

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Jørgen Egholm, Thomas Jensen)

J.nr.: 05-124.763/

2005-0002383

10. oktober 2005

K E N D E L S E

DBC Medier A/S

(advokat Erik Kjær-Hansen, København)

mod

Gentofte Kommune for

16 kommuner i Københavns Amt og

16 kommuner i Frederiksborg Amt

(advokat Kristian Hartlev, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 22. januar 2005 udbød Gentofte Kommune på nedennævnte 32 kommuners vegne som offentlig udbud efter direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter en vareindkøbsaftale om indkøb af ikke-boglige materialer til 32 biblioteksvæsenere i de 32 kommuner.

De pågældende kommuner er:

Kommuner i Københavns Amt:

1. Albertslund
2. Ballerup
3. Dragør
4. Gentofte
5. Gladsaxe
6. Glostrup
7. Herlev
8. Høje-Taastrup
9. Ishøj
10. Ledøje-Smørum
11. Lyngby-Taarbæk
12. Rødovre

13. Søllerød
 14. Tårnby
 15. Vallensbæk
 16. Værløse
- Kommuner i Frederiksborg Amt:
17. Allerød
 18. Frederiksborg-Humlebæk
 19. Frederikssund
 20. Frederiksværk
 21. Græsted-Gilleleje
 22. Helsingør
 23. Helsingør
 24. Hillerød
 25. Hundested
 26. Jægerspris
 27. Karlebo
 28. Skibby
 29. Skævinge
 30. Slangerup
 31. Stenløse
 32. Ølstykke

Udbudet omfattede følgende kategorier af ikke-bogligt materiale, og det fremgår af udbudsbetingelserne, at der skulle indgås delaftale om hver af de 5 kategorier (delydelser):

1. Musik-CD
2. Lydbøger
3. CD-rom
4. DVD og video
5. Konsolspil

Tildelingskriteriet var for alle 5 delydelser fastsat som det økonomisk mest fordelagtige tilbud med nedennævnte underkriterier, og tilbudene ved hver af de 5 delydelser skulle vurderes uafhængigt af hinanden:

- A. Tilbudte enhedspriser (50-70 %)
- B. Tilbudt service i forhold til det enkelte bibliotek (20-30 %)
- C. Tilbudt standardklargøring (10-30 %)

Udbudet skete med henblik på, at hver af de 32 biblioteksvæsener skulle indgå en 2 årig rammekontrakt med en option hos biblioteket om forlængelse i 2 år vedrørende hver af de 5 delydelser. Det fremgår af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne efter eget valg kunne afgive tilbud på en eller flere af delydelserne 1-5, men at en tilbudsgiver ikke måtte betinge sit tilbud af, at flere af tilbudsgiverens tilbud eller alle tilbudsgiverens tilbud bliver antaget, samt at der ikke kunne afgives alternative tilbud.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 4. februar 2005, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 14. marts 2005 havde følgende virksomheder afgivet tilbud vedrørende delydelse 1 og 3-5, idet der ikke blev afgivet tilbud vedrørende delydelse 2:

1. Flex Medie A/S
2. DBC Medier A/S.

Den 21. marts 2005 besluttede de indklagede kommuner at indgå kontrakt med Flex Medie A/S om delydelse 1 og 3-5, og der blev herefter den 26. april 2005 indgået én rammekontrakt gældende for alle 32 kommuner vedrørende de anførte delydelser.

Den 13. april 2005 indgav klageren, DBC Medier A/S, klage til Klagensættet for Udbud over de 32 kommuner. Klagen har været behandlet på et møde den 16. august 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagensættet skal konstatere, at de indklagede kommuner vedrørende udbudet af delydelserne 3-5 har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved vurderingen af tilbudene fra Flex Medie A/S vedrørende delydelse 3. CD-rom, delydelse 4. DVD og video og delydelse 5. Konsolspil efter underkriterium A »Tilbudte enhedspriser« at have set bort fra, at DBC Medier A/S har enerettigheder vedrørende nogle af de ydelser, som Flex Medie A/S afgav tilbud på.

Påstand 2

Klagensættet skal annullere de indklagede kommuners beslutning af 22. marts 2004 om at indgå kontrakter med Flex Medie A/S vedrørende delydelse 3. CD-rom, delydelse 4. DVD og video og delydelse 5. Konsolspil.

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

I udbudsbetingelsernes § 21 er anført følgende:

»Immateriale rettigheder

Kontrakthaver indestår for, at tredjemands immateriale rettigheder ikke tilsidesættes med opfyldelsen af nærværende rammekontrakt.«

I tilbudet fra Flex Medie A/S hedder det i afsnittet »Filmsortiment«:

»Der kan også forekomme filmtitler, som vi p.t. ikke kan levere, da vores kollega/konkurrent har tegnet eneforhandling med filmdistributøren (leverandøren med udlånsrettigheden). Eksempler på leverandører som har tegnet eneforhandling, er bl.a. Det Danske Filminstitut og Angel film.

Der vil også være en række mindre film-leverandører, som har tegnet eneforhandling med DBC Medier A/S.

Det er vores opfattelse, at denne udnyttelse af sit tidligere monopol, er i strid med konkurrencelovgivningen. Derfor har vi indgivet en klage til Konkurrencestyrelsen i september 2003, omhandlende DBC Medier's A/S udnyttelse af sin store markedsandel på salg af film og cd-rom med udlånsret til danske folkebiblioteker. Vi mener, at når DBC Medier A/S tegner eneforhandlingsaftaler med leverandørerne med udlånsrettigheder til film og cd-rom, er det til skade for den frie konkurrence.«

I tilbudet fra klageren hedder det i afsnit »Tilbudslister«:

»Særligt vedr. cd-rom/konsol-spil og video«

Når det gælder beregning af den samlede forbedring i købekraften ved indgåelse af en aftale med DBC medier om levering af video/DVD og/eller cd-rom/konsolspil, bør DBC mediers sortimentsbredde i begge tilfælde tages med i vurderingen. På især video/DVD, men også på cd-rom/konsolspil, udfører vi et stort opsøgende arbejde af f.eks. fagfilm, hvilket går os i stand til at tilbyde en række produkter, som ellers ikke ville blive tilgængeliggjort for bibliotekerne til udlån. Samtidig udsender DBC medier løbende attraktive kampagnetilbud.

I praksis har vi ved at gennemgå købemønstret i 3 amter i Danmark kunnet konstatere, at bibliotekerne på trods af en aftale med en anden leverandør vælger at købe for 33% af materialebudgettet på cd-rom/konsol-spil og for 50% af video hos DBC medier. Dette gælder og-

så køb fra kampagnetilbud. Vi redegør gerne nærmere for vores erfaringer.

Vi vurderer at indkøbet af de titler som DBC medier særlig har opsøgt og indgået aftaler om udlånsret til, vil beløbe sig til ca. kr. 3,0 mio. på video og kr. 1,2 mio. på cd-rom/konsolspil beregnet ud fra den i udbudsmaterialets punkt 3.3. vejledende indkøbsvolumen. Et forhold man bør være opmærksom på, når man beregner den samlede besparelse for bibliotekerne på hver af disse produkttyper, i relation til de under 7.1. tilbudsliste I anført videresalgssavanceprocenter.«

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at underkriterium A »Tilbudte enhedspriser« skulle anvendes på følgende enhedspriser i tilbudene:

Dels enhedspriserne for følgende 3 ydelser gældende fælles for alle de 5 delydelser:

- »Standardklargøring incl. bibliografisk etiket«
- »Standardklargøring ekskl. bibliografisk etiket«
- »Levering af bibliografisk etiket«

Dels enhedspriserne for følgende 5 »indkøbskurve«:

- | | |
|-----------------|----------------------------|
| 1. Musik-CD | 87 nærmere angivne titler. |
| 2. Lydbøger | 26 nærmere angivne titler. |
| 3. CD-rom | 12 nærmere angivne titler. |
| 4. DVD og video | 14 nærmere angivne titler. |
| 5. Konsolspil | 11 nærmere angivne titler. |

I indklagedes udaterede vurderingsnotat vedrørende vurdering af de modtagne tilbud er det anført, at indklagede ved vurderingen af tilbudene har anvendt følgende vægtning af de 3 underkriterier:

- A. Tilbudte enhedspriser (60 %)
- B. Tilbudt service i forhold til det enkelte bibliotek (30 %)
- C. Tilbudt standardklargøring (10 %)

I notatet hedder det vedrørende underkriterium A. »Tilbudte enhedspriser«:

»Som det fremgår af skemaet er Flexs pristilbud på alle delydelser væsentligt lavere end DBC Mediers pristilbud.

DBC Medier tildeles 4 point på alle delydelser, og Flex Medie tildeles 5 point på alle delydelser, hvorved bemærkes, at spændet mellem de 2 pristilbud er nogenlunde det samme fra delydelse til delydelse, hvorfor

projektgruppen vurderer, at forskellen i pointtildeling (4 point overfor 5 point) skal være den samme for alle delydelser.«

I notatet hedder det vedrørende underkriterium B. »Tilbudt service i forhold til det enkelte bibliotek«:

»De 2 tilbudsgivere tilbyder i det væsentligste samme service for alle delydelser. Delydelserne evalueres derfor samlet, jf. dog bemærkningen i næste afsnit. De tilbudte servicefunktioner er meget tilfredsstillende for så vidt angår begge tilbudsgivere.

DBC Medier tilbyder dog for så vidt angår alle delydelser nogle ekstra servicefunktioner. Dertil kommer, at DBC Medier – for så vidt angår delydelse 3-5 (men ikke delydelse 1) – har et bredere sortiment i film- og multimedietitler.

På denne baggrund tildeles DBC Mediers tilbud 5 point på alle de tilbudte delydelser. Flex Medies tilbud tildeles 4 point for så vidt angår delydelse 1 pga. de færre servicefunktioner, medens delydelse 3, 4 og 5 tildeles 3,5 point pga. de færre servicefunktioner og det smallere sortiment.«

Vedrørende delydelse 3, 4 og 5 fik tilbudene fra Flex Medie A/S samlet flere point end klagerens tilbud, nemlig 4,55 point overfor 4,35 point, og indklagede besluttede derfor at indgå kontrakt med Flex Medie A/S vedrørende delydelse 3, 4 og 5.

Klageren har oplyst følgende om sine enerettigheder: Klageren har indgået aftale med en række rettighedshavere til ophavsretligt beskyttede film og multimedieværker om eneret til at distribuere værkerne til biblioteker. Disse eneretsaftaler vedrører i vidt omfang såkaldt »smalle« produkter, som ikke uden en særlig indsats fra klagerens side ville være på markedet. Klageren skønner, at de titler, som klageren har eneret til, udgør ca. 20 % af klagerens sortiment af DVD og video (delydelse 4) og ca. 8 % af klagerens sortiment af multimedia (delydelse 3 og 5). Eneretstitlerne er generelt karakteriseret ved lavere indkøbspriser og udsalgspriser end andre varegrupper. De værker, som klageren har eneret til, efterspørges i vidt omfang af bibliotekerne, og uanset at indklagede har besluttet at indgå rammekontrakt med Flex Medie A/S, vil de 32 biblioteksvæsener, der er omfattet af rammekontrakten, i vidt omfang skulle købe værker omfattet af eneretsaftaler hos klageren. Foreløbige tal tyder på, at de 32 biblioteksvæsener omfattet af rammekontrak-

ten, efter at rammekontrakten trådte i kraft den 1. maj 2005, i juni måned 2005 har købt for ca. 180.000 kr.

Parternes anbringender

Klagerens anbringender:

Ad påstand 1

Klageren har for det første gjort gældende, at de indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at fastsætte udbudsbetingelserne i relation til underkriterium A »Tilbudte enhedspriser« på en sådan måde, at de indklagede kommuners indkøb af varer i kontraktperioden hos den tilbudsgiver, som har afgivet tilbudet med de laveste enhedspriser (Flex Medier A/S), kan blive dyrere, end hvis indkøbet var blevet foretaget hos en tilbudsgiver, som havde afgivet et tilbud med højere enhedspriser (klageren). Som følge heraf var udbudsbetingelsernes bestemmelser i relation til underkriterium A ikke egnede til at identificere tilbudet med de reelt laveste enhedspriser, og dette medfører, at udbudsbetingelserne generelt ikke er egnede til på grundlag af de fastsatte 3 underkriterier at identificere den tilbudsgiver, som det bliver billigst for de indklagede kommuner at handle med. Klageren har nærmere anført, at de indklagede kommuner ved fastsættelsen af, hvilke titler der skulle medtages i »indkøbskurven«, har undladt at tage hensyn til, at der for en betydelig del af markedet vedrørende delydelserne 3-5 gælder det forhold, at andre tilbudsgivere end klageren på grund af klagerens enerettigheder kun kan levere de pågældende titler ved at indkøbe dem gennem klageren, og at disse tilbudsgivere derfor kun kan levere disse titler til en pris, der væsentligt overstiger den pris, som klageren kan levere dem til. Klageren har videre anført, at de titler, som klageren har eneret til, må antages at udgøre en betydelig procent af det samlede indkøb, som de indklagede kommuner vil gennemføre i løbet af kontraktperioden (for delydelse 4 DVD og video således ca. 20 %), men at der af titler, som klageren har eneret til, desuagtet i »indkøbsspakken« kun er medtaget én enkelt titel, nemlig én titel under delydelse 4. Dette medfører, at de indklagede kommuner ved bedømmelsen af de tilbudte enhedspriser efter underkriterium A reelt alene kommer til at tage hensyn til priserne på titler, der ikke er omfattet af klagerens enerettigheder, men ikke til priserne på titler, der er omfattet af klagerens enerettigheder, hvor andre tilbudsgiveres priser vil ligge væsent-

ligt over klagerens priser. Klageren har forelagt Klagenævnet en beregning vedrørende delydelse 4 DVD og video, der illustrerer, at klageren ved afgivelse af tilbud, hvis »indkøbskurven« havde været sammensat af 80 % titler, som klageren ikke har eneret til, og 20 % titler, som klageren har eneret til, ville have kunnet afgive et tilbud med priser, der var væsentligt lavere end det tilbud, som Flex Medier A/S ville have kunnet afgive.

Klageren har for det andet gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip til skade for klageren ved at fastsætte udbudsbetingelserne i relation til underkriterium A »Tilbudte enhedspriser« på en sådan måde, at der ved udvælgelsen af titlerne i »indkøbskurven« ikke er taget hensyn til, at den kommende samhandel med den udvalgte tilbudsgiver i kontraktperioden vil komme til at bestå af titler, som er omfattet af klagerens enerettigheder – for delydelse 4 DVD og video's vedkommende ca. 20 %. De anførte beregninger omtalt under klagerens første anbringende, som klageren har foretaget, illustrerer den markante forskelsbehandling, som de indklagedes fremgangsmåde har medført til skade for klageren.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at den anførte overtrædelse har været direkte afgørende for, at de indklagede besluttede at indgå kontrakt med Flex Medie A/S i stedet for med klageren, og at der derfor er grundlag for, at Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Flex Medie A/S, så der kan blive gennemført et nyt udbud.

De indklagedes anbringender:

Ad påstand 1

De indklagede har gjort gældende, at de indklagede ikke har haft mulighed for at have kendskab til, hvilke titler på markedet der er omfattet af klagerens enerettigheder, og endvidere henvist til, at klageren heller ikke under behandlingen af klagesagen for Klagenævnet har fremlagt oplysninger, der viser, hvilke titler inden for delydelserne 3-5, som klageren har enerettigheder til. Klageren har heller ikke fremlagt oplysninger om, hvorvidt eventuelle enerettigheder fortsat er gældende og vil være gældende for hele kontraktperioden. De indklagede har videre gjort gældende, at de ikke ved

udarbejdelse af udbudsbetingelserne havde nogen mulighed for at kende sammensætningen af de 32 biblioteksvæseners indkøb i den kommende kontraktperiode og herunder heller ikke mulighed for at vide, i hvilket omfang de 32 biblioteksvæsener ville indkøbe titler, som er omfattet af klagerens enerettigheder. Der blev ved udarbejdelsen af udbudsbetingelserne foretaget en udvælgelse af titler til de »indkøbskurve«, som ved vurderingen af tilbudene efter tildelingskriteriet »Det økonomisk mest fordelagtige bud« skulle danne grundlag for anvendelse af underkriterium A »Tilbudte enhedspriser«. Denne udvælgelse af titler er sket, uden at det på nogen måde har været tilsigtet under udbudet at behandle klageren ringere end andre tilbudsgivere, og udvælgelsen er sket på grundlag af bibliotekernes vurdering af, hvad en repræsentativ »indkøbskurv« skal omfatte. De indklagede har videre gjort gældende, at Flex Medie A/S har afgivet tilbud på alle titlerne i »indkøbskurvene«, og at de indklagede ikke har haft grundlag for at antage, at Flex Medie A/S ikke lovligt kunne levere alle titlerne i »indkøbskurvene«. De indklagede har ved vurderingen af tilbudene i relation til underkriterium B »Tilbudt service i forhold til det enkelte bibliotek« taget hensyn til den omstændighed, at klageren har enerettigheder til en række film og multimedie titler, som et af de forhold, der er lagt vægt på vedrørende »materiel« service, som bl.a. indebærer en vurdering af alsidigheden i tilbudsgiverens materialevalg.

Ad påstand 2

De indklagede har gjort gældende, at en eventuel overtrædelse af EU-udbudsreglerne ikke kan begrunde, at Klagenævnet annullerer de indklagedes beslutning om at indgå kontrakt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

EU-udbudsreglerne regulerer alene den fremgangsmåde, som offentlige ordregivere skal følge ved indgåelse af kontrakter, men regulerer ikke indholdet af de kontrakter, der skal indgås. En offentlig ordregiver overtræder således ikke EU-udbudsreglerne ved at indgå en indkøbskontrakt, som i visse henseender kan betegnes som økonomisk mindre hensigtsmæssig – f.eks.

ved at indgå en kontrakt med en tilbudsgiver, som bliver dyrere for den offentlige ordregiver, end hvis der i stedet var blevet indgået kontrakt med en anden tilbudsgiver – når blot EU-udbudsreglerne har været fulgt ved indgåelsen af kontrakten. Det følger af det anførte, at det for Klagenævnets afgørelse er uden betydning, om den kontrakt, som de indklagede har indgået med Flex Medie A/S, muligvis i kontraktperioden medfører større udgifter for de indklagede, end hvis de indklagede havde indgået kontrakt med klageren.

Når en ordregiver i forbindelse med et kommende indkøb har fastsat udbudsbetingelserne for indkøbet, påhviler det ordregiveren at vurdere tilbudene i overensstemmelse med de fastsatte udbudsbetingelser, og selvom der i en konkret situation måtte bestå usikkerhed med hensyn til, om der ved den fastlagte procedure bliver opnået et i økonomisk henseende hensigtsmæssigt resultat, påhviler det ordregiveren at indgå kontrakt i overensstemmelse med resultatet af en korrekt vurdering af tilbudene i overensstemmelse med de fastsatte udbudsbetingelser, medmindre betingelserne for at annullere udbudet er opfyldt.

De indklagede kommuner havde ikke på forhånd kendskab til det økonomiske omfang af de indkøb, som de 32 biblioteksvæsener ville gennemføre i løbet af kontraktperioden, og de havde endvidere ikke kendskab til, hvorledes de 32 biblioteksvæseners indkøb i kontraktperioden ville blive sammensat indenfor de 5 delydelser. De indklagede valgte derfor at gennemføre et EU- udbud af en rammekontrakt og at fastsætte tildelingskriteret som »det økonomisk mest fordelagtige bud«. Som underkriterium fastsatte de indklagede bl.a. underkriteriet A »Tilbudte enhedspriser«, og for at have grundlag for at vurdere tilbudsgivernes tilbud på grundlag af dette underkriterium, fastsatte de indklagede i udbudsbetingelserne, at tilbudene skulle indeholde enhedspriser vedrørende 3 nærmere beskrevne standardydelse, samt at tilbudene skulle indeholde en pris på et udvalgt sortiment af titler inden for hver af de 5 delydelser (»indkøbskurve«). Klagenævnet har intet grundlag for at fastslå, at de indklagede ikke ved sammensætningen af sortimentet af titler ved delydelse 3-5 har tilstræbt at sammensætte »indkøbskurve«, som gav et repræsentativt udtryk for indkøbene i kontraktperioden og dermed et sagligt grundlag for at vurdere de enkelte tilbudsgiveres prisniveau.

De indklagede har været bekendt med, at klageren inden for delydelserne 3-5 har eneret til en række titler, men de indklagede har oplyst, at de ikke har nærmere kendskab, hvilke titler det drejer sig om. Det må endvidere fastslås, at de indklagede heller ikke har haft nogen pligt til at iværksætte undersøgelser med henblik på at få kendskab hertil. Som det fremgår af de indklagedes evaluering af tilbudene, har de indklagede taget klagerens enerettigheder i betragtning ved anvendelsen af underkriterium B »Tilbudte service i forhold til det enkelte bibliotek«.

Det følger af det anførte, at de indklagede ikke har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at vurdere de 2 tilbud i overensstemmelse med de fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« herunder også underkriterium A »Tilbudte enhedspriser« uden at tage taget hensyn til klagerens enerettigheder. Klagenævnet finder i øvrigt anledning til at tilføje, at de indklagede tværtimod ville have handlet mod EU-udbudsreglerne, hvis de ved vurderingen af tilbudene efter underkriterium A »Tilbudte enhedspriser« havde taget hensyn til, at klageren inden for delydelserne 3-5 har enerettigheder til en række titler.

Ad påstand 2

Det følger af det, der er anført under påstand 1, at Klagenævnet ikke tager denne påstand til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig