

Klagenævnet for Udbud

(Søren Holm Seerup, Kent Petersen, Thomas Grønkær)

J.nr.: 2010-0023157

17. august 2011

K E N D E L S E

Konsortiet PrininfoDenmark
PrininfoHolding A/S
(selv)

mod

Økonomistyrelsen
(Kammeradvokaten v/advokat Tom Holsøe)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 114-173231 af 11. juni 2010 udbød indklagede, Økonomistyrelsen, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet) en rammekontrakt om indkøb af trykkeriydelser.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 13. juli 2010 havde 28 virksomheder og 9 konsortier anmodet om prækvalifikation.

Den 31. august 2010 besluttede indklagede at prækvalificere 2 virksomheder og 5 konsortier, bl.a. Rosendahls Schultz Grafisk, GP-Tryk A/S, Datagraf A/S og Prininfo Danmark.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 8. september 2010. Reviderede udbudsbetingelser blev udsendt den 12. oktober 2010. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 19. oktober 2010 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 11. november 2010 besluttede

indklagede at indgå kontrakt med Rosendahls Schultz Grafisk, GP-Tryk A/S og Datagraf A/S, og kontrakt blev herefter indgået.

Den 19. november 2010 indgav klageren, Princo Danmark, Princo Holding A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Økonomistyrelsen. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 10. december 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have beskrevet tildelingskriteriet »Kvalitet« i en sådan grad, at det ikke er muligt for indklagede at afgøre, hvem af tilbudsgiverne der har afgivet det bedste tilbud på delkriteriet »Kvalitet«.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at stille krav om dokumentation for tilbudsgivernes besvarelser i kontraktbilag 1B og 2.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have prækvalificeret en tilbudsgiver uden den fornødne dokumentation.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes tildelingsbeslutning af 11. november 2010.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 11. juni 2010 indeholder blandt andet følgende:

»III.2.2 økonomisk og finansiell kapacitet

...

Som mindstekrav kræves en omsætning på kr. 35 mio. i det seneste disponible regnskabsår... Såfremt virksomheden baserer sig på andre enheders formåen, beregnes soliditetsgraden som virksomhedens og de andre enheders samlede egenkapitals værdi i forhold til deres samlede aktiver.

...«

Den udbudte rammekontrakt er i udbudsbetingelserne af 8. september 2010 beskrevet således:

»Rammekontrakten vil omfatte:

- Prepress, herunder layout og prepress af diverse tryksager, herunder korrektur mv.
- Produktion af tryksager, herunder foldere, magasiner, rapporter, brev-papir, visitkort, kuverter med logo, plakater og bøger mv.
- Web-to-print system
- Distribution, herunder lagerhotel og opbevaring, forsendelse af tryksager mv. fra lager-hotel, håndtering af bestillinger, returbehandling og fakturering.

Detailspecifikationer vil fremgå af Rammekontrakten og Kontraktbilagene.

Det bemærkes, at print og kopi af løblade i henholdsvis sort/hvid eller farve med mulighed for efterbehandling, samt tilknyttet bordarbejde, herunder samling i mapper mv. udbydes særskilt og er derfor ikke omfattet af nærværende udbud.

Prepressydelser indeholdt i kontrakt om Prepressydelser omfattende lovgivnings- og regeludstedelsesarbejde samt Folketingets øvrige virke, der blev udbudt ved udbudsbekendtgørelse offentliggjort ved EUT 2008/S 224-298294, (Prepressaftalen) er ikke omfattet af Rammekontrakten. For så vidt angår de af Rammekontrakten omfattede øvrige ydelser, herunder produktion og distribution, er statslige myndigheder alene berettigede, men ikke forpligtede til at købe disse øvrige ydelser på Rammekontrakten, når indkøb sker i tilknytning til Prepressydelser omfattet af Prepressaftalen.

Visse øvrige undtagelser gælder ligeledes, herunder i forbindelse med ydelser, der er forbundet med særlig stor fortrolighed, sikkerhed, helt særlige leveringsvilkår mv. Vilkårene herfor er fastlagt i Rammekontrakten.

For så vidt angår tryksager, som er trykt inden Rammekontraktens ikrafttræden, må der for så vidt angår distribution, herunder lagerhotel og opbevaring, forsendelse af tryksager mv. fra lagerhotel, håndtering af bestillinger, returbehandling og fakturering påregnes en vis periode før aftalen er fuldt indfaset som følge af løbende udløb af eksisterende aftaler.

Der er opnået enighed om, at alle danske kommuner og regioner skal være part i Rammekontrakten med den virkning, at kommunerne og regionerne kan vælge at tilslutte sig til frivilligt at gøre brug af Rammekontrakten. De nærmere vilkår herfor fremgår af Kontraktbilag 7.

De selvejende institutioner mv., der er angivet i Kontraktbilag 3A, samt Folketinget kan tillige gøre brug af Rammekontrakten på de i Kontraktbilag 7 anførte vilkår.«

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«, og i udbudsbetingelserne er anført følgende vedrørende tildelingskriterier:

»Kriterier

- | | |
|---|------|
| 1. Pris: | 65 % |
| 2. Kvalitet af de tilbudte produkter og serviceydelser: | 35 % |

...

Ad 2) Kvalitet vurderes på grundlag af omfanget og indholdet af de opfyldte krav (K) og prioriterede krav (PK) i kontraktbilag 1B. Ordregiver har til de enkelte krav (K) og prioriterede krav (PK) angivet, hvad der tillægges positiv betydning i forbindelse med opfyldelsen af disse. Opfyldelsen af ”prioriterede krav (PK)” tillægges større betydning end opfyldelsen af ”krav (K)”«

Kontraktbilag 1B indeholder kravspecifikationer. I specifikationerne er indeholdt 126 mindstekrav (MK), otte krav (K) og fire prioriterede krav (PK).

Kontraktbilag 2 indeholder leverandørens løsningsbeskrivelse. I dette dokument skal tilbudsgiverne forholde sig til de tolv krav (K) og de fire prioriterede krav (PK).

De otte krav (K) er i kontraktbilag 2 gengivet som følger:

»2.1.1 Krav til kuverter

Det er et krav, at kuverter lever op til kriterierne for miljømærket Svanen i henhold til kriteriedokument for papirkuverter version 4.3 ...

Angiv om kravet opfyldes:

☐ Ja ☐ Nej

Det vægtes positivt, såfremt kravet opfyldes.

2.1.2 Krav til miljøfarlige kemikalier

Det er et krav, at kemikalier i lim, trykfarve, lak toner og blæk ikke er klassificeret som miljøfarlige med en eller flere af følgende risikosætninger: ... jf. krav 1.1 til Svanemærkning af Trykkerier version 4.3

Angiv om kravet opfyldes:

☐ Ja ☐ Nej

Det vægtes positivt, såfremt kravet opfyldes.

2.1.3 Krav til sundhedsskadelige kemikalier

Det er et krav, at kemikalier i lim, trykfarver, lak, toner og blæk ikke er klassificeret som sundhedsskadelige med en eller flere af følgende risikosætninger: ... jf. krav 1.2 til Svanemærkning af Trykkerier version 4.3

Angiv om kravet opfyldes:

☐ Ja ☐ Nej

Det vægtes positivt, såfremt kravet opfyldes.

2.1.4 Krav til svane krav

Det er et krav, at kemikalier i lim, trykfarver, lak, toner og blæk ikke er tilsat EDTA og eller dets salte, NTA og eller ... jf. krav 1.3 til Svanemærkning af Trykkerier version 4.3

Angiv om kravet opfyldes:

☐ Ja ☐ Nej

Det vægtes positivt, såfremt kravet opfyldes.

2.1.5 Krav til flygtige organiske forbindelser

Det er et krav, at indholdet af VOC (flygtige organiske forbindelser) i lim, trykfarver, lak, toner og blæk er lavt, jf. krav 1.4 til Svanemærkning af Trykkerier version 4.3.

Angiv indholdet af VOC ... i lim, trykfarve, lak, toner og blæk:

Det vægtes positivt jo lavere indholdet af VOC er.

2.1.6 Krav til aromatiske aminer

Det er et krav, at trykfarver, toner og blæk ikke indeholder rester af aromatiske aminer, som overstiger 500 mg/kg, jf. krav 2.1 i bilag 1 om aromatiske aminer til Svanemærkning af Trykkerier version 4.3.

Angiv om kravet opfyldes:

☐ Ja ☐ Nej

Det vægtes positivt, såfremt kravet opfyldes.

2.1.7 Krav til miljøfareklassificeret og/eller coboltsikkert

Det er et krav, at trykfarver og lakker ikke er miljøfareklassificeret og eller indeholder coboltsikkert, jf. krav 2.1 i bilag 1 om metaller som tørremiddel til Svanemærkning af Trykkerier version 4.3.

Angiv om kravet opfyldes:

☐ Ja ☐ Nej

Det vægtes positivt, såfremt kravet opfyldes.

2.1.8 Krav til genanvendelighed

Det er et krav, at trykfarver og lakker ikke indeholder kemikalier der gør at tryksagen ikke kan genanvendes, jf. krav 2.1 i bilag 1 om genanvendelighed til Svanemærkning af Trykkerier version 4.3.

Angiv om kravet opfyldes:

☐ Ja ☐ Nej

Det vægtes positivt, såfremt kravet opfyldes.«

De fire prioriterede krav (PK) er i kontraktbilag 2 gengivet som følger:

»2.2.1 Prioriteret krav til omslag

Dette er et prioriteret krav, at alle produkter med omslag kan tilbydes med forædling af omslaget, eksempelvis med guld, sølv eller farve.

Angiv om kravet opfyldes:

☐ Ja ☐ Nej

Det vægtes positivt, såfremt kravet opfyldes.

2.2.2 Prioriteret krav til gennemgående papirserie

Det er et prioriteret krav, at alle produkter tilbydes i en gennemgående papirserie, som lever op til standarden i branchen for god kvalitet.

Angiv om kravet opfyldes:

☐ Ja ☐ Nej

Det vægtes positivt, såfremt kravet opfyldes.

Hvis ja, angiv hvilken gennemgående papirserie, der tilbydes.

2.2.3 Prioriteret krav til square fold

Det er et prioriteret krav, at alle produkter med hæftet ryg kan efterbehandles med square fold, således at de fremstår med lige ryg.

Angiv om kravet opfyldes:

☐ Ja ☐ Nej

Det vægtes positivt, såfremt kravet opfyldes.

2.2.4 Prioriteret krav til standardleveringstid

Det er et prioriteret krav, at Leverandøren tilbyder en kort leveringstid. Det bemærkes, at standard leveringstiden i henhold til Kontraktbilag 6 ikke kan overstige 10 dage.

Såfremt der nedenfor angives en længere leveringstid end 10 arbejdsdage, har Kontraktbilag 6 forrang, og der vil derfor blive set bort fra nedenstående.

Standardleveringstiden er:

Det vægtes positivt, jo kortere leveringstid, der angives.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede handlede i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53, stk. 1, jf. direktivets betragtning 46, ved ikke at være i stand til at vurdere tilbudsgivernes resultatniveau i forhold til kontraktgenstanden, og ved ikke klart og tydeligt at beskrive hvad der måles på i tildelingskriterierne.

Indklagede har ved udarbejdelsen af kontraktbilag 2 opstillet så få konkurrenceelementer, 3 ud af 12 mulige (2.1.5, 2.2.2, 2.2.4), at indklagede reelt

ikke kan afgøre, tilbudsgivernes resultatniveau i forhold til kontraktgenstanden. Indklagedes udformning af punkterne 2.1.5 og 2.2.2 er uklare i forhold til, hvorledes tilbudsgiverne skal svare, og i forhold til hvordan indklagede evaluerer og scorer tilbudsgivernes svar. Evalueringen af punkt 2.1.5 er ikke gennemsigtig, da det af indklagede ikke er præciseret, om indholdet af VOC i lim, trykfarve, lak, toner og blæk skal angives i interval eller i heltal. Evalueringen af punkt 2.2.2. er ikke gennemsigtig, da det af indklagede ikke er præciseret, hvilket papirniveau der er for branchen »god kvalitet«. Punkt 2.2.2. er ikke evalueret jf. Vurderingsnotatet af 10. november 2010.

Indklagede har opstillet meget få konkurrencemuligheder. Kontraktbilag 1B og 2 indeholder 149 krav, hvoraf kun 5 indeholder en mulighed for at konkurrere, 144 punkter er således krav, som tilbudsgiverne blot skal svare »JA« til for at blive positivt bedømt, og uden at tilbudsgiverne skal fremlægge dokumentation for deres svar. Dette betyder, at tilbudsgiverne blot kan svare positivt på de opstillede krav og derved blive positivt bedømt af indklagede. Indklagede har derfor ikke haft mulighed for at vurdere tilbudsgivernes svar på en gennemsigtig og objektiv måde.

Indklagede har gjort gældende, at tilbudsgiverne har haft mulighed for at konkurrere på samtlige prioriterede krav og krav i kontraktbilag 1B, som tilbudsgiverne har kunnet opfylde. Hvert krav og prioriteret krav, der kan opfyldes af en tilbudsgiver, er tillagt positiv vægt ved tildelingen. Der har været en reel konkurrence på kriteriet »kvalitet«, idet tilbudsgiverne rent faktisk har tilbudt forskellig opfyldelse af de krav og prioriterede krav, der er indgået i vurderingen af kriteriet. Indklagede har, som det fremgår af udbudsmaterialet, truffet en skønsmæssig afgørelse på grundlag af kvalitative og kvantitative kriterier, hvilket er i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Ved evalueringen af krav 2.1.5 i kontraktbilag 2 har indklagede ikke stillet formelle krav til, hvorledes indholdet af VOC skal angives. Der er imidlertid henvist til »krav 1.4 i bilag 1 til Svanemærkning af Trykkerier version 4.3«. Efter denne metode opgøres indholdet i vægtprocent. Der er således i udbudsmaterialet anvist en metode, hvorefter angivelsen kan ske. Alle tilbudsgivere har da også valgt at oplyse indholdet af VOC i procent. Klageren har derudover valgt at angive procenten i et interval fra 0-5% med henvisning til, at »der er forskelle mellem de forskellige kemiske produkter og

de forskellige produktionsmetoder/ -trykmaskiner, der tilbydes...«. Andre tilbudsgivere har ikke haft behov for at oplyse et interval.

Krav 2.2.2 om papirkvaliteten »god kvalitet i branchen« er vurderet i lighed med de øvrige krav og prioriterede krav i løsningsbeskrivelsen, hvor tilbudsgiverne skulle angive, om krav var opfyldt eller ej, ved afkrydsning af »ja« eller »nej«. I udbudsbetingelsernes punkt 7.1 fremgår at »Ordregiver har til de enkelte krav (K) og prioriterede krav (PK) angivet, hvad der tillægges positiv betydning i forbindelse med opfyldelsen af disse.« I udbudsmaterialets kontraktbilag 2, som tilbudsgiverne skulle udfylde, fremgår det til krav 2.2.2, at »Det vægtes positivt, såfremt kravet opfyldes.« Det fremgår således klart af udbudsmaterialet, hvorledes kravet vurderes.

Af indklagedes vurderingsnotat fremgår, at klageren »har opfyldt syv krav og tre prioriterede krav med ”ja”.« Et af de omtalte prioriterede krav er det prioriterede krav 2.2.2.

Indklagede bemærker, at standarden »god kvalitet i branchen« er en helt sædvanlig kontraktuel standard. Niveauet i kvaliteten vil kunne udvikle sig i kontraktens løbetid. Kravet er derfor, at tilbudsgiverne forpligter sig til at fastholde god kvalitet – ikke alene på tilbudsafgivelsestidspunktet, men også i hele kontraktens løbetid.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede handlede i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at stille krav til tilbudsgiverne om at dokumentere, hvorledes tilbudsgiverne kan leve op til deres besvarelser i kontraktbilag 1B og 2 i kontraktperioden. Indklagede har ikke opstillet kontrolmuligheder i form af dokumentationskrav fra tilbudsgivernes side.

EU-domstolen har i dom af 4. december 2003, sag C-448/01, EVN, præmis 50, udtalt følgende:

»En objektiv og gennemsigtig vurdering af de forskellige bud forudsætter, at den ordregivende myndighed faktisk er i stand til på grundlag af de oplysninger og beviser, der er fremlagt af de bydende, at vurdere, om deres bud opfylder kriterierne for tildeling.«

Klageren gør gældende at indklagede, ikke er i stand til, jf. Kontraktbilag 1B og 2, på en objektiv og gennemsigtig måde, at vurdere, om tilbudsgiverne relativt og reelt opfylder de opstillede kriterier, da indklagede ikke stiller krav om, at tilbudsgiverne skal dokumentere deres besvarelser i kontraktbilag 1B og 2.

Indklagede har gjort gældende, at det af klagen ikke fremgår, hvad der ligger i »dokumentere«. Videre har klageren ikke anført holdepunkter til støtte for, at et sådant krav skulle eksistere, ligesom klagen ikke konkretiserer, præcist hvordan det skulle være i strid med gennemsigtighedsprincippet.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede handlede i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at prækvalificere GP-Tryk A/S, som ikke kan tilbyde de nødvendige ressourcer gennem hele kontraktperioden på en - for indklagede - gennemsigtig måde.

Klageren har nærmere gjort gældende, at GP Tryk A/S formentlig ikke har en egen omsætning på over 35 mio. kr. Klageren har ikke kunnet få aktindsigt i, hvilke fire underleverandører, GP Tryk A/S er gået sammen med for at kunne opfylde omsætningskravet. Dermed er det uigennemskueligt, hvilken kvalitet denne tilbudsgiver reelt tilbyder indklagede.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke gælder et krav om, at GP Tryk A/S har en egen omsætning på 35 mio. kr. Det følger af udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2, at en ansøger kan basere sig på andre enheders formåen uanset den juridiske karakter af forbindelserne mellem aktøren og disse enheder med henblik på at føre bevis for sin finansielle og økonomiske formåen. Dette fremgår i det konkrete udbud af udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.2.

GP Tryk A/S har i sin ansøgning identificeret de andre enheder, som den store omsætning er baseret på og har således godtgjort over for indklagede, at virksomheden råder over de nødvendige ressourcer.

Indklagede har i første omgang afslået klagerens anmodning om aktindsigt ud fra et konkret skøn om, at GP Tryk A/S' interesser ville lide skade ved

en imødekommelse af begæringen under tilbudsfasen. Efter kontraktindgåelse har indklagede meddelt identiteten på de fire underleverandører til klageren og klagenævnet.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet skal annullere indklagedes tildelingsbeslutning som en følge af omfanget og karakteren af de ovennævnte overtrædelser af udbudsreglerne.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at imødekomme påstanden om annulation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det er atypisk i et udbud med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, at der i kravspecifikationen er 126 definerede minimums-krav mod 12 krav/prioriterede krav, som tilbudsgiverne kan konkurrere på.

Efter arten af de 12 krav er kravspecifikationen imidlertid ikke uegnet til at danne grundlag for evalueringen af tildelingskriteriet »Kvalitet af de tilbudte produkter og serviceydelser«. Den omstændighed, at der til ni af de 12 krav/prioriterede krav alene kunne svares ja eller nej, kan ikke begrunde, at principperne om gennemsigtighed og ligebehandling skulle være tilsidesat.

Udformning af punkt 2.1.5 og 2.2.2 i kontraktbilag 2, jf. kravspecifikationen i kontraktbilag 1B, punkt 4.7.4 og 5.7.1, er ikke uklar og tilsidesætter ikke på anden måde principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Klagerens påstand tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Udbuddet er gennemført som et begrænset udbud, hvor spørgsmålet om en tilbudsgivers egnethed afgøres i forbindelse med prækvalificeringen. Indklagede har i forbindelse med tildelingen ikke pligt til foretage supplerende vurdering af, om en tilbudsgiver har den fornødne tekniske eller økonomi-

ske kapacitet til at opfylde det afgivne tilbud. Der har derfor ikke været grundlag for at kræve, at tilbudsgivere skulle dokumentere besvarelserne i kontraktbilag 1B og 2. Indklagede har derfor ikke tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at stille krav om sådan dokumentation.

Klagerens påstand tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Der er ikke godtgjort omstændigheder, der kan begrunde, at indklagede skulle have tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forbindelse med prækvalificeringen.

Ad påstand 4

Af de grunde, som fremgår ad påstand 1-3, er der ikke grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Klagerens påstand tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Søren Holm Seerup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Nielsen
kontorfuldmægtig