

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Michael Jacobsen, Vibeke Steenberg)

J.nr.: 2007-0013949

16. oktober 2007

K E N D E L S E

Kuwait Petroleum A/S
(advokat Gitte Holtsø, København)

mod

Sønderborg Kommune
(advokat Peter Lund Meyer, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 6. juni 2007 udbød Sønderborg Kommune som offentlig udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en rammeaftale med en løbetid på 3 år vedrørende levering af fyringsolie, dieselolie, benzin, smøreolier og hydraulikolier til kommunen. Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med følgende underkriterier:

- | | |
|----------------------------------|---------------|
| 1. Økonomi. | Vægtning: 70 |
| 2. Leveringstid- og betingelser. | Vægtning: 20 |
| 3. Service. | Vægtning: 10. |

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 30. juli 2007 havde Sønderborg Kommune modtaget tilbud fra 4 virksomheder, heriblandt Kuwait Petroleum A/S og YX Energi A/S.

Ved brev af 29. august 2007 meddelte Sønderborg Kommune Kuwait Petroleum A/S, at kommunen agtede at indgå rammeaftale med YX Energi A/S ud fra følgende kriterier:

»Det økonomisk mest fordelagtige tilbud beregnet ud fra følgende kriterier:

1. Tilbudslistens oplyste rabatter i forhold til listeprisen
2. kommende kontraktavers overtagelse af tankanlæg uden beregning, som er under 10 år gamle
3. Omkostningsfri installering af kortlæsere/EDB udstyr.«

Den 7. september 2007 indgav klageren, Kuwait Petroleum A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Sønderborg Kommune. Klageren nedlagde i den forbindelse følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet, herunder artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed samt artikel 53, ved i bedømmelsen af tilbudsgivernes tilbud at have lagt vægt på »kommende kontraktavers overtagelse af tankanlæg uden beregning, som er under 10 år gamle« og »omkostningsfri installering af kortlæsere/EDB udstyr«, selv om dette ikke er tildelingskriterier efter udbudsbetingelserne.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet, herunder artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed, ved at have undladt at præcisere indholdet af de i udbudsmaterialet oplyste tildelingskriterier, »leveringstid – og betingelser« og »service«, idet indklagede har angivet, at »der vil blive foretaget en vurdering ud fra udbyders krav, som nævnt i udbudsmaterialet«, uden at sådanne krav imidlertid er angivet i udbudsmaterialet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at undlade en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af den udbudte opgave.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 29. august 2007 om at indgå kontrakt med YX Energi A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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.

Indklagede har vedrørende påstand 1-4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Den 24. september 2007 besluttede Klagenævnet at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet anførte i sin afgørelse:

»Indklagede har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet skal derfor – i forhold til hver enkelt af de påstande, som klageren på dette stadium af sagen har nedlagt – på det foreliggende, foreløbige grundlag vurdere, om

- 1.»klagen har noget på sig« eller umiddelbart synes håbløs for klageren (»Fumus boni juris«), og
- 2.om der foreligger uopsættelighed, det vil sige, om det er nødvendigt at tillægge klagen opsættende virkning for at afværge et uopretteligt tab for klageren.
- 3.Desuden skal Klagenævnet foretage en interesseafvejning.

Såfremt én af de 3 betingelser svigter, vil der ikke skulle træffes bestemmelse om opsættende virkning. Afgørelsen om opsættende virkning eller ej præjudicerer ikke den endelige afgørelse.

Vedrørende påstand 2 og 3 udtaler Klagenævnet:

Klageren har, fra den pågældende levering blev udbudt, haft viden om de forhold, der er omfattet af påstandene. Kravet om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt.

Vedrørende påstand 1 og 4 udtaler Klagenævnet:

Tildelingskriteriet har været »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med følgende oplyste underkriterier:

Økonomi, herunder vil der blive foretaget en vurdering af Tilbudslistens oplyste nettopriser/rabatter i forhold til listepriisen (vægt:70 %)

Leveringstid- og betingelser, herunder vil der blive foretaget en vurdering ud fra udbyders krav, som er nævnt i udbudsmaterialet (vægt: 20 %)

Service, herunder vil der blive foretaget en vurdering ud fra udbyders krav, som er nævnt i udbudsmaterialet.(vægt: 10 %)

Ved brev af 29. august 2007 har indklagede oplyst klageren om, at indklagede agter at indgå rammeaftale med YX Energi A/S ud fra følgende kriterier:

»Det økonomisk mest fordelagtige tilbud beregnet ud fra følgende kriterier:

- 1.tilbudslistens oplyste rabatter i forhold til listeprisen
- 2.kommende kontraktavers overtagelse af tankanlæg uden beregning, som er under 10 år gamle
- 3.Omkostningsfri installering af kortlæsere/EDB udstyr«

De anvendte underkriterier svarer ikke til de fastsatte.

Dertil kommer følgende forhold:

Tilbudsgivernes overtagelse af tankanlæg (anvendt som underkriterium 2) og installering af kortlæsere/EDB udstyr (anvendt som underkriterium 3) er i udbudsmaterialet alene nævnt i kontraktudkastet, der er bilag til udbudsbetingelserne. Det fremgår her af punkt 1.4, Rammekontraktens omfang:

»...

Tankanlæg:

I skemaet med oplysning om leveringsadresser fremgår det ligeledes hvilket tankanlæg, som er leverandøret, og som er under 10 år gamle. Disse tankanlæg købes af kontraktaver.

Installering af kortlæsere/EDB udstyr, som er ens for alle tankanlægge. Installering er omkostningsfrit for udbyder.«

Overtagelse af tankanlæg uden beregning og installation af kortlæsere/EDB udstyr uden omkostning for indklagede fremstår på den baggrund ikke som konkurrenceparametre, men derimod som krav, som alle tilbudsgiverne skal opfylde. De 2 kriterier, der er oplyst anvendt som underkriterium 2 og 3, er af den grund derfor ikke – uanset, at de heller ikke er fastsat - egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Der er således formodning for, at indklagede har overtrådt udbudsreglerne som anført i påstand 1. Efter overtrædelsens karakter og grovhed er der tillige grundlag for at antage, at også klagerens påstand 4 vil skulle tages til følge. Den første betingelse for at tillægge klagen opsættende virkning er derfor opfyldt.

Klageren har reageret, så snart overtrædelsen blev åbenbar, og inden stand still periodens udløb. Det er uanset indklagedes anbringende om det modsatte selvsagt uden betydning, at indklagede i sin meddelelse til klageren har anvendt ordene »agter at indgå kontakt« i stedet for ordene »beslutte at indgå kontrakt«. Den anden betingelse er ligeledes opfyldt.

Endelig kan indklagedes interesse i at kunne indgå kontrakt på det foreliggende grundlag ikke opveje klagerens interesse i, at der ikke indgås kontrakt, før der er taget endelig stilling til klagen.

Klagenævnet tillægger derfor klagen opsættende virkning.....«

Indklagede har ved brev af 1. oktober 2007 tilkendegivet, at indklagede erkender de påståede overtrædelser. Indklagede har samme dag besluttet at annullere det omhandlede udbud.

Klagenævnet har herefter besluttet at behandle klagen på skriftligt grundlag.

Klageren har i processkrift af 5. oktober 2007 nedlagt yderligere påstand således:

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet, herunder artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed, ved som underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at have fastsat »leveringstid og – betingelser« og »service«, selv om disse kriterier var uegnede til at identificere det »økonomisk mest fordelagtige tilbud«, idet de udgjorde ufravigelige krav og /eller kontraktvilkår.

Indklagede har ligeledes erkendt denne overtrædelse.

I udbudsbetingelserne af 6. juni 2007 er anført følgende under overskriften »Rammekontraktens omfang«:

»Leveringens omfang bestemmes af de ordrer, som udbyder løbende angiver.

Tankanlæg:

I skemaet med oplysning om leveringsadresser fremgår det ligeledes hvilket tankanlæg, som er leverandørejet, og som er under 10 år gamle. Disse tankanlæg købes af kontraktthaver.

Installering af kortlæsere/EDB udstyr, som er ens for alle tankanlæggene. Installering er omkostningsfrit for udbyder.«

Den udbudte vare i udbudsbetingelserne af 6. juni 2007 beskrevet således:

»x Det samlede forbrug af produkterne omfattet af udbudet udgør på årsbasis (anslået)

	Diesel	Benzin	Smøreolie	Fyringsolie
Total	499.000L	20.700L	3.300L	3.440L

Færgen Hardeshøj/Ballebro aftager anslået 195.000L diesel på årsbasis...Forbruget skønnes at være højere end ovenfor nævnt.

I forbindelse med til- eller fravalg af arbejdsopgaver kan forbruget ændre sig.

x Der er hos udbyder p.t. 8 leveringsadresser.«

Under overskriften »Levering og leveringsbetingelser« er anført, at leveringsbetingelsen er frit leveret til den adresse, der angives af bestilleren. Der accepteres ikke krav om minimumsordrestørrelse eller gebyrer af nogen art.

Under overskriften »Opgavens omfang« er anført:

»Kravspecifikationerne for produktområderne er vedlagt udbudsmaterialet som bilag 3.«

Det nævnte bilag 3 har følgende ordlyd:

»Der kan ikke udarbejdes nogen generel kravspecifikation gældende for alle udbudsområder, men der nedsættes specifikke kravspecifikationsgrupper i IKA regi, bestående af indkøbere, leverandører, brancheforeninger og evt. brugerrepræsentanter.

I forbindelse med udarbejdelsen af kravspecifikationer skal man imidlertid være opmærksom på, at der skal være en rød tråd mellem vægtningsskemaet og de underkriterier man har angivet, når tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige bud«. Der skal ligeledes tages stilling til, hvilke krav, der skal fremgå som minimumskrav og hvilke forhold, der er at betragte som konkurrenceparametre.

Kvalitet, teknisk værdi, æstetik og funktionsmæssig karakter, miljøegenskaber, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice, teknisk bistand, leveringsdato, leveringstid eller færdiggørelses tid m.v. beskrives i det omfang, det er relevant for det udbudte område.

Særligt vedrørende produkter der er omfattet af servicelovens § 112 om frit leverandørvalg:

Det kan evt. indgå som et konkurrenceparameter, hvorvidt tilbudsgiver er indforstået med at priserne offentliggøres helt eller delvist jf. pkt. 1.28.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at i hvert fald 2 af de 3 oplyst anvendte underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« ikke svarer til de fastsatte underkriterier.

Indklagede har erkendt overtrædelsen.

Ad påstand 2 og 5

Klageren har gjort gældende, at udbudsbetingelserne er uklare på de punkter, der er nævnt i påstand 2. Klageren har tilføjet, at underkriterierne »leveringstid og – betingelser« og »service« ikke er egnede til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« i et tilfælde som det foreliggende, idet der er tale om ufravigelige krav og/eller kontraktvilkår.

Indklagede har erkendt overtrædelserne.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at den såkaldte kravspecifikation i bilag 3 til udbudsbetingelserne fremstår som en generel vejledning til ordregivere om, hvorledes kravspecifikationer kan udarbejdes.

Indklagede har erkendt overtrædelserne.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at overtrædelserne, navnlig ad påstand 1, er så grove, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Indklagede har oplyst, at indklagede har annulleret udbudet.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fremgår af Klagenævnets beslutning af 24. september 2007 om at tillægge klagen opsættende virkning, at Klagenævnet umiddelbart fandt grundlag for at tage påstand 1 til følge. Dette grundlag er ikke efterfølgende afsvækket. Påstanden tages til følge.

Ad påstand 2, påstand 3 og påstand 5

Det fremgår af sagen og støttes af indklagedes erkendelse, at der er grundlag for at tage påstandene til følge.

Ad påstand 4

Det følger af det anførte, at påstanden tages til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet, herunder artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed samt artikel 53, ved i bedømmelsen af tilbudsgivernes tilbud at have lagt vægt på »kommende kontrakthavers overtagelse af tankanlæg uden beregning, som er under 10 år gamle« og »omkostningsfri installering af kortlæsere/EDB udstyr«, selv om dette ikke er tildelingskriterier efter udbudsbetingelserne.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet, herunder artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed, ved at have undladt at præcisere indholdet af de i udbudsmaterialet oplyste tildelingskriterier, »leveringstid og -betingelser« og »service«, idet indklagede har angivet, at »der vil blive foretaget en vurdering ud fra udbyders krav, som nævnt i udbudsmaterialet«, uden at sådanne krav imidlertid er angivet i udbudsmaterialet.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at undlade en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af den udbudte opgave.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet, herunder artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed, ved som underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at have fastsat »leveringstid og – betingelser«, selvom disse kriterier var uegnede til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, idet de i det foreliggende tilfælde udgjorde ufravigelige krav og/eller kontraktvilkår. Indklagedes beslutning af 29. august 2007 om at indgå kontrakt med YX Energi A&S annulleres.

Indklagede, Sønderborg Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Kuwait Petroleum A/S, betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig