

Indklagede har efterfølgende annulleret udbuddet. Klagen er herefter tilbagekaldt. Delkendelsen er således klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

(Visse oplysninger i kendelsen er på klagerens begæring ikke offentliggjort)

A-Sport A/S
(erhvervsjurist Susanne Bak Lerke, Horsens)

mod

Københavns Kommune
(advokat Mikala Berg Dueholm, København)

Intervenient:

Tress A/S
(advokat Sune Troels Poulsen, Kolding)

Klagenævnet har den 6. december 2019 modtaget en klage fra A-Sport A/S.

A-Sport har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Københavns Kommune har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 8 og svarskrift med bilag A - D, replik (supplerende klageskrift) og duplik.

Tress A/S har ikke indgivet et processkrift i sagen.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 samt reglerne i udbudsloven § 45 ved at have anvendt en evalueringsmetode der er uigennemsigtig og ikke er repræsentativ og dermed ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 2:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have foretaget en åbenbart forkert evaluering af A-Sport A/S tilbud.

Påstand 3:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 42 ved at have angivet specifikke varemærker i Bilag C og anvendt det som et udtryk for den kvalitet Kommunen ønsker sig.

Subsidiært skal Klagenævnet for Udbud konstatere, at angivelserne af varemærker skulle have været efterfulgt af formuleringen eller tilsvarende, jf. § 42, stk. 2.

Påstand 4:

Klagenævnet for Udbud skal annullere Københavns Kommunes beslutning om at tildele kontrakten til Tress A/S.”

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

Klagenævnet har tilladt, at Tress A/S er indtrådt i klagenævns sagen til fordel for Københavns Kommune, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 184-447314 afsendt den 20. september 2019 iværksatte Københavns Kommune et sortimentsudbud af en rammeaftale om levering af idræts- og genoptræningsudstyr.

Udbudsmaterialet består foruden udbudsbetingelserne af:

- Udbudsbekendtgørelsen
- Bilag A: Udkast til Rammeaftale med tilhørende bilag
- Bilag B: Tilbudsliste – Rabatsats og priser
- Bilag C: Statistik over historisk forbrug

I udbudsbetingelserne står der:

”...

2. Kontraktens genstand

2.1 Kort beskrivelse af kontrakten

Ved nærværende udbud ønsker Ordregiver at indhente tilbud på køb og levering af idræts- og genoptræningsudstyr, samt serviceeftersyn for Københavns Kommune.

Området vil eksempelvis omfatte følgende produktgrupper:

- Udstyr til idrætshaller og gymnastiksale, herunder indendørs og udendørs
 - Fodbold, badminton, basketball, håndbold, bordtennis, hockey, mm.
- Udstyr til fitness- og genoptræningscentre

- Måtter, bolde, trampoliner, hulahopring, håndvægte, kettlebells, mm.

Ved Serviceeftersyn forstås lovpligtige sikkerheds- og serviceeftersyn af idrætshaller og gymnastiksale.

Københavns Kommune er blandt landets største arbejdspladser med ca. 45.000 ansatte. Rammeaftalen vil være gældende for alle ansatte i Københavns Kommune, som har behov for at købe idrætsudstyr. ...

For nærmere beskrivelse af de udbudte ydelser, herunder de mindstekrav ydelserne skal opfylde, henvises til Bilag 1 - Teknisk specifikation, Bilag B - Tilbudslisten, samt eventuelle rettelser og besvarelse af spørgsmål.

Ordregivers krav til kontraktvilkår fremgår af udkast til Rammeaftale (bilag A)

Ordregiver har i Bilag C – Statistik over det historiske forbrug angivet det repræsentative historiske indkøb foretaget i 2016/2017. Listen indeholder produktnavn og mængde på de tidligere køb og er alene et udtryk for den kvalitet Ordregiver er interesseret i at købe og ikke et udtryk for, at det er de pågældende produkter og/eller producenter, Ordregiver ønsker at købe.

Denne udbudte aftale er en rammeaftale i overensstemmelse med reglerne i udbudsloven. ...

Det er ordregiveres forventning, at de samlede årlige indkøb på rammeaftalen vil være 8.750.000 DKK om året.

...

2.3 Antal økonomiske aktører på kontrakten

Ordregiver ønsker at indgå aftale med én økonomisk aktør.

...

3.2 Udbudsform

...

Dette udbud kendetegnes ved, at Ordregiver i tilbudslisten kun oplister produktgrupper og ikke varer, så vidt angår idræts- og genoptræningsudstyr.

Det er et mindstekrav, at Tilbudsgiver skal byde ind med alle sine varer i sit katalog, som kan kategoriseres efter de i tilbudslisten definerede produktgrupper. Det er som udgangspunkt leverandørens webshop der ligger til grund for det tilbudte sortiment, såfremt varerne kan kategoriseres efter de i tilbudslisten definerede produktgrupper. Har leverandøren ikke webshop, er det leverandørens papirkataloger, der ligger til grund for det tilbudte sortiment.

Det er et mindstekrav, at tilbudsgivers katalog, der danner grundlag for dennes tilbud, er forankret i markedet, og at de varer der tilbydes, ligeledes sælges til hele markedet via et offentligt tilgængeligt papirkatalog eller på tilbudsgivers webshop.

Tilbudsgiver skal udfylde tilbudslisten med alle varer fra eget varesortiment, som kan kategoriseres indenfor tilbudslistens definerede vare- og produktgrupper.

...

6. Tildeling af kontrakt

6.1 Kriterier for tildeling

Ordregiver vil tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvilket identificeres på grundlag af pris.

Ordregiver vil anvende følgende underopdeling i priserne:

<u>Tildelingskriterium</u>	<u>Delpriser</u>	<u>Vægtning</u>
Pris	Varekurv på idræts- og genoptræningsudstyr.	95 %
	Lovpligtige sikkerheds- og serviceeftersyn	5 %
<u>I alt</u>		100%

6.2 Evalueringsmetode

6.2.1 Varekurv på idræts- og genoptræningsudstyr

Ordregiver har oplistet i alt 110 produktgrupper i Bilag B: Tilbudslisten. Tilbudsgiver skal udfylde tilbudslisten med alle varer fra eget sortiment, som kan kategoriseres under produktgrupperne.

Det er et mindstekrav, at tilbudsgiver skal tilbyde og dermed udfylde minimum 100 produktgrupper af de i Bilag B oplistede produktgrupper.

Yderligere informationer om, og vejledning til, hvordan tilbudslisten skal udfyldes, findes i Bilag B: Tilbudsliste (Rabatsats og priser)

Evalueringen vil blive foretaget på baggrund af et fiktivt standardindkøb (en "varekurv"), der indeholder produktgrupper og mængder, som er repræsentative for ordregivers indkøbsmønster.

"Varekurven" er fastlagt inden offentliggørelsen af udbudsmaterialet og herefter låst og arkiveret i Ordregivers sagsstyringssystem "eDoc". "Varekurven" bygger på de repræsentative historiske indkøb for 2016 og 2017 jf. Bilag C – Statistik over historisk forbrug, der er et repræsentativt udsnit af Ordregivers samlede indkøb af idræts- og genoptræningsudstyr i 2016/2017.

Det repræsentative historiske indkøb (Bilag C) er primært baseret på den økonomiske volumen, men har samtidig medtaget varer fra alle produktkategorier og skal således understøtte gennemsigtigheden af varerne i "varekurven".

Det repræsentative historiske indkøb (Bilag C) indeholder produktnavn og mængde på de tidligere køb og er alene et udtryk for den kvalitet Ordregiver er interesseret i at købe og ikke et udtryk for, at det er de pågældende produkter og/eller producenter, Ordregiver ønsker at købe.

Ordregiver vil i forbindelse med tilbudsevalueringen foretage et fiktivt standardindkøb ved at "plukke" ca. 200 varer, der er sammenlignelige, fra Tilbudsgivers fulde sortiment jf. Bilag B: Tilbudsliste, og dermed får en pris på "varekurven" hos hver Tilbudsgiver.

Det er en forudsætning for evalueringen, at der i varekurven kan findes mindst 150 sammenlignelige varer, (det vil sige varer, som de egnede Tilbudsgivere kan tilbyde som en del af deres sortiment på tidspunktet for foretagelsen af det fiktive standardindkøb).

Såfremt mindst én leverandør ikke tilbyder en efterspurgt vare, vil varen udgå af varekurven for alle tilbudsgivere. På den måde sikres det, at der kun evalueres på baggrund af sammenlignelige varer (det vil sige varer, som samtlige tilbudsgivere har tilbudt i Udbudslisten)

Ved ikke sammenlignelige pakningsstørrelser vil der blive foretaget en omregning, så pakkestørrelserne er sammenlignelige. Det er ordregivers ansvar at verificere, at produkterne er sammenlignelige.

Det fiktive standardindkøb foretages med den mængde af hver vare, der historisk set er købt af Ordregiver i en periode på 24 måneder jf. bilag C – Statistik over historisk forbrug.

Det fiktive standardindkøb vil ske ved deltagelse af udbudskonsulenter og fagpersoner ansat i forvaltningerne i Københavns Kommune for at sikre, at kvaliteten af de valgte produkter til varekurven er sammenlignelige. Fagpersonerne består bl.a. af fysioterapeuter og medarbejdere fra idrætshaller og skoler.

Den evalueringstekniske pris vil være prisen for den fiktive standardindkøb/varekurv på baggrund af Tilbudsgivers dagspriser fratrukket den af Tilbudsgiver tilbudte rabatsatser.

...

6.2.3 Den samlede evaluering

Den evalueringstekniske pris i hver delpris ganges med den angivne vægtning under punkt 6.1

De vægtede evalueringstekniske priser lægges sammen til en samlet tilbudssum.

Det vindende tilbud, forstås som det tilbud som er det økonomisk mest fordelagtigt, vil være det tilbud med den laveste samlede tilbudssum.

...”

Der var ikke specificeret varelinjer i tilbudslisten. Derimod var tilbudslisten opdelt i 110 produktgrupper. Tilbudsgiverne skulle herefter udfylde listen med alle tilbudsgiverens varer inden for produktgrupperne og oplyse rabattsats, varenavn, -nummer og -beskrivelse, mængde, listepris og listepris fratrukket den tilbudte rabat.

Udbudsbetingelserne – ”Bilag C. Statistik over historiske forbrug. Bilaget viser en repræsentativ oversigt over det historiske forbrug i København Kommune i perioden 2016/2017” – indeholder en opstilling af 110 produktgrupper nævnt ved produktgruppens navn og med oplysning om historisk forbrug, fx følgende vedrørende effekter til fodbold:

Varekategori/varenavn

Fodbold

Fodboldmål

Fuldsvejset 11. mandsmål, 18 stk.

11-mandsmål, Smartlift, 1 stk.

HELO Ligamål, helsvejset, 2 stk.

Fuldsvejset 7-mandsmål, 22 stk.

Fuldsvejset 7-mandsmål, 6 stk.

5-mandsmål, podemål, 150x300 cm, D: 60/150 cm, 11 stk.

3-mandsmål, minipodemål, 100x150 cm, D: 60 cm, 40 stk.

Skolegårdsmaal, 120x180 cm, D: 70 cm, Varmeforsinket stål, 4 stk.

Arena minimål, fuldsvejset varmegalvaniseret, 92x138 cm, D: 50 cm, til multibane, 6 stk.

Arenamål, galvaniseret stål, 200x300 cm, D: 90 cm, til multibane, 2 stk.

Net til mål

Net til 11-mandsmål, 4 mm pp hvid, D: 90/20 cm, 48 stk.

Net 11-mandsmål, 4 mm speciel str. t/HELO mål, 64 stk.

Fodboldnet til 7 og 8-mandsmål, 4,5 cm masker, 3 mm hvid PP, D: 90/210, 24 stk.

Net til 11-mandsmål, 4,5 cm masker, 3 mm. hvid PP, knudeløs, D: 80/200, 16 stk.

Net 7-mandsmål, 4 mm, D: 80/10 cm, speciel str. t/HELO mål, 32 stk.

Net til 5-mandsmål, hvid, 20 stk.

Net til 3-mandsmål, småmasket, 26 stk.

Fodbold til Asfalt

Astro Street str. 4,5, 1.084 stk.

Select Astro str. 4,0, Ø: 21 cm, 360-380 g, 136 stk.

Street fodbold gummi str. 4,5, 110 stk.

Trial Ultima fodbold str. 5, 3-lags plastfodbold, 18 stk.

Trial Ultima fodbold str. 4, 3-lags plastfodbold, 84 stk.

Fodbold Select Astro str. 5, Ø: 22 cm. 425-440 g, 51 stk.

Trial Ultima Street str. 5, 24 stk.

Trial Ultima Street str. 4, 36 stk.

Midas Kids street, 24 stk.

Midas Azure Ecolo, Økologisk, str. 5, 34 stk.

Midas X-Treme str. 5, 30 stk.

Trial Trilo fodbold str. 4, 81 stk.

Trial Trilo fodbold str. 5, 28 stk.

Trial Trilo fodbold str. 3, 49 stk.

Trail Skolefodbold str. 4, 120 stk.

Trail Skolefodbold str. 5, 9 stk.

Trail Skolefodbold str. 3, 19 stk.

Fodbold til Græs

Fodbold Select Talento str. 4, 378 stk.

Fodbold Select Talento str. 5, 145 stk.

Fodbold Select Talento str. 3, 52 stk.

Fodbold Super Brilliant str. 5, 39 stk.

Fodbold Super Brilliant str. 4, 29 stk.

Fodbold Select Royale str. 5, 31 stk.

Fodbold Select Royale str. 4, 15 stk.

Fodbold Select Team 4, 47 stk.

Fodbold Select Team 5, 66 stk.

Fodbold Select Flash Turf str. 4, 28 stk.

Fodbold Select Flash Turf str. 5, 27 stk.

Fodbold Classic str. 5, 64 stk.

Fodbold Classic str. 4, 67 stk.

Fodbold Select Speed Indoor str. 5, 22 stk.

Fodbold Select Speed Indoor str. 4, 19 stk.

Indendørs fodbold

Mikasa Kids, 4, 163 stk.

Fodbold Select solo soft indoor str. 5, 53 stk.

Fodbold Select solo soft indoor str. 4, 35 stk.

Målmandshandske

Select Målmandshandske 88 Kid, str. 3, 3 stk.

Select Målmandshandske 88 Kid, str. 4, 7 stk.

Select Målmandshandske 88 Kid, str. 5, 12 stk.

Select Målmandshandske 88 Kid, str. 6, 18 stk.

Select Målmandshandske 88 Kid, str. 7, 16 stk.

Udstyr til fodboldtræning

Agility stige, med gummitrin, L: 400 cm, 28 stk.

Agility stige, med gummitrin, L: 900 cm, 9 stk.

Kegle til agility, rød, H: 38 cm, 30 stk.

For så vidt angår en meget stor andel af de øvrige produktgrupper indeholdt teksten – i lighed med det netop gengivne – tilsvarende henvisninger til fabrikater/varemærker.

Oplysningerne om de tidligere indkøb i bilag C angik 398 enkelte varer.

Det er oplyst, at kommunen inden offentliggørelsen af udbudsmaterialet havde sammensat en varekurv bestående af 198 varer, og at varekurven frem til evalueringen var ”låst og arkiveret i kommunens sagsstyringssystem”. Det er endvidere oplyst, at arbejdsgruppen på baggrund af kravet om udvælgelse af mindst 150 ”sammenlignelige” varer udvalgte 152 varer, da det blev vurderet, at der med hensyn til 46 ud af de 198 varer ikke var ”sammenlignelige” varer fra alle tre tilbudsgivere. Ifølge kommunens meddelelse om evalueringen og tildelingen var de 152 varer udvalgt inden for 78 af de 110 produktgrupper. En af de 152 varer indgik to gange (”Fuldsvejset 7-mandsmål”), og der er enighed mellem parterne om, at varekurven herefter indeholdt ikke over 151 forskellige varer.

Det er A-Sports opfattelse, at yderligere 4 varer var udvalgt to gange, nemlig:

I varekategorien ”Fodbold” med underkategorien ”Fodbold til asfalt”: ”Trial Ultima fodbold str. 4, 3-lags plastfodbold” og ”Trail Skolefodbold str. 4”.

I varekategorien "Bolde" med underkategorien "Dodgeball": "Trail Dodge Super Soft, Ø: 16 cm, 144 g" og "Playground Dodgeball, gummi, Ø: 16 cm".

I varekategorien "Floorball" med underkategorien "Floorballmål" varen "Floorball mål, 60x90, fuldsvejset" og i varekategorien "Hockey" med underkategorien "Hockeymål" varen "Hockeymål 90x60 cm, D: 35/50 cm, fuldsvejset inkl. net".

I varekategorien "Floorball" med underkategorien "Floorball bold" varen "Floorball bold, Crater Match, Ø: 7 cm, 23 g" og i varekategorien "Hockey" med underkategorien "Hockeybold" varen "Hockeybold Match X1, med hexamønster".

A-Sport er på denne baggrund af den opfattelse, at varekurven reelt kom ned på 147 varer og således under kravet i udbudsbetingelserne på mindst 150 varer.

Udbudsmaterialet ses ikke foruden det, der er anført i bilag C, at indeholde en beskrivelse af de produktgrupper og varer, udbuddet omfattede.

A-Sport, Tress A/S og Unisport Scandinavia ApS afgav hver især konditionsmæssige tilbud.

Den 26. november 2019 besluttede kommunen at tildele kontrakten til Tress A/S, der ifølge kommunens evaluering havde afgivet tilbuddet med den lavest evaluerings tekniske pris. Af underretningen herom fremgår bl.a.:

"...

Varekurv på idræts- og genoptræningsudstyr:

Evalueringen blev foretaget på baggrund af et fiktivt standardindkøb (en "varekurv"), der indeholder produktgrupper og mængder, som er repræsentative for ordregivers historiske indkøbsmønstre.

Evalueringen blev foretaget på baggrund af 152 sammenlignelige varer inden for 78 produktgrupper ud af 110 mulige.

..."

Resultatet af evalueringen var (vægtede priser):

” ...

Tilbudsgiver	Varekurv på idrætsudstyr (95%)	Sikkerheds- og serviceeftersyn (5%)
A-Sport A/S	1.384.084 kr.	15.000 kr.
Tress A/S	1.095.835 kr.	11.250 kr.
Unisport Scandinavia ApS	1.103.307 kr.	11.850 kr.

...”

På den baggrund blev Tress A/S tildelt kontrakten.

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

A-Sport har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Københavns Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har A-Sport gjort gældende, at Københavns Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med lovens § 45 ved at have anvendt en evalueringsmetode, der er uigennemsigtig, ikke repræsentativ og dermed ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

A-Sport har nærmere anført, at evalueringen af prisen i et sortimentsudbud skal ske på grundlag af et repræsentativt udsnit i forhold til det forventede indkøb, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud v/Kolding Kommune, og kendelse af 17. december 2015, BC Catering Roskilde A/S mod Rudersdal Kommune. Den valgte varekurv, der i det konkrete udbud har dannet grundlag for evalueringen, er imidlertid ikke repræsentativ.

Det forventede årlige indkøb er ifølge udbudsbekendtgørelsen på i alt 8.750.000 kr. Af underretningen om tildelingsbeslutningen fremgår, at de evaluerede varer modsvarer mindre end 15 % af det samlede forventede årlige indkøb. A-Sport har tilbudt [REDACTED] varenumre, da det ifølge udbudsmaterialet pkt. 3.2 er et mindstekrav, at tilbudsgiveren tilbyder hele sit varekatalog inden for de i tilbudslisten 110 definerede produktgrupper. Udbudsmaterialets bilag C, der bygger på indkøb for 2016 og 2017, udgør grundlaget for den fiktive varekurv, og i bilaget er medtaget 398 varer fordelt på alle 110 produktgrupper. Der sker konstant produktudvikling inden for branchen af genoptrænings- og idrætsudstyr, hvorfor der var risiko for, at mange af de varer i den fiktive varekurv, der var fra 2016 og 2017, ved evalueringen var udgået af produktion. Derfor blev den varekurv, der indgik i evalueringen, også væsentligt mindre, end hvis kommunen havde benyttet en varekurv baseret på nyere indkøb, idet alene 152 varer kom til at indgå i varekurven.

Evalueringen af A-Sports tilbud blev således foretaget på grundlag af 152 af de [REDACTED] varer, virksomheden havde tilbudt. De 152 varer var alene fordelt på 86 ud af 110 produktgrupper. 24 produktgrupper har dermed ikke været omfattet af evalueringen. I de 86 produktgrupper har A-Sport tilbudt [REDACTED] varer. I tildelingsbrevet er anført, at 78 produktgrupper er evalueret. Dette er dog udtryk for, at kommunen ikke har haft overblik over produktgrupperne, idet evalueringen ikke er opdateret til de korrekte produktgrupper.

Af klagenævnets kendelse af 17. december 2015, BC Catering Roskilde A/S mod Rudersdal Kommune, fremgår, at man ved evalueringen af en fiktiv varekurv skal sikre, at der medtages varer fra alle produktkategorier, førend den kan anses for repræsentativ. Da der ikke er medtaget varer fra 24 produktgrupper, er 22 % af tilbudslistens produktgrupper ikke evalueret.

Fremgangsmåden med en fiktiv varekurv er uigennemsigtig, når der ikke er et minimumskrav til antallet af tilbudte varer inden for de enkelte produktgrupper. Københavns Kommune anvender den fremgangsmåde, at hvis mindst 1 tilbudsgiver ikke tilbyder et efterspurgt produkt, vil varen udgå af varekurven for tilbudsgiverne. Dette medfører – hvis en af tilbudsgiverne har et smalt sortiment inden for en given produktgruppe – at ingen eller kun få varer inden for produktgruppen bliver omfattet af evalueringen. Det har dermed ikke været gennemsigtigt for tilbudsgiverne – men derimod tilfældigt – hvad ordregiveren anså for repræsentativt, og tilbudsgiverne kunne således ikke tilrettelægge og optimere deres tilbud.

Endvidere havde kommunen ikke beskrevet produktgrupperne tilstrækkeligt præcist, hvilket er en overtrædelse af udbudslovens § 45, stk. 1. I udbudsmaterialet er i flere tilfælde beskrevet det samme produkt i forskellige produktgrupper. Tilbudsgiverne skulle give en individuel rabatsats pr. produktgruppe, der således ikke var ens for alle 110 produktgrupper. Derfor var det uklart, hvordan varer, der går igen på tværs af flere produktgrupper, ville blive evalueret. Det har således været uklart, hvilke varer der hører til i hvilke produktgrupper, og dermed hvilken rabatsats varerne skal tilbydes til.

A-Sport gjorde flere omgange kommunen opmærksom på uklarhederne i udbudsmaterialet, men har ikke fået tilbagemeldinger.

Københavns Kommune har evalueret følgende varer 2 gange som del af den fiktive varekurv:

Varenummer 40384:

Række nr. 62	Fodbolde Trial Ultima fodbold str. 4, 3-lags plastfodbold
Række nr. 64	Fodbolde Trail Skolefodbold str. 4

Varenummer 55117:

Række nr. 70	Fodboldmål Fuldsvejset 7-mandsmål
Række nr. 71	Fodboldmål Fuldsvejset 7-mandsmål
Række nr. 51	Dodgeball Trail Dodge Super Soft, Ø 16 cm, 144
Række nr. 52	Dodgeball Playground Dodgeball, gummi Ø 16 cm
Række nr. 58	Floorballmål Floorball mål, 60x90 cm, fuldsvejset
Række nr. 85	Hockeymål Hockeymål 90x60 cm D 35/50 cm, fuldsvejset inkl. net

Række nr. 56	Floorball bold Floorball bold, Crater Match, Ø 7 cm, 23 g
Række nr. 83	Hockeybold Hockeybold Match X1 med hexamønster

Ud over at dette har været uigennemsigtigt for tilbudsgiverne, har det også haft den konsekvens, at den fiktive varekurv reelt er indskrænket yderligere, hvilket understøtter, at den ikke var repræsentativ. I udbudsmaterialet er fastsat, at varekurven som minimum skulle indeholde 150 varer. Med de nævnte ”dobbeltevalueringer” kommer kurven reelt ned på 147 varer.

På denne baggrund kan den fiktive varekurv ikke anses for at være retvisende og bestå af et repræsentativt udsnit, jf. udbudsloven § 45, stk. 2, ligesom principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudslovens § 2 er overtrådt.

Københavns Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed eller udbudslovens § 45. Kommunen har som ordregiver et vidt skøn ved fastsættelsen af evalueringsmetoden og produktgrupperne og har ikke anvendt en uigennemsigtig evalueringsmetode. Evalueringsmetoden er saglig, repræsentativ og egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Kommunen har nærmere anført, at den forud for offentliggørelsen af udbudsmaterialet fastlagde en varekurv, der var baseret på et repræsentativt udsnit af kommunens indkøb i 2016 og 2017. Det repræsentative udsnit blev offentliggjort som udbudsmaterialets bilag C og var dermed kendt for tilbudsgiverne. I bilaget indgik også mængder. Det repræsentative historiske indkøb omfattede 398 varelinjer fordelt på 110 produktgrupper.

I overensstemmelse med udbudsbetingelserne gennemgik Københavns Kommunes arbejdsgruppe tilbuddene med det formål at sammensætte en varekurv med sammenlignelige varer fra alle tre tilbudsgivere, som kunne danne grundlag for evalueringen. Den endelige varekurv blev sammensat på baggrund af den forud for udbuddet fastsatte varekurv og således, at i de tilfælde, hvor en eller flere af tilbudsgiverne ikke havde tilbudt en efterspurgt vare – hvilket var tilfældet for 46 varer i varekurven – lod arbejdsgruppen denne udgå af varekurven, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 6.2.1.

Efter en vurdering af de tilbudte varers kvalitet bestod varekurven af 152 sammenlignelige varer (198 varer - 46 varer = 152 varer). I tilfælde, hvor en tilbudsgiver havde tilbudt flere sammenlignelige varer, udvalgte arbejdsgruppen den billigste af disse til varekurven.

Københavns Kommune har anerkendt, at kommunen for så vidt angår A-Sports række 70 og 71 har anført og evalueret den samme vare to gange. Dette skyldes, at kommunen fejlagtigt i sin beskrivelse for begge har anført "Fuldsvejset 7-mandsmål" (begge i kategorien "Fodboldmål") i varekurven. Kommunen har således ikke som tidligere oplyst udvalgt 152 varer, men 151. Dette antal er dog i overensstemmelse med det mindste antal i udbudsbetingelserne på 150.

Kommunen har for så vidt angår A-Sports række 51 og 52, 58 og 85, 56 og 83 samt 62 og 64 ikke udvalgt og evalueret den samme vare to gange, allerede fordi A-Sport har anført forskellige varebeskrivelser i tilbudslisten.

Tilbudsgivernes evalueringstekniske pris for underopdelingen "varekurv på idræts- og genoptræningsudstyr" blev fastsat til summen af hver tilbudsgivers endelige varekurv beregnet som "enhedsprisen x (1 - tilbudt rabatsats %) x estimeret mængde for den pågældende vare opgjort ud fra historisk forbrug". Der blev således taget højde for kommunens forventede indkøb af hver vare.

A-Sports evalueringstekniske pris for varekurven indeholder en tilbudt rabatsats på ■ % i forhold til listepriis på flertallet af varerne.

Evalueringsmetoden efterlader ikke rum for tilbudsgivernes spekulation i tilbudspriserne, og med metoden har Københavns Kommune identificeret det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

At der ved evalueringen er taget udgangspunkt i kommunens historiske indkøb fra 2016/2017 ændrer ikke herpå. Forud for fastlæggelsen af kommunens historiske indkøb er foretaget en langvarig kvalitetssikring og validering i kommunens forvaltninger med henblik på at sikre det mest repræsentative historiske indkøb. Denne proces blev igangsat i 2018, dvs. inden kommunen havde et komplet datasæt for 2018, hvorfor der er taget udgangspunkt i indkøb fra 2016 og 2017.

Københavns Kommunes har foretaget en tilstrækkelig præcis beskrivelse af de udbudte varer og produktgrupper i overensstemmelse med udbudslovens § 45 og sædvanlig praksis ved sortimentsudbud. Det har derfor været klart for tilbudsgiverne, hvilke produkter der skulle leveres i henhold til den udbudte rammeaftale.

A-Sport har i sin henvendelse til kommunen ved mail af 10. oktober 2019 henvist til produktgrupperne:

- Hockeystave vs. floorball-stave
- Hockeybold vs. floorball-bold
- Hockeymål vs. floorball-mål

Det er arbejdsgruppens faglige skøn ved fastlæggelsen af produktgrupperne, at hockey og floorball er forskellige spil, og at de nævnte hockey- og floorball-varer ikke er identiske varer. En af de øvrige tilbudsgivere har i øvrigt tilbudt forskellige varer i disse produktgrupper.

At A-Sports sortimentsbredde ikke understøtter produktgrupperne i udbudet, medfører ikke, at disse er usaglige eller utilstrækkeligt beskrevet.

Københavns Kommune har i duplikken bl.a. anført, at samtlige varer, der er udvalgt til varekurven – med undtagelse af ”Fuldsvejset 7-mandsmål”, der fremgår to gange – er forskellige varer. Dette følger allerede af de forskellige varebeskrivelser, som kommunen har anført for varerne i varekurven, og denne indeholder således 151 forskellige varer. Det er uden betydning, om kommunen har udvalgt et enkelt tilbudt produkt til opfyldelse af to eller flere varelinjer, hvis produktet er sammenligneligt med begge varelinjer – sådan som det fx er tilfældet for række 62 og række 64 (en fodbold).

Særligt vedrørende påstand 2 har A-Sport gjort gældende, at evalueringen af virksomhedens tilbud med hensyn til varekurven for idræts- og genoptræningsudstyr (95 %) er behæftet med åbenbare fejl, der har haft en direkte indvirkning på evalueringsresultatet.

A-Sport har nærmere anført, at det i udbudsbetingelserne er fastsat, at der udelukkende vil blive evalueret sammenlignelige varer, og i udbudsmaterialets pkt. 6.2.1 at ”Det er ordregivers ansvar at verificere at produkterne er sammenlignelige”.

I tilbudslisten er alene fastsat produktkategorier. Endvidere var det fastsat, at tilbudsgiverne skulle tilbyde deres fulde varekatalog inden for disse kategorier. Man skal derfor som ordregiver kunne løfte det ansvar, det er at finde frem til sammenlignelige varer. Udbudsmaterialet indeholder et bilag med historiske indkøb, og det fremgår, at det er et udvalg af disse varer, der vil udgøre grundlaget for den fiktive varekurv og for, hvilke varer man vil finde, der er sammenlignelige. Fremgangsmåden skal kunne følges på en gennemsigtig måde, hvor også ligebehandlingsprincippet overholdes.

Af evalueringsskemaet for A-Sports tilbud fremgår, at der i forbindelse med evalueringen ikke er valgt det billigst sammenlignelige produkt for de enkelte varelinjer, at der er valgt usammenlignelige varer, og at der er sket taste- og regnefejl undervejs. Evalueringen af tilbuddet er derfor behæftet med åbenlyse fejl. A-Sport har i klageskriftet anført følgende eksempler:

”Fodbold, Astro Street fodbold str. 4,5, Fejl nr. 11

Det fremgår af evalueringsskemaet, at der i stedet for en fodbold er blevet evalueret et fodboldmål. Det er efterfølgende korrigeret af Københavns Kommune, da man er kommet til at skrive det forkerte varenummer ind i evalueringsskemaet.

Astro Street fodbold, str. 4,5 har et historisk indkøb på 1084 stk. I stedet for at evaluere en ”Fodbold Starlite street allround str. 4,5” som A-Sport A/S har tilbudt på varelinje 111, har Københavns Kommune for A-Sport A/S vedkommende evalueret ”Fodbold Starlite Pro str. 5 FIFA godkendt” der er til et helt andet formål end den angivne fodbold, da denne fodbold er FIFA godkendt og derfor væsentlig dyrere. Det er ikke en fodbold man anvender i skolegården til leg, som er det Astro Street netop er til. Det forhold at ”Fodbold Starlite Pro str. 5 FIFA godkendt” er evalueret på varelinjen gør, at tilbuddet fra A-Sport A/S på den pågældende varelinje er [REDACTED] kr. dyrere, end hvis man havde evalueret den korrekte fodbold på varelinjen.

Måtte, Airex Corona, 100x185x1,5 cm. Fejl nr. 27

A-Sport A/S har tilbudt et sammenligneligt produkt, der har en tykkelse på 1,5 cm på varelinje 1134, der hedder ”MultiMat - Classic 15mm 190x90x1,5 cm”. I stedet for at evaluere dette produkt, har Københavns Kommune evalueret et tilbudt produkt der er noget tykkere, nemlig ”Airex måtte Hercules Blå 200x100x2,5 cm Blå”. Dette har haft den konsekvens, at A-Sport A/S tilbud på den konkrete varelinje er evalueret [REDACTED] kr. dyrere end det burde, da Københavns Kommune har valgt et forkert produkt.

Fodboldmål, Net 11-mandsmål, 4 mm speciel str. t/HELO mål, Fejl nr. 13

A-Sport A/S har tilbudt et sammenligneligt produkt på varelinje 65, der hedder "Fodboldnet 11 mands, Basic 4 mm PP, hvid Knudeløs". I stedet for at evaluere dette produkt, har Københavns Kommune evalueret Fodboldnet, 4 mm PP Hvid til ligamål 11-mands D:200/200, 120 mm masker", der er et net der buges til et Ligamål, og ikke dybde 80/200 som efterspurgt. Dette har haft den konsekvens, at A-Sport A/S tilbud på den konkrete varelinje er evalueret [REDACTED] kr. dyrere end det burde, da Københavns Kommune har valgt et forkert produkt.

Måtte, Airex Atlas Gymnastikmåtte, 200x125x1,5 cm, Fejl nr. 26

Købehavns Kommune har ud for dette produkt, evalueret varenummer 88177, som er "Mål stål Basic - 120x80x60". Der er angivet en pris på 174,5 kr. ved varelinjen, som hverken harmonerer med en gymnastikmåtte eller målet. Det er således tale en om en klar fejl i evalueringen af varelinjen.

Badmintonstøtter, Badmintonstøtter i eloxeret aluminium, med netspor, Ø: 63 mm, H: 155 cm, 1 par (2 stk.), Fejl. Nr. 1

A-Sport A/S har tilbudt et sammenlignelige produkt på varelinje 350, "Badmintonstøtter med netspor Ø63 - For bøsning 63,5 cm". I stedet for at evaluere dette produkt, har Købehavns Kommune evalueret varelinje 352 "Badmintonstøtter med netspor Pro model", som er et high-end produkt og derfor ikke stemmer overens med det der er angivet på varelinjen i varekurven. Det har haft den konsekvens, at A-Sport A/S på den konkrete varelinje er evalueret [REDACTED] kr. dyrere, da Københavns Kommune har valgt det forkerte produkt.

Curling, Curlingsæt, New Age med 8 Sten og 2 målskiver, Fejl nr. 7.

Der er evalueret på et produkt, der ved opslag på de andre tilbudsgiveres hjemmeside viser, at de ikke kan tilbyde et sammenligneligt produkt. Københavns Kommune har således ved den konkrete varelinje, ikke haft mulighed for at evaluere et sammenligneligt produkt, alligevel er produktet med i den fiktive varekurv.

Fodbold tilbehør, Agility stige, med gummitrin, L: 400 cm, fejl nr. 9

Københavns Kommune har ved den konkrete varelinje ved A-Sport valgt et produkt af dobbelt størrelse nemlig varelinje 312, "Agility stige dobbelt 4m. 4 m. dobbelt" i stedet for det sammenlignelige produkt på varelinje 306, "Agility stige i gummi 4m. 4 m.". Det har haft den konsekvens, at A-Sport A/S på den konkrete varelinje er evalueret [REDACTED] kr. dyrere, da Københavns Kommune har valgt det forkerte produkt.

Fodbold tilbehør, Select Målmandshandske 88 Kid, str. 6, fejl nr. 10.

Den pris der fremgår ud for varelinje nr. 60 hænger ikke sammen med den pris, som A-Sport A/S har tilbudt i tilbudslisten for produktet ”Målmandshandske 88 Kids str. 6”. der er således tale om tastefejl fra kommunens side.

Kuglestød, Stødkugle, stål, 3 kg, Fejl nr. 24.

A-Sport A/S har tilbudt et sammenligneligt produkt på varelinje 1732, ”Stødkugle 3 kg.”. I stedet for at evaluere dette produkt, har Københavns Kommune evalueret varelinje 1746 ”Stød-kugle til konkurrence -3kg Stål”, som er et konkurrenceprodukt og derfor ikke stemmer overens med det der er angivet på varelinjen i varekurven. Det har haft den konsekvens, at A-Sport A/S på den konkrete varelinje er evalueret [REDACTED] kr. dyrere, da Københavns Kommune har valgt det forkerte produkt.

Madras, Nedspringsmåtte, 160x160x15 cm, Fejl nr. 25

A-Sport A/S har tilbudt et sammenligneligt produkt, der har den efterspurgte størrelse på varelinje 1220, der hedder ”JumpMat Classic - 160x160x20 cm”. I stedet for at evaluere dette produkt, har Københavns Kommune evalueret et tilbudt produkt i nogle helt andre mål, nemlig ”Nedspringsmadras 200x200x25 PU-17KG” på varelinje 1237. Dette har haft den konsekvens, at A-Sport A/S tilbud på den konkrete varelinje er evalueret [REDACTED] kr. dyrere end det burde, da Københavns Kommune har valgt et forkert produkt.”

A-Sport har udarbejdet og fremlagt en oversigt med en række yderligere tilfælde, hvor virksomheden finder det åbenlyst, at der ikke er valgt det korrekte produkt i forhold til en varelinje, ikke er valgt sammenlignelige varer, og hvor der er sket regnefejl. Virksomheden har anført, at fejlene i evalueringsskemaet sammenlagt medfører, at den evaluerede pris i virksomhedens tilbud er i alt 359.959,90 kr. for høj.

A-Sport har anført, at eftersom der evalueres på baggrund af laveste pris, har kommunen været forpligtet til ved evalueringen at vælge det billigst sammenlignelige produkt fra A-Sports produktkatalog, da det ellers ikke er gennemsigtigt for tilbudsgiveren, hvordan tilbuddet kan optimeres og vil blive evalueret. Kommunen har imidlertid som anført ikke fundet frem til sammenlignelige varer på alle de evaluerede varelinjer.

Kommunens evaluering medfører generelt, at en tilbudsgiver, der ikke har det konkrete varemærke anført i Bilag 4 til udbudsbetingelserne, kan blive sammenlignet med et produkt, der er dyrere end et andet tilsvarende sammenligneligt produkt i det tilbudte produktkatalog. Dette er fx sket, hvor Københavns Kommune har efterspurgt ”Wilson Pedal Rush 100”. Wilson findes

imidlertid ikke i A-Sports sortiment, og kommunen har sammenlignet med et andet sæt, konkret ”Padel tennis bold Slazenger pro 3 stk.”. Sidstnævnte produkt er imidlertid noget dyrere end et andet tilbudt produkt ”Padel bold Wilson basic 3 stk.”, som er det reelle alternativ til de efterspurgte ”Wilson Pedal Rush 100”.

Kommunen har på denne baggrund overskredet rammerne for en ordregivers skøn og foretaget en usaglig evaluering. Evalueringen af A-Sports tilbud er behæftet med åbenlyse fejl af markant økonomisk værdi, der har haft en direkte og væsentlig konsekvens for evalueringens resultat, da varekurven vægtede 95 %, og tildelingskriteriet var pris.

A-Sport har i replikken yderligere anført, at der i svarskriftet flere steder henvises til, at et produkt ikke kvalitetsmæssigt svarer til det angivne i varekurven. Det er imidlertid nødvendigt at gøre opmærksom på, at der ofte ikke er angivet en kvalitet (kun de steder, hvor der henvises til specifikke varemærker). Københavns Kommune har ikke defineret kvalitet til de enkelte produkter og kan således ikke argumentere for, at den angivne kvalitet ikke stemmer overens med produktet i varekurven.

Københavns Kommune har gjort gældende, at ordregiveren har et vidt skøn ved vurderingen af de tilbudte produkters kvalitet. Kommunen har efter en saglig vurdering af de tilbudte varers kvalitet fastlagt en varekurv med sammenlignelige varer. Evalueringen er ikke behæftet med fejl af betydning for evalueringens resultat.

Kommunen har nærmere anført, at vurderingen af produkternes kvalitet er foretaget af en gruppe fagpersoner med ekspertise og kendskab til produkterne og på baggrund af, hvad tilbudsgiverne har anført om de tilbudte varer.

Gruppen har for hver varelinje i varekurven gennemgået hvert tilbud med henblik på at identificere det produkt, der bedst opfyldte den ønskede funktion, og som kvalitetsmæssigt var mest sammenligneligt med varen i varekurven. Hvis en tilbudsgiver havde tilbudt flere sammenlignelige varer, udvalgte altid den billigste. Hvis der ikke kunne findes et sammenligneligt produkt i alle tre tilbudsgiveres tilbud, lod arbejdsgruppen varen udgå af varekurven.

Kommunen havde dog for række 140 (Antistress bold, Ø: 7 cm) udvalgt A-Sports varenummer 60952 til kr. ■■■ pr. stk. Dette skulle rettelig have været varenummer 40226 til kr. ■ pr. stk. som påstået af A-Sport.

For række 61 (Astro Street str. 4,5) havde kommunen udvalgt A-Sports varenummer 88177 til kr. ■■■ pr. stk. Dette skulle rettelig have været nummer 40117 til kr. ■■■ pr. stk. A-Sport har gjort gældende, at kommunen skulle have valgt varenummer 88076 til kr. ■■■ pr. stk. Det er imidlertid kommunens vurdering, at det af A-sport påståede produkt ikke opfylder den efterspurgte kvalitet.

Der er ved evalueringen vedrørende rækkerne 65 og 91 sket tastefejl. Der er anført en forkert pris, hvilket dog har haft en positiv betydning for A-Sports evalueringstekniske pris.

På baggrund af det anførte skulle A-Sports evalueringstekniske pris have været 1.305.776,59 kr. ($1.358.712,20 \text{ kr.} \times 95 \% + 300.000 \text{ kr.} \times 5 \%$) eller 98.218,80 kr. billigere end den pris, Københavns Kommune har lagt til grund ved evalueringen. Ved en sådan evaluering ville A-Sport således fortsat have afgivet det dyreste tilbud.

Kommunen har afvist, at der ikke skulle være anført kvalitet på varerne i varekurven. Hvor der ikke er henvist til et specifikt historisk produkt, har kommunen eksempelvis oplyst materiale, dimensioner/mål og/eller produkt-egenskaber. Kommunen har udvalgt varer ud fra tilbudsgivernes varebeskrivelser i tilbudslisten, og tilbudsgiverne bærer ansvaret for, at varebeskrivelserne er så udførlige som muligt og sætter kommunen i stand til at udvælge det mest sammenlignelige produkt. Fx har kommunen for ”boldtræ rundt” og ”boldtræ fladt” i varekurven valgt A-Sports varer af samme navn. Derimod har kommunen ikke valgt A-Sports varer ”Rundboldbat Basic rund model” og ”Rundboldbat Basic flad model”, da A-Sport ikke har beskrevet, om de er lavet af træ.

Særligt vedrørende påstand 3 har A-Sport gjort gældende, at Københavns Kommune ved at anføre varemærker i udbudsmaterialets Bilag C – Statistik over historisk forbrug har overtrådt udbudslovens § 42, idet kommunen har anført i udbudsbetingelserne side 15, at oplysningerne i bilaget skal ses som

udtryk for den kvalitet, Københavns Kommune ønsker at købe. At der er anført varemærker i bilaget, medfører derfor, at visse produkter (fabrikater/varemærker) favoriseres fremfor andre, hvilket er i strid med § 42, stk. 1, nr. 2.

A-Sport har nærmere anført, at virksomheden og andre tilbudsgivere på markedet har forskellige mærker inden for produkttyper, som alle er "lige gode". Når der evalueres på pris, skal ordregiveren tage de billigst sammenlignelige produkter og kan ikke blindt gå efter varemærker, da det medfører, at varemærker favoriseres. Kommunen har således anvendt varemærker som "kvalitetskrav" til produkterne og har ikke i tilstrækkelig grad forholdt sig til de tilbudte alternativer fra A-Sport.

A-Sport har for det tilfælde, at klagenævnet finder, at det anførte ikke er en overtrædelse af udbudsloven § 42, stk. 1, nr. 2, gjort gældende, at de anførte varemærker som minimum skulle have været efterfulgt af formuleringen "eller tilsvarende", jf. udbudslovens § 42, stk. 2. Dette er ikke sket, hvorfor kommunen har handlet i strid med bestemmelsen.

Københavns Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har overtrådt udbudslovens § 42 ved at anføre varemærker i udbudsmaterialets Bilag C – Statistik over historisk forbrug, og at der ikke er tale om, at visse produkter (fabrikater/varemærker) favoriseres fremfor andre. Kommunen har derfor ikke handlet i strid med udbudslovens § 42, stk. 1, nr. 2.

Kommunen har nærmere anført, at den ikke har et ønske om at købe specifikke varemærker, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 2.1: "Det repræsentative historiske indkøb (Bilag C) indeholder produktnavn og mængde på det tidligere køb og er alene udtryk for den kvalitet Ordregiver er interesseret i at købe og ikke et udtryk for, at det er de pågældende produkter og/eller producenter, Ordregiver ønsker at købe."

Kommunen har ikke i specifikationen af de udbudte varer henvist til varemærker. Det fremgår klart af udbudsmaterialet, at tilbudsgiverne skal tilbyde varer inden for de produktgrupper, der fremgår af tilbudslisten, og i denne var alene anført generiske produktgrupper og således ikke specificeret hverken varemærker, fabrikater eller lign. Angivelsen af varemærker i oversigten over kommunens historiske indkøb ændrer ikke herved. Det var derfor heller ikke nødvendigt at benytte angivelsen "eller tilsvarende". Dette ville i bedste fald have savnet mening, idet der var tale om allerede indkøbte varer, og

kunne have givet tilbudsgiverne indtryk af, at kommunen ønskede at indkøbe varer med varemærkerne.

Særligt vedrørende påstand 4 har A-Sport gjort gældende, at Københavns Kommune har overtrådt væsentlige regler og principper i udbudsloven, og at overtrædelserne har haft indflydelse på kommunens evaluering af tilbuddene og dermed på tildelingsbeslutningen, hvorfor denne skal annulleres.

Københavns Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har handlet i strid med udbudsreglerne, og at der derfor ikke er grundlag for annulation. For det tilfælde, at klagenævnet måtte konstatere fejl, har kommunen anført, at sådanne ikke har haft konkret betydning for tildelingen og udbuddets resultat.

Ad uopsættelighed

A-Sport har gjort gældende, at Københavns Kommune er en stor og vigtig ordregiver på markedet, hvorfor det vil påvirke A-Sports markedsposition, såfremt denne kontrakt ikke vindes. Betingelsen om uopsættelighed er derfor opfyldt.

Københavns Kommune har bl.a. gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed ikke er opfyldt, idet A-Sports interesser er behørigt beskyttet som følge af adgangen til eventuelt at gøre erstatningskrav gældende.

Ad interesseafvejning

A-Sport har gjort gældende, at der er sket betydelige overtrædelser af udbudsreglerne af afgørende betydning for evalueringen og tildelingsbeslutningen. Virksomheden har betydelig interesse i, at kontrakten ikke indgås, før der er truffet endelig afgørelse i sagen. Kommunen har indkøbsmuligheder, og derfor er det ikke stærkt nødvendigt for kommunen at indgå aftalen, forinden der træffes afgørelse i sagen.

Københavns Kommune har bl.a. gjort gældende, at kommunen har en betydelig interesse i, at udbudsprocessen ikke forsinkes (yderligere), således at kommunen kan indgå kontrakt og foretage indkøb under rammeaftalen. A-Sports interesse i kontrakten hverken kan eller bør overstige kommunens interesse.

Retsgrundlaget:

Udbudslovens § 45 lyder således:

”§ 45. En ordregiver kan henvise til produktkategorier i udbudsmaterialet, når henvisningen gør det klart for de potentielle tilbudsgivere, hvilke konkrete produkter inden for de omfattede produktkategorier der efterfølgende kan blive omfattet af kontrakten eller rammeaftalen.

Stk. 2. En ordregiver kan i forbindelse med gennemførelsen af udbud, hvor ordregiveren henviser til specifikke produktkategorier, gennemføre tilbudsevalueringen, jf. § 160, på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgivernes tilbudte sortiment.”

I lovbemærkningerne til bestemmelsen er bl.a. anført:

”...

Ved spørgsmål om, hvorvidt ordregiveren er berettiget til at benytte sig af denne bestemmelse, er det afgørende, hvorvidt beskrivelsen ved anvendelse af produktkategorier af det påtænkte indkøb udgør en tilstrækkelig klar beskrivelse, således at potentielle tilbudsgivere er i stand til at vurdere, om de har interesse i at afgive tilbud og hvilke produkter eller ydelser, der kan afgives tilbud med.

Ved produktkategorier forstås en betegnelse, der kendetegner, ikke et specifikt produkt, men en flerhed af produkter eller varianter heraf med de samme grundlæggende karakteristika. En produktkategori kunne eksempelvis være »kuglepenne«. Kuglepenne findes i mange forskellige varianter mht. farver, materialer, etc. Men har alle nogle fælles grundlæggende træk, som er klart for alle, hvorfor der ved henvisning til en sådan produktkategori ikke kan være tvivl om, hvilke typer af produkter eller varianter heraf, der vil være omfattet af den indgåede kontrakt eller rammeaftale. En produktkategori kan dog godt være så bred, at det bliver uklart, hvilke produkter eller varianter heraf, der kan blive omfattet af kontrakten eller rammeaftalen. Produktkategorien »kontorartikler« vil for eksempel oftest omfatte en for stor gruppe af produkter til, at det er klart for tilbudsgiverne, hvad de kan afgive tilbud på.

Det er hensigten med bestemmelsen at gøre det lettere for ordregiveren at beskrive de egenskaber, som kræves af kontraktens genstand, hvis ressourceforbruget til beskrivelsen af samtlige produkter eller ydelser, der påtænkes indkøbt, ville være uforholdsmæssig stor eller en udtømmende beskrivelse i realiteten ikke er mulig på grund af det påtænkte indkøbs

karakter. Det er ikke hensigten med bestemmelsen at indføre et minimumskrav til, hvor mange forskellige produkter eller ydelser et udbud skal omfatte, før man kan gøre brug af bestemmelsen.

...

Det fastsættes i bestemmelsens stk. 2, at ordregiveren, i forbindelse med gennemførelsen af sortimentsudbud, kan gennemføre evalueringen, jf. § 160, på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgivernes sortiment.

Hvad der udgør et repræsentativt udsnit baseres på en vurdering af de konkrete forhold, der gør sig gældende i det enkelte tilfælde.

Baggrunden for bestemmelsen er, at det i praksis ikke vil være muligt for ordregiveren at evaluere samtlige varelinjer, hvis ordregiveren har beskrevet kontraktens genstand ved henvisning til produktkategorier af varer eller varianterne heraf.”

Ved lov nr. 204 af 5. marts 2019 (ikrafttræden 1. juli 2019) om bl.a. offentliggørelse af alle dele af evalueringsmodellen og ændring af udbudslovens § 24 og § 160, stk. 1, fik § 160, stk. 1, følgende ordlyd:

”§ 160. En ordregiver skal i udbudsmaterialet fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. Specifikke parametre i evalueringsmodellen kan afhænge af de indkomne tilbud, men det skal entydigt fastlægges og beskrives på forhånd, hvordan parametrene fastlægges. Parametrene i evalueringsmodellen kan ikke afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.”

I forbindelse med lovforslagets behandling i Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget anmodede erhvervsministeren om, at de specielle bemærkninger til § 160, stk. 1, 1. pkt., blev præciseret således, jf. udvalgets betænkning af 31. januar 2019 til lovforslag nr. L 125:

”Ved sortimentsudbud kan ordregiveren vælge kun at inddrage en (repræsentativ) delmængde af varesortimentet, i det følgende betegnet som varekurv, til at foretage en evaluering af f.eks. tilbuddenes samlede kvalitet. Hvis tilbudsgiverne i disse tilfælde, inden tilbuddene afgives, ikke kun har kendskab til, hvordan denne varekurv udvælges, men også har kendskab til den endelige sammensætning af varekurven, kan det have negative konsekvenser for den samlede pris og kvalitet i tilbuddene. Hvis tilbudsgiverne således på forhånd ved, hvilke varer der vil indgå i evalu-

eringen af den samlede kvalitet, er der – stik imod hensigten med at gennemføre et udbud – incitament til kun at afgive tilbud med f.eks. god kvalitet på den del af varerne, der indgår i evalueringen, og billigere varer med en dårlig kvalitet på den del af varerne, der ikke indgår i evalueringen. Det skal på den baggrund præciseres, at det i forbindelse med sortimentsudbud, hvor f.eks. kvalitetsvurderingen foretages på baggrund af en udvalgt varekurv, således ikke er hensigten med den foreslåede bestemmelse i § 160, stk. 1, 1. pkt., at ordregiveren på forhånd skal oplyse om, hvilke varer der vil danne grundlag for evalueringen ved at indgå i en eventuel varekurv. *Bestemmelsen stiller i sådanne situationer alene krav om, at ordregiveren entydigt og klart har beskrevet, hvilken fremgangsmåde der vil blive anvendt til at udvælge varerne i varekurven, således at den endelige sammensætning af varekurven blot vil være en direkte konsekvens af beskrivelsen uden mulighed for efterfølgende ændringer af denne fremgangsmåde. Fremgangsmåden til at sammensætte varekurven skal i øvrigt være egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, overholde de forvaltningsretlige principper, overholde udbudslovens øvrige regler mv. Såfremt fremgangsmåden til at sammensætte varekurven afhænger af de indkomne tilbud, henvises til lovforslagets § 160, stk. 1, 2. pkt.*” (Fremhævet her).

Udbudslovens § 42 lyder således:

”§ 42. En ordregiver må ikke i de tekniske specifikationer, jf. § 40,

- 1) angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, som kendetegner de produkter eller de tjenesteydelser, som en bestemt økonomisk aktør leverer, eller
- 2) henvise til et bestemt varemærke eller patent eller en bestemt type, oprindelse eller produktion med det resultat, at visse økonomiske aktører eller varer favoriseres eller elimineres.

Stk. 2. En ordregiver kan dog i særlige tilfælde anvende henvisninger som anført i stk. 1, når en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke er mulig i henhold til § 41, stk. 1. En sådan henvisning skal efterfølges af formuleringen »eller tilsvarende«.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som

er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*")

Ad påstand 1 og 3

Indledning

Påstand 1 angår, om den anvendte evalueringsmetode har været ugenomsigtig, ikke repræsentativ og dermed ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Bestemmelsen i udbudslovens § 45, stk. 2, om evalueringen ved sortimentsudbud må fortolkes i lyset af lovens § 160, som bestemmelsen udtrykkeligt henviser til. Det må anses for forudsat ved ændringen af § 160, stk. 1, ved

lov nr. 204 af 5. marts 2019, at det beskrives entydigt og klart, hvilken fremgangsmåde der vil blive anvendt til at udvælge varerne i en varekurv, således at den endelige sammensætning af varekurven vil være en direkte konsekvens af beskrivelsen.

Efter klagenævnets praksis er det ved et sortimentsudbud i forhold til underkriteriet ”Pris” i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2, at undlade at foretage en evaluering, som er repræsentativ i forhold til det forventede indkøb. Kravet kan opfyldes ved at inddrage et skønnet indkøbsbehov eller indkøbsvolumen eller ved at foretage en vægtning af hver enkelt varelinje, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 15. februar 2019, KONE A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, kendelse af 9. februar 2018, Dansk Cater A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, og kendelse af 15. juni 2018, AGA A/S mod Aalborg Universitet m.fl.

Udbudsdesignet

Udbuddet var designet som et sortimentsudbud med 110 produktgrupper, der i udbudsmaterialets bilag C var fordelt på ca. en fjerdedel så mange *overordnede produktgrupper* – fx ”Fodbold”, ”Badminton”, ”Basketball”, ”Bolde”, ”Tilbehør”, ”Fastinstallation”, ”Fitness, gymnastik og genoptræning”, ”Spil og leg” og ”Diverse spil og leg”.

Produktgrupperne var i Bilag C og i tilbudslisten givet betegnelser som fx ”Fodboldmål”, ”Fodbold til Asfalt”, ”Fodbold til græs”, ”Badmintonbold”, ”Basketbolde”, ”Håndboldmål”, ”Håndbolde”, ”Volleybolde”, ”Hockeystave”, ”Tennisbold”, ”Skumbold”, ”Tøj”, ”Boldvogn”, ”Squashbold”, ”Bordtennisbord”, ”Ribbe”, ”Trampolin”, ”Gymnastikbænk” osv. En vis konkretisering af det udbudte indkøb var sket ved, at der under de enkelte produktgrupper i Bilag C var anført en række konkrete produkter hidrørende fra historiske indkøb. For produktgruppen ”Fodbold til asfalt” var fx anført 17 forskellige produkter med fabrikat/varemærke, bl.a. ”Astro Street str. 4,5”, ”Trial Ultima fodbold str. 5, 3-lags plastfodbold” og ”Midas Kids Street”. I andre tilfælde var beskrivelsen i bilag C uden fabrikat/varemærke som fx for produktgruppen ”Tennisbold”, der indeholdt produktet ”Tennisbold”, produktgruppen ”Boldvogn”, der indeholdt produktet ”Boldvogn i Stål”, og produktgruppen ”Trampolin”, der indeholdt produktet ”Trampolinmåtte, 200x200x20 cm”.

I udbudsbetingelserne var bl.a. fastsat:

”3.2 Udbudsform

...

Dette udbud kendetegnes ved, at Ordregiver i tilbudslisten kun oplister produktgrupper og ikke varer, så vidt angår idræts- og genoptræningsudstyr.

Det er et mindstekrav, at Tilbudsgiver skal byde ind med alle sine varer i sit katalog, som kan kategoriseres efter de i tilbudslisten definerede produktgrupper. ...

Tilbudsgiver skal udfylde tilbudslisten med alle varer fra eget varesortiment, som kan kategoriseres indenfor tilbudslistens definerede vare- og produktgrupper.

...

6.2.1 Varekurv på idræts- og genoptræningsudstyr

...

Det repræsentative historiske indkøb (Bilag C) er primært baseret på den økonomiske volumen, men har samtidig medtaget varer fra alle produktkategorier og skal således understøtte gennemsigtheden af varerne i ”varekurven”.

Det repræsentative historiske indkøb (Bilag C) indeholder produktnavn og mængde på de tidligere køb og er alene et udtryk for den kvalitet Ordregiver er interesseret i at købe og ikke et udtryk for, at det er de pågældende produkter og/eller producenter, Ordregiver ønsker at købe.

Ordregiver vil i forbindelse med tilbudsevalueringen foretage et fiktivt standardindkøb ved at ”plukke” ca. 200 varer, der er sammenlignelige, fra Tilbudsgivers fulde sortiment jf. Bilag B: Tilbudsliste, og dermed får en pris på ”varekurven” hos hver Tilbudsgiver.

Det er en forudsætning for evalueringen, at der i varekurven kan findes mindst 150 sammenlignelige varer, (det vil sige varer, som de egnede Tilbudsgivere kan tilbyde som en del af deres sortiment på tidspunktet for foretagelsen af det fiktive standardindkøb).

Såfremt mindst én leverandør ikke tilbyder en efterspurgt vare, vil varen udgå af varekurven for alle tilbudsgivere. På den måde sikres det, at der kun evalueres på baggrund af sammenlignelige varer (det vil sige varer, som samtlige tilbudsgivere har tilbudt i Udbudslisten)

...

Det fiktive standardindkøb foretages med den mængde af hver vare, der historisk set er købt af Ordregiver i en periode på 24 måneder jf. bilag C – Statistik over historisk forbrug.

Det fiktive standardindkøb vil ske ved deltagelse af udbudskonsulenter og fagpersoner ansat i forvaltningerne i Københavns Kommune for at sikre, at kvaliteten af de valgte produkter til varekurven er sammenlignelige. Fagpersonerne består bl.a. af fysioterapeuter og medarbejdere fra idrætshaller og skoler.

Den evalueringstekniske pris vil være prisen for den fiktive standardindkøb/varekurv på baggrund af Tilbudsgivers dagspriser fratrukket den af Tilbudsgiver tilbudte rabatsatser.

...”

Varekurven

Det er oplyst, at kommunen inden offentliggørelsen af udbudsmaterialet havde sammensat en varekurv med 198 varer, og at den i forbindelse med evalueringen udvalgte 152 ”sammenlignelige” varer inden for 78 af de 110 produktgrupper, jf. kommunens underretning om tildelingen. En vare indgik imidlertid to gange (”Fuldsvejset 7-mandsmål”). Der er enighed mellem parterne om, at varekurven herefter indeholdt ikke over 151 forskellige varer.

Klagenævnets foreløbige vurdering

Klagenævnet bemærker, at 32 ud af de 110 produktgrupper – dvs. ca. 29 % – efter det oplyste ikke indgik i evalueringen. Samtidig var det hverken for tilbudsgiverne eller i kommunen på forhånd fastlagt og klart, hvor mange varer og produktgrupper der ville indgå i evalueringen. Det var alene fastsat, at der ville blive udvalgt mindst 150 og højst ca. 200 ”sammenlignelige” varer, og der var ikke fastsat et minimum for antallet af produktgrupper, som ville indgå i evalueringen.

Det var endvidere ikke nærmere beskrevet, hvorledes kommunen ville sikre, at ”standardindkøbet”, der som udgangspunkt ville være på ca. 200 varer, men viste sig at blive reduceret til ikke over 151 varer, i sig selv udgjorde et repræsentativt udsnit i forhold til det forventede indkøb – og dette kan således ikke udledes af bestemmelsen om, at ”Ordregiver i forbindelse med tilbudsevalueringen vil foretage et fiktivt standardindkøb ved at ”plukke” ca. 200 varer, der er sammenlignelige med Tilbudsgivers fulde sortiment ...”.

Det var i den forbindelse ikke beskrevet i udbudsmaterialet, hvordan kommunen, om muligt, ville sikre, at udvælgelsen af produktgrupper og varer kom til at finde sted på en saglig måde, der tog højde for den vilkårlighed, der lå i, at det ikke på forhånd var kendt, hvilke varer tilbudsgiverne hver især ville tilbyde henholdsvis unnlade at tilbyde med den konsekvens, at en vare eller eventuelt en hel produktgruppe udgik af evalueringen, fordi en vare ikke var blevet tilbudt af en af tilbudsgiverne, eller fordi tilbudte varer ikke blev vurderet som ”sammenlignelige”.

Det er indgået i klagenævnets vurdering, at produktgrupperne i væsentligt omfang var beskrevet ved henvisning til produkter med navngivne fabrikater/varemærker, som på den ene side angiveligt ikke var udtryk for, at ”det er de pågældende produkter og/eller producenter, Ordregiver ønsker at købe”, men på den anden side angiveligt var udtryk for ”den kvalitet Ordregiver ønsker at købe”, jf. udbudsbetingelserne pkt. 2.1. Udbudsbetingelserne forekommer på dette punkt uklare, selvmodsigende og i væsentligt omfang uegnede til at gøre det klart for tilbudsgiverne, hvilken kvalitet der blev efterspurgt i forbindelse med priskonkurrencen, og dermed hvad der skulle afgives tilbud på, jf. herved også lovbemærkningerne til § 45. Det var i denne sammenhæng i væsentligt omfang uklart og uigennemsigtigt, hvilket minimum af kvalitet tilbudsgiverne kunne tilbyde og samtidig sikre, at et tilbudt produkt også ville blive vurderet som ”sammenligneligt” og dermed indgå i konkurrencen.

Tildelingskriteriet var ”Pris”. Der har derfor i princippet ikke skullet finde en egentlig kvalitativ evaluering sted, jf. udbudslovens § 162, stk. 1, nr. 1. Uanset dette forudsatte udbudsdesignet, at der blev foretaget en kvalitativ vurdering af de tilbudte produkter med henblik på at konstatere, hvilke der var ”sammenlignelige” og herefter kunne indgå i evalueringen efter tildelingskriteriet ”Pris”, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 6.2.1. Københavns Kommune har oplyst, at de tilbudte varers kvalitet blev vurderet af en arbejdsgruppe med fagpersoner, som på den baggrund fastsatte en varekurv med ”sammenlignelige” varer. Hvis en tilbudsgiver havde tilbudt flere sammenlignelige varer, blev den billigste udvalgt. Det må herefter lægges til grund, at udbudsdesignet forudsatte, at der med det nævnte formål blev foretaget en kvalitativ vurdering, men som anført var det i væsentligt omfang uigennemsigtigt for tilbudsgiverne, hvilke parametre vurderingen ville blive foretaget efter.

Sammenfattende var det efter det anførte ikke entydigt og klart beskrevet, hvilken fremgangsmåde der ville blive anvendt til at udvælge varerne i varekurven. Det var heller ikke beskrevet, hvorledes det ville blive sikret, at evalueringen på grundlag af varekurven, hvis endelige indhold afhang af de produkter, virksomhederne bød ind med, ville opfylde kravet om at være repræsentativ for det forventede indkøb fx ved inddragelse af et skønnet indkøbsbehov eller indkøbsvolumen eller ved at foretage en vægtning af hver enkelt varelinje.

Klagenævnet finder efter en foreløbig vurdering allerede på denne baggrund – og henset til det nedenfor anførte om udbudslovens § 42 – at evalueringen ikke er sket i overensstemmelse med udbudslovens § 45, stk. 2, og under overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i lovens § 2.

Klagenævnet har herved ikke taget stilling til de øvrige anbringender ad påstand 1, herunder spørgsmålet om overholdelse af kravet i udbudsbetingelsernes pkt. 6.2.1 om mindst 150 sammenlignelige varer i varekurven og spørgsmålet om dobbeltevaluering af varer/priser, og til påstand 2.

Efter det anførte har udbuddet foreløbigt vurderet ikke kunnet danne grundlag for en lovlig evaluering og en lovlig tildeling af kontrakt.

Der er herefter udsigt til, at påstand 1 vedrørende overtrædelse af udbudslovens § 45 og § 2 vil blive taget til følge.

Efter det anførte og henset til karakteren af den udbudte kontrakt, der omfatter idræts- og genoptræningsudstyr til kommunalt brug, er der også udsigt til, at den principale del af påstand 3 om overtrædelse af § 42 vil blive taget til følge.

Der er på denne baggrund også udsigt til, at påstand 4 om annullation vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 2 (uopsættelighed)

Selvom der foreløbigt vurderet er udsigt til, at betingelsen om ”fumus boni juris” er opfyldt, har A-Sport ikke godtgjort, at der foreligger sådan særlig alvorlig ”fumus boni juris”, at virksomheden ikke skal bevise, at betingelsen

om uopsættelighed er opfyldt. Det påhviler således A-Sport at bevise, at virksomheden vil lide en uoprettelig skade, hvis anmodningen om opsættende virkning ikke imødekommes.

Klagenævnet vurderer, at A-Sport ikke har løftet bevisbyrden for, at virksomheden, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, vil lide skade, som ikke vil kunne erstattes efter de almindelige erstatningsretlige regler og betingelser.

Betingelsen om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt.

Betingelse nr. 3 (interessevejning)

De forhold, A-Sport har henvist til, medfører efter klagenævnets vurdering ikke, at virksomhedens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, vejer tungere end København Kommunes interesse i det modsatte.

Betingelse nr. 2 og nr. 3 er derfor ikke opfyldt, og klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent