

K E N D E L S E

Multi Trans A/S
(advokat Niels Christian Døcker, København)

mod

Københavns Kommune
Sundheds-og Omsorgsforvaltningen
(advokat Andreas Christensen, København)

Ved bekendtgørelse af 15. november 2010 indhentede indklagede, Københavns Kommune, Sundheds- og Omsorgsforvaltningen, tilbud på en kontrakt om madudbringning til borgere i Københavns Kommune. Tilbudsindhentningen skete efter reglerne i tilbudslovens kapitel 6 a, jf. udbudsdirektivets bilag II B. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud med underkriterierne pris (60 %), kvalitet (20 %) og driftssikkerhed (20 %).

Der fremkom tilbud fra Post Danmark A/S og klageren, Multi Trans A/S. Kontrakten blev tildelt Post Danmark A/S, som indklagede indgik kontrakt med den 24. august 2011. Ved en allonge dateret 2. december 2011 (men underskrevet senere) aftalte parterne en ændring af kontrakten. Sagen vedrører spørgsmålet, om ændringen skulle have været konkurrenceudsat.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klagerens påstande er følgende:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med tilbudslovens § 15 c, stk. 1, ved ikke forud for indgåelsen af allonge af 2. december 2011 til kontrakt om madudbringning i Københavns Kommune af 24. august 2011 med Post Danmark A/S at have offentliggjort en annonce i pressen eller i et elektronisk medie.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med tilbudslovens § 15 d, stk. 1, samt de EU-udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling ved ud fra allonge af 2. december 2011 til kontrakt om madudbringning i Københavns Kommune af 24. august 2011 med Post Danmark A/S, at tillade uhjemlede prisstigninger og derved foretage direkte tildeling.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Københavns Kommunens beslutning om at acceptere prisstigningen opkrævet af Post Danmark A/S i kontrakten om madudbringning i Københavns Kommune.

Indklagede har principalt påstået klagen afvist, subsidiært nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens omstændigheder

Forud for tilbudsindhentningen den 15. november 2010 havde indklagede den 14. september 2010 indhentet tilbud på den samme kontrakt. Post Danmark A/S, klageren og en tredje tilbudsgiver afgav tilbud. Kun klageren blev fundet egnet, men tilbudsindhentningen blev annulleret på grund af manglende konkurrence.

Af kravspecifikationen til tilbudsindhentningen af 15. november 2010 fremgår, at der ved 2 daglige udbringninger mandag, onsdag og fredag leveres til ca. 2.100 borgere og tirsdag, torsdag, lørdag og søndag til ca. 1.800 borgere. I antallet indgår leverancer til 136 beboere på plejehjem, ældreboligkomplekser og dagcentre. Angivelserne angives at være uforbindende for ordregiveren. Der skal udarbejdes kørelister på grundlag af ruter, som udarbejdes ved kontraktens opstart. Ordregiveren udarbejder dagligt kørelister med angivelse af hver enkelt modta-

ger. Det anføres, at der for tiden er 15 dagruter og 17 aftenruter fordelt på henholdsvis 13 og 14 biler. Chaufførerne skal være dansktalende og have et hygiejncertifikat eller anden form for hygiejne-kendskab.

Tilbud skulle afgives ved brug af blandt andet et prisskema, hvor der skulle angives pris for enkeltlevering til hjemmeboende borgere og en pris for levering til plejehjem/bosteder.

Under tilbudsindhentningen blev der stillet en række spørgsmål til indklagede, herunder ét om antallet af leveringer. Indklagede besvarede dette spørgsmål således:

»Det estimerede antal leveringer er ca. 1850 leveringer minus 20%. Kommunen kan ikke på nuværende tidspunkt drøfte en model, der tager højde for ændringer udover det angivne minimum – dette pga. forbud for forhandlinger i udbudsfasen.«

Ved tilbudsevalueringen opnåede Post Danmark A/S 7,354 point, mens klageren opnåede 6,958 point, og i brev af 9. december 2010 meddelte indklagede, at man agtede at indgå kontrakt med Post Danmark A/S, hvis tilbud var blevet vurderet som det økonomisk mest fordelagtige. Udkast til kontrakten var en del af udbudsmaterialet. Indklagede indgik kontrakten med virkning fra 1. februar 2011. Af kontraktens punkt 4, fremgår, at kontraktens priser er faste indtil 31. januar 2012, hvorefter priserne kan ændres på baggrund af ændring i nettoprisindekset. I punkt 4.5 er der bestemmelser om »proceduren ved prisændringer«, hvorefter prisændringer uden ugrundet ophold skriftligt skal meddeles køber sammen med fornøden dokumentation for årsagen til prisændringen.

Kontrakten indeholder i punkt 8 bestemmelser om ændringer i kontraktperioden:

»Det forventede daglige antal leverancer fremgår af bilag 1 [kravspecifikationerne].

Køber kan inden for den aftalte kontraktperiode forlange ændringer i den aftalte ydelses art, omfang og leveringstidspunkt, når ændringen har en naturlig sammenhæng med den aftalte ydelse, herunder som følge af omorganisering på området for madudbringning.

Leverandøren skal have lejlighed til at udtale sig om de ønskede ændringer, inden krav herom fastsættes.

Begge kontraktparter kan forlange ændringer i den aftalte ydelses art, omfang og leveringstidspunkt, når det følger af nye lovkrav eller ændret offentlig regulering.

Ændringerne skal ske inden for rimelig frist fra fremsættelse af kravet. Ændringer som følge af nye lovkrav eller ændret offentlig regulering skal dog ske i overensstemmelse med eventuelle frister i den pågældende lov eller offentlig regulering.

Såfremt køber forlanger ændringer i medfør af nærværende bestemmelse, har leverandøren pligt til på forlangende at udføre de ønskede ændringer, hvis det kan ske uden væsentlig ulempe for leverandøren.

Såfremt parterne ikke kan opnå enighed om de ændrede vilkår kan kontrakten bringes til ophør med et varsel på 6 måneder. ...«

Bilag 6 til kontrakten er Post Danmark A/S's prisskema, hvor prisen for leveret hovedret m.v. er 20 kr. pr. levering og prisen for levering til plejehjem/bosteder er 457 kr. pr. dag.

Den 5. august 2011 afholdt indklagede et møde med Post Danmark A/S. Indklagede har oplyst, at baggrunden for mødet var, at indklagede var blevet opmærksom på, at de kørselsmønstre, herunder forholdene vedrørende ruter, leveringstidspunkter og biler, der var lagt til grund i udbudsmaterialet, ikke kunne danne grundlag for en tilstrækkelig stabil levering af mad til borgerne, hvis de sundhedsmæssige og kontraktuelle krav skulle overholdes. Det fremgår af et mødereferat, at Post Danmark A/S præsenterede indklagede for 2 nye modeller (benævnt 1 og 2) til et nyt drifts set-up, og at Post Danmark A/S skulle arbejde videre med model 2, som også var den dyreste model. Mødet resulterede i, at indklagede skulle udfærdige en anmodning til Post Danmark A/S om ændring af ruterne, og at Post Danmark skulle udarbejde forslag til ruteændringer.

I brev af 24. august 2011 til Post Danmark A/S meddelte indklagede, at man efter indgåelsen af kontrakten var blevet opmærksom på »visse tekniske uregelmæssigheder, som omhandler kørelister og køreruter«.

Med henvisning til punkt 8 i kontrakten blev Post Danmark A/S anmodet om at udarbejde nye kørelister med nye leveringstidspunkter for at sikre en stabil tidsmæssig levering i alle bydele.

I brev af 5. september 2011 meddelte Post Danmark A/S, at selskabet havde udarbejdet 2 modeller, der sikrede en mere stabil tidsmæssig levering i alle bydele. I model 2 er prisen for et »drop« anført til 23,35 kr. (pr. plejecenter 457 kr.). Den 2. december 2011 blev der indgået en allonge til kontrakten med et nyt bilag 2, der var i overensstemmelse med Post Danmark A/S's model 2, således at prisen for enkeltlevering til hjemmeboende borgere blev ændret til 23,35 kr., svarende til en prisforhøjelse på 16,8 %. Prisen for levering til plejehjem/bosteder var uforandret.

Klageren har beregnet, at Post Danmark (kun) ville have opnået en score på 5,86, såfremt evalueringen var foretaget på grundlag af den ændrede pris.

I duplikken har indklagede givet følgende oplysninger om baggrunden for den skete ændring af kontrakten:

Udbudsmaterialet støttede sig på oplysninger fra den tidligere leverandør (klageren), som på udbudstidspunktet benyttede 13 biler om formiddagen med 68 leveringer i gennemsnit og 14 biler om eftermiddagen med 81 leveringer i gennemsnit. Indklagede og Post Danmark A/S vurderede, at følgende driftsmæssige tilpasninger var nødvendige:

- Omlægning af ruter
- Parkeringsmulighed ved Københavns Madservice
- Forøget medarbejder- og ledelsestid med henblik på mere stabil drift
- Flere biler

Som følge af de driftsmæssige tilpasninger blev der efter ruteomlægningen i oktober 2011 kørt 13 ruter på formiddage og 17 ruter på eftermiddage fordelt på lige så mange biler. I uge 40/2011 kunne Post Danmark A/S foretage 59 leveringer om formiddagen og 57 leveringer om eftermiddagen. Det hedder herefter videre:

»De ovennævnte justeringer medførte øgede udgifter for Post Danmark A/S til såvel materiel, medarbejdere og ledelse. I forbindelse med Post Danmark A/S' varsling af prisændringen foretog Københavns Kommune et skøn over de forhold, som Post Danmark A/S har anført som begrundelse for prisændringen. Københavns kommune er dog ikke i besiddelse af de beregninger som Post Danmark A/S har lagt til grund herfor.«

Det er oplyst, at kontrakten med Post Danmark A/S i overensstemmelse med opsigelsesbestemmelserne i kontrakten blev opsagt til ophør ved udgangen af januar 2013. Med frist for afgivelse af tilbud den 29. november 2012 iværksatte indklagede en ny tilbudsindhentning, hvor klageren og Post Danmark A/S var de eneste tilbudsgivere, og hvor kontrakten blev tildelt Post Danmark A/S.

I Post Bladet, nr. 2, maj 2013, er trykt artikler om madudbringningen i København. I en artikel med overskriften »På deltid uden ret til spise-pause« hedder det som svar på et redaktionelt spørgsmål om, hvorfor det var nødvendigt at gå på deltid for at beholde madudbringningen:

»... -Bl.a. fordi ordren første gang byggede på et skævt og ikke oplyst grundlag. Man antog, at de ældre, der skulle have bragt maden ud, boede mere samlet, end de gjorde. Der var nok mere end en i hver opgang, man skulle op i, antog man. Det var også sådan, at Multitrans, der havde opgaven før Post Danmark, bare bragte maden ud, mens alle vores forinden skulle på et to-dages »pølsekursus« om grundlæggende madhygiejne. Vi måtte også skifte til nye, specielt byggede biler, udbedre parkeringsforholdene ved køkkenet i Brønshøj og opsætte et hegn for at forhindre hærværk på bilerne. Så det hele blev dyrere end forudset. Og skulle man så her ved den anden udbudsrunde byde ind med den fulde pris, kunne man umuligt vinde. I stedet har man på hverdagene deltidsansatte ... delt på to hold. ... fordi man på den måde undgår at betale spisepauser. ...«

Indklagede har oplyst, at indklagede ikke før fremlæggelsen i sagen var bekendt med artiklerne i Post Bladet.

Parternes anbringender

Ad indklagedes afvisningspåstand

Indklagede har til støtte for afvisningspåstanden anført, at klagenævnet alene har kompetence til at træffe afgørelse om, hvorvidt en ordregiver har overtrådt EU-udbudsreglerne, lov om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter og indkøb m.v. samt regler udstedt i medfør af denne lov og tilbudsloven, jf. håndhævelseslovens § 10, stk. 1, jf. § 1, stk. 2. Klagerens påstande 1 og 2 vedrører ikke disse bestemmelser, men vedrører en fortolkning af punkt 8 i den mellem parterne indgåede kontrakt, som klagenævnet ikke kan tage stilling til. Klagenævnet kan kun annullere ordregiverens ulovlige beslutninger, når ordregiveren har overtrådt udbudsreglerne som nævnt i håndhævelseslovens § 1, stk. 2, jf. § 13, stk. 1. Indklagedes beslutning om at acceptere den prisstigning, som Post Danmark A/S forlangte, er ikke en overtrædelse af udbudsreglerne, og klagenævnet kan derfor heller ikke tage stilling til klagerens påstand 3. Alle klagerens påstande skal derfor afvises.

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet kan tage stilling til overtrædelser af tilbudsloven, jf. håndhævelseslovens § 10, stk. 1, jf. § 1, stk. 2, nr. 1 – 3. Klageren ønsker klagenævnets stilling til, om punkt 8 i kontrakten mellem indklagede og Post Danmark A/S hjemlede mulighed for, at indklagede uden afholdelse af nyt udbud kunne acceptere Post Danmark A/S' prisstigning ud fra nogle påståede ændringer i samarbejdet, hvorved der skete direkte tildeling.

Ad påstand 1 – 3

Klageren har gjort gældende, at der ikke i udbudsmaterialet, herunder punkt 8 i kontrakten, er hjemmel til, at indklagede kan tillade en forøgelse på ca. 16,8 % af Post Danmarks A/S' pris. Punkt 8 giver alene mulighed for mindre tilpasninger. Hvis den regulerede pris var kendt på tildelingstidspunktet, ville klageren have opnået en højere score end Post Danmark A/S. De udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling og bestemmelsen i tilbudslovens § 15 d, stk. 1, er overtrådt, da indklagede på tildelingstidspunktet må have lagt til grund, at punkt 8 kunne lede til sådanne prisstigninger. Indklagede burde derfor have afvist Post Danmarks anmodning om prisstigninger. Indklagede må derfor afbryde kontrakten og afholde et nyt udbud eller forestå madudbringningen selv. Der foreligger ikke en redegørelse for, hvorledes Post Danmark A/S er nået frem til den beregnede prisstigning.

ning, og det henstår – trods klagerens opfordringer – ganske uklart, hvad der reelt set har ligget til grund for den aftalte prisændring. Der er en formodning for, at indklagede har accepteret prisstigningen for at undgå et nyt udbud. Det må tillægges processuel skadevirkning, at indklagede ikke har fremlagt eller redegjort for de økonomiske beregninger, der har ligget til grund for en accept af prisstigning på ca. 16,8 % pr. enhed under den bestående kontrakt med Post Danmark A/S.

Indklagede har gjort gældende, at det havde vist sig, at visse driftsmæssige tilpasninger var nødvendige, bl.a. ved omlægning af ruter for at sikre borgerne en mere stabil levering af mad. Indklagede valgte et af de 2 forslag (model 2), som Post Danmark A/S fremkom med. Indklagede fandt, at ændringerne medførte øgede udgifter for Post Danmark A/S, og indklagede foretog et skøn over de forhold, som Post Danmark A/S havde anført som begrundelse for den varslede prisændring, hvor prisen for leveret kold eller varm hovedret blev ændret til 23,35 kr. ekskl. moms, men uden prisændring for leveringer til plejehjem/bosteder.

En ordregiver kan indgå på ændringer i en udbudt kontrakt, som enten har hjemmel i kontrakten eller som ikke kan anses for væsentlige. De justeringer, der er foretaget i kontrakten, har haft til formål at sikre en stabil levering af mad, og må anses for sædvanlige justeringer i et kontraktforhold. Den udbudte ydelses karakter er ikke ændret på en sådan måde, at indklagede skulle have foranstaltet ny tilbudsindhentning, jf. tilbudslovens § 15 c.

Klagenævnet udtaler:

Ad indklagedes afvisningspåstand

Kontrakten mellem indklagede og Post Danmark A/S er en offentlig tjenesteydelseskontrakt, der omfattes af udbudsdirektivets bilag II B. Kontrakten omfattes derfor ikke af udbudsdirektivet, men da kontraktens værdi overstiger 500.000 kr., omfattes den af tilbudsloven, jf. § 15 a, stk. 1, og er dermed omfattet af annonceringspligten, jf. § 15 c. Udbyderen skal derfor sørge for, at tilrettelæggelsen og gennemførelsen af proceduren for tilbudsindhentning sker på en sådan måde, at udvælgelsen af tilbudsgivere sker på grundlag af objektive, saglige og

ikke diskriminerende kriterier, og at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem tilbudsgiverne, jf. tilbudslovens § 15 d.

Efter kontraktens punkt 8 kan indklagede inden for den aftalte kontraktperiode forlange ændringer i den aftalte ydelses art, omfang og leveringstidspunkt, når ændringen har en naturlig sammenhæng med den aftalte ydelse, herunder som følge af omorganisering på området for madudbringning. Post Danmark A/S har efter kontrakten pligt til på forlangende at udføre de ønskede ændringer, hvis det kan ske uden væsentlig ulempe.

Det beror på en fortolkning af den indgåede kontrakt, om og i givet fald i hvilket omfang indklagede eller Post Danmark A/S skal tåle ændringer i kontraktens ydelse eller vederlag. Klagenævnet kan ikke tage stilling til et sådant spørgsmål, som heller ikke er relevant i den foreliggende sag, hvor parterne blev enige om ændringer i kontraktens ydelse og vederlag. Det er derimod et udbudsretligt spørgsmål, som klagenævnet kan tage stilling til, om ændringer i en kontrakt skal konkurrenceudsættes, på samme måde som den oprindelige kontrakt blev det. Ved vurderingen af dette spørgsmål er det i sig selv uden betydning, om en ændring af kontrakten er blevet gennemført i henhold til en bestemmelse i kontrakten. Klagenævnet kan derfor tage stilling til klagerens påstande, og indklagedes afvisningspåstand tages ikke til følge.

Ad påstand 1

I en dom af 19. juni 2008 udtalte EU-domstolen (sag C-454/06, presetext Nachrichtenagentur GmbH) følgende om ændringer i en kontrakt:

»Med henblik på at sikre gennemsigtighed i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse af en ny aftale i direktiv 92/50's forstand, når de [dvs. ændringerne] er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer...

En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget.

...

En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser. ...«

Ved den udbudsretlige vurdering af den ændring af den oprindelige konkurrenceudsatte kontrakt, som indklagede gennemførte med Post Danmark A/S ved allongen af 2. december 2011, er det som anført ikke afgørende, om ændringen med hensyn til ydelsesomfanget er omfattet af punkt 8 i kontrakten, men om ændringen kan anses for væsentlig. Der er ikke i punkt 8 taget stilling til, om en ændring af ydelsesomfanget kan medføre krav på regulering af vederlaget for kontraktens ydelser. Vederlaget indgik i evalueringen af underkriteriet »pris«, og det kan ikke afvises, at tilbudsevalueringen vedrørende dette kriterium ville være faldet anderledes ud, såfremt evalueringen skulle have været foretaget på grundlag af den forhøjede pris. Forhøjelsen af tilbudsprisen, der kan have påvirket den økonomiske balance i kontrakten, må derfor - uanset hvor velbegrundet den end måtte være i den gennemførte ydelsesændring - anses som så væsentlig, at allongen allerede af den grund må sidestilles med indgåelse af en ny aftale, der skal konkurrenceudsættes på samme måde som den oprindelige kontrakt ved offentliggørelse af en annonce, jf. tilbudslovens § 15 c. Klagerens påstand 1 tages derfor til følge.

Da indklagede efter det anførte ikke kunne indgå allongen af 2. december 2012 uden fornyet konkurrenceudsættelse, tages klagerens påstand 3 om annullation af indklagedes beslutning herom til følge, jf. herved håndhævelseslovens § 13, nr. 2, jf. § 1, stk. 2.

Der findes herefter ikke anledning til at tage stilling til klagerens påstand 2.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Københavns Kommune har handlet i strid med tilbudslovens § 15 c, stk. 1, ved ikke forud for indgåelsen af allonge af 2. december 2011 til kontrakt om madudbringning i Københavns Kommune af 24. august 2011 med Post Danmark at have offentliggjort en annonce i pressen eller i et elektronisk medie.

Påstand 3

Københavns Kommunens beslutning om at acceptere prisstigningen opkrævet af Post Danmark A/S i kontrakten om madudbringning i Københavns Kommune annulleres.

Indklagede skal betale sagsomkostninger til klageren med 15.000 kr.

Klagegebyret tilbagebetales.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Thomas Schapiro
kontorfunktionær