

Klagenævnet for Udbud

(Søren Holm Seerup, Niels Sørensen, Jørgen Egholm)

J.nr.: 2010-0021146

1. november 2010

K E N D E L S E

P-Nordic ApS
(selv)

mod

Aalborg Kommune
(advokat Anne Bergholt Sommer, Aalborg)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 236-141857 af 4. december 2009 udbød Aalborg Kommune som konkurrencepræget dialog efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet), en kontrakt om ændring/fornyelse af ca. 60 parkeringsautomater i Aalborg Kommune. Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 8. januar 2010 havde 5 virksomheder ansøgt om at deltage i den konkurrenceprægede dialog. P-Nordic ApS, var ikke blandt ansøgerne.

Indklagede besluttede at lade fire ansøgere deltage i dialogfasen, herunder Technical Traffic Solutions A/S.

Dialogen forløb fra den 23. januar 2010 til den 26. februar 2010. Under dialogen valgte en ansøger at melde fra.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde tre af virksomhederne afgivet tilbud, herunder Technical Traffic Solutions A/S. Indklagede besluttede den 27. april 2010 at tildele Technical Traffic Solutions A/S kontrakten, og kontrakt er herefter indgået.

Den 3. februar 2010 indgav klageren, P-Nordic ApS, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Aalborg Kommune. Klageren fremsatte ved

klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 2. marts 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, ved at gennemføre udbuddet som »konkurrencepræget dialog«, uagtet at betingelserne for at benytte denne udbudsform ikke var opfyldt.

Klageren har tillige nedlagt nogle subsidiære påstande.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 4. december 2009 indeholder følgende:

II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene
Der skal etableres en ændring/fornyelse af ca. 60 parkeringsautomater i Aalborg Kommune, jf. særskilt »Beskrivende dokument« på www.aalborgkommune.dk

I det beskrivende dokument af 4. december 2009 er anført følgende vedrørende den nye betalingsløsning:

»Baggrund

Foranlediget af skærpede sikkerhedskrav for betaling med betalingskort skal der ske en opgradering af [indklagedes] nuværende betalingssystem i p-automaterne senest den 1. juli 2010.

[Indklagede] har ikke i de afsatte budgetmidler mulighed for at vælge en løsning, hvor de nuværende parkeringsautomater totaludskiftes.

Beskrivelse af ... nuværende parkeringsordning

[Indklagede] har ca. 60 p-automater af det svenske fabrikat Cale model

Overordnede krav...

...

- Det skal være muligt at betale med mønter eller med betalingskort (Dankort m.fl.)
- Det skal være muligt at betale for parkeringen ved parkeringens afslutning (=bagudbetaling) ...
- ...
- Betalingsløsningen skal være certificeret og overholde kravene fra PBS ... for betaling med chipkort i p-automaterne.
- Betalingsløsningen skal være etableret og i drift senest den 1. juli 2010
- ...
- Leverancen omfatter samtlige ydelser i forbindelse med etablering af betalingsordningen incl. montering, idriftsættelse etc.

...

Følgende funktioner skal i relevant omfang opfyldes:

Vedr. bagudbetalingen

1. Man skal kunne programmere, at der sker automatiske afmelding efter et forud bestemt tidsrum. Dette tidsrum kan være individuelt for de enkelte p-pladser og p-automater.
2. Der skal være mulighed for at udvide antallet af korttyper...
3. Ændringen fra magnetkort til chipkort må ikke væsentligt forlænge den tid, det tager kunden, at trække en parkeringsbillet...
4. ...

Vedr. styringsprogram

1. Programmet skal kunne installeres i/ eller betjenes fra "husets" netværk /vores arbejds-pc'er. ...
2. ...

Vedr. daglig drift og overvågning

1. Der skal være nem og sikker Parkeringskontrollfunktion.
2. Der skal være mulighed for programmering af p-automaterne fra central PC – gerne til grupper af p-automater samtidig.
3. ...

Funktioner vedr. kommunikation

...

Statistikfunktioner

...

Funktioner vedr. økonomisk afregning

- Der skal ske en advisering af de indtægter, som bliver afregnet til kommunens konto, så det er muligt at foretage afstemning.

- Der skal være mulighed for tilbagebetaling af beløb til kunder. Eksempel: ...

Øvrige forhold:

1. Der skal leveres fyldestgørende skriftlig dokumentation ... herunder en beskrivelse af, hvordan systemet fungerer ...
2. Der skal leveres et passende opstartskursus for relevante medarbejdere.
3. ...«

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud« Underkriterierne var 1. Pris (40-60 %), 2. Funktionalitet (20-40 %) og 3. Driftssikkerhed (10-30 %).

Til brug for tildelingsbeslutningen har indklagede udarbejdet notat af 13. april 2010, hvoraf fremgår, at tre tilbudsgivere afgav tilbud. Et af tilbuddene var ukonditionsmæssigt som følge af et forbehold. Af de to konditions-mæssige tilbud havde Technical Traffic Solutions A/S den laveste pris med 5.263.969 kr. mod 7.463.130 kr. Ved evalueringen af tilbuddene i relation til underkriterierne funktionalitet og driftssikkerhed fik den anden konditions-mæssige tilbudsgiver flere point end Technical Traffic Solutions A/S. Samlet set fik Technical Traffic Solutions A/S flest point.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det var muligt for indklagede forud for udbuddet at præcisere de tekniske, retlige og økonomiske forhold. Klageren har herved henvist til, at Århus Kommune i februar 2010 har udbudt den helt tilsvarende opgave i offentligt udbud. Udbuddet i Århus angik opgradering af P-automater i form af levering af 55 stk. chiplæsere for montering i Cale MP104 Standard parkomat samt tilhørende software og modificering af P-automat.

Indklagede har gjort gældende, at det på tidspunktet for udbuddet ikke var objektivt muligt for indklagede at angive de tekniske løsninger på udførelsen af den funktionsbestemte opgave, som er beskrevet i udbudsmaterialet, jf. udbudsdirektivets betragtning 31. Det var ikke klart, om opfyldelse af de skærpede krav fra PBS kunne honoreres gennem en ombygning af de eksi-

sterende automater. Det har under dialogfasen vist sig, at der var flere mulige metoder for ændring af de eksisterende automater. Disse metoder er nyudviklede og forskelligartede. Indklagede har videre gjort gældende, at det ikke var muligt for indklagede at afklare de økonomiske forhold vedrørende udbuddet, hvilket understøttes af, at dialogfasen konkret viste, at der var en afgørende forskel imellem de økonomiske konsekvenser af de udviklede, herunder nyudviklede, løsninger.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, kan offentlige ordregivere, der mener, at det ikke er muligt at indgå kontrakt ved anvendelse af offentligt eller begrænset udbud, anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog. Anvendelse af denne udbudsform kræver, at der er tale om særligt komplekse kontrakter. Efter udbudsdirektivets artikel 1, stk. 11, litra c) kan en kontrakt alene anses som særlig kompleks, hvis den ordregivende myndighed er ude af stand til objektivt at præcisere kontraktvilkårene for så vidt angår de tekniske, de retlige og/eller finansielle forhold. De eksempler, der fremgår af udbudsdirektivets præambel betragtning 31, viser, at der stilles store krav for, at en kontrakt kan anses for at være særlig kompleks. Klagenævnet har i kendelse af 8. januar 2008 i sagen WAP Wöhr Automatikpark-systeme GmbH & Co KG mod Ørestadsparkering A/S afgjort, at der uanset ordlyden af præambelens betragtning 31 ikke er grundlag for at antage, at muligheden for at anvende konkurrencepræget dialog er begrænset til tilfælde af »absolut umulighed« for anvendelse af de traditionelle udbudsformer.

Der er således efter direktivets ordlyd overladt de ordregivende myndigheder et begrænset skøn ved vurderingen af, om betingelserne for anvendelsen af udbudsformen konkurrencepræget dialog er opfyldt. Den ordregivende myndighed har bevisbyrden for, at betingelserne for anvendelsen af konkurrencepræget dialog er opfyldt.

Klagenævnet finder, at det har formodningen imod sig, at opgaven vedrørende udskiftning af betalingskortautomater fra magnetaflæsning til chipaflæsning har en teknisk kompleksitet, der i realiteten afskar indklagede fra at

beskrive den udbudte ydelse. Den omstændighed, at man ved opgavens løsning skulle forholde sig til et allerede etableret system af betalingskortautomater, kan ikke i sig selv medføre, at opgaven anses for særlig kompleks i teknisk henseende. Det forhold, at der er modtaget tilbud med priser, der afviger væsentligt fra hinanden, godtgør ikke, at indklagede har været ude af stand til objektivt at præcisere kontraktvilkårene for så vidt angår retlige og/eller finansielle forhold.

Som anført af klageren har Århus Kommune i et udbud, der forløb samtidigt med indklagedes, udbudt en i art og omfang identisk opgave i et offentligt udbud. Dette taler med betydelig vægt imod at antage, at indklagede har været ude af stand til objektivt at præcisere kontraktvilkårene for så vidt angår de tekniske, retlige og/eller finansielle forhold.

Klagenævnet finder på den baggrund, at indklagede ikke har bevist, at betingelserne for anvendelse af udbudsformen konkurrencepræget dialog har været opfyldt. Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, ved at gennemføre udbuddet som »konkurrencepræget dialog«, uagtet at betingelserne for at benytte denne udbudsform ikke var opfyldt.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagetales.

Søren Holm Seerup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig