

K E N D E L S E

Stadsing A/S
(advokat Mikki Nielsen, Aalborg)

mod

Herning Kommune på vegne tillige af
Sønderborg, Randers, Middelfart, Lemvig, Svendborg, Ikast-Brande, Kolding, Holstebro, Fredericia, Silkeborg og Esbjerg kommuner.
(advokat Christian Nielsen, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 021-032518 af 27. januar 2014, udbød indklagede, Herning Kommune på vegne tillige af Sønderborg, Randers, Middelfart, Lemvig, Svendborg, Ikast-Brande, Kolding, Holstebro, Fredericia, Silkeborg og Esbjerg Kommuner, som offentligt udbud efter udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF) en rammeaftale om vareindkøb af papirvarer, cremer, sæber – og sæbesystemer, dispensere. Tildelingskriteriet fastsat til ”det økonomisk mest fordelagtige bud”.

Den 10. juni 2014 besluttede Herning Kommune at annullere udbuddet.

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 126-224240 af 2. juli 2014 genudbød indklagede, Herning Kommune på vegne af de nævnte kommuner, rammeaftalen som offentligt udbud efter udbudsdirektivet. Tildelingskriteriet var i dette udbud fastsat til ”laveste pris”.

Ved tilbudsfristens udløb den 15. september 2014 havde Herning Kommune modtaget tilbud fra følgende tilbudsgivere:

- Stadsing A/S
- Multiline A/S

- Abena A/S

Den 3. oktober 2014 meddelte Herning Kommune, at den på vegne de deltagende kommuner havde truffet beslutning om at tildele rammeaftalen til Stadsing A/S.

Den 13. oktober 2014 meddelte Herning Kommune imidlertid, at tildelingsbeslutningen blev tilbagekaldt.

Den 22. oktober 2014 annullerede Herning Kommune også dette andet offentlige udbud. Kommunen meddelte samtidig, at den overgik til udbud med forhandling, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, da kommunen ikke havde modtaget nogen konditionsmæssige tilbud.

Herning Kommune gennemførte herefter et udbud med forhandling med de tre ovennævnte tilbudsgivere. Tilbudsfristen blev fastsat til den 17. november 2014, og den 26. november 2014 meddelte kommunen, at den havde til hensigt at tildele opgaven til Multiline A/S.

Stadsing A/S anmodede herefter om at modtage en kopi af tilbuddet fra Multiline A/S fra Herning Kommune.

Den 22. maj 2015 indgav Stadsing A/S klage til Klagenævnet for Udbud. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Stadsing A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Herning Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at erklære klagers tilbud for ukonditionsmæssigt, da det ikke er korrekt, at Stadsing A/S' tilbud i:

”... position 36 ”Fedtcreme” ikke levede op til mindstekravene pga. for stor afvigelse i størrelse.”

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Herning Kommune har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28 ved at tildele en kontrakt om levering af papir-

varer, creme og sæber – og sæbesystemer, dispensere til Multiline A/S ved udbud med forhandling i henhold til udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, uden at betingelserne for anvendelse af denne procedure var opfyldt.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Herning Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling i udbudsdirektivets artikel 2, idet kommunen i forbindelse med det gennemførte udbud med forhandling ikke gav tilbudsgiverne mulighed for at udskifte det samme antal produkter i forbindelse med det gennemførte udbud med forhandling.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Herning Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, idet kommunen ved den valgte fremgangsmåde i forbindelse med det gennemførte udbud med forhandling reelt spillede tilbudsgiverne prismæssigt ud mod hinanden.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Herning Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele kontrakten til Multiline A/S, uagtet at tilbuddet fra Multiline A/S skulle være afvist som ukonditionsmæssigt, idet det ikke opfylder grundlæggende elementer i udbudsgrundlaget:

- a) om et maksimalt indhold på 825 ml i position 2 og 4 vedr. tilbudslisten med cremer og sæber, og
- b) ved i position 1 vedr. tilbudslisten med papirvarer at have tilbudt en toiletrulle på 14 meter og i position 2 og 4 at have tilbudt en toiletrulle på 13 meter.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at Herning Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, da det er uklart i udbudsbetingelserne, om der i position 2 og 4 vedrørende tilbudslisten med cremer og sæber kunne tilbydes et produkt med et indhold på mere end 825 ml.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at Herning Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at anmode tilbudsgiverne om at oplyse eventuelle rabatter på tilbudsgivernes sortiment ud over de produkter, der er omfattet af tilbudslisten.

Påstand 8

Klagenævnet skal annullere Herning Kommunes beslutning om at tildele rammeaftalen til Multiline A/S.

Herning Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. For så vidt angår påstand 1 har Stadsing A/S dog principalt nedlagt påstand om afvisning.

Sagens øvrige oplysninger*Det første offentlige udbud (januar – juni 2014)*

Af udbudsbetingelsernes pkt. 2.19.1 ”Økonomi” fremgik blandt andet:

”Samtlige linjer på tilbudslisterne skal være udfyldte. Ved bedømmelsen af økonomi vil der blive lagt vægt på de af Tilbudsgiver oplyste priser og den samlede kontraktsum på tilbudslisterne. De tilbudte priser skal indeholde alle udgifter til håndtering af rammeaftalen. For hvert af de tilbudte produkter jf. tilbudslisten skal afgifter oplyses.

Den oplyste rabatsats på tilbudslistens produktkategorier bliver ikke vægtet i forbindelse med evalueringen. ...”

Af udbudsbetingelsernes bilag 1 ”Tilbudsliste” fremgik:

”...

Den oplyste rabatsats på øvrige beslægtede produkter pr. produktkategori må godt være differentieret i forhold til den rabat Tilbudsgiver tilbyder på tilbudslistevarerne inden for den samme produktkategori.

...”

Af udbudsbetingelsernes pkt. 2.2 om formkrav fremgik blandt andet:

”Ved tilbudsafgivelsen skal Tilbudslisten [Bilag 1 —Tilbudsliste] udfyldes elektronisk. Summen af de tilbudte enhedspriser skal indeholde alle udgifter forbundet med varetagelsen af den udbudte rammeaftale.

Eventuel manglende oplysninger vil ikke blive indhentet, medmindre der er tale om supplerende oplysninger.”

Herudover fremgik det blandt andet, at Herning Kommune havde fastsat tildelingskriteriet til ”det økonomisk mest fordelagtige bud” med underkriterierne ”Kvalitet” (60%) og ”Økonomi” (40%).

Under udbuddet besvarede Herning Kommune den 18. marts 2014 blandt andet følgende spørgsmål:

”Spørgsmål 4) Håndklædeark 3-lags. Vi fik ikke vendt det på spørgemødet. Jeg mener ikke der på markedet findes 3-lagsark i det korte format (det giver heller ingen mening ud fra princippet 1ark er nok – for det vil det ikke være i et kort format). Vil det generelt være OK at byde med 2-lags ark, hvis man er af den overbevisning at et 2-lags ark har en højere sugeevne?

Svar 4) Hvis sugeevnen kan garanteres, at være lige så god for en 2-lags som for en 3-lags, kan det accepteres, at der gives tilbud på en 2-lags i stedet for en 3-lags. Det betyder, at man kan give tilbud på 2 forskellige 2-lags eller på en 2-lags og en 3-lags.”

Den 3. april 2014 besvarede kommunen endvidere følgende spørgsmål:

”Spørgsmål 12) Pos. 36 - kan det accepteres, at der leveres 300 ml i stedet for 200 ml.?

Svar 12) Ja.”

Det andet offentlige udbud (juli – oktober 2014)

Under det andet offentlige udbud anvendte Herning Kommune som udgangspunkt de samme udbudsbetingelser som i det første offentlige udbud, idet ændringer i forhold hertil var markeret med rød skrift. Det fremgik heraf blandt andet, at tildelingskriteriet blev ændret til: ”laveste pris”.

Endvidere var det under pkt. 3.9 ”Kontrol af mindstekrav” som noget nyt blandt andet anført:

”Ordregiver forbeholder sig retten til at anmode om vareprøver. Såfremt Ordregiver anmoder om vareprøver vil det være med det formål, at kontrollere mindstekravene jf. nærværende kravspecifikation og nedenstående beskrivelse. Jf. referat fra afholdt spørgemøde 11/8 2014 har Ordregiver besluttet at bede Tilbudsgiver om at tilsende vareprøver jf. Tilbudslisten bilag 1 – lilla farve samtidig med afgivelse af tilbud. Jf. pkt. 2.9 vil Tilbudsgiver blive skriftlig orienteret, såfremt Ordregiver vurderer det nødvendigt at foretage kontrol af mindstekrav.”

I udbudsbetingelsernes bilag 1 ”Tilbudsliste” var det blandt andet anført, at tilbudsgiverne skulle give tilbud på samtlige varelinjer, og at de ”angivne størrelser på cremer og sæber må afvige +/- 10 % i forhold til det oplyste i kravspecifikationen nedenfor”.

Af tilbudslisten vedrørende position 36 om fedtcreme fremgik følgende:

	<u>Fedtcreme</u>	Må afvige +/- 10 % i det oplyste indhold i ml/L
36	Fedtcreme	Til beskadiget hud, 200 ml

Det anførte om den tilladte afvigelse anført med rød skrift og var derfor en ændring i forhold til det første offentlige udbud.

Af tilbudslisten om blandt andet toiletruller, position 1-4, fremgik blandt andet:

	<u>Traditionelle toiletruller med hylse</u>	
1	Nyfiber i 2-lags	28-40 meter Må afvige +/- 5 % = 26,6 meter-42 meter
2	Nyfiber i 3-lags	28-40 meter Må afvige +/- 5 % = 26,6 meter-42 meter
3	Blandingsfibre i 2-lags	28-40 meter Må afvige +/- 5 % = 26,6 meter-42 meter
4	Blandingsfibre i 3-lags	28-40 meter Må afvige +/- 5 % = 26,6 meter-42 meter

Af tilbudslisten fremgik, at tilbudsgiverne for så vidt angik de positioner, der – som blandt andet position nr. 1, 2, 3 og 4 – var markeret med lilla farve, skulle indlevere vareprøver.

Afslutningsvis var det angivet, at tilbudsgiverne skulle angive "[r]abatsats på øvrige produkter omfattet af tilbudslistens varekategorier".

På et spørgsmål fra en tilbudsgiver besvarede Herning Kommune under det andet offentlige udbud den 13. august 2014 følgende spørgsmål således:

"1) På sidste udbud afgivet den 11/4 2014, blev der spurgt ind til afvigelser i størrelser, er disse svar også gældende til dette nye genudbud?

Svar: Ja, svarene er gældende for dette nye genudbud, men bliver indskrevet direkte i udbudsmaterialet/tilbudslisterne, jf. spørgemøde 11/8-14."

Stadsing A/S har oplyst, at Herning Kommune på det nævnte spørgemøde gjorde klart, at alle svar på spørgsmål fra den tidligere spørgerunde i forbindelse med det aflyste udbud (udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 021-032518) var gældende. Af referatet fra det nævnte spørgemøde fremgår blandt andet følgende spørgsmål og svar:

"5) Der blev ved sidste udbud, som er annulleret, stillet mange spørgsmål til eksempelvis cremer og sæber mht. afvigelser og eksempelvis hvorledes vi accepterede afvigelser på mere end +/- 10 %. Gælder svar på disse spørgsmål fortsat, så vi som Tilbudsgiver ikke behøver stille dem igen?

Svar: Ja, svar på spørgsmål stillet i sidste udbud vedr. afvigelser er fortsat gældende. Ordregiver har på baggrund af de stillede spørgsmål på spørgemødet 11/8-2014 besluttet at spørgsmål/svar gennemgås fra seneste udbud og det indskrives direkte i udbudsmaterialet/tilbudslisterne, hvilken afvigelse der er accepteret etc., i stedet for at spørgsmål/svar fra det annullerede udbud uploades i sin nuværende form."

Herning Kommune besvarede endvidere blandt andet følgende spørgsmål:

"Bilag 1, pos 43og 49	600 ml blev accepteret ved oprindeligt udbud. På spørgemødet den 11.08.2014 fik vi at vide at svar på det oprindelige udbud var gældende, dette bekræftes yderligere i referat fra spørgemødet. SVAR: Det bekræftes.
-----------------------------	---

... Bilag 1. pos. 47	... 700 ml til dispenser blev accepteret i den oprindelige udbud. På spørgemødet den 11.08.2014 fik vi at vide at svar fra
----------------------------	--

det oprindelige udbud var gældende dette bekræftes yderligere i referat fra spørgemødet.
SVAR: Det bekræftes.”

Af tilbuddet fra Stadsing A/S fremgik blandt andet, at selskabet tilbød:

Positionsnumre	Produkt	Produktbeskrivelse	Tilbudsgivers produktbeskrivelse
18	3-lags i nyfiber	Maksimal foldebredde på 9,0 cm. 22 x 24 cm må afvige +/- 10 % = 19,8 - 26,4	Håndklædeark, 90% nyfibre, hvid, 2-lags, 22,5 x 26,4 cm

Endvidere fremgik det, at Stadsing A/S vedrørende position 36 om fedtcreme indeholdt et produkt med 300 ml.

Af tilbuddet fra Multiline A/S fremgik blandt andet:

<u>Positions numre</u>	<u>Produkt</u>		<u>Længde</u>	<u>Bredde</u>	<u>Antal Lag</u>
	<u>Bulk</u>				
<u>5</u>	Bulk, nyfibre i 2-lags	9,5x22 cm. Må afvige +/-10 % =8,5-22,9 cm.	19	11	2
	<u>Håndklæderuller med hylse</u>				
<u>24</u>	Nyfiber i 3-lags				2

Som nævnt traf Herning Kommune den 3. oktober 2014 i første omgang beslutning om at tildele ordren til Stadsing A/S. Kommunen oplyste samtidig de øvrige tilbudsgivere om den tilbudte totale pris på det vindende tilbud.

Herning Kommune har under klagesagen oplyst, at den efterfølgende modtog en indsigelse fra en af de forbigåede tilbudsgivere mod tildelingsbeslutningen. Kommunen orienterede tilbudsgiverne herom den 13. oktober 2014:

”I forbindelse med begæring af aktindsigt i det vindende tilbud fra Stadsing A/S er undertegnet blevet gjort opmærksom på, at der er et

forhold i vindende tilbud, som umiddelbart betyder, at tilbuddet ikke er konditionsmæssigt ...

Undertegnet vil gerne have lejlighed til at undersøge forholdet nærmere inden endelig beslutning om enten fastholdelse af tildelingsbeslutning eller genudbud træffes.”

Den 20. oktober 2014 kl. 9.33 skrev Herning Kommune i en e-mail blandt andet følgende til Stadsing A/S:

”... Jeg er lige blevet kontaktet af Abenas advokat. De mener vi ... bør tilbagekalde tildelingsbeslutningen, idet vi jf. referat fra spørgemøde har skrevet, at accepterede afvigelser vil blive indarbejdet i udbudsmaterialet/tilbudslisten, hvilket jeg kan se, at vi ikke har gjort. Jeg er derfor lige nødsaget til at afvente med at udsende hensigtserklæringerne, idet jeg skal have undersøgt hvorvidt vi har begået en fejl.”

Samme dag kl. 11.47 meddelte kommunen Stadsing A/S, at den så sig nødsaget til at annullere udbuddet og overgå til udbud efter forhandling. I kommunens e-mail herom hedder det blandt andet:

”... Vi kan desværre ikke med retten på vores side henvise til spørgsmål og svar fra tidligere udbud. For at disse spørgsmål og svar kan være gældende skal alt materialet fremgå af det nye udbud - enten indarbejdet eller af alle spørgsmål/svar er uploadet. ...

Jeg udsender derfor en generel mail til alle tilbudsgiverne, hvori denne information fremgår. Jeg kan oplyse, at i processen for udbud med forhandling vil de øvrige tilbudsgiveres tilbudssummer blive oplyst til jer.”

Som nævnt meddelte Herning Kommunen den 22. oktober 2014, at den havde besluttet at annullere tildelingsbeslutningen. Om begrundelsen herfor var det anført, at kommunen ikke havde ”modtaget nogen konditionsmæssige tilbud”.

Den 20. oktober 2014 kl. 11.52 orienterede Herning Kommune samtlige tilbudsgivere om, at tildelingsbeslutningen blev tilbagekaldt, at udbuddet blev annulleret, at kommunen ville overgå til ”EU-udbud med forhandling”, og at en beskrivelse af udbudsprocessen ville blive udsendt ”snarest”.

Den 27. oktober 2014 sendte Herning Kommune en begrundelse for, at tilbuddet fra Stadsing A/S blev anset for ukonditionsmæssigt. Det hedder heri blandt andet:

”Til orientering er Deres tilbud ukonditionsmæssigt, da:

- Position 36 ”fedtcreme” ikke lever op til mindstekravene pga. for stor afvigelse i størrelse.

Der er i den forbindelse vigtigt for Herning Kommune at gøre det klart, at ovenstående punkter ikke nødvendigvis omfatter alle mangler i Deres tilbud.”

Kommunen sendte samtidig tilsvarende breve til de to andre tilbudsgivere. Også i disse breve blev der alene henvist til én ukonditionsmæssighed og anført, at dette punkt ikke nødvendigvis omfattede alle manglerne i tilbuddet. I forhold til begge de to tilbudsgivere var der tale om, at tilbuddene ikke levede op til mindstekrav vedrørende position nr. 5 ”bulk”.

De tre breve indeholdt endvidere enslydende afsnit:

”Tidligere spørgsmål/svar kan ikke gøre sig gældende med mindre den accepterede afvigelse eller øvrig accept af andre forhold der direkte har indflydelse på tilbudslisternes udfyldelse er direkte indarbejdet i udbudsmaterialet/tilbudslisten eller fremgår af spørgsmål/svar afgivet i den nu annullerede udbudsproces, som lige er gennemført. Det betyder givetvis, at flere positioner på jeres tilbudslister kan være ukonditions-mæssige.”

Herning Kommune har oplyst, at den modtog anmodninger om aktindsigt i tilbudsgivernes totalpriser, og at den meddelte tilbudsgiverne disse oplysninger i medfør af de almindelige aktindsigtsregler.

Det fremgår af sagen, at Multiline A/S under dette udbud tilbød en pris på 11.476.400,47 kr. pr. år, mens Stadsing A/S tilbød den laveste pris på 8.466.491,92 kr. pr. år.

Udbuddet med forhandling (oktober – november 2014)

Ved de ovennævnte e-mails af 27. oktober 2014 orienterede kommunen endvidere om, at den herefter overgik til udbud efter forhandling i medfør af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a,

”med det formål at få rettet op på de ukonditionsmæssige forhold i det afgivne tilbud jf. nedenstående betingelser for processen, hvor alle tre tilbudsgivere får mulighed for at afgive konditionsmæssige/reviderede tilbud.

Rammerne for den videre proces er som følger:

- Alle tre (3) tilbudsgivere anmodes om at afgive konditionsmæssige/reviderede tilbud.
- Tilbud skal berigtiges vedr. følgende: Der skal tilbydes et nyt produkt på position 36 ”fedtcreme” [i e-mailene til Multiline A/S og Abena A/S står der i stedet ”position 5 ”bulk””] og prisen kan enten fastholdes eller sænkes. Vedr. eventuelle øvrige ukonditionsmæssige positioner skal der tilbydes et konditionsmæssigt produkt jf. kravspecifikationen/udbudsmaterialet i henhold til tilbudslisten eller de spørgsmål/svar der indgår i den seneste udbudsproces.
- Tilbud kan forbedres på følgende punkter: Alle de afgivne priser på tilbudslisternes positioner kan sænkes eller fastholdes. Prisen må ikke stige på de enkelte positioner!
- Produktsammensætningen ... fastholdes med undtagelse af position 36 og de eventuelle øvrige positioner, som i henhold til spørgsmål/svar fra tidligere udbud ikke er konditionsmæssige jf. omstående oplysninger (spørgsmål/svar fra de tidligere annullerede udbud).
- Der gennemføres ikke forhandlingsmøder.
- ...
- ...
- Det skal fremhæves, at det ikke er muligt at henvise til dele af det oprindeligt afgivne tilbud. Der skal således indgives et nyt revideret tilbud, der opfylder alle de krav, herunder dokumentationskrav, der er angivet i udbudsgrundlaget ... Der er jf. udbudsmaterialet stillet mindstekrav til hvilke oplysninger der skal fremgå af produkt og sikkerhedsdatabladene. Mindstekravene fremgår af udbudsgrundlaget.”

Tilbudsfristen blev fastsat til den 17. november 2014.

Under udbuddet med forhandling besvarede Herning Kommune en række spørgsmål fra tilbudsgiverne. Ingen af disse spørgsmål angår position 36 om fedtcreme.

Som svar nr. 4 og 12 - 15 fremgår:

<u>4</u>	Sæbe. POS 2, 4 & 9	Vil udbudsgiver venligst bekræfte at der må bydes et 1000 ml produkt der lever op til kravene
	<u>Svar:</u>	<u>Det bekræftes.</u>

<u>12</u>	Cremer, sæbe. POS 1, 2, 3, 4, 8 og 9	Når der står +/- 10%, skal man så forstå det således at produktet til de 6 positioner må have en størrelse mellem 675 og 825 ml
	<u>Svar:</u>	<u>Det bekræftes</u>
<u>13</u>		Indgår de tilsendte vareprøver i det nye udbud efter forhandling?
	<u>Svar:</u>	<u>De tilsendte vareprøver indgår i det nye udbud med forhandling - se venligst også svar i spørgsmål 14.</u>
<u>14</u>		Skal der fremsendes en ny vareprøve på den vare, som indtil nu har været ukonditionsmæssig
	<u>Svar:</u>	<u>Ja, det skal der på de ukonditionsmæssige positioner/produkter ...</u>
<u>15</u>		Tilbudslisterne fra tidligere afsendte tilbud, 15. september 2014, er det dem vi genfremsender igen? ...
	<u>Svar:</u>	<u>Ja, det er tilbudslisterne fra jeres afsendte tilbud, 15. september 2014 der skal genfremsendes med de rettelser I måtte have foretaget ...</u>

Af tilbuddet fra Multiline A/S fremgik under position 2 og 4 vedrørende cremer og sæber, at selskabet tilbød et produkt med et indhold på 1.000 ml.

Af Multiline A/S' tilbud fremgik endvidere:

- Under position 1 om toiletruller, at længden var anført til "14", mens der under overskriften "antal meter pr. toiletrulle" var anført "34,3".
- Under position 2 var længden anført til "13", mens der under overskriften "antal meter pr. toiletrulle" var anført "30,00".
- Under position 3 var længden angivet til "34,7", og det svarede til det anførte under overskriften "antal meter pr. toiletrulle".
- Under position 4 var længden anført til "13", mens der under overskriften "antal meter pr. toiletrulle" var anført "30,00".

Oven for længdekolonnen var anført ”11,8 cm”.

Af de produktdatablade, som Multiline A/S vedlagde sit tilbud fremgik, at de tilbudte toiletruller på position 1, 2 og 4 var henholdsvis 34,3 meter, 30 meter og 30 meter.

Af tilbuddet fra Stadsing A/S af 17. november 2014 i forbindelse med udbuddet med forhandling fremgår følgende:

Positionsnumre	Produkt	Produktbeskrivelse	Tilbudsgivers produktbeskrivelse
18	3-lags i nyfiber	Maksimal foldebredde på 9,0 cm. 22 x 24 cm må afvige +/- 10 % = 19,8 - 26,4	Håndklædeark, 90% nyfibre, hvid, 3-lags, 22,5 x 26,4 cm

Den 26. november 2014 meddelte Herning Kommunen som nævnt, at den havde besluttet at tildele ordren til Multiline A/S. Af brevet fremgik blandt andet:

”Vurderingen er foretaget ud fra tildelingskriteriet – Laveste pris således forstået jf. udbudsmaterialet, at tilbudssummen på papirvarer sammenlægges med tilbuds/summen på cremer og sæber.

Den samlede kontraktsum for det vindende tilbud er: 32.048.193,72 kr. over 4 år fordelt jf. nedenstående:

Papirvarer – årlig tilbudssum: 6.906.253,75 kr. og årlig tilbudssum på cremer og sæber: 1.105.794,68 kr. = samlet tilbudssum på 8.012.048,43 kr. pr. år.

Jeres tilbudssum på papir er: 7.032.187 kr. og på cremer og sæber: 1.007.165,77 kr. og samlet tilbudssum på: 8.039.352,77 kr. pr. år.

Til information er der indkommet 3 tilbud og alle 3 tilbud er konditionsmæssige.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Stadsing A/S har til støtte for, at kommunens afvisningspåstand ikke skal tages til følge navnlig anført, at fristbestemmelsen i håndhævelseslovens § 7, stk. 2, nr. 3, som kommunen påberåber sig, ikke finder anvendelse i klagen over det andet offentlige udbud. Det skyldes, at udbuddet blev annulleret. Dermed er der ikke indgået en rammeaftale, sådan som bestemmelsen forudsætter.

Til støtte for påstanden har Stadsing A/S navnlig anført, at selskabets tilbud ikke var ukonditionsmæssigt som anført af Herning Kommune.

Selskabets tilbud overholdt således for det første kravet til position 36 om ”fedtcreme”. Dette fremgår udtrykkeligt af, at kommunen den 3. oktober 2014 traf beslutning om at tildele ordren til Stadsing A/S. Dertil kommer, at det følger direkte af de svar til udbudsbetingelserne, som Herning Kommune afgav under udbuddene. Under det første offentlige udbud svarede kommunen således på spørgsmål 12, at det kunne accepteres, at der i relation til position 36 om ”fedtcreme” leveres ”300 ml i stedet for 200 ml”. På spørgemødet den 11. august 2014 under det andet offentlige udbud svarede kommunen, at svarene afgivet under det første offentlige udbud stadig var gældende, og der var derfor ingen tvivl om, at Stadsing A/S’ tilbud om en fedtcreme på 300 ml. var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Det forhold, at der i svaret af 11. september 2014 også står, at de tidligere svar vil blive ”indskrevet direkte i Udbudsmaterialet/tilbudslisterne” kan ikke føre til en anden vurdering, da kommunen ved sine efterfølgende besvarelser af 8. september 2014 vedrørende position 43 og 49 henholdsvis position 47 udtrykkeligt generelt bekræftede, at svar fra tidligere udbud var gældende, uden at kommunen i den forbindelse nævnte, at svarene ville blive indskrevet i udbudsbetingelserne eller tilbudslisterne.

Kommunens anbringende om, at Stadsing A/S’ tilbud også skulle være ukonditionsmæssigt i relation til andre positioner i tilbudslisten er først fremkommet efter klagesagens anlæg, og det kan derfor ikke prøves af klagenævnet, da det ikke indgik i den begrundelse, som kommunen sendte selskabet. Det er uden betydning, at kommunen anførte, at selskabets tilbud ”muligt var ukonditionsmæssigt” på andre områder. Dertil kommer, at Stadsing A/S’ tilbud var i overensstemmelse med mindstekravene i position 18, idet det fremgår af kommunens besvarelse af 18. marts 2014, at det ville være konditionsmæssigt at tilbyde 2-lagsark.

Stadsing A/S skulle derfor have været tildelt rammeaftalen i overensstemmelse med den oprindelige tildelingsbeslutning.

Herning Kommune har til støtte for kommunens afvisningspåstand navnlig anført, at klagen først er indkommet efter udløbet af 6-månedersfristen i håndhævelseslovens § 7, stk. 2, nr. 3, der må forstås sådan, at den også gælder i den foreliggende situation, hvor udbuddet blev annulleret uden indgåelse af en rammeaftale.

Herning Kommune har til støtte for, at påstanden ikke tages til følge navnlig anført, at tilbuddet fra Stadsing A/S under det andet offentlige udbud var ukonditionsmæssigt, idet selskabet på tilbudslistens position 36 tilbød en fedtcreme på 300 ml, hvilket overskred de tilladte 200 ml +/- 10 %. Det forhold, at kommunen under det første offentlige udbud ved besvarelsen af spørgsmål 12 havde tilladt, at der kunne leveres produkter med en volumen på 300 ml, indebar ikke, at dette også var gældende under det andet offentlige udbud. Kommunens besvarelse af spørgsmål 4 om, at kommunens besvarelser om afvigelser under det første offentlige udbud fortsat stod ved magt, blev udtrykkeligt kvalificeret således: ”men bliver indskrevet direkte i udbudsmaterialet/tilbudslisterne”. Det fremgik også udtrykkeligt af kommunens besvarelse af spørgsmål 5, at kommunen havde besluttet, at ”spørgsmål/svar gennemgås fra seneste udbud og det indskrives direkte i udbudsmaterialet/tilbudslisterne, hvilken afvigelse der er accepteret etc. i stedet for at spørgsmål/svar fra det annullerede udbud uploades i sin nuværende form.” På den baggrund kunne der ikke være nogen tvivl om, at det alene var de afvigelser, som kommunen havde angivet i udbudsbetingelserne/tilbudslisterne, der var gældende. Kommunens besvarelser af 18. september 2014 angik udtrykkeligt alene position 43, 49 og 47, og kan ikke med rette forstås helt generelt som anført af Stadsing A/S. Tilbuddet fra Stadsing A/S var i øvrigt tillige ukonditionsmæssigt som følge af, at selskabet under tilbudslisten for papirvarer, position 18 om 3-lags håndklædeark alene tilbød 2-lagsark. Stadsing A/S ændrede da også dette punkt i sit tilbud under det efterfølgende forhandlingsudbud, hvor tilbudsgiverne alene var berettiget til at udskifte de tilbudte produkter i det omfang, disse var ukonditionsmæssige. Kommunens accept af 2-lagspapir i position 18 under det første offentlige udbud blev ikke videreført under det andet offentlige udbud og var derfor ikke gældende under dette udbud.

Ad påstand 2

Stadsing A/S har til støtte for påstanden navnlig anført, at selskabets tilbud af de grunde, der er anført vedrørende påstand 1, hverken var ”ikke forskriftsmæssigt” eller ”uantageligt efter nationale bestemmelser”. Betingelserne i udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, for at overgå til udbud med forhandling var derfor ikke opfyldt. Herning Kommune har derfor handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28 ved at tildele ordren til Multiline A/S ved det gennemførte udbud med forhandling. Kommunens anbringende om, at den også ville have været berettiget til at overgå til udbud med forhandling efter den nævnte bestemmelse, hvis der kun havde været ét konditions-mæssigt tilbud, savner mening, da den forinden havde truffet beslutning om at tildele ordren til Stadsing A/S, hvorfor det var klart, at kommunen ikke ønskede at annullere udbuddet.

Herning Kommune har navnlig anført, at de tilbud, kommunen modtog under det andet offentlige udbud, var ukonditions-mæssige. Det gjaldt også tilbuddet fra Stadsing A/S, jf. det anførte under påstand 1. Kommunen ville i øvrigt også have været berettiget til at aflyse udbuddet, selvom der faktisk havde været ét konditions-mæssigt tilbud – men det var der ikke.

Ad påstand 3

Stadsing A/S har til støtte for påstanden navnlig anført, at Herning Kommune har overtrådt ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at give tilbudsgiverne lige adgang til at udskifte produkter under udbuddet med forhandling. Det gav Multiline A/S en uberettiget konkurrencemæssig fordel i forhold til Stadsing A/S, og denne fordel blev forstærket af, at tilbudsgiverne havde fået oplyst hinandens tilbudspriser i det seneste offentlige udbud, inden de skulle afgive tilbud under forhandlingsudbuddet. Dette forhold skyldtes også kommunens fejl. Hvis Herning Kommune fra begyndelsen havde konstateret, at alle tilbud var ukonditions-mæssige, vil tilbudspriserne således ikke være blevet offentliggjort. Tilbuddet fra Stadsing A/S var – som anført under påstand 1 – ikke ukonditions-mæssigt, og situationen berettigede derfor ikke til, at alle tilbudsgivere fik lejlighed til at ændre tilbuddene med henblik på at gøre disse konditions-mæssige. Herning Kommune overlod det delvist til tilbudsgiverne selv at foretag en vurdering af, hvilke produkter (positioner) i deres tidligere tilbud de mente var ukonditions-mæssige. Denne fremgangsmåde var usædvanlig og i

strid med ligebehandlingsprincippet. Dertil kommer, at fremgangsmåden var i strid med gennemsigtighedsprincippet, da det ikke fremgik, hvilke produkter (positioner) der kunne udskiftes.

Herning Kommune har navnlig anført, at bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, ikke er til hinder for den anvendte fremgangsmåde, der hverken har indebåret et brud på princippet om ligebehandling eller ikke-forskelsbehandling, jf. udbudsdirektivets artikel 2. Proceduren i udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, kan således anvendes til at ”berigtige” ukonditionsmæssige tilbud, jf. artikel 30, stk. 2. Alle tilbudsgivere fik indledningsvis at vide, at deres tilbud var ukonditionsmæssigt under henvisning til én position i tilbuddet, samtidig med at det blev tilkendegivet, at der kunne være flere. Herefter fik alle tilbudsgiverne mulighed for at ændre det antal produkter, der var nødvendige for, at deres tilbud blev konditionsmæssige, men dette var ikke en fri adgang til at ændre tilbuddene. Dertil kom, at alle tilbudsgivere generelt fik mulighed for at forbedre deres priser. Alle tilbudsgivere fik endvidere de samme oplysninger om de øvrige tilbudsgiveres tilbud under det andet offentlige udbud, og dette var kommunen i øvrigt forpligtet til som led i begrundelsespligten under det andet offentlige udbud og som følge af de almindelige aktindsigtsregler. Konkret ændrede både Multiline A/S og Stadsing A/S to produkter (positioner) i deres tilbud under forhandlingsudbuddet i forhold til deres tilbud under det andet offentlige udbud. Fremgangsmåden var ikke usædvanlig, og den sikrede gennemsigtighed og ligebehandling.

Ad påstand 4

Stadsing A/S har navnlig anført, at Herning Kommune har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, idet kommunen under forhandlingsudbuddet forsøgte at presse tilbudsgiverne til at nedsætte tilbudsprisen og derved reelt spillede tilbudsgiverne prismæssigt ud mod hinanden. Stadsing A/S har herved henvist til, at tildelingskriteriet var ”laveste pris”, at det i udbudsbetingelserne for forhandlingsudbuddet uden saglig grund var anført, at tilbuddene kunne forbedres på alle de afgivne priser på tilbudslisternes positioner, og at udbuddet resulterede i, at Multiline A/S reducerede sin oprindelige tilbudspris med ca. 30 %. Stadsing A/S har i den forbindelse henvist til klagenævnets kendelse af 14. september 2001 i sagen Judex A/S mod Århus Amt.

Herning Kommune har navnlig anført, at kommunen ikke har spillet tilbudsgiverne ud mod hinanden som anført i påstanden. Kommunen var forpligtet til at imødekomme anmodningerne om aktindsigt, og dette er ikke i strid med udbudsreglerne, jf. klagenævnets kendelse af 18. februar 2010 i sagen Mikro Værkstedet A/S mod Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte. Det forhold, at Multiline A/S valgte at benytte sig af muligheden for at forbedre de tilbudte priser, og at Multiline A/S dermed endte med at tilbyde den laveste pris, udgør ikke en overtrædelse af udbudsreglerne.

Ad påstand 5

Stadsing A/S har navnlig anført, at tilbuddet fra Multiline A/S var ukonditionsmæssigt, idet selskabet på position 2 og 4 vedrørende cremer og sæber tilbød et produkt på 1.000 ml, hvilket oversteg det tilladte maksimum på 825 ml, jf. påstandens litra a. Også efter Herning Kommunes besvarelser af spørgsmål 4 og 12 var det – uanset det, som kommunen har anført, som er usammenhængende – klart, at tilbuddet ikke var i overensstemmelse med de stillede krav.

Som anført under påstandens litra b, var de toiletruller, som Multiline A/S tilbød under position 1 på 14 meter, og i position 2 og 4 på 13 meter, hvilket var for kort i forhold til det krævede minimum på 26,6 meter. Det er ikke korrekt, når kommunen anfører, at der ikke findes toiletruller på markedet med en længde på 10-15 meter, idet sådanne findes i detailhandlen. Der er endvidere tale om en efterrationalisering, når kommunen hævder, at den kunne konstatere, at længden af rullen overholdt mindstekravet, og at de i tilbudslisten anførte længder var længden på arket på de pågældende ruller. Det anførte stemmer i øvrigt ikke med, at Multiline A/S i position 3 anførte, at ”længden var 34,7”, da det oplagt ikke er længden på arket.

Herudover var Multiline A/S’ tilbud også ukonditionsmæssigt på andre områder.

Da tilbuddet fra Multiline A/S under forhandlingsudbuddet således var ukonditionsmæssigt, har Herning Kommune overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tildele kontrakten til Multiline A/S.

Herning Kommune har navnlig anført, at tilbuddet fra Multiline A/S ikke var ukonditionsmæssigt som anført i påstanden.

Kommunen havde med besvarelsen af spørgsmål 4 klart accepteret, at sæberne i position 2 og 4, jf. påstandens litra a, kunne tilbydes i en størrelse på 1.000 ml, sådan som Multiline A/S gjorde. Det forhold, at kommunen i det samtidigt angivne svar på spørgsmål 12, der også blandt andet angik de samme positioner, bekræftede, at når ”der står +/- 10 %” skal det forstås således, at ”produktet i de 6 positioner må have en størrelse mellem 675 og 825 ml.” er ikke i strid hermed, da kommunen alene svarede, at produkterne ”må” have denne størrelse, ikke, at de ”skal”. Da det størrelsesmæssige mindstekrav imidlertid på baggrund af de to svar må anses for at have været uklart, ville kommunen under alle omstændigheder have været afskåret fra at håndhæve det over for tilbudsgiverne.

Tilbuddet fra Multiline A/S var også i forhold til produkterne i påstandens litra b konditionsmæssigt, idet det levede op til de stillede længdekrav, og kommunen har derfor ikke overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, som anført i påstanden. Kommunen har herom nærmere anført, at tilbuddet fra Multiline A/S ikke gav kommunen anledning til tvivl, da det klart og tydeligt fremgik af tilbuddet, at de anførte mindstekrav var overholdt. Der produceres slet ikke toiletruller med en længde på 13 eller 14 meter, som Multiline A/S havde anført i tilbudslistens kolonne om den tilbudte længde. Herning Kommune kunne imidlertid konstatere, at der var tale om en åbenbar fejl, hvordan den var opstået, hvad den bestod af, og hvad der var den korrekte oplysning. I eksemplet over den pågældende kolonne var der således anført en længde i cm, og Multiline A/S havde derfor tilsyneladende været i tvivl om, hvorvidt det var rullens længde eller arkets længde, der skulle anføres i kolonnen, og dette kunne i et vist omfang henføres til kommunens forhold. Når der på trods heraf slet ikke var anledning til tvivl om tilbuddets konditionsmæssighed, hang det sammen med, at det af tilbuddet, herunder de produktdatablade, som Multiline A/S havde vedlagt dette, entydigt fremgik, hvilke produkter der blev tilbudt, og at disse ruller levede op til mindstekravene til længde. Dertil kom, at kommunen under det andet offentlige udbud fik tilsendt vareprøver af de tilbudte ruller, og at kommunen derfor – i overensstemmelse med besvarelsen af spørgsmål 13 – umiddelbart kunne konstatere, at længden på rullen overholdt mindstekravet, og at de i tilbudslisten anførte tal på position 1, 2 og 4 var længden på arket på de pågældende ruller. Det

anførte blev endvidere støttet af, at Multiline A/S havde udfyldt kolonnen ”Antal meter pr. toiletrulle samt øvrige ruller” med de korrekte længder på rullerne. Herning Kommune har i anden række anført, at kommunen efter uklarhedens karakter er berettiget til at få tilbuddet præciseret, forudsat at tilbudsgiveren ikke gives mulighed for at ændre sit tilbud. Det bestrides, at tilbuddet fra Multiline A/S skulle være ukonditionsmæssigt på andre punkter, og klagenævnet må se bort fra dette anbringende, når disse punkter ikke er specificeret nærmere i påstanden og anbringenderne, jf. håndhævelseslovens § 10, stk. 1, in fine.

Ad påstand 6 (subsidiær til påstand 5)

Stadsing A/S har, såfremt klagenævnet ikke giver selskabet medhold i påstand 5, navnlig gjort gældende, at dette i givet fald må skyldes, at de anførte mindstekrav var uklare og derfor ikke kan håndhæves, og at det derfor vil være i strid med principperne og ligebehandling og gennemsigtighed at gennemføre udbuddet.

Herning Kommune har navnlig anført, at udbudsbetingelserne som anført i relation til påstand 5, litra a, ikke var uklare. Selv hvis klagenævnet måtte komme frem til, at mindstekravet var uklart, og at det på den baggrund ikke kan håndhæves, medfører dette ikke, at hele udbuddet skal annulleres. Der til kommer, at den anførte uklarhed i relation til toiletrullerne slet ikke har givet anledning til tvivl hos tilbudsgiverne, da alle tilbudsgivere tilbød konditionsmæssige produkter. Stadsing A/S har endvidere ikke nedlagt påstand om, at udbuddet som sådan skal annulleres.

Ad påstand 7

Stadsing A/S har navnlig anført, at det – som anført i klagenævnets kendelse af 22. april 2015 Mediq Danmark A/S mod KomUdbud v/Kolding Kommune – er i strid med udbudsreglerne at tillægge tilbudsgivernes oplysninger om rabatter på øvrigt sortiment betydning, og at et krav om oplysning af rabatsatser i sig selv er egnet til at skabe tvivl om, hvilken betydning ordregiveren ville tillægge disse, også selv om dette ikke måtte være sket. Det var således i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at Herning Kommune i udbudsbetingelserne fastsatte, at tilbudsgiverne skulle oplyse rabatsatser på øvrige beslægtede produkter.

Herning Kommune har navnlig anført, at situationen ikke er sammenlignelig med sagen i klagenævnets kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud v/Kolding Kommune. Det skyldes blandt andet, at tildelingskriteriet i det nævnte udbud var ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, mens det i nærværende sag er ”laveste pris”. Dertil kommer, at det i nærværende udbud – i modsætning til, hvad der var tilfældet i kendelsen fra april 2015 – ikke kunne give anledning til tvivl, hvordan den oplyste rabatsats ville indgå i evalueringen, idet det klart i udbudsbetingelserne var fastsat, at dette ikke ville blive tilfældet, ligesom det var angivet entydigt hvilken pris, der udgjorde evalueringssummen. Herning Kommune har herved henvist til klagenævnets kendelse af 17. august 2015 i sagen Mediq Danmark A/S mod KomUdbud v/Kolding Kommune. Der var tale om et sortimentsudbud, og det fremgik af udbudsmaterialet, at 90 % af indkøbene skulle ske på baggrund af tilbudslistens produkter, jf. rammeaftalens § 8. Det er i sortimentsudbud helt sædvanligt, at der efterspørges en rabatsats på tilbudsgivernes øvrige sortiment i de pågældende kategorier, idet der erfaringsmæssigt altid opstår behov for at indkøbe ting, der ligger uden for den oplistede tilbudsliste. Herning Kommune har gjort disse indkøb til en del af udbuddet ved, at det fulgte, at alt i produktkategorierne ville blive indkøbt ved vinderen. Kommunen er klar over, at priserne på disse produkter ikke har været konkurrenceudsat. Dette er naturligvis ikke optimalt, men det er i praksis umuligt at lave en udtømmende tilbudsliste. Erfaringen viser, at ordregivere ofte opnår besparelser ved at spørge efter en rabat på et sådant øvrigt sortiment, også selvom det ikke konkurrenceudsættes. Det er derfor økonomisk uforsvarligt ikke at give tilbudsgiverne mulighed for at tilbyde sådanne lavere priser.

Ad påstand 8

Stadsing A/S har navnlig anført, at der efter de overtrædelser af udbudsreglerne, der er anført i påstand 1-7, skal ske annullation af Herning Kommunes beslutning om at tildele ordren til Multiline A/S.

Herning Kommune har navnlig anført, at kommunen ikke har begået de nævnte overtrædelser, og at der derfor ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen. Kommunen har i anden anført, at alene påstandene 1, 2 og 5 har en karakter der kan medføre annullation. Såfremt klagenævnet alene måtte give klager medhold i en eller flere af påstandene 3, 4, 6 eller 7,

vil de pågældende overtrædelser ikke have en sådan grovhed, at der er grundlag for annullation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Skal påstanden afvises?

Hverken efter ordlyden eller forarbejderne til bestemmelsen i håndhævelseslovens § 7, stk. 2, nr. 3, er der holdepunkter for at forstå bestemmelsen således, at den tillige skulle finde anvendelse i en situation som den foreliggende, hvor ordregiveren ikke har indgået en rammeaftale, men i stedet annulleret udbuddet. Klagenævnet tager derfor ikke Herning Kommunes afvisningspåstand til følge.

Skal påstanden tages til følge?

Efter kommunens besvarelse under det andet offentlige udbud af spørgsmål 4 og 5 den 13. august 2015 vedrørende de tidligere accepterede afvigelser vedrørende blandt andet cremer og sæber, måtte det stå tilbudsgiverne klart, at de svar, som kommunen tidligere havde afgivet i forbindelse med det første offentlige udbud, ikke ville indgå direkte i udbudsbetingelserne (idet de ikke ville blive ”uploadet”), og at de herefter alene ville være gældende, i det omfang de ”indskrives direkte” i udbudsbetingelserne, eller der under det andet offentlige udbud konkret blev afgivet svar, der ændrede disse betingelser. Kommunens besvarelser på spørgsmålene vedrørende position 43 og 49 henholdsvis position 47 kan ikke anses for en generel fravigelse af dette.

Det fremgik udtrykkeligt af udbudsbetingelsernes tilbudsliste vedrørende det andet offentlige udbud, at fedtcreme i henhold til position 36 skulle være 200 ml. Med rød skrift, der i henhold til tilbudslistens indledning markerede en ændring i forhold til det første offentlige udbud, var det anført, at det tilbudte produkt måtte ”afvige +/- 10 % i det oplyste indhold”.

Uanset at Herning Kommune under det første offentlige udbud havde accepteret en fedtcreme i position 36 på 300 ml, var dette således ikke gældende under det andet offentlige udbud.

Det er ubestridt, at Stadsing A/S i position 36 tilbød en fedtcreme på 300 ml. Denne oversteg herefter det tilladte maksimum på 220 ml, og Herning Kommune har således allerede derfor været berettiget til at anse Stadsing A/S' tilbud for ukonditionsmæssigt. Det forhold, at Herning Kommune i første omgang traf beslutning om at tildele Stadsing A/S kontrakten, kan på den anførte baggrund ikke føre til en anden vurdering.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 2

Da klagenævnet som anført i relation til påstand 1 har fastslået, at tilbuddet fra Stadsing A/S var ukonditionsmæssigt under det andet offentlige udbud, og da det er ubestridt, at de to øvrige tilbud var ukonditionsmæssige, var betingelserne for at overgå til udbud efter forhandling, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, opfyldt.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 3

Under forhandlingsudbuddet fik alle tilbudsgivere mulighed for at ændre de produkter, der var nødvendige til, at tilbuddene blev konditionsmæssige, ligesom alle tilbudsgivere fik mulighed for at forbedre priserne på alle de tilbudte produkter. Herning Kommune har ikke herved handlet i strid med ligebehandlingsprincippet (princippet om ikke forskelsbehandling) i udbudsdirektivets artikel 2. Det, Stadsing A/S i øvrigt har anført, kan ikke føre til et andet resultat.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 4

Det lægges til grund, at Herning Kommune som led i sin begrundelse for sin oprindelige tildelingsbeslutning under det andet offentlige udbud, hvor tildelingskriteriet var ”laveste pris”, oplyste Stadsing A/S' samlede tilbudspris, og at de samlede tilbudspriser for de to andre tilbudsgivere blev oplyst i forbindelse med anmodninger om aktindsigt. De tre tilbudsgivere var herefter under forhandlingsudbuddet alle oplyst om de samlede priser,

deres konkurrenter havde tilbudt under det forudgående offentlige udbud. Sådanne oplysninger om den samlede tilbudssum er ikke fortrolige oplysninger, og kommunen var derfor berettiget til at meddele dem til tilbudsgiverne.

Uanset at det må anses for sandsynligt, at Multiline A/S i forbindelse med afgivelsen af sit tilbud under forhandlingsudbuddet blandt andet lagde vægt på oplysningen om den pris, som Stadsing A/S under det forudgående andet offentlige udbud havde tilbudt, findes dette forhold herefter ikke at have forrykket konkurrencen mellem tilbudsgiverne, og Herning Kommune har heller ikke i øvrigt tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2.

Det er i den forbindelse uden betydning, at Herning Kommune – såfremt kommunen tidligere var blevet opmærksom på, at tilbuddet fra Stadsing A/S var ukonditionsmæssigt og derfor tidligere havde konstateret, at den ikke var berettiget til at tildele ordren til Stadsing A/S – ikke ville have haft anledning til at oplyse Stadsing A/S' tilbudspris som sket.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 5

Klagenævnet tager alene stilling til, om tilbuddet fra Multiline A/S måtte være ukonditionsmæssigt af de grunde, der udtrykkeligt er anført i påstanden og de dertil hørende anbringender, jf. håndhævelseslovens § 10, stk. 1.

Herning Kommune havde under udbuddet med forhandling under position 2 og 4 vedrørende cremer og sæber nævnt i påstandens litra a udtrykkeligt fastsat, at disse maksimalt måtte have et indhold på 825 ml, og dette blev bekræftet af kommunens besvarelse af spørgsmål 12. Ved kommunens besvarelse af spørgsmål 4, der blev afgivet samtidig med svaret på spørgsmål 12, bekræftede kommunen imidlertid også, at den accepterede tilbud i forhold til disse positioner med et produkt på 1000 ml. Det var på denne baggrund uklart, om det maksimalt tilladte volumen var 825 ml eller 1000 ml, og Herning Kommune ville på den baggrund ikke være berettiget til at håndhæve et mindstekrav om maksimalt 825 ml over for tilbudsgiverne.

Herning Kommune havde for så vidt angår toiletrullerne i position 1, 2 og 4 på tilbudslisten for papirvarer, jf. påstandens litra b, fastsat et mindstekrav om en mindstelængde på 26,6 meter. Tilbuddet fra Multiline A/S angav i kolonnen om længde ”14”, ”13” og ”13” meter. Tilbuddet fra Multiline A/S indeholdt imidlertid også produktspecifikationer vedrørende de tilbudte toiletruller, og det fremgik heraf, at mindstekravene var overholdt. Dertil kom, at Multiline A/S i tilbuddet under kolonnen ”antal meter pr. toiletrulle” i overensstemmelse hermed havde anført, at de tilbudte toiletruller havde en længde på henholdsvis 34,3 meter, 30 meter og 30 meter, således at de levede op til kravet. Endelig har kommunen oplyst, at den ved gennemgang af de fremlagte vareprøver kunne konstatere, at dette var tilfældet. På den baggrund var det efter en samlet vurdering tilstrækkelig klart, at det anførte i længdekolonnen var en fejl, og at de tilbudte toiletruller i position 1, 2 og 4 rent faktisk overholdt mindstekravet.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

Som anført vedrørende påstand 5, litra a, var det uklart, om det maksimalt tilladte volumen position 2 og 4 vedrørende cremer og sæber var 825 ml eller 1000 ml. Det var derimod klart, at der ikke kunne tilbydes en volumen på mere end 1000 ml.

Påstanden tages derfor til følge som nedenfor bestemt.

Ad påstand 7

Under såvel udbuddet med forhandling som det forudgående offentlige udbud fremgik det af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne skulle oplyse en rabatsats på tilbudslistens øvrige beslægtede produkter pr. produktkategori, og at den oplyste rabatsat ”på tilbudslistens produktkategorier bliver ikke vægtet i forbindelse med evalueringen”.

Tilbudsgivernes rabatter på andre produkter end dem, der skulle afgives tilbud på, var udbuddet uvedkommende, og det ville således være i strid med udbudsreglerne at tillægge tilbudsgivernes oplysninger om sådanne rabatter betydning.

Uanset at det fremgik af udbudsbetingelserne, at rabatsatserne ikke ville blive vægtet ved evalueringen, har kommunens krav om rabatsatser været egnet til at skabe tvivl om, hvilken betydning den ville tillægge de tilbudte rabatter.

Det Herning Kommune i øvrigt har anført, kan ikke føre til et andet resultat.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 8

Klagenævnet har alene taget påstand 6 til følge vedrørende en mindre uklarhed vedrørende den højst tilladte volumen i relation til to positioner ud af det samlede udbud. Ingen tilbudsgivere er blevet udelukket som følge af kravet, og der er ikke grundlag for at antage, at uklarheden har været af konkret betydning for udbuddets samlede resultat.

Det må endvidere lægges til grund, at Herning Kommune ved evalueringen ikke lagde vægt på oplysningerne om de rabatsatser, der angik varer, der ikke var omfattet af udbuddet, jf. påstand 7.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden om annulation til følge.

Efter sagens udfald, herunder navnlig at Stadsing A/S ikke har fået medhold i, at Herning Kommunes tildelingsbeslutning skulle annulleres, samt henset til sagens forløb og omfang skal Stadsing A/S betale sagsomkostninger til Herning Kommune med 20.000 kr. til dækning af advokatombudsomkostninger.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 6

Herning Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, da det efter udbudsbetingelserne var uklart, om der i position 2 og 4 vedrørende tilbudslisten med cremer og sæber højst kunne tilbydes et produkt med et indhold på 825 ml. eller 1000 ml.

Ad påstand 7

Herning Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at anmode tilbudsgiverne om at oplyse eventuelle rabatter på tilbudsgivernes sortiment ud over de produkter, der er omfattet af tilbudslisten.

I øvrigt tages klagen ikke til følge.

Stadsing A/S skal i sagsomkostninger til Herning Kommune betale 20.000 kr. Beløbet skal betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig