

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Kaj Kjærsgaard, Erik Hammer)

J.nr.: 2011-0023579

21. december 2011

K E N D E L S E

Ortos A/S

(advokat Frederik André Bork, København)

mod

Odense Kommune

(cand. merc. jur. Peter Dann Jørgensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 126-183741 af 2. juli 2009 udbød Odense Kommune (indklagede) som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale om indkøb af bandager, proteser, ortoser, korsetter, halskraver, tilbehør og reparationer m.v. Rammeaftalens anslåede værdi var 19.800.000 kr. eksklusive moms. Rammeaftalens varighed var tre år med mulighed for forlængelse i et år.

Rammeaftalen var opdelt i Delaftale A »Bandager, ortoser, korsetter, halskraver, tilbehør og reparationer m.m. til voksne borgere (over 18 år)«, Delaftale B » Bandager, ortoser, korsetter, halskraver, tilbehør og reparationer m.m. til børn og unge borgere (under 18 år)«, og Delaftale C »Arm og benproteser«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 20. august 2009 havde to virksomheder - Ortos A/S (klageren) og Sahva A/S - afgivet tilbud. Den 24. august 2009 afviste indklagede klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt og besluttede samtidig at overgå til »udbud efter forhandling pga. manglende konkurrence blandt de forskriftsmæssige tilbud«.

Den 7. september 2009 afholdt indklagede separate møder med klageren og Sahva A/S. Herefter bekræftede de to virksomheder hver især, at de vedstod

det afgivne tilbud. Den 16. september 2009 afviste indklagede på ny klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt. Samme dag indgav klageren klage til Konkurrencestyrelsen. Den 21. september 2009 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Sahva A/S. Den 10. maj 2010 besvarede Konkurrencestyrelsen klagen. Kontrakt blev herefter indgået den 5. juli 2010.

Den 4. januar 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på et møde den 25. august 2011.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 23 ved ikke i udbudsbetingelserne at have beskrevet de produkter, som udbuddet vedrørte, tilstrækkeligt præcist, særligt derved at indklagede i udbudsbetingelserne

- 1) for delaftalerne A - B anvendte budlinjer for korsetter og ortoser, som for forskellige produkter kunne udfyldes på identisk måde af tilbudsgiverne,
- 2) for delaftalerne A - B anvendte betegnelserne »Lavt«, »Mellem« og »Højt« uden at angive, hvad der nærmere skulle forstås herved,
- 3) for delaftalerne A - B undlod at beskrive borgernes vægt og anatomi,
- 4) for delaftale C anvendte betegnelsen »et middel amputationsniveau« uden at angive, hvad der nærmere skulle forstås herved,
- 5) for delaftale C anvendte betegnelserne »begrænset indendørs gang«, »langsom indendørs og udendørs gang«, »uvæsentlige begrænsninger for udendørs gang i højt tempo og på længere distancer« og »særlig modstandsdygtig over for stød, vrid og spændinger mv.« uden at angive, hvad der nærmere skulle forstås herved,
- 6) for delaftale C undlod at beskrive borgernes alder,
- 7) for delaftale C undlod at beskrive borgernes vægt,

uanset tilbudsgiverne ikke herved kunne identificere kontraktens genstand, og indklagede som følge heraf ikke kunne sammenligne indkomne tilbud og

tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivet ved at anvende udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, a), uanset betingelserne herfor ikke var opfyldt, idet indklagede havde modtaget i hvert fald ét konditionsmæssigt tilbud.

Påstand 3.1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2 og § 3, stk. 1, og udbudsdirektivets artikel 41 ved den 5. juli 2010 at indgå kontrakt med Sahva A/S uden at underrette klageren, hvis tilbud indklagede den 16. september 2009 havde forkastet som ukonditionsmæssigt, om tildelingen af kontrakten til Sahva A/S.

Påstand 3.2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2 og § 3, stk. 1, og udbudsdirektivets artikel 41 ved den 5. juli 2010 at indgå kontrakt med Sahva A/S uden at underrette klageren, hvis tilbud indklagede den 16. september 2009 havde forkastet som ukonditionsmæssigt, om kontraktindgåelsen.

Påstand 4

Klagenævnet skal erklære den kontrakt, som indklagede har indgået med Sahva A/S, for uden virkning med hensyn til fremtidige leverancer i kontrakten, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 2, 1. led, jf. § 16, nr. 1.

Påstand 5

Klagenævnet skal pålægge indklagede en økonomisk sanktion, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, stk. 1, nr. 4, jf. § 18, stk. 3, nr. 3, jf. § 19, stk. 1, og stk. 2, nr. 1.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Sahva A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen afvises med den begrundelse, at den er indgivet for sent, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Sahva A/S er med klagenævnets tilladelse intervenseret i sagen til støtte for indklagede, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 4.

Den 1. april 2011 har klagenævnet besluttet ikke at afvise klagen.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelserne var fastsat følgende om tildelingskriterierne:

»...

Ordren vil blive givet til den tilbudsgiver, som ud fra en helhedsbetragtning afgiver det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet tildelingskriterierne er:

1. Priser (55 %)
2. Kvalitet (30 %)
3. Levering (10 %)
4. Service/ reklamation/ garanti (5 %)

Kriterierne er opstillet i prioriteret rækkefølge og vægtet.

Priser vil blive evalueret ud fra de fremsendte tilbud jf. afsnit 1.7, Priser samt bilag 2, Tilbudspriser.

Kvalitet vil blive evalueret ud fra afsnit 2.1.1, Kvalitet samt bilag 4, Tilbudsark.

Levering vil blive evalueret ud fra afsnit 2.4, Leveringstid.

Service/ reklamation/ garanti vil blive evalueret ud fra afsnit 2.5, Reklamation og garanti samt afsnit 2.7, Konsulentbistand.

...«

Særligt ad påstand 1:

I udbudsbetingelserne står bl.a.:

»1.7 Priser

...

Ift. delaftale A & B, evalueres de indkomne tilbud på basis af direkte prissammenligning af funktionelt sammenlignelige produkter og vægtes i forhold til de angivne vægte i bilag 2, Tilbudspriser. Ift. delaftale A & B tildeles budlinjerne, indenfor produktkategori, lige stor vægt.

Ift. delaftale C, skal tilbudsgiver jf. instruktionerne i bilag 2, Tilbudspriser, afgive tilbudspriser i forhold til forventet gennemsnitspris ved anvendelse af de mest typiske delkomponenter såvel som billigste og dyreste alternativ ved anvendelse af henholdsvis billigste og dyreste delkomponenter.

...

Ift. delaftale C, skal tilbudsgiver afgive tilbudspriser for henholdsvis tekniktimer og kliniktimer samt angive det minimale og maksimale antal teknik- og kliniktimer forbundet med at fremstille den relevante protese. Ved tilbudssammenligningen vil Odense Kommune anvende gennemsnittet af tilbudsgiver oplyste ”forventede antal timeforbrug” multipliceret med ”nettopris pr. time”, til at finde den forventede pris for den enkelte protese inkl. bandagist/tekniker tidsforbrug.

...

1.16 Vareprøver

Vareprøver på de tilbudte produkter og services til brug ved tilbuds-evaluering skal kunne rekvireres vederlagsfrit og vil blive returneret ved endt tilbudsevaluering.

Rekvireringen af vareprøver omfatter samtlige produkter som tilbudsgiver tilbyder Odense Kommune. Odense Kommune vil i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, vælge at rekvirere vareprøver, hvor Odense Kommune anser dette for nødvendigt for at kunne vurdere tilbuddene.

I tilfælde af igangsættelse af en eventuel afprøvningsperiode til brug ved tilbudsevalueringen, aftales vilkårene parterne imellem.«

I udbudsbetingelsernes bilag 2, Tilbudspriser, står bl.a.:

»Instruktioner vedrørende udfyldelse af tilbudsark

I fanebladene ”Delaftale A”, ”Delaftale B”, ”Delaftale C - Arm TH”, ”Delaftale C - Arm TR”, ”Delaftale C - Ben TP-HD”, ”Delaftale C - Ben TF”, ”Delaftale C - Ben KD”, ”Delaftale C - Ben TT”, ”Delaftale C - Ben AD” og ”Delaftale C - Ben PF” findes oversigter med de varer, som Odense Kommune forespørger priser på. Udfyld venligst arkene.

Vedrørende delaftale A & B forespørger Odense Kommune desuden timepriser på henholdsvis bandagist- og teknikertid. Udfyld venligst pågældende skema.

Ift. delaftale A & B, evalueres de indkomne tilbud på basis af direkte prissammenligning af funktionelt sammenlignelige produkter og vægte i forhold til de angivne vægte i bilag 2, Tilbudspriser. Ift. delaftale A & B tildeles budlinjerne, indenfor hver produktkategori, lige stor vægt.

Vedrørende Delaftale C, skal tilbudsgiver give bud på hver protesetype separat indenfor de specificerede protesetyper. Tilbudsgiverne skal afgive tilbudspriser i forhold til den forventede gennemsnitspris på en protese ved anvendelse af de mest typiske delkomponenter ved et middel amputationsniveau. Herudover bedes tilbudsgiver afgive tilbudspriser på billigste og dyreste alternativ ved anvendelse af henholdsvis billigste og dyreste delkomponenter ved et middel amputationsniveau. Tilbudsgiver skal desuden angive det minimale og maksimale antal tekniker- og kliniktimer, der anvendes gennem hele processen frem til udlevering af protese til endelig brug. Samtlige udgifter til fremstilling af proteserne skal være indeholdt i de afgivne tilbudspriser.

...

Ift. delaftale C, evalueres de indkomne tilbud på basis af direkte prissammenligning af funktionelt sammenlignelige produkter og vægtes i forhold til de afgivne vægte i bilag 2, Tilbudspriser.

...

Tilbudsgivers bud skal afspejle de krav, retningslinjer samt serviceniveau, som er beskrevet i udbudsmaterialet. Dokumentet er fremsendt sammen med dette Excel-ark.«

Udbudsbetingelsernes bilag 2, tilbudslisterne, er for en række forskellige støttekorsetter og ortoser omfattet af Delaftale A formuleret eksempelvis således:

»Bilag 2 - Odense Kommune
Tilbudspriser - Delaftale A ...

Bud nr.	Produktions-kategori	Produktniveau 1	Produktniveau 2	Produktniveau 3	...
...					
I.3	Støttekorset, Elastisk	LSO	Lavt	Dame	
...					
I.11	Støttekorset,	LSO	Mellem	Herre	

	Elastisk				
...					
I.13	Støttekorset, Elastisk	LSO	Højt	[ingen angivelse]	
...					
V.25	Ortoser, Øvre ekstremiteter	Halskrave	Blød	Dame	
...					
V.28	Ortoser, Øvre ekstremiteter	Halskrave	Rigide, regulbar	Herre	

«

Tilbudslisterne for Delaftale C indeholder bl.a. følgende opdeling af produkterne:

»kategori 1: Til borgere med stærkt begrænset mobilitet. Protesen skal give mulighed for at stå samt begrænset indendørs gang«

»kategori 2: Til borgere med lettere begrænset mobilitet. Protesen skal give mulighed for at stå samt langsom indendørs og udendørs gang, herunder på ujævnt grundlag og forcering af kantsten mv.«

»kategori 3: Til borgere med høj mobilitet. Protesen skal give mulighed for ubegrænset indendørs gang samt kun uvæsentlige begrænsninger for udendørs gang i højt tempo og på længere distancer uanset underlag samt andre typiske barrierer«

»kategori 4: Til borgere med særligt høj mobilitet. Protesen skal give mulighed for fuldstændig ubegrænsede bevægelsesmuligheder såvel indendørs som udendørs. Hertil skal den være særlig modstandsdygtig overfor stød, vrid og spændinger mv.«

Af et svar fra indklagede til tilbudsgiverne fremgår, at priserne i tilbudslisterne for Delaftale C skulle være baseret på brugere med en maksimalvægt på 100 kg.

|

Særligt ad påstand 2:

I en e-mail af 24. august 2009 fra indklagedes rådgiver, Capacent A/S, til klageren står:

»Vi må desværre meddele, at Odense Kommune finder jeres tilbud ukonditionsmæssigt, og derved er Odense Kommune forpligtet til at afvise jeres tilbud. Begrundelsen for, at tilbuddet vurderes som ukonditionsmæssigt er, at Ortos A/S ikke har afleveret et udfyldt Bilag 2, i det format som er krævet.

Odense Kommune har imidlertid kun modtaget et forskriftmæssigt tilbud, hvorfor udbuddet annulleres, og der overgås til udbud efter forhandling pga. manglende konkurrence blandt de forskriftmæssige tilbud.

I den forbindelse vil Odense Kommune gerne invitere Ortos A/S til et møde d. 7. september kl. 9.30, hvor et nyt udbudsmateriale (nye tidsfrister) vil blive udleveret.

I bedes venligst bekræfte deltagelsen i ovenstående møde.«

Klageren anmodede herefter i en e-mail af 26. august 2009 til Capacent A/S om en uddybende begrundelse, »hvor i kommunen også bedes anføre hjemlen til at gå videre med et udbud efter forhandling.«

Ved e-mail af 27. august 2009 svarede Capacent A/S således:

»Jf. udbudsdirektivets artikel 31 kan kommunen overgå til udbud efter forhandling uden forudgående annoncering, hvis det offentlige udbud ikke gav konkurrence. Det er desuden en betingelse, at de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt. Det gælder fx finansieringsbetingelser, leveringsfrister, tekniske specifikationer mv.

Begrundelsen for, at Ortos A/S' tilbud ikke findes forskriftmæssigt er, at der ikke er afleveret et bilag 2 med priser på de specifikationer, som Odense Kommune har efterspurgt. Odense Kommune ser sig ikke i stand til at lave en gennemsigtig tilbudssammenligning i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.«

Samme dag sendte klageren følgende e-mail til Capacent A/S:

»...

Du nævner ikke kommunens stillingtagen til tilbudsgivers muligheder iflg. udbudsdirektivets art. 23, og vi vil meget gerne have en begrundelse for, at kommunen ikke har taget hensyn til vores konkrete, begrundede behov for at præcisere udbudsmaterialet.«

Capacent A/S svarede ved e-mail af 3. september 2009 klageren således:

»Udbudsdirektivets art. 23 giver ikke mulighed for at afvige fra det faktum, at der ikke er afleveret et bilag 2 med priser på de specifikationer, som Odense Kommune har efterspurgt. Begrundelsen er, at Odense Kommune ikke vil være i stand til at lave en gennemsigtig tilbudssammenligning i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet. Det er Odense Kommunes vurdering, at de ændringer Ortos A/S har foretaget i »tilbudsarket» er af en karakter der umuliggør at overholde ligebehandlingsprincippet.

Hvis Odense Kommune, evt. på foranledning af forespørgsel fra Tilbudsgiver, valgte at ændre på specifikationerne ville dette skulle ske i god tid inden tilbudsfristen, så alle tilbudsgivere afgiver tilbud på samme grundlag.

...«

I brev af 7. september 2009 skrev Capacent A/S således til advokat Tina Braad:

»Jeg skal hermed besvare Deres brev af 4. september 2009 hvor De som repræsentant for Danske Bandagisters Ejerfraktion, anmoder om begrundelse for Odense Kommunes beslutning om at anvende udbudsformen udbud efter forhandling.

Indledningsvist skal jeg præcisere, at Odense Kommune anvender udbudsformen udbud efter forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse i henhold til udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1 litra a.

Med henvisning til udbudsdirektivets formål at sikre en effektiv konkurrence, har Odense Kommune fundet behov samt mulighed for at anvende udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a. Det offentlige udbud, jf. bekendtgørelse nr. 2009/S 126-183741 resulterede som bekendt i, at der alene var ét konditionsmæssigt tilbud. Denne situation dækker ikke Odense Kommunes behov for at sikre konkurrencen på området, hvilket er baggrunden for anvendelse af undtagelsesbestemmelsen.

Det forhold at resultatet af en udbudsforretning med alene ét konditions-mæssigt tilbud kan give anledning til anvendelse af udbud med

forhandling støttes bl.a. på EF-domstolens dom af 16. september 1999 i sag C-27/98, *Metalmeccanica Fracasso SpA m.fl.* I denne sag var der kun ét konditionsmæssigt tilbud, og det fastslås, at ordregiver der kun har én valg mulighed i form af én egnet tilbudsgiver, ikke har mulighed for at sikre en tilstrækkelig konkurrence, da der ikke er mulighed for en sammenligning af priser mv. Dette forhold giver mulighed for at anvende undtagelsesbestemmelsen; en mulighed der ligeledes er beskrevet i den udbudsretlige litteratur.

Henset til at Odense Kommune ønsker at fastholde udbudsgrundlaget, og har et tidsmæssigt behov for at indgå en kontrakt snarest, er den eneste brugbare mulighed at anvende den valgte proces.

Det kan oplyses, at udbuddet efter forhandling omfatter de bydende som ved det afviklede udbud opfyldte de fastsatte udvælgelseskriterier, og som har afgivet tilbud der opfylder udbudsprocedurens formelle krav.

Anvendelsen af artikel 30, stk. 1, litra a er endvidere betinget af, at der ikke foretages væsentlige ændringer i udbudsbetingelserne for udbuddet med forhandling set i forhold til de oprindelige udbudsbetingelser. Denne betingelse overholder Odense Kommune naturligvis.

Det er Odense Kommunes opfattelse, at der efter en fortolkning er adgang til at anvende udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, henset til ønsket om at sikre reel konkurrence.

Afslutningsvis skal det oplyses, at Odense Kommune har forståelse for, at Danske Bandagisters Ejerfraktion ønsker, at der i stedet gennemføres et nyt offentligt udbud. På baggrund af ovenstående går Odense Kommune ud fra, at Danske Bandagisters Ejerfraktions medlemmer har forståelse for, at medlemmernes ønske må vige for Odense Kommunes førnævnte behov. ...«

Sahva A/S skrev herefter den 14. september 2009 til indklagede, at virksomheden vedstod »tilbud efter forhandling«.

Samme dag skrev klageren til indklagede:

»Vedr.: EU-udbud 183741-2009,934604 - efter forhandling. ...

...

Vi bekræfter, at vi vedstår tidligere tilbud dateret 19.8.09 afleveret 20.8.09, inkl. ændringer af tidsplanen og svar på spørgsmål modtaget fra kommunen 13.8.09 (1-13) og 10.9.09 (1-3).

Det er stadig vor opfattelse, at tilbudslisten jf. udbudsmaterialets bilag 2 ikke indeholder en tilstrækkelig specifikation af de udbudte produkter, jf. udbudsdirektivets artikel 23. Vi henviser specifikt til artiklens stk. 3. Ligeledes er det vor opfattelse, at den af Odense Kommune anførte evalueringsmodel for så vidt angår underkriteriet pris ikke er egnet til at foretage en objektiv og saglig vurdering af hvilket tilbud, der er det økonomisk mest fordelagtige.«

I Capacent A/S' e-mail af 16. september 2009 til klageren står:

»Som tidligere orienteret finder Odense Kommune ikke Ortos tilbud dateret 19.8.09 konditionsmæssigt, da der heller ikke er afleveret et bilag 2 med priser på de specifikationer, som Odense Kommune har efterspurgt. Odense Kommune ser sig ikke i stand til at lave en gennemsigtig tilbudssammenligning i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, hvorfor Odense Kommune er forpligtet til at afvise tilbuddet. Da der ikke er ændret væsentligt i udbudsbetingelserne i forbindelse med overgangen til udbud efter forhandling betyder dette naturligvis, at tilbuddet stadig afvises som ukonditionsmæssigt.«

Særligt om indklagedes underretning m.v. om tildelingsbeslutningen:

Den 21. september 2009 orienterede indklagede efter det oplyste telefonisk Sahva A/S om tildelingsbeslutningen til fordel for virksomheden, hvorimod klageren ikke blev underrettet.

Ved bekendtgørelse nr. 2011/S 87-140861 afsendt den 2. maj 2011 offentliggjorde indklagede tildelingsbeslutningen.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og 23 ved som anført i påstanden ikke at have beskrevet de produkter, der var omfattet af udbuddet, tilstrækkeligt præcist. Klageren har nærmere anført bl.a., at indklagede skulle have udformet tilbudslisterne sådan, at tilbudsgiverne skulle afgive tilbud dels på en »grundprotese«, dels på præcist beskrevne tillægsydelser til grundprotesen.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med udbudsdirektivet, idet produkterne er tilstrækkeligt præcist beskrevet i udbudsbetingelserne. Det følger ikke af udbudsreglerne, at indklagede skulle have udformet tilbudslisterne som anført af klageren. Tilbudslisternes produktkategorier for produkter, der i markedet defineres som standardprodukter, er entydigt og klart defineret ved produktbetegnelsen forstået som branchestandard. For øvrige produkter tager tilbudsevalueringen højde for produkternes forskellige egenskaber. De anvendte termer er almindelige termer inden for branchen.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivet ved at anvende udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, a), idet betingelserne herfor ikke var opfyldt. Klageren har nærmere anført, at indklagede havde modtaget i hvert fald ét konditionsmæssigt tilbud og derfor ikke kunne anvende proceduren i artikel 30, stk. 1, a). Af EU-Domstolens dom af 16. september 1999 i sag C-27/98, Metalmeccanica Fracasso SpA, kan alene udledes, at en ordregivende myndighed ikke har pligt til at beslutte at tildele den udbudte kontrakt i en situation, hvor alene ét af de afgivne tilbud er konditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med udbudsdirektivet ved at anvende udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, a), idet betingelserne herfor var opfyldt. Indklagede har nærmere anført, at indklagede havde modtaget to tilbud, hvoraf det ene var ukonditionsmæssigt, og at proceduren i artikel 30, stk. 1, a), kan anvendes i denne situation, jf. også den nævnte dom fra EU-Domstolen.

Ad påstand 3.1 og 3.2

Klageren har gjort gældende, at påstandene skal tages til følge, da der ikke er sket underretning af klageren efter de pågældende bestemmelser.

Indklagede har gjort gældende, at påstandene ikke skal tages til følge, da klageren ikke skulle underrettes om tildelingsbeslutningen og kontraktindgåelsen, jf. den dagældende bekendtgørelse nr. 937 af 16.

september 2004 med senere ændringer og udbudsdirektivets artikel 41. Indklagede har nærmere anført, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt. Indklagede afviste derfor tilbuddet og gav klageren en begrundelse herfor.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at kontrakten er indgået i standstill-perioden, at indklagede har overtrådt udbudsreglerne, og at dette har påvirket klagerens mulighed for at få tildelt kontrakten.

Indklagede har gjort gældende, at tildelingsbeslutningen er truffet, før lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. trådte i kraft. Indklagede har overholdt reglerne i udbudsdirektivets artikel 41 og bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 med senere ændringer. Efter bekendtgørelsens § 6 b måtte indklagede underskrive kontrakt 10 dage efter underretningen den 21. september 2009. Kontrakten blev ikke indgået i standstill-perioden, men først den 5. juli 2010.

For det tilfælde, at lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. finder anvendelse, har indklagede gjort gældende, at indklagede ikke har overtrådt udbudsreglerne på en måde, der har påvirket klagerens mulighed for at få tildelt kontrakten, og at kontrakten ikke er indgået i standstill-perioden. Betingelserne for at anvende lovens § 17, stk. 1, nr. 2, er derfor ikke opfyldt. Indklagede har endvidere gjort gældende, at der heller ikke er grundlag for at erklære kontrakten for uden virkning efter lovens § 16.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at betingelserne i de anførte regler for at pålægge indklagede en økonomisk sanktion er opfyldt.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at pålægge indklagede en økonomisk sanktion.

|

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

En ordregiver fastsætter inden for de rammer, der følger af udbudsreglerne, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, skønsmæssigt, hvorledes de udbudte ydelser skal beskrives, hvilke krav der skal stilles til ydelserne samt prisstrukturen.

Klagenævnet kan ikke efterprøve dette skøn, men alene om grænserne for skønnet er overskredet.

Der er ikke grundlag for at antage, at udbudsbetingelsernes beskrivelse af de udbudte ydelser er mangelfuld eller upræcis.

Indklagede var endvidere ikke efter udbudsreglerne forpligtet til at fastsætte, at tilbudsgiverne skulle oplyse priser for en grundprotese og for tillægsydelser.

Endelig var udbudsbetingelserne ikke uegnede til at danne grundlag for en saglig tilbudsevaluering, herunder af vareprøver.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Indklagede modtog to tilbud, nemlig et konditionsmæssigt tilbud fra Sahva A/S og et ukonditionsmæssigt tilbud fra klageren. Indklagede holdt herefter møder med virksomhederne. Senere vedstod virksomhederne de afgivne tilbud. Indklagede besluttede på denne baggrund at indgå kontrakt med Sahva A/S. Kontrakt blev herefter indgået den 5. juli 2010.

Efter udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, a), 1. led, kan udbud med forhandling anvendes, hvor der i forbindelse med et udbud ikke er afgivet et forskriftsmæssigt tilbud, jf. også klagenævnets kendelse af 1. oktober 2009, Cimber Air A/S mod Forsvarskommandoen (ad påstand 13).

Det tilbud, indklagede modtog fra Sahva A/S, og som uændret lå til grund for tildelingen af kontrakten, var konditionsmæssigt. Indklagede kunne

derfor ikke lovligt overgå til udbud med forhandling efter artikel 30, stk. 1, a), 1. led.

Påstanden tages til følge som nedenfor bestemt.

Ad påstand 3.1, 3.2, 4 - 6

Da kontrakten er indgået den 5. juli 2010, finder lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. anvendelse, jf. lovens § 26, stk. 1.

Klagenævnet lægger til grund, at indklagede under det offentlige udbud traf tildelingsbeslutning og indgik kontrakt uden at underrette klageren, jf. reglerne om underretningspligt i lovens § 2, stk. 1, nr. 2 og 3, jf. udbudsdirektivets artikel 41.

En standstill-periode er efter standstill reglen i lovens § 3, stk. 1, på 10 henholdsvis 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har »afsendt underretningen«. Indklagede afsendte imidlertid ikke en underretning, men orienterede alene Sahva A/S telefonisk og indgik efterfølgende kontrakt. Indklagede handlede herved i strid med § 3, stk. 1.

Klagenævnet bemærker i relation til spørgsmålet om anvendelse af sanktioner, at Sahva A/S som den eneste af de to tilbudsgivere afgav et konditions-mæssigt tilbud. Indklagede forkastede i overensstemmelse hermed tilbuddet fra klageren og tildelte i slutningen af forløbet kontrakten til Sahva A/S. Den ulovlige forhandling og tilsidesættelsen af pligten til at underrette klageren har derfor ikke haft konkret betydning for tildelingsbeslutningen. Efter ordlyden omfatter lovens § 16, nr. 1, og § 17, stk. 1, nr. 2, alene den situation, at der er indgået kontrakt i en standstill-periode. Da kontrakten som anført ovenfor ikke er indgået i en standstill-periode, er betingelserne i § 16, nr. 1, og § 17, stk. 1, nr. 2, for at erklære kontrakten for uden virkning ikke opfyldt. På denne baggrund erklæres kontrakten ikke for uden virkning. Med henvisning hertil og da klagen først er indgivet den 4. januar 2011, er der heller ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Påstand 3.1 og 3.2 tages til følge, mens påstand 4 - 6 ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivet ved at anvende udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, a), 1. led, uanset betingelserne herfor ikke var opfyldt, idet indklagede havde modtaget i hvert fald ét konditionsmæssigt tilbud.

Ad påstand 3.1

Indklagede har handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2 og § 3, stk. 1, og udbudsdirektivets artikel 41 ved den 5. juli 2010 at indgå kontrakt med Sahva A/S uden at underrette klageren, hvis tilbud indklagede den 16. september 2009 havde forkastet som ukonditionsmæssigt, om tildelingen af kontrakten til Sahva A/S.

Ad påstand 3.2

Indklagede har handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2 og § 3, stk. 1, og udbudsdirektivets artikel 41 ved den 5. juli 2010 at indgå kontrakt med Sahva A/S uden at underrette klageren, hvis tilbud indklagede den 16. september 2009 havde forkastet som ukonditionsmæssigt, om kontraktindgåelsen.

Klagen tages ikke til følge med hensyn til påstand 1, 4 - 6.

Indklagede, Odense Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Ortos A/S, betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig