

Udbuddet er efterfølgende annulleret og klagen tilbagekaldt. Delkendelsen er således klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Handicare Auto A/S
(advokat Anne Bergholt Sommer, Aarhus)

mod

Københavns Kommune, Socialforvaltningen
(advokat Mikala Berg Dueholm, København)

Klagenævnet har den 23. september 2019 modtaget en klage fra Handicare Auto A/S (Handicare Auto).

Handicare Auto har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Københavns Kommune, Socialforvaltningen (Københavns Kommune) har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift og replik med bilag 1 – 8.4 og svarskrift og duplik med bilag A - B.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have anvendt en evalueringsmetode, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet den evalueringstekniske pris, som udgør grundlaget for evalueringen, ikke er repræsentativ for det forventede indkøb af ydelser under kontrakten

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Københavns Kommune har overtrådt udbudslovens § 55 ved ikke at iværksætte udbud af alle relevante ydelser, som der forventeligt vil ske indkøb af under kontrakten.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere Københavns Kommunes beslutning om at tildele kontrakten til Langhøj København ApS.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal i medfør af klagenævnslovens § 12, stk. 2, tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelserne herfor er opfyldt.

Handicare Auto har taget forbehold for at nedlægge supplerende påstande i sagen, herunder tillige påstand om erstatning.

Københavns Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge, samt at der ikke tillægges klagen opsættende virkning.

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 138-339246 af 16. juli 2019 iværksatte Københavns Kommune et offentligt udbud af en kontrakt om ombygning af handicapbiler efter udbudslovens afsnit II. Kontrakten ville blive tildelt ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” med tildelingskriteriet ”Pris”.

Udbuddet vedrørende ombygning af handicapbiler bestod af en prisaftale, som København Kommune ville benytte til forberedning af støtte til borgere, som efter servicelovens § 114 opnår bevilling til ombygning eller særlig indretning af handicapbiler.

Tilbudsgiverne skulle ved tilbudsafgivelsen udelukkende udfylde en tilbudsliste, hvori de skulle prissætte forskellige ydelser relateret til ombygning af handicpbiler.

Tilbudslisten bestod af i alt 60 varelinjer, hvor hver varelinje indeholdt en beskrivelse af en vare eller særlig indretning til brug for ombygning af handicpbiler. Prisen for hver varelinje var en samlet pris bestående af prisen for selve varen og eventuel tilpasning, montering, leveringsomkostninger og opfyldelse af eventuelle lovkrav. Prisen var således sammensat af prisen for selve varen samt timepriser i forbindelse med montering og tilpasning af varerne. Ved hver enkelt varelinje var der angivet en vægtning, således at hver varelinje indgik med en differentieret værdi/vægt i beregningen af den samlede evalueringstekniske pris.

På baggrund af tilbudsgivernes prissætning af de enkelte varelinjer, blev der beregnet en evalueringsteknisk pris, der var grundlaget for at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Udover de i tilbudslisten anførte varelinjer var det ikke angivet i udbudsmaterialet, herunder i kontraktudkastet, hvordan der skulle ske prissætning af de ydelser, København Kommune måtte få behov for at indkøbe som led i kontraktens opfyldelse, herunder ved leveringen af forpligtelserne til ombygning af handicpbiler, som ikke var blevet prissat i tilbudslisten.

Det fremgik heller ikke af det udkast til kontrakt, der var vedlagt udbudsmaterialet, hvorledes der skulle forholdes til supplerende ydelser. Udbudsmaterialet og kontraktudkastet regulerede således ikke, hvordan prisen skulle fastsættes, hvis København Kommune under kontraktens løbetid rekvirerede andre ydelser/varer fra leverandørerne end dem, som var oplistet og prissat i tilbudslisten.

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud havde tre virksomheder afgivet følgende tilbud:

Langhøj København ApS:	3.148.150 kr.
AutoMobil ApS:	3.848.705 kr.
Handicare Auto:	3.983.462 kr.

Den 12. september 2019 meddelte Københavns Kommune tilbudsgiverne, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten til Langhøj København ApS.

Parterne har under sagen henvist til bekendtgørelse nr. 516 af 1. juli 2012 med senere ændringer om godkendelse og syn af køretøjer § 22, hvoraf følgende fremgår:

”Hvis et registreringspligtigt køretøjs indretning og udstyr er ændret, har køretøjets ejer (bruger) pligt til at fremstille det ændrede køretøj til syn og få det godkendt, inden det tages i brug,

- 1) ved konstruktive ændringer af køretøjets styreapparat, bremses, motor eller bærende konstruktion,
- 2) ved montering eller ændring af tilkoblingsanordning, herunder til sidevogn til tohjulet motorcykel, jf. dog stk. 4,
- 3) hvis køretøjets køreklare vægt eller egenvægt ændres med mere end 50 kg eller
- 4) ved andre ændringer af registrerede tekniske data.

Stk. 2. Det samme gælder,

- 1) hvis ændringer i køretøjets køreklare vægt eller egenvægt på 50 kg eller derunder ønskes registreret eller
- 2) ved ændring af køretøjets tilladte vægte bortset fra nedsættelse af »påhængskøretøjs største totalvægt m/bremses«, jf. bekendtgørelse om synsfri sammenkobling af bil og påhængskøretøj med en tilladt totalvægt på højst 3.500 kg.”

Samtidigt med afholdelsen af dette udbud har et antal KomUdbud-kommuner og Jysk Fællesindkøb (JYFI) afholdt udbud vedrørende levering af indretning af handicapbiler efter servicelovens § 114. Det fremgår af tilbudslisterne i disse udbud, at tilbudsgiverne skulle udfylde henholdsvis ca. 300 og 173 varelinjer.

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Handicare Auto har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Københavns Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Ad påstand 1 og 2

Handicare Auto har overordnet gjort gældende, at Københavns Kommunes udbudsmateriale og det valgte udbudsdesign, herunder den anvendte tilbudsliste ikke er dækkende for en relevant og dækkende konkurrenceudsættelse af den kontraktmæssige ydelse, der skal leveres under den udbudte kontrakts løbetid. Udbudsmaterialet, udbudsdesignet og prissætningen af ydelserne under kontrakten er ikke repræsentativ for det forventede indkøb, som Københavns Kommune vil foretage i kontraktens løbetid, idet væsentlige delydelser ikke kan prissættes eller indregnes.

Handicare Auto har nærmere gjort gældende, at tilbudslisten ikke indeholdt en række centrale ydelser, som burde være indeholdt i tilbudslisten for at give et retvisende og dækkende billede af de samlede omkostninger, der vil være forbundet med at levere de ydelser, som har været Københavns Kommunes grundlag for identificering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Handicare Auto har oplistet en række elementer, som ifølge virksomheden er helt centrale ved ombygning af handicapbiler, og som ifølge virksomheden ikke fremgik af tilbudslisten, og derfor ikke er blevet prissat af tilbudsgiverne eller inddraget i den evalueringstekniske pris i forbindelse med udbuddet.

Handicare Auto har i denne forbindelse bestridt, at en angivelse i et kontraktudkast og en sporadisk angivelse i udbudsmaterialet om, at leverandører skal overholde lovkrav under kontraktens løbetid, udgør en relevant og korrekt konkurrenceudsættelse i henhold til udbudsloven for specifikke delydelser, idet disse ikke er prissat ved afgivelse af tilbud under udbudsforretningen.

Handicare Auto har endvidere bestridt, at tilbudsgiverne var berettigede eller forpligtede til at indregne potentielle supplerende ydelser på specifikke og i øvrigt nøje afgrænsede varelinjer på en tilbudsliste, som eventuel kan gøres gældende at være omfattede af kontrakten til opfyldelse under kontraktens løbetid. Det er fuldstændig uigennemsigtigt, hvorledes tilbudsgiverne skulle prissætte disse ydelser. Det fremgår således ikke på nogen måde tilstrækkeligt klart eller entydigt af udbudsmaterialet, at tilbudsgiverne skulle indeholde disse ydelser i de afgivne tilbud.

Ad vejning og lovpligtigt syn

Handicare Auto har gjort gældende, at det bl.a. ikke er indeholdt i tilbudslisten, at der skal ske vejning og kontrol af bilerne, såfremt der ved ombygning sker en forøgelse af bilernes egenvægt med over 50 kg. jf. bekendtgørelse nr. 516 af 1. juli 2012 med senere ændringer om godkendelse og syn af køretøjer § 22, stk. 1, nr. 3.

Handicare Auto har udregnet, at udgiften til bilernes vejning og kontrol af egenvægt inklusive ekstraarbejdet med kørsel og klargøring vil påvirke den evaluerings tekniske pris med 120.000 kr.

Handicare Auto har videre gjort gældende, at det følger af § 22 i synsbekendtgørelsen, at det er lovpligtigt at sikre, at der gennemføres et syn af biler, hvor der foretages konstruktive ændringer af køretøjets indretning mv. Det er imidlertid ikke indeholdt i tilbudslisten, at tilbudsgiverne skal afgive pris på eller udføre syning af de ombyggede køretøjer. Det er således ikke med de afgivne tilbud på baggrund af tilbudslisten indregnet eller afgivet tilbud endsige prissat syning af de ombyggede køretøjer.

Linjerne 1-59 i Københavns Kommunes tilbudsliste vedrører alle ændringer af køretøjet, idet eksempelvis varelinje 20-21 indeholder montering af håndbetjent speeder og bremse, mens varelinje 25 indeholder montering af kørestolslift. Endvidere vil eksempelvis varelinje 37-41 vedrørende montering af ratknopper også udgøre en konstruktiv ændring af køretøjets styreapparat, som vil udløse synspligt i henhold til synsbekendtgørelsens § 22.

Langt størstedelen af de ændringer, som vil blive foretaget som led i ombygningen af handicapbiler vil medføre, at køretøjerne vil skulle synes, jf. tilbudslisten sammenholdt med synsbekendtgørelsens § 22, stk. 1.

Prissætningen heraf bør i den forbindelse indeholde den faste omkostning for at få bilerne synet og derudover øvrige omkostninger i forbindelse med transport af køretøjerne til og fra synshal mv.

Det må lægges til grund, at pligten til at foretage syn skulle have været behørigt inddraget med en vægtning på 80 for at afspejle alle leveringer på aftalen. Da synet alene koster 1.200 kr., vil det – konservativt sat – antageligt være blevet prissat til 5.000 kr. pr. bil, idet der går tid med transport frem og tilbage, klargøring mv. Ovenstående vil følgelig have haft en påvirkning af den samlede evalueringstekniske pris i et omfang af 400.000 kr. ekskl. moms, som altså ikke er indeholdt i forbindelse med udbud, beregning og afgivelse af pris, evaluering og vurdering af de indkomne tilbud eller kontrakttildeling.

En undladelse af at prissætte omkostningerne i forbindelse med syn og kontrol af køretøjernes vægt særskilt under udbuddet medfører, at udbuddet og prissætningen af ydelserne på udbuddet ikke overholder det grundlæggende udbudsretlige princip om gennemsigtighed.

Ad måling af styre- og bremsekraft

Af kravspecifikationen fremgår som et mindstekrav, at:

”Ved afprøvning skal der udføres måling af kræfter i forhold til styring af bil og bremsning, hvor det er lovmæssigt nødvendigt i forhold til kørekortskrav.”

Selve ydelsen er dog ikke inddraget behørigt i udbudsmaterialet eller tilbudslisten i øvrigt og indgår dermed ikke som et element i den tilbudte ydelse og afgivne pris til Københavns Kommune i forbindelse med udbuddet. Måling af kræfter i forhold til styring af bil og bremsning vil dermed udgøre et ekstraarbejde, som vil danne grundlag for en ekstrabetaling, som dog ikke i hverken udbudsmaterialet, tilbuddene fra tilbudsgiverne/leverandøren eller i kontrakten er prissat på nogen måde. Da en række af varelinjerne endvidere omfatter ombygning i forhold til bilens styre- og bremsegenskaber, vil det i relation til en stor del af ombygningerne være nødvendigt at udføre målinger og eftervisninger af netop den her omtalte karakter. Dette understøttes endvidere af, at kravet indgår som et mindste-

krav, hvorfor det forventeligt vil være en nødvendig ydelse ved størstedelen af ombygningerne.

Prissætning for levering og måling af bremsekraft og /eller styrekraft kan alene ske ved særskilt prissætning heraf, i lighed med hvad er tilfældet i de to andre tilsvarende udbud fra KomUdbud og JYFI. Handicare Auto har med en anslået vægtning på 50 og med en prissætning på 2.200 kr. udregnet udgiften til måling og styring af bremsekraft til 110.000 kr. inkl. omkostninger til transport og klargøring m.v.

Samlet set har de ikke konkurrenceudsatte ydelser ifølge Handicare Auto en markedsværdi af ikke under 630.000 kr. ekskl. moms. Værdien overstiger således 20 % af kontraktens samlede værdi, og dermed tillige tærskelværdien for potentielle delydelser under kontrakten, hvilket udelukker anvendelsen af indkøb efter delydelsesreglen, jf. udbudslovens § 8.

Dertil kommer, at en gennemgang af de enkelte varelinjer viser, at flere af disse er ufuldstændigt beskrevet, og at de dermed heller ikke er tilstrækkeligt konkurrenceudsat.

Ydelserne i varelinjerne 2 og 3 i tilbudslisten indeholder prissætning af bespænding, som tjener til at holde en kørestol på plads under kørslen. Imidlertid er det ikke under varelinje 2-3 beskrevet, at der som led i bespændinger også skal indkøbes og leveres et selesæt til sikring af personen i det bespændte køretøj. Selesættet tjener således til at sikre, at personerne under kørsel er behørigt fastspændt, idet det i sagens natur er omsonst kun at fastspænde stolen, hvis ikke personen i stolen også er behørigt fastspændt. Handicare Auto har bestridt, at selen er omfattet af varelinje 45 ”Sikkerhedssele ved C-stolpe”. Handicare Auto har tilføjet, at der i de to tilbud, der afholdes sideløbende med dette udbud, er en varelinje til disse kørestolsbrugere.

Da ydelsen ikke fremgår af udbudsmaterialet og ikke er prissat i tilbudslisten, indgår ydelsen ikke i de udbudte eller tilbudte ydelser under kontrakten. Levering af selerne indgår dermed ikke som et element i den tilbudte ydelse til Københavns Kommune, og kontrakten med en leverandør på aftalen vil således heller ikke omfatte denne ydelse. Levering af denne ydelse vil følgelig udgøre et ekstraarbejde, som vil danne grundlag for en ekstrabe-

taling, der ikke er inddraget i forbindelse med udbuddet og konkurrenceudsættelsen af opgaven.

Det må følgelig lægges til grund for sagens bedømmelse, at meromkostningen ved også at inkludere selerne under varelinje 2 og 3 skal ansættes til markedsprisen for levering heraf, hvilket vil udgøre en omkostning på 2.000 kr. ekskl. moms pr. varelinje. Bibeholdes vægtningerne for varelinjerne på de angivne 15 og 25, udgør den manglende beskrivelse hhv. 30.000 og 50.000 kr. ekskl. moms. Samlet set udgør den utilstrækkelige beskrivelse under varelinje 2 og 3 dermed, at der ikke er sket en behørig inddragelse af tilbudsgivernes og leverandørernes levering af seler på aftalen til fastgørelse og sikring af personer i medtagne køretøjer med en værdi på 80.000 kr. ekskl. moms.

Varelinje 8 indeholder montering af drejekonsol, der muliggør, at sædet kan dreje ved ind- og udstigning. Imidlertid er det ikke indeholdt i ydelsen, at der skal ske tilpasning af højden på sædet. Ved monteringen af sædet med drej, er det helt afgørende, at højden bliver tilpasset, så det fortsat er muligt at sidde i køretøjet.

Da tilpasningen imidlertid ikke er inddraget i udbudsmaterialet, kontraktudkast eller prissat i tilbudslisten og dermed ikke indgår som et element i den tilbudte ydelse til Københavns Kommune, vil kontrakten med en leverandør på aftalen ikke omfatte disse ydelser. Levering af disse ydelser vil følgelig udgøre ekstraarbejder, som vil danne grundlag for ekstrabetaling, der ikke er inddraget i forbindelse med udbuddet, tilbudsregning, tilbudsafgivelse og konkurrenceudsættelsen af opgaven.

Meromkostningen ved at inkludere tilpasningen af højden skal ansættes til markedsprisen for levering heraf, hvilket udgør en omkostning på 3.200 kr. ekskl. moms pr. varelinje. Bibeholdes vægtningen for varelinjen på de angivne 2, udgør den manglende beskrivelse samlet set 6.400 kr.

Varelinje 11 indeholder ydelsen montering af elektrisk 6-vejs konsol inkl. glideskinner. Varelinje 11 indeholder dog ikke flytning af el. Flytning af el er imidlertid en nødvendig ydelse i forbindelse med monteringen af elektrisk 6-vejs konsol, idet der er nødvendigt at flytte el fra kørselsiden til passagersiden.

I varelinjen er det endvidere heller ikke angivet, hvilket sæde der skal monteres, og det er endelig udeladt, at der skal ske tilpasning af sædet efterfølgende.

Levering af disse ydelser vil følgelig udgøre ekstraarbejder, som vil danne grundlag for ekstrabetaling, der ikke er inddraget i forbindelse med udbuddet og konkurrenceudsættelsen af opgaven. Da kontraktens opfyldelse nødvendigvis skal indeholde udførelse af disse opgaver, vil kontraktforholdet indeholde ydelser og betalinger, der omfatter en væsentlig del af de ombyggede biler, og som udgør et betydeligt beløb, som ikke er konkurrenceudsat ved det gennemførte udbud.

Meromkostningen ved flytning af el skal ansættes til markedsprisen for levering heraf, hvilket udgør 3.800 kr. ekskl. moms, mens markedsprisen for meromkostningen for det sæde, som også skal monteres, udgør 2.800 kr. ekskl. moms. Dette medfører en samlet meromkostning på 108.000 kr. ekskl. moms, der ikke er blevet behørigt konkurrenceudsat ved udbuddet, ligesom prisen herfor ikke er behørigt inddraget i forbindelse med tilbuds-beregning, tilbudsafgivelse, evaluering, vurdering og tildeling af kontrakten. Sammen med de øvrige manglende ydelser ved udbuddet, beregningsgrundlag og evaluering samt kontrakttilde-ling, udgør det en væsentlig mangel ved konkurrenceudsættelsen og udbuddet samt grundlaget for tildeling af kontrakten.

I varelinje 29 er det i lighed med varelinje 8 heller ikke indeholdt i prissætningen, at der skal ske tilpasning af sædet. Med henvisning til det ovenfor anførte udgør den manglende beskrivelse under varelinje 29, at meromkostningen vil beløbe sig til ca. 4000 kr., der ikke er blevet behørigt konkurrenceudsat ved udbuddet, ligesom prisen herfor ikke er behørigt inddraget i forbindelse med tilbuds-beregning, tilbudsafgivelse, evaluering, vurdering og tildeling af kontrakten. Sammen med de øvrige manglende ydelser ved udbuddet, beregningsgrundlag og evaluering samt kontrakttilde-ling, udgør det en væsentlig mangel ved konkurrenceudsættelsen og udbuddet samt grundlaget for tildeling af kontrakt i nærværende sag og udbud.

Ydelserne beskrevet under linje 25 og 26 omfatter montering af kørestols-lift, mens varelinje 36 omhandler montering af plant gulv i kabinen ved nedstolet bus.

Ved montering af kørestolslift er det efterfølgende nødvendigt, at der sker montering af plant gulv i kabinen. I modsætning til de to sideløbende afholdte udbud (JYFI og KomUdbud), er det ikke i dette udbud specificeret, hvordan gulvet skal beklædes. Handicare Auto har bestridt, at levering af gulvbelægning, som hævdet af Københavns Kommune skulle være indeholdt i varelinjerne for udførelse og etablering af plant gulv i køretøjet. Hvis der monteres en lift som beskrevet under linje 25 og 26, er køretøjet ikke tilstrækkeligt anvendeligt for brugeren, hvis der ikke også lægges beklædning på gulvet i køretøjet. Beklædningen kan enten være vinyl eller tæppe. Hverken udbudsmaterialet, kontraktudkast eller tilbudslisten med varelinje 25, 26 og 36 indeholder alle de ydelser, der er nødvendige i forbindelse udførelsen af de ydelser, som er beskrevet under varelinjerne. Handicare Auto har igen henvist til, at der i udbuddene, der afholdes af KomUdbud og JYFI, er sket særskilt prissætning af levering af gulv.

Monteringen af lift vedrørende varelinje 25 og 26 er relateret til en betydelig del af de tiltænkte køretøjer, og den manglende prissætning heraf udgør dermed et væsentligt priselement, der ikke er blevet inddraget behørigt ved det gennemførte udbud.

Meromkostningen ved varelinje 36 skal ansættes til markedsprisen for levering heraf, hvilket udgør 1.750 kr. ekskl. moms, mens markedsprisen for meromkostningen til supplerende dækning for varelinjerne 25 og 26 udgør 52.500 kr. ekskl. moms. Dette medfører en samlet meromkostning på 54.250 kr. ekskl. moms, der ikke er blevet behørigt konkurrenceudsat ved udbuddet, ligesom prisen herfor ikke er behørigt inddraget i forbindelse med tilbudsregning, tilbudsafgivelse, evaluering, vurdering og tildeling af kontrakten.

Sammen med de øvrige manglende ydelser ved udbuddet, beregningsgrundlag og evaluering samt kontrakttildeling, udgør det en væsentlig mangel ved konkurrenceudsættelsen og udbuddet samt grundlaget for tildeling af kontrakt i nærværende sag og udbud.

For linjerne 42-44 vedrørende specialsæder, herunder til børn er alle relevante ydelser ikke inkluderet i det offentliggjorte udbudsmateriale, kontraktudkast og tilbudsliste. Varelinje 42-44 indeholder prissætning af specialsæder, hvor det er beskrevet, at der ikke skal ske prissætning af selve tilpasningen af sædet.

Det gøres gældende, at tilpasningen udgør en nødvendig ydelse for levering af en fuldstændig ydelse under kontrakten, og dermed en meromkostning, som ikke er behørigt konkurrenceudsat.

Under den generelle timepris ved linje nr. 60, er det angivet, at denne timepris udelukkende omfatter reparationsarbejder. Timeprisen omfatter dermed ikke tilpasning.

I kolonne E i tilbudslisten er det endvidere eksplicit angivet, at tilbudsprisen for varelinjerne 42-44 ikke indeholder tilpasning.

Tilpasningen af specialsæderne er dermed ikke prissat i tilbudslisten, eller på anden måde indeholdt i udbudsmaterialet, kontraktudkastet og er følgelig ikke behørigt konkurrenceudsat eller inddraget som grundlag for kontrakt-tildeling på baggrund af det gennemførte udbud. Handicare Auto har noteret sig, at Københavns Kommune har erkendt dette og oplyst, at det skyldes en forglemmelse.

Meromkostningen for tilpasningen skal ansættes til markedsprisen for levering heraf, hvilket udgør 5.000 kr. ekskl. moms, hvilket efter Handicare Autos viden og indsigt i markedet er et særdeles konservativt skøn. Den manglende prissætning af tilpasningen for varelinje 42-44 medfører, at et indkøb med en værdi på 75.000 kr. ekskl. moms, ikke er blevet behørigt konkurrenceudsat ved udbuddet, ligesom prisen herfor ikke er behørigt inddraget i forbindelse med tilbudsregning, tilbudsafgivelse, evaluering, vurdering og tildeling af kontrakten.

Sammen med de øvrige manglende ydelser ved udbuddet, beregningsgrundlag og evaluering samt kontrakttildeling, udgør det en væsentlig mangel ved konkurrenceudsættelsen og udbuddet samt grundlaget for tildeling af kontrakt i nærværende sag og udbud.

Sammenfattende har Handicare Auto gjort gældende, at Københavns Kommune har handlet i strid med udbudslovens §§ 2 og 55 ved at gennemføre et udbud og herunder anvende en evalueringsmetode, der ikke har været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet den evaluerings tekniske pris ikke er repræsentativ for det forventede indkøb under kontrakten.

Allerede fordi den samlede værdi af de ydelser, der i) ikke indgår i tilbudslisten og dermed ikke er prissat og ii) ikke indgår i udbuddet, idet en række varelinjer er ufuldstændigt beskrevet og medfører ekstraomkostninger, der samlet set udgør en markedsværdi på ikke under 950.000 kr. ekskl. moms, har evalueringsmetoden ikke været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Den samlede værdi af de ikke-konkurrenceudsatte ydelser udgør ca. 30 % af kontraktens værdi, hvilket utvivlsomt indikerer, at det valgte udbudsdesign reelt medfører indkøb af ydelser til en betydelig værdi, som ikke har været behørigt konkurrenceudsat. Da kontrakten endvidere ikke på nogen måde regulerer, hvordan der skal ske prissætning af de ydelser, som ikke er indeholdt i tilbudslisten, overlades det i realiteten til leverandøren at fastsætte priserne på disse ydelser i aftalens løbetid, hvorved omkostningerne til levering af de ikke inddragne ydelser i kontraktens løbetid kan overstige det ovenfor angivne estimat i meget vid udstrækning.

Til yderligere illustration af udbuddets væsentlige mangler kan udbudsmaterialet og tilbudslisten for Københavns Kommunes udbud sammenholdes med tilbudslisten fra KomUdbuds høring vedrørende et kommende udbud af ombygning af handicappiler og udbudsmaterialet fra JYFI's tilsvarende udbud. Sammenligningen af de to tilbudsliste viser tydeligt, at København Kommune tilbudsliste og de heri indeholdte ydelser ikke er repræsentativ for det indkøb, som forventeligt vil ske i kontraktens løbetid.

Københavns Kommune har bestridt, at der ved dette udbud er sket en overtrædelse af udbudslovens § 2 eller § 55, herunder at der ikke er foretaget konkurrenceudsættelse af samtlige relevante ydelser i overensstemmelse med udbudsreglerne. Kommunen har gjort gældende, at det utvetydigt fremgår af udbudsmaterialet, hvilke ydelser der skal leveres under prisaftalen, at samtlige ydelser er behørigt konkurrenceudsat, samt at øvrige ydelser ikke er omfattet af udbuddet og ved behov vil blive indkøbt på anden lovlig vis.

Københavns Kommune har om udbudsdesignet gjort gældende, at der som følge af forskelligheden og kompleksiteten af de handicaps og funktionsnedsættelser, som borgerne har, vil være indretninger, der alene bliver behov for ca. én gang hvert 10. år, ligesom der vil kunne opstå behov for ind-

retninger, der ikke tidligere er set. Københavns Kommune har derfor udarbejdet udbuddet, så det dækker over 95 % af de ydelser i såvel antal som økonomisk henseende, der erfaringsmæssigt gennemføres.

Ydelser, for hvilke karakteren varierer betragteligt afhængigt af det specifikke køretøj, der skal foretages montering i eller ombygning af, og som det derfor ville være vanskeligt for tilbudsgiverne på forhånd at fastsætte priser på, er ikke medtaget i udbuddet. Der vil oftest være tale om ydelser, der leveres af andre leverandører eller helt unikke og enkeltstående tilpasninger.

Ydelser, som tilbudsgiverne ikke har skullet afgive pris på, er ikke ydelser, der skal leveres i henhold til den udbudte prisaftale.

Ad vejning og lovligt syn

Københavns Kommune har vedrørende lovpligtigt syn af køretøjer samt ændring af egenvægt og vejning bemærket, at det er et lovkrav, at køretøjer synes, efter der er foretaget visse ændringer, eksempelvis hvis køretøjets køreklare vægt eller egenvægt ændres med mere end 50 kg. Dertil kommer, at det af kravspecifikationens pkt. 5 fremgår:

”De tilbudte leverancer skal opfylde de gældende lovkrav, og alle særlige indretninger skal være af god kvalitet og som minimum leve op til god branchestandard”.

Af kravspecifikationens pkt. 7 fremgår:

”Leverandøren må første kræve betaling for Leverancen, når bilen er monteret med den bevilgede særlige indretning og Borgerens merkøb, samt godkendt ved syn og registreret i Skat, hvor dette er lovpligtigt”

Herudover fremgår af tilbudslistens kolonne 5:

”Tilbudspris pr. stk. inkl. moms (angivet pris er den tilbudte vare, inkl. evt. tilpasning til borger (nummer 42-44 dog ekskl. tilpasning), montering, leveringsomkostninger og opfyldende evt. lovkrav”.

Det fremgår således entydigt af udbudsmaterialet, at leverandøren i henhold til den udbudte prisaftale er forpligtet til at få foretaget syn af køretøjerne, hvor dette er påkrævet i henhold til synsbekendtgørelsen. Heri ligger selv sagt også en forpligtelse for leverandøren til at få foretaget vejning af biler-

ne i tilfælde, hvor ombygningen har medført en ændring af bilens vægt, som kan have udløst en pligt til at gennemføre nyt syn. Det fremgår endvidere af spørgsmål/svar, (spørgsmål 5) at ”ombygningen skal synes og godkendes”.

Tilbudsgiverne har således skullet indregne udgifterne forbundet med nyt syn og/eller vejning ved prissætningen af de ydelser i tilbudslisten, hvis udførelse medfører pligt til efterfølgende syn og vejning for at opfylde lovkrav.

Det var derfor hverken relevant eller nødvendigt for Københavns Kommune at have leverandørens ydelser i forbindelse med syn og/eller vejning som særskilte poster i tilbudslisten.

Ad måling af styre- og bremsekraft

Københavns Kommune har vedrørende måling af styre- og bremsekraft bemærket, at det af kravspecifikationens pkt. 2.4, fremgår:

”Ved afprøvning skal der udføres måling af kræfter i forhold til styring af bil og bremsning, hvor det er lovmæssigt nødvendigt i forhold til kørekortskrav.”

Det var på denne baggrund klart, at leverandøren i henhold til prisaftalen skulle forestå eventuel måling af styre- og bremsekraft, herunder at tilbudsgiverne ved fastsættelse af tilbudsprisen skulle inkludere prisen herfor.

Det har ikke betydning, at tilbudslisten ikke indeholdt en særskilt varelinje specifikt til angivelse af pris for måling af styre- og bremsekraft, idet dette er en del af leverandørens ydelse, og tilbudsgiverne skulle derfor inkludere prisen herfor i de varelinjer, der omfatter ombygning af bilens styre- og bremseegenskaber. Det er i praksis helt sædvanligt, at måling af styre og bremsekraft gennemføres som led i tilpasningen, og at den foretages af leverandøren indeholdt i prisen. Kommunen har endelig gjort gældende, at det er både sagligt og sædvanligt, at tilbudsgivere ved prisfastsættelsen af konkrete ydelser skal indregne omkostninger til accessoriske ydelser, der er omfattet af kontrakten, og som er nødvendige for leveringen af den pågældende ydelse.

Københavns Kommune har vedrørende varelinje 2-3 om bispænding til brug for fastspænding af kørestol oplyst, at det er korrekt, at varelinje 2 og 3 alene vedrører bispænding til brug for fastgørelse af kørestol under kørslen, og dermed ikke inkluderer seler til fastspænding af borgeren placeret i kørestolen. Årsagen hertil er, at der i mange tilfælde kun er brug for fastspænding af selve kørestolen, idet visse borgere, på trods af at være kørestolsbrugere, ved hjælp af særligt indrettede handicapbiler er i stand til selv at køre bilen eller kan flytte sig eller blive flyttet til et passagersæde i bilen, hvorfor der ikke er behov for, at de er siddende i kørestolen under kørslen. I øvrige tilfælde vil der derimod være behov for, at borgeren spændes fast siddende i kørestolen. I modsætning til det af Handicare Auto påståede, er seler til brug herfor omfattet af varelinje 45 (sikkerhedssele ved C-stolpe).

Københavns Kommune har vedrørende varelinjerne 25, 26 og 36 omfattende etablering af plant gulv i bilens kabine gjort gældende, at denne ydelse er omfattet af udbuddet. Det fremgår af Handicare Autos klageskrift, at virksomheden var klar over, at gulvet skulle være plant.

Der blev ikke fra Københavns Kommunes side stillet krav til materialet af gulvbelægningen, hvorfor tilbudsgiverne har haft materialefrihed.

Om varelinjerne 8 (drejekonsol manuel), 11 (elektrisk 6-vejs konsol inkl. glideskinner), 29 (luftkonsol til montering ml. vognbund og sæde) og 42-44 (specialsæder, herunder til børn m.v.) har Københavns Kommune bemærket, at det er korrekt, at tilbudsgiverne for så vidt angår disse ikke skulle medregne prisen for eventuel tilpasning af sæde til køretøj efter montering af henholdsvis drejekonsol, elektrisk 6-vejs konsol, luftkonsol samt specialsæde.

For så vidt angår varelinjerne 42-44 skyldes det, at tilpasningen til køretøjet afhænger betydeligt af køretøjet. Der er således tale om en ydelse, der ikke er omfattet af nærværende udbud.

For så vidt angår tilpasning af sædehøjde ved montering af drejesæde (i forhold til varelinje 8) ved elektrisk 6-vejs konsol (varelinje 11) og luftkonsol til montering mellem vognbund og sæde, er det en forglemmelse, at tilpasning ikke er anført som en ydelse, tilbudsgiver skal levere. Dette skyldes en fejl fra Københavns Kommunes side, idet det var Københavns Kommunes hensigt, at disse skulle have været indeholdt i de pågældende tre poster.

Konsekvensen af Københavns Kommunes forglemmelse er alene af kontraktlig betydning, idet det medfører, at leverandøren ikke er forpligtet til at foretage tilpasning af sædehøjde i forbindelse med monteringen for så vidt angår varelinjerne 8, 11 og 29.

Handicare Auto har anført, at den manglende medtagelse af tilpasning af sædehøjde ved montering af drejestol (varelinje 8) samlet set har en økonomisk værdi på 6.400 kr. for varelinje 8 (2 stk. á kr. 3.200 som følge af varelinje 8's angivne vægtning), 4.000 kr. for varelinje 29 (1 stk.). For varelinje 11 har Handicare ikke angivet et specificeret beløb for tilpasning, men ved anvendelse af samme enhedspris som for varelinje 8 vil beløbet udgøre 35.200 kr. (11 stk. á 3.200). Samlet set beløber det sig til kr. 45.600. Den økonomiske betydning heraf udgør maksimalt 45.200 kr. og er dermed bagatelagtigt i forhold til udbuddet.

For varelinjerne 8, 11 og 29 sker der ikke tilretning af sædet til borgeren, da køretøjets standardsæde monteres på ny.

Om varelinje 11 – flytning af el ved montering af elektrisk 6-vejs konsol – har Københavns Kommune bemærket, at flytning af el ved montering af elektrisk 6-vejs konsol ikke er omfattet af den udbudte prisaftale, hvilket skyldes, at arbejdet forbundet hermed varierer betydeligt afhængigt af den bil, hvori 6-vejs konsollen skal monteres, og Københavns Kommune har derfor fundet det mest hensigtsmæssigt ikke at inkludere dette i det udbudte prisafaleudbud.

Københavns Kommune har oplyst, at de ydelser, der ikke er omfattet af den udbudte rammeaftale, vil blive anskaffet på lovlig vis efter nærmere vurdering. Københavns Kommune har blandt andet overvejet at anvende delydelsesreglen hertil. De ikke konkurrenceudsatte ydelser har en værdi, der ligger væsentligt under 20% af den samlede kontraktværdi, ligesom værdien ikke overskrider tærskelværdien for varer og tjenesteydelser i udbudsloven. Betingelserne for at anvende delydelsesreglen i udbudsloven § 8, stk. 2, er således opfyldt.

Ad påstand 3

Handicare Auto har gjort gældende, at Københavns Kommune groft har tilsidesat bestemmelserne i udbudsloven ved ikke at have anvendt en evalueringsmetode, der har været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og idet evalueringsprisen ikke er repræsentativ for det samlede, forventede indkøb, har Københavns Kommune overtrådt ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2. Københavns Kommune har endvidere overtrådt udbudslovens § 55 ved ikke at have iværksat udbud og konkurrenceudsættelse af de ydelser, som forventeligt indgår i kontrakten, men som ikke er blevet prissat. De ikke konkurrenceudsatte ydelser udgør hele 30 % af kontraktens samlede værdi og har en værdi af ca. 950.000 kr. ekskl. moms. Klagenævnet bør derfor annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

København Kommune har gjort gældende, at klagen ikke skal tages til følge, idet Københavns Kommune ikke har overtrådt udbudsreglerne. Der er derfor intet grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Hvis klagenævnet for så vidt angår påstand 1 og/eller 2 måtte finde, at der er sket en overtrædelse af udbudsreglerne, har Københavns Kommune gjort gældende, at overtrædelserne konkret ikke har haft betydning for tildelingen og dermed udbuddets resultat, og derfor skal tildelingsbeslutningen ikke annulleres. Det bemærkes i den forbindelse, at forskellen mellem den vindende tilbudsgiver (Langhøj København ApS) og den næstbilligste tilbudsgiver (Auto Mobil ApS) var 700.555 kr.

Ad uopsættelighed

Handicare Auto har gjort gældende, at der foreligger uopsættelighed. Såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning, vil Handicare Auto ikke kunne stilles, som hvis Københavns Kommunes overtrædelse af udbudsreglerne aldrig var sket. Det gøres i den forbindelse gældende, at Handicare Auto ikke har fået mulighed for at afgive tilbud på det reelle forventede køb under kontrakten. De ydelser, der har været konkurrenceudsat, udgør et langt større beløb end det beløb, som er fremkommet ved dette udbudsdesign. Endelig har Handicare Auto gjort gældende, at Københavns Kommunes overtrædelse af udbudsreglerne er alvorlig, og at Handicare Auto derfor ikke skal bevise, at virksomheden vil lide alvorlig skade, hvis ikke klagen

tillægges opsættende virkning, jf. klagenævnets kendelse af 12. juli 2019 Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden.

Københavns Kommune har bestridt, at Handicare Auto vil lide uoprettelig skade, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, ligesom det bestrides, at der er grundlag for at slække kravene til uopsættelighed, idet der ikke er særlig alvorlig fumus.

Handicare Auto har ikke løftet bevisbyrden for, at opsættende virkning er nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab, eller at virksomheden som følge af tildelingsbeslutningen vil blive truet på sin eksistens eller markedsposition. Dertil kommer, at der alene er tale om en prisaftale, og at Handicare Auto, uanset hvem der måtte blive indgået aftale med, vil kunne sælge sine produkter til borgere i Københavns Kommune efter servicelovens § 114.

Ad interesseafvejning

Handicare Auto har gjort gældende, at der er tale om en ikke uvæsentlig kontrakt, der klart overstiger tærskelværdierne. Kontrakten bør derfor tildeles i overensstemmelse med udbudsreglerne. Dertil kommer, at en interesseafvejning taler for at tillægge klagen opsættende virkning, idet Københavns Kommune ikke har anført reelle grunde til, at det er nødvendigt at fremme kontraktindgåelsen inden sagens afgørelse.

Københavns Kommune har gjort gældende, at kommunens interesse i at indgå prisaftalen overstiger Handicare Autos interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, da prisaftalen vedrører ombygning af handicapbiler i henhold til servicelovens § 114 og har på den måde karakter af at være en væsentlig samfundsopgave. Dertil kommer, at kommunens eksisterende prisaftale om levering af ombygning af handicapbiler er udløbet, hvorfor kommunen er nødsaget til at indgå ny prisaftale for at undgå betydelige og bekostelige administrative byrder til indhentning af separate prisaftaler på hver enkelt ombygning.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. 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 Københavns Kommune i juli 2019 udbød en kontrakt om ombygning af handicapbiler efter udbudslovens afsnit II, og at kontrakten ville blive tildelt ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” med underkriteriet ”Pris”. Tre virksomheder, herunder Handicare Auto afgav tilbud på knap 4 mio. kr., mens den laveste pris var ca. 3.150.000 kr.

I ”hovedet” på tilbudslisten var anført blandt andet over en ”søjle” ”(angivet pris er den tilbudte vare, inkl. evt. tilpasning til borger (nr. 42-44 dog ekskl.

tilpasning), montering, leveringsomkostninger og opfyldende evt. lovkrav.)”

Tilbudslisten var opdelt i 60 varelinjer i en kolonne betegnet ”Monteret vare/Type af særlig indretning”, mens der i en anden kolonne var ”Vores krav/oplysninger om indretningen”, og i en tredje kolonne var ”Vægtning pr stk.”. Tilbudsgiverne skulle i skemaet udfylde tre kolonner med navnlig ”Tilbudspris”, ”Tilbudsgivers tilbudte produkt” og ”Eventuelle kommentarer fra tilbudsgiver”.

Københavns Kommune har vedrørende varelinje 8 erkendt ved en forglemmelse ikke at have medtaget ”tilpasning af sædehøjde ved montering af drejestol” samt vedrørende varelinje 11 udregnet et forkert beløb, der i alt ifølge Handicare Auto udgør et beløb på 45.200 kr., hvilket beløb Københavns Kommune ikke har bestridt.

Det lægges endvidere til grund, at der er ydelser/varer, som Københavns Kommune ikke har medtaget under henvisning til, at behovet for ydelsen/varen sjældent vil opstå, og at det i givet fald vil være med lange mellemrum, at det er tilfældet. Kommunen har oplyst at disse ydelser, der samlet set udgør væsentligt mindre end 20 %, vil blive indkøbt under anvendelse af delydelsesreglen i udbudslovens § 8.

Som følge af det anførte, herunder usikkerheden om de beløbsmæssige poster, der ikke er medtaget under udbuddet, og som følge af det meget begrænsede antal varelinjer også sammenholdt med tilsvarende udbud, finder klagenævnet, at udbuddet på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke er tilstrækkelig gennemsigtigt, navnlig under henvisning til, at det ikke er tilstrækkeligt klart anført, at tilbudsgiverne skal afholde udgifterne til klargøring af bilerne, køre disse til syn og afholde udgiften til syn. Prissætningen og evalueringsmetoden har således ikke været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet den evalueringstekniske pris ikke har været repræsentativ for det forventede indkøb.

Der er derfor på det foreliggende, foreløbige grundlag udsigt til, at klagenævnet ved en endelig afgørelse vil tage påstand 1 og 2 til følge og dermed også påstand 3 om annullation af tildelingsbeslutningen.

Betingelsen om *fumus boni juris* er derfor opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at selvom der foreløbigt vurderet er udsigt til, at Handicare Autos påstand om annulation vil blive taget til følge, og betingelsen om ”fumus boni juris” dermed er opfyldt, finder nævnet, at Handicare Auto ikke efter de oplysninger, som foreligger på nuværende tidspunkt, har godtgjort, at der foreligger sådan særlig alvorlig ”fumus boni juris”, at virksomheden ikke skal bevise, at en manglende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at virksomheden vil lide en uoprettelig skade.

Da Handicare Auto ikke i øvrigt har anført noget til støtte for, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning, er betingelsen nr. 2 om uopsættelighed ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
fuldmægtig