

K E N D E L S E

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

mod

Jysk Fællesindkøb ved Skive Kommune m.fl.  
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 075-177389 af 12. april 2019 udbød Jysk Fællesindkøb for Skive Kommune samt 7 andre kommuner som offentligt udbud en rammeaftale med en leverandør om levering af legetøj til kommunerne.

Udbudsbetingelserne blev udsendt i april 2019, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 29. maj 2019 havde bl.a. AV Form A/S (AV Form) og Nikostine ApS (Nikostine) afgivet tilbud. Den 11. juni 2019 besluttede Jysk Fællesindkøb at indgå kontrakt med Nikostine.

AV Form anmodede den 12. juni 2019 om aktindsigt i tilbuddet fra Nikostine. Efter at parterne havde korresponderet om aktindsigt, klagede AV Form til klagenævnet over, at der ikke blev meddelt aktindsigt i tilbudslisten. Ved en fejl blev den af Nikostine udfyldte tilbudsliste fremsendt til AV Form, der tilbagekaldte klagen over afgørelsen om aktindsigt.

Den 16. august 2019 indgav AV Form klage til Klagenævnet for Udbud over Jysk Fællesindkøb. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

AV Form har nedlagt følgende påstande:

### ”Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, Jysk Fællesindkøb har handlet i strid med udbudslovens § 2 ved at tildele den udbudte rammeaftale til Nikostine, idet Nikostine i sit tilbud havde taget forbehold for grundlæggende elementer i udbuddet.

### Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Jysk Fællesindkøb har handlet i strid med udbudslovens § 2 ved ikke klart at definere, hvad der i den i rammeaftalens pkt. 7.2 forstås ved en ”særlig kampagnepris”.

### Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Jysk Fællesindkøb har handlet i strid med udbudslovens § 2 ved at tildele den udbudte rammeaftale til Nikostine, idet Nikostines tilbud som følge af afvigelser fra Jysk Fællesindkøbs kravspecifikation var ukonditionsmæssigt.

### Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at den af Jysk Fællesindkøb anvendte udbudsmodel, hvorefter i) tildelingskriteriet ”pris” evalueres på grundlag af tilbudsgivernes offentlige tilgængelige priser for de udbudte varer med fradrag af en tilbudt rabatsats, men hvor ii) tilbudsgivernes offentlige tilgængelige priser frit kan hæves efter tilbudsfristen og efter rammeaftalens ikrafttræden, er i strid med udbudslovens § 2.

### Påstand 5

Klagenævnet skal annullere Jysk Fællesindkøbs beslutning af 11. juni 2019 om at tildele rammeaftalen til Nikostine.

### Påstand 6

Klagenævnet skal i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 14a i en ikke bindende foreløbig udtalelse konstatere, at der ikke foreligger særlige forhold, der tilsiger, at rammeaftalen videreføres, jf. udbudslovens § 185, stk. 2.”

Klageren har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

### Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelserne er blandt andet anført følgende:

”9. tildelingskriterium

Rammeaftalen vil blive tildelt den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Ordregiver identificerer det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet pris. Tilbuddet med den laveste samlede tilbudssum udpeges som vinderen af udbuddet.

...

## 12. Tilbudsevaluering

Efter tilbudsfristens udløb evalueres på følgende punkter:

### 12.1 Tildelingskriterium

Tilbud evalueres på baggrund af tildelingskriteriet, jf. pkt. 9, og på denne baggrund træffes beslutning om tildeling af rammeaftalen.

Evaluering af pris sker på baggrund af den evalueringstekniske pris ”samlede tilbudssum”, som ordregiver beregner ved at addere alle værdier i kolonne P ”Tilbudssum” på bilag 3 tilbudsliste.

...

Tilbuddet skal dække alle krav i udbudsmaterialet og alle ydelser tilbudt af tilbudsgiver.

Alle de tilbudte priser inden for hver produktgruppe skal være funderet i samme beregningsmodel og skal fremgå som en procentvis afvigelse fra den offentlige tilgængelige prisliste gældende på tidspunktet for afgivelse af tilbud. Rabatsatsen for hver produktgruppe skal være ens for alle produkter i produktgruppen.

Tilbudsgivers offentlige tilgængelige prisliste skal i hele rammeaftalens løbetid være tilgængelig for ordregiver via tilbudsgivers hjemmeside eller webshop (uden login). Tilbudsgiver skal på bilag 3 tilbudsliste bekræfte, at tilbuddet er baseret på tilbudsgivers offentligt tilgængelige prisliste, der er offentligt tilgængelig for ordregiver via tilbudsgivers hjemmeside eller webshop (uden login). Prislisten skal være baseret på markedsudviklingen, gælde for offentlige og private virksomheder og være fastsat uafhængigt af denne rammeaftale.

Rabatsatsen for hver produktgruppe er fast i hele rammeaftalens løbetid, og når ordregiver ønsker at købe et produkt der er listet på tilbudslisten eller produkter, der ikke er oplyst direkte på tilbudslisten, men som naturligt hører ind under en af de oplyste produktgrupper på tilbudslisten skal tilbudsgiver sælge det ønskede produkt til den offentligt tilgængelige pris fratrukket den tilbudte rabatsats for den aktuelle produktgruppe. Ordregiver skal således altid kunne købe produkterne til den offentlige tilgængelige pris fratrukket den i tilbuddet angivne rabatsats for produktgruppen.

...

Det er et krav, at tilbudsgiver udfylder minimum 95% af de kravspecifiserede produktlinjer på tilbudslisten korrekt, samt at der gives tilbud på mindst en produktlinje pr. produktgruppe for at tilbuddet anses for konditionsmæssigt. ...

...

Offentligt udbud af varer – Rammeaftale

...

3. Aftaleperiode

Den udbudte rammeaftale har en løbetid på 48 måneder. ...

...

7. Priser og prisregulering

7.1 Priser

For bestillinger foretaget i henhold til rammeaftalen gælder de i leverandørens tilbud af ... angivne enhedspriser samt de tilbudte rabatsatser på leverandørens produkter, der naturligt hører ind under de nævnte produktgrupper.

Leverandørens offentlige tilgængelige prisliste skal i hele rammeaftalens løbetid være tilgængelig for ordregiver elektronisk via leverandørens hjemmeside (uden logind). Prislisten skal være baseret på markedsudviklingen, gælde for offentlige og private virksomheder og være fastsat uafhængigt af denne rammeaftale.

Rabatsatsen for hver produktgruppe er fast i hele rammeaftalens løbetid, og når ordregiver ønsker at købe et produkt, der er listet på tilbudslisten eller produkter, der ikke er oplyst direkte på tilbudslisten, men som naturligt hører ind under en af de oplyste produktgrupper på tilbudslisten skal leverandøren sælge det ønskede produkt til den offentlige tilgængelige pris fra trukket den tilbudte rabatsats for den aktuelle produktgruppe. Ordregiver skal således altid kunne købe produkterne til den offentlige tilgængelige pris fratrukket den i tilbuddet angivne rabatsats for produktgruppen.

...

Såfremt leverandøren har en særlig kampagnepris, som er lavere end prisen efter denne rammeaftale, skal kampagneprisen automatisk være gældende.

...

7.2 Prisregulering

I rammeaftalens løbetid skal prisregulering ske i takt med, at leverandørens offentlige tilgængelige prisliste reguleres dog kan der maksimalt ske

en regulering hvert kvartal. Ordregiver skal således altid kunne købe produkterne til den offentlige tilgængelige pris fratrukket den i tilbuddet angivne rabatsats for produktgruppen.

...

Ved den offentlige tilgængelige prisliste forstås leverandørens offentlige tilgængelige prisliste som er tilgængelig for ordregiver elektronisk via leverandørens hjemmeside (uden login). Prislisten skal være baseret på markedsudviklingen og gælde for offentlige og private virksomheder og være fastsat uafhængigt af denne rammeaftale.

Prisregulering sker på leverandørens foranledning ved meddelelse af den procentvise regulering, der ønskes foretaget. Såfremt prisreguleringen vedrører lovgivningsmæssigt fastsatte afgiftsændringer, skal dokumentation for afgiftsændringerne fremsendes. Prisreguleringer skal meddeles ordregiver senest 30 dage før ikrafttræden.

Varsel om prisreguleringer skal sendes til ...

Sammen med varslet skal sendes en opdateret prisliste i Excel-format. Prisreguleringer er desuden betinget af, at leverandøren senest 10 dage inden ændringernes ikrafttræden fremsender et opdateret elektronisk varekatalog med regulerede priser.

Ordregiver skal senest 20 dage inden prisreguleringens ikrafttræden meddele om prisreguleringen kan accepteres.

...”

Tilbudsliste var opdelt i 525 varelinjer med kravspecifikation og var opdelt på et større antal produktgrupper. I tilbuddet skulle tilbudsgiverne kun indsætte deres varenummer for de tilbudte varer og den offentligt tilgængelige pris samt rabatsatser for de enkelte produktgrupper.

Tilbudslisten indeholdt instruks om, at tilbudsgiverne skulle bekræfte, at tilbuddet var baseret på tilbudsgivernes offentlige tilgængelige prisliste (uden login), ligesom tilbudsgiverne skulle bekræfte at leve op til samtlige krav i tilbudslisten. Hvis ikke tilbudsgiverne bekræftede dette, ville deres tilbud være ukonditionsmæssige.

Der blev under udbuddet stillet nogle spørgsmål, herunder følgende:

”Afvigelse på antal dele i kolonne C: Jf. indkomne spørgsmål og svar har vi brug for en præcisering fra ordregivers side.

Vi har brug for at få specificeret til hvilken grad det accepteres fra ordregivers side, at angivne antal dele og lignende i tilbudslistens kolonne C afviger fra det oprindeligt angivne? Kan det evt. være +/- en procentsats? Denne præcisering er nødvendig for vores tilbudsgivning på dette udbud.”

Jysk Fællesindkøb svarede: ”Der accepteres ingen afvigelser i kolonne C.”

Der blev ifølge Jysk Fællesindkøbs tildelingsbeslutning af 11. juni 2019 med ledsagende evalueringsnotat afgivet fire tilbud under udbuddet, hvoraf Nikostines tilbud havde laveste evalueringstekniske pris med 1.543.246,27 kr. AV Form havde afgivet tilbuddet med den næstlaveste evalueringstekniske pris på 1.928.719,10 kr.

AV Form fik den 22. juni 2019 aktindsigt i en ekstraheret version af Nikostines tilbuds-brev, hvor følgende fremgår:

”Tilbudsliste Bilag 3, er udfyldt med ... rabat på ALLE varer. Rabatten fratrækkes vores almindelige priser, vist i kataloger og på vores hjemmeside. Vores hjemmeside opdateres løbende ved alle ændringer, og må derfor betragtes som vores offentlige tilgængelige prisliste.

Rabatten gælder på normale listepreiser fra hjemmesiden, og dermed ikke på nettopreiser og lejlighedsvisse tilbudspriser, med mindre tilbudsprisen er under ..., så rundes rabatten op til de ... for Jer.

Har vi tilbuds- eller kampagnepriser som har mere end ... rabat, tilbydes disse også til Jer.”

Den 24. juni 2019 klagede AV Form til Jysk Fællesindkøb over blandt andet, at der ikke var blevet givet aktindsigt i varenumre. Den 2. juli 2019 afviste Jysk Fællesindkøb at ændre tildelingsbeslutningen, idet kommunen efter gennemgang af Nikostines tilbudsliste konstaterede, at Nikostine ikke tilbød kampagnepriser, som hævdede af AV Form, og ikke havde taget forbehold for grundlæggende dele af udbudsmaterialet. Endeligt anførtes, at det efter rammeaftalens afsnit 7.1 var muligt for Nikostine på nogle varer i kortvarige perioder at have to priser. AV Form klagede herefter til klagenævnet over den manglende aktindsigt.

AV Form gennemgik tilbudslisten og gjorde nu overfor Jysk Fællesindkøb gældende, at ca. 54 af de af Nikostine tilbudte varenumre ikke opfyldte kravene i udbudsmaterialet.

AV Form gjorde endvidere gældende, at der i Nikostines tilbud var inkluderet i hvert fald 4 varenumre, hvor der på Nikostines hjemmeside fandtes to priser, en normalpris og en tilbudspris. Nikostine havde i tilbuddet anført normalprisen (og altså ydet rabat på denne), mens Nikostine ikke anførte den lavere tilbudspris. På hjemmesiden fremgår vedrørende varenummer 57, at nogle dukker koster 66 kr., men at de er på tilbud til 48 kr., at varenummer 356, en gulvrobot, koster 4.998 kr., men at den er på tilbud til 2.499 kr., at varenummer 515, et stige golfsæt, koster 399 kr., men at det er på tilbud til 299 kr., og at varenummer 517, et dåsekast med 10 dåser, koster 199 kr., men at det er på tilbud til 109 kr.

AV Form gjorde endelig gældende, at der på Nikostines hjemmeside i forbindelse med prissætning flere steder var anvendt udtrykket ”nettopris”, og at udtrykket anvendes både i tilfælde, hvor der tilsyneladende blot er tale om en helt sædvanlig, offentlig pris, og i tilfælde, hvor ”nettoprisen” synes at være udtryk for en form for rabatteret pris ved køb af flere stk. samtidig (altså en form for mængderabat). AV Form indgav herefter den 16. august 2019 klage til klagenævnet.

Jysk Fællesindkøb har for Nikostine forelagt de 54 varenumre, som AV Form hævder ikke opfylder kravene i udbudsmaterialet. Jysk Fællesindkøb har undersøgt konditionsmæssigheden og konstateret, at for 15 af de tilbudte varer kan denne diskuteres i større eller mindre grad.

AV Form har fastholdt, at yderligere 17 varer er ukonditionsmæssige og har anført numrene på disse i sit processkrift og heri henvist til parternes argumentation i bilaget, hvorefter 32 varer er ukonditionsmæssige. Af bilaget fremgår blandt andet, hvorfor AV Form mener, produktet er ukonditionsmæssigt, og hvorfor Jysk Fællesindkøb mener, produktet er konditionsmæssigt. (Nedenfor refereres først ”Pos. nr.” og ”Produktgruppe”, derefter i citat AV Forms bemærkninger og sidst i citat Jysk Fællesindkøbs bemærkninger:

”10. og 29. Småbørnsleg ”Godkendt fra 3år + hvilket ikke kan defineres som småbørnsleg” ”*Det er ikke defineret i udbudsmaterialet, hvad der forstås ved ”småbørnsleg”, og det kan ikke på den baggrund udledes, at der skulle være sigtet til en specifik alder. Dette understøttes af at det for andre vare er eksplicit angivet, hvilken aldersgruppe, der skal være tale om, jf. ...*”

*Idet pos. 10 ikke indeholder et specifikt krav til aldersgruppen, indeholder det tilbudte produkt heller ikke et forbehold.*

30. Småbørnsleg ”Bilbane og ikke en kuglebane” ”*Det afgørende karakteristika ved en kuglebane er kædereaktionen når banen aktivere.*

*Det er derimod ikke afgørende, om "aktivatoren" er udformet som en kugle, en bil eller noget helt tredje. Det forhold, at kuglebanen aktiveres med en bil indebærer dermed heller ikke, at der ikke er tilbudt en kuglebane."*

34. Rutsjebane "Længden afviger med mere end 10%" "Længden på en rutsjebane må naturligt forstås som længden på selve rutsjebanen. Rutsjebanen lever på dette punkt op til kravet."

75. Klapvogn "Hjulene er gummibelagte og dermed IKKE gummihjul" "Der kan ikke om kravet om gummihjul udledes et krav om, at hjulene udelukkende skal være af gummi. Det er således tilstrækkeligt, at hjulene er gummibelagte. Tilbuddet lever dermed op til kravene."

89. Tøjdyr "Størrelsen afviger med mere end 10% Kun 13 cm." "Tøjdyret måler 20 cm. Fra arm til arm og lever dermed op til kravene."

101. Køkkentilbehør "8 dele" "Kravet om antal dele må opfattes som et mindstekrav, der dermed overopfyldes ved et tilbud om flere dele. Hvis der ikke ønskes så mange dele som tilbudt kan tilbuddet således utvivlsomt omkostningsfrit reduceres. Tilbuddet lever dermed op til kravene."

118. Madvarer "Billedet viser 18 dele" "Specifikationen for den tilbudte vare angiver 15 dele. Uanset vil en overopfyldelse med en ekstra del ikke gøre tilbuddet ukonditionsmæssigt jf. pos 101, hvortil der henvises. Tilbuddet lever dermed op til kravene."

120. Madvarer "Kurven er i flet og der er i alt 6 dele" "Der er tilbudt et sæt med 5 stykker brød, og kravet der dermed opfyldt. Uanset vil en overopfyldelse med en ekstra del ikke gøre tilbuddet ukonditionsmæssigt, jf. pos. 101, hvortil der henvises. Tilbuddet lever dermed op til kravene."

357. Indlæring "Der er ikke rigtige motiver man kan flytte rundt med..." "Det afgørende karakteristika ved en legevæg er de motoriske færdigheder der kan trænes med vægge. Det fremgår endvidere ikke som et krav, at det skal være motiver, idet der angives "eller tilsvarende". Kravene er dermed opfyldt."

360. Sans- og motoriklegetøj "Ophæng medfølger ikke, det kan/skal tilkøbes" "det bemærkes, at AV Form har tilbudt præcis samme varenummer som Nikostine."

361. Sans- og motoriklegetøj "Måler kun 90/90 samlet." "Det medgives at det tilbudte produkt ikke lever op til målkravene."

372. Sans- og motoriklegetøj "Bolden har kun et håndtag" "Produktet har to håndtag at holde fast i, og den eneste forskel i forhold til AV Form-tilbudte produkt er den "vandrette forbindelse" mellem de to håndtag. Tilbuddet lever dermed op til kravene."

410. Båludstyr "Størrelsen afviger mere end 10%" "Kravet om en vis volumen må opfattes som et mindstekrav der dermed overopfyldes ved et tilbud med en større volumen. Tilbuddet lever dermed op til kravene"

427. Naturleg "Rumfang 24,7 L" "Der er ikke angivet rumfang for rygsækken. Tilbudsgiver har ved test fyldt rygsække med præcist 15 liter. Kravene er dermed opfyldt."

458. Vandlegetøj "Der er kun 17 dele" "I henhold til specifikationen er der 18 dele og kravene er dermed opfyldt.

*Det bemærkes desuden at AV Form har tilbudt samme produkt."*



500 Udeleg/spil ”Materialet er angivet til at være nylon” ”Nylon er et plastmateriale, og kravet er dermed opfyldt.”

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

AV Form har gjort gældende, at formuleringen: ”Rabatten gælder på normale listepriiser fra hjemmesiden, og dermed ikke på nettopriiser og lejlighedsvis tilbudspriiser” er et forbehold over for et grundlæggende element i udbuddet, idet det er et forbehold over for rammeaftalens pkt. 7.1, 3. afsnit.

Forbeholdet betyder, at Nikostine i forbindelse med opfyldelse af rammeaftalen ikke vil være forpligtet til at yde rabat på de offentligt tilgængelige priiser, hvis blot disse på Nikostines hjemmeside er benævnt ”tilbudspriiser” eller ”nettopriiser”.

Ved overvejelser om prissætningen, herunder særlig størrelsen af rabatsatsen på de enkelte produktgrupper, var tilbudsgiverne nødt til at tage højde for risikoen forbundet med, at nedsættelser af de offentligt tilgængelige priiser i hele rammeaftalens løbetid på op til 4 år ville resultere i, at priiserne til Jysk Fællesindkøb skulle reduceres tilsvarende. Hvis en tilbudsgiver prissatte en vare (offentlig tilgængelig pris minus rabat) med et lille dækningsbidrag, kunne en efterfølgende nedsættelse af listepriisen resultere i, at salget blev tabsgivende.

Hvis f.eks. en tilbudsgiver for en given vare havde en indkøbspris på 50 kr., en listepriis på 100 kr. og en tilbudt rabatsats på 40 %, ville salgspriisen til Jysk Fællesindkøb være 60 kr. svarende til et dækningsbidrag på 10 kr. Hvis tilbudsgiveren som følge af markedsudviklingen senere ville være nødsaget til at nedsætte listepriisen på varen til 80 kr., ville salgspriisen til Jysk Fællesindkøb være 80 kr. minus 40 %, svarende til 48 kr. – altså nu tabsgivende.

Denne risiko betød, at en tilbudsgiver nødvendigvis måtte være forsigtig med rabatgivning, idet der på en tidshorisont på op til 4 år kan være behov for gentagne prisreguleringer, der altså kan have alvorlige konsekvenser i form af tab ved salg til kommunerne.

Ved at tage forbeholdet frigjorde Nikostine sig for denne risiko. Forbeholdet er ikke begrænset til situationer, hvor ”tilbudspriisen” eller ”nettopriisen” er

udtryk for kortvarige prisreduktioner. For så vidt angår ”nettopriser” gælder forbeholdet for enhver vare, der er prissat med en ”nettopris” – uanset varigheden af denne prissætning. For så vidt angår ”tilbudspriser” anføres i forbeholdet, at der ikke ydes rabatter på ”lejlighedsvisse” tilbudspriser, men rækkevidden af ”lejlighedsvisse” er uklar, herunder om der henvises til den tidsmæssige udstrækning af tilbud, eller om der henvises til antallet af varer på tilbud.

AV Form er ikke enig i Jysk Fællesindkøbs forståelse af rammeaftalens pkt. 7.1. Ifølge denne bestemmelse er prisen på rammeaftalen ”... den offentlige tilgængelige pris fratrukket den i tilbuddet angivne rabatsats...”, jf. 3. afsnit. Det anføres, at hvis ”... leverandøren har en særlig kampagnepris, som er lavere end prisen efter denne rammeaftale, skal kampagneprisen automatisk være gældende...”. Efter sammenhængen må formuleringen dække over tilfælde, hvor en leverandør har ikke-offentliggjorte kampagner (der i tid må være meget kortvarige for at være en kampagne), idet en offentlig kampagnepris vil være omfattet af formuleringen ”... den offentlige tilgængelige pris...”, jf. pkt. 7.1, 3. afsnit. Hvis der med formuleringen om kampagnepriser er søgt åbnet for adgang til at operere med 2 forskellige offentlige priser, fremgår dette så uklart, at det ville være i strid med gennemsigtighedsprincippet, herunder fordi begrebet ”kampagnepriser” ikke er nærmere defineret nogetsteds. AV Form har endeligt bestridt, at ”den offentlige tilgængelige prisliste” og ”normalprisen” er det samme.

Ved vurderingen af, om forbeholdet udgør en fravigelse fra (og derfor et forbehold for) rammeaftalens pkt. 7.1, må der lægges vægt på, at Nikostine bærer risikoen for, at en formulering i tilbuddet er uklar, og at den kan forstås som et forbehold.

Hvis Nikostine ønskede at henholde sig fuldt og helt til den udbudte rammeaftales pkt. 7.1, kunne Nikostine havde undladt at skrive noget i tilbuds-brevet. Nikostine valgte i tilbuds-brevet at anvende en anden terminologi og andre begreber end i rammeaftalens pkt. 7.1, og virksomheden er derfor nærmest til at bære konsekvensen af, at det anførte må forstås som en fravigelse fra udbudsmaterialet.

Det kan ikke tillægges betydning, at formuleringen ikke er benævnt ”forbehold” eller i øvrigt klart angiver at tilsigte en fravigelse fra udbudsmaterialet. Jysk Fællesindkøb havde under alle omstændigheder pligt til at forholde sig til, om der var tale om en fravigelse, og i så fald beslutte, hvad konsekvensen

burde være jf. eksempelvis klagenævnets kendelse af 26. november 2004, E. Pihl & Søn mod Direktoratet for Kriminalforsorgen.

Der blev taget et forbehold med helt konkret betydning for Nikostines prissætning under udbuddet, og det har en sandsynlig konsekvens for prissætningen efter udbuddet. Nikostine afviste at yde rabat på i hvert fald 4 offentligt tilgængelige priser. En række af Nikostines varer er prissat med ”nettopriser”, hvorfor der ikke skulle gives rabat. Dette bekræfter, at Nikostine også efter rammeaftalens ikrafttræden vil operere med flere forskellige offentlige priser og kun rabattere den højeste pris.

Jysk Fællesindkøb søger i brevet af 14. august 2019 at fortolke på forbeholdet, men brevet viser derved netop, hvorfor formuleringen i tilbudsbrevet med dens uklare rækkevidde var et forbehold. Det anføres således i brevet, at ”...”Nettopriser” er desuden udtryk for indkøbsprisen...”, og at Nikostine derfor alene har ment, at der ikke ville blive ydet rabat på indkøbspriser. Dette kan ikke lægges til grund. Dels fremgår det ingen steder i forbeholdet, at ”nettopriser” svarer til indkøbspriser, dels anvendes begrebet ”nettopriser” flere steder på Nikostines hjemmeside som en helt sædvanlig, offentlig tilgængelig salgspris.

I brevet anføres også: ”Denne vurdering ændres ikke af, at Nikostine på sin hjemmeside ligeledes benytter begrebet ”nettoprisen”, idet dette begreb er udtryk for erhververen af Nikostines produkters nettopris – og ikke Nikostines nettopris, som bemærkningen i tilbudsbrevet efter sin naturlige forståelse relaterer sig til.”

AV Form har bestridt, at en nettopris er et entydigt begreb, der dækker pris fratrukket omkostninger. Nikostine anfører ikke selv, hvad en nettopris er, og visse steder på hjemmesiden anvendes nettopris som en helt almindelig offentlig tilgængelig salgspris.

At forbeholdet vedrører grundlæggende elementer i udbuddet forekommer klart al den stund, at forbeholdet vedrører priser i et udbud, hvor tildelingskriteriet er ”pris”. Hertil kommer, at det ikke er muligt at prissætte forbeholdet. Der er tale om et element i udbuddet, der har været væsentligt for andre tilbudsgiveres prissætning, og dermed for konkurrencen under udbuddet. Dette forhold er i sig selv så væsentligt, at det er tilstrækkeligt til, at klagenævnet bør annullere beslutningen om at tildele rammeaftalen til Nikostine.

Jysk Fællesindkøb anfører i et brev af 2. juli 2019, at det ikke var i strid med udbudsmaterialet, hvis Nikostine ”på nogle varer i kortvarige perioder har 2 priser. Dette er muligt i henhold til rammeaftalens pkt. 7.1 priser”.

AV Form er ikke enig i denne forståelse af rammeaftalens pkt. 7.1. Ifølge denne bestemmelse er prisen på rammeaftalen ”den offentlige tilgængelige pris fratrukket den i tilbuddet angivne rabatsats”, jf. 3. afsnit. Det anføres sidst i bestemmelsen, at hvis ”leverandøren har en særlig kampagnepris, som er lavere end prisen efter denne rammeaftale, skal kampagneprisen automatisk være gældende...”

Efter sammenhængen må formuleringen dække over tilfælde, hvor en leverandør har ikke-offentliggjorte kampagner (der i tid må være meget kortvarige for at være en kampagne), idet en offentlig kampagnepris vil være omfattet af formuleringen ”den offentlige tilgængelige pris”, jf. pkt. 7.1, 3. afsnit. Hvis der med formuleringen om kampagnepriser er søgt åbnet for adgang til at operere med 2 forskellige, offentlige priser, fremgår dette så uklart, at det i sig selv ville være i strid med gennemsigtighedsprincippet – herunder fordi begrebet ”kampagnepriser” ikke er nærmere defineret nogetsteds. AV Form har endelig bestridt, at ”den offentlige tilgængelige prisliste” og normalprisen er det samme.

Ved vurderingen af, om forbeholdet udgør en fravigelse fra og derfor et forbehold for rammeaftalens pkt. 7.1, må der tages det udgangspunkt, at Nikostine bærer risikoen for, at en formulering i tilbuddet er uklar, og herunder at det må forstås som et forbehold. Nikostine burde således ikke have været tildelt rammeaftalen.

Jysk Fællesindkøb har bestridt, at Nikostine ved at have skrevet, at den tilbudte rabatsats ikke gælder for kampagnepriser og nettopriser, har taget forbehold for grundlæggende elementer i udbuddet.

Det er i udbudsmaterialet angivet, at den tilbudte rabatsats skal gives i forhold til normalprisen på varen, som er tilgængelig på hjemmesiden. Udbudsmaterialet indeholder ikke krav om, at de tilbudte rabatter skal omfatte tilbudspriser. Nikostine bekræftede dette i sit tilbuds-brev af 22. juni 2019.

Nikostines tilbud lever op til kravet om, at rabatsatsen skal gives i forhold til normalprisen, hvilket virksomheden bekræftede.

Det fremgår udtrykkeligt af kontrakten, at eventuelle ”kampagnepriser”, er forskellige fra ”prisen på rammeaftalen”. Hvis kontrakten skulle fortolkes sådan, at der skulle ydes en rabat også på kampagnepriser, ville denne bestemmelse i kontrakten være meningsløs, idet kampagneprisen fratrukket rabat i så fald altid ville være lavere end ”prisen efter rammeaftalen”. Jysk Fællesindkøb har endelig bestridt, at der med kontraktens henvisning til ”kampagnepriser” sigtes til ikke-offentliggjorte kampagner.

AV Forms synspunkt, hvorefter der skal beregnes en rabat på den laveste offentligt tilgængelige pris, og dermed også lejlighedsvis tilbudspriser, fremstår i det hele som en efterrationalisering. Prismodellen i den udbudte aftale svarer således nøjagtig til prismodellen på Jysk Fællesindkøbs eksisterende aftale, der er indgået med AV Form, og under denne aftale beregnes rabatsatserne i henhold til normalprisen og ikke de lejlighedsvis tilbudspriser. Det forhold, at der i den aftale anvendes udtrykket ”tilbuds- og kampagnepriser” er uden betydning, idet udtrykket betyder det samme som ”kampagnepriser”.

Jysk Fællesindkøb har bestridt, at AV Forms bemærkninger i relation til udbudsmodellens incitament for prissætningen er relevante for vurderingen af Nikostines påståede forbehold.

Det, AV Form anfører vedrørende tilbudsgivernes overvejelser omkring prissætningen, herunder risikoen for den generelle markedsudvikling og potentielt faldende dækningsbidrag, er således helt uafhængig af, om tilbudsgiveren har tænkt sig løbende at komme med særlige tilbud på de enkelte varer. Dette ukendskab til den fremtidige prisudvikling er derimod blot et generelt vilkår, der gælder for alle tilbudsgivere, og som også ligger uden for Jysk Fællesindkøbs kontrol. Det er derfor heller ikke korrekt, når AV Form anfører, at Nikostine har (eller kan) frigøre sig for denne risiko for den generelle markedsudvikling ved – i overensstemmelse med kontrakten – at friholde sine tilbudspriser fra rabatsatsen.

Leverandøren er altid forpligtet til at sælge til Jysk Fællesindkøb til den aktuelle billigste pris, uanset om denne pris udgøres af listepriisen fratrukket rabatsatsen eller den aktuelle kampagnepris. Denne forpligtelse til at sælge til den laveste af de to alternative priser gælder selvsagt også uafhængig af, hvilket dækningsbidrag leverandøren har på salget.

Det regneeksempel, som AV Form opstiller, og som angiveligt skulle illustrere, hvordan Nikostine kan frigøre sig i forhold til generelle fald i markedsprisen, er forfejlet. Hvis Nikostine i en kampagne har nedsat en vare fra 100 kr. til 80 kr., men samtidig har tilbudt en generel rabatsats på 40 %, vil Nikostine fortsat være forpligtet af sin listepriis på 100 kr. fratrukket rabatten på 40 kr. Nikostine "reddes" derved ikke af sin kampagnepris. Samme forpligtelse til at sælge til den generelle listepriis fratrukket rabatsatsen gør sig selvsagt også gældende, uanset om listepriisen (som følge af den generelle markedsudvikling) måtte være nedsat til 80 kr., og Nikostine vil derfor også i denne situation være forpligtet til at sælge til de tabsgivende 48 kr.

AV Form omtaler og behandler i denne sammenhæng også Nikostines angivelse af, at der ikke ydes rabat på nettopriser, som om Nikostines nettopriser udgør en form for tidsubegrænset tilbudspris. Dette er imidlertid ikke realiteten. En nettopriis er et entydigt begreb, der dækker en priis fratrukket omkostninger, det vil sige svarende til Nikostines indkøbspriis.

Idet Nikostine ikke efter udbudsmaterialet har været forpligtet til i nogen sammenhænge at yde en rabat i forhold til Nikostines nettopriser, hverken kan eller må Jysk Fællesindkøb anse denne angivelse som udgørende et forbehold.

Det forhold, at Nikostine også anvender begrebet "nettopriis" på sin hjemmeside, ændrer ikke herpå. I denne sammenhæng udtrykker priisen således blot erhververens købspriis for det pågældende produkt uden omkostninger til fx fragt mv. Dette stemmer således med udbudsmaterialets terminologi, hvor der i henhold til kontraktens punkt 11 skal ske fakturering i "nettopriser", der her netop defineres som de aftalte priiser i henhold til leverandørens e-katalog. Samtlige priiser på Nikostines hjemmeside udgør således – uanset om dette var udtrykkeligt angivet eller ej og uanset Nikostines inkonsekvente notering heraf – nettopriser. Angivelse af, at priiserne på Nikostines hjemmeside er udtryk for nettopriser, ændrer således heller ikke på, at disse priiser udgør den offentlige tilgængelige priis, i forhold til hvilken Nikostine er forpligtet til at yde den tilbudte rabatsats. Det er dermed heller ikke korrekt, når AV Form anfører, at der ikke gives rabat, når det på Nikostines hjemmeside er angivet, at der er tale om en nettopriis.

Dertil kommer, at det forud for kontraktindgåelsen blev bekræftet af Nikostine, at deres tilbud er baseret på deres offentligt tilgængelige prisliste,

som den fremgår af hjemmesiden, og at Nikostines formulering af det påståede forbehold blot er en standardformulering hos Nikostine, der sigter til at bekræfte dette.

AV Forms bemærkninger i relation til den tidsmæssige udstrækning af eventuelle tilbudspriser bliver på denne baggrund derved også irrelevante, idet disse bemærkninger synes at knytte sig til den forfejlede forståelse af begrebet ”nettopris”. Den tidsmæssige udstrækning af en tilbudspris er principielt underordnet, idet leverandøren vil være forpligtet til at levere til den billigste pris, uanset om denne måtte bero på et konkret tilbud, og uanset hvor længe dette tilbud måtte vare. Kontraktens punkt 7.1 indeholder da heller ikke efter sin ordlyd nogen begrænsning i den tidsmæssige udstrækning af eventuelle kampagnepriser.

### Ad påstand 2

AV Form har gjort gældende, at det var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at det ikke i udbudsmaterialet var klart defineret, hvad der skulle forstås ved begrebet ”særlig kampagnepris” i rammeaftalens pkt. 7.1.

Udbuddet blev gennemført som en ren priskonkurrence og med en udbudsmodel, hvor tilbudsgiverne skulle yde rabatter på deres offentligt tilgængelige priser. Som beskrevet ad påstand 1 var denne forpligtelse til at yde rabatter på de offentlige tilgængelige priser helt central for tilbudsgivernes overvejelser om prissætningen.

Formuleringen om, at ”såfremt leverandøren har en særlig kampagnepris, som er lavere end prisen efter denne rammeaftale, skal kampagneprisen automatisk være gældende” tilsigter således tilsyneladende at afgrænse en gruppe af produkter med en prissætning, der ikke var pligt til at yde rabatter på – altså en fravigelse fra udgangspunktet om, at der skulle ydes rabatter på ”offentlige tilgængelige priser”.

Problemet er, at det er uklart, hvilke produkter (og hvilke former for prissætning) der var undtaget pligten til at yde rabat.

Brevet af 14. august 2019 illustrerer uklarheden. I brevet anføres, at ”en kampagnepris er netop en lejlighedsvis tilbudspris, som gælder for en større/ube-

stemt skare”, men samtidig lægges i brevet til grund, at begrebet tilsyneladende også omfatter priser benævnt ”nettopriser”, uanset de ikke fremstår som tilbudspriser, men sædvanlige offentlige priser blot benævnt ”nettopris”.

Herudover indfortolkes i brevet i begrebet ”kampagnepris” forudsætninger om ”lejlighedsvis”, og at begrebet kun dækker priser, der gælder for en ”større/ubestemt skare”.

Samlet har begrebet ”kampagnepris” haft en sådan uklarhed, men så stor betydning for tilbudsgivernes prissætning, at det er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2.

Jysk Fællesindkøb har bestridt, at begrebet ”særlig kampagnepris” i kontraktens punkt 7.1 er uklart.

Jysk Fællesindkøb konstaterer, at AV Form i direkte modsætning til det ad påstand 1 anførte udlægger kontraktens bestemmelse vedrørende kampagnepriser sådan, at der for disse priser netop ikke består nogen forpligtelse til at yde den tilbudte rabat. AV Form anfører således, at der ved kampagnepriserne afgrænses en gruppe af produkter med en prissætning, der ikke var pligt til at yde rabatter på – altså en fravigelse fra udgangspunktet om, at der skulle ydes rabatter på ”offentlige tilgængelige priser”.

Jysk Fællesindkøb har gjort gældende, at kontraktens beskrivelse af håndteringen af leverandørens kampagnepriser har været klar og utvetydig. Kontrakten lægger således ingen begrænsninger ned over leverandørens brug af kampagnepriser, idet Jysk Fællesindkøb ved kontraktens udtrykkelige bestemmelse altid er sikret den billigste pris, uanset om denne udgøres af listeprisen fratrukket den tilbudte rabatsats eller den aktuelle kampagnepris. At indholdet af begrebet ”kampagnepriser” har været klart og utvetydigt, understøttes endvidere af, at der ikke under udbuddet blev stillet spørgsmål til dette fra nogen af tilbudsgiverne. Jysk Fællesindkøb stiller sig derfor også uforstående over for AV Forms synspunkt om, at det er uklart, ”hvilke produkter (og hvilke former for prissætning) der var undtaget pligten til at yde rabat”. AV Form synes således at ville skabe uklarheder, hvor der ikke eksisterer sådanne.

AV Form forsøger at tillægge brevet af 14. august 2019 et indhold, der ikke er korrekt. Jysk Fællesindkøb har således ikke ved dette brev tilkendegivet,



at angivelsen af nettopriser på en tilbudsgivers hjemmeside skulle være omfattet af kontraktens ”kampagnepriser” – dette er tværtimod det indhold, AV Form forsøger at indlægge i Nikostines tilbud. Som det også fremgår ovenfor ad påstand 1, har en angivelse af en nettopris på en leverandørs hjemmeside imidlertid ikke noget med kampagnepriserne at gøre.

Det er vanskeligt at se, hvordan et tilbud på en offentlig tilgængelig hjemmeside ikke kan siges at være rettet mod en ”større/ubestemt skare”, uanset at dette ikke er beskrevet i udbudsmaterialet. Tilsvarende ligger det implicit i begrebet ”kampagne”, at der er tale om en tidsbegrænset aktivitet, men det eksakte omfang heraf kan naturligvis ikke fastlægges generelt og er i øvrigt også helt irrelevant for Jysk Fællesindkøb som ordregiver, idet Jysk Fællesindkøb altid er sikret den billigste pris på det konkrete købstidspunkt. Anvendelsen af begrebet ”kampagnepris” i kontrakten har været klar og utvetydig, hvorfor der ikke er grundlag for at tage AV Forms påstand 2 til følge.

### Ad påstand 3

AV Form har gjort gældende, at Nikostine i sit tilbud for mindst 54 varelinjers vedkommende tilbød produkter, der ikke var i overensstemmelse med kravene i tilbudslisten, og som derfor ikke var konditionsmæssige.

Det fremgik af instruksens vedrørende udfyldelse af tilbudslisten, at tilbudsgiverne ved afkrydsning skulle bekræfte opfyldelsen af kravene til den enkelte varelinje, og at tilbud i fravær af sådan bekræftelse ville være ukonditionsmæssige. Endvidere fremgik det af instruksens og af udbudsbetingelsernes pkt. 12.1, at der for 95 % af varelinjernes vedkommende skulle tilbydes konditionsmæssige produkter.

AV Form har gennemgået Nikostines tilbudsliste med henblik på at identificere eventuelle ukonditionsmæssige varer. Gennemgangen er foretaget ved, at AV Form via varenummeret har fundet de enkelte varer på Nikostines hjemmeside og derefter vurderet, om den tilbudte vare lever op til kravene.

Mindst 54 varer tilbudt af Nikostine lever ikke op til kravene i udbuddet. Da Nikostine derfor har tilbudt mere end 5 % ukonditionsmæssige varer, var tilbuddet ukonditionsmæssigt i sin helhed og skulle være afvist.

Jysk Fællesindkøb har i brevet af 14. august 2019 oplyst, at ”det fremstår som usikkert”, om de tilbudte varer på i alt 14 varelinjer er konditionsmæssige og

Jysk Fællesindkøb har efter en fornyet gennemgang af konditionsmæssigheden af varer fundet i alt 15 linjer, hvor konditionsmæssigheden kan ”diskuteres”.

AV Form har gjort gældende, at Jysk Fællesindkøb havde pligt til at foretage nærmere kontrol af, om de af Nikostine tilbudte varer var konditionsmæssige.

For det første fremgår det af Jysk Fællesindkøbs brev af 2. juli 2019, at Jysk Fællesindkøb faktisk har foretaget kontrol af Nikostines tilbud: ”Efter jeres henvendelse har Skive Kommune igen foretaget undersøgelser af Nikostines tilbud. Dette er sket ved at gennemgå Nikostines tilbudsliste for at undersøge om Nikostine har tilbudt offentlige tilgængelige priser på tilbudslisten, eller om det var kampagnepriser som var anført i kolonne 1 på tilbudslisten. Ved gennemgangen blev der ikke fundet priser som var kampagnepriser”.

Gennemgangen kan kun være foretaget ved at kontrollere Nikostines hjemmeside (de offentlige tilgængelige oplysninger om produkter og priser) ud fra varenumrene i Nikostines tilbud. AV Form har gjort gældende, at Jysk Fællesindkøb ved denne gennemgang uundgåeligt må være blevet opmærksom på – eller i hvert fald som minimum burde været blevet opmærksom på – at et stort antal af de tilbudte produkter ikke var konditionsmæssige.

For det andet opfordrede AV Form i mailen af 24. juni 2019 Jysk Fællesindkøb til at kontrollere Nikostines tilbud.

For det tredje var der så store prisforskelle mellem Nikostines tilbud og de øvrige tilbud, at dette i sig selv burde have fået Jysk Fællesindkøb til nøje at gennemgå Nikostines tilbud for vurdere, om tilbuddet var konditionsmæssigt.

Samlet set indså eller burde Jysk Fællesindkøb have indset, at Nikostines tilbud var ukonditionsmæssigt og derfor burde tilbuddet have været afvist. Det var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at Jysk Fællesindkøb antog tilbuddet.

Jysk Fællesindkøb har bestridt, at udbuddet var tilrettelagt på en sådan måde, at det skulle dokumenteres, at tilbuddene opfyldte kravene i udbudsmaterialet. Ud over dokumentation for opfyldelse af egnedskriteriet mv. skulle tilbuddene udelukkende vedlægges en tilbudsliste, og tilbudsgiver skulle bekræfte, at kravene til den enkelte varelinje var opfyldt.

Nikostine har med afgivelsen af tilbuddet bekræftet at overholde kravene til den enkelte varelinje i tilbudslisten. Det følger i den forbindelse af en omfattende og entydig klagenævnspraksis, at i tilfælde, hvor en tilbudsgiver har oplyst at opfylde kravene til et tilbud, kan ordregiver lægge denne oplysning til grund, og ordregiver har således kun en forpligtelse til at kontrollere oplysningerne i tilbuddet i medfør af udbudslovens § 169, stk. 3 og § 164, stk. 2, hvis der foreligger en særlig anledning hertil.

Jysk Fællesindkøb har ikke haft grundlag for at betvivle, at Nikostine opfyldte kravene til én eller flere af de udbudte varelinjer, og har derfor heller ikke været forpligtet til at undersøge dette forhold nærmere forud for kontraktindgåelsen.

Det er korrekt, at AV Form den 24. juni 2019 rettede henvendelse til Jysk Fællesindkøb og såede tvivl om, hvorvidt Nikostines tilbud var baseret på de offentligt tilgængelige priser, og derfor opfordrede Jysk Fællesindkøb til at kontrollere disse oplysninger i tilbuddet. Jysk Fællesindkøb reagerede imidlertid også på denne opfordring og undersøgte dette forhold uden at finde, at Nikostine havde handlet i strid med udbudsmaterialet. Da henvendelsen fra AV Form gik snævert på dette forhold relateret til priserne, gav den ikke Jysk Fællesindkøb anledning til at foretage nærmere undersøgelser af, om tilbuddet i øvrigt levede op til udbudsmaterialets krav. Jysk Fællesindkøb har bestridt, at det ved gennemgangen af tilbuddets priser var uundgåeligt at blive opmærksom på eventuelle uoverensstemmelser mellem de tilbudte produkter og kravene i kravspecifikationen. Det ville have krævet en helt anden og væsentlig mere omfattende gennemgang af tilbuddet.

Jysk Fællesindkøb har bestridt, at prisforskellene mellem de indkomne tilbud var påfaldende, og at det skulle have givet anledning til at undersøge de enkelte tilbudsgiveres priser nærmere. Markedet er præget af en skarp konkurrence, hvor det ikke er uvant at se store prisforskelle, formentlig på baggrund af leverandørernes strategiske beslutninger, og prisforskellene i det afholdte udbud var således heller ikke større, end Jysk Fællesindkøb sædvanligvis ser.

Jysk Fællesindkøb har derfor såvel på tidspunktet for tildelingsbeslutningen som ved den efterfølgende kontraktindgåelse været berettiget til at lægge til grund, at tilbuddet fra Nikostine var konditionsmæssigt.

Måtte det mod forventning efterfølgende konstateres, at Nikostines bekræftelse af, at de tilbudte produkter overholder kravene til den enkelte varelinje i tilbudslisten, ikke er korrekt i et sådant omfang, at Nikostines tilbud er ukonditionsmæssigt, er der derfor heller ikke, jf. fast klagenævnspraksis, tale om, at tilbuddet har været ukonditionsmæssigt, men derimod udgør dette et kontraktretligt spørgsmål om opfyldelse af udbudsmaterialets krav.

Jysk Fællesindkøb har yderligere gjort gældende, at selv hvis Jysk Fællesindkøb havde foretaget en kontrol og i den forbindelse havde konstateret, at enkelte af de tilbudte produkter ikke opfyldte kravene i kravsspecifikationen, ville en sådan konstatering ikke have indebåret, at Jysk Fællesindkøb skulle have afvist Nikostines tilbud som ukonditionsmæssigt.

I henhold til udbudsbetingelsernes punkt 12.1 fremgår det således, at det alene er et krav, at tilbudsgiver opfylder minimum 95% af de kravspecifiserede produktlinjer på tilbudslisten korrekt. Udbuddet indeholdt 525 varelinjer, og med en maximal "fejlrate" på 5% måtte tilbudsgiverne dermed maksimalt have fejl i 26 af de tilbudte varelinjer.

Jysk Fællesindkøb har bestridt, at 54 af de af Nikostine tilbudte varer ikke lever op til kravene i udbuddet. Jysk Fællesindkøb har undersøgt konditions-mæssigheden af hver enkelt varelinje og konstateret, at alene for 15 af de tilbudte varer kan konditions-mæssigheden diskuteres i større eller mindre grad. Jysk Fællesindkøb har vedrørende de 54 varer begrundet, hvorfor det kun er 14 eller 15, der er ukonditions-mæssige. Jysk Fællesindkøb har endelig anført, at i det omfang en vare overopfylder kravene, betyder dette ikke, at varen er ukonditions-mæssig.

AV Form har opfordret Jysk Fællesindkøb til at oplyse, hvilke varer der er ukonditions-mæssige. Hertil har Jysk Fællesindkøb bemærket, at det er op til Klagenævnet for Udbud at foretage denne vurdering. Den konkrete stilling-tagen til konditions-mæssigheden af hvert enkelt produkt er dog ikke relevant i den konkrete sag, da antallet af ukonditions-mæssige produkter under alle omstændigheder ikke kommer i nærheden af den tilladelige fejlrate på 5 %.

Selv hvis alle de 15 diskutale produkter antages at være ukonditions-mæssige, er Nikostine således ikke i nærheden af at have afgivet et samlet set ukonditions-mæssigt tilbud.

#### Ad påstand 4

AV Form har gjort gældende, at den anvendte udbudsmodel var uigennemsigtig, indebar risiko for manglende ligebehandling af tilbudsgiverne og var uegnet til at skabe en effektiv konkurrence om den udbudte kontrakt, hvilket var i strid med udbudslovens § 2.

Den udbudte rammeaftale blev tildelt alene ud fra tildelingskriteriet ”pris”. Opgørelsen af den laveste pris skete på grundlag af tilbudsgivernes offentligt tilgængelige priser på tilbudsdagen for de udbudte varer med fradrag af en tilbudt rabatsats for hver produktgruppe.

AV Form bestrider ikke, at denne metode som sådan var egnet til at identificere det tilbud, der på tilbudsdagen havde den laveste, evalueringstekniske pris, men udbuddet skal struktureres således, at tilbudsgiveren med den laveste evalueringstekniske pris ikke frit kan hæve priserne efterfølgende og dermed forrykke grundlaget for konkurrencen under udbuddet. Det må kræves, at det vindende tilbud ikke blot har den laveste pris på tilbudsdagen, men også at opfyldelse af rammeaftalen sker via levering til det tilbudte lave prisniveau og således, at dette ikke frit kan hæves af den vindende tilbudsgiver.

Det fremgår af rammeaftalens pkt. 7.2, at de offentlige tilgængelige priser hvert kvartal frit kunne hæves efter udbuddet.

I stedet for at skabe en effektiv konkurrence om at tilbyde og levere til de lavest mulige priser, har udbuddet i høj grad skabt en konkurrence, hvor tilbudsgiverne har kunnet overveje og spekulere i, hvor meget de turde sænke deres offentlige tilgængelige priser på dagen for tilbudsfristen med den risiko, dette indebar for salg til andre kunder til lave priser – contra den øgede sandsynlighed for, at tilbudsgiveren som følge af lave priser kunne vinde den udbudte kontrakt. Tilbudsgiverne kunne endvidere spekulere i adgangen til efter udbuddet at hæve priserne med den risiko, dette indebar for reduceret salg til andre kunder – contra fordelene ved, at den af denne sag omfattede rammeaftale var obligatorisk for de omfattede kommuner og derfor skulle anvendes.

Evalueringsmodellen skal være egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. AV Form gør gældende, at det derfor må kræves, at et udbud samlet set skal struktureres således, at ordregiveren via udbuddet identificerer den tilbudsgiver, der på grundlag af de afgivne tilbud og på basis af

udbuddets vilkår med til vished grænsende sandsynlighed faktisk vil levere på de for ordregiveren økonomisk mest fordelagtige vilkår (konkret til lavest mulige pris). Dette udbud var ikke egnet til at sikre, at levering sker til den lavest mulige pris pga. tilbudsgivernes adgang til arbitrært at hæve priserne efter udbuddet.

De kendelser, som Jysk Fællesindkøb påberåber sig til støtte for sine synspunkter, er irrelevante, idet der i sagerne ikke var klaget over udbudsmodellen, og idet kriterierne for efterfølgende prisreguleringer ikke fremgår af kendelserne.

Jysk Fællesindkøb har bestridt, at den vindende tilbudsgiver frit kunne hæve priserne efter tilbudsdagen med den konsekvens, at der herved opstår risiko for forrykkelse af konkurrencegrundlaget. Muligheden for at foretage ændringer i de tilbudte priser er udførligt reguleret i kontraktens punkt 7.2. Leverandørens regulering af priserne kan og skal ske efter syv nøje opregnede kriterier, herunder at det højst kan ske en gang hvert kvartal, og at Jysk Fællesindkøb skal godkende prisreguleringen.

Leverandøren kan således ikke foretage prisreguleringer på kontrakten ud over den prisregulering, som leverandøren i øvrigt i kraft af markedsudviklingen foretager over for sine kunder. På dette bredere marked er leverandøren selvsagt i en konstant konkurrence med de øvrige leverandører, og her vil markedskræfterne dermed også sørge for, at Nikostine ikke hæver priserne over et almindeligt markedsniveau.

Leverandøren har således ikke mulighed for at lave en kunstig reduktion af tilbudspriserne på tilbudsdagen eller for at operere med to forskellige offentlige priser. Det afvises derfor, at den anvendte udbuds- og prismodel skulle skabe grundlag for spekulationer som beskrevet af AV Form, og det bestrides som følge heraf, at udbudsmodellen skulle være uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Udbudsmodellen overholder principperne om gennemsigtighed, ligebehandling og proportionalitet.

Modellen er almindeligt anvendt og anerkendt i sortimentsudbud. Udbud, hvor den samme metode har været anvendt, har således også været behandlet i Klagenævnet for Udbuds kendelser af 13. marts 2015, Kompan Dica A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb v/Vejen Kommune, og kendelsen af 12. april 2018, Lekolar Leika A/S mod Fællesudbud Sjælland v/Køge Kommune.

AV Forms påstand 4 skal derfor ikke tages til følge.

#### Ad påstand 5

AV Form har gjort gældende, at hver af de i påstand 1-4 beskrevne overtrædelser af udbudsreglerne i sig selv er tilstrækkelige til, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Det er fast praksis, at forbehold over for grundlæggende elementer skal resultere i afvisning af et tilbud, og derfor skal en fejlagtig tildeling til en tilbudsgiver, der har afgivet tilbud med sådanne forbehold, annulleres.

For så vidt angår påstand 3 fremgår det udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at tilbud ville være ukonditionsmæssige, hvis der ikke var tilbudt konditionsmæssige varer for mindst 95 % af varelinjerne. Det må derfor nødvendigvis resultere i annullation af tildelingen, hvis klagenævnet giver AV Form medhold i, at Nikostines tilbud var ukonditionsmæssig på grund af afvigelser fra kravene i tilbudslisten for mere end 5 % af varelinjernes vedkommende.

Uklarheden omkring forståelsen af ”kampagnepriser”, jf. påstand 2, og den problematiske udbudsmodel, jf. påstand 4, var hver for sig og i hvert fald tilsammen af en sådan karakter, at udbudsmaterialet var uegnet som grundlag for en lovlig kontrakttildeling, hvorfor tildelingsbeslutningen også af denne grund skal annulleres.

Jysk Fællesindkøb har gjort gældende, at tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbuddet, herunder vurderingen af konditionsmæssigheden af Nikostines tilbud, i det hele er sket i overensstemmelse med reglerne i udbudsloven, hvorfor annullationspåstanden ikke skal tages til følge.

#### Ad påstand 6

AV Form har gjort gældende, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 14 a i en ikke bindende foreløbig udtalelse skal konstatere, at der ikke foreligger særlige forhold, der tilsiger, at rammeaftalen videreføres, jf. udbudslovens § 185, stk. 2.

Den udbudte kontrakt omfatter legetøj til institutioner mv., og der er derfor ingen tvingende hensyn, der tilsiger, at kontrakten skal videreføres i en længere periode og under ingen omstændigheder længere end varigheden af et genudbud.

Jysk Fællesindkøb har bemærket, at der ikke består en pligt for klagenævnet til at afgive en ikke bindende foreløbig udtalelse, men det står klagenævnet frit at vurdere, om det konkret er hensigtsmæssigt at udtale sig herom. Idet der er tale om en ikke bindende udtalelse, er det i øvrigt Jysk Fællesindkøbs opfattelse, at klagenævnets stillingtagen hertil savner mening.

Jysk Fællesindkøb har dog oplyst, at der ikke er identificeret særlige hensyn, der tilsigter rammeaftalens videreførelse i tilfælde af en annullation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

#### Ad påstand 1

Tildelingskriteriet i den udbudte rammeaftale om levering af legetøj til otte kommuner under Jysk Fællesindkøb var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet "Pris". Evalueringen heraf skulle ske på en nærmere beskrevet måde udregnet ud fra tilbudslisten og således, at beregningsmodellen skulle fremgå som en procentvis afvigelse fra den offentligt tilgængelige prisliste gældende på tidspunktet for afgivelse af tilbud.

Den offentligt tilgængelige prisliste skulle være tilgængelig via tilbudsgiverens hjemmeside eller webshop, og tilbudsgiveren skulle bekræfte på tilbudslisten, at dette var tilfældet, samt at prislisten var baseret på markedsudviklingen og var gældende for offentlige og private virksomheder og var fastsat uafhængigt af rammeaftalen. Endelig fremgik det, at ordregiveren altid skulle kunne købe produkterne til den offentligt tilgængelige pris fratrukket den i tilbuddet angivne rabatsats for produktgruppen. Vedrørende prisen fremgik det dog, at såfremt leverandøren havde en særlig kampagnepris, som var lavere end prisen efter denne rammeaftale, skulle kampagneprisen automatisk være gældende.

Af Nikostines tilbuds-brev fremgår, at tilbudslisten var udfyldt, og at der blev ydet rabat på alle varer, samt at "Rabatten gælder på normale listepreiser fra hjemmesiden, og dermed ikke på nettopreiser og lejlighedsvis tilbudspriser,



med mindre tilbudsprisen er under ..., så rundes rabatten op til de ... for Jer. Har vi tilbuds- eller kampagnepriser som har mere end ... rabat, tilbydes disse også til Jer.”

Nikostine har således i sit tilbud henvist til, at rabatten fratrækkes ”vores almindelige priser” vist i kataloger og på virksomhedens hjemmeside og har ikke brugt udtrykket ”offentlige tilgængelige prisliste”. Det oplyses endvidere, at rabatten gælder på ”normale listepriser” på hjemmesiden. ”Almindelige” og ”normale” priser må antages at være synonyme, hvorfor Nikostine gennem sit ordvalg ikke har taget forbehold over for et grundlæggende element ved at skrive som anført. Virksomheden henviser da også vedrørende priserne til sin hjemmeside og skriver om priserne, at de ”må betragtes som vores offentlige tilgængelige prisliste.”

På hjemmesiden har Nikostine endelig anført ”nettopris” ud for nogle varer, men samtidigt bekræftet i tilbuds brevet, at det var de i kataloget anførte priser, der blev ydet rabat på. Nikostine har hermed tilkendegivet, at det er den pris, som der er rabat på, som er ”den offentlige tilgængelige pris”.

Når der ikke ydes rabat på nettopriser og lejlighedsvisse tilbudspriser, følger heraf, at hvis nettoprisen eller den lejlighedsvisse tilbudspris er lavere end den offentligt tilgængelige pris efter rabat, sælges varen til nettoprisen/den lejlighedsvisse tilbudspris. Dette er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, idet det der er anført, at kampagnepriser er undtaget fra rabat, men den skal være gældende. I denne situation er der to ”offentlige” priser, hvilket er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, og ordregiveren skal have den laveste pris. Udtrykket ”lejlighedsvisse” er uden betydning i denne forbindelse, idet udtrykket er uden reelt indhold. Nikostine har således ikke taget forbehold for grundlæggende elementer i udbuddet, og dermed har Jysk Fællesindkøb ikke handlet i strid med udbudslovens § 2.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

### Ad påstand 2

Det fremgår af rammeaftalens pkt. 7.1, at ordregiveren skulle kunne købe produkterne til den offentlige tilgængelige pris fratrukket den i tilbuddet angivne rabatsats for produktgruppen, og hvis leverandøren har en særlig kampagnepris, som er lavere end prisen efter denne rammeaftale, skal kampag-

neprisen automatisk være gældende. Ordlyden ”skal kampagneprisen automatisk være gældende” indebærer, at der ikke skal ydes rabat på en kampagnepris, og samtidigt at dette kun er gældende, når den rabatterede pris er højere end kampagneprisen. På den baggrund var det ikke nødvendigt at definere, hvad der skulle forstås ved en særlig kampagnepris. Ordregiveren er dermed sikker på at kunne købe til den laveste pris. Jysk Fællesindkøb har således ikke handlet i strid med udbudslovens § 2.

Påstand 2 tages derfor ikke til følge.

### Ad påstand 3

AV Forms henvendelse den 24. juni 2019 drejede sig om aktindsigt, og om Nikostine havde taget et forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsmaterialet i forhold til de tilbudte priser.

Jysk Fællesindkøb gennemgik priserne på baggrund af henvendelsen. Henvendelsen gav efter sit indhold ikke anledning til at undersøge eksempelvis de tilbudte varers størrelse eller øvrige egenskaber. AV Form afgav et tilbud, der var noget lavere end Nikostines tilbud, men det er ikke indikation på, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Nikostine havde på tilbudslisten bekræftet, at tilbuddet var konditionsmæssigt, samt at hver enkelt vare var konditionsmæssig. Der forelå derfor, og idet henvendelsen drejede sig om Nikostines priser, ikke særlig anledning til at gennemgå varelinjerne.

AV Form henvendte sig efterfølgende til Jysk Fællesindkøb vedrørende 54 specifikke varer. Jysk Fællesindkøb gennemgik de nævnte varer og erkendte vedrørende 14 varer, at de ikke var konditionsmæssige. AV Form har herefter i et processkrift med henvisning til det ovenfor citerede bilag, hvori parternes synspunkter er anført, gjort gældende, at yderligere 17 varer er ukonditionsmæssige.

Parterne har i forhold til de varelinjer, som AV Form har anført er ukonditionsmæssige, argumenteret for deres standpunkter. Klagenævnet har ikke grundlag for at konstatere, at Nikostines tilbudsliste var ukonditionsmæssig i videre omfang end erkendt af Jysk Fællesindkøb, nemlig for så vidt angår 15 varelinjer.

Der er derfor under 5 % af de tilbudte varer, der er ukonditionsmæssige.

Påstand 3 tages derfor ikke til følge.

#### Ad påstand 4

Det fremgår af rammekontraktens punkt 7.2, at der efter kontraktindgåelsen består en mulighed for, at tilbudsgiveren kan regulere priserne. Prisregulering skal ske i takt med, at leverandørens offentlige tilgængelige prisliste reguleres, og der kan maksimalt ske regulering hvert kvartal. Prislisten skal være baseret på markedsudviklingen og gælde for offentlige og private virksomheder og være fastsat uafhængigt af rammeaftalen. Såfremt prisregulering vedrører lovgivningsmæssigt fastsatte afgiftsændringer, skal dokumentation for afgiftsændringerne fremsendes, og prisregulering skal meddeles ordregiver senest 30 dage før ikrafttræden, Jysk Fællesindkøb skal godkende prisreguleringen senest 20 dage inden dennes ikrafttræden. På den baggrund kan det ikke antages, at leverandøren frit kan hæve priserne. Udbudsbetingelserne er derfor ikke i strid med de i udbudslovens § 2 nævnte principper.

Påstand 4 tages derfor ikke til følge.

#### Ad påstand 5

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1 - 4 til følge, er der ikke grundlag for at tage påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen til følge.

#### Ad Påstand 6

Efter sagens resultat tages denne påstand ikke til følge.

#### Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge

AV Form A/S skal i sagsomkostninger til Jysk Fællesindkøb ved Skive Kommune m.fl. betale 45.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig