

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Niels Henriksen, Knud Erik Busk)

J.nr.: 2007-0015216

27. marts 2008

K E N D E L S E

AV Form A/S

(advokat Torkil Høg, København)

mod

Esbjerg Kommune, Fredericia Kommune, Herning Kommune, Holstebro Kommune, Ikast-Brande Kommune, Kolding Kommune, Middelfart Kommune, Odense Kommune, Randers Kommune, Silkeborg Kommune, Svendborg Kommune, Sønderborg Kommune, Vejle Kommune og Århus Kommune

(advokat Peter Lund Meyer, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 8. oktober 2007 udbød »12 by gruppens indkøbscentral ved Holstebro Kommune« som offentlig udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) kontrakter om indkøb af beskæftigelsesmaterialer til kommunernes skoler og institutioner.

Det er under klagenævnssagen oplyst, at »12 by gruppens indkøbscentral« er et samarbejde med deltagelse af en række kommuner, sådan at der skal indgås særskilt aftale med hver af de deltagende kommuner. De deltagende 14 kommuner er derfor indklagede.

Fristen for afgivelse af tilbud var fastsat til den 26. november 2007, men blev senere ændret til den 3. december 2007.

Den 15. oktober 2007 sendte de indklagede dele af udbudsbetingelserne, dog ikke tilbudslisten, samt et »forbrev« til de virksomheder, der havde anmodet derom. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 3. december 2007 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. Creative Company A/S
2. AV Form A/S
3. Corporate Express Danmark A/S
4. Rabo-Brio BB A/S

Den 13. december 2007 besluttede de indklagede at indgå kontrakt med nr. 1. Creative Company A/S. Samme dag modtog AV Form A/S meddelelse herom.

Den 21. december 2007 indgav klageren, AV Form A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over de indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. I klageskriftet, der samtidig blev sendt til de indklagede, var det anført, at de indklagede herefter ikke er berettiget til at indgå kontrakt, før Klagenævnet har taget stilling. Ved telefax af 4. januar 2008 meddelte Klagenævnet de indklagede, at de indklagede ikke må underskrive kontrakt, før Klagenævnet har truffet beslutning om spørgsmålet om opsættende virkning, jf. lovens § 6 a, stk. 1. Den 9. januar 2008 meddelte indklagede Klagenævnet, at kontrakt med Creative Company A/S var indgået den 4. januar 2008 umiddelbart inden modtagelsen af Klagenævnets telefax.

De indklagede anmodede ligeledes den 9. januar 2008 om, at begæringen om opsættende virkning blev afvist, subsidiært at den ikke blev taget til følge.

Den 16. januar 2008 besluttede Klagenævnet at tillægge klagen opsættende virkning. I beslutningen anføres bl.a.:

»Ad afvisningspåstanden ad begæringen om opsættende virkning:

Indklagede gør til støtte for sin afvisningspåstand gældende, at standstill perioden efter indklagedes opfattelse udløb den 23. december 2007. Indklagede blev ved mail af 21. december 2007 fra klagerens advokat, advokat Høg, underrettet om klagen til Klagenævnet for Udbud, men indklagede blev ikke som anført af advokat Høg »af Klagenævnet straks [underrettet] om, at kontrakten ikke må underskrives, før der er truffet beslutning om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for udbud § 6 a, stk. 1 og 2.« Klagenævnets underretning er således først modtaget ved e-mail den 4. januar 2008 kl. 12.29, og indklagede havde i god tro indgået kontrakt samme dag kl.

11.30, dog således, at der er taget forbehold for så vidt angår Klagenævnets beslutning om opsættende virkning. Det følger af bemærkningerne til klagenævnsloven, at Klagenævnets underretning efter § 6a, stk. 1, skal ske omgående og ved brug af det kommunikationsmiddel, der konkret vurderes at være hurtigst. Som følge af det anførte har Klagenævnet ikke hjemmel til at træffe beslutning om, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet finder på grundlag af bilag 6, at standstill perioden udløb den 28. december 2007, som det også anføres i Klagenævnets brev af 4. januar 2008. Klageren havde forinden – nemlig den 21. december 2007 – indgivet klage til Klagenævnet for Udbud og havde ubestridt samme dag meddelt indklagede dette og fremsendt kopi af klageskriftet. Af Klagenævnets brev af 4. januar 2008, der som anført også tilgik indklagede pr. mail samme dag, fremgår dels, at indklagede ikke må indgå kontakt, før Klagenævnet har taget stilling til spørgsmålet om opsættende virkning, jf. § 6 a, stk. 1, dels at Klagenævnets afgørelse herom vil fremkomme senest den 18. januar 2008, jf. § 6 a, stk. 2.

Det er ikke grundlag for at antage, at Klagenævnet i det konkrete tilfælde på grundlag af ovennævnte forløb ikke skulle have hjemmel til at tillægge klagen opsættende virkning med den virkning, at kontrakt ikke må indgås, før Klagenævnet har taget stilling til sagen. Påstanden om, at begæringen om opsættende virkning afvises, tages derfor ikke til følge.
...«

Klagen har været behandlet på et møde, der var berammet til den 19. februar 2008, men som på de indklagedes foranledning blev flyttet til den 11. marts 2008.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og gennemsigtighedsprincippet samt artikel 38, stk. 2, ved at stille krav om, at tilbudsgiverne senest sammen med tilbuddets indlevering den 3. december 2007 skulle indlevere et varekatalog og en prisliste gældende for tilbuddet, som ikke måtte være dateret senere end den 12. november 2007, idet fristen for modtagelse af tilbud derved ikke reelt blev på mindst 52 dage regnet fra datoen for afsendelse af udbudsbekendtgørelsen.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og gennemsigtighedsprincippet samt artikel 38, stk. 2, og artikel 39, stk. 1, ved først den 13. november 2007 at fremsende det tilbudsskema, som ifølge udbudsbetingelserne skulle anvendes ved afgivelsen af tilbud, idet tilbudsgiverne allerede den 12. november 2007 var bundet til priserne i deres respektive kataloger.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved i rettelsesblad nr. 4 af 9. november 2007 at fastsætte krav om, at tilbudsgivere – for at deres tilbud kunne tages i betragtning – skulle føre mindst 4.000 varenumre, idet der ikke i udbudsbetingelserne var fastsat krav herom, og idet kravet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved at anvende en model for evaluering af de indkomne tilbud, hvorefter evaluering af underkriteriet »Pris/økonomi« skete således, at kun priserne på 264 ud af mindst 4.000 varenumre blev taget i betragtning.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 § 6 b, stk. 1, ved at indgå kontrakt med Creative Company A/S den 4. januar 2008 på trods af, at klageren den 21. december 2007 indleverede klage til Klagenævnet for Udbud med begæring om opsættende virkning, hvilken klage de indklagede havde modtaget i kopi.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere de indklagedes beslutning af 13. december 2007 om at indgå kontrakt med Creative Company A/S.

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

Sagens nærmere omstændigheder:

Udbudsbekendtgørelsen af 8. oktober 2007 indeholder bl.a. oplysning om, at der er tale om kontrakt som eneleverandør og en 2-årig rammeaftale med mulighed for forlængelse til en anslået værdi ekskl. moms på mellem 88 og 108 mio. kr. Fristen for afgivelse af tilbud er fastsat til den 26. november 2007. Tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

I udbudsbetingelserne, der blev sendt til tilbudsgiverne den 15. oktober 2007, er fristen for afgivelse af tilbud ændret til den 3. december 2007.

Sammen med udbudsbetingelserne sendte indklagede følgende »forbrev« til tilbudsgiverne:

»...

Det er en ufravigelig udbudsbetingelse, at tilbudsgiver sammen med sit tilbud fremlægger sit varekatalog med prisliste, som skal være gældende for tilbuddet, og som ikke må være dateret senere end den **12.11.2007**. Hvis dateringen ikke fremgår af kataloget, skal der i stedet sammen med tilbuddet fremlægges erklæring fra tilbudsgivers advokat, revisor eller uvildig person om, at denne den 12.11. 2007 var i besiddelse af det nævnte katalog. Varekataloget med tilhørende prisliste vil indgå i tilbudsvurderingen. Kataloget skal indeholde et bredt sortiment for området og vi har en forventning om min. 4.000 relevante varenumre.

Den **13.11.2007** vil vi fremsende den tilbudsliste, der skal anvendes i tilbudsgivningen, samt en beskrivelse af og et eksempel på, hvorledes prissammenligningen og pointgivningen i forhold hertil, vil finde sted. Tilbudslisten skal udfyldes på grundlag af varekatalogets priser.

...«

Udbudsbetingelserne indeholdt som bilag 3 følgende kravspecifikation:

»

1 Aftalens omfang

Der ønskes tilbud på et bredt sortiment af beskæftigelsesmaterialer, som skal kunne dække kommunernes løbende behov i meget forskellige institutioner.

Tilbudsgiver skal bestræbe, at der kun leveres produkter, som indgår i rammeaftalen og råde over et bestillings/faktureringsystem som følger op på dette.

I bilag 8 er det akkumulerede forbrug over de mest anvendte produkter nævnt.

Der ønskes tilbud i.h.t. bilag 8 tilbudslisten – samt en angivet rabat på virksomhedens øvrige sortiment pr. varegruppe i.h.t. virksomhedens fremsendte katalog.

Udbyder forbeholder sig ret til at udbyde delområder af det øvrige sortiment, såfremt dette vurderes som økonomisk fordelagtigt for udbyder.

...

3 Miljø- og sikkerhedsmæssige produktkrav...

...

4 Priser

Tilbud skal gives ud fra tilbudsgivers katalog prisliste ekskl. moms indenfor produktsortimentet med angivelse af:

Rabat på de enkelte varegrupper indenfor de enkelte produktområder.

Prislister skal vedlægges tilbuddet med oplysning om dato for prislisten – samt hvilken prisliste rabatten ydes på.

Vedlagte tilbudsskema – bilag 8 over de mest anvendte produkter skal udfyldes med de tilbudte katalogpriser, rabat og den udregnede nettopris. Skemaet returneres sammen med tilbuddet. Skemaerne skal udfyldes elektronisk som Excel-filer.

Der ønskes oplyst en fast rabatsats på tilbudsgivers øvrige sortiment jfr. Tilbudslisten.

Den tilbudte rabatsats for øvrigt sortiment skal være gældende for hele sortimentet pr. varegruppe uden undtagelser, og fratrækkes pris i varekatalog....«

Underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« er i udbudsbetingelsernes bilag 4 fastsat således:

»	Prioritet	Vægtning i procent	
Pris/økonomi	1	50-60%	
Kvalitet og service (herunder leveringstid)	2	20-30%	
Miljøegenskaber	3	10-20%	«

Herefter anføres: »Model for vægtning – fremsendes 13.11. 2007«.

I udbudsbetingelserne er om bilag 8 »Tilbudsskema – Excel-regneark« ligeledes anført: »Fremsendes 13.11.2007«.

Klageren stillede den 16. oktober 2007 efter modtagelsen af udbudsbetingelserne spørgsmål til de indklagede om betydningen af, at fristen for afgivelse af tilbud var fastsat til den 26. november 2007 i udbudsbekendtgørelsen, men til den 3. december 2007 i udbudsbetingelserne. De indklagede svarede, at den korrekte frist var den 3. december 2007.

Berigtigelse fremkom i EU-Tidende den 17. oktober 2007.

Tilbudsgiverne stillede under udbudet en række spørgsmål til de indklagede, og der blev udsendt i alt 10 rettelsesblade.

Klageren stillede således den 6. november 2007 følgende spørgsmål:

»Af det fremsendte forbrev fremgår, at fremsendelse af endeligt materiale (tilbudsliste) er udskudt til den 13. november. Dermed nedbringes afleveringsfristen til 20 dage [13. november 2007 – 3. december 2007] – er dette korrekt opfattet?«

De indklagede besvarede spørgsmålet benægtende og henviste til Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, hvorefter eventuelt supplerende oplysninger skal gives senest 6 dage inden tilbudsfristens udløb. Efter de indklagedes opfattelse var tilbudsskemaet et »supplerende dokument«. De indklagede tilføjede i svaret som begrundelse for fremgangsmåden:

»Formålet med den kronologiske adskillelse af katalogfristen den 12. november 2007 og tidspunktet for udleveringen af Bilag 4 og Bilag 8 [vægtningsskema og tilbudsliste] er, at tilbudsskemaet skal udfyldes på grundlag af tilbudsgivernes varekataloger, indeholdende priser, som skal være fastsat før tilbudsgivernes viden om tilbudsskemaets varenumre.

Herved tilsigter ordregiver at forebygge tilbudsgivernes suboptimering af priser og rabatter på specificeret og uspecificeret sortiment, henset til, at der for uspecificeret sortiment alene skal tilbydes en generel rabattsats.«

Klageren stillede den 31. oktober 2007 følgende spørgsmål:

»Af forbrevet fremgår, at der forventes min. 4.000 relevante varenumre.
[1)]Er dette et krav for at tilbuddet tages i betragtning?
[2)]Alternativt hvordan og hvor meget indgår dette i vægtningen?«

De indklagede besvarede i rettelsesblad nr. 4 af 9. november 2007 spørgsmålet således:

»

[1)] Ja. Bestemmelsen ændres fra en forventning til et krav som anført.

[2)] Se svaret ovenfor«

Af det vægtningsskema (bilag 4 til udbudsbetingelserne), der blev fremsendt den 13. november 2007, fremgår, at der opereres med et »A-sortiment«, det vil sige varenumrene på tilbudslisten, og et »B-sortiment«, det vil sige de øvrige varenumre op til de mindst 4.000, som kataloget skulle indeholde.

Tilbudslisten (bilag 8 til udbudsbetingelserne), der ligeledes som anført blev fremsendt den 13. november 2007, indeholdt 264 varenumre (»A-sortimentet«) med detaljeret varebeskrivelse (fx 54: Tekstiltusch, vandbase-ret kvalitetstusch 0,7 mm 12 ass, 160: Skole/kontorsaks spids 14 cm højrehånd eller 241: Rundtang med mosgummigreb 12,5 cm.)

Rettelsesblad nr. 5 blev fremsendt til tilbudsgiverne den 13. november 2007 sammen med tilbudslisten og vægtningsskemaet. Af rettelsesbladet fremgår, efter hvilke principper indklagede ville vurdere de indkomne tilbud. Om »A-sortimentet« hedder det bl.a. om vægtningen af de akkumulerede priser på sortimentet:

»De tildelte point vægtes med 25 % af vægtningen af priskriteriet«

Om »B-sortimentet« hedder det ud for emnerne »Forventet sum af vejledende udsalgspriser inden for B-sortiment, fastsat forholdsmæssigt i forhold til A-sortiment, jf. katalog«, »Tilbudt generel rabat« og »Nettopris«:

»Den forventede sum af vejledende udsalgspriser på levering af B-sortimentet pr. år beregnes som summen af vejledende udsalgspriser på varer og mængder i A-sortimentet,..., ganget med 3.

Denne faktor udgør forholdet mellem de budgetterede anskaffelser inden for henholdsvis A- og B-sortimenterne pr. år.

Den tilbudte rabat beregnes af ordregiver som summen af de oplyste rabatter for varekategorierne i tilbudsskemaet (bilag 8) vægtet i forhold til de anførte beløbsestimater pr. år.

Nettoprisen fremkommer som den beregnede samlede anskaffelsespris inden for B-sortimentet,..., minus den generelle rabat,...«

Endelig anføres om B-sortimentet, at de tildelte point vægtes med 75 % af vægtningen af priskriteriet.

Der er afgivet erklæringer af blandt andre salgsschef i AV Form A/S Torben Stanell.

De indklagede har henvist til et svensk offentlig udbud af 27. december 2007 omfattende kontorartikler med tildelingskriteriet »laveste pris«. Det fremgår, at tilbudslisten under dette udbud blev sendt til tilbudsgiverne sammen med udbudsbetingelserne, og at der ikke var tale om, at listepriiserne skulle fastfryses før fristen for afgivelse af tilbud. Det er ikke oplyst, hvorvidt det svenske udbud er eller har været genstand for klagesag.

Torben Stanell har bl.a. forklaret, at tilbudslisten af 13. november 2007 viste sig at indeholde varenumre, som klageren ikke havde i det katalog, som var indleveret allerede den 12. november 2007. Der skulle imidlertid gives tilbud på alle varer i tilbudslisten. Klageren rettede henvendelse til sine underleverandører for at opfylde alle kravene og afgav inden for A-sortimentet tilbud på i alt 15-16 »nye varer«, det vil sige varer, som ikke indgik i klagerens katalog. Dette fremgår tydeligt af den tilbudsliste, som klageren har udfyldt.

Indkøbschef Wiktor Lange har bl.a. forklaret, at der skulle afgives tilbud på alle varenumre i tilbudslisten.

Indkøbskonsulent Martin Eliassen har bl.a. forklaret, at tilbudsgiverne kunne konkurrere såvel på de tilbudte priser i tilbudslisten som på den tilbudte rabat.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at de indklagede reelt har fastsat en kortere frist til udarbejdelse af tilbud end krævet i direktivets artikel 38, stk. 2, fordi

tilbudsgivernes priskataloger skulle være dateret senest den 12. november 2007. Uanset sine motiver til fremgangsmåden har de indklagede ikke hjemmel til at fastsætte, at dele af tilbudene – trods en formelt fastsat frist på mindst 52 dage – de facto skal foreligge færdige længe før fristens udløb. Tilbudsgiverne kunne end ikke ved afgivelsen af deres priskataloger vide, om katalogerne indholdt alle de ydelser, der var omfattet af »A-sortimentet«, eftersom tilbudsgiverne først modtog tilbudslisten dagen efter aflevering af priskatalogerne. De indklagede har derfor handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet.

De indklagede har gjort gældende, at baggrunden for den valgte fremgangsmåde – adskillelse af katalogfristen den 12. november 2007 og udleveringen af tilbudslisten den 13. november 2007 – skal søges i, at der er tale om et udbud af meget brede produktsortimenter. Det er ikke muligt i en sådan situation at foretage prissammenligninger, fordi varesortimenterne er usammenlignelige. Antallet af vareartikler – forstået som individuelt afgrænsede varetyper – der skal anskaffes inden for kontraktens løbetid, er ikke endeligt afklaret på udbudstidspunktet, budgetreguleringerne ligger ikke fast, og tilbudsgivernes varekataloger er ikke umiddelbart sammenlignelige. De indklagede var derfor nødt til at foretage en »økonomisk repræsentativ tilbudssammenligning«, der forudsatte, at tilbudsgiverne ikke kunne overvælte avance fra den del af prissammenligningen, som både tog udgangspunkt i konkret tilbudte priser og tilbudte rabatter [»A-sortimentet«], til den del af tilbudssammenligningen, som alene tog udgangspunkt i en generel tilbudt rabatsats [»B-sortimentet«]. De indklagede har henvist til, at der blev redegjort herfor ved rettelsesbrev nr. 4 af 9. november 2007.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 1, ikke omhandler den situation, at den ordregivende myndighed bevidst vælger at tilbageholde et væsentligt dokument og en central del af udbudsbetingelserne, nemlig tilbudslisten, indtil tilbudsgiverne har afsluttet deres prissætning. Udbudsdirektivets artikel 39, stk.2, om supplerende oplysninger drejer sig ikke om selve udbudsbetingelserne, der skal udleveres inden for den i artikel 39, stk. 1, fastsatte frist. De indklagede har ikke hjemmel til at fravige de klare fristregler i udbudsdirektivets artikel 38, stk. 2, og 39, stk.1. Den manglende udlevering af dele af tilbudslisten har været

egnet til at skabe tvivl og usikkerhed og er derfor i strid med gennemsigtighedsprincippet.

De indklagede har gjort gældende, at de indklagede ikke har tilsidesat udbudsdirektivets artikel 38, stk. 2, ved først at fremsende det tilbudsskema, som skulle anvendes, efter at tilbudsgiverne var bundet af deres katalogpriser. De indklagede har heller ikke tilsidesat artikel 39, stk. 1. De indklagede har begrundet dette med, at de indklagede efter artikel 39, stk. 2, indtil 6 dage før tilbudsfristens udløb kan meddele tilbudsgiverne supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne og supplerende dokumenter. En sådan tilretning af udbudsbetingelserne kræver ikke særskilt hjemmel. Det var alene tilbudslisten og modellen for sammenligning af tilbudte priser, som først blev udleveret den 13. november 2007. Derved blev tilbudslisten »fra-taget sin strategiske anvendelighed for tilbudsgiverne som redskab til at manipulere med de tilbudte priser«. Da tilbudsgiverne således blot skulle indsætte deres i forvejen gældende priser i tilbudslisten uden at ændre på dem og herudover oplyse om op til 264 forskellige rabatsatser inden for A-sortimentet, ville enhver tilbudsgiver utvivlsomt kunne overkomme dette inden for tidsrummet fra den 13. november til den 3. december 2007.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at kravet om 4.000 varenumre kunne være sagligt, hvis det var konkret begrundet i overvejelserne om behovet for de fremtidige indkøb. De indklagede så sig imidlertid kun i stand til at definere 264 produkter (»A-sortimentet«). De indklagede fastsatte først den 9. november 2007, 3 dage før fristen for indlevering af priskataloget, krav om 4.000 varenumre. Creative Company A/S, der også var leverandør til de indklagede før udbudets iværksættelse, var den eneste, der i forvejen rådede over 4.000 varenumre. Kravet er således i strid med ligebehandlingsprincippet. Kravet er i øvrigt helt vilkårligt, idet dets opfyldelse afhænger af, hvordan den enkelte leverandør har opdelt sine ydelser (fx om forskellige farver optræder under forskellige varenumre). Kravet er derfor ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

De indklagede har gjort gældende, at kravet om 4.000 varenumre er sagligt. Klagerens prisliste indeholdt 4.125 varenumre, og kravet har derfor været uden betydning for klageren. I rettelsesblad nr. 4 af 9. november 2007 anføres udtrykkeligt, at der er tale om et krav, men det er uden betydning. Også

før rettelsesbladet blev udsendt, var der tale om et krav. Udbudsbetingelsernes formulering – »der *forventes* min. 4.000 relevante varenumre.« – kan ikke forstås på anden måde. Under alle omstændigheder er der ikke tale om en væsentlig ændring af udbudsbetingelserne.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at prisbedømmelsen alene blev foretaget ud fra de 264 varenumre i tilbudslisten (»A-sortimentet«). Bedømmelsen af priserne i »B-sortimentet« (de flere tusind resterende varenumre) indgik kun ved, at listepriiserne for produkter i A-sortimentet blev sammenlagt og fratrukket den faste rabatsats på B-sortimentet. Evalueringsmodellen tager ikke i tilstrækkelig grad højde for, at der er fastsat krav om mindst 4.000 varenumre.

De indklagede har gjort gældende, at den anslåede værdi af A-sortimentet udgjorde ca. 25 % af den anslåede værdi af de samlede anskaffelser omfattet af udbuddet. De indklagede kunne med føje gå ud fra, at tilbudsgivernes prisniveauer inden for A-sortimentet ville ligge på niveau med deres priser uden for A-sortimentet. De indklagedes sammenligning af de tilbudte priser inden for A-sortimentet ville derfor være økonomisk repræsentativt for sammenligning af priser inden for B-sortimentet.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at § 6 b, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 skal fortolkes under hensyntagen til bestemmelsens formål og bestemmelsen i Lov om Klagenævnet for Udbud § 6 a, stk. 1. En ordregiver kan ikke retmæssigt indgå kontrakt efter standstillperioden på 10 dage, hvis ordregiveren er bekendt med, at der er indgivet klage til Klagenævnet inden for perioden. Klagenævnet har pligt til at give den omhandlede underretning. Klagenævnet har derimod ikke nogen skønsbeføjelse og kan ikke undlade at give underretning om, at der ikke må indgås kontrakt, før Klagenævnet har taget stilling til spørgsmålet om opsættende virkning.

De indklagede har gentaget anbringenderne til støtte for påstanden om afvisning af begæringen om at tillægge klagen opsættende virkning. De indklagede har nærmere anført, at Klagenævnet – i en situation, hvor der indgives klage inden for standstillperioden – i medfør af Lov om Klagenævnet

for Udbud § 6 a, stk. 3, er forpligtet til omgående at meddele de indklagede, at der ikke må indgås kontrakt, før Klagenævnet har taget stilling til begæringen. Klagen blev indgivet fredag den 21. december 2007. Klagenævnets sekretariat meddelte på telefonisk forespørgsel samme dag, at Klagenævnet ikke inden jul ville foretage sig yderligere i anledning af klagen. De indklagede modtog hverken den 27. eller 28. december 2007 eller den 2. eller 3. januar 2008 fra Klagenævnet besked om, at kontrakt ikke måtte underskrives. Den frist på 10 arbejdsdage, som Klagenævnet har i medfør af lovens § 6 a, stk. 2, er efter bemærkningerne til lovforslaget den maksimale sagsbehandlingstid, og fristen er ufravigelig. Fristen regnes imidlertid fra underretningen, der først blev givet den 4. januar 2008. Bestemmelsen i Lov om Klagenævnet for Udbud § 6 a, stk. 3, ville savne formål, såfremt Klagenævnet indirekte ville kunne forlænge fristen på 10 arbejdsdage ved at undlade at give underretning efter lovens § 6 a, stk. 2. De indklagede har derfor været berettiget til at indgå kontrakt med Creative Company A/S som sket.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at de indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Creative Company A/S skal annulleres.

De indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere beslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

De indklagedes krav om, at tilbudsgivernes varekatalog skulle være dateret senest den 12. november 2007 og dermed »fastfrosset« før udløbet af en frist på mindst 52 dage fra afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen, er i strid med udbudsdirektivets artikel 38, stk. 2. Kravet er ligeledes i strid med direktivets artikel 2 og gennemsigtighedsprincippet, fordi tilbudsgiverne ikke på det pågældende tidspunkt vidste, hvilke ydelser der blev stillet krav om, idet oplysning herom først tilgik tilbudsgiverne den 13. november 2007, hvor tilbudslisten blev fremsendt.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 2

Tilbudslisten danner baggrund for tilbudsgivernes – helt legitime – overvejelser over, hvordan tilbudet skal udformes. Det er således ikke uden kendskab til tilbudslisten (»A-sortimentet«) muligt at vide, hvad de indklagede krævede leveret.

Den anvendte fremgangsmåde har ikke hjemmel i Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 3

Ved rettelsesblad nr. 4 af 9. november 2007 fastsatte de indklagede krav om, at tilbudsgiverne i det katalog, der skulle afleveres den 12. november 2007, skulle føre mindst 4.000 varenumre. Dette havde - som det udtrykkeligt anføres i rettelsesbladet – ikke tidligere været et krav. Kravet er uden sammenhæng med den tilbudsliste, som blev tilsendt den 13. november 2007, og som danner grundlaget for evalueringen. De indklagede har ikke i øvrigt anført saglige grunde til, at kravet – der forekommer vilkårligt - blev fastsat.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 4

I hvert fald under de omstændigheder, hvor dette udbud blev gennemført, har de indklagede handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og gennemsigtighedsprincippet ved at anvende en evalueringsmodel, hvor tilbuddene i relation til underkriteriet »Pris/økonomi« blev evalueret efter en metode, der indebar, at B-sortimentets faktiske priser ikke indgik. Klagenævnet har også i denne forbindelse lagt vægt på, at tilbudsgiverne ikke på det tidspunkt, hvor katalogpriserne med de mindst 4.000 varenumre var fastfrosset, det vil sige den 12. november 2007, havde viden om, hvilke varer tilbudslisten omfattede, og efter hvilken model evalueringen af de tilbudte priser ville blive foretaget.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 5

Klagen blev indgivet til Klagenævnet den 21. december 2007, og klageren fremsendte samtidig kopi til de indklagede, der var repræsenteret ved advokat, og med angivelse af retsvirkningen af, at der inden for standstillperioden blev begæret opsættende virkning. Klagenævnet underrettede den 4. januar 2008 de indklagede om, at kontrakt ikke måtte indgås, at de indklagede havde lejlighed til at fremkomme med bemærkninger senest den 9. januar 2008, og at underretning om, hvorvidt begæringen om opsættende virkning blev taget til følge, ville fremkomme senest den 18. januar 2008. Den 16. januar 2008 meddelte Klagenævnet parterne, at klagen var tillagt opsættende virkning.

Ved bekendtgørelse nr. 588 af 12. juni 2006 blev bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter m.m. ændret blandt andet ved indsættelse af § 6 b, stk. 1, hvorefter kontrakter, der indgås efter en udbudsprocedure, tidligst må underskrives 10 dage efter afsendelsen af underretningen til tilbudsgiverne om, hvilken afgørelse der er truffet med hensyn til tildeling af kontrakt.

I tilknytning til denne bestemmelse blev der med virkning fra den 1. juli 2007 ved lov nr. 572 af 6. juni 2007 i Lov om Klagenævnet for Udbud indsat følgende bestemmelse:

»§ 6 a. Når en klager begærer opsættende virkning i en sag vedrørende udbud, hvor ordregiver er forpligtet til at undlade at indgå kontrakt i en vis periode, (standstill), og klagen indgives inden for denne periode, underretter Klagenævnet ordregiver om, at kontrakten ikke må underskrives, før beslutning i henhold til § 6, stk.2, er truffet.

Stk.2. Klagenævnet skal inden udløbet af 10 arbejdsdage underrette ordregiver om sin beslutning i henhold til § 6, stk. 2. Denne frist regnes fra Klagenævnets afsendelse af underretning efter stk.1.

Stk.3. Underretning efter stk.1 og 2 skal ske omgående og ved brug af hurtigst mulige kommunikationsmidler.«

Disse bestemmelser skal ses i sammenhæng med bestemmelsen i Lov om Klagenævnet for Udbud § 4, stk. 3, (der gentager den tidligere bestemmelse herom i den oprindelige Lov om Klagenævnet for Udbud nr. 344 af 6. juni 1991 § 2, stk. 2), hvorefter en klager senest samtidig med, at klagen

indgives til Klagenævnet, skal underrette ordregiveren om, at klagen indbringes for nævnet.

Retsvirkningen af, at der indgives klage i standstillperioden, er således, at kontrakt ikke må indgås, før Klagenævnet har taget stilling til, om klagen skal tillægges opsættende virkning i medfør af lovens § 6, stk. 2, og denne retsvirkning er ikke betinget af Klagenævnets underretning herom.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 6

På baggrund af de overtrædelser, der er fastslået ad påstand 1-4, annullerer Klagenævnet de indklagedes beslutning af 13. december 2007 om at indgå kontrakt med Creative Company A/S.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

De indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og gennemsigtighedsprincippet samt artikel 38, stk. 2, ved at stille krav om, at tilbudsgiverne senest sammen med tilbuddets indlevering den 3. december 2007 skulle indlevere et varekatalog og en prisliste gældende for tilbuddet, som ikke måtte være dateret senere end den 12. november 2007, idet fristen for afgivelse af tilbud derved ikke reelt blev på mindst 52 dage regnet fra datoen for afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen.

Ad påstand 2

De indklagede har handlet i strid med i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og gennemsigtighedsprincippet samt artikel 38, stk. 2, og artikel 39, stk.1, ved først den 13. november 2007 at fremsende det tilbudsskema, som ifølge udbudsbetingelserne skulle anvendes ved afgivelsen af tilbud, idet tilbudsgiverne allerede den 12. november 2007 var bundet til priserne i deres respektive kataloger.

Ad påstand 3

De indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved i rettelsesblad nr. 4 af 9.

november 2007 at fastsætte krav om, at tilbudsgivere – for at deres tilbud kunne tages i betragtning – skulle føre mindst 4.000 varenumre, idet der ikke i udbudsbetingelserne var fastsat krav herom, og idet kravet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 4

De indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved at anvende en model for evaluering af de indkomne tilbud, hvorefter evaluering af underkriteriet »Pris/økonomi« skete således, at kun priserne på 264 ud af mindst 4.000 varenumre blev taget i betragtning.

Ad påstand 5

De indklagede har handlet i strid med bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 § 6 b, stk. 1, ved at indgå kontrakt med Creative Company A/S den 4. januar 2008 på trods af, at klageren den 21. december 2007 indleverede klage til Klagenævnet for Udbud med begæring om opsættende virkning, hvilken klage de indklagede havde modtaget i kopi.

De indklagedes beslutning af 13. december 2007 om at indgå kontrakt med Creative Company A/S annulleres.

De indklagede, Esbjerg Kommune, Fredericia Kommune, Herning Kommune, Holstebro Kommune, Ikast-Brande Kommune, Kolding Kommune, Middelfart Kommune, Odense Kommune, Randers Kommune, Silkeborg Kommune, Svendborg Kommune, Sønderborg Kommune, Vejle Kommune og Århus Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, AV Form A/S, in solidum betale 75.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig