

Klagenævnet for Udbud

(Michael Kistrup, Trine Heidemann Garde, Niels Sørensen)

J.nr.: 2008-0018332

16. oktober 2009

Konkurrencestyrelsen
(Kammeradvokaten ved advokat Tom Holsøe)

mod

1. Region Sjælland
(advokat Claus Berg, København)

2. Region Hovedstaden
(advokat Claus Berg, København)

Ved udbudsbekendtgørelse 2001/S 75-051380 af 6. april 2001 udbød Storstrøms Amt, Roskilde Amt og Vestsjællands Amt, nu Region Sjælland (indklagede 1) som begrænset udbud efter direktiv 93/36 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, som ændret ved direktiv 97/52 (Indkøbsdirektivet), rammeaftale om levering af engangsbeklædning – masker, huer samt afdækninger – til brug på institutioner/brugersteder i Storstrøms Amt, Roskilde Amt og Vestsjællands Amt.

På denne baggrund indgik Mölnlycke Health Care A/S (Mölnlycke) og Storstrøms Amt den 17. januar 2002 en rammeaftale om levering af de anførte ydelser til sygehusene i Storstrøms Amt. Aftaleperioden var den 1. januar 2002 til den 31. december 2003, men perioden kunne forlænges med op til 24 måneder.

Frederiksborg Amt, nu Region Hovedstaden (indklagede 2), tiltrådte rammeaftalen den 12. juni 2003, og Bornholms Amt, nu Region Hovedstaden (indklagede 2) tiltrådte rammeaftalen den 26. marts 2003.

I rammeaftalen af 17. januar 2002 var i punkt 8 om aftaleperioden anført følgende:

»Aftalen er gældende for samtlige leverancer, der leveres fra den 1. januar 2002 og frem til 31. december 2003.

Aftalen kan forlænges med op til 24 måneder på de betingelser der er beskrevet i Mölnlycke's tilbud på EU-udbud nr. 2001/S 75-051380 af 2. juli 2001, under punkt 4. En evt. forlængelse skal være meddelt skriftligt senest den 1. oktober 2003.

Såfremt der ved aftalens udløb ikke er afsluttet et nyt EU-udbud, er Mölnlycke forpligtet til at levere på nærværende betingelser i en periode på max. 6 måneder regnet fra aftalens udløb.«

Ved skrivelse af 14. december 2005 fra Mölnlycke til Storstrøms Amts Fællesindkøb bekræftede Mölnlycke en aftale om forlængelse af rammeaftalen, således at den var gældende til den 30. juni 2006 på i øvrigt uændrede betingelser. Ved skrivelse af 13. juli 2006 til Storstrøms Amts Fællesindkøb bekræftede Mölnlycke aftale om yderligere forlængelse af rammeaftalen, således at aftalen var gældende til den 31. december 2006 med mulighed for opsigelse med 1 måneds varsel og i øvrigt på uændrede vilkår.

Indklagede 1 har i en skrivelse af 3. december 2007 oplyst, at rammeaftalen mundtligt blev forlænget fra den 1. januar 2007 til afslutningen af et EU-udbud om de i rammeaftalen omhandlede artikler. Forlængelsen skete på samme vilkår som anført i skrивelsen af 13. juli 2006. Det nye udbud blev iværksat ved udbudsbekendtgørelse 2006/S 31-034185 af 14. februar 2006 og afsluttedes ved indgåelsen af nye aftaler med virkning fra den 1. september 2007 med Mölnlycke Health Care A/S og 3M A/S.

Ved udbudsbekendtgørelsen af 14. februar 2006 udbød Storstrøms Amt, Roskilde Amt, Vestsjællands Amt, Frederiksborg Amt og Bornholms Regionskommune efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EU-udbudsdirektivet) som begrænset udbud af aftale om indkøb af operationsafdækninger, engangsbeklædning m.v.

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Udbudsbetingelserne fastsatte vedståelsesfristen for tilbudsgiverne til den 31. december 2006 og fastsatte aftalens begyndelsestidspunkt til den 1. juli 2006.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation havde 7 virksomheder anmodet om prækvalifikation. Alle tilbudsgivernes tilbud var konditionsmæssige. Den 30. oktober 2007 blev der indgået aftaler med Mölnlycke Health Care A/S og 3M A/S. Punkt 7 om aftalens løbetid er enslydende for begge aftaler. Der anføres i punkt 7 følgende:

»Aftalen er gældende for samtlige leverancer, der leveres fra den 01. september 2007 og frem til den 31. august 2009.

Aftalen kan forlænges med op til 24 måneder på uændrede betingelser. En evt. forlængelse skal være meddelt skriftligt senest den 01. juni 2009.«

I en skrivelse af 25. marts 2008 fra indklagede 1 til alle tilbudsgiverne anføres bl.a. følgende:

»...

Region Hovedstaden, koncernindkøbschef ..., og undertegnede, er enig med Medicoindustrien i, at »udbud af afdækninger« mv. ikke har været gennemført tilfredsstillende. Grundet strukturreform og personaleskift har der ikke været tilstrækkelig fokus på gennemførelse af det afholdte udbud.

Afprøvning af produkter, samt lang produktionstid vedr. procedurepak[k]er, trak i langdrag ud over det forventelige, til gene for såvel tilbudsgivere som regionerne.

Vi beklager disse forhold og vil fremadrettet bestræbe os på, at holde fokus og fremdrift under udbudsprocessen.

Vi beklager endvidere, at afslagsmeddelelserne blev udsendt så sent.

Det kan desuden oplyses, at vi har besluttet ikke at ville gøre brug af optionsperioden, bl.a. fordi at Regionerne har et ønske om, at sanere egen kontraktportefølje. Området forventes derfor genudbudt, således at kontraktstart formentlig kan ske medio 2009.

...«

Den 3. december 2008 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på et møde den 2. april 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

For så vidt angår indklagede 1:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede 1 har handlet i strid med Udbudsdirektivet, herunder artikel 35, stk. 2, ved løbende at aftale forlængelser af rammeaftale af 17. januar 2002 mellem Mölnlycke Health Care A/S og Storstrøms Amt Fællesindkøb, således at rammeaftalen først udløb den 1. september 2007, uagtet at rammeaftalen i henhold til udbudsbekendtgørelsen alene kunne forlænges til udløb den 31. december 2005, og uagtet at rammeaftalen efter rammeaftalens indhold maksimalt kunne forlænges til udløb den 1. juni 2006.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagede 1's beslutninger om indgå aftale med Mölnlycke Health Care A/S om levering af engangsbeklædning, - masker, - huer samt afdækninger til sygehusene i Storstrøms Amt, der har fundet udtryk i skriftlig aftale af 14. december 2005, skriftlig aftale af 13. juli 2006 og efterfølgende mundtlig aftale om forlængelse af rammeaftale af 17. januar 2002 mellem Mölnlycke Health Care A/S og Storstrøms Amt Fællesindkøb i perioden efter 31. december 2005.

For så vidt angår indklagede 1 og indklagede 2:

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet, herunder artikel 35, stk. 2, ved at træffe beslutning om at indgå rammeaftaler af 1. september 2007 med Mölnlycke Health Care A/S og 3M A/S om operationsafdækninger, engangsbeklædninger mv. med begyndelsestidspunkt den 1. september 2007, uagtet at det i udbudsbekendtgørelse 2006/S 31-034185 offentliggjort den 15. februar 2006 var angivet, at vedståelsesfristen for de indkomne bud udløb den 31. december 2006.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet, herunder artikel 35, stk. 2, ved at træffe beslutning om at indgå rammeaftaler af 1. september 2007 med Mölnlycke Health Care A/S og 3M A/S om operationsafdækninger, engangsbeklædninger mv. med begyndelsestidspunkt den 1. september 2007, uagtet at det i udbudsbekendtgørelse 2006/S 31-034185 offentliggjort den 15. februar 2006 var angivet, at rammeaftalens begyndelsestidspunkt ville være den 1. juli 2006.

Påstand 5 (subsidiær til påstand 4)

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 om samtidig underretning af samtlige ansøgere og tilbudsgivere mv., herunder § 1, nr. 1, ved at underrette Mölnlycke Health Care A/S og 3M A/S om beslutningen om tildeling af kontrakterne uden samtidig at underrette de ikke valgte tilbudsgivere om beslutningen og ved at underskrive rammeaftalerne af 1. september 2007 før afsendelse af underretning til de ikke valgte tilbudsgivere.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere de indklagedes beslutning om at indgå kontrakter af 1. september 2007 med Mölnlycke Health Care A/S og 3M A/S.

De indklagede har vedrørende påstand 1 og påstand 3, 4 og 6 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Overfor påstand 2 har indklagede 1 principalt påstået afvisning, subsidiært påstået at klagen ikke tages til følge. De indklagede har vedrørende påstand 5 erkendt overtrædelsen.

I udbudsbetingelserne vedrørende udbudsbekendtgørelse 2006/S 31-034185 af 14. februar 2006 er bl.a. anført følgende:

»...

6.1. Aftaleperiode

Aftalen vil løbe fra 01.07.2006 – 30.06.2007 med mulighed for forlængelse i op til 24 måneder.

6.2. Prøvetid

De første 6 måneder af aftaleperioden vil være at betragte som prøvetid. Såfremt samhandlen forløber tilfredsstillende i henhold til aftalens bestemmelser, vil denne fortsætte indtil udløb. I modsat fald er ordregiver

berettiget til at ophæve aftalen med skriftligt varsel på 30 dage til den 1. i en måned.

...

9.3. Præsentation af tilbudte produkter

Såfremt udbyder finder det nødvendigt, vil der evt. blive afholdt en til to præsentationsdage hvor leverandørerne vil få mulighed for at komme og præsentere de tilbudte produkter. Nærmere information herom vil blive fremsendt til den enkelte tilbudsgiver.

Der skal være mulighed for at rekvirere vareprøver efterfølgende uden beregning.

...

12. Levering

Levering af produkter omfattet af nærværende udbud skal som minimum være i overensstemmelse med EUCOMED Position Paper Good Distribution Practice (GDP), 1998, eller tilsvarende.

...

18. Sortiment- og forpakningsændringer

Ved eventuelle ændringer af sortiment/forpakning i aftaleperioden skal tilbudsgiver dokumentere alle specifikationer på mindst samme niveau som i forbindelse med nærværende udbud. Eventuelle sortiments- og forpakningsændringer skal på forhånd skriftligt godkendes af ordregiver.

...

20. Tilbudsgivers ansvar

Tilbudsgiver er eneansvarlig over for ordregiver.

...

21. Dækningskøb

Varer der ikke er i overensstemmelse med de vilkår, hvorunder ordren er afgivet, vil blive afvist, og tilbudsgiver er da forpligtet til at levere andre, antagelige varer så hurtigt, som det til forbruget er nødvendigt. I modsat fald er ordregiver berettiget til at foretage dækningskøb for tilbudsgivers regning. Dette vil ligeledes være tilfældet, såfremt varerne ikke leveres til aftalt tid. Eneste acceptable undtagelse herfra er force majeure.

...

23. Tvistigheder

Uoverensstemmelser i forbindelse med den indgåede aftale søges afgjort ved forhandling. Kan uoverensstemmelser ikke afgøres ved for-

handling, afgøres disse af domstolene efter dansk ret. Værneting vælges af ordregiver.

24. Generelle betingelser

Udover de i nærværende skrivelse anførte betingelser gælder:

- Regionale Indkøbers »Standardbetingelser for køb og levering af forbrugsvarer, teknisk udstyr samt for køb og udførelse af tjenesteydelser«
- -kan ses på www.regionsudbud.dk
- Sinerfa og Medicoindustriens pjecce »God etik for indkøbere og leverandører af CE-mærket medicinsk udstyr«
- -kan på www.regionsudbud.dk

...«

I aftale nr. 07001 mellem Mölnlycke Health Care ApS af 30. oktober 2007 og Regions Sjælland og aftale nr. 07043 af 30. oktober 2007 mellem 3M A/S og Region Sjælland, der begge er gældende for perioden fra den 1. september 2007 til 31. august 2009, anføres bl.a. følgende:

»...

3. Levering:

Mölnlycke Health Care ApS [3M A/S] er forpligtiget til at følge de enkelte leveringssteders procedure omkring levering.

...

6. Produktansvar:

Denne aftale er betinget af, at Mölnlycke Health Care ApS [3M A/S] har tegnet og opretholder en fuldt dækkende erhvervs- og produktansvarsforsikring, og af at Region Sjælland kan godkende forsikringssummen. Policen skal forevises på forlangende.

...

7. Aftalens løbetid:

Aftalen er gældende for samtlige leverancer, der leveres fra den 01. september 2007 og frem til den 31. august 2009.

Aftalen kan forlænges med op til 24 måneder på uændrede betingelser. En evt. forlængelse skal være meddelt skriftligt senest den 01. juni 2009.

8. Tvistigheder:

Såfremt der mellem Mölnlycke Health Care ApS [3M A/S] og Sygehusene skulle opstå nogen uenighed, skal en sådan søges løst ved en afklarende forhandling mellem parterne. Uenighed kan være om forståelsen af kontrakten, fremtidige kontrakttilæg, fordelingen af rettigheder og

forpligtelser eller i forbindelse med andre, gennem kontraktforholdet opståede spørgsmål.

Kan Mölnlycke Health Care ApS [3M A/S] og Sygehusene ikke finde en løsning, skal en eventuel tvist være unddraget påkendelse ved de ordinære domstole og i stedet afgøres ved voldgift efter dansk ret i henhold til den til enhver tid gældende lov om voldgift.

...«

Indklagede 1 har i et notat af 8. november 2007 redegjort for tidsforløbet i forbindelse med EU-udbud nr. 2006/S31-034185. I notatet anføres bl.a. følgende:

»...

Tilbudsfrist ifm. ovennævnte EU-udbud var fredag den 19. maj 2006.

Møde i brugergruppen for gennemgang af tilbud blev afholdt den 20. juni 2006...

Som det fremgår af referat, blev det besluttet at indhente vareprøver fra udvalgte tilbudsgivere. Især omkring procedurepakker har den enkelte tilbudsgiver en produktionstid for disse pakker (i usteril form) på 4-6 uger, hvorfor det først var muligt at have disse vareprøver samlet ultimo august måned 2006.

Den 23. august 2006 blev der afholdt et brugergruppemøde hvor de fremsendte vareprøver blev gennemgået, og der blev truffet beslutning om at man ønskede at modtage yderligere vareprøver fra 3M A/S på i alt 13 forskellige procedurepakker i steril form, således at disse kunne anvendes ifm. operationer, hvilket var af stor betydning for evt. valg af disse pakker.

Produktionstid for sterile procedurepakker ville være ca. 16 uger, hvorfor disse først ville kunne være til rådighed på det enkelte sygehus ultimo december 2006/primo januar 2007.

Som det fremgår af mail fra 3M A/S den 16. januar 2007 ... vil udsendelse af sterile vareprøver ske i februar måned 2007, hvorefter disse skal indgå i planlægning ifm. operationer.

I henhold til mail af den 22. juni 2007 ... er [d]et først lykket at få en samlet tilbagemelding omkring afprøvninger på dette tidspunkt, og fremkomme med en indstilling til produktvalg.

Som det fremgår af mail, var svarfrist sat til den 18. juli 2007, men det lykkedes først at få den sidste tilbagemelding den 07. august 2007 ..., hvorefter planlægning af møde med de valgte tilbudsgivere kunne afholdes.

Møde med 3M A/S blev afholdt den 27. august 2007 og møde med Mölnlycke Health Care blev afholdt den 30. august 2007.

Det blev aftalt med begge firmaer at aftaler ville være gældende fra den 01. september 2007 for en 2-årig periode, men en optionsmulighed på max. 24 måneder.

Ved en fejl blev afslagsbreve til øvrige tilbudsgivere først sendt den 25. oktober 2007.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at forlængelserne af rammeaftalen af 17. januar 2002, ud over den 31. december 2005, ikke er omfattet af den rammeaftale, som var udbudt i udbudsbekendtgørelse nr. 2001/5 75-051380, ligesom forlængelserne var i strid med udbuddet i udbudsbekendtgørelsen. Aftaleperioden kunne således ikke – heller ikke ved forlængelser – have en varighed ud over 31. december 2005.

Optionen i rammeaftalen om yderligere forlængelse på 6 måneder efter den 31. december 2005 var i strid med udbuddet i udbudsbekendtgørelsen og kan derfor ikke tillægges virkning. Der henvises i den forbindelse til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. november 2008, Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården

En aftale om forlængelse ud over den i rammeaftale af 17. januar 2002 forudsatte adgang til forlængelse må anses som en ny aftale, som væsentligt adskiller sig fra den oprindelige aftale, der derfor særskilt skal udbydes. Dette er ikke sket, og forlængelserne må anses som en direkte tildeling uden forudgående afholdelse af udbud i strid med EU's udbudsregler, herunder særligt udbudsdirektivets artikel 35, stk. 2. Det er uden betydning for denne vurdering, om forlængelserne var nødvendige af hensyn til den fortsatte forsyningssikkerhed og den fortsatte patientbehandling. Udbudsdirektivets

artikel 31, stk. 1, litra c, muliggør ikke udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, da forsinkelsen af udbuddet, der nødvendiggjorde forlængelserne af rammeaftalen, var begrundet i indklagedes forhold.

Havde kontraktens rette omfang været kendt ved udbuddet ville dette have påvirket beregningsgrundlaget for de øvrige tilbudsgivere, og disse kunne have fastsat deres priser i overensstemmelse hermed.

Indklagede 1 har gjort gældende, at forlængelsen af aftalens løbetid med 1 år og 8 måneder ikke kan anses for en væsentlig ændring af kontrakten. Forlængelserne af rammeaftalen af 17. januar 2002 var endvidere nødvendige af hensyn til den fortsatte forsyningssikkerhed og dermed den daglige patientbehandling på sygehusene, da det viste sig umuligt at gennemføre nyt EU-udbud, som kunne føre til indgåelse af ny aftale på det oprindeligt forudsatte tidspunkt til trods for, at indklagede 1 havde igangsat nyt udbud allerede den 15. februar 2006. Indklagede kunne ikke forudse og kan ikke bebrejdes de omstændigheder, der førte til forsinkelse af det efterfølgende udbud.

Hertil kommer, at betingelserne efter udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra c, for at gennemføre udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse er opfyldt, bl.a. fordi der forelå tvingende grunde, ligesom forlængelserne af rammeaftalen af 17. januar 2002 har hjemmel i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 4, litra a, om supplerende tjenesteydelser.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at overtrædelse af forbuddet mod direkte tildeling af EF-Domstolen er karakteriseret som den alvorligste tilsidesættelse af EU's udbudsregler, som en ordregivende myndighed kan begå.

At direkte tildeling er den alvorligste tilsidesættelse af EU's udbudsregler er endvidere fastlagt af fællesskabslovgiver i EU's kontroldirektiv 2007/66/EF af 11. december 2007, jf. præambelens punkt 13. I direktivets artikel 2 d, jf. litra a, er bestemt, at en kontrakt, der er indgået på baggrund af direkte tildeling, skal betragtes som værende uden virkning.

Under hensyn til overtrædelsens kvalificerede karakter bør sanktionen være annullation af indklagede I's beslutninger om at indgå skriftlig aftale af 14. december 2005, skriftlig aftale af 13. juli 2006 og efterfølgende mundtlig aftale om forlængelse af rammeaftale af 17. januar 2002 mellem Mölnlycke Health Care A/S og Storstrøms Amt Fællesindkøb i perioden efter 31. december 2005.

Der gælder efter lov om Klagenævnet for Udbud ingen frister for indgivelse af klage til Klagenævnet, og der er derfor ikke noget til hinder for, at Klagenævnet annullerer beslutninger, selv om der er gået en årrække fra beslutningerne blev truffet. I Retten i Første Instans' dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03 (Cordis) annulleredes Kommissionens beslutning om at tildele en kontrakt, selv om beslutningen var truffet ca. 5 år tidligere.

Indklagede 1 har til støtte for sin principale påstand over for klagerens påstand 2 om afvisning gjort gældende, at rammeaftalen af 17. januar 2002 udløb den 1. september 2007, dvs. 15 måneder før klagers indbringelse af sagen for Klagenævnet for Udbud, og at en annullation af indklagede I's beslutning om forlængelse af rammeaftalen af 17. januar 2002 derfor ikke giver mening på nuværende tidspunkt.

Kontroldirektiv 2007/66/EF af 11. december 2007 ikke kan tillægges betydning for spørgsmålet om annullation, allerede fordi direktivet endnu ikke er gennemført i Danmark.

Den stillingtagen fra Klagenævnet, som klageren ønsker vedrørende forlængelse af rammeaftaler, opnås ved prøvelsen af påstand 1. Klageren har således ikke retlig interesse i Klagenævnets påkendelse af påstand 2.

Indklagede 1 har til støtte for sin subsidiære påstand over for klagerens påstand 2 gjort gældende, at aftalerne om forlængelser af rammeaftalen af 17. januar 2002 ikke var i strid med udbudsdirektivet og har henvist til det om påstand 1 anførte.

Subsidiært har indklagede gjort gældende, at det, som er anført til støtte for den principale påstand om afvisning skal føre til, at klagen ikke tages til følge.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at aftalerne, der blev indgået den 1. september 2007, adskiller sig væsentligt fra den kontrakt, der blev udbudt i udbudsbekendtgørelsen af 15. februar 2006. Aftalerne blev først indgået 9 måneder efter, at vedståelsesfristen i henhold til udbudsbekendtgørelsen af 15. februar 2006 var udløbet og således på et tidspunkt, hvor tilbudsgiverne ikke længere var retligt forpligtede af deres tilbud. Ændringer i en offentlig aftale anses for indgåelse af en ny aftale i udbudsdirektivets forstand, når ændringerne er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derved viser parterne, at de er villige til at genforhandle aftalens grundlæggende elementer, jf. Domstolens dom af 5. oktober 2000, C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, præmis 44 og 46, samt Domstolens dom af 19. juni 2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, præmis 34. Det bemærkes i den forbindelse, at accept af et tilbud efter vedståelsesfristens udløb efter dansk ret er at anse som fremsættelse af et nyt tilbud.

Indgåelse af en aftale efter udløbet af vedståelsesfristen er således at anse for direkte tildeling af en kontrakt uden afholdelse af forudgående udbud, og indgåelsen af kontrakterne den 1. september 2007 er dermed i strid med EU's udbudsregler, herunder navnlig udbudsdirektivets artikel 35, stk. 2.

Baggrunden for, at vedståelsesfristen er blevet forlænget er uden betydning for vurderingen af, om der er sket en væsentlig ændring af den udbudte kontrakt. Det kan i øvrigt ikke antages, at forlængelserne er aftalt før vedståelsesfristens udløb.

De indklagede har gjort gældende, at den lægefagligt betingede evaluering i forbindelse med navnlig afprøvning af procedurepakker - som led i tilbudsgivningen - viste sig mere tidkrævende end forudset i udbudsbekendtgørelsen af 15. februar 2006. En forlængelse af vedståelsesfristen var derfor nødvendig, og forlængelsen blev i henhold til udbudsbekendtgørelsen aftalt med tilbudsgiverne inden vedståelsesfristens udløb. Tilbudsgiverne var derfor retligt forpligtet af deres tilbud, da indklagede 1 accepterede disse. Indgåelse af aftalerne efter udløbet af den oprindeligt fastlagte vedståelsesfrist kan derfor ikke anses for en direkte tildeling af en kontrakt uden afholdelse af forudgående udbud.

I øvrigt skal en ordregiver have mulighed for at forlænge vedståelsesfristen som sket, da det i modsat fald ville få kritiske konsekvenser for forsynings-sikkerheden og dermed patienternes sikkerhed, og de indklagede har derfor heller ikke handlet i strid med udbudsdirektivet, herunder artikel 35, stk. 2, ved indgåelsen af aftaler efter udløbet af den oprindelige vedståelsesfrist.

Klageren har ikke dokumenteret, at tilbudsgiverne stillede ændrede betingelser for at indgå kontrakt med de indklagede.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at aftalerne indgået den 1. september 2007 på et væsentligt punkt adskiller sig fra den kontrakt, der blev udbudt i udbudsbekendtgørelsen af 15. februar 2006. Begyndelsestidspunktet for rammeaftalerne, som rent faktisk blev indgået, adskiller sig således væsentligt fra det begyndelsestidspunkt, der er angivet i udbudsbekendtgørelsen.

I en kontrakt af en varighed på to år må en overskridelse af begyndelsestidspunktet med mere end et år antages at være en så væsentlig ændring af kontraktvilkårene, at der ikke kan være identitet mellem den kontrakt, som i februar 2006 blev udbudt, og de kontrakter, som rent faktisk blev indgået 1. september 2007. Således ville denne ændring, såfremt den havde fremgået af udbudsbekendtgørelsen, have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget, jf. Domstolens dom af 19. juni 2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, præmis 35. Det bemærkes i den forbindelse, at Kommissionen i »Vejledning om EU-reglerne om offentlige indkøb af tjenesteydelser«, punkt 3.3.1., har udtalt, at Kommissionen betragter ændringer i leveringsfrister som væsentlige ændringer af kontraktvilkårene.

Ændringer i leveringsfrister strider mod princippet om gennemsigtighed, idet der ved at ændre i leveringsfristerne ikke sikres en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver. Således er det tidsmæssige aspekt i forbindelse med et udbud afgørende for tilbudsgivers mulighed for at planlægge fremtidige leverancer.

Indgåelse af kontrakterne i september 2007 skal derfor anses som en direkte tildeling af kontrakter uden forudgående afholdelse af udbud og derfor i

strid med EU's udbudsregler, herunder navnlig udbudsdirektivets artikel 35, stk. 2.

De indklagede har gjort gældende, at overskridelsen af begyndelsestidspunktet for de udbudte kontrakter ikke er en væsentlig ændring af kontraktvilkårene når henses til, at varigheden af kontrakterne ifølge udbudsbekendtgørelsen af 15. februar 2006 var fastlagt til 4 år. Indgåelsen af kontrakterne med Mölnlycke Health Care ApS og 3M A/S med begyndelsestidspunkt den 1. september 2007 kan derfor heller ikke anses for en direkte tildeling af kontrakter uden forudgående afholdelse af udbud i strid med EU's udbudsregler, herunder udbudsdirektivets artikel 35, stk. 2.

De indklagede har meddelt alle de oprindeligt prækvalificerede virksomheder, at de indgåede aftaler ikke vil blive videreført efter 31. august 2009, hvorfor de indgåede aftaler derfor rent faktisk ikke vil få en længere tidsmæssig udstrækning end angivet i udbudsbekendtgørelsen af 15. februar 2006 til trods for, at aftalerne blev indgået senere end forventet.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at de indklagede ved indgåelse af kontrakterne den 1. september 2007 overtrådte reglerne om samtidig underretning og stand still-periode fastlagt i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004, som ændret ved bekendtgørelse nr. 588 af 12. juni 2006, idet de indklagede ikke hurtigst muligt underrettede tilbudsgiverne om tildelingen af kontrakten til henholdsvis 3M A/S den 27. august 2007 og Molnlycke Health Care A/S den 30. august 2007.

De indklagede har erkendt overtrædelsen.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at beslutningen om at foretage direkte tildeling af kontrakten udgør en så væsentlig overtrædelse af udbudsreglerne, at beslutningen skal annulleres.

De stedfundne overtrædelser af udbudsreglerne, består dels i en ændring af leveringsfristerne, dels i en ændring af vedståelsesfristerne og er hver isoleret set udtryk for den alvorligste tilsidesættelse af udbudsreglerne, som en

ordregivende myndighed kan begå. Det forhold, at der er foretaget to væsentlige ændringer, må tillægges betydning ved en fastsættelse af sanktionen, der bør være annullation af beslutningen om at indgå kontrakterne, under hensyn til, at denne sanktion er den mest indgribende.

De indklagede har principalt gjort gældende, at der ikke foreligger en overtrædelse af udbudsreglerne, herunder en direkte tildeling uden forudgående afholdelse af udbud og at der allerede af denne grund ikke kan ske annullation.

Ændringen af vedståelsesfristen eller af fristen for kontraktens begyndelsestidspunkt kan hverken hver for sig eller tilsammen anses for så kvalificerede overtrædelser af udbudsreglerne, at dette kan føre til annullation af beslutningen om at indgå kontrakterne. Beslutningen om at begrænse varigheden af de indgåede kontrakter, således at disse ikke udstrækkes udover den i udbudsbekendtgørelsen forudsatte varighed, taler ligeledes imod at anse en eventuel overtrædelse af udbudsreglerne for så kvalificeret, at der skulle være grundlag for annullation af beslutningen om kontrakttildeing. Det forhold, at klagen først blev indgivet mere end 1 år efter, at klageren var blevet bekendt med de i sagen omhandlede forhold taler ligeledes imod annullation.

Kontroldirektiv 2007/66/EF af 11. december 2007 er uden betydning, allerede fordi dette kontroldirektiv endnu ikke er gennemført i Danmark.

Overtrædelserne af reglerne om samtidig underretning og stand still kan hverken hver for sig eller tilsammen anses for så kvalificerede, at der er grundlag for at annullere de indklagedes beslutning om kontrakttildeing.

Klagenævnet udtaler:

Indledningsvis bemærkes, at klage over dispositioner, der før kommunalreformens ikrafttræden den 1. januar 2007 er foretaget af daværende Storstrøms Amt, Roskilde Amt og Vestsjællands Amt, nu må rettes mod indklagede 1, ligesom klage over dispositioner, der før reformen er foretaget af Frederiksborg Amt og Bornholms Amt, nu må rettes mod indklagede 2.

Ad påstand 1

Det fremgår af punkt 8 i rammeaftalen af 17. januar 2002, at aftalen var gældende til den 31. december 2003 med mulighed for forlængelse til den 31. december 2005. Det fremgår videre, at såfremt der ved aftalens udløb – dvs. senest den 31. december 2005 – ikke var afsluttet et nyt EU-udbud, var Mölnlycke forpligtet til at levere i en periode på maksimalt 6 måneder fra aftalens udløb.

Det har derfor påhvilet indklagede 1 at indgå en ny aftale senest den 1. juli 2006, hvis indklagede 1 ønskede leverancer fra dette tidspunkt. En aftale om de ydelser, der omfattes af aftalen af 17. januar 2002, er udbudspligtig efter Udbudsdirektivet, og det har derfor påhvilet indklagede 1 at iværksætte udbuddet på et tidspunkt, der sikrede, at aftale kunne indgås med virkning fra senest den 1. juli 2006. Dette forhold har eller burde have stået klart for indklagede 1, og der foreligger ikke omstændigheder, som indklagede 1 ikke kunne forudse, og som kunne begrunde, at udbud ikke kunne gennemføres så betids, at ny aftale kunne indgås samtidig med, at aftalen fra 2002 ophørte. Udbudsdirektivets artikel 31 finder derfor ikke anvendelse på en situation som den foreliggende.

Det har derfor været i strid med Udbudsdirektivet, herunder artikel 35, stk. 2, at indklagede løbende med Mölnlycke Health Care A/S forlængede aftalen fra 2002, og aftalerne om forlængelse af 14. december 2005, af 13. juli 2006 og senere mundtlig forlængelse har haft karakter af en direkte til-delning af kontrakten til Mölnlycke Health Care A/S.

Påstand 1 tages derfor til følge med præciserende bemærkning, at rammeaftalen maksimalt kunne forlænges til udløb den 1. juli 2006.

Ad påstand 2

Som anført ad påstand 1 har indklagede 1 ved sine aftaler fra 14. december 2005 og senere om forlængelse af rammeaftalen af 17. januar 2002 tilsidesat reglerne i Udbudsdirektivet og tildelt Mölnlycke Health Care A/S aftalen direkte og uden udbud.

Indklagede 1 har herved tilsidesat en central udbudsretlig forpligtelse, hvorfor påstand 2 tages til følge.

Ad påstand 3

Det fremgår af udbudsbetingelserne for det udbud, der blev iværksat ved udbudsbekendtgørelse 2006/S 31-034185 af 14. februar 2006, at vedståelsesfristen for tilbudsgiverne udløb den 31. december 2006. Aftaler med Mölnlycke Health Care og 3M A/S blev først indgået den 30. oktober 2007 gældende fra den 1. september 2007. Da de indklagede ikke har dokumentret, at aftaler om forlængelse af vedståelsesfristen er indgået før udløbet af den vedståelsesfrist, der var fastsat i udbudsbetingelserne, lægger Klagenævnet til grund, at aftale om vedståelsesfristens forlængelse er indgået efter den 31. december 2006.

Efter udløbet af vedståelsesfristen er tilbudsgiverne ikke bundet af deres tilbud, og såfremt en ordregiver efter vedståelsesfristens udløb ønsker at indgå kontrakt med en tilbudsgiver, og hvis grundlaget for kontrakten ændrer sig i forhold til indholdet af udbudsbekendtgørelsen, udbudsbetingelserne og tilbudsgiverens oprindelige tilbud, må en ordregiver ikke indgå en kontrakt uden forudgående nyt udbud.

I de kontrakter, som de indklagede indgik den 30. oktober 2007 med Mölnlycke Health Care og 3M A/S, er der flere væsentlige fravigelser fra det i udbudsbetingelserne anførte. Der er således ikke overensstemmelse mellem bestemmelserne i udbudsbetingelserne og kontrakterne om levering, dækningskøb, tvistigheder og generelle betingelser. Endelig er der fravigelse for så vidt angår aftaleperioden.

De indklagede findes på denne baggrund at have foretaget en direkte tildeling af kontrakterne til Mölnlycke Health Care og 3M A/S uden forudgående udbud, hvorfor påstand 3 tages til følge.

Ad påstand 4

Udbudsbetingelserne for det udbud, der blev iværksat ved udbudsbekendtgørelse 2006/S 31-034185 af 14. februar 2006, bestemmer, at aftale skulle begynde den 1. juli 2006. Først ved aftaler af 30. oktober 2007 og med virkning fra den 1. september 2007 indgik de indklagede aftale om produkter, der er omfattet af udbuddet.

En ændring af begyndelsestidspunktet for aftalerne med mere end et år for aftaler, der blot har en løbetid på 2 år, findes at være en så væsentlig ændring af den udbudte aftale, at der ikke findes at være identitet mellem den udbudte aftaler, og de aftaler, som rent faktisk blev indgået i 2007. Det er i den forbindelse uden betydning, at de indklagedes gennemgang af vareprøver fra tilbudsgiverne tog længere tid end forventet.

De indklagede har derfor handlet i strid med det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip, ligesom indgåelsen af aftalerne i 2007 skal anses som en direkte tildeling af kontrakt uden forudgående udbud.

Påstand 4 tages derfor til følge.

Ad påstand 6

De indklagede har som anført ad påstand 3 og 4 tilsidesat centrale udbudsretlige forpligtelser, hvorfor påstand 6 tages til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede 1 har handlet i strid med Udbudsdirektivet, herunder artikel 35, stk. 2, ved løbende at aftale forlængelser af rammeaftale af 17. januar 2002 mellem Mölnlycke Health Care A/S og Storstrøms Amt Fællesindkøb, således at rammeaftalen først udløb den 1. september 2007, uagtet at rammeaftalen i henhold til udbudsbekendtgørelsen alene kunne forlænges til udløb den 31. december 2005, og uagtet at rammeaftalen efter rammeaftalens indhold maksimalt kunne forlænges til udløb den 1. juli 2006.

Ad påstand 2

Indklagede 1's beslutninger om indgå aftale med Mölnlycke Health Care A/S om levering af engangsbeklædning, - masker, - huer samt afdækninger til sygehusene i Storstrøms Amt, der har fundet udtryk i skriftlig aftale af 14. december 2005, skriftlig aftale af 13. juli 2006 og efterfølgende mundtlig aftale om forlængelse af rammeaftale af 17. januar 2002 mellem Mölnlycke Health Care A/S og Storstrøms Amt Fællesindkøb i perioden efter 31. december 2005, annulleres.

Ad påstand 3

De indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet, herunder artikel 35, stk. 2, ved at træffe beslutning om at indgå rammeaftaler af 1. september 2007 med Mölnlycke Health Care A/S og 3M A/S om operationsafdækninger, engangsbeklædninger mv. med begyndelsestidspunkt den 1. september 2007, uagtet at det i udbudsbekendtgørelse 2006/S 31-034185 offentliggjort den 15. februar 2006 var angivet, at vedståelsesfristen for de indkomne bud udløb den 31. december 2006.

Ad påstand 4

De indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet, herunder artikel 35, stk. 2, ved at træffe beslutning om at indgå rammeaftaler af 1. september 2007 med Mölnlycke Health Care A/S og 3M A/S om operationsafdækninger, engangsbeklædninger mv. med begyndelsestidspunkt den 1. september 2007, uagtet at det i udbudsbekendtgørelse 2006/S 31-034185 offentliggjort den 15. februar 2006 var angivet, at rammeaftalens begyndelsestidspunkt ville være den 1. juli 2006.

Påstand 6

De indklagedes beslutning om at tildele kontrakter af 1. september 2007 med Mölnlycke Health Care A/S og 3M A/S annulleres.

De Indklagede, Region Sjælland og Region Hovedstaden, skal i sagsomkostninger til klageren, Konkurrencestyrelsen, in solidum betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig