

K E N D E L S E

Cale Danmark A/S
(advokat Birgitte Dahl, Odense)

mod

Københavns Kommune
(advokat Anders Birklund Nielsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 203-358739 af 17. oktober 2014 udbød Københavns Kommune som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en kontrakt om ombygning og opgradering af p-billetautomater i Københavns Kommune.

Ved ansøgningsfristens udløb var 6 virksomheder, herunder Cale Danmark A/S og Logos Design A/S, blevet prækvalificeret til at afgive tilbud.

Ved tilbudsfristens udløb havde 4 af de 6 prækvalificerede virksomheder, herunder Cale Danmark A/S og Logos Design A/S, afgivet tilbud på opgaven.

Ved brev af 20. februar 2015 meddelte Københavns Kommune tilbudsgiverne, at kommunen så sig nødsaget til at aflyse udbuddet under henvisning til, at ingen af de indkomne tilbud overholdt kravene i udbudsmaterialet på alle punkter. Ved samme brev meddelte Københavns Kommune, at man overgik til udbud med forhandling.

Ved brev dateret den 13. marts 2015 orienterede Københavns Kommune tilbudsgiverne om, at man agtede at indgå aftale med Logos Design A/S.

Klagenævnet har den 24. marts 2015 modtaget en klage fra Cale Danmark A/S med følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at Københavns Kommunes har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Logos Design A/S i betragtning, selvom dette tilbud ikke overholdt mindstekrav fastsat i kravspecifikationens pkt. 6.3.9.

Påstand 2:

Klagenævnet skal annullere Københavns Kommunes beslutning om at tildele kontrakten til Logos Design A/S.

Påstand 3:

Klagenævnet skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet erstatningspådragende ved ikke at have tildelt kontrakten til Cale Danmark A/S.

Københavns Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Cale Danmark A/S anmodede ved klagen indgivelse om, at klagen blev tillagt opsættende virkning.

Klagenævnet har ved kendelse af 22. april 2015 truffet afgørelse om, at klagen ikke tillægges opsættende virkning. Afgørelsen blev begrundet med, at betingelsen om fumus boni juris ikke var opfyldt. Klagenævnet besluttede desuden at udskyde påstanden om erstatning, indtil der er truffet afgørelse om påstand 1 og 2.

Parterne har ikke ønsket at fremkomme med yderligere processkrifter efter modtagelse af kendelsen af 22. april 2015, men har anmodet om, at der afsiges kendelse i sagen.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klagenævnet udtaler:

Udbudsbetingelserne er formuleret således, at ordregiveren i ”kravspecifikationen” punkt 1.3 om betegnelsen ”Krav” angiver, at det bruges om en ”funktionalitet mv., der ubetinget skal opfyldes helt”, mens det videre fremgår, at ”[m]anglende opfyldelse af krav vil blive anset som forbehold. Efter formuleringen af kravet sammenholdt med den formulering, der er anvendt ved de øvrige krav, er det i høj grad uklart, om Københavns Kommune herved havde fastsat, at kravet til skærmstørrelse skulle have karakter af et udbudsretligt mindstekrav til tilbuddene. På grund af den nævnte uklarhed kan Københavns Kommune ikke anses for at have stillet et mindstekrav til skærmstørrelsen.

Af klagenævnets kendelse af 22. april 2015 fremgår blandt andet:

”Klagenævnet udtaler:

...

Vedrørende betingelse nr. 1 (”fumus boni juris”) bemærker klagenævnet, at det af ”kravspecifikationen” punkt 1.3 fremgår, at betegnelsen ”Krav” bruges om en ”funktionalitet mv., der ubetinget skal opfyldes helt.” Det fremgår videre, at ”[m]anglende opfyldelse af krav vil blive anset som forbehold.”

Om forbehold fremgår det af udbudsbetingelsernes punkt 4.7, at ”Ordregiver er berettiget til at afvise ethvert tilbud med forbehold til udbudsmaterialet, med mindre der er tale om et åbenbart bagatelagtigt forbehold”, og at ”Ordregiver er forpligtet til at afvise tilbud med forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet eller andre forbehold, der ikke af Ordregiver kan prissættes med den fornødne sikkerhed eller er bagatelagtigt.”

Af brevene af 20. februar 2015 til tilbudsgiverne fremgår, at Københavns Kommune valgte at overgå til udbud med forhandling, fordi ingen af de modtagne tilbud blev anset for ”antagelige”. I forhold til Cale Danmark A/S blev der bl.a. henvist til, at der i denne virksomheds tilbudte materiel ikke, som anført i den forklarende tekst i krav nr. 4.4.3 ”kunne lagres minimum 1.500 transaktioner.”

Det har på denne baggrund formodningen for sig, at den forklarende tekst i de øvrige krav, som indeholdt præcise specifikationer, skulle læses på tilsvarende måde, herunder at den forklarende tekst i krav 6.3.9 om skærmstørrelse skulle læses som et egentligt krav om, at skærmstørrelsen skulle være 7” og ikke blot et konkurrenceparameter.

En tilbudsgiver, der ikke tilbyder en skærmstørrelse på minimum 7", må derfor anses for at have taget et forbehold, der ikke kan anses for helt bagatelagtig. Efter formuleringen af kravet, sammenholdt med den formulering, der er anvendt ved de øvrige krav, og beskrivelsen i punkt 1.3, kan det på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke antages, at kravet angik et grundlæggende element.

Klagenævnet kan ved klagens afgørelse ikke tilkende en part mere, end den pågældende har påstået eller tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende af parterne, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 10, stk. 1, 2. pkt. Klagenævnet kan derfor på det grundlag, der foreløbigt foreligger, ikke tage stilling til, om udbuddet som følge af uklarhed i udbudsbetingelserne ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, eller om der er tale om et forbehold, der kunne eller burde have været prissat.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt."

På baggrund heraf, og da der ikke siden er fremkommet nyt i sagen, tages påstand 1 og 2 ikke til følge. Som følge heraf tages påstand 3 ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Cale Danmark A/S, skal i sagsomkostninger til Københavns Kommune, betale 10.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig