

K E N D E L S E

AV Form A/S  
(advokat Torkil Høg, København)

mod

Fællesindkøb Fyn,  
Fællesudbud Sjælland,  
Indkøbsfællesskab Nordsjælland og  
Vestegnens Indkøbsforum (undtagen Høje-Taastrup Kommune)  
(cand.jur. Martin Stæhr, Kgs. Lyngby)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 177-317308 af 9. september 2016, offentliggjort den 14. september 2016, udbød Fællesindkøb Fyn, Fællesudbud Sjælland, Indkøbsfællesskab Nordsjælland og Vestegnens Indkøbsforum (undtagen Høje-Taastrup Kommune) (herefter indkøbsfællesskaberne) som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale om levering af hobby- og beskæftigelsesmaterialer til 40 kommuner i indkøbsfællesskaberne. Tildelingskriteriet var ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet” med underkriterierne ”Pris” (vægt 65 %) og ”Sortimentsbredde” (vægt 35 %).

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud den 24. oktober 2016 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

- AV Form A/S (AV Form)
- Creativ Company A/S (Creativ Company)
- Lekolar Leika A/S (Lekolar)

Ved brev af 14. november 2016 meddelte indkøbsfællesskaberne, at ingen af de modtagne tilbud var konditionsmæssige, og indkøbsfællesskaberne valgte derfor at overgå til udbud med forhandling efter udbudslovens § 62, jf. § 61, stk. 1, nr. 2.

Indkøbsfællesskaberne havde forhandlinger med tilbudsgiverne den 7. december 2016, og ved tilbudsfristens udløb den 14. december 2016 havde alle tre tilbudsgivere afgivet endelige tilbud.

Ved brev af 30. marts 2017 meddelte indkøbsfællesskaberne, at det var besluttet at indgå kontrakt med Creativ Company, og at tilbuddet fra AV Form ikke var taget i betragtning, da det var ukonditionsmæssigt. Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 067-127223 af 31. marts 2017, offentliggjort den 5. april 2017, har indkøbsfællesskaberne bekendtgjort, at der er indgået kontrakt med Creativ Company.

Den 18. april 2017 indgav AV Form klage til Klagenævnet for Udbud over indkøbsfællesskaberne. Klagen har været behandlet skriftligt.

AV Form har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indkøbsfællesskaberne har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2, ved uberettiget at afvise AV Forms tilbud som ukonditionsmæssigt.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indkøbsfællesskabernes beslutning af 30. marts 2017 om at tildele kontrakten til Creativ Company.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal i overensstemmelse med klagenævnslovens § 14 a afgive en ikke-bindende udtalelse om, at der ikke foreligger særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse.

Indkøbsfællesskaberne har nedlagt påstand om, at påstand 1 og 2 ikke tages til følge, men har over for påstand 3 erkendt, at der ikke er særlige forhold, der tilsiger, at kontrakten videreføres, hvis klagenævnet annullerer tilde-

lingsbeslutningen.

### Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen under det offentlige udbud blev som anført offentliggjort den 14. september 2016. Indkøbsfællesskaberne havde dog forud for iværksættelsen af udbuddet gennemført en høringsproces i forhold til udbudsmaterialet ved forhåndsmeddelelse nr. 2016/S 122-218174 i EU-Tidende den 28. juni 2016. Af meddelelsens afsnit II.2.4) fremgår bl.a.:

”Alle potentielle tilbudsgivere indbydes- og opfordres til at gennemgå materialet grundigt og fremsende høringssvar med kommentarer om eventuelle forekommende uhensigtsmæssigheder samt gerne med forslag til forbedringer.

Indkøbsfællesskaberne har særlig interessepunkter man især ønsker respons på:

At få belyst, om potentielle tilbudsgivere kan byde på varelinjerne i tilbudsskemaet. Herunder om varelinjerne er tilstrækkeligt præcist og forståeligt beskrevet. ...”

Indkøbsfællesskaberne modtog høringssvar fra bl.a. AV Form:

”...

Kommentarer til tilbudslisten:

AV Form vil umiddelbart kunne byde på samtlige varelinjer i tilbudslisten, forudsat at vi kan anvende proceduren med at der i tilbudslisten kan angives ”Ny vare” for varer som ikke er tilgængelige på webshop eller i katalog ved tilbudsafgivelsen, men som vil kunne leveres ved aftalestart, og at disse varer kan dokumenteres ved foto og beskrivelse i separat bilag – jf. jeres udkast til kravsspecifikationen.

...”

Af udbudsbetingelserne fremgår:

”...

#### 10.5 Produktafvielser

Tilbudsgiver kan tilbyde produkter, der afviger med op til 25 %, på alle ønskede ”ca.” betegnelser på kolonne D ”Beskrivelse af produkt” på fanen ”obligatorisk Tilbudsliste”.

#### 10.6 ”Ny vare” ved tilbudsafgivelsen

Tilbydes varer, som Tilbudsgiver ikke allerede har i eget Hovedkatalog eller Hjemmeside, opføres dette som ”Ny vare”, på bilag 2 – tilbudslisten. Ved ”ny vare” skal produktinformation med foto vedlægges tilbuddet, som er lige så uddybende som de informationer, som ellers ville fremgå af eget Hovedkatalog eller Hjemmeside. Tilbydes en ”Ny vare” skal Ordregiver nemt kunne identificere, hvilken vare som er tilbudt. Det kan typisk være varer som er ’trend’, projekt, sæson varer eller varer som ikke er tilgængelig for Tilbudsgiver, ved tilbudsafgivelsen, men kan leveres ved aftalestart.

#### 10.7 Manglende tilbudte varer

Tilbudsgiver skal som minimum kunne tilbyde 90 % af de anførte varelinjer, i hver produktgruppe på fanebladet ”obligatorisk Tilbudsliste”, af de i Tilbudslisten omfattede varelinjer målt i antal. På produktgrupper under 10 varelinjer, frafalder kravet om de 90% og erstattes med et krav om at Tilbudsgiver må undlade at byde på een varelinje, i hver produktgruppe, der indeholder 10 eller færre varelinjer. Såfremt Tilbudsgiver ikke tilbyder minimum 90 % af varelinjerne i hver produktgruppe eller undlader mere end én varelinje, i produktgrupper med varelinjer under 10, på fanebladet ”obligatorisk Tilbudsliste”, af de i Tilbudslisten omfattede varelinjer, vil tilbuddet blive betragtet som værende ikke-konditions-mæssigt.

I de tilfælde, hvor Tilbudsgiver ikke afgiver bud på varer jf. Tilbudslisten, men holder sig inden for rammerne jf. ovennævnte afsnit, vil ordregiver prissætte (kapitalisere) til brug for evalueringen af underkriteriet Pris. Priser vil blive beregnet som beskrevet nedenfor.

...

#### 12 Evalueringsmodel- og metode:

##### Pris

Pris vil blive evalueret ud fra en lineær pointmodel, ift. det procentvise-spænd mellem laveste pris og højeste pris. Det procentvise-spænd udregnes ved følgende formel:

$$\text{Procent afvigelse} = ((\text{højeste tilbud} / \text{laveste tilbud}) - 1) * 100$$

Herefter indplaceres det procentvise-spænd i nedenstående skema, hvorefter prisen omregnet til point. Laveste pris vil få 8 point og laveste pris + x % (fra nedenstående skema) vil få 0 point.

Spændet mellem laveste pris og højeste pris	Formeler:
0 – 50 %	Tilbuddets pris = 8 points - (8 points / 50 %) * (tilbudt pris - laveste pris) / laveste pris
0 – 60 %	Tilbuddets pris =

	$8 \text{ points} - (8 \text{ points} / 60 \%) * (\text{tilbudt pris} - \text{laveste pris}) / \text{laveste pris}$
0 – 70 %	Tilbuddets pris = $8 \text{ points} - (8 \text{ points} / 70 \%) * (\text{tilbudt pris} - \text{laveste pris}) / \text{laveste pris}$
0 – 80 %	Tilbuddets pris = $8 \text{ points} - (8 \text{ points} / 80 \%) * (\text{tilbudt pris} - \text{laveste pris}) / \text{laveste pris}$
0 – 90 %	Tilbuddets pris = $8 \text{ points} - (8 \text{ points} / 90 \%) * (\text{tilbudt pris} - \text{laveste pris}) / \text{laveste pris}$
0 – 100 %	Tilbuddets pris = $8 \text{ points} - (8 \text{ points} / 100 \%) * (\text{tilbudt pris} - \text{laveste pris}) / \text{laveste pris}$
Over 100 %	0 Point

Modellen går til 100 %. Alle tilbud der overstiger 100 % i prisspændet ift. laveste pris pointsættes til 0 point.

Pointene relaterer sig fra følgende skala:

Opfyldelse af kriteriet	Point
Bedst mulig opfyldelse af kriteriet	8
Glimrende/ fortrinlig opfyldelse af kriteriet	7
God/ meget tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	6
Over middel i opfyldelse af kriteriet	5
Middel/ tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	4
Under middel i opfyldelse af kriteriet	3
Mindre tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	2
Utilstrækkelig opfyldelse af kriteriet	1
Dårlig opfyldelse af kriteriet (men konditionsmæssigt tilbud)	0

Sortimentsbredde:

Sortimentsbredden vil blive omregnet til point i en lineær model, hvor 3000 varenumre (eller derover) vil få 8 point og forholdsvis lavere point ved tilbud af færre varer. 0 varenumre, vil give 0 point, jf. nedenstående beregningseksempel, sortimentsbredde.

Sortimentsbredden vægtes 35 %, i den samlede tilbudsevaluering, jf. beskrivelse i punkt 11.3

Fiktivt matematisk eksempel på evalueringsmetode:

Prisspænd mellem laveste og højestepris:  
 $((2.200.000/1.500.000) - 1) * 100 = 47 \%$   
 Dvs. at formlen 0-50% anvendes.

Pris – Lineær pointmodel med prisspænd 0-50 pct. 50 %

Sortimentsbredde - Lineær pointmodel med maksimumpoint for 3000 varenumre 3.000,00

Maks point 8

...

12.3 Vareprøver og afprøvning

Ordregiver forbeholder sig ret til, at indkalde tilbudte produkter til nærmere inspektion eller anmode om beskrivelser/ datablade herfor, til brug for vurdering af produkternes opfyldelse af Kravspecifikationen,  
 ...  
 ...”

Den tilbudsliste, som tilbudsgiverne skulle udfylde, var vedlagt udbuds-  
 betingelserne som bilag 2. Tilbudslisten er opdelt i to faner, som betegnes  
 henholdsvis ”Obligatorisk Tilbudsliste” og ”Øvrigt sortiment”. Der er en  
 vejledning til tilbudslisten, som bl.a. beskriver det, som fremgår af udbuds-  
 betingelsernes pkt. 10,5 og 10,7.

Under udbuddet havde tilbudsgiverne mulighed for at stille spørgsmål. Ind-  
 købsfællesskaberne besvarede bl.a. følgende spørgsmål 46, der vedrører va-  
 relinje 40.22 (”Pakke med ca. 144 ass. farver. Tyk ca. 3 mm”) og varelinje  
 40.32 (”ass. farver. Tyk ca. 3 mm”), hvor mængden var anført til 144 stk.:

”For os at se er denne linje [varelinje 40.22] ens med 40,[32]? Mener I  
 at 3 m er tynd eller tyk”

Indkøbsfællesskaberne svarede:

”Nej, vi mener 3 mm er tyk. Der menes pk. med 144 stk. assorterede  
 farver. 40.32 udgår og forbrug justeres”

Efter at indkøbsfællesskaberne havde modtaget tilbud i forbindelse med det  
 offentlige udbud, skrev indkøbsfællesskaberne den 14. november 2016 føl-  
 gende til tilbudsgiverne:

”...  
 Ordregiver har desværre måttet konstatere at ingen af de modtagne til-  
 bud, har vist sig at være konditionsrættede.

Ordregiver forventer som følge heraf, at overgå til udbud med forhand-  
 ling efter Udbudslovens § 62, jf. § 61, stk. 1, nr. 2.

Ordregiver forventer at kunne give yderligere informationer omkring  
 den videre proces i uge 48.

Ordregiver takker for jeres fremsendte tilbud og ser frem til et godt  
 samarbejde i den videre proces.  
 ...”

Der blev den 7. december 2016 afholdt særskilte forhandlingsmøder med hver af tilbudsgiverne. Af referatet fremgår:

” ...

Som angivet ved skrivelsen af 30. november 2016, ville det første forhandlingsmøde bestå af en overordnet gennemgang af tilbudsgivers fremsendte – ukonditionsmæssige – tilbud. Gennemgangen ville ske med henblik på at sikre, at tilbudsgivers tilbud bliver konditionsmæssige allerede ved fremsendelsen af et tilrettet tilbud efter 1. forhandlingsrunde.

...

Alle tre tilbudsgivere fik gennemgået konkrete mangler i tilbudslisten, Bilag 2, som gjorde at deres respektive tilbud var vurderet ukonditionsmæssige. I forbindelse hermed blev samtlige tilbudsgivere gjort opmærksom på, at de gennemgåede mangler ikke var en fuldstændig liste, tværtimod, hvorfor tilbudsgiverne på det kraftigste blev opfordret til at gennemgå den fulde liste for at sikre konditionsmæssigheden for hele listen.

Herudover blev der gennemgået følgende punkter, som tilbudsgiver opfordres til at iagttage i forbindelse med tilbudsfasen inden fremsættelsen af næste tilbud:

- Når betegnelsen ”ca.” fremgår af varelinjen: Vedrører ca. betegnelsen alene den fx. størrelse/mængde/volumen den fremgår lige umiddelbart før.

...

- Når ”ca” ikke fremgår af varelinjen: SKAL den præcise størrelse tilbydes. Her tillades følgelig ikke nogen divergens i det af linjen beskrevne.

- Når betegnelsen ”ass./assorterede ” fremgår af en varelinje, hvor den ønskede mængdestørrelse er angivet som 1 pk., 1. stk.: Præciserer Ordregiver hermed, at det betyder, at der skal tilbydes mere end en variant – der skal med andre ord tilbydes 2 eller flere af det pågældende produkt.

Som eksempel: tusch, ass. Farver, 1. pk., 1. stk. Her betyder ass. betegnelsen således, at der skal tilbydes min. 2 forskellige farver på den pågældende linje.

– ...

- Kravet om tilbudt min. 90 % af de anførte varelinjer i hver pro-

duktgruppe på fanebladet ”obligatorisk tilbudsliste”, medfører at tilbudsgiver skal være særlig opmærksom på mængden af fejl. Se mere om kravet i udbudsbetingelserne pkt. 10.7.

...

På vegne af indkøbsfællesskaberne ... takker undertegnede for en god og konstruktiv dialog, ligesom Ordregiver ser frem til, at modtage de nye bilag 2 via Mercell inden tilbudsfristen den 14. december 2016 kl. 12.00.

...”

Som anført afgav alle tre tilbudsgivere fra det offentlige udbud tilbud under forhandlingsudbuddet.

Det er oplyst, at AV Form afgav et tilbud med en samlet tilbudssum på 8.989.451,44 kr. (uden tillæg af kapitaliserede beløb, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 10.7), og virksomheden tilbød et øvrigt sortiment på over 3000 varelinjer.

Den obligatoriske tilbudsliste indeholdt bl.a. følgende produktbeskrivelser (kolonne D):

Varelinje 39.1: ”Pakke med 24 x 12 ass. Farver Tynd ca. 0,5 mm”.

Varelinje 39.3: ”Pakke med ca. 24 ass. farver. Tynd ca. 0,5 mm”.

Varelinje 39.6: ”Pakke med ca. 12 ass. Farver. Tyk ca. 2 mm”.

Varelinje 40.22: ”Pakke med ca. 144 ass. farver. Tyk ca. 3 mm”.

AV Form anførte følgende ud for varelinjerne:

Varelinje 39.1: ”Tuscher, 0,5 mm. 12 x 24 ass. I alt 288 stk.”.

Varelinje 39.3: ”Tuscher, 0,5 mm. 24 ass.”.

Varelinje 39.6: ”Tuscher Tykke. 12 x 24 ass. I alt 288 stk.”.

Varelinje 40.22: ”Tuscher, 3 mm, 144 ass.”.

Produktgruppe 39 indeholder i alt 11 varelinjer.

Det er oplyst, at indkøbsfællesskaberne anmodede AV Form om at indsende et antal vareprøver, og at disse blev indsendt.

Ved brev af 30. marts 2017 til tilbudsgiverne meddelte indkøbsfællesska-

berne, hvem der ville blive tildelt kontrakten. I brevet til AV Form er anført:

” ...

Afslagsskrivelse vedrørende Levering af hobby- og beskæftigelsesmaterialer efter overgang til udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse, jf. Udbudslovens §61, stk. 1, nr. 2, jf. §61, stk. 4.

...

Helsingør Kommune må med beklagelse meddele, at AV Form A/S ikke er blevet tildelt kontrakten.

Kontrakten er tildelt Creativ Company A/S, som er vurderet som ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.

...

Creativ Company A/S har tilbudt den laveste tilbudssum på DKK10.840.289,25 og opnår derved 8,0 point svarende til den bedst mulige opfyldelse af underkriteriet ”Pris”.

Creativ Company A/S får således en vægtet karakter (65 %) på i alt 5,2 point for underkriteriet ”Pris”.

Creativ Company A/S har tilbudt et øvrigt sortiment på i alt 3640 varenumre og opnår derved 8,0 point svarende til den bedst mulige opfyldelse af underkriteriet ”Sortimentsbredde”.

Creativ Company A/S får således en vægtet karakter (35 %) på i alt 2,8 point for underkriteriet ”Sortimentsbredde”.

Samlet opnår Creativ Company A/S i alt 8,00 point svarende til den bedst mulige opfyldelse af tildelingskriteriet økonomisk fordelagtige tilbud.

I forbindelse med det af AV Form A/S afgivne tilbud af 7. december 2016 [det offentlige udbud] bemærkes følgende:

Følgende kategorier blev i tilbudslisten, Bilag 2, fundet ukonditions-mæssige:

15.0 Vedhæng, kæde, låse mv.

i. 15.8; 15.15; 15.29; 15.45; 15.47; 15.63; 15.64; 15.65

Denne varekategori består af 67 varenumre. Det betyder, at kategorien må indeholde op til 6 fejl. Vi har registreret 8.

97.0, Rammer  
ii. 97.17; 97.18; 97.19.

Denne varekategori består af 22 varenumre. Det betyder, at kategorien må indeholde op til 2 fejl. Vi har registreret 3.

Som følge af ovenstående gennemgang kan Ordregiver desværre konstatere, at AV Form A/S' tilbud af 7. december 2016 ikke levede op til de i udbudsmaterialet stillede mindstekrav, jf. Udbudsbetingelsernes pkt. 10.5 og 10.7.

...

I forbindelse med det af AV Form A/S afgivne tilbud af 14. december 2016 (efter forhandlingsrunden) [forhandlingsudbuddet] bemærkes følgende:

Ved gennemgangen af tilbuddet blev det konstateret, at kategori 39 i linje 39.1 og 39.6 var behæftet med fejl. Der opstod tvivl om tilbuddets formulering i linje 39.1 og indholdet af den i linjen tilbudte vare. Billedet af varen i AV Form A/S' varekatalog var i overensstemmelse med mindstekravene. Dog var den tekst, som fremgik af kataloget og tilbuddet, ikke i overensstemmelse med billedet.

Derudover opstod der tvivl om de tilbudte produkter, som konfigurerede under "ny vare", der beskrives i bilaget om ny vare. Således var billedet på 39.5, 39.9, 40.19 og 40.47 identiske, og der opstod tvivl om, at produkterne evt. var ens trods en ikke-identisk medfølgende beskrivelse af produktet. Der var således en mulighed for, at også kategori 40 var fejlbehæftet i sådan en grad, at tilbuddet blev ukonditionsmæssigt.

På den baggrund blev det besluttet at indhente vareprøver på tuscher fra kategori 39 og 40.

...

Resultatet af vareprøverne er som følger:

1. Det kan konstateres, at der er fejl i linje 39.6
  - a. Således blev der fremsendt 2 sammenbundne pakker, hvor der i alt var 12x24 farver at finde. Vi har i udbudsmaterialet bedt om en pakke med ca. 12 assorterede farver
2. Det kan konstateres, at der ikke er fejl i linje 39.1
  - a. Den fremsendte vareprøve samt billedet i deres katalog stemmer overens med vores mindstekrav. Teksten i det fremsendte tilbud og teksten i deres katalog stemmer ikke overens med vores mindstekrav, men på baggrund af vareprøven konstateres det, at den tilbudte vare er konditions-

mæssig.

3. Efter modtagelse af vareprøverne kan det endvidere konstateres, at der er fejl i linje 39.3
  - a. Fejlen fremgik ikke i det indsendte tilbud, men af deres katalog. Ligeledes viste vareprøverne, at pakken indeholder 2x12 farver og ikke ca. 24 assorterede farver

...

Som følge af fejlene angiver i pkt. 1 og 3 ovenfor kan Ordregiver desværre konstatere, at AV Form A/S fremsendte tilbud ikke lever op til de i udbudsmaterialet stillede mindstekrav, jf. Udbudsbetingelsernes pkt. 10.5 og 10.7.

Da mindstekrav er grundlæggende forudsætninger for udbuddet, er Ordregiver desværre forpligtet til at se bort fra Tilbudsgivers tilbud, jf. udbudsbetingelserne pkt.10.7.

...”

Lekolar modtog også meddelelse om, at virksomhedens tilbud var ukonditionsmæssigt og derfor ikke var taget i betragtning. Lekolars tilbud var ifølge indkøbsfællesskaberne ukonditionsmæssigt på flere punkter, herunder tilbudslistens varelinje 39.6, hvor det i meddelelsen er anført: ”Ordregiver ønsker tusch, pakke med ca. 12 ass. Farver. Tyk ca. 2 mm. Tilbudsgiver tilbyder tuscher i 12x24 farver”.

*Indkøbsfællesskabernes anvendelse af betegnelserne ”ass.” og ”assorteret” i tilbudslisten*

Under klagesagen har indkøbsfællesskaberne oplyst følgende om brugen af betegnelsen ”ass.” eller ”assorteret” i tilbudslisten:

”I forhold til brugen af betegnelsen ”ass.” i tilbudslisten skal Indklagede fremhæve, at denne – helt bevidst – fremkom på tre forskellige måder i tilbudslisten som beskrevet nedenfor:

1: Der er angivet et præcist antal ønskede assorterede produkter – eksempelvis under varelinje 39.1 (tusch), hvor det under kolonne D er angivet: ”Pakke med 24 x 12 ass. Farver Tynd ca. 0,5 mm.” Her har Indklagede således fremhævet over for tilbudsgiver, at der ønskes netop 24 x 12 assorterede farver – uden at tilbudsgiver har haft mulighed for at fravige dette krav.

2: Der er angivet et ca. antal ønskede assort[re]de produkter – eksem-

pelvis under varelinje 39.3 (tusch), hvor det under kolonne D er angivet: ”Pakke med ca. 24 ass. farver. Tynd ca. 0,5 mm”. Her har Indklagede således i overensstemmelse med angivelserne i vejledningen til tilbudslisten [...] og udbudsbetingelsernes punkt 10.5 [...] accepteret, at tilbudsgivers antal assorterede farver i pakken kan variere med 25 % i forhold til de anførte ”ca. 24 ass. Farver”.

3: Der er angivet et ønske om et produkt, der ikke alene indeholder én variant, men flere varianter – ”ass” – eksempelvis varelinje 4.1 (glasperle), hvor Indklagede har angivet, at de perler på ca. 8-9 mm., der ønskes tilbud på, skal være i ”ass. farver” – forstået som i forskellige farver. I modsætning til i tilfældegruppe 1 og 2 ovenfor er der ikke her fastsat et bestemt antal (farver) i produktbeskrivelsen, og det er således tilstrækkeligt, at der tilbydes mere end én farvevariant – dvs. minimum to farver.”

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

AV Form har gjort gældende, at der ikke var fejl i varelinjerne 39.3 og 39.6 i AV Forms tilbudsliste, og afvisningen af AV Forms tilbud som ukonditionsmæssigt var derfor uberettiget.

Da produktgruppe 39 kun indeholder 11 varelinjer medfører udbudsbetingelsernes pkt. 10.7, at et tilbud skal afvises som ukonditionsmæssigt, hvis der er mere end én ”fejl” i produktgruppen. Det er således alene den omstændighed, at indkøbsfællesskaberne mener, at der er begået to fejl i produktgruppe 39, der medfører, at AV Forms tilbud er blevet afvist.

#### *Varelinje 39.3*

Indkøbsfællesskaberne har i underretningen af 30. marts 2017 anført, at AV Form havde tilbudt 2 x 12 farver i stedet for ”ca. 24 assorterede farver”. Indkøbsfællesskaberne synes således at forstå udtrykket ”assorteret” som et krav om, at de tilbudte farver alle er forskellige, og at der som udgangspunkt ikke tillades dubletter. Det er imidlertid ikke i udbudsbetingelserne defineret, hvad der menes med udtrykket ”assorteret”, og det må derfor fortolkes efter den almindelige sproglig forståelse, hvor der med assorteret menes ”udvalgte” farver. Det ligger således i udtrykket, at der skal være tale om et udvalg af farver, men ikke nødvendigvis, at samtlige farver skal

være forskellige fra hinanden.

Det fremgår af mødereferatet fra forhandlingsmødet den 7. december 2016, at indkøbsfællesskaberne præciserede, hvad der mentes med udtrykket ”assorteret”:

”Når betegnelsen ”ass./assorterede” fremgår af en varelinje, hvor den ønskede mængdestørrelse er angivet som 1 pk., 1. stk.: Præciserer Ordregiver hermed, at det betyder, at der skal tilbydes mere end en variant – der skal med andre ord tilbydes 2 eller flere af det pågældende produkt.

Som eksempel: tusch, ass. Farver, 1. pk., 1. stk. Her betyder ass. betegnelsen således, at der skal tilbydes min. 2 forskellige farver på den pågældende linje.”

Eksemplet understøtter, at der med assorteret menes et udvalg bestående af mere end nogle enkelte varianter. Hvor mange varianter der skulle tilbydes har dog ikke været afklaret. Hvis det var afgørende for indkøbsfællesskaberne, at der kun blev tilbudt indbyrdes forskellige farver, og hvis indkøbsfællesskaberne havde til hensigt at anse det for en fejl, hvis der blev tilbudt dubletter – med den mulige konsekvens, at et i øvrigt meget stærkt tilbud skulle afvises som ukonditionsmæssigt – skulle indkøbsfællesskaberne have fastsat dette udtrykkeligt i sit udbudsmateriale. Indkøbsfællesskaberne har ikke før underretningsbrevet af 30. marts 2017 tilkendegivet, at der med udtrykket ”assorteret” menes andet end ”et udvalg af farver” og ”mere end én”. Dette kunne ikke læses ud af udbudsbetingelserne eller af tilbudslisten. AV Form kunne således ikke indse, at indkøbsfællesskaberne ville tillægge det afgørende betydning, om der blev tilbudt 24 forskellige farver for så vidt angår varelinje 39.3.

At betydningen af ”assorteret” er uklar fremgår også af, at udtrykket ”forskellig” andre steder i tilbudslisten anvendes i den betydning, som indkøbsfællesskaberne har anvendt ved afvisningen af AV Forms tilbud. F.eks. fremgår det af tilbudslistens varelinje 1.9, at vandsminke ”... skal som minimum kunne fås i 12-20 forskellige farver...”. AV Form har ikke haft mulighed for at vide, at ”assorteret” skulle forstås på samme måde som ”forskellig”, når begge udtryk anvendes i tilbudslisten.

Omvendt anvendes udtrykket ”assorteret” også andre steder i tilbudslisten

på en måde, der ikke kan svare til den forståelse, som indkøbsfællesskaberne har anlagt i relation til varelinje 39.3. I varelinje 2.3 er f.eks. beskrevet kongoperler ”ca. 6 mm, ass. farver”. Idet der i denne post på tilbudslisten er ønsket en mængde på 700 stk., lægger AV Form til grund, at kravet ikke hér skal forstås som 700 forskellige farver. Det fremgår af varelinje 3.3, at der efterspørges facetperler ”metallic, assorterede størrelser”. AV Form lægger til grund, at dette heller ikke skal forstås således, at samtlige 100 perler i pakningen skal have forskellige størrelser. Endelig fremgår det af varelinje 40.22, at der skal gives tilbud på ”Pakke med ca. 144 ass. farver”. AV Form lægger til grund, at dette heller ikke skal forstås således, at samtlige 144 tuscher i pakningen skal have forskellige farver.

De anførte eksempler er ikke udtømmende. Udtrykkene ”ass.”, ”assorteret” og ”forskellige” anvendes således forholdsvis vilkårligt i tilbudslisten. Det er indkøbsfællesskaberne, der bærer risikoen for uklarheder i udbudsmaterialet. Herudover følger det af fast praksis, at krav i udbudsmaterialet, der skal kunne danne grundlag for afvisning af tilbud som ukonditionsmæssige, skal være klare og umisforståelige. Indkøbsfællesskaberne har ikke i udbudsmaterialet eller som led i mundtlig eller skriftlig korrespondance med AV Form oplyst eller fremhævet, at indkøbsfællesskaberne i den obligatoriske tilbudsliste sondrede mellem tre forskellige betydninger af betegnelsen ”assorteret”. Da indkøbsfællesskaberne således ikke har stillet et tilstrækkeligt klart krav om, at der for så vidt angår varelinje 39.3 skulle tilbydes præcis 24 forskellige farver, har AV Form ikke begået fejl i sit tilbud, og tilbuddet er derfor uberettiget afvist.

Indkøbsfællesskaberne anvendte i varelinje 40.22 beskrivelsen ”Pakke med ca. 144 ass. farver”, men oplyste i forbindelse med spørgsmål/svar, at tallet i dette tilfælde netop henviste til en pakning med 144 stk. og ikke et krav om, at der skulle tilbydes 144 fra hinanden forskellige farver, hvilket ingen af tilbudsgiverne i øvrigt har antaget. Det var dog ikke præciseret i den obligatoriske tilbudsliste, at 144 henviste til ”stk.”, hvilket tilbudsgiverne selv måtte udlede naturligt af, at dette var den ønskede mængde, jf. tilbudslistens kolonne I. Indkøbsfællesskabernes sammenlægning af varelinjerne 40.22 og 40.32 indikerer desuden, at disse blev opfattet som ens, selvom beskrivelsen for varelinje 40.32 kun angav ”ass. farver”. Det er således ikke korrekt, at angivelsen af et tal før ”ass.” konsekvent skulle betyde et krav om et specifikt antal forskellige farver, og at anvendelsen af ”ass.” alene konsekvent skulle betyde ”to eller flere forskellige farver”.

Betegnelserne ”assorteret” og ”forskellig” optrådte i øvrigt i en lang række andre kombinationer i den obligatoriske tilbudsliste:

- ”min. x farver”, jf. bl.a. varelinje 17.27
- ”min. x farver, ass.”, jf. bl.a. varelinje 77.8
- ”min. x forskellige farver”, jf. bl.a. varelinje 39.10
- ”min. x ass. i forskellige farver”, jf. bl.a. varelinje 1.15
- ”min. ass. x farver”, jf. bl.a. varelinje 46.3
- ”min. x ass. farver”, jf. bl.a. varelinje 18.2
- ”ass. min. x farver”, jf. bl.a. varelinje 18.6
- ”forskellige farver”, jf. bl.a. varelinje 35.30.

”Assorteret” og ”forskellig” optræder i så mange konstellationer i tilbudslisten, at de naturligt må antages at have to forskellige betydninger. Brugen af henholdsvis den ene eller den anden betegnelse må herefter være et bevidst valg fra indkøbsfællesskabernes side, og det er derfor mest nærliggende at forstå tilbudslisten på den måde, at der kun stilles krav om et specifikt antal forskellige farver, når dette udtrykkeligt angives ved brug af udtryk som ”forskellige farver” eller ”mindst x farver”.

Den omstændighed, at der i AV Forms eget hovedkatalog kan findes eksempler, hvor betegnelsen ”assorteret” er brugt om varer, der faktisk indeholder fuldt ud forskellige farver, er ikke i modstrid med AV Forms opfattelse, at ”assorteret” betyder ”et udvalg”. Der kan naturligvis findes sådanne assorterede pakker, hvor hver farve er forskellig fra de øvrige, hvilket ofte – men ikke altid – er tilfældet for mindre pakker af farver, f.eks. pakker med 12 stk. Der findes flere eksempler i AV Forms hovedkatalog og blandt de varer, der konkret er budt ind med i forbindelse med dette udbud, at AV Form har anvendt betegnelsen ”assorteret” om varer, der ikke udelukkende indeholder farver, som er forskellige fra hinanden.

Tilsvarende ændrer den omstændighed, at AV Form i sit tilbud i visse tilfælde har tilbudt ”assorterede” pakker, der reelt indeholdt forskellige farver, ikke ved, at AV Form naturligt forstod begrebet som et krav om ”et udvalg”, herunder også et udvalg bestående af fuldt ud forskellige farver. AV Form har budt ind med de pakningssammensætninger, der fandtes i deres sortiment, hvori mange pakker indeholder forskellige farver.

### *Varelinje 39.6*

Indkøbsfællesskaberne har i underretningsbrevet af 30. marts 2017 anført, at AV Form har begået fejl ved at tilbyde en pakke indeholdende 12 x 24 farver og ikke "... en pakke med ca. 12 assorterede farver...". Det er uklart for AV Form, hvad varelinje 39.6 reelt omfatter. Det fremgår af tilbudslisten, at der var efterspurgt "... pakke med ca. 12 ass. Farver...". Af kolonnerne til højre for varebeskrivelsen fremgik derimod, at der var efterspurgt et "sortiment" med i alt 288 stk.

AV Form har forstået denne post i tilbudslisten således, at det centrale var levering af 288 stk., og at der skulle være tale om varierende farver. AV Forms tilbud lever op til disse krav. I forhold til det beskrevne om "ca. 12 ass. Farver" lever AV Form op til dette, da tilbuddet omfatter hele 24 farver og derfor – som det mindre i det mere – også 12 farver. AV Form er således uforstående over for, at tilbuddet blev anset for ukonditionsmæssigt på dette punkt.

AV Form kan desuden på baggrund af indkøbsfællesskabernes brev af 30. marts 2017 til Lekolar konstatere, at Lekolar tilbød samme sammensætning af farver, dvs. 12 stk. a 24 farver, og således forstod beskrivelsen i varelinje 39.6 på samme måde som AV Form.

### *Forhandlingsmøde og gennemgang af ukonditionsmæssigheder*

Ingen af de ukonditionsmæssigheder, som blev gennemgået på forhandlingsmødet, vedrørte, at der var tilbudt et forkert antal assorterede farver, og der blev ikke efter mødet sendt en fuld liste over ukonditionsmæssigheder. Det var AV Forms forventning, at de væsentligste eksempler på ukonditionsmæssigheder ville blive gennemgået på mødet, således at det var muligt selv at gennemgå tilbudslisten med henblik på at afhjælpe alle uregelmæssigheder. AV Form blev dog hverken på mødet eller efterfølgende gjort bekendt med, at virksomhedens forståelse af begrebet "assorteret" ikke svarede til indkøbsfællesskabernes forståelse, eller at AV Forms tilbud ville blive afvist som ukonditionsmæssigt på grund af varelinje 39.3 og 39.6 i tilbudslisten. Hverken den almene forståelse af begrebet "assorteret" i branchen eller indkøbsfællesskabernes udbudsmateriale indikerede, at indholdet af varelinje 39.3 og 39.6 medførte, at AV Forms tilbud var ukonditionsmæssigt.

Det må antages, at indkøbsfællesskaberne ikke foretog en fuldstændig gennemgang af tilbuddene og derfor ikke selv havde overblik over, hvilke ukonditionsmæssigheder tilbuddene indeholdt. Det må dog – selv i et omfattende udbud med 1.200 varelinjer – være ordregiverens ansvar, at tilbudsgiverne får tilstrækkelig feedback om ukonditionsmæssigheder i et indledende tilbud, således at tilbudsgiverne kan berigtige disse inden næste tilbud. Dette kunne eksempelvis ske ved at fremhæve de typer af ukonditionsmæssigheder, som tilbuddet indeholdt, uden nødvendigvis at gennemgå hvert enkelt eksempel herpå. Særligt når samtlige indkomne tilbud har været ukonditionsmæssige, må ordregiveren være forpligtet til at give tilbudsgiverne tilstrækkelig information til, at deres tilbud kan berigtiges inden den efterfølgende ”runde” for på den måde at sikre bedst mulig konkurrence.

Indkøbsfællesskaberne havde ikke pligt til at oplyse om samtlige ukonditionsmæssigheder i et tilbud, navnlig i en situation hvor en tilbudsgiver udelukkes fra fortsat deltagelse i udbudsproceduren. Vælger en ordregiver dog efter gennemgang af tilbuddene at invitere en tidligere udelukket tilbudsgiver til at afgive et nyt tilbud, fordi samtlige indkomne tilbud var ukonditionsmæssige, er det formålsløst at opfordre tilbudsgiverne til at afgive fornyede tilbud uden at give disse mulighed for faktisk at indgive konditions-mæssige tilbud.

I et udbud som det foreliggende med 99 produktkategorier og over 1000 varelinjer kan gennemgang af ukonditionsmæssigheder i kun 2 produktkategorier, som det skete med AV Forms oprindelige tilbud, ikke være tilstrækkeligt til, at tilbudsgiverne kan sikre konditions-mæssighed i et efterfølgende tilbud. Tværtimod udsatte indkøbsfællesskaberne sig for risikoen for igen kun at modtage ukonditions-mæssige tilbud og dermed spillede både tilbudsgivernes og sin egen tid. Særligt når der kun kom ukonditions-mæssige tilbud, havde indkøbsfællesskaberne en forpligtelse til at sikre, at flest mulige tilbudsgivere kunne afgive konkurrencedygtige tilbud i den senere tilbuds-runde.

Indkøbsfællesskaberne har gjort gældende, at afvisningen af AV Forms tilbud er sket på baggrund af manglende iagttagelse af krav til de udbudte produkter. Kravene har været fuldt ud gennemsigtige og er blevet præsenteret for tilbudsgiverne i en terminologi, der svarer til den terminologi, som tilbudsgiverne, herunder AV Form, selv anvender i deres egne varekataloger.

Der har efter indkøbsfællesskabernes opfattelse ikke bestået nogen tvivl hos tilbudsgiverne om, hvordan indkøbsfællesskabernes brug af ”ass.” i tilbudslisten skulle forstås. Indkøbsfællesskaberne modtog ikke i forbindelse med høringsprocessen hørings svar, der relaterede sig til brugen af betegnelse ”ass.” i tilbudslisten, og indkøbsfællesskaberne modtog heller ikke spørgsmål herom i forbindelse med spørgsmål/svar under udbuddet. Under forhandlingsmøderne tydeliggjorde indkøbsfællesskaberne over for tilbudsgiverne, hvori tilbuddenes ukonditions mæssigheder bestod og fremhævede betydningen af betegnelsen ”ass.” i tilbudslisten.

På varelinjerne 39.3 og 39.6, hvor AV Form ikke opfyldte de stillede krav, fremgik betegnelsen ”ass.” direkte i beskrivelsen af produktet og i direkte sammenhæng med et angivet bestemt antal farver, jf. kolonne D. Situationen med varelinje 39.3 og 39.6 har således været en helt anden end den situation, som indkøbsfællesskaberne eksplicit forholdt sig til i referatet fra forhandlingsmødet. Af referatet fra forhandlingsmødet fremgår:

”Når betegnelsen ”ass./assorterede” fremgår af en varelinje, hvor den ønskede mængdestørrelse er angivet som 1 pk., 1. stk.: Præciserer Ordregiver hermed, at det betyder, at der skal tilbydes mere end én variant – der skal med andre ord tilbydes 2 eller flere af det pågældende produkt.”

Der henvises således i præciseringen til den situation, hvor ”ass.” ikke fremgår i sammenhæng med angivelsen af et bestemt antal (eks. farver) under beskrivelsen af produktet (kolonne D i tilbudslisten) – som tilfældet var med varelinje 39.3 og 39.6 – men hvor den ønskede mængdestørrelse alene var angivet som 1 pk. eller 1 stk. Dette har gjort sig gældende for en række varelinjer i tilbudslisten, herunder f.eks. varelinje 11.3 (Træperler), hvor der i beskrivelsen af produktet står anført ”Ass farver ca. 8 mm”. I overensstemmelse med præciseringen fra referatet har dette krav skulle forstås således, at tilbudsgiverne skulle byde ind med træperler på ca. 8 mm. i mindst to forskellige farvevarianter. Der var således i forhold til denne varelinje ikke beskrevet et bestemt antal farver – ”ass.” står alene.

Tilsvarende gør sig eksempelvis også gældende i forhold til varelinje 35.4 (Bomuldsgarn), hvor der i beskrivelsen af produktet blot står ”nr. 8, Ass. farver”. Her var der heller ikke stillet krav om et bestemt antal farver, og det har derfor i overensstemmelse med præciseringen fra forhandlingsmø-

det været tilstrækkeligt, at tilbudsgiverne kunne byde ind med et produkt med to forskellige farvevarianter.

Det, som fremgår af referatet fra forhandlingsmødet, har herefter ikke haft relevans for kravene til de tilbudte produkter på varelinje 39.3 og 39.6, hvor der i produktbeskrivelsen var angivet et bestemt antal farver – henholdsvis 24 farver og 12 farver. Kravet i varelinje 2.3 (kongoperler) skulle ikke forstås således, at der skulle tilbydes kongoperler i 700 forskellige farver. Til forskel fra varelinje 39.3 og 39.6 er betegnelsen ”ass.” således ikke på denne varelinje angivet i sammenhæng med et bestemt antal farver. Der står i kolonne D under beskrivelsen af produktet blot: ”Plast, ca. 6 mm, ass farver”. Den mængde perler på 700, som AV Form henviser til, står alene angivet i kolonne I (Mængde) som den volumen, indkøbsfællesskaberne ønskede kongoperlerne leveret i. Det har herefter alene været et krav, at der blev tilbudt kongoperler på varelinje 2.3 i minimum to forskellige farvevarianter.

Betegnelsen ”ass.” i relation til varelinje 3.3. (facetperler) er ikke angivet i sammenhæng med et bestemt antal størrelser. Der står således i kolonne D under beskrivelsen af produktet: ”metallic, ass størrelser”. Det antal på 100, som AV Form henviser til, er dermed ikke størrelsesvarianter, men det samlede antal facetperler, som indkøbsfællesskaberne ønsker skal indgå i en pakke, jf. kolonne I (Mængde). Det har herefter alene været et krav, at der blev tilbudt facetperler på varelinje 3.3 i minimum to forskellige størrelsesvarianter.

I relation til varelinje 40.22 (tusch) er situationen den samme. I varelinje 40.22 er således ved besvarelsen af spørgsmål 46 angivet, at der er tale om 144 stk. ass. farver, og at linjen er at betragte som identisk med den udgående varelinje 40.32, som blot havde angivelsen ”ass. farver. Tyk ca. 3 mm”, med en ønsket pakningsstørrelse på 144 stk. Følgende fremgår således af besvarelsen af spørgsmål 46:

”Nej, vi mener 3 mm er tyk. Der menes pk. med 144 stk. assorterede farver. 40.32 udgår og forbrug justeres.”

Henset til brugen af ”stk.” inden angivelsen af ”assorterede farver” og henset til den direkte sammenhæng med varelinje 40.32, som udgik, og hvor ”ass. farver” stod alene uden angivelse af et bestemt antal, kan tilbudsgiver-

ne ikke have været tvivl om, at ”ass.”/”assorterede” i relation til varelinje 40.22 betød, at der blot skulle være mindst to farvevarianter af de tuscher, der blev budt ind med på varelinjen. Det kan da også konstateres, at ingen af de tre tilbudsgivere bød ind med en vare, der indeholdt 144 forskellige farver.

### *Varelinje 39.3*

Varelinje 39.3 er beskrevet som ”Pakke med ca. 24 ass. farver”. Der har efter indkøbsfællesskabernes opfattelse herefter ikke været tvivl om, at ca. 24 ass. farver skulle forstås som 24 forskellige farver – med accept af en afvigelse på 25 % i forhold til antallet. Præciseringen i referatet fra forhandlingsmødet har ikke haft relevans i forhold til varelinje 39.3, da der på denne varelinje er angivet et bestemt antal assorterede/forskellige farver, som tilbudsgiverne skulle byde ind med.

”Assorterede” er et helt sædvanligt synonym for ”forskellige” i dansk sprogbrug, og som betegnelsen ”ass.” er blevet anvendt i tilbudslisten, kan tilbudsgiverne ikke have været i tvivl om, at ”ass.” netop har skulle forstås som ”forskellige”, når betegnelsen stod i sammenhæng med et bestemt antal farver.

Det er i øvrigt en fast branchekutyme, at der i en situation, hvor betegnelsen ”X assorterede farver” bruges, menes ”X forskellige farver”. Der kan i den forbindelse henvises til AV Forms eget ”Hovedkatalog”, hvor AV Form netop bruger ”assorterede” som en betegnelse for de situationer, hvor der tilbydes forskellige farver. AV Form kan derfor ikke have været i tvivl om, at der med anvendelsen af ”ass.” i tilbudslisten skulle forstås ”forskellige”. AV Form har i øvrigt for en lang række af de øvrige varelinjer – udover 39.3 og 39.6 – demonstreret sin forståelse af ”ass.” som værende lig med ”forskellige”, jf. følgende udvalgte eksempler:

- Varelinje 30.28
  - Indklagede har krævet ca. 10 ass. farver
  - Klager har tilbudt 10 forskellige farver
  
- Varelinje 41.1
  - Indklagede har krævet ca. 30 ass. farver
  - Klager har tilbudt 24 forskellige farver (inden for 25 % grænsen)

- Varelinje 41.2
  - Indklagede har krævet ca. 12 ass. farver
  - Klager har tilbudt 12 forskellige farver
  
- Varelinje 42.1
  - Indklagede har krævet ca. 30 ass. farver
  - Klager har tilbudt 24 forskellige farver (inden for 25 % grænsen)
  
- Varelinje 42.2
  - Indklagede har krævet ca. 15 ass. farver
  - Klager har tilbudt 12 forskellige farver (inden for 25 % grænsen)

Det er rigtigt, at indkøbsfællesskaberne i enkelte tilfælde har brugt betegnelsen ”forskellige” i stedet for ”ass.” i tilbudslisten, og ideelt set havde indkøbsfællesskaberne konsekvent anvendt enten betegnelsen ”forskellige” eller ”ass.” i tilbudslisten, men det ændrer ikke på, at det må have stået klart for tilbudsgiverne, at indkøbsfællesskaberne har ment det samme med de to betegnelser. Det er således indkøbsfællesskabernes klare opfattelse, at begreberne på ingen måde kan have været uklare for tilbudsgiverne, der i sagens natur har et betydeligt kendskab til, hvordan begreberne almindeligvis anvendes inden for branchen, herunder i egne og konkurrenternes varekataloger.

#### *Varelinje 39.6*

Varelinje 39.6 er beskrevet som ”Pakke med ca. 12 ass. Farver. Tyk ca. 2 mm”. Det fremgår yderligere af tilbudslistens kolonne I (Mængde), at indkøbsfællesskaberne ønskede i alt 288 tuscher, svarende til 24 pakker af 12 stk.

Som anført i både udbudsbetingelsernes pkt. 10.5 og i vejledningen til tilbudslisten var det muligt at afvige med 25 % i forhold til det angivne antal, når der stod ”ca.” foran et antal i kolonne D. Der har derfor efter indkøbsfællesskabernes opfattelse ikke været tvivl hos tilbudsgiverne om, at forudsætningen for at kunne byde konditionsmæssigt på varelinje 39.6 var, at der blev tilbudt en pakke med mindst 9 og maksimalt 15 assorterede (forskellige) farver.

AV Form har åbenlyst ikke iagttaget dette krav, da der blev budt ind med en pakke med 12 gange 24 assorterede (forskellige) farver. De 24 assorterede farver, som AV Form tilbød, overstiger således utvivlsomt det maksimalt antal tilladte assorterede farver på 15 (de krævede 12 + 25 %). Under hensyn til muligheden for at kunne anvende klassesæt hos indkøbsfællesskabernes brugere er der ikke grundlag for at tilsidesætte kravet som overopfyldelse. Muligheden for at afvige med maksimalt 25 % i forhold til det angivne ca. antal var ikke begrænset til den situation, hvor der blev budt ind med et mindre antal end det krævede antal, men omfattede efter sin ordlyd også, hvor der blev budt ind med et større antal end det krævede.

### *Forhandlingsmøde og gennemgang af ukonditionsmæssigheder*

Der er ikke efter udbudsloven et krav om, at en ordregiver i forbindelse med overgang til udbud med forhandling skal oplyse en tilbudsgiver om alle de elementer i tilbuddet, der ikke opfylder kravene i udbudsmaterialet. Det er tilstrækkeligt, at tilbudsgiveren modtager en begrundelse, der gør denne i stand til at forstå, hvorfor tilbuddet i første omgang er anset for at være ukonditionsmæssigt.

Som det fremgår af referatet fra forhandlingsmødet den 7. december 2016, orienterede indkøbsfællesskaberne AV Form om en række fejl, som gjorde, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Af referatet fremgår imidlertid også følgende:

”... I forbindelse hermed blev samtlige tilbudsgivere gjort opmærksom på, at de gennemgåede mangler ikke var en fuldstændig liste, tværtimod, hvorfor tilbudsgiverne på det kraftigste blev opfordret til at gennemgå den fulde liste for at sikre konditionsmæssigheden for hele listen.”

AV Form kunne således ikke på baggrund af det gennemførte forhandlingsmøde og det udsendte referat have en berettiget forventning om, at indkøbsfællesskaberne havde oplyst om alle de fejl, der indgik i AV Forms tilbudsliste. Det faktum, at indkøbsfællesskaberne ikke på forhandlingsmødet specifikt fremhævede manglerne i varelinje 39.3 og 39.6, har således ikke afskåret indkøbsfællesskaberne fra at håndhæve opfyldelsen af kravene i disse varelinjer ved den senere tilbudsevaluering.

Et udbud med forhandling, der følger i forlængelse af et offentligt udbud, hvor alle tilbud var ukonditionsmæssige, er i realiteten en ny og selvstændig udbudsprocedure, og det påhviler i sagens natur tilbudsgiveren ved et sådan ”nyt” udbud selv at træffe de nødvendige foranstaltninger i forhold til at sikre, at det tilbud, der afgives, er konditionsmæssigt – uafhængigt af forholdene ved det forudgående offentlige udbud.

### Ad påstand 2

AV Form har gjort gældende, at overtrædelserne af udbudsreglerne ad påstand 1 er så væsentlige, at de skal føre til annulation af tildelingsbeslutningen. Ud fra AV Forms tilbudsliste og udbudsbetingelsernes pkt. 12 om evaluering af underkriterierne ”Pris” og ”Sortimentsbredde” kan det konstateres, at AV Form – hvis tilbuddet ikke var afvist som ukonditionsmæssigt – ville have opnået en score på 8 for sit tilbud, da AV Form både afgav den laveste pris for så vidt angår den obligatoriske tilbudsliste og tilbød et øvrigt sortiment på mere end 3000 varelinjer. Det kan således lægges til grund, at AV Form ville være blevet tildelt kontrakten, hvis tilbuddet ikke var blevet erklæret ukonditionsmæssigt. Indkøbsfællesskabernes beslutning om at tildele kontrakten til Creativ Company skal derfor annulleres, jf. klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2.

Indkøbsfællesskaberne har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at give AV Form medhold i påstand 1, og der er derfor heller ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

### Ad påstand 3

AV Form har gjort gældende, at der ikke foreligger særlige forhold, der tilsiger, at kontrakten med Creativ Company videreføres, hvis klagenævnet annullerer tildelingsbeslutningen.

Indkøbsfællesskaberne har anført, at hvis klagenævnet annullerer tildelingsbeslutningen, og indkøbsfællesskaberne vælger ikke at indbringe klagenævnets kendelse for domstolene, er indkøbsfællesskaberne enig med AV Form i, at der ikke foreligger særlige forhold, der tilsiger, at rammeaftalen videreføres.

## Klagenævnet udtaler:

### Ad påstand 1

Tilbudsgiverne skulle som en del af deres tilbud udfylde en tilbudsliste, som indeholdt en obligatorisk del og en del med ”Øvrigt sortiment”. Af udbudsbetingelsernes pkt. 10.7 ”Manglende tilbudte varer” fremgår:

”Tilbudsgiver skal som minimum kunne tilbyde 90 % af de anførte varelinjer, i hver produktgruppe på fanebladet ”obligatorisk Tilbudsliste”, af de i Tilbudslisten omfattede varelinjer målt i antal. På produktgrupper under 10 varelinjer, frafalder kravet om de 90% og erstattes med et krav om at Tilbudsgiver må undlade at byde på een varelinje, i hver produktgruppe, der indeholder 10 eller færre varelinjer. Såfremt Tilbudsgiver ikke tilbyder minimum 90 % af varelinjerne i hver produktgruppe eller undlader mere end én varelinje, i produktgrupper med varelinjer under 10, på fanebladet ”obligatorisk Tilbudsliste”, af de i Tilbudslisten omfattede varelinjer, vil tilbuddet blive betragtet som værende ikke-konditionsmæssigt.”

Indkøbsfællesskaberne havde således fastsat mindstekrav til tilbudsgivernes udfyldelse af den ”Obligatoriske Tilbudsliste”.

AV Form afgav tilbud under det offentlig udbud og udfyldt i den forbindelse tilbudslisten. Det fremgår af underretningen af 30. marts 2017, at AV Forms tilbud var ukonditionsmæssigt på 2 produktgrupper, 15.0 Vedhæng, kæde, låse mv. med 8 fejl og 97.0 Rammer med 3 fejl. Klagenævnet lægger til grund, at indkøbsfællesskaberne under mødet den 7. december 2016 forud for tilbuddet under forhandlingsudbuddet oplyste om fejlene i produktgruppe 15.0 og 97.0, men ikke om fejl i produktgruppe 39.0, selv om AV Forms besvarelse af varelinje 39.3 og 39.6 under det offentlige udbud var den samme under forhandlingsudbuddet. Dette forhold afskærer dog ikke principielt indkøbsfællesskaberne fra at afvise AV Forms tilbud, hvis dette måtte være behæftet med en fejl i relation til produktgruppe 39.0.

Afvisningen af AV Forms tilbud var alene begrundet i indkøbsfællesskabernes vurdering af, at mindstekravet i relation til produktgruppe 39 ikke var opfyldt, og at dette skyldtes en forskelligartet fortolkning af begrebet ”assorteret”. Indkøbsfællesskaberne har gjort gældende, at betegnelsen ”assorteret” eller ”assorterede” i tilbudslisten skal læses som ”forskellig” eller ”forskellige”. Denne betydning af ”assorteret” fremgår ikke af udbudsbe-

tingelserne eller af vejledningen til tilbudslisten, som i øvrigt også i nogle varelinjer anvender betegnelsen ”forskellig”. Da indkøbsfællesskaberne desuden ikke har godtgjort, at ”assorteret” i branchen forstås som ”forskellig”, og da AV Forms anvendelse af ”assorteret” i sit eget katalog ikke kan tages som udtryk for samme forståelse af ordet, som indkøbsfællesskaberne har givet udtryk for under klagesagen, har indkøbsfællesskabernes brug af udtrykket ”assorteret” været uklar.

Ordregiveren bærer risikoen for uklarheder i udbudsmaterialet, og indkøbsfællesskaberne har derfor handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at tage AV Forms tilbud i betragtning.

Klagenævnet tager herefter påstanden til følge.

#### Ad påstand 2

AV Form har fået medhold i påstand 1, og klagenævnet tager derfor påstanden om annullation af beslutningen om at tildele kontrakten til Creativ Company til følge.

#### Ad påstand 3

Indkøbsfællesskaberne er enig med AV Form i, at der ikke er særlige forhold, der tilsiger, at rammeaftalen videreføres, hvis klagenavnets afgørelse om annullation af tildelingsbeslutningen er endelig.

Klagenævnet afgiver på denne baggrund en ikke-bindende foreløbig udtalelse efter klagenavnenslovens § 14 a om, at der ikke foreligger særlige forhold, der tilsiger, at kontrakten videreføres, jf. udbudslovens § 185, stk. 2.

Herefter bestemmes:

#### Ad påstand 1

Indkøbsfællesskaberne har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2, ved uberettiget at afvise AV Forms tilbud som ukonditionsmæssigt.

Beslutningen af 30. marts 2017 truffet af Fællesindkøb Fyn, Fællesudbud Sjælland, Indkøbsfællesskab Nordsjælland og Vestegnens Indkøbsforum

(undtagen Høje-Taastrup Kommune) om at indgå kontrakt med Creativ Company A/S annulleres.

Der foreligger ikke særlige forhold, der tilsiger, at kontrakten videreføres, jf. klagenævnslovens § 14 a.

Fællesindkøb Fyn, Fællesudbud Sjælland, Indkøbsfællesskab Nordsjælland og Vestegnens Indkøbsforum (undtagen Høje-Taastrup Kommune) skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 40.000 kr. i sagsomkostninger til AV Form A/S.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig