

K E N D E L S E

Albrecht Bender GmbH u. Co
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Morten Ruben Brage, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 134-240236 af 11. juli 2014 iværksatte Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse et begrænset udbud af en række 4-årige rammeaftaler efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet), herunder om køb af medaljer. Tildelingskriteriet var ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.

Ved brev af 20. februar 2015 modtog Albrecht Bender GmbH u. Co (i det følgende Albrecht Bender) meddelelse om, at virksomheden havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på rammeaftalen vedrørende medaljer, og at aftalen derfor agtedes indgået med Albrecht Bender.

Ved brev af 13. marts 2015 meddelte Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, at udbuddet blev annulleret, idet styrelsen var blevet opmærksom på, at det fulde udbudsgrundlag ikke havde været tilgængeligt for alle tilbudsgivere.

Ved udbudsbekendtgørelse 2015/S 062-108084 af 24. marts 2015 iværksatte Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse det aktuelle udbud, der blev gennemført som offentligt udbud.

Ved tilbudsfristens udløb havde styrelsen modtaget 5 tilbud, hvoraf alene tilbuddet fra Jydsk Emblem Fabrik A/S blev vurderet at være konditions-mæssigt.

Ved brev af 1. juni 2015 meddelte Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse Albrecht Bender, at virksomhedens tilbud var vurderet ukonditions-mæssigt, idet den indleverede vareprøve ikke var forsynet med lødighedsstempel.

Klagenævnet modtog den 8. juni 2015 en klage fra Albrecht Bender over det aktuelle udbud.

Klagenævnet afsagde den 3. juli 2015 delkendelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt.

Albrecht Bender har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at udelukke Jydsk Emblem Fabrik A/S fra udbuddet uagtet, at Jydsk Emblem Fabrik A/S var i besiddelse af en utilbørlig konkurrencefordel.

Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at forkaste Albrecht Benders tilbud som ukonditions-mæssigt med henvisning til, at den fremsendte vareprøve ikke opfyldte et mindstekrav, uanset at vareprøvens manglende opfyldelse af dette krav ikke kunne føre til, at tilbuddet skulle forkastes.

Påstand 3:

Klagenævnet skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, samt udbudsdirektivets artikel 36 ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at oplyse de dokumentationskrav i relati-

on til økonomisk og tekniske kapacitet, som Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ville lægge vægt på ved vurderingen af tilbudsgivernes egnethed.

Påstand 4:

Klagenævnet skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved efter udbudsbekendtgørelsens offentliggørelse i EU-tidende at foretage ændringer af grundlæggende vilkår ved at opstille nye dokumentationskrav til tilbudsgivernes økonomiske og tekniske kapacitet.

Påstand 5:

Klagenævnet skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 samt udbudsdirektivets artikel 53 ved at anvende forskellige betegnelser for det kvalitative underkriterium til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud i udbudsgrundlaget, idet der i visse tilfælde blev brugt betegnelsen ”Quality” og i andre tilfælde betegnelsen ”Functionality” om det samme underkriterium.

Påstand 6:

Klagenævnet skal annullere Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelsens beslutning af 1. juni 2015 om at tildele den udbudte kontrakt til Jydsk Emblem Fabrik A/S.

Albrecht Bender har taget forbehold om senere at nedlægge påstand om erstatning.

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagen er behandlet på skriftligt grundlag.

Andre oplysninger i sagen:

I forbindelse med det første udbud, hvor Albrecht Benders tilbud blev vurderet til at være det økonomisk mest fordelagtige, fremgår det af Forsvars-

ministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelses afslagsbrev af 20. februar 2015 til Jydsk Emblem Fabrik A/S blandt andet:

”On this background DALO can inform Jysk Emblemfabrik A/S that its tender is not considered to be the most economically advantageous tender for Medals.

The reasons are:

The winning tender has offered a medal, which is slightly better executed and their prices are slightly more attractive. On the medal offered by you the edges come out quite sharp.”

Ved e-mail af 4. marts 2015 fremsendte Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse efter anmodning en nærmere redegørelse til Jydsk Emblem Fabrik A/S. Det fremgår heraf blandt andet:

”Som aftalt har jeg vedhæftet ... og de tre prisevueringsark, der redegør for beregningerne i de tre omtalte delaftaler, som jeg forklarede ved vores telefonsamtale i dag.

...

Beregningen fremkommer per delaftale... ved at de enkelte priser indgår i nogle underkategorier som f.eks hvad angår MEDALS A, B, C, D. De enkelte priser i hver kategori er adderet og divideret med antal genstande, hvorefter der fremkommer en gennemsnitspris, som er lagt ind i beregningen.

...

Konkluderende vedr. de tre vedhæftede ”price evaluation” filer har ekspertpanelet konkluderet, at på delaftale ”MEDALS” er Jysk Emblem Fabrik A/S (JEF) dyrere og i en lidt ringere kvalitet - godt nok meget marginalt. ...”

Som anført meddelte styrelsen ved brev af 13. marts 2015 tilbudsgiverne, at det første udbud var blevet annulleret.

Samme dag fremsendte Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse et brev til Albrecht Bender, hvoraf blandt andet fremgår, at styrelsen ved en fejl havde oplyst Jydsk Emblem Fabrik A/S om nogle beregnede delpriser i Albrecht Benders tilbud.

Af brevet fremgår blandt andet:

”In the process ahead of the annulations we have communicated with one of the tenderers, Jysk Emblem Fabrik A/S (JEF). During this process with JEF we have by mistake informed JEF of the aggregated result of your prices per price group according to Instructions of Tenderer as part of DALO evaluation process:

Medals

	<u>Albrecht Bender</u> <u>(Lev. 4)</u>		
	Supplier pris	værdi %	
A	271,60	15,00 %	40,74
B	219,18	40,00 %	87,67
C	70,00	40,00 %	28,00
D	363,50	5,00 %	18,18
		100,00 %	174,59
minus your discount		1,50 %	2,62
			171,97

And above is further part of the final evaluation:

Evaluering af tilbud medaljer

			<u>Albrecht Bender</u> (Lev. 4)		<u>Jysk Emblem</u> (Lev. 1)	
<u>Kriterium</u>	<u>Delkriteri- um</u>	<u>Vægtning af kriterium</u>	<u>Pris</u>	<u>Point</u>	<u>Pris</u>	<u>Point</u>
<u>Funktionali- tet</u>	<u>Id. 5 -id. 13</u>	50%		1,50		1,45
<u>Pris</u>	<u>gens. stk. pris fratrullet rabat</u>	50%	171,97	2,50		2,44
Total		100%		4,00		3,89

Even though it is highly aggregated results, we are terrible sorry for the mistake and the inconvenience this could cause you.

In the coming tender we will as a consequence of this amend our price evaluation model.”

I svarskriftet er det oplyst, at de i det første skema oplyste priser fremkommer således:

”For kategori A var der for klager blevet udregnet en aggregeret gennemsnitspris på 271,60 kr. Gennemsnitsprisen i kategori A var sammensat af klagers priser for i alt 26 medaljetyper og i alt 11 typer af messingtal. Det vil sige, at prisen på 271,60 kr. var gennemsnitsprisen for i alt 37 priser.

For kategori B var der for klager blevet udregnet en aggregeret gennemsnitspris på 219,18 kr. Gennemsnitsprisen i kategori B var sammensat af klagers priser for i alt 7 medaljetyper. Det vil sige, at prisen på 219,18 kr. var gennemsnitsprisen for i alt 7 priser.

For kategori C havde klager angivet én enkelt pris (70 kr.) for en veteranmedalje. Jydsk Embleme Fabrik A/S blev oplyst om klagers pris for en veteranmedalje.

For kategori D var der for klager blevet udregnet en aggregeret gennemsnitspris på 363,50 kr. Gennemsnitsprisen i kategori D var sammensat af klagers timepriser for to forskellige scenarier.”

Priskriteriet i det første udbud vægtede 50 %. I udbudsbetingelsernes prisbilag for rammeaftalen for medaljer skulle tilbudsgiverne angive priser for en lang række forskellige medaljetyper, krydsbånd og messingtal til påsætning på krydsbåndet. Medaljerne og tilbehøret hertil var kategoriseret i 3 kategorier (A, B og C). Tilbudsgiverne skulle derudover under kategori D angive en timepris for to forskellige scenarier. Vægtningen af de enkelte kategorier fremgår så vidt ses ikke af udbudsbetingelserne, men det fremgår blandt andet af ”Instructions to Tenderers”, at:

”The Tenderer should offer best price for each article. The main demand is on the medal ”Medalje, int. the, in a few variations” is expected to be approx. 80 % of the total volume in the Medal category. And the ”Medal, int. the, veteran, there is an initial order of more than 40.000 pcs.”

Af udbudsbetingelserne ”Instruction to Tenderers” i det aktuelle udbud fremgår blandt andet:

”5.2 Reservations and Mandatory Requirements

The tender documents include a number of Mandatory Requirements. A Mandatory Requirement is a requirement that must unconditionally be complied with since deviations from the requirements will not be accepted. Accordingly, a tenderer may not make reservations with respect to the Mandatory Requirements.

Tenders that do not comply with all the Mandatory Requirements ("non-compliant tenders") will not be taken into consideration.

...

Regarding the Requirements Specification (Appendix A.1.2/C.1.2)

The tenderer is not allowed to make reservations regarding the Mandatory Requirements (marked with "M") in the Requirements Specification.

...

7.4 Evaluation of the tender's offer

7.4.1 Award criteria

The contract will be awarded on the basis of the award criterion "The most economically advantageous tender". In the evaluation of the offers, DALO will use the following sub-criteria with the specified weighting:

1. Quality, 50 %

2. Price, 50 %

The sub-criteria are described in more detail below:

1. Functionality, 50 %

...

2. Price, 50 %

The evaluation of the sub-criterion "Price" will be based on the tenderer's Total Evaluation Price. The Total Evaluation Price is calculated on the basis of prices stated by the Tenderer in Appendix C.2.2 and the weight of each price element (which is specified in Appendix C.2.2).

Offers are graded on a linear scale of 1-5. The offer with the lowest Total Evaluation Price will be given the highest grade, 5. The lowest Total Evaluation Price is understood as the lowest calculated LCC among all compliant offers."

Prisbilaget i det aktuelle udbud er udformet således, at der for hver enkelt af de medaljer o.l., der skal afgives pris på, er fastsat en specifik vægtning. Den samlede vægtning er på 2.843, hvoraf medaljer omfattet af den tidligere kategori C (veteranmedaljen) havde en vægt på 2.000, mens de 7 medaljer, der i det oprindelige tilbud var omfattet af kategori B, med tillæg af yderligere en tilsvarende medalje havde en samlet vægt på 360.

Senest samtidig med indlevering af tilbuddene skulle tilbudsgiverne indlevere en vareprøve. Af kravspecifikationen vedrørende denne vareprøve fremgår blandt andet:

”Vareprøve

Den medalje og det krydsbånd, som tilbudsgiver leverer som vareprøve til brugerevalueringen, skal overholde følgende punkter fra den tekniske reference; 3., 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.7, 4.12, 6.1.2, 6.1.3, 6.1.4, 6.2, 6.3, 6.4”

Af punkt 6.1.4 i den tekniske reference fremgår:

”6.1.4. Lødighedsstempel.

Alle medaljer skal stemples Jf. medalje tegningernes Avers”

Af udbudsbilaget ”Appendix C.1.2 Leverandørbesvarelse - Medaljer” fremgår blandt andet:

”1.4 Terminologi

Alle krav klassificeres, og der benyttes følgende kategorier angivet i kolonnen ”Klassificering”

Klassificering	Forklaring
<u>M</u>	Et mindstekrav er et ubetinget krav, som <u>skal</u> opfyldes af tilbudsgivers besvarelse (tilbud). Hvis blot et enkelt mindstekrav ikke er opfyldt, vil Forsvaret se bort fra tilbudsgivers tilbud
K	Krav, som vil blive evalueret af forsvaret.

...

4. Tekniske krav - brugerevaluering

De tekniske krav listet i dette afsnit beskriver de krav vareprøven skal overholde, samt hvilke parametre, vareprøven bliver bedømt på

...

<u>Id. nr.</u>	<u>Beskrivelse af krav</u>	Klassificering	Dokumentationskrav	Opfyldelsesgrad	<u>Leve- ran- dørbe- svarel- se</u>
9.	<u>Vareprøve</u> Den medalje og det krydsbånd, som tilbudsgiver leverer som vareprøve til brugerevalueringen, skal overholde følgende punkter fra den tekniske reference; 3.,	M	J/N		

	4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.7, 4.12, 6.1.2, 6.1.3, 6.1.4, 6.2, 6.3, 6.4				
...	...	K	TF		

”

Det er ubestridt, at den vareprøve, som Albrecht Bender indleverede, ikke var forsynet med et lødighedsstempel. Af Albrecht Benders tilbud fremgår herom blandt andet:

”Referring to the above mentioned tender, we would like to draw your attention to the fact that all required documents have been uploaded. Please find also a document indicating the uploaded documents on Mer-cell.

...

Furthermore, we would like to refer to our sample which we sent you. As indicated in our letter this medal should normally be engraved with the wording ”KOSOVO” or similar details. Moreover, the punch ”999” in silver is missing on our medal which will not be the case after conclusion of the contract.”

Ved brev af 1. juni 2015 meddelte Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse Albrecht Bender, at virksomhedens tilbud var vurderet ukonditionsmæssigt, idet den indleverede vareprøve ikke var forsynet med lødighedsstempel. Det blev samtidig oplyst, at evalueringsprisen på Albrecht Benders tilbud var 304.649 kr. og evalueringsprisen på Jydsk Emblem Fabrik A/S’ tilbud var 265.280 kr.

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

Albrecht Bender har gjort gældende, at Jydsk Emblem Fabrik A/S har fået en uberettiget konkurrencefordel ved, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse utilsigtet gav virksomheden indsigt i Albrecht Benders priser.

Under disse omstændigheder påhvilede det Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse at tilrettelægge det nye udbud på en sådan måde, at den derved skabte konkurrencefordel blev elimineret eller dog begrænset, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 3. oktober 2014, Skjøde Knudsen A/S mod Bygningsstyrelsen. Dette er imidlertid ikke sket. Tilbudsgiverne har derved

ikke afgivet tilbud på et sammenligneligt grundlag, hvilket er i strid med udbudsdirektivets artikel 2.

At Jydsk Emblem Fabrik A/S har haft – og udnyttet – en konkurrencefordel ved udbuddet viser sig tydeligt ved, at virksomheden sænkede sin tilbudspris væsentligt i forhold til tilbudsafgivningen ved det oprindelige udbud.

Det følger af klagenævnets faste praksis, at i de tilfælde, hvor en tilbudsgivers konkurrencefordel ikke kan udlignes, skal tilbuddet forkastes. At dette nødvendigvis må være konsekvensen følger endvidere af artikel 57, stk. 4, e-f i det nye udbudsdirektiv, direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014.

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har derfor ikke lovligt kunne tage tilbuddet fra Jydsk Emblem Fabrik A/S i betragtning.

Albrecht Bender har endvidere bestridt, at evalueringen af prisstrukturen i det nye udbud blev ændret markant. Den overordnede vægtning af underkriteriet ”Pris” forblev uændret. I det oprindelige udbud var evalueringsprisen baseret på gennemsnitsprisen for hver af produktkategorierne A, B, C, og D. De priser, som Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse videregav til Jydsk Emblem Fabrik A/S, omfattede de af Albrecht Bender tilbudte gennemsnitspriser på kategorierne A-D, samt den af Albrecht Bender tilbudte rabatsats. Kategori B i det oprindelige udbud bestod af i alt 7 medaljer, som var identiske, jf. ”Kravspecifikationen”, hvoraf fremgår, at ”sølvmedaljen er ens, men gravering og krydsbånd variere[r] for hver variant af medaljen”. Jydsk Emblem Fabrik A/S kunne derfor – med rette – antage, at den af Albrecht Bender oplyste gennemsnitspris for kategori B samtidig udgjorde enhedsprisen for hver af medaljerne i denne kategori. For kategori C, som alene bestod af én medalje, fik Jydsk Emblem Fabrik A/S ubestridt kendskab til Albrecht Benders enhedspris. De oprindelige kategorier (A-D) kunne let identificeres i det prisbilag, som Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse anvendte ved genudbuddet.

Den konkurrencesituation, som styrelsen skabte ved genudbuddet, var på ingen måde egnet til at udligne den konkurrencefordel, som Jydsk Emblem Fabrik A/S havde i kraft af sit kendskab til de af Albrecht Bender oprindeligt afgivne priser. Tværtimod forekommer den ændrede prisstruktur at understøtte og øge Jydsk Emblem Fabrik A/S’ konkurrencefordel.

Det er for vurderingen ikke afgørende, at Jydsk Emblem Fabrik A/S i forbindelse med genudbuddet befandt sig i konkurrence med flere virksomheder. Afgørende for vurderingen er derimod, om alle tilbudsgivere havde adgang til den samme information.

At Albrecht Bender ikke tidligere har gjort Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse opmærksom på problemstillingen kan ikke tillægges betydning ved vurderingen af, hvorvidt styrelsen har overtrådt udbudsdirektivet, jf. blandt andet klagenævnets kendelse af 1. oktober 2009, Cimber Air A/S mod Forsvarskommandoen.

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har gjort gældende, at styrelsen ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at have udelukket Jydsk Emblem Fabrik A/S fra deltagelse i udbuddet.

Evalueringen af prisstrukturen i det aktuelle udbud blev ændret markant, således at der derved blev taget højde for den konkurrencefordel, Jydsk Emblem Fabrik A/S måtte have fået, ved utilsigtet at være gjort bekendt med de af Albrecht Bender tilbudte gennemsnitspriser.

I det første udbud blev de afgivne priser evalueret på baggrund af én samlet evalueringsteknisk pris. Den evalueringstekniske pris var sammensat af de fire gennemsnitspriser for kategorierne 1-4. For kategori A og kategori B var gennemsnitspriserne sammensat af en lang række priser, som Jydsk Emblem Fabrik A/S ikke fik kendskab til. Jydsk Emblem Fabrik A/S' kendskab til gennemsnitspriserne for kategori A og kategori B var derfor i sig selv uden konkret betydning. For kategori C fik Jydsk Emblem Fabrik A/S kendskab til, at Albrecht Bender havde tilbudt en pris på 70 kr. for veteranmedaljen. Jydsk Emblem Fabrik A/S havde for kategori C selv tilbudt en pris på 53 kr., og Jydsk Emblem Fabrik A/S fik således alene kendskab til, at Albrecht Benders pris for veteranmedaljen var 17 kr. dyrere end den af Jydsk Emblem Fabrik A/S' tilbudte pris.

I modsætning til det første udbud blev prisen i det aktuelle udbud evalueret på baggrund af en i forvejen oplyst vægtning af samtlige medaljetyper og timepriser. I den nye evaluering af prisstrukturen blev tyngden i vægtningen ændret, hvorved der blev skabt en helt ny konkurrencesituation, hvor Jydsk Emblem Fabrik A/S på ingen måde kunne udnytte kendskabet til Albrecht

Benders pris afgivet under helt andre (vægtnings)forudsætninger og dermed et helt andet konkurrencegrundlag.

Under det aktuelle udbud deltog endvidere andre end Albrecht Bender og Jydsk Emblem Fabrik A/S. Jydsk Emblem Fabrik A/S skulle derfor stadig i sin prissætning tage hensyn til den generelle konkurrencesituation.

I det aktuelle udbud afgav Jydsk Emblem Fabrik A/S tilbud med meget stor prisvariation for medaljerne omfattet af den tidligere kategori B, hvilket viser, at den viden, som Jydsk Emblem Fabrik A/S havde om Albrecht Benders gennemsnitspriser, ikke de facto kunne anvendes i forbindelse med det aktuelle udbud.

Hertil kommer, at uanset Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ved brev af 13. marts 2015 gjorde Albrecht Bender opmærksom på fejlen, er det først med indgivelse af klageskriftet den 24. juni 2015, at Albrecht Bender har gjort gældende, at Jydsk Emblem Fabrik A/S via kendskabet til Albrecht Benders priser for kategori A-D besad en utilbørlig konkurrencefordel. Klagenævnets kendelse af 3. oktober 2014, H. Skjøde Knudsen A/S mod Bygningsstyrelsen er i den forbindelse ikke sammenlignelig med nærværende klagesag.

Ad påstand 2

Albrecht Bender har gjort gældende, at det loyalt ved indlevering af tilbuddet blev oplyst, at den fremsendte vareprøve hverken var graveret eller stemplet. Samtidig oplyste Albrecht Bender udtrykkeligt, at dette ikke var udtryk for, at der herved blev taget forbehold for den korrekte opfyldelse af udbudsgrundlaget. I det første udbud havde Albrecht Bender indsendt en vareprøve, som var identisk med den, som blev fremsendt under det aktuelle udbud. Kravene til vareprøver var i begge udbud identiske. Ved det første udbud blev tilbuddet fra Albrecht Bender ikke afvist som ukonditionsmæssigt. I hvert fald under disse omstændigheder var Albrecht Bender berettiget til at gå ud fra, at vareprøven heller ikke ved genudbuddet nødvendigvis skulle påføres et lødighedsstempel.

Desuden fremgår det ikke noget sted af udbudsmaterialet, hvilket lødighedsstempel, som skal anvendes. Det er således ikke klart, hvorvidt stemplet skal bestå af en identifikation af tilbudsgiver i kombination med et stempel, der anfører materialets lødighed. Det fremgår alene, at "[a]lle me-

daljer skal stemples". Det fremgår imidlertid ikke, hvorledes stemplet skal udformes.

Det følger af klagenævnets faste praksis, at et mindstekrav for at være lovligt skal være udformet på en sådan måde, at tilbudsgiverne kan forstå rækkevidden heraf, ligesom den ordregivende myndighed effektivt skal kunne efterprøve, om mindstekravet er overholdt. Det følger endvidere af klagenævnets praksis, at en ordregivende myndighed ikke kan forkaste et tilbud som ukonditionsmæssigt med henvisning til et uklart mindstekrav.

Henset til, at kravet om lødighedsstempel var uklart, ligesom Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse i forbindelse med det første udbud havde accepteret Albrecht Benders vareprøve uden stempel, var Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ikke berettiget til at forkaste Albrecht Benders tilbud under det aktuelle udbud.

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har gjort gældende, at det er ubestridt, at Albrecht Benders vareprøve ikke var påført et lødighedsstempel på trods af, at det af den tekniske reference utvetydigt fremgik, at "alle medaljer skal stemples". Da Albrecht Benders tilbud ikke overholdt dette mindstekrav, var Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse forpligtet til at afvise Albrecht Benders tilbud som ukonditionsmæssigt.

Det var da også kun Albrecht Benders vareprøve, som ikke var påført det krævede lødighedsstempel.

Det bestrides, at mindstekravet var uklart. Det fremgår tydeligt af Albrecht Benders fremsendelsesbrev, at man var klar over hvilket lødighedsstempel, der var tale om.

Det bestrides, at det kan tillægges nogen selvstændig betydning, at styrelsen i det første udbud ikke afviste Albrecht Benders tilbud som ukonditionsmæssigt under henvisning til det manglende lødighedsstempel på den indleverede vareprøve. Det forhold, at en ordregiver i et tidligere udbud måtte have begået fejl i forbindelse med tilbudsevalueringen, har ingen udbudsretlig refleksvirkning i forhold til bedømmelsen af tilbudsgivers tilbud i et efterfølgende udbud. Dette må desto mere gælde, når det tidligere udbud blev annulleret. Ingen i det annullerede udbud deltagende tilbudsgivere kan med rette støtte ret på en forventning om, at ordregiver også i tilbudsevaluering-

gen i det nye udbud vil tilbudsevaluere på samme (fejlagtige) måde, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 23. juni 2015, European Dynamics Luxembourg SA mod SKAT.

Ad påstand 3-5

Parternes anbringender ad påstand 3-5 gengives ikke.

Ad påstand 6

Albrecht Bender har gjort gældende, at tildelingsbeslutningen, jf. det ad påstand 1-5 anførte, er behæftet med sådanne væsentlige mangler, at den ikke kan opretholdes.

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har gjort gældende, at der ikke er sådanne væsentlige mangler ved styrelsens tildelingsbeslutning, at beslutningen skal annulleres.

Klagenævnet udtaler:

Påstand 1

De udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed indebærer, at samtlige tilbudsgivere skal gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud.

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har i forbindelse med annullation af det første udbud ubestridt givet Jydsk Emblem Fabrik A/S oplysning om delpriser i Albrecht Benders tilbud i form af de gennemsnitlige priser inden for hver kategori af medaljer. Det er ubestridt, at gennemsnitsprisen for kategori C var identisk med stykprisen. Gennemsnitsprisen for kategori B var sammensat af 7 priser, hvor de varer, der skulle afgives pris på, ifølge kravspecifikationen var ”ens, men gravering og krydsbånd variere[r] for hver variant af medaljen”. Det har således for disse 2 kategorier været nærliggende at antage, hvad delprisen pr. styk har/tilnærmelsesvis har været. Sådanne delpriser er normalt undtaget fra aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 15b, nr. 5, og den parallelle bestemmelse i offentlighedslovens § 30. Det følger endvidere af udbudsdirektivets artikel 6, at den ordregivende myndighed med forbehold af bestemmelserne i direktivet, navnlig bestemmelserne vedrørende de forpligtelser med hensyn til offentliggørelse af oplysninger om indgåede kontrakter og meddelelse til ansøgere og tilbudsgivere, som er omhandlet i artikel 35, stk. 4, og artikel 41, ikke må

offentliggøre oplysninger, som de økonomiske aktører har fremsendt, og som de har betegnet som fortrolige. Ifølge artikel 41, stk. 3, kan ordregivende myndigheder beslutte ikke at meddele visse af de i stk. 1 omhandlede oplysninger om kontrakttildelingen, indgåelsen af rammeaftaler eller optagelsen i et dynamisk indkøbssystem, hvis en sådan videregivelse vil hindre retshåndhævelsen eller på anden måde være i strid med offentlige interesser eller til skade for bestemte offentlige eller private økonomiske aktørers legitime økonomiske interesser eller for den loyale konkurrence mellem disse.

Under disse omstændigheder påhviler der den ordregivende myndighed en skærpet forpligtelse til at sikre, at der ved genudbud af samme ydelse sker en udligning af den fordel, Jydsk Emblem Fabrik A/S på denne måde – i kraft af styrelsens fejl – har fået.

Ved det andet udbud blev vægtningen af underkriteriet ”pris” fastholdt til 50 %. Prisen blev beregnet på grundlag af en samlet pris, der blev udregnet alt overvejende på grundlag af den tilbudte pris pr. styk ganget med det forventede antal styk. Den samlede varemængde var på 2.843 stk. Heraf udgjorde veteranmedaljen (kategori C i det første udbud) 2.000 stk. og de 7 medaljetyper under kategori B i det første udbud med tillæg af yderligere en tilsvarende medaljetype 360 stk. En meget stor del af priselementet bestod således af delpriser på varer, hvor Jydsk Emblem Fabrik A/S var bekendt med Albrecht Benders delpriser. Den fordel, som Jydsk Emblem Fabrik A/S herved har fået ved styrelsens fejl under det første udbud, er derfor ikke udlignet.

Det forhold, at Albrecht Bender ikke forud for klagesagen har gjort Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse opmærksom på, at der kunne være et problem i relation til Jydsk Emblem Fabrik A/S’ deltagelse i udbuddet, har ikke betydning ved klagenævnets afgørelse af, om Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med udbudsdirektivet.

Påstand 1 tages på den baggrund til følge, som nedenfor bestemt, idet det bemærkes, at den konkurrencefordel, som Jydsk Emblem Fabrik A/S opnåede som følge af styrelsens fejl, enkelt og effektivt kunne have været udlignet på anden måde end ved at udelukke Jydsk Emblem Fabrik A/S fra at deltage i udbuddet.

Påstand 2

Af kravspecifikationen vedrørende vareprøven fremgår, at vareprøven bl.a. skal opfylde kravene i den ”tekniske reference” punkt 6.1.4. Af dette punkt fremgår, at alle medaljer skal [lødigheds]stemples.

Det er ubestridt, at den vareprøve, som Albrecht Bender indleverede, ikke var forsynet med et lødighedsstempel.

Det fremgår udtrykkeligt af ”Instruction to Tenderers” punkt 5.2 og ”Appendix C.1.2 Leverandørbesvarelse – Medaljer” punkt 1.4 og punkt 4, at der er tale om et mindstekrav, samt at manglende opfyldelse af mindstekrav vil føre til afvisning af tilbuddet.

Allerede derfor har Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse været uberettiget til at søge manglen udbedret, jf. bl.a. EU-domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, og så meget desto mere været uberettiget til at bortse fra manglen.

Efter beskrivelsen af mindstekravet sammenholdt med Albrecht Benders tilbuds-brev er der ikke grundlag for at anse mindstekravet for uklart.

Som anført af Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har det forhold, at en ordregiver i et tidligere udbud måtte have begået fejl i forbindelse med tilbudsevalueringen, ingen udbudsretlig refleksvirkning i forhold til bedømmelsen af tilbudsgivers tilbud i et efterfølgende udbud. Hvis Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse havde ladet fejlen i det tidligere udbud komme Albrecht Bender til gode i det aktuelle udbud, ville dette således have været en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet i forhold til de øvrige tilbudsgivere, hvis tilbud opfyldte mindstekravet.

På den baggrund tages påstand 2 ikke til følge.

Påstand 3-5

Efter udfaldet af påstand 1 og 2 behandles disse påstande ikke jf. håndhævelseslovens § 10, stk. 2.

Påstand 6

Det er alene i forhold til Albrecht Bender, at Jydsk Emblem Fabrik A/S har opnået en utilbørlig fordel, jf. det, som er anført ad påstand 1. Albrecht Benders tilbud var som anført ad påstand 2 ukonditionsmæssigt. Den konkurrencefordel, som Jydsk Emblem Fabrik A/S har haft, kan dermed ikke antages at have haft nogen betydning for udbuddets udfald. Uanset karakteren af overtrædelsen ad påstand 1 tages påstanden om annullation herefter ikke til følge.

Henset til karakteren af overtrædelsen i påstand 1 skal Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, uanset at annullationspåstanden ikke tages til følge, betale delvise sagsomkostninger til Albrecht Bender som nedenfor bestemt.

Herefter bestemmes:Påstand 1:

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke i fornødent omfang at udligne den konkurrencefordel, som Jydsk Emblem Fabrik A/S havde opnået ved styrelsens oplysning til Jydsk Emblem Fabrik A/S om de delpriser, som Albrecht Bender GmbH u. Co havde tilbudt under det umiddelbart forudgående udbud, som blev aflyst.

Påstand 2 og 6 tages ikke til følge.

Påstand 3-5 behandles ikke.

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse skal inden 14 dage betale sagens omkostninger til Albrecht Bender GmbH u. Co med 15.000 kr.

Klagegebyret tilbagebetales

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig