

K E N D E L S E

AV Form A/S
(advokat Torkil Høg, København)

mod

Kalundborg Kommune
(advokat Michael Lund Nørgaard, København)

Den 14. februar 2014 udbød Kalundborg Kommune på vegne af 16 kommuner i Fællesudbud Sjælland en fornyet konkurrence (et »miniudbud«) efter udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, jf. stk. 4, 2. pind, vedrørende delaftale 5 (hobby-, formnings- og beskæftigelsesmaterialer) omfattet af SKI rammeaftale 05.02 indgået af Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S. Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S havde registreret 2 virksomheder som leverandører under rammeaftalen, nemlig Creativ Company og AV Form A/S, og begge virksomheder afgav tilbud.

Da ingen af de to tilbud imidlertid var forskriftsmæssige, blev dette miniudbud aflyst.

Den 21. marts 2014 sendte Kalundborg Kommune på ny opfordringsskrivelsen til Creative Company A/S og AV Form A/S og anførte:

»De eneste ændringer, ud over ændringer i datoerne, der er foretaget i vedhæftet udbudsmateriale i forhold til den af den 14. februar 2014 udsendte er, at der er korrigeret i »Ordregivers forbrug pr. produktgruppe pr. år angivet i antal solgte enheder/pakker« på den blå fane »Volumen pr. produktgruppe« i Bilag 1a.«

Ved mail af 11. april 2014 meddelte Kalundborg Kommune tilbudsgiverne, at kommunen havde besluttet at indgå periodeindkøbsaftale med Creativ Company A/S.

Den 22. april 2014 indgav klageren, AV Form A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Kalundborg Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning.

Klagenævnet har besluttet ikke at træffe afgørelse vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning, men i stedet afgøre sagen.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet) ved i miniudbudsmaterialet udsendt den 21. marts 2014 at angive uklare og indbyrdes modstridende oplysninger om, hvordan evalueringen efter tildelingskriteriet »laveste pris« ville finde sted.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 10. april 2014 om at tildele periodekøbsaftalen til Creativ Company A/S.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

I »Miniudbudsbetingelser- Periodekøb« er under overskriften »2. Opgavebeskrivelse« anført:

»Ved et miniudbud kan Kunden kun erhverve de varer som alle Leverandører kan tilbyde. De(n) vare(r) som kun 3 eller færre Leverandører kan tilbyde skal tildeles ved en Direkte tildeling, jf. Bilag B.

Kunden vælger de/de vare(r), som skal indgå i varekurven. Kunden skal via log in på www.ski.dk downloade SKIs E-katalog for hver Leverandør og herefter sammensætte sin varekurv, jf. de nedenstående krav for korrekt tildeling. Varekurven vil herefter fungere som bilag 1 til Periodekøbsaftalen.

Ved den videre gennemførelse af Miniudbuddet vil den samlede Varekurv herefter alene indholde varer, der tilbydes af alle leverandører på delaftalen.«

I rammeaftalen er anført, at tildelingskriteriet »laveste pris« skal anvendes ved miniudbud i henhold til rammeaftalen.

I opfordringsskrivelsen til Creative Company A/S og klageren er bl.a. angivet:

»Tildelingskriteriet er laveste pris på den samlede pris i bilag 1 (mængde gange pris).«

Dette er gentaget i »Miniudbudsbetingelser – Periodekøb«, hvor det i punkt 5. »Tilbudsevaluering«, er anført:

»Tildeling sker i på grundlag af »Laveste pris« beregnet som den samlede pris for Den af Kunden i.f.m. Miniudbud afgrænsede Varekurv, herunder med de af Kunden skønnede mængder (bilag a).

Prisen lægges sammen pr. Produktgruppe, divideres med antal varelinjer og ganges med anslået mængde angivet pr. Produktgruppe på fanen »Volumen pr. produktgruppe.« i Bilag 1a.«

Miniudbuddet indeholdt en angivelse af de varer, der ønskedes tilbud på. Varerne var opregnet på et faneblad med varekurv/tilbudsliste (bilag 1a), opdelt i »Hovedproduktgruppe« (f.eks. »*Hobbymaling og –farver*«) og underopdelt i produktgrupper (f.eks. »*Hobbymaling*«). Inden for hver produktgruppe var de enkelte produktbeskrivelser (f.eks. »*Akrylfarve blank vandbaseret. 250 ml. Enkelt farver*«) angivet. Inden for produktgruppen »*Hobbymaling*« er f.eks. anført 21 varelinjer med produktbeskrivelser. Desuden indeholdt materialet en angivelse af ordregiverens forbrug fordelt pr. produktgruppe (f.eks. »*Hobbymaling*«) pr. år angivet i såvel samlet beløb som »antal solgte enheder / pakker«. For produktgruppen »*Hobbymaling*« var det årlige forbrug angivet til 443.108,60 kr. og mængden til »6.888«

Under såvel det aflyste som det gennemførte udbud var der under fanebladet med varekurven i kolonne H ved samtlige produktbeskrivelser (varelinjer) anført »X«, hvilket betød, at indklagede ikke havde anført mængder på dette niveau.

I forbindelse med det aflyste miniudbud besvarede indklagede i tilslutning hertil spørgsmål således:

»Spørgsmål:

Under pkt. 5 Tilbudsevaluering fremgår det:

Tildeling sker på grundlag af »Laveste pris« betegnet som den samlede pris for den af kunden ifm. Miniudbud begrænsede varekurv, herunder de af kunden skønnede mængder, (bilag 1a).

Prisen lægges sammen pr. produktgruppe, divideres med antal varelinier og ganges med anslået mængde afgivet pr. produktgruppe på fanen »Volumen pr. produktgruppe.« i Bilag 1a.

Spm.:

Hvordan vil I sikre en korrekt tildeling, når der ikke er estimeret volumen pr. varelinieniveau? Eksempelvis under Hobbymaling er der varenumre, hvor prisen skal angives pr. ml. Andre varenumre skal angives pr. 24 x 500 ml. det medfører nogle voldsomme prismæssige udsving...

Svar:

Indledningsvist bemærkes det, at evalueringen af tilbuddene vil ske efter samme model, således vil ligebehandlingsprincippet blive iagttaget ved evalueringen af tilbuddene. Derudover bemærkes det at modellen indebærer, at der er fastsat en estimeret volumen pr. produktgruppe. Pri-serne for hver af produktgruppen lægges sammen og divideres med antallet af varelinier og ganges med den anslåede mængde.«

SKI havde til brug for rammeindkøbsaftalerne udarbejdet skabeloner, som ordregiverne, i dette tilfælde indklagede, skulle anvende. Skabelonerne indeholdt bl.a. udkast til varekurv/tilbudsliste med beskrivelse af de varer, der kan købes på rammeaftalen med tilhørende skabelon til angivelse af tilbudspriser samt en vejledende tekst til brug ved udformingen af miniudbudsmaterialet. I forhold til det excel-ark, der var fremsendt den 14. februar 2014, skete der ved det excel-ark, der blev fremsendt den 21. marts 2014, en ændring i overskriften fra »Kundevejledning...« til »Vejledning til sammensætning af varekurv i forbindelse med indgåelse af en Periodekøbsaftale via miniudbud«. I vejledningen til den offentlige ordregiver var der derefter under overskriften »Periodekøb-sådan gør du«

angivet 4 trin.

Beskrivelsen af Trin 4 i »Kundevejledning...« under det aflyste miniudbud lød:

»Tildeling sker på grundlag af en leverandør der opfylder kriteriet »laveste pris«, beregnet som den samlede pris for varekurven. De vare som du har angivet med et 'X' tæller for 1 stk. prisen.

Såfremt at du har udfyldt forventet mængde på fanen »Volumen pr. Produktgruppe« (kolonne 'E'), lægges priserne for hver enkelt linje pr. produktgruppen fra Fokus- og Variantlisten sammen, divideres med antal linjer og ganges med den anslået mængde.

De andre leverandører skal modtage et afslagsbrev, hvor du begrundet afslaget og oplyser om hvilken leverandør, der har fået ordren.

SKI anbefaler at der holde en Stand still periode på 10 dage efter tildeling / afslag.

Leverandørens tilbud på din varekurv omdøbes nu til Bilag 1b og vedlægges periodekøbsaftalen.

Vær opmærksom på, at de af leverandøren afgivne priser i Bilag 1b nu er faste i hele Periodekøbsaftalens løbetid.

Varer som udgår fra leverandøren eller substitution af varer, skal i Periodekøbsaftalens løbetid foretages i henhold til foreskrift i Bilag C2 pt. 13.2«.

Under det gennemførte miniudbud var følgende afsnit i vejledningen, efter det oplyste utilsigtet, udgået:

»Såfremt at du har udfyldt forventet mængde på fanen »Volumen pr. Produktgruppe« (kolonne 'E'), lægges priserne for hver enkelt linje pr. produktgruppen fra Fokus- og Variantlisten sammen, divideres med antal linjer og ganges med den anslået mængde.«

Indklagede har oplyst, at indklagede i forbindelse med evalueringen justerede priserne fra klageren på enkelte punkter, således at der blev taget højde for, at de 2 tilbudsgivere havde tilbudt visse produkter i forskellige måleenheder.

Evalueringen viste, at tilbuddet fra Creativ Company A/S var 44,3 % billigere end tilbuddet fra klageren.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har givet uklare og indbyrdes modstridende oplysninger om, hvorledes evalueringen ville finde sted. I miniudbudsbetingelserne er det angivet, at priserne for de tilbudte produktlinjer lægges sammen pr. produktgruppe, divideres med antallet af varelinjer og ganges med anslået mængde angivet pr. produktgruppe. Det er efter det oplyste også den fremgangsmåde, indklagede har fulgt. Det er i modstrid hermed, når det af vejledningsteksten til sammensætningen af varekurv er anført, at alle varer markeret med »X« indgik i evalueringen som prisen på 1 styk. Det er afgørende for tilbudsgivernes prissammensætning af tilbuddet, om en pris indgår i evalueringen som en pris på 1 styk i forhold til, hvis stykpriserne lægges sammen på produktgruppeniveau, divideres med antal varelinjer og herefter multipliceres med varierende mængder opgjort på produktgruppeniveau.

Indklagede har gjort gældende, at tilbudsgiverne måtte gå ud fra, at indklagede ville følge den matematiske fremgangsmåde ved tilbudsevalueringen, hvorefter prisen blev lagt sammen pr. produktgruppe, divideret med antal varelinjer i produktgruppen og ganget med anslået mængde for produktgruppen, som var angivet på fanen »Volumen pr. produktgruppe« i bilag 1a, sådan som det også var tilkendegivet vedrørende det aflyste miniudbud. Det gennemførte udbud var identisk med det aflyste. Teksten i vejledningsfanebladet er efter sin ordlyd alene en vejledning fra SKI til ordregiveren, i dette tilfælde indklagede. Teksten kunne have været slettet, uden at dette ville have ændret miniudbudsmaterialet. Teksten skal desuden læses i sammenhæng med miniudbudsmaterialet i sin helhed, herunder fanebladet »Volumen pr. produktgruppe«, og af miniudbudsbetingelsernes punkt 5, fremgår det entydigt, at der ikke er angivet en forventet mængde for hver varelinje, men derimod et forventet forbrug på hver produktgruppe.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det ikke kan udelukkes, at den overtrædelse, der er konstateret ad påstand 1, har haft betydning for tildelingsbeslutningen, som derfor skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstanden til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 10, stk. 1, 2. pkt., skal klagenævnet ikke tage stilling til, hvorvidt den fremgangsmåde ved evaluering af priserne i de 2 tilbud, som indklagede har fastsat i miniudbudsbetingelserne og efter det oplyste også har anvendt, under et udbud med mange varenumre som det foreliggende er egnet til at identificere tilbuddet med den laveste pris. Klagenævnet skal heller ikke tage stilling til, hvorvidt betingelserne for i det hele taget at gennemføre miniudbud var opfyldt i en situation, hvor der kun var 2 leverandører i henhold til rammeaftalen, cfr. herved opgavebeskrivelsens 1. afsnit, 2. pkt.

Klagenævnet skal derimod tage stilling til, hvorvidt det forhold, at indklagede ikke har anført mængder på varelinjeniveau, men alene markeret med »X«, svarende til 1 styk, er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, når det sammenholdes med den beskrivelse af, hvorledes evalueringen ville foregå, som indklagede var fremkommet med. Klagenævnet skal ligeledes tage stilling til, om det forhold, at »Vejledning til sammensætning af varekurv...« ikke indeholdt et tidligere anført afsnit om evalueringen, er egnet til at skabe en sådan usikkerhed om, hvordan priserne ville blive evalueret, at bestemmelsen er overtrådt.

»Vejledning til sammensætning af varekurv...« er efter sin ordlyd rettet fra SKI til ordregiverne, i dette tilfælde indklagede, og indeholder afsnit, der klart ikke er af interesse for tilbudsudformningen. I vejledningen beskrives imidlertid også, hvilken evalueringsmetode ordregiverne skal anvende, og såfremt der måtte være uoverensstemmelse mellem denne beskrivelse og det, der i øvrigt er fastsat om evalueringen, vil der i givet fald kunne foreligge en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet.

Klagenævnet finder, at det forhold, at der ud for hver enkelt varelinje blot er markeret med »X«, er i overensstemmelse med, hvad der på forhånd var tilkendegivet i miniudbudsbetingelsernes punkt 5 sammenholdt med »Vejledning til sammensætning af kundekurv...« om, hvorledes evalueringen ville foregå.

Heller ikke vejledningens formulering kan give anledning til berettiget tvivl om, hvorledes evalueringen ville foregå.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Det følger af det, der er anført ovenfor, at heller ikke denne påstand tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Klageren skal til indklagede betale sagsomkostninger med 8.000 kr.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig