

Klagenævnet for Udbud

(Erik P. Bentzen, Kaj Kjærsgaard, Helle Bøjen Larsen)

J.nr.: 2008-0016964

J.nr.: 2008-0016965

J.nr.: 2008-0016966

15. januar 2009

K E N D E L S E

1. Ortos A/S
2. Sahva A/S
3. Konsortiet De Jysk-Fynske Bandagerier og Skomagerier
(advokat Tina Braad, Århus)

mod

Odense Kommune
(advokat Peter Lund Meyer, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2007/S 202-245377 af 18. oktober 2007 udbød Odense Kommune som offentlig udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EU-udbudsdirektivet) rammeaftaler om indkøb af ortopædiske hjælpemidler opdelt i følgende produktområder: 1. »Ortopædisk fodtøj, tilbehør og reparationer«, 2. »Bandager, proteser, ortoser, korsetter, halskraver, tilbehør og reparationer m.m.«, 3. »Brystproteser og tilbehør« og 4. »Kompressionsstrømper og tilbehør«. Efter udbudsbekendtgørelsen skulle der indgås delaftale for hvert enkelt produktområde. Delaftalerne skulle gælde for perioden 1. marts 2008 - 28. februar 2011. Disse klagesager vedrører alene delaftale 2.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 14. december 2007 havde følgende virksomheder afgivet tilbud på delaftale 2. »Bandager, proteser, ortoser, korsetter, halskraver, tilbehør og reparationer m.m.«:

1. Ortos A/S
2. Sahva A/S
3. Konsortiet De Jysk-Fynske Bandagerier og Skomagerier
4. UAB Baltic Orthoservice.

Den 9. juni 2008 besluttede indklagede at indgå kontrakt med UAB Baltic Orthoservice, hvilket blev meddelt ved brev samme dag.

Den 23. juni 2008 indgav klagerne, 1. Ortos A/S, 2. Sahva A/S og 3. Konsortiet De Jysk-Fynske Bandagerier og Skomagerier, klager til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Odense Kommune. Ortos A/S anmodede ved brev af 14. juli 2008 om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen fra Ortos A/S skulle have opsættende virkning. Den 22. juli 2008 meddelte indklagede, at kommunen havde besluttet at annullere udbuddet vedrørende delaftale 2 med den begrundelse, at der under udbudsproceduren var begået væsentlige procedurefejl. Delaftalerne 1, 3 og 4 blev ikke annulleret. Den 14. august 2008 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen fra Ortos A/S opsættende virkning. Klagerne har været behandlet på et møde den 19. november 2008.

Klagerne har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbekendtgørelsen at anføre, at rammeaftale ville blive indgået med 4 økonomiske aktører, uanset at indklagede havde til hensigt kun at indgå 1 rammeaftale for hver delaftale.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 og Udbudsdirektivets artikel 28 ved den 9. juni 2008 at tildele UAB Baltic Orthoservice den udbudte delaftale 2 om levering af bandageriprodukter m.v., uanset at UAB Baltic Orthoservice på det tidspunkt ikke længere var bundet af det afgivne tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at ændre starttidspunktet for den udbudte delaftale 2 om levering af bandageriprodukter m.v. til den 1. september 2008, uanset at starttids-

punktet i udbudsbekendtgørelsen var fastsat til den 1. marts 2008.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelserne ikke at have foretaget en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af de produkter, som indklagede ønskede tilbud på under delaftale 2 om levering af bandageriprodukter m.v.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Økonomi« at have lagt vægt på »Leverandørens tilbudte intervaller og regler for prisændringer«, uanset at det af udbudsbetingelserne udtømmende fremgik, hvorledes prisregulering kunne finde sted, nemlig en gang årligt i henhold til nettoprisindekset eller – i ekstraordinære tilfælde – ved udefrakommende omkostningsstigninger.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Serviceforhold« at have lagt vægt på:

- a. Leverandørens faglighed hos alle ansatte,
 - b. Leverandørens kapacitet, evt. sammenlignelige leverancer,
 - c. Oplysningsniveau, elektronisk samarbejde, statistik,
- uanset at disse forhold må betragtes som udvælgelseskriterier, der ikke kan inddrages som delkriterier.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Kvalitet« at have lagt vægt på delkriteriet »Pasningsegenskaber ved levering/gentilpasning, evt. %-vis oplysning om antal gentilpasninger, fejl, tilfredsheds % o.a.«, uanset at disse elementer må betragtes som udvælgelseskriterier, der ikke kan inddrages som delkriterier.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Leveringsforhold« at have lagt vægt på »Leveringsomkostninger, gebyrer o.a.«, uanset at det udtømmende fremgik af udbudsbetingelserne, at de tilbudte priser skulle omfatte alle udgifter ved leverancen, herunder leveringsomkostninger, gebyrer m.v.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Miljøforhold« at have lagt vægt på

- a. Leverandørens oplysninger om miljøcertifikater og miljøpolitik,
 - b. Arbejdspladsvurdering, herunder arbejdsmiljø og lovgivning,
- uanset at disse forhold må betragtes som udvælgelseskriterier, der ikke kan inddrages som delkriterier.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at annullere udbuddet af delaftale 2 om bandageriprodukter m.v. med den begrundelse, at der er begået væsentlige procedurefejl, uanset at den reelle begrundelse var, at klagerne havde klaget til Klagenævnet for Udbud, hvilket ikke er en saglig begrundelse for at annullere et udbud.

Klagerne har taget forbehold om senere at nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har erkendt overtrædelserne i påstandene 1 og 3–9. Indklagede har nedlagt påstand om, at påstand 2 og påstand 10 ikke tages til følge.

Tildelingskriteriet er i udbudsbetingelserne fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud pr. produktområde og/eller samlet for alle de 4 produktområder«. I udbudsbetingelserne er der for delaftale 2 fastsat følgende underkriterier:

A. Økonomi	34 %
B. Serviceforhold	25 %
C. Kvalitet	20 %
D. Leveringsforhold	15 %
E. Miljøforhold	6 %

Udbudsbekendtgørelsen af 18. oktober 2007 indeholder under »Del II: Kontraktens genstand«, pkt. II. 1.4) »Oplysninger om rammeaftalen« følgende:

»Rammeaftale med flere aktører.
Højeste antal deltagere i den påtænkte rammeaftale: 4.
Rammeaftalens varighed: År 3«

I udbudsbetingelserne pkt. 2.1. »Leverandørudvælgelse« er anført

»Der vil blive udvalgt maksimum 1 leverandør (= eneleverandør) pr. delområde.

Samme leverandør kan desuden blive udvalgt til flere eller alle 4 delområder.«

Efter udbudsbetingelsernes pkt. 2.6 »Vedståelsesfrist for tilbud« skulle tilbuddet være gældende i 3 måneder fra tilbudsfristens udløb. Ved en e-mail af 6. februar 2008 skrev indklagede bl.a. følgende til tilbudsgiverne:

»Odense Kommune, Indkøbskontoret ... har ressourcemæssigt ikke været i stand til at behandle de indkomne tilbud rettidigt.

Dette betyder, at der ikke er en afklaring omkring hvilke tilbud og leverandører, som vil blive udvalgt til fremtidig leverandør på produktområderne.

Denne forsinkelse betyder følgende:

1.
De bestående forlængede indkøbsaftaler forlænges yderligere 2 måneder, sådan at nye indkøbsaftaler på områderne skal påbegyndes pr. 1. juni 2008. Hvis De har kommentarer eller indvendinger imod dette, bedes dette hurtigst muligt tilkendegives.

2.
De bedes for en ordens skyld skriftligt bekræfte, at udsættelsen af afgørelsen og forlængelserne af kommunens bestående aftaler kan accepte-

res ...«

Ved brev af 9. juni 2008 meddelte indklagede, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten vedrørende delaftale 2 til UAB Baltic Orthoservice. Indklagede meddelte endvidere, at de nye aftaler ikke som forventet kunne træde i kraft fra den 1. juni 2008, men først ville træde i kraft fra den 1. september 2008.

Indklagedes kravspecifikation til de udbudte bandageriprodukter (delaftale 2) fremgår af udbudsbetingelsernes bilag 3, som har overskriften: »Bandager, ortoser, proteser til krop, ben, knæ, fødder, arme, fingre, halskraver, korsetter, bæltter, dropfodsskiner, fodkapsler, benstativer m.m. og tilbehør til ovenstående«. Af bilagets pkt. 1.1 »Aftaleforhold og kravspecifikation« fremgår bl.a., at leverancen vil omhandle såvel special- som standardfremstillede produkter og diverse afprøvninger, tilretninger og reparationer. Der er herefter henvist til en tilbudsliste for en række bandageriprodukter. Af bilagets pkt. 1.3 »Prisforhold vedrørende leverancer af bandageriprodukter m.v.« fremgår bl.a.:

»Der ønskes tilbud på så mange relevante typer bandageriprodukter som muligt, herunder hvis disse er fremstillet i flere forskellige materialer, plast, kulfiber, metal eller andre natur- og kunststoffer. Pristilbudet skal dog afspejle hvilke produkter tilbyderen vurderer som de mest anvendte/solgte. Se tilbudsliste i vedlagte bilag.«

Tilbudsgiverne stillede under udbuddet en række spørgsmål til indklagede om, hvilke produkter indklagede ønskede tilbud på, og hvilken prisstruktur – samlede eller specificerede priser – der skulle benyttes i tilbuddet.

I bilag 3 b til udbudsbetingelserne, som er »Vægtningsskema for bandageriprodukter m.v.« fremgår, at indklagede ved vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Økonomi« bl.a. vil anvende delkriteriet »Leverandørens tilbudte intervaller og regler for prisændringer«.

Af udbudsbetingelsernes bilag 3, pkt. 1.3 »Prisforhold vedrørende leverancer af bandageriprodukter m.v.« fremgår bl.a.:

»De tilbudte priser skal være faste i hele aftaleperioden. Dog er der mulighed for prisregulering iht. nettoprisindekset, eller ved udefra dokumenterede prisændringer.«

På et spørgsmål under udbuddet vedrørende betydningen af den citerede passus svarede indklagede, at »Priserne reguleres efter nettoprisindekset. Der er ikke andre prisreguleringsmekanismer.«. Det fremgår videre af svaret:

»...

Kun i helt særlige ekstraordinære udefrakommende tilfælde, hvor omkostninger og hermed priser ændres meget radikalt, kan der evt. forhandles om en begrundet regulering ...«

Under udbuddet svarede indklagede endvidere på et spørgsmål om, hvad der menes med »leverandørens tilbudte intervaller«:

»Der vurderes i vægtningen ud fra tilbydernes besvarelse af de tilbudte prisreguleringsintervaller. F.eks. hvis man tilslutter sig kommunens krav på området (punkt 7.3 i udbudsmaterialet), eller har andre begrundede forslag eller forbehold på prisreguleringsområdet. Vægtningens %satser sætter kommunen i stand til at del-kapitalisere tilbudsindholdet på bl.a. økonomirådets prisreguleringsområde. Tilbyder skal også på dette område være »bedst og billigst«.

Det fremgår i øvrigt af udbudsbetingelsernes pkt. 7.3 »Prisregulering«, at regulering af priser kun kan ske en gang årligt og skal foretages i henhold til udviklingen i nettoprisindekset.

Det fremgår af bilag 3 b til udbudsbetingelserne, at der ved underkriteriet »Serviceforhold« vil blive foretaget en vurdering af bl.a. følgende delkriterier:

»Leverandørens faglighed hos alle ansatte.

...

Leverandørens kapacitet, evt. sammenlignelige leverancer.

...

Oplysningsniveau, elektronisk samarbejde, statistik.«

Af samme bilag fremgår, at der ved underkriteriet »Kvalitet« bl.a. vil blive foretaget en vurdering af »Pasningsegenskaber ved levering/gentilpasning, evt. %-vis oplysning om antal gentilpasninger, fejl, tilfredsheds % o.a.«.

Under udbuddet blev der stillet spørgsmål til indklagede om, hvad der nærmere menes med »Pasningsegenskaber ved levering/gentilpasning, evt.

%-vis oplysning om antal gentilpasninger, fejl, tilfredsheds % o.a.«. Indklagede svarede:

»Her menes og vurderes ud fra det tilbyderen kan oplyse om sin samlede kvalitets – og leveringshistorik og hvad planer man har for fremtidige forbedringer herpå. Man kan evt. oplyse om kvalitetscertificeringer, fremstillings – og produktionscertificeringer, leveringscertificeringer ... Tilbydere kan oplyse om man foretager analyser af leveringssikkerheden, fejlprocenter og tilfredshedsundersøgelser ...

Nøgleordet for vurdering og vægtning af tilbudsindhold fra tilbydere er i dag baseret på øget baggrundsviden analyser og dokumentation. Tilbyderen har i de fleste tilfælde god gavn af at kende sin egen formåen på en dokumenterbar måde, både over for sig selv og over for kunden – her Odense Kommune.

Vurdering, vægtning og korrekt udvælgelse af leverandør skal ske på et bedre fundament end der måske tidligere var almindeligt i kommunerne. Dette kan kun ske, hvis tilbyderen medvirker til at anskueliggøre og dokumentere disse forhold.«.

Til underkriteriet »Leveringsforhold« er det anført, at der bl.a. ville blive foretaget en vurdering af »Leveringsomkostninger, gebyrer o.a.«. Af udbudsbetingelserne i øvrigt fremgår det af pkt. 7 »Prisforhold og krav for pristilbud« bl.a.:

»De tilbudte priser skal omfatte alle udgifter i forbindelse med leverancerne, såvel porto/fragt m.v. Herunder også udgifter til konsulentbistand, sygeplejefaglig og individuel ortopædisk bistand, m.v.

Ved alle leverancer må der ikke beregnes nogen form for gebyr.«.

Af bilag 3 til udbudsbetingelserne, pkt. 1.3, fremgår bl.a., at priserne skal omfatte alle de udgifter, der er forbundet med leverancerne, herunder udgifter til afprøvninger, tilretninger, reparationer og konsulentbistand

Vedrørende underkriteriet »Miljøforhold« fremgår det af bilag 3 b til udbudsbetingelserne, at der ved vurderingen vil blive lagt vægt på »Leverandørens oplysninger om miljøcertifikater, miljøpolitik« og »Arbejdsplads-vurderinger, herunder arbejdsmiljølovgivningen«.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klagerne har gjort gældende, at indklagede i udbudsbekendtgørelsen annoncerede udbuddet som et parallelt udbud af 4 rammeaftaler. Indklagede har således efter udbudsbekendtgørelsen forpligtet sig til at lade hvert produktområde dække af 4 rammeaftaler. Efter udbudsbetingelserne havde indklagede imidlertid kun til hensigt at indgå én rammeaftale pr. produktområde.

Indklagede har erkendt overtrædelsen.

Ad påstand 2

Klagerne har i først række gjort gældende, at tilbudsgiverne kun var forpligtet til at vedstå deres tilbud i 3 måneder, og vedståelsesfristen udløb derfor den 14. marts 2008. Denne frist blev ikke forlænget ved indklagedes e-mail af 6. februar 2008, som ikke indeholder en anmodning til tilbudsgiverne om at vedstå tilbuddene i en periode efter den 14. marts 2008. Klagerne har i anden række gjort gældende, at tilbudsgivernes bekræftelse på indklagedes e-mail af 6. februar 2008 i givet fald kun kan medføre, at vedståelsesfristen blev forlænget til et tidspunkt forud for den 1. juni 2008, hvor de nye indkøbsaftaler skulle træde i kraft. Indklagede accepterede først tilbuddet fra UAB Baltic Orthoservice den 9. juni 2008. Da tilbudsgiverne ikke var bundet af deres tilbud den 9. juni 2008, kunne indklagede kun indgå en kontrakt ved at gennemføre et nyt udbud. Da indklagede tildelte kontrakten til UAB Baltic Orthoservice uden at iværksætte et nyt udbud, overtrådte indklagede udbudsdirektivets artikel 28.

Indklagede har gjort gældende, at vedståelsesfristen, som er fastsat af indklagede, kun har den betydning, at tilbudsgiveren inden for vedståelsesfristen er forpligtet til at vedstå sit tilbud med den virkning, at ordregiveren kan forlange, at der indgås en aftale på grundlag af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne samt tilbudsgiverens tilbud. Hvis vedståelsesfristen overskrides, medfører det ikke, at en ordregiver er uberettiget til at indgå aftale med en tilbudsgiver, hvis dette i øvrigt sker på det samme grundlag.

Ad påstand 3

Klagerne har gjort gældende, at en udsættelse af ikrafttrædelsestidspunktet på i alt 6 måneder i forhold til det ikrafttrædelsestidspunkt, der var fastsat i udbudsbekendtgørelsen, er en så væsentlig udsættelse, at den kunne have haft betydning for potentielle tilbudsgiveres interesse i at byde på kontrakterne. Da indklagede konstaterede den væsentlige forsinkelse, skulle udbuddet have været annulleret og et nyt have været iværksat.

Indklagede har erkendt overtrædelsen.

Ad påstand 4

Klagerne har gjort gældende, at indklagede med beskrivelsen af produktsortimentet og prisstrukturen, som er angivet i udbudsbetingelserne og i svarene på de spørgsmål, som blev stillet under udbuddet, reelt har ladet det være op til den enkelte tilbudsgiver at beslutte, hvilke produkter den enkelte ville afgive tilbud på, og hvorledes prisen på tilbudsgiverens ydelse skulle angives.

Indklagede har erkendt overtrædelsen.

Ad påstand 5

Klagerne har gjort gældende, at muligheden for prisregulering udtømmende er reguleret i udbudsbetingelserne. Prisreguleringsmekanismer kunne derfor ikke anvendes som et delkriterium ved vurderingen af underkriteriet »Økonomi« til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Indklagede har erkendt overtrædelsen.

Ad påstand 6

Klagerne har gjort gældende, at delkriterierne »Leverandørens faglighed hos alle ansatte«, »Leverandørens kapacitet, evt. sammenlignelige leverancer« og »Oplysningsniveau, elektronisk samarbejde, statistik« alle er udvælgelseskriterier, som ikke lovligt kan tillægges vægt som delkriterier i forbindelse med tilbudsvurderingen i forhold til underkriteriet »Serviceforhold«.

Indklagede har erkendt overtrædelsen.

Ad påstand 7

Klagerne har gjort gældende, at delkriteriet »Pasningsegenskaber ved levering/gentilpasning, evt. %-vis oplysning om antal gentilpasninger, fejl, tilfredsheds % o.a.« er et udvælgelseskriterium, som ikke lovligt kan tillægges vægt i forbindelse med tilbudsvurderingen i forhold til underkriteriet »Kvalitet«.

Indklagede har erkendt overtrædelsen.

Ad påstand 8

Klagerne har gjort gældende, at det udtømmende fremgår af udbudsbetingelserne, at de tilbudte priser skulle omfatte alle udgifter ved leverancen, herunder leveringsomkostninger, gebyrer, udgifter til bistand m.v. Indklagede kunne derfor ikke lovligt anvende delkriteriet »Leveringsomkostninger, gebyrer o.a.« ved vurdering af tilbuddene i forhold til underkriteriet »Leveringsforhold«.

Indklagede har erkendt overtrædelsen.

Ad påstand 9

Klagerne har gjort gældende, at delkriterierne »Leverandørens oplysninger om miljøcertifikater, miljøpolitik« og »Arbejdspladsvurderinger, herunder arbejdsmiljølovgivningen« er udvælgelseskriterier, som ikke lovligt kan tillægges vægt i forbindelse med tilbudsvurderingen i forhold til underkriteriet »Miljøforhold«.

Indklagede har erkendt overtrædelsen.

Ad påstand 10

Klagerne har gjort gældende, at den reelle begrundelse for at annullere udbuddet vedrørende delaftale 2 ikke var, at der var begået væsentlige proce-

durefejl under udbuddet, men at klagerne havde klaget til Klagenævnet for Udbud, hvilket ikke er en saglig begrundelse for at annullere et udbud. At den reelle begrundelse for annulationen er de anlagte klagesager støttes af den omstændighed, at udbuddet vedrørende de øvrige delaftaler ikke er annulleret, selv om der er begået tilsvarende procedurefejl vedrørende disse. Klagerne har ikke bestridt, at indklagede som følge af procedurefejlene var berettiget - og muligvis også forpligtet – til at annullere udbuddet.

Indklagede har i første række gjort gældende, at en ordregiver som udgangspunkt er berettiget til at annullere et udbud uden særlig begrundelse og således ikke kun, når ordregiveren har en saglig begrundelse for annulationen. En ordregiver kan således annullere et udbud, så længe der ikke sker brud på EF-Traktatens grundlæggende bestemmelser og principper, herunder gennemsigtighedsprincippet og forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Indklagede har i anden række gjort gældende, at indklagedes beslutning om at annullere udbuddet vedrørende delaftale 2 var begrundet i, at der var begået væsentlige procedurefejl under udbuddet. Indklagede har været både berettiget og forpligtet til at annullere udbuddet, fordi udbudsproceduren ikke kunne danne grundlag for tilbudsafgivelse og tilbudssammenligning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Udbuddet, der angik indkøb af ortopædiske hjælpemidler, var opdelt i 4 delaftaler – en delaftale for hvert produktområde. Efter udbudsbekendtgørelsen skulle der indgås en rammeaftale med 4 aktører, men efter udbudsbetingelserne skulle der kun indgås én rammeaftale for hvert produktområde, og dette var da også resultatet ved kontrakttildelingen. Da udbuddet således var annonceret som et parallelt udbud af 4 produktområder med 4 rammeaftaler pr. produktområde, selv om der alene skulle indgås én rammeaftale pr. produktområde, har indklagede tilsidesat gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 2

Vedståelsesfristen er i udbudsbekendtgørelsen fastsat af indklagede til 3 måneder, som efter udbudsbetingelserne skulle regnes fra fristen for indlevering af tilbud. En tilbudsgiver vil inden for vedståelsesfristen være bundet af sit tilbud og dermed være forpligtet til at indgå aftale på grundlag af indholdet af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne samt sit eget tilbud. Efter udløbet af vedståelsesfristen er en tilbudsgiver ikke længere bundet af sit tilbud. Hvis en ordregiver efter vedståelsesfristens udløb ønsker at indgå aftale med en tilbudsgiver, kan tilbudsgiveren således vælge enten at vedstå sit tilbud eller at stille ændrede betingelser for at indgå aftalen. Hvis der stilles ændrede betingelser, og grundlaget for kontrakten således ændrer sig i forhold til indholdet af udbudsbekendtgørelsen, udbudsbetingelserne og tilbudsgiverens oprindelige tilbud, vil en ordregiver ikke kunne indgå en aftale uden at iværksætte et nyt udbud.

Indklagede besluttede den 9. juni 2008 at tildele kontrakten til UAB Baltic Orthoservice. Vedståelsesfristen var udløbet den 9. juni 2008. Det er ikke dokumenteret, at UAB Baltic Orthoservice i den forbindelse stillede ændrede betingelser for at indgå kontrakten, og Klagenævnet lægger derfor til grund, at grundlaget for aftalen mellem indklagede og UAB Baltic Orthoservice var det samme som før udløbet af vedståelsesfristen. På denne baggrund har indklagede ikke været forpligtet til at iværksætte et nyt udbud.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 3

Det er angivet i udbudsbekendtgørelsen, at kontakten skulle gælde for perioden 1. marts 2008 - 28. februar 2011. Tidspunktet for ikrafttrædelsen af kontrakten blev imidlertid udsat til den 1. september 2008. Indklagede har derved overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 4

Indklagede har beskrevet de udbudte bandageriprodukter m.v. yderst spar-

somt i udbudsbetingelserne, hvilket gav anledning til en række spørgsmål fra tilbudsgiverne under udbuddet. Der var endvidere usikkerhed om, hvilken prisstruktur – samlede eller specificerede priser – der skulle angives i tilbuddene. Det har herefter ikke været muligt for tilbudsgiverne at vurdere, hvordan de bedst kunne optimere deres tilbud, ligesom det har vanskeliggjort indklagedes mulighed for at foretage en sammenligning af tilbuddene. Indklagede har herved overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 5

Det fremgår af udbudsbetingelserne og svar på et spørgsmål under udbuddet, at de tilbudte priser skal være faste i hele aftaleperioden, idet det dog er muligt at foretage prisregulering en gang årligt i henhold til nettoprisindekset eller – i ekstraordinære tilfælde - ved udefrakommende omkostningsstigninger. Ved i forbindelse med vurderingen af underkriteriet »Økonomi« at have inddraget delkriteriet »Leverandørens tilbudte intervaller og regler for prisændringer«, selv om det i udbudsbetingelserne i øvrigt var angivet, hvordan prisregulering kunne finde sted, har indklagede overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 6

Indklagede har erkendt, at delkriterierne »Leverandørens faglighed hos alle ansatte«, »Leverandørens kapacitet evt. sammenlignelige leverancer« og »Oplysningsniveau, elektronisk samarbejde, statistik« er udvælgelseskriterier og har ikke anført forhold, som kan medføre, at delkriterierne efter deres beskaffenhed kan anvendes – og har været anvendt – ved vurderingen af underkriteriet »Serviceforhold« til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Indklagede har herved overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 7

Indklagede har erkendt, at delkriteriet »Pasningsegenskaber ved levering/gentilpasning, evt. %-vis oplysning om antal gentilpasninger, fejl, tilfredsheds % o.a.« er et udvælgelseskriterium og har ikke anført forhold, som kan medføre, at delkriteriet efter dets beskaffenhed kan anvendes – og har været anvendt – ved vurderingen af underkriteriet »Kvalitet« til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Indklagede har herved overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 8

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at de tilbudte priser skal omfatte alle udgifter i forbindelse med leverancerne, herunder til porto/fragt, udgifter til afprøvning, tilretninger, reparationer, konsulentbistand og sygeplejefaglig og individuel ortopædisk bistand. Der måtte ikke beregnes nogen form for gebyr ved leverancerne. Ved i forbindelse med vurderingen af underkriteriet »Leveringsforhold« at have inddraget delkriteriet »»Leveringsomkostninger, gebyrer o.a.«, selv om det i udbudsbetingelserne i øvrigt var angivet, at priserne skulle omfatte alle udgifter i forbindelse med leverancerne, har indklagede overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 9

Indklagede har erkendt, at delkriterierne »Leverandørens oplysninger om miljøcertifikater, miljøpolitik« og »Arbejdspladsvurderinger, herunder arbejdsmiljølovgivningen« er udvælgelseskriterier og har ikke anført forhold, som kan medføre, at delkriterierne efter deres beskaffenhed kan anvendes – og har været anvendt – ved vurderingen af underkriteriet »Serviceforhold« til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Indklagede har herved overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 10

Som det fremgår af påstandene 1 og 3-9, og som erkendt af indklagede, har indklagede overtrådt udbudsdirektivet i forbindelse med udbuddet vedrørende delaftale 2 på en række områder. Under hensyn til, at de konstaterede overtrædelser ikke er af underordnet karakter eller bagatelagtige, har indklagede været berettiget til at annullere udbuddet som følge af væsentlige procedurefejl. Der er ikke grundlag for at konstatere, at annullationen alene er motiveret af, at klagerne klagede til Klagenævnet for Udbud, eller at indklagede annullerede udbuddet for at afbøde virkningen af klagesagerne. En annullation afskærer i øvrigt – som det fremgår – ikke klagerens mulighed for at få fastslået eventuelle overtrædelser gennem en klagesag. Annullationen var således saglig.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad omkostningsspørgsmålet

De påstande, som Klagenævnet har behandlet, var ikke indeholdt i klagerens klageskrifter, men blev nedlagt ved klagerens replikker af 8. september 2008. Indklagede erkendte straks overtrædelserne i påstandene 1 og 3-9. Forhandlingen i Klagenævnet den 19. november 2008 vedrørte alene påstand 2 og påstand 10. Klagenævnet har ved fastsættelsen af omkostningerne taget hensyn til det anførte forløb.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbekendtgørelsen at anføre, at rammeaftale ville blive indgået med 4 økonomiske aktører, uanset at indklagede havde til hensigt kun at indgå 1 rammeaftale for hver delaftale.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsig-

tighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at ændre starttidspunktet for den udbudte delaftale 2 om levering af bandageriprodukter m.v. til den 1. september 2008, uanset at starttidspunktet i udbudsbekendtgørelsen var fastsat til den 1. marts 2008.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelserne ikke at have foretaget en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af de produkter, som indklagede ønskede tilbud på under delaftale 2 om levering af bandageriprodukter m.v.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Økonomi« at have lagt vægt på »Leverandørens tilbudte intervaller og regler for prisændringer«, uanset at det af udbudsbetingelserne udtømmende fremgik, hvorledes prisregulering kunne finde sted, nemlig en gang årligt i henhold til nettoprisindekset eller – i ekstraordinære tilfælde - ved udefrakommende omkostningsstigninger.

Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Serviceforhold« at have lagt vægt på:

- a. Leverandørens faglighed hos alle ansatte,
 - b. Leverandørens kapacitet, evt. sammenlignelige leverancer,
 - c. Oplysningsniveau, elektronisk samarbejde, statistik,
- uanset at disse forhold må betragtes som udvælgelseskriterier, der ikke kan inddrages som delkriterier.

Ad påstand 7

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Kvalitet« at have lagt vægt på delkriteriet »Pasningsegenskaber ved levering/gentilpasning, evt. %-vis

oplysning om antal gentilpasninger, fejl, tilfredsheds % o.a.«, uanset at disse elementer må betragtes som udvælgelseskriterier, der ikke kan inddrages som delkriterier.

Ad påstand 8

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Leveringsforhold« at have lagt vægt på »Leveringsomkostninger, gebyrer o.a.«, uanset at det udtømmende fremgik af udbudsbetingelserne, at de tilbudte priser skulle omfatte alle udgifter ved leverancen, herunder leveringsomkostninger, gebyrer m.v.

Ad påstand 9

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Miljøforhold« at have lagt vægt på

- a. Leverandørens oplysninger om miljøcertifikater og miljøpolitik,
 - b. Arbejdspladsvurdering, herunder arbejdsmiljø og lovgivning,
- uanset at disse forhold må betragtes som udvælgelseskriterier, der ikke kan inddrages som delkriterier.

Klagerne tages ikke til følge vedrørende påstand 2 og påstand 10.

Indklagede, Odense Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren Ortos A/S betale 10.000 kr., til klageren Sahva A/S betale 10.000 kr. og til klageren Konsortiet De Jysk-Fynske Bandagerier og Skomagerier betale 10.000 kr.

Beløbene skal betales inden 14 dage, efter at denne afgørelse er meddelt indklagede.

Klagegebyrerne tilbagetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig