

Kendelsen er nævnets endelige kendelse, da klagen er trukket tilbage.

K E N D E L S E

Autohuset Glostrup A/S,
Kronborg Auto A/S,
Autohuset Glostrup-Valby A/S og
Autohuset Ringsted A/S
(advokat Thomas Monberg, København)

mod

Dansk Politi v/Rigspolitiet
(advokat Marianne Trojahn Kølle og
advokat Jens Bødtcher-Hansen, København)

Klagenævnet har den 29. december 2017 modtaget en klage fra Autohuset Glostrup A/S, der har oplyst, at klagen tillige indgives på vegne af Kronborg Auto A/S, Autohuset Glostrup-Valby A/S og Autohuset Ringsted A/S, der alle er en del af ”Carholding Gruppen”.

Autohuset Glostrup A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Dansk Politi v/Rigspolitiet (Rigspolitiet) har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning. Herudover har Rigspolitiet principalt nedlagt påstand om afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Rigspolitiet har anmodet om, at klagenævnet træffer afgørelse i sagen på det foreliggende grundlag og uden selvstændig delkendelse vedrørende opsættende virkning.

De tilbud, klagen angår, er endnu ikke fremlagt i sagen, og klagenævnet har allerede derfor ikke fundet grundlag for at træffe materiel afgørelse på det foreliggende grundlag.

Klagenævnet har derimod truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1, supplerende klageskrift og svarskrift med bilag A – C.

Klagens indhold:

Påstand 1

Det supplerende klageskrift indeholder følgende påstand:

”Klagenævnet for Udbud skal konstatere at Rigspolitiet har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele delaftale nr. 51 til Semler Retail A/S, delaftale nr. 37 til Semler Retail Holbæk A/S, delaftale 41 til Autocenter Gentofte ApS og endelig delaftale nr. 46 til Autocenter København ApS, idet gøres gældende at beslutningen var behæftet med den fejl, at de ved udbuddet fastlagte kravspecifikationer, indeholdt i bilag 2 og under nærværende sag fremlagt som bilag 1, under punkterne 1, 6, 7 og 8 ikke ses at kunne være opfyldelige for de ovenfor nævnte ordremodtagere. Vi beder derfor Klagenævnet for Udbud om at konstatere at der derved er skabt en overvejende fordel for de 4 vindere af udbuddet til Rigspolitiet for så vidt angår de af udbuddet omfattede serviceydelser, idet der er sket en ulig vægtning af forudsatte parametre/krav, idet det fra klagernes side gøres gældende at klagernes tilbud beløbsmæssigt ville have været lavere, såfremt man havde besiddet viden om at indklagede ville have fragået punkterne 1, 6, 7 og 8 i kravspecifikation, bilag 2.”

Andre oplysninger i sagen:

Sagen angår et offentligt udbud (udbudsbekendtgørelse af 12. juli 2017 nr. 2017/S 131-268223) af 57 delaftaler, og klagen angår delaftalerne 37, 41, 46 og 51 om levering af værkstedsydelser, reservedele og forbrugsstoffer, herunder dæk, vedrørende politiets køretøjer af mærket Volkswagen. Delaftalerne indeholder også ydelser i form af hente- og bringeordning samt opbevaring af dæk. Der blev modtaget 182 tilbud på de 57 delaftaler.

Tildelingskriteriet var ”den laveste vurderingspris” med underkriterierne ”Timepris” (22 %), ”Hente og bringe” (2 %), ”Dækopbevaring” (1 %), ”Reservedele og forbrugsstoffer” (55 %) og ”Dæk” (20 %).

I kravspecifikationen var bl.a. fastsat følgende ”Krav”:

”

1	Leverandøren skal have direkte kontakt til fabrikanten af det pågældende køretøj ifm. teknisk fejlsøgning.
...	
6	Leverandøren skal have relevant test-, kalibrerings og diagnoseværktøj til pågældende køretøjsmærke.
7	Leverandøren skal kontinuerligt sikre, at køretøjernes software kan opdateres til seneste version.
8	Leverandøren skal kontinuerligt sikre, at producentens servicebulletiner, aktioner eller tilsvarende overholdes.

”

Uafhængige værksteders adgang til reparations- og vedligeholdelsesinformation er reguleret ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 715/2007 af 20. juni 2007. Af præambelbetragtning 27 fremgår, at formålet bl.a. er ”sikring af adgang til reparations- og vedligeholdelsesinformationer om køretøjer for uafhængige værksteder på lige fod med autoriserede forhandlere og reparatører”. I forordningens artikel 6, stk. 1, om fabrikantens forpligtelser er fastsat:

”Fabrikanten skal sikre, at uafhængige aktører har ubegrænset og standardiseret adgang til reparations- og vedligeholdelsesinformationer om køretøjer via umiddelbart tilgængelige websteder med en ensartet søgefunktion, således at uafhængige aktører ikke forskelsbehandles i forhold til autoriserede forhandlere og reparatørers muligheder og adgang. Med henblik på at lette opfyldelsen af denne målsætning skal informationerne fremlægges på en måde, der er i overensstemmelse med de tekniske specifikationer for OASIS-formatet. Fabrikanterne skal endvidere stille undervisningsmateriale til rådighed for uafhængige aktører og autoriserede forhandlere og reparatører.”

Ved tildelingsbeslutning af 14. december 2017 blev AutoCenter Gentofte ApS tildelt delaftale nr. 41, som tillige Kronborg Auto A/S og Autohuset Frederikssund A/S havde afgivet tilbud på.

Ved tildelingsbeslutning af 15. december 2017 blev Semler Retail Holbæk A/S tildelt delaftale nr. 37, som tillige Autohuset Ringsted A/S havde afgivet tilbud på.

Ved tildelingsbeslutning af 20. december 2017 blev AutoCenter København ApS tildelt delaftale nr. 46, som tillige Autohuset Glostrup A/S havde afgivet tilbud på.

Ved tildelingsbeslutning af 21. december 2017 blev Semler Retail A/S tildelt delaftale nr. 51, som tillige Autohuset Valby-Glostrup A/S havde afgivet tilbud på.

Klagen, der som nævnt er modtaget den 29. december 2017, er med hensyn til delaftale nr. 46 og 51 indgivet i standstill-perioden, hvorimod der med hensyn til delaftale nr. 37 og 41 er klaget efter udløbet af standstill-perioden.

Parternes anbringender:

Ad afvisningspåstanden:

Rigspolitiet har gjort gældende, at klagen ikke er egnet til at danne grundlag for sagens behandling, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2.

Rigspolitiet har nærmere anført, at påstanden i klagen er uklar og af en sådan beskaffenhed, at den ikke er egnet til at danne grundlag for sagens behandling. Det er tilkendegivet, at der er tale om én påstand, men påstanden, der findes i brevet af 5. januar 2018, side 1, sidste afsnit, indeholder i vidt omfang anbringender. Endvidere er det uklart, om påstanden reelt indeholder to påstande – én i hvert punktum.

Autohuset Glostrup A/S har ikke særskilt anført anbringender herom.

Ad spørgsmålet om opsættende virkning:

Ad ”fumus boni juris”

Autohuset Glostrup A/S har ikke anført anbringender om denne betingelse udover det, der er anført nedenfor ad påstand 1.

Rigspolitiet har under henvisning til det, der er anført ad påstand 1, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Autohuset Glostrup A/S gjort gældende, at Rigspolitiet ikke har overholdt kravene til udbuddet og kravspecifikationen. Dette har medført ulige behandling af tilbudsgiverne, og tildelingerne af rammeaftaler er sket uretmæssigt på grund af den ulige behandling. Tildelingerne er således sket i strid med mindstekravene 1, 6, 7 og 8, der ikke ses opfyldt af de vindende tilbudsgivere. Autohuset Glostrup A/S har i øvrigt henvist til indholdet af påstand 1.

Rigspolitiet har gjort gældende, at tilbuddene fra Semler Retail Holbæk A/S (delaftale nr. 37), AutoCenter Gentofte ApS (delaftale nr. 41), AutoCenter København ApS (delaftale nr. 46) og Semler Retail A/S (delaftale nr. 51) med rette er fundet konditionsmæssige. Rigspolitiet har således med rette fundet det verificeret, at disse tilbudsgivere vil kunne opfylde kravene i udbudsmaterialet. I påstanden er anført, at punkterne 1, 6, 7 og 8 i kravspecifikationen, kontraktbilag 2 (bilag 1) ”ikke ses at kunne være opfyldelige for de ovenfor nævnte ordremodtagere”, jf. påstandens 1. punkt. Rigspolitiet har bestridt dette som udokumenteret. Der er ikke – hverken i klageskriftet af 28. december 2017 eller i det reviderede klageskrift af 5. januar 2018 – fremkommet nogen form for indikation af, hvorfor kravene ikke skulle kunne opfyldes af de vindende tilbudsgivere.

I påstanden gøres endvidere gældende, at ”klagernes tilbud beløbsmæssigt ville have været lavere, såfremt man havde besiddet viden om at indklagede ville have fragået punkterne 1, 6, 7 og 8 i kravspecifikationen”. Rigspolitiet har imidlertid ikke frafaldet disse mindstekrav. De kommercielle overvejelser hos de virksomheder, der har indgivet klage, vedrørende prissætningen i tilbuddene, er derfor klagesagen uvedkommende.

Ad uopsættelighed

Autohuset Glostrup A/S har ikke særskilt gjort anbringender gældende vedrørende denne betingelse.

Rigspolitiet har gjort gældende, at Autohuset Glostrup A/S ikke har godtgjort at ville lide et alvorligt og uopretteligt tab ved at afvente den materielle afgørelse i sagen.

Ad interesseafvejning

Autohuset Glostrup A/S har ikke særskilt gjort anbringender gældende vedrørende denne betingelse.

Rigspolitiet har anført, at en interesseafvejning ikke kan føre til, at klagenævnet skal tillægge klagen opsættende virkning. Hensynet til at sikre, at Rigspolitiet kan indkøbe værkstedsydelser, vejer således tungere end klagenes interesse i at få klagen tillagt opsættende virkning.

Klagenævnet udtaler:

Første del af påstand 1 angår, at Rigspolitiet angiveligt har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tildele delaftale nr. 51, 37, 41 og 46 som sket, idet mindstekravene 1, 6, 7 og 8 ikke kunne opfyldes af de vindende tilbudsgivere (Semler Retail A/S, Semler Retail Holbæk A/S, Autocenter Gentofte ApS og Autocenter København ApS).

Den anden del af påstanden må forstås således, at Rigspolitiet ved at foretage disse tildelinger, selvom mindstekravene angiveligt ikke var opfyldt, har givet de vindende tilbudsgivere en økonomisk fordel, som virksomhederne, der har klaget, ikke havde.

Klagen angår således i det væsentlige spørgsmålet om, hvorvidt delaftalerne er tildelt i strid med udbudsbetingelsernes bestemmelser om mindstekrav.

Klagenævnet har på denne baggrund ikke fundet grundlag for at afvise klagen med den begrundelse, at den ikke er egnet til at danne grundlag for behandling af sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2.

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1 og 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”§ 12. Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.

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 Autohuset Glostrup A/S, Kronborg Auto A/S, Autohuset Glostrup-Valby A/S og Autohuset Ringsted A/S ikke har nedlagt påstand om annullation af tildelingsbeslutningerne, og klagen kan heller ikke efter sin ordlyd forstås sådan. Betingelsen om *”fumus boni juris”* er allerede derfor ikke opfyldt.

Det tilføjes, at klagen ikke indeholder en nærmere redegørelse eller dokumentation for, hvorfor mindstekravene 1, 6, 7 og 8 ikke skulle kunne opfyldes af de vindende tilbudsgivere. Formålet med den EU-retlige regulering på området er netop at give uafhængige værksteder adgang til markedet på lige fod med autoriserede forhandlere og reparatører. Klagenævnet finder herefter på det foreliggende grundlag ikke påstand 1 underbygget.

Vedrørende betingelse nr. 2 (uopsættelighed) bemærker klagenævnet, at der ikke foreligger oplysninger, der tyder på, at de virksomheder, der har klaget, vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Vedrørende betingelse nr. 3 (interesseafvejning) bemærker klagenævnet, at en interesseafvejning heller ikke taler for at tillægge klagen opsættende virkning.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Dorthe Hylleberg
kontorfuldmægtig