

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Knud Erik Busk, Vibeke Steenberg)

J.nr.: 2009-0019477

29. september 2009

K E N D E L S E

Lekolar A/S

(selv)

mod

Sydjysk Kommuneindkøb

(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 57-082095 af 23. marts 2009 udbød Sydjysk Kommuneindkøb (Vejen, Varde, Aabenraa og Tønder kommuner) som offentlig udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en kontrakt om indkøb af formnings- og beskæftigelsesmaterialer. Der er tale om en rammekontrakt af en varighed på 3 år med en enkelt aktør om materialer til anvendelse for børn i daginstitutioner, skoler og SFO'er samt som terapeutisk redskab på ældreområdet til en anslået værdi af 13.360.000 kr. eksklusive moms.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 26. maj 2009 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. Albert Knudsen
2. AV Form A/S
3. Creative Compagny A/S

Den 9. juni 2009 indgav klageren, Lekolar A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Sydjysk Kommuneindkøb. Klageren fremsatte den 10. juni 2009 anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning.

Den 16. juni 2009 besluttede indklagede at indgå kontrakt med AV Form A/S, hvilket blev meddelt tilbudsgiverne samme dag.

Den 14. juli 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet begrundede sin afgørelse med, at klageren ikke havde afgivet tilbud, og at den opsættende virkning derfor ikke var nødvendig for at afværge et uopretteligt tab for klageren.

Indklagede har herefter efter det oplyste indgået kontrakt med AV Form A/S.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved at fastsætte krav om, at der skal afgives tilbud på minimum 90 % af tilbudslisten, idet kun en enkelt leverandør på det danske marked vil kunne afgive tilbud, der opfylder dette krav.

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

Tildelingskriteriet er i udbudsbekendtgørelsen fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne A. »pris« (vægtning 60), B. »service« (vægtning 25) og C. »Kvalitet« (vægtning 15).

I udbudsbetingelserne er anført følgende:

»3.1 Produktsortiment

Tilbudsgiver skal kunne tilbyde et bredt sortiment.

Tilbudsgiver bør udfylde samtlige linier i tilbudslisten. Tilbudsgivere der ikke tilbyder mindst 90 % af produkterne på tilbudslisten vil blive frasorteret pga. for smalt sortiment. Identiske varer må ikke tilbydes på mere end én varelinie.

Produktspecifikationen for de tilbudte leverancer, indeholdende produktbeskrivelse og varenummer, skal indføres direkte i tilbudslisten (bilag 1)«

Under udbuddet besvarede indklagede nogle stillede spørgsmål således:

»Spørgsmål 19:

Udbudsmaterialet er baseret på et indbyggertal på 192.700 for de fire kommuner tilsammen og et forventet forbrug på 3.340.000 kr. årligt i mere end 120 institutioner af forskellig type.

På trods af dette repræsenterer tilbudslisten (bilag 1) mere en indkøbsliste for 2008 frem for et statistisk udtræk af en udvalgt varegruppe. Dette gør sig gældende ved, at der for mere end 850 vareliniers vedkommende er indkøbt under 10 stk. i 2008

Dette er et meget lille underlag at skulle håndtere indkøb/levering ud fra og vi er derfor – som andre potentielle leverandører jf. de tilsendte spørgsmål/svar – af den overbevisning, at denne tilbudsliste bør revideres.

...

Ydermere stiller udbyder krav om, at tilbudsgivers artikelnummer kun må forekomme en enkelt gang med mindre de ønskes i forskellige pakningsstørrelser. Som leverandør af formningsmaterialer ved vi, at f.eks. en slags maling kan dække/fungere til mange formål – og således vil der ud for en del varelinier figurere samme artikelnummer.

Såfremt udbyder måtte ønske at fastholde tilbudslistens indhold vil det være formålstjenligt at nedsætte minimumskravet fra 90 % til 70 %.

Xxx(firmanavn erstattet) [klageren] anbefaler således udbyder at fjerne de linier i tilbudslisten, som indeholder indkøb i 2008 under 10 stk.

Spørgsmål 20

Efter vores overbevisning er der mange varelinier, hvor der er klare overlaps og hvor det bliver endog meget vanskeligt at finde forskellige varenumre.... Kan der annulleres/neutraliseres nogle af de nævnte varelinier?

...

Svar på spørgsmål 19 og 20

Da flere potentielle tilbudsgivere udtrykker utilfredshed med både 90 % kravet, antallet af varelinier med begrænset køb i 2008 og reglen om at samme vare ikke må tilbydes på flere forskellige varelinier i tilbudslisten har ordregiver besluttet at ændre den ene af disse punkter.

...

Ordregiver kræver i udbudsmaterialet, at 90 % af tilbudslistens varelinier udfyldes. Dette krav ønskes ikke fraveget idet ordregiver ønsker at kunne sammenligne flest mulige priser når tilbud modtages. Hvis pro-

centsatsen ændres til f.eks. 70 % kan ordregiver i teorien stå med f.eks. fem tilbudsmaterialer hvor halvdelen af vareliniernes priser ikke kan sammenlignes fordi én eller flere af tilbudsgiverne ikke har angivet pris på det konkrete produkt.

Reglen om, at samme vare ikke må tilbydes på flere varelinier i tilbudsprisen er ordregiver til gengæld indstillet på at ændre. Vi vil gerne henstille til, at der på de varelinier hvor det er muligt tilbydes produkter der ikke er tilbudt andre steder i tilbudslisten. Tilbudsgivere der tilbyder samme produkt på flere varelinier vil således ikke blive frasorteret, men vi håber at tilbudsgiverne vil bestræbe sig på at udfylde tilbudslisten med så bredt et varesortiment som muligt.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at der på det danske marked kun er en enkelt leverandør, der vil kunne leve op til kravet om, at tilbuddet mindst skal omfatte 90 % af produkterne på tilbudslisten. Tilbudslisten består af mere end 1.400 produkter, og mere end 850 af dem er produkter, som institutionerne i de 4 kommuner i Sydjysk Kommuneindkøb samlet set i 2008 har købt under 10 stk. af. Dertil kommer, at tilbudsgiveren har krævet, at et tilbudt produkt kun må forekomme en enkelt gang i tilbudslisten.

Indklagede har gjort gældende, at 90 %-kravet skyldes ønsket om en leverandør med et bredt varesortiment. Målgruppen for udbuddet var ikke alene det danske, men også det europæiske marked. Kravet om, at samme varenummer ikke må fremgå flere steder på tilbudslisten, er fraveget ved svaret på spørgsmål 19-20. De tre tilbudsgivere opfyldte alle 90 % kravet. Indklagede har ønsket at begrænse køb af produkter, der ikke er omfattet af udbuddet, mest muligt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Der er ikke grundlag for at fastslå, at indklagedes krav om, at tilbudsgiverne skulle afgive tilbud på mindst 90 % af de produkter, der var anført på

tilbudslisten, er i strid med princippet om ligebehandling i Udbudsdirektivets artikel 2.

Påstanden tages ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig