

15. januar 2009. Ortos A/S mfl. mod Odense Kommune

Gennemsigtighedsprincippet overtrådt ved modstridende angivelser i udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen. En udbyder kan indgå kontrakt med en tilbudsgiver, selvom fristen for vedståelse af tilbuddet er udløbet. Udbyderen overtrådte principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved indgåelse af kontrakt med et senere begyndelsestidspunkt end angivet i udbudsbekendtgørelsen, ved utilstrækkelig beskrivelse af det udbudte m.m., ved at lægge vægt på tilbuddenes angivelser om nogle krav, der var udtømmende beskrevet i udbudsbetingelserne, og ved under tilbudsvurderingen at lægge vægt på nogle forhold, der var udvælgelseskriterier. Udbyderen havde saglig grund til at annullere tilbuddet som følge af fejl ved tilbuddet, og det var uden betydning, at annullationen skete efter indgivelsen af klagen til Klagenævnet. Sagsomkostninger. Ikke opsættende virkning

En kommune iværksatte i oktober 2007 et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende rammeaftaler om køb af ortopædiske hjælpemidler i perioden 1. marts 2008 – 21. februar 2011. Udbuddet var opdelt i delaftaler vedrørende 4 forskellige produktområder. Sagen drejede sig om en af disse delaftaler, der angik bandager m.m. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af underkriterierne A. Økonomi, B. Serviceforhold, C. Kvalitet, D. leveringsforhold og E. Miljøforhold.

I henhold til udbudsbetingelserne udløb fristen for afgivelse af tilbud den 14. december 2007, og tilbudsgiverne skulle vedstå tilbuddene i 3 måneder derefter. Ved tilbudsfristens udløb var der vedrørende den omhandlede delaftale indkommet tilbud fra 4 virksomheder.

I februar 2008 meddelte udbyderen tilbudsgiverne, at udbyderen ikke havde kunnet behandle tilbuddene rettidigt, og at begyndelsestidspunktet for den udbudte rammeaftale blev udskudt til 1. juni 2008. Den 9. juni 2008 besluttede udbyderen at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne med begyndelsestidspunkt 1. september 2008.

De øvrige 3 tilbudsgivere klagede til Klagenævnet, og en af tilbudsgiverne begærede klagen tillagt opsættende virkning. Udbyderen annullerede derefter tilbuddet med henvisning til, at der var begået væsentlige procedurefejl, hvorefter Klagenævnet besluttede ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved, at det i udbudsbetingelserne var angivet, at der ville blive indgået kontrakter med 4 virksomheder, selvom udbyderen kun havde til hensigt at indgå én rammeaftale for hver delaftale, hvilket fremgik af udbudsbetingelserne (påstand 1):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

2) Klage over, at udbyderen havde tildelt den valgte tilbudsgiver kontrakten, selvom tilbudsgiveren på tildelingstidspunktet ikke længere var bundet af sit tilbud (påstand 2):

Klagenævnet udtalte: Hvis en tilbudsgiver efter udløbet af fristen for vedståelse af tilbuddet stiller ændrede betingelser for at indgå kontrakt, og kontraktsgrundlaget således ændrer sig, kan udbyderen ikke indgå kontrakt med tilbudsgiveren, men må iværksætte et nyt udbud. Klagenævnet lagde

videre til grund, at den valgte tilbudsgiver ikke havde stillet ændrede betingelser for at indgå kontrakten, selvom fristen for vedståelse af tilbuddet var udløbet, og at aftalegrundlaget derfor var det samme som før vedståelsesfristens udløb. Udbyderen var derfor berettiget til at indgå kontrakt og havde ikke haft pligt til at iværksætte nyt udbud.

Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at ændre begyndelsestidspunktet for den udbudte rammeaftale til den 1. september 2008, selvom begyndelsestidspunktet i udbudsbekendtgørelsen var fastsat til den 1. marts 2008 (påstand 3):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke i udbudsbetingelserne at have foretaget en tilstrækkelig og præcis beskrivelse af de produkter, som udbyderen ønskede tilbud om (påstand 4):

Erkendt af udbyderen og taget til følge med henvisning til, at de udbudte produkter var beskrevet yderst sparsomt i udbudsbetingelserne, ligesom det var usikkert, hvilken prisstruktur, der skulle angives i tilbuddene. Det havde herefter ikke været muligt for tilbudsgiverne at vurdere, hvordan de bedst kunne optimere deres tilbud, ligesom de nævnte forhold havde gjort det vanskeligt for udbyderen at sammenligne tilbuddene.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under tilbudsvurderingen at have lagt vægt på følgende forhold i relation til henholdsvis underkriterierne A. Økonomi og D. Leveringsforhold: a) tilbudsgivernes ønsker med hensyn til gennemførelsen af prisregulering, selvom det i udbudsbetingelserne udtømmende var fastsat, hvorledes prisregulering skulle finde sted, og b) tilbuddenes oplysninger om leveringsomkostninger og gebyrer m.m., selvom det i udbudsbetingelserne var fastsat, at tilbuddene skulle omfatte alle udgifter ved leverancerne (påstand 5 og 8):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved under tilbudsvurderingen at have lagt vægt på følgende delkriterier, selvom disse delkriterier var udvælgelseskriterier, der ikke kunne anvendes ved tilbudsvurderingen: I relation underkriterium B. Serviceforhold: a. leverandørens faglighed hos alle ansatte, b. leverandørens kapacitet m.m. og c. oplysningsniveau m.m.. I relation til underkriterium C. Kvalitet: et delkriterium om pasningsegenskaber, fejl og tilfredshed m.m. I relation til underkriterium E. Miljøforhold: et delkriterium om miljøcertifikater, miljøpolitik og arbejdspladsvurdering (påstand 6, 7 og 9):

Erkendt af udbyderen og taget til følge med henvisning til, at udbyderen ikke havde anført forhold, der kunne medføre, at de omtalte delkriterier kunne anvendes ved tilbudsvurderingen.

8) Klage over, at udbyderen havde annulleret udbuddet med henvisning til alvorlige procedurefejl, selvom den reelle begrundelse for annullationen var, at der var blevet klaget til Klagenævnet, hvilket ikke er en saglig begrundelse for en udbyders annulation af et udbud (påstand 10):

Klagenævnet fandt ikke grundlag for at fastslå, at annullationen af udbuddet alene var motiveret af klagen til Klagenævnet med henblik på at afbøde virkningen af klagen. Klagenævnet bemærkede herved, at en udbyders annullation af et udbud ikke afskærer muligheden for at få eventuelle overtrædelser af udbudsreglerne fastslået gennem en klage til Klagenævnet.

Klagenævnet henviste videre til, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på en række punkter, der ikke var af underordnet karakter eller bagatelagtige. Udbyderen havde herefter været berettiget til at annullere udbuddet som følge af væsentlige procedurefejl, og annullationen var således sagligt begrundet.

Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

Klagenævnet fastsatte de sagsomkostninger, som udbyderen skulle betale til hver af klagerne, til 10.000 kr.

Klagenævnet traf afgørelser om erstatningsspørgsmålet i sagen ved kendelser af 14. december, 15. december og 16. december 2009.