

K E N D E L S E

Handicare Auto A/S
(advokat Christian Nielsen, Aarhus)

mod

Ringkøbing-Skjern Kommune
(advokat Henrik Holtse, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 068-116254 af 2. april 2014 udbød Ringkøbing-Skjern Kommune som offentligt udbud efter udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter) en rammeaftale om handicapbiler og indretning heraf. Tildelingskriteriet var fastsat til ”laveste pris”.

Ved tilbudsfristens udløb den 12. maj 2014 havde 4 tilbudsgivere, herunder Langhøj ApS og Handicare Auto A/S, afgivet tilbud.

Den 22. maj 2014 besluttede Ringkøbing-Skjern Kommune at indgå kontrakt med Langhøj A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 17. juni 2014.

Den 10. juli 2014 indgav Handicare Auto A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Ringkøbing-Skjern Kommune.

Handicare Auto A/S har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Langhøj ApS, desuagtet at Langhøj ApS ikke opfyldte mindstekravet om, at der skulle være en frihøjde på min 185 cm.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Langhøj ApS, desuagtet at Langhøj ApS havde taget et forbehold for et mindstekrav og/eller et grundlæggende element i udbuddet, subsidiært et element der ikke kunne prissættes, idet Langhøj ApS i sit tilbud anførte, at bilimportørens ikke nærmere angivne garanti og reklamationsbestemmelser ville finde anvendelse.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 1 og 2)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, der kan udledes af EUF-traktaten, ved ikke at afvise tilbuddet fra Langhøj ApS, desuagtet at Langhøj ApS ikke opfyldte mindstekravet om, at der skulle være en frihøjde på min 185 cm og/eller ved ikke at afvise tilbuddet fra Langhøj ApS, desuagtet at Langhøj ApS havde taget et forbehold for et mindstekrav og/eller et grundlæggende element i udbuddet, subsidiært et element der ikke kunne prissættes, idet Langhøj ApS i sit tilbud anførte, at bilimportørens ikke nærmere angivne garanti og reklamationsbestemmelser ville finde anvendelse.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Langhøj ApS.”

Ringkøbing-Skjern Kommune har nedlagt påstand om afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen var der blandt andet anført følgende:

”Del I: Ordregivende myndighed

...

Ringkøbing-Skjern Kommune

...

II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

Udbud af levering af biler (busser) og opbygning af personbiler og busser til handicappede i Ringkøbing-Skjern Kommune. Offentligt udbud i henhold til [udbudsdirektivet] ...

Ringkøbing-Skjern Kommunes estimerede årlige forbrug er ca. 3 000 000 DKK.

Rammekontrakten omfatter køb efter bevilling efter servicelovens § 114.

Støtte til køb af bil/bus bevilges efter servicelovens § 114 og ydes som et rentefrit lån, som ansøgeren kan anvende i henhold til reglerne i bekendtgørelse om støtte til køb af bil efter servicelovens § 114. Dvs. at borgeren er frit stillet til at vælge en anden leverandør mod selv at betale evt. merudgift.

Udbuddet omfatter køb af busser (M1 og M2) samt indretning af personbiler og busser (M1 og M2):

Biler godkendt som busser (M1/M2) biler (reg. afgiftsfritagede minibusser indrettet som § 114 biler) til transport af handicappede – kørestolsbrugere i manuel eller elektrisk kørestol.”

I udbudsbetingelserne, der var elektronisk tilgængelige via en hjemmeside hos Merzell Danmark A/S, var blandt andet anført følgende:

”1. Tilbudsbetingelser

1.1 Udbudsform, omfang og mulige delaftaler

Udbud af levering af biler (busser) og opbygning af personbiler og busser til handicappede i Ringkøbing-Skjern Kommune. Offentligt udbud

...

Rammekontrakten omfatter køb efter bevilling efter Servicelovens § 114.

