

K E N D E L S E

Lyreco Danmark A/S
(konsulent, Steen Jensen, Frederecia)

mod

Morsø Kommune
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse af 12. april 2012 udbød indklagede, Morsø Kommune, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale med én leverandør opdelt på 3 delaftaler om levering af kontorartikler, skoleartikler og printerpapir. Rammekontraktens varighed er 2 år med optioner på forlængelser med 2 x 1 år.

Indklagede modtog inden tilbudsfristens udløb 3 tilbud på delaftale 1, 5 tilbud på delaftale 2 og 3 tilbud på delaftale 3. Lyreco Danmark A/S afgav tilbud på alle tre delaftaler

Indklagede meddelte den 8. juni 2012 tilbudsgiverne, herunder Lyreco Danmark A/S, at indklagede agtede at tildele rammeaftalens del 1 og 3 til Redoffice og delaftale 2 til Nova Nordic. Samtidig meddelte indklagede tilbudsgiverne, at stand still perioden udløb den 20. juni 2012.

Den 20. juni 2012 indgav klageren, Lyreco Danmark A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. 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 24. juli 2012 besluttede klagenævnet jf. lov om hånd-

hævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1 ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet klagenævnet ikke fandt betingelsen om »uopsættelighed« opfyldt. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende endelige påstande:

»Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at tilrettelægge underkriteriet »Service« på en sådan måde, at underkriteriet ikke var egnet til, at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da indklagede ikke på forhånd havde angivet konkurrenceparametre, som gør det muligt at bedømme de indkomne tilbud på baggrund af kriteriet »Service«

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at tilrettelægge underkriteriet »Kvalitet« på en sådan måde, at underkriteriet ikke var egnet til, at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da indklagede ikke på forhånd havde angivet konkurrenceparametre, som gør det muligt at bedømme de indkomne tilbud på baggrund af kriteriet »Kvalitet«

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at tilrettelægge underkriteriet »Miljø« på en sådan måde, at underkriteriet ikke var egnet til, at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da indklagede havde angivet, at bedømmelsen af delkriteriet vil ske ud fra om tilbudsgiver eller dennes underleverandører har en »Miljøpolitik« herunder indholdet.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 23 og artikel 2 ved at afvise tilbuddet fra klageren som værende ikke konditionsrættigt, uagtet, at der er fuldstændig overensstemmelse mellem klagerens produktbeskrivelser i tilbudslisten og produktbeskrivelser i klagerens tilbud.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 2, ved blot at underrette klageren om følgende vedrørende delaftale 1 »Der er indkommet 3 tilbud. Tilbuddet fra RedOffice er det økonomisk mest fordelagtige og Morsø Kommune agter at indgå aftale med dette firma efter udløbet af stand still perioden den 20. juni 2012«

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes tildelingsbeslutning af 8. juni 2012 vedrørende delaftale 1.«

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagen nærmere omstændigheder.

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

»...

Det samlede forbrug af produkter omfattet af udbuddet udgør på årsbasis ca. 750.000 danske kr. ekskl. moms. Svarende til en samlet kontraktsum på ca. 3 mio. kr. Der er alene tale om et estimat, som ikke er bindende for udbyder.

Kontraktperiode samt eventuelle optioner på kontrakt forlængelse fremgår af udbudsmaterialets afsnit 4 Rammekontrakt.

Tilbudsgiver forpligter sig til at levere samtlige udbudte varer i delaftalen til de til enhver tid laveste nettopriser indenfor hver enkelt delaftale.

Kravspecifikation for de af udbuddet omfattede produkter fremgår af udbudsmaterialets afsnit 4 og tilbudslisten

...

2.16 Tildelingskriterium

Rammeaftalen vil blive tildelt den tilbudsgiver, der afgiver den, for udbyder det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra flg. vægtede kriteriet

1) Økonomi (Pris) 45 %

- 2) Service 20 %
- 3) Kvalitet 20 %
- 4) Miljø 15 %

Økonomi (Pris):

Ved bedømmelsen af økonomi, vil der blive lagt vægt på de af tilbudsgiver oplyste nettopriser. Tilbuddet skal afgives i danske kr. ekskl. moms men inkl. alle øvrige afgifter. Tilbud skal afgives ved udfyldning af tilbudslisterne (Excel regneark), der downloades fra Mercell, tilbud skal afgives i nettopriser. Udfyldte tilbudslistes skal i uændret form uploades i Mercell ved afgivelse af tilbud. Gældende prisliste skal uploades i Mercell

Alle de anførte varelinjer indenfor hver delaftale skal være udfyldt for at komme i betragtning i tilbudsgivningen.

Service

Bedømmelsen vil blive foretaget som en helhedsvurdering, hvori vil indgå følgende:

- Bestilling skal kunne ske frem til kl. 14.00 til levering følgende hverdag. Såfremt tilbudsgiver har en anden tidsfrist bedes dette oplyst.
- Tilbudsgiver skal til enhver tid på hverdage kunne modtage bestilling på Akut leverancer. Tilbudsgiver bedes oplyse, hvor hurtig en akut leverance kan leveres. Akutleverancer anvendes i begrænset omfang.

Kvalitet

Bedømmelsen vil blive foretaget som en helhedsvurdering, hvori vil indgå følgende:

- Ud over de aftalte varer i henhold til tilbudslisterne (bilag) skal tilbudsgiver have et bredt sortiment af standardprodukter indenfor delaftalens område. Tilbudsgiver skal vedlægge en engrosprisliste med angivelse af, hvilke varer der er lagerførte varer, og hvilke der er skaffevarer.
- Leveringssikkerhed. Udbyder forventer en leveringssikkerhed på tæt på 100 %, forstået således at min 95 % af varelinjerne leveres 100 % fejlfrit. Tilbuddene vil blive vurderet på, hvor meget bedre leveringsperformance der kan tilbydes, udover 95 %
- Frit leveret på nærmere anviste leveringssteder efter aftale med den enkelte enhed. Tilbudsgiver bedes oplyse evt. minimumsgrænse for fragtfri levering. Der betales intet anbrudstillæg.

Miljø

Udbyder er en miljøvenlig kommune og prioriterer højt, at der sker reduktion i CO₂-udslippet og hensyntagen til miljøet.

Bedømmelsen af kriteriet vil ske ud fra om tilbudsgiver selv eller deres leverandører har en skriftlig miljøpolitik og hvad den i givet fald indeholder. Tilbudsgiver bedes derfor oplyse om de selv eller deres leverandører har en miljøpolitik og i givet fald fremsende den sammen med tilbuddet.

...

4. Kravspecifikation

Nedenstående udgør sammen med udbudslisterne kravspecifikationen og er udbyders mindstekrav til leverancer, og der kan ikke tages forbehold for disse.

Tilbudsgiver garanterer ved afgivelsen af tilbud, at samtlige specifikationer efterleves/opfyldes.

Såfremt tilbudsgiver ikke opfylder alle nedenstående specifikationer vil udbyder være forpligtet til at afvise tilbuddet som ikke-konditionsmæssigt.

...«

Af en oversigt over de spørgsmål og svar, der løbende blev uploadet af tilbudsgiverne i det anvendte elektroniske udbudssystem fremgår, at der den 15. maj 2012 blev offentliggjort spørgsmål og svar del 1 og at der den 16. maj 2012 blev offentliggjort spørgsmål og svar del 2. Det fremgår heraf bl.a.:

»

...	...	...
2.16 Økonomi	Vurderes prisen pr. varelinie eller på baggrund af totalsummen?	Prisen vurderes ud fra totalsummen.
2.16 Økonomi	Hvordan indgår ”gældende prisliste” i bedømmelsen?	Indgår ikke i bedømmelsen.
2.16 Service	Er det mindstekrav, at bestilling skal kunne ske frem til kl. 14.00 til levering følgende hverdag og at tilbudsgiver skal til enhver tid på hverdage kunne modtage bestilling på Akut leverance?	Ja. En senere frist for bestilling end kl. 14.00 vil give højere point.
2.16 Service	Hvor hurtigt skal en akut leverance leveres for at få tildelt fuldt point i dette	Det indgår i en helhedsvurdering

	delkriterie?	
2.16 Service	Hvordan er vægtningen pr. delkriterier i underkriteriet service?	Der er tale om en helhedsvurdering
2.16 Service	Hvordan kan man som tilbudsgiver opnå maxpoint under dette punkt?. Hvis man som tilbudsgiver svarer "JA" til de tre underpunkter har man så opnået maxpoint?, eller skal underpunkterne ses som et minimumskrav? Kommunen bedes give et eksempel på hvordan man som tilbudsgiver kan score maxpoint under dette punkt.	Se ovenstående besvarelser om samme spørgsmål.
2.16 Kvalitet	Hvordan kan man som tilbudsgiver opnå maxpoint under dette punkt?	Der er tale om en helhedsvurdering af sortiment leveringssikkerhed og levering. Bredt sortiment, leveringssikkerhed 100 % og fragtfri levering uden beløbsgrænse vil give højere point end smalt sortiment, leveringssikkerhed 95 % og beløbsgrænse for fragtfri levering.
...		
2.16 Kvalitet	Er engrosprislisten det samme som en vejledende prisliste?	Ja hvis den vejledende prisliste indeholder prisen ved køb af 1 stk. og ved køb af større mængde.
2.16 Kvalitet	Hvordan vurderes engrosprislisten	Engrosprislisten tages som udtryk for tilbudsgivers sortiment.
...		
Bilag 1 Kolonne Q - bemærkninger	Hvordan skal dette punkt tolkes?. Hvis der er tale om produktforskelle, så er varebeskrivelsen i kolonne B,C,D,E & F ikke minimumskrav. Hvis dette er tilfældet mangler der retningslinier for, hvordan	Kolonnen kan f.eks. bruges til angivelse af antal farver, når vi anmoder om ass. farver eller exakt størrelse, hvor vi har angivet ca.

	tilbudte produkter må afvige fra beskrivelserne, uden at tilbuddet bliver ukonditionsmæssigt.	
--	---	--

...		
2.16 Service	Hvordan er pointskalaen for pkt. 2.16 vedr. jeres svar "en senere frist for bestilling end kl. 14 vil give højere point"	Pointskalaen er fra 1-9. Ved opfyldelse af mindstekrav gives 6 point. Herefter gives yderligere 1 point for hver time bestillingen kan afgives senere og stadig med levering næste dag, ex. Gives 7,5 point, hvis fristen er kl. 15.30
2.16 Service	Hvordan er pointskalaen for "Akut leverance"	Pointskalaen er fra 1-9. Leveringstid på 8 timer eller mere giver 1 point, leveringstid på under 1 time giver 9 point ex. Gives 5 point hvis leveringstiden er mellem 4 og 5 timer.
...		

Klageren uploadede den 22. maj 2012, og således inden tilbudsfristens udløb den 24. maj 2012, et tilbud til indklagede. I det medsendte tilbudsark (udbudsbetingelsernes bilag 1) havde klageren ikke udfyldt rubrikken til angivelse af den tilbudte rabatsats. Klageren havde desuden på flere varelinjer, herunder bl.a. varelinje 1 og 2 angivet den samme pris for én enhed og pakker med flere styk. På andre linjer var tilbudsprisen pr. enhed angivet til 0 kr. Endelig var der på de fleste varer angivet en pris der ville medføre en rabatsats på 98-100 %. Eksempelvis er det i linie 55 angivet, at kuverter med en vejledende pris for 250 styk på 1.856 kr. tilbydes i pakninger á 250 styk for 44,55 kr. og med en stykpris på 0,18 kr.

Den 31. maj 2012 rettede indklagede henvendelse til klageren. Af henvendelsen fremgår:

»Tilbudslister – rabatsats – teknisk afklaring.
Hej Rasmus

Vi har modtaget jeres tilbud på kontorartikler m.v.

I har konsekvent undladt at udfylde rubrikken med rabat % ud fra den enkelte varelinje. Det vil jeg bede jer udfylde. Jeg bruger oplysninger til kontrol af vejledende pris sammenholdt med tilbudsprisen.

I kontorartikler har I i bud linie nr. 1 angivet samme pris på pakker med 10 stk. og på enheder. En af delene er forkerte og jeg kan ikke se hvilken. Vil du checke tilbudsarkene igennem for fejl.

Det punkt der er udgået i ”spørgsmål og svar” runden er yderligere rabat ved tildeling af mere en én delaftale.

Jeg skal bede dig sende korrekt udfyldt tilbudsark inden kl. 08.00 i morgen, fredag, til min mail ...«

Klageren besvarede henvendelsen ved en mail af 1. juni 2012. Af svaret fremgår:

»Ny tilbudsliste fra LYRECO A/S
Kære Anne

Tak for din besked vedr. Jeres tilbudsliste.

Jeg havde misforstået punktet omkring rabatsats, da jeg var i den tro at punktet var udgået.

Vedhæftet tilbudsliste indeholdende nu rabatsats ift. vores vejl. pris, og ydermere er enheden tilpasset på enkelte varelinjer.

Jeg beklager fejlen, og håber at alt nu er i den skønneste orden!«

Mailen var vedlagt et nyt tilbudsark, hvor rabatsatserne var anført ud for hver varelinje. Rabatsatserne er for varelinje 1 og 2 angivet til 73 % mens rabatsatsen for øvrige produkter bortset fra 3 ud af 54 er angivet til 98 %, 99 % og 100 %. I varelinjerne 1, 2, 42, 45, 46 og 48 er prisen for flerstyks pakker forhøjet i forhold til den oprindelige tilbudsliste for pakker med flere styk

Den 8. juni 2012 offentliggjorde indklagede i det anvendte elektroniske udbudssystem, Mercell, resultatet af indklagedes evaluering. Om delaftale 1 var det anført, »Der er indkommet 3 tilbud. Tilbuddet fra RedOffice er det økonomisk mest fordelagtige og Morsø Kommune agter at indgå aftale med dette firma efter udløb af stand still perioden den 20. juni 2012.« Samtidig fremsendte indklagede en mail til klageren hvoraf fremgår:

»Jeg har gennemgået jeres tilbud på de tre delaftaler.

På delaftale 1 tilbyder I en rabat på 98% på den samlede volumen.

På delaftale 2 tilbyder I en rabat på 88% på den samlede volumen.

På delaftale 3 tilbyder I en rabat på 80% på den samlede volumen.

Tilbuddet på delaftale 1 er unormalt lavt – både i al almindelighed og i forhold til jeres øvrige tilbud. Jeg konstaterer uoverensstemmelser mellem oplysningerne i jeres tilbud og jeres bruttoprisliste – både med hensyn til priser og producent. Jeg skal derfor afvise jeres tilbud på delaftale 1, da oplysningerne i tilbudsarket ikke er valide. ...«

Parterne korresponderede herefter om berettigelsen af, at indklagede havde afvist klagerens tilbud.

Den 12. juni 2012 fremsendte klageren et brev til indklagede med følgende indhold:

»...

Det er normal i praksis i offentlige udbud, at der tilbydes ekstremt lave priser og dette gør sig særligt gældende når ordregiver udbyder et meget smalt sortiment.

...

I dette tilfælde har vi truffet en strategisk beslutning om, at vi gerne vil have en større markedsandel i jeres område, da vi derved har mulighed for, at få vores biler fyldt op.

Nedenfor yderligere kommentarer til Jeres notat/evaluering.

Delaftale 1:

Varelinje 1 og 2: uoverensstemmelse med jeres oplysning i tilbudsark og bruttoprisliste m.h.t. pris.

Da positionslinjen vedrørende det tilbudte produkt er korrekt udfyldt og lever op til jeres krav og at der blot er tale om en åbenlys tastefejl og endda til jeres fordel (lavere pris), som normalt afklares under muligheden for en teknisk afklaring konstatere vi, at jeres afvisning af vores tilbud ikke er juridisk korrekt, da fejlen ikke har væsentligt indflydelse for konkurrencen i udbuddet.

Varelinjerne 50 - 55: uoverensstemmelse med jeres oplysning i tilbudsark og bruttoprisliste m.h.t. producent

Varelinje 50:

3M A/S er anført i tilbudslisten som værende producent af vores Lyreco kontortape vare nr. 184.584 – i engrosprislisten er produktets varebeskrivelse ”Lyreco Budget tape 15 MM X 33 MM klar”.

Varelinje 51:

MAPED er anført i tilbudslisten som værende producent af vores Lyreco viskelæder vare nr. 144.405 – i engrosprislisten er produktets varebeskrivelse ”Lyreco viskelæder”

Varelinje 52:

HAINeko er anført i tilbudslisten som værende producent af vores Lyreco blyant vare nr. 127.064 i engrosprislisten er produktets varebeskrivelse ”PK12 Lyreco Blyant HB... ”

Varelinje 53:

HAINeko er anført i tilbudslisten som værende producent af WIZ Kuglepen vare nr. 316.386 – i engrosprislisten er produktets varebeskrivelse ”WIZ Kuglepen... ”

Varelinje 54:

Lyreco France er anført i tilbudslisten som værende producent af Lyreco marker vare nr. 151.158 – i engrosprislisten er produktets varebeskrivelse ”Lyreco marker rund... ”

Varelinje 55:

STAEDTLER Nordic er anført i tilbudslisten som værende producent af Lumocolor 313 vare nr. 183.125 – i engrosprislisten er produktets varebeskrivelse ”Lumocolor 313 universalpen SF... ”

Lyreco A/S får produceret sit eget varemærke ”Lyreco” hos kendte mærkevareproducenter, og derfor er disse for det meste anført, selvom varen markedsføres som Lyrecos eget produkt.

Da der er fuld overensstemmelse mellem vores tilbudte produkter og jeres krav jf. tilbudslisten er der blot tale om, at vi har beskrevet hvert tilbudt produkt med andre sproglige vendinger. Der er ikke tale om, at der er tilbudt forskellige produkter pr. positionslinje og derfor kan vi konstatere, at jeres afvisning af vores tilbud ikke er juridisk korrekt.

...«

Besvarelsen omkring varelinje 50-55 vedrørte reelt varelinje 39 til 44, hvorimod producenten på varelinje 50-55 på tilbudslisten stod anført som Bong Danmark, mens den i engrosprislisten stod anført med en anden producent

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 2

Klageren har gjort gældende, at de af indklagede fastsatte delkriterier til underkriteriet »Service«, som de er beskrevet i udbudsbetingelserne, alle er kriterier, som det ikke er muligt, at konkurrere på, idet der er tale om mindstekrav. Tilsvarende gør sig gældende i relation til delkriterierne til underkriteriet »kvalitet«. Et mindstekrav er at betragte som et absolut og ufravigeligt krav og derfor ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Indklagede har tilrettelagt underkriterierne »Service« og »Kvalitet« på en sådan måde, at kriterierne bliver uden betydning som måleenhed. Indklagede har derved handlet i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet.

Den måde, hvorpå indklagede har udformet delkriterierne, medfører desuden, at tilbudsgiverne ikke ved almindelig gennemlæsning kan vurdere hvad der lægges vægt på ved evalueringen.

Dette understøttes af svarene på spørgsmålene fra tilbudsgiverne som først bliver besvaret langt henne i udbudsprocessen. I den situation skal der tages et særligt hensyn til princippet om potentielle tilbudsgivere, der har valgt ikke at give bud på grund af vage og uigennemsigtige underkriterier.

Indklagedes svar, hvorefter der er tale om helhedsvurderinger giver desuden en formodning om, at indklagede tillægger elementer positiv betydning i pointscoren, som på forhånd ikke er kendt af de bydende.

At indklagede ikke blot kan angive, at der foretages en helhedsvurdering, støttes af klagenævnets kendelse i sag af 14. september 1998, Det Danske Handelskammer, hvor Klagenævnet bl.a. udtalte, at anvendelse af udtryk som »Den samlede tilbudte løsnings kvalitet« ikke var egnet som et lovligt underkriterium til at identificere det økonomiske mest fordelagtige tilbud, idet indholdet af dette kriterium var for upræcis.

For at et underkriterium er lovligt skal kriteriet være forbundet med kontraktens genstand, må ikke give ordregiver et ubetinget frit valg, skal være beskrevet i enten udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne og kriteriet skal overholde de grundlæggende principper i EU-retten. Der skal desuden være beskrevet en rækkevidde for hvert kriterium og denne rækkevidde skal have en klarhed så man ved naturlig læsning kan forstå omfanget af betydningen af kriteriet, kriterierne skal være angivet på sådan en måde, at alle de bydende vil fortolke kriteriet på samme måde / ens måde, et kriterium skal være beskrevet, så det er muligt for ordregiver at bedømme de indkomne tilbud på baggrund af det beskrevne kriterium, en tilbudsgiver skal på baggrund af beskrivelsen i udbudsbetingelserne kunne se, hvorledes han skal tilrettelægge sit tilbud for at opnå en god vurdering, kriterierne skal være beskrevet i en sådan grad, at det er muligt for tilbudsgiver, at se, hvad der er afgørende i det enkelte underkriterium for at ordregiver giver tilbudsgiver fuldt point for det specifikke underkriterium og der skal være mulighed for at konkurrere om det pågældende kriterium

Ingen af disse betingelser er opfyldt i den konkrete sag.

Særligt vedrørende påstand 1 har klageren gjort gældende, at indklagedes evaluering af akutleverancer endvidere er i strid med proportionalitetsprincippet, idet indklagede i udbudsmaterialet har angivet, at akutleverancer kun »anvendes i begrænset omfang«. På trods heraf har indklagede anvendt samme pointskala for dette kriterium som for de øvrige kriterier.

Ved at evaluere akutleverancer på den anførte måde, har indklagede endvidere tilsidesat ligebehandlingsprincippet, idet kun en lokal virksomhed vil være i stand til at levere med meget kort varsel. Kriteriet »akut leverance som kun anvendes i begrænset omfang« skulle dermed vægte lavt, men i nærværende udbud har Indklagede tillagt det en høj vægtning og på den måde ulovligt tilgodeset den lokale bydende.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede i udbudsmaterialet, herunder spørgsmål og svar runden klart og fyldestgørende har redegjort for, hvorledes kriterierne »Service« og »Kvalitet« ville blive evalueret. Evalueringen er sket i overensstemmelse hermed.

Der er opstillet mindstekrav om såvel »Service« som »Kvalitet« der skal opfyldes. Det fremgår imidlertid klart af udbudsmaterialet, at tilbud om

bedre service eller bedre kvalitet end mindstekravet er del af evalueringsgrundlaget. Indklagede har således hverken tilsidesat gennemsigtigheds- ligebehandlings- eller proportionalitetsprincippet.

Det er ikke korrekt, at indklagede først den 22. august 2012 oplyser, hvordan evalueringen vil ske, idet dette er anført allerede i spørgsmål/svar der offentliggøres den 15. og 16. maj 2012.

Indklagede har bestridt, at indklagede har favoriseret lokale tilbudsgivere.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at en tilbudsgivers miljøpolitik udelukkende vedrører tilbudsgivernes forhold og ikke egenskaber ved den udbudte kontraktgenstand. Kriteriet kan derfor ikke lovligt anvendes som et underkriterium.

Kriteriet »Miljø« i dets konkrete udformning kan derfor ikke anvendes som et lovligt underkriterium. Et lovligt tildelingskriterium skal bl.a. have en særlig betydning for opgavens udførelse eller kontraktens produkt og reelt medvirke til at identificere de økonomiske fordele ved tilbuddene for at det kan anvendes som underkriterium. Det er i dette udbud ikke muligt ud fra indklagedes beskrivelser af delkriterierne til »Miljø« at synliggøre de økonomiske fordele ved tilbudsgivernes beskrivelser af miljøpolitikken – da der ingen måleenheder og konkurrenceelementer er angivet. Dermed har indklagede tilegnet sig »frit valg« til at evaluere på tilbudsgivernes miljøpolitik. Indklagede har generelt kun bedt om, at de bydende skal angive og medsende en skriftlig miljøpolitik, som jf. udbudsdirektivets artikel 48 er et udvælgelseskriterium, og som dermed kun kan anvendes til at vurdere, om en ansøger kan løfte opgaven. Det gøres gældende, at indklagede hermed har anvendt et udvælgelseskriterium som tildelingskriterium og dermed er tildelingskriteriet ulovligt. Der henvises i den forbindelse særligt til Klagenævnets kendelse af 13. marts 2006 Kirudan A/S.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede i udbudsmaterialet, herunder spørgsmål og svar runden klart og fyldestgørende har redegjort for, hvorledes kriteriet »Miljø« ville blive evalueret. Evalueringen er sket i overensstemmelse med dette.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede den 31. maj 2012 henvendte sig til klageren med henblik på at indlede en forhandling, idet indklagede ønskede flere oplysninger fra klageren. Ved at foretage denne handling overtrådte indklagede det EU- retlige gennemsigtighedsprincip. Indklagede har dermed samtidig fraskrevet sig senere at kunne afvise tilbuddet fra klageren som værende ikke-konditionsmæssig med henvisning til de i forbindelse med henvendelsen påståede mangler i tilbuddet fra klageren.

Indklagede var derfor ikke berettiget til i brev af 8. juni 2012, at afvise klagerens tilbud med henvisning til uoverensstemmelse mellem tilbudslisten og engrosprislisten. Hvis indklagede ønskede at afvise tilbuddet fra klageren, skulle indklagede have gjort det uden at kontakte klageren med henblik på, at indhente yderligere oplysninger. Dette støttes af Klagenævnets kendelse af 22. november 2004, Dansk Restprodukt håndtering påstand 11, hvor Klagenævnet slår fast, at såfremt udbyderen beslutter ikke at afvise tilbuddet og tager initiativ til forhandling med den pågældende tilbudsgiver, er udbyderen herefter afskåret fra senere at beslutte alligevel at afvise tilbuddet på grund af forbeholdet, og træffer udbyderen desuagtet senere en sådan beslutning, handler udbyderen i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip.

Klageren har i tilbudslisten korrekt anført producenten for de tilbudte produkter. Klageren har i sit brev af 8. juni 2012 til indklagede på en klart passende måde beskrevet, at der er fuld overensstemmelse mellem teksten i tilbudslisten og engrosprislisten, indklagede har bevidst og usagligt forsøgt, at finde en årsag til at afvise tilbuddet fra klageren således, at indklagede kunne vælge den lokale tilbudsgiver.

I svaret fra indklagede den 18. juni 2012 til klageren nævnes igen af indklagede, at der er opgivet forkerte priser. Dette er imidlertid blot en åbenlys tastefejl, endog en tastefejl til indklagedes fordel.

Klageren har udfyldt tilbudsbilagene korrekt, hvorfor indklagede ulovligt har afvist tilbuddet fra klageren på trods af, at indklagede skulle have tildelt kontrakten til klageren, som afgav det billigste tilbud på delaftale 1.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes henvendelse til klageren af 31. maj 2012 ikke er indledning på forhandling, som anført af klageren men udelukkende en teknisk afklaring og anmodning om, at klager afgiver de efterspurgte oplysninger om rabatsats. Ved senere telefonsamtale med klagerens konsulent Rasmus Bruhn herskede der ingen tvivl om, at der er tale om en teknisk afklaring.

Indklagede søger denne tekniske afklaring frem for at afvise tilbuddet som ikke-konditionsmæssigt, da der er tale om åbenlys mangel ved det fremsendte.

Hvis klageren ikke ønskede at deltage i en teknisk afklaring, kunne de have fastholdt det fremsendte tilbud, og det ville da blive afvist som ikke-konditionsmæssigt på grund af manglende oplysninger.

Klagerens tilbud indeholdt ikke som foreskrevet oplysninger om, hvilken rabatsats, der blev givet på de enkelte varelinier. Dette skyldtes en misforståelse fra klagerens side, og klageren fremsendte nye tilbudsark med de ønskede oplysninger. Samtidig med anmodning om, at tilbudsarkene blev udfyldt korrekt, opfordrede indklagede klager til at gennemgå materialet for fejl, da der var oplyst samme pris pr. pakning med 10 enheder og pr. enhed. Klageren fremsendte på baggrund heraf nye lister og bekræftede, at materialet er gennemgået for fejl.

De tilbudte rabatsatser ligger mellem 97% og 100% bortset fra varelinie 1 og 2, hvor det oplyses, at rabatsatsen er 73%. Klagers oprindelig tilbudte pris viser imidlertid en rabat på 98% for varelinie 1 og 2. Hvis rabatsatsen på 73% lægges til grund vil det forøge klagers samlede pris på delaftale 1 med ca. 50%. På grund af den tidligere påpegning af mulig fejl i tilbuddet og klagerens oplysning om, at evt. fejl var rettet, kunne indklagede ikke fæste lid til validiteten i klagers tilbudte priser på delaftale 1, hvorfor tilbuddet blev afvist.

Fejlen vedrørende prisen i linie 1 og 2 blev ikke rettet ved klagerens første gennemgang. Da klageren én gang er opfordret til at gå deres tilbud igennem med hensyn til de oplyste priser, anser indklagede det for formålsløst at spørge om det samme igen og afviser tilbuddet som ikke-konditionsmæssigt, da der er ukorrekte prisoplysninger.

Indklagede påpeger ved afvisningen endvidere, at der ikke er overensstemmelse mellem tilbudsgivers oplysning om producent i tilbudsarket og i den medsendte bruttoprisliste på varelinierne 50 - 55. Klager besvarer dette punkt med gennemgang af varelinierne 39 - 44. Klager oplyser efterfølgende telefonisk, at producent af kuverterne er Bong Danmark, og at kuverterne markedsføres under Lyrecos navn.

Indklagede tager denne oplysning til efterretning, men det ændrer ikke beslutningen om afvisningen af tilbuddet, da indklagede vurderer der er tale om en alvorlig mangel i tilbudsarket, da der ikke kan fæstes lid til priserne og den angivne rabatsats.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at det af Lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 2 stk. 2 fremgår, at en ordregiver skal fremsende en korrekt underretning til de bydende i en udbudsforretning. Underretningen skal være ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. Indklagede har i underretningen ikke oplyst pointmodel, antal point og begrundelsen for tildelingen af de pågældende point. Klageren er derfor ikke i stand til, at få kendskab til de karakteristika og relative fordele ved den vindende tilbudsgivers tilbud og vurdere på hvilke elementer eget tilbud er bedømt for dermed at kunne vurdere, om der var belæg for en eventuel klage. jf. udbudsdirektivets artikel 41 stk. 2. Underretningen fra indklagede er derfor mangelfuld. Det følger af blandt andet Rettens dom i sag T-437/05, Brink's Security Luxembourg, mod Kommissionen, at begrundelsen klart og utvetydigt skal angive de betragtninger, som ordregiveren har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret. Da indklagedes underretning ikke opfylder disse krav, er stand still perioden endnu ikke udløbet da det må antages, at stand – still perioden først udløber, når en korrekt underretning er givet.

Til støtte for påstand 5 har klageren desuden gjort gældende, at klagenævnet skal erklære den indgåede kontrakt mellem indklagede og RedOffice for uden virkning jf. Lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, idet kontrakten er indgået i stand still perioden, som jf. den mangelfulde underretning til klageren ikke udløb den 20. juni 2012.

Indklagede har gjort gældende, at både klageren og andre tilbudsgivere har udbedt sig flere oplysninger om begrundelsen for resultatet af udbudsforretningen, og disse er straks blevet udleveret.

Klagerens påstand om, at stand still perioden ikke er påbegyndt bestrides. Klageren meddeler i sin anden mail af 8. juni 2012, at det overvejes at klage i stand still perioden og ved mail af 15. juni 2012 påpeger klageren, at stand still perioden udløber den 18. juni 2012. Klageren har således både ved underretningen den 8. juni 2012 og efterfølgende erklæret sig enig i, at der var en stand still periode, og at denne løb fra 8. – 18. juni 2012.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at de ad påstand 1-5 anførte overtrædelser af grundlæggende udbudsretlige principper har ført til, at klagerens tilbud, som er det billigste, ikke blev valgt. Beslutningen om kontraktstildeling er derfor truffet på ufuldstændigt og uigennemsigtigt grundlag og annullering af tildelingsbeslutningen er herefter den eneste adækvate reaktion.

Indklagede har gjort gældende, at tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige. Prisen vægtede 45%, så allerede af denne grund er der ikke nogen automatik i, at det er tilbuddet med den laveste pris, der vil blive valgt. Som anført ad påstand 4 var klagerens tilbud ikke validt med hensyn til de oplyste priser, og det gjorde det uigennemskueligt, at vurdere tilbuddets pris. Indklagede valgte det dyreste tilbud ud fra vurderingen, at det var det økonomisk mest fordelagtige. Selv om klagerens tilbud var blevet medtaget, er det således ikke sikkert, at det også ville blive vurderet som det økonomisk mest fordelagtige.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Der er udbudsretligt ikke krav om, at det i udbudsbetingelserne er angivet, hvorledes delkriterier vil blive vægtet. Vælger indklagede en usædvanlig, unaturlig eller meget skæv vægtning af offentliggjorte delkriterier, skal vægtningen dog oplyses, hvis det må antages at ville have været af væsentlig betydning for tilbudsgiverne at kende denne vægtning. Der foreligger ikke oplysninger i sagen der indikerer, at indklagede har foretaget en usæd-

vanlig, unaturlig eller meget skæv vægtning af et eller flere af de i udbudsbetingelserne angivne delkriterier.

Den af klageren påberåbte kendelse af 14. september 1998 Det danske Handelskammer mod Danmarks Statistik angik en vurdering af et underkriteriums egnethed og ikke ordregivers vægtning af et delkriterium. Indklagedes angivelse i spørgsmål/svar runden om, at underkriterierne evalueres efter en helhedsvurdering af de i udbudsmaterialet anførte delkriterier angår vægtningen af de anførte delkriterier og ikke underkriteriernes egnethed. Afgørelsen har derfor ikke betydning i den konkrete sag.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at evalueringen af underkriterierne »Service« og »Kvalitet« vil ske på grundlag af en »helhedsvurdering, hvori vil indgå følgende...«. Der er ikke i hverken formuleringen heraf eller i sagens oplysninger i øvrigt grundlag for at antage, at indklagede har lagt vægt på andre delkriterier end de, der er specifikt anført.

Det fremgår af såvel udbudsbetingelsernes pkt. 2.16 som svarene på de under udbuddet stillede spørgsmål, hvilke forhold, indklagede ville tillægge vægt ved evalueringen af tilbuddene. Det forhold, at der i visse af kriterierne er angivet såvel et mindstekrav som skal være opfyldt, som en oplysning om, hvad tilbudsgiverne skal oplyse til brug for evalueringen om »meropfyldelse«, som ligger ud over mindstekravet – hvilket er det, som der herefter vil blive evalueret på - gør ikke kriterierne uegnede. I hvert fald senest ved offentliggørelsen af indklagedes svar på tilbudsgivernes spørgsmål er det utvetydigt oplyst, hvordan delkriterierne skulle forstås.

Tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« giver indklagede et vidt skøn over, hvilke underkriterier og eventuelle delkriterier der skal lægges vægt på, når blot kriterierne er egnede til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Det tilkommer herunder ordregiver at vurdere, med hvilken vægt de enkelte kriterier skal indgå i evalueringen. Der er i den forbindelse ikke udbudsretligt et krav om, at en ordregiver ved valg af evalueringsmodel skal vægte et kriterium særlig højt eller særlig lavt afhængig af leverancens omfang.

Klagerens påstand 1 og 2 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

I udbudsbetingelserne er »Miljø« fastsat som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«. Af den nærmere beskrivelse af underkriteriet fremgår ikke specifikke delkriterier, ligesom det alene er angivet, at »Udbyder er en miljøvenlig kommune og prioriterer højt, at der sker reduktion i CO₂-udslippet og hensyntagen til miljøet«. Tilbudsgiverne skulle til brug for vurderingen af dette kriterium oplyse, og i bekræftende fald vedlægge kopi af, den miljøpolitik, tilbudsgiver selv eller dennes leverandør havde.

I denne form er kriteriet alene egnet til belyse generelle forhold vedrørende tilbudsgiverne og ikke egenskaber ved de udbudte leverancer. Kriteriet er således i den konkrete form alene egnet som udvælgelseskriterium og ikke som underkriterium til tildelingskriteriet.

Klagerens påstand 3 tages derfor til følge.

Ad påstand 4

En ordregiver kan, efter modtagelse af et tilbud alene etablere kontakt til tilbudsgiverne med henblik på en præcisering eller supplerung af tilbudet, som er nødvendig for at afgøre, om tilbudet kan indgå i vurderingen, eller tilbudet skal afvises, og kun hvis dette kan ske, uden at der derved sker forskelsbehandling af tilbudsgiverne. En ordregiver kan således i et offentligt udbud ikke påbegynde en forhandling med tilbudsgiverne.

Udtalelsen i den af klageren påberåbte kendelse af 22. november 2004, Dansk Restprodukthåndtering a.m.b.a mod Århus Kommune, angik muligheden for at indlede forhandling med en tilbudsgiver om et ikke grundlæggende elementer i et tilbud. Prisen i et tilbud, er som alt overvejende udgangspunkt et grundlæggende element, og afgørelsen er allerede derfor ikke relevant i relation til indklagedes henvendelse til klageren af 31. maj 2012.

Indklagedes henvendelse til klageren den 31. maj 2012, angiver at vedrøre en teknisk afklaring i anledning af to specifikke punkter i tilbudsarket. Indklagede opfordrede samtidig klageren til i øvrigt at gennemgå tilbudsarkene for eventuelle fejl. Efter modtagelse af klagerens svar på henvendelsen af 31. maj 2012 konstaterede indklagede, at der fortsat var uoverensstemmelser mellem priserne oplyst i tilbudsarkene og priserne oplyst i

bruttoprislisten, samt vedrørende angivelserne omkring producenter og valgte på den baggrund at afvise klagerens tilbud. Ved brev af 12. juni 2012 anerkendte klageren, at der var tale om fejl men anførte samtidig, at »der blot er tale om en åbenlys tastefejl og endda til jeres fordel (lavere pris), som normalt afklares under muligheden for en teknisk afklaring«.

Henset til, at henvendelser fra indklagede til klageren med henblik på en korrektion af klagerens priser efter tilbudsfristens udløb, ville være i strid med forbuddet mod forhandling, at klagerens tilbud fortsat, efter den første henvendelse fra indklagede ubestridt var behæftet med fejl, at klagerens tilbud ved besvarelsen af indklagedes henvendelse indeholdt ændring af priser på 6 af de tilbudte produkter, og at en tilbudsgiver selv bærer risikoen for et tilbuds udformning, var indklagede såvel berettiget som forpligtet til at bortse fra klagerens tilbud på delaftale 1.

Klagerens påstand 4 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

Samtidig med, at indklagede offentliggjorde resultatet af indklagedes evaluering på udbudsportalen Merzell, fremsendte indklagede til klageren en nærmere begrundelse for evalueringens resultat i forhold til klageren.

Klagerens påstand 5 tages derfor ikke til følge.

I anledning af klagerens anbringende om, at klagenævnet skal erklære den indgåede kontrakt mellem indklagede og RedOffice for uden virkning bemærkes, at anbringendet reelt må anses som en selvstændig påstand.

Hertil bemærkes:

Det fremgår af håndhævelseslovens § 3, stk. 1, at standstill perioden regnes fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har afsendt underretningen efter § 2, stk. 1, nr. 2 og nr. 3. § 2, stk. 1, nr. 2 og nr. 3 omhandler oplysning om beslutninger om tildeling af henholdsvis kontrakt og rammeaftale, hvorimod kravet om, at der skal gives en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen fremgår af § 2, stk. 2, 1. pkt. At der ikke i § 3 er krav om, at standstill perioden først begynder at løbe, når der er givet de i stk. 2 nævnte oplysninger støttes af ordlyden af håndhævelseslovens § 7, hvor det – i modsætning i § 3 – specifikt fremgår, at fristen først begynder

at løbe, når der er givet en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. Endvidere støttes synspunktet af håndhævelseslovens § 12, stk. 2, hvor der alene henvises til § 3, stk. 1. Standstill perioden udløb således inden indklagede indgik kontrakt med RedOffice.

Der er allerede derfor ikke grundlag for at erklære den indgåede kontrakt mellem indklagede og RedOffice for uden virkning.

Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med udbudsreglerne ved anvendelsen af underkriteriet »Miljø« som et tildelingskriterium jf. påstand 3.

Overtrædelsen har imidlertid ikke haft betydning i forhold til klageren, idet indklagede med rette afviste klagerens tilbud jf. påstand 4. Indklagede har oplyst, at de to øvrige tilbudsgivere begge er tildelt 9 point på kriteriet »Miljø«. Der er derfor ud fra en konkret væsentlighedsvurdering ikke grundlag for at annullere indklagedes beslutning af 8. juni 2012 om at tildele rammeaftalen til RedOffice.

Klagerens påstand 6 tages derfor ikke til følge.

Da den ad påstand 3 konstaterede overtrædelse af udbudsreglerne ikke har haft nogen reel betydning for klageren og ikke medfører annulation af tildelingsbeslutning, er der ikke grundlag for at bestemme, at indklagede skal betale sagsomkostninger til klageren, jf. bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 9, stk. 4.

Herefter bestemmes:

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 ved at anvende »Miljø« som underkriterium til tildelingskriteriet, uanset at kriteriet konkret ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1-2 og 4-6.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig