

K E N D E L S E

Valles Trans-Media Byudstyr og
Udendørsreklamer K/S
(advokat Dan Terkildsen)
mod

Københavns Kommune
(advokat Holger Rendtorff)

Intervenient: AFA JCDecaux A/S
(advokat Jørgen Schouby)

Indklagede, Københavns kommune, indrykkede den 22. juli 1992 i De Europæiske Fællesskabers Tidende under overskriften bekendtgørelse om koncessioner for offentlige bygge- og anlægsarbejder et udbud om opstilling og drift af byudstyr.

Udbuddet indeholdt bl.a. følgende:

»...

5. Tildelingskriterier: Den økonomisk mest fordelagtige ansøgning (afgifter til kommunen og/eller modydelser af anden art til kommunen) ud fra en samlet vurdering af kvalitet i design og funktion, tekniske kvalitet og servicegraden med hensyn til drift og vedligeholdelse, hvorved bemærkes, at der bl.a. er nærmere angivne designparametre for byudstyret. Nærmere oplysninger i udbudsbetingelserne, jf. punkt 7.
6. Underentreprise: Ingen, dog eventuel kommunal medvirken i produktion og service, jf. nærmere udbudsbetingelserne nævnt i punkt 7.
7. Andre oplysninger: De nærmere udbudsbetingelser vedrørende alle i nærværende bekendtgørelse nævnte punkter kan fås ved henvendelse til ordregiveren nævnt under punkt 1.

I øvrigt er der i udbudsbetingelserne bl.a. nærmere regler om eneret for leverandøren til reklamering på byudstyret. ...«

Kommunen besluttede på grundlag af de indkomne tilbud at ville indgå kontrakt med virksomheden AFA JCDecaux A/S (Decaux) og har senere indgået sådan kontrakt.

Klageren, Valles Trans-Media Byudstyr og Udendørsreklamer K/S (VTM) har indbragt sagen for Klagenævnet for Udbud og gjort gældende, at kommunen har overtrådt EU-traktatens bestemmelser og EUs regler om offentlige kontrakter. Som følge heraf påstår den indgåede kontrakt annulleret og nyt udbud foranstaltet med udelukkelse af Decaux som tilbudsgiver.

Klageren har navnlig anført, at Decaux på grund af tidligere kontakter og forhandlinger med kommunen om byudstyr er inhabil til at deltage i udbudsforretningen, ligesom der foreligger

inhabilitet hos kommunen, der selv har bedømt de afgivne tilbud i stedet for at overlade dette til uvildige udenforstående.

Udbudsgrundlaget er uklart, idet det ikke er tilstrækkeligt fremhævet, at det designmæssige ville blive tillagt afgørende betydning. hertil kommer, at Decaux' byudstyr tilhører samme »designfamilie« som den stoppestedsskulptur, HT tidligere havde godkendt til opstilling, og som ikke var omfattet af udbudet, hvilket har givet Decaux en fordel frem for andre tilbudsgivere. Herudover er der ikke i udbudet nogen angivelse af, hvornår der kan bydes, eller tid og sted for åbning af tilbuddene, hvilket er en overtrædelse af bilag IV til både indkøbsdirektivet og bygge- og anlægsdirektivet.

Endelig er der efter udvælgelsen af Decaux som kontraktspartner forhandlet om ændringer i aftaleforholdet ud over udbudsgrundlaget, således at tilbudene ikke længere er sammenlignelige. Der er indgået aftale om indbygning af toiletter og levering af supplerende ydelser, ligesom placeringen af bydstyret er efterfølgende aftalt. Dette tyder i hvert fald på et upræcist tilbud. Yderligere er kontraktperioden - efter indgriben fra Konkurrencerådet nedsat fra 20 til 15 år, hvilket yderligere gør sammenligningsgrundlaget uigennemsigtigt.

Efter Klagenævnets tilkendegivelse under den mundtlige forhandling af klagen er de økonomiske vurderinger af klagers og intervenientens tilbud udgået af klagesagen.

Af sagens oplysninger fremgår, at HT i 1985/86 sammen med Dansk Design Center gennemførte en designkonkurrence om udformningen af nye læskærme og stoppestedsskulpturer. To forslag af professor Henning Larsen og professor Knud Holscher blev tildelt 1. præmie. Retten til professor Holschers projekt blev senere overdraget til et selskab, der må identificeres med Decaux. Der førtes forhandlinger med dette selskab, bl.a. med stadsingeniøren og stadsarkitekten om principperne for det overordnede design, som blev drøftet og tiltrådt i 1990.

Flere andre interesserede, herunder klageren VTM, rettede imidlertid henvendelse til kommunen om at komme i betragtning som leverandører. Magistraten indstillede herefter til borgerrepræsentationen, at opstilling af bydstyret blev udbudt som sket.

Borgerrepræsentationen tiltrådte dette.

I udbudsfasen foregik bl.a. forhandlinger mellem VTM og kommunen om mulige underleverandøraftaler, herunder opklarende drøftelser om udbudet.

Til vurdering af tilbudene blev der i Stadsarkitektens Direktorat designsektion nedsat en arbejdsgruppe, der enstemmigt pegede på Decaux' tilbud som det, der på mest overbevisende måde imødekom de designmæssige og æstetiske parametre, som udtrykt i udbudsmaterialet.

En embedsmandsgruppe bestående af stadsingeniøren, stadsarkitekten og ejendomsdirektøren indstillede herefter til overborgmesteren og borgmesteren for Magistratens 4. afdeling, at der optoges forhandling om endelig aftale med Decaux.

Indstillingen blev forelagt Borgerrepræsentationen, der tiltrådte denne.

Konkurrencerådet meddelte ved skrivelse af 21. april 1993:

»... Konkurrencerådet har på sit møde i dag behandlet AFA JCDecaux as forslag til ændring af samhandelsbetingelserne på markedet for reklamefinansieret byinventar.

Rådet besluttede, at meddele selskabet, at man, på baggrund af de foretagne ændringer i samhandelsbetingelserne, ikke for nærværende agter at foretage videre. Rådet lagde ved denne beslutning til grund, at ændringerne i væsentligt omfang eliminerer de skadelige virkninger for konkurrencen, som rådet fandt de hidtil praktiserede samhandelsbetingelser medførte.

Baggrunden for sagen var rådets afgørelse af 3. marts 1993, som meddelt Dem i skrivelse af samme dato, hvor det blev besluttet at der optages forhandlinger i henhold til konkurrencelovens § 11 med AFA JCDecaux as om selskabets samhandelsbetingelser. Forhandlingen skulle søge at bringe de skadelige virkninger af de praktiserede krav om 20-års bindingsperiode, bestemmelser om forlængelse af aftaler og selskabets eneret til reklameformidling på byinventaret bragt til ophør.

Der blev afholdt § 11 forhandling med selskabet den 19. marts 1993 og forhandlingen resulterede i, at selskabet, som præciseret ved skrivelse hertil af 24. marts 1993, vil fjerne alle bestemmelser om fortrinsret for AFA JCDecaux as for yderligere reklamebærende byudstyr mv. end det, der eksplicit er omfattet af aftalerne og at der ikke indgår bestemmelser om automatisk forlængelse. Selskabet vil endvidere reducere aftaleperiodernes længde fra de nuværende minimum 20 år til 15 år regnet fra opsætningen af halvdelen af det aftalte byinventar.

Endvidere tilkendegav selskabet, som konsekvens af ændringen af samhandelsbetingelserne, at ville ændre de allerede indgåede overenskomster i overensstemmelse hermed.

Konkurrencerådet skal henlede selskabets opmærksomhed på, at der skal foretages anmeldelse i henhold til konkurrencelovens § 5 af sådanne ændringer. ...«

Klagenævnet skal udtale:

Parterne er enige om, at sagen kan behandles af Klagenævnet.

Sagen findes herefter at måtte bedømmes efter bygge- og anlægsdirektivet, herunder dettes bilag V, der ikke stiller krav om oplysning af tid og sted for åbning af tilbud.

Det fremgår af drøftelserne i Borgerrepræsentationen, at man ønskede, at alle skulle kunne byde på lige fod. Tidligere forhandlinger med kommunen findes herefter uden betydning også henset til, at det ikke er godtgjort, at Decaux eller andre har haft indflydelse på designparameterne i udbudsmaterialet.

Som sagen er forelagt Klagenævnet, har spørgsmålet om opstilling af en stoppestedsstander ikke spillet nogen rolle i forbindelse med udbudet.

Det findes ikke at kunne bebrejdes kommunen at have foretaget en bedømmelse af de indkomne tilbud som sket. Der foreligger ingen pligt til ekstern bedømmelse, og den enstemmige indstilling

fra arbejdsgruppen og embedsmandsudvalget har været forelagt borgerrepræsentationen til fri forhandling.

Klagenævnet har foretaget en gennemgang af udbudsmaterialet, Decauxs tilbud og den indgåede kontrakt, der i et vist omfang har været undtaget fra aktindsigt.

Nævnet har ikke - herunder i de udfyldende aftaler om opstillingen af byudstyret - konstateret sådanne afvigelser, at der er tale om egentlig genforhandling af det accepterede tilbud.

Nævnet finder ikke, at den af Konkurrencerådet foranledigede nedsættelse af kontraktperioden til 15 år medfører nogen ændring heri.

Herefter bestemmes:

Den indgivne klage tages ikke til følge.