Støtte til køb af bil/bus bevilges efter Servicelovens § 114 og ydes som et rentefrit lån, som ansøgeren kan anvende i henhold til reglerne i bekendtgørelse om støtte til køb af bil efter Servicelovens § 114. Dvs. at borgeren er frit stillet til at vælge anden leverandør mod selv at betale evt. merudgift.

Udbuddet omfatter køb af busser (M1 og M2) samt indretning af personbiler og busser (M1 og M2):

Biler godkendt som busser (M1/M2) biler (reg. afgiftsfritagede minibusser indrettet som § 114 biler) til transport af handicappede – kørestolsbrugere i manuel eller elektrisk kørestol

Definition af M1/M2 busser:

M1: Bil, der er indrettet til at benyttes til befordring af højst 9 personer føreren medregnet

M2: Bil, der er indrettet til at benyttes til befordring af mere end 9 personer føreren medregnet og som har en tilladt totalvægt på ikke over 5.000 kg.

Standardopbygning og særlig indretning af biler til transport af handicappede

Der forventes indgået aftale med en leverandør, idet borgerne som udgangspunkt ikke må have mere en max. 75 kms kørsel fra Rådhuset i Ringkøbing pr. vej til afprøvningsstedet (150 km tur/retur). I særlige tilfælde kan leverandøren komme til borgeren.

...

Antallet af biler(busser)/opbygninger kan variere afhængig af bevillinger og lovændringer.

Ringkøbing-Skjern Kommune forpligter sig ikke til at aftage for det opgivne beløb, idet opgavens omfang vil være afhængigt af det til enhver tid eksisterende antal borgere, som benytter kommunens ydelser.

Ringkøbing-Skjern Kommune forpligter sig ikke til at aftage for et bestemt beløb, idet opgavens omfang vil være afhængigt af det til enhver tid eksisterende antal borgere, som benytter kommunens ydelser.

...

1.9 Forbehold

1.9.1 Tilbudsgivers forbehold

Forbeholdet skal fremgå af en særskilt forbeholdsliste, der skal vedlægges tilbuddet.

...

Såfremt tilbudsgiver tager forbehold overfor mindste krav i kravspecifikationen, vil tilbuddet blive anset for ukonditionsmæssigt og derfor forkastet af Ringkøbing-Skjern Kommune.

Grundlæggende udbudsbetingelser

Selv om der ikke er tale om forbehold overfor mindste krav i udbudsmaterialet, må tilbudsgiver ikke tage forbehold om grundlæggende udbudsbetingelser, hvis tilsidesættelse vil bevirke, at Ringkøbing-Skjern Kommune indgår kontrakt om en ydelse, der adskiller sig væsentligt fra den udbudte ydelse.

Tilbud med forbehold over for grundlæggende udbudsbetingelser vil blive betragtet som ikke-konditionsmæssige.

I tilfælde af usikkerhed om, hvorvidt et forbehold vil medføre at tilbuddet forkastes som ikke-konditionsmæssigt, opfordres tilbudsgiver til at stille afklarende spørgsmål til udbudsmaterialet ...

Kapitalisering af forbehold

Tilbudsgivers forbehold vil blive kapitaliseret af Ringkøbing-Skjern Kommune, dog ikke forbehold over for grundlæggende eller ufravigelige udbudsbetingelser og krav, jf. ovenfor.

Såfremt Ringkøbing-Skjern Kommune ikke er i stand til at kapitalisere tilbudsgivers forbehold på en sikker og saglig vis, er Ringkøbing-Skjern Kommune forpligtet til at betragte tilbuddet som ikke-konditionsmæssigt.

...

2. Krav

2.1. Produkter

...

Tilbudsgiver skal stille en demobil/afprøvningsbil til gennemsyn og afprøvning til brug for vurdering af produkternes design og ergonomi, samt montering af elektriske 2-kredssystemer m.v. samt beskrive, hvor mange og hvem, der opbygger biler.

2.1.1. Generelle krav:

...

Garanti:

For nærværende kontrakt gælder Købelovens regler om forbruger køb, dog med den undtagelse, at der generelt er 2 års garanti, mod købelovens normale 1 års garanti. Den eneste garantibetingelse, der accepteres, er et årligt serviceeftersyn på lifte.

For nedenstående 3 punkter gælder det at garantien er 6 år:

- Bundens belægning
- Fugen mellem bund og sider
- Sæder

I garantiperioden skal eventuelle mangler eller fejl udbedres uden omkostninger for ejer/bruger. Det gælder også dele med op til 6 års garanti.

Konstaterer ordregiver mangler ved varen, kan disse kræve, at Kontraktthaver afhjælper manglen enten ved reparation eller omlevering inden for rimelig tid – medmindre dette vil være uforholdsmæssigt byrdefuldt for Kontraktthaver. Unnlader Kontraktthaver på trods af opfordring hertil at afhjælpe manglen, er ordregiver berettiget til at lade manglen afhjælpe for Kontraktthavers regning.

Hvor intet andet er anført gælder købelovens reklamations- og ansvarsregler.

...

2.1.2 Krav M1/M2 biler:

M1/M2-Biler (afgiftsfritagede minibusser indrettet som § 114 biler):

Generelt:

- ...
- Servostyring
- Bagrude med el-opvarmning
- ...

Højde:

- Leverandøren skal kunne levere bilmodeller med en indvendig frihøjde på min. 185 cm.

...

2.1.3 Krav ombygning/indretning:

...

Leverandøren er forpligtet til at levere til samtlige visiterede borgere såfremt borgeren ønsker det. Ligeledes er leverandøren forpligtiget til at levere de særlige indretninger, som borgeren har ønsket og kommunen har bevilget.

...

3.5. Fakturering

Der faktureres direkte til bevillingskontoret”

Tildelingskriteriet var som nævnt fastsat til ”laveste pris”.

Under udbuddet besvarede kommunen en række spørgsmål fra tilbudsgiverne, herunder blandt andet følgende:

”Spørgsmål 1Vedr. 2.1

Der ønskes at tilbudsgiver stiller en demobil til rådighed for gennemsyn og afprøvning. Vil kvaliteten af den monterede indretning indgå i udvælgelseskriterierne eller udvælges der udelukkende en leverandør ud fra billigste pris?

Hvornår ønskes demobilen til rådighed?

Svar:

Kvaliteten af bilen vil ikke indgå i udvælgelsen, men er et mindstekrav, da valg af tilbudsgiver afhænger af billigste pris, samt om tilbudsgiver lever op til kravene – derfor skal der stilles en demobil til rådighed for gennemsyn og afprøvning inden tildeling.

...

Spørgsmål 11

2.1 - Produkter

”Tilbudsgiver skal stille en Demobil til gennemsyn til brug for vurdering af produkternes design og ergonomi”

Hvilken vægtning i tildelingskriterier har dette, og hvis det er 0% – bliver dette punkt så slettet?

Svar:

Demobilen skal bruges til at fastslå, at tilbudsgiver lever op til de mindstekrav som ordregiver stiller – fx om der er frihøjde på min 185 cm som ordregiver har stillet som krav.”

Af tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver, Langhøj ApS, fremgår blandt andet, at denne tilbød følgende biler:

- Ford Transit Custom 310S kombi Ambiente HC 100 HK, L1H1.
- Fiat Ducato Combinato, L1H1, 115 HK.
- Ford Transit Custom 310S kombi Ambiente HC 100 HK, L2H1.

Af tilbuddet fremgik endvidere blandt andet:

“Således kan vi også uden problemer sige ja til at vores produkter, services, og garantier lever op til udbudsmaterialet mindste krav.

Garanti og reklamationsret på selve bilen, er det altid de gældende retningslinjer fra bilimportøren der gælder. Dette gælder også for vedligeholdelse og service af bilen, da disse kan variere mellem de forskellige bilmærker og modeller. ...

For den særlige indretning som er blevet indbygget i bilen gælder den i udbuddet opstillede garanti og reklamationsret. Krav for at garantien er gældende på lift er, at borger får udført et årligt serviceeftersyn.”

Handicare Auto A/S har under sagen fremlagt udskrift af den vindende tilbudsgivers hjemmeside med selskabets prisliste af februar 2014 samt udskrift af produktkataloger vedrørende de tilbudte biler. Det fremgår heraf, at de nævnte biler ikke har en indvendig frihøjde på 185 cm.

Som nævnt traf Ringkøbing-Skjern Kommune den 22. maj 2014 beslutning om at tildele ordren til Langhøj A/S.

Kommunen har under klagesagen oplyst, at tilbuddet fra Handicare Auto A/S var nr. 3 af de i alt 4 modtagne tilbud.

Af ”Kontrakt handicapbiler og indretning” af 17. juni 2014 fremgår blandt andet:

”Denne kontrakt gælder for Langhøj A/S, som er valgt af Ringkøbing-Skjern Kommune, som leverandører på handicapbiler og indretning heraf til Ringkøbing-Skjern Kommune.

Følgende dokumenter danner grundlaget for kontrakten (anført i prioriteret rækkefølge såfremt tvivlsspørgsmål el.lign. skulle opstå):

1. Nærværende kontrakt
2. Udbudsmateriale af 2. april 2014 med alle tilhørende bilag
3. Spørgsmål og svar udsendt af udbyder i udbudsperioden
4. Langhøj A/S's fremsendte tilbud af 13. maj 2014.”

Serviceovens regler om støtte til køb af bil

Bestemmelsen i servicelovens § 114, jf. nu lovbekendtgørelse nr. 1023 af 23. september 2014 af lov om social service, lyder således:

”Støtte til bil

§ 114. Kommunalbestyrelsen skal yde støtte til køb af bil til personer med en varigt nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne, der i væsentlig grad

- 1) vanskeliggør muligheden for at opnå eller fastholde et arbejde uden brug af bil,
- 2) vanskeliggør muligheden for at gennemføre en uddannelse uden brug af bil eller
- 3) forringer evnen til at færdes, i tilfælde hvor personen har aktiviteter uden for hjemmet, som medfører et betydeligt behov for kørsel med bil.

Stk. 2. Støtten efter stk. 1 ydes som et rentefrit lån inden for en ramme på 160.000 kr.

Stk. 3. Foreligger der ganske særlige forhold i forbindelse med den nedsatte funktionsevne, kan der ydes et rente- og afdragsfrit lån til betaling af forskellen mellem støtte efter stk. 1 og anskaffelsesprisen.

Stk. 4. Ministeren for børn, ligestilling, integration og sociale forhold fastsætter i en bekendtgørelse regler om

- 1) betingelserne for at opnå støtte efter stk. 1 og 3 og om vilkårene for støtte, herunder regler om personkredsen, som er berettiget til at opnå støtte,

- 2) fremgangsmåden i forbindelse med afprøvning og valg af bil, herunder om private aktørers deltagelse heri,
- 3) tilbagebetaling af lån og indkomstgrundlaget for tilbagebetalingen og om henstand med tilbagebetaling og eftergivelse af lån til bil som følge af manglende betalingsevne og som følge af frakendelse i forbindelse med ændringer i den fysiske eller psykiske funktionsevne eller forhold, der knytter sig dertil,
- 4) adgangen til at modtage støtte til udskiftning af en bil, hvortil der er ydet støtte, jf. stk. 1-3, herunder regler om fremgangsmåden i forbindelse med genbevilling af støtte til køb af bil og om anvendelse af provenu ved afhændelse af en bil, der tidligere er ydet støtte til, herunder i forbindelse med genbevilling af støtte til køb af en bil,
- 5) støtte til nødvendig indretning m.v., herunder i hvilket omfang ansøgeren selv skal betale en del af udgiften til indretningen,
- 6) i hvilket omfang der kan ydes tilskud til betaling af køreundervisning m.v.,
- 7) støtte til personer, der ved indrejse her i landet medbringer en bil, og
- 8) i hvilket omfang et barn eller en ung under 18 år, som er omfattet af personkredsen, jf. stk. 1, og som anbringes uden for hjemmet efter § 52, stk. 3, nr. 7, kan bevare støtte til køb af bil eller få bevilget støtte til køb af bil.”

Ministeren for børn, ligestilling, integration og sociale forhold har ved bekendtgørelse nr. 719 af 19. juni 2013 om støtte til køb af bil efter serviceloven blandt andet fastsat regler om, at ansøgere med lave indkomster fritages for at tilbagebetale ½ af lånet, jf. § 8, stk. 1. Af § 15, stk. 1, fremgår, at det blandt andet er et vilkår for lånet, at bilen ikke må overdrages, udlejes eller udlånes i længere tid, og at bilen ikke må stilles som pant eller anden form for sikkerhed for gæld, som ikke vedrører den. Af bekendtgørelsens § 18, stk. 2, fremgår blandt andet, at den del af restgælden, der ved støttemodtagerens død ikke dækkes af provenuet ved salg af bilen, afskrives.

Parternes anbringender

Ad afvisningspåstanden

Ringkøbing-Skjern Kommune har navnlig anført, at klagen skal afvises, da aftalen ikke angår kommunens køb af biler. Det er kun den private støttemodtager, der indgår aftale med leverandøren. Kommunen yder borgeren støtte i form af et lån. Borgeren betaler herefter selv for bilen, og leverandøren modtager ikke vederlag fra kommunens side. Kommunen bliver heller ikke ejer af bilen. Der er derfor ikke tale om en gensidigt bebyrdende kon-

trakt, og aftalen er dermed ikke omfattet af udbudsdirektivet. Kommunen har herved henvist til klagenævnets kendelse af 21. august 2013, Bandagist-Centeret A/S m.fl. mod Haderslev Kommune m.fl., og klagenævnets kendelse af 10. februar 2012, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Frederiksberg Kommune.

Da der ikke er tale om et kommunalt indkøb, finder EUF-traktatens princip om ligebehandling heller ikke anvendelse. Processen vedrører alene kommunens fastsættelse af maksimum for lån til borgerne, og fastsættelsen heraf er ikke omfattet af udbudsdirektivet eller en pligt til konkurrenceudsættelse efter de almindelige principper i EUF-traktaten. En klage over, at dette maksimum er fastsat for lavt eller for højt, skal efter servicelovens § 166 indgives til Ankestyrelsen og ikke til Klagenævnet for Udbud. Klagen skal derfor afvises. Det forhold, at Ringkøbing-Skjern Kommune frivilligt har gjort brug af proceduren vedrørende offentligt udbud, medfører ikke, at aftalen bliver omfattet af udbudsdirektivet.

Handicare Auto A/S har navnlig anført, at der ikke er grundlag for at afvise klagen, da den angår en overtrædelse, som klagenævnet har kompetence til at behandle. Der er tale om en gensidigt bebyrdende aftale. Selskabet har herved navnlig henvist til, at kommunen efter servicelovgivningens under nærmere angivne vilkår har pligt til at yde støtte til køb af en bil, og at kommunen derfor bliver frigjort fra forpligtelsen til at yde støtte. Kommunen har udgifter til denne støtte, der rækker ud over de mistede renteindtægter som følge af det rentefri lån, idet blandt andet støttemodtagere med lav indtægt efter bekendtgørelsen i betydeligt omfang fritages for tilbagebetaling af lånet. Kommunen har endvidere en direkte økonomisk interesse i købet, da den del af lånet, der ikke dækkes ved salg af bilen, afskrives, hvis støttemodtageren dør. Kommunen besidder reelt en lang række ejerbeføjelser, blandt andet fordi borgeren ikke må sælge denne uden kommunens samtykke, ligesom borgeren ikke må udleje eller udlåne bilen i længere tid eller stille bilen til sikkerhed for gæld, som ikke vedrører den. Under alle omstændigheder udgør den indgåede kontrakt, der reelt på flere punkter minder om en rammeaftale, en aftale, som Ringkøbing-Skjern Kommune kan anvende. Det er herved uden betydning, om kommunen måtte have fejlvurderet værdien af aftalen, idet Langhøj ApS efter indholdet af aftalen vil være forpligtet til at levere biler på de vilkår, der følger af aftalen. Det bestrides, at kommunens frivillige brug af proceduren for offentligt udbud ikke medfører, at indkøbet bliver omfattet af udbudsdirektivet. Selskabet

har herved henvist til klagenævnets kendelse af 14. oktober 2004, SK Tolkeservice ApS mod Københavns Amt. Klagenævnets kendelse af 5. december 2012, Vraa Dampvaskeri A/S mod Hjørring Kommune, er ikke sammenlignelig, da denne angik en kontrakt, der ikke havde grænseoverskridende interesse.

Ad påstand 1-3

Handicare Auto A/S har – for det tilfælde, at klagenævnet fastslår, at udbudsdirektivet finder anvendelse – navnlig anført, at kommunen med besvarelsen af spørgsmål 11, jf. spørgsmål 1, fastsatte et mindstekrav om en frihøjde på 185 cm. Af de officielle produktkataloger vedrørende de biler, som Langhøj ApS tilbød, fremgår, at det var åbenbart, at ingen af bilerne levede op til dette mindstekrav, og kommunen har derfor overtrådt ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise dette tilbud som ukonditionsmæssigt, jf. påstand 1.

Det fremgik af tilbuddet fra Langhøj ApS, at ”Garanti og reklamationsret på selve bilen... altid [er] de gældende retningslinjer fra bilimportøren... Dette gælder også for vedligeholdelse og service af bilen, da disse kan variere mellem de forskellige bilmærker og modeller”. Langhøj ApS tog dermed udtrykkeligt forbehold for mindstekravet i henhold til bestemmelsen i udbudsbetingelsernes pkt. 2.1.1 om henvisning til købelovens regler om forbrugerkøb og specifikke regler om 6 års garanti, sammenholdt med betingelsernes pkt. 3.11, hvorefter ”Tilbudsgivers generelle salgs- og leveringsbetingelser ikke finder anvendelse”. Forbeholdet kunne ikke prissættes, da dets indhold ikke er nærmere angivet. Kommunen har dermed overtrådt ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Langhøj ApS, jf. påstand 2.

For det tilfælde, at klagenævnet fastslår, at udbudsdirektivet ikke finder anvendelse, har selskabet navnlig gjort gældende, at det følger af EU-domstolens dom af 7. december 2000 i sag C-324/98, Teleaustria, præmis 57-60, at medlemsstaterne er forpligtede til at overholde traktatens almindelige regler for så vidt angår koncessionsaftaler, uanset at disse ikke har karakter af ”gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt”, og dette må også gælde for indgåelsen af den omtvistede aftale. Aftalen, der angår varekøb, har en værdi over tre år på ca. 12 mio. kr., og dermed overstiger den tærskelværdien og har en klar grænseoverskridende interesse. Herudover

har selskabet navnlig henvist til de grunde, selskabet har henvist til vedrørende påstand 1 og 2. Kommunen har dermed overtrådt ligebehandlingsprincippet i henhold til EUF-traktaten, jf. påstand 3.

Ringkøbing-Skjern Kommune har vedrørende påstand 1 og 2 indledningsvis anført, at udbudsdirektivet af de grunde, der er anført til støtte for afvisningspåstanden, ikke finder anvendelse, og at klagen derfor ikke skal tages til følge. Der er som anført alene tale om en procedure til at fastsætte den maksimale størrelse af det rentefri lån, som kommunen yder de enkelte borgere, og EUF-traktatens ligebehandlingsprincip som påberåbt af Handicare Auto A/S finder heller ikke anvendelse på kommunens fastsættelse af dette beløb, jf. påstand 3.

For det tilfælde, at klagenævnet måtte fastslå, at udbudsdirektivet finder anvendelse, har kommunen i forhold til påstand 1 gjort gældende, at udbudsbetingelserne ikke fastsatte et mindstekrav om en minimumshøjde på 185 cm, men alene et krav om, at leverandøren skulle ”kunne levere bilmodeller med en indvendig frihøjde på min 185 cm”. Af tilbuddet fra Langhøj ApS fremgik, at selskabets ”produkter, services, og garantier lever op til udbudsmaterialet mindste krav”. Der er ikke oplysninger, der indikerer eller viser, at selskabet ikke har mulighed for at levere biler med en indvendig frihøjde på minimum 185 cm, og kommunen havde ikke pligt til at kontrollere, om dette var tilfældet. Kommunen var allerede derfor ikke forpligtet til at afvise tilbuddet.

Kommunen opfattede Langhøj ApS’ tilbud på den måde, at hvis en bilimportør tilbød bedre vilkår, end selskabet var forpligtet til i henhold til udbudsbetingelserne, ville Langhøj ApS videreføre denne fordel til forbrugerne. Det skyldes, at det i tilbuddet udtrykkeligt var anført, at der ikke blev taget forbehold, og at alle bilimportører på baggrund af den ufravigelige bestemmelse i købelovens § 83 om mindst 2 års reklamationsret ved forbrugerkoeb yder en 2-årig garanti ved forbrugerkoeb. Kommunen havde ikke anledning til at anse det anførte som et forbehold for købelovens ufravigelige regler. Det fremgik endvidere klart af tilbuddet, at det levede op til kravet om en 6-årig garanti for visse dele af bilerne. Der er også derfor heller ikke grundlag for at tage påstand 2 til følge.

Kommunen har i øvrigt ikke ved sin behandling af tilbuddet udøvet forskelsbehandling eller på anden måde handlet i strid med EUF-traktatens grundlæggende principper, jf. påstand 3.

Ad påstand 4

Handicare Auto A/S har navnlig gjort gældende, at kommunen groft har overtrådt udbudsreglerne som anført i påstand 1 og 2, subsidiært EUF-traktaten som anført i påstand 3, og at kommunens tildelingsbeslutning derfor skal annulleres.

Ringkøbing-Skjern Kommune har navnlig gjort gældende, at kommunen ikke har begået de overtrædelser, der er anført i påstandene 1-3, og at der derfor ikke er grundlag for annulation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad afvisningspåstanden

Klagenævnet er i henhold til håndhævelseslovens § 10, stk. 1, jf. § 1, stk. 2, kompetent til at tage stilling til, om der er sket en overtrædelse af de regler, som Handicare Auto A/S har angivet i påstand 1-3.

Klagenævnet tager derfor ikke afvisningspåstanden til følge.

Ad påstand 1-3

For at der kan være tale om en gensidigt bebyrdende aftale i direktivets forstand, er det – som anført i klagenævnets kendelse af 21. august 2013, Bandagist-Centeret A/S m.fl. mod Haderslev Kommune m.fl., og den deri anførte retspraksis fra EU-domstolen – en betingelse, at den ordregivende myndighed får leveret en ydelse, som myndigheden har en direkte økonomisk interesse i, mod at betale et vederlag.

Det fremgår af såvel udbudsbekendtgørelsen som udbudsbetingelserne, at kontrakten omfatter ”køb efter bevilling efter servicelovens § 114”, og den udbudte kontrakt angår således kun køb af handicapbiler, der omfattes af de nævnte regler.

Af udbudsbetingelserne fremgår – i overensstemmelse med servicelovgivningens regler, der er gennemgået ovenfor – endvidere, at ”støtte til køb af bil/bus bevilges efter servicelovens § 114 og ydes som et rentefrit lån, som ansøgeren kan anvende i henhold til reglerne i bekendtgørelse om støtte til køb af bil efter servicelovens § 114. Dvs. at borgeren er frit stillet til at vælge anden leverandør mod selv at betale evt. merudgift”.

Det følger således af udbudsbetingelserne, at det er op til de støtteberettigede borgere at indgå konkrete aftaler om køb af en bil.

På den baggrund, og da der ikke følger andet af servicelovgivningen, er det herefter borgeren selv, der bliver ejer af den pågældende bil. De rådighedsbegrænsninger for ejeren, der følger af servicelovgivningen, kan ikke føre til et andet resultat.

Der er ikke grundlag for at fastslå, at kommunen ved købet skulle blive frigjort fra andre forpligtelser end netop pligten til at yde støtte på den foreskrevne måde.

Kommunens interesse i bilens værdi som følge af sin interesse i tilbagebetaling af det ydede lån (i det omfang dette kan kræves efter servicelovens regler), eller hvis borgeren senere ansøger om støtte til køb af en ny bil, indebærer alene en indirekte interesse i bilen.

Kommunens udbetaling af støtte i form af et lån har herefter ikke karakter af betaling af en modydelse. Det gælder også, selvom udbetalingen efter udbudsbetingelserne skal ske ved fakturering til bevillingskontoret.

De køb af handicapbiler (busser), som borgere, der har fået bevilliget kommunal støtte, foretager hos leverandører af sådanne biler (busser), har herefter ikke i forhold til Ringkøbing-Skjern Kommune karakter af gensidigt bebyrdende aftaler, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a.

Den kontrakt, som kommunen den 17. juni 2014 indgik med den vindende tilbudsgiver, angår efter det anførte ikke kommunens indkøb af biler til kommunen. Den er derfor heller ikke omfattet af udbudsdirektivet, hvorfor påstandene 1 og 2 ikke tages til følge. Det bemærkes herved, at det forhold, at en ordregiver direkte har angivet, at udbudsdirektivet vil blive anvendt ved tildeling af en opgave, ikke fører til, at ordregiver i henhold til direkti-

vet bliver forpligtet til at overholde direktivets bestemmelser, hvis dette ikke følger af direktivet, jf. herved klagenævnets kendelse af 5. december 2012, Vraa Dampvaskeri A/S mod Hjørring Kommune. En eventuel forpligtelse til at overholde udbudsdirektivet, der baserer sig på kommunens erklæring om at ville følge procedurerne i direktivet, kan således alene være af aftaleretlig karakter, og en eventuel misligholdelse af en sådan aftale, udgør derfor ikke en overtrædelse af direktivet.

Henset til den accessoriske karakter, som aftalen af 17. juni 2014 har i forhold til de aftaler, som de støtteberettigede borgere selv måtte indgå med den vindende tilbudsgiver, jf. ovf., er der ikke grundlag for at antage, at denne aftale skulle have selvstændig grænseoverskridende interesse. Der er allerede derfor heller ikke grundlag for at tage påstand 3 om overtrædelse af EUF-traktatens ligebehandlingsprincip til følge.

Ad påstand 4

Da klagenævnet ikke har taget påstandene 1-3 til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstanden om annulation af tildelingsbeslutningen til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Handicare Auto A/S betaler sagens omkostninger for klagenævnet til Ringkøbing-Skjern Kommune med 25.000 kr.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig