

1. oktober 2009. Cimber Air A/S mod Forsvarskommandoen

Nogle delkriterier var ikke udvælgelseskriterier, da de ikke angik tilbudsgivernes generelle egnethed. Et andet delkriterium var til dels et udvælgelseskriterium, da det til dels var relateret til den enkelte tilbudsgivers evne eller egnethed. En udbyder må ikke foretage tilbudsvurderingen ud fra formodninger om egenskaberne ved det tilbudte. En udbyder har som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af oplysninger i et tilbud, men det kan være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis udbyderen lægger åbenbart urigtige oplysninger i et tilbud til grund for tilbudsvurderingen. Klagenævnet havde ikke grundlag for at tilsidesætte udbyderens skøn ved tilbudsvurderingen. Det var ikke i strid med ligebehandlingsprincippet, at udbyderen under et udbud med forhandling havde givet oplysninger om nogle danske regelkrav til den valgte tilbudsgiver og ikke til klageren, da den valgte tilbudsgiver var et udenlandsk konsortium, og da klageren var en dansk virksomhed, der måtte formodes at kende kravene. Udbyderen måtte ikke indhente prisoplysninger fra klageren. En udbyder, der efter at have givet tilbudsgiverne underretning om tildelingsbeslutningen konstaterer en fejl i udbuddet, kan ikke rette fejlen, men skal annullere udbuddet og dermed tildelingsbeslutningen. Det er en betingelse for at overgå til udbud med forhandling i medfør af Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, at ingen af de modtagne tilbud er konditionsmæssige. Klageren var ikke ved passivitet afskåret fra at fremsætte et klagepunkt, selvom klageren havde haft anledning til at gøre det pågældende forhold gældende over for udbyderen før klagen til Klagenævnet. Ikke opsættende virkning. Ikke annulation

Forsvarskommandoen iværksatte som begrænset udbud i henhold til Udbudsdirektivet to sideordnede udbud, dels et udbud vedrørende en aftale om lufttransport, »Air Lift Capacity«, dels et udbud vedrørende »Broker service«, dvs. salg af ledig kapacitet ved flytransporter. Tildelingskriteriet var for begge delaftaler det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klagen var indgivet af en virksomhed C, der afgav tilbud på begge delaftaler, men som ikke fik tildelt kontrakten vedrørende nogen af dem. En begæring fra C om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Ved en kendelse af 7. maj 2009 bestemte Klagenævnet, at en påstand fra udbyderen om afvisning af klagen som følge af C's adfærd ikke skulle tages til følge.

Udbuddet vedrørende delaftalen om »Broker Service«:

Der var fastsat følgende underkriterier til tildelingskriteriet: 1. »Effectiveness« (effektivitet), 2. »Price« (pris) og 3. »Quality of services« (kvalitet m.m.). Til underkriterium 1. »Effectiveness« var knyttet følgende delkriterium: »Capability and proposed measures to maximise the sales of excess flying hours and excess capacity...«, hvilket sammentrængt kan oversættes til »evne/egnethed og foreslåede forholdsregler med hensyn til at maksimere salget af overskudskapacitet«. Delkriteriet var det eneste delkriterium til underkriteriet og var derfor reelt en uddybende beskrivelse af underkriteriet.

Der indkom tilbud fra tre prækvalificerede tilbudsgivere, herunder C, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en anden af tilbudsgiverne end C.

Med hensyn til delaftalen om »Broker Services« klagede C over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet og Udbudsdirektivets artikel 53 (om tildelingskriterier) som følge af, at delkriteriet til underkriterium 1. »Effectiveness« var et udvælgelseskræterium (påstand 14).

Klagenævnet tog dette klagepunkt til følge med hensyn til »capacity« (evne eller egnethed). Udtalt, at denne del af delkriteriet var relateret til den enkelte tilbudsgivers evne eller egnethed, og henvist til, at der da også ved tilbudsvurderingen var lagt vægt på forhold hos tilbudsgiverne. Ikke taget til følge med hensyn til delkriteriet i øvrigt.

En påstand fra C om annullation af udbyderens tildelingsbeslutning med hensyn til delaftalen om »Broker service« blev ikke taget til følge. Klagenævnet henviste herved til, at C's tilbud vedrørende denne delaftale ikke indeholdt angivelser i relation til underkriterium 1. »Effectiveness«, og til karakteren af den konstaterede overtrædelse.

Udbuddet vedrørende delaftalen om »Air Lift Capacity«:

Der var fastsat følgende underkriterier til tildelingskriteriet: 1. »Ability« (egnethed eller formåen) 2. »Price« (pris), 3. »Organisation and quality of service« (organisation og kvalitet af service) og 4. »Environment« (miljøforhold). Til underkriterierne var knyttet forskellige delkriterier. I udbudsbetingelserne var angivet en vægtning af underkriterierne og en prioritering af delkriterierne.

Der indkom tilbud fra tre prækvalificerede tilbudsgivere, herunder C. Udbyderen anså alle tilbuddene for ukonditionsræssige. Med hensyn til C's tilbud skyldtes dette, at C's tilbud vedrørende nogle af de udbudte ydelser gik ud på chartring af fly til konkrete flyvninger, selvom udbuddet angik fuldtids chartring af fly.

Udbyderen overgik herefter til et udbud med forhandling i medfør af Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a (hvorefter der kan gennemføres et udbud med forhandling, når tilbuddene ikke er forskriftsmæssige).

Under udbuddet med forhandling modtog udbyderen nye tilbud fra tre tilbudsgivere, herunder et tilbud fra en tilbudsgiver A og et tilbud fra C. Udbyderen anså kun tilbuddet fra A som konditionsræssigt og besluttede derfor at indgå kontrakt med A. Udbyderen gav de to andre tilbudsgivere underretning om tildelingsbeslutningen og om, at udbyderen anså deres tilbud for ukonditionsræssige.

Grunden til, at udbyderen anså C's tilbud under udbuddet med forhandling som ukonditionsræssigt, var, at også dette tilbud vedrørende nogle af de udbudte ydelser gik ud på chartring af fly til konkrete flyvninger. C gjorde imidlertid over for udbyderen gældende, at C's tilbud var konditionsræssigt. Udbyderen besluttede herefter for en sikkerheds skyld alligevel at tage C's tilbud i betragtning og foretog derfor en tilbudsvurdering, der også omfattede C's tilbud. Denne tilbudsvurdering førte til, at udbyderen anså A's tilbud som det økonomisk mest fordelagtige, og udbyderen besluttede derfor på ny at indgå kontrakt med A.

C's klage bestod af en række klagepunkter, der opregnes nedenfor under 1-12.

Udbyderen gjorde med hensyn til en række af klagepunkterne gældende, at udbyderen ikke havde været forpligtet til at foretage en vurdering af C's

tilbud som følge af, at dette tilbud ikke var konditions-mæssigt. Klagenævnet henviste heroverfor til, at udbyderen havde valgt at vurdere C's tilbud, og til, at også en tilbudsgiver, hvis tilbud ikke er taget i betragtning, er klageberettiget. Klagenævnet tog derfor stilling til de pågældende klagepunkter.

Klagenævnet tog herefter stilling til klagen således:

1) Klage over, at den af udbyderen anvendte fremgangsmåde ved tilbudsvurderingen var uigennemsigtig og uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud (påstand 1). Dette klagepunkt sigtede til, at udbyderens tilbudsvurdering efter C's opfattelse var behæftet med en lang række nærmere angivne fejl.

Klagenævnet foretog en gennemgang af en række forhold ved udbyderens tilbudsvurdering og konstaterede på baggrund af denne gennemgang, at der ikke var grundlag for at tage klagepunktet til følge.

2) Klage over, at udbyderen havde fastsat underkriterierne 1. »Ability« og 4. »Environment«, idet disse underkriterier efter C's opfattelse var udvælgelseskriterier (påstand 2):

Klagenævnet henviste til, at en række delkriterier til de to underkriterier angik de tilbudte flys egnethed/formåen og miljøbelastning, og til, at der ikke var tale om en vurdering af tilbudsgivernes generelle evne til at løse den udbudte opgave. Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

3) Klage over, at udbyderen i relation til underkriterium 2. »Price« havde anvendt en evalueringsmodel, der var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud (påstand 3). Klagepunktet sigtede bl.a. til, at forskellige oplysninger om brændstofforbrug, som tilbudsgiverne skulle give, efter C's opfattelse ikke kunne anvendes ved tilbudsvurderingen.

Klagenævnet fandt, at de omtalte oplysninger var nødvendige og egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen med urette havde vurderet C's tilbud væsentligt dårligere end A's tilbud i relation underkriterium 4. »Environment« (påstand 4):

Klagenævnet henviste til, at C ikke havde givet nærmere oplysninger om et fly, som C ville chartre til at udføre en del af de udbudte opgaver, og til, at udbyderen ikke lovligt kunne foretage en vurdering af miljøstandard for dette fly ud fra formodninger. Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

5) Klage over, at udbyderen havde vurderet A's tilbud »positivt«, selvom udbyderen vidste, at A's tilbud indeholdt forskellige nærmere angivne urigtige oplysninger om de tilbudte fly (påstand 5):

Klagenævnet henviste til følgende: En udbyder har som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af oplysninger i et tilbud, men det kan være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis udbyderen lægger åbenbart urigtige oplysninger i et tilbud til grund for tilbudsvurderingen. En af de omhandlede oplysninger i A's tilbud havde vist sig at være forkert, men det var ikke godtgjort, at A's oplysninger var forkerte i øvrigt eller åbenbart forkerte. Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

6) Klage over, at udbyderen havde taget A's tilbud i betragtning, selvom de af A tilbudte fly ikke opfyldte et krav i udbudsbetingelserne vedrørende aktionsradius (påstand 6):

Klagenævnet henviste til forskellige oplysninger i A's og C' tilbud om aktionsradius for de tilbudte fly og henviste desuden bl.a. til, at udbyderen ikke havde haft anledning til at betvivle A's og C's oplysninger om aktionsradius for et fly, der var omfattet af begge tilbud. Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

7) Klage over, at udbyderen havde vurderet C's tilbud »overvejende negativt« i forhold til et delkriterium om beskyttelsesudstyr til underkriterium 1. »Ability« (påstand 7):

Ikke taget til følge. Henvist til, at C's tilbud ubestridt var bedre end A's tilbud på det pågældende punkt, og til, at dette var kommet til udtryk i udbyderens tilbudsvurdering. Udtalt, at Klagenævnet ikke havde grundlag for at konstatere, at udbyderens skøn herved var forkert.

8) Klage over, at udbyderen havde bistået A med udformningen af A's tilbud og havde tilrettelagt tilbudsvurderingen til fordel for A (påstand 8):

Ikke taget til følge, da der ikke var grundlag herfor. Bl.a. henvist til, at det ikke var i strid med ligebehandlingsprincippet, at udbyderen kun havde givet en oplysning om danske regelkrav vedrørende flybesætningerne til A, da A var et udenlandsk konsortium, og da C var en dansk virksomhed, der måtte formodes at kende disse krav.

9) Klage over, at udbyderen ikke havde vurderet tilbuddene i overensstemmelse med den vægtning af underkriterierne og prioritering af delkriterier, der var fastsat i udbudsbetingelserne (påstand 9 og 10):

Ikke taget til følge, da udbyderen havde foretaget tilbudsvurderingen i overensstemmelse med vægtningen og prioriteringen.

10) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde lagt vægt på, at C's tilbud med hensyn til nogle af de udbudte ydelser angik chartring af fly i det enkelte tilfælde, selvom udbyderen havde accepteret dette ved at anse C's tilbud som konditions-mæssigt, jf. ovenfor (påstand 11):

Ikke taget til følge, da udbyderen ikke ved at have taget C's tilbud i betragtning havde afskåret sig fra ved tilbudsvurderingen at lægge vægt på forholdet.

Yderligere udtalt, at udbyderen havde handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at tilbagekalde sin første beslutning om at indgå kontrakt med A efter at have givet tilbudsgiverne underretning om tildelingsbeslutningen. Udtalt, at en udbyder, der konstaterer en fejl i udbuddet efter at have givet tilbudsgiverne underretning om tildelingsbeslutningen, ikke kan rette fejlen, men må annullere udbuddet og dermed tildelingsbeslutningen. Henvist til en udtalelse herom i Klagenævnets kendelse af 4. august 2009 i sagen Mölnlycke Care ApS mod Hovedstaden.

11) Klage over, at udbyderen havde vurderet C's tilbud forkert i relation til underkriterium 2. »Price« (påstand 12). Dette klagepunkt sigtede bl.a. til, at udbyderen efter C's opfattelse burde have indhentet prisoplysninger hos C vedrørende en flytype, der var omfattet af C's tilbud.

Klagepunktet blev ikke taget til følge bl.a. med henvisning til, at udbyderen ikke lovligt havde kunnet indhente de omhandlede prisoplysninger hos C.

12) Klage over, at udbyderen var overgået til udbud med forhandling, selvom betingelserne herfor ikke var opfyldt (påstand 13). Klagepunktet sigtede til, at C's tilbud under det begrænsede udbud efter C's opfattelse var konditionsmæssigt, således at betingelserne efter Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a), for at iværksætte et udbud med forhandling ikke var opfyldt.

Udbyderen gjorde gældende, at C som følge af passivitet var afskåret fra at fremsætte dette klagepunkt, idet C først under sagen for Klagenævnet havde gjort gældende, at C's tilbud under det begrænsede udbud var konditionsmæssigt. Klagenævnet gav ikke udbyderen medhold heri og henviste til, at spørgsmålet var uden betydning for Klagenævnets afgørelse af, om udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne som angivet i klagepunktet.

Klagenævnet udtalte, at det efter Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a), er en betingelse for at overgå til udbud med forhandling, at ingen af tilbuddene er konditionsmæssige. Klagenævnet udtalte videre, at heller ikke C's tilbud under det begrænsede udbud var konditionsmæssigt som følge af, at også dette tilbud gik ud på chartring af fly til konkrete flyvninger med hensyn til nogle af de udbudte ydelser, og at ingen af tilbuddene under det begrænsede udbud var konditionsmæssige. Betingelserne for at overgå til udbud med forhandling var således opfyldt, og klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

En påstand fra C om annullation af udbyderens tildelingsbeslutning med hensyn til delaftalen om »Air Lift Capacity« blev ikke taget til følge med henvisning til, at C ikke havde fået medhold i sin klage vedrørende denne delaftale.