

K E N D E L S E

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

mod

Skive Kommune
(advokat Henrik Holtse, København)

Klagenævnet har den 20. oktober 2014 modtaget en klage fra AV Form A/S.

AV Form A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Skive 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 og supplerende klageskrift med bilag 1 – 12, replik samt svarskrift og duplik om opsættende virkning.

Klagens indhold:

Klageskriftet og det supplerende klageskrift indeholder følgende påstande (klagenævnets rækkefølge):

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, samt udbudsdirektivets artikel 35, stk. 2, ved at undlade at anføre Skanderborg Kommune og de selvejende institutioner, som omtales i udbudsbetingelsernes side 4, som ordregivere i udbudsbekendtgørelsen for det af indklagede gennemførte offentlige udbud.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede ved det af ordregiver gennemførte offentlige udbud har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i udbudsbetingelserne, side 12, at stille krav om, at i) alle tilbudte priser *”...skal være funderet i samme beregningsmodel og skal fremgå som en procentvis afvigelse fra den offentlige tilgængelig prisliste pr. 01.05.2014...”* og at ii) tilbudsgiverne i sit tilbud *”...skal i sit tilbud tage udgangspunkt i den offentlige tilgængelige prisliste gældende pr. 01.05.2014...”*.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke at tillade konkurrence på underkriteriet ”produktsortiment” i forbindelse med det af indklagede gennemførte udbud med forhandling.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke i forbindelse med evalueringen efter underkriteriet ”produktsortiment” at lægge vægt på, om tilbudsgiverne tilbød flere produktkvaliteter af det samme produkt.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at have taget tilbuddet fra Lekolar A/S i betragtning.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 10. oktober 2014 om at tildele rammekontrakten til Lekolar A/S.”

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 100-174486 af 21. maj 2014 udbød Skive Kommune som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) to delrammeaftaler vedrørende levering af henholdsvis legetøj og institutionskøretøjer til Jysk Fællesindkøb.

Denne klagesag vedrører rammeaftalen vedrørende levering af legetøj.

Af udbudsbekendtgørelsens del VI.3), Yderligere oplysninger, fremgår:

”Udbuddet vedrører levering af legetøj ... til indkøbsfællesskabet Jysk Fællesindkøb (JYFI). Udbuddet omfatter følgende kommuner:
Favrskov Kommune
Mariagerfjord Kommune
Rebild Kommune
Skive Kommune
Syddjurs Kommune
Viborg Kommune.”

Af udbudsbetingelsernes pkt. 1.1., Generel beskrivelse af udbuddet, fremgår:

”...
Udbuddet vedrører levering af legetøj ... til følgende kommuner under Jysk Fællesindkøb:

Favrskov Kommune
Mariagerfjord Kommune
Skanderborg Kommune
Skive Kommune
Syddjurs Kommune
Viborg Kommune
Rebild Kommune

...
Udbuddet er gældende for alle forvaltninger, afdelinger og institutioner, der ejes af ordregiver, herunder også selvejende institutioner...”

Tilbudslisten var udformet således, at tilbudsgiveren skulle angive sin pris for hvert enkelt legetøjsprodukt pr. 1. maj 2014 samt en rabatsats på produktgruppen, der skulle være ens for alle produkter i produktgruppen. I tilbudslistens kolonne F var angivet ”estimeret forbrug pr. år”, der blev lagt til grund for beregningen af den samlede tilbudssum.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 2.16 fremgår:

”... Rammeaftalen i udbudsmaterialets kapitel 5 og mindstekravene i kravspecifikationen kapitel 4 anses som grundlæggende elementer, og derudover kan andre dele af udbudsmaterialet også være grundlæggende elementer.

...”

Af udbudsbetingelsernes pkt. 2.20 fremgår, at tildelingskriteriet var ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” med følgende underkriterier og vægtning:

<u>Underkriterier</u>	<u>Vægtning i procent</u>
1. Pris	60 %
2. Produktsortiment	20 %
3. Kvalitet	10 %
4. Funktionalitet	10 %

Om underkriteriet ”Pris” fremgår af udbudsbetingelserne bl.a.:

”Der vil udelukkende blive evalueret på de kravspecificerede produkter på bilag 4 tilbudsliste.

Tilbudsgiver skal afgive sit tilbud ved udfyldelse af bilag 4 tilbudsliste.

...

Alle de tilbudte priser inden for hver produktgruppe skal være funderet i samme beregningsmodel og skal fremgå som en procentvis afvigelse fra den offentlige tilgængelige prisliste pr. 01.05.2014. Rabatsatsen for hver produktgruppe skal være ens for alle produkter i produktgruppen.

...

Rabatsatsen for hver produktgruppe er fast i hele rammeaftaleperioden, og når ordregiver ønsker at købe et produkt, der ikke er oplistet direkte på tilbudslisten, men som naturligt hører ind under en af de oplistede produktgrupper på tilbudslisten skal tilbudsgiver sælge det ønskede produkt til den offentlige tilgængelige pris fratrasket den tilbudte rabatsats for den aktuelle produktgruppe.

...

Det er et krav, at tilbudsgiver giver priser på minimum 95 % af de kravspecificerede produkter på tilbudslisten, samt at der gives tilbud på mindst et produkt pr. produktgruppe. Hvis der fremkommer tilbud, hvor alle de kravspecificerede produkter ikke er tilbudt (kun fra de minimum krævede 95 % opfyldte varelinjer til de 100 %), vil dette blive betragtet som et forbehold. ...

Det er et krav, at tilbudsgiver kan levere minimum 95 % af de kravspecificerede produkter på tilbudslisten i hele rammeaftaleperioden.

Tilbudsgiver skal i sit tilbud tage udgangspunkt i den offentlige tilgængelige prisliste gældende pr. 01.05.2014, og en kopi af denne skal vedlægges tilbuddet. ...”

Om underkriteriet ”Produktsortiment” fremgår af udbudsbetingelserne bl. a.:

”Det er et krav, at de produkter, der listes på bilag 5 Produktsortiment er en del af tilbudsgivers sortiment senest i uge 38 2014, og at produkterne fremgår af tilbudsgivers offentlige tilgængelige prisliste fra dette tidspunkt.

...

Det vægtes positivt, hvis antallet af produkter indenfor en produktgruppe er større end de anførte produkter på bilag 4 tilbudslisten.

Det vægtes ligeledes positivt, hvis der kan tilbydes flere forskellige produktkvaliteter af det samme produkt.”

Ved brev af 22. september 2014 meddelte Skive Kommune tilbudsgiverne, at kommunen efter den afholdte afprøvning havde konstateret, at ingen af de modtagne tilbud overholdt kravene til produkterne på tilbudslisten på samtlige punkter. Som følge heraf aflyste Skive Kommune udbuddet og overgik til udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a. Tilbudsgiverne blev inviteret til at deltage i forhandlingen ved at indsende nyt tilbud på baggrund af det oprindelige udbudsmateriale.

Det fremgik desuden af brevet af 22. september 2014 til AV Form A/S, at tilbuddet fra AV Form A/S havde været ukonditionsmæssigt, fordi 5 produkter nævnt i tilbudslisten enten ikke overholdt dimensionskrav eller krav til antal dele i produktet.

Indklagede anførte, at der efter fremsendelse af det reviderede tilbud ville blive afholdt ”afprøvning” af de nye tilbudte produkter (med henblik på evaluering af underkriterierne ”kvalitet” og ”funktionalitet”).

I brevet af 22. september 2014 anføres herefter:

”Levering af nyt tilbud – skriftligt materiale:

Bilag 4 Tilbudsliste (excel format)
Erklæring”

Brevet var vedlagt ny tilbudsliste og skabelon til erklæring om, hvor der i det reviderede tilbud var foretaget ændringer i forhold til det oprindelige tilbud.

På tilbudslistens forside havde Skive Kommune bl.a. anført følgende om kravene til de tilbudte produkter på tilbudslisten:

”Hvis tilbudsgiver ikke har et produkt i sit sortiment, der lever op til mindstekravene i kravspecifikationen og produktbeskrivelsen (kolonne A-G), kan tilbudsgiver undlade at byde på den enkelte varelinje. Samtidig gælder, at hvis mere end 5% af varelinjerne i tilbudslisten ikke er udfyldt, samt at der ikke mindst er tilbudt et produkt pr. produktgruppe, betragtes tilbuddet som værende ukonditionsmæssigt.

...

Kolonne A-G Beskrivelse og krav til produktet. Der må ikke ændres i indhold eller opsætning.

Kolonne E De anførte mål/størrelser må afvige med +/- 10%.”

Af tilbudslisten fremgik desuden:

”Ved afgivelse af tilbud bekræfter tilbudsgiver sin overholdelse af minimumskrav til den enkelte varelinje”

AV Form A/S fremsendte ligeledes den 22. september 2014 følgende spørgsmål til Skive Kommune:

”Jeg har enkelt spørgsmål til det fremsendte materiale.

1. Ønskes der indsendt en komplet udfyldt bilag 4 tilbudsliste og ikke kun ændringerne ?
2. Må der bydes ind med andre produkter og anden rabatstruktur end i det første tilbud ?”

Skive Kommune besvarede spørgsmålet ved rettelsesblad af 26. september 2014 således:

”

<u>Nr.</u>	<u>Henvisning</u>	<u>Spørgsmål</u>	<u>Svar</u>
2	Bilag 4 Tilbudsliste	Må der bydes ind med andre produkter og anden rabatstruktur end i det første tilbud?	Tilbudsgiver må gerne tilbyde andre produkter, som opfylder krav i kravspecifikationen og krav til produkter i bilag 4 Tilbudsliste 22.09.2014. Såfremt Tilbudsgiver vælger at tilbyde andre produkter på de linjer i tilbudslisten, som er markeret med gult, skal tilbudsgiver sende nye vareprøver til afprøvning. Tilbudsgiver må gerne tilbyde en anden rabatsats i % på produktgrupperne end i det oprindelige tilbud.

”

Ved brev af 10. oktober 2014 meddelte Skive Kommune AV Form A/S, at Skive Kommune agtede at tildele rammeaftalen til Lekolar A/S. I brevet redegjorde kommunen for udfaldet af evalueringen af AV Form A/S' tilbud set i forhold til Lekolar A/S' tilbud.

AV Form A/S har som led i klagesagen opnået delvis aktindsigt i tilbuddet fra Lekolar A/S. AV Form A/S har herefter udarbejdet følgende oversigt over, på hvilke punkter tilbuddet fra Lekolar A/S ikke er konditionsmæssigt:

<u>Pos. nr. i tilbudslisten (bilag 11) samt produktkataloget (bilag 12)</u>	<u>Produktkrav, jf. tilbudslisten</u>	<u>Lekolars varenummer</u>	<u>Afvigelse i Lekolars tilbud</u>
13 og bilag 12 (side 1)	Dukkehus i 2 etager	45103	Dukkehuset fra Lekolar har kun én etage.
15 og bilag 12 (side 2)	Ranglesæt, 7-9 cm	45102	Lekolars rangler er ca. 12 cm. Afvigelse på mere end +/- 10%.
25 og bilag 12 (side 3)	Kuglebane, fra 1 år og	12513	Lekolars kuglebane er fra 3 år og opefter.

	opefter		
176 og bilag 12 (side 4)	Legetæppe, skridsikkert	14168	Lekolars tæppe er ikke skridsikkert.
403 og bilag 12 (side 5)	Kanalsystem i 20-30 dele	17345	Lekolar leverer sæt med 42 dele. Afvigelse på me- re end +/- 10%.
421 og bilag 12 (side 6)	Børneskovl 85-95 cm	32112	Lekolars skovl er 70 cm. Afvigelse på mere end +/- 10%.

Parternes anbringender

Ad påstand 5-6

AV Form A/S har gjort gældende, at overholdelse af kravene til det tilbudte i tilbudslistens beskrivelse af hver enkelt produkt efter udbudsbetingelserne udgør mindstekrav. Det er klart angivet, at kolonne A-G er ufravigelige mindstekrav, og at tilbudsgiverne alene havde mulighed for at fravige mål/størrelser på produkterne med +/- 10 %. Skive Kommune har også under det nu aflyste offentlige udbud handlet i overensstemmelse hermed. Kommunen overgik således til udbud med forhandling under henvisning til, at ingen af de indkomne tilbud overholdt kravene til produkterne på tilbudslisten på samtlige punkter, og tilbuddet fra AV Form A/S blev anset for ukonditionsmæssigt, fordi 5 produkter nævnt i tilbudslisten enten ikke overholdt dimensionskrav eller krav til antal dele i produktet. Endelig har kommunen i udbudsbetingelserne krævet, at tilbudsgiverne enten gav adgang til elektronisk prisliste eller vedlagde trykt varekatalog. Det må antages, at dette krav skyldtes ønsket om at kunne kontrollere, at de tilbudte produkter konkret overholdt kravspecifikationen.

Da tilbuddet fra Lekolar A/S på de punkter, som AV Form A/S har opregnet, ikke overholder mindstekravene, skal tildelingsbeslutningen annulleres.

Skive Kommune har gjort gældende, at tilbudsgiverne ved at afgive tilbud har angivet at opfylde alle krav, idet det på tilbudslisten er anført: ”Ved afgivelse af tilbud bekræfter tilbudsgiver sin overholdelse af minimumskrav til den enkelte varelinje.” Der har ikke været forhold i tilbuddet fra Lekolar

A/S, som gav kommunen anledning til at tvivle på, at tilbuddet var konditionsmæssigt. Da det offentlige udbud blev aflyst, skete det udelukkende efter afprøvning af de indleverede vareprøver. Af de varer, som AV Form A/S har opregnet i tilbuddet fra Lekolar A/S, var det alene legetæppet, som der skulle indleveres vareprøve for. Brugergruppen har under den grundige evaluering vurderet, at det legetæppe, som Lekolar A/S tilbød, var skridsikkert. En ordregiver er ikke forpligtet til at foretage nærmere undersøgelser af, om et tilbud opfylder alle krav, hvis tilbudsgiveren har indestået herfor, og der ikke i tilbuddet er åbenlyse forhold, der giver anledning til tvivl. Der er ikke dokumentation for, at Lekolar A/S ikke vil levere varer, der opfylder kravene, hvilket Lekolar A/S er forpligtet til.

Skive Kommune var derfor berettiget til at tage tilbuddet fra Lekolar A/S i betragtning og – da det var det økonomisk mest fordelagtige tilbud – at tildele denne tilbudsgiver kontrakten.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

»Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.«

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 ad påstand 5-6, at Skive Kommune "efter afprøvning" aflyste det offentlige udbud med den begrundelse, at ingen af de modtagne tilbud overholdt kravene til produkterne på tilbudslisten på samtlige punkter. Under det udbud med forhandling, der herefter fulgte, var tilbudsgiverne alene forpligtede til at indsende vareprøver, såfremt der blev tilbudt andet end det, der var tilbudt under det offentlige udbud. På den baggrund må kommunen antages at have undersøgt, om de tilbud, der var blevet afgivet under det offentlige udbud – med de præcist angivne undtagelser, som fulgte for hver enkelt tilbudsgivers vedkommende - var konditions-mæssige. Kommunen, der havde krævet, at tilbudsgiverne vedlagde tilbuddet deres offentligt tilgængelige prisliste pr. 1. maj 2014 (varakataloget) og afgav tilbud i overensstemmelse hermed, havde også reel mulighed for at foretage afprøvningen.

Tilbuddet fra Lekolar A/S opfylder ubestridt for så vidt angår 5 varelinjer ikke de fastsatte mindstekrav og er derfor ukonditions-mæssigt.

Uanset, at en ordregiver som udgangspunkt ellers ikke er forpligtet til uden nærmere anledning at undersøge, om det tilbudte lever op til samtlige stillede krav, er der herefter på det foreliggende foreløbige grundlag udsigt til, at klagenævnet vil tage påstand 5 og dermed allerede af den grund tillige påstand 6 om annullation af tildelingsbeslutningen til følge.

Det bemærkes, at det følger af Højesterets dom af 15. juni 2012, Montanisen GmbH mod Kystdirektoratet, offentliggjort i U 2012.2952H, at Skive Kommune ikke lovligt vil kunne indgå kontrakt med Lekolar A/S.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at det efter de foreliggende oplysninger ikke kan antages, at erstatning – hvis

betingelserne herfor er opfyldt – ikke vil kunne kompensere AV Form A/S for det tab, som selskabet muligt vil lide, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, og Skive Kommune herefter indgår kontrakt, hvorefter det efterfølgende konstateres, at der er begået overtrædelser som angivet i påstandene.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig