

K E N D E L S E

Langhøj ApS  
(advokat Hans Henrik Bondegaard, Aarhus)

mod

KomUdbud v/Ikast-Brande Kommune  
(advokat Maria Haugaard og  
cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 229-416279 af 23. november 2015 udbød indklagede, KomUdbud v/Ikast-Brande Kommune (herefter KomUdbud), som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale om opbygning af handicapbiler. Tildelingskriteriet var ”laveste pris”. Rammeaftalen havde en varighed på 4 år. Kontraktens anslåede værdi var 51,6 mio. kr. ekskl. moms.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 14. januar 2016 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

- Handicare Auto A/S
- Autohuset Vestergaard A/S
- Langhøj ApS

Den 20. januar 2016 besluttede KomUdbud at indgå kontrakt med Handicare Auto A/S (herefter Handicare), og kontrakt blev herefter indgået den 10. februar 2016.

Den 18. februar 2016 indgav klageren, Langhøj ApS (herefter Langhøj), klage til Klagenævnet for Udbud over KomUdbud. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Langhøj har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1a

Klagenævnet skal konstatere, at KomUdbud har handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip og udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ved at undlade at afvise tilbuddet fra Handicare, selv om tilbuddet var ukonditionsmæssigt som følge af, at det ikke opfyldte de stillede mindstekrav om angivelse af unikke varenumre, idet der var anvendt samme varenummer for en række produkter/ydelser.

#### Påstand 1b

Klagenævnet skal konstatere, at KomUdbud har handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip og udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ved at undlade at afvise tilbuddet fra Handicare, selv om tilbuddet var ukonditionsmæssigt som følge af, at samme varenummer var anvendt for samme produkt i forskellige konfigurationer.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at KomUdbud har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved undervejs i udbudsprocessen at lade kommunens udbudsansvarlige være i telefonisk kontakt med Handicare, hvorved tilbuddet antageligt blev drøftet, og Handicare blev anmodet om at deltage i det spørgemøde, som blev afholdt den 10. december 2015.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal annullere KomUdbuds beslutning af 20. januar 2016 om at indgå den udbudte rammeaftale om opbygning af handicapbiler med Handicare.

Langhøj har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

KomUdbud har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

### Sagens nærmere omstændigheder

KomUdbud har oplyst, at der, før KomUdbud begyndte at udarbejde udbudsmaterialet, blev afholdt et fælles teknisk dialogmøde, hvor man bad om input fra potentielle tilbudsgivere med udgangspunkt i et tidligere udbudsmateriale. På dette dialogmøde deltog alle tre tilbudsgivere, som senere afgav tilbud, og en fjerde virksomhed, som endte med ikke at afgive tilbud. Alle virksomhederne kom med ”input”.

KomUdbud gennemførte også en høringsfase blandt potentielle tilbudsgivere, umiddelbart før udbudsmaterialet blev gjort færdigt og offentliggjort. Alle tre tilbudsgivere afgav i den forbindelse høringsvar.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at ”KomUdbud udbyder levering af opbygning af biler til handicappede i henhold til Bekendtgørelse om støtte til køb af bil efter Servicelovens § 114”.

I udbudsbetingelserne er anført følgende:

” ...

#### 1.3 Udbuddets omfang

Opgaven indgås som en rammeaftale. Rammeaftalen forudsættes indgået med én virksomhed pr. geografisk område for perioden 01.04.2016 – 31.03.2020.

Ordregiver forpligter sig i denne periode til at købe de af udbuddet omfattede produkter hos den/de valgte tilbudsgivere på de i udbudsmaterialet nævnte vilkår, dog kun såfremt ordregiver konstaterer behov for de pågældende produkter.

Borgeren er frit stillet til at vælge anden leverandør.

Udbuddet omfatter levering af opbygning af biler til handicappede i henhold til Bekendtgørelse om støtte til køb af bil efter servicelovens § 114 (BEK nr. 719 af 19/06/2013).

...

Af hensyn til nærhedsprincippet omkring bud har vi inddelt udbyderne på opbygning i geografiske områder. Dette for at sikre kortest mulig afstand for borgeren ved afprøvning mm. Der kan bydes på ét, flere eller alle geografiske områder.

Bemærk, at en tilbudsgiver kan få tildelt ét eller flere områder, men ikke nødvendigvis alle de geografiske områder, som tilbudsgiveren har budt

på.

Geografiske områder:

1. Fyn (Odense og Middelfart)
2. Esbjerg
3. Midtjylland (Holstebro, Ikast-Brande, Lemvig og Silkeborg)
4. Trekantområdet (Fredericia og Kolding)
5. Sønderborg

...

#### 1.4 Indgåelse af rammeaftalen

I tilfælde af, at rammeaftalen tildeles tilbudsgiver indgås den i udbudsmaterialet vedlagte rammeaftale. Rammeaftalen regulerer rammeaftalens vilkår i aftaleperioden, og er en integreret del af det samlede udbudsmateriale.

Rammeaftalen skal ikke udfyldes af tilbudsgiver, men udfyldes af ordregiver i tilfælde af en aftaleindgåelse.

...

#### 1.9 Spørgsmål til udbudsmaterialet

Tilbudsgiver opfordres til at søge eventuelle uklarheder og usikkerheder afklaret ved at stille spørgsmål til udbudsmaterialet.

Alle henvendelser og spørgsmål vedrørende udbuddet skal være skriftlige og rettes til [...] senest den 06.01.2016 kl. 8.00.

...

Der vil blive afholdt spørgemøde den 10.12.2015 kl. 13 på følgende adresse: ...

Tilmeld venligst deltagere med angivelse af navn, leverandør og e-mailadresse senest den 08.12.2015 til [...]

...

#### 1.13 Aftalegrundlag

Aftale om levering af de af udbuddet omfattede produkter indgås på grundlag af nærværende udbudsmateriale med eventuelle rettelser, spørgsmål og svar og vedlagte rammeaftale. Disse dokumenter fastlægger de forpligtelser og rettigheder, der vil være gældende mellem parterne i forbindelse med opfyldelse af aftalen.

...

#### 1.21 Tildelingskriterium

Rammeaftalen vil blive tildelt de(n) tilbudsgiver(e), der afgiver den for ordregiver laveste pris.

Ved bedømmelsen af prisen vil der blive lagt vægt på de af tilbudsgiver oplyste priser jf. det nedenstående.

Tilbuddet skal afgives i danske kr. ekskl. moms, og inkl. alle øvrige afgifter.

Tilbud skal afgives ved udfyldning af tilbudslisten (Bilag 1).

...”

Tilbudslisten var vedlagt udbudsbetingelserne som bilag 1. Heraf fremgår bl.a.:

”[Tilbudslisten, linje 21] Bemærk følgende krav vedr. udfyldelsen af tilbudslisten. Bliver de ikke fulgt, bliver tilbuddet ukonditionsmæssigt:

...

[Tilbudslisten, linje 27] Har tilbudsgiver flere varenumre for en varelinje, skal alle varenumre opgives i samme felt, og alle varenumre skal have samme pris.

...

[Tilbudslisten, linje 33] Samme varenavn eller benævnelse for en arbejdsopgave, som tilbudsgiver skriver under varenavn/produktmærke, skal efter en eventuel kontraktindgåelse bruges i tilbud, på fakturaer og i statistik.”

Ud for de enkelte produktlinjer i tilbudslisten skulle tilbudsgiverne anføre ”Varenavn/produktmærke”, ”Tilbudsgivers varenr.”, ”Pris ekskl. moms, monteret og funktionsklart etc., som beskrevet ovenfor” og ”Eventuelle bemærkninger (som ikke må være forbehold)”.

Udbudsbetingelserne indeholdt endvidere kravspecifikation om opbygning og indretning af handicapbiler, og der var fastsat en række minimumskrav i den forbindelse. Under afsnittet ”Andre minimumskrav” fremgår bl.a., at ”[v]areteksten på fakturaen skal stemme overens med teksten på tilbudslisten i udbuddet”. Tilbudsgiverne skulle i tilbudsliste sætte kryds ved ”Alle krav i kravspecifikationen og i udbudsmaterialet i øvrigt overholdes uden forbehold”, som bekræftelse på, at minimumskravene ville blive opfyldt.

Udbudsbetingelserne var vedlagt et udkast til en rammeaftale. Af udkastet fremgår:

...”

## § 13 Fakturering

...

Varenummer: Hvert enkelt produkts variant skal have et unikt varenummer. Varenummeret skal være identisk med varenummeret på tilbudslisten, hvis det findes på tilbudslisten. Er der tale om individuel tilpasning af et produkt fra tilbudslisten, skal der laves en tilføjelse til varenummeret fra tilbudslisten. Tilføjelsen (f.eks. ”S” for ”Specialtilpasning”) skal være den samme hver gang, der laves en specialtilpasning. Den faste tilføjelse skal i øvrigt bruges ved alle specialtilpasninger uanset om der er tale om tilpasning af et varenummer fra tilbudslisten eller om tilpasning af et produkt, som ikke findes på tilbudslisten. Alle produkter – både standardprodukter og tilpassede produkter – skal have faste varenumre, så de kan indgå i rekvireret statistik – se også § 19 Statistik.

Varenavn: Teksten på fakturaen skal stemme overens med teksten på tilbudslisten i udbuddet.

Uanset hvorledes ordrer er afgivet, skal fakturaer fremsendes elektronisk i det til enhver tid gældende fællesoffentlige format.

...

## § 14 Priser

...

Såfremt kontraktlever – jf. bestemmelserne i § 18 Ændring af produktsammensætning – introducerer erstatningsprodukter, svarende til produkter på tilbudslisten, skal prisen på disse være den samme som eller lavere end de i tilbudslisten angivne priser for de oprindelige produkter.

Hvis det bestilte produkt er udgået som følge af produktudvikling, skal et andet produkt med minimum tilsvarende standard straks tilbydes til samme pris.

...

## § 18 Ændring af produktsammensætning

En tilbudslistevare, som udgår af produktion, skal erstattes af et tilsvarende produkt.

...

## § 19 Statistik

...

Varenumrene i statistikken skal være identiske med varenumrene på fakturaerne. Er der tale om individuel tilpasning af et produkt fra til-

budslisten, skal der være lavet en tilføjelse til varenummeret fra tilbudslisten. Tilføjelsen (f.eks. ”S” for ”Specialtilpasning”) skal være den samme hver gang der laves en specialtilpasning. Den faste tilføjelse skal i øvrigt bruges ved alle specialtilpasninger, uanset om der er tale om tilpasning af et varenummer fra tilbudslisten eller om tilpasning af et produkt, som ikke findes på tilbudslisten.

Alle produkter – både standardprodukter og tilpassede produkter – skal have faste varenumre, så de kan indgå i statistikken og give overblik over, hvor meget der er købt af hvert varenummer.

...

## § 25 Misligholdelse

...

Såfremt kontraktbetingelser gentagne gange gør sig skyldig i misligholdelse, jf. ovenstående, betragtes dette som væsentlig misligholdelse. Desuden betragtes følgende forhold altid som væsentlig misligholdelse:

- ...
- Gentagende manglende overholdelse af bestemmelserne om fakturering.

- ...

...”

Som anført i udbudsbetingelsernes punkt 1.9 ”Spørgsmål til udbudsmaterialet” blev der afholdt et spørgemøde den 10. december 2016. I referatet fra mødet står bl.a.:

”Mundtlig tilføjelse: Bemærk kravene vedr. udfyldelsen af tilbudslisten. Bliver de ikke fulgt, bliver tilbuddet ukonditionsmæssigt”.

...

Bemærk følgende krav vedr. udfyldelsen af tilbudslisten. Bliver de ikke fulgt, bliver tilbuddet ukonditionsmæssigt.

...

Tilbudslisten skal udfyldes i uændret format. Der må kun opgives 1 pris pr. varelinie, og der må ikke tilføjes eller fjernes varelinier.

Har tilbudsgiver flere varenumre for en varelinie, skal alle varenumre opgives i samme felt, og alle varenumre skal have samme pris.”

KomUdbud har fremlagt en korrespondance, som man havde med Handicare inden spørgemødet den 10. december 2015. Det fremgår heraf, at Handicare skrev til den udbudsansvarlige hos KomUdbud den 27. novem-

ber 2015 med anmodning om at få udbudsmaterialet tilsendt. Ved mail af 30. november 2015 blev materialet sendt til Handicare.

Handicare forespurgte den 10. december 2015, om bilag 6 manglede i det tilsendte materiale. Dette svarede KomUdbuds udbudsansvarlige på ved en mail senere samme dag, og i den forbindelse bemærkede den udbudsansvarlige, at Handicare ikke havde tilmeldt sig spørgemødet senere på dagen, og om det var en fejl, eller om Handicare regnede med at komme og i givet fald med hvor mange personer. Handicare svarede, at der ville komme to personer fra virksomheden.

KomUdbud modtog som anført tre tilbud og meddelte ved brev af 20. januar 2016 til tilbudsgiverne, at kontrakten på alle de geografiske områder ville blive tildelt Handicare, der havde afgivet tilbuddet med den laveste pris.

#### *Handicares tilbud*

Langhøj har anført, at der i vid udstrækning er sammenfald mellem de anvendte varenumre i Handicares tilbudsliste. Det samme varenummer er anvendt for forskellige produkter. Langhøj har anført følgende:

”...

Handicare har i tilbudslisten anvendt varenummer 100 i 29 forskellige varelinjer og varenummer 35 i 14 forskellige varelinjer. Alene varenummer 100 og 35 er således anvendt i 43 forskellige varelinjer.

Der er i alt 172 varelinjer, hvoraf der for de 43 er anvendt 2 forskellige varenumre. Det svarer til, at 25 % af varenumrene i tilbudslisten udgøres af varenummer 100 og 35.

...”

Langhøj har endvidere anført, at der mangler varenumre på produktkonfigurationer. I varelinje 201 og 202 med teksten ”Elektrisk 6-vejskonsol...” er der for begge varelinjer angivet varenummer 43000. Dette kan muligvis skyldes, at der bydes ind med samme produkt for begge varelinjer. For at opfylde betingelserne i udbudsmaterialet skal produktet imidlertid forefindes i fire konfigurationer: kort, lang, højre, venstre. Det kan således ikke for varenummeret konstateres, hvilken konfiguration der er budt ind med, ligesom ”alle varenumrene ikke er opgivet i samme felt”.



## Parternes anbringender

### Overordnede anbringender ad påstand 1a, 1b, 2 og 3

Langhøj har gjort gældende, at udbuddet, herunder rammeaftalen og udbudsmaterialet i øvrigt, er af en sådan karakter, at kommunerne har en direkte økonomisk interesse i udbuddet, at karakteren af udbudsvilkårene medfører, at der er tale om en gensidigt bebyrdende aftale, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a, og at KomUdbud har haft en sådan indflydelse på indholdet af de indgåede aftaler, at KomUdbud reelt må anses for aftalepart i aftalerne.

I henhold til § 13 i bekendtgørelse nr. 719 af 19. juni 2013 om støtte til køb af bil efter servicelovens § 114 er det en forudsætning, at kommunen har bevilget støtten til køb af den særlige indretning, inden indretningen købes. Dermed bliver kommunernes bevilling afgørende for aftalens indhold og indgåelse. Da fakturering sker direkte til kommunerne, bliver kommunerne forpligtet af de indgåede aftaler, herunder til at opfylde de forpligtigelser, der skal opfyldes af køberen efter aftalen. Aftalen mellem leverandøren og borgeren kan kun indgås med respekt for den indretning, som borgeren har fået bevilliget. Det faktiske aftalemæssige råderum mellem borgeren og leverandøren er derfor kun af ren accessorisk karakter.

Aftaler, der indgås i medfør af rammeaftalen, er endvidere af væsentlig og direkte økonomisk interesse for kommunerne, da valget af det billigste tilbud er afgørende for størrelsen af det beløb, som kommunerne i sidste ende kommer til at betale for den særlige indretning. Det er ikke afgørende for, om kommunen har en direkte økonomisk interesse i ydelsen, at den særlige indretning sker i et motorkøretøj, som er ejet af en borger, jf. EU-domstolens dom af 15. juli 2010 i sag C-271/08, Kommissionen mod Tyskland m.fl.

Det er korrekt, at der ved tilskud til køb af biler, jf. bekendtgørelsen § 7, ydes et rentefrit lån til køb af bilen. Ved tilskud til særlig indretning af bilen er der dog ikke tale om lånefinansiering, og kommunen betaler alle omkostninger til den bevilligede indretning.

KomUdbud må endvidere antages at have en så afgørende indflydelse på aftalevilkårene, at der er opstået en egentlig økonomisk interesse for kommunerne, herunder særligt at kontraktshaveren ifølge rammeaftalen kan blive økonomisk ansvarlig over for kommunen, udover hvad der gælder efter dansk rets almindelige regler. KomUdbud har i øvrigt udøvet så meget indflydelse på aftalevilkårene, at der er tale om en gensidigt bebyrdende aftale, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a. Aftalevilkårene er af en karakter, som ikke alene tjener borgernes formål, og de går langt udover, hvad der sagligt kan antages at være i borgernes interesse.

KomUdbud har i rammeaftalen og udbudsmaterialet i øvrigt fastsat en række gensidigt bebyrdende vilkår, som ikke vedkommer borgerne, herunder afvikling af aftaler med andre leverandører (udbudsmaterialets pkt. 1.17), minimumskrav til leverandørens personale (rammeaftalens § 6), mangler (rammeaftalens § 24), misligholdelsesvirkning ved manglende overholdelse af rammeaftalens §§ 6, 28 og 37 m.fl. (rammeaftalens § 25), bod ved fejlfaktureringer (rammeaftalens § 28) og vilkår om etisk og socialt ansvar (rammeaftalens § 37). Der er ikke tale om almindelige og sædvanlige aftalevilkår i bilbranchen, og det er alle vilkår, som borgerne ikke kunne opnå ved individuelle aftaler med leverandøren. Borgerne tillægges endvidere ikke ret til at ”udøve vilkårene individuelt”. Det er alene kommunerne, som kan håndhæve vilkårene over for leverandøren. Dette indikerer, at vilkårene alene er indsat for at tilgodese kommunernes interesser, og at aftalerne derfor er gensidigt bebyrdende aftaler.

Rammeaftalen må endvidere antages at have en klar grænseoverskridende interesse. Kontraktværdien er opgjort til 51,6 mio. kr. over en periode på 4 år, og kontraktværdien taler for, at der er en klar grænseoverskridende interesse. De stillede krav til geografisk placering og dansktalende personale kan ikke antages at ændre herved. Handicare har i forbindelse med tilbuddet været nødsaget til at etablere en afdeling i Syddanmark for at kunne opfylde de opstillede geografiske krav. Det ses således ikke at være en forhindring for deltagelse i udbuddet, at der skal etableres afdelinger til opfyldelse af de opstillede geografiske krav. Kontraktperioden på 4 år, kontraktværdien og det forhold, at kommunerne vil opsigte eventuelle konkurrerende aftaler, medfører, at vilkårene for rammeaftalen er så gunstige, at en udenlandsk aktør kunne have overvejet at deltage i udbuddet.

KomUdbud har gjort gældende, at KomUdbud ikke har handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip eller udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed, da der ikke er tale om et indkøb, som er omfattet af udbudsdirektivet eller EUF-traktatens ligebehandlingsprincip.

KomUdbud har henvist til klagenævnets kendelse af 16. december 2014, Handicare Auto A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune, hvor det blev fastslået, at for at der kan være tale om en gensidigt bebyrdende aftale i udbudsdirektivets forstand, er det en betingelse, at den ordregivende myndighed får leveret en ydelse, som myndigheden har en direkte økonomisk interesse i, mod at betale et vederlag. Kendelsen vedrørte køb af handicapbiler og indretning af handicapbiler efter bevilling i medfør af servicelovens § 114.

Dette udbud omfatter ligeledes indretning af handicapbiler efter bevilling i medfør af servicelovens § 114. Både det udbud, som kendelsen omhandler, og det udbud, klagen i denne sag vedrører, handler om omfanget af den støtte, som en kommune skal give til en borger til indretning af en handicapbil. Dette udbud er således omfattet af samme hjemmelsgrundlag, som var omdrejningspunkt i kendelsen. I henhold til § 13 i bekendtgørelse nr. 719 af 19. juni 2013 om støtte til køb af bil efter serviceloven § 114 ydes der tilskud til særlige indretninger. Tilskuddet er betinget af, at bilen tilhører ansøgeren eller en anden person inden for husstanden, og at bilen ikke er forsynet med den ønskede indretning fra fabrikken. Det er således borgeren, der ejer bilen, og borgeren kan have fået et rentefrit lån af kommunen som støtte til køb af bil. Kommunernes støtte i form af tilskud har således heller ikke i denne sag karakter af betaling af en modydelse, og der er således ikke tale om en gensidigt bebyrdende aftale, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a. Kommunerne ejer ikke de biler, som bliver ombygget, og har derfor ikke nogen direkte økonomisk interesse i rammeaftalen. Den rammeaftale, som KomUdbud har indgået med Handicare, er herefter ikke omfattet af udbudsdirektivet, og påstand 1-3 skal derfor ikke tages til følge.

Som fastslået af klagenævnet i kendelsen af 16. december 2014 kan det forhold, at KomUdbud i udbudsmaterialet har angivet, at udbudsdirektivet vil blive anvendt ved tildelingen af rammeaftalen, ikke føre til, at KomUdbud bliver forpligtet til at overholde direktivets bestemmelser.

KomUdbuds erklæring om at ville følge procedurerne i direktivet er således også i denne sag alene af aftaleretlig karakter, og en eventuel misligholdelse af en sådan aftale udgør derfor ikke en overtrædelse af direktivet.

De omhandlede indkøb i denne sag sker i henhold til § 13 i bekendtgørelse nr. 719 af 19. juni 2013 om støtte til køb af bil efter servicelovens § 114. Der ydes således støtte til køb af særlig indretning, som forinden er bevilliget af de enkelte kommuner. Hvilke konkrete aftaler, der indgås mellem en leverandør og en borger, er ikke af væsentlig og direkte økonomisk interesse for kommunen, da kommunen forinden har fastsat, hvilken støtte der ydes. Borgeren kan selv beslutte, hvilke arbejder der ønskes udført, men det ændrer ikke ved, at kommunen kun yder støtte til den særlige indretning med det beløb, som forinden er blevet bevilget.

Både bil og opbygning/særlige indretning er borgerens ejendom. Dette ligger implicit i, at kommunen alene yder et tilskud til den særlige indretning. Allerede derfor ses kommunen ikke at have nogen direkte økonomisk interesse i købet.

EU-domstolens dom af 15. juli 2010, sag C-271/08, Europa-Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland, er ikke sammenlignelig med denne sag. Der forelå særlige omstændigheder, som der redegøres for i dommens præmis 78-80, hvoraf det fremgår, at der i sagen var tale om en aftale af en gensidig bebyrdende karakter.

KomUdbud har ikke haft en så afgørende indflydelse på aftalevilkårene, at der kan siges at opstå en egentlig økonomisk interesse for kommunerne eller en gensidigt bebyrdende aftale. De aftalevilkår, som Langhøj henviser til (udbudsmaterialets pkt. 1.17, rammeaftalens § 6, § 24, § 25, § 28 og § 37), er helt generelle aftalevilkår, som anvendes i branchen og af KomUdbud i en lang række andre udbud. Disse vilkår tilgodeser i det væsentlige borgeren og leverandøren. De eneste vilkår, som er konkret tilpasset dette udbud, er rammeaftalens bestemmelser om, at leverandøren skal være loyal over for kommunens afgørelse, og muligheden for bod, hvis leverandøren fakturerer for dele, der ikke er indbygget i bilen. Begge disse vilkår tilgodeser borgeren, da det er borgeren, der skal betale for ydelser, som ikke er omfattet af kommunens afgørelse/bevilling.

Rammeaftalen kan endvidere ikke antages at have en grænseoverskridende interesse som følge af aftalens værdi og de fastsatte krav til maksimal afstand i kilometer til afprøvningssted. Indkøbet er derfor heller ikke omfattet af de almindelige traktatprincipper. En forholdsvis høj kontraktværdi er isoleret set ikke nok til at kunne konstatere grænseoverskridende interesse, da der særligt skal tages højde for kravet til geografisk placering og dansktalende personale.

KomUdbud har taget kontakt til fire andre ordregivere, som tidligere har udbudt opbygning af handicapbiler: Ringkøbing-Skjern Kommune, Vejle Kommune, Sydjysk Udbuds Samarbejde v/Aabenraa Kommune og Jysk Fællesindkøb v/Syddjurs Kommune. Alle ordregivere har svaret, at de ikke har fået tilbud eller henvendelser fra udenlandske virksomheder i forbindelse med deres udbud af kontrakten på trods af, at der har været gennemført EU-udbud. Dette støtter, at udbuddet ikke har grænseoverskridende interesse. KomUdbud har endvidere selv udbudt opbygning af handicapbiler fire gange tidligere og har ikke på noget tidspunkt fået tilbud fra udenlandske tilbudsgivere.

#### Ad påstand 1a

Langhøj har gjort gældende, at KomUdbud har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have taget tilbuddet fra Handicare i betragtning, selv om Handicares tilbud ikke opfyldte mindstekravene i udbudsbetingelserne. Det fremgår af udbudsbetingelserne – og det blev nævnt på mødet den 10. december 2015 – at produkter skal angives med unikke varenumre. Handicare har for 25 % af varelinjerne anvendt varenumrene 100 og 35. KomUdbud har herefter ikke mulighed for at foretage en effektiv kontrol af, at Handicare leverer de angivne varenumre til den angivne pris, idet varenumrene dækker over 43 forskellige varer. Allerede fordi det af tilbudslisten, linje 27, fremgår, at alle varenumre skal have samme pris, og at betingelserne i bl.a. linje 27 og 33 skal være opfyldt, for at tilbuddet anses som konditionsmæssigt, er tilbuddet ikke konditionsmæssigt. Handicare blev ved afgivelsen af tilbuddet bundet af de angivne varenumre i tilbudslisten. Det følger af rammeaftalens § 13, at "[v]arenummeret skal være identisk med varenummeret på tilbudslisten, hvis det findes". Da Handicare har anvendt varenumrene 100 og 35, er Handicare bundet heraf og kan ikke vilkårligt udskifte dem. Kravet om unikke varenumre må anses

som et krav, der skal være opfyldt på tidspunktet for tilbudsafgivningen. Da det er ubestridt, at Handicare ikke har anvendt unikke varenumre, er tilbuddet allerede af den grund ukonditionsmæssigt.

Handicare har ikke taget forbehold for at udskifte varenumrene i tilbuddet, og KomUdbuds bemærkning om, at man senere kan ændre i varenumrene, må derfor anses for at være en efterrationalisering.

KomUdbud har gjort gældende, at tilbuddet fra Handicare var konditionsmæssigt, da tilbuddet opfyldte de stillede krav, herunder særligt de stillede krav til udfyldelse af tilbudslisten. Udbudsmaterialet indeholdt ikke mindstekrav om angivelse af unikke varenumre ved tilbudsafgivelsen, men alene krav til varettekst og varenumre, som skulle overholdes i forbindelse med fakturering og statistik for brug af rammeaftalen. Hvis den kommende leverandør ikke overholder bestemmelserne om fakturering, vil kommunen kunne gøre brug af rammeaftalens bestemmelse om misligholdelse, og der er således tale om et kontraktretligt forhold – ikke et udbudsretligt.

Når rammeaftalen træder i kraft, skal hvert enkelt produkt have et unikt varenummer, hvilket Handicare har garanteret vil blive opfyldt. KomUdbud har ikke grund til at tro, at Handicare ikke vil kunne leve op til de stillede krav. Langhøj henviser til følgende krav i rammeaftalen, som dog ikke vedrører tilbudsafgivelsen:

”Hvert enkelt produkts variant skal have et unikt varenummer. Varenummeret skal være identisk med varenummeret på tilbudslisten, hvis det findes på tilbudslisten”

At alle varenumre ikke nødvendigvis skal være oprettet ved afgivelse af tilbuddet, fremgår af ordlyden om, at varenummeret på fakturaen skal være identisk med varenummeret på tilbudslisten, hvis det findes på tilbudslisten. Det fremgår således, at der kan være varenumre, som ikke er oprettet ved tilbudsafgivelsen, men som vil blive oprettet ved aftaleindgåelse. Ved afgivelse af tilbud er det alene relevant at få specificeret, hvilke varer der tilbydes.

Handicare havde ikke ved tilbudsafgivelsen oprettet unikke varenumre for alle produkter og ydelser, men vil skulle levere unikke varenumre ved levering, herunder til brug for fakturering og statistik i henhold til ramme-

aftalen. Der skal skelnes mellem varenummer og varetekst, og udbudsmaterialet har ikke stillet de samme krav til varenummer og varetekst. De steder, hvor Handicare har anvendt samme varenummer (varenummer 35 og 100) til forskellige produkter, fremgår forskellen imidlertid tydeligt af vareteksten, og det er vareteksten, der skal bruges på fakturaerne i rammeaftaleperioden. KomUdbud kunne tydeligt se, hvilke produkter Handicare tilbød og til hvilke priser. Handicare havde derfor udfyldt tilbudslisten korrekt, og tilbuddet var dermed konditionsmæssigt.

### Ad påstand 1b

Langhøj har gjort gældende, at det ikke i Handicares tilbud er muligt at skelne mellem varenumre for ens produkter i forskellige konfigurationer. Varenummer 43000 i tilbudslisten må kun omfatte én konfiguration af produktet ”Elektrisk 6-vejs-konsol...”, og tilbuddet er derfor ikke konditionsmæssigt. Det er i referatet fra spørgemødet særligt fremhævet, at manglende opfyldelse af kravene til tilbudslisten medfører, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt.

KomUdbud har gjort gældende, at tilbuddet fra Handicare var konditionsmæssigt, selv om det samme varenummer er oplyst for samme produkt i forskellige konfigurationer. KomUdbud har ikke stillet krav om, at varenumrene skal være forskellige, hvis samme produkt findes i forskellige konfigurationer, ligesom KomUdbud ikke har stillet krav om, at der i tilbuddet skal skelnes mellem produkter i forskellige konfigurationer. KomUdbud ville blot være sikker på, at de tilbudte produkter kunne leve op til de stillede krav.

Handicare har budt ind med ét produkt, som dækker flere krav og varelinjer, og det er således ikke nødvendigt at konstatere, hvilken konfiguration der er budt ind med til hvert enkelt krav, så længe det tilbudte produkt kan leve op til kravene.

### Ad påstand 2

Langhøj har gjort gældende, at KomUdbuds udbudsansvarliges kontakt til Handicares direktør i tilbudsperioden er i strid med direktivets principper om ligebehandling og gennemsigtighed, idet KomUdbuds udbudsansvarlige af egen drift telefonisk kontaktede en potentiel tilbudsgiver og bad denne

komme til spørgemødet. Al kommunikation med tilbudsgivere i tilbudsperioden bør alene foregå skriftligt og med størst mulig gennemsigtighed. Det er en skærpende omstændighed, at KomUdbud ikke efterfølgende orienterede de øvrige tilbudsgivere om henvendelsen til Handicare.

Da KomUdbuds kommunikation med Handicare ikke er sket på en objektiv og gennemsigtig måde, skal klagenævnet konstatere, at henvendelsen fra KomUdbud til Handicare er i strid med ligebehandlingsprincippet.

KomUdbud har gjort gældende, at KomUdbud ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, da KomUdbud ikke har drøftet udbuddet med Handicare ud over, hvad der er håndteret under processen med spørgsmål og svar. KomUdbud har dokumenteret og fremlagt sin skriftlige kontakt med Handicare, og denne er ikke i strid med de udbudsretlige principper. Al kontakt med Handicare har været skriftlig og kan således dokumenteres. Handicare har alene fået de samme oplysninger som de øvrige tilbudsgivere. KomUdbud ønskede alene af hensyn til den praktiske gennemførelse af spørgemødet at vide, om Handicare deltog i mødet.

### Ad påstand 3

Langhøj har gjort gældende, at overtrædelserne ad påstand 1a, 1b og 2 skal medføre, at KomUdbuds beslutning om at tildele rammeaftalen til Handicare annulleres.

KomUdbud har gjort gældende, at der, efter det anførte ad påstand 1a, 1b og 2, ikke er grundlag for at annullere KomUdbuds tildelingsbeslutning

Klagenævnet udtaler:

### Ad påstand 1a, 1b, 2 og 3

En aftale skal være gensidigt bebyrdende for at være omfattet af udbudsdirektivet, og aftalen vil kun være gensidigt bebyrdende, hvis den ordregivende myndighed får leveret en ydelse, som myndigheden har en direkte økonomisk interesse i, mod at betale et vederlag.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, at udbuddet



omfattede levering af opbygning af biler til handicappede i henhold til bekendtgørelse om støtte til køb af bil efter serviceloven (bekendtgørelse nr. 719 af 19. juni 2013). I bekendtgørelsens § 13 står:

”Der kan ydes tilskud til nødvendig indretning af en bil, uanset om der kan ydes støtte til køb af bil efter §§ 1-4, hvis

- 1) politiet har stillet krav om det,
- 2) hvis ansøgerens helbredsforhold i øvrigt taler for det, eller
- 3) hvis det letter ansøgerens placering i bilen.

Stk. 2. Tilskud til automatisk transmission [automatgear], der udgør 23.764 kr., er dog betinget af, at bilen er under 1 år og er forsynet med indretningen fra fabrikken.

Stk. 3. Tilskuddet kan ydes til flere inden for samme husstand. Tilskud er betinget af, at bilen tilhører ansøgeren eller en anden person inden for husstanden, og at bilen ikke er forsynet med indretningen fra fabrikken.

...

Bekendtgørelsen er udstedt i medfør af servicelovens § 114, stk. 4. Servicelovens § 114 har følgende ordlyd, jf. nu lovbekendtgørelse nr. 1270 af 24. oktober 2016:

”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. Social- og indenrigsministeren 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.”

Den udbudte rammeaftale omfatter således kun opbygning af handicapbiler efter de nævnte regler.

Borgeren eller en anden person i borgerens husstand er efter service-lovgivningen ejer af den bil, som opbygningen/indretningen skal foretages på, og det er borgeren, der søger kommunen om tilskud til indretningen. Når tilskuddet er bevilget, indgår borgeren aftale med leverandøren. Borgeren kan vælge en anden leverandør end den, som har fået den udbudte rammeaftale tildelt. Da der er tale om, at kommunen yder tilskud til opbygning af en bil, som tilhører borgeren, har kommunen ikke en direkte interesse i opbygningen.

Kommunens udbetaling af tilskud har herefter ikke karakter af betaling af en modydelse. Borgerens køb af en særlig indretning til sin bil efter bevilling af tilskud fra kommunen, har derfor ikke karakter af en gensidigt bebyrdende aftale, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a. Dette er i overensstemmelse med klagenævnets kendelse af 16. december 2014, Handicare Auto A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune, der angik en klage over et udbud af en rammeaftale om handicapbiler og indretning heraf. Kontrakten omfattede køb efter bevilling efter servicelovens § 114, og

klagenævnet fastslog også i den forbindelse, at den udbudte kontrakt ikke var gensidigt bebyrdende.

Efter det anførte, og da der ikke på anden måde, herunder som følge af aftalevilkårene i udkastet til rammeaftale, er opstået en egentlig økonomisk interesse for kommunerne eller en gensidigt bebyrdende aftale, tager klagenævnet ikke Langhøjs påstand 1a, 1b og 2 til følge.

Der er herefter heller ikke grundlag for at tage påstand 3 om annullation til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Langhøj ApS skal inden 14 dage efter modtagelse af denne kendelse betale 30.000 kr. i sagsomkostninger til KomUdbud v/Ikast-Brande Kommune.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig