

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Helle Bøjen Larsen, Michael Jacobsen)

J.nr.: 2010-0022788

30. maj 2011

K E N D E L S E

Konsortiet Rosendahls,
Schultz Grafisk A/S og
Rosendahls A/S print-design-media
(advokat Finn Andersen, Esbjerg)

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 tjensteydelseskontrakter 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 2011 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, konsortiet Rosendahls, Schultz Grafisk A/S og Rosendahls A/S print-design-media, 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 den 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 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 annullere indklagedes tildelingsbeslutning af 16. september 2010 vedrørende delaftale 2.

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

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. Hvis klageren havde været bekendt med, at dialogboksen kunne udfyldes med »0«, ville klageren have gjort dette, idet klageren påbegynder produktionen af ordren samme dag, som ordren modtages.

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, kan ikke føre til det resultat, at underkriteriet 3. »Service« må anses som ulovligt.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede ville have truffet en anden tildelingsbeslutning, såfremt der ikke var handlet i strid med udbudsdirektivet.

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

Da indklagede har opsagt rammeaftale 04.14 med virkning fra 1. maj 2011, træffer klagenævnet ikke afgørelse vedrørende påstand 2.

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.

Klagenævnet træffer ikke afgørelse vedrørende påstand 2.

Indklagede, Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S, skal i sagsomkostninger til klageren, konsortiet Rosendahls, Schultz Grafisk A/S og Rosendahls A/S print-design-media, betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig