

K E N D E L S E

Clear Channel Danmark A/S
(advokat Dan Terkildsen, København)

mod

Odense Kommune
(advokat Kurt Bardeleben, København)

Ved annonce på kommunens hjemmeside i juli 2009 udbød Odense Kommune en tjenesteydelseskontrakt om levering af reklamefinansieret byudstyr omfattende buslæskærme, bycykler, toiletter samt diverse ekstraudstyr. Der er tale om en koncessionsaftale, hvor tjenesteydelsen skal udføres til gengæld for retten til at udnytte udstyret for opsætning af reklamer.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 23. september 2009 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. AFA JCDecaux A/S
2. Clear Channel Danmark A/S

Den 20. oktober 2009 besluttede Odense Kommune at indgå kontrakt med AFA JCDecaux A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 4. januar 2010.

Den 1. december 2009 indgav klageren, Clear Channel Danmark A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Odense Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning, og henviste til reglerne om stand still. Den 20. april 2010 meddelte Klagenævnet, at anmodningen ikke blev taget til følge.

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 princip om ligebehandling ved

- a) i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Service og vedligeholdelse« ikke at have behandlet tilbudsgiverne ens og ved
- b) at have afskåret klageren fra at tilbyde en Henning-Larsen-læskærm og derved at have stillet klageren ringere end den anden tilbudsgiver i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »Design«.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere det foretagne udbud.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen afvises, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder:

Annoncen på indklagedes hjemmeside har følgende ordlyd:

»Udbud af kontrakt på reklamefinansieret byudstyr.

Odense Kommune annoncere hermed udbud af reklamefinansieret Byudstyr, som vil køre i henhold til en tjenesteydelseskoncessionsaftale. Udbudsmaterialet omfatter:

- Udvælgelseskriterier og beskrivende dokument
- Tro- og love-erklæring.

Udbudsmaterialet hentes på ovenstående links.

Anmodningen skal mærkes med »Anmodning-...Reklamefinansieret byudstyr« afleveres senest den 03 08 09 kl. 12 på følgende adresse:

...

Spørgsmål vedrørende dette udbud skal være skriftlige og rettes til Odense Kommune på mail...senest 16 07 09.

...«

I udbudsbetingelserne er anført følgende vedrørende »Udbudsform«:

»Koncessionskontrakt om tjenesteydelser er defineret i udbudsdirektivets art. 1, stk. 4. Ifølge denne bestemmelse er en koncessionskontrakt »en kontrakt med samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen, eller i denne ret sammen med betaling af en pris.«

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud« med følgende vægtede underkriterier:

- | | | | |
|----|-----------------------------|---|------|
| 1. | Økonomi | - | 40 % |
| 2. | Design | - | 21 % |
| 3. | Reklameværdi- | | 20 % |
| 4. | Servicering/vedligeholdelse | - | 19 % |

Kravspecifikationen indeholder nærmere specifikationer af det udbudte »By-udstyr« (bænke, affaldskurve, læskærme, fritstående reklamesøjler, toiletter, bicykler m.v.).

Indklagede afholdt såkaldte dialogmøder med klageren den 11. og den 18. august 2009.

I forbindelse med fremsendelse af tilbud anførte klageren i en følgeskrivelse af 21. september 2009 bl.a.:

»
...Vi gør samtidig opmærksom på, at vi tilbyder valg mellem en række helt nye læskærms designs, der ikke findes i forvejen i nogen dansk by, hvad der i høj grad vil kunne positionere Odense som en »show case« i forhold til andre kommuner med reklamefinansieret byudstyr.

...

Vi har udvalgt en række førende danske arkitekter til at komme med hvert deres bud på løsninger til Odense kommune. Disse er:

...«

Ved brev af 20. oktober 2009 meddelte indklagede klageren, at kommunen havde besluttet at indgå kontrakt med AFA JCDecaux A/S. I brevet redegjorde kommunen for de to tilbuds relative fordele i forhold til de fire underkriterier.

Ved den efterfølgende kontakt mellem parterne i form af møde og breve har klageren anført, at indklagede på dialogmødet den 19. august 2009 anmodede klageren om ikke at tilbyde en læskærm fra Henning Larsen Architects, der »ifølge kommunen i høj grad ligner Holcher«.

Ad afvisningspåstanden:

Parternes anbringender

Indklagede har gjort gældende, at Klagenævnet ikke har kompetence til at behandle klagen, således som Klagenævnets kompetence er fastslået i Lov om Klagenævnet for Udbud § 1. Det omhandlede udbud er slet ikke omfattet af Udbudsdirektivet, jf. Udbudsdirektivets artikel 17. Klagen skal derfor afvises.

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet har kompetence til at behandle sagen. Dels har parterne i deres kontakter gennem november 2009 været enige om, at sagen skulle afgøres af Klagenævnet, dersom klageren ville gå videre med den. Dels har Klagenævnet kompetence til at behandle overtrædelser af det almindeligt gældende ligebehandlingsprincip.

Klagenævnet udtaler ad afvisningspåstanden:

Indledningsvis bemærkes, at parternes tilkendegivelse af eller ønske om, at Klagenævnet har kompetence til at behandle sagen, er uden betydning for spørgsmålets afgørelse.

Udbudsdirektivet finder ikke anvendelse på koncessionskontrakter om tjenesteydelser som defineret i artikel 1, stk. 4, jf. artikel 17. Det samme gælder i øvrigt Forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. dets artikel 18.

Dette betyder på den ene side ikke, at en ordregiver frit kan indgå en koncessionskontrakt om tjenesteydelser uden at tage hensyn til traktatens bestemmelser. På den anden side må det forhold, at principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet ligger til grund for direktivernes detailregulering, ikke føre til en retsstilling, hvor denne detailregulering anses for et generelt udtryk for de krav, som stilles til en ordregivende myndigheds fremgangsmåde ved tildeling af kontrakter, der ikke er reguleret af udbudsdirektiverne.

I medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 1, har Klagenævnet kompetence til at behandle bl.a. »klager over ordregivere for overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter og kontrakter inden for forsyningsvirksomhed«. Som også anført i Klagenævnets kendelse af 22. februar 2007, Platech Arkitekter mod Rødning Kommune, har Klagenævnet, selv om udbudsdirektivet ikke finder anvendelse, således kompetence til at prøve spørgsmål om overholdelse af de principper, der udledes af EF-traktaten.

Da påstand 1 omhandler ligebehandlingsprincippet, tager Klagenævnet ikke påstanden om afvisning til følge.

Parternes anbringender i øvrigt

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klagerens tilbud på nærmere anførte punkter er bedre end tilbuddet fra AFA JCDecaux A/S bedømt ud fra underkriteriet »Service og vedligeholdelse«. Det er derfor i strid med ligebehandlingsprincippet, at klagerens tilbud ikke er vurderet til at være det bedste i denne henseende. Indklagede opfordrede udtrykkeligt på et dialogmøde klageren til ikke at lade en læskærm fra Henning Larsen Architects indgå i tilbuddet. Hvis klageren ikke havde rettet sig efter kommunen på dette punkt, ville klagerens tilbud antagelig have fået en højere score i forbindelse med underkriteriet »Design«, eftersom det vindende tilbud netop var en »Holcher- læskærm«.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er åbenbare mangler ved indklagedes skøn. Tilbuddene er i relation til underkriteriet »Service og vedligeholdelse« bedømt også ud fra det billedmateriale, som var en del af tilbuddene, og AFA JCDecaux A/S' grænse for, hvad der skulle betragtes som slitage, blev vurderet til at være mere attraktiv for indklagede end klagerens. Det er klageren, der afgør, hvilken læskærm klageren vil tilbyde, og desuden ville klagerens tilbud – der blev bedømt meget positivt i denne henseende - ikke være blevet bedømt mere positivt i relation til underkriteriet »Design«, såfremt det havde indeholdt en Henning Larsen læskærm.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet som følge overtrædelserne skal annullere udbuddet.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere udbuddet.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Der er ikke grundlag for at fastslå, at indklagede ved evalueringen af de to tilbud har overtrådt ligebehandlingsprincippet, herunder ved at »forlede« klageren til at udarbejde et ikke konkurrencedygtigt tilbud. Det bemærkes desuden, at Klagenævnet efter fast praksis ikke erstatter indklagedes skøn over tilbuddenes relative egenskaber med sit eget.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Det følger af det anførte, at denne påstand heller ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig