

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Helle Bøjen Larsen, Michael Jacobsen)

J.nr.: 2010-0022801

1. juni 2011

K E N D E L S E

Konsortiet Prinfo,
Prinfo Holding A/S og
Prinfodenmark 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 26. september 2010 indgav klageren, konsortiet Prinfo, Prinfo Holding A/S og Prinfodenmark 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 opsiges 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 nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

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 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 39, stk. 2, ved først den 11. august 2010 på indklagedes udbudshjemmeside at offentliggøre svar på spørgsmål fra tilbudsgiverne, uanset indklagede i udbudsbetingelserne havde fastsat frist for spørgsmål til den 2. august 2010, og uanset indklagede ved svar nr. 3.10 og 3.12 fastsatte, at tilbuddenes priser på M5 Maskinkuverter og 1.2 Kuverter ikke ville blive evalueret.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 48 ved udelukkende at fastsætte følgende krav til tilbudsgivernes tekniske og faglige formåen:

»3.1.2 Teknisk kapacitet:

Minimum omsætning inden for de ydelser delaftalen vedrører: For hver delaftale, der afgives tilbud på skal omsætningen minimum have været 2.000.000 DKK i det seneste afsluttede regnskabsår. Omsætning

for både private og offentlige kunder medregnes. Samme omsætning kan ikke indgå i opgørelsen for mere end en delaftale. For konsortier gælder omsætningskravet alle konsortiets virksomheder til sammen»,

uanset dette krav ikke gav tilstrækkeligt grundlag for indklagedes vurdering af tilbudsgivernes egnethed, herunder underleverandørers formåen, jf. artikel 48, stk. 3.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 23 ved i udbudsbetingelserne at anvende udtrykkene »digital tryk« og »offset tryk« uden at beskrive udtrykkenes indhold klart og entydigt.

Påstand 5

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 havde fastsat klart og entydigt, hvorledes tilbudsgiverne skulle angive reaktionstiden.

Påstand 6

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

Indklagede har vedrørende påstand 2 – 6 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge, mens indklagede har erkendt overtrædelsen i påstand 1.

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.«

I udbudsbetingelserne står bl.a.:

»3.1.2. Teknisk kapacitet:

Minimum omsætning inden for de ydelser delaftalen vedrører: For hver delaftale, der afgives tilbud på skal omsætningen minimum have været 2.000.000 DKK i det seneste afsluttede regnskabsår.

Omsætning for både private og offentlige kunder medregnes. Samme omsætning kan ikke indgå i opgørelsen for mere end en delaftale.

For konsortier gælder omsætningskravet alle konsortiets virksomheder til sammen.«

Det fremgik af indklagedes udbudshjemmeside, at tilbudsgivernes spørgsmål til indklagede skulle være indklagede i hænde senest den 2. august 2010.

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 konditions-mæssigt. 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 maskin-konvolutter 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 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 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede handlede i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og 39, stk. 2, ved den 11. august 2010 at besvare spørgsmål og herved ændre udbudsbetingelserne. I besvarelsen af spørgsmålene meddelte indklagede, at nogle varer udgik, og at ændringen ville få betydning for vægtningen af produktkategorien 1.2 Kuverter. Indklagede skulle i stedet have annulleret udbuddet.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede offentliggjorde spørgsmål og svar inden udløbet af fristen i udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, og at udbudsbetingelserne herved alene blev ændret i meget beskedent omfang.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede har overtrådt udbudsdirektivet som anført i påstanden, idet den krævede dokumentation ikke gav indklagede det fornødne grundlag for at vurdere tilbudsgivernes egnethed.

Indklagede har gjort gældende, at ordregiveren ud fra omfanget og karakteren af den udbudte opgave fastsætter de udvælgelseskriterier, der skal indgå i vurderingen af tilbudsgivernes egnethed. Ordregiveren er ikke forpligtet til at stille bestemte krav til tilbudsgivernes eller deres underleverandørers økonomiske og/eller tekniske formåen.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede skulle have defineret »digitaltryk« og »offsettryk« i udbudsbetingelserne. Da udbudsbetingelserne ikke indeholder en sådan definition, kan tilbudsgiverne have oplyst priser på digitaltryk, hvor der skulle tilbydes pris på offsettryk og omvendt.

Indklagede har gjort gældende, at »digitaltryk« og »offsettryk« er almindeligt anvendt inden for trykkeribranchen. Der er tale om udtryk, der angiver den ønskede trykketeknik, og udtrykkene har ikke under indklagedes tidligere udbud givet anledning til misforståelser. Indklagede har ikke nogen grund til at antage, at én eller flere af de valgte leverandører har oplyst om priser på offsettryk i tilfælde, hvor indklagede har anmodet om priser på digitaltryk.

Ad påstand 5

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 indeholder en angivelser af, 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 6

Klageren har gjort gældende, at indklagedes tildelingsbeslutning skal annulleres henset til omfanget og karakteren af overtrædelserne.

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

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

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 2

Indklagedes svar på spørgsmål 03.10 og 03.12 blev offentliggjort den 11. august 2010 og dermed seks dage inden udløbet af den fastsatte tilbudsfrist, jf. udbudsdirektivets 39, stk. 2. Den omstændighed, at de pågældende kuverter udgik, udgjorde samlet set kun en mindre og uvæsentlig ændring af udbudsbetingelserne.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Det er inden for rammerne i udbudsdirektivets artikel 48 overladt den ordregivende myndighed skønsmæssigt at fastsætte, hvorledes tilbudsgiverne skal dokumentere deres tekniske og/eller faglige formåen, jf. artikel 48, stk. 6.

Klagenævnet forstår påstanden således, at klageren ønsker, at klagenævnet efterprøver indklagedes skøn i relation til fastsættelsen af kravene til tilbudsgivernes tekniske og/eller faglige formåen.

Da klagenævnet ikke under en klagesag sætter sit eget skøn i stedet for ordregiverens skøn, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 4

Der er ikke grundlag for at antage, at udtrykkene »digitaltryk« og »offsettryk« har givet anledning til vanskeligheder af betydning under udbuddet. Herefter og under hensyn til det, som indklagede har anført, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 5

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 6

Da indklagede har opsagt rammeaftale 04.14 med virkning fra 1. maj 2011, træffer klagenævnet ikke afgørelse vedrørende påstand 6.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

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.

Ad påstand 5

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.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 2, 3 og 4.

Klagenævnet træffer ikke afgørelse vedrørende påstand 6.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig