

K E N D E L S E

Claus Tingstrøm A/S
(selv)

mod

Banedanmark
(Kammeradvokaten v/ advokat Jens Bødtcher-Hansen)

Banedanmark (indklagede) iværksatte i september 2013 indhentning af tilbud på forpagtning (drift) m.v. af indklagedes personalekantine i indklagedes hovedsæde, Banehuset. Udbuddet blev gennemført som et begrænset udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse. 5 virksomheder, Claus Tingstrøm A/S (klageren), Meyers Kantiner A/S og 3 andre virksomheder (Hahnemann, Europa og Fazer) blev opfordret til at afgive tilbud. Der skete ingen annoncering i forbindelse med tilbudsindhentningen. Tildelingskriteriet var fastsat som det økonomisk mest fordelagtige tilbud med følgende underkriterier: a) pris og b) produktsortiment og kantinekoncept. De 2 underkriterier vægtedes lige. Der var ikke i udbudsbetingelserne taget stilling til det retlige grundlag for udbuddet.

Ved udløbet af tilbudsfristen den 2. oktober 2013 havde alle de opfordrede virksomheden afgivet tilbud. I brev af 15. oktober 2013 underrettede indklagede klageren om, at indklagede havde besluttet at tildele kontrakten til Meyers Kantiner A/S, som havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Den 14. november 2013 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet

skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., § 12, stk. 1. Indklagede påstod anmodningen om opsættende virkning afvist, subsidiært at klagen ikke blev tillagt opsættende virkning. Til støtte herfor anførte indklagede blandt andet, at der ikke gælder nogen pligt til at afholde stand-still, jf. håndhævelseslovens § 3, når ordregiver som sket gennemfører et udbud efter reglerne om en bilag II B-tjenesteydelse.

Klagenævnet besluttede ikke at tillægge klagen opsættende virkning under henvisning til, at spørgsmålet om opsættende virkning savnede mening, da indklagede havde indgået kontrakt.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudsdirektivets artikel 2 ved i brev af 11. november 2013 at hævde, at tilbudsgivers menuplan hverken repræsenterer nytænkning, innovation eller kreativitet, idet man hævder, at det ”kommer efter vores opfattelse ikke af at repræsentere mange landes traditionelle køkkener, men af at tilføre de enkelte retter nye elementer og eksperimentere med nye sammensætninger”. Denne definition af begreberne nytænkning, innovation eller kreativitet fremgår ikke af udbudsbetingelserne.

Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudsdirektivets artikel 2 ved i brev af 11. november 2013 at omdefinere begrebet ”koncept” i forhold til gængs forståelse uden på forhånd at gøre dette klart i udbudsbetingelserne.

Påstand 3:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudsdirektivets artikel 2 ved i brev af 11. november 2013 at oplyse, at man har ladet udtrykket ”personligt fingeraftryk” indgå i evalueringen af underkriteriet ”Produktsortiment

og kantinekoncept”, uagtet at udtrykket hverken findes i udbudsbetingelserne eller i Ordbog over det danske Sprog.

Påstand 4:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudsdirektivets artikel 2 ved i vurderingsnotaterne at tildele to tilbudsgivere forskellige point med enslydende begrundelse.

Påstand 5:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudsdirektivets artikel 2 ved at hævde, at tilbudsgiver ikke har redegjort for sine procedurer til imødegåelse af madspild, uagtet at indklagede i sit vurderingsnotat skriver, at ”Fokus på madspild er også fint beskrevet”, og at tilbudsgiveren i sit tilbud har redegjort for disse procedurer.

Påstand 6:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudsdirektivets artikel 2 ved i brev af 11. november 2013 udokumenteret at hævde, at budgetkontrol ikke er en sikker metode til konstatering af madspild.

Påstand 7:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele det vindende tilbud maksimal score for subkriteriet ”sæsonvariation og egenproduktion”, selvom det fremgår, at det vindende tilbud har lavere andel af egenproduktion end klagerens tilbud, og uagtet at det i udbudsbetingelsernes bilag 3, side 13, hedder, at point-scoren er afhængig af ”I hvor høj grad, lægges der vægt på menuernes sæsonvariation og egenproduktion, sæson i det beskrevne madkoncept”. Og det hedder videre: ”Jo flere krydser i skemaets venstre kolonne, jo højere score”.

Påstand 8:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudsdirektivets artikel 2 ved i brev af 11. november 2013 at forkaste traditionelle pålægstyper som værende ”ikke i sæson”, uagtet at det i kravspecifikationen hedder, at ”Menu-

erne skal tage udgangspunkt i sæsonen både hvad angår vareudbuddet og årets gang og traditioner”.

Påstand 9:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudsdirektivets artikel 2 ved i brev af 11. november 2013 i strid med fakta at påstå, at en sæsonbetonet ret (kalveboller i selleri med brune ris og blommekompot) ikke er sæsonbetonet.

Påstand 10:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudsdirektivets artikel 2 ved i vurderingsnotatet og i brev af 11. november 2013 at lægge et nyt begreb, ”Årstidsmarkører”, til grund for evalueringen af klagerens tilbud, uagtet at ordet ikke er omtalt, endsige defineret, i udbudsbetingelserne og ikke findes i Ordbog over det danske Sprog.

Påstand 11:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudsdirektivets artikel 2 ved i brev af 11. november 2013 og efter tilbudsfristen at forkaste en bestemt ingrediens i menuplanen (blommer) ved at hævde, at frugten kun findes i ”sensommer”, uagtet udbudsbetingelserne ikke skelner mellem forsommer, højsommer og sensommer, men alene anvender udtrykket ”forår/sommer” og ”efterår/vinter” i kravene til de menuplaner, der skal vedlægges tilbuddet.

Påstand 12:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med lovgivningen ved i brev af 11. november 2013 at skrive, at ”Tingstrøm har beskrevet, at der suppleres med importeret frugt og grønt i januar-marts, og at de ikke er fanatiske, men det trækker lidt ned i vurderingen”.

Påstand 13:

Klagenævnet skal

- a) Annullere indklagedes beslutning af 15. oktober 2013 om tildeling af den udbudte kontrakt til Meyer Kantiner A/S.

- b) Pålægge indklagede at lovliggøre udbudsproceduren, således at indklagede lader udbuddet gennemføre efter objektive fastsatte kriterier.

Indklagede har påstået, at klagen afvises eller ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Banedanmark er en forsyningsvirksomhed, der driver transporttjenester, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 5. Banedanmark har i sit hovedsæde, Banehuset, en personalekantine, der forpagtes ud. Kantine har plads til 150 spisende medarbejdere. Den udbudte kontrakt om driften af kantine skulle træde i kraft den 1. december 2013 og løbe indtil den 31. august 2017. Forpagteren (leverandøren) skal ikke betale forpagtningsafgift, men har det fulde økonomiske ansvar for kantine drift. Personaleprisen for fuld buffet pr. dag eller pr. måned ligger fast. Tilbud skulle afgives ved angivelse af et månedligt driftstilskud, kantinepriser for løssalg i kantine og priser for mødeservice, der vægtedes henholdsvis 70 %, 10 % og 20 %.

Meyers Kantiner A/S opnåede ved evalueringen en samlet score på 16,3 point. Klageren opnåede en samlet score på 15 point og opnåede herved en delt tredjeplads.

Af udbudsbetingelserne fremgår, at afgivelse af pris sker ved udfyldelse af en tilbudsliste. Det hedder videre:

”3.1.2 Produktsortiment og kantinekoncept

Tilbuddet skal indeholde en detaljeret beskrivelse af, hvordan den kommende kantine vil se ud, både for den daglige gæst/kunde – og hvordan kantine vil udfolde sig, formuleret som et kantinekoncept baseret på Banedanmarks mad- og måltidspolitik, jf. bilag 1A. Konceptbeskrivelsen skal ses som et konkret kulinarisk bud på mad- og måltidspolitikken.

Derudover bedes beskrivelsen indeholde en ugemenu gældende for en forårs/sommermåned samt en ugemenu gældende for en efterår/vintermåned. Begge ugemenuer skal angives med ugenumre.

Det beskrevne kantinekoncept vil indgå i evalueringen af underkriteriet produktsortiment og kantinekoncept.

4. ...
Tildeling af kontrakt

II ...
Produktsortiment og kantinekoncept

Ved vurderingen vil der blive lagt vægt på i hvor høj grad tilbudsgiver i sit produktsortiment og det beskrevne kantinekoncept, efterlever og opfylder de målsætninger, der er stillet i Bannedanmarks Mad og måltidspolitik.

Der lægges særligt vægt på, at maden har fokus på råvarens kvalitet og bæredygtighed samt at der er fokus på nytænkning, innovation og kreativitet.

Vi vurderer det indleverede tilbud på baggrund af en [1 – 10] skala, ... hvor 1 er lavest grad af målopfyldelse og hvor 10 er højst grad af målopfyldelse. Dette vurderes ud fra de beskrevne menuer samt graden af målopfyldelse af mad- og måltidspolitikens vision.

Konceptet skal ses som et konkret bud på mad- og måltidspolitikken og der lægges særligt vægt på [delkriterierne]:

- I hvor høj grad repræsenterer den kommende kantines ”Madkoncept” nytænkning, variation, innovation og kreativitet ...

Graden af målopfyldelse vurderes ud fra graden af målopfyldelse i forhold til mad- og måltidspolitikens vision samt de beskrevne 2 årstidsmenuer (forår/sommer og efterår/vinter). Der vil blive udarbejdet en skriftlig kvalitetsvurdering.

Skala

...

- I hvor grad opfyldes målsætningerne om bæredygtighed og sundhed, herunder økologi og hensyntagen til madspild ...

Der vurderes ud fra den tilbudte økologiprocent og dokumentation af denne. Graden af bæredygtighed, madspil og sundhed vurderes ud fra graden af beskrevet fokus og indsats

...

- I hvor høj grad lægges der vægt på menuernes sæsonvariation og egenproduktion, sæson i det beskrevne madkoncept.”

Som et bilag til kravspecifikationen findes indklagedes ”Mad og måltidspolitik 2013”, hvori det hedder:

”Mad- og måltidspolitikken skal bidrage til, at Banedanmarks medarbejdere tilbydes appetitlige, velsmagende, nærende og sunde måltider, der varierer og afspejler sæsonen.

Mad- og måltidspolitikken indgår som en integreret del af Banedanmarks personalepolitik og sundhedspolitik, og forventes at bidrage til større trivsel, lavere sygefravær, bedre motivation og højere performance.

Mad- og måltidspolitikken vil først og fremmest påvirke driften af Banehusets kantine, ...”

Klagerens tilbud indeholdt menuer for en sommeruge (24) og en vinteruge (45).

I brev af 15. oktober 2013 redegjorde indklagede for evalueringen af de indkomne tilbud. Ved vurderingen i relation til underkriteriet pris opnåede klageren 7,0 point. Meyers Kantiner A/S opnåede 6,3 point. Af et vurderingsnotat vedrørende vurderingen i relation til underkriteriet ”Produktsortiment og kantineopgaver” fremgår delkriterier, delpoint og begrundelse som følger:

”Tingstøm

	Delpoint	
I hvor høj grad repræsenterer den kommende kantines ”Madkoncept” nytænkning, variation, innovation og kreativitet	6,5	Da Banedanmark lægger stor vægt på nytænkning og kreativitet, kunne konceptet have en tydeligere profil. De beskrevne menuer er traditionelle menuer og med en grad af stil forvirring, f.eks. reje ceviche (Sydamerika), vildtdelle (mormor mad) og bresaola (Italiensk). Dette gælder både for mødeservering, morgenmad og de 2 ugemenuer. Der er god variation i de 2 ugemenuer
I hvor høj grad	9,5	Bæredygtighed og økologi er meget

opfyldes målsætningerne om bæredygtighed og sundhed, herunder økologi og hensyntagen til madspil		velbeskrevet. Tingstrøm vil implementere fødevarestyrelsens sølvmærke. Der er også taget stilling til, hvordan der vil blive arbejdet med madspildet i kantinen. Det er også godt og tydeligt beskrevet, hvordan kantinen praktisk vil arbejde med sundhed.
I hvor høj grad lægges der vægt på menuernes sæsonvariation og egenproduktion, sæson i det beskrevne madkoncept.	8	Der lægges vægt på årstidens sæsoner, og det fremgår af de 2 uge menuer. Egenproduktion er også velbeskrevet. Årstidsmarkører kunne være mere tydelige.
Samlede point ...	8,0	

Sammenfatning:

Tingstrøms holdning til økologi, bæredygtighed er fint beskrevet og lever op til Banedanmarks forventninger om højt ambitionsniveau og dokumentation af økologi procenter. Fokus på madspil er også fint beskrevet. Der er stor variation i de 2 ugemenuer, dog savnes der en klar profil i menuerne, der viser kreativitet og innovation, som Banedanmark vægter højt.

...

Meyer

	Delpoint	
I hvor høj grad repræsenterer den kommende kantines "Madkoncept" nytænkning, variation, innovation og kreativitet	10	Meyers koncept er kreativt og nytænkende ud over det sædvanlige. Mange råvarer er nævnt med kendt producent. Meyer arbejder med at uddanne og inspirere personalet i nye trends og tendenser. Har en meget tydelig og personlig profil, som kontinuerligt videreudvikles gennem kurser, udlandsrejser, sparring mellem køkkenchefer mm. Der er tænkt "nye" råvarer og trends ind i menuerne, både til daglig og i mødeservering.
I hvor høj grad opfyldes målsætningerne om bæredygtighed og sundhed, herunder økologi	10	Bæredygtighed og økologi er meget velbeskrevet. Meyer vil implementere fødevarestyrelsens sølvmærke. Der er også taget stilling til, hvordan der vil blive arbejdet med madspil-

og hensyntagen til madspild		det i kantinen. Det er også godt og tydeligt beskrevet, hvordan kantinen praktisk vil arbejde med sundhed.
I hvor høj grad lægges der vægt på menuernes sæsonvariation og egenproduktion, sæson i det beskrevne madkoncept.	10	Der er i menuerne stor sæsonvariation. Årstids markører er dominerende i alle menuer. Der er stor grad af egenproduktion og gode begrundelser for, hvis andet er tilfældet.
Samlede point ...	10	

Sammenfatning:

Meyers koncept er kreativt og nytænkende ud over det sædvanlige. Der er tænkt ”nye” råvarer og trends ind i menuerne, både til daglig og i mødeservering. Bæredygtighed og økologi er meget velbeskrevet og det beskrives tydeligt, hvordan det vil dokumenteres over for Banedanmark. Det er også godt beskrevet, hvordan der vil blive arbejdet med madspildet i kantinen. Der er i menuerne stor sæsonvariation. Årstids markører er dominerende i alle menuer. Der er stor grad af egenproduktion og gode begrundelser for, hvis andet er tilfældet.”

I brev af 24. oktober 2013 gjorde klageren indsigelse mod den vurdering, der var foretaget af klagerens tilbud i relation til ”Produktsortiment og kantinekoncept”, som klageren anså for sket på et usagligt grundlag. Der protesteredes blandt andet over, at der ved vurderingen af delkriteriet om bæredygtighed og sundhed var givet henholdsvis 9,5 point og 10 point med samme begrundelse.

I brev af 11. november 2013 beklagede indklagede, at der i evalueringsnotats punkt 2 var anført samme begrundelse, men tildelt forskellige point og redegjorde nærmere for de overvejelser, der havde fundet sted ved evalueringen.

Parternes anbringender

Ad afvisning

Indklagede har til støtte for afvisningspåstanden anført, at indklagede som forsyningsvirksomhed er underlagt reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. artikel 2, stk. 2, litra a, jf. artikel 5, stk. 1. Kontrakt om drift af kantiner er en bilag B XVII-tjenesteydelse, der er udbudt efter forsyningsvirk-

somhedsdirektivet. Udbuddet er ikke omfattet af tilbudsloven, jf. tilbudslovens § 1, nr. 4, og § 15 a, stk. 2, 2. led. Klagenævnet kan kun tage stilling til klagen, hvis kontrakten har en klar grænseoverskridende karakter. I almindelighed frembyder kontrakter, som er omfattet af bilag B XVII (og udbudsdirektivets bilag B II) ikke nogen grænseoverskridende interesse. Ved vurderingen heraf kan der efter EU-Domstolens praksis lægges vægt på ydelsens værdi, stedet for kontraktens udførelse og ydelsens tekniske karakter. Efter EU-kommissionens fortolkningsmeddelelse (2006/C 179/02) kan der lægges vægt på kontraktens genstand, kontraktens anslåede værdi, forholdene i den berørte sektor, herunder markedets størrelse, struktur og handelspris, og det geografisk sted, hvor kontrakten skal udføres. Det følger også af klagenævnspraksis, at der må kunne påvises en mere end blot teoretisk potentiel interesse, før der er tale om en klar grænseoverskridende interesse. Udførelsen af den udbudte kontrakt er knyttet til et bestemt geografisk sted, og kontrakten vil ikke have interesse for tilbudsgivere i andre medlemsstater. Da kontrakten kun kan udføres ved fysisk tilstedeværelse i umiddelbar nærhed af indklagedes kantine, vil kontrakten kun have interesse for tilbudsgivere, der er etableret i umiddelbar nærhed af udførelsesstedet. Når kontrakten ikke har klar grænseoverskridende interesse, har klagenævnet ikke kompetence til at behandle sagen.

Klageren har om indklagedes afvisningspåstand anført, at den udbudte kontrakt har en værdi på ca. 6 mio. kr. årligt svarende til en samlet værdi på 22 – 31 mio. kr. afhængig af løbetiden. Kantinedrift udøves overalt i Europa af såvel grænseoverskridende virksomheder, lokalt baserede virksomheder og offentlige institutioner. En række af de største danske aktører på markedet er afdelinger af internationale virksomheder. Der er et klart behov for og en politisk målsætning om, at kantinedrift i et marked med milliardomsætning og tusindvis af medarbejdere konkurrenceudsættes. Bortfald af en klageadgang vil alvorligt kunne true denne målsætning.

Ad påstand 1, 2 og 3

Klageren har – ud over det, der fremgår af påstandene – gjort gældende, at bedømmelsen bygger på, at klageren også anvender importerede varer. Der er ikke i udbudsbetingelserne nogen indikation af, at råvarer produceret i Danmark skal have forrang. Det er en fundamental tradition i dansk hverdagskøkken løbende at introducere nye retter fra ind- og udland, og det er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne at videreføre denne tradition.

Det bestrides, at et madkoncept er udtryk for et ”personligt fingeraftryk”, og kriteriet kan ikke anvendes ved vurderingen af kvalitet.

Indklagede har gjort gældende, at påstand 1 – 3 og klagerens øvrige påstande alene angår indklagedes vurdering af klagerens tilbud i relation til det kvalitative underkriterium, hvor indklagede har et betydeligt skøn. Indklagede har ikke overtrådt ligebehandlings- eller gennemsigtighedsprincippet ved at lægge vægt på, at klagerens tilbud i for høj grad baserer sig på mange traditionelle menuer fra forskellige lande og derfor fremstår som bærende præg af stilforvirring. Klagerens tilbud favner meget bredt, men lever ikke fuldt ud op til indklagedes beskrivelse af et madkoncept præget af nyfortolkning, kreativitet og innovation. Klageren har beskrevet madtrends, men har ikke demonstreret på forhånd at have udviklet og konkretiseret et egentligt nytænkende, innovativt og kreativt koncept. Med udtrykket ”madkoncept” signalerer udbudsbetingelserne, at der lægges vægt på en tydelig rød tråd i tilbuddet. Det fremgår af udbudsbetingelserne, at der ønskes en nytænkning, kreativitet og innovation over et enkelt kulinarisk koncept. Det fremgår derimod ikke, at det tillægges positiv vægt, at tilbudsgiver tilbyder traditionel mad fra mange forskellige lande. Det fremgår af kravspecifikationen, at tilbud, der bygger på et enkelt koncept tilført nyfortolkning, kreativitet og innovation, vil blive bedømt godt. Et tilbud, der blander mange forskellige madtraditioner og stilarter, repræsenterer ikke et klart ”koncept”, men fremtræder let som udtryk for stilforvirring. Indklagedes vurdering overskrider ikke en ordregivers vide skønsbeføjelse. Indklagedes forståelse af udtrykket ”madkoncept” som en ”samlende retning” fremgår tydeligt af udbudsbetingelserne. At der i klagerens tilbud mangler et ”personligt fingeraftryk” er kun udtryk for, at klageren ikke i tilstrækkelig grad har demonstreret en tydelig rød tråd, dvs. et koncept. Den skønsbeføjelse, som en ordregiver har ved benyttelsen af tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, begrænses alene af, at der ikke er foretaget en åbenbart urigtig bedømmelse. Klagenævnet erstatter ikke ordregiverens skøn med sit eget.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at når samme begrundelse medfører uens pointtildeling, er det ikke gennemsigtigt. Klageren og Meyers Kantiner A/S er ikke blevet behandlet ens.

Indklagede har gjort gældende, at der har været tale om meget ens vurderinger, når der kun er en pointforskel på 0,5 point, og nuancen i vurderingen beskrives i den supplerende, sammenfattende begrundelse.

Ad påstand 5 og 6

Klageren har gjort gældende, at det ikke er korrekt, at klageren ikke har redegjort for sine procedurer for at undgå madspild. Klageren har i tilbuddet angivet, at madspild imødegås ved budgetkontrol, hvilket er en sikker metode, som indklagede heller ikke har imødegået.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har handlet inden for sin skønsmæssig ved at tildele klageren 9,5 point i relation til delkriteriet bæredygtighed og sundhed, herunder økologi og hensyntagen til madspild. Det fremgår klart, at der ved vurderingen vil blive lagt vægt på hensyntagen til madspild som et enkelt element. Indklagede har vurderet, hvor godt dokumentationen til madspild er beskrevet, herunder af den kontrol med madspil, som tilbudsgiveren tilbyder. Indklagede har savnet dokumentation for analyser i klagerens tilbud og har vurderet, at den kontrol med madspild, som klageren har beskrevet, og som er en budgetkontrol, ikke har været tilstrækkelig til at opnå maksimumpoint. Det bemærkes herved, at en overskridelse af budgettet kan skyldes madspild, men også, at der købes for dyrt ind eller en kombination af begge dele.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at det af udbudsbetingelserne fremgår, at tilbudsgiverens egenproduktion skal belyses ved udfyldelse af et skema. Klageren har afkrydset samtlige felter med ét forbehold om pålæg, som klageren både egenproducerer og køber hos 2 anerkendte og navngivne leverandører. Det vindende tilbud har 10 forbehold, og indklagedes tilbud burde derfor være tildelt flere point end sket.

Indklagede har bemærket, at klageren har scoret 8 point ved vurderingen af det pågældende delkriterium og har gjort gældende, at det af udbudsbetingelserne fremgår, at indklagedes mad- og måltidspolitik kræver en høj grad af egenproduktion eller valg af kvalitetsmæssige hel- og halvfabrikata. Indklagede har foretaget en samlet vurdering af sæsonvariation og egenproduktion, og den afkrydsning, der har fundet sted i den tabel, der har været an-

vendt ved tilbudsgivningen til oplysning om tilbudsgiverens egenproduktion, er indgået i vurderingen. Det er derfor ikke udtryk for forskelsbehandling, at vurderingen af de 2 tilbud i relation til det anførte delkriterium ikke har været ens, selv om skemaet har været udfyldt ens.

Ad påstand 8

Klageren har i sin sommermenu nævnt 4 – 5 traditionelle pålægstyper ud af 20 mulige. Dermed tilgodeses hensynet til traditionen, hvilket hensyn ud over sæsonhensynet også skal tilgodeses efter udbudsbetingelserne. Det er ikke noget krav, at traditionelle pålægstyper skal suppleres med sæsonpræget tilbehør.

Indklagede har gjort gældende, at delkriteriet ”sæsonvariation og egenproduktion” indebærer, at tilbudsgiverne konkurrerer på, i hvor høj grad tilbudsgiverne formår at integrere sæsonvariation og egenproduktion i det beskrevne madkoncept. Sæsonbetoning fremgår således direkte af delkriteriet.

Ad påstand 9 – 12

Klageren har gjort gældende, at kalvekød er traditionel sommermad, og at blommer er en sommerfrugt, der vil kunne bruges i en sommermenu.

Indklagede har i evalueringen anvendt udtrykket ”årstidsmarkører”, men begrebet findes ikke i sproget. Hvis det skulle anvendes i evalueringen, burde det have været nævnt og defineret i udbudsbetingelserne.

Det er med urette, at det har trukket ned i vurderingen, at klageren har oplyst, at der benyttes importeret frugt og grønt i januar – marts. Brugen af disse varer som appelsiner, citroner, avocado, oliven, valnødder, mango, ananas og bananer er netop udtryk for sæsonpræg, men varerne dyrkes ikke i Danmark. Det vil være diskrimination at lade anvendelse af udenlandsk producerede varer trække ned.

Indklagede har gjort gældende, at det efter udbudsbetingelserne var et krav, at tilbuddet skulle indeholde én ugemenu for en forårs/sommermåned og én for en efterår/vintermåned. Det fremgår også af udbudsbetingelserne, at menuerne skal tage udgangspunkt i sæsonen, både med hensyn til vareudbuddet og årets gang og traditioner. Traditionelle pålægstyper kan derfor

anvendes, men skal suppleres med sæsonbetonet præg. Indklagede har særligt fremhævet klagerens sommermenu ”Kalveboller i selleri med brune ris og blommekompot”. ”Blommer” er ikke en sommervare, men hører hjemme i sensommeren og dermed snarere i en ugemenu for efterår/vinter. Selleri er en grøntsag, der helt overvejende har sæson i vinteren. Det har derfor været korrekt, at indklagede har fremhævet denne ret som en ret, der demonstrerede, at klagerens tilbud ikke i tilstrækkelig grad tog højde for indklagedes ønske om hensyntagen til sæson. Indklagede har derfor ikke overtrådt ligebehandlingsprincippet ved sin vurdering af klagerens sommermenu, som også har indebåret en vurdering af de øvrige retter. Heller ikke brugen af udtrykket ”årstidsmarkører” er en sådan overtrædelse, idet der alene er tale om en sproglig forklaring på en vurdering af menu i forhold til en sæson. Indklagede har ikke vægtet det negativt, at klageren i sit tilbud ikke alene har tilbudt dansk frugt, men at klageren ikke har fastholdt en streng sæsonbetonet linje, idet både sommermenuen og vintermenuen anvender de samme varer.

Ad påstand 13

Klageren har ikke anført noget til støtte for denne påstand.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med de udbudsretlige regler, og der foreligger således intet grundlag for annullation. Hertil kommer, at sanktionen ”uden virkning”, jf. håndhævelseslovens § 17, ikke omfatter udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet af de såkaldte bilag B XVII-tjenesteydelser.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 12

Efter § 10, stk. 1, i håndhævelsesloven, jf. lov nr. 492 af 122. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. (med senere ændringer), træffer klagenævnet afgørelse om, hvorvidt en ordregiver har overtrådt de regler, der er nævnt i håndhævelseslovens § 1, stk. 2. Da klageren ikke har anført, hvilke bestemmelser i lovgivningen, der påstås overtrådt, afviser klagenævnet denne påstand, jf. herved håndhævelseslovens § 6, stk. 2.

Klagerens øvrige påstande

Den udbudte kontrakt vedrører kantinedrift og er derfor en tjenesteydelseskontrakt, som er omfattet enten af udbudsdirektivets bilag II B, nr. 17 eller nr. 27, eller de tilsvarende bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivets bilag XVII B. Da tærskelværdierne er overskredet, vil den udbudte kontrakt kun være omfattet af udbudsdirektivets artikler 23 og 35, stk. 4, jf. artikel 21, eller forsyningsdirektivets artikler 34 og 43, jf. artikel 32, men disse bestemmelser har ingen betydning for bedømmelsen af den foreliggende klage og er ikke påberåbt. Heller ikke tilbudslovens afsnit II finder anvendelse, jf. lovens § 15 a, stk. 1, nr. 2 (som affattet ved lov nr. 1234 af 18. december 2012), eller stk. 2, 2. pkt. Udbuddet af kontrakten er derfor ikke omfattet af danske regler, der går videre end de regler, der findes på EU-niveau. EU-traktaten indeholder krav til de ordregivende myndigheder m.v. om ligebehandling og gennemsigtighed, men EU-traktaten finder efter fast praksis kun anvendelse på udbudte kontrakter, der har en klar grænseoverskridende interesse.

Efter håndhævelseslovens § 10, stk. 1, jf. § 1, stk. 2, nr. 1, træffer klagenævnet afgørelse om, hvorvidt en ordregiver har overtrådt fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter og kontrakter inden for forsyningsvirksomhed (de fællesskabsretlige udbudsregler). Det er derfor afgørende for klagens behandling, om den foreliggende kontrakt har en klar grænseoverskridende interesse.

Hotel- og restaurationstjenesteydelser er bilag B-ydelser og er derfor undtaget fra udbudspligten, medmindre en klar grænseoverskridende interesse er til stede. Efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger om den udbudte kontrakts størrelse og udførelsessted finder klagenævnet ikke, at den udbudte kontrakt har en sådan klar grænseoverskridende interesse. De almindelige EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed finder således ikke anvendelse på udbuddet, og klagerens påstande om, at disse principper er overtrådt, tages derfor ikke til følge.

Det tilføjes, at en gennemgang af klagerens påstande heller ikke fører til, at indklagede ikke har behandlet tilbudsgiverne lige eller har gennemført udbuddet på en uigennemsigtig måde.

Udfaldet af klagesagen taler for, at klageren skal betale sagsomkostninger til indklagede til dækning af dennes omkostninger ved klagesagen, jf. be-

kendtgørelse nr. 887 af 11. august 2011 om Klagenævnet for Udbud § 9, stk. 4. Indklagedes anbringende om, at udbuddet mangler en klar grænseoverskridende karakter er fremkommet sent under sagens behandling og kunne, hvis den var fremkommet tidligere, have forenklet behandlingen væsentligt. Klageren pålægges derfor ikke at betale omkostninger til indklagede.

Herefter bestemmes:

Klagerens påstand 12 afvises.

Klagerens øvrige påstande tages ikke til følge.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig