

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Helle Bøjen Larsen, Michael Jacobsen)

J.nr.: 2010-0022790

31. maj 2011

K E N D E L S E

Kailow Graphic A/S
(selv)

mod

Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 133-204435 af 9. juli 2010 udbød indklagede, Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S, 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) rammeaftale 04.14 om »visuel kommunikation og identitet samt tryk og efterbehandling«. Rammeaftalen var opdelt i 2 delaftaler. Klagen vedrører alene delaftale 2 om tryk og efterbehandling.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud oprindeligt fastsat til den 17. august 2010 og senere ændret til den 18. august 2010 havde indklagede modtaget 40 konditionsmæssige tilbud vedrørende delaftale 2. Den 16. september 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med de 10 virksomheder, hvis tilbud havde opnået den højeste score under evalueringen, nemlig:

1. Best-Buy-Broker.dk A/S
2. CS Grafisk A/S
3. F. E. Bording A/S
4. Formula A/S

5. GP-Tryk A/S
6. Graphic Wave ApS
7. LaserTryk.dk A/S
8. Pekema gruppen A/S
9. Remmer A/S
10. Scanprint A/S

Den 24. september 2010 indgav klageren, Kailow Graphic A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 15. oktober 2010 traf klagenævnet afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning. I begrundelsen for afgørelsen står bl.a.:

»Det er i den foreliggende sag klagenævnets vurdering, at betingelse nr. 2, hvorefter der skal foreligge uopsættelighed, ikke er opfyldt. Det kan således ikke på det foreliggende grundlag antages, at klageren vil lide et uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Betingelserne i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, er således ikke opfyldt, og klagenævnet tager derfor ikke klagerens anmodning om opsættende virkning til følge.

I relation til betingelse nr. 1 om fumus boni juris finder klagenævnet anledning til at udtale:

I udbudsbetingelserne er anført, at tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med blandt andet »Service« som underkriterium. I udbudsbetingelserne står der:

»Evaluerings af Service

Det er et Mindstekrav at tilbudsgiver angiver reaktionstid for de produktkategorier som tilbydes. Jo lavere en reaktionstid jo bedre.

...«

I det regneark, som tilbudsgiverne skulle afgive tilbuddet i, står følgende:

»Det er et Mindstekrav at Tilbudsgiver angiver den maksimale garanterede reaktionstid, for de produktkategorier som tilbudsgiver tilbyder. Hvis der ikke er angivet reaktionstid for mindst tre af produktkategorierne, er tilbuddet ikke konditionsmæssigt.

Angiv, i antal dage, den tid som tilbudsgiver kan garantere der maksimalt går fra modtagelsen af godkendt tryk/printklar materiale til en ordre til trykning/print af den konkrete tryksag er påbegyndt, for hver af de produktkategorier som tilbudsgiver tilbyder.

Jo hurtigere en leverandør kan reagere på en ordre, jo hurtigere kan Kunden få udnyttelse af de bestilte produkter.

Antal dage tælles fra og med dagen efter modtagelse af materialet, til og med dagen hvor trykning/print påbegyndes.«

Flere af tilbudsgiverne ønskede at anføre »-1« eller »0« som reaktionstid, idet tilbudsgiverne ønskede at give udtryk for, at udførelse af ordren går i gang samme dag, som ordren modtages.

Hvis tilbudsgiveren anførte »-1«, kom der en fejlmeddelelse med følgende indhold:

»Kun positive heltal«

Indklagede har oplyst, at det – således som indklagedes tilbudssystem var indrettet – var muligt for tilbudsgiverne at anføre »0« som reaktionstid.

Indklagede har oplyst, at indklagede under evalueringen tildelte det maksimale antal point til en tilbudsgiver, som havde anført »0« som reaktionstid.

Det er anført i indklagedes svarskrift og i nogle af de modtagne klager, at »0« ikke er et positivt heltal.

Klagenævnet udtaler på denne baggrund, at det efter en foreløbig vurdering må antages, at indklagede – som følge af den måde, hvorpå indklagedes tilbudssystem var indrettet i relation til tilbudsgivernes angivelse af reaktionstid – under udbuddet har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2.

Henset til det begrænsede omfang, hvori sagen er oplyst, ønsker klagenævnet ikke på nuværende tidspunkt at udtale sig om, hvorvidt udbuddet vedrørende delaftale 2 skal annulleres.«

Det er oplyst, at indklagede i januar 2011 besluttede at opsigte rammeaftale 04.14 med virkning fra 1. maj 2011. Indklagede har som begrundelse

anført, at indklagede på baggrund af en udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har besluttet at gennemføre et »paradigmeskifte«.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har ikke nedlagt præcise påstande. Klagenævnet har forstået klagen således, at klageren ønsker, at klagenævnet tager stilling til følgende:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved med hensyn til delaftale 2 at have fastsat underkriteriet 3. »Service«, uanset underkriteriet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet indklagede ikke i udbudsbetingelserne havde fastsat klart og entydigt, hvorledes tilbudsgiverne skulle angive reaktionstiden.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved efter offentliggørelsen af udbudsbetingelserne at ændre de udbudte produkter, idet indklagede lod visse typer af kuverter udgå af udbuddet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, ved først den 17. august 2010 kl. 14.26 at forlænge tilbudsfristen oprindeligt fastsat i udbudsbekendtgørelsen til samme dag kl. 14.00 og på indklagedes udbudshjemmeside til samme dag kl. 12.00, således at tilbudsfristen blev forlænget til den 18. august 2010 kl. 12.00.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes tildelingsbeslutning af 16. september 2010 vedrørende delaftale 2.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1, 2 og 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge, mens indklagede har erkendt overtrædelsen i påstand 3.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsens punkt IV.3.4) var tilbudsfristen fastsat til den 17. august 2010 kl. 14.00.

I indklagedes e-mail af samme dag kl. 14.26 står der:

»På udbudssiden for udbud af rammekontrakt 04.14 Design og tryk var tidsfristen desværre blevet sat til kl. 12.00 i dag den 17. august 2010. Det rigtige tidspunkt var, som det fremgår af bekendtgørelsen, i dag kl. 14.00.

For at give tilbudsgivere, der af den årsag ikke har nået at afgive tilbud, mulighed for at nå det, er tilbudsfristen udsat til i morgen den 18. august 2010 kl. 12.00.«

Indklagede besvarede den 11. august 2010 nogle spørgsmål fra tilbudsgiverne således:

»...

Spørgsmål 03.10 Spørgsmål til konvolutter under 1.2.11+1.2.12+1.2.13+1.2.14 Der ønskes priser på M5 Maskinkonvolutter. Disse er sjældent brugt og produceres i begrænset mængder. De lagerføres derfor ikke. Konvolutten findes endvidere kun i version med rude. Ved brug af maskinkonvolutter er det mest brugte format C5, ellers er der tale om M5 specialproduktion i antal over 5000. 1. A. Ønskes prisen på C5 (162x229)? 2. B. Kan minimum oplaget evt. ændres? 3. C. Kan type uden rude udelades? 4. D. Kan alternativ konvolut på 155x229 accepteres?	Ad A: Nej. Se spørgsmål 03.09 Ad B: Nej, minimumsoplaget kan ikke ændres. Ad C: Ja. Alle priser på M5 Maskinkuverter med og uden rude udgår af evalueringen under spørgsmål 1.2.11+1.2.12+1.2.13+1.2.14. Under "Udbudsmateriale" i Ethics under "Dokumenter til gennemlæsning" findes dokumentet "bilag til spørgsmål og svar" der grafisk ved rød markering angiver hvilke spørgsmål der ikke vil blive evalueret. Såfremt SKI modtager et spørgeskema med indtastninger i de nævnte felter vil dette IKKE anses som ikke konditionsmæssigt. Denne ændring vil ligeledes få betydning for vægtningen af produktkategorien 1.2 Kuverter, hvilket ligeledes kan ses i "bilag til spørgsmål og svar". Ad D: Nej, alternativ konvolut kan ikke accepteres.
Spørgsmål 03.12 Digitale konvolutter laves ikke som maskinkonvolutter eller som selvklæbende uden strip. Må Offset konvolutter tilbydes i stedet?	Nej. For hele produktkategorien 1.2 Kuverter vil alle digitalt trykte kuverter i nedenstående kategorier udgå af evalueringen: "Kuvert med rude, selvklæbende" "Kuvert uden rude, selvklæbende" "maskinkuvert med rude"

	”maskinkuvert uden rude” Under ”Udbudsmateriale” i Ethics under ”Dokumenter til gennemlæsning” findes dokumentet ”bilag til spørgsmål og svar” der grafisk ved rød markering angiver hvilke spørgsmål der ikke vil blive evalueret. Såfremt SKI modtager et spørgeskema med indtastninger i de nævnte felter vil dette IKKE anses som ikke konditionsmæssigt. Denne ændring vil ligeledes få betydning for vægtningen af produktkategorien 1.2 Kuverter, hvilket ligeledes kan ses i ”bilag til spørgsmål og svar”.
--	---

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det strider mod forskriften i dialogboksen, at der kunne anføres »0« som reaktionstid, da »0« ikke er et positivt heltal. Forskriften i dialogboksen var således vildledende formuleret, og på denne baggrund var underkriteriet 3. »Service« ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klageren har nærmere anført, at klageren i besvarelsen af spørgeskemaet vedrørende reaktionstid anførte reaktionstiden som 1 dag, da klageren på baggrund af dialogboksens indhold om, at der kun kunne angives positive heltal, anså 1 dag som den kortest mulige reaktionstid.

Indklagede har gjort gældende, at det tydeligt fremgår af vejledningen til udfyldelse af tilbudslisten, at en tilbudsgiver, der påbegynder trykning/print af materiale dagen efter modtagelsen af materialet, skal anføre »1« i feltet for maksimal reaktionstid, da dagene tælles »fra og med« dagen efter modtagelsen af materialet. En tilbudsgiver, der påbegynder opgaven samme dag, som materialet modtages, skal i konsekvens heraf angive »0« i feltet med reaktionstid. Det forhold, at der ved en fejlagtig udfyldelse af tilbudslisten kommer en dialogboks op, som angiver, at der alene kan anføres positive heltal, hvilket efter en stringent matematisk fortolkning ikke omfatter 0, medfører ikke, at underkriteriet 3. »Service« er ulovligt.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at klagerens konkurrencefordel blev tilsidesat ved at indklagede lod kuverterne udgå af udbuddet, da klageren i mod-

sætning til andre tilbudsgivere ikke havde problemer med at levere kuverterne.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede var berettiget til at lade kuverterne udgå af udbuddet. Indklagedes beslutning om at lade kuverterne udgå var alene båret af hensynet til at sikre indklagedes medlemmer de bedst mulige produkter til den bedst mulige pris.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede handlede i strid med udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, ved at forlænge tilbudsfristen som sket.

Indklagede har erkendt at have overtrådt udbudsdirektivet.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet på grundlag af overtrædelserne ad påstand 1 – 3 skal annullere indklagedes tildelingsbeslutning af 16. september 2010.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Med henvisning til begrundelsen i klagenævnets afgørelse vedrørende opsættende virkning og i øvrigt af de grunde, som klageren har anført, tages påstanden til følge.

Ad påstand 2

Der er ikke grundlag for at antage, at indklagede har tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at lade nogle få varer udgå af udbuddet.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Indklagede har forlænget tilbudsfristen senere end seks dage inden udløbet af den fastsatte tilbudsfrist, jf. udbudsdirektivets 39, stk. 2.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 4

Da indklagede har opsagt rammeaftale 04.14 med virkning fra 1. maj 2011, træffer klagenævnet ikke afgørelse vedrørende påstand 4.

Herefter bestemmes:Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved med hensyn til delaftale 2 at have fastsat underkriteriet 3. »Service«, uanset underkriteriet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet indklagede ikke i udbudsbetingelserne havde fastsat klart og entydigt, hvorledes tilbudsgiverne skulle angive reaktionstiden.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, ved først den 17. august 2010 kl. 14.26 at forlænge tilbudsfristen oprindeligt fastsat i udbudsbekendtgørelsen til samme dag kl. 14.00 og på indklagedes udbudshjemmeside til samme dag kl. 12.00, således at tilbudsfristen blev forlænget til den 18. august 2010 kl. 12.00.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 2.

Klagenævnet træffer ikke afgørelse vedrørende påstand 4.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig