

K E N D E L S E

Det Danske Handelskammer
(selv)

mod

Horsens Kommune
(selv)

Den 10. august 1994 udbød indklagede, Horsens Kommune, som begrænset udbud efter Rådets Direktiv 93/36/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb et indkøb vedrørende ortopædisk fodtøj. I udbudsannoncen er som »Leveringssted« anført »Kolding, Holstebro og Horsens«, mens »Horsens Kommune« er angivet som »Ordregivende myndighed«. »Arten og mængden af varerne« er anført således: »3-årig samhandelsaftale med mulighed for forlængelse på: ortopædiske sko, støvler, træsko, tillæg og reparationer. Kommunen brugte i 1993 ca. 4 600 000 DKR på ovennævnte«. Under »Opdeling af partier« er anført: »Der kan ikke bydes på delleverancer«. Under »Andre oplysninger« er anført: »Overdragelse af leverancen vil ikke kunne finde sted uden kommunernes politiske godkendelse«.

Inden udløbet af fristen 5. september 1994 anmodede 4 firmaer om prækvalifikation, og alle 4 firmaer blev prækvalificerede. I udbudsvilkårene er i indledningen anført følgende:

»Kolding, Holstebro og Horsens kommune ønsker tilbud på ortopædiske sko, støvler og træsko, tillæg og reparationer.....Tilbudet skal, såfremt det accepteres, være gældende for en 2-årig periode gældende fra 1. januar 1995 med mulighed for forlængelse«.

I udbudsvilkårenes afsnit »Priser/leveringsbetingelser« hedder det:

»Da Horsens kommune ikke har truffet endelig beslutning om aftalen skal være eksklusiv, bedes De venligst oplyse eventuelle forskelle, såfremt der er 1 eller 2 leverandører«.

I udbudsvilkårene er anført, at tilbudet skal være gældende i minimum 2 måneder.

Den 10. oktober 1994 afholdt Horsens Kommune et møde med de 4 prækvalificerede firmaer, og af et referat fra mødet fremgår, at aftalen vil blive 2-årig med mulighed for forlængelse, samt at leverancen i 1993 på ca. 4,6 mio. kr. fordeler sig med ca. 1,6 mio. kr. til Kolding, ca. 1,6 mio. kr. til Horsens og ca. 1,4 mio. kr. til Holstebro.

Inden tilbudsfristens udløb den 21. oktober 1994 modtog kommunen 4 tilbud, hvoraf et tilbud ikke var konditionsmæssigt. De 3 øvrige tilbud blev afgivet af følgende firmaer:

1. Nyrop og Maag A/S
2. Bandagisten i Horsens A/S
3. Sahve A/S.

Den 23. maj 1995 besluttede Horsens Kommune at indgå aftale med Nyrop og Maag A/S vedrørende Horsens Kommunes indkøb. Nyrop og Maag A/S påbegyndte imidlertid først leverancerne til Horsens Kommune efter aftalen fra midten af oktober 1995.

På et tidspunkt i 1995 besluttede Kolding Kommune at annullere udbudet for så vidt angår Kolding Kommunes indkøb.

På et tidspunkt i 1995 besluttede Holstebro Kommune at annullere udbudet for så vidt angår Holstebro Kommunes indkøb.

Den 20. september 1995 indgav Det Danske Handelskammer klage over Horsens Kommune til Klagenævnet for Udbud. Sagen har været behandlet på et møde i København den 10. maj 1996.

Klageren har nedlagt påstand om, at Klagenævnet skal annullere Horsens Kommunes beslutning om at indgå aftale med Nyrop og Maag A/S.

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

Klageren har til støtte for sin påstand gjort følgende klagepunkter gældende:

1. Horsens Kommune har handlet i strid mod udbudsreglerne ved at indgå en kontrakt vedrørende Horsens Kommunes indkøb med virkning fra indgåelsen den 23. maj 1995, uagtet det i udbudsvilkårene var anført, at kontrakten skulle indgås med virkning fra den 1. januar 1995.
2. Horsens Kommune har handlet i strid med udbudsreglerne ved i udbudsvilkårene at udbyde et indkøb for en 2-års periode, uagtet det i udbudsbekendtgørelsen var anført, at der blev udbudt et indkøb for en 3-års periode.
3. Horsens Kommune har handlet i strid med udbudsreglerne ved at gennemføre et udbud vedrørende 3 selvstændige leverancer til de 3 kommuner Kolding, Holstebro og Horsens,

uagtet det ikke af udbudsbekendtgørelsen fremgår, at der er tale om 3 selvstændige indkøb, men derimod om et samlet indkøb.

4. Horsens Kommune har handlet i strid med udbudsreglerne ved efter tilbudsfristens udløb den 21. oktober 1995 uden rimelig grund at have ladet gå ca. 7 måneder, før kommunen den 23. maj 1995 traf beslutning om at indgå aftale med Nyrop og Maag A/S vedrørende Horsens Kommunes indkøb.

Klagenævnet har endvidere på eget initiativ behandlet spørgsmålet, om Horsens Kommune har handlet i strid med indkøbsdirektivet ved ikke skriftligt at give tilbudsgiverne meddelelse om Kolding Kommunes og Holstebro Kommunes beslutninger om at annullere udbudet vedrørende deres indkøb.

Indkøbschef S. C. Wied, Horsens Kommune, har forklaret følgende:

Ad 3.

I august 1994 besluttede de 3 kommuner at lave et fælles udbud vedrørende ortopædisk fodtøj, således at de 3 kommuner på grundlag af de indkomne tilbud hver kunne indgå aftale om deres respektive indkøb. Det er dette, der er søgt tilkendegivet ved anførslen under »Andre oplysninger«, og det er en fejl ved udformningen af udbudsbekendtgørelsen, at det ikke i annoncen klart er anført, at der ønskes tilbud med henblik på indgåelse af 3 delkontrakter. Der har imidlertid hverken hos de 3 kommuner eller hos de 4 firmaer, der anmodede om at blive prækvalificerede, hersket nogen tvivl om, at udbudet vedrører 3 delleverancer med hver af de 3 kommuner som kontraktspart. I udbudsvilkårene forbeholdt Horsens Kommune sig vedrørende sit indkøb muligheden af at indgå kontrakt med 2 af tilbudsgiverne, men denne mulighed blev ikke udnyttet. Han opfattede udbudet således, at de 3 kommuner stod frit med hensyn til at vælge blandt tilbudsgiverne, og at de således ikke var bundet til at indgå aftale med den samme tilbudsgiver. Men de 3 kommuner havde den målsætning, at de ville stile mod så vidt muligt at indgå aftale med den samme tilbudsgiver. Med henblik herpå blev de indkomne tilbud derfor bedømt af de 3 kommuner i fællesskab gennem en arbejdsgruppe med medlemmer fra de 3 kommuner, og denne arbejdsgruppe afgav en fælles indstilling til de 3 kommuner.

Ad 2.

I udbudsbekendtgørelsen var det anført, at der ønskedes 3-årige kontrakter, men da udbudsvilkårene skulle udarbejdes, blev det besluttet at ændre dette til 2-årige kontrakter. Der var i mellemtiden opstået debat om det hensigtsmæssige i at udbyde personlige hjælpemidler i offentligt udbud, og på grund af den usikkerhed, der efter kommunernes opfattelse herefter var med hensyn til, hvordan indkøb af personlige hjælpemidler skulle ske, blev det besluttet at forkorte kontraktperioden, så der allerede efter 2 år blev mulighed for at revurdere situationen.

Ad 1 og 4:

Sidst på året 1994 blev Horsens Kommune bekendt med, at Ringkøbing Amtskommune havde rettet henvendelse til Konkurrencerådet vedrørende indkøbsaftaler om personlige hjælpemidler. Selvom denne henvendelse vedrørte spørgsmålet, om der ved et konkret udbud, som amtskommunen havde iværksat sammen med primærkommunerne, var opnået fri konkurrence på området, og om udbudet på grund af sit forløb var i overensstemmelse med konkurrenceloven, blev det besluttet at udsætte

afgørelsen om, hvem de 3 kommuner skulle indgå aftale med. Tilbudsgiverne blev mundtligt orienteret om denne udsættelse og om baggrunden herfor. Da Konkurrencerådets svar til Ringkøbing Amtskommune forelå den 10. marts 1995, blev udbudsproceduren fortsat, og den 22. maj 1995 besluttede økonomiudvalget i Horsens Kommune for Horsens Kommunes vedkommende at indgå aftale med Nyrop og Maag A/S. Dette blev meddelt såvel Nyrop og Maag A/S som de øvrige tilbudsgivere ved skrivelser af 23. maj 1995. Også Kolding Kommune og Holstebro Kommune traf herefter beslutning om at indgå aftale med Nyrop og Maag A/S. Det var Horsens Kommunes opfattelse, at den kontrakt, der blev indgået med Nyrop og Maag A/S, har virkning fra indgåelsesdagen den 23. maj 1995, og at den herefter udløber ultimo 1996. Denne opfattelse bygger Horsens Kommune på, at kontrakten efter udbudsvilkårene skulle starte 1. januar 1995 og løbe i 2 år til ultimo 1996, men på grund af, at man valgte at afvente Konkurrencerådets afgørelse, blev den planlagte 2-års periode reduceret til en periode på godt 1 ½ år. Forud for afgivelsen af sit tilbud havde Nyrop og Maag A/S truffet aftale med lokale håndskomagere med forretningssted i hver af de 3 kommuner, men efter at Horsens Kommune havde indgået aftale med Nyrop og Maag A/S, viste det sig, at de lokale håndskomagere ikke overholdt aftalen med Nyrop og Maag A/S om samarbejde, idet de nægtede at arbejde sammen med Nyrop og Maag A/S. Som følge heraf måtte Nyrop og Maag A/S i gang med at finde nye samarbejdspartnere, og dette medførte, at indkøbsaftalen ikke som forudsat kunne træde i kraft fra indgåelsen. Nyrop og Maag A/S orienterede løbende Horsens Kommune om de opståede problemer og om sine initiativer med henblik på at finde nye samarbejdspartnere, og da Nyrop og Maag A/S var uden skyld i de opståede problemer, gav Horsens Kommune Nyrop og Maag A/S tid til at løse problemerne og accepterede, at ikrafttrædelsen af indkøbsaftalen blev udsat. Nyrop og Maag A/S fik løst sine problemer, således at indkøbsaftalen kunne træde i funktion fra den 1. oktober 1995.

Horsens Kommune fik fra Kolding Kommune og Holstebro Kommune underretning om, at disse kommuner havde annulleret udbudet for deres vedkommende, og at tilbudsgiverne var orienteret herom. Horsens Kommune har ikke skriftligt meddelt tilbudsgiverne, at Kolding Kommune og Holstebro Kommune havde besluttet at annullere udbudet for deres vedkommende.

Logistikchef Karsten Andrup Pedersen, Kolding Kommune, har forklaret, at det var Kolding Kommunes opfattelse, at de 3 kommuner stod frit, og at de ikke var forpligtet til at indgå aftale med den samme tilbudsgiver som de øvrige kommuner. Kolding Kommune var imidlertid indstillet på at følge indstillingen fra den fælles arbejdsgruppe om at indgå kontrakt med Nyrop og Maag A/S, men der blev for Kolding Kommunes vedkommende aldrig indgået nogen aftale med Nyrop og Maag A/S. Nyrop og Maag A/S fik også problemer med at etablere et forretningssted i Kolding, og på et tidspunkt anså Kolding Kommune - også på grund af debatten om, hvorvidt personlige hjælpemidler overhovedet bør udbydes efter udbudsreglerne - tidspunktet for at indgå aftale på grundlag af udbud for forpasset. Kommunen traf herefter beslutning om at annullere udbudet. Dette blev meddelt Nyrop og Maag A/S og de øvrige tilbudsgivere mundtligt, men ikke skriftligt, ligesom det blev meddelt Horsens Kommune som den, der stod for udbudet.

Indkøbschef Wiktor Lange, Holstebro Kommune, har forklaret, at det var Holstebro Kommunes opfattelse, at de 3 kommuner ikke var berettiget til at vælge hver deres tilbudsgiver. Enten måtte de blive enige om at vælge den samme, eller også måtte de annullere udbudet. I marts 1995 besluttede Holstebro Kommune at indgå aftale med Nyrop og Maag A/S, hvilket blev meddelt selskabet. Der blev ikke indgået nogen kontrakt, men forvaltningen fik bemyndigelse til at indgå kontrakt, når Nyrop og Maag A/S var klar til at levere. Også vedrørende Holstebro Kommune opstod der problemer for Nyrop og Maag A/S med at få samarbejde med lokale skomagere, og på et tidspunkt

traf Holstebro Kommune beslutning om at annullere udbudet for Holstebro Kommunes vedkommende. Dette blev mundtlig, men ikke skriftligt meddelt tilbudsgiverne, ligesom Horsens Kommune som den, der stod for udbudet, blev orienteret.

Klagenævnet udtaler:

Klagen blev først indgivet til Klagenævnet ca. 4 måneder efter, at Horsens Kommune traf beslutning om at indgå aftale med Nyrop og Maag A/S vedrørende Horsens Kommunes indkøb. Klageren fremsatte endvidere ikke straks ved klagens indgivelse begæring om, at Klagenævnet skulle tillægge klagen opsættende virkning. Allerede som følge heraf er der ikke grundlag for at tage klagerens påstand om annullation af Horsens Kommunes beslutning til følge.

Ad 3.

Efter formuleringen af udbudsbekendtgørelsen indeholder denne bekendtgørelse ikke en så klar og utvetydig beskrivelse af de indkøb, som udbydes, at de erhvervsdrivende inden for fællesskabernes område, som en sådan bekendtgørelse tilsigter at orientere, havde et tilstækkeligt klart grundlag for at vurdere indkøbenes beskaffenhed. Specielt fremgår det ikke klart, at der er tale om udbud af 3 selvstændige indkøb. Det fremgår endvidere af de forklaringer, der er afgivet over for Klagenævnet, at der ikke i de 3 kommuner var en fælles opfattelse af, hvordan de enkelte kommuner var stillet overfor tilbudsgiverne. Horsens Kommune har derfor ved udformningen af udbudsbekendtgørelsen tilsidesat de krav til specifikation af det udbudte indkøb, som følger af indkøbsdirektivet.

Ad 2.

Horsens Kommunes beslutning om i udbudsvilkårene at ændre kontraktsperioden til 2 år var hverken begrundet i ændrede forhold hos kommunen, som kunne være af betydning for kontraktperiodens længde, eller i en ændret vurdering af kommunens forhold, som kunne begrunde, at en kontraktperiode på 2 år ville være mere hensigtsmæssig for kommunen end en kontraktperiode på 3 år. Kommunen har derimod oplyst, at ændringen alene var begrundet i, at der var en offentlig debat om det hensigtsmæssige i at iværksætte indkøb af personlige hjælpemidler ved offentlige udbud. Eksistensen af en sådan debat er imidlertid ikke en saglig begrundelse for i udbudsvilkårene at ændre kontraktsperioden i forhold til den kontraktperiode, som var anført i udbudsbekendtgørelsen, og Horsens Kommune findes ved denne ændring - uanset at der ikke ved ændringen er sket nogen krænkelse af princippet om ligebehandling - at have handlet i strid med indkøbsdirektivet.

Ad 4.

Horsens Kommunes begrundelse for at udsætte afgørelsen om, hvilken af tilbudsgiverne der skulle indgås aftale med, vedrørte efter det oplyste ikke forhold, som var af direkte betydning for de 3 kommuners afgørelser, og Klagenævnet anser det derfor for uheldigt for tilbudsgiverne, at afgørelserne ikke blev truffet på et sådant tidspunkt, at indkøbsaftalerne som forudsat i udbudsvilkårene kunne træde i kraft pr. 1. januar 1995. Under hensyn til, at tilbudene efter udbudsvilkårene højst skulle være bindende for tilbudsgiverne i 2 måneder, samt til at der efter det oplyste ikke er grundlag for at antage, at Horsens Kommune ved sin beslutning om at udsætte afgørelserne har handlet i strid med princippet om ligebehandling, finder Klagenævnet ikke, at

Horsens Kommune ved at udsætte afgørelserne fra december 1994 til marts 1995 har handlet i strid med indkøbsdirektivet.

Ad 1.

På baggrund af det, der er anført ad 4, finder Klagenævnet ikke, at Horsens Kommune har handlet i strid med indkøbsdirektivet ved ikke som anført i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne at lade Horsens Kommunes kontrakt med Nyrop og Maag A/S løbe fra 1. januar 1995, men derimod først fra 23. maj 1995. Klagenævnet finder endvidere ikke, at Horsens Kommune har handlet i strid med indkøbsdirektivet ved ikke at indgå en 2-årig aftale med virkning for perioden 23. maj 1995 - 22. maj 1996, men alene en aftale med virkning for perioden 23. maj 1995 - 31. december 1996.

Horsens Kommune har som den, der forestod det pågældende udbud, handlet i strid med indkøbsdirektivets ved ikke skriftligt at orientere tilbudsgiverne om Kolding Kommunes beslutning om at annullere udbudet vedrørende Kolding Kommunes indkøb og om Holstebro Kommunes beslutning om at annullere udbudet vedrørende Holstebro Kommunes indkøb.

Klagenævnet bemærker iøvrigt, at de konstaterede tilsidesættelser af indkøbsdirektivet ikke efter deres beskaffenhed kunne begrunde en annulation af Horsens Kommunes beslutning.

Herefter bestemmes:

Horsens Kommune har handlet i strid med indkøbsdirektivet ved ikke i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsvilkårene tilstrækkeligt klart at beskrive, at der blev udbudt tre selvstændige indkøb.

Horsens Kommune har handlet i strid med indkøbsdirektivet ved i udbudsvilkårene at forkorte kontraktperioden fra 3 år til 2 år.

Horsens Kommune har handlet i strid med indkøbsdirektivet ved ikke skriftligt at meddele tilbudsgiverne Kolding Kommunes beslutning og Holstebro Kommunes beslutning om at annullere udbudet vedrørende deres indkøb.

Horsens Kommune betaler i sagsomkostninger til Det Danske Handelskammer 4.000 kr.