

K E N D E L S E

Atea A/S
(selv)

mod

Ballerup Kommune
(advokat Majse Jarlov, København)

Den 15. oktober 2010 udbød indklagede, Ballerup Kommune, som et mini-udbud efter artikel 32, stk. 4, i direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet) under rammeaftale 02.12 fra Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S, delaftale 1, Multifunktionsmaskiner og printere, to aftaler:

- 1) En aftale om levering af multifunktionsmaskiner med tilhørende serviceydelser og
- 2) en aftale om levering af printere med tilhørende serviceydelser.

Rammeaftalen med flere leverandører er indgået af Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S som indkøbscentral efter et udbud efter udbudsdirektivet.

Alle leverandører på rammeaftale 02.12, delaftale 1, herunder blandt andet klageren, Atea A/S, blev indbudt til at afgive tilbud på multifunktionsmaskiner og printere i henhold til rammeaftalens vilkår for miniudbud.

Klagerens tilbud blev afvist som ikke-konditionsmæssigt med henvisning til, at det var blevet afleveret på en anden adresse i Holbæk end den afleveringsadresse i Vodskov, som var angivet i udbudsbetingelserne for miniudbuddet.

Den 30. december 2010 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede med påstand om, at indklagede ikke havde været berettiget til at afvise klagerens tilbud. Klageren anmodede ved klagens indgivelse om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 17. januar 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet nævnet ikke fandt betingelsen om »fumus boni juris« opfyldt. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige proportionalitetsprincip samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud med henvisning til, at tilbuddet ikke blev afleveret hos IKR A/S, Tinghaven 5, 9310 Vodskov som krævet i udbudsbetingelserne, uagtet indklagedes rådgiver IKR A/S ved indleveringen af tilbuddet havde accepteret, at klageren indleverede sit tilbud på IKR A/S' adresse i Holbæk og havde udstedt kvittering for behørig indlevering, herunder som om indleveringen var sket på adressen i Vodskov.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, ved at tildele to rammeaftaler ved et miniudbud efter udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, under rammeaftale 02.12 fra Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S, delaftale 1, Multifunktionsmaskiner og printere, i stedet for at følge direktivets sædvanlige udbudsprocedurer som foreskrevet i artikel 32, stk. 2.

Indklagede har vedrørende påstand 1 og 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Oplysningerne i sagen

Ad påstand 1

Af klagenævnets kendelse om opsættende virkning fremgår blandt andet:

»Indklagede blev under udbuddet bistået af en rådgiver på kopi- og printområdet ved navn IKR A/S.

Af indklagedes udbudsbetingelser (»miniudbudsbetingelser«) fremgår af pkt. 1.1, Kontaktperson hos IKR:

»1.1.1. IKR A/S
Jan Severinsen
Telefon: +45 88 27 63 33
E-mail: js@ikr.dk

Alle henvendelser vedrørende dette miniudbud skal rettes til kontaktpersonen hos IKR.«

Af udbudsbetingelsernes pkt. 3, Tidsplan for miniudbudsforretningen, fremgår, at fristen for aflevering af tilbud var den 17. november 2010, kl. 12.00. Det er endvidere angivet:

»Tilbudsgivere, der ikke overholder tilbudsfristen den 17. november 2010, kl. 12.00, vil ikke komme i betragtning.«

I udbudsbetingelserne er det i pkt. 16, Generelt, anført:

»Det er af stor vigtighed, at man er opmærksom på tidsplanen.

Tilbuddene skal fremsendes til IKR i 2 eksemplarer. Tilbuddene skal udfærdiges i papirform samt vedlægges i elektronisk format på en CD eller USB.

Tilbuddene sendes til følgende adresse:

IKR A/S
Tinghaven 5
9310 Vodskov
Att.: Jan Severinsen
Mrk. »Ballerup Kommune«.

Parterne er enige om, at Andreas Mark Baden, som repræsenterede klageren, mødte op på IKR A/S' adresse i Holbæk om formiddagen den 17.

november 2010 for at aflevere klagers tilbud, og at tilbuddet blev afleveret i Holbæk inden tilbudsfristens udløb kl. 12. Tilbuddet var stilet til: »IKR A/S, Tuse Næs Vej 7C, 4300 Holbæk, Att.: Heidi Thygesen«. Klageren har oplyst, at det skyldtes en fejl, at repræsentanten mødte op i Holbæk. Klagerens repræsentant fik en kvittering, udstedt på kontoret i Holbæks brevpapir, som lød:

»Løsningsforslag modtaget på nye printere/multifunktionsmaskiner

Det bekræftes hermed, at vi på vegne af Ballerup Kommune har modtaget Deres løsningsforslag.

Løsningsforslaget er modtaget d.d. og er afleveret rettidigt i henhold til miniudbudsbetingelserne.«

Parterne er uenige om, hvorvidt medarbejderen hos IKR A/S i Holbæk udtrykkeligt gjorde Andreas Mark Baden opmærksom på, at tilbuddet skulle afleveres på IKR A/S' adresse i Vodskov, og alene modtog og kvitterede for tilbuddet, fordi klagerens repræsentant fastholdt ønsket om at aflevere det i Holbæk, eller om medarbejderen i Holbæk uden videre accepterede at modtage og kvittere for modtagelse af tilbuddet i Holbæk, og herunder oplyste, at en anden medarbejder ville kunne tage tilbuddet med til Vodskov.

Efterfølgende meddelte indklagedes rådgiver ved brev af 23. november 2010 klageren, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt som følge af tilbudsafleveringen på en anden adresse end den, der var angivet i udbudsbetingelserne, hvilket betød, at indklagede havde pligt til at se bort fra tilbuddet.

Klagenævnet udtaler:

...

Vedrørende betingelse nr. 1 (»*fumus boni juris*«) bemærker klagenævnet, at det utvetydigt følger af udbudsbetingelsernes pkt. 16 og 3, at tilbud skulle afleveres på IKR A/S' adresse i Vodskov inden for tilbudsfristen den 17. november 2010. Efter indholdet af udbudsbetingelserne kunne klageren ikke berettiget være i tvivl om, at aflevering kun kunne ske på adressen i Vodskov.

Tilbuddet blev ikke afleveret rettidigt på den adresse i Vodskov, hvor aflevering skulle ske.

Under disse omstændigheder var indklagede i medfør af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip og det EU-udbudsretlige gennemsigthedsprincip i udbudsdirektivets artikel 2 forpligtet til at undlade at

tage klagerens tilbud i betragtning. Dette gælder, uanset om en medarbejder på indklagedes rådgivers kontor i Holbæk fejlagtigt måtte have givet udtryk for, at tilbuddet kunne afleveres i Holbæk, og uanset at der blev udstedt en kvittering om rettidig aflevering uden bemærkning om, at afleveringen var sket på en forkert adresse.«

Ifølge en e-mail om fremsendelse af et link til »bekræftelse på modtagelse« fra IKR A/S i Vodskov til IKR A/S i Holbæk er mailen sendt fra Vodskov til Holbæk kl. 11.11 den 17. november 2010.

Ad påstand 2

Af indklagedes miniudbudsbetingelser fremgår:

»Ballerup Kommune forventer over det næste 4 år at skulle udskifte ca. 232 multifunktionsmaskiner og ca. 340 printere.

...

Opgavebeskrivelsen

Miniudbuddet vedrører levering af alle Kommunens multifunktionsmaskiner og printere – med tilhørende serviceydelser. Kontrakten indgås for en 2-årig periode med 2 forlængelsesoptioner på 1 år hver. Det forventes, at der skal leveres i omegnen af 232 multifunktionsmaskiner og 340 printere.

Fredensborg Kommune skal desuden have mulighed for at tilslutte sig de udbudte kontrakter. Se mere herom i Leveringsaftalebilag 02 på henholdsvis multifunktionsmaskiner og printere.«

I Leveringsaftalebilag 02 – Kravspecifikation og løsningsbeskrivelse - Multifunktionsmaskiner anføres under punkt 2.2.1 et estimeret antal multifunktionsmaskiner fordelt på forskellige typer (sort-hvid/farve), der omfattes af miniudbuddet. Der angives også her et forventet samlet antal på 232 maskiner, idet det anføres:

»Det forventede antal multifunktionsmaskiner er, ligesom omsætningsfordelingen, et estimat og derfor ikke tages som tilsagn på et eksakt antal købte enheder.

...

Fredensborg Kommune skal have mulighed for at kunne tilslutte sig denne aftale. Såfremt Fredensborg Kommune ønsker at tilslutte sig denne aftale meddeltes dette på dagen for kontraktsignering. Fredensborg Kommunes volumen illustreres nedenstående.

Multifunktionsmaskiner, nuværende maskinpark.

[tabel over eksisterende multifunktionsmaskiner hos Fredensborg Kommune]

...

Anslåede årlige anskaffelse kr. 500.000.«

Leveringsaftalebilag 02 – Kravspecifikation og løsningsbeskrivelse - printere, indeholdt på samme måde et estimat over det antal printere, der kunne forventes aftaget af indklagede (340 printere). Fredensborg Kommune anføres også som en mulig aftager i dette bilag. Fredensborg Kommunes årlige anskaffelsesbehov med hensyn til printere anslås at have en værdi på 300.000 kr.

Indklagedes annullation af miniudbuddet

Ved brev af 1. februar 2011 meddelte indklagede leverandørerne på rammeaftale 02.12, delaftale 1, at indklagede havde besluttet at aflyse det igangværende miniudbud under rammeaftalen.

Annulationen blev begrundet med, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i en vejledende udtalelse af 4. januar 2011 i relation til en rammeaftale indgået af Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S har antaget, at det er i strid med udbudsdirektivets artikel 32, at ordregivende myndigheder ved tildeling af kontrakter baseret på en rammeaftale med flere leverandører har frit valg mellem at tildele kontrakter direkte på grundlag af de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen eller efter iværksættelse af fornyet konkurrence ved gennemførelse af et miniudbud. Dette havde ført Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S til at opsigte rammeaftale 02.12, delaftale 1, Multifunktionsmaskiner og printere. Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S vurderede herved, at denne rammeaftale på samme måde som den aftale, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen havde vurderet, gav den ordregivende myndighed mulighed for frit at vælge mellem at tildele en kontrakt direkte eller via afholdelse af et miniudbud. Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S anbefalede sine kunder, herunder indklagede, at den opsagte rammeaftale ikke dannede grundlag for indgåelse af yderligere leveringsaftale i rammeaftalens opsigelsesperiode.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at selve accepten af modtagelse af klagerens tilbud på adressen i Holbæk var i strid med det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip, idet den bragte klageren i en vildfarelse om at have foretaget konditionsmæssig aflevering. Det betød, at klageren blev afskåret fra at forsøge at foretage korrekt aflevering i Vodskov inden tilbudsfristens udløb.

Indklagede har gjort gældende, at det klart og tydeligt fremgår af udbudsbetingelserne, at indkomne tilbud skulle afleveres senest den 17. november 2010 kl. 12 hos IKR A/S i Vodskov. Trods miniudbudsbetingelsernes angivelse afleverede klageren sit tilbud på IKR A/S adresse i Holbæk. Som ordregivende myndighed har indklagede ikke nogen forpligtelse til at bistå en tilbudsgiver som klageren med at aflevere et konditionsmæssigt tilbud. Det følger af de EU-udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, at indklagede var forpligtet til at håndhæve de formkrav til tilbudsaflevering, som er fastlagt i de offentliggjorte miniudbudsbetingelser, herunder formkravet om tilbudsaflevering på IKR A/S' kontor i Vodskov. Indklagede var derfor både berettiget og forpligtet til at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt. Det forhold, at klageren ved en fejl har fået en kvittering for at have afleveret behørigt på den korrekte adresse ændrer ikke herpå. Udstedelsen af kvitteringen, som fejlagtigt bekræfter klagerens korrekte tilbudsaflevering, er heller ikke det, der har forårsaget den fejlagtige aflevering af tilbuddet i Holbæk, jf. allerede angivelsen af IKR A/S i Holbæk som adressat i selve tilbuddet.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det følger af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens »Vejlende udtalelse om anvendelsen af rammeaftaler« af 28. oktober 2009, at et miniudbud skal resultere i, at det er muligt at indgå en egentlig kontrakt, idet der ikke må være tale om, at miniudbuddet blot leder frem til en »rammeaftale i rammeaftalen«. Nærværende miniudbud drejer sig netop om sådanne »rammeaftaler i en rammeaftale«. Påstanden skal derfor tages til følge

Indklagede har gjort gældende, at det, klageren ønsker en stillingtagen til, er hypotetisk, da indklagede har annulleret udbuddet. Indklagede har ikke i øvrigt udtalt sig om denne påstand.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Af de grunde, som klagenævnet har anført i sin kendelse om opsættende virkning, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 2

Det forhold, at indklagede af andre grunde har annulleret udbuddet, medfører ikke, at klagerens påstand 2 ikke skal tages under påkendelse.

I de udbudte aftaler er det angivne antal maskiner/printere, der skal leveres, alene et estimat, som ikke medfører pligt for indklagede til at aftage et bestemt antal. Det er endvidere muligt at forlænge aftaleperioden med 2 x 1 år. Desuden har Fredensborg Kommune en option på at indtræde i aftalerne, som imidlertid ikke medfører nogen form for forpligtelse hertil. De udbudte aftaler har således karakter af egentlige rammeaftaler og er ikke blot aftaler, som giver indklagede og Fredensborg Kommune en fleksibilitet med hensyn til den tidsmæssige fordeling af indkøb og de præcise mængder og ydelser.

Af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, fremgår, at kontrakter, der er baseret på en rammeaftale, skal indgås i henhold til procedurerne i direktivet. Det følger videre af direktivets artikel 32, stk. 4, at tildeling af en kontrakt baseret på en rammeaftale med flere økonomiske aktører kan ske ved et miniudbud, når ikke alle vilkår er fastsat i rammeaftalen. Af sammenhængen mellem stk. 2 og stk. 4 og angivelsen i stk. 2 om, at indgåelse af rammeaftaler sker efter procedurereglerne i direktivet, dvs. som udgangspunkt ved et offentligt eller begrænset udbud, følger, at der ikke ved et miniudbud på grundlag af en rammeaftale kan indgås en ny rammeaftale som de her omhandlede.

Påstanden tages til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2 ved at tildele to rammeaftaler ved et miniudbud efter udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, under rammeaftale 02.12 fra Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S, delaftale 1, Multifunktionsmaskiner og printere, i stedet for at følge direktivets sædvanlige udbudsprocedurer som foreskrevet i artikel 32, stk. 2.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagetales.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig