

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Knud Erik Busk, Lars Tolstrup)

J.nr.: 2010-0023065

23. marts 2011

K E N D E L S E

AV Form A/S

(advokat Torkil Høg, København)

mod

12-by-gruppens Indkøbscentral

(advokat Lotte Hummelshøj, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 166-255002 af 25. august 2010 udbød Esbjerg Kommune, Holstebro Kommune, Ikast-Brande Kommune, Kolding Kommune, Middelfart Kommune, Randers Kommune, Silkeborg Kommune, Sønderborg Kommune og Svendborg Kommune (»12-by-gruppens Indkøbscentral«) som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet) en rammeaftale med en enkelt aktør om løbende levering af formnings- og beskæftigelsesmaterialer til institutioner og skoler i de kommuner, der er tilsluttet indkøbscentralen, til en anslået værdi af 15 mio. kr.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 8. november 2010 havde alene Creative Company A/S afgivet tilbud.

Den 8. november 2010 indgav klageren, AV Form A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, 12-by-gruppens Indkøbscentral. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk.1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 6. december 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagenævnet begrundede sin afgørelse således:

»...

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at klageren ikke har afgivet tilbud. Betingelsen om, at klageren vil blive påført et uopretteligt tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning, er derfor som udgangspunkt ikke opfyldt, jf. også herved klagenævnets kendelse af 29. september 2009, Lekolar mod Sydjysk Kommuneindkøb.

Klageren har imidlertid med rette gjort gældende, at dette udgangspunkt må antages ikke at finde anvendelse, såfremt udbudsmaterialet var udformet på en sådan måde, at kun én tilbudsgiver kunne afgive et konditionsmæssigt tilbud.

Uanset oplysningerne om sammenfald mellem Creative Company A/S' varekatalog og tilbudslisten finder klagenævnet på det foreliggende grundlag ikke at kunne fastslå, at dette er tilfældet. Klagenævnet har herved lagt vægt på – som anført af indklagede - at klageren havde mulighed for at anvende underleverandører eller foretage indkøb af produkterne hos en række leverandører/grossister på markedet, som forhandler dem. Der henvises desuden til svaret på spørgsmål 10.

...«

Klageren fremsatte samme dag på ny anmodning om, at klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning.

Klagenævnet besluttede den 8. december 2010 at fastholde beslutningen om ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet anførte i den forbindelse:

»...

Klagenævnet er enig med advokat Høg i, at det havde været ønskeligt og også forventeligt, henset navnlig til, at der er tale om oplysninger fra en offentlig myndighed til en anden offentlig myndighed, at klagenævnet havde fået oplysningen om, at kun Creative Company [A/S] havde afgivet tilbud, og ikke den fejlagtige oplysning om, at der var indkommet flere tilbud.

Klagenævnet er ligeldes enig med advokat Høg i, at oplysningen er væsentlig og støtter de anbringender, klageren i øvrigt har fremsat.

...«

Det er oplyst, at indklagede den 8. december 2010 indgik kontrakt med Creative Company A/S.

Den 2. februar 2011 har klagenævnet tilladt Lekolar A/S at intervenere i sagen til støtte for klageren.

Klagen har været behandlet på et møde den 21. februar 2011.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, samt udbudsdirektivets artikel 23, stk. 2, ved i) at udforme tilbudslisten på grundlag af leverandøren Creative Company A/S' varekatalog og ii) uden saglig begrundelse at inkludere varer, som kun Creative Company A/S i forvejen råder over, som obligatoriske i tilbudslisten, hvorved Creative Company A/S opnåede en konkurrencemæssig fordel ved udbuddet.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke i udbudsbetingelserne at have givet oplysninger om omfanget af indklagedes indkøb hos den nuværende leverandør, Creative Company A/S, i den foregående kontrakts løbetid fra 1. januar 2008 til 1. juni 2010, hvorved Creative Company A/S har opnået en konkurrencemæssig fordel ved udbuddet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 ved at anvende underkriteriet »sortimentsbredde«, uanset at dette underkriterium ikke i det konkrete udbud er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i forbindelse med angivelsen af mængde og bestillingsenheder for de enkelte produkter på tilbudslisten i udbudsbetingelsernes punkt 2.2. at foretage upræcise angivelser af, hvor store afvigelser fra tilbudslistens mængdeangivelse der accepteres, før et tilbud anses for ukonditionsmæssigt.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i udbudsbetingelsernes punkt 2.13 at angive indbyrdes modstridende oplysninger om adgangen til at tage forbehold og ved i udbudsbetingelsernes punkt 2.17 at angive uklare oplysninger om, hvilke mindstekrav tilbud skal opfylde.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at udforme modellen for evaluering af tilbuddene i relation til underkriteriet »kvalitet« på en måde, der ikke er egnet til at identificere tilbuddet med den bedste kvalitet.

Påstand 7

Klagenævnet skal annullere udbuddet i sin helhed, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, nr. 2.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Creative Company A/S.

Påstand 9

Klagenævnet skal påbyde indklagede straks at bringe kontrakten med Creative Company A/S af 3. januar 2011 til ophør, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, nr.3.

Påstand 10 (subsidiær i forhold til påstand 9)

Klagenævnet skal påbyde indklagede at opsig kontrakten med Creative Company A/S med 2 måneders varsel, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, nr.3.

Påstand 11 (subsidiær i forhold til påstand 9)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede er forpligtet til straks at bringe kontrakten med Creative Company A/S til ophør, subsidiært at indklagede er forpligtet til at opsig kontrakten med Creative Company A/S med 2 måneders varsel.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 6 og 8 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har påstået påstand 7 og 9-11 afvist.

Den tidligere klagesag

Under en tidligere klagesag mellem samme parter har klagenævnet afsagt kendelse den 27. marts 2008. Ved kendelsen annullerede klagenævnet de indklagede kommuners beslutning af 13. december 2007 om at indgå kontrakt med Creative Company A/S. Holstebro Kommune, Svendborg Kommune og Sønderborg Kommune indbragte klagenævnets kendelse for Retten i Herning, der ved dom af 5. november 2009 frifandt AV Form A/S og fastslog, at de sagsøgende kommuner skulle anerkende at være »forpligtet til at søge kontrakten af 4. januar 2008 mellem sagsøgerne og Creative Company A/S bragt til ophør«.

Med virkning fra den 1. juni 2010 opsagde Holstebro Kommune på vegne kommunerne i indkøbsfællesskabet kontrakten med Creative Company A/S.

Holstebro Kommune besvarede den 17. august 2010 en henvendelse fra advokat Torkil Høg således:

»Som svar på dit spørgsmål om grundlaget for vore indkøb af beskæftigelsesmaterialer, kan jeg oplyse, at vi har indgået en mundtlig aftale med Creative Company om køb af firmaets produkter, gældende indtil ny udbudsforretning har fundet sted. På aftaletidspunktet, forventede vi den ny udbudsforretning afsluttet inden ferien i år. Jeg kan oplyse, at omsætningen til dato har været under 500.000 kr.

Blandt andet på baggrund af et ønske fra AV-form, fremsat i juni måned, besluttede Svendborg Kommune [på vegne kommunerne i det her omhandlede udbud] at udsætte annonceringen af et nyt udbud, til medio august måned. Vi forventer annoncering i denne/næste uge.

...«

Denne sags nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelserne af august 2010 er anført følgende:

»2.2. Formkrav

...

- 2) Tilbuddet skal vedlægges et eksemplar af tilbudsgivers katalog samt vejledende katalogpris.
- 3) Den vedlagte tilbudsliste (bilag 1) skal benyttes i forbindelse med tilbudsafgivning i uændret form. Der må ikke indsættes nye ræk-

ker/kolonner i tilbudslisterne. Alle varelinjer i tilbudslisten skal udfyldes korrekt, herunder skal kolonne I »Antal måleenheder i en Bestillingsmængde« angives korrekt.

...

Såfremt ovenstående ikke opfyldes, er Udbyder forpligtet til at afvise tilbuddet som værende ikke konditionsmæssigt.

Der er stor forskel på, hvilke mængder og bestillingsenheder, de enkelte institutioner efterspørger, eksempelvis er der en række mindre institutioner, som ikke har mulighed for at aftage store bestillingsenheder. Dette er der i vis udstrækning taget højde for i tilbudslisten ved at en del ens produkter efterspørges i forskellige emballager/bestillingsenheder. Når der i tilbudslisten står »ca« ud for bestillingsenhederne og mængderne på de obligatoriske produkter, f. eks varelinie 24 om dekorationsfarver, hvor der står: »dekorationsfarve/liner ca. 12 forskellige farver, 30 ml.[«], betyder det, at der skal kunne leveres dekorationsfarve i nogenlunde den størrelse og med nogenlunde så mange farver, men at det ikke er afgørende for tilbuddets konditionsmæssighed om tilbudsgiver kun kan levere emballageenheden i 28 ml. eller 32 ml. eller med 10 forskellige farver eller 14 forskellige farver. Angivelsen betyder dog også, at et tilbud vil være ukonditionsmæssigt, hvis denne varelinie kun tilbydes med 100 ml emballageenhed og i 7 forskellige farver.

Når det samme produkt tilbydes i flere forskellige emballageenheder eller farver, skal enhedsprisen pr. måleenhed være den samme.

Ved tilbudsafgivelsen skal tilbudsdispositionen i kapitel 3 følges. Det er vigtigt, at tilbudsgiver besvarer alle punkter i tilbudsdispositionen, da vurderingen vil blive foretaget på grundlag af disse. Hvis krævet dokumentation ikke er medsendt tilbuddet, er Udbyder både berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

...

2.12 Udbyders forbehold

De anførte volumen og beløb er cirkatal, der har baggrund i statistiske oplysninger fra tidligere regnskabsperiode.

...

2.13 Tilbudsgivers forbehold

Eventuelle forbehold skal udtrykkeligt fremgå af tilbuddet.

Tilbudsgiver opfordres til at søge eventuelle uklarheder og usikkerheder i udbudsmaterialet afklaret ved at stille spørgsmål til udbudsmaterialet, jf. udbudsmaterialets afsnit 2.5 »Spørgsmål til udbudsmaterialet«, således at forbehold i videst muligt omfang kan undgås.

Ved udarbejdelsen af kontrakt og kontraktbilag har Udbyder søgt at nå frem til formålstjenlige og rimelige bestemmelser og krav i forhold til de efterspurgte varer og ydelser.

Da Udbyder ønsker at tilbudsgiverne skal afgive tilbud på ens vilkår, er der således ikke ved tilbudsafgivelsen mulighed for at tage forbehold for kontrakt eller kontraktvilkår eller udbudsbestemmelsernes krav i øvrigt.

Tilbudsgiver er ikke berettiget til at tage forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, herunder kontraktudkastet.

Udbyder er forpligtet til at se bort fra tilbud, der indeholder forbehold over for grundlæggende elementer i udbuds- og kontraktbestemmelserne. Sådanne tilbud vil blive betragtet som ukonditionsmæssige og vil derfor ikke indgå i evalueringen af indkomne bud.

Eventuelle forbehold, som ikke vedrører grundlæggende bestemmelser i udbuds- og kontraktbetingelserne, vil blive kapitaliseret af udbyder og tillagt den pris, som leverandøren har opgivet. Herefter vil de kunne indgå i den samlede evaluering af tilbudsgivers tilbud. Det vil være Udbyder, der uden drøftelser med tilbudsgiveren fastsætter et sådant eventuelt pristillæg.

Såfremt tilbudsgiver opfatter elementer i kravspecifikationen og/eller kontrakten som uacceptable eller uhensigtsmæssige, opfordres tilbudsgiver til at stille uddybende spørgsmål herom, jf. ovenfor i punkt 2.5.

I sådanne spørgsmål opfordres tilbudsgiver til klart at angive, hvilke konkrete formuleringer, tilbudsgiveren vil foreslå som erstatning for sådanne formulering.

De konkrete formuleringer og spørgsmål skal angives på dansk.

Udbyder vil på baggrund af sådanne modtagne henvendelser konkret tage stilling til, om Udbyder vil indarbejde de foreslåede ændringer i udbudsmaterialet.

Ændringerne vil under alle omstændigheder ikke blive foretaget, såfremt disse kan anses som væsentlige ændringer af det oprindelige udbudsmateriale, eller såfremt ændringerne kan medføre fare konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling.

...«

Om tildelingskriteriet anføres i udbudsbetingelsernes pkt. 2.16:

»...

Rammeaftalen vil blive tildelt den tilbudsgiver, der afgiver det for Udbyder økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet følgende delkriterier, med angivelse af vægtning, lægges til grund for tilbudsvurderingen:

Delkriterium	Vægtning i procent
Pris, vurderes som følger: Tilbuddet skal afgives i danske kroner, ekskl. moms og inkl. eventuelle afgifter. Tilbuddet skal afgives ved udfyldelse af relevante felter på tilbudslisten, jf. bilag 1. Tilbuddet skal afgives med angivelse af nettopris og bestillingsmængde. Som det fremgår af tilbudslisten, vil alle priser blive omregnet i de måleenheder, som er angivet i tilbudslisten, og disse mængder vil blive lagt til grund ved den samlede pris. Den samlede tilbudspris udregnes således på baggrund af det oplyste, estimerede forbrug pr. år i den relevante kolonne i tilbudslisten og de tilbudte nettopriser pr. bestillingsmængde. Det bemærkes, at pris på samtlige obligatoriske varelinier indgår i evalueringen, hvorimod pris på de ikke obligatoriske varelinier kun vil indgå, såfremt alle tilbud indeholder pris på varelinien. Det anførte forbrug i tilbudslisten i kolonnen ”Estimeret forbrug pr. år” er ikke udtryk for en garanteret minimumsomsætning, men bruges alene til udregning baseret på statistikker om tidligere års forbrug, jf. ovenfor i afsnit 1.4. Som det fremgår af tilbudslisten, bilag 1, skal tilbudsgiver også anføre tilbudsgivers vejledende katalogpris pr. bestillingsmængde i tilbudslisten. Tilbuddet skal således være bilagt en kopi af tilbudsgivers gældende vejledende katalogpris i ét eksemplar, jf. ovenfor.	60 %

Kvalitet, vurderes som følger: Der vil ske en afprøvning af de tilbudte produkters kvalitet, som baggrund for kvalitetsvurderingen. Tilbudsgiver skal derfor vedlægge tilbuddet et sæt vareprøver af alle de produkter, der er mærket med et X for afprøvning i tilbudslisten, jf. bilag 1. Vareprøver skal være udbyder i hænde senest den 25.10.2010. ... Vareprøvning foretages af kvalificeret fagpersonale. I forbindelse med afprøvningen vil de tilbudte produkter blive inddelt i følgende kvalitetskategorier: Kvalitetskategori 1: Produkter, der har et niveau, der kan betegnes som billigt (hverdagskvalitet) Kvalitetskategori 2: Produkter, der har et niveau, der kan betegnes som standard. En solid kvalitet, som dækker de flestes behov. Kvalitetskategori 3: Produkter, der har et niveau, der kan betegnes som top. Produkterne henvender sig til dem, der stiller høje krav til funktionaliteten (f.eks. kunstnerkvalitet). Den tilbudsgiver, som har flest produkter i kvalitetskategori 3 i henhold til den gennemførte afprøvning, vil score højest på kvalitet i forbindelse med tilbudsevalueringen. På en række af produkterne er det ikke på grund af produktets natur relevant at foretage en kvalitetsvurdering, f.eks. på knappenåle mfl. Der vil ej heller blive gennemført en kvalitetsvurdering af alle de konkrete tilbudte produkter, hvis der tilbydes flere mængder af samme produkttype, f.eks. oliekridt, men i forskellige størrelser, dvs. hvis samme produkt efterspørges og tilbydes i forskellige mængder. ...	25 %
--	-------------

Sortimentsbredde, vurderes som følger: Udbyder ønsker, at tilbudsgiverne tilbyder så bredt et sortiment som muligt, således at institutionerne har så bredt et sortiment som muligt at aftage varer fra. Tilbudsgiverne skal i tilbudslisten under kolonnen ”varenumre” angive, hvor mange varenumre, der tilbydes inden for hver varegruppe. Den tilbudsgiver, der kvantitativt tilbyder flest varenumre vil få den højeste score på dette delkriterium. Ved evaluering af sortimentsbredde indgår antallet af tilbudte priser på ikke obligatoriske varelinier.	15 %
---	------

Tilbudslisten skal benyttes i forbindelse med tilbudsafgivningen i uændret form.

Alle krav og forhold i udbudsmaterialet skal være indregnet i tilbuddet.

...

Der skal afgives tilbud på alle produkter på tilbudslisten, bilag 1 hvor der er sat kryds i kolonnen obligatorisk, idet der dog accepteres mindre afvigelser i de tilbudte mængder, jf. ovenfor i punkt 2.2.

Gældende prislister skal vedlægges tilbuddet i 1 eksemplar.

...«

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. III. 2) Betingelser for deltagelse, fremgår, at tilbudsgiverne skal opfylde forskellige (sædvanlige) dokumentationskrav vedrørende personlige forhold, økonomisk og finansiell kapacitet og teknisk kapacitet.

I overensstemmelse hermed fremgår det af udbudsbetingelsernes pkt. 2.15 »Udvælgelseskriterier«:

»...

Den nedenfor angivne dokumentation **skal** vedlægges tilbuddet. Såfremt den krævede dokumentation ikke medsendes, kan tilbuddet **ikke** tages i betragtning.

(Herefter følger en beskrivelse svarende til udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2)

...«

I udbudsbetingelsernes pkt. 2.17 beskrives »Procedure for behandling af tilbud« således:

»...

De indkomne tilbud vil blive behandlet efter følgende procedure:

1) Udvalgelseskriterier

I første omgang udvælges de egnede tilbudsgivere ud fra en vurdering af de oplysninger, der er krævet i udbudsmaterialets punkt 2.15 om udvalgelseskriterier og dokumentationsmateriale samt en gennemgang af de krævede erklæringer.

2) Hvis krævet dokumentation ikke er medsendt tilbuddet, er Udbyder både berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

3) Mindstekrav

I anden omgang vurderes tilbuddenes konditionsmæssighed i forhold til overholdelse af de opstillede mindstekrav, jf. punkt 2.15. Såfremt mindstekravene ikke er opfyldte, anses tilbuddet for ikke-konditionsmæssigt og vil ikke indgå i den videre vurdering. Mindstekravene er udtrykkeligt anført i udbudsbekendtgørelsens afsnit III.2.

4) Tildeling af kontrakt

I tredje omgang vurderes tilbudsgivernes tilbud i forhold til tildelingskriteriet og de anførte delkriterier, i henhold til udbudsmaterialets afsnit 2.16, og på baggrund af denne vurdering træffes beslutning om tildeling af kontrakt.

Ovenstående vil udelukkende ske på baggrund af de oplysninger, som fremgår af det fremsendte tilbud, inkl. bilag, samt den gennemførte afprøvning, jf. nærmere nedenfor.

...«

Tilbud skulle afgives på en tilbudsliste, der var vedlagt udbudsbetingelserne. Det anføres heri:

»...

Tilbudslisten er vedlagt som Excel fil der skal anvendes ved tilbudsafgivelse.

Der må ikke ændres i listens opbygning.

Varelinjer markeret med X i kolonnen ”obligatorisk” **skal** der afgives bud på – såfremt der ikke er afgivet bud på disse linjer, vil tilbuddet ikke kunne tages i betragtning.

De i tilbudslisten markeret med X under obligatorisk, er produkter hvor tilbudsgiver skal afgive tilbud på samtlige varelinjer.

Antallet af tilbudte priser på ikke obligatoriske varelinier vil indgå ved evalueringen af delkriterium 3 – sortimentsbredde.

[Herefter gentages de tre afsnit af pkt. 2.2 om forståelsen af »ca.«]
...«

Tilbudslisten består af 2.869 varenumre, som er inddelt i varegrupper, fx »Flydende farve«, »Tegneredskaber« og »Karton og papir«. Det er ud for hvert varenummer med angivelse af et kryds markeret, om der er tale om »obligatorisk« leverance. Af de 2.869 varenumre er 1.678 markeret som obligatoriske.

Ud for tilbudslistens varenumre er desuden bl.a. angivet »estimeret forbrug pr. år (måleenheder)« fx således:

24	...	Dekorationsfarve/liner, ca. 80 ml, sæt med ca. 10 ass. farver	...	4
27	...	Dekorationsfarve/liner, sæt med ca. 42 ass. farver a ca. 80 ml	...	100
63	...	Tekstilmaling i sprayflasker, ca. 80 ml. sæt med ca. 10 ass.	...	120
103	...	Knettgummi, ca. 20 gram	...	2
865	...	Velourbånd, ca. 6 mm, ca. 10 frv. a 10 m	...	3000

I Kravspecifikationen, pkt. 4.2 »Sortiment og tilbudsgivers loyalitetsforpligtelse overfor det udbudte sortiment«, hedder det:

»...

Som anført ovenfor, skal Tilbudsgiver som minimum føre samtlige af de varegrupper, der er omfattet af tilbudslisten, og tilbudsgiver skal afgive tilbud på samtlige de enkelte varelinjer, der i tilbudslistens kolonne B er markeret som obligatoriske.

Såfremt Tilbudsgiver ikke kan overholde dette krav, vil tilbuddet blive afvist som ukonditionsmæssigt.

...

Det er således vigtigt for Udbyder, at kunne være sikker på, at den valgte leverandør har et bredt sortiment, således at institutionerne har et varieret udbud af aftage varer fra på rammeaftalen.

Hvis en leverandør fører et produkt i andre mængder, end den efterspurgt mængde eller størrelse, som er anført i tilbudslisten, kan leverandøren byde med andre mængder eller størrelser end de efterspurgt, idet mængderne og størrelserne ved tilbudssammenligningen vil blive omregnet til den måleenhed, som er anført i den anden kolonne i tilbudslisten. Det er prisen pr. denne måleenhed, der vil danne baggrund for tilbudssammenligningen, jf. tilbudsskemaet.

...«

Indklagede har besvaret spørgsmål bl.a. således:

Spørgsmål 4 (reference punkt 2.2)

»Beskrivelsen af hvilke afvigelser, der accepteres for de enkelte varelinier (fsva. bestillingsenheder og mængder), er uklar og dermed uigenkendselig. For at sikre, at alle leverandører byder ind på samme vilkår (og dermed forebygge arbitrær udelukkelse af bydende som ukonditionsmæssige), efterlyser vi en procentsats for konditionsmæssig afvigelse på størrelse og enheder, f.eks. 30 %.«

Svar 4 (reference punkt 2.2)

»Det er ordregivers vurdering, at en fast procentsats kan være svær at beregne under hensyntagen til produkternes beskaffenhed og kan virke arbitrær, f.eks. kan en procentvis omregning føre til at en afvigelse vil være på 31.3 % eller på 29.5 %. I praksis vil der jo ikke være forskel på leverancens værdi for ordregiver i en sådan situation, da en sådan procentvis forskel kan skyldes en enkelt farve eller en enkelt tusch. Formålet med det eksempel, som ordregiver har anført i udbudsmaterialet er at belyse, at små ubetydelige afvigelser ikke skal medføre, at et tilbud vil blive afvist som ukonditionsmæssigt, men omvendt, at det er et sagligt krav for ordregiver - for at kunne opfylde de enkelte institutioners forskellige anskaffelsesbehov - at en række produkter tilbydes i både store og små emballageenheder.«

7 (reference punkt 2.16)

»Tildelingskriterium »Ved evaluering af sortimentsbredde indgår antallet af tilbudte priser på ikke obligatoriske varelinier«.«

Spørgsmål 7 (reference punkt 2.16)

»Det bedes præciseret, om ordregiveren i relation til underkriteriet »sortimentsbredde« evaluerer indkomne tilbud på grundlag af antallet af ikke-obligatoriske varelinier, som er udfyldte, eller om evalueringen sker på grundlag af antallet af varenumre (inden for det ikke-obligatoriske sortiment), som tilbydes?«

Svar 7 (reference punkt 2.16)

»Som det fremgår af udbudsmaterialets side 12 under pkt. 2.16 vil den tilbudsgiver, der rent kvantitativt tilbyder flest varenumre i alt – både på det obligatoriske og ikke obligatoriske sortiment - få den højeste score på dette delkriterium, idet ordregiver ønsker tilbud på så bredt et varesortiment som muligt for bedst muligt at kunne opfylde institutionernes anskaffelsesbehov.

Årsagen til, at ikke alle varelinier i tilbudslisten er obligatoriske, skyldes produkternes beskaffenhed dvs en række af de ikke obligatoriske varelinier vedrører mere specifikke, særprægede og sæsonbetonede produkter, som kun et fåtal af institutionerne historisk har anskaffet og som typisk kun anskaffes i små mængder og at det muligvis ikke er alle relevante tilbudsgivere på markedet, der fører disse produkter i deres sortiment. Ifølge ordregivers bedste vurdering - baseret på historiske anskaffelser og statistiske oplysninger – vil det ikke-obligatoriske sortiment kun omfatte ca. 20 % af den samlede anskaffelse i rammeaftalens løbetid.«

Spørgsmål 10 (reference Bilag 1 - tilbudslisten)

»Tilbudslisten er tilsyneladende baseret på historiske køb fra den nuværende leverandør, og der er på tilbudslisten varer, som kun føres af denne ene leverandør. F.eks. »Tekstilmaling i sprayflasker« eller »Blomstervindmølle«. For at overholde ligebehandlingsprincippet foreslår vi, at kravet ændres til en procentsats, så leverandørerne skal kunne tilbyde f.eks. 80 % af varelinierne.«

Svar 10 (reference Bilag 1 - tilbudslisten)

»Som anført ovenfor er det ordregivers vurdering baseret på ordregivers markedskendskab og det historiske aftag hos institutionerne, at der ikke er obligatoriske varer i tilbudslisten, som ikke alle relevante leverandører på markedet kan levere, men hvis tilbudsgiverne har en konkret forespørgsel på en obligatorisk varelinie, som de ikke kan tilbyde og den pågældende derfor frygter, at tilbuddet vil blive erklæret ukonditionsmæssigt på den baggrund, kan tilbudsgiveren rette skriftlig henvendelse

til ordregiver indtil seks dage før tilbudsfristens udløb med en konkret forespørgsel om, at en specifik varelinie gøres ikke- obligatorisk. Ordregiveren vil herefter besvare en sådan henvendelse hurtigst muligt.«

Spørgsmål 14 (reference Bilag 1 – Tilbudslisten)

Det bedes bekræftet om kolonnen »Estimeret forbrug pr. år« i bilag 1 - Tilbudslisten, er baseret på faktiske historiske købstal, eller om kolonnen er baseret på et estimeret forventet forbrug.

Hvis kolonnen er baseret på forventet forbrug, beder vi ordregiveren oplyse de faktiske historiske købstal.

Svar 14 (reference Bilag 1 - tilbudslisten)

»De oplyste købstal er estimerede. Det er ikke muligt at oplyse historiske tal, idet ordregiver ikke har tilstrækkeligt kendskab til alle leverandører, der har leveret produkter som oplistet i tilbudslisten.«

Spørgsmål 21 (reference Bilag 1, Tilbudsliste)

»I henhold til udbudsmaterialets bilag 1, tilbudslisten, anmoder vi om, at varerne på vedhæftede fil fjernes fra listens obligatoriske kolonne. Vi mener, at disse varer er specifikke eller på listen også ønskes i andre størrelser/mængder. Disse varer vil kun kunne leveres fra én leverandør og overholder således ikke konkurrencereglerne eller ligestillingsprincipperne. Ligeledes viser volumen ved disse varer ofte, at disse produkter historisk er indkøbt i små mængder.«

Svar 21 (reference Bilag 1, Tilbudsliste)

»De af spørgeren nævnte produkter fastholdes i tilbudslistens obligatoriske kolonne, idet der netop for at sikre ligebehandling er anført »ca.« ud for alle varelinier, hvor der er angivet mål eller mængde. Det er hensigten, at der kan afgives tilbud med forskellige mængder og mål i forhold til de enkelte varelinier. Alle tilbudsgivere kan således tilbyde de produkter fra deres sortiment, der passer til ordregivers produktbeskrivelse.«

Spørgsmål 21 var efter det oplyste stillet af intervenienten Lekolar A/S.

Creative Company A/S har i sit tilbud udfyldt alle tilbudslistens 2869 linjer til varenumre, det vil sige de alle obligatoriske såvel som de ikke obligatoriske varenumre. I så godt som samtlige tilfælde har Creative Company A/S

tillige udfyldt tilbudslistens spalte med henvisning til katalogside. Henvisningen vedrører Creative Company A/S' 2010-2011 katalog. De ganske få varenumre, hvor der ikke er henvist til katalogside, har ved stikprøveundersøgelse kunnet genfindes i Creative Company A/S' 2009-2010 katalog.

Administrerende direktør Søren Nedergaard, AV Form A/S, har den 17. februar afgivet en erklæring. Det fremgår heraf bl.a., at klageren manglede 566 obligatoriske produkter for at kunne afgive et konditionsmæssigt tilbud og desuden manglede 852 ikke-obligatoriske produkter. Der var ikke tid til at skaffe de manglende produkter. Langt hovedparten af indkøbene sker fra udlandet, herunder fra fjernøsten. Hvis det havde drejet sig om en håndfuld manglende produkter, kunne det have været en mulighed at indkøbe hos mindre forhandlere.

Indkøbschef Peter Nansen, Svendborg Kommune, og indkøbschef Wictor Lange, Holstebro Kommune, har den 9. februar 2009 afgivet en fælles erklæring om udbuddets tilrettelæggelse. Det fremgår heraf bl.a.

»

[Svar på Spørgsmål 9:]

Varene på tilbudslisten er identificeret ved gennemgang af kataloger fra markedets største leverandører – herunder bl.a. Creative Company A/S, som så vidt vi var orienteret udbød det største varesortiment. Disse blev sammenholdt med de informationer, det var muligt at finde i e-handels- og økonomisystemer, hvorefter kommunernes brugergrupper på baggrund af dette gav input til brug for endelig udarbejdelse af tilbudslisten.

...

Spørgsmål 11: Hvorfor svarede mængdeangivelsen i en række tilfælde til de mængder, der fremgik af Creative Companys katalog?

Svar. Dette skyldes i væsentlig grad, at tilbudslisten varelinjer er baseret på udtræk fra e-handels- og økonomisystemer, samt at netop deres katalog sammen med andre leverandørers kataloger udgjorde en del af grundlaget for tilbudslisten. Vi fandt det naturligt, at mængdeangive som i de historiske data, da det lettede vores opgave og indikerede for vores leverandører hvad vi ønskede.

...

Spørgsmål 15: Hvordan afgjorde I, hvilket sortiment, der skulle være obligatorisk og hvilket, der skulle være ikke-obligatorisk?

Svar: Dette var baseret på estimer fra de deltagende kommuners brugerrepræsentanter om hvilke produkter, de forventede der blev købt

mest af. Hvis vi var i tvivl om leverandørernes muligheder for levering, gjorde vi sortimentet ikke obligatorisk.

...«

Områdechef Heidi Wael, Lekolar A/S, har afgivet en erklæring og besvaret spørgsmål. Det fremgår af erklæringen, at Lekolar A/S kun kunne tilbyde halvdelen af de obligatoriske produkter og derfor ikke kunne afgive et konditionsmæssigt tilbud. Der er obligatoriske produkter på tilbudslisten, som skal leveres i pakkestørrelser, der ikke er standard, men netop i de størrelser, som Creative Company A/S tilbyder, fx akrylmaling i 35 ml og 250 ml. Tilbudslisten indeholder også »trendvarer«, som er »historiske«, det vil sige, at de fandtes i 2009 i den tidligere leverandørs sortiment. Lekolar A/S kunne ikke levere de manglende produkter inden for den korte tidsfrist. Tilbudslisten indeholder varer, som er helt specifikke, produkter, som er pakket/samlet af den tidligere leverandør og har fået navn derefter, og som derfor ikke findes hos andre leverandører.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at tilbudslisten er udarbejdet på grundlag af Creative Company A/S' katalog snarere end ud fra en selvstændig vurdering af indklagedes egne behov. Tilbudslisten indeholder desuden – uden at der er en saglig begrundelse for det – produkter, som kun udbydes af Creative Company A/S.

Det er i den sammenhæng afgørende, at tilbud, der ikke indeholder alle 1678 obligatoriske produkter, vil blive afvist som ukonditionsmæssige.

Klageren har nærmere gjort gældende, at ikke ét eneste af de efterspurgte produkter, såvel obligatoriske som ikke obligatoriske, ikke findes i Creative Company's katalog, mens klageren, der har været i branchen i 25 år og er blandt landets største leverandører af beskæftigelsesmaterialer, langt fra er i stand til at levere alle de obligatoriske produkter, at tilbudslistens mængdeangivelser svarer til mængdeangivelserne i Creative Company A/S' katalog, fx varelinje 27 »[ca.] 42 assorterede farver a [ca.] 80 ml«, og at selv stavefejl fra Creative Company A/S' katalog (fx varelinje 103 »knetgummi«) går igen i tilbudslisten. Der er ikke nogen saglig grund til som obligatorisk

varenummer at kræve levering af fx papmacheæsker i formerne »sandal«(varenummer 1780), »T-shirt«(varenummer 1781) og »juletræ« (varenummer 1782). Netop disse former findes i Creative Company A/S' katalog. Papmacheæsker anvendes til udsmykning og dekoration, og det er sagligt set underordnet, hvilken form papmacheæsken har.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har udformet tilbudslisten ud fra saglige overvejelser om sit fremtidige anskaffelsesbehov. Det fremtidige anskaffelsesbehov er fastlagt ud fra en drøftelse med de relevante brugergrupper og sammenholdt med tilgængelige oplysninger i indklagedes e-handelssystem, der viser, hvilke produkter indklagede tidligere har købt. De indklagede kommuner har tilsammen købt mere end 9.000 varenumre hos Creative Company A/S i en periode på 2½ år, men har begrænset antallet af obligatoriske varenumre i tilbudslisten til 1.678 ud fra en saglig vurdering af, hvilke produkter indklagede forventede at aftage mest af. De produkter, der er gjort obligatoriske, dækker alle en anskaffelse på en vis mængde årligt. Det er indklagedes skøn, at de obligatoriske varenumre omfatter ca. 80 % af den samlede anskaffelsesværdi i rammeaftalens løbetid. Det er ikke i strid med lighedsprincippet at kræve 80 % af det udbudte sortiment som obligatorisk. Beskaffenheden af et sortiment, der udbydes i forbindelse med en kontrakt om formnings- og beskæftigelsesmaterialer, er særegent, og hvis kontrakten kun omfatter helt klassiske produkter som maling og skrive-redskaber, vil det i praksis medføre, at en stor del af anskaffelserne sker uden om den indgåede rammeaftale. Indklagede ønskede at sikre, at en tilbudsgiver ikke kunne vinde kontrakten uden at kunne tilbyde den største mængde og værdi af de varer, der forventedes at blive købt mest af i kontraktperioden, og at der ikke opstod mulighed for, at prisevalueringen kun vedrørte en lille del af den samlede kontraktværdi. Klageren havde mulighed for at anvende underleverandører eller foretage indkøb af produkterne hos en række leverandører/grossister på markedet, som forhandler disse produkter. Creative Company A/S har ikke eneforhandling på nogen af produkterne på det danske marked.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede fra den 1. januar 2008 til den 1. juni 2010 var part i den ulovligt indgåede leveringsaftale med Creative Company A/S. Der er således intet til hinder for, at oplysningerne indgik som i udbudsmaterialet, modsat hvad indklagede gav udtryk for i sit svar på

spørgsmål 14. Det er en stor konkurrencefordel for Creative Company A/S som den eneste at have oplysninger om leveringshistorikken og dermed mulighed for at indrette sit tilbud ud fra sin viden om, hvilke dele af sortimentet der efterspørges i hvilke mængder. Der er ikke i nævneværdigt omfang købt beskæftigelsesmaterialer fra flere leverandører.

Indklagede har gjort gældende, at det detaljeret fremgår af tilbudslisten, hvorledes det estimerede forbrug pr. år forventes at fordele sig på hvert af de udbudte produkter. Det fremgår af udbudsbetingelserne, at det estimerede forbrug er baseret på indklagedes bedste skøn over den forventede omsætning af de enkelte produkter i kontraktperioden. Under den tidligere kontrakt med Creative Company A/S har de kommuner, der var omfattet af aftalen, i større omfang, end det forventes fremover, købt de efterspurgte produkter hos andre leverandører, herunder klageren. De obligatoriske produkter er fastlagt ud fra en saglig vurdering af, hvilke produkter indklagede forventede at aftage mest af.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at underkriteriet »sortiment« som udgangspunkt er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud i et udbud med mange varenumre. I det konkrete tilfælde er kriteriet imidlertid egnet til at favorisere Creative Company A/S, idet dette selskab har et meget bredt sortiment, fordi selskabet fører de samme produkter i en række forskellige pakningsstørrelser. Dertil kommer, at antallet af obligatoriske varenumre er meget stort under dette udbud. Hvis der ikke tidligere har været indkøbt væsentligt andre end de obligatoriske varenumre, er »sortimentsbredde« ikke et egnet kriterium.

Indklagede har gjort gældende, at underkriteriet »sortimentsbredde« er lovligt. Indklagede efterspurgte så bredt et sortiment som muligt, således at indklagede ikke ville blive tvunget til at anskaffe de produkter, der ikke var anført som obligatoriske, til listepreiser hos andre leverandører. Hvis en tilbudsgiver således ikke kunne tilbyde et bredt sortiment, ville det medføre en relativt dårlig bedømmelse i relation til underkriteriet »sortimentsbredde«, hvorimod manglende tilbud på ikke-obligatoriske varenumre ikke i sig selv ville bevirke, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Udbuddet er rettet mod leverandører, der kunne håndtere et meget bredt sortiment og med mange forskellige leveringsadresser.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at udbudsbetingelserne er uklare for så vidt angår krav til mængdeangivelserne af det tilbudte. Klageren har forsøgt at opnå klarhed ved at stille spørgsmål 4. Det er dog fortsat uklart, hvilke afvigelser indklagede vil acceptere, og afvigelser med hensyn til de obligatoriske varenumre vil medføre, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at det ville føre til rigide resultater, såfremt den tilladte mængdeafvigelse skulle angives i procent. Det er efter udbudsbetingelsernes pkt. 2.2 samt svaret på spørgsmål 4 klart, at indklagede ville acceptere ganske store afvigelser i de tilbudte mængder.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at udbudsbetingelsernes bestemmelser om forbehold er modstridende. Det henstår som fuldstændig uklart, om forbehold tillades. Kravene til egnethed er beskrevet i udbudsbekendtgørelsens afsnit III.2 og udbudsbetingelsernes pkt. 2.15, mens det er uklart, hvilke mindstekrav tilbudsgiverne skal overholde.

Indklagede har gjort gældende, at det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 2.13, at der ikke er mulighed for at tage forbehold over for kontrakt eller kontraktvilkår. Af pkt. 2.17 fremgår tydeligt, at de mindstekrav, der omtales i afsnit 2, er mindstekrav i forbindelse med udvælgelsen. Der henvises til pkt. 2.15, der omhandler udvælgelseskriterier, og der henvises direkte til udbudsbekendtgørelsens afsnit III.2. De mindstekrav, som tilbudsgiverne skulle opfylde, var derfor tydeligt »mindstekrav i relation til udvælgelseskriterierne og ikke mindstekrav i relation til produkternes beskaffenhed«.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at den evalueringsmodel, som indklagede har opstillet, og hvorefter de tilbudte produkter inddeles i tre forskellige kvalitetskategorier, medføre en vilkårlig evaluering og er uegnet til at bedrage til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klageren har underbygget dette med eksempler.

Indklagede har gjort gældende, at den valgte evalueringsmodel er lovlig.

Ad påstand 7 og 8

Klageren har gjort gældende, at indklagede skal annullere udbuddet i sin helhed, subsidiært beslutningen om at indgå kontrakt med Creative Company A/S.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen og ikke hjemmel til at annullere et afsluttet udbud.

Ad påstand 9-11

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet på grund af de grove overtrædelser af udbudsreglerne skal påbyde indklagede at bringe kontrakten med Creative Company A/S til ophør eller statuere, at indklagede er forpligtet til at bringe kontrakten til ophør.

Indklagede har gjort gældende, at klagenævnet efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. og forarbejderne hertil ikke har kompetence til i en situation som den foreliggende at påbyde indklagede at bringe kontrakten med Creative Company A/S til ophør eller statuere, at indklagede er forpligtet til at bringe kontrakten til ophør. Påstandene skal derfor afvises.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

I et udbud af den omhandlede karakter vil en tidligere leverandør som udgangspunkt kunne have en konkurrencefordel, som ikke kan elimineres helt.

Indklagede har ikke tilbagevist rækken af stærke indicier for, at tilbudslisten er udformet, så den fremstår, som om den udelukkende er udarbejdet på grundlag af den tidligere leverandør Creative Company A/S' varekatalog. Indklagede har under disse omstændigheder heller ikke på tilstrækkelig vis tilbagevist, at tilbudslisten i et vist omfang indeholder varenumre, som i hvert fald kun vanskeligt kunne leveres af andre end Creative Company A/S, og at dette forhold også gør sig gældende for nogle af de obligatoriske varenumre.

Klagenævnet lægger til grund, at den eneste forskel mellem tilbudslisten og Creative Company A/S' kataloger er det tilføjede »ca.« foran en del af mængdeangivelserne.

Som udbudsbetingelserne er udformet, er tilbud, der ikke indeholder samtlige 1.678 obligatoriske varenumre, ukonditionsmæssige. Indklagede har således ikke fastsat, at manglende tilbud på et obligatorisk varenummer ville blive betragtet som et forbehold og prissat. En sådan fremgangsmåde kunne have været valgt uden, at det ville give vanskeligheder i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »Pris«, som skulle omfatte alle de 1.678 varenumre. Fremgangsmåden ville ligeledes have medført, at også de obligatoriske varenumre med mening ville have kunnet inddrages under evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »Sortimentsbredde« som behandlet under påstand 3. Fremgangsmåden ville endelig have givet mening i forhold til udbudsbetingelsernes bemærkninger om forbehold som behandlet under påstand 5.

Endelig ville fremgangsmåden have mindsket betydningen af den konkurrencefordel, som den tidligere leverandør måtte have i forhold til andre aktører på markedet.

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at udforme tilbudslisten som sket og ikke at søge Creative Company A/S konkurrencefordel mindsket ved fx at gøre det muligt at afgive tilbud, hvor ikke alle obligatoriske varelinjer var udfyldt, eller på anden måde.

På den anførte baggrund kan det ikke føre til andet resultat, at indklagede har redegjort for, at Creative Company A/S er en handelsvirksomhed, og at andre tilbudsgivere således ikke har været forhindret i at anskaffe såvel de 1.678 obligatoriske varenumre som det øvrige udbudte sortiment ad andre kanaler, såfremt man ikke selv havde direkte adgang til varenumrene.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 2

Som udgangspunkt er det ikke i strid med udbudsdirektivets artikel 2 i tilbudslisten under et udbud som det foreliggende at anføre sagligt estimerede tal for de indkøb, som ordregiveren påregner at foretage uden at oplyse,

hvorledes indkøb hidtil har været placeret. Det er ikke givet, at den fremtidige efterspørgsel vil svare til den historiske efterspørgsel.

I det konkrete tilfælde skal påstand 2 imidlertid ses i lyset af den overtrædelse, som påstand 1 omhandler. På baggrund af det, som er anført ovenfor, er klagenævnet enig med klageren i, at Creative Company A/S også for så vidt angår sit kendskab til indkøbsmønsteret har haft en uretmæssig konkurrencefordel. Dette bestyrkes af det forløb, som denne klagesag har haft for så vidt angår klagerens begæring om aktindsigt i det hidtidige indkøbsmønster, og de protester herimod, som har været rejst.

Det kan ikke antages, at det har været umuligt eller særligt krævende for indklagede at fremkomme med oplysningerne. I den forbindelse fremhæves, at indklagede netop har hævdet, at tilbudslisten er udarbejdet på grundlag af de erfaringer med indkøbsmønsteret, som var høstet under den tidligere indkøbsperiode.

På den anførte baggrund tages påstanden til følge.

Ad påstand 3

Underkriteriet »sortimentsbredde« kan som udgangspunkt være egnet til at bidrage til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud i det udbud med mange varenumre som det omhandlede.

Som anført ovenfor er 1.678 ud af 2.869 varenumre obligatoriske, og manglende tilbud af blot et enkelt obligatorisk varenummer medfører, at tilbuddet er ukonditions-mæssigt. Konkurrencen mellem tilbudsgiverne for så vidt angår »Sortimentsbredde« må derfor i dette udbud alene angå de sidste ca. 20 %.

I udbudsbetingelserne anføres imidlertid herom: »Ved evalueringen af sortimentsbredde indgår antallet af tilbudte priser på ikke obligatoriske varelinjer«. Denne formulering synes efter sin sammenhæng med det foran anførte at indebære, at også de obligatoriske varenumre indgår i evalueringen af tilbuddene i relation til »Sortimentsbredde«. Af svaret på spørgsmål 7 fremgår desuden klart, at underkriteriet »Sortimentsbredde« vil blive bedømt såvel på grundlag af de obligatoriske som de ikke- obligatoriske varenumre.

Som udbudsbetingelserne er fastsat, er dette en umulighed.

Herefter og under hensyn til det, som er anført ad påstand 1, tages påstanden til følge.

Ad påstand 4

Der er tale om et udbud med mange varenumre, der efter deres karakter og tiltænkte anvendelse i et vist omfang må antages at kunne substituere hinanden, og som det tillige i sagens natur ikke i hvert enkelt tilfælde vil være muligt at beskrive så præcist, som det sædvanligvis kræves i kravspecifikationer.

Fx må indkøb af varenummer 39 (obligatorisk) »Vinduesmaling, ca. 27 ass. farver, ca. 80 ml.« for en umiddelbar betragtning kunne erstattes af indkøb af varenummer 40 (obligatorisk) »Vinduesmaling, ca. 80 ml, sæt med ca. 15 ass. [farver]«.

I sædvanligt sprogbrug anvendes ca.betegnelsen til at angive afvigelser fra runde tal. Fx vil det være naturligt i en given sammenhæng at anføre »ca. 100«, men derimod ikke »ca. 99« eller »ca. 101« og vel heller ikke »ca. 27« (varenummer 39, obligatorisk), »ca.144« (varenummer 78, obligatorisk) eller »ca. 4 stk.« (varenummer 1535, obligatorisk).

Den anførte måleenhed er for såvel varenummer 39 som varenummer 40 imidlertid »liter«, og tilbudslisten må derfor forstås sådan, at tilbud, uanset det omfatter beholdere på 80 ml., noget mere eller noget mindre, omregnes til literpris i forbindelse med evalueringen. Det stemmer da også med, at det i kravspecifikationens pkt. 4.2. er anført:

»...mængderne og størrelserne ved tilbudssammenligningen vil blive omregnet til den måleenhed, som er anført i den anden kolonne i tilbudslisten. Det er prisen på denne måleenhed, der vil danne baggrund for tilbudssammenligningen, jf. tilbudsskemaet....«

Den upræcise beskrivelse opvejes således i nogen grad ved den målemetode, der er fastsat i kravspecifikationen.

En række af ca.- angivelserne i tilbudslisten relaterer sig imidlertid ikke til måleenheden. I det eksempel, klagenævnet har trukket frem, omhandler varenummer 39 »ca. 27 ass. farver«, mens varenummer 40 omhandler »ca. 15 ass. [farver]«.

En sådan angivelse giver muligvis ikke i sig selv anledning til en sådan usikkerhed, at der er grundlag for at fastslå, at den - i sammenhæng med det, der er anført herom i udbudsbetingelsernes pkt. 2.2 og i svaret på spørgsmål 4 – udgør en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2. Det forholder det sig imidlertid anderledes i dette udbud, hvor såvel varenummer 39 som varenummer 40 - og andre 1.676 varenumre - er »obligatoriske«, således at manglende eller ukonditionsmæssigt tilbud på blot et enkelt varenummer vil medføre, at tilbuddet slet ikke tages i betragtning. Under den omstændighed har tilbudsgiverne krav på at vide, om deres tilbud vil blive ladet ude af betragtning, såfremt der tilbydes fx 20 ass. farver, når der kræves »ca. 27« og »ca. 15« vedrørende varenummer 39 og 40.

Indklagedes svar på spørgsmål 4 og det, der i øvrigt er anført i udbudsbetingelserne, medfører på den baggrund ikke tilstrækkelig klarhed for tilbudsgiverne.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 5

Af udbudsbetingelsernes pkt. 2.13 fremgår, at eventuelle forbehold udtrykkeligt skal fremgå at tilbuddet, at (hvilket ville gælde uden angivelse heraf) tilbudsgiverne ikke er berettigede til at tage forbehold for grundlæggende elementer, at forbehold, som ikke vedrører grundlæggende elementer, vil blive prissat, og at der ikke kan tages forbehold for »kontrakt eller kontraktvilkår eller udbudsbedstemmelsernes krav i øvrigt«.

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. III. 2 og udbudsbetingelsernes pkt. 2.15 fremgår enslydende »Betingelser for deltagelse« henholdsvis »Udvælgelseskriterier«.

I udbudsbetingelsernes pkt. 2.17 beskrives herefter »Procedure for behandling af tilbud« i fire stadier, hvoraf stadium 1 er benævnt »Ud-

vælgelseskriterier« og stadium 3 »Mindstekrav« med udtrykkelig henvisning til udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2. Det er uklart, hvori forskellen på det, der sker »i første omgang« (stadium 1) og det, der sker » i anden omgang« (stadium 2) består, eftersom begge stadier vedrører egnethedsbedømmelsen, hvor kravene for deltagelse skal være opfyldt. Det fremgår, at tilbud, der ikke opfylder mindstekravene, er ukonditionsmæssige, og at mindstekravene udtrykkeligt er anført i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.

Som det fremgår, er imidlertid de 1.678 obligatoriske varenumre også at opfatte som mindstekrav, idet manglende opfyldelse af hvert enkelt krav vil medføre, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt.

Manglende tilbud for så vidt angår de restende 20 % af varetilbudslisten er ikke forbehold.

Når dertil kommer, at der ikke kan tages forbehold for »kontrakt eller kontraktvilkår eller udbudsbestemmelsernes krav i øvrigt« må det henstå i det uvisse, hvilke forbehold indklagede ville prissætte som anført i pkt. 2.13.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 6

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at »den tilbudsgiver, som har flest produkter i kvalitetskategori 3 i henhold til den gennemførte afprøvning, vil score højest på kvalitet i forbindelse med tilbudsevalueringen.«.

Som udbudsbetingelserne er fastsat, vil den tilbudsgiver, der afgiver tilbud på 5 varenumre i kategori 3 og resten i kategori 1, få en bedre evaluering af sit tilbud end den tilbudsgiver, hvis varenumre alle ligger i kategori 2.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 7-11

Denne klagesag skal ses i sammenhæng med den sag, der førte til klagenævnets kendelse af 27. marts 2008 og Retten i Hernings dom af 5.

november 2009, hvorved indklagede blev pålagt at søge at bringe kontrakten af 4. januar 2008 med Creative Company A/S til ophør.

Da klageren konstaterede, at klageren ikke under det fornyede udbud, der herefter blev iværksat, havde mulighed for at afgive tilbud, sådan som tilbudslisten var udformet, klagede klageren til klagenævnet og begærede klagen tillagt opsættende virkning. Som beskrevet ovenfor tillagde klagenævnet ikke klagen opsættende virkning, også under indtryk af, at det efter det dengang oplyste havde været muligt for andre end Creative Company A/S at afgive tilbud. Betingelsen om »fumus boni juris« syntes derfor ikke opfyldt.

Klagenævnet har nu fastslået, at indklagede påny har gennemført et udbud, der i strid med udbudsreglerne favoriserede Creative Company A/S som fastslået ad påstand 1, 2 og 4, og som i øvrigt er ulovligt på andre væsentlige punkter som fastslået ad påstand 3 (om »sortimentsbredde«), påstand 5 (om forbehold) og påstand 6 (om »kvalitet«).

Ved afgørelsen af, hvilke sanktionsmuligheder der i denne situation står til rådighed for klagenævnet, må såvel bestemmelsen i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, nr. 2, hvorefter klagenævnet kan annullere ordregiverens ulovlige beslutninger eller udbudsforretning, som bestemmelsen i lovens § 13, nr. 3, hvorefter klagenævnet kan udstede påbud om lovliggørelse af udbudsproceduren eller beslutninger i forbindelse med udbudsforretningen, overvejes.

Klagenævnets valg af sanktion afhænger af grovheden af de overtrædelser, der er fastslået.

Klagenævnet annullerer herefter indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Creative Company A/S og tager således påstand 8 til følge.

Efter bemærkningerne til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, stk. 2, er bestemmelsen

»en videreførsel af gældende ret og giver Klagenævnet hjemmel til at annullere en ordregivers beslutninger eller udbudsforretninger. Annullation af ordregiverens beslutninger medfører ikke, at en indgået kontrakt er uden virkning. Dette skyldes, at Klagenævnets annullation

af en ulovlig forvaltningsretlig beslutning om fx valg af tilbudsgiver ikke medfører, at den privatretlige aftale, dvs. kontrakten, er uden virkning. Annullationsbeføjelsen er således rettet mod en ordregivers ulovlige forvaltningsretlige beslutninger og ikke mod den indgåede kontrakt. Det kan være bestemte, konkrete beslutninger eller dispositioner, men det kan også omfatte udbudsprocessen som helhed. Kontrakten kan dog være underlagt forslagens §§ 16 og 17, hvilket medfører, at kontrakten i visse tilfælde kan erklæres for uden virkning.«

Før lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. trådte i kraft den 1. juli 2010, har klagenævnet ikke anset sig for kompetent til at annullere et udbud, hvor der som i denne sag er indgået kontrakt.

Herefter og da der ikke er spørgsmål om at erklære en kontrakt for uden virkning efter lovens §§ 16 og 17, afviser klagenævnet påstand 7.

Efter bemærkningerne til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, nr. 3, er også denne bestemmelse en videreførelse af gældende ret og indebærer, at klagenævnet kan påbyde, at en ordregiver skal lovliggøre sin udbudsprocedure eller beslutninger i forbindelse med en udbudsforretning.

Uanset den beskrevne baggrund – den første klagenævns sag, forløbet i forbindelse med begæringen om opsættende virkning og de overtrædelser, der nu er fastslået – har klagenævnet imidlertid ikke hjemmel til at tage påstand 9-11 til følge. Klagenævnet har således alene hjemmel til efter lovens §§ 16-17 at træffe afgørelse om, at en kontrakt erklæres for uden virkning, men ikke hjemmel til uden for disse situationer at påbyde indklagede at bringe en kontrakt til ophør eller at statuere en forpligtelse hertil, sådan som klageren har påstået.

Det er således op til de indklagede kommuner som offentlige myndigheder at drage de nødvendige slutninger af klagenævnets kendelse.

Det bemærkes i den forbindelse, at det ikke er omfattet af klagenævnets kompetence at fastslå, om de indklagede kommuner har opfyldt den dom, der blev afsagt af Retten i Herning den 5. november 2009. Efter klagenævnets opfattelse er det ikke utvivlsomt. Dommen kan således næppe antages reelt opfyldt ved en formel opsigelse af den kontrakt af 4. januar

2008 med Creative Company A/S, som sagen omhandlede, efterfulgt af en ny ulovlig kontrakt med samme virksomhed.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudsdirektivets art. 2, samt udbudsdirektivets artikel 23, stk.2, ved i) at udforme tilbudslisten på grundlag af leverandøren Creative Company A/S' varekatalog og ii) uden saglig begrundelse at inkludere varer, som kun Creative Company A/S i forvejen råder over, som obligatoriske i tilbudslisten, hvorved Creative Company A/S opnåede en konkurrencemæssig fordel ved udbuddet.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke i udbudsbetingelserne at have givet oplysninger om omfanget af indklagedes indkøb hos den nuværende leverandør, Creative Company A/S, i den foregående kontrakts løbetid fra 1. januar 2008 til 1. juni 2010, hvorved Creative Company A/S har opnået en konkurrencemæssig fordel ved udbuddet.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 ved at anvende underkriteriet »sortimentsbredde«, uanset at dette underkriterium ikke i det konkrete udbud er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i forbindelse med angivelsen af mængde og bestillingsenheder for de enkelte produkter på tilbudslisten i udbudsbetingelsernes punkt 2.2. at foretage upræcise angivelser af, hvor store afvigelser fra tilbudslistens mængdeangivelse der accepteres, før et tilbud anses for ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i udbudsbetingelsernes punkt 2.13 at angive ind-

byrdes modstridende oplysninger om adgangen til at tage forbehold og ved i udbudsbetingelsernes punkt 2.17 at angive uklare oplysninger om, hvilke mindstekrav tilbud skal opfylde.

Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at udforme modellen for evaluering af tilbuddene i relation til underkriteriet »kvalitet« på en måde, der ikke er egnet til at identificere tilbuddet med den bedste kvalitet.

Indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Creative Company A/S annulleres.

Påstand 7 og 9-11 afvises.

Indklagede, 12-by-gruppens Indkøbscentral, skal i sagsomkostninger til klageren, AV Form A/S, betale 100.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig