

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor nævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

AGA A/S
(advokat Jesper Kaltoft og advokat Laura Juul Madsen, København)

mod

Aalborg Universitet,
Aarhus Universitet,
Danmarks Tekniske Universitet,
Syddansk Universitet,
Københavns Universitet og
Fødevarestyrelsen
(alle ved advokat Henrik Holtse, København)

Klagenævnet har den 17. maj 2018 modtaget en klage fra AGA A/S (herefter AGA).

AGA har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Aalborg Universitet, Aarhus Universitet, Danmarks Tekniske Universitet, Syddansk Universitet, Københavns Universitet og Fødevarestyrelsen (herefter AAU) har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har herefter truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift af 17. maj 2018 med bilag 1-7, svarskrift af 28. maj 2018, AGA's mail af 28. maj 2018, AAU's mail af 29. maj 2018, AGA's mail af 30. maj 2018 og AAU's

processkrift af 1. juni 2018.

Klagens indhold:

AGA har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at AAU har handlet i strid med udbudslovens § 2 ved at have anvendt en evalueringsmetode, der ikke er egnet til at identificere de økonomisk mest fordelagtige tilbud, da den evalueringstekniske tilbudssum ikke er repræsentativ for det forventede indkøb af ydelser omfattet af tilbudslisten, og da ”øvrigt sortiment” ikke er inddraget i evalueringen.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at ”øvrigt sortiment” ikke har været konkurrenceudsat, og at udbudspligten dermed ikke er afløftet for så vidt angår ”øvrigt sortiment”.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere AAU’s beslutning af 4. maj 2018 om tildeling af delaftale 1 og 2.

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

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 055-121247 af 19. marts 2018 udbød AAU som offentligt udbud efter udbudsloven en 3-årig rammeaftale med mulighed for forlængelse i 1 år. Rammeaftalen var opdelt i to delaftaler vedrørende henholdsvis ”rene gasser og specialgasser” (delaftale 1) og ”særlige specialgasser” (delaftale 2) med en anslået værdi på henholdsvis 10,5 mio. kr. og 1 mio. kr. Tildelingskriteriet var ”Pris”.

Udbuddet i henhold til ovennævnte udbudsbekendtgørelse var et genudbud, idet AAU havde annulleret et oprindeligt udbud. Årsagen hertil var, at de

indkomne tilbud vedrørende den delaftale, der omfattede gasser og specialgasser, ikke var økonomisk attraktiv, og at det derfor ikke var muligt at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ved tilbudsfristens udløb for genudbuddet den 18. april 2018 havde AAU modtaget tilbud fra AGA, Strandmøllen A/S og Air Liquide A/S på delaftale 1 og fra AGA og Air Liquide A/S på delaftale 2.

Den 7. maj 2018 meddelte AAU tilbudsgiverne, at samtlige indkomne tilbud var konditionsmæssige, og at AAU agtede at indgå delaftale 1 med Air Liquide og delaftale 2 med AGA.

Udbudsmaterialet omfattede blandt andet udbudsbetingelser, tilbudsliste, spørgsmål og svar, rammeaftale og kravspecifikation.

I udbudsbetingelserne står:

” ...

2.13 TILDELINGSKRITERIUM

Tilbudsfasen skal føre til, at den bedste tilbudsgiver tildeles kontrakten.

Tildeling af Rammeaftalen vil ske på baggrund af økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på laveste pris på hver af de 2 delaftaler.

De i skemaet anførte vægtninger, er udtryk for den indbyrdes vægtning mellem de enkelte kriterier.

2.13.1 DELAFTALE 1: RENEGASSER OG SPECIALGASSER

Underkriterium	Vægtning i procent
Pris rene gasser og specialgasser	60 %
Opfyldning af kundeejet/lejet cryobeholder	20 %
Pris leje af flasker og beholdere	20 %

2.13.2 DELAFTALE 2: SÆRLIGE SPECIALGASSER

Underkriterium	Vægtning i procent
Pris særlige specialgasser	70 %
Pris leje af flasker og beholdere	30 %

Ad. Pris

Tilbudspriserne vil indgå som en samlet vægtet tilbudssum, og blive vurderet på baggrund af de af tilbudsgiver angivne nettopriser, jf. Bilag 2: Tilbudsliste i forhold til det af Kunden [Ordregiver] estimerede årlige

forbrug. Alle priser skal afgives i danske kroner, eksklusiv moms, men inklusive alle øvrige afgifter, tillæg og gebyrer.

...

2.14 EVALUERING

Formålet med nærværende udbud er ... at opnå gode priser på Ordregivers indkøb af rene gasser og specialgasser samt særlige specialgasser. Det er med udgangspunkt i dette formål, at de ovenfor beskrevne tildelings- og underkriterier er valgt og den indbyrdes vægtning fastsat.

Ordregiver evaluerer tilbuddene for at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af de ovenfor anførte underkriterier.

...

2.14.2 EVALUERINGSMETODE

Ordregiver vil på baggrund af de tilbudte priser i Bilag 2: Tilbudslisten identificere den tilbudsgiver som har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på laveste pris på hver af de to delaftaler.

...

Under udbudsprocessen blev der stillet en række spørgsmål til AAU. Et af disse spørgsmål lød:

”Vedr. punkt 2.13.1 & punkt 2.13.2 Det virker ikke hensigtsmæssigt at sætte vægtning på de to/tre prisgrupper, da det åbner op for at tilbudsgivere udnytter mulighederne for at lave tilbud med kunstigt hhv. høje og lave priser, så der opnås en lav tilbudssum men reelt faktureres et langt højere beløb...”

Hertil svarede AAU:

”Ordregiver har valgt at lave vægtning da det afspejler fordelingen af forbrug og som også skulle blive afspejlet i de tilbudte priser...”

Af rammeaftalen fremgår blandt andet:

”11. Leverandørens ydelser på Rammeaftalen

11.1 Leverance af produkter

Rammeaftalen omfatter de Produkter, der fremgår af tilbudslisten i Bilag 2 med eventuelle senere ændringer.

...

22. Sortimentudskiftning, – opdatering og øvrigt sortiment

...

22.2 Øvrigt sortiment

Hvis Kunden i rammeaftalens løbetid ønsker at foretage køb hos Leverandøren af produkter, der ikke fremgår af rammeaftale bilag 6 Leverandørens tilbud, er Parterne enige om, at kunden kan foretage sådanne køb og at det sker på de vilkår, der er fastsat i nærværende rammeaftale.

Leverandøren er forpligtet til at levere øvrige produkter der findes i leverandørens sortiment inden for de udbudte varegrupper.

Prissætningen af ”Øvrigt sortiment” fastsættes på grundlag af Leverandørens listeprijs for produktet fratrukket den gennemsnitlige rabatsats for den produktkategori som produktet tilhører f.eks. rene gasser og specialgasser, opfyldning af kundeejet/lejet cryobeholder, særlige specialgasser der beregnes ved tilbudsafgivelse som forskellen mellem listeprijs og tilbudspris, som fremgår af Bilag 6 Leverandørens tilbud.

...”

Yderligere et spørgsmål, som AAU blev stillet i forbindelse med udbudsprocessen, lød:

”Vedr. at udbyder ikke skal, men kan købe på den aftale, som indgås med en leverandør. Overtræder udbyder ikke udbudsreglerne ved at købe gasser udenfor en aftale, som er indgået på baggrund af et udbud – d.v.s. købe gasser, som er udbudspligtige, på en aftale, som ikke er indgået på baggrund af et udbud? – og hvis udbyder mener at det ikke er en overtrædelse ønskes det oplyst på hvilken baggrund det ikke menes at være en overtrædelse?”

Hertil svarede AAU:

”Ordregiver vil købe de tilbudte gasser hos aftaleleverandøren med mindre at aftaleleverandøren ikke har de ønskede produkter i sit sortiment”

Af kravspecifikationen fremgår blandt andet:

...”

3. Gasser og specialgasser

Behov ID	Titel	Beskrivelse	Type af krav ...
...			
3.19	Listepriser	Ordregiver skal vedlægge sine listepriser på øvrigt sortiment som ikke er omfattet af bilag 2. tilbudslisten.	MK [Minimumskrav]
...			

”

Det fremgår af underretningen om tildelingsbeslutningen, at tilbudsgiverne afgav følgende priser:

”

Delaftale 1: Rene gasser og specialgasser	
Tilbudsgiver	Evalueringspris
AGA A/S	2.620.253,88 kr.
Strandmøllen A/S	6.576.549,86 kr.
Air Liquide A/S	2.545.583,91 kr.

Delaftale 2: Særlige specialgasser	
Tilbudsgiver	Evalueringspris
AGA A/S	446.843,12 kr.
Air Liquide A/S	804.123,68 kr.

”

Parternes anbringender:

Ad fumus boni juris

AGA har af betydning for, om betingelsen om fumus boni juris er opfyldt, gjort de nedenfor gengivne anbringender ad påstand 1 og 2 gældende.

AAU har gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har AGA gjort gældende, at AAU har anvendt en evalueringsmetode, der ikke var egnet til at identificere de økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet den evalueringstekniske tilbudssum ikke var repræsentativ for AAU's forventede indkøb af ydelser omfattet af tilbudslisten, og idet AAU ikke har inddraget ”øvrigt sortiment” i sin evaluering.

AGA har nærmere anført, at en ordregivers evalueringsmetode skal være repræsentativ for det forventede indkøb for at være i overensstemmelse med principperne i udbudslovens § 2. Det forhold, at modellen var beskrevet i udbudsmaterialet indebærer ikke i sig selv, at den ikke kan tilsidesættes. Det følger også modsætningsvis af udbudslovens § 160, der fastslår, at en evalueringsmetode ikke kan tilsidesættes, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet.

Er evalueringsmetoden egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud

AGA har gjort gældende, at priserne ”dobbeltvægtes” i forbindelse med evalueringen, idet priserne i tilbudslisten først vægtes for at afspejle ”det estimerede årlige forbrug” og dernæst vægtes for at ”afspejle fordelingen af forbrug”. Denne evalueringsmetode er ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

De anførte vægte i tilbudslisten på varelinjeniveau er indsat for at afspejle det estimerede årlige forbrug og med henblik på at sikre, at evalueringsmetoden er egnet til at identificere det tilbud, der i kontraktperioden giver de laveste omkostningerne for kunderne og dermed ikke blot evalueringsteknisk, men også de facto, er det økonomisk mest fordelagtige.

Ved at multiplicere prisen med den forventede indkøbsmængde på varelinjeniveau er der således allerede taget højde for fordelingen mellem gasser/specialgasser, opfyldning af kundeejet/lejet cryobeholdere og flaskeleje. Det savner mening, at AAU efterfølgende vægter på ”underkriterieniveau”, idet priserne for ”rene gasser og specialgasser”, delaftale 1, (vægt på 60 %) kommer til at påvirke evalueringen uforholdsmæssigt meget i forhold til opfyldning af kundeejet/lejet cryobeholder (20 %) og leje af flasker og beholdere (20 %). Tilsvarende gør sig gældende i forhold til delaftale 2, hvor priserne for ”særlige specialgasser” indgår med en vægt på 70 % sammenholdt med, at lejen af flasker og beholdere kun indgår med 30 %.

Ved at ”dobbeltvægte” har AAU anvendt en metode, der giver mulighed for strategisk prissætning, fordi metoden helt åbenbart ikke afspejler det forventede indkøb. En vilkårlig fastsat vægtning indebærer – som det også konkret er tilfældet – at evalueringen ikke bliver repræsentativ for det for-

ventede indkøb. Ved sortimentsudbud er det efter fast klagenævnspraksis en forudsætning, for at metoden er egnet, at den er repræsentativ for det forventede indkøb, og det er dermed ikke i sig selv tilstrækkeligt, at metoden ikke giver ordregiveren ubetinget valgfrihed mellem tilbuddene, jf. udbudslovens § 164, stk. 1.

AAU har gjort gældende, at den evalueringsmetode, som AAU har oplyst om og anvendt, ikke strider mod gennemsigtighedsprincippet eller ligebehandlingsprincippet, jf. udbudsloven § 160, stk. 2.

AAU har nærmere anført, at det følger af udbudsloven § 162, stk. 1, at ordregiveren skal identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af f.eks. pris, hvilket blev anvendt i det omhandlede udbud.

I henhold til udbudsloven § 164, stk. 1, skal ordregiveren fastsætte kriterier for tildeling, der er gennemsigtige, og kriterierne må ikke give ordregiveren ubetinget valgfrihed mellem tilbuddene. Kriterierne skal sikre mulighed for effektiv konkurrence om kontrakten.

Disse krav er opfyldt, idet det tydeligt fremgår af udbudsbetingelserne, hvordan laveste pris vil blive opgjort.

Endvidere