

K E N D E L S E

A/S Bladkompagniet
(advokat Mikala Berg Dueholm og advokat Michael Klöcker, København)

mod

HOFOR A/S
(advokat Ilka Bödewadt Lauritzen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 185-447683 af 18. september 2020 udbød HOFOR A/S ("HOFOR") som et offentligt udbud efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) rammeaftalen "Postkørsel af breve og pakker". Rammeaftalen omhandlede levering af breve og pakker både internt mellem HOFOR's ti bemandede lokationer og eksternt til kunderne i hele HOFOR's forsyningsområde. Der var tale om en seksårig kontrakt med option på forlængelse i to gange et år og en anslået værdi på 35 mio. kr. Tildelingskriterierne var "Service" (60 %) og "Pris" (40 %).

A/S Bladkompagniet ("Bladkompagniet") afgav som den eneste virksomhed tilbud med en pris på 32.964.240 kr. for hele kontraktperioden inkl. optioner.

Den 16. november 2020 meddelte HOFOR, at HOFOR havde besluttet at annullere udbuddet af rammeaftalen grundet manglende konkurrence på udbuddet.

Den 15. - 16. december 2020 indgik HOFOR uden udbud en fireårig kontrakt med PostNord A/S ("PostNord") med ikrafttræden den 1. januar 2021.

Den 1. marts 2021 indgav Bladkompagniet klage til Klagenævnet for Udbud.

Herefter opsagde HOFOR den 25. marts 2021 kontrakten med PostNord til ophør den 31. august 2021.

Den 28. april 2021 offentliggjorde HOFOR en forhåndsmeddelelse om udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet af en rammeaftale om "Postkørsel af breve og pakker i HOFOR A/S". Ved udbudsbekendtgørelse af 17. juni 2021 iværksatte HOFOR det nye udbud af rammeaftalen. Efter standstill-perioden har HOFOR på grundlag af det fornyede udbud indgået kontrakt med Bladkompagniet med virkning fra den 1. september 2021.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Bladkompagniet har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at HOFOR har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, ved at tildele kontrakt om postbefordring til PostNord uden forudgående udbud.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal erklære den mellem HOFOR og PostNord indgåede kontrakt for uden virkning for fremtidige leverancer, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal foretage politianmeldelse af HOFOR, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 3, med henblik på fremsættelse af bødeforlæg eller indledning af straffesag med påstand om bøde for den del af kontrakten mellem HOFOR og PostNord, der allerede er gennemført, jf. klagenævnslovens § 20, stk. 1, jf. § 19, stk. 2, nr. 3.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at HOFOR har overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at have foretaget en usaglig annullation af udbuddet, der blev offentliggjort ved udbudsbekendtgørelse 2020/S 185-447683.

Påstand 5

HOFOR skal betale 2.472.318 kr. til Bladkompagniet, subsidiært et af klagenævnet fastsat mindre beløb med tillæg af procesrente fra klageskriftets indgivelse.

Påstand 6 (subsidiær til påstand 5)

HOFOR skal betale 73.950 kr. til Bladkompagniet, subsidiært et af klagenævnet skønsmæssigt fastsat mindre beløb med tillæg af procesrente fra klageskriftets indgivelse.

HOFOR har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge, og har vedrørende påstand 5 og 6 påstået frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 5 og 6, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1 - 4.

Klagenævnet har den 1. marts 2021 meddelt HOFOR's kontraktpart, PostNord, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

PostNord har meddelt, at virksomheden ikke ønsker at intervenere i sagen.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbuddet i 2020

I udbudsbekendtgørelsen af 18. september 2020 står der:

”...

Del I: Ordregivende enhed

I.1) Navn og adresser

Officielt navn: HOFOR A/S

CVR-nummer: 10073022

...

I.6) Hovedaktivitet

Anden aktivitet: Forsyning

...

Del II: Genstand

II.1.4) Kort beskrivelse:

Rammeaftalen omhandler levering af breve og pakker både internt mellem HOFOR's 10 bemandede lokationer, samt eksternt til kunderne i hele forsyningsområdet.

II.1.5) Anslået samlet værdi

Værdi eksklusive moms: 35 000 000.00 DKK

...

II.2.5) Tildelingskriterier

de nedenfor anførte kriterier

Kvalitetskriterium - Navn: Service / Vægtning: 60 %

Pris - Vægtning: 40 %

...

II.2.7) Varighed af kontrakten, rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem

Varighed i måneder: 72

Denne kontrakt kan forlænges: ja

Beskrivelse af forlængelser:

2 X 1 år.

..."

Af kravsspecifikationen til brug for udbuddet fremgår:

"...

1 Indledning

Nærværende kravspecifikation omfatter HOFOR's krav til ydelser der skal udføres under rammeaftalen.

Opgaven omhandler levering af brevpost til og returpost fra HOFOR's kunder, samt omdeling af pakker og brevpost mellem HOFOR's 11 lokationer på 2 ugentlige siteture.

2 Generelle krav til ydelsen

Leverandøren skal afhente breve i C5 format fra 0-50 gr. til afsendelse direkte fra vores printleverandør Strålfors A/S. inklusiv dennes underleverandør Cardcoin A/S, Literbuen 7, 2740 Skovlunde. Disse afsendes

som almindelig Erhvervspost, med levering inden for max 5 hverdage, og som rykkerbreve med levering inden for 2 hverdage.

Brevene skal afhentes ud fra en månedlig plan, der kan varsles 5 hverdage i forvejen inden d. 1. i måneden.

Leverandøren er forpligtet til at frankere hvor dette påkræves.

Leverandørens ydelse omfatter distribution af de afhentede breve og pakker.

Ordregivers samlede historik på udgående post forventes at falde, i takt med at Ordregivers kunder overgår til at registrere deres afregningskort elektronisk.

Det må derfor i kontraktens løbetid forventes både store og små ændringer mht. til mængden af post, samt antal steder hvor posten skal hentes og bringes.

Leverandøren garanteres ikke en minimums omsætning på nærværende rammeaftale. De oplyste mængder i udbudsmaterialet er historiske, og er ikke bindende for ordregiver.

Pakker udgør kun en mindre del, af den samlede omsætning.

Returpost leveres dagligt tilbage til adressen på Ørestads Boulevard 35, 2300 København S.

Leverandøren skal validere modtageradresser, så HOFOR kan blive gjort bekendt med de ændrede adresser snarest muligt. Eller straks efter, at Leverandøren har konstateret ændringer på adressen, som ikke kunne valideres gennem adressevalidering.

Forsendelser som er stilet til "Beboer på adressen", skal kunne håndteres uden automatik. Det vil sige at brevet fysisk skal forbi på adressen, da disse forsendelser ikke altid er registreret i valideringssystemet.

Det forventes at tilbudsgiver er bekendt med og arbejder ud fra Postloven.

2.1 Specifikke krav til ydelsen

Site-ture i dagtimerne fra kl. 9-14 hver tirsdag og torsdag hver uge, undtagen søndage og på nationale helligdage

Hver tirsdag og torsdag afhentes og omdeles post og pakker på interne lokaliteter. Det er følgende lokationer der drejer sig om.

- Vejlandshuset, Ørestads Boulevard 35, 2300 Kbh. S. (Hovedadressen)
- Amagerværket, Kraftværksvej 37, 2300 Kbh. S.
- Brydes Alle 2-4, 2300 Kbh. S.
- lageret på Forlandet 29, 2300 Kbh. S.
- Herjedalgade 1, 2300 Kbh. S.
- Lygten 20, 2400 Kbh. NV.
- Parkstien 10, 2450 Kbh. SV.
- Smedeholm 1, 2730 Herlev
- Tietgensgade 33, 1707 Kbh. V.
- Tårnvej 440-442, 2610 Rødovre
- Øster Alle 6, 2100 Kbh. Ø.

Ruten starter kl. 9 fra Vejlandshuset Estimeret varighed pr. tur er 5 timer. Både Vejlandshuset og lageret på Forlandet besøges 2 gange hver på denne tur.

Køretøjet skal kunne rumme op til 6 paller.

HOFOR har ca. 300.000 fortrykte PP kuverter liggende i Kundeservice, som stadig skal kunne bruges af en potentiel ny leverandør.

Forsendelser omhandler:

Erhvervsbreve
Erhvervsbreve 2
Breve standard
Q-breve

Kørsler - ikke allokeret

Er en form for abonnementsaftale pr. måned.

- Indlevering af alt brevpost og pakker til hovedadressen på Ørestads Boulevard 35, 2300 København S, skal ske mandag-fredag i tidsrummet fra Kl. 8.30-9.00.
- Afhentning af udgående forsendelser af breve og pakker, skal ske fra samme adresse i tidsrummet mandag-fredag mellem kl. 15.30-16.00.
..."

Af kontrakten vedrørende den udbudte rammeaftale fremgår:

”...

1 Indledende bestemmelser

1.1 Nærværende rammeaftale har til formål at fastlægge rammer og vilkår for parternes rettigheder og forpligtelser i forbindelse med denne rammeaftale.

1.2 Rammeaftalen omhandler levering af brevpost til HOFOR's kunder, og returpost til Hovedadressen. Samt omdeling af pakker og brevpost mellem 10 HOFOR lokationer, på 2 ugentlige siteture.

1.3 Rammeaftalen garanterer ikke Leverandøren eksklusivitet på omdeling af post for HOFOR. HOFOR agter at benytte rammeaftalen til at dække sit normale behov inden for de tilbudte ydelser.

...

2 Rammeaftaleperioden

2.1 Rammeaftalen træder i kraft den 01-01-2021 og løber indtil den 31-12-2026, hvor den ophører uden yderligere varsel.

2.2 HOFOR har ret til at forlænge Rammeaftalen op til 2 gange, idet forlængelse sker med 12 måneder ad gangen regnet fra det gældende ophørstidspunkt. HOFOR meddeler senest 3 måneder før Rammeaftalens ophør, om Rammeaftalen ønskes forlænget.

2.3 Såfremt en leverance, som er omfattet af nærværende aftale, er bestilt i perioden for en tidligere rammeaftale, men levering først sker, når nærværende rammeaftale er trådt i kraft, sker leverance efter betingelserne i nærværende aftale.

...

4 Leverandørens ydelse

4.1 Leverandørens ydelser skal opfylde beskrivelsen angivet i Rammeaftalen. Ydelserne skal udføres i overensstemmelse med god praksis inden for branchen.

4.2 Leverandøren tillægges ved denne Rammeaftale en ikke-eksklusiv ret til at levere følgende ydelser til HOFOR:

- Postkørsel af breve og pakker.”

Annulation af udbuddet

Den 16. november 2020 meddelte HOFOR følgende til Bladkompagniet:

”...

Grundet manglende konkurrence på HOFOR's udbud på Postkørsel, har vi desværre set os nødsaget til at annullere udbuddet.

Ønskes der en uddybende forklaring, er I velkommen til at kontakte mig.
..."

I bekendtgørelse om indgåede kontrakter nr. 2020/S 227-560142 af samme dato var tilsvarende anført, at udbuddet blev annulleret grundet manglende konkurrence.

I en mailkorrespondance mellem Bladkompagniet og HOFOR i perioden fra den 19. november til den 17. december 2020 hedder det (HOFOR's mails er kursiverede):

"...
Hermed som lovet pr. telefon i tirsdags, får du en tilbagemelding vedrørende Postudbuddet.

Fordi PostNord er beforderingspligtige i DK kan HOFOR vælge PostNord som leverandør af posttjenester uden udbud. Ønsker HOFOR at vælge andre virksomheder til denne ydelse skal det ske i henhold til udbudsreglerne.

Jeg håber at det er et fyldestgørende svar nok på dit spørgsmål.

...

Tak for tilbagemeldingen.

Og som du nævnte i telefonen så ville i været gået videre med Post Nord i det tilfælde hvor Post Nord havde været alene om at byde på denne opgave?

...

Nej, ikke nødvendigvis som et EU udbud.

I og med der kun kom et tilbud ind, så vi os nødsaget til at annullere. Det kunne også være sket med PostNord, hvis ikke det samlede tilbud var godt nok over de 6 år, plus de 2 år med optioner.

Og så kunne vi tage dialogen efterfølgende med PostNord, som beskrevet i det fremsendte.

Som jeg nævnte for dig den anden dag, har jeg ikke kunne finde andre der har lavet et EU udbud, på en Postkørsel aftale før.

Uden at vide det, er det sikkert fordi at det fra start forventes, at konkurrencen på det marked vil være begrænset.

Og så vælger de fleste nok, at gå med PostNord fra starten af, og sparer tiden på at lave et udbudsmateriale.

Men nu har vi i hvert fald gjort forsøget.

...

Nu har jeg haft vores advokat til, at lave nedenstående formulering. Jeg tror ikke at vi kommer det nærmere nu.

PostNord er i henhold til Postlovens § 14 udpeget som befordringspligtig postvirksomhed i Danmark, hvilket betyder, at de har til opgave at sikre omdeling af post i hele landet. I medfør heraf kan HOFOR også anvende PostNord som leverandør af posttjenester udenom udbudsreglerne.

HOFOR kan imidlertid også vælge at sende sine posttjenester i udbud, for at forsøge at opnå mere konkurrence på markedet. Dette har HOFOR gjort ved det nu annullerede udbud. Da HOFOR alene modtog et enkelt udbud, og der således ikke var den tilstrækkelige konkurrence i udbuddet, og de indkomne priser på dette ene tilbud i øvrigt viste sig at ligge langt over det forventede budget, har HOFOR imidlertid efter udbudsreglerne været berettiget til at annullere udbuddet, og i stedet vende tilbage til at bruge PostNord, som den befordringspligtige postvirksomhed i Danmark, jf. ovenfor.

...

Jeg kan forstå hvis i er ved lidt trætte af dette udbud, men jeg kan ikke forstå hvordan vi ligger under den forventede værdi. Hvordan er i kommet frem til dette, for i udbuddet stod der 35.000.000 kr. og vores pris var 4.119.280 kr./år hvilket svarer til 32.954.240 kr. over aftalens levetid på potentielt 8 år.

...

Som nævnt i min forrige mail, har jeg egentlig ikke så meget mere at tilføje til denne korrespondance.

Vi forholder os til dette: PostNord er i henhold til Postlovens § 14 udpeget som befordringspligtig postvirksomhed i Danmark, hvilket betyder, at de har til opgave at sikre omdeling af post i hele landet. I medfør heraf kan HOFOR også anvende PostNord som leverandør af posttjenester udenom udbudsreglerne.

Vi fik desværre kun et tilbud ind, hvilket ikke er nok til at skabe nogen form for konkurrence.

...

Jeg har drøftet spørgsmålet om udbud af Hofors postkørsel med, min chef og efterfølgende med vores advokat. Vores advokat oplyser, at postopgaver ikke er undtaget udbud – heller ikke selv om Post Nord er pålagt befordringspligt. Det følger ikke af § 14 i postloven, at udbud af postopgaver kan undlades, eller at opgaver kan tildeles Post Nord direkte. Vores advokat oplyser, at det tværtimod følger af forsyningsvirksomhedsdirektivet, at postopgaver skal udbydes. Selvom Post Nord er pålagt en befordringspligt, er Post Nord ikke tillagt en eneret, og derfor vil udgangspunktet være, at der skal være et udbud, når tærskelværdierne er opfyldt. Det er ikke en valgmulighed blot at tildele direkte til Post Danmark – og slet ikke, når der har været et udbud med et konformt tilbud.

Navnlig fordi vi afgav et konditionsmæssigt og markedskonformt tilbud, er det derfor fortsat vanskeligt for mig at se, hvordan Hofor kunne tildele opgaven direkte til Post Nord, der end ikke afgav et tilbud i forbindelse med udbuddet.

Problemstillingen har principiel betydning for Bladkompagniet. Dels er vi selvfølgelig ærgerlige over at være fravalgt i et udbud, hvor vi afgav et konformt tilbud. Dels ønsker vi ikke at stå i samme situation ved andre udbud, hvor vi afgiver et konformt tilbud, men alligevel bliver valgt fra med henvisning til, at kunden kan tildele direkte til en anden aktør, der end ikke har budt. Derfor bliver jeg nødt til igen at bede om en begrundet redegørelse for, hvordan Hofor kan tildele kontrakten direkte til Post Nord, og hvorfor Hofor anser det for foreneligt med udbudsreglerne. Vi har ganske enkelt brug for klart at vide, hvordan juraen er i forhold til disse udbud.

...

HOFOR har ret til at annullere et udbud, når der er en saglig grund. Og den har jeg givet dig...

I forhold til udbudspligt på postydelse, har vi tidligere beskrevet vores advokats vurdering af dette for dig. Vi har derfor ikke yderligere at tilføje.

...”

Kontrakten med PostNord

Den 15.-16. december 2020 indgik HOFOR som nævnt en kontrakt om befordring af post med PostNord. Det er oplyst, at der ikke i forbindelse med indgåelsen af kontrakten blev offentliggjort en profylaksebekendtgørelse.

Af kontrakten fremgår:

” ...

1 AFTALENS LØBETID

Kundeaftalen (i det følgende ”aftalen”) træder i kraft med virkning fra den 01.01.2021 og udløber uden varsel den 31.12.2024.

...

3 PRODUKTER

EDI skal være udarbejdet og opfylde betingelserne som fremgår af Post-Nords forretningsbetingelse for EDI. Kunden skal levere EDI på følgende produkter:

3.1. ELECTRONIC DATA INTERCHANGE – EDI

EDI skal være udarbejdet og opfylde betingelserne som fremgår af Post-Nords [forretningsbetingelser] for EDI. Kunden kan levere EDI på følgende produkter:

- Rekommanderede breve
- Breve med Afleveringsattest
- PostNord Tracked
- PostNord Untracked
- Samtlige pakkeprodukter
- EMS
- Samtlige godsprodukter
- Kurer
- Innight

3.2 BREVPRODUKTER

3.2.1 BREVE

GENERELT

Aftalen omfatter:

Breve Indland
 Quickbreve
 Breve Udland
 Sorteret Udland
 Rekommanderede Breve
 Breve med Afleveringsattest

3.2.2 DIRECT MAIL

GENERELT

Aftalen omfatter:

Direct Mail

...

INDLEVERING OG OMDELING

Partier med Direct Mail kan indleveres alle hverdage på brevterminaler eller udvalgte erhvervsindleveringer.

3.2.3 ERHVERVSBREVE

GENERELT

Aftalen omfatter

Erhvervsbreve

Erhvervsbreve maxi

Erhvervsbreve 2 dage

...

INDLEVERING

Erhvervsbreve, Erhvervsbreve Maxi og Erhvervsbreve 2-dage skal indleveres opdelt i overensstemmelse med den nærmere beskrivelse i forretningsbetingelserne for Breve Indland og faktaark, ”Erhvervsbreve” samt på www.postnord.dk.

Erhvervsbreve og Erhvervsbreve Maxi kan indleveres på brevterminal eller alternativt i udvalgte erhvervsindleveringer mod betaling. Erhvervsbreve 2-dage kan indleveres i alle erhvervsindleveringer og brevterminaler uden merbetaling. Hvis der er indgået aftale om afhentning af forsendelserne, fremgår dette af punktet Transporter med tilhørende bilag.

...

3.3 LOGISTIKPRODUKTER

3.3.1 LOGISTIK – PAKKER

GENERELT

Aftalen omfatter

- PostNord Parcel
- PostNord MyPack
- PostNord Return
- EMS International Express

...

3.3.2 KURER

GENERELT

Aftalen omfatter

Kurerforsendelser

3.4 TRANSPORTER

3.4.1 UDKØRSEL

De aftalte vilkår for udkørsel fremgår af bilag til aftalen
...”

Udbuddet i 2021

I forhåndsmeddelelsen af 28. april 2021 var den anslåede værdi af den rammeaftale, som ville blive udbudt, oplyst til 10 mio. kr.

Det fornyede udbud den 17. juni 2021 af rammeaftalen ”Postkørsel af breve og pakker i HOFOR A/S” omfattede levering af brevpost til HOFOR’s kunder og returpost til hovedadressen samt omdeling af pakker og brevpost mellem 12 forskellige HOFOR lokationer på to ugentlige ture. Der var tale om en treårig kontrakt med mulighed for forlængelse i et år og en anslået værdi på 7,5 mio. kr. eksklusive moms. Udbuddet blev offentliggjort ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 119-316318.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Bladkompagniet har i det væsentlige gjort gældende, at kontrakten med PostNord skulle have været udbudt efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, idet kontrakten er omfattet af direktivet, og idet den anslåede værdi overstiger tærskelværdien. PostNord har alene befordringspligt, men ikke eksklusiv ret (eneret) til postfordring, og en række virksomheder kan levere de ønskede ydelser og har fornøden tilladelse, idet postmarkedet er fuldt liberaliseret.

Værdien af kontrakten med PostNord overstiger tærskelværdien for lightydelser. Beregningen af værdien af en kontrakt sker på baggrund af direktivets artikel 15 og 16, stk. 1 og 4. Kontrakten mellem HOFOR og PostNord er indgået umiddelbart efter det annullerede udbud, og da kontrakten vedrører samme ydelser, må det lægges til grund, at der er tale om den samme kontrakt til en anslået værdi på 35 mio. kr. Det ændrer ikke herved, at kontrakten er opsagt, da det er den på forhånd estimerede værdi, der er afgørende.

HOFOR har gjort gældende, at den udbudte rammeaftale og kontrakten med PostNord ikke er den samme kontrakt, og at kontrakternes værdi heller ikke

er den samme. Der er tale om en standardkontrakt, som er baseret på PostNords standardbetingelser og prissætning.

Kontrakten med PostNord havde en løbetid på fire år, mens den udbudte rammeaftale havde en løbetid på seks år med mulighed for forlængelse med yderligere to år. Produkterne omfattet af aftalen med PostNord er heller ikke enslydende med de ydelser, der var omfattet af rammeaftalen.

På aftalen med PostNord er der samlet indkøbt ydelser omfattet af det annullerede udbud vedrørende postydelser for ca. 460.000 kr. i januar og februar måned 2021. Det svarer til, at der frem til ophøret af aftalen med PostNord pr. 31. august 2021 forventes indkøbt ydelser omfattet af det annullerede udbud til en værdi på ca. 1.840.000 kr. Dermed er tærskelværdien for udbud efter light regimet langt fra overskredet.

Ad påstand 2 - 3

Bladkompagniet har gjort gældende, at HOFOR har foretaget en ulovlig direkte tildeling af kontrakt om postbefordring. Klagenævnet skal derfor erklære kontrakten med PostNord for uden virkning for fremtidige leverancer, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1.

Klagenævnet skal endvidere foretage politianmeldelse af HOFOR, jf. klagenævnslovens § 18, stk. 3, med henblik på bødestraf for den del af kontrakten, der er gennemført frem til det tidspunkt, hvorfra kontrakten erklæres for uden virkning, jf. klagenævnslovens § 20, stk. 1, jf. § 19, stk. 2, nr. 3.

HOFOR har ikke anført særskilte anbringenderne vedrørende disse påstande.

Ad påstand 4

Bladkompagniet har gjort gældende, at annullationen af udbuddet var usaglig og reelt begrundet i, at HOFOR ikke ønskede at indgå kontrakt med Bladkompagniet, men ønskede at fastholde sin hidtidige leverandør PostNord. Virksomhedens tilbud var konditionsmæssigt og konkurrencedygtigt, og den tilbudte pris var lavere end den kontraktværdi, HOFOR havde estimeret. Bladkompagniet har endvidere henvist til den tidsmæssige sammenhæng og mellem det annullerede udbud og den ulovlige direkte tildeling til PostNord, og at der var tale om samme slags ydelser. Bladkompagniet har henvist til klagenævnets kendelse af 15. april 2021, Dansk Uniform/Chriswear mod Region Hovedstaden og Region Midtjylland.

Hvis annullationen reelt havde været begrundet i manglende konkurrence, ville det have været mest nærliggende, at HOFOR havde gennemført et nyt udbud og i den forbindelse opfordret andre virksomheder til at afgive tilbud. Fx viste PostNord under udbuddet interesse for kontrakten. 11 virksomheder har tilladelse til at udøve erhvervsmæssig postbefordring i Danmark. Der findes således et reelt marked for de ydelser, som HOFOR har udbudt, hvilket HOFOR burde være bekendt med.

Uanset at ordregiveren har en betydelig frihed med hensyn til annullation, er det i det foreliggende tilfælde åbenbart, at annullationen tjente et usagligt formål.

HOFOR har gjort gældende, at HOFOR havde ret til at annullere udbuddet, og at annullationen således var sagligt begrundet.

HOFOR har nærmere anført, at en ordregiver har ret til at annullere et udbud grundet manglende konkurrence, jf. EU-Domstolens dom af 16. september 1999 i sag C-27/98, Metalmeccanica Fracasso SpA. Udbuddet blev annulleret grundet manglende konkurrence, da Bladkompagniet var den eneste virksomhed, der afgav tilbud, hvilket er en saglig grund. Bladkompagniet har bevisbyrden for, at annullationen ikke havde baggrund i den manglende konkurrence, jf. klagenævnets kendelse af 15. april 2021, Dansk Uniform/Chriswear mod Region Hovedstaden og Region Midtjylland.

Det er uden betydning, at der er 11 virksomheder i Danmark, der er berettiget til at udøve erhvervsmæssig postbefordring, og at PostNord viste interesse under udbudsprocessen.

HOFOR var nødsaget til at indgå en kontrakt med PostNord straks efter annullationen, da postydelsen anvendes på daglig basis af HOFOR, og denne kunne derfor ikke afvente et fornyet udbud.

HOFOR havde behov for forud for et nyt udbud at gennemføre en markedsdialog for at ramme markedet på den korrekte måde og sikre tilstrækkelig konkurrence i et kommende udbud.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 15 og 16 skal den anslåede værdi opgøres til den værdi, der er gældende på tidspunktet for afsendelsen af indkaldelsen af tilbud, dvs. ved indledningen af proceduren. Klagenevnet finder på denne baggrund og efter oplysningerne om kontrakten, at den anslåede værdi af kontrakten med PostNord A/S må bestemmes på grundlag af den aftalte kontraktperiode på 4 år.

Når dette sammenholdes med det i øvrigt oplyste, herunder værdien på ca. 460.000 kr. af de indkøbte postydelse i januar og februar 2021, der må anses for udtryk for det generelle niveau, er der ikke grundlag for at antage, at kontraktens anslåede værdi var under ca. 11 mio. kr.

Den anslåede værdi oversteg dermed klart tærskelværdien, og HOFOR A/S var derfor forpligtet til at udbyde kontrakten.

Det HOFOR A/S i øvrigt har anført om, at der ikke er sammenhæng og identitet mellem den udbudte kontrakt og kontrakten med PostNord A/S, og om, at HOFOR A/S havde behov for postydelsen på daglig basis og derfor ikke kunne afvente et nyt udbud, ændrer ikke herved og kan således ikke begrunde direkte tildeling af den fireårige kontrakt som sket.

Den direkte tildeling var derfor i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet, og påstand 1 tages til følge.

Ad påstand 2 og 3

Det følger af lov om Klagenevnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1, at en kontrakt, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal erklæres for uden virkning, hvis en ordregiver i strid med EU-udbudsreglerne har indgået en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende, jf. dog lovens § 4.

HOFOR A/S har i strid med bestemmelsen indgået kontrakt om levering af postydelse uden forudgående udbudsbekendtgørelse og uden at offentliggøre en profylaksebekendtgørelse, jf. § 4.

HOFOR A/S har ved at bringe kontrakten til ophør med virkning fra den 31. august 2021 foregrebet klagenevnets lovbundne reaktion.

Da betingelserne i § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud er opfyldt, erklæres kontrakten for uden virkning fra den 31. august 2021.

Påstand 2 tages derfor til følge som nedenfor bestemt.

Efter lovens § 18, stk. 2, nr. 3, skulle der herefter fastsættes en alternativ sanktion, hvis HOFOR A/S havde været omfattet af lovens § 19, stk. 1. Da HOFOR A/S imidlertid ikke er omfattet af § 19, stk. 1, skal klagenævnet i medfør af lovens § 18, stk. 3, i stedet indgive politianmeldelse. Anmeldelsen indgives ved fremsendelse af denne kendelse, jf. også påstand 3.

Ad påstand 4

HOFOR A/S har som begrundelse for at annullere udbuddet anført, at dette skete ”grundet manglende konkurrence”, og det fremgår af meddelelsen til A/S Bladkompagniet, at HOFOR A/S af denne grund så sig ”nødsaget” til at annullere udbuddet. Det kan herefter lægges til grund, at HOFOR A/S ikke annullerede udbuddet for at hjemtage opgaven, hvilket i øvrigt heller ikke er gjort gældende.

HOFOR A/S iværksatte imidlertid ikke på baggrund af det aflyste udbud et nyt udbud, hvorved indkøbet kunne have været konkurrenceudsat på ny.

I stedet valgte HOFOR A/S at indgå en ny kontrakt helt *uden* konkurrenceudsættelse, nemlig ved direkte tildeling af en flere-årig kontrakt med den nævnte betydelige økonomiske værdi til PostNord A/S.

Allerede den 25. marts 2021 og dermed kort tid efter, at A/S Bladkompagniet den 1. marts 2021 havde indgivet klage til Klagenævnet for Udbud, opsagde HOFOR A/S den direkte tildelte kontrakt.

I lyset af dette forløb kan det ikke lægges til grund, at udbuddet blev annulleret, fordi HOFOR A/S, således som selskabet anførte i begrundelsen, så sig nødsaget til at annullere det iværksatte udbud på grund af manglende konkurrence og dermed ud fra et ønske om yderligere konkurrenceudsætning.

Det må herefter lægges til grund, at udbuddet er annulleret uden, at den reelle begrundelse er blevet givet, jf. klagenævnets kendelse af 4. oktober 2021, Dansk Uniform/Chriswear mod Region Hovedstaden og Region Midtjylland.

Samtidig kan det, således som sagen er oplyst, ikke antages, at der skulle foreligge en anden lovlig begrundelse for annullationen.

Påstand 4 tages derfor til følge som nedenfor bestemt.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

HOFOR A/S har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, ved at tildele kontrakt om postbefordring til PostNord A/S uden forudgående udbud.

Ad påstand 2

Kontrakten indgået mellem HOFOR A/S og PostNord A/S erklæres for uden virkning fra den 31. august 2021.

Ad påstand 4

HOFOR A/S har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved uden saglig begrundelse at have foretaget annullation af udbuddet, der blev offentliggjort ved udbudsbekendtgørelse 2020/S 185-447683.

HOFOR A/S skal i sagsomkostninger til A/S Bladkompagniet betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Tanja Bøtker Lindgren
fuldmægtig