derfor ingen betydning for tilbudsgrundlaget, hvis den driftsaftale, der er vedlagt udbudsmaterialet, ikke var den seneste version af driftsaftalen mellem kommunen og DSI, da den endelige driftsaftale udtrykkeligt kunne blive formuleret anderledes. Den vedlagte driftsaftale var alene af orienterende karakter, og i det omfang den havde en relevans, var det alene for at vise, hvilke punkter en driftsaftale kunne omfatte. Dette formål blev opfyldt med den vedlagte udgave, uanset det ikke var den seneste version. Derfor er gennemsigtighedsprincippet opfyldt.

Alle tilbudsgivere har haft det samme grundlag for at afgive tilbud, hvorfor ligebehandlingsprincippet er opfyldt. Der har endvidere ikke manglet relevante oplysninger i udbudsmaterialet, idet den kommende driftsaftale ville være baseret på tilbudsgiverens eget tilbud. Påstanden skal derfor ikke tages til følge.

Ad påstand 7

DSI har ikke anført noget til støtte for påstanden.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at udbuddet er gennemført i overensstemmelse med den procedure, der er foreskrevet i udbudsloven. Den truffene tildelingsbeslutning er lovlig, og der er ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

I kendelsen af 21. april 2017 udtalte klagenævnet bl.a.:

”Vedrørende betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*) bemærker klagenævnet, at DSI’s påstande 1-5 går på, at udbuddet er tilrettelagt med henblik på at favorisere vinderen af udbuddet, ROFI-centret, og modsat hindre, at DSI, med hvem kommunen efter de fremlagte avisartikler, herunder artiklerne fra den 27. april og den 19. december 2016, og mails havde haft forskellige uenigheder, kunne fortsætte som driftsherre.

DSI har imidlertid på ingen måde løftet sin bevisbyrde for, at dette var tilfældet. Der er således intet grundlag for at fastslå, at der i forbindelse med udbuddet, som er gennemført i overensstemmelse med udbudslovens afsnit III, er handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. Kommunen har været berettiget til at gennemføre udbuddet og fastsætte tildelingskriteriet som sket, og der er

ikke grundlag for at fastslå, at evalueringen af de indkomne tilbud ikke er sket i overensstemmelse med, hvad der på forhånd var fastsat. Kommunen har svaret på de spørgsmål, som DSI har stillet, og at den kontraktversion, som var vedlagt udbuddet, muligt ikke er den seneste, har ikke betydning for tildelingsbeslutningens lovlighed.

Der er således ikke på det foreliggende, foreløbige grundlag udsigt til, at DSI ved en endelig afgørelse vil få medhold i påstand 7 om annullation af tildelingsbeslutningen.”

Under den efterfølgende behandling af sagen er det kommet frem, at Ringkøbing-Skjern Kommune har besvaret 9 spørgsmål fra ROFI uden, at spørgsmål og svar har været tilgængelige for andre potentielle tilbudsgivere, herunder DSI. En sådan fremgangsmåde er i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2. Klagenævnet tager derfor DSI's påstand 4 til følge som nedenfor bestemt, mens der af de grunde, som er anført i kendelsen af 21. april 2017, ikke er grundlag for i øvrigt at tage påstand 1-5 til følge.

Kommunens undladelse af at oplyse andre tilbudsgivere om de 9 spørgsmål og svar kan ikke antages at have haft betydning for DSI's udformning af sit tilbud eller for udbuddets forløb og resultat i øvrigt. Overtrædelsen kan derfor ikke føre til, at tildelingsbeslutningen annulleres.

Påstand 7 tages herefter ikke til følge

Herefter bestemmes:

Ad påstand 4

Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at offentliggøre de 9 spørgsmål, som den vindende tilbudsgiver stillede under udbuddet, og svarene herpå.

I øvrigt tages klagen ikke til følge.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig