

K E N D E L S E

Hørkram Foodservice A/S
(advokat Majse Jarlov, København)

mod

Roskilde Kommune på vegne af
Fællesudbud Sjælland
(advokat Povl Nick Bronstein, København)

Ved udbudsbekendtgørelse 2010/S 197-300898 af 8. oktober 2010 udbød Roskilde Kommune på vegne af kommunerne i indkøbsfællesskabet »Fællesudbud Sjælland« som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale om leverance af fødevarer til storkøkkener til kommunerne i Region Sjælland, hvor kommunerne: Kalundborg, Køge, Næstved, Holbæk, Ringsted og Roskilde var garanteret med i udbuddet. Varigheden af rammeaftalen var fra den 1. februar 2011 til den 31. januar 2015 med mulighed for forlængelse. Rammeaftalen var opdelt i 3 delaftaler vedrørende 1) leverance af kød, 2) leverance af kolonial, herunder mælk, pålæg og frost og 3) leverance af frugt og grønt. Der kunne afgives tilbud på en eller flere delaftaler. Den samlede værdi af rammeaftalen er i udbudsbekendtgørelsen anslået at være 107.600.000 kr., ekskl. moms.

Udbudsprocessen foregik elektronisk. Ansøgerne skulle indsætte et link i deres browser, hvorigennem de meldte deres interesse og registrerede virksomheden. Efter registrering og godkendelse kunne de herefter downloade udbudsbetingelser m.v. samt stille spørgsmål og afgive tilbud.

Ved tilbudsfristens udløb den 17. november 2010 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. BC Catering Roskilde A/S (delaftale 1 – 3)
2. Hørkram Foodservice A/S (klageren) (delaftale 1 – 3)
3. Gert Nielsen A/S Catering (delaftale 1)
4. ECB Kød A/S (delaftale 1)
5. CH Interfrugt ApS (delaftale 3)

Den 17. december 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt om delaftale 1 og 2 med BC Catering Roskilde A/S og om delaftale 3 med Hørkram Foodservice A/S.

Den 23. december 2010 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 18. januar 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klagenævnet rejste ved brev af 29. april 2011 spørgsmål om, hvorvidt der ved vurderingen af tilbuddene var blevet givet points for tilbudsgivernes opfyldelse af et mindstekrav om en leveringssikkerhed på 95 %.

Indklagede, som erkendte, at den anvendte pointmodel havde ført til en fejlagtig vægtning af leveringssikkerhed foretog som følge heraf en ny bedømmelse, som ifølge den af indklagede herefter udsendte tildelingsmeddelelse af 6. maj 2011 førte til, at indklagede i stedet besluttede at indgå kontrakt om delaftale 1 med Gert Nielsen A/S Catering, om delaftale 2 med Hørkram Foodservice A/S og om delaftale 3 med CH Interfrugt ApS.

Klageren har endeligt nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 2, ved ikke i sin underretning om tildelingsbeslutningen af 6. maj 2011 at give en »kort redegørelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen«. (Denne påstand vedrørte oprindeligt tildelingsbeslutningen af 17. december 2010, men er i klagerens processkrift af 8. juni 2011 ændret, så den vedrører den nye tildelingsbeslutning).

Påstand 2 a

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt med artikel 53 ved med hensyn til underkriteriet »Økonomi (Pris)« til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at anvende en bedømmelsesmodel, som er uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet der alene lægges vægt på de tilbudte priser på de varer, som fremgår af tilbudslisten,

- (i) uagtet det ifølge udbudsbetingelsernes kravspecifikation punkt 1.3 er et krav, at »ud over de aftalte varer i henhold til tilbudslisten skal leverandøren have bredt sortiment af standardprodukter inden for delaftalens område«,
- (ii) uagtet det ifølge udbudsbetingelsernes kravspecifikation punkt 1.3 er et krav, til tilbudsgivernes tilbud ud over den udfyldte tilbudsliste skal vedlægges »en engrosprisliste med angivelse af, hvilke varer der er lagerførte varer og hvilke der er skaffevarer«,
- (iii) uagtet det ifølge udbudsbetingelsernes kravspecifikation punkt 1.1 er et krav, at »Leverandøren skal være villig til at tilpasse sortimentet i varelisten i samarbejde med kunden og kundens institutioner, således at det modsvarer det aktuelle behov« og
- (iv) uagtet tilbudsgiverne ifølge udbudsbetingelsernes kravspecifikation punkt 1.8 skal oplyse »hvor stor en andel af de tilbudte produkter kan leveres i et andet mærke end det tilbudte«.

Påstand 2 b

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt med artikel 53 ved med hensyn til underkriteriet »Leveringssikkerhed« til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at anvende en bedømmelsesmodel, som er uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet det ikke i udbudsbetingelserne er fastlagt:

- (i) Hvad der forstås ved »varelinjerne leveres 100 % fejlfrit« i definitionen af underkriteriet om leveringssikkerhed i udbudsbetingelsernes kravspecifikation punkt 17.10 og/eller

- (ii) hvorledes tilbudsgiverne skal dokumentere, at leveringssikkerheden i realiteten er i overensstemmelse med, hvad der angives i deres tilbud, og/eller
- (iii) hvorledes indklagede efter aftaleindgåelsen kan kontrollere, at den valgte tilbudsgivers leveringssikkerhed er i overensstemmelse med det tilbudte og hvordan manglende overholdelse heraf sanktioneres.

Påstand 2 c

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at give en utilstrækkelig beskrivelse af det sortiment, som tilbudsgiverne skal afgive tilbud på,

- (i) idet det fremgår af tilbudslisten i udbudsbetingelserne, at denne »er udtryk for udbyders indkøbsflow, derfor bedes tilbudsgiver venligt udfylde tilbudslisten med den af deres tilbudte produkter inkl. pris som efter deres opfattelse vil kunne erstatte det nuværende produkt«,
- (ii) idet det fremgår af udbudsbetingelsernes kravspecifikation punkt 1.1, at »Leverandøren skal være villig til at tilpasse sortimentet i varelisten i samarbejde med kunden og kundens institutioner, således at det modsvarer det aktuelle behov« og
- (iii) idet der i udbudsbetingelsernes kravspecifikation punkt 1.3 stilles krav om: »ud over de aftalte varer i henhold til tilbudslisterne skal leverandøren have et bredt sortiment af standardprodukter inden for delaftalens område«.

Påstand 2 d

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at anvende en bedømmelsesmodel for evaluering på grundlag af tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, som indebærer, at der ikke konkurreres på tilbudsgivernes generelle sortiment inden for det udbudte produktområde,

- (i) uagtet det ifølge udbudsbetingelsernes kravspecifikation punkt 1.3 er et krav, at »ud over de aftalte varer i henhold

- til tilbudslisterne skal leverandøren have bredt sortiment af standardprodukter inden for delaftalens område«,
- (ii) uagtet det ifølge udbudsbetingelsernes kravspecifikation punkt 1.3 er et krav, at tilbudsgivernes tilbud ud over den udfyldte tilbudsliste skal indeholde en »engrosprisliste med angivelse af, hvilke varer der er lagerførte og hvilke der er skaffevarer«,
 - (iii) uagtet der i udbudsbetingelsernes kravspecifikation punkt 1.1 er et krav, at »Leverandøren skal være villig til at tilpasse sortimentet i varelisten i samarbejde med kunden og kundens institutioner, således at det modsvarer det aktuelle behov« og
 - (iv) uagtet tilbudsgiverne ifølge udbudsbetingelsernes kravspecifikation punkt 1.8 skulle oplyse: »Hvor stor en andel af de tilbudte produkter kan leveres i et andet mærke end det tilbudte?«.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, ved i udbudsbetingelsernes tilbudsliste i en række tilfælde at beskrive det udbudte ved at henvise til bestemte fabrikater og bestemte varemærker, herunder uden en samtidig angivelse af udtrykket »eller tilsvarende«, uagtet det ikke var nødvendigt for at give en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 6. maj 2011 om at tildele delaftale 1 til Gert Nielsen A/S Catering og delaftale 2 til klageren og delaftale 3 til CH Interfrugt ApS.

Påstand 5

Klagenævnet skal udstede påbud om indklagedes lovliggørelse af udbudsforretningen, jf. håndhævelseslovens § 13, stk. 1, litra 3, således at det påbydes indklagede at aflyse nærværende udbudsforretning med henblik på gennemførelse af et nyt udbud på grundlag af et revideret udbudsmateriale i overensstemmelse med udbudsreglerne.

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

Indklagede har nedlagt påstand om, at påstand 1-4 ikke tages til følge, og at påstand 5 afvises, subsidiært ikke tages til følge.

Klagenævnet har overvejet at rejse spørgsmål om, hvorvidt indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelsernes kravspecifikation punkt 1.3 at stille krav om: »ud over de aftalte varer i henhold til tilbudslisterne skal leverandøren have et bredt sortiment af standardprodukter inden for delaftalens område« uden at give en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af det pågældende yderligere sortiment. Klagenævnet har imidlertid undladt dette, da en sådan mulig overtrædelse ikke efter oplysningerne i sagen kan antages at have haft betydning for udfaldet af tilbudsbedømmelsen vedrørende de enkelte delaftaler.

Sagens nærmere omstændigheder

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.5) blandt andet:

»Forbruget på de vigtigste produkter fremgår af Tilbudslisten. Disse produkter dækker ca. 80 % af udbyders forbrug.«

Tildelingskriteriet er ifølge punkt IV.2 det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ifølge udbudsbetingelsernes punkt 1.2 vil der blive indgået én kontrakt pr. produktområde (hver af delaftalerne). Kommunerne i indkøbsfællesskabet forpligter sig til at aftage alle de af kontrakten omfattede produktleverancer (fødevarer) fra den leverandør, med hvem der indgås kontrakt.

Ifølge punkt 1.3 forpligter leverandøren sig til at levere samtlige udbudte varer i delaftalen til de til enhver tid laveste nettopriser indenfor hver enkelt deltale.

I udbudsbetingelsernes punkt 2.16 er underkriterierne til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud og vægningen af disse angivet at være:

- 1) Økonomi (Pris) 65 %
- 2) Leveringssikkerhed 35 %

Om underkriterierne er det videre anført:

»Økonomi (Pris)

Ved bedømmelsen af økonomi, vil der blive lagt vægt på de af tilbudsgiver oplyste nettopriser (prisniveau i uge 44, jf. kravspecifikationens punkt 21.1). ... Tilbud skal afgives ved udfyldning af tilbudslisterne... Tilbud skal afgives i form af nettopriser...

Alle de anførte varelinjer indenfor hver delaftale skal være udfyldt for at komme i betragtning til tilbudsgivningen.

Leveringssikkerhed

Leverandør skal oplyse sin leveringsperformance i procent for de leverancer som ligger ud over de 95 % som er opgivet i kravspecifikationens punkt 17.10.

Tilbuddene vil blive vurderet på, hvor meget bedre leveringsperformance, der tilbydes udover 95 %.«

Udbudsbetingelsernes punkt 4 indeholder en kravspecifikation, hvori blandt andet angives:

»1.1 Leverandøren skal være villig til at tilpasse sortimentet i varelisten i samarbejde med kunden og kundens institutioner, således at dette modsvarer det aktuelle behov.

...

1.3 Ud over de aftalte varer i henhold til tilbudslisterne (bilag) skal leverandøren have et bredt sortiment af standardprodukter inden for delaftalens område. Leverandør skal vedlægge en engrosprisliste med angivelse af, hvilke varer der er lagerførte varer, og hvilke der skaffevarer.

1.4 Leverandør skal angive, hvilke kriterier der er gældende for at en vare er lagervare contra skaffevarer.

...

1.8 Hvor stor en andel af de tilbudte produkter kan leveres i et andet mærke end det tilbudte? Beskriv gerne hvilke produktkategorier og evt. mærker. Såfremt der gives tilbud på alternative produkter, skal de alternative mærker indgå i opgørelsen.

...

17.10 Leveringssikkerhed (indgår også som tildelingskriterium)
Udbyder forventer en leveringsikkerhed tæt på 100 %, forstået således at min. 95 % af varelinjerne leveres 100 % fejlfrit.

Tildelingskriterium

Tilbuddene vil blive vurderet på, hvor meget bedre leveringsperformance der kan tilbydes udover 95 %.

...«

Af udbudsbetingelsernes punkt 5, Rammekontrakt, fremgår blandt andet:

»§ 3 Kontraktens omfang

Levering af fødevarer til den i § 1 nævnte udbyder.

Leverancens omfang bestemmes af de ordrer, som udbyder løbende afgiver.

...

§ 9. E-handel

For så vidt at udbydes deltagende kommuner er overgået til e-handel på det udbudte område, skal kontrakt-haver snarest muligt, dog senest 2 måneder efter aftalens ikrafttræden aflevere et elektronisk vare- og pris-katalog med danske varebeskrivelser og billeder til udbyders e-handelssystem ved kommuner, der måtte ønske det.

I forbindelse med aftaleindgåelsen vil udbyder i samarbejde med kontrakt-haver definere, hvilke aftaleprodukter, der skal indgå i e-kataloget

...

Varekataloget skal indeholder alle produkter og priser som indgår i den aftale produktgruppe for den pågældende delaftale

...

§ 10. Priser

For bestillinger foretaget i henhold til kontrakten gælder de i kontrakt-havers tilbud ... angivne enhedspriser på nettosortimentet. Priserne kan reguleres i henhold til § 11 Prisregulering.

Såfremt kontrakt-haver, jf. § 12, introducerer erstatningsprodukter, svarende til produkter på tilbudslisten, skal udbyder have mulighed for at købe disse til de i tilbudslisten angivne rabatsatser på listepriisen for de oprindelige produkter.

...

Hvis nye, forbedrede, godkendte og evt. billigere produkter kommer på markedet skal disse omgående tilbydes til udbyder ud fra samme kalkulationsprincipper, som ligger til grund for kontrakt-havers tilbud. Kontrakt-haver skal på forlangende fremsende en revisorpåtegnet erklæring, som dokumenterer kalkulationen, til udbyder.

....«

Udbudsbetingelser herunder rammekontrakten indeholder ikke bestemmelser om kontrol af leveringssikkerhed eller om sanktioner ved manglende opfyldelse af den tilbudte leveringssikkerhed.

Bilag 1 til udbudsbetingelserne er 3 tilbudslister vedrørende de 3 delaftaler om kød, kolonial samt frugt og grønt. Øverst i hver tilbudsliste er det anført:

»Nedennævnte tilbudsliste er udtryk for udbyders indkøbsflow, derfor bedes tilbudsgiver venligst udfylde tilbudslisten med den af deres tilbudte produkter inkl. pris, som efter deres opfattelse vil kunne erstatte det nuværende produkt.

...«

I hver af de tre tilbudslister oplistes herefter en lang række specifikke varer, som der skal angives en pris for. I tilbudslisten til delaftale 1 om kød skal der for eksempel i kategorien »Svinekød« angives en pris for varen »Nakke – i tern, Af ESS-Food nr. 1327, 1,22 kg«, »Flæskebov i tern af ESS-Food nr. 1351, 2,21 kg« og varen »Skinkekød i tern, 1,1 kg.«. I tilbudslisten til delaftale 2 om kolonial skal der blandt andet angives pris på varerne »Piskefløde, 10 lit. dunk«, »Kærnemælk, 1 l.«, »Mammen Guld 45 % i bane 2,5 kg.«, »Riberhus ¼ ml 45+ 2 kg.«, »Stærk Jyde 45 %, ca. 2,5 kg.«, »Danablu Mammen 60+ ca. 2 kg.« og »Becel smørbar, 400 g«.

I de fleste tilfælde er der anført en generel betegnelse for varen som »Skinkekød i tern« og »Kærnemælk«. I tilbudslisterne til delaftalerne kød og kolonial er der imidlertid også som angivet i en del tilfælde angivelser, hvor der henvises til varemærker eller bestemte fabrikater som f.eks. »Mammen Guld«. Tilbudslisten vedrørende delafafte 3 frugt og grønt indeholder kun varebetegnelser som »Hvidkål 6 mm« og »Melon Cantaloup – min 250 gr.«

Klageren, som hidtil havde været leverandør til det indklagede indkøbsfællesskab, afgav som nævnt tilbud på alle tre delaftaler.

Indklagede meddelte ved udbudsrapport af 17. december 2010:

»På baggrund af nedenstående pointgivning indstiller Ejendomme og Indkøb, at udbyder indgår kontrakt med BC Catering for så vidt angår delaftalerne for Kød og Kolonial, samt Hørkram for delaftalen for Frugt og Grønt.

Pointgivning, jf. tildelingskriterierne

| Delaftale Kød | Tilbud BC Catering | Tilbud Hørkram | Tilbud Gert Nielsen | Tilbud ECB Kød |
|--|--------------------|----------------|---------------------|----------------|
| Tilbudspris (Vægt 65 %) Point (indekseret i forhold til bedste tilbud) | 65,00 | 49,66 | 62,27 | 64,42 |

| | | | | |
|--|-------|-------|-------|-------|
| Leveringsperformance (35 %) | 98,30 | 99,48 | 98,80 | 95,00 |
| Hvor mange procentpoint bedre end 95 % (Minimumskrav) | 3,30 | 4,48 | 3,80 | 0,00 |
| 35% = 35 point. Dvs 95% = 33,25 point Brugt. 1,75 point rest (5%). Point | 1,16 | 1,57 | 1,33 | 0,00 |
| Sum Point | 66,16 | 51,23 | 63,60 | 64,42 |

| Delaftale Kolonial | Tilbud BC Catering | Tilbud Hørkram |
|--|--------------------|----------------|
| Tilbudspris (Vægt 65 %) Point (indekseret i forhold til bedste tilbud) | 65,00 | 62,81 |
| Leveringsperformance (35 %) | 98,30 | 99,48 |
| Hvor mange procentpoint bedre end 95 % (Minimumskrav) | 3,30 | 4,48 |
| 35% = 35 point. Dvs 95% = 33,25 point Brugt. 1,75 point rest (5%). Point | 1,16 | 1,57 |
| Sum Point | 66,16 | 64,38 |

| Delaftale Frugt & Grønt | Tilbud BC Catering | Tilbud Hørkram | Tilbud Interfrugt |
|--|--------------------|----------------|-------------------|
| Tilbudspris (Vægt 65 %) Point (indekseret i forhold til bedste tilbud) | 63,29 | 65,00 | 64,25 |
| Leveringsperformance (35 %) | 98,30 | 99,48 | 99,90 |
| Hvor mange procentpoint bedre end 95 % (Minimumskrav) | 3,30 | 4,48 | 4,90 |
| 35% = 35 point. Dvs 95% = 33,25 point Brugt. 1,75 point rest (5%). Point | 1,16 | 1,57 | 1,72 |
| Sum Point | 64,44 | 66,57 | 65,97 |

Samtlige tilbud er bedømt i henhold til de udbudte tildelingskriterier med ovennævnte resultat«

Under en efterfølgende korrespondance med klageren om begrundelsen for leverandørvalget fremsendte indklagede en yderligere udbudsrapport af 28. januar 2011, hvori det blandt andet er anført:

»I forbindelse med den første udsendte udbudsrapport (tildelingsmeddelelse) har der været tvivl om, hvordan udregning af pointene er fremkommet.

Dette er derfor beskrevet uddybet nedenfor under afsnittene »Tilbudspris« & »Leveringssikkerhed«.

...

Tilbudspris (65 %)

Vurdering af tilbudspriserne er udregnet på baggrund af hver delaftales samlede tilbudssum, indeksreguleret i henhold til bedste tilbud. 65 % = maksimalt 65 point, dvs. bedste pris får 65 point og efterfølgende tilbud indeksreguleret point i forhold til bedste pris.

...

Leveringssikkerhed (35 %)

Udpegning af den bedste leveringssikkerhed er, hvor meget bedre leveringssikkerhed der tilbydes udover 95 %. 35 % = maksimalt 35 point, hvor de 95 % (minimumskrav) repræsenterer 33,25 point (95 % * 35

point). De resterende point 1,75 (35 point – 33,25) svarende til de sidste 5 %, er det som udgør konkurrencen.

Det resterende pointantal er herefter udregnet til den tilbudte leverings-sikkerhed således $(1,75 \text{ point}/5 \%) * 100 \%$ - (tilbudt leveringssikkerhed).

...«

Skemaer med pointstildeling og indstillingen svarer i øvrigt til, hvad der er anført i udbudsrapporten af 17. december 2010.

Af indklagedes tilbudsmeddelelse af 6. maj 2011 fremgår:

»...

I forbindelse med den første udsendte udbudsrapport af 17. december 2010 (tildelingsmeddelelse) har der været tvivl om, hvordan udregning af pointene er fremkommet.

Dette er derfor blevet beskrevet og uddybet nedenfor under afsnittene »Tilbudspris« & »Leveringssikkerhed«.

I forbindelse med udbuddet er der indgivet klage fra Hørkram Foodservice A/S og under den verserende sag, har Klagenævnet for udbud af egen drift rejst spørgsmål om, hvorvidt der i evalueringen er blevet givet point for tilbudsgivernes opfyldelse af mindstekrav på 95 % i forhold til underkriteriet »leveringsperformance«.

Efter en nærmere gennemgang af evalueringen af »leveringsperformance« må vi, i samråd med vores advokat på sagen, erkende, at den anvendte pointmodel af kriteriet ikke har haft den fornødne vægtning, jf. udbudsmaterialet.

Henset til at der endnu ikke på nuværende tidspunkt er indgået kontrakter i sagen, vil udbyder rette op på ovennævnte forhold ved at udsende denne reviderede underretning om tildeling af kontrakter.

Det skal for en god ordens skyld nævntes at denne nye underretning medfører et andet resultat end hvad der tidligere er meddelt.

Det skal herudover bemærkes, at udbyder agter at afventer Klagenævnets afgørelse i den verserende klagesag, før end der eventuelt indgås kontrakt med de valgte tilbudsgivere, jf. nedenfor.

...

Tilbudspris (65 %)

Vurdering af tilbudspriserne er udregnet på baggrund hver delaftales samlede tilbudssum, indeksreguleret i forhold til bedste tilbud. 65 % = maksimalt 65 point, dvs. bedste pris får 65 point og efterfølgende tilbud indeksreguleret point i forhold til bedste pris.

Se pointskema nedenfor.

Leveringssikkerhed (35 %)

Udregning af den bedste leveringssikkerhed er, hvor meget bedre leveringssikkerhed, der tilbydes, udover 95 % (minimumskrav). Dvs. at der for de resterende 5 procent er maksimalt 35 point i konkurrence, svarende til 7 point pr. procent.

Pointantallet for den tilbudte leveringssikkerhed er herefter udregnet således:

Tilbudt leveringssikkerhed x 7 point = samlet pointantal. (Eks. tilbudt 3,30 % bedre leveringssikkerhed x 7 point = 23,10 point.

Se pointskema nedenfor.

...

På baggrund af den nye reviderede pointgivning indstiller Ejendomme og Indkøb, at udbyder indgår kontrakt med følgende leverandører Delaftale Kød: Gert Nielsen

Delaftale Kolonial: Hørkram Foodservice

Delaftale Frugt & Grønt: Interfrugt

Pointgivning, jf. tildelingskriterierne

| Delaftale Kød | Tilbud BC Catering | Tilbud Hørkram | Tilbud Gert Nielsen | Tilbud ECB Kød |
|--|--------------------|----------------|---------------------|----------------|
| Tilbudspris (Vægt 65 %) Point (indekseret i forhold til bedste tilbud) | 65,00 | 49,66 | 62,27 | 64,42 |
| Leveringsperformance (35 %) Hvor mange procentpoint bedre end 95 % (Minimumskrav) | 98,30 3,30 | 99,48 4,48 | 98,80 3,80 | 95,00 0,00 |
| Tilbudt leveringssikkerhed x 7 point | 23,10 | 31,36 | 26,60 | 0,00 |
| Sum Point | 88,10 | 81,02 | 88,87 | 64,42 |

| Delaftale Kolonial | Tilbud BC Catering | Tilbud Hørkram |
|--|--------------------|----------------|
| Tilbudspris (Vægt 65 %) Point (indekseret i forhold til bedste tilbud) | 65,00 | 62,81 |
| Leveringsperformance (35 %) Hvor mange procentpoint bedre end 95 % (Minimumskrav) | 98,30 3,30 | 99,48 4,48 |
| Tilbudt leveringssikkerhed x 7 point | 23,10 | 31,36 |
| Sum Point | 88,10 | 94,17 |

| Delaftale Frugt & Grønt | Tilbud BC Catering | Tilbud Hørkram | Tilbud Interfrugt |
|-------------------------|--------------------|----------------|-------------------|
|-------------------------|--------------------|----------------|-------------------|

| | | | |
|--|-------|-------|-------|
| Tilbudspris (Vægt 65 %) Point (indekset i forhold til bedste tilbud) | 63,29 | 65,00 | 64,25 |
| Leveringsperformance (35 %) Hvor mange procentpoint bedre end 95 % (Minimumskrav) | 98,30 | 99,48 | 99,90 |
| Tilbudt leveringssikkerhed x 7 point | 23,10 | 31,36 | 34,30 |
| Sum Point | 86,39 | 96,36 | 98,55 |

Samtlige tilbud er bedømt i henhold til de udbudte tildelingskriterier med ovennævnte resultat«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at hovedformålet med håndhævelsesloven ifølge bemærkningerne til lovforslaget er at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Dette tilgodeses blandt andet ved i lovens § 2, stk. 2, at stille et skærpet krav om, at indklagedes underretning om sin tildelingsbeslutning skal indeholde en »kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen«. Denne redegørelse skal opfylde kravene i udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led. Indklagede er dermed forpligtet til at give klageren en redegørelse med et sådant indhold og omfang, at klager bliver i stand til at forstå udfaldet af indklagedes tildelingsbeslutning. Indklagedes tildelingsbeslutning af 6. maj 2011 opfylder ikke dette krav, idet den alene oplyser om pointtildelingen uden en forklaring på, hvordan points er tildelt. For så vidt angår kriteriet om »Økonomi (Pris)« er en oplysning om en vægtet score uden en samtidig beskrivelse af baggrunden for den tildelte score ikke tilstrækkelig til at opfylde håndhævelseslovens begrundelseskrav. Det følger i den forbindelse af klagenævnets kendelse af 6. maj 2011 Fællesbo mod Herning Kommune og Retten i Første Instans dom i sag T-89/07 Vip Car Solutions SARL mod Europa-Parlamentet, at ordregivere er forpligtet til at oplyse de tilbudte priser. Det kan heller ikke i øvrigt af underretningen udledes, om indklagede har foretaget en tilbudsvurdering i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Indklagede har gjort gældende, at kravene til en kort redegørelse i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 2, og kravene til begrundelse i udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led, er opfyldt. Klageren fik således oplysning om både den relative forskel mellem de priser, henholdsvis klageren og den vindende tilbudsgiver havde tilbudt, og om, hvad de øvrige tilbudsgivere havde tilbudt med hensyn til leveringssikkerhed. Der kan ikke

stilles krav om, at der som led i angivelsen efter udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led af relative fordele og karakteristiske egenskaber ved det vindende tilbud skal gives en redegørelse for beregningen af totalpris i et tilfælde som dette, jf. herved Retten i Første instans domme i sagerne T-183/00, Straberg Benelux NV mod Rådet for Den Europæiske Union, og T-169/00, Esedra SPRL mod Kommissionen.

Ad påstand 2 a

Klageren har gjort gældende, at tilbudsvurderingen i forhold til underkriteriet »Økonomi (Pris)« efter den valgte bedømmelsesmodel udelukkende er sket på grundlag af de tilbudte priser anført i tilbudslisten. Samtidig er tilbudsgivere forpligtede til at have et bredt og fleksibelt sortiment ud over tilbudslistens produkter, og tilbuddet skal indeholde en engrosprisliste indeholdende prisoplysninger om tilbudsgiverens standardprodukter inden for delaftalens område, men ud over det udbudte sortiment i tilbudslisten. På den ene side indikerer udbudsbetingelserne dermed, at prisevalueringen udelukkende sker på baggrund af tilbudslistens priser. Ved samtidig at afkræve tilbudsgiverne en række oplysninger om det øvrige sortiment forstået som sortimentet ud over tilbudslistens produkter, signalerer indklagede på den anden side, at disse tilbudsoplysninger ligeledes har betydning for indklagede, uden at oplysningerne dog vægtes under tilbudsvurderingen. Dette indebærer, at det i høj grad er ugenomsigtigt for tilbudsgiverne, hvilke dele af tilbuddet som indgår i tilbudsvurderingen. Den manglende gennemsigtighed i indklagedes udbudsbetingelser indebærer en krænkelse af udbudsdirektivets artikel 2. Bedømmelsesmodellen er desuden uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og er derfor i strid med udbudsdirektivets artikel 53, jf. tilsvarende klagenævnets kendelse af 23. marts 2008, AV Form A/S mod Esbjerg Kommune m.fl. En angivelse af, at indklagede ønsker et bredt sortiment af standardprodukter inden for delaftalens område, opfylder endvidere ikke udbudsreglernes krav om, at den udbudte anskaffelse skal være tilstrækkeligt præcist defineret, og gør en prissammenligning umulig. På samme måde er det uklart, hvad kravet om angivelse af produkter, som kan erstatte de produkter, som fremgår af tilbudslisten, og kravet om angivelse af alternative produkter, betyder. Disse vilkår indebærer, at tilbudsgiverne selv kan bestemme, hvilke produkter, der omfattes af rammeaftalen.

Klageren har herudover gjort gældende, at § 10 i rammekontrakten i udbudsbetingelserne må forstås sådan, at den rabatsats, som omtales, er en rabat på tilbudsgivernes øvrige sortiment ud over det sortiment, som er indeholdt i tilbudslisten. Bestemmelsen gør det under alle omstændigheder uklart, om og i givet hvordan en rabatsats indgår i tilbudsvurderingen. Afgivelse af oplysninger om en tilbudt rabat som en del af tilbuddet, uden at disse oplysninger indgår i tilbudsvurderingen, indebærer en yderligere krænkelse af udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53, jf. tilsvarende klagenævnets kendelse af 17. december 2008, Bandagist-Centret A/S mod Århus Kommune, ad påstand 2, og klagenævnets kendelse af 12. marts 2009, Lyreco Danmark A/S mod Varde Kommune, ad påstand 5.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede med tilbudslisterne har etableret et lige og gennemskueligt bedømmelsesgrundlag, som er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. De i tilbudslisterne angivne varer, som udgør bedømmelsesgrundlaget vedrørende kriteriet om »Økonomi (Pris)«, dækker således 80 % af indklagedes forbrug og er dermed egnede til at udgøre et repræsentativt konkurrencegrundlag. Indklagede har ikke ved bedømmelsen af tilbuddene lagt vægt på andre forhold end de anførte underkriterier og har herved i relation til »Økonomi (Pris)« alene lagt vægt på de priser, som blev tilbudt i de udfyldte tilbudslistes, jf. underretningen om tildelingen i udbudsrapporten af 6. maj 2011. Engrosprislisten udgør den »yderste grænse« for, hvad der omfattes af den enkelte delaftale. Produkterne i listen indgår – som det klart fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 2.16 - ikke i bedømmelsesgrundlaget vedrørende »Økonomi (Pris)«. Der er efter blandt andet klagenævnets kendelse af 17. november 2010, Intervare A/S mod Holbæk Kommune, intet til hinder for at kræve yderligere oplysninger af tilbudsgiverne, som ikke indgår i tilbudsbedømmelsen. Det skal blot udtrykkeligt fremgå, hvad der er konkurrenceparametret. Denne forudsætning er opfyldt her. Til støtte for at klagers påstand ikke skal tages til følge, har indklagede endvidere henvist til klagenævnets kendelser af henholdsvis 10. og 11. januar 2011 vedrørende indkøbsfællesskabet K 17s udbud af diverse vareanskaffelser til institutionsbrug.

Indklagede har endvidere anført, at det af hensyn til storkøkkenernes produktionsplanlægning er vigtigt, at storkøkkenet er bekendt med, hvilke varer der vil blive leveret, hvis leverandøren ikke kan levere de i tilbudslisten angivne varer. Køkkenerne er underlagt dokumentationskrav

om at kunne spore de enkelte produkter. Det er også af denne grund vigtigt, at køkkenet er bekendt med, hvilket produkt der erstatter en vare, som eventuelt ikke kan leveres. Sådanne produkter skal således indtastes i køkkenernes kostprogrammer af hensyn til sporbarhed i produktionen. Kravene om engrosprisliste m.v. skal også ses på denne baggrund.

Ad påstand 2 b

Klageren har gjort gældende, at afgrænsningen og bedømmelsesmodellen vedrørende underkriteriet »Leveringssikkerhed« er uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet det ikke i udbudsbetingelserne er fastlagt, hvordan tilbudsgiverne skal konkurrere på deres evne til at tilbyde en garanti for, at flere end 95 % af de tilbudte produkter leveres 100 % fejlfrit, jf. kravspecifikationens punkt 17.10. Udbudsbetingelserne foreskriver endvidere ikke, hvordan tilbudsgiverne skal afgive deres oplysning om leveringssikkerhed, herunder især spørgsmålet om, hvordan en tilbudt leveringssikkerhed skal dokumenteres af tilbudsgiverne. Endelig indeholder kontrakten ikke mekanismer, som sikrer en overholdelse af den tilbudte leveringssikkerhed. Den tilbudte leveringssikkerhed er dermed ikke forbundet med kontraktens genstand. Indklagedes bedømmelsesmodel vedrørende underkriteriet er derfor i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53.

Indklagede har gjort gældende, at kravet om fejlfri levering umisforståeligt vedrører enhver fejl forbundet med en given levering, herunder både mangelfulde varer, forsinket levering, varer som ikke stemmer overens med bestillingen m.v. Det fremgår endvidere udtrykkeligt af udbudsbetingelsernes punkt 2.16 og kravspecifikationens punkt 17.10, at konkurrenceparametret med hensyn til »Leveringssikkerhed« er en leveringssikkerhed, som overstiger minimumskravet på 95 %. Underkriteriet er forbundet med kontraktens genstand, tillægger ikke indklagede et ubetinget frit valg, fremgår udtrykkeligt af udbudsbetingelserne og overholder de grundlæggende principper i EU-retten, herunder ligebehandlingsprincippet. Kriteriet er dermed lovligt. Når kontrakt er indgået, er det endvidere et rent kontraktuelt spørgsmål, hvordan indklagede kontrollerer, om den valgte leverandør overholder den aftalte leveringssikkerhed, og hvordan misligholdelse sanktioneres.

Ad påstand 2 c

Klageren har gjort gældende, at indklagedes beskrivelse af det udbudte sortiment er utilstrækkelig og i strid med udbudsdirektivets artikel 2, og har herom i det væsentlige anført det samme som fremgår oven for ad påstand 2 a.

Indklagede har gjort gældende, at beskrivelsen er tilstrækkelig gennemsigtig og har herom i det væsentlige anført det samme som fremgår oven for ad påstand 2 a.

Ad påstand 2 d

Klageren har i det væsentlige gjort samme anbringender gældende som vedrørende påstand 2 a. Klageren har herudover gjort gældende, at en afløftning af udbudspligten vedrørende indklagedes samlede behov ved anskaffelser under den udbudte kontrakt forudsætter, at såvel i) kravspecifikationen som ii) bedømmelsesmodellen tager højde for og er rettet imod såvel de 80 % af behovet som de resterende 20 %. Kravene i kravspecifikationens punkt 1.1, 1.3 og 1.8 om et bredt sortiment m.v. viser vigtigheden for indklagede af, at den kommende leverandør har et bredt sortiment inden for de udbudte områder. Indklagedes bedømmelsesmodel, som beskrevet i udbudsbetingelsernes punkt 2.16, indebærer imidlertid, at tilbudsgivernes generelle sortimentet ikke indgår som et af de konkurrenceparametre, der vægtes under bedømmelse af, hvilken tilbudsgiver der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud til trods for, at udbudsbetingelserne er baseret på en grundlæggende forudsætning om et bredt sortiment. Ved på den ene side at stille en række krav til tilbudsgivernes brede sortiment og på den anden side undlade at tillægge disse oplysninger betydning under tilbudsvurderingen har indklagede skabt et konkurrencegrundlag, som er uigenomsigtigt for tilbudsgiverne, og som strider mod udbudsdirektivets artikel 2. Bedømmelsesmodellen er endvidere uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet den udelukkende tager højde for de 80 % af indklagedes behov, som fremgår af tilbudslisten, og den er derfor i strid med udbudsdirektivets artikel 53.

Indklagede har gjort samme synspunkter gældende som ad påstand 2 a og har bestridt det yderligere af klageren anførte under henvisning hertil.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede i udbudsbetingelsernes tilbuds-lister i en række tilfælde har beskrevet det udbudte ved at henvise til be-stemte fabrikater og bestemte varemærker, herunder uden samtidig at angi-ve »eller tilsvarende«. Indklagede har ikke bevist, at dette var nødvendigt for at give en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand. Indklagede har derfor handlet i strid med udbudsdirektivets arti-kel 23, stk. 8.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke har været muligt at give en til-strækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af de ønskede produkter uden at angive varemærker/referenceprodukter. Indklagede har derfor, jf. direkti-vets artikel 23, stk. 8, sidste pkt., været berettiget til at henvise til varemær-ker og bestemte fabrikater. Indklagede har i den forbindelse mere udtrykke-ligt end krævet efter udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, sidste pkt. – hvor blot kræves tilføjelsen »eller tilsvarende« - angivet over for tilbudsgiverne, at andre produkter end de referenceprodukter, som nævnes i tilbudslisterne, kan opfylde indklagedes krav. Det er således ovenfor i listerne angivet, at tilbudsgiverne skal udfylde tilbudslisten med det af deres tilbudte produkter inkl. pris, som efter deres opfattelse vil kunne erstatte det nuværende pro-dukt. Denne angivelse stiller tilbudsgiverne på præcis samme måde – eller bedre – end en angivelse af »eller tilsvarende«.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at ovennævnte overtrædelser af udbudsregler-ne er så væsentlige og kvalificerede, at tildelingsbeslutningen skal annullere-s.

Indklagede har gjort gældende, at da der ikke er begået overtrædelser, er der ikke grundlag for annulation.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet i medfør af lov om håndhæ-velse af udbudsreglerne m.v. har beføjelse til at pålægge indklagede at lov-liggøre sin udbudsprocedure. Kontrakter er fortsat ikke indgået. Lovliggø-relse vil derfor indebære, at indklagede annullerer udbuddet. Hvis indklage-

de fortsat har behov for at anskaffe varerne, vil indklagede dernæst skulle iværksætte et nyt udbud. Der er derfor grundlag for at udstede det påståede påbud.

Indklagede har gjort gældende, at påstanden skal afvises, idet klagenævnet alene kan pålægge lovliggørelse af et igangværende udbud. Klagenævnet kan derimod ikke påbyde en ordregiver at iværksætte et nyt udbud i tilfælde, hvor den tildelingsbeslutning, som afslutter et udbud, annulleres. Et pålæg om, at et eventuelt nyt udbud skal overholde udbudsdirektivet, vil ikke ændre den retsstilling, der allerede gælder for indklagede efter udbudsdirektivet. Indklagede har herved henvist til klagenævnets kendelse af 15. december 2005, Air Liquide Danmark A/S mod Roskilde Kommune, ad påstand 21.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 1, skal ordregivere, der afholder et udbud, som er omfattet af udbudsdirektivet, underrette samtlige berørte tilbudsgivere om beslutninger vedrørende blandt andet tildeling af rammeaftaler som nærværende. Underretningen skal ifølge § 2, stk. 2, være ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen, og skal angive, hvornår standstillperioden, jf. § 3, stk. 1, udløber.

Bestemmelsen i § 2, stk. 2 gennemfører artikel 2 a, stk. 2, i Rådets direktiv om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (89/665), som ændret ved Rådets direktiv 92/50 og senest ved Europarlementet og Rådets direktiv 2007/66. Ifølge artikel 2 a, stk. 2, skal ordregiverens begrundelse i underretningen opfylde kravene i udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, hvorefter ordregiveren blandt andet skal meddele:

»...alle tilbudsgivere, der har afgivet et antageligt tilbud, om det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele, og meddeler dem navnet på den tilbudsgiver, hvis bud er antaget.«

Det følger af blandt andet Rettens dom i sag T-437/05, Brink's Security Luxembourg, mod Kommissionen, som vedrører den til udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, svarende bestemmelse om begrundelsespligt i artikel 149, stk. 3, i forordning nr. 2342/2002 af 23. december 2002 om gennemførelsesbestemmelser til finansforordningen, som ændret ved Kommissionens forordning nr.1261/2005 af 20. juli 2005, at begrundelsen klart og utvetydigt skal angive de betragtninger, som ordregiveren har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret (præmis 158).

Udbuddet vedrører rammeaftaler om en række produkter med »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« som tildelingskriterium. I underretningen (»udbudsrapporten«) af 6. maj 2011 er navnene på de tilbudsgivere, som der er truffet beslutning om at tildele kontrakt, oplyst. Det er endvidere oplyst, hvordan pointtildelingen er foretaget. Ved gengivelsen af pointtildelingen er der givet klageren mulighed for at identificere, med hensyn til hvilke af de fastsatte underkriterier de vindende tilbud har adskilt sig positivt fra klagerens og den relative fordel ved disse tilbud. Klageren har dermed med udbudsrapporten om tildelingsbeslutningen modtaget en tilstrækkeligt detaljeret begrundelse, som giver klageren den krævede viden om grundlaget for indklagedes tildelingsbeslutning. Herefter og da indklagedes underretning indeholder oplysning om standstillperiodens udløb, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 2 a, 2 c og 2 d

Påstandene 2 a, 2 c og 2 d vedrører alle spørgsmålet om, hvorvidt indklagede har beskrevet de udbudte leverancer med tilstrækkelig tydelighed og på en sådan måde:

- at tilbudsgiverne kan afgive tilbud på et gennemsigtigt og forståeligt grundlag,
- at det er muligt entydigt at bedømme, om de afgivne tilbud er konditionsmæssige,
- at de modtagne tilbud er indbyrdes sammenlignelige og herunder indeholder oplysninger, som gør det muligt at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud efter det fastsatte tildelingskriterium og underkriterierne hertil.

Da flere af påstandene helt eller delvist er udtryk for samme klagepunkt, behandles sådanne påstande samlet i det følgende.

Ad påstand 2 a, nr. i og ii, 2 c, nr. iii, og 2 d, nr. i og ii.

Kontraktgenstanden er i udbudsbekendtgørelsen beskrevet som en flerårig rammeaftale, som omfatter fødevarerleverancer til de omfattede kommuners storkøkkener opdelt på 3 delaftaler vedrørende 1) leverance af kød, 2) leverance af kolonial, herunder mælk, pålæg og frost og 3) leverance af frugt og grønt. I udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.5) er leverancerne for 80 procents vedkommende defineret ved henvisning til opstillingen af varer i tilbudslisterne. Det fremgår tillige af tilbudslisterne, at disse er udtryk for indklagedes indkøbsflow. For de resterende 20 procent af leverancernes vedkommende stilles der i kravspecifikationens punkt 1.3 krav om, at leverandøren, ud over de varer, som er oplyst i tilbudslisternem og hvor pris skal angives, skal have »et bredt sortiment af standardprodukter inden for delaftalens område«. Tilbudsgiverne skal i den forbindelse vedlægge en engrosprisliste med angivelse af, hvilke varer der er lagerførte varer og hvilke der er skaffevarer. Tilbudsgiverne skal endvidere, jf. kravspecifikationens punkt 1.8, angive, om nogle af de tilbudte varer kan leveres i et andet mærke, og oplyse, hvis der tilbydes alternative mærker.

Som udbudsbetingelserne er formuleret, er det klart for tilbudsgiverne, at bedømmelsesgrundlaget med hensyn til underkriteriet »Økonomi (Pris)« er de i tilbudslisterne tilbudte priser. Det bemærkes i den forbindelse, at punkt 1.8 efter sammenhængen med kravet i punkt 1.3 om et bredt sortiment og om, at der vedlægges en engrosprisliste samt henset til anmodningen i indledningen til tilbudslisterne om at anføre erstatningsprodukter for det nuværende produkt, må forstås sådan, at kravet om oplysning om mulighed for at levere i et andet mærke og alternative produkter alene vedrører de varer, som er indeholdt i engrosprislisterne.

Klagenævnet finder endvidere ikke grundlag for at kritisere, at der ved udbuddet af en aftale som nærværende ikke i bedømmelsesgrundlaget vedrørende »Økonomi (Pris)« (de udfyldte tilbudslistere) er medtaget samtlige de produkter, som omfattes af udbuddet af de enkelte delaftaler. Det må således efter det i udbudsbekendtgørelsen og tilbudslisterne angivne lægges til grund, at de varer, med hensyn til hvilke der anmodes om pris, er et repræsentativt udtryk for indklagedes indkøbsmønster, og at den valgte

bedømmelsesmodel dermed er egnet til at bedømme de modtagne tilbud i relation til underkriteriet »Økonomi (Pris)«.

Påstand 2 a, nr. i og ii, 2 c, nr. iii, og påstand 2 d, nr. i og ii, tages derfor ikke til følge.

Klageren har som det fremgår ovenfor vedrørende både påstand 2 a og påstand 2 c tillige gjort gældende, at den rabat, der er forudsat i § 10 i rammeaftalen, ikke er indregnet ved prisbedømmelsen, eller det i hvert fald har været uklart, hvordan dette skulle ske, og at dette betyder, at det ikke har været muligt at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Anbringendet om rabat har ikke nogen sammenhæng med påstand 2 a eller de i øvrigt nedlagte påstande. Klagenævnet finder dog anledning til at bemærke, at § 10 i den rammekontrakt, som er indeholdt i udbudsbetingelserne, må forstås sådan, at rabatten vedrører de produkter, hvor en specifik pris er tilbudt i tilbudslisten (de 80 % af det forventede forbrug), og varer, som efterfølgende direkte substituerer tilbudslistevarer. Kravet gælder imidlertid ikke de øvrige varer, som omfattes af udbuddet (de 20 %). Rabat er dermed indregnet ved indklagedes prisbedømmelse, som ifølge udbudsbetingelserne sker på grundlag af de i de priser, som fremgår af tilbudslisten.

Ad påstand 2 a, nr. iii, og påstand 2 c, nr. ii

De udbudte delaftaler er flerårige rammeaftaler, som skal dække de omfattede kommuners samlede behov for fødevarerleverancer til deres storkøkkener. Ved rammeaftaler som de foreliggende er det forventeligt, at der i kontraktens løbetid er behov for en vis justering, som afspejler ordregiverens aktuelle behov. Klagenævnet finder ikke, at kravet i kravspecifikationens punkt 1.1 om, at »Leverandøren skal være villig til at tilpasse sortimentet i varelisten i samarbejde med kunden og kundens institutioner, således at det modsvarer det aktuelle behov« ligger udover, hvad der må anses for et sagligt begrundet krav herom. Klagenævnet finder herunder ikke, at kravet i punkt 1.1 betyder, at den, jf. ovenfor ad påstand 2 a, nr. i og ii, 2 c, nr. iii, og 2 d, nr. i og ii, beskrevne kontraktgenstand ændres i en grad, som strider mod gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet.

Påstand 2 a, nr. iii, og påstand 2 c, nr. ii, tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2 c, nr. i

Det udbudte er som nævnt for 80 procents vedkommende beskrevet ved op-listning af enkelte varer og varegrupper i tilbudslisterne, som viser de udbydende kommuners nuværende indkøbsflow. Det er umiddelbart ikke forventeligt, at alle potentielle tilbudsgivere kan tilbyde præcist samme varer, som kommunerne hidtil har indkøbt. Ved rammeaftaler som de udbudte er det derfor sagligt velbegrundet at give tilbudsgiverne mulighed for at tilbyde varer, som svarer til de hidtil indkøbte, men som ikke stemmer præcist overens med den beskrivelse, indklagede har givet af den hidtil indkøbte vare i tilbudslisten. Kravet om, at tilbudsgiverne udfylder tilbudslisten med »den af deres tilbudte produkter inkl. pris som efter deres opfattelse kan erstatte det nuværende produkt« er dermed ikke en utilstrækkelig beskrivelse af det udbudte sortiment.

Påstand 2 c, nr. i, tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 2 a, nr. iv, og 2 d, nr. iii og iv

Kravet om villighed til tilpasning af sortimentet i kravspecifikationens punkt 1.1 indebærer ikke, at indklagede skulle have benyttet en anderledes bedømmelsesmodel, som indebar, at der konkurreres på tilbudsgivernes generelle sortiment inden for det udbudte produktområde, i stedet for den anvendte, jf. om den anvendte bedømmelse bedømmelsesmodel tillige det, som er anført oven for ad påstand 2 a, nr. i og ii, 2 c, nr. iii, og påstand 2 d, nr. i og ii. Heller ikke kravet i kravspecifikation punkt 1.8 om oplysning om: »Hvor stor en andel af de tilbudte produkter kan leveres i et andet mærke end det tilbudte?« kan føre til, at indklagede skulle have benyttet en anderledes bedømmelsesmodel, som indebar, at der konkurreredes på tilbudsgivernes generelle sortiment inden for det udbudte produktområde, i stedet for den anvendte model.

Påstandene 2 a, nr. iv, og 2 d, nr. iii og iv, tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2 b

Klagenævnet finder det ikke uklart, hvad der forstås ved »varelinjerne leveres 100 % fejlfrit« i definitionen af underkriteriet om leveringssikkerhed i kravspecifikationens punkt 17.10. Efter ordlyden af punkt 17.10 skal

tilbudsgiverne således forpligtede sig til at levere mindst 95 % af varerne omfattet af den indgåede delaftale fuldstændigt fejlfrit, det vil sige således, at der leveres fejlfri varer i overensstemmelse med aftalens vilkår om leveringstid, -sted m.v. Der fremgår endvidere, at der i henhold til udbudsbetingelserne og det fastsatte underkriterium om »Leveringssikkerhed« til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« konkurreres på tilbud om en leveringssikkerhed, der ligger ud over de 95 %.

At indklagede har valgt ikke at stille krav om dokumentation for opfyldelse af kravet om minimum 95 % fejlfri levering og for, at tilbudsgiveren kan leve op til tilbud om levering af mere end 95 % fejlfrit, er ikke i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 eller med artikel 53. Om indklagede ved udformningen udbudsbetingelserne vælger at lade sig nøje med en kontraktlig forpligtelse, som følger af den valgte tilbudsgivers accept af kravet i punkt 17.10 og tilbud, som ligger herudover, eller om indklagede kræver dokumentation for, at tilbudsgiverne i relation til andre lignende leverancer har haft en fejlprocent, som ligger på højde med det tilbudte, er således ikke et udbudsretligt spørgsmål, men et valg blandt mulige måder at udforme udbudsbetingelserne, der tilkommer indklagede.

Endelig er det et rent kontraktuelt spørgsmål, hvorledes indklagede efter aftaleindgåelsen vil og kan kontrollere, at den valgte tilbudsgivers leveringssikkerhed er i overensstemmelse med det tilbudte og hvordan manglende overholdelse heraf sanktioneres. At indklagede ikke har fastsat nærmere vilkår herom i udbudsbetingelserne er således ikke en overtrædelse af udbudsreglerne.

Påstand 2 b tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Der er i flere tilfælde i tilbudslisterne vedrørende delaftalerne 1 og 2 henvist til bestemte fabrikater og bestemte varemærker, som for eksempel »Flæskebov i tern af ESS-Food nr. 1351« og »Mammen Guld«.

Klagenævnet finder det ikke godtgjort, at kontraktens genstand har gjort det nødvendigt at henvise til bestemte fabrikater og bestemte varemærker. Klagenævnet tillægger det i den forbindelse betydning, at indklagede med hen-

syn til en række andre varer angivet i tilbudslisterne, som ikke ses at adskille sig på afgørende måde fra de varer, som er beskrevet med henvisning til varemærker, har været i stand til at beskrive varen uden henvisning til bestemte fabrikater eller varemærker. Indklagede har dermed overtrådt udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8.

Påstand 3 tages derfor til følge.

Ad påstand 4

Den ad påstand 3 konstaterede overtrædelse kan, navnlig henset til den i tilbudslisterne øverst angivne mulighed for at angivet hvilket »af deres tilbudte produkter inkl. pris som efter deres opfattelse kan erstatte det nuværende produkt«, ikke antages at have påvirket udfaldet af tilbudsbedømmelsen.

Den konstaterede overtrædelse kan dermed ikke begrunde en annullation af tildelingsbeslutningerne.

Ad påstand 5

Som klagerens påstand 5 er formuleret vedrører den lovliggørelse af et ved tildelingsbeslutningen afsluttet udbud. Påstanden er således meningsløs. Hertil kommer, at en konstatering fra klagenævnets side af, at indklagede ved et nyt udbud skal anvende udbudsbetingelser, som respekterer udbudsreglerne, vil ikke ændre den retsstilling, som allerede er gældende for indklagede. Påstanden afvises derfor.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, ved i udbudsbetingelsernes tilbudsliste i en række tilfælde at beskrive det tilbudte ved at henvise til bestemte fabrikater og bestemte varemærker, herunder uden en samtidig angivelse af udtrykket »eller tilsvarende«, uagtet det ikke var nødvendigt for at give en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand.

Indklagede, Roskilde Kommune på vegne Fællesudbud Sjælland, skal i sagsomkostninger til klageren, Hørkram Foodservice A/S, betale 8.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse. Ved fastsættelsen af sagsomkostninger er der taget hensyn til, at klageren kun har fået medhold i en begrænset del af de meget omfattende påstande, og at der ikke er sket annullation.

Klagegebyret tilbagetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1, 2 a, 2 b, 2 c, 2 d og 4. Påstand 5 afvises.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Nielsen
kontorfuldmægtig