

K E N D E L S E

Protector Forsikring Danmark
(advokat Jesper Kaltoft, København)

mod

Nyborg Kommune
(Steen Jensen, Fredericia)

Klagenævnet har den 29. november 2016 modtaget en klage fra Protector Forsikring Danmark.

Protector Forsikring Danmark har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Nyborg Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 10, svarskrift med bilag A – C, mails af 8. december 2016 fra parterne og mail af 10. december 2016 fra Nyborg Kommune.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Nyborg Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og udbudslovens § 160 ved i forhold til underkriteriet ”Totalsum af den årlige forsikringsudgift (pris)” ikke tilstrækkeligt klart at have beskrevet i udbudsmaterialet, hvilken evalueringsmetode der finder anvendelse.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Nyborg Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have afvist tilbuddet fra Protector Forsikring Danmark som ukonditionsmæssigt.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Nyborg Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 95, stk. 2, ved at have udbudt en rammeaftale med en varighed på over 4 år.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Nyborg Kommunes tildelingsbeslutning af 15. november 2016.

Nyborg Kommune har anført, at kommunen ”afviser alle 4 påstande og vil nedenfor føre bevis for frifindelse”. Klagenævnet har dog forstået kommunens anbringender sådan, at der ikke nedlægges påstand om afvisning, men om, at påstandene ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 172-309098 af 2. september 2016 udbød Nyborg Kommune som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II en rammeaftale med flere aktører om indkøb af forsikringer til kommunen til et anslået omfang af ca. 3 mio. kr. årligt. Aftalen er opdelt i 2 delaftaler: ”Delaftale 1-Motorkøretøjsforsikring” og ”Delaftale 2-Øvrige forsikringer”.

I udbudsbekendtgørelsen er under pkt. II.1.4) anført:

”Forsikringerne træder i kraft d.1.1.2017 kl. 00:00. Forsikringerne ønskes tegnet for en 3-årig periode. Efter udløbet af denne periode har ud-

byder ret til at forlænge kontrakten på uændrede vilkår for yderligere 2*12 måneder, med 12 måneder ad gangen.”

I pkt. II. 2.7) er anført:

”Varighed af kontrakten, rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem

Start: 01/01/2017

Slut: 31/12/2021

Denne kontrakt kan forlænges: nej”

I pkt. II.2.11) er vedrørende delaftale 1 anført:

”Optioner: Nej”

I pkt. II.2.11) er vedrørende delaftale 2 anført:

”Optioner: ja

Beskrivelse af optioner:

Arbejdsskadeforsikring samt katastrofedækning.”

I pkt. IV.1.3) er anført:

”Udbuddet indebærer udarbejdelse af en rammeaftale

Rammeaftale med flere aktører

I tilfælde af rammeaftaler – begrundelse for enhver løbetid over 4 år:

Høje transaktionsomkostninger forbundet med udbud og evt. skift af leverandør.”

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 2, at der kan afgives ”delbud”. Af pkt. 4 fremgår, at tildelingskriteriet er ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet”, således at ”Totalsummen af den årlige forsikringsudgift (pris)” vægter 60 %, og ”Service” vægter 40 %.

Det anføres herefter i udbudsbetingelserne:

”Såfremt der er ”optioner” der ikke er tilbudt af den enkelte tilbudsgiver, tildeles denne option den højeste tilbudte præmie for den pågældende option (forsikringstype). Er der optioner, der ikke er budt på, udgår de af evalueringsprocessen.”

Under pkt. 4.1, "Evalueringsmodel", er anført, at "Service evalueres særskilt for de to delaftaler". Om evalueringen anføres desuden:

"Pris – Bilag 2 – delaftalerne evalueres individuelt.

...

Pris/Totalsum

Den samlede årlige tilbudte præmiesum pr. delaftale findes ved at alle tilbudte præmier pr. forsikringstype lægges sammen. Totalen pr. år ganges med 5, hvorefter den beregnede samlede tilbudssum pr. delaftale pr. tilbud findes. Den laveste tilbudssum tildeles 5 point, hvorefter forskellen i de øvrige tilbudssummer på de indkomne tilbud i kr., omregnes til en forskel i % og trækkes fra 5 point og tildeles det konkrete tilbud.

Der kan tilbydes ekstra rabat ved tildeling af begge delaftaler.

Beregning af den laveste tilbudssum samlet for begge delaftaler

Hver delaftales samlede tilbudssum lægges sammen før rabat. Derefter beregnes den samlede tilbudssum fratrukket en eventuelt tilbudt rabat, hvorefter det konstateres, hvilken model der samlet set er den billigste, der vælges.

Eksempel:

Før rabat

Efter rabat – budt på begge delaftaler og med laveste tilbudssum

Delaftale 1:

Laveste tilbudssum 100 kr.

Delaftale 1:

Laveste tilbudssum 100 kr.

Delaftale 2:

Laveste tilbudssum 200 kr.

Delaftale 2:

Laveste tilbudssum 250

Samlet tilbudssum 300 kr.

Samlet tilbudssum 350
Rabat ved tildeling af begge delaftaler 10 %

Samlet tilbudssum efter
rabat 315 kr.

Resultatet er fremkommet, da en af tilbudsgiverne alene har budt på delaftale 2 og samtidig har den laveste tilbudssum på delaftale 2.

Når den samlede laveste tilbudssum er fundet – enten individuelt eller samlet for begge delaftaler – evalueres ”service”. Det sker jf. nedenstående metode.

...”

Tilbudsgiverne skulle ifølge udbudsbetingelserne vedlægge en referenceliste (bilag 4 til udbudsbetingelserne) med angivelse af mindst 3 og maksimalt 5 tilsvarende leverancer inden for de seneste 3 år. Det anføres herefter:

”Med ”tilsvarende leverancer” mener Udbyder lignende forsikringspolicer, lignende forsikringstyper, lignende årlig kontraktsum og lignende aftaleperiode.”

Tilbudsgiverne skulle vedlægge en ESPD fra underleverandører således:

”Vedrørende henvisning til andre ressourcer

En tilbudsgiver kan basere sig på den økonomiske/finansielle/tekniske formåen hos en anden/andre virksomhed(er), som agtes benyttet i forbindelse med den konkrete opgave, jf. Udbudslovens art. 144. Dette gælder uanset den juridiske karakter af forbindelsen mellem virksomhederne. I så fald skal virksomheden ligeledes godtgøre over for Udbyder, at virksomheden virkelig råder over de nødvendige ressourcer, ved at fremlægge erklæring for de nævnte virksomheders forpligtelser i denne henseende. Erklæring kan rekvireres hos Udbyder såfremt dette ønskes.

Såfremt der bydes ved brug af andres formåen (underleverandører) skal underleverandøren / den eller de virksomheder, der støtter tilbudsgiver (hovedbyder), udfylde bilag 1 ESPD-dokument del II, III og IV og medsende tilbuddet.”

Kravspecifikationen på 16 sider indledes således:

”Nedenstående krav er mindstekrav og skal være indregnet i tilbudsprisen. Der kan ikke opkræves ekstra vederlag for udførsel af nedenstående mindstekrav. Mindstekrav skal opfyldes af tilbudsgiver. Mindstekrav er ikke en del af tildelingskriterierne. Tilbudsgiver tilkendegiver, at tilbudsgiver kan og vil i aftaleperioden opfylde nedenstående mindstekrav, ved at udfylde bilag 3 Opfyldelse af krav, og medsende det som en del af tilbuddet.”

Såfremt tilbudsgiver ikke tilkendegiver skriftligt, at tilbudsgiver kan og vil opfylde nedenstående mindstekrav samt alle øvrige krav i udbudsmaterialet, jf. bilag 3, afvises tilbuddet som værende ikke-konditionsmæssigt.”

Af udkast til rammeaftale, afsnit 4.28, fremgår:

”...

Såfremt kontraktthaver ønsker at ingeniørbesigtige udvalgte forsikringssteder, koordineres dette i samarbejde med udbyder, men det er kontraktthaver, der betaler for besigtigelsen.

For ejendomme, som udbyder hverver efter 1. januar 2017, kan bygningerne besigtiges senest 3 måneder efter kontraktthaver har modtaget meddelelse herom.

Såfremt besigtigelse ikke har givet anledning til bemærkninger eller ejendommen ikke er besigtiget, kan der ved skader ikke gøres fradrag for værdiforringelse.”

Protector Forsikring Danmark (Protector) er et primært norskbaseret forsikringsselskab, der i 2007 blev noteret på børsen i Norge, og som har ca. 200 ansatte. I Danmark leverer selskabet efter det oplyste forsikringsløsninger til ca. 50 kommuner. Selskabet afgav rettidigt tilbud på begge delaftaler og vedlagde bl.a. et udfyldt bilag 3 således:

”Undertegnede tilbudsgiver bekræfter ved underskrift på nærværende dokument, at undertegnede tilbudsgiver kan og vil i kontraktperioden leve op til – og overholde alle krav i det samlede udbudsmateriale.”

Tilbuddet var desuden vedlagt en krævet ”Erklæring vedr. Underleverandør”, hvori Protector svarede bekræftende på, at der påtænkes anvendt underleverandør, og oplyste, at det drejede sig om ”Aig Europe Dansk Filial af Aig Europe Limited United Kingdom” med påtænkt opgave: ”Leveranse av rejseforsikring”.

Endelig er i tilbuddet fra Protector anført:

”Nyværdi

...

Forsikringsselskabet er ansvarligt for at bygningen er forsikret for det beløb det vil koste at rekonstruere den tilsvarende bygning. Protector kan justere den fulde værdi efter yderligere befaring [Steen Jensens oversættelse: inspektion] af bygningen.”

Ved brev af 15. november 2016 meddelte Nyborg Kommune Protector, at tilbuddet var afvist som ukonditionsmæssigt. Som begrundelse blev anført:

”

- 1) Det fremgår ikke klart og entydigt, jf. jeres fremsendte referenceliste, om I har erfaring med at håndtere ulykkes- og ansvarsforsikringer.
- 2) Manglende udfyldt ESPD fra jeres underleverandør AIG.
- 3) Tilbuddet bærer – samlet set – præg af mange udenlandske (norske) ord
- 4) Manglende opfyldelse af mindstekrav til funktionerne i det tilbudte online system
- 5) Uklarhed i beskrivelsen af besigtigelsesklausulen i forhold til nyværdiforsikring af bygninger”

Det blev desuden oplyst, at ”Stand still perioden igangsættes dags dato og udløber den 29. 11. 2016”, men det blev ikke oplyst, hvem kontrakten var tildelt, jf. herved udbudslovens § 171, stk. 1.

De enkelte punkter 1-5 blev i brevet af 15. november 2016 uddybet således:

”[Punkt 1] Det fremgår af udbudsbetingelserne afsnit 3.1 (side 8), at tilbudsgiver skal fremsende bevis på, at tilbudsgiver har erfaring med mindst 3 tilsvarende leverancer. Med ”tilsvarende leverancer” mener Nyborg Kommune lignende antal forsikringspolicer, lignende forsikringstyper, lignende årlig kontraktsum og lignende aftaleperiode. Jf. jeres fremsendte bilag 4 referenceliste fremgår alene, at jeres referencer henholder sig til erfaring med ”Bygning, løsøre, entreprise og motorforsikring”. Da Nyborg Kommunes forsikringsportefølje også indeholder ulykkes- og ansvarsforsikringer, med henvisning til tilbudslisten, vurderer Nyborg Kommune derfor, at det jf. jeres fremsendte referenceliste er uklart om I har erfaring med de to anførte forsikringstyper. Uklarheden har Nyborg Kommune valgt at vurdere til, at være et forbehold for udbudsmaterialets krav til tidligere erfaringer med tilsvarende leverancer.

[Punkt 2] Det fremgår af udbudsbetingelserne afsnit 3.1 (side 8) ”Henvisning til andre ressourcer samt konsortier”, at ”Såfremt der bydes ved brug af andres formåen (underleverandører) skal underleverandøren / den eller de virksomheder, der støtter tilbudsgiver (hovedbyder), udfylde bilag 1 ESPD-dokument del II, III og IV og medsende tilbuddet”.

Nyborg Kommune har vurderet, da AIG tilbyder rejseforsikringen, og dermed indgår som jeres underleverandør, så beror I jeres tilbud på en anden aktørs ”tekniske og faglige” formåen, da I alene ikke kan ”løfte” hele forsikringsporteføljen i nærværende udbud, men er afhængig af AIG for, at kunne tilbyde hele forsikringsporteføljen. Da AIG egenhændigt ikke har udfyldt et særskilt ESPD og ladet det indgå som en del af jeres samlede tilbud har Nyborg Kommune derfor vurderet, at det er en afvigelse fra udbudsmaterialets krav herom og dette betragtes som et forbehold.

[Punkt 3] Det fremgår af udbudsbetingelserne afsnit 2.9 (side 4), at tilbuddet skal være skrevet på sproget dansk. Indklagede har vurderet, at der samlet set i jeres tilbud er for mange sproglige udenlandske udtryk og ord til, at tilbuddet opfylder punkt 2.9 i udbudsmaterialet. Indklagede har vurderet, at den manglende opfyldelse er en afvigelse fra udbudsmaterialet og derfor et forbehold.

[Punkt 4] Det fremgår af bilag 14 Kravspecifikation, afsnit 2.5 Systemunderstøttelse:

”Det er et mindstekrav, at tilbudsgiver kan tilbyde online opkobling til selskabets database. Udbyder ønsker at have online adgang til eksempelvis policeoversigt, mulighed for til/frameldinger af forsikringer, at foretage skadeanmeldelser, skadesstatistik o.l.

Alle forsikringer (policer) med betingelser kan slås op i forsikringssystemet, hvor også skadesforløb, skadesstatistikker o.l. kan ses.

Al kommunikation, herunder skadesanmeldelse, oprettelse, regulering, opkrævning af policer skal kunne foregå elektronisk – to vejs – i tilbudsgivers elektroniske kundesystem.

Tilbudsgiver skal tilbyde vejledning i brug af tilbudsgivers online kunde IT system til forsikringsadministration.

Tilbudsgiver skal kunne fremsende skadesstatistikker og andet materiale i en form, der er kompatibelt med Microsoft Office formaterne, og som udbyder kan arbejde direkte i.”

Nyborg Kommune har, uagtet, at I i jeres dokument 2.2. Bilag 14 Kravspecifikation.pdf svarer, at mindstekravet opfyldes, vurderet at beskrivelserne i jeres tilbudsdokument 1 Tilbudsbrev forsikringstjenester reelt skaber klarhed om, hvorvidt I kan opfylde ovennævnte mindstekrav til online adgang til policeoversigt, mulighed for til/frameldinger af forsikringer, at foretage skadeanmeldelser, skadesstatistik o.l. Det fremgår ligeledes ikke, om det er muligt at slå forsikringer (policer) op i et system, hvor også skadesforløb, skadestatistikker o.l. kan ses. Endelig er

det uklart, om det er muligt at kommunikere elektronisk gennem et online system. I har beskrevet muligheden for kommunikation via mail, men dette opfylder ikke Nyborg Kommunes krav om, at al kommunikation, herunder skadesanmeldelse, oprettelse, regulering, opkrævning af policer skal kunne foregå elektronisk – to vejs – i tilbudsgivers elektroniske kundesystem. Da jeres beskrivelser kan læses tvetydigt og dermed synes at være upræcise, har Nyborg Kommune vurderet, at det er en afvigelse fra udbudsmaterialet og derfor er et forbehold.

[Punkt 5] Det fremgår af bilag 14 Kravspecifikation, afsnit 3.2.1 Brandforsikring og husejerforsikring (Bygningsforsikring), at forsikringerne skal tegnes på ”fuld og nyværdivilkår”. I jeres dokument 1 Tilbudsbrev forsikringstjenester er beskrevet en besigtigelsesklausul, som reelt skaber uklarhed om, hvorvidt ovenstående krav kan opfyldes fuldt ud. Uklarheden har Nyborg Kommune valgt at vurdere til, at være et forbehold for udbudsmaterialets krav til forsikring på ”fuld og nyværdivilkår.”

Herefter er i kommunes brev af 15. november 2016 anført:

”Nyborg Kommune bemærker, at flere af de ovennævnte afvigelser og forbehold i sig selv ikke forpligter Nyborg Kommune til at afvise jeres tilbud, men samlet set er afvigelserne af en sådan karakter, at Nyborg Kommune har vurderet, at Nyborg Kommune både er berettiget og forpligtet til, at afvise jeres tilbud, da afvigelserne tilsammen udgør forbehold for grundlæggende elementer, og tilbuddet kan dermed ikke indgå i den videre evaluering. Det er Nyborg Kommunes vurdering, at såfremt Nyborg Kommune havde valgt at antage jeres tilbud som konditions-mæssig, ville Nyborg Kommune have overtrådt ligebehandlingsprincippet.”

Den 16. november 2016 sendte Protector en mail til Nyborg Kommune med følgende anmodning:

”Protector ønsker at klage ind resultatet og beder herved om aktindsigt i konkurrencen og Gjensidiges tilbud.”

Steen Jensen besvarede samme dag på vegne Nyborg Kommune henvendelsen således:

”På vegne af Nyborg Kommune bekræftes modtagelsen af fremsendte e-mail.

Protector bedes dog præcisere, hvad der menes med formuleringen "Protector ønsker at klage ind resultatet og beder herved om aktindsigt i konkurrencen og Gjensidiges tilbud"

Protector indgav herefter som anført den 29. november 2016 klage til klagenævnet.

Parternes anbringender:

Ad "fumus boni juris"

Protector har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 – 4 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Nyborg Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Protector gjort gældende, at den anvendte metode til evalueringen af underkriteriet "Totalsum af den årlige forsikringsudgift (pris)" ikke er tilstrækkeligt beskrevet i udbudsmaterialet. Formuleringen: "Den laveste tilbudssum tildeles 5 point, hvorefter forskellen i de øvrige tilbudssummer på de indkomne tilbud i kr. omregnes til en forskel i % og trækkes fra 5 point og tildeles det konkrete tilbud" kan ikke anses som en entydig beskrivelse af, hvordan pointene tildeles de tilbud, der ikke har afgivet laveste pris (som tildeles 5 point), idet det er uklart hvordan omregningen fra "forskelle i %" – der skal fratrækkes 5 point – skal foretages, idet det ikke kan udledes, om modellen giver mulighed for at tildele negative point, og idet det – såfremt det ikke er muligt at opnå negative point – ikke kan udledes, om pointskalaen løber fra 0-5 eller fra 1-5 (sidstnævnte som det er tilfældet for det kvalitative underkriterium). Det vil påvirke vægtningen mellem de to underkriterier – og potentielt resultatet af evalueringen – om et tilbud, der fx er 200 % dyrere end det billigste tilbud, tildeles -5 point, 0 point eller 1 point. Det er desuden uklart, om underkriteriet evalueres for hver delaftale for sig, idet det fremgår, at: "Pris – Bilag 2 – delaftalerne evalueres individuelt" samtidig med, at det fremgår, at "Hver delaftales samlede tilbudssum lægges sammen før rabat. Derefter beregnes den samlede tilbudssum fratrukket en eventuelt tilbudt rabat, hvorefter det konstateres, hvilken model der samlet set er den billigste, der vælges." Det er samtidig uklart ud fra ovenstående passus sammenholdt med det regneeksempel, der er anført i udbudsbetingelserne, hvordan en eventuelt tilbudt

rabat indregnes, og kommunen får som følge af de mange uklarheder mulighed for at "vente" til efter, at kommunen har set tilbuddene, med at fastsætte evalueringsmetoden stik imod de hensyn, der ligger til grund for udbudslovens § 160.

Særligt vedrørende påstand 1 har Nyborg Kommune gjort gældende, at kommunen har handlet i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have beskrevet en klar og gennemsigtig evalueringsmodel. Påstand 1 er uden relevans for årsagerne til, at Protectors tilbud blev afvist, da tilbuddet blev afvist som ukonditionsmæssigt bl.a. begrundet med manglende overholdelse af en række mindstekrav. Der er således ikke årsagssammenhæng mellem påstand 1 og begrundelsen for afvisningen af Protectors tilbud. Modellen for beregning af point for underkriteriet pris følger almindelig praksis. Modellen tager ikke konkret stilling til pointtildeling ved tilbudssummer, der er over 100 % dyrere end laveste tilbudssum, eller der er præcis 100 % dyrere, idet kommunen med udgangspunkt i sin indsigt i markedet har skønnet, at der ikke vil indkomme tilbud, der er over 100 % dyrere end laveste tilbudssum eller præcist 100 % dyrere.

Evalueringsmetoden for pris er endog angivet ved et regneeksempel. Det fremgår tydeligt af eksemplet, at (citeret fra svarskriftet):

"den "tilbudsgiver eller tilbudsgivere" med den samlede laveste tilbudssum før rabat har en samlet (delaftale 1+2) tilbudssum på 300 kr. og at den tilbudsgiver der har budt på begge delaftaler og afgivet rabat, efter rabat har en samlet tilbudssum på 315 kr., hvilket betyder, at det er tilbudsgiveren før rabat der vinder opgaven. Ved formuleringen "Resultatet er fremkommet, da en af tilbudsgiverne alene har budt på delaftale 2 og samtidig har den laveste tilbudssum på delaftale 2." menes, naturligvis, at der med eksemplet "før rabat" er tale om 2 forskellige tilbudsgivere, mens der "efter rabat" er tale om 1 tilbudsgiver der har budt på begge delaftaler. (derfor forskellen i tilbudssummen på delaftale 2)."

"Evalueringsmetoden" har ingen sammenhæng "med årsagerne for Protectors ukonditionsmæssige tilbud" og har derfor ingen udbudsretlige konsekvenser for Protector eller de øvrige økonomiske aktører. Der er ikke sket en forskelsbehandling eller favorisering af bestemte økonomiske aktører, da alle økonomiske aktører har haft lige adgang til det samlede udbudsmateriale. Der har på intet tidspunkt i udbudsfasen været stillet spørgsmål til evalueringsmetoden, som tilbudsgiverne må antages fuldt ud at have forstået.

Særligt vedrørende påstand 2 har Protector gjort gældende, at selskabets tilbud opfyldte alle de stillede dokumentationskrav til egnethed. Med henvisning til Nyborg Kommunes brev af 15. november 2016 har Protector om de enkelte punkter anført:

Ad referencekravet (punkt 1): Protectors tilbud indeholdt de krævede 3-5 referencer for ”tilsvarende leverancer”, idet det ikke – sådan som udbudsmaterialet var formuleret – var gennemsigtigt for tilbudsgiverne, at referencerne skulle omfatte samtlige af de forsikringstyper, der er omfattet af både delaftale 1 og 2, og idet et sådant krav i givet fald hverken ville være proportionalt eller sagligt henset til, at ikke alle forsikringstyperne har relevans for både delaftale 1 og 2.

Ad kravet om ESPD fra underleverandører (punkt 2): Det var ikke udtrykkeligt krævet, at tilbudsgiverne skulle vedlægge deres tilbud en ESPD for underleverandører, hvis tekniske og økonomiske kapacitet tilbudsgiveren ikke baserer sig på. Protector baserede sig ikke på den underleverandør, som påtænkes anvendt, jf. udbudslovens § 144.

Ad kravet om sprog (punkt 3): Det er ikke i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet at udelukke Protectors tilbud som følge af, at tilbuddet enkelte steder indeholder norske ord, når tilbuddet i sin helhed fremstår fuldt ud forståeligt.

Ad opfyldelse af mindstekrav (punkt 4): Protectors tilbud opfyldte alle de stillede krav, idet det i udbudsmaterialet var krævet, at tilbudsgiverne skulle vedlægge deres tilbud en erklæring, hvori tilbudsgiverne skulle tilkendegive, at man i aftaleperioden ville opfylde de krav, der er anført i kravspecifikationen, og idet der ikke var krævet anden dokumentation for opfyldelse af kravene, der således ikke skulle være opfyldt på tidspunktet for afgivelse af tilbud, men derimod først i forbindelse med rammeaftalen. Tilbuddet var vedlagt den krævede dokumentation (bilag 3).

Ad besigtigelsesklausulen i forhold til nyværdiforsikring af bygninger (punkt 5): Protector anfører intetsteds, at man ikke under kontraktperioden vil opfylde kravene. Kravet om ”nyværdi” må under alle omstændigheder skulle fortolkes i overensstemmelse med kommunens eget udkast til ram-

meaftale, der netop forudsætter, at værdien kan nedjusteres i tilfælde af besigtigelse.

Protectors tilbud var derfor konditionsmæssigt.

Særligt vedrørende påstand 2 har Nyborg Kommune gjort gældende, at kommunen har handlet i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have afvist tilbuddet fra Protector, da tilbuddet var ukonditionsmæssigt, fordi tilbuddet indeholdt flere forbehold for udbudsmaterialet, der samlet set udgjorde forbehold for et grundlæggende element. Kommunen har henvist til og nærmere uddybet de punkter, der er anført i kommunens brev af 15. november 2016.

Særligt vedrørende påstand 3 har Protector gjort gældende, at rammeaftaler som altovervejende hovedregel maksimalt kan have en varighed på 4 år, jf. udbudslovens § 95. Udgangspunktet herom kan kun fraviges såfremt en længere varighed er begrundet i ”ekstraordinære tilfælde”. Undtagelsen om en længere varighed – sådan som lovbemærkningerne er formuleret – er forbeholdt tilfælde, hvor der fx foretages betydelige investeringer (der afskrives over en længere periode), specialudvikles produkter over en lang periode, eller hvor sikkerhedsmæssige eller lignende overvejelser gør sig gældende; almindelige omkostninger forbundet med et nyt udbud og en eventuel ny leverandør kan således ikke i sig selv begrunde, at rammeaftalen kan have en længere varighed.

Særligt vedrørende påstand 3 har Nyborg Kommune gjort gældende, at kommunen valgte modellen 3 år + 2x12 måneder som option, fordi særlige vilkår taler herfor, da håndtering af forsikringsydelser i en offentlig organisation af kommunens størrelse er en ganske betragtelig og krævende administrativ proces. I tilfælde af, at udbudsforretningens resultat havde medført et leverandørskifte, ville det efter kommunens vurdering meget nemt kunne tage 6-9 måneder at implementere rammeaftalen. Forberedelsen til et udbud på forsikringsydelser er yderst omfattende og medfører, at den ordregivende myndighed bruger ekstraordinært mange arbejdstimer på at indhente og opstille de relevante oplysninger, der skal anvendes, som del af den tekniske specifikation i tilbuddet, i forhold til udbud på andre områder.

Nyborg Kommune har endvidere gjort gældende, at det er praksis i offentlige udbud på forsikringsydelser, at rammeaftaler om forsikringsydelser løber 5 år eller længere. Kommunen har opregnet en række tilfælde på sådanne aftaler.

Nyborg Kommune har desuden gjort gældende, at rammeaftalens længde ubestridt ingen betydning har for klagesagen, da årsagen [til klagen] må forstås som, at Protector ikke er enig med kommunen i grundene til, at tilbuddet blev afvist som ukonditionsmæssigt. Rammeaftalens længde har absolut ingen sammenhæng med årsagerne til det ukonditionsmæssige tilbud og har derfor ingen udbudsretlige konsekvenser for Protector. Der er ikke sket en forskelsbehandling eller favorisering af bestemte økonomiske aktører, da alle økonomiske aktører har haft lige adgang til det samlede udbudsmateriale. Der er ikke på noget tidspunkt i udbudsfasen ændret i rammeaftalens længde.

Særligt vedrørende påstand 4 har Protector gjort gældende, at Nyborg Kommune som anført i påstand 1, 2 og 3 har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Tildelingsbeslutningen er truffet på et forkert grundlag, og der er tale om væsentlige overtrædelser af udbudsreglerne, allerede fordi overtrædelserne potentielt vil kunne have påvirket konkurrencens udfald. Det er ikke gennemsigtigt ud fra udbudsmaterialet, hvilken evalueringsmetode der vil blive anvendt til evalueringen af underkriteriet ”Totalsum af den årlige forsikringsudgift (pris)”, og kommunen får derved mulighed for diskretionært at fastsætte evalueringsmetoden efter at have modtaget tilbuddene. Protectors tilbud er uretmæssigt afvist som ukonditionsmæssigt.

Særligt vedrørende påstand 4 har Nyborg Kommune gjort gældende, at kommunen har handlet i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og dermed ikke overtrådt de udbudsretlige regler. Der er derfor ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Ad uopsættelighed

Protector har gjort gældende, at klagenævnet efter praksis kan træffe beslutning om opsættende virkning uden selvstændig prøvelse af betingelsen om uopsættelighed i tilfælde, hvor der – som her – er begået væsentlige fejl.

Med henvisning til det, der er anført om de enkelte påstande, har Protector derfor gjort gældende, at klagen skal tillægges opsættende virkning uden selvstændig prøvelse af, om der foreligger uopsættelighed. For det tilfælde, at klagenævnet måtte foretage en selvstændig prøvelse af, om betingelsen om uopsættelighed er opfyldt, har Protector gjort gældende, at kontrakten med Nyborg Kommune har en sådan karakter, at Protector – hvis kommunen indgår kontrakten – ikke kan stilles, som hvis kommunens overtrædelser af udbudsreglerne ikke var sket. Dette beror blandt andet på den referenceværdi, som kontrakten med Nyborg Kommune ville have for Protector, der er en relativ ny aktør på det danske marked. Protectors tab ved ikke at være blevet tildelt kontrakten kan således ikke tilnærmelsesvis opgøres under et senere erstatningssøgsmål.

Nyborg Kommune har gjort gældende, at allerede fordi Protector intet væsentligt har anført til støtte for, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt, er det ikke sandsynliggjort, at der er risiko for, at Protector vil lide et alvorligt eller uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Der er endvidere ikke fremkommet oplysninger om, at en manglende tildeling af rammeaftalen skulle true Protectors eksistens eller i øvrigt ændre dets markedsposition på uoprettelig vis. Nyborg Kommune har i den forbindelse henvist til oplysningerne om Protectors omsætning og egenkapital i de sidste tre regnskabsår.

Ad interesseafvejning

Protector har gjort gældende, at hensynet til selskabet i en situation, hvor der som her er begået væsentlige fejl, der utvivlsomt har haft direkte betydning for tildelingen af kontrakten, må veje tungere end hensynet til kommunens interesse i at kunne underskrive kontrakten, dette særligt henset til, at der ikke er tale om en hastende anskaffelse, hvor en genoptagelse af udbudsprocessen ville indebære væsentlige ulemper for kommunen.

Nyborg Kommune har gjort gældende, at kommunen har en væsentlig interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, da kommunen har behov for snarlig kontraktindgåelse, for at leverandøren kan færdiggøre forberedelserne inden aftalestart 1. januar 2017. Betingelsen om interesseafvejning er derfor ikke opfyldt.

Som anført indledningsvis har klagenævnet den 8. december 2016 modtaget mails fra parterne. Mailen fra Protector har følgende ordlyd:

”...

Indklagede har ved kun at fremlægge dokumenter fra Klagers tilbud ikke behørigt fremlagt sagens dokumenter, jf. bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1. Indklagede har således fx ikke fremlagt:

- Det vindende tilbud fra Gjensidige Forsikring,
- Indklagedes evalueringsrapport e. lign. med oplysning om hvordan tilbuddene er blevet evalueret på hhv. delaftale 1 og 2, og
- Den eventuelle korrespondance, der måtte have været mellem Indklagede og Gjensidige Forsikring i forbindelse med udbuddet.

Klager henstiller til, at Klagenævnet for Udbud – i overensstemmelse med Klagenævnet for Udbuds brev af 2. december 2016 og bekendtgørelsens § 6, stk. 2, 2. pkt. – lader det komme Indklagede til skade, at Indklagede ikke har fremlagt sagens dokumenter.”

Nyborg Kommunes mail af samme dato lyder således:

”Jf. Klagenævnets brev af 2. december 2016 fremgår alene, at indklagede skal fremsende sagens dokumenter og ikke:

Det vindende tilbud fra Gjensidige Forsikring, Indklagedes evalueringsrapport e. lign. med oplysning om hvordan tilbuddene er blevet evalueret på hhv. delaftale 1 og 2, og Den eventuelle korrespondance, der måtte have været mellem Indklagede og Gjensidige Forsikring i forbindelse med udbuddet.

Da klager i forbindelse med indgivelsen af klagen 29. november 2016 fremsendte udbudsmateriale mv. bilag 1-9 har indklagede dags dato alene indsendt 3 nye bilag til sagen.

De ovennævnte dokumenter klager henviser til, har ingen relevans for årsagen til klagen og ingen sammenhæng med begrundelserne for, hvorfor klagers tilbud blev afvist og er derfor ikke medsendt indklagedes svarskrift dags dato.

Indklagede skal igen gøre klager opmærksom på, at klager ikke er vendt tilbage til indklagede med en præcisering af, hvad klager mener med "Protector ønsker at klage ind resultatet og beder herved om aktindsigt i konkurrencen og Gjensidiges tilbud."

Som også anført i svarskrift af dags dato har indklagede derfor ikke foretaget sig yderligere og afventer stadig en præcisering fra klager før indklagede kan foretage sig yderligere.

Det bemærkes endnu engang, at de dokumenter klager, ovenfor, henviser til, IKKE er en del af nærværende sag og derfor i sagens natur ikke er medsendt svarskrift af dags dato.”

I mail af 10. december 2016 til Protector har Nyborg Kommune oplyst, at der alene var indkommet 2 tilbud, og at:

”Indklagede vil kontakte Gjensidige jf. normal praksis vedrørende sager om aktindsigt med hensyn til udtalelse om oplysninger der ønskes undtaget offentliggørelse. Evalueringsdokument fremsendes snarest muligt, der har udelukkende været kommunikation mellem indklagede og de bydende via Mercell.”

Klagenævnet udtaler:

En ordregiver, der er omfattet af udbudsloven, skal efter denne lovs § 171, stk. 1, ”hurtigst muligt og samtidigt” underrette alle berørte ansøgere og tilbudsgivere om, hvilke beslutninger ordregiveren har truffet, herunder beslutninger om tildeling af kontrakt, jf. lovens § 171, stk. 1, nr. 3.

Som det fremgår af bemærkningerne til udbudslovens § 171, stk. 1, og som fast antaget i klagenævnspraksis anses tilbudsgivere i overensstemmelse med kontroldirektiverne for berørte, hvis de endnu ikke er endeligt udelukkede. En udelukkelse er først endelig, når den er meddelt den berørte tilbudsgiver og enten er fundet berettiget af klagenævnet eller ikke længere kan være genstand for en klageprocedure, fordi klagefristen i § 7 er overskredet.

Udbudslovens § 171, stk. 4, lyder:

”Stk. 4. En ordregiver skal i underretningen om beslutninger som nævnt i stk. 1, nr. 3 [tildeling af kontrakt], angive, hvornår standstillperioden udløber, jf. § 3 i lov om Klagenævnet for Udbud. Beslutningerne skal være ledsaget af følgende begrundelser:

- 1) Til tilbudsgivere, der afgiver et uantageligt tilbud, skal ordregiveren angive grundene til, at tilbudsgiverens tilbud er afvist.
- 2) Til tilbudsgivere, som har afgivet et antageligt tilbud, skal ordregiveren angive det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud og navnet på den vindende tilbudsgiver eller parterne i rammeaftalen....”

Udbudslovens § 171, stk. 4, sammenholdt med stk. 1, må således forstås således, at de tilbudsgivere, hvis tilbud af ordregiveren anses for uantagelige, og som stadig er berørte, fordi klagefristen ikke er udløbet, i lighed med de øvrige tilbudsgivere skal have underretning om, hvem der har vundet kontrakten, da det selvsagt er det, som ligger i begrebet ”tildeling af kontrakt”, jf. § 171, stk. 1, nr. 3. Ordregiveren skal imidlertid efter bestemmelsens stk. 4, nr. 1, alene begrunde, hvorfor det pågældende tilbud er uantageligt.

Udbudslovens § 171, stk. 4, kan derimod ikke føre til, at den berørte tilbudsgiver, hvis tilbud er uantageligt, alene skal have underretning om, hvornår standstillperioden udløber, og grundene til, at tilbuddet er afvist.

Når klagenævnet, som tilfældet er her, modtager en klage, hvor ordregiveren alene har underrettet den tilbudsgiver, der har afgivet et uantageligt tilbud, om, hvornår standstillperioden udløber, og hvorfor tilbuddet er anset for uantageligt, jf. udbudslovens § 171, stk. 4, foreligger der ingen dokumentation for, om og i givet fald hvornår standstillperioden er begyndt at løbe. Der mangler således oplysning om og dokumentation for en underretning om ”tildeling af kontrakt” i overensstemmelse med klagenævnenslovens § 3, stk. 1, hvorefter standstillperioden igangsættes ved underretningen herom i overensstemmelse med klagenævnenslovens § 2, stk. 1, nr. 2, (ved forsyningsvirksomhed) eller udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 3.

Klagenævnet har således ikke mulighed for at kontrollere, om klagen allerede har opsættende virkning efter § 12, stk. 2, (hvad der givetvis i langt de fleste tilfælde vil være situationen), fordi den berørte tilbudsgiver – i strid med udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 3, – ikke har modtaget underretning om ”tildeling af kontrakt”.

Klagenævnets formand har derfor i denne sag (og i øvrigt også andre lignende tilfælde) ved modtagelsen af klagen truffet beslutning om, at klagen øjeblikkeligt er tillagt opsættende virkning efter klagenævnenslovens § 12, stk. 1, indtil den formand, som får sagen tildelt, har afgjort spørgsmålet, om klagen skal tillægges opsættende virkning under klagesagens videre forløb.

Klagenævnet træffer herefter afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*) bemærker klagenævnet indledningsvis, at klagenævnet ikke kan tiltræde Nyborg Kommunes synspunkt om, at alene anbringender og påstande med tilknytning til, om Protectors tilbud er ukonditionsmæssigt (påstand 2), er af relevans for sagen.

Om påstand 2, 3 og 4 bemærkes herefter:

Ad påstand 2

Nyborg Kommune har i udbudsbetingelserne stillet følgende krav:

”Såfremt der bydes ved brug af andres formåen (underleverandører) skal underleverandøren / den eller de virksomheder, der støtter tilbudsgiver (hovedbyder), udfylde bilag 1 ESPD-dokument del II, III og IV og medsende tilbuddet.”

Protector har udfyldt ”Erklæring vedr. Underleverandør” og oplyst, at Aig Europe påregnes anvendt som leverandør af rejseforsikring. Tilbuddet var ikke vedlagt ESPD-dokument fra underleverandøren.

Som kravet er formuleret, er Protectors tilbud således ukonditionsmæssigt.

Da kravet til dokumentation for underleverandørens egnethed ikke er opfyldt, er der ikke på det foreliggende grundlag udsigt til, at Protector vil få medhold i påstand 2.

Klagenævnet finder herefter ikke anledning til at tage foreløbig stilling til, hvorvidt Protectors tilbud af andre grunde måtte være ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 3

Efter udbudslovens § 95, stk. 2, kan en rammeaftale højst have en løbetid på 4 år. I ekstraordinære tilfælde kan en rammeaftale indgås for en længere periode.

Nyborg Kommune har ikke påvist sådanne ekstraordinære omstændigheder, at rammeaftalen kan indgås for en længere periode end 4 år.

På det foreliggende grundlag er der derfor udsigt til, at Protector vil få medhold i påstand 3.

Ad påstand 4

Den overtrædelse af udbudslovens § 95, stk. 2, som er begået ved fastsættelsen af rammeaftalens længde, må i almindelighed anses for at være af væsentlig betydning. Som udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.4) er formuleret, indgås rammeaftalen for 3 år med mulighed for forlængelse i 2 år. Evalueringemetoden bygger på en 5-årig aftale. Nyborg Kommune har *ikke* erkendt, at længden af rammeaftalen udgør en overtrædelse af udbudsreglerne, men har tværtimod henvist til andre aftaler med en tilsvarende varighed, og har heller *ikke* erklæret, at optionerne om forlængelse ikke vil blive udnyttet fuldt ud, hvis rammeaftalen indgås. Dermed kan det på det foreliggende foreløbige grundlag ikke antages, at overtrædelsen alene er af formel karakter. Der er herefter udsigt til, at tildelingsbeslutningen vil blive annulleret.

Da der er udsigt til, at tildelingsbeslutningen vil blive annulleret, er betingelse nr. 1 om "*fumus boni juris*" på det foreliggende grundlag opfyldt.

Klagenævnet har ikke på det foreløbige grundlag taget stilling til, hvorvidt der er udsigt til, at påstand 1 om evalueringsmetoden med en også heraf følgende mulighed for annullation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at Po-tectors tilbud som ovenfor anført må anses for ukonditionsmæssigt. Denne tilbudsgiver vil således ikke lide et uopretteligt tab ved at skulle afvente klagenavnets afgørelse af sagen, og betingelsen om uopsættelighed er således ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anne-Mette Schjerner
specialkonsulent