

K E N D E L S E

Jensen & Nørgaard A/S,
Ejvind Larsen ApS og
René Schröter A/S
(advokat Peter Heide Wessel, Vejle)

mod

Billund Kommune
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 087-152265 af 1. maj 2014 udbød indklagede, Billund Kommune, som offentligt udbud efter udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF) en rammeaftale for køb af biler til kommunes hjemmepleje, inklusive service-/vedligeholdelsesaftale, samt garanteret tilbagekøbspris. Tildelingskriteriet var ”det økonomisk mest fordelagtige bud”.

Billund Kommune havde ved tilbudsfristens udløb den 10. juni 2014 modtaget i alt 4 tilbud, herunder fra virksomheden AT Biler A/S samt klagerne René Schröter A/S og Ejvind Larsen ApS.

Billund Kommune meddelte den 25. juni 2014, at det var besluttet at tildele rammeaftalen til AT Biler A/S.

Den 26. december 2014 indgav følgende bilforhandlere klage til Klagenævnet for Udbud over Billund Kommune: Jensen & Nørgaard A/S (Fiat), der ikke afgav tilbud, samt Ejvind Larsen ApS (Hyundai) og René Schröter A/S (Volkswagen).

Jensen & Nørsgaard A/S, Ejvind Larsen ApS og René Schröter A/S har endeligt nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at Billund Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at frafalde et grundlæggende element i udbuddet ved at indkøbe biler i gråmetal, uanset at det fremgik af kravspecifikationen samt spørgsmål og svar, at bilerne skulle være kongeblå.

Påstand 2:

Klagenævnet skal udstede påbud til Billund Kommune om at foretage fornyet udbud på baggrund af det frafaldne mindstekrav om bilernes farve.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen står der blandt andet:

”II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene
 Billund Kommune ... ønsker at etablere en rammeaftale for køb af biler til hjemmeplejen inklusive service-/vedligeholdelsesaftale, samt garanteret tilbagekøbspris.
 De samlede indkøb i kontraktperioden forventes at udgøre i alt cirka 25 biler, der leveres i portioner af typisk 7-9 stk. ad gangen. Det skal dog være muligt for udbyder også at kunne bestille biler enkeltvis, såfremt behovet skulle opstå.
 Opgaven indgås som en rammeaftale med én tilbudsgiver.

...

...

IV.2.1 Tildelingskriterier

Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af de kriterier, der er anført i specifikationerne ...”

Af udbudsbetingelsernes pkt. 3 om ”Kravspecifikation” fremgik blandt andet:

”Alle nedenstående krav skal opfyldes. Tilbudsgiver bedes tilkendegive opfyldelsen af samtlige krav i fremsendt tilbud. I modsat fald vil udbyder have pligt til at afvise tilbuddet som værende ikke-konditions-mæssigt.

...

3.6 Udstyr, mv.

Bilerne forventes at have et udstyrsniveau der ikke er under dansk markedsstandard for den pågældende bilklasse. Udbyder har følgende minimumskrav til bilerne (men ikke nødvendigvis begrænset til):

- ...
- Farve: Mørkeblå, metallak”

Tildelingskriteriet var ”det økonomisk mest fordelagtige bud” med følgende underkriterier:

- | | |
|------------------|----------------|
| - Økonomi | 50 % |
| - Kvalitet | 40 %, herunder |
| o Ergonomi | 20 % |
| o Funktionalitet | 10 % |
| o Køreegenskaber | 10 % |
| - Service | 10 % |

Under udbudsprocessen blev der stillet spørgsmål til Billund Kommune. Spørgsmål 1 lød:

”Er det et ufravigeligt krav at bilerne skal være mørke blå metal. Og kan det specificeres yderligere, hvor mørkeblå farven skal være?”

På tilbuds listen er Farven ”Mørkeblå” specificeret, må der tilbydes alternative farver?”

Billund Kommune svarede:

”Farven er ”Kongeblå”. Der må ikke tilbydes alternative farver.”

Efter tilbudsfristens udløb den 10. juni 2014 traf Billund Kommune som nævnt den 25. juni 2014 beslutning om at tildele ordren til AT Biler A/S.

Af kommunens evalueringsskema fremgår blandt andet:

	<u>Vægt</u>	<u>Hyundai</u>	<u>Nissan</u>	<u>Toyota</u>	<u>VW</u>
Evalueringspris	50 %	172.210	149.638	150.591	163.900
Pris, point	50 %	2,79	4,00	3,95	3,24
Ergonomi	20 %	2,49	2,17	2,61	2,29
Funktionalitet	10 %	2,91	1,99	3,13	3,15

Køreegenskaber	10 %	2,89	1,89	3,22	3,33
Service	10 %	1,00	3,00	1,00	4,00
<u>VÆGTET</u>					
Pris, point	50 %	1,40	2,00	1,97	1,62
Ergonomi	20 %	0,50	0,43	0,52	0,46
Funktionalitet	10 %	0,29	0,20	0,31	0,32
Køreegenskaber	10 %	0,29	0,19	0,32	0,33
Service	10 %	0,10	0,30	0,10	0,40
<u>I alt</u>		<u>2,57</u>	<u>3,12</u>	<u>3,23</u>	<u>3,13</u>

Kontrakten blev indgået den 8. juli 2014.

Af en mailkorrespondance mellem medarbejdere hos Billund Kommune og den vindende tilbudsgiver, AT Biler A/S, fra august måned 2014 fremgår, at AT Biler A/S oplyste, at selskabets importør havde bestilt biler hjem i en forkert farve, og at AT Biler A/S tilbød kommunen at låne 9 biler, indtil biler i den rigtige farve kunne leveres. Endvidere fremgår det, at kommunen accepterede levering af biler med ”koksgrå-folie på biler i sølvmetal”.

Billund Kommune har under klagesagen oplyst, at kommunen telefonisk afslog tilbuddet fra AT Biler A/S om grå lånebiler, indtil biler af den rigtige farve kunne leveres, og at kommunen har købt i alt 9 biler i farven gråmetal. Billund Kommune har endvidere oplyst, at der endnu ikke er leveret biler i den i udbuddet krævede kongebå farve, men at kommunen næste gang, det bliver aktuelt at købe biler til hjemmeplejen, vil købe biler i denne farve.

Den 6. oktober 2014 skrev Jensen & Nørgaard A/S, Ejvind Larsen ApS og René Schröter A/S til kommunen, at de havde konstateret, at der – uanset udbudsbetingelsernes ufravigelige krav om, at bilerne skulle leveres i farven kongebå – blev leveret biler i farven grå, og at de på den baggrund mente, at der skulle afholdes et nyt udbud.

Det fremgår endvidere blandt andet:

”Helt konkret har dette krav betydet 2 ting:

1: At Fiat og Skoda ikke har afgivet tilbud da der ikke kunne leveres modeller i disse farver ...

2: Hyundai ... kunne sælge bilerne 5.500 kr. billigere pr. stk., hvis man selv kunne bestemme farven.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 2

Jensen & Nørgaard A/S, Ejvind Larsen ApS og René Schröter A/S har navnlig gjort gældende, at Billund Kommune overskred grænserne for ændring af kontrakten ved at købe bilerne i farven gråmetal. Kommunen havde selv fastsat, at det var et mindstekrav, at bilerne var kongeblå, og den var derfor forpligtet til strengt at følge dette krav. Ændringen var ikke af bagatelagtig karakter, da den indebar en fravigelse af et mindstekrav og dermed, at kontrakten grundlæggende ændrede karakter. Ændringen må derimod anses for væsentlig, da Jensen & Nørgaard A/S (Fiat) afstod fra at afgive tilbud, da de ikke kunne levere biler i farven kongeblå, og da Ejvind Larsen ApS (Hyundai) kunne have afgivet et mere fordelagtigt tilbud, hvis der havde været valgfrihed i forhold til farvevalget på bilerne. Det kan således ikke udelukkes, at ordren ville være blevet tildelt en anden tilbudsgiver, hvis farvekravet var blevet frafaldet. Ændringen har også medført en ændret økonomisk balance i kontrakten. Jensen & Nørgaard A/S, Ejvind Larsen ApS og René Schröter A/S har således efter gennemgang af Toyotas hjemmeside konstateret, at farven kongeblå ikke er en standardfarve vedrørende den tilbudte Toyota Yaris Hybrid Van, og at AT Biler A/S dermed har opnået en økonomisk fordel ved, at kommunen frafaldt kravet. Den mørkeblå farve, som Billund Kommune har fremlagt et eksempel på fra Toyotas hjemmeside, er ikke kongeblå som krævet under udbuddet. Dertil kommer, at kravet om, at bilerne skulle være kongeblå begrænsede konkurrencen unødigt.

Klagenævnet kan i medfør af håndhævelseslovens § 13, stk. 1, nr. 3, pålægge Billund kommune at lovliggøre udbudsproceduren, hvor kommunen har fraveget et mindstekrav. Et sådant påbud om at udbyde de resterende biler er relevant, selvom udbuddet af rammeaftalen er afsluttet. Kommunen skal således pålægges at gennemføre et fornyet udbud på biler af valgfri farve, da kravet om kongeblå biler nu ikke er opretholdt for cirka 1/3 af de biler, der er omfattet af rammeaftalen.

Billund Kommune har navnlig gjort gældende, at der ikke er sket en ændring af kontrakten. Det er således fortsat et krav, at bilerne skal være kongeblå. Kommunen har fortsat brug for biler i denne farve, og kommende leveringer af biler i henhold til kontrakten vil således også blive krævet i denne farve. For så vidt angår de biler, der er leveret i farven gråmetal, har kommunen gjort gældende, at dette ikke er udtryk for en ændring af et grundlæggende element i kontrakten, men alene om et tillægskøb til 0 kr. For det tilfælde, at klagenævnet måtte vurdere, at der er sket en ændring af kontrakten, må denne anses for bagatelagtig. Kommunen har fremlagt udskrift af Toyotas hjemmeside med billede af en mørkeblå Toyota Yaris. Farven er i udskriften angivet at være ”Island Blue”.

Der er ikke grundlag for at pålægge kommunen at foretage fornyet udbud, da kommunen ikke har frafaldet mindstekravet om, at bilerne skal være kongeblå.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Indledningsvis bemærkes, at klagenævnet efter bestemmelsen i § 10, stk. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv. ikke kan tilkende en part mere, end den har påstået, og at nævnet ikke kan tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende af den pågældende.

Billund Kommune havde i udbudsbetingelserne som suppleret med svaret på spørgsmål 1 klart fastsat, at det var et mindstekrav, at de tilbudte biler skulle være af farven kongeblå. Efter det foreliggende lægges det til grund, at den vindende tilbudsgivers leverandør bestilte de første 9 biler, der skulle leveres på rammeaftalen, i en forkert farve, at den vindende tilbudsgiver uanset dette var indstillet på at levere bilerne i en kongeblå farve, men at kommunen, der ikke kunne have forudset den anførte situation, accepterede levering af 9 biler i en bestemt anden metalfarve, nemlig metalgrå. Kommunen accepterede herved i dette omfang en fravigelse af det nævnte mindstekrav. Derimod kan det på det foreliggende grundlag, hvor der alene er sket levering af de 9 biler, ikke lægges til grund, at kommunen i videre omfang har accepteret at modtage biler i den nævnte farve eller i en anden farve end kongeblå i øvrigt. Der er således ikke sket en generel fravigelse af det pågældende mindstekrav.

Klagenævnet skal herefter i første række tage stilling til, om det anførte indebærer en sådan ændring af den ydelse, der er beskrevet i udbuddet, at leveringen heraf skulle have været udbudt på ny.

Ved afgørelsen af dette spørgsmål er det, jf. EU-domstolens domme i navnlig sag C-454/06, Presstext, og sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, afgørende, om ændringen har været væsentlig og herunder haft en sådan karakter, at det har forrykket den økonomiske balance til fordel for den vindende tilbudsgiver. I overensstemmelse med denne praksis er det i artikel 72, stk. 4, i det nye udbudsdirektiv (Europaparlamentets og Rådets 2014/24/EU af 26. februar 2014) anført, at det navnlig skal tillægges betydning, om ændringen bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt. Det fremgår endvidere, at en ændring normalt må anses for væsentlig, hvis:

- ”a) ændringen indfører betingelser, som ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren
 - b) ændringen ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for
 - c) ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde
- ...”

Jensen & Nørgaard A/S, Ejvind Larsen ApS og René Schröter A/S har gjort gældende, at Jensen & Nørgaard A/S afholdt sig fra at afgive tilbud netop på grund af det anførte mindstekrav. Et mindstekrav, som en potentiel tilbudsgiver ikke er i stand til at opfylde, vil i almindelighed være egnet til at afskære den pågældende fra at afgive tilbud, og en ændring under kontraktens levetid, der indebærer en fravigelse af et sådant krav, kan derfor efter omstændighederne ofte være en ændring, der ville kunne have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren. Henset til, at der fortsat må antages at være et mindstekrav om kongebåle biler for så vidt angår det resterende flertal af de 25 biler, der skulle indkøbes under rammeaftalen, kan det imidlertid ikke lægges til grund, at den anførte ændring i omtvistede udbudsforretning konkret ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren.

Jensen & Nørgaard A/S, Ejvind Larsen ApS og René Schröter A/S har endvidere gjort gældende, at Ejvind Larsen ApS (Hyundai) kunne have afgivet et mere fordelagtigt tilbud, hvis der havde været valgfrihed i forhold til farvevalget på bilerne. Der er ikke anført noget nærmere om, hvorvidt dette også gjorde sig gældende, hvis der havde været krav om kongeblå eller for 9 bilers vedkommende gråmetal, således som ændringen konkret indebar, og der foreligger ikke oplysninger, der sandsynliggør, at tilbuddet fra denne tilbudsgiver i givet fald kunne have været så meget bedre, at det konkret kunne have haft betydning for udbuddets resultat.

Det kan ikke lægges til grund, at ændringen af den konkrete metalfarve på de leverede biler i nævneværdigt omfang har forrykket den økonomiske balance af udbuddet til AT Biler A/S' fordel.

Da der – uanset at der er tale om en efterfølgende delvis fravigelse af et mindstekrav – som sagen er forelagt heller ikke i øvrigt er grundlag for at fastslå, at ændringen af de 9 bilers farve skulle bevirke, at rammeaftalens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt, tager Klagenævnet allerede på den baggrund ikke de nedlagte påstande til følge.

Da Billund Kommune har repræsenteret sig selv under sagen for klagenævnet, er der ikke grundlag for at bestemme, at klagerne skal betale et beløb til dækning af kommunens udgifter til advokat mv.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig