

16. oktober 2009. Konkurrencestyrelsen mod 1. Region Sjælland og 2. Region Hovedstaden

Forlængelse af en rammeaftale var i strid med Udbudsdirektivet, da ordregiveren skulle have iværksat et nyt udbud så betids, at der kunne indgås ny aftale ved rammeaftalens udløb, da der ikke forelå uforudseelige omstændigheder, som kunne begrunde, at dette ikke skete, og da betingelserne for at iværksætte et udbud med forhandling herefter ikke var opfyldt. En ordregiver må ikke indgå kontrakt med en tilbudsgiver efter vedståelsesfristens udløb, hvis kontraktgrundlaget har ændret sig. En ændring af begyndelsestidspunktet med mere end et år for udbudte 2-årige rammeaftaler var i strid med Udbudsdirektivet. Annulteration, herunder af ordregiverens beslutning om at forlænge en rammeaftale i strid med Udbudsdirektivet, uanset at rammeaftalen var udløbet og klagen var indgivet til Klagenævnet 15 måneder efter udløbet

Sagen angik to begrænsede udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende rammeaftaler om køb af masker m.m. til brug for operationer. De to udbud var iværksat af forskellige amter i fællesskab henholdsvis ved udbudsbekendtgørelse af 6. april 2001 og udbudsbekendtgørelse af 15. februar 2006. De to udbud benævnes i det følgende »første udbud« og »andet udbud«.

Ved den senere kommunalreform indgik nogle af de pågældende amter i Region Sjælland, medens de øvrige af dem indgik i Region Hovedstaden, og det var derfor de to regioner, der var indklaget i sagen for Klagenævnet. Af overskuelighedsgrunde omtales det ikke i resuméet, hvilke amter/regioner de enkelte klagepunkter angik, og med betegnelsen »ordregiveren« sigtes i det nedenstående blot til den/de ordregivende myndighed(er), der var omfattet af vedkommende klagepunkt.

Klagen var indgivet af Konkurrencestyrelsen, der er tillagt klageadgang ved Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud. Klagen omfattede tre klagepunkter, der refereres nedenfor. Klagepunkt 1 angik første udbud, medens klagepunkt 2-3 angik andet udbud.

Særligt om første udbud:

På grundlag af dette udbud blev der i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes angivelse om kontraktvarigheden indgået kontrakt med en virksomhed for 2002 og 2003 med mulighed for forlængelse til og med 2005. Det var angivet i kontrakten, at såfremt der ikke var gennemført et nyt EU-udbud ved kontraktens udløb, var virksomheden forpligtet til at fortsætte leverancerne i henhold til kontrakten i 6 måneder fra kontraktperiodens udløb.

Muligheden for forlængelse af kontrakten til og med 2005 blev udnyttet. I december 2005 indgik ordregiveren endvidere en aftale med virksomheden om forlængelse af kontraktperioden til 30. juni 2006, og i februar 2006 iværksatte ordregiveren et nyt EU-udbud, dvs. andet udbud, med henblik på kontraktindgåelse i henhold til dette udbud pr. 1. juli 2006. Ordregiverens tilbudsvurdering under andet udbud trak imidlertid ud, og kontrakter på grundlag af andet udbud blev først indgået med begyndelsestidspunkt 1. september 2007. Som følge heraf indgik ordregiveren og den omtalte virksomhed flere yderligere aftaler om forlængelse af kontraktperioden i henhold til første udbud, således at denne kontraktperiode først kom til at ophøre

re samtidig med begyndelsen af kontraktperioderne i henhold til andet udbud, dvs. 1. september 2007.

Klagepunkt 1 (påstand 1) var en klage over, at ordregiveren havde overtrådt Udbudsdirektivet, herunder artikel 35, stk. 2 (om udbudsbekendtgørelser), ved de gentagne forlængelser af kontraktperioden for den rammeaftale, der var indgået i henhold til første udbud, ud over 31. december 2005, således at kontrakten kom til at vare til 1. september 2007, selvom rammeaftalen efter udbudsbekendtgørelsen kun kunne forlænges til 31. december 2005, og selvom rammeaftalen efter sit indhold kun kunne forlænges til 1. juli 2006.

Ordregiveren gjorde gældende, at de pågældende forlængelser var nødvendige af hensyn til forsyningssikkerheden og dermed patientbehandlingen. Ordregiveren henviste videre til, at der var iværksat et nyt EU-udbud i februar 2006, dvs. andet udbud, med henblik på indgåelse af nye rammeaftaler pr. 1. juli 2006, men at det havde vist sig umuligt at gennemføre andet udbud inden for den påregnede tid. Ordregiveren gjorde endvidere gældende, at de omhandlede forlængelser ikke var udtryk for væsentlige ændringer af den oprindelige kontrakt, og at der havde kunnet gennemføres udbud med forhandling i medfør af Udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra c, og stk. 4, litra a (henholdsvis om udbud med forhandling, når dette er strengt nødvendigt af uforudseelige tvingende grunde, der ikke kan tilskrives ordregiveren, og om udbud med forhandling vedrørende uforudsete nødvendige supplerende tjenesteydelser).

Klagenævnet udtalte om klagepunkt 1:

Rammeaftalen i henhold til første udbud kunne efter sit indhold kun forlænges til 1. juli 2006. Det havde derfor påhvilet ordregiveren at iværksætte et nyt udbud, der sikrede, at der kunne indgås en ny aftale senest på dette tidspunkt, og der forelå ikke omstændigheder, som ordregiveren ikke kunne forudse, og som kunne begrunde, at dette ikke skete. Udbudsdirektivets artikel 31 fandt herefter ikke anvendelse. Forlængelserne af rammeaftalen ud over 1. juli 2006 var således en direkte tildeling uden udbud, hvorfor klagepunktet blev taget til følge.

Særligt om andet udbud:

I udbudsbetingelserne for dette udbud var angivet, at kontraktperioden var 1. juli 2006-30. juni 2007 med mulighed for forlængelse i op til to år. Det var desuden angivet, at tilbudsgiverne skulle vedstå deres tilbud til 31. december 2006. Ordregiveren indgik den 30. oktober 2007 kontrakter med to tilbudsgivere med kontraktperiode 1. september 2007-31. august 2009. Grunden til, at kontrakterne ikke blev indgået tidligere, var, at ordregiverens afprøvning af de tilbudte produkter tog længere tid end forudset. I kontrakterne var angivet, at de kunne forlænges i op til to år, men ordregiveren har senere tilkendegivet, at kontrakterne ikke vil blive forlænget.

Klagepunkt 2 (påstand 3) var en klage over, at ordregiveren havde overtrådt Udbudsdirektivet, herunder artikel 35, stk. 2, ved at have indgået de to kontrakter på grundlag af andet udbud med virkning fra 1. september 2007, selvom vedståelsesfristen for tilbuddene i henhold til udbudsbekendtgørelsen var udløbet 31. december 2006.

Ordregiveren gjorde gældende at vedståelsesfristen var blevet forlænget efter forudgående aftale med tilbudsgiverne indgået inden den oprindelige vedståelsesfrists udløb. Ordregiveren henviste videre til, at det ville have haft kritiske konsekvenser for forsyningssikkerheden og dermed for patientbehandlingen, hvis ordregiveren ikke havde kunnet forlænge vedståelsesfristen.

Klagenævnet udtalte om klagepunkt 2:

Ordregiveren havde ikke dokumenteret, at der før vedståelsesfristens udløb var indgået aftaler om forlængelse af vedståelsesfristen, og Klagenævnet lagde derfor til grund, at vedståelsesfristen var udløbet 31. december 2006.

Efter udløbet af vedståelsesfristen er tilbudsgiverne ikke bundet af deres tilbud, og hvis en ordregiver efter vedståelsesfristens udløb vil indgå kontrakt med en tilbudsgiver, og grundlaget for kontrakten har ændret sig, må ordregiveren ikke indgå kontrakt uden nyt udbud. I de kontrakter, der var indgået den 30. oktober 2007, var der endvidere flere væsentlige afvigelser fra udbudsbetingelserne, bl.a. om levering, dækningskøb, tvistigheder og generelle betingelser, ligesom der var sket fravigelse med hensyn til aftaleperioden. Ordregiveren havde herefter foretaget en direkte tildeling uden forudgående udbud, hvorfor klagepunktet blev taget til følge.

Klagepunkt 3 (påstand 4) var en klage over, at ordregiveren havde overtrådt Udbudsdirektivet, herunder artikel 35, stk. 2, ved at indgå kontrakterne på grundlag af andet udbud med virkning fra 1. september 2007, selvom det i udbudsbekendtgørelsen for andet udbud var angivet, at kontrakternes begyndelsestidspunkt skulle være 1. juli 2006.

Ordregiveren gjorde gældende, at overskridelsen af begyndelsestidspunktet ikke var en væsentlig ændring som følge af, at kontraktperioden i udbudsbetingelserne var fastlagt til 4 år, og at der derfor ikke var tale om en direkte tildeling uden udbud.

Klagenævnet udtalte om klagepunkt 3:

Ændringen af begyndelsestidspunktet med mere end et år for de indgåede 2-årige aftaler var en så væsentlig ændring af de udbudte aftaler, at der ikke var identitet mellem de udbudte aftaler og de indgåede aftaler. Det var uden betydning, at ordregiverens afprøvning af de tilbudte produkter havde taget længere tid end forventet. Ordregiveren havde herefter handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet ved at indgå kontrakterne, ligesom indgåelsen af kontrakterne var en direkte tildeling uden forudgående udbud. Klagepunktet blev herefter taget til følge.

Særligt om annullation af ordregivernes beslutninger:

Konkurrencestyrelsen nedlagde påstand om, at Klagenævnet skulle annullere ordregiverens beslutninger om at forlænge rammeaftalen i henhold til første udbud (påstand 2) og ordregiverens beslutninger om at indgå kontrakter på grundlag af andet udbud (påstand 6).

Ordregiveren påstod Konkurrencestyrelsens annullationspåstand med hensyn til første udbud (påstand 2) afvist med henvisning til, at den omhandlede rammeaftale var udløbet, og til, at klagen var indgivet til Klagenævnet ca. 15 måneder efter udløbet. Ordregiveren fik ikke medhold heri, og Klagenævnet tog begge annullationspåstande til følge.