

Klagenævnet for Udbud
(Deleuran, Bundesen,
Lethan)

1:714-15
den 18. november 1994

K E N D E L S E

Danmarks Optikerforening
(selv)
mod
Aalborg Kommune
(Selv)

Den 12. januar 1994 udbød indklagede, Aalborg Kommune, i EF-Tidende leverancen af »brilleglas, svagtsynsøptik og kontaktlinser til kommunens borgere i henhold til Bistandslovens § 58.« I udbudet siges endvidere:

»... b) Arten og mængden af varerne: kommunens samlede forbrug af brilleglas, svagtsynsøptik og kontaktlinser. Årligt indkøbes for ca. 3.000.000 DKR. ekskl. moms.

c) Opdeling i partier: der kan bydes på de enkelte områder, brilleglas, svagtsynsøptik og kontaktlinser, eller hele leverancen.

... 4. Leveringsfrist: aftalen er to-årig med start

den 1.4.1994.

... 13. Tildelingskriterier: Det mest fordelagtige tilbud med hensyn til pris, leveringsbetingelser, forsyningssikkerhed, service og betalingsbetingelser (prioriterede faktorer)....«

I indklagedes udbudsmateriale dateret den 29. december 1993 hedder det bl.a.:

»... 2. kvanta:

Aalborg Kommune har ingen kvantitetsmæssige opgørelser over forbruget af de enkelte typer.

Den totale årsomsætning er på ca. 3 mill.kr., excl. moms.

... 7 priser:

Pristilbud skal for at komme i betragtning afgives på vedlagte udbudslister.

Der ønskes oplyst en pris for samtlige produkter i begge kolonner. Prisen i kolonne 1 er baseret på, at en leverandør leverer kommunens totale forbrug. Kolonne 2 er baseret på, at flere leverandører dækker kommunens totale forbrug.

De anførte priser skal oplyses incl. moms.

Priserne skal være en totaludgift for det tilbudte produkt, således at det opfylder Bistandslovens § 58 og dækker kundens behov. Kunden skal ikke have egen- eller merudgift, men ydes det bedst egnede og billigste produkt.

8. Prisgaranti:

Hvis Aalborg Kommune erfarer, at tilbudte områder, jvf. pkt. 1, der er omfattet af denne aftale, totalt set af andre udbydes til en i forhold til leverandøren lavere pris, er Aalborg Kommune berettiget til at foretage sine indkøb hos den lavestbydende.

Aalborg Kommunes ret hertil er betinget af, at leverandøren inden det påtænkte indkøb af kunden opfordres til at levere pågældende område(r) til samme lave pris. Såfremt leverandøren følger opfordringen, er Aalborg Kommune forpligtet til fortsat at foretage sit indkøb hos leverandøren.

9. Prisregulering:

Priserne ønskes opgivet som faste for perioden 1.4.1994 til 31.3.1995.

Tilbudsprisen kan reguleres pr. 1.4.1995 med udviklingen i nettoprisindekset på perioden oktober 1993 til oktober 1994.

... 15. Statistik:

Leverandøren fremsender beslutningen af hvert halvår til Aalborg Kommunes indkøbskontor en opgørelse over omsætningen på aftalens specificeret på mængde og beløb incl. moms, i henhold til udbudsskema.

16. Leverandørens ansvar over for forsinkelse og mangler:

Hvor intet andet er anført, gælder købelovens regler, idet dog enhver forsinkelse og mangel anses for væsentlig ...«

Klageren, Danmarks Optikerforening, rejste i skrivelse af 4. februar 1994 en række indsigelser mod udbuddet. Som følge af disse indsigelser foretog indklagede forskellige ændringer af udbuddet, herunder med hensyn til kvanta, hvor der nu henvises til udbudslister, der var vedføjet udbudsmaterialet.

Udbuddet resulterede i to bud fra henholdsvis optometrist Louis Nielsen, Aalborg, og klageren på vegne en række optikere i Aalborg området. I sidstnævntes tilbud siges bl.a.:

»... Der skal gøres opmærksom på, at aftalen er gældende fra 1. april 1994 til 1. april 1996. De tilbudte priser er imidlertid alene gældende frem til 31. marts 1995, idet tilbudsgiverne forbeholder sig mulighed for at foretage reguleringer, såfremt der er sket ændringer i indkøbspriser, lønninger m.v.

.. Det vil endvidere ikke være muligt at fremsende en opgørelse over omsætningen.

.. Vedrørende pkt. 16. Købeloven finder anvendelse, herunder reglerne for, hvornår en mangel eller forsinkelse kan anses for væsentlig. Det kan ikke accepteres, at enhver mangel og forsinkelse er væsentlig med de heraf følgende mangelsbeføjelser. ...«

Ved skrivelse af 24. marts 1994 accepterede indklagede Louis Nielsens tilbud.

Af en skematisk opstilling fra marts 1994 udfærdiget af indklagede fremgår, at Louis Nielsen og »Optikernes« samlede pris for levering af brilleglas, svagtsynsoptik og kontaktlinser udgjorde henholdsvis 1.799.708 kr. og 2.147.560 kr. Efter at indklagede havde opdaget en fejl i materialet hidrørende fra ændring i kodeangivelsen for visse ydelser med hensyn til kontaktlinser, blev der i september 1994 udfærdiget en korrigeret beregning af de to tilbud. Herefter udgjorde Louis Nielsens tilbud 2.670.248 kr. og »Optikernes« 2.676.253 kr. begge beløb incl. moms og for så vidt angår Louis Nielsen efter fradrag af 7 pct. bonus for omsætning over 2 mio. kr. »Optikernes« tilbud ydede ikke bonus. Før bonusberegning var tilbudene henholdsvis 2.695.074 kr. og 2.676.253 kr. Klageren har i et notat, der først er fremkommet under den mundtlige forhandling, foretaget en udregning, hvori tilbudsbeløbene »renses« for moms. Ifølge udregningen vil Louis Nielsens og klagerens tilbud herefter udgøre henholdsvis 2.211.436 kr. og 2.109.056 kr.

Det fremgår af sagen, at indklagede og Københavns Kommune har henvendt sig til Konkurrencerådet med henblik på en vurdering af den samordnede adfærd, som klagerens bud bl.a. under denne sag er et eksempel på. Denne adfærd fandt Rådet i et notat anmeldelsespligtig i medfør af Konkurrencelovens § 5, stk. 1. Henvendelserne resulterede endvidere i en skrivelse fra Konkurrencerådet til Socialministeriet, hvori det henstilles, at der skabes bedre overensstemmelse mellem reglerne i Socialministeriets bekendtgørelse nr. 303 af 10. juni 1988, hvorefter kommunerne kan indgå eneforhandlingsaftaler om levering af hjælpemidler efter Bistandlovens § 58 med enkelte leverandører, og Socialstyrelsens vejledning om frit forbrugsvalg ved anskaffelse af de nævnte hjælpemidler. Det er ikke oplyst, hvilke overvejelser eller initiativer henvendelsen har givet anledning til fra Socialministeriets side.

Denne sag har været mundtligt forhandlet, jf. Klagenævnslovens § 9, 2. pkt. på et møde afholdt den 3. oktober 1994.

Klageren har herunder anført, at udbuddet er sket i strid med § 1, stk. 1, og § 2, stk. 1, litra 1, i Klagenævnsloven, jf. artikel 13 og artikel 25 i Rådets direktiv 77/62/EØF. Udbuddet må derfor annulleres og gå om.

Klageren har til støtte herfor i første række anført, at indklagede ikke har angivet leverancen korrekt, idet udbuddet ikke - som oplyst - andrager materialer for 3 millioner kr. men derimod 1,6 millioner kr. Klageren har videre gjort gældende, at prisgarantien i indkøbsaftalens pkt. 8 er stridene mod gældende licitationsprincipper, idet den leverandør, der har opnået leverancen, risikerer

alligevel at miste retten ifølge aftalen, såfremt han under aftalens løbetid bliver underbudt af en anden leverandør.

Endelig har klageren gjort gældende, at leverancen ikke er tildelt lavestbydende. Indklagede har erkendt, at de to tilbud er identiske på alle andre områder end med hensyn til pris. Det fremgår af klagerens udregning, at klagerens tilbud er ca. 100.000 kr. lavere end Louis Nielsens, såfremt der - som der bør - tages hensyn til, at indklagede får refunderet momsen på de momsbelagte ydelser. Leverancen skal derfor tildeles klageren som lavestbydende, subsidiært må udbuddet kendes ugyldigt og gå om.

Overfor indklagedes anbringende om, at klagers tilbud ikke er konditions-mæssigt og derfor ikke kan tages i betragtning, har klageren anført, at indklagede ikke i forbindelse med udbuddet gav meddelelse om, at klagerens bud ikke kunne tages i betragtning. Indklagede er derfor ikke berettiget til på nuværende tidspunkt at fremføre indvendinger mod klagerens bud.

Indklagede har påstået klagerens indsigelser kendt uberettiget og har til støtte herfor nærmere anført, at mængdeangivelserne i udbuddet bygger på et skøn, der fortsat må anses for korrekt. Uanset om det faktiske tal måtte vise sig at være en smule mindre, er værdien under alle omstændigheder over tærskelværdien for udbud, og en mindre forskel kan ikke antages at have haft nogen indflydelse på budafgivelse. Prisgarantiklausulen er ikke stridende mod specifikke fællesskabsregler, og eksistensen af et begreb som almindelige licitationsprincipper bestrides. Desuden har klausulen været en del af udbudsmaterialet, og de bydende har således kunnet tage klausulen i betragtning ved budafgivelsen. Det fastholdes endvidere, at Louis Nielsens tilbud er det økonomisk mest fordelagtige, hvilken bedømmelse må finde sted på baggrund af de oplysninger, der forelå på tidspunktet for tilbudsfristens udløb. Det bestrides navnlig, at det kan tages i betragtning, at indklagede via den kommunale momsudligningsordning får sin købsmoms refunderet, idet en sådan hensyntagen vil være i strid med de principper, der ligger bag momsudligningsordningen. Når endvidere henses til Louis Nielsens mængderabat, gratis hjembesøg og statistiktilsagn, er der ikke tvivl om, at dette tilbud ud fra en samlet vurdering er det økonomisk set fordelagtigste. Indklagede har endelig henvist til, at klageren i budet har indføj et prisforbehold og nægtet at levere nødvendige statistiske oplysninger, ligesom klagerens fremgangsmåde i forbindelse med budafgivelsen har været retsstridig, jf. Konkurrencerådets vurdering. Klagerens bud er derfor ikke konditions-mæssigt, hvilket indklagede ikke har haft nogen anledning til at gøre opmærksom på på noget tidligere tidspunkt end i forbindelse med denne sag, og budet kan som følge heraf ikke antages, uanset om det måtte blive anset for det billigste.

Klagenævnet skal udtale:

Indklagede har i udbuddet angivet, at der årligt indkøbes for ca. 3 mio. kr. af de udbudte varer. Nævnet finder ikke grundlag for at statuere, at denne værdiangivelse, der i hvert fald for så vidt angår den periode, der er omfattet af udbuddet, må være af skønsmæssig karakter, er behæftet med fejl, der bør medføre en tilsidesættelse af udbuddet. Prisgarantiklausulen i indkøbsaftalens pkt. 8 indebærer, at indklagede under de i klausulen anførte betingelser kan kontrahere til anden side på trods af sin accept af et afgivet tilbud. Der er ikke forelagt Nævnet oplysninger om, hvorvidt en sådan klausul er almindeligt forekommende i offentlige indkøbsaftaler.

Klausulen vil muligt kunne anfægtes ud fra andre synspunkter, men Nævnet finder ikke grundlag for at statuere, at den er i strid med regler, hvis overholdelse falder under Nævnets kompetence. Der

er herved lagt vægt på, at alle interesserede inden budafgivelsen på lige vilkår har kunnet vurdere den økonomiske risiko ved klausulen.

Endelig har Nævnet ikke fundet grundlag for at tilsidesætte indklagedes vurdering af Louis Nielsens bud som det økonomisk mest fordelagtige. Det bemærkes herved, at det antagne bud også efter den skete korrektion af ydelserne er det laveste. Særlig med hensyn til momsspørgsmålet bemærkes, at Nævnet efter det oplyste ikke har fundet, at der er en sådan direkte forbindelse mellem købsmomsen og refusionen via den kommunale momsudligningsordning, at der skal bortses fra momsen.

Som følge af det anførte finder Nævnet ikke grundlag for at tilsidesætte udbudsforretningen. Da klageren som bydende er klageberettiget i medfør af Klagenævnslovens § 4, stk. 1, litra 1, er det herefter uforholdsmæssigt at tage stilling til, om klagerens bud må anses for konditionsmæssigt.

Herefter bestemmes:

Den indgivne klage tages ikke til følge.