

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Suzanne Helsteen, Iver Pedersen)

J.nr.: 02-81.773

27. november 2002

K E N D E L S E

Aon Denmark A/S

(advokat Martin von Haller Grønbek

ved advokatfulmægtig Peter Lund Meyer, København)

mod

Odense Kommune

(advokat Hans Henrik Banke, Odense)

Ved udbudsbekendtgørelse af 8. juni 2001 udbød Odense Kommune som begrænset udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler som ændret ved direktiv 97/52 (Tjenesteydelsesdirektivet) »Konsulentvirksomhed i forbindelse med forsikring og pension«. Kontrakten skulle træde i kraft den 1. januar 2002 og have gyldighed i mindst 3 år med mulighed for forlængelse i 1 år. Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 20. juli 2001 havde følgende virksomheder anmodet om at blive prækvalificeret:

1. Aon Denmark A/S.
2. Marsh A/S.
3. Willis I/S.

Den 10. august 2001 besluttede kommunen at prækvalificere alle 3 virksomheder, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 28. september 2001 havde alle 3 virksomheder afgivet tilbud. Den 21. november 2001 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Willis I/S, hvilket blev meddelt de 3 virksomheder ved en skrivelse af 3. december 2001.

Den 18. februar 2002 indgav klageren, Aon Denmark A/S, klage til Klagenævnet over indklagede, Odense Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 4. oktober 2002.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, ved i udbudsbetingelserne at anføre de 3 fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« - nemlig (1) pris, (2) betalingsbetingelser og (3) serviceniveau - i ikke-prioriteret orden, uagtet det var muligt at anføre dem i prioriteret orden.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 23, jf. artikel 36, stk. 1, ved ved bedømmelsen af tilbudene at have lagt vægt på tilbudsgivernes »erfaring« som alene er egnet til bedømmelse af tilbudsgivernes kvalifikationer.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 23, jf. artikel 36, stk. 1, ved ved bedømmelsen af tilbudene at have lagt vægt på, at Willis I/S forud for det aktuelle udbud har opbygget indklagedes skadesregistreringssystem, hvilket forhold alene er egnet til bedømmelse af tilbudsgivernes kvalifikationer.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 23, jf. artikel 36, stk. 1, ved ved bedømmelsen af tilbudene at have lagt vægt på Willis I/S' serviceniveau i det hidtidige samarbejde med indklagede, hvilket forhold alene er egnet til bedømmelse af tilbudsgivernes kvalifikationer.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 23, jf. artikel 36, stk. 1, og det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved ved bedømmelsen af tilbudene at have lagt vægt på Willis I/S' nære beliggenhed i forhold til indklagede, hvilket forhold hverken er egnet til bedømmelse af tilbudsgivernes kvalifikationer eller til bedømmelse af tilbudene.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Traktatens artikel 49 ved ved bedømmelsen af tilbudene at have lagt vægt på Willis I/S' forretningssteds nære beliggenhed i forhold til Odense Kommune, idet denne tilbudsgiver har forretningsadresse i Odense, uagtet dette forhold ikke efter artikel 49 lovligt kunne tages i betragtning ved tildelingen af ordren.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 3, og det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved ved bedømmelsen af tilbudene, uanset om de pågældende underkriterier efter deres indhold lovligt kunne have været anvendt eller ej, at have lagt vægt på følgende underkriterier, som ikke i udbudsbetingelserne var fastsat som underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«:

- a. »erfaring«.
- b. »hvem der har opbygget indklagedes skadesregistreringssystem«.
- c. »serviceniveau i tidligere samarbejde«.
- d. »beliggenhed«.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 23, stk. 1, jf. artikel 36, det EU-retlige ligebehandlingsprincip og det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved ved bedømmelsen af tilbudet fra Willis I/S ikke at anvende underkriteriet (3) »serviceniveau« korrekt, idet indklagede ikke lagde vægt på tilbudets serviceniveau, men på Willis I/S' hidtidige serviceniveau.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip og det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved ikke i udbudsbetingelserne at fastsætte, hvorledes tilbudsgiverne i tilbudene skulle anføre deres priser.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip og det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved ved bedømmelsen af tilbudene at have lagt vægt på forsikringsselska-

bernes udbetaling af mæglerprovision til forsikringsmæglerne, selv om dette forhold udgør et ens markedsvilkår for alle forsikringsmæglere, og dermed tillige for forsikringstagere.

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip og det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved ved bedømmelsen af tilbudene at foretage en åbenbart diskretionær, uigennemsigtig og usaglig sammenligning af priserne i de 3 tilbud.

Påstand 12

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 23, stk. 1, jf. artikel 36, ved ved bedømmelsen af tilbudene at have taget hensyn til oplysninger om klageren, som indklagede efter modtagelsen af tilbudet fra klageren indhentede hos klagerens kunder, uagtet indklagede på dette tidspunkt alene skulle vurdere tilbudet fra klageren og de 2 andre tilbud på grundlag af de fastsatte 3 underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Påstand 13

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, 1. afsnit, ved ikke senest 15 dage efter modtagelsen af klagerens skrivelse af 3. december 2001 at have oplyst klageren om Willis I/S' tilbuds egenskaber, vurderingen af dette tilbud og klagerens tilbud efter de fastsatte underkriterier samt den indbyrdes vægtning af disse underkriterier.

Påstand 14

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 17, stk. 1, sammenholdt med bilag III, litra E, ved ikke i sin meddelelse til Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer at oplyse:

- »8. Den betalte pris eller prismargen (minimum/maksimum)«.
- »9. Den eller de vindende ordrers kontraktværdi eller det højeste og det laveste bud, der blev taget i betragtning ved tildeling af ordren«.

Påstand 15

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 21. november 2001 om at indgå kontrakt med Willis I/S.

Påstand 16

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren, Aon Denmark A/S, at betale 71.437,50 kr. med procesrente fra 18. februar 2002.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 15 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 16 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 16, indtil Klagenævnet har taget stilling til de øvrige påstande. Klagenævnet vil efter afsigelse af kendelse vedrørende disse påstande fortsætte behandlingen af påstand 16, medmindre klageren tilbagekalder klagen for så vidt angår denne påstand.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 17

Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved ikke i udbudsbetingelserne at foreskrive, at tilbudsgiverne ved udarbejdelsen af tilbudene skulle fastsætte deres priser for forsikringsmæglerydelsen uden hensyntagen til, at visse forsikringsselskaber udbetaler et beløb, som skal anvendes til dækning af forsikringstagerens udgift til honorar til forsikringsmægler.

I udbudsbekendtgørelsen er anført, at tildelingskriterierne vil fremgå af udbudsbetingelserne. I udbudsbetingelserne er tildelingskriteriet fastsat således:

»Tildelingen af mæglerydelsen vil ske på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Følgende kriterier – i ikke prioriteret rækkefølge – vil blive lagt til grund:

- (1) Pris
- (2) Betalingsbetingelser
- (3) Serviceniveau.

Odense Kommune forbeholder sig ret til at friholde Erhvervs- & Produktansvarsforsikringen fra mægleraftalen.«

Den udbudte tjenesteydelse er i udbudsbetingelserne beskrevet således:

»Forsikringsmæglerydelsen

Aftalen løber fra 1/1 2002 til 31/12 2004 med mulighed for forlængelse i yderligere 1 år.

Forsikringsmægleren skal varetage almindelig forsikringsmæglervirksomhed, herunder:

Rådgive kommunen i forsikringsspørgsmål

Løbende ajourføre forsikringspolitikken og vedligeholde forsikringsdækningen, herunder udarbejde økonomiske beregninger ved tegning af forsikring, contra selvforsikring

Udarbejde årsrapport på forsikringsområdet

Kontrollere forsikringspolicer samt præmieberegning

Udarbejde forsikringsudbud, indhente tilbud samt vurdere de modtagne tilbud

Forestå skadesbehandling

Rådgive i forbindelse med skadesforebyggelse med mulighed for at yde teknisk bistand.

Deltage i ugentlige møder med kommunens forsikringskontor, samt kommunens afdelinger og institutioner efter behov. Der ønskes mulighed for besøg af forsikringsmægler med dags varsel.

Oprette og vedligeholde forsikringsregister over de forsikrede værdier, samt skadesforløb på de enkelte forsikringssteder.

Udarbejde skadesstatistikker, der kan danne grundlag for vurdering af fremtidig forsikringstegning og evt. forebyggende tiltag.

Herudover ønskes mulighed for efter behov at kunne købe konsulentbistand hos forsikringsmægleren i forbindelse med skadesforebyggelse mv. Denne ydelse betales pr. time.«

I udbudsbetingelserne er der fastsat følgende krav til indholdet i tilbudene:

»Tilbudet skal endvidere indeholde:

Specifikation af mæglerydelse på de enkelte forsikringsarter

Oplysning om hvilket værktøj – herunder EDB – der disponeres over til udførelsen af tjenesteydelsen

Oplysning om virksomhedens mulighed for at levere teknisk bistand

Tilbudet skal være bindende indtil den 30/11 2001.«

Ved skrivelse af 1. september 2001 stillede klageren indklagede følgende spørgsmål: »Hvad ligger der dybere i ønsket om specifikation af mæglerydelsen på de enkelte brancher.« Indklagede besvarede ved skrivelse af 5. september 2001 spørgsmålet således: »Der ønskes specifikation af mæglerhonorar (procentuelt) på de enkelte brancher til brug for vurdering af det fremtidige behov for hel eller delvis mæglermedvirken.«

De 3 tilbud indeholdt følgende priser (excl. moms da der ikke beregnes moms af forsikringsmæglersalærer):

	Forsikringsmægler- ydelsen pr. år	Konsulentbistand pr. time
1. Aon Denmark A/S	500.000 kr.	1.000 kr.
2. Marsh A/S	530.000 kr.	600 kr.
3. Willis I/S	900.000 kr.	500-900 kr.

Det er oplyst, at 2/3 af kommunens samlede forsikringsportefølje ved ikrafttrædelsen af den nye kontrakt pr. 1. januar 2002 var placeret hos Købstædernes Almindelige Brandforsikring A/S, samt at disse forsikringsaftaler udløb pr. 31. december 2002, men med mulighed for forlængelse i 2 x 1 år. Det er endvidere oplyst, at Købstædernes Almindelige Brandforsikring A/S – bl.a. i modsætning til Kommunernes Forsikring G/S – udbetaler mæglerprovision. Dette indebærer, at en forlængelse af den eksisterende forsikringsportefølje i dette selskab ikke vil medføre nogen udgift for kommunen til forsikringsmægler.

I tilbudet fra 1. Aon Denmark A/S er tilbudssummen på 500.000 kr. pr. år specificeret således, idet det er anført, at EU-udbud er indeholdt i tilbudssummen:

Bygningsbrand- og stormskade	%
Tyveriforsikring for udvalgte emner	%
Motorbrand og ansvarsforsikring	%
Erhvervs- og ansvarsforsikring	%
Entrepriseforsikring	%
Specielle risici	%
	100 %

Det fremgår at tilbudet fra 2. Marsh A/S, at tilbudssummen på 530.000 kr. bl.a. består af 385.000 kr. vedrørende servicering, og at serviceringen fordeles sig således:

Bygningsforsikringer	kr.	%
Løseforsikringer	kr.	%
Motorforsikringer	kr.	%
Entrepriseforsikringer	kr.	%
Specialforsikringer	kr.	%
Ansvarsforsikringer	kr.	%
	385.000 kr.	100 %

I tilbudet fra 3. Willis I/S, der vedrørende honoraret for forsikringsmæglerydelsen både indeholdt et hovedtilbud og et alternativt tilbud, er hovedtilbudet vedrørende honoraret formuleret således:

»For de under 01 – 14 nævnte ydelser honoreres Willis som følger:

Som det er tilfældet i dag aflønnes Willis fortsat med den fra Købstædernes Forsikring indkalkulerede mæglerprovision samt evt. mæglerprovision for forsikringer friholdt fra EU udbud.

Dertil kommer den af Købstæderne bevilgede risikostyringsrabat på 5% til dækning af de under punkt 09 nævnte risikostyringsmæssige tiltag.

Kommunens nuværende forsikringskontrakter med Købstædernes Forsikring m.fl. indeholder mæglerprovision, der på baggrund af forsikrernes etablering før 01.01.2000 fortsat kan bruges til aflønning af forsikringsmægleren uden udgift for Odense Kommune. Nævnte honorering vil derfor være mulig så længe de nuværende forsikringskontrak-

terne med Købstædernes Forsikring er i kraft – maksimalt frem til udgangen af 2004.

Kommunen vil således ikke få udgift til mæglerbetjening. Ydermere vil vort nuværende konsulenthonorar på ca. kr. 338.000 bortfalde. Der vil således ske en omfattende udbygning af kommunens risikostyring til en for kommunen reduceret omkostning.

Såfremt kommunen i aftaleperioden afholder nyt EU udbud, og den betydeligste mæglerprovision dermed bortfalder, udgør vort honorar kr. 900.000 årligt ekskl. punkt 09 risikostyring, der svarer til kr. 300.000 årligt. Kontrakten kan således fortsættes med eller uden punkt 09 risikostyring alt efter kommunens ønske. Af honoraret kr. 900.000 udgør bygning/løsøre 70%.«

I tilbudet fra Willis I/S er yderligere anført følgende:

»I forbindelse med udbud af kommunens forsikringer i 1999, lykkedes det at opnå en risikostyringsrabat for Købstædernes Forsikring. Denne rabat udgør ca. kr. 300.000 p.a. i forsikringsperioden. Der er os bekendt ikke indgået en aftale med så stort tilskud i nogen anden dansk kommune. Købstædernes Forsikring har været meget imødekommende med hensyn til anvendelse af midlerne, og det er vor opfattelse at selskabet vil se med velvilje på en styrkelse af sikringsområdet.«

Odense Kommunes forvaltnings vurdering af tilbudene fremgår af et notat »Tilbudssamenligning - forsikringsmæglerydelse«, hvori det bl.a. i afsnittet om Odense Kommunes vurdering af prisen hedder:

»Kommunens forsikringsaftale med Købstædernes Forsikring udløber pr. 31/12 2002 med mulighed for forlængelse i 2 x 1 år.

Odense Kommunes reelle udgifter til mæglerprovision afhænger af, om de selskaber hvori kommunens forsikringer er placeret, yder provision til mæglere eller ej. I den nuværende forsikringsportefølje ydes provision af Købstædernes Forsikring, mens Kommune Forsikring som det eneste forsikringsselskab ikke gør det. Udgiften til mæglerprovision for forsikringer tegnet i Kommune Forsikring androg i 2001 338.000 kr.

Situation 1:

Odense Kommunes reelle udgift til mæglerprovision under forudsætning af, at forsikringerne i Købstædernes Forsikring forlænges i 2 x 1 år:

	2002		2003		2004
Aon	175.000	kr.	175.000	kr.	175.000 kr.
March	92.000	kr.	92.000	kr.	92.000 kr.
Willis	0	kr.	0	kr.	0 kr.

Situation 2:

Såfremt aftalen med Købstædernes Forsikring opsiges i perioden fra 1/1 2003 – 31/12 2004 og der tegnes forsikring i et selskab, der ikke honorerer mæglerprovision (Kommune Forsikring), vil kommunens udgift til mæglerhonorar være:

	2002		2003		2004
Aon	175.000	kr.	500.000	kr.	500.000 kr.
March	92.000	kr.	530.000	kr.	530.000 kr.
Willis	0	kr.	900.000	kr.	900.000 kr.

Vurdering på prisen

Det mest sandsynlige vil være at kommunens forsikringer i Købstædernes Forsikring forlænges indtil udgangen af 2004, hvilket betyder at Willis tilbud er det økonomisk mest fordelagtige, idet kommunen så ikke har udgifter til mæglerbetjening.

Hvis aftalen med Købstædernes Forsikring mod forventning ikke forlænges, og der indgås forsikringsaftale med et selskab der ikke afholder mæglerprovision (Kommunernes Forsikring) er Aon's tilbud det økonomisk mest fordelagtige.«

Beløbene anført under »Situation 1« fremkommer således:

1. Aon Denmark A/S:

Motor-, brand- og ansvarsforsikring

25 % af 500.000 kr. 125.000 kr.

Erhvervs- og produktansvarsforsikring

10 % af 500.000 kr. 50.000 kr.
175.000 kr.

2. Marsh A/S:

Motor-, brand- og ansvarsforsikring

57.000 kr.

Erhvervs- og produktansvarsforsikring

35.000 kr.

92.000 kr.

3. Willis I/S:

Intet forsikringsmæglerhonorar.

Særligt ad påstand 12

I en skrivelse af 17. oktober 2001 stillede indklagede et spørgsmål til klageren vedrørende tilbudet, og indklagede afsluttede skrivelsen således: »For god ordens skyld gøres opmærksom på, at Odense Kommune ønsker at indhente referencer fra selskabernes samarbejdspartnere«.

Særligt ad påstand 13

Klageren anmodede den 3. december 2001 om oplysninger i henhold til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1. Denne anmodning besvarede kommunen ved en skrivelse af 18. december 2001 til klageren at fremsende »Udskrift af beslutningsprotokollen for Odense Kommunes økonomiudvalg for mødet onsdag den 21. november 2001«. Beslutningsprotokollen indeholder et afsnit om vurdering af prisen, som i det væsentlige svarer til det afsnit i forvaltningens vurdering af tilbudene, der er citeret ovenfor. Beslutningsprotokollen indeholder endvidere følgende afsluttende afsnit:

»Borgmesterforvaltningen indstiller, at tilbudet fra Willis I/S accepteres, da det vurderes at Willis' tilbud samlet set er det økonomisk mest fordelagtige. Der er herved lagt vægt på:

- Odense Kommune skal under de foran anførte betingelser ikke betale mæglerprovision til Willis I/S.
- Willis har den største erfaring med forsikringer for det kommunale område. Firmaet har samarbejdet med Odense Kommune siden 1992, hvor kommunen som en af de første store kommuner indgik en mægleraftale, og senere med de øvrige store kommuner. Willis' Odense- afdeling er specialiseret i forsikringer for kommuner og amter.
- Willis Odense har stor erfaring med EU-udbud af offentlige forsikringer. Ved det seneste udbud af kommunens forsikringsportefølje indkom der 5 tilbud, hvilket må anses for meget tilfredsstillende.
- Willis' skadesregistreringssystem er opbygget i samarbejde med kommunen, hvilket indebærer, at bl.a. Ejendomsafdelingens særlige ønsker er indarbejdet.
- Mæglernes serviceniveau i den hidtidige samarbejdsperiode har været meget tilfredsstillende. Eksempelvis har mægleren leveret konsulentbistand med skønsmæssigt 200 timer årligt uden beregning. Hertil kommer, at den nære beliggenhed gør samarbejdet, fx i forbindelse med møder og besigtigelser af skader, både smidigt og hurtigt.

Udover sædvanlige mæglerydelser tilbyder Willis I/S i sit tilbud følgende ydelser for at styrke kommunens arbejde med risikostyring:

- a. Generel rådgivning i sikringsspørgsmål.
- b. Udarbejdelse af sikringspolitik for kommunen, herunder udformning af sikrings- og sikkerhedsniveau.
- c. Analyse/risikovurdering af væsentlige risici indenfor tyveri/hærværk mv.
- d. Besigtigelse og udarbejdelse af handlingsplaner for særligt skadesbelastede institutioner og udarbejdelse af sikringshåndbog.
- e. Undervisning/holdningsbearbejdning af de ansatte.
- f. Udbud af sikrings- og sikkerhedsforanstaltninger (teknik og vagt).
- g. Daglig drift af kommunens sikring og sikkerhed, herunder styring af styring af leverandører, opfølgning, skadesbehandling.

Der kan frit disponeres over de under a-g nævnte ydelser indenfor 600 konsulenttimer årligt.

Økonomi

Tilbudet om risikostyring forventes at kunne nedbringe skadesomkostninger i forbindelse med fx indbrud og dermed nedbringe de afledte, forsikrede skadesomkostninger for afdelinger og institutioner.

Administrative konsekvenser

Sagen har ikke administrative konsekvenser for Odense Kommune.«

Særligt ad påstand 14

I indklagedes meddelelse til De Europæiske Fællesskaber af 4. december 2001 var punkt 8 og 9 ikke udfyldt.

Parternes anbringender:

Ad påstand 1 – 5, 7, 8 og 12 – 14

Indklagede har gjort gældende, at Tjenesteydelsesdirektivet ikke finder anvendelse på det gennemførte udbud. Indklagede har gjort gældende, at tjenesteydelsens værdi ikke overstiger den gældende tærskelværdi på 1.603.158 kr., da beløb, som forsikringsselskaberne udbetaler i forbindelse med indgåelse af forsikringsaftaler til dækning af udgiften til honorar til forsikringsmæglere eller udbetaler til forsikringsmæglere i forsikringens løbetid, ikke skal medregnes ved fastsættelsen af tjenesteydelsens værdi,

der herefter for en periode på 48 måneder (1998 - 2001) andrager ca. 631.000 kr. Indklagede har herved anført, at forbudet mod, at forsikringsmæglere modtager provision fra forsikringsselskaber i § 13, stk. 4, i lovbekendtgørelse nr. 672 af 9. juli 2001 om forsikringsformidling ikke finder anvendelse, da dette forbud først blev indført ved lov nr. 238 af 21. april 1999 om forsikringsmæglervirksomhed med virkning fra den 1. januar 2000, og da kommunens løbende forsikringsaftaler med Købstædernes Almindelige Brandforsikring, som giver mulighed for udbetaling af provision i kontraktperioden, alle er indgået inden den 1. januar 2000. Indklagede har endvidere gjort gældende, at den omstændighed, at indklagede - uanset at tjenesteydelsens værdi ikke oversteg tærskelværdien - rent faktisk har gennemført et udbud i overensstemmelse med fremgangsmåden i Tjenesteydelsesdirektivet, ikke indebærer, at Tjenesteydelsesdirektivets regler finder anvendelse på udbudet.

Klageren har gjort gældende, at Tjenesteydelsesdirektivet finder anvendelse, fordi værdien af tjenesteydelsen overstiger tærskelværdien. Klageren har nærmere anført, at der ved opgørelsen af tjenesteydelsens værdi udover de mæglerhonorarer, som kommunen skal betale til forsikringsmægleren, også skal medregnes de beløb, som forsikringsselskaberne betaler til forsikringsmæglerne i forbindelse med tegning af forsikringer og i forsikringernes løbetid. Klageren har herved henvist til, at det fremgår af tilbudet fra Willis I/S, at Købstædernes Almindelige Brandforsikring G/S havde bevilget »en risikostyringsrabat« på 5 % svarende til ca. 300.000 kr. pr. år i forsikringsperioden til dækning af udgifterne ved initiativer til risikostyring. Klageren har endvidere anført, at forbudet i lov om forsikringsformidling § 13, stk. 4, der trådte i kraft den 1. januar 2000, er gældende for udbudet, da den kontrakt, som blev udbudt, først skulle gælde fra den 1. januar 2002. Det følger af det anførte, at værdien af den udbudte tjenesteydelse beregnet på den angivne måde klart oversteg tærskelværdien, og at tjenesteydelsen således skulle udbydes i EU-udbud, som det også skete. Dette indebærer tillige, at også det EU-retlige ligebehandlingsprincip og det EU-retlige gennemsigtighedsprincip finder anvendelse på udbudet.

Klageren har endvidere gjort gældende, at Tjenesteydelsesdirektivet finder anvendelse, også selvom tjenesteydelsens værdi ikke overstiger tærskelværdien, fordi indklagede bl.a. ved annoncering i EU-Tidende har gennemført udbudet som et EU-udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet.

Ad påstand 5, 7, 8, 9, 10 og 11

Indklagede har gjort gældende, at det EU-retlige ligebehandlingsprincip og det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ikke finder anvendelse. Indklagede har gjort gældende, dels at disse principper i det konkrete tilfælde, da Tjenesteydelsesdirektivet som anført ikke finder anvendelse, ikke kan støttes på dette direktiv, dels at anvendelsen af disse principper heller ikke under de konkrete omstændigheder kan støttes på Traktaten, da der under udbudet kun fremkom tilbud fra danske tilbudsgivere.

Klageren har gjort gældende, at det EU-retlige ligebehandlingsprincip og det EU-retlige gennemsigtighedsprincip som følge af, at udbudet er omfattet af Tjenesteydelsesdirektivet, ligeledes finder anvendelse på udbudet, jf. herved Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at Traktatens artikel 49 finder anvendelse på udbudet. Klageren har nærmere anført, at det forhold, at Tjenesteydelsesdirektivet finder anvendelse, i sig selv udelukker, at der alene er tale om et internt nationalt retsforhold, også selvom det kun var danske virksomheder, der anmodede om prækvalifikation, samt at udbudsbetingelserne er udarbejdet med henblik på potentielle tilbudsgivere i alle EU-medlemsstaterne.

Indklagede har gjort gældende, at Traktatens artikel 49 ikke under de konkrete omstændigheder finder anvendelse, da der under udbudet kun fremkom tilbud fra danske virksomheder.

Indklagede har erkendt at have handlet i strid med artikel 49 som beskrevet i påstanden, hvis artikel 49 finder anvendelse.

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at beskaffenheden af den udbudte tjenesteydelse ikke gjorde det umuligt at prioritere de 3 fastsatte underkriterier. Klageren har endvidere gjort gældende, at en udbyder har bevisbyrden for, at det ikke var muligt at prioritere de fastsatte underkriterier.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke var muligt at prioritere de 3 fastsatte underkriterier på forhånd bortset fra, at det lå klart, at underkriteriet betalingsbetingelser var mindre væsentligt end de 2 øvrige underkriterier. Indklagede har særligt henvist til, at der under kommunens gennemførelse af et udbud kan være forskel på, hvilke underkriterier kommunens administration tillægger vægt ved afgørelsen af, hvilket tilbud der skal anbefales valgt, og hvilke underkriterier kommunalbestyrelsesmedlemmerne tillægger vægt ved afgørelsen i kommunalbestyrelsen. I det aktuelle tilfælde tillagde kommunens administration underkriteriet serviceniveau størst betydning, mens kommunalbestyrelsen sandsynligvis har anlagt en økonomisk synsvinkel og lagt hovedvægten på prisen.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at der ved vurderingen af tilbud efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« kun må anvendes underkriterier, som udbyderen har fastsat som underkriterier i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, hvilket ikke var tilfældet med de 4 anførte underkriterier, som indklagede har anvendt.

Indklagede har for det tilfælde, at Tjenesteydelsesdirektivet finder anvendelse, erkendt at have overtrådt artikel 36, stk. 3, som anført i påstanden.

Ad påstand 9 og 10

Klageren har gjort følgende gældende: Det følger af § 13, stk. 4, i lov nr. 238 af 21. april 1999 om forsikringsmæglervirksomhed, jf. nu lovbekendtgørelse nr. 672 af 9. juli 2002 om forsikringsformidling § 13, stk. 4, der trådte i kraft den 1. januar 2000, at en forsikringsmægler ikke må modtage provision fra forsikringsselskaber i forbindelse med offentlige udbud. Denne bestemmelse indebærer ikke, at forsikringsmægleren ikke må modtage mæglerprovision fra forsikringsselskaberne, men mægleren er, hvis han modtager mæglerprovision fra et forsikringsselskab, forpligtet til at lade denne provision gå videre til den offentlige forsikringstager, således at det er forsikringstageren, der får den økonomiske fordel af et eventuelt beløb udbetalt af et forsikringsselskab. For forsikringsmægleren er det således uden betydning, om et forsikringsselskab betaler mæglerprovision eller ej. Dette indbærer, at indklagede har været forpligtet til ved vurderingen af

tilbudene alene at lægge vægt på priserne i de 3 tilbud, og uberettiget til at lægge vægt på en eventuel provision, da den under alle omstændigheder tilfalder kommunen.

Indklagede har som anført gjort gældende, at § 13, stk. 4, ikke finder anvendelse på de gældende forsikringsaftaler mellem kommunen og Købstædernes Almindelige Brandforsikring, idet disse aftaler blev indgået i 1999 og dermed før forbudets ikrafttræden. Indklagede har endvidere anført, at størrelsen af de honorarer, som forsikringsselskaber betaler til forsikringsmæglere, afhænger af omfanget og kvaliteten af den ydelse, som forsikringsmægleren præsterer, idet disse faktorer har væsentlig indflydelse på, i hvilket omfang forsikringsselskabet lettes i sit arbejde. En del af de ydelser, en forsikringsmægler udfører, er ydelser, som forsikringsselskabet selv skal præstere, når der ikke er knyttet en forsikringsmægler til forsikringsaftalen. Forsikringsmægleren varetager således i disse tilfælde både kommunens interesser og en del af forsikringsselskabets opgaver. Provisionsbeløbet er derfor ikke uafhængigt af, hvilken forsikringsmægler det drejer sig om. Indklagede har yderligere anført, at kommunen ikke ved iværksættelsen af udbudet var bekendt med størrelsen af de provisionsbeløb, som Købstædernes Almindelige Brandforsikring efter den gældende forsikringsaftale skulle betale til Willis I/S.

Ad påstand 13

Klageren har gjort gældende, at kommunens skrivelse af 18. december 2001 ikke opfylder kravene i Tjenesteydelsesdirektivet, idet den ikke indeholder oplysninger om det antagne tilbuds egenskaber, en vurdering af det antagne tilbud og af klagerens tilbud i forhold til de fastsatte underkriterier samt oplysning af den indbyrdes vægtning af disse kriterier.

Indklagede har for det tilfælde, at Tjenesteydelsesdirektivet finder anvendelse, gjort gældende, at kommunens skrivelse af 18. december 2001 med bilag opfylder kravene i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1.

Ad påstand 14

Klageren har gjort gældende, at det følger af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 16, stk. 1 og 2, sammenholdt med artikel 17, stk. 1, at indklagedes meddelelse skulle indeholde de pågældende oplysninger.

Indklagede har for det tilfælde, at Tjenesteydelsesdirektivet finder anvendelse, erkendt, at de pågældende oplysninger skulle have været medtaget i bekendtgørelsen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 9, påstand 10 og spørgsmål 17

Ved den vurdering af værdien af forsikringsmæglerydelsen, som det påhvilede indklagede at foretage i forbindelse med beslutningen om at indgå kontrakt om denne tjenesteydelse, skulle indklagede tage udgangspunkt i det samlede honorar, som forsikringsmæglere måtte forventes at ville kræve for at udføre tjenesteydelsen, og på dette grundlag vurdere, om det samlede honorar oversteg tærskelværdien. Det er ved denne vurdering af tjenesteydelsens værdi på grundlag af det forventede honorar uden betydning, på hvilken måde forsikringsmægleren modtager honoraret, og indklagede har således skullet tage hensyn til alle betalinger, som forsikringsmægleren modtager for udførelsen af tjenesteydelsen. Også de provisionsbeløb, som visse forsikringsselskaber betaler til forsikringsmæglere, skulle således medregnes ved vurderingen af tjenesteydelsens værdi. Det følger heraf, at den udbudte tjenesteydelses værdi oversteg tærskelværdien, og det påhvilede således indklagede at iværksætte EU-udbud efter Tjenesteydelsesdirektivet, hvilket også skete. Tjenesteydelsesdirektivet finder derfor anvendelse på udbudet, ligesom også EU-udbudsrettens ligebehandlingsprincip og EU-udbudsrettens gennemsigtighedsprincip finder anvendelse.

Under EU-udbudet har det i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet påhvilet indklagede at fastsætte udbudsbetingelser, som sikrede, at alle tilbudsgivere blev stillet lige ved afgivelsen af tilbud. Ved et udbud som det konkrete vedrørende en forsikringsmæglerydelse krævede det, at indklagede fastsatte udbudsbetingelserne således, at det klart fremgik, at tilbudsgiverne ved udformningen af deres tilbud skulle se bort fra, at nogle forsikringsselskaber betaler provision til forsikringsmæglere, og at beløbene i tilbudene således skulle svare til den reelle betaling, som tilbudsgiverne ville have for at udføre den udbudte tjenesteydelse. Dette har indklagede undladt, og indklage-

de har derfor handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet som anført i spørgsmål 17.

Klagenævnet her herved alene taget stilling til, om indklagede som anført i spørgsmål 17 ved udformningen af udbudsbetingelserne har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet, idet det for denne afgørelse er ufornuddent at tage stilling til om § 13, stk. 4, i lovbekendtgørelse nr. 672 af 9. juli 2001 om forsikringsformidling eller den tilsvarende bestemmelse i den tidligere lov nr. 238 af 21. april 1999 om forsikringsmæglervirksomhed fandt anvendelse på de forsikringsmæglervirksomheder, der afgav tilbud under udbudet. Det er ligeledes uden betydning, om forbudet i disse bestemmelser var gældende, da de løbende forsikringsaftaler med Købstædernes Almindelige Brandforsikring blev indgået.

Det fremgår af indklagedes efterfølgende vurdering af de 3 tilbud, at kommunen ikke var opmærksom på, at der kun kunne foretages en reel vurdering af de 3 tilbud på lige vilkår, hvis der ved vurderingen af tilbudene blev set helt bort fra, at bl.a. Købstædernes Almindelige Brandforsikring udbetaler beløb til dækning af honorarer til forsikringsmæglere, og at kommunen således i tilbudet fra Willis I/S skulle tage beløbet på 900.000 kr. og alene dette beløb i betragtning som denne tilbudsgivers tilbudspris på forsikringsmæglerydelsen. Det fremgår videre af det oplyste om udbudsforretningens forløb, at denne fejltagelse fra kommunens side medførte, at det blev besluttet at indgå kontrakt med en tilbudsgiver, som ikke havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klagenævnet finder på denne baggrund ikke anledning til at tage stilling til klagerens påstand 9 og 10.

Ad påstand 1

Efter beskaffenheden af den tjenesteydelse, som udbudet vedrører, har Klagenævnet ikke grundlag for at fastslå, at det var muligt for indklagede på forhånd at prioritere de 2 underkriterier pris og serviceniveau. Da bestemmelsen i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, endvidere kun fastsætter en forpligtelse for udbyder til at prioritere underkriterierne, når det er muligt at prioritere samtlige fastsatte underkriterier, har indklagede ikke handlet i strid med artikel 36, stk. 2, ved ikke at prioritere de 3 underkriterier. Denne påstand tages således ikke til følge

Ad påstand 7

Indklagede har erkendt ved vurderingen af de 3 indkomne tilbud at have anvendt følgende kriterier, selvom de ikke i udbudsbetingelserne var fastsat som underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«:

ad påstand 2: »erfaring«

ad påstand 3: »at Willis I/S forud for udbudet havde opbygget indklagedes skadesregistreringssystem«

ad påstand 4: »Willis I/S hidtidige samarbejde med indklagede«

ad påstand 5: »Willis I/S nære beliggenhed i forhold til indklagede«.

Det fremgår af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, at tildelingen af ordren i de tilfælde, hvor tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« er fastsat som tildelingskriterium, skal ske på grundlag af de fastsatte underkriterier, og indklagede har derfor handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 ved at anvende de anførte kriterier, der ikke i udbudsbetingelserne var fastsat som underkriterier. Klagenævnet tager derfor påstand 7 til følge.

Ad påstand 2, 3 og 4

Indklagede har erkendt at have handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet som anført i påstand 2 – 4. En stillingtagen fra Klagenævnets side til disse påstande kræver imidlertid – uanset indklagedes erkendelse – at Klagenævnet på grundlag af udbudsbetingelserne for hver enkelt af de 3 anførte kriterier foretager en vurdering af, om det enkelte kriterium alene lovligt kan anvendes ved vurderingen af, om en virksomhed opfylder betingelserne for at blive prækvalificeret, eller om det foruden at kunne anvendes ved vurderingen af, om en virksomhed opfylder betingelserne for at blive prækvalificeret, efter tjenesteydelsens beskaffenhed tillige lovligt kan anvendes som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« naturligvis under forudsætning af, at det i udbudsbetingelserne er fastsat som underkriterium til dette tildelingskriterium. På baggrund af Klagenævnets afgørelse vedrørende spørgsmål 17 og påstand 7 har Klagenævnet ikke fundet anledning til at foretage en sådan vurdering af de 3 kriterier, og Klagenævnet tager derfor ikke stilling til påstand 2 – 4.

Ad påstand 5 og 6

Da Tjenesteydelsesdirektivet finder anvendelse på udbudet, har indklagede ved ved bedømmelsen af tilbudene at lægge vægt på Willis I/S's forretningssteds nære beliggenhed i forhold til Odense Kommune som også erkendt af indklagede handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 23, jf. artikel 36, stk. 1, og i strid med ligebehandlingsprincippet i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, og det herefter uforment for Klagenævnet at tage stilling til, om indklagede herved tillige har handlet i strid med Traktatens artikel 49. Påstand 5 tages derfor til følge, mens Klagenævnet ikke tager stilling til påstand 6.

Ad påstand 8, 11 og 12

Efter det, der er anført ad spørgsmål 17 vedrørende afgørende fejl ved udformningen af udbudsbetingelserne, har Klagenævnet ikke fundet anledning til at tage stilling til disse påstande.

Ad påstand 13

Det fremgår af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, at en ordregiver skal give en tilbudsgiver, hvis tilbud er taget i betragtning ved vurderingen af tilbudene på grundlag af tildelingskriteriet, men som ikke er blevet antaget som det tilbud, der skal danne grundlag for indgåelse af kontrakt, oplysninger om »det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele«. Derimod følger det ikke – som klageren har anført – af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, at en udbyder skal give en tilbudsgiver oplysning om vurderingen af det antagne tilbud og klagerens tilbud i forhold til de fastsatte underkriterier samt oplysning af den indbyrdes vægtning af disse kriterier.

Da indklagede ved sin skrivelse af 18. december 2001 med bilag har opfyldt forpligtelsen efter artikel 12, stk. 1, tager Klagenævnet ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 14

Indklagede har erkendt at have handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, sammenholdt med bilag III, litra E, og Klagenævnet

kan tiltræde, at der er sket en overtrædelse som beskrevet i denne påstand. Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge.

Ad påstand 15

Efter beskaffenheden af den overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivet, som Klagenævnet har anført vedrørende spørgsmål 17, som har medført, at indklagede ikke kunne gennemføre et EU-udbud, som gav mulighed for ligebehandling af tilbudsgiverne, og som medførte, at det blev besluttet at indgå kontrakt på grundlag af et tilbud, der ikke var det økonomisk mest fordelagtige tilbud, annullerer Klagenævnet indklagedes beslutning af 21. november 2001 om at indgå kontrakt med Willis I/S.

Herefter bestemmes:

Spørgsmål 17

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved ikke i udbudsbetingelserne at foreskrive, at tilbudsgiverne ved udarbejdelsen af tilbudene skulle fastsætte deres priser for forsikringsmæglerydelsen uden hensyntagen til, at visse forsikringsselskaber udbetaler et beløb, som skal anvendes til dækning af forsikringstagerens udgift til honorar til forsikringsmægler.

Påstand 5

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 23, jf. artikel 36, stk. 1 og artikel 3, stk. 2, ved ved bedømmelsen af tilbudene at have lagt vægt på Willis I/S' forretningssteds nære beliggenhed i forhold til Odense Kommune, idet denne tilbudsgiver har forretningsadresse i Odense.

Påstand 7

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 3, og det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved ved bedømmelsen af tilbudene, uanset om de pågældende underkriterier efter deres indhold lovligt kunne have været anvendt eller ej, at have lagt vægt på følgende underkriterier, som ikke i udbudsbetingelserne var fastsat som underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«:

- a. »erfaring«.
- b. »hvem der har opbygget indklagedes skadesregistreringssystem«.
- c. »serviceniveau i tidligere samarbejde«.
- d. »beliggenhed«.

Påstand 14

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 17, stk. 1, sammenholdt med bilag III, litra E, ved ikke i sin meddelelse til Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer at oplyse:

- »8. Den betalte pris eller prismargen (minimum/maksimum)«.
- »9. Den eller de vindende ordrers kontraktværdi eller det højeste og det laveste bud, der blev taget i betragtning ved tildeling af ordren«.

Påstand 15

Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning af 21. november 2001 om at indgå kontrakt med Willis I/S.

Påstand 1 og 13 tages ikke til følge.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 2, 3, 4, 6, 8, 9, 10, 11 og 12.

Indklagede, Odense Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Aon Denmark A/S, betale 60.000 kr.

Klagegebyret tilbagetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig