

K E N D E L S E

Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V.
(advokat Asser Rung-Hansen, København)

mod

Vejdirektoratet
(kammeradvokaten v/ advokat Jens Bødtcher-Hansen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 094-164445 af 13. maj 2014 udbød Vejdirektoratet (indklagede) som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) 25 delaftaler om levering af vejsalt og lignende ydelser til Vejdirektoratet og 6 kommuner for perioden 1. august 2014 til 30. april 2016. Tildelingskriteriet var »laveste pris«.

Ved e-mail af 18. juli 2014 meddelte indklagede Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V., at virksomhedens tilbud ikke var optaget til vurdering, idet tilbuddet var anset for ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet har den 28. juli 2014 modtaget en klage fra Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. (klageren) over udbuddet. Klagen angår alene delaftalerne 1-19.

Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte at tillægge klagen opsættende virkning. Den 26. august 2014 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet begrundede afgørelsen med, at betingelsen om »uopsættelighed« ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klagens indhold:

Klageren har nedlagt følgende påstande:

»Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at gøre Vejdirektoratets Særlige Betingelser for Rådgivning (SBR), juni 2013 tilgængelige for tilbudsgiverne, på trods af at disse ifølge Bestemmelser om udbud og tilbud (BUT) punkt 5.2 indgår som en del af udbudsmaterialet, og på trods af at indklagede har valgt at benytte sig af muligheden for at gøre udbudsbetingelserne og et hvert supplerende dokument tilgængeligt elektronisk, jf. udbudsdirektivets artikel 38, stk. 6.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved for det første at udstede 8 rettelsesblade, hvoraf det ikke klart fremgår i hvilket omfang de enkelte indeholdte spørgsmål/svar giver anledning til rettelser af udbudsmaterialet, og hvoraf flere tilsyneladende slet ikke indeholder rettelser, ved for det andet at overlade det til tilbudsgiverne at tage stilling til, hvilke rettelsesblade der skulle anføres i tilbudslstens (TBL) punkt 1, og ved for det tredje i forbindelse med klagers henvendelse om vanskeligheden ved at anføre det/de sidste rettelsesblade i TBL ikke klart at oplyse, at hvert eneste rettelsesblad skulle oplistes særskilt i TBL af tilbudsgiverne.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 38 ved for det første at have afkortet fristen for afgivelse af tilbud i henhold til artikel 38, stk. 6, selv om Vejdirektoratets Særlige Betingelser for Rådgivning (SBR), juni 2013, som indgik som en del af udbudsmaterialet, ikke er blevet gjort tilgængeligt for tilbudsgiverne elektronisk, ved for det andet ikke at gøre Vejdirektoratets Særlige Betingelser for Rådgivning (SBR), juni 2013 tilgængelige for tilbudsgiverne og i den forbindelse forlænge fristen for afgivelse af tilbud behørigt, ved for det tredje ikke at forlænge fristen for afgivelse af tilbud behørigt i forbindelse med tilgængeliggørelse af rettelsesbladene, som ifølge indklagede alle indeholdt ændringer af grundlæggende elementer i udbuddet og ved for det fjerde i forbindelse med fristforlængelsen i berigtigende udbudsbekendtgørelse af 23. juni 2014 ikke at tage behørig højde for sommerferieperioden.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, og 38, stk. 7, ved at tilgængeliggøre rettelsesblad nr. 8 mindre end 6 dage inden udløbet af fristen for modtagelse af tilbud uden at forlænge tidsfristen for afgivelse af tilbud.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at acceptere tilbud fra Azelis Denmark A/S, på trods af at denne tilbudsgiver har undladt 1) at anføre rettelsesblad nr. 8 og 2) at anføre »ingen« under »4. Forbehold« i sit tilbud, samtidig med at klagers tilbud er fundet ukonditionsmæssigt bl.a. med henvisning til manglende anførelse af rettelsesblad nr. 8.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede er forpligtet, subsidiært berettiget, til at tage klagers tilbud i betragtning, og herunder at søge eventuel tvivl om klagers tilbuds forhold til rettelsesbladene afklaret ved spørgsmål til klager.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal annullere indklagedes beslutning af 15. juli 2014 om at erklære klagers tilbud for ukonditionsmæssigt og at indgå kontrakt med andre tilbudsgivere.

Påstand 9

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at gøre Vejdirektoratets Særlige Betingelser for Rådgivning (SBR), juni 2013 til en del af udbuds- og kontraktgrundlaget, uden nærmere at angive formålet hermed og konsekvensen heraf.«

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har påstået, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

I udbudsbekendtgørelsen var der fastsat frist til den 23. juni 2014 kl. 12.00 for afgivelse af tilbud.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår bl.a.:

»Del I: Ordregivende myndighed

I.1) Navn, adresser og kontaktpunkt(er)

Vejdirektoratet

...

Mailadresse: ckk@vd.dk

Internetadresse(r):

Overordnet internetadresse for den ordregivende myndighed:
www.vd.dk.

Internetadresse for køberprofil: <http://vejdirektoratet.dk/da/vejsektor/leverandoerportal/sider/aktuelleudbud.aspx>

Yderligere oplysninger fås her: Det/De ovennævnte kontaktpunkt(er)

Specifikationer og yderligere dokumenter (herunder dokumenter vedrørende den konkurrenceprægede dialog og et dynamisk indkøbssystem) fås her: Det/De ovennævnte kontaktpunkt(er)

...

Del VI: Supplerende oplysninger

...

VI.3) Yderligere oplysninger

Ad IV.2.1): Kriterium for tildeling er »Laveste pris«.

For leverancen: »Løst Vejsalt« kan der maksimalt overdrages 10 leveringsaftaler. De 10 leveringsaftaler vil i givet fald udvælges ud fra, hvor afstand i tilbudssum til næstlaveste bud er størst, således at udbyder opnår den laveste pris – set samlet – for disse leverancer.«

Interesserede tilbudsgivere kunne på indklagedes hjemmeside via linket: <http://vejdirektoratet.dk/da/vejsektor/leverandoerportal/sider/aktuelleudbud.aspx> få adgang til de for udbuddet relevante dokumenter. De enkelte dokumenter kunne som udgangspunkt åbnes ved at klikke på dem.

Af udbudsbetingelsernes »Bestemmelser om udbud og tilbud (BUT)« fremgår bl.a.:

»5.2 Udbudsmateriale

Udbudsmaterialet omfatter:

- Udbudsbekendtgørelsen
- Nærværende BUT
- Eventuelle rettelsesblade og spørgsmål/svar offentliggjort i tilbudsfasen
- Kravs- og ydelsesspecifikationer (KYS)
- Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG)
- Vejdirektoratets Særlige betingelser for Rådgivning (SBR), juni 2013

- Leverandørens tilbud inkl. Tilbudslist (TBL)
- Paradigme til leveringsaftaler.

...

7.3 Forbehold

...

Opmærksomheden henledes på, at udbyder er forpligtet til at afvise tilbud, der indeholder forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, og at udbyder er berettiget til at afvise tilbud, der indeholder forbehold over for ikke-grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Forbehold over for ikke-grundlæggende elementer i udbudsmaterialet vil blive kapitaliseret, såfremt det er muligt, idet der benyttes en konservativ kapitalisering. Såfremt forbeholdene ikke kan kapitaliseres, vil tilbuddet blive afvist.

Tilbudsgiverne opfordres derfor til at søge eventuelle uklarheder og usikkerheder i udbudsmaterialet afklaret ved at stille spørgsmål i tilbudsfasen, således at forbehold i videst muligt omfang undgås.

...

8 Dokumenter der skal vedlægges tilbuddet.

Følgende dokumenter skal vedlægges tilbuddet:

- Tilbudsliste i udfyldt og underskrevet stand.
- Dokumentation, i form af en referenceliste for de seneste 3 år, med oplysning om køber, år for levering og mængde, samt kontaktperson, for tidligere levering af løst vejsalt, når denne leverance tilbydes.«

Dokumentet Vejdirektoratets Særlige betingelser for Rådgivning (SBR), juni 2013 (i det følgende kaldet SBR), omtalt i BUT punkt 5.2 er ikke direkte anført på linket med udbudsdokumenterne. Heraf fremgår en linje med teksten »Særlige betingelser og beskrivelser (SBB)«, som ikke kunne åbnes ved at klikke på det.

Indklagede har oplyst, at SBR kunne hentes ved at skifte faneblad øverst på den internetside, som linket i udbudsbekendtgørelsen henviste til, fra faneblad »AKTUELLE UDBUD« til »RETNINGSLINER OG PARADIGMAER«, hvor dokumentet var nævnt under »Indkøb« i mappen »udbud og kontrahering«. Skrev man SBR i søgefeltet øverst på internetsiden, kom man

direkte til den internetside på Vejdirektoratets hjemmeside, hvor SBR kunne hentes.

Klageren har bestridt, at SBR har været tilgængelig som beskrevet af indklagede. Klageren har fremlagt skærmpoint af indklagedes hjemmeside til illustration heraf.

Af dokumentet »Leverandørens tilbud inkl. Tilbudslister (TBL)« fremgår bl.a.:

»1. Grundlag for tilbud

Tilbuddet er baseret på følgende dokumenter med bilag:

Udbudsmateriale, jf. BUT, afsnit "5.2 Udbudsmateriale".

Rettelsesblade udsendt i tilbudsfasen:

Nummer: Dato:.....

Nummer: Dato:.....

Nummer: Dato:.....

...

4. Forbehold

Til tilbuddet er knyttet følgende forbehold og forudsætninger (evt. opdelt på ydelser)

.....

Hvis der ikke er knyttet noget forbehold eller nogen forudsætninger til tilbuddet skrives: Ingen
--

«

Af dokumentet »Paradigme til aftale vedrørende levering af løst vejsalt« fremgår bl.a.:

»3. Aftalegrundlaget

Aftalegrundlag er i prioriteret rækkefølge:

- a) Nærværende aftale
- b) Leverandørens tilbud inkl. tilbudslister (TBL)
- c) Eventuelle rettelsesblade udsendt i tilbudsfasen
- d) Kravs- og ydelsesspecifikation (KYS)

- e) Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG)
- f) Særlige betingelser for rådgivning (SBR)

...

10. Bilagsoversigt

Nedennævnte bilag udgør en integreret del af aftalen:

Bilag:

- 1) Eventuelle rettelsesblade udsendt i tilbudsfasen
- 2) Kravs- og ydelsesspecifikationer (KYS)
- 3) Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG)
- 4) Særlige Betingelser for Rådgivning (SBR)
- 5) Leverandørens tilbud inkl. tilbudsliste (TBL)
- 6) Leverandørens sikkerhedsstillelse«

Af dokumentet »Kravs- og ydelsesspecifikation (KYS)« fremgår omkring udvidet kvalitetskontrol bl.a.:

»3.1.6 Prøveudtagning

Prøver til »Normalkontrol«:

Prøver udtages af leverandøren i ordregivers salthaller. Der udtages mindst en prøve pr. leveret 300 ton til kørebaner og mindst en prøve pr. leveret 100 ton til blandeanlæg.

Prøver udtages i henhold til DS/EN 932. Hver prøve skal være på mindst 3 kg. Hver prøve deles i 2 dele på mindst 1,5 kg.

Prøverne pakkes straks i rene vanddamptætte plastikposer/-bøtter og registreres med nr. og tilhørende oplysninger om udtningsdato, -sted og -person samt kontrolafsnittets samlede mængde, således at der er sporbarhed vedrørende hvilken salthal der indgår i hvilken prøve.

Den ene prøvedel deponeres i en dertil mærket kasse i salthallen. Der senes samtidig en email til købers kontaktperson med oplysning om prøve nr., sted, dato og person.

Den anden prøvedel er til leverandørens egenkontrol.

Prøver til »Udvidet kontrol«:

Leverandøren skal på købers anmodning udføre "Udvidet kontrol".

Prøver udtages i henhold til DS/EN 932. Hver prøve skal være på mindst 3 kg.

Prøver udtages af det godkendte laboratorium eller af ordregiver og leverandør i fællesskab i ordregivers salthaller.

Der udtages mindst en prøve pr. salthal. Hver prøve deles i 2 dele på mindst 1,5 kg, hvoraf den ene udleveres til ordregiver, medens den anden overdrages til leverandørens laboratorium.

Prøverne pakkes straks i rene vanddamp-tætte plastikposer og i spande og registreres med nr. og tilhørende oplysninger om udtagningsdato, -sted og -person samt kontrolafsnittets samlede mængde.

De udtagne prøver sammensættes til det krævede antal prøver, idet der skal være sporbarhed vedrørende hvilken salthal der indgår i hvilken prøve.

...

3.1.9 Dokumentation - »Udvidet kontrol«

Leverandøren skal - på købers anmodning - udføre »Udvidet kontrol«, ved at fremsende en fuld analyse af det leverede materiale og fremsende en udfyldt »Prøvningsrapport« som anført i Bilag 3.

Analysen skal udføres af et akkrediteret laboratorium. Såfremt analysen er i overensstemmelse med normalkontrollen, og kravene er opfyldte, betales analysen af køber. I modsat fald betales analysen af leverandøren.«

Dokumentet SBR angår rådgivningsydelser. Dokumentet indeholder bestemmelser om en række forhold, som er reguleret i »Paradigme til aftale vedrørende levering af løst vejsalt« samt »Kravs- og ydelsesspecifikation (KYS)«, men tillige krav som ikke genfindes i de øvrige udbudsbetingelser.

I perioden frem til den ordinære tilbudsfrist den 23. juni 2014 modtog indklagede spørgsmål ad 5 omgange. Bortset fra det første spørgsmål, som ikke gav anledning til en rettelse, blev spørgsmål/svar samt de rettelser, som de gav anledning til, indarbejdet i 4 rettelsesblade, som løbende blev offentliggjort på hjemmesiden.

Rettelsesblad 1 og 2 blev begge offentliggjort mere end 6 dage før den ordinære tilbudsfrist. Rettelsesblad 3 og 4 blev offentliggjort henholdsvis 5 og 4 dage før den ordinære tilbudsfrists udløb.

Rettelsesblad 4 indeholdt indholdsmæssige rettelser i forhold til udbudsmaterialet, hvorfor indklagede ved bekendtgørelse om supplerende oplysninger af 20. juni 2014 forlængede fristen for afgivelse af tilbud til den 4. juli 2014, kl. 12.00.

I perioden efter meddelelsen om fristforlængelse og frem til den 4. juli 2014 udsendte indklagede 4 yderligere rettelsesblade. Det sidste rettelsesblad, rettelsesblad 8, blev offentliggjort senere end 6 dage før tilbudsfristens udløb.

Rettelsesblad 1 af 11. juni 2014, indeholdt en ændring af Krav- og ydelses-specifikationen (KYS) i relation til minimumsleverancernes størrelse pr. gang.

Rettelsesblad 2 af 17. juni 2014, indeholdt besvarelse af en række spørgsmål vedrørende bl.a. muligheden for at ændre ved fordelingen af kontroller og ansvar i forhold til prøvetagning og antallet af delaftaler. Rettelsesbladet indeholdt bl.a. følgende spørgsmål fra klageren:

»Generelt lægger udbyder en masse administrative opgaver og kontroller og ansvar, over på leverandørerne, vil udbyder venligst genoverveje dette, især 3.1.6 - prøveudtagning?«.

Indklagede besvarede spørgsmålet med, at omfanget af prøver blev fastholdt. Rettelsesbladet indeholdt desuden en mindre rettelse i »Paradigmet til aftale for løst vejsalt« og en mindre rettelse i KYS vedrørende pligt til varsel af leveringstidspunktet.

Rettelsesblad 3 af 18. juni 2014 indeholdt en række spørgsmål/svar, men ikke egentlige ændringer eller tilføjelser til udbudsmaterialet.

Rettelsesblad 4 af 19. juni 2014 orienterede om forlængelse af tilbudsfristen. Rettelsesbladet indeholdt desuden en tilføjelse til KYS om arbejdsklausuler, børnearbejde og indkøb fra områder med uafklaret folkeretlig status m.v.

Rettelsesblad 5 af 23. juni 2014, rettelsesblad 6 af 25. juni 2014 og rettelsesblad 7 af 27. juni 2014 indeholdt hver et spørgsmål/svar, men ikke egentlige ændringer eller tilføjelser til udbudsmaterialet.

Rettelsesblad 8 af 30. juni 2014, offentliggjort 4 dage før tilbudsfristens udløb, indeholdt spørgsmål/svar vedrørende ændringen i rettelsesblad 4, men ingen ændringer til udbudsmaterialet, idet indklagede, ligesom det var sket i

forbindelse med spørgsmålene i rettelsesblad 5 og 6, fastholdt ændringen i rettelsesblad 4.

På grund af ferieafholdelse hos klageren afsendte klageren sit tilbud til indklagede den 27. juni 2014. I fremsendelsesskrivelsen anførte klageren bl.a.:

»Akzo Nobel ønsker at bruge eget laboratorium i Mariager til evt. kontrol af leverancer. Laboratoriet er specialiseret indenfor analyser af salt og ISO certificeret«.

Af det vedlagte tilbud fremgår bl.a.:

»1. Grundlag for tilbud

Tilbuddet er baseret på følgende dokumenter med bilag:

Udbudsmateriale, jf. BUT, afsnit "5.2 Udbudsmateriale".

Rettelsesblade udsendt i tilbudsfasen:

Nummer: Rettelsesblad 7 Dato: 27.6.2014

Nummer: Dato:.....

Nummer: Dato:.....

...

4. Forbehold

Til tilbuddet er knyttet følgende forbehold og forudsætninger (evt. opdelt på ydelser)

.....

Hvis der ikke er knyttet noget forbehold eller nogen forudsætninger til tilbuddet skrives: Ingen
--

«

I en e-mail af 27. juni 2014 kl. 13.33 fra klageren til indklagede er det anført:

»...

Jeg kan af gode grunde, ikke anføre de/det sidste rettelsesblade, da jeg fysisk indleverer vore bud i dag.

...«

Klageren modtog pr. e-mail af 18. juli 2014 et orienteringsbrev dateret den 15. juli 2014 fra indklagede. Det fremgår heraf, at indklagede rettidigt havde modtaget 5 tilbud, hvoraf 4 indgik i vurderingen af, hvem aftalerne skulle tildeles. Af brevet fremgår videre:

»Deres tilbud optages ikke til vurdering, da det fremgår af det fremsendte tilbud, at tilbuddet er baseret på udbudsmaterialet jf. BUT, afsnit 5.2 Udbudsmateriale samt rettelsesblad 7. Det fremgår således ikke, at tilbuddet er baseret på rettelsesblad 1, 2, 3, 4, 5, 6 og 8. De nævnte rettelsesblade indeholder væsentlige ændringer af udbudsbetingelserne, og vi må derfor anse den manglende anførelse af rettelsesblad 1, 2, 3, 4, 5, 6 og 8 som værende et forbehold mod grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Som det fremgår af afsnit 7.4 i BUT, så er udbyder er forpligtet til at afvise tilbud, der indeholder forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, mens udbyder er berettiget til at afvise tilbud, der indeholder forbehold overfor ikke-grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Derudover fremgår det af tilbuddet, at i ønsker at bruge eget laboratorium til evt. kontrol af leverancer. Det fremgår af udbudsmaterialet, at kontrol skal udføres af et akkrediteret laboratorium, ligesom der har været stillet flere spørgsmål omkring prøvninger inden tilbudsfristen.«

Brevet indeholdt endvidere en redegørelse for den af indklagede foretagne evaluering af øvrige tilbud, herunder hvem de enkelte delaftaler påtænkte tildelt, og hvilken pris der var tilbudt på de enkelte delaftaler.

Det kan i forhold hertil konstateres, at klageren havde afgivet tilbuddet med den laveste pris på delaftale 1, 2 og 7, og at klageren havde næstlaveste pris på en række yderligere delaftaler.

Af bilagene til brevet fremgår endelig, at en anden tilbudsgiver, Azelis Denmark A/S, i sit tilbud ikke specifikt havde anført rettelsesblad nr. 8, men de 7 øvrige rettelsesblade. Dette havde indklagede anset som et forbehold, der dog blev blevet kapitaliseret til 0 kr. da rettelsesblad 8 ikke indeholdt ændringer eller tilføjelser til udbudsbetingelserne.

Hverken Azelis Denmark A/S eller klageren havde anført, om deres tilbud indeholdt forbehold.

I anledning af nogle spørgsmål fra klageren til indklagede afholdt parterne et møde den 22. juli 2014. I forlængelse heraf fremsendte klageren den 24. juli 2014 en e-mail til indklagede, hvori klageren bl.a. anførte:

»Jeg skal i den forbindelse præcisere, at Akzo Nobel ikke har nogen forbehold i relation til nogen af rettelsesbladene, og jeg vedhæfter for god ordens skyld vores tilbud i en version, hvor alle rettelsesbladene er oplistet, men hvor der i øvrigt ikke er foretaget ændringer i tilbuddet«

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 9

Klageren har overordnet gjort gældende, at når indklagede har valgt at benytte sig af muligheden for at gøre udbudsmaterialet tilgængeligt elektronisk, jf. udbudsdirektivets artikel 38, stk. 6, er indklagede forpligtet til at gøre det fulde udbudsmateriale tilgængeligt elektronisk, uden at tilbudsgiverne særskilt skal efterspørge dette eller enkelte elementer heraf.

Det forhold, at SBR angiveligt har været elektronisk tilgængeligt et andet sted på indklagedes hjemmeside end angivet i udbudsbekendtgørelsen, kan ikke føre til, at betingelserne i artikel 38, stk. 6, anses for opfyldt.

Det er uklart, hvad formålet med at inddrage SBR i udbuds- og kontraktgrundlaget har været, men det fremstår ikke som indlysende, at der er tale om en fejl, navnlig ikke da dokumentet er angivet såvel i BUT punkt 5.2 som i paradigmer til aftaler punkt 3 og 10. Det påhviler ikke klageren at redegøre for relevansen af SBR i forhold til tilbuddet.

Det må anses for at være i strid med princippet om gennemsigtighed dels at gøre SBR til en del af udbuds- og kontraktgrundlaget uden nærmere at angive formålet hermed og hvilke nærmere bestemmelser, der i givet fald skal gælde, dels efter tilbudsafgivelsen blot at frafalde pågældende vilkår.

Indklagede har overordnet gjort gældende, at SBR var gjort elektronisk tilgængelig på Leverandørportalen på indklagedes hjemmeside.

Hvis klagenævnet måtte finde, at adgangen ikke levede op til kravet i artikel 38, stk. 6, om fri, direkte og fuld adgang, har indklagede gjort gældende, at

det ikke havde nogen konkret betydning for tilbudsafgivelsen. SBR er permanent uploadet på indklagedes hjemmeside, og klageren kunne derfor ved en simpel søgning nemt have fundet SBR og gjort sig bekendt med indholdet. Det gjorde klageren ikke, ligesom klageren ikke på noget tidspunkt i udbudsprocessen spurgte ind til, hvor SBR kunne findes, herunder om det var muligt at få SBR tilsendt. Når klageren ikke gjorde dette, skyldes det formentlig, at klageren, med rette, havde den opfattelse, at SBR kun havde mindre relevans for tilbuddets udformning. Der var da heller ikke andre, der efterspurgte SBR. Det hænger formentlig sammen med, at det konkrete udbud udelukkende vedrørte en vareleverance, og at langt hovedparten af den regulering, som følger af SBR, derfor slet ikke aktualiseres i forholdet mellem indklagede og den vindende tilbudsgiver. SBR har derfor meget begrænset betydning. At SBR kun var mindre relevant, er dog ikke det samme som, at SBR slet ingen relevans har.

Efter fristforlængelsen blev fristen for tilbudsafgivelse endvidere de facto 52 dage, som er minimumsfristen i udbud, hvor materialet ikke er gjort elektronisk tilgængelig, jf. udbudsdirektivet art. 38, stk. 2. Vejdirektoratets almindelige praksis ved anmodninger om supplerende oplysninger og dokumenter er enten at fremsende materialet til den, der har anmodet om det, under iagttagelse af fristen i artikel 39, stk. 1, i udbudsdirektivet, eller at bistå den pågældende med hjælp til at finde materialet på Vejdirektoratets hjemmeside. Ingen af tilbudsgiverne, herunder klageren, har anmodet om at få tilsendt SBR.

Ad påstand 2

Klageren har overordnet gjort gældende, at indklagedes brug af rettelsesblade gav anledning til betydelig uklarhed. Indklagede har i sit brev af 15. juli 2014 givet udtryk for, at alle rettelsesbladene 1-6 og 8 indeholder væsentlige ændringer af udbudsbetingelserne. Det er vanskeligt at finde sådanne væsentlige ændringer i hvert enkelt af rettelsesbladene 1-6 og 8, men der må naturligvis være en formodning for, at hvert enkelt rettelsesblad faktisk indebærer en rettelse – ellers ville det have været naturligt at betegne rettelsesbladene som »spørgsmål/svar«-dokumenter i lighed med »Spørgsmål og svar 1«.

Det bidrager til denne uklarhed, at indklagede i TBL har overladt det til tilbudsgiverne at identificere de rettelsesblade, som tilbuddet skal være base-

ret på. Når indklagede udarbejder rettelsesblade, som ikke indeholder rettelser, opstår der også naturligt tvivl om, hvorvidt pågældende rettelsesblade bør angives under punkt 1 »Grundlag for tilbud« i tilbuddet. Tilbudsgiverne kan således komme i tvivl om, hvorvidt de bør anføre et rettelsesblad, som indeholder et spørgsmål til udbudsgrundlaget, som besvares med, at indklagede ikke finder anledning til at ændre eksempelvis et krav i KYS. Hvis tilbudsgiver anførte et sådant rettelsesblad, ville indklagede måske netop have opfattet dette som et forbehold i relation til det stillede spørgsmål.

Effekten af uklarheden blev forværret af, at indklagede ikke i forbindelse med sine mange rettelsesblade fastsatte en væsentlig udsættelse af fristen for afgivelse af tilbud, som tog højde for sommerferieperioden, men at indklagede tværtimod mindre end 6 dage før tilbudsfristen har udfærdiget yderligere et rettelsesblad.

Indklagede har vedrørende første led i påstanden gjort gældende, at der i udbudsreglerne hverken er fastsat formkrav for håndtering af spørgsmål/svar eller for rettelser. Rammerne for håndtering af spørgsmål/svar og rettelser findes derfor først og fremmest i ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2. Indklagede behandlede spørgsmål og svar samt tekstrettelser til udbudsmaterialet samlet i dokumenter med titlen »Rettelsesblad«. Det var heri let og overskueligt for tilbudsgiver at se, hvad der var spørgsmål, og hvad der var svar, samt hvilke der gav anledning til ændringer i og tilføjelser til udbudsmaterialet.

Vedrørende andet led i påstand 2 har indklagede gjort gældende, at man ved udarbejdelsen af TBL af gode grunde ikke kendte til omfanget af rettelsesblade, som ville fremkomme i tilbudsfasen. Indklagede valgte derfor en løsning, hvor tilbudsgiveren selv udfyldte oplysninger om de enkelte rettelsesblade. Dette var også en måde, hvormed indklagede kunne sikre sig, at tilbudsgiveren havde orienteret sig i de enkelte rettelsesblade. Ved angivelse af tre forud trykte felter til udfyldelse i TBL pkt. 1 med angivelse af nummer og dato til udfyldelse for det enkelte rettelsesblad var det tydeliggjort, at samtlige rettelsesblade skulle påføres. De fire øvrige tilbudsgivere havde da også i deres tilbud anført hvert enkelt af rettelsesbladene. Hvis et rettelsesblad ikke var angivet, måtte det derfor tages som udtryk for, at tilbudsgiver ønskede at tage forbehold overfor de præciseringer/rettelser, der fremgik af rettelsesbladet.

Vedrørende tredje led i påstand 2 har indklagede gjort gældende, at det var klart, at TBL pkt. 1 skulle udfyldes med hvert enkelt af rettelsesbladene. Det kunne derfor ikke påhvile indklagede at instruere om, hvordan punktet skulle udfyldes. Det forekommer usandsynligt, at indklagede skulle have instrueret/bekræftet, at alene angivelse af rettelsesblad 7 skulle være tilstrækkelig.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede har begået en klar overtrædelse af udbudsdirektivets artikel 38 ved at afkorte fristen for afgivelse af tilbud i henhold til artikel 38, stk. 6, uden at gøre SBR, som indgik som en del af udbudsmaterialet, tilgængeligt elektronisk. Da SBR ikke var gjort elektronisk tilgængeligt, var indklagede uberettiget til at afslutte tilbudsfasen og træffe afgørelse om tildeling. Udsættelsen til den 4. juli 2014 må anses for utilstrækkelig, når det tages i betragtning, at fristen i forvejen uberettiget var afkortet i medfør af artikel 38, stk. 6, at udsættelsen indebar, at tilbudsfristen ville udløbe midt i sommerferieperioden, at indklagede efterfølgende udarbejdede yderligere 4 rettelsesblade uden at foretage udsættelse, og at hvert af rettelsesbladene ifølge indklagede indebar væsentlige ændringer i udbudsbetingelserne.

Indklagede har vedrørende første og andet led i påstand 3 henvist til det, der er anført ad påstand 1.

Vedrørende tredje led i påstand 3 har indklagede gjort gældende, at de rettelsesblade, som medførte ændringer af udbudsmaterialet, alle blev offentliggjort, før tilbudsfristen blev forlænget, og at der ved fristforlængelsen behørigt blev taget højde for det behov for ekstra tid, som tilbudsgiverne måtte have. Rettelsesblad 8 indeholdt en fastholdelse af indklagedes svar i rettelsesblad 6 og indebar derfor ingen ændringer i udbudsmaterialet. Da rettelsesblad 5-8 ikke medførte indholdsmæssige rettelser til udbudsmaterialet, gav udsendelse af disse rettelsesblade ikke anledning til at forlænge fristen yderligere. Da der er tale om udbud af en ukompliceret generisk ydelse, hvor eneste konkurrenceparameter er pris, og da rettelsesbladene, og i særdeleshed de 4 seneste rettelsesblade, ikke indeholdt indholdsmæssige rettelser i forhold til det allerede oplyste i udbudsmaterialet, har indklagede ikke handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 38 ved ikke at forlænge fristerne yderligere i forbindelse med tilgængeliggørelse af rettelsesbladene,

jf. bl.a. klagenævnets afgørelse af 17. juni 2014 GN Resound Denmark A/S mod Amgros I/S.

Vedrørende fjerde led i påstand 3 har indklagede gjort gældende, at behovet for ferieafholdelse ikke indgår som relevant parameter i udbudsreglerne vedrørende fristfastsættelse. Desuden er klageren en stor professionelt drevet virksomhed, der må antages at være gearet til i sin ressourcefordeling at kunne tage højde for ferieafholdelse.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at det er en overtrædelse af udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, og 38, stk. 7, at indklagede har tilgængeliggjort rettelsesblad nr. 8 mindre end 6 dage før udløbet af fristen for modtagelse af tilbud uden at forlænge tidsfristen for afgivelse af tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at rettelsesblad 8 ikke indeholdt ændringer i udbudsmaterialet og derfor ikke kunne begrunde endnu en udsættelse af tilbudsfristen, jf. bl.a. klagenævnets afgørelse af 17. juni 2014 GN Resound Denmark A/S mod Amgros I/S. At rettelsesblad 8 ikke har betydning for udbudsmaterialet støttes af, at et forbehold for rettelsesblad 8 blev kapitaliseret til kr. 0.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at det er en klar og ubegrundet forskelsbehandling af klageren i forhold til Azelis Denmark A/S, at indklagede i brevet af 15. juli 2014 har fastslået, at klagerens manglende angivelse af rettelsesblad nr. 8 og tilsvarende rettelsesblade må betragtes som et forbehold over for grundlæggende elementer i udbuddet, mens Azelis Denmark A/S manglende angivelse af rettelsesblad nr. 8 vurderes som et forbehold, der kan kapitaliseres til kr. 0.

Det forhold, at klageren i sit tilbud ikke har anført »ingen« under forbehold, kan ikke af indklagede benyttes til støtte for, at klagerens tilbud indeholder forbehold. Der er således kun to ud af de fem tilbudsgivere, der har skrevet »ingen« som angivet i vejledningsteksten i tilbudsskemaet. Hvis indklagede er af den overbevisning, at kun tilbud med teksten »ingen« kan anses for at

være uden forbehold, burde også tilbuddene fra Azelis Denmark A/S og Chemisafe være afvist.

Indklagede har hverken påvist eller gjort gældende, at de 8 rettelsesblade indeholder ændringer af grundlæggende elementer i udbuds- eller kontraktgrundlaget. Indklagede gør blot gældende, at rettelsesbladene tilsammen udgør en ændring af grundlæggende elementer i udbuddet. Klagenævnets kendelse af 8. august 2000, Visma Logistics ASA mod Københavns Amt, medfører ikke, at en sammenlægning af flere mindre betydende afvigelser tilsammen kan indebære et forbehold over for grundlæggende elementer i et udbud. Klagenævnets kendelse af 26. april 2007, MT Højgaard A/S mod Aalborg Lufthavn, ses heller ikke at understøtte et sådant synspunkt.

Indklagede har gjort gældende, at klageren i sit tilbud under TBL pkt. 1 kun havde anført rettelsesblad 7. Azelis Denmark A/S havde i sit tilbud under TBL pkt. 1 oplistet rettelsesblad 1, 2, 3, 4, 5, 6 og 7 og altså alene undladt at opliste rettelsesblad 8. Da rettelsesblad 8 ikke indeholdt indholdsmæssige ændringer til udbudsmaterialet, blev forbehold for rettelsesblad 8 kapitaliseret til kr. 0. Det var - og er stadig - indklagedes opfattelse, at rettelsesblad 1-6 og 8 tilsammen udgør forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, jf. klagenævnets kendelse af 8. august 2000, Visma Logistics ASA mod Københavns Amt, samt kendelse af 26. april 2007, MT Højgaard A/S mod Aalborg Lufthavn, hvor flere forbehold tilsammen også udgjorde et grundlæggende forbehold. Der er således ikke sket nogen forskelsbehandling af klageren og Azelis Denmark A/S.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at der ikke er noget rimeligt grundlag for at forstå klagerens manglende angivelse af rettelsesbladene nr. 1-6 og 8 som et forbehold i relation til disse. Hovedparten af rettelsesbladene indeholder reelt ingen ændringer, og der er ingen grund til at tro, at klageren skulle have vanskeligheder ved at acceptere at afgive tilbud på grundlag af rettelsesbladene. Det følger da også under alle omstændigheder af BUT punkt 5.2, at alle eventuelle rettelsesblade indgår i udbudsmaterialet. Når der i punkt 1 i skabelonen til TBL er gjort plads til en oplistning af udsendte rettelsesblade, må dette oprindeligt have været tænkt udfyldt af ordregiveren med henblik på at sikre, at tilbudsgiverne var bekendt med alle rettelsesbladene. Det kan ikke have været tanken, at evnen til at opliste rettelsesblade i sig selv

skulle være et konkurrence- eller kvalifikationsparameter. Hvis klageren havde haft forbehold i relation til indholdet af et eller flere af rettelsesbladene, ville det have været nærliggende, at klageren havde anført dette i TBL under punkt 4 »Forbehold«. Klageren har imidlertid ikke anført nogen forbehold. Når dette sammenholdes med klagerens dialog med indklagede i forbindelse med offentliggørelsen af rettelsesblad 4 og igen den 26. og 27. juni 2014, må det have stået klart for indklagede, at klageren ikke havde forbehold i forhold til nogen af rettelsesbladene. Såfremt indklagede måtte have været i tvivl herom, var indklagede såvel berettiget som forpligtet til at søge en sådan tvivl afklaret ved spørgsmål til klageren. Der er tale om en banal misforståelse, og klageren ville ikke opnå nogen mulighed for at forbedre sit tilbud ved at få adgang til at bekræfte, at tilbuddet anerkender samtlige rettelsesblade. Anførelse af senest kendte rettelsesblad er i øvrigt en naturlig måde at referere til rettelsesbladene, særligt når der er udarbejdet væsentligt flere rettelsesblade, end der i tilbudslisten er gjort plads til at anføre.

I forhold til klagerens oplysning i fremsendelsesbrevet om, at klageren ønskede at benytte eget laboratorium, bestrides det, at der skulle være grundlag for at opfatte ønsket, som alene er angivet i et fremsendelsesbrev med tilbuddet, som et forbehold. Det er naturligvis korrekt, at tilbudsgivere som udgangspunkt har ansvaret for uklarheder i tilbuddet. At indklagede i BUT (bilag 3) under punkt 6 har tilkendegivet, at tilbudsgiveren har ansvaret for mangelfuldt tilbud som følge af manglende hensyntagen til spørgsmål/svar, supplerende oplysninger og eventuelle rettelsesblade, kan ikke føre til, at enhver mulig uklarhed skal føre til, at tilbuddet anses for ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ved ikke at anføre rettelsesblad 1-6 og 8 i TBL pkt. 1 må antages at have taget forbehold for disse rettelsesblade, og at dette samlet udgør et forbehold for et grundlæggende element i udbudsmaterialet, subsidiært forbehold som ikke kan prissættes. Indklagede har ønsket, at tilbudsgiver skulle opliste rettelsesbladene i sit tilbud således, at indklagede kunne sikre sig, at tilbudsgiveren havde gjort sig bekendt med disse og ikke tog forbehold for de præciseringer og rettelser, som fremkom i rettelsesbladene. Når klageren i sit tilbud undlod at opliste rettelsesblad 1-6 og 8 i tilbudslistens punkt 1 og samtidig undlod at anføre, at klageren ikke tog forbehold på trods af, at det direkte fremgik, at det skulle anføres, hvis tilbuddet *ikke* indeholdt forbehold, jf. tilbudslistens punkt 4, var det indkla-

gedes vurdering, at der var taget forbehold over for indholdet af disse rettelsesblade. Baggrunden for at indklagede stillede krav om, at tilbudsgiverne skulle opliste samtlige rettelsesblade i tilbuddet, var således, at indklagede tidligere havde haft negative erfaringer med tilbudsgivere, der, da de først var blevet leverandører, viste sig hverken at have været bekendt og/eller indforstået med de rettelser og justeringer, som fulgte af rettelsesbladene. Ved at stille krav om en oplistning af samtlige rettelsesblade kunne indklagede sikre sig, at tilbudsgiverne både havde gjort sig bekendt med rettelsesbladene og var indforstået med de foretagne rettelser. Det forhold, at klageren kendte til rettelsesbladene, men til trods herfor valgte ikke at opliste rettelsesbladene i tilbuddet, skabte en formodning hos indklagede for, at klageren tog forbehold for de pågældende rettelsesblade. Formodningen blev yderligere forstærket af, at nogle af rettelsesbladene vedrørte krav i udbudsmaterialet, som klageren havde stillet (kritiske) spørgsmål til. Indklagede var derfor ikke alene berettiget men også forpligtet til at betragte den manglende oplistning som et forbehold for rettelsesbladene. Forhandlingsforbuddet er til hinder for, at en ordregiver retter henvendelse til en tilbudsgiver for at få denne til at frafalde et grundlæggende forbehold. Dette blev også fastslået i klagenævnets kendelse af 31. januar 2014, Avaleo ApS mod Vejle Kommune.

Azelis Denmark A/S og klageren var de eneste tilbudsgivere, der ikke havde oplistet samtlige rettelsesblade. Dette stemmer overens med det forhold, at Azelis Denmark A/S og klageren var de eneste to tilbudsgivere, der ikke havde indikeret ikke at have forbehold i TBL pkt. 4. At man vælger ikke at anføre noget i TBL pkt. 4, er tvetydigt og måtte mest nærliggende forstås således, at Azelis Denmark A/S og klageren ved at undlade at skrive »ingen« netop havde taget forbehold, navnlig set i lyset af, at det eksplicit fremgår af boksen, at det skal anføres, hvis man ikke har nogen forbehold, og i lyset af at præciseringerne/rettelserne angik forhold, som klageren netop havde spurgt ind til i forbindelse med spørgsmål/svar-runden.

Af bestemmelser i KYS fremgår det klart, at prøver vedrørende »udvidet kontrol« skal foretages på akkrediteret laboratorium. Alligevel valgte klageren i følgeskrivelse af 27. juni 2014 til tilbuddet at anføre, at klageren ønskede at benytte eget laboratorium til eventuel kontrol af leverancer. Det fremgik ikke klart af denne sætning, hvorvidt ønsket om at anvende eget laboratorium alene vedrørte »normalkontrol« eller både »normalkontrol« og »udvidet kontrol«. Tilbudsgiveren har ansvaret for, at tilbuddet fremstår

klart og utvetydigt, og ordregiveren har ret til at betragte uklare formuleringer som forbehold. Uklarheden i klagerens tilbud måtte derfor opfattes som et forbehold over for kravet om brug af akkrediteret laboratorium.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at de grove overtrædelser af udbudsreglerne, som indklagede har begået, er af væsentlig betydning, og klageren ville have vundet udbuddet i relation til i alt 9 delkontrakter, hvis klagerens tilbud var blevet taget i betragtning.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har overtrådt udbudsreglerne. Subsidiært har indklagede gjort gældende, at der ikke foreligger nogen overtrædelse af udbudsreglerne, der ud fra en væsentlighedsvurdering kan føre til annullation af indklagedes tildelingsbeslutning af 15. juli 2014.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1, påstand 3, 1. og 2. led og påstand 9

Klageren har i de anførte påstande påstået, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt med udbudsdirektivets artikel 38 ved at forkorte tilbudsfristen, jf. udbudsdirektivets artikel 38, stk. 6, uden at gøre SBR elektronisk tilgængelig for tilbudsgiverne, ved ikke at forlænge fristen for afgivelse af tilbud, indtil SBR er gjort elektronisk tilgængelig og ved at gøre SBR til en del af udbuds- og kontraktgrundlaget uden nærmere at angive formålet hermed og konsekvensen heraf.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, herunder af »Bestemmelser om udbud og tilbud (BUT)« punkt 5.2 og »Paradigme til aftale vedrørende levering af løst vejsalt« punkt 3 og 10, at SBR er en del af udbudsbetingelserne.

Det følger af udbudsdirektivets artikel 38, stk. 6, at det er en betingelse for forkortelse af tilbudsfristen efter denne bestemmelse, at ordregiver giver »fri, direkte og fuld« elektronisk adgang til alle de for udbuddet relevante dokumenter via den i udbudsbekendtgørelsen angivne internet adresse.

Indklagede har i udbudsbekendtgørelsen angivet linket <http://vejdirektoratet.dk/da/vejsektor/leverandoerportal/sider/aktuelleudbud.aspx> som den relevante internetadresse for interesserede tilbudsgivere. Det er ubestridt, at dokumentet »Særlige betingelser for rådgivning (SBR)« ikke var tilgængelig via denne adresse, men alene via indklagedes generelle internetadresse og dér alene via en særlig søgning. Da dokumentet var en del af udbudsbetingelserne, har indklagede handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 38, stk. 6, ved at anvende muligheden for at forkorte tilbudsfristen uden at gøre dokumentet SBR direkte tilgængelig for tilbudsgiverne.

Det fremgår imidlertid af udbudsdirektivets artikel 39, stk. 1, at hvis der ikke er givet »fri, direkte og fuld elektronisk adgang i overensstemmelse med artikel 38, stk. 6, til udbudsbetingelserne og ethvert supplerende dokument«, skal ordregiver sende dokumentet/dokumenterne til tilbudsgiverne senest 6 dage efter anmodning herom. Denne bestemmelse må i hvert fald i en situation, hvor det umiddelbart ved den elektroniske modtagelse af udbudsbetingelserne fremstod klart for tilbudsgiverne, at et dokument ikke var tilgængeligt, finde anvendelse, selvom tilbudsfristen er forkortet i medfør af artikel 38, stk. 6. Dette særligt i en situation som den foreliggende, hvor tilbudsfristen senere, om end af en anden grund, forlænges, således at den samlede tilbudsfrist overstiger den ordinære frist i artikel 38, stk. 2. Overtrædelsen af udbudsdirektivets artikel 38, stk. 6, har derfor i den konkrete situation alene været af uvæsentlig formel karakter og kan derfor ikke føre til annullation af indklagedes tildelingsbeslutning af 15. juli 2014.

Det fremgår af dokumentet »Paradigme til aftale vedrørende levering af løst vejsalt«, hvilke dokumenter, der indgår i aftalegrundlaget og hvordan de enkelte dokumenter er prioriteret. Det fremgår heraf, at SBR indgår i aftalegrundlaget men er prioriteret efter de øvrige udbudsdokumenter. Hverken klageren eller andre tilbudsgivere har interesseret sig for indholdet af SBR, endsige rekvireret dokumentet hos indklagede. På den baggrund og henset til dokumentets karakter af standardbetingelser har indklagede ikke været forpligtet til i udbudsbetingelserne at redegøre nærmere for formålet med og konsekvenserne af, at SBR er gjort til en del af udbudsbetingelserne.

Klagerens påstand 3, 1. led tages på den baggrund til følge.

Klagerens påstand 1, påstand 3. 2. led og påstand 9 tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Udbudsreglerne indeholder hverken formkrav til håndteringen af spørgsmål/svar eller til håndteringen af rettelser. Ordregiveren skal blot sikre, at alle tilbudsgivere får lige adgang til at gøre sig bekendt med spørgsmål/svar og rettelser på en gennemsigtig måde, jf. udbudsdirektivets artikel 2.

I de 8 dokumenter, som indklagede udsendte under benævnelsen »Rettelsesblad«, er der indledningsvis anført et eller flere spørgsmål/svar. I »Rettelsesblad« nr. 1 og nr. 2 er som afslutning anført »Følgende ændringer og tilføjelser gøres gældende for udbudsmaterialet for nævnte udbud af maj 2014«. I »Rettelsesblad« nr. 4 er som afslutning anført »Rettelser og tilføjelser: Herved meddeles følgende rettelser og tilføjelser til udbudsmaterialet for ovennævnte udbud: ...«. Noget tilsvarende fremgår ikke af de 5 øvrige »Rettelsesblad[e]«.

Klagerens påstand 2, 1. led, tages derfor ikke til følge.

I dokumentet »Paradigme til aftale vedrørende levering af løst vejsalt« er det angivet, at aftalegrundlaget i prioriteret rækkefølge består af »b) Leverandørens tilbud inkl. tilbudsliste (TBL)« og »c) Eventuelle rettelsesblade udsendt i tilbudsfasen«. Udformningen af punkt 1 i udbudsdokumentet »Leverandørens tilbud inkl. Tilbudslister (TBL)« efterlader det indtryk, at det ved udfyldelsen ikke var tilstrækkeligt at angive det senest modtagne rettelsesblad. Der er dog ikke i udbudsbetingelserne en nærmere angivelse af, hvad tilbudsgiverne forventedes at anføre i punkt 1 i »Leverandørens tilbud inkl. Tilbudslister (TBL)«. Dette skal sammenholdes med, at alene 3 ud af de 8 dokumenter, der var benævnt »Rettelsesblad«, indeholdt egentlig ændring af, tilføjelse til eller supplerings af udbudsbetingelserne.

Klagenævnet finder på den baggrund, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet ved ikke klart at tilkendegive, hvilke dokumenter/typer af dokumenter der forventedes angivet i tilbudsbilagets punkt 1.

Klagerens påstand 2, 2. og 3. led, tages derfor til følge.

Ad påstand 3, 3. og 4. led og påstand 4

Klageren har påstået, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 38 ved (3) ikke at forlænge fristen for afgivelse af tilbud behørigt i forbindelse med tilgængeliggørelse af rettelsesbladene og ved (4) i forbindelse med fristforlængelsen i berigtigende udbudsbekendtgørelse af 23. juni 2014 ikke at tage behørig højde for sommerferieperioden. Klageren har videre påstået, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, og 38, stk. 7, ved at gøre rettelsesblad nr. 8 tilgængelig mindre end 6 dage før udløbet af fristen for modtagelse af tilbud uden at forlænge tidsfristen for afgivelse af tilbud.

Indklagede har i de udsendte rettelsesblade klart skrevet, hvis det deri angivne har givet grundlag for ændring af, tilføjelse til eller supplerende af udbudsbetingelserne. »Rettelsesblad 8« indeholder ikke sådanne ændringer, tilføjelser eller supplerende oplysninger.

Alle øvrige rettelsesblade er offentliggjort mere end 6 dage før tilbudsfristens udløb, således som denne frist blev fastsat ved bekendtgørelse om supplerende oplysninger af 20. juni 2014.

Klagerens påstand 3, 3. og 4. led, og påstand 4 tages herefter ikke til følge.

Påstand 5

Hverken klageren eller Azelis Denmark A/S havde skrevet »ingen« under punkt 4 »Forbehold« i »Leverandørens tilbud inkl. Tilbudslister (TBL)«

Klageren havde i sit tilbud alene skrevet »Rettelsesblad 7« i punkt 1 »Grundlag for tilbud«, mens Azelis Denmark A/S havde anført alle rettelsesblade bortset fra »Rettelsesblad 8«, der ikke indeholdt ændringer til udbudsbetingelserne. Der er mellem parterne enighed om, at i hvert fald rettelsesbladene 1, 2 og 4 indeholdt ændring af, tilføjelse til eller supplerende af udbudsbetingelserne.

Der er derfor ikke tale om fuldt ud sammenlignelige situationer.

Klagerens påstand 5 tages som følge heraf ikke til følge.

Ad påstand 6 og 7

Klageren har påstået, at indklagede er forpligtet, subsidiært berettiget, til at tage klagerens tilbud i betragtning og herunder at søge eventuel tvivl om klagerens tilbuds forhold til rettelsesbladene afklaret ved spørgsmål til klageren. Klageren har endvidere påstået, at indklagedes beslutning af 15. juli 2014 om at erklære klagerens tilbud for ukonditionsmæssigt og om at indgå kontrakt med andre tilbudsgivere skal annulleres.

Som anført ad påstand 2, 2. og 3. led, var det uigennemsigtigt, hvilke rettelsesblade indklagede krævede, at tilbudsgiverne anførte i »Leverandørens tilbud inkl. Tilbudslister«. Klagerens manglende angivelse af andre rettelsesblade end »Rettelsesblad 7« kan derfor ikke isoleret set føre til, at indklagede har været berettiget til at anse klagerens tilbud for ukonditionsmæssigt.

Klageren undlod at udfylde punkt 4 i »Leverandørens tilbud inkl. Tilbudslister« vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt tilbuddet indeholdt forbehold. Når dette læses i sammenhæng med, at det rettelsesblad, som klageren anførte i sit tilbud, ikke indeholdt ændringer eller tilføjelser til udbudsbetingelserne, og klagerens manglende angivelse af særligt rettelsesblad 4, må antages at angå et grundlæggende element, kunne dette hos indklagede berettiget give anledning til tvivl om, hvorvidt klageren havde taget forbehold overfor den ændring, der fremgik af rettelsesblad 4. Denne uklarhed var tilsvarende til stede i forhold til den manglende angivelse af rettelsesblad 2, og så meget desto mere i relation til dette rettelsesblad, fordi klageren ved fremsendelsen af sit tilbud anførte, at klageren »ønsker at bruge eget laboratorium i Mariager til evt. kontrol af leverancer«, hvilket kunne forstås som et forbehold for kravet om brug af et akkrediteret laboratorium og dermed for et grundlæggende element i udbudsbetingelserne.

Risikoen for tilbuddets udformning påhviler på den baggrund klageren og ikke indklagede. Det ændrer ikke herved, at udbudsbetingelserne ikke på alle punkter var tilstrækkeligt klare.

I tilfælde af tvivl om forståelsen af et tilbud kan ordregivere i visse tilfælde være berettiget til at søge denne tvivl afklaret ved henvendelse til tilbudsgiveren, men en ordregiver er som udgangspunkt ikke forpligtet hertil, medmindre en manglende henvendelse vil være i strid med ligebehandlingsprincippet, propornalitetsprincippet eller god forvaltningsskik.

Både klageren og Azelis Denmark A/S undlod at udfylde punkt 4 i »Leve-
randørens tilbud inkl. Tilbudslister« vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt
tilbuddet indeholdt forbehold.

Azelis Denmark A/S havde imidlertid alene undladt at angive rettelsesblad
8, som ikke indeholder ændringer eller tilføjelser til udbudsbetingelserne,
og allerede derfor ikke angår et grundlæggende element. Indklagede har
som følge heraf kapitaliseret forbeholdet. I modsætning hertil havde klage-
ren taget forbehold for grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.
Klagerens tilbud kunne derfor ikke tages i betragtning. Da forbeholdet
(undladelsen) i Azelis Denmark A/S' tilbud og i klagerens tilbud ikke har
haft samme karakter og betydning, er det ikke udtryk for forskelsbehand-
ling, at indklagede afviste klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt og
samtidig anså Azelis Denmark A/S' tilbud for konditionsmæssigt efter en
kapitalisering af forbeholdet. Indklagede har i den foreliggende situation
heller ikke på andet grundlag været forpligtet til at rette henvendelse til kla-
geren i anledning af uklarheden i klagerens tilbud.

Det bemærkes hertil særligt, at Retten i sag T-195/08, Antwerpse
Bouwwerken NV udtalte, at gennemførelsesforordningens artikel 148, stk.
3, der må antages i det væsentlige at svare til en efter udbudsdirektivet tillade-
lig afklaring, giver mulighed for men ikke pligt til at tage kontakt med en til-
budsgiver, hvis et tilbud gør det nødvendigt at indhente yderligere oplys-
ninger, eller hvis åbenlyse skrivefejl i affattelsen af buddet skal rettes. En
pligt til at rette henvendelse består kun, hvis dette følger af almindelige fæl-
lesskabsretlige principper. Det vil især være tilfældet, når et tilbuds formu-
lering er tvetydigt udarbejdet, og de omstændigheder i sagen, som ordregi-
veren har kendskab til, viser, at tvetydigheden sandsynligvis kan forklares
på en enkel måde og nemt kan fjernes (præmis 54-58). Tilsvarende kommer
til udtryk i sag T-554/08 *Europaïki Dynamiki* mod Kommissionen præmis
58 ff.

En sikker, hurtig og effektiv afklaring af tilbuddets oprindelige indhold
kunne under de førnævnte omstændigheder, hvor der ikke er konkrete hol-
depunkter for, at uklarheden i klagerens tilbud skyldes en klar skrive-, slå-
eller regne-fejl eller lignende, ikke opnås blot ved at anmode tilbudsgiveren
om at oplyse eller bekræfte dennes intention med tilbuddet. Det skyldes, at
tilbudsgiveren i en sådan situation efter omstændighederne vil kunne have
en stærk interesse i at søge at forbedre sit oprindelige tilbud, således at det

bliver konditionsmæssigt. Under de foreliggende omstændigheder har indklagede derfor hverken været berettiget eller forpligtet til at rette henvendelse til klageren om de manglende oplysninger/angivelser i dennes tilbud.

Klagerens påstand 6 og 7 tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at overlade det til tilbudsgiverne at tage stilling til, hvilke rettelsesblade der skulle anføres i tilbudslistens (TBL) punkt 1, og ved i forbindelse med klagerens henvendelse om vanskeligheden ved at anføre det/de sidste rettelsesblade i TBL ikke klart at tilkendegive, at hvert eneste rettelsesblad skulle oplistes særskilt i TBL af tilbudsgiverne.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 38 ved at have afkortet fristen for afgivelse af tilbud i henhold til artikel 38, stk. 6, selv om Vejdirektoratets Særlige Betingelser for Rådgivning (SBR), juni 2013, som indgik som en del af udbudsmaterialet, ikke blev gjort tilgængeligt for tilbudsgiverne elektronisk.

Klageren, Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V., skal i sagsomkostninger til indklagede, Vejdirektoratet, betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig