

## DOM

afsagt den 3. juli 2012 af Vestre Landsrets 11. afdeling (dommerne Mogens Heinsen, Ida Skouvig og V. Kahr Rasmussen (kst.)) i 1. instanssag

V.L. B-1838-11

12-by-gruppens Indkøbscentral v/Svendborg Kommune

(advokat Lotte Hummelshøj, København)

mod

AV Form A/S

(advokat Torkil Høg, København)

### **Påstande**

Denne sag, der den 17. maj 2011 er anlagt ved Retten i Herning og af denne i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1, er henvist til behandling ved landsret, drejer sig om, hvorvidt sagsøgeren, 12-by-gruppens Indkøbscentral v/Svendborg Kommune (herefter 12-by-gruppens Indkøbscentral), handlede i strid med udbudsdirektivets artikler 2, 23, stk. 2, og 53 i forbindelse med udbud af og indgåelse af en rammeaftale om indkøb og løbende vurdering af formnings- og beskæftigelsesmaterialer.

12-by-gruppens Indkøbscentral har over for sagsøgte AV Form A/S, nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

AV Form A/S skal anerkende, at 12-by-gruppens Indkøbscentral ikke handlede i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2 samt udbudsdirektivets artikel 23, stk. 2, ved udformning af tilbudslisten.

Påstand 2

AV Form A/S skal anerkende, at 12-by-gruppens Indkøbscentral ikke handlede i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke i udbudsbetingelserne at have givet oplysninger om omfanget af 12-by-gruppens Indkøbscentrals indkøb hos den nuværende leverandør, Creativ Company A/S, i den foregående kontrakts løbetid fra 1. januar 2008 til 1. juni 2010 og inkludere disse oplysninger i udbudsbetingelserne.

Påstand 3

AV Form A/S skal anerkende, at 12-by-gruppens Indkøbscentral ikke handlede i strid med udbudsdirektivets artikel 53 ved at anvende underkriteriet "Sortimentsbredde", idet dette underkriterium i det konkrete udbud var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 4

AV Form A/S skal anerkende, at 12-by-gruppens Indkøbscentral ikke handlede i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i forbindelse med angivelse af mængder og bestillingsenheder for de enkelte produkter på tilbudslisten i udbudsbetingelsernes punkt 2.2 at foretage upræcise angivelser af, hvor store afvigelser fra tilbudslistens mængdeangivelser der accepteres, før et tilbud anses for ukonditionsmæssigt.

Påstand 5

AV Form A/S skal anerkende, at 12-by-gruppens Indkøbscentral ikke handlede i strid med gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i udbudsbetingelsernes punkt 2.13 at angive indbyrdes modstridende oplysninger om adgangen til at tage forbehold og ved i udbudsbetingelsernes punkt 2.17 at angive uklare oplysninger om, hvilke mindstekrav tilbuddet skal opfylde.

Påstand 6

AV Form A/S skal anerkende, at 12-by-gruppens Indkøbscentral ikke handlede i strid med gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2 ved at udforme modellen for evaluering af tilbuddene i relation til underkriteriet ”kvalitet” på en måde, der ikke er egnet til at identificere tilbuddet med bedste kvalitet.

**Påstand 7**

AV Form A/S skal anerkende, at 12-by-gruppens Indkøbscentral var berettiget til at indgå kontrakt med Creativ Company A/S.

**Påstand 8**

AV Form A/S skal anerkende, at 12-by-gruppens Indkøbscentral ikke skal betale de af Klagenævnet for Udbud tillagte sagsomkostninger til AV Form A/S.

AV Form A/S har over for påstand 1-8 påstået frifindelse. AV Form A/S har endvidere nedlagt følgende selvstændige påstande:

**Påstand 1**

12-by-gruppens Indkøbscentral skal bringe rammekontrakten med Creativ Company A/S, der blev indgået som resultat af det i sagen omtvistede udbud, til ophør med 1 måneds varsel.

**Påstand 2**

12-by-gruppens Indkøbscentral skal betale 70.800 kr. til AV Form A/S med procesrente fra 8. november 2010, subsidiært et mindre beløb forrentet fra et senere tidspunkt.

12-by-gruppens Indkøbscentral har over for AV Form A/S' selvstændige påstande nedlagt påstand om frifindelse, i forhold til påstand 2 subsidiært frifindelse mod betaling af et mindre af retten fastsat beløb.

**Sagsfremstilling**

Den 23. marts 2010 afsagde Klagenævnet for Udbud følgende kendelse:

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

mod

12-by-gruppens Indkøbscentral  
(advokat Lotte Hummelshøj, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 166-255002 af 25. august 2010 udbød Esbjerg Kommune, Holstebro Kommune, Ikast-Brande Kommune, Kolding Kommune, Middelfart Kommune, Randers Kommune, Silkeborg Kommune, Sønderborg Kommune og Svendborg Kommune («12-by-gruppens Indkøbscentral») som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet) en rammeaftale med en enkelt aktør om løbende levering af forrnings- og beskæftigelsesmaterialer til institutioner og skoler i de kommuner, der er tilsluttet indkøbscentralen, til en anslået værdi af 15 mio. kr.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 8. november 2010 havde alene Creative Company A/S afgivet tilbud.

Den 8. november 2010 indgav klageren, AV Form A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, 12-by-gruppens Indkøbscentral. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 6. december 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagenævnet begrundede sin afgørelse således:

»...

Vedrørende betingelse nr. 2 (uopsættelighed) bemærker klagenævnet, at klageren ikke har afgivet tilbud. Betingelsen om, at klageren vil blive påført et uopretteligt tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning, er derfor som udgangspunkt ikke opfyldt, jf. også herved klagenævnets kendelse af 29. september 2009, Lekolar mod Sydjysk Kommuneindkøb.

Klageren har imidlertid med rette gjort gældende, at dette udgangspunkt må antages ikke at finde anvendelse, såfremt udbudsmaterialet var udformet på en sådan måde, at kun én tilbudsgiver kunne afgive et konditionsmæssigt tilbud.

Uanset oplysningerne om sammenfald mellem Creative Company A/S' varekatalog og tilbudslisten finder klagenævnet på det foreliggende grundlag ikke at kunne fastslå, at dette er tilfældet. Klagenævnet har herved lagt vægt på – som anført af indklagede – at klageren havde mulighed for at anvende underleverandører eller foretage indkøb af produkterne hos en række leverandører/grossister på markedet, som forhandler dem. Der henvises desuden til svaret på spørgsmål 10.

...«

Klageren fremsatte samme dag på ny anmodning om, at klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning.

Klagenævnet besluttede den 8. december 2010 at fastholde beslutningen om ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet anførte i den forbindelse:

»...

Klagenævnet er enig med advokat Høg i, at det havde været ønskeligt og også forventeligt, henset navnlig til, at der er tale om oplysninger fra en offentlig myndighed til en anden offentlig myndighed, at klagenævnet havde fået oplysningen om, at kun Creative Company [A/S] havde afgivet tilbud, og ikke den fejlagtige oplysning om, at der var indkommet flere tilbud.

Klagenævnet er ligledes enig med advokat Høg i, at oplysningen er væsentlig og støtter de anbringender, klageren i øvrigt har fremsat.  
...«

Det er oplyst, at indklagede den 8. december 2010 indgik kontrakt med Creative Company A/S.

Den 2. februar 2011 har klagenævnet tilladt Lekolar A/S at intervenere i sagen til støtte for klageren.

Klagen har været behandlet på et møde den 21. februar 2011.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, samt udbudsdirektivets artikel 23, stk. 2, ved i) at udforme tilbudslisten på grundlag af leverandøren Creative Company A/S' varekatalog og ii) uden saglig begrundelse at inkludere varer, som kun Creative Company A/S i forvejen råder over, som obligatoriske i tilbudslisten, hvorved Creative Company A/S opnåede en konkurrencemæssig fordel ved udbuddet.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke i udbudsbetingelserne at have givet oplysninger om omfanget af indklagedes indkøb hos den nuværende leverandør, Creative Company A/S, i den foregående kontrakts løbetid fra 1. januar 2008 til 1. juni 2010, hvorved Creative Company A/S har opnået en konkurrencemæssig fordel ved udbuddet.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 ved at anvende underkriteriet »sortimentsbredde«, uanset at dette underkriterium ikke i det konkrete udbud er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

#### Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i forbindelse med angivelsen af mængde og bestillingsenheder for de enkelte produkter på tilbudslisten i udbudsbetingelsernes punkt 2.2. at foretage upræcise angivelser af, hvor store afvigelser fra tilbudslistens mængdeangivelse der accepteres, før et tilbud anses for ukonditionsmæssigt.

#### Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i udbudsbetingelsernes punkt 2.13 at angive indbyrdes modstridende oplysninger om adgangen til at tage forbehold og ved i udbudsbetingelsernes punkt 2.17 at angive uklare oplysninger om, hvilke mindstekrav tilbud skal opfylde.

#### Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at udforme modellen for evaluering af tilbuddene i relation til underkriteriet »kvalitet« på en måde, der ikke er egnet til at identificere tilbuddet med den bedste kvalitet.

#### Påstand 7

Klagenævnet skal annullere udbuddet i sin helhed, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, nr. 2.

#### Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Creative Company A/S.

#### Påstand 9

Klagenævnet skal påbyde indklagede straks at bringe kontrakten med Creative Company A/S af 3. januar 2011 til ophør, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, nr.3.

#### Påstand 10 (subsidiær i forhold til påstand 9)

Klagenævnet skal påbyde indklagede at opsiges kontrakten med Creative Company A/S med 2 måneders varsel, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, nr.3.

#### Påstand 11 (subsidiær i forhold til påstand 9)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede er forpligtet til straks at bringe kontrakten med Creative Company A/S til ophør, subsidiært at indklagede er forpligtet til at opsiges kontrakten med Creative Company A/S med 2 måneders varsel.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 6 og 8 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har påstået påstand 7 og 9-11 afvist.

#### Den tidligere klagesag

Under en tidligere klagesag mellem samme parter har klagenævnet afsagt kendelse den 27. marts 2008. Ved kendelsen annullerede klagenævnet de indklagede kommuners beslutning af 13. december 2007 om at indgå kontrakt med Creative Company A/S. Holstebro Kommune, Svendborg Kommune og Sønderborg Kommune indbragte klagenævnets kendelse for Retten i Herning, der ved dom af 5. november 2009 frifandt AV Form A/S og fastslog, at de sagsøgende kommuner skulle anerkende at være »forpligtet til at søge kontrakten af 4. januar 2008 mellem sagsøgerne og Creative Company A/S bragt til ophør«.

Med virkning fra den 1. juni 2010 opsagde Holstebro Kommune på vegne kommunerne i indkøbsfællesskabet kontrakten med Creative Company A/S.

Holstebro Kommune besvarede den 17. august 2010 en henvendelse fra ad-

vokat Torkil Høg således:

»Som svar på dit spørgsmål om grundlaget for vore indkøb af beskæftigelsesmaterialer, kan jeg oplyse, at vi har indgået en mundtlig aftale med Creative Company om køb af firmaets produkter, gældende indtil ny udbudsforretning har fundet sted. På aftaletidspunktet, forventede vi den ny udbudsforretning afsluttet inden ferien i år. Jeg kan oplyse, at omsætningen til dato har været under 500.000 kr.

Blandt andet på baggrund af et ønske fra AV-form, fremsat i juni måned, besluttede Svendborg Kommune [på vegne kommunerne i det her omhandlede udbud] at udsætte annonceringen af et nyt udbud, til medio august måned. Vi forventer annoncering i denne/næste uge.

...«

#### Denne sags nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelserne af august 2010 er anført følgende:

##### »2.2. Formkrav

...

2) Tilbuddet skal vedlægges et eksemplar af tilbudsgivers katalog samt vejledende katalogpris.

3) Den vedlagte tilbudsliste (bilag 1) skal benyttes i forbindelse med tilbudsafgivning i uændret form. Der må ikke indsættes nye rækker/kolonner i tilbudslisterne. Alle varelinjer i tilbudslisten skal udfyldes korrekt, herunder skal kolonne I »Antal måleenheder i en Bestillingsmængde« angives korrekt.

...

Såfremt ovenstående ikke opfyldes, er Udbyder forpligtet til at afvise tilbuddet som værende ikke konditionsmæssigt.

Der er stor forskel på, hvilke mængder og bestillingsenheder, de enkelte institutioner efterspørger, eksempelvis er der en række mindre institutioner, som ikke har mulighed for at aftage store bestillingsenheder. Dette er der i vis udstrækning taget højde for i tilbudslisten ved at en del ens produkter efterspørgeres i forskellige emballager/bestillingsenheder. Når der i tilbudslisten står »ca« ud for bestillingsenhederne og mængderne på de obligatoriske produkter, f. eks varelinje 24 om dekorationsfarver, hvor der står: »dekorationsfarve/liner ca. 12 forskellige farver, 30 ml.[«], betyder det, at der skal kunne leveres dekorationsfarve i nogenlunde den størrelse og med nogenlunde så mange farver, men at det ikke er afgørende for tilbuddets konditionsmæssighed om tilbudsgiver kun kan levere emballageenheden i 28 ml. eller 32 ml. eller med 10 forskellige farver eller 14 forskellige farver. Angivelsen betyder dog også, at et tilbud vil være ukonditionsmæssigt, hvis denne varelinje kun tilbydes med 100 ml emballageenhed og i 7 forskellige farver.

Når det samme produkt tilbydes i flere forskellige emballageenheder eller farver, skal enhedsprisen pr. måleenhed være den samme.

Ved tilbudsafgivelsen skal tilbudsdispositionen i kapitel 3 følges. Det er vigtigt, at tilbudsgiver besvarer alle punkter i tilbudsdispositionen, da vurderingen vil blive foretaget på grundlag af disse. Hvis krævet dokumentation ikke er medsendt tilbuddet, er Udbyder både berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

...

## 2.12 Udbyders forbehold

De anførte volumen og beløb er cirkatal, der har baggrund i statistiske oplysninger fra tidligere regnskabsperiode.

...

## 2.13 Tilbudsgivers forbehold

Eventuelle forbehold skal udtrykkeligt fremgå af tilbuddet.

Tilbudsgiver opfordres til at søge eventuelle uklarheder og usikkerheder i udbudsmaterialet afklaret ved at stille spørgsmål til udbudsmaterialet, jf. udbudsmaterialets afsnit 2.5 »Spørgsmål til udbudsmaterialet«, således at forbehold i videst muligt omfang kan undgås.

Ved udarbejdelsen af kontrakt og kontraktbilag har Udbyder søgt at nå frem til formålstjenlige og rimelige bestemmelser og krav i forhold til de efterspurgte varer og ydelser.

Da Udbyder ønsker at tilbudsgiverne skal afgive tilbud på ens vilkår, er der således ikke ved tilbudsafgivelsen mulighed for at tage forbehold for kontrakt eller kontraktvilkår eller udbudsbestemmelsernes krav i øvrigt.

Tilbudsgiver er ikke berettiget til at tage forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, herunder kontraktudkastet.

Udbyder er forpligtet til at se bort fra tilbud, der indeholder forbehold over for grundlæggende elementer i udbuds- og kontraktbestemmelserne. Sådanne tilbud vil blive betragtet som ukonditionsmæssige og vil derfor ikke indgå i evalueringen af indkomne bud.

Eventuelle forbehold, som ikke vedrører grundlæggende bestemmelser i udbuds- og kontraktbetingelserne, vil blive kapitaliseret af udbyder og tillagt den pris, som leverandøren har opgivet. Herefter vil de kunne indgå i den samlede evaluering af tilbudsgivers tilbud. Det vil være Udbyder, der uden drøftelser med tilbudsgiveren fastsætter et sådant eventuelt pristillæg.

Såfremt tilbudsgiver opfatter elementer i kravspecifikationen og/eller kontrakten som uacceptable eller uhensigtsmæssige, opfordres tilbudsgiver til at stille uddybende spørgsmål herom, jf. ovenfor i punkt 2.5.

I sådanne spørgsmål opfordres tilbudsgiver til klart at angive, hvilke konkrete formuleringer, tilbudsgiveren vil foreslå som erstatning for sådanne formuleringer.

De konkrete formuleringer og spørgsmål skal angives på dansk.

Udbyder vil på baggrund af sådanne modtagne henvendelser konkret tage stilling til, om Udbyder vil indarbejde de foreslåede ændringer i udbudsmaterialet.

Ændringerne vil under alle omstændigheder ikke blive foretaget, såfremt disse kan anses som væsentlige ændringer af det oprindelige udbudsmateriale, eller såfremt ændringerne kan medføre fare konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling.

...«

Om tildelingskriteriet anføres i udbudsbetingelsernes pkt. 2.16:

»...

Rammeaftalen vil blive tildelt den tilbudsgiver, der afgiver det for Udbyder økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet følgende delkriterier, med angivelse af vægtning, lægges til grund for tilbudsvurderingen:

Delkriterium	Vægtning i procent
<p><b>Pris</b>, vurderes som følger:</p> <p>Tilbuddet skal afgives i danske kroner, ekskl. moms og inkl. eventuelle afgifter.</p> <p>Tilbuddet skal afgives ved udfyldelse af relevante felter på tilbudslisten, jf. bilag 1. Tilbuddet skal afgives med angivelse af nettopris og bestillingsmængde. Som det fremgår af tilbudslisten, vil alle priser blive omregnet i de måleenheder, som er angivet i tilbudslisten, og disse mængder vil blive lagt til grund ved den samlede pris.</p> <p>Den samlede tilbudspris udregnes således på baggrund af det oplyste, estimerede forbrug pr. år i den relevante kolonne i tilbudslisten og de tilbudte nettopriser pr. bestillingsmængde.</p> <p>Det bemærkes, at pris på samtlige obligatoriske varelinier indgår i evalueringen, hvorimod pris på de ikke obligatoriske varelinier kun vil indgå, såfremt alle tilbud indeholder pris på varelinien.</p> <p>Det anførte forbrug i tilbudslisten i kolonnen "Estimeret forbrug pr. år" er <b>ikke</b> udtryk for en garanteret minimumsomsætning, men bruges alene til udregning baseret på statistikker om tidligere års forbrug, jf. ovenfor i afsnit 1.4.</p> <p>Som det fremgår af tilbudslisten, bilag 1, skal tilbudsgiver også anføre tilbudsgivers vejledende katalogpris pr. bestillingsmængde i tilbudslisten. Tilbuddet skal således være bilagt en kopi af tilbudsgivers gældende vejledende katalogpris i ét eksemplar, jf. ovenfor.</p>	60 %

<p><b>Kvalitet</b>, vurderes som følger:</p> <p>Der vil ske en afprøvning af de tilbudte produkters kvalitet, som baggrund for kvalitetsvurderingen. Tilbudsgiver skal derfor vedlægge tilbuddet et sæt vareprøver af alle de produkter, der er mærket med et X for afprøvning i tilbudslisten, jf. bilag 1.</p> <p>Vareprøver skal være udbyder i hænde senest den</p>	
---	--

<p>25.10.2010. ...</p> <p>Vareprøvning foretages af kvalificeret fagpersonale.</p> <p>I forbindelse med afprøvningen vil de tilbudte produkter blive inddelt i følgende kvalitetskategorier:</p> <p>Kvalitetskategori 1: Produkter, der har et niveau, der kan betegnes som billigt (hverdagskvalitet)</p> <p>Kvalitetskategori 2: Produkter, der har et niveau, der kan betegnes som standard. En solid kvalitet, som dækker de flestes behov.</p> <p>Kvalitetskategori 3: Produkter, der har et niveau, der kan betegnes som top. Produkterne henvender sig til dem, der stiller høje krav til funktionaliteten (f.eks. kunstnerkvalitet).</p> <p>Den tilbudsgiver, som har flest produkter i kvalitetskategori 3 i henhold til den gennemførte afprøvning, vil score højest på kvalitet i forbindelse med tilbudsevalueringen.</p> <p>På en række af produkterne er det ikke på grund af produktets natur relevant at foretage en kvalitetsvurdering, f.eks. på knappenåle mfl.</p> <p>Der vil ej heller blive gennemført en kvalitetsvurdering af alle de konkrete tilbudte produkter, hvis der tilbydes flere mængder af samme produkttype, f.eks. oliekridd, men i forskellige størrelser, dvs. hvis samme produkt efterspørges og tilbydes i forskellige mængder.</p> <p>...</p>	<p>25 %</p>
---	-------------

<p><b>Sortimentsbredde</b>, vurderes som følger:</p> <p>Udbyder ønsker, at tilbudsgiverne tilbyder så bredt et sortiment som muligt, således at institutionerne har så bredt et sortiment som muligt at aftage varer fra. Tilbudsgiverne skal i tilbudslisten under kolonnen "varenumre" angive, hvor mange varenumre, der tilbydes inden for hver varegruppe. Den tilbudsgiver, der kvantitativt tilbyder flest varenumre vil få den højeste score på dette delkriterium.</p> <p>Ved evaluering af sortimentsbredde indgår antallet af tilbudte priser på ikke obligatoriske varelinier.</p>	<p>15 %</p>
---	-------------

Tilbudslisten skal benyttes i forbindelse med tilbudsafgivningen i uændret form.

Alle krav og forhold i udbudsmaterialet skal være indregnet i tilbuddet.

...

Der skal afgives tilbud på alle produkter på tilbudslisten, bilag 1 hvor der er sat kryds i kolonnen obligatorisk, idet der dog accepteres mindre afvigelser i de tilbudte mængder, jf. ovenfor i punkt 2.2.

Gældende prisliste skal vedlægges tilbuddet i 1 eksemplar.

...«

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. III. 2) Betingelser for deltagelse, fremgår, at tilbudsgiverne skal opfylde forskellige (sædvanlige) dokumentationskrav vedrørende personlige forhold, økonomisk og finansiell kapacitet og teknisk kapacitet.

I overensstemmelse hermed fremgår det af udbudsbetingelsernes pkt. 2.15 »Udvælgelseskriterier«:

»...

Den nedenfor angivne dokumentation skal vedlægges tilbuddet. Såfremt den krævede dokumentation ikke medsendes, kan tilbuddet ikke tages i betragtning.

(Herefter følger en beskrivelse svarende til udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2)

...«

I udbudsbetingelsernes pkt. 2.17 beskrives »Procedure for behandling af tilbud« således:

»...

De indkomne tilbud vil blive behandlet efter følgende procedure:

1) Udvælgelseskriterier

I første omgang udvælges de egnede tilbudsgivere ud fra en vurdering af de oplysninger, der er krævet i udbudsmaterialets punkt 2.15 om udvælgelseskriterier og dokumentationsmateriale samt en gennemgang af de krævede erklæringer.

2) Hvis krævet dokumentation ikke er medsendt tilbuddet, er Udbyder både berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

3) Mindstekrav

I anden omgang vurderes tilbuddenes konditionsmæssighed i forhold til overholdelse af de opstillede mindstekrav, jf. punkt 2.15. Såfremt mindstekravene ikke er opfyldte, anses tilbuddet for ikke-konditionsmæssigt og vil ikke indgå i den videre vurdering. Mindstekravene er udtrykkeligt anført i udbudsbekendtgørelsens afsnit III.2.

4) Tildeling af kontrakt

I tredje omgang vurderes tilbudsgivernes tilbud i forhold til tildelingskriteriet og de anførte delkriterier, i henhold til udbudsmaterialets afsnit 2.16, og på baggrund af denne vurdering træffes beslutning om tildeling af kontrakt.

Ovenstående vil udelukkende ske på baggrund af de oplysninger, som fremgår af det fremsendte tilbud, inkl. bilag, samt den gennemførte afprøvning, jf. nærmere nedenfor.

...«

Tilbud skulle afgives på en tilbudsliste, der var vedlagt udbudsbetingelserne. Det anføres heri:

»...

Tilbudslisten er vedlagt som Excel fil der skal anvendes ved tilbudsafgivelse.

Der må ikke ændres i listens opbygning.

Varelinjer markeret med X i kolonnen "obligatorisk" **skal** der afgives bud på – såfremt der ikke er afgivet bud på disse linjer, vil tilbuddet ikke kunne tages i betragtning.

De i tilbudslisten markeret med X under obligatorisk, er produkter hvor tilbudsgiver skal afgive tilbud på samtlige varelinjer.

Antallet af tilbudte priser på ikke obligatoriske varelinier vil indgå ved evalueringen af delkriterium 3 – sortimentsbredde.

[Herefter gentages de tre afsnit af pkt. 2.2 om forståelsen af »ca.« ]

...«

Tilbudslisten består af 2.869 varenumre, som er inddelt i varegrupper, fx »Flydende farve«, »Tegneredskaber« og »Karton og papir«. Det er ud for hvert varenummer med angivelse af et kryds markeret, om der er tale om »obligatorisk« leverance. Af de 2.869 varenumre er 1.678 markeret som obligatoriske.

Ud for tilbudslistens varenumre er desuden bl.a. angivet »estimeret forbrug pr. år (måleenheder)« fx således:

24	...	Dekorationsfarve/liner, ca. 80 ml, sæt med ca. 10 ass. farver	...	4
27	...	Dekorationsfarve/liner, sæt med ca. 42 ass. farver a ca. 80 ml	...	100
63	...	Tekstilmaling i sprayflasker, ca. 80 ml. sæt med ca. 10 ass.	...	120
103	...	Knettgummi, ca. 20 gram	...	2
865	...	Velourbånd, ca. 6 mm, ca. 10 frv. a 10 m	...	3000

I Kravspecifikationen, pkt. 4.2 »Sortiment og tilbudsgivers loyalitetsforpligtelse overfor det udbudte sortiment«, hedder det:

»...

Som anført ovenfor, skal Tilbudsgiver som minimum føre samtlige af de varegrupper, der er omfattet af tilbudslisten, og tilbudsgiver skal afgive tilbud på samtlige de enkelte varelinjer, der i tilbudslistens kolonne B er markeret som obligatoriske.

Såfremt Tilbudsgiver ikke kan overholde dette krav, vil tilbuddet blive afvist som ukonditionsmessigt.

...

Det er således vigtigt for Udbyder, at kunne være sikker på, at den valgte leverandør har et bredt sortiment, således at institutionerne har et varieret udbud af aftage varer fra på rammeaftalen.

Hvis en leverandør fører et produkt i andre mængder, end den efterspurgte mængde eller størrelse, som er anført i tilbudslisten, kan leverandøren byde med andre mængder eller størrelser end de efterspurgte, idet mængderne og størrelserne ved tilbudssammenligningen vil blive omregnet til den måleenhed, som er anført i den anden kolonne i tilbudslisten. Det er prisen pr. denne måleenhed, der vil danne baggrund for tilbudssammenligningen, jf. tilbudsskemaet.

...«

Indklagede har besvaret spørgsmål bl.a. således:

Spørgsmål 4 (reference punkt 2.2)

»Beskrivelsen af hvilke afvigelser, der accepteres for de enkelte varelinier (fsva. bestillingsenheder og mængder), er uklar og dermed uigenkendselig. For at sikre, at alle leverandører byder ind på samme vilkår (og dermed forebygge arbitrær udelukkelse af bydende som ukonditionsmæssige), efterlyser vi en procentsats for konditionsmæssig afvigelse på størrelse og enheder, f.eks. 30 %.«

Svar 4 (reference punkt 2.2)

»Det er ordregivers vurdering, at en fast procentsats kan være svær at beregne under hensyntagen til produkternes beskaffenhed og kan virke arbitrær, f.eks. kan en procentvis omregning føre til at en afvigelse vil være på 31.3 % eller på 29.5 %. I praksis vil der jo ikke være forskel på leverancens værdi for ordregiver i en sådan situation, da en sådan procentvis forskel kan skyldes en enkelt farve eller en enkelt tusch. Formålet med det eksempel, som ordregiver har anført i udbudsmaterialet er at belyse, at små ubetydelige afvigelser ikke skal medføre, at et tilbud vil blive afvist som ukonditionsmæssigt, men omvendt, at det er et sagligt krav for ordregiver - for at kunne opfylde de enkelte institutioners forskellige anskaffelsesbehov - at en række produkter tilbydes i både store og små emballageenheder.«

7 (reference punkt 2.16)

»Tildelingskriterium »Ved evaluering af sortimentsbredde indgår antallet af tilbudte priser på ikke obligatoriske varelinier.««

Spørgsmål 7 (reference punkt 2.16)

»Det bedes præciseret, om ordregiveren i relation til underkriteriet »sortimentsbredde« evaluerer indkomne tilbud på grundlag af antallet af ikke-obligatoriske varelinier, som er udfyldte, eller om evalueringen sker på grundlag af antallet af varenumre (inden for det ikke-obligatoriske sortiment), som tilbydes?«

Svar 7 (reference punkt 2.16)

»Som det fremgår af udbudsmaterialets side 12 under pkt. 2.16 vil den tilbudsgiver, der rent kvantitativt tilbyder flest varenumre i alt – både på

det obligatoriske og ikke obligatoriske sortiment - få den højeste score på dette delkriterium, idet ordregiver ønsker tilbud på så bredt et varesortiment som muligt for bedst muligt at kunne opfylde institutionernes anskaffelsesbehov.

Årsagen til, at ikke alle varelinier i tilbudslisten er obligatoriske, skyldes produkternes beskaffenhed dvs en række af de ikke obligatoriske varelinier vedrører mere specifikke, særprægede og sæsonbetonede produkter, som kun et fåtal af institutionerne historisk har anskaffet og som typisk kun anskaffes i små mængder og at det muligvis ikke er alle relevante tilbudsgivere på markedet, der fører disse produkter i deres sortiment. Ifølge ordregivers bedste vurdering - baseret på historiske anskaffelser og statistiske oplysninger - vil det ikke-obligatoriske sortiment kun omfatte ca. 20 % af den samlede anskaffelse i rammeaftalens løbetid.«

#### Spørgsmål 10 (reference Bilag 1 - tilbudslisten)

»Tilbudslisten er tilsyneladende baseret på historiske køb fra den nuværende leverandør, og der er på tilbudslisten varer, som kun føres af denne ene leverandør. F.eks. »Tekstilmaling i sprayflasker« eller »Blomstervindmølle«. For at overholde ligebehandlingsprincippet foreslår vi, at kravet ændres til en procentsats, så leverandørerne skal kunne tilbyde f.eks. 80 % af varelinierne.«

#### Svar 10 (reference Bilag 1 - tilbudslisten)

»Som anført ovenfor er det ordregivers vurdering baseret på ordregivers markedskendskab og det historiske aftag hos institutionerne, at der ikke er obligatoriske varer i tilbudslisten, som ikke alle relevante leverandører på markedet kan levere, men hvis tilbudsgiverne har en konkret forespørgsel på en obligatorisk varelinie, som de ikke kan tilbyde og den pågældende derfor frygter, at tilbuddet vil blive erklæret ukonditionsmæssigt på den baggrund, kan tilbudsgiveren rette skriftlig henvendelse til ordregiver indtil seks dage før tilbudsfristens udløb med en konkret forespørgsel om, at en specifik varelinie gøres ikke-obligatorisk. Ordregiveren vil herefter besvare en sådan henvendelse hurtigst muligt.«

#### Spørgsmål 14 (reference Bilag 1 - Tilbudslisten)

Det bedes bekræftet om kolonnen »Estimeret forbrug pr. år« i bilag 1 - Tilbudslisten, er baseret på faktiske historiske købstal, eller om kolonnen er baseret på et estimeret forventet forbrug.

Hvis kolonnen er baseret på forventet forbrug, beder vi ordregiveren oplyse de faktiske historiske købstal.

#### Svar 14 (reference Bilag 1 - tilbudslisten)

»De oplyste købstal er estimerede. Det er ikke muligt at oplyse historiske tal, idet ordregiver ikke har tilstrækkeligt kendskab til alle leverandører, der har leveret produkter som oplyst i tilbudslisten.«

#### Spørgsmål 21 (reference Bilag 1, Tilbudsliste)

»I henhold til udbudsmaterialets bilag 1, tilbudslisten, anmoder vi om, at varerne på vedhæftede fil fjernes fra listens obligatoriske kolonne. Vi

mener, at disse varer er specifikke eller på listen også ønskes i andre størrelser/mængder. Disse varer vil kun kunne leveres fra én leverandør og overholder således ikke konkurrencereglerne eller ligestillingsprincipperne. Ligeledes viser volumen ved disse varer ofte, at disse produkter historisk er indkøbt i små mængder.«

**Svar 21 (reference Bilag 1, Tilbudsliste)**

»De af spørgeren nævnte produkter fastholdes i tilbudslistens obligatoriske kolonne, idet der netop for at sikre ligebehandling er anført »ca.« ud for alle varelinier, hvor der er angivet mål eller mængde.

Det er hensigten, at der kan afgives tilbud med forskellige mængder og mål i forhold til de enkelte varelinier.

Alle tilbudsgivere kan således tilbyde de produkter fra deres sortiment, der passer til ordregivers produktbeskrivelse.«

Spørgsmål 21 var efter det oplyste stillet af intervenienten Lekolar A/S.

Creative Company A/S har i sit tilbud udfyldt alle tilbudslistens 2869 linjer til varenumre, det vil sige de alle obligatoriske såvel som de ikke obligatoriske varenumre. I så godt som samtlige tilfælde har Creative Company A/S tillige udfyldt tilbudslistens spalte med henvisning til katalogside. Henvisningen vedrører Creative Company A/S' 2010-2011 katalog. De ganske få varenumre, hvor der ikke er henvist til katalogside, har ved stikprøveundersøgelse kunnet genfindes i Creative Company A/S' 2009-2010 katalog.

Administrerende direktør **Person 1**, AV Form A/S, har den 17. februar afgivet en erklæring. Det fremgår heraf bl.a., at klageren manglede 566 obligatoriske produkter for at kunne afgive et konditionsmæssigt tilbud og desuden manglede 852 ikke-obligatoriske produkter. Der var ikke tid til at skaffe de manglende produkter. Langt hovedparten af indkøbene sker fra udlandet, herunder fra fjernøsten. Hvis det havde drejet sig om en håndfuld manglende produkter, kunne det have været en mulighed at indkøbe hos mindre forhandlere.

Indkøbschef **Vidne 1**, Svendborg Kommune, og indkøbschef **P2**, **Person 2 (P2)**, Holstebro Kommune, har den 9. februar 2009 afgivet en fælles erklæring om udbuddets tilrettelæggelse. Det fremgår heraf bl.a.

»

[Svar på Spørgsmål 9:]

Varene på tilbudslisten er identificeret ved gennemgang af kataloger fra markedets største leverandører – herunder bl.a. Creative Company A/S, som så vidt vi var orienteret udbød det største varesortiment. Disse blev sammenholdt med de informationer, det var muligt at finde i e-handels- og økonomisystemer, hvorefter kommunernes brugergrupper på baggrund af dette gav input til brug for endelig udarbejdelse af tilbudslisten.

...

Spørgsmål 11: Hvorfor svarede mængdeangivelsen i en række tilfælde til de mængder, der fremgik af Creative Companys katalog?

Svar. Dette skyldes i væsentlig grad, at tilbudslisten varelinjer er baseret på udtræk fra e-handels- og økonomisystemer, samt at netop deres katalog sammen med andre leverandørers kataloger udgjorde en del af grundlaget for tilbudslisten. Vi fandt det naturligt, at mængdeangive som i de historiske data, da det lettede vores opgave og indikerede for

vores leverandører hvad vi ønskede.

...

Spørgsmål 15: Hvordan afgjorde I, hvilket sortiment, der skulle være obligatorisk og hvilket, der skulle være ikke-obligatorisk?

Svar: Dette var baseret på estimater fra de deltagende kommuners brugerrepræsentanter om hvilke produkter, de forventede der blev købt mest af. Hvis vi var i tvivl om leverandørernes muligheder for levering, gjorde vi sortimentet ikke obligatorisk.

...«

Områdechef **Person 3**, Lekolar A/S, har afgivet en erklæring og besvaret spørgsmål. Det fremgår af erklæringen, at Lekolar A/S kun kunne tilbyde halvdelen af de obligatoriske produkter og derfor ikke kunne afgive et konditionsmæssigt tilbud. Der er obligatoriske produkter på tilbudslisten, som skal leveres i pakkestørrelser, der ikke er standard, men netop i de størrelser, som Creative Company A/S tilbyder, fx akrylmaling i 35 ml og 250 ml. Tilbudslisten indeholder også »trendvarer«, som er »historiske«, det vil sige, at de fandtes i 2009 i den tidligere leverandørs sortiment. Lekolar A/S kunne ikke levere de manglende produkter inden for den korte tidsfrist. Tilbudslisten indeholder varer, som er helt specifikke, produkter, som er pakket/samlet af den tidligere leverandør og har fået navn derefter, og som derfor ikke findes hos andre leverandører.

#### Parternes anbringender

##### Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at tilbudslisten er udarbejdet på grundlag af Creative Company A/S' katalog snarere end ud fra en selvstændig vurdering af indklagedes egne behov. Tilbudslisten indeholder desuden – uden at der er en saglig begrundelse for det – produkter, som kun udbydes af Creative Company A/S.

Det er i den sammenhæng afgørende, at tilbud, der ikke indeholder alle 1678 obligatoriske produkter, vil blive afvist som ukonditionsmæssige.

Klageren har nærmere gjort gældende, at ikke ét eneste af de efterspurgte produkter, såvel obligatoriske som ikke obligatoriske, ikke findes i Creative

Company's katalog, mens klageren, der har været i branchen i 25 år og er blandt landets største leverandører af beskæftigelsesmaterialer, langt fra er i stand til at levere alle de obligatoriske produkter, at tilbudslistens mængdeangivelser svarer til mængdeangivelserne i Creative Company A/S' katalog, fx varelinje 27 »[ca.] 42 assorterede farver a [ca.] 80 ml«, og at selv stavefejl fra Creative Company A/S' katalog (fx varelinje 103 »knetgummi«) går igen i tilbudslisten. Der er ikke nogen saglig grund til som obligatorisk varenummer at kræve levering af fx papmacheæsker i formerne »sandal« (varenummer 1780), »T-shirt« (varenummer 1781) og »juletræ« (varenummer 1782). Netop disse former findes i Creative Company A/S' katalog. Papmacheæsker anvendes til udsmykning og dekoration, og det er sagligt set underordnet, hvilken form papmacheæskens har.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har udformet tilbudslisten ud fra saglige overvejelser om sit fremtidige anskaffelsesbehov. Det fremtidige anskaffelsesbehov er fastlagt ud fra en drøftelse med de relevante brugergrupper og sammenholdt med tilgængelige oplysninger i indklagedes e-

handelssystem, der viser, hvilke produkter indklagede tidligere har købt. De indklagede kommuner har tilsammen købt mere end 9.000 varenumre hos Creative Company A/S i en periode på 2½ år, men har begrænset antallet af obligatoriske varenumre i tilbudslisten til 1.678 ud fra en saglig vurdering af, hvilke produkter indklagede forventede at aftage mest af. De produkter, der er gjort obligatoriske, dækker alle en anskaffelse på en vis mængde årligt. Det er indklagedes skøn, at de obligatoriske varenumre omfatter ca. 80 % af den samlede anskaffelsesværdi i rammeaftalens løbetid. Det er ikke i strid med lighedsprincippet at kræve 80 % af det udbudte sortiment som obligatorisk. Beskaffenheden af et sortiment, der udbydes i forbindelse med en kontrakt om formnings- og beskæftigelsesmaterialer, er særegent, og hvis kontrakten kun omfatter helt klassiske produkter som maling og skriveredskaber, vil det i praksis medføre, at en stor del af anskaffelserne sker uden om den indgåede rammeaftale. Indklagede ønskede at sikre, at en tilbudsgiver ikke kunne vinde kontrakten uden at kunne tilbyde den største mængde og værdi af de varer, der forventedes at blive købt mest af i kontraktperioden, og at der ikke opstod mulighed for, at prisevalueringen kun vedrørte en lille del af den samlede kontraktværdi. Klageren havde mulighed for at anvende underleverandører eller foretage indkøb af produkterne hos en række leverandører/grossister på markedet, som forhandler disse produkter. Creative Company A/S har ikke eneforhandling på nogen af produkterne på det danske marked.

#### Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede fra den 1. januar 2008 til den 1. juni 2010 var part i den ulovligt indgåede leveringsaftale med Creative Company A/S. Der er således intet til hinder for, at oplysningerne indgik som i udbudsmaterialet, modsat hvad indklagede gav udtryk for i sit svar på spørgsmål 14. Det er en stor konkurrencefordel for Creative Company A/S som den eneste at have oplysninger om leveringshistorikken og dermed mulighed for at indrette sit tilbud ud fra sin viden om, hvilke dele af sortimentet der efterspørges i hvilke mængder. Der er ikke i nævneværdigt omfang købt beskæftigelsesmaterialer fra flere leverandører.

Indklagede har gjort gældende, at det detaljeret fremgår af tilbudslisten, hvorledes det estimerede forbrug pr. år forventes at fordele sig på hvert af de udbudte produkter. Det fremgår af udbudsbetingelserne, at det estimerede forbrug er baseret på indklagedes bedste skøn over den forventede omsætning af de enkelte produkter i kontraktperioden. Under den tidligere kontrakt med Creative Company A/S har de kommuner, der var omfattet af aftalen, i større omfang, end det forventes fremover, købt de efterspurgte produkter hos andre leverandører, herunder klageren. De obligatoriske produkter er fastlagt ud fra en saglig vurdering af, hvilke produkter indklagede forventede at aftage mest af.

#### Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at underkriteriet »sortiment« som udgangspunkt er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud i et udbud med mange varenumre. I det konkrete tilfælde er kriteriet imidlertid egnet til at favorisere Creative Company A/S, idet dette selskab har et meget bredt sortiment, fordi selskabet fører de samme produkter i en række forskellige pakningsstørrelser. Dertil kommer, at antallet af obligatoriske varenumre er meget stort under dette udbud. Hvis der ikke tidligere har været indkøbt væsentligt andre end de obligatoriske varenumre, er »sortimentsbredde« ikke et egnet kriterium.

Indklagede har gjort gældende, at underkriteriet »sortimentsbredde« er lovligt. Indklagede efterspurgte så bredt et sortiment som muligt, således at indklagede ikke ville blive tvunget til at anskaffe de produkter, der ikke var anført som obligatoriske, til listepriser hos andre leverandører. Hvis en tilbudsgiver således ikke kunne tilbyde et bredt sortiment, ville det medføre en relativt dårlig bedømmelse i relation til underkriteriet »sortimentsbredde«, hvorimod manglende tilbud på ikke-obligatoriske varenumre ikke i sig selv ville bevirke, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Udbuddet er rettet mod leverandører, der kunne håndtere et meget bredt sortiment og med mange forskellige leveringsadresser.

#### Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at udbudsbetingelserne er uklare for så vidt angår krav til mængdeangivelserne af det tilbudte. Klageren har forsøgt at opnå klarhed ved at stille spørgsmål 4. Det er dog fortsat uklart, hvilke afvigelser indklagede vil acceptere, og afvigelser med hensyn til de obligatoriske varenumre vil medføre, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at det ville føre til rigide resultater, såfremt den tilladte mængdeafvigelse skulle angives i procent. Det er efter udbudsbetingelsernes pkt. 2.2 samt svaret på spørgsmål 4 klart, at indklagede ville acceptere ganske store afvigelser i de tilbudte mængder.

#### Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at udbudsbetingelsernes bestemmelser om forbehold er modstridende. Det henstår som fuldstændig uklart, om forbehold tillades. Kravene til egnethed er beskrevet i udbudsbekendtgørelsens afsnit III.2 og udbudsbetingelsernes pkt. 2.15, mens det er uklart, hvilke mindstekrav tilbudsgiverne skal overholde.

Indklagede har gjort gældende, at det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 2.13, at der ikke er mulighed for at tage forbehold over for kontrakt eller kontraktvilkår. Af pkt. 2.17 fremgår tydeligt, at de mindstekrav, der omtales i afsnit 2, er mindstekrav i forbindelse med udvælgelsen. Der henvises til pkt. 2.15, der omhandler udvælgelseskriterier, og der henvises direkte til udbudsbekendtgørelsens afsnit III.2. De mindstekrav, som tilbudsgiverne skulle opfylde, var derfor tydeligt »mindstekrav i relation til udvælgelseskriterierne og ikke mindstekrav i relation til produkternes beskaffenhed«.

#### Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at den evalueringsmodel, som indklagede har opstillet, og hvorefter de tilbudte produkter inddeles i tre forskellige kvalitetskategorier, medføre en vilkårlig evaluering og er uegnet til at bedrage til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klageren har underbygget dette med eksempler.

Indklagede har gjort gældende, at den valgte evalueringsmodel er lovlig.

#### Ad påstand 7 og 8

Klageren har gjort gældende, at indklagede skal annullere udbuddet i sin helhed, subsidiært beslutningen om at indgå kontrakt med Creative Company A/S.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen og ikke hjemmel til at annullere et afsluttet udbud.

#### Ad påstand 9-11

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet på grund af de grove overtrædelser af udbudsreglerne skal påbyde indklagede at bringe kontrakten med Creative Company A/S til ophør eller statuere, at indklagede er forpligtet til at bringe kontrakten til ophør.

Indklagede har gjort gældende, at klagenævnet efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. og forarbejderne hertil ikke har kompetence til i en situation som den foreliggende at påbyde indklagede at bringe kontrakten med Creative Company A/S til ophør eller statuere, at indklagede er forpligtet til at bringe kontrakten til ophør. Påstandene skal derfor afvises.

#### Klagenævnet udtaler:

##### Ad påstand 1

I et udbud af den omhandlede karakter vil en tidligere leverandør som udgangspunkt kunne have en konkurrencefordel, som ikke kan elimineres helt.

Indklagede har ikke tilbagevist rækken af stærke indicier for, at tilbudslisten er udformet, så den fremstår, som om den udelukkende er udarbejdet på grundlag af den tidligere leverandør Creative Company A/S' varekatalog. Indklagede har under disse omstændigheder heller ikke på tilstrækkelig vis tilbagevist, at tilbudslisten i et vist omfang indeholder varenumre, som i hvert fald kun vanskeligt kunne leveres af andre end Creative Company A/S, og at dette forhold også gør sig gældende for nogle af de obligatoriske varenumre.

Klagenævnet lægger til grund, at den eneste forskel mellem tilbudslisten og Creative Company A/S' kataloger er det tilføjede »ca.« foran en del af mængdeangivelserne.

Som udbudsbetingelserne er udformet, er tilbud, der ikke indeholder samtlige 1.678 obligatoriske varenumre, ukonditionsmæssige. Indklagede har således ikke fastsat, at manglende tilbud på et obligatorisk varenummer ville blive betragtet som et forbehold og prissat. En sådan fremgangsmåde kunne have været valgt uden, at det ville give vanskeligheder i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »Pris«, som skulle omfatte alle de 1.678 varenumre. Fremgangsmåden ville ligeledes have medført, at også de obligatoriske varenumre med mening ville have kunnet inddrages under evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »Sortimentsbredde« som behandlet under påstand 3. Fremgangsmåden ville endelig have givet mening i forhold til udbudsbetingelsernes bemærkninger om forbehold som behandlet under påstand 5.

Endelig ville fremgangsmåden have mindsket betydningen af den konkurrencefordel, som den tidligere leverandør måtte have i forhold til andre aktører på markedet.

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at udforme tilbudslisten som sket og ikke at søge Creative Company A/S

konkurrencefordel mindsket ved fx at gøre det muligt at afgive tilbud, hvor ikke alle obligatoriske varelinjer var udfyldt, eller på anden måde.

På den anførte baggrund kan det ikke føre til andet resultat, at indklagede har redegjort for, at Creative Company A/S er en handelsvirksomhed, og at andre tilbudsgivere således ikke har været forhindret i at anskaffe såvel de 1.678 obligatoriske varenumre som det øvrige udbudte sortiment ad andre kanaler, såfremt man ikke selv havde direkte adgang til varenumrene.

Påstanden tages til følge.

#### Ad påstand 2

Som udgangspunkt er det ikke i strid med udbudsdirektivets artikel 2 i tilbudslisten under et udbud som det foreliggende at anføre sagligt estimerede tal for de indkøb, som ordregiveren påregner at foretage uden at oplyse, hvorledes indkøb hidtil har været placeret. Det er ikke givet, at den fremtidige efterspørgsel vil svare til den historiske efterspørgsel.

I det konkrete tilfælde skal påstand 2 imidlertid ses i lyset af den overtrædelse, som påstand 1 omhandler. På baggrund af det, som er anført ovenfor, er klagenævnet enig med klageren i, at Creative Company A/S også for så vidt angår sit kendskab til indkøbsmønsteret har haft en uretmæssig konkurrencefordel. Dette bestyrkes af det forløb, som denne klagesag har haft for så vidt angår klagerens begæring om aktindsigt i det hidtidige indkøbsmønster, og de protester herimod, som har været rejst.

Det kan ikke antages, at det har været umuligt eller særligt krævende for indklagede at fremkomme med oplysningerne. I den forbindelse fremhæves, at indklagede netop har hævdet, at tilbudslisten er udarbejdet på grundlag af de erfaringer med indkøbsmønsteret, som var høstet under den tidligere indkøbsperiode.

På den anførte baggrund tages påstanden til følge.

#### Ad påstand 3

Underkriteriet »sortimentsbredde« kan som udgangspunkt være egnet til at bidrage til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud i det udbud med mange varenumre som det omhandlede.

Som anført ovenfor er 1.678 ud af 2.869 varenumre obligatoriske, og manglende tilbud af blot et enkelt obligatorisk varenummer medfører, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt. Konkurrencen mellem tilbudsgiverne for så vidt angår »Sortimentsbredde« må derfor i dette udbud alene angå de sidste ca. 20 %.

I udbudsbetingelserne anføres imidlertid herom: »Ved evalueringen af sortimentsbredde indgår antallet af tilbudte priser på ikke obligatoriske varelinjer«. Denne formulering synes efter sin sammenhæng med det foran anførte at indebære, at også de obligatoriske varenumre indgår i evalueringen af tilbuddene i relation til »Sortimentsbredde«. Af svaret på spørgsmål 7 fremgår desuden klart, at underkriteriet »Sortimentsbredde« vil blive bedømt såvel på grundlag af de obligatoriske som de ikke- obligatoriske varenumre.

Som udbudsbetingelserne er fastsat, er dette en umulighed.

Herefter og under hensyn til det, som er anført ad påstand I, tages påstanden til følge.

#### Ad påstand 4

Der er tale om et udbud med mange varenumre, der efter deres karakter og tiltænkte anvendelse i et vist omfang må antages at kunne substituere hinanden, og som det tillige i sagens natur ikke i hvert enkelt tilfælde vil være muligt at beskrive så præcist, som det sædvanligvis kræves i kravspecifikationer.

Fx må indkøb af varenummer 39 (obligatorisk) »Vinduesmaling, ca. 27 ass. farver, ca. 80 ml.« for en umiddelbar betragtning kunne erstattes af indkøb af varenummer 40 (obligatorisk) »Vinduesmaling, ca. 80 ml, sæt med ca. 15 ass. [farver]«.

I sædvanligt sprogbrug anvendes ca. betegnelsen til at angive afvigelser fra runde tal. Fx vil det være naturligt i en given sammenhæng at anføre »ca. 100«, men derimod ikke »ca. 99« eller »ca. 101« og vel heller ikke »ca. 27« (varenummer 39, obligatorisk), »ca. 144« (varenummer 78, obligatorisk) eller »ca. 4 stk.« (varenummer 1535, obligatorisk).

Den anførte måleenhed er for såvel varenummer 39 som varenummer 40 imidlertid »liter«, og tilbudslisten må derfor forstås sådan, at tilbud, uanset det omfatter beholdere på 80 ml., noget mere eller noget mindre, omregnes til literpris i forbindelse med evalueringen. Det stemmer da også med, at det i kravspecifikationens pkt. 4.2. er anført:

»...mængderne og størrelserne ved tilbudssammenligningen vil blive omregnet til den måleenhed, som er anført i den anden kolonne i tilbudslisten. Det er prisen på denne måleenhed, der vil danne baggrund for tilbudssammenligningen, jf. tilbudsskemaet....«

Den upræcise beskrivelse opvejes således i nogen grad ved den målemetode, der er fastsat i kravspecifikationen.

En række af ca.- angivelserne i tilbudslisten relaterer sig imidlertid ikke til måleenheden. I det eksempel, klagenævnet har trukket frem, omhandler varenummer 39 »ca. 27 ass. farver«, mens varenummer 40 omhandler »ca. 15 ass. [farver]«.

En sådan angivelse giver muligvis ikke i sig selv anledning til en sådan usikkerhed, at der er grundlag for at fastslå, at den - i sammenhæng med det, der er anført herom i udbudsbetingelsernes pkt. 2.2 og i svaret på spørgsmål 4 - udgør en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2. Det forholder det sig imidlertid anderledes i dette udbud, hvor såvel varenummer 39 som varenummer 40 - og andre 1.676 varenumre - er »obligatoriske«, således at manglende eller ukonditionsmæssigt tilbud på blot et enkelt varenummer vil medføre, at tilbuddet slet ikke tages i betragtning. Under den omstændighed har tilbudsgiverne krav på at vide, om deres tilbud vil blive ladet ude af betragtning, såfremt der tilbydes fx 20 ass. farver, når der kræves »ca. 27« og »ca. 15« vedrørende varenummer 39 og 40.

Indklagedes svar på spørgsmål 4 og det, der i øvrigt er anført i udbudsbetingelserne, medfører på den baggrund ikke tilstrækkelig klarhed for tilbudsgiverne.

Påstanden tages til følge.

#### Ad påstand 5

Af udbudsbetingelsernes pkt. 2.13 fremgår, at eventuelle forbehold udtrykkeligt skal fremgå at tilbuddet, at (hvilket ville gælde uden angivelse heraf) tilbudsgiverne ikke er berettigede til at tage forbehold for grundlæggende elementer, at forbehold, som ikke vedrører grundlæggende elementer, vil blive prissat, og at der ikke kan tages forbehold for »kontrakt eller kontraktvilkår eller udbudsbedstemmelsernes krav i øvrigt«.

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. III. 2 og udbudsbetingelsernes pkt. 2.15 fremgår enslydende »Betingelser for deltagelse« henholdsvis »Udvælgelseskriterier«.

I udbudsbetingelsernes pkt. 2.17 beskrives herefter »Procedure for behandling af tilbud« i fire stadier, hvoraf stadium 1 er benævnt »Udvælgelseskriterier« og stadium 3 »Mindstekrav« med udtrykkelig henvisning til udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2. Det er uklart, hvori forskellen på det, der sker »i første omgang« (stadium 1) og det, der sker »i anden omgang« (stadium 2) består, eftersom begge stadier vedrører egnethedsbedømmelsen, hvor kravene for deltagelse skal være opfyldt. Det fremgår, at tilbud, der ikke opfylder mindstekravene, er ukonditionsmæssige, og at mindstekravene udtrykkeligt er anført i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.

Som det fremgår, er imidlertid de 1.678 obligatoriske varenumre også at opfatte som mindstekrav, idet manglende opfyldelse af hvert enkelt krav vil medføre, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt.

Manglende tilbud for så vidt angår de restende 20 % af varetalbudslisten er ikke forbehold.

Når dertil kommer, at der ikke kan tages forbehold for »kontrakt eller kontraktvilkår eller udbudsbestemmelsernes krav i øvrigt« må det henstå i det uvisse, hvilke forbehold indklagede ville prissætte som anført i pkt. 2.13.

Påstanden tages til følge.

#### Ad påstand 6

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at »den tilbudsgiver, som har flest produkter i kvalitetskategori 3 i henhold til den gennemførte afprøvning, vil score højest på kvalitet i forbindelse med tilbudsevalueringen.«.

Som udbudsbetingelserne er fastsat, vil den tilbudsgiver, der afgiver tilbud på 5 varenumre i kategori 3 og resten i kategori 1, få en bedre evaluering af sit tilbud end den tilbudsgiver, hvis varenumre alle ligger i kategori 2.

Påstanden tages til følge.

#### Ad påstand 7-11

Denne klagesag skal ses i sammenhæng med den sag, der førte til klagenævnets kendelse af 27. marts 2008 og Retten i Hernings dom af 5.

november 2009, hvorved indklagede blev pålagt at søge at bringe kontrakten af 4. januar 2008 med Creative Company A/S til ophør.

Da klageren konstaterede, at klageren ikke under det fornyede udbud, der herefter blev iværksat, havde mulighed for at afgive tilbud, sådan som tilbudslisten var udformet, klagede klageren til klagenævnet og begærede klagen tillagt opsættende virkning. Som beskrevet ovenfor tillagde klagenævnet ikke klagen opsættende virkning, også under indtryk af, at det efter det dengang oplyste havde været muligt for andre end Creative Company A/S at afgive tilbud. Betingelsen om »fumus boni juris« syntes derfor ikke opfyldt.

Klagenævnet har nu fastslået, at indklagede påny har gennemført et udbud, der i strid med udbudsreglerne favoriserede Creative Company A/S som fastslået ad påstand 1, 2 og 4, og som i øvrigt er ulovligt på andre væsentlige punkter som fastslået ad påstand 3 ( om »sortimentsbredde«), påstand 5 (om forbehold) og påstand 6 (om »kvalitet«).

Ved afgørelsen af, hvilke sanktionsmuligheder der i denne situation står til rådighed for klagenævnet, må såvel bestemmelsen i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, nr. 2, hvorefter klagenævnet kan annullere ordregiverens ulovlige beslutninger eller udbudsforretning, som bestemmelsen i lovens § 13, nr. 3, hvorefter klagenævnet kan udstede påbud om lovliggørelse af udbudsproceduren eller beslutninger i forbindelse med udbudsforretningen, overvejes.

Klagenævnets valg af sanktion afhænger af grovheden af de overtrædelser, der er fastslået.

Klagenævnet annullerer herefter indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Creative Company A/S og tager således påstand 8 til følge.

Efter bemærkningerne til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, stk. 2, er bestemmelsen

»en videreførelse af gældende ret og giver Klagenævnet hjemmel til at annullere en ordregivers beslutninger eller udbudsforretninger. Annullation af ordregiverens beslutninger medfører ikke, at en indgået kontrakt er uden virkning. Dette skyldes, at Klagenævnets annullation af en ulovlig forvaltningsretlig beslutning om fx valg af tilbudsgiver ikke medfører, at den privatretlige aftale, dvs. kontrakten, er uden virkning. Annullationsbeføjelsen er således rettet mod en ordregivers ulovlige forvaltningsretlige beslutninger og ikke mod den indgåede kontrakt. Det kan være bestemte, konkrete beslutninger eller dispositioner, men det kan også omfatte udbudsprocessen som helhed. Kontrakten kan dog være underlagt forslagens §§ 16 og 17, hvilket medfører, at kontrakten i visse tilfælde kan erklæres for uden virkning.«

Før lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. trådte i kraft den 1. juli 2010, har klagenævnet ikke anset sig for kompetent til at annullere et udbud, hvor der som i denne sag er indgået kontrakt.

Herefter og da der ikke er spørgsmål om at erklære en kontrakt for uden virkning efter lovens §§ 16 og 17, afviser klagenævnet påstand 7.

Efter bemærkningerne til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13,

nr. 3, er også denne bestemmelse en videreførelse af gældende ret og indebærer, at klagenævnet kan påbyde, at en ordregiver skal lovliggøre sin udbudsprocedure eller beslutninger i forbindelse med en udbudsforretning.

Uanset den beskrevne baggrund – den første klagenævns sag, forløbet i forbindelse med begæringen om opsættende virkning og de overtrædelser, der nu er fastslået – har klagenævnet imidlertid ikke hjemmel til at tage påstand 9-11 til følge. Klagenævnet har således alene hjemmel til efter lovens §§ 16-17 at træffe afgørelse om, at en kontrakt erklæres for uden virkning, men ikke hjemmel til uden for disse situationer at påbyde indklagede at bringe en kontrakt til ophør eller at statuere en forpligtelse hertil, sådan som klageren har påstået.

Det er således op til de indklagede kommuner som offentlige myndigheder at drage de nødvendige slutninger af klagenævnets kendelse.

Det bemærkes i den forbindelse, at det ikke er omfattet af klagenævnets kompetence at fastslå, om de indklagede kommuner har opfyldt den dom, der blev afsagt af Retten i Herning den 5. november 2009. Efter klagenævnets opfattelse er det ikke utvivlsomt. Dommen kan således næppe antages reelt opfyldt ved en formel opsigelse af den kontrakt af 4. januar 2008 med Creative Company A/S, som sagen omhandlede, efterfulgt af en ny ulovlig kontrakt med samme virksomhed.

#### Herefter bestemmes:

##### Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudsdirektivets art. 2, samt udbudsdirektivets artikel 23, stk.2, ved i) at udforme tilbudslisten på grundlag af leverandøren Creative Company A/S' varekatalog og ii) uden saglig begrundelse at inkludere varer, som kun Creative Company A/S i forvejen råder over, som obligatoriske i tilbudslisten, hvorved Creative Company A/S opnåede en konkurrencemæssig fordel ved udbuddet.

##### Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke i udbudsbetingelserne at have givet oplysninger om omfanget af indklagedes indkøb hos den nuværende leverandør, Creative Company A/S, i den foregående kontrakts løbetid fra 1. januar 2008 til 1. juni 2010, hvorved Creative Company A/S har opnået en konkurrencemæssig fordel ved udbuddet.

##### Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 ved at anvende underkriteriet »sortimentsbredde«, uanset at dette underkriterium ikke i det konkrete udbud er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

##### Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsig-tighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i forbindelse med angivelsen af mængde og bestillingsenheder for de enkelte produkter på tilbudslisten i udbudsbetingelsernes punkt 2.2. at foretage upræcise angivelser af, hvor store afvigelser fra tilbudslistens mængdeangivelse der accepteres, før et tilbud anses for ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i udbudsbetingelsernes punkt 2.13 at angive indbyrdes modstridende oplysninger om adgangen til at tage forbehold og ved i udbudsbetingelsernes punkt 2.17 at angive uklare oplysninger om, hvilke mindstekrav tilbud skal opfylde.

Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at udforme modellen for evaluering af tilbuddene i relation til underkriteriet »kvalitet« på en måde, der ikke er egnet til at identificere tilbuddet med den bedste kvalitet.

Indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Creative Company A/S annulleres.

Påstand 7 og 9-11 afvises.

Indklagede, 12-by-gruppens Indkøbscentral, skal i sagsomkostninger til klageren, AV Form A/S, betale 100.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales. ”

Som beskrevet i klagenævnets afgørelse afsagde Retten i Herning den 5. november 2009 dom i sagen mellem Holstebro Kommune, Svendborg Kommune og Sønderborg Kommune på den ene side og AV Form A/S på den anden side. Af dommens præmisser fremgår bl.a.

”...

Klagenævnet for Udbud har i sin kendelse af 27. marts 2008 ad påstand 1-4 bestemt, at 12 By Gruppens Indkøbscentral på en række nærmere bestemte måder har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2, artikel 38, stk. 2, og artikel 39, stk. 1, samt gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet. Retten tiltræder det af klagenævnet herom anførte samt de af Klagenævnet anførte begrundelser herfor. Det, der er fremkommet under retssagen, kan ikke føre til noget andet resultat.

...

Af de af Klagenævnet anførte grunde, og da forarbejderne til klagenævnsloven ikke kan føre til noget andet resultat, er retten enig med Klagenævnet i, at såfremt der indgives klage i standsstill perioden, og ordregiveren er underrettet herom af enten klageren eller Klagenævnet, må kontrakt ikke indgås, før Klagenævnet har taget stilling til, om klagen skal tillægges opsættende virkning i medfør af lovens § 6, stk. 2. Det kan således ikke være afgørende for retstilstanden, hvor hurtigt Klagenævnet selv når at underrette ordregiveren. Dette må i hvert fald gælde i et tilfælde som det foreliggende, hvor 12 By Gruppens Indkøbscentral var gjort bekendt med klagen samtidig med dennes indgivelse, og hvor fristen for Klagenævnets stillingtagen til spørgsmålet om opsættende virkning begyndte at løbe få arbejdsdage efter klagens indgivelse. Retten tiltræder derfor tillige, at 12 By Gruppens Indkøbscen-

tral ved at indgå kontrakt med Creative Company A/S den 4. januar 2008 handlede i strid med bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 § 6 b, stk. 1.

Retten finder endvidere ikke grundlag for at tilsidesætte Klagenævnets vurdering af, at overtrædelserne af udbudsreglerne som omhandlet ved påstand 1-4 for Klagenævnet havde en sådan karakter og omfang, at 12 By Gruppens Indkøbscentrals beslutning af 13. december 2007 om indgåelse af kontrakt med Creative Compagny A/S skulle annulleres. Det ændrer ikke herpå, at kontrakten var indgået inden Klagenævnets afgørelse, idet dette som anført ovenfor var sket i strid med standstill reglerne.

Herefter, og da eventuelle mindre sagsbehandlingsfejl hos Klagenævnet i forbindelse med underretningen om klagen samt beslutningen om opsættende virkning ikke har betydning for gyldigheden af Klagenævnets kendelse af 27. marts 2008, som er en selvstændig afgørelse, finder retten ikke, at der helt eller delvist er grundlag for at fastslå, at Klagenævnets afgørelse er ugyldig. Sagsøgte frifindes derfor såvel for sagsøgerens principale som subsidiære påstande.

Creativ Compagny A/S har ikke været inddraget i sagen, og dommen i nærværende sag er derfor ikke bindende i forhold til denne tredjepart. Sagsøgerne har som en del af 12 By Gruppens Indkøbscentral imidlertid overtrådt udbudsreglerne i et sådant omfang, at tildelingsbeslutningen er annulleret, ligesom sagsøgerne har overtrådt standstill reglerne. Sagsøgerne har selv oplyst i kontrakten med Creative Compagny A/S at have taget forbehold i relation til Klagenævnets afgørelse om opsættende virkning. På denne baggrund, og da sagsøgerne i øvrigt ikke har fremført andre reelle grunde for ikke at bringe kontrakten til ophør, finder retten, at sagsøgerne i forholdet mellem nærværende sags parter skal anerkende at være forpligtet til at søge kontrakten med Creative Compagny A/S bragt til ophør. Med denne ændring tages sagsøgtes selvstændige påstand således til følge.”

Det er oplyst, at den rammekontrakt 12-by-gruppens Indkøbscentral indgik med Creativ Company A/S den 8. december 2010, i det hele svarede til den rammekontrakt, som var en del af det samlede udbudsmateriale. Af kontrakten, med en varighed på 2 år og med option på forlængelse i op til 24 måneder, fremgår bl.a. i § 28 om opsigelse:

”Såfremt en administrativ myndighed, herunder men ikke begrænset til Klagenævnet for Udbud, Konkurrencestyrelsen eller Europa-Kommissionen, eller en dansk eller en europæisk retsinstans træffer afgørelse/dom om, at udbudsreglerne eller anden lovgivning er overtrådt i forbindelse med tildelingen af kontrakten med den konsekvens, at beslutningen om tildeling af kontrakten annulleres, er Medlemskommunerne berettiget til med 2 måneders varsel at opsiges kontrakten for fremtiden. Medlemskommunernes ret til at opsiges kontrakten gælder selvom afgørelsen/dommen ankes.”

Af kontaktens § 35 om kontraktligt forbehold fremgår:

”Bliver tildelingen af nærværende kontrakt underkendt ved Klagenævnet for Udbud, Domstolene eller andre kompetente organer, kan kommunen ophæ-

ve kontrakten med 1 måneds varsel. Leverandøren har i denne situation alene krav på erlagte ydelser.”

Tilbudslisten, som indgik som en del af udbudsmaterialet, var opdelt i 33 varegrupper og indeholdt i alt 2.869 varelinjer, hvoraf 1.678 var obligatoriske. Det var muligt at angive flere varenumre ud for hver enkelt varelinje.

Der fremgår af en fremlagt statistik over kommunernes indkøb under den tidligere rammeaftale i perioden 1. januar 2008 til den 1. juni 2010, at der er sket indkøb af 9.693 forskellige produkter.

Der er for landsretten fremlagt kopi af tilbudsliste – men ikke det samlede udbudsmateriale, herunder udbudsbetingelser – for udbud vedrørende tilsvarende produkter fra henholdsvis Aarhus Kommune, Sydjyske Kommuneindkøb og et samarbejde mellem Odense og Herning Kommuner. Til sammenligning med varebeskrivelserne i tilbudslisten fra sidstnævnte udbud er der fremlagt uddrag fra AV Form A/S’ hjemmeside.

Der er fremlagt lister over varer angivet på tilbudslisten, som henholdsvis AV Form A/S og Lekolar A/S har oplyst ikke at have haft i deres sortiment. Der er endvidere fremlagt udgaver af listerne, hvor medarbejdere fra kommuner tilknyttet 12-by-gruppens Indkøbscentral har tilføjet deres bemærkninger om, hvor varerne efter disse medarbejders opfattelse kunne skaffes.

12-by-gruppens Indkøbscentral har i stævningen fremsat en række processuelle opfordringer til AV Form A/S til belysning af dette selskabs mulighed for at tilvejebringe det varesortiment, som var fornødent for at kunne afgive et konditionsmæssigt tilbud.

AV Form A/S har opgjort sit erstatningskrav som følger:

Internt tidsforbrug i henhold til opgørelse:	35.800 kr.
Advokatbistand i henhold til faktura med salærspecifikation	<u>35.000 kr.</u>
I alt	70.800 kr.

#### **Forklaringer**

Vidne 2 (V2) har forklaret, at han er konstitueret indkøbschef i Holstebro Kommune, hvor han har været ansat i knap 6 år. Han har lavet tilbudslisten til udbuddet. Tilbudslisten er lavet på baggrund af en skabelon, som han lavede, da han startede ved kommunen. Skabelonen anvendes også ved andre udbudsforretninger i kommunen, og han har lavet adskillige udbud på baggrund af skabelonen.

Da han lavede tilbudslisten, havde han som grundlag herfor kommunens kontrakt med den eksisterende leverandør, Creativ Company. Som en del af denne kontrakt fik kommunen en statistik over, hvad der var solgt, og han tog alle salg over 1.000 kr. fra denne statistik med på tilbudslisten. Han trak også til dels på oplysninger fra E-handelssystemet. Han trak elektronisk oplysningerne over i tilbudslisten, og det er forklaringen på, at "Muleposer natur, ca. 20 stk." både optræder under varelinje 652 og under varelinje 653. Stavefejl i faktureringen fra leverandøren kom med den anvendte fremgangsmåde også til at gå igen på tilbudslisten. Han har ikke været i besiddelse af Creativ Companys katalog, og det er derfor ikke benyttet ved udarbejdelsen af tilbudslisten.

Tilbudslisten indeholder en række kolonner, hvoraf bl.a. fremgår, hvilke varer der skulle medsendes vareprøver på (kolonne A), og hvilke varer der var obligatoriske (kolonne B). Kolonne C indeholder kravsspecifikationerne i form af varelinjer. I kolonne D angives den måleenhed, som anvendes ved sammenligningen af tilbuddene. Kolonne E udfyldes af tilbudsgiver med dennes produktnavn, og F og G udfyldes med tilbudsgivernes varenumre/numre. Det kunne for hver varelinje være aktuelt at anføre et eller flere varenumre. I kolonne I angives antal måleenheder i en bestillingsenhed, hvilket gør det muligt at sammenligne tilbuddene. I kolonne K er anført den vejledende pris, og i kolonne M anføres tilbudsprisen. Kolonne O indeholder udbyderens oplysninger om det estimerede forbrug pr. år for den enkelte varelinje.

Fristen for afgivelse af tilbud blev udskudt, fordi man konstaterede, at der var nogle fejl i tilbudslisten.

Det første udbud, som 12-by-gruppen lavede på beskæftigelsesmateriale, omfattede knap 1.000 varelinjer. Da man fik at vide, at den anvendte udbudsform ikke var i orden, så man ikke anden udvej end at lave den lange tilbudsliste. Det var det oprindelige oplæg, at det hele skulle være obligatorisk, men da der ikke var enighed derom i arbejdsgruppen, define-

rede man et basissortimentet i form af de obligatoriske varelinjer. Indkøbsaftalen skulle dække ca. 1.000 institutioners behov, og aftalen omfattede både vuggestuer og plejehjem. Der var derfor behov for mange variationsmuligheder, også inden for samme vare. Det store antal obligatoriske produkter skyldtes, at det ville være vanskeligt at evaluere et tilbud, hvor tilbudsgiverne selv bestemte, hvilke varer de tilbød. Man ville endvidere med et mindre antal obligatoriske produkter risikere, at en stor del af de produkter, der blev indkøbt, ville komme til at ligge uden for tilbuddet, og dermed kunne man få problemer med at opfylde kravet om udbudspligt. Hvis en vare ikke var på listen, vil institutionerne desuden være nødt til at købe den til katalogprisen.

Han deltog i to arbejdsgruppemøder, hvori fire kommuner i samarbejdet var repræsenteret. Desuden blev der holdt et møde, hvor alle kommunerne i indkøbsfællesskabet var inviteret. Alle de kommuner, der deltog i udbuddet, havde mulighed for at få føjet emner på tilbudslisten. Der kom ikke de store tilføjelser eller kommentarer til udkastet, men hvis nogen kom med yderligere forslag – f.eks. på baggrund af oplysninger om, hvad der var købt hos andre leverandører – blev det føjet til listen. Det estimerede forbrug blev ikke drøftet nærmere. Da det første udkast til tilbudsliste blev drøftet på arbejdsgruppemødet, havde arbejdsgruppemedlemmerne ikke set det på forhånd. De rettelser, der blev foretaget i tilbudslisten, blev – i overensstemmelse med den sædvanlige fremgangsmåde – foretaget under møderne i arbejdsgruppen, og derfor er der ingen korrespondance derom. Han modtog ikke input fra andre kommuner end dem, der deltog i de to arbejdsgruppemøder. Det er helt sædvanligt. De andre kommuner fik dog tilsendt tilbudslisterne, så de havde mulighed for at kommentere herpå. Der var ingen, der gav udtryk for, at listen var for lang. Han har ikke selv modtaget statistikker fra andre kommuner til belysning af behovet for yderligere emner, men der blev muligvis fremlagt nogle statistikker på arbejdsgruppemøderne.

Det er korrekt, som det fremgår af "Dokumentegenskaber" for tilbudslisten, at der senest blev rettet i dokumentet den 21. maj 2010, og at dette betød, at tilbudslisten var færdig på dette tidspunkt. På det sidste møde i arbejdsgruppen drøftede man således alene udbudsbetingelserne.

Det danske marked er præget af to store leverandører. Man håbede i 12-by-gruppen, at man med tilbudslisten kunne tiltrække leverandører fra andre lande i Europa. Soliditetsprocenten blev fastsat til 8 på baggrund af en drøftelse på møderne i arbejdsgruppen. Typisk blev soliditetsprocenten fastsat til 10, men i så fald ville man udelukke AV Form, der ikke efter

de oplysninger, som 12-by-gruppen havde, kunne opfylde dette krav.

Det er sædvanligt, at leverandørerne har en medarbejder, der er ansat til at pakke varer om, så de forefindes i de mængde, der efterspørges, og det er helt sædvanligt ved udbud, at leverandørerne pakker varerne om, så de matcher de efterspurgte størrelser. Af AV Forms hjemmeside fremgår, at der er ansat en person i "Ompak", så han går ud fra ud fra, at AV Form havde mulighed for at foretage en sådan ompakning.

Det er meget muligt ham, der står bag beskrivelsen i udbudsbetingelsernes punkt 2 af de afvigelser i forhold til mængde og bestillingsenheder, der kunne accepteres uden at tilbuddet blev ukonditionsmæssigt. Det blev drøftet meget i arbejdsgruppen, hvordan de tilfældige afvigelser kunne beskrives. Oprindeligt ville man have fastsat en procentsats for afvigelsen, men det kunne føre til urimelige resultater, idet en enkelt tusch f.eks. ville kunne gøre forskellen, og derfor lavede man en generel beskrivelse. Ved nogle varegrupper ville afvigelser desuden nemt kunne accepteres, mens det for andre produkter ville være uacceptabelt.

Han har ikke tidligere set den fremlagte "Statistik over sagsøgers historiske køb hos Creativ Company A/S under en tidligere kontrakt". Tilbudslisten vedlægges ikke en statistik over historiske indkøb, idet man af konkurrencemæssige hensyn ikke udleverer disse oplysninger. Hvis der var pligt dertil, ville mange leverandører undlade at deltage i udbuddet. Den statistik, som han anvendte ved udarbejdelsen af tilbudslisten, vedrørte kun Holstebro Kommunes indkøb hos Creativ Company. Når det ved besvarelsen af spørgsmål 14 i "Spørgsmål/Svar-runden" er oplyst, at det ikke var muligt at oplyse historiske tal, skyldtes det, at man på det tidspunkt kun havde den statistik fra Creativ Company vedrørende Holstebro Kommunes indkøb, som han havde brugt som grundlag for udarbejdelsen af tilbudslisten, og at der også var andre leverandører end Creativ Company.

Når man ved besvarelsen af spørgsmål 9 har oplyst, at "Varerne på tilbudslisten er identificeret ved gennemgang af kataloger fra markedets største leverandører – herunder bl.a. Creativ Company A/S ...", har man formentlig tænkt på E-handels katalogerne. Han har som tidligere forklaret ikke indhentet kataloger. Besvarelsen af spørgsmål 11 harmonerer med, at tilbudslisten som forklaret blev udarbejdet på grundlag af varestatistik fra Holstebro Kommunes handel med Creativ Company.

Estimatet er beregnet ved, at oplysningerne om en kommunens indkøb er ganget op med antallet af indbyggere i de kommuner, der er med i aftalen. Det antal kr., der bruges pr. indbygger, ligger meget fast, og estimerne er derfor sikre på kr. og øre, men ikke nødvendigvis på fordelingen på de enkelte produkter. Der er således en forventning om, at 20-30 procent af produkterne kan udgå, da efterspørgslen afhænger af, hvad der er oppe i tiden, og desuden er en del af varerne sæsonbetonede.

Det var rimeligt at antage, at Creativ Company ville have alle produkter på den tilbudsliste, der var lavet på baggrund af oplysningerne fra dem.

**Vidne 1** har forklaret, at han er indkøbschef i Svendborg Kommune. Han så ikke en statik over vareindkøb i forbindelse med udbuddet.

Tovholderkommunen sendte udkastet til udbudsmateriale, herunder tilbudslisten, ud til arbejdsgruppen og til 12-by- gruppens medlemmer. Der kom ikke kommentarer til tilbudslisten som sådan. Kolding Kommune fortalte, hvad der var købt hos andre leverandører. På arbejdsgruppemøderne havde man typisk medbragt oplysninger om, hvad der var købt hos andre leverandører, men det svarede ofte til det, der var købt hos andre og førte derfor ikke til ændringer. Oplysningerne kunne dog have betydning for estimatet.

Der var i høj grad tale om sæsonvarer og modeprægede varer, og derfor ville de historiske oplysninger ikke have den store betydning for udarbejdelsen af listen. De historiske oplysninger indgik desuden i den grundlæggende udformning af listen, som **V2** stod for. De kommentarer, der kom, vedrørte estimatet, ikke varebeskrivelserne.

Svarene i "Spørgsmål/Svar-runden" er lavet af ham i samarbejde med Holstebro Kommune. Han kan godt have lavet besvarelsen af spørgsmål 14, hvoraf det fremgår, at "De oplyste købstal er estimerede. Det er ikke muligt at oplyse historiske tal". Det stemmer med, at **V2** kun havde historiske oplysninger om Holstebro Kommunes indkøb til brug for udarbejdelsen af estimatet.

Det er ham og hans folk, der har udfyldt AV Forms liste over varer, der ikke kunne leveres, med oplysninger om, hvor varerne kunne skaffes. De har til brug for dette arbejde rekvireret kataloger og har søgt på en lang række hjemmesider. Det tog dem meget lang tid. De konstaterede, at de, selvom de ikke arbejder i branchen, kunne finde disse oplysninger, og

derfor gik de ud fra, at en professionel så meget desto mere ville kunne fremskaffe disse oplysninger. Det tog nok samlet 10 arbejdsdage at finde oplysningerne frem.

Svaret på spørgsmål 9 i erklæringen af 9. februar 2011 udarbejdede han sammen med **P2**. Grundlaget for tilbudslisten var en statistik over Holstebro Kommunes indkøb hos Creativ Company.

**Vidne 3** har forklaret, at han har været ansat i Creativ Company A/S i ca. 6 år, de seneste 4-5 år som salgsdirektør. Han er ansvarlig for selskabets deltagelse i udbudsforretninger. De har et hold på tre mand, der står for at give tilbud i forbindelse med udbud. Lekolar og AV Form er de nærmeste konkurrenter i Danmark. Creativ Company byder også i udlandet, og det samme gør AV Form, så vidt han ved.

Beskrivelserne på 12-by-gruppens tilbudsliste er, som de plejer at se ud. Beskrivelsen i udbudsbetingelsernes pkt. 2.2. af, hvilke afvigelser der kunne accepteres, var en helt normal beskrivelse og meget standardpræget. Det er normalt, at man definerer, hvad man vil have ved at indsætte et "ca". Der blev stillet spørgsmål om forståelsen heraf, men vistnok ikke af Creativ Company. En angivelse af et cirkatal lægger op til, at man byder ind med det, man har på lager. Det er udtryk for sund fornuft at udforme tilbudslisten på denne måde, og han har aldrig oplevet, at nogen er blevet diskvalificeret på grund af denne regel. Denne model er den mest gennemsigtige, for så ved man, hvad man bliver målt på.

Udbuddet fra 12-by-gruppen har den længste tilbudsliste, som han har set, men det også det største udbud, som han har set. De tre mand, der var på opgaven, brugte tilsammen 250-300 timer på at lave tilbuddet. De identificerede de varer, Creativ Company selv havde, fremskaffede varer, de ikke havde, og prissatte derefter varerne. De kunne genkende mange af varelinjerne. De varelinjer, hvor der ikke er en henvisning til en katalogside, er udtryk for, at de ikke havde varen i deres katalog. De fleste af disse varer havde de haft tidligere, men varerne var ikke længere en del af deres sortiment, og de skulle i så fald skaffe varen igen. De skulle i disse situationer afklare med indkøbsafdelingen, hvad der kunne skaffes. I nogle tilfælde kunne de lade en vare fra det eksisterende sortiment ompakke. Der var ca. 500 varenumre, som de ikke havde, heraf ca. 230 varenumre, som skulle skaffes, idet de ikke havde dem som en del af sortimentet, heller ikke efter en ompakning. Det var ikke nemmere for dem at skaffe dem, blot fordi de tidligere havde haft dem i sortimentet. Han husker ikke, om de havde vanskeligheder ved at skaffe nogen af varerne.

Tidsforbruget på 250-300 timer gik til at udfylde tilbudslisten. Heri er ikke indregnet den tid, som indkøbsafdelingen brugte på at skaffe de varer, som ikke var i sortimentet.

I forbindelse med I2-by- gruppens udbud stillede Creativ Company spørgsmål ved ca. 50 varelinjer, bl.a. om nogle påsketing. De fik at vide, at varerne skulle med, og de skaffede dem derfor, bl.a. hos AV Form. Det estimerede forbrug på disse varer var fuldstændig ubetydeligt, og derfor kunne det ikke svare sig at skaffe dem hjem andre steder fra.

Creativ Company bruger ikke statistiske oplysninger om salg ved prissætningen, idet det er et omfattende arbejde at udarbejde en sådan statistik, som under alle omstændigheder kun viser et historisk billede, og udbuddet kan desuden føre til et andet forbrug. I stedet lægger man især vægt på, hvilken volumen der efterspørges. Han har aldrig oplevet, at man har udleveret den tidligere leverandørs varesalgsstatistik i forbindelse med et udbud. Hvis man offentliggør salgsstatistikken, kan konkurrenterne se, hvor de store salg ligger, og dermed gå efter at udbyde denne vare uden – som Creativ Company – at have dybden i sortimentet.

Creativ Company bød på det tidligere udbud i Aarhus Kommune, som blev vundet af AV Form. Aarhus Kommunes udbud er baseret på AV Forms sortiment. Aarhus Kommune har en nyt udbud på beskæftigelsesmaterialer for øjeblikket, og på tilbudslisten i dette udbud er der 31 procent af varelinjerne, som Creativ Company ikke har i sit sortiment. For at kunne byde køber Creativ Company de manglende varer ind hos andre leverandører, bl.a. hos AV Form, og desuden foretages der ompakning. Det har ikke været væsentligt nemmere for Creativ Company at udfylde tilbudsliste ved I2-by-gruppens udbud end ved Aarhus Kommunes udbud. I stort set alle udbud er der varer, der skal skaffes.

Creativ Company bød på udbuddet fra Odense/Herning Kommune i 2009. Creativ Company var ikke i forvejen leverandør til Odense eller Herning Kommune, og tilbudslisten var baseret på AV Forms varesortiment. Creativ Company stillede spørgsmål til udbuddet. Det ser ud som om, det historiske køb her er oplyst. Når Creativ Company stillede spørgsmål til Odense/Herning Kommunes udbud, skyldtes det, at tilbudslisten i meget høj grad lagde op til, at det skulle være den vare, som man plejede at få.

Sydjyske Kommuneindkøbs udbud i 2009 var vistnok det første fælles udbud fra denne sammenslutning, og alle aktører på området har derfor nok forinden været leverandører. Det var et større udbud, og Creativ Company deltog deri. Nogle af varerne havde de, og

andre havde de ikke. Hvis de var i tvivl om, hvorvidt et produkt var konditionsmæssigt, stillede de spørgsmål.

Der var ikke nogen af varerne i 12-by-gruppens udbud, der ikke kunne skaffes. Creativ Company har ikke eneforhandling på nogen varer, og selv om de måtte have distributionsretten, som de f.eks. har på varer fra Fiskars, er andre ikke afskåret fra at købe og sælge disse produkter. ½AV Forms liste over varer, som man ikke kunne skaffe, undrer ham. Blomstervindmøller er således ikke umiddelbart svære at skaffe. Han ville prøve de sædvanlige grossister eller internettet. Fastelavnstønder er heller ikke svære at skaffe. Den danske leverandør, som man normalt køber fastelavnstønder hos, leverer alle typer af tønder. Andre af de varer, der er nævnt, kan blot ompakkes.

Creativ Company køber varer hjem både fra Fjernøsten og fra Europa. Varer, hvor der købes en stor mængde, købes oftest i Fjernøsten, mens mindre mængder købes i Europa. Det er, målt i antal varenumre, nok kun 25-30 procent, der købes i Østen.

Creativ Company sendte sit hovedkatalog ud i august 2010/11. Deres faste sortiment er på ca. 11.000 varenumre, som alle er vist i kataloget. Sortimentet skifter år for år, idet der er en del modeprægede varer og desuden også en del sæsonvarer. Creativ Company udskiftede i gennemsnit 2.000 varenumre årligt.

Der kan godt være mange varenumre anført ud for én varelinje. De har et varenummer pr. farve, men malingstypen defineres på en linje. 15 farver med hver sit nummer kan således tilsammen udgøre en varelinje. Creativ Company vægter at kunne levere alt inden for beskæftigelse, mens konkurrenter vægter at kunne levere alt til kundetypen. Konkurrenterne har derfor ikke samme dybde i sortimentet som Creativ Company.

**Vidne 4** har forklaret, at han er direktør og kreativ købmand hos Creativ Company. Han har stiftet selskabet for 11 år siden og har været i branchen i i alt 25 år, herunder et par år hos AV Form.

En meget stor procentdel af de varer, som Creativ Company sælger, importeres direkte fra fabrikker i Fjernøsten. En stor del købes desuden hos grossister i Europa. Der er tale om frit tilgængelige varer, og Creativ Company har ingen eksklusivaftaler. Deres konkurrenter anvender i vidt omfang de samme leverandører.

Han kender de leverandører, som Svendborg Kommune har nævnt på sin "Liste over mulige underleverandører/grossister af varer omfattet af tilbudslisten". AV Form ville også kunne købe hos disse leverandører, som kunne dække behovet efter tilbudslisten. Hvis man køber varer hjem direkte fra en leverandør i Østen, giver det en prismæssig fordel, men de samme varer kan skaffes gennem grossister. Man kan eventuelt samarbejde med en "sourcer", der er specialist i at finde specielle vare. Det kan betyde en højere pris, men ikke nødvendigvis, idet en "sourcer" har mange kontakter og derfor ofte kan skaffe varen til en god pris. Han ved, at AV Form også køber varer hjem fra Fjernøsten. Hvis man f.eks. kun skal bruge 100 eksemplarer af en ting, køber man den ikke hjem fra Fjernøsten, men køber herhjemme, f.eks. i en hobbybutik eller hos en af konkurrenterne. Creativ Company sælger selv mange varer af den karakter til sine konkurrenter. Hvis man ikke har varen i den efterspurgte størrelse, pakker man varen om. Da han var ansat hos AV Form, havde selskabet et pakkeri, der stod for den slags opgaver.

Han har ikke tidligere set AV Forms liste over varer, som AV Form ikke kunne skaffe til brug for 12-by-gruppens udbud, men ved en hurtig gennemlæsning kan han ikke umiddelbart få øje på varer, som skulle være vanskelige at skaffe. Blomstervindmøllen vil således nemt kunne findes gennem en af de kinesiske søgemaskiner, og fastelavnstønder i bøg kan købes hos en producent i Holstebro.

Creativ Company har to medarbejderne i Kina til at foretage kvalitetskontrol af de varer, som selskabet køber i Kina. Begge medarbejderne er kinesere.

**Vidne 5** har forklaret, at han har været ansat i AV Form A/S i 30 år, heraf de sidste 3 år som salgschef. Han har de sidste 5-6 år beskæftiget sig med udbud. AV Forms konkurrenter er især Creativ Company, Kompan, Staples og Lekolar. Kontrakten med 12-by-gruppen er en af de 3-4 største, han har set på markedet, og meget stor i forhold til det normale. De varer, AV Form manglede for at kunne byde, kunne de ikke nå at skaffe hjem fra Fjernøsten. Hvis de skulle havde købt dem hos deres konkurrenter eller hos de leverandører, som Svendborg Kommune har fundet frem til, ville de ikke kunne give et konkurrencedygtigt tilbud. Flere af de leverandører, som nævnes i Svendborg Kommunes oversigt, er slutbrugerleverandører.

På grund af formuleringen af udbudsbetingelserne var man hos AV Form i tvivl om, hvor-

når en vare var konditionsmæssig. Hvis blot én vare ikke var konditionsmæssig, ville tilbuddet blive forkastet. Det er rigtigt, at der kunne stilles spørgsmål til forståelsen af udbudsbetingelserne. AV Form havde spurgt om, hvor meget man kunne afvige fra specifikationerne på tilbudslisten, men det fik man ikke et konkret svar på. De fik blot at vide, at de måtte spørge på de enkelte varer, men det var en håbløs opgave at spørge på alle de varer, som de var i tvivl om.

Virksomhed 1 (Virk. 1)

Det er da muligt, at nogle af de produkter, som de manglede, kunne have været købt hos **Virk. 1**. Han spurgte i AV Forms indkøbsafdeling, om produkterne kunne skaffes, men han fik at vide, at det ikke kunne lade sig gøre. Han kender ikke til indkøbsafdelingens tidsforbrug, og han har ikke selv kontakt til leverandørerne.

AV Form havde en enkelt, fuldtidsansat ompakker, der pakkede småting om, men man havde ikke kapacitet til større ompakninger. De havde ikke ompakningsmulighed, når de bød på offentlige udbud, men fik i stedet de relevante størrelser fra leverandørerne. Typisk må der være en variation på op til 50 procent på størrelsen. Desuden er det ofte således, at man kun skal byde på 80 eller 90 procent af de varer, der anført på tilbudslisten.

AV Form ville rigtig gerne have kunnet byde på 12-by-gruppens udbud, da de lever af de kontrakter, som de får i kraft af udbuddene.

AV Form har gennem en årrække været leverandør til Aarhus Kommune. Han husker ikke, om de havde alle varenumrene på Aarhus Kommunes tilbudsliste, og han husker ikke, om der var tale om en obligatorisk tilbudsliste.

### **Procedure**

12-by-gruppens Indkøbscentral har til støtte for påstand 1 gjort gældende, at en ordregiver efter praksis har et vidt skøn ved tilrettelæggelsen af et udbud, og at dette også gælder med hensyn til antallet og beskrivelsen af de produkter, der indgår i tilbudslisten. 12-by-gruppens Indkøbscentral har således ikke været forpligtet til at tage hensyn til, i hvilket omfang alle tilbudsgivere rådede over samtlige varer på tilbudslisten. Hvis en tilbudsgiver ikke har den nødvendige kapacitet til at skaffe underleverandører, må kapaciteten tilvejebringes, eller man må opgive at afgive tilbud. Det er ikke i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip at beskrive de varer, der udbydes, således at de ligner de varer, en ordregiver

har købt under en tidligere kontrakt med den hidtidige leverandør, når det er ordregivers vurdering, at de varer, der vil blive købt under den fremtidige kontrakt, i vidt omfang vil svare til de tidligere købte. Varerne må blot ikke være beskrevet med angivelse af fabrikat og produkt navn eller være omfattet af eneforhandlertaaler eller eksklusivrettigheder. En udbyder er således ikke forpligtet til at eliminere den iboende konkurrencefordel, der følger af, at en tilbudsgiver tidligere har haft kontrakten. Det er endvidere ikke i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip at udbyde et meget bredt varesortiment fordelt på et betydeligt antal varelinjer, når det må lægges til grund, at ordregivers anskaffelsesbehov omfatter et meget bredt sortiment. Det er således ubestridt, at de kommuner, der var omfattet af udbuddet, havde købt mere end 9.000 varenumre hos Creativ Company A/S i den foregående kontraktperiode. Det har netop været en del af indkøbsfællesskabets strategi ved udbud af et bredt varesortiment at opnå én leverandør og at undgå køb uden for kontrakten. AV Form A/S har ikke dokumenteret, at udvidelsen af tilbudslisten med flere varelinjer var usagligt begrundet. Udvidelsen har dermed ikke har været i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Den omstændighed, at varerne i tilbudslisten er beskrevet med angivelse af forskellige specifikke mængder, stykstørrelser og emballageenheder er heller ikke i strid med ligebehandlingsprincippet. Dette har været sagligt begrundet, da rammeaftalen skal benyttes af et meget stort antal institutioner med forskellige behov, og da de detaljerede specifikationer på grund af produkternes beskaffenhed udgør en naturlig og sædvanlig del af varebeskrivelsen. Det er efter klagenævnets praksis heller ikke i strid med ligebehandlingsprincippet at stille krav om, at et tilbud skal omfatte ca. 80 % af de udbudte varelinjer, som det er sket i denne sag. Det er således dokumenteret, at de obligatoriske varelinjer er fastsat ud fra et sagligt hensyn til, hvilke varer man på udbudstidspunktet forventede at anskaffe flest af.

Selve processen omkring tilbudslistens tilblivelse, som V2 har forklaret om, er således uden betydning for vurderingen af, om ligebehandlingsprincippet er tilsidesat.

Det må i øvrigt efter den forklaring, der er afgivet af salgschef Vidne 5, lægges til grund, at det var den omfangsrige tilbudsliste og manglende ressourcer til at fremskaffe varer og til at foretage ompakning, der var årsag til, at AV Form A/S valgte at give op uden at afgive tilbud. Det må endvidere lægges til grund, at det havde været muligt for AV Form A/S at afgive tilbud inden for det tidsrum, der var til rådighed, såfremt AV Form A/S ligesom Creativ Company A/S havde afsat de nødvendige ressourcer, og såfremt man havde

foretaget indkøb hos andre leverandører.

12-by-gruppens Indkøbscentral har til støtte for påstand 2 gjort gældende, at en ordregiver ikke efter udbudsdirektivet er forpligtet til at indhente en salgsstatistik fra en leverandør i forbindelse med et genudbud og til at inkludere oplysningerne herfra i udbudsbetingelserne. En sådan forpligtelse kan heller ikke udledes af retspraksis fra EU-domstolen, dansk retspraksis eller af praksis fra Klagenævnet for Udbud. En ordregiver er efter klagenævnets praksis alene forpligtet til i udbudsmaterialet at give oplysning om det estimerede køb i kontraktperioden. Det har i denne sag været sagligt begrundet i tungvejende hensyn til beskyttelsen af den tidligere leverandørs forretningshemmeligheder at undlade at gøre salgsstatistikken til en del af udbudsgrundlaget. En stadfæstelse af klagenævnets afgørelse på dette punkt vil betyde, at der skal ske offentliggørelse af oplysninger af væsentlig og strategisk konkurrenceretlig betydning, og at den eksisterende leverandørs rettigheder vil blive tilsidesat.

Der er ikke grundlag for at antage, at der har været en afgørende konkurrencefordel forbundet med den tidligere leverandørs kendskab til egen statistik. Efter den forklaring, der er afgivet af salgsdirektør Vidne 3, har Creativ Company A/S således ikke benyttet de statistiske oplysninger i forbindelse med tilbudsgivningen.

12-by-gruppens Indkøbscentral har til støtte for påstand 3 gjort gældende, at det følger af klagenævnets praksis, at underkriteriet sortimentsbredde er et lovligt underkriterium ved evalueringen, så længe gennemsigtighedsprincippet er overholdt. Dette er fastslået af klagenævnet i et tilfælde, hvor der i udbudsbetingelserne var stillet krav om, at tilbuddet skulle dække 90 % af de tilbudte varelinjer. Der er tale om dækning af et legitimt behov hos ordregiver, når en ordregiver, som det er tilfældet i denne sag, kan dokumentere at have anskaffet mere end 9.000 varenumre under den tidligere kontrakt og derfor har en væsentlig interesse i, at aftalen omfatter så mange varenumre som muligt, så man ikke vil være tvunget til at foretage indkøb af varer til listepreiser hos andre leverandører. Det har under udbuddet været muligt for tilbudsgiverne at angive flere varenumre i tilbudslisten ud for hver varelinje og dermed at konkurrere på sortimentsbredden. Klagenævnet har på dette punkt misforstået sagens faktum, da klagenævnet i sin kendelse har lagt til grund, at det var umuligt at evaluere på antallet af varenumre på både det obligatoriske og det ikke obligatoriske sortiment.

12-by-gruppens Indkøbscentral har til støtte for påstand 4 gjort gældende, at det har været sagligt begrundet, at tilbudslisten indeholdt mængdeangivelser i forskellige varianter, idet mængdeangivelserne på grund af de udbudte varers beskaffenhed har udgjort en del af varebeskrivelsen. Den anvendte fremgangsmåde er sædvanlig og lovlig i forbindelse med beskrivelse af specifikke varer på tilbudslistes med brede sortimenter. De afvigelser fra tilbudslistens mængdeangivelser, der ville blive accepteret, har været klart og tydeligt beskrevet i udbudsbetingelserne. Der kan ikke stilles krav om, at en tilladelig afvigelse skal angives i procent. En ordregiver kan således anvende en sproglig evalueringsmodel, hvis ordregiver vurderer, at dette er mest hensigtsmæssigt. Et sådant valg er omfattet af det vide skøn, som tilkommer ordregiver ved tilrettelæggelsen af et udbud.

Det bør ved bevisbedømmelsen i forhold til denne påstand komme AV Form A/S til skade, at man trods opfordringer under "Spørgsmål/svarrunden" ikke har stillet spørgsmål om, hvorvidt forskellige varer i virksomhedens sortiment opfyldte beskrivelsen på en varelinje, men blot undlod at afgive tilbud.

12-by-gruppens Indkøbscentral har til støtte for påstand 5 gjort gældende, at det klart fremgik af udbudsbetingelserne, at man opfordrede tilbudsgiverne til ikke at tage forbehold, da man ønskede, at tilbud skulle afgives på ens vilkår. Man ønskede således at undgå de problemer, som en prissætning af forbehold erfaringsmæssigt kan give anledning til. Formålet med de formuleringer, der fremgik af udbudsbetingelserne, var i størst muligt omfang at signalere, at ordregiver ikke ønskede at bringe sig i en situation, hvor der kunne opstå tvivl om, hvorvidt et forbehold var taget, og om de retlige konsekvenser af et forbehold. I udbudsbetingelserne var indsat en beskrivelse af de almindelige EU-udbudsregler om behandling af forbehold. Dette var sket for at gøre det klart og tydeligt for tilbudsgiverne, hvordan en bemærkning eller en beskrivelse i et tilbud ville blive behandlet i forbindelse med tilbudsevalueringen.

12-by-gruppens Indkøbscentral har til støtte for påstand 6 gjort gældende, at der er anvendt en helt gængs beskrivelse af en model for evaluering af tilbud i relation til underkriteriet kvalitet, og at gennemsigthedsprincippet er overholdt, da det klart og tydeligt fremgik af udbudsbetingelserne, at kvaliteten ville blive vurderet af ordregiver på grundlag af en afprøvning af vareprøver, ligesom det af tilbudslisten fremgik, hvilke varer der skulle sendes vareprøver af. Det fremgik endvidere af udbudsbetingelserne, at afprøvningen ville blive gennemført af kvalificeret fagpersonale, og at produkterne til brug for vurderingen ville

blive inddelt i kvalitetskategorier, som er sædvanlige og kendte inden for branchen. Da der kun indkom ét tilbud, blev kvalitetsvurderingen aldrig gennemført i praksis. Sagsøgeren har derfor ikke haft mulighed for at bevise, at vurderingen ville blive gennemført i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, og at kvalitetsvurderingen var egnet til at identificere et tilbud med den bedste kvalitet.

12-by-gruppens Indkøbscentral har til støtte for påstand 7 gjort gældende, at der alene vil være grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen, hvis der sker frifindelse for 12-by-gruppens Indkøbscentrals påstand 1. En frifindelse for påstand 2 - 6 kan således hverken tilsammen eller hver for sig føre til, at tildelingsbeslutningen annulleres, da ingen af de forhold, der er omfattet af disse påstande, vedrører grove overtrædelser af udbudsdirektivet. Det må ved sagens afgørelse komme AV Form A/S bevismæssigt til skade, at AV Form A/S ikke har dokumenteret sit postulat om, at det var umuligt for selskabet at afgive et konditionsmæssigt tilbud, og at AV Form A/S ikke har besvaret de omfattende procesuelle opfordringer, der er fremsat i stævningen.

12-by-gruppens Indkøbscentral har til påstand 8 anført, at det ved påstandens formulering har været forudsat, at landsretten træffer bestemmelse om tilbagebetaling af de sagsomkostninger, der er tilkendt AV Form A/S for klagenævnet, hvis 12-by-gruppens Indkøbscentral får medhold i påstanden.

Til støtte for frifindespåstanden over for den selvstændige påstand 1, der er nedlagt af AV Form A/S, har 12-by-gruppens Indkøbscentral gjort gældende, at der uanset sagens udfald ikke er tale om så grove og kvalificerede overtrædelser af udbudsreglerne, at der er grundlag for at bringe den indgåede kontrakt til ophør. Et påbud om ophør af en kontrakt uden for tilfælde, der er omfattet af håndhævelseslovens §§ 17 og 18, er således forbeholdt meget grove og alvorlige overtrædelser af udbudsreglerne. Efter EU-domstolens praksis forudsætter et sådant påbud endvidere, at der er tale om en langvarig kontrakt. I denne sag har kontrakten en løbetid på blot to år med en option på forlængelse i op til yderligere to år.

Til støtte for påstandene over for AV Form A/S' påstand 2, har 12-by-gruppens Indkøbscentral gjort gældende, at der – selvom klagenævnets kendelse stadfæstes helt eller delvist – ikke består den fornødne årsagssammenhæng, da AV Form A/S har valgt ikke at afgive tilbud. Det følger af fast praksis fra klagenævnet og af retspraksis, at erstatning i form af

negativ kontraktinteresse dækker spildte udgifter i forbindelse med tilbudsgivning. Udgifterne til advokatbistand i forbindelse med vurderingen af udbudsbetingelserne og spørgsmål til tilbuddet og sagsøgtes eget timeforbrug i forbindelse hermed udgør ikke erstatningsberettigede udgifter. Disse udgifter må anses for en naturlig del af den arbejdsindsats, der er forbundet med at drive en erhvervsvirksomhed på et område, hvor tilbud til det offentlige løbende afgives. Det interne tidsforbrug er desuden helt udokumenteret, og udgifterne til advokatbistand må anses for dækket af de sagsomkostninger, der er tilkendt i forbindelse med klagesagen. Endelig har AV Form A/S udvist egen skyld eller accept af risiko ved ikke at stille naturlige og relevante spørgsmål til ordregiver om kravene til de obligatoriske varelinjer.

AV Form A/S har til støtte for frifindelsespåstanden over for 12-by-gruppens Indkøbscentrals påstand 1 gjort gældende, at det efter bevisførelsen, herunder navnlig forklaringen fra V2, må lægges til grund, at tilbudslisten er lavet på grundlag af statistiske oplysninger om Holstebro Kommunes køb hos Creativ Company A/S, og at tilbudslistens varelinjer er fremkommet ved en slavisk kopiering af oplysninger fra E-handelssystemet. Alle varelinjerne i tilbudslisten kan således, som klagenævnet også lagde til grund, genfindes i Creativ Company A/S' kataloger i den form og mængde, der fremgår af tilbudslisten. Indholdet af den besvarelse af 9. februar 2011, som Vidne 1 og P2 fra 12-by-gruppens Indkøbscentral afgav under sagens behandling for Klagenævnet for Udbud, er dermed på en lang række punkter ikke korrekt, og det må tilskrives, at man godt vidste, at det var en uholdbar fremgangsmåde, man havde valgt.

Tilbudslisten gav dermed i strid med udbudsdirektivets art. 23, stk. 2, og ligebehandlingsprincippet Creativ Company A/S en ubegrundet konkurrencefordel under udbuddet, og 12-by-gruppens Indkøbscentral gjorde intet for at eliminere den konkurrencefordel, som Creativ Company A/S havde i forhold til øvrige leverandører i kraft af tilbudslistens udformning og det høje antal obligatoriske varelinjer. Den omstændighed, at der kun indkom ét tilbud, viser, at tilbudslisten skabte ubegrundede hindringer for konkurrencen i strid med udbudsdirektivets artikel 23, stk. 2. Det har formodningen mod sig, at ingen andre skulle have ønsket at byde på en af de største kontrakter, der er set på området. AV Form A/S ville have afgivet tilbud, såfremt man havde haft mulighed for at skaffe de produkter, der indgik i tilbudslisten. Det havde man imidlertid ikke. Inden for den fastsatte tidsfrist skulle de bydende således ikke alene finde leverandører til et meget stort antal obligatoriske varelinjer, men også nå at fremskaffe langt over 200 vareprøver. Tilbudslisten indeholdt ube-

stridt varer, som kun Creativ Company på forhånd rådede over, og Creativ Company A/S har også i kraft heraf haft en konkurrencefordel. Det påhviler 12-by-gruppens Indkøbscentral at godtgøre, at konkurrencefordelen har været sagligt begrundet. Denne bevisbyrde er ikke løftet, da man ikke har foretaget en saglig vurdering af ordregivers faktiske behov forud for udarbejdelsen af tilbudslisten, men blot er gået ud fra oplysninger om historiske køb hos Creativ Company A/S.

AV Form A/S har til støtte for frifindelsespåstanden over for sagsøgerens påstand 2 gjort gældende, at Creativ Company A/S havde en stor konkurrencemæssig fordel i kraft af tilbudslistens udformning, da Creativ Company A/S rådede over de udbudte varenumre, og i kraft af at virksomheden gennem sin tidligere stilling som eneleverandør var bekendt med kommunernes indkøbshistorik. Creativ Company A/S havde dermed mulighed for at pris-sætte sit tilbud efter det historiske salg. En sådan konkurrencefordel skal søges udlignet. Dette kan blandt andet ske ved udlevering af relevant informationsmateriale. Det må lægges til grund, at kommunerne var i besiddelse af de relevante oplysninger om omfanget af indkøb hos Creativ Company A/S, uanset at det er oplyst, at dette ikke var tilfældet. Der har ikke været anerkendelsesværdige grunde til ikke at videregive disse oplysninger i forbindelse med udbuddet. Det er derfor i den konkrete situation i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, at der ikke blev oplyst om indkøbshistorikken.

AV Form A/S har til støtte for frifindelsespåstanden over for påstand 3 gjort gældende, at udbudsbetingelserne indebar, at også de obligatoriske varenumre indgik i evalueringen af tilbuddene i relation til "sortimentsbredde". Da manglede tilbud af blot ét obligatorisk varenummer medførte, at et tilbud var ukonditionsmæssigt, var det ikke muligt at evaluere tilbud på obligatoriske varenumre under anvendelse af underkriteriet "sortimentsbredde", og underkriteriet var derfor efter sit indhold ikke egnet til at udpege det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

AV Form A/S har til støtte for frifindelsespåstanden over for påstand 4 gjort gældende, at det er i strid med gennemsigtighedsprincippet, at det ikke af udbudsmaterialet klart fremgik, hvilke afvigelser der ville blive accepteret fra de i tilbudslisten angivne mængder, herunder hvilke afvigelser der ville medføre, at et tilbud ville blive afvist som ukonditionsmæssigt. AV Form A/S stillede under spørgerunden spørgsmål om tilladte afvigelser fra mængdeangivelserne, men kommunerne afviste at oplyse nærmere herom.

AV Form A/S har til støtte for frifindelsespåstanden over for påstand 5 gjort gældende, at det er i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, at det ikke af udbudsmaterialet klart fremgik, om der var adgang til at tage forbehold, og hvilke mindstekrav tilbudsgiverne skulle overholde. Beskrivelsen under punkt 2.13 i udbudsbetingelserne indeholder således indbyrdes modstridende oplysninger om adgangen til at tage forbehold. I udbudsbetingelsernes punkt 2.17, pkt. 2, er endvidere henvist til, at tilbuddene efter egnethedsbedømmelsen ville blive vurderet i forhold til overholdelsen af mindstekrav opstillet under punkt 2.15, og at mindstekravene var udtrykkeligt anført i udbudsbekendtgørelsens afsnit III.2. Både udbudsbetingelsernes punkt 2.15 og udbudsbekendtgørelsens afsnit III.2 indeholder en beskrivelse af de kriterier, der ville blive lagt til grund ved egnethedsbedømmelsen. Det er derimod uklart, hvilke mindstekrav tilbudsgiverne skulle overholde for at afgive konditionsræssige tilbud.

AV Form A/S har til støtte for frifindelsespåstanden over for påstand 6 gjort gældende, at den evalueringsmodel, der er anvendt til evaluering af et tilbuds kvalitet, ikke er egnet til på en gennemsigtig måde at identificere den tilbudsgiver, der samlet set tilbød den bedste kvalitet. De tilbudte produkter ville blive inddelt i en af 3 forskellige kvalitetskategorier (1) hverdagskvalitet, (2) solid kvalitet og (3) kunstner kvalitet. Den tilbudsgiver, der havde flest produkter i kvalitetskategori 3, ville score højest på kvalitet ved tilbudsevalueringen. Derimod ville der ikke blive lagt vægt på produkter i andre kvalitetskategorier. Der er således tale om et kriterium, som var skræddersyet til Creativ Company A/S, der havde flest varer i kunstnerkvalitet.

AV Form A/S har til støtte for frifindelsespåstanden over for påstand 7 og 8 gjort gældende, at klagenævnets afgørelse, herunder om annullering af tildelingsbeslutningen, er korrekt, og at påstand 7 og 8 allerede af den grund ikke skal tages til følge. Der er ikke grundlag for at forstå påstand 8 som en påstand om tilbagebetaling af de sagsomkostninger, der er tilkendt af klagenævnet.

AV Form A/S har til støtte for sin selvstændige påstand 1 gjort gældende, at domstolene har adgang til at bringe en kontrakt til ophør, der er indgået efter et udbud behæftet med væsentlige fejl. Udbuddet i denne sag har været behæftet med sådanne væsentlige fejl og har reelt været et proforma udbud. Dertil kommer, at 12-by-gruppens Indkøbscentral ikke har opfyldt dommen af 5. november 2009 fra Retten i Herning ved blot at opsigte den indgåede kontrakt med Creativ Company A/S for derefter at gennemføre et nyt udbud, der

favoriserede virksomheden. 12-by-gruppens Indkøbscentral har allerede af den grund pligt til at bringe kontrakten til ophør. 12-by-gruppens Indkøbscentral er desuden underlagt legalitetsprincippet og har derfor pligt til at søge en ulovlig beslutning om tildeling af en kontrakt lovliggjort. Dette gælder i hvert fald, når det er fastslået, at den ulovlige tildelingsbeslutning har været behæftet med væsentlige mangler. Også en afvejning af parternes interesser fører til, at kontrakten bør bringes til ophør. Kontrakten er således udbudt med et forbehold om, at den kan bringes til ophør med en måneds varsel, hvis der sker udbudskrænkelser. Der er derfor intet hensyn at tage til Creativ Company A/S, der har budt på kontrakten med kendskab til dette forbehold.

Til støtte for den selvstændige påstand 2 har AV Form A/S gjort gældende, at 12-by-gruppens Indkøbscentral har handlet ansvarspådragende ved de overtrædelser, der er omfattet af påstand 1-6. Overtrædelserne har ført til, at AV Form A/S nyttesløst har afholdt omkostninger i forsøget på at udarbejde et tilbud. Hvis AV Form A/S på forhånd havde vidst, at der under udbuddet i strid med ligebehandlingsprincippet ikke ville blive givet lige adgang til væsentlige oplysninger, havde AV Form A/S ikke involveret sig i udbuddet. Tabet kan opgøres til de omkostninger til advokat og de interne omkostninger, der er afholdt i forsøget på at udarbejde tilbud, og svarer dermed til negativ kontraktinteresse. Arbejdet blev standset, da det under udbuddet blev klart for AV Form A/S, at det på grund af overtrædelserne ikke ville være muligt at afgive et konditionsmæssigt tilbud. AV Form A/S har dermed opfyldt sin tabsbegrænsningspligt. Advokatbistanden vedrører alene tidsrummet frem til kort efter, at den supplerende udbudsbekendtgørelse blev offentliggjort, og dermed ikke advokatarbejde i forbindelse med klagesagen.

### **Landsrettens begrundelse og resultat**

Ad påstand 1.

Landsretten lægger efter den forklaring, der er afgivet af V2, til grund, at de meget detaljerede vareangivelser, der indgår i tilbudslisten i alt 2.869 varelinjer, er fremkommet efter en elektronisk overførsel af varebeskrivelser fra de salgsstatistikker, som Holstebro Kommune havde modtaget fra den hidtidige leverandør Creativ Company A/S, og efter elektronisk overførsel af varebeskrivelser fra fakturering lagret i kommunens E-handelssystem. Tilbudslisten var således – i overensstemmelse med det, som Klagenævnet for Udbud lagde til grund – genereret af vareoplysninger, der stammer fra 12-by-gruppens

hidtidige leverandør på området, Creativ Company A/S, og således at tilbudslisten i det væsentligste fremstår som en gengivelse af Creativ Company A/S' katalog, blot med tilføjelse af et "ca." foran en del af mængdeangivelserne.

Efter bevisførelsen for landsretten lægges det endvidere til grund, at det ville være forbundet med betydelige vanskeligheder for andre tilbudsgivere end Creativ Company A/S inden for fristen for afgivelse af tilbud at fremskaffe de i alt 1.678 obligatoriske varelinjer, og at et tilbud, der ikke indeholdt alle obligatoriske varelinjer, ville være ukonditionsmæssigt.

Uanset at tilbudslisten ikke på alle punkter kan antages have svaret til det aktuelle varesortiment hos Creativ Company A/S på tidspunktet for udbuddets iværksættelse, har Creativ Company A/S i kraft af tilbudslistens udformning med varer, der var kendt fra virksomhedens sortiment, haft en meget betydelig konkurrencefordel i forhold til andre aktører på markedet.

Landsretten finder det på den baggrund godtgjort, at 12-by-gruppens Indkøbscentral har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudsdirektivet artikel 2 og artikel 23, stk. 2. Landsretten bemærker herved, at der ikke er fremkommet oplysninger, der godtgør, at 12-by-gruppens Indkøbscentral har forsøgt at mindske konkurrencefordelen for Creativ Company A/S.

AV Form A/S frifindes derfor for påstand 1.

Ad påstand 2

12-by-gruppens Indkøbscentral har i udbudsbetingelserne anført et estimeret forbrug ud for hver enkelt varelinje, mens der ikke er oplyst om det historiske forbrug. Creativ Company A/S har på grund af tilbudslistens udformning haft en umiddelbar adgang til at inddrage egne detailoplysninger om 12-by-gruppens tidligere indkøb af de enkelte varelinjer ved prissætningen af sit tilbud. Den konkurrencefordel, der er forbundet hermed, er yderligere forstærket ved den høje andel af obligatoriske varenumre i tilbudslisten.

Under disse særlige omstændigheder, og da det efter den forklaring, der er afgivet af V2 om kommunernes modtagelse af salgsstatistikker fra Creativ Company A/S, ikke kan antages at være nogen krævende opgave at tilvejebringe oplysninger om 12-by-

gruppens historiske indkøb hos Creativ Company A/S, tiltræder landsretten, at 12-by-gruppens Indkøbscentral har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved ikke i udbudsbetingelserne at have givet oplysning om købet i den foregående kontrakts løbetid.

AV Form A/S frifindes derfor for påstand 2.

Ad påstand 3.

V2 har forklaret, at der i et tilbud kunne anføres et eller flere varenumre for hver varelinje i tilbudslisten.

Under disse omstændigheder har konkurrencen mellem tilbudsgiverne i forhold til underkriteriet "sortimentsbredde" ikke været begrænset til det antal ikke-obligatoriske varelinjer, der indgik i tilbudslisten. Det har derfor i overensstemmelse med udbudsbetingelserne været muligt at konkurrere på antallet af tilbudte varenumre inden for både de obligatoriske og de ikke-obligatoriske varelinjer.

Underkriteriet "sortimentsbredde" er under de foreliggende omstændigheder egnet til at bidrage til at identificere det mest fordelagtige tilbud. 12-by-gruppens Indkøbscentral har dermed ikke handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 ved at anvende underkriteriet "sortimentsbredde".

Påstand 3 tages derfor til følge.

Ad påstand 4, 5 og 6.

Af de grunde, der er anført af Klagenævnet for Udbud i begrundelsen for afgørelsen vedrørende påstand 4, 5 og 6, og da det, der er fremkommet under landsrettens behandling af sagen, ikke kan føre til et andet resultat, tiltræder landsretten, at 12-by-gruppens Indkøbscentral har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved upræcise angivelser af de accepterede afvigelser fra tilbudslistens mængdeangivelser i udbudsbetingelsernes punkt 2.2 (påstand 4), at 12-by-gruppens Indkøbscentral har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet ved oplysningerne i udbudsbetingelserne punkt 2.13 om adgangen til at tage forbehold og ved oplysningerne om mindstekrav i punkt 2.17 (påstand 5), og at 12-by-gruppens Indkøbscentral har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet.

pet ved at udforme modellen for en evaluering af tilbuddene i relation til underkriteriet "kvalitet" på en måde, der ikke er egnet til at identificere tilbuddet med den bedste kvalitet (påstand 6).

AV Form A/S frifindes derfor for påstand 4, 5 og 6.

Ad påstand 7 og 8.

Landsretten har – ligesom Klagenævnet for Udbud – fundet, at 12-by-gruppens Indkøbscentral har gennemført et udbud, der, jf. påstand 1, 2 og 4, har favoriseret indkøbsfællesskabets hidtidige leverandør i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, ligesom udbuddet er udformet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, jf. påstand 4, 5 og 6.

Af de grunde, som Klagenævnet for Udbud har anført, tiltræder landsretten, at 12-by-gruppens Indkøbscentrals beslutning om at indgå kontrakt med Creativ Company A/S er annulleret af klagenævnet.

Der er efter landsrettens stillingtagen til de påstande, der har været omhandlet af sagen for klagenævnet, ikke grundlag for at ændre klagenævnets omkostningsafgørelse.

AV Form A/S frifindes derfor for påstand 7 og 8.

Ved dom af 9. november 2009 fastslog Retten i Herning, at et antal af de kommuner, der indgik i 12-by-gruppens Indkøbscentral var forpligtet til at søge en tidligere kontrakt mellem 12-by-gruppens Indkøbscentral og Creativ Company A/S bragt til ophør på grund af fejl ved udbuddet, herunder at kontrakten var indgået i stand-still perioden. 12-by-gruppens Indkøbscentral opsagde herefter kontrakten med Creativ Company A/S og iværksatte den udbudsforretning, som nærværende sag drejer sig om. Samtidig indgik 12-by-gruppens Indkøbsfællesskab imidlertid en mundtlig aftale med Creativ Company A/S om køb af firmaets produkter, indtil en ny udbudsforretning havde fundet sted. Herefter foretog 12-by-gruppens Indkøbscentral et nyt udbud, der som oven for fastslået klart favoriserer Creativ Company A/S på en række centrale punkter med den konsekvens, at Creativ Company A/S som eneste tilbudsgiver herefter på ny fik tildelt kontrakten. 12-by-gruppens Indkøbscentral har herved tilsidesat udbudsreglerne på en meget kvalificeret måde.

På denne baggrund tager landsretten sagsøgtes påstand 2 til følge således, at 12-by-gruppens Indkøbscentral indenfor den nedenfor anførte frist og med én måneds varsel skal bringe den kontrakt, der den 8. december 2010 er indgået mellem 12-by-gruppens Indkøbscentral og Creativ Company A/S, til ophør.

Landsretten bemærker herved, at den nye kontrakt med Creativ Company A/S efter indholdet af udbudsmaterialet er indgået med et kontraktligt forbehold om, at en indgået kontrakt kan ophæves af ordregiver med et varsel på en måned, hvis tildelingen af kontrakten bliver underkendt.

AV Form A/S har påstået 12-by-gruppens Indkøbscentral dømt til at betale erstatning svarende til negativ kontraktinteresse. Kravet vedrører efter det oplyste virksomhedens interne tidsforbrug med indledende gennemgang af udbudsmateriale, spørgsmål, forberedende arbejde med tilbudslisten og udkast til tilbud samt en udgift til advokatbistand afholdt i forbindelse hermed.

AV Form A/S har ikke afgivet tilbud. Der er under disse omstændigheder ikke grundlag for at yde erstatning i anledning af et afholdt tidsforbrug eller for udgiften til advokatbistand. Arbejdet ligger således inden for rammerne af det arbejde, der er forbundet med en sædvanlig drift af en virksomhed af den omhandlede type. Den omstændighed, at virksomheden har valgt at søge ekstern bistand, kan ikke føre til et andet resultat.

12-by-gruppens Indkøbscentral frifindes derfor for AV Form A/S' påstand 2.

Efter sagens udfald sammenholdt med parternes påstande skal 12-by-gruppens Indkøbscentral betale sagsomkostninger til AV Form A/S med i alt 106.300 kr. Beløbet omfatter 6.300 kr. til retsafgift i forhold til den økonomiske værdi af den selvstændige påstand 1, der er nedlagt af AV Form A/S, og 100.000 kr. til advokatbistand. Landsretten har ved fastsættelsen af beløbet lagt vægt på det oplyste om sagens værdi og på sagens karakter og omfang.

Thi kendes for ret:

AV Form A/S skal anerkende, at 12-by-gruppens Indkøbscentral v/Svendborg Kommune

ikke har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 ved at anvende underkriteriet ”sortimentsbredde”.

AV Form A/S frifindes i øvrigt.

12-by-gruppens Indkøbscentral v/Svendborg Kommune skal inden 8 uger med én måneds varsel bringe den kontrakt, der den 8. december 2010 er indgået mellem 12-by-gruppens Indkøbscentral v/Svendborg Kommune og Creativ Company A/S, til ophør.

12-by-gruppens Indkøbscentral v/Svendborg Kommune skal betale sagens omkostninger til AV Form A/S med 106.300 kr.

Det idømte skal betales inden 14 dage.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

Mogens Heinsen

Ida Skouvig

V. Kahr Rasmussen

(kst.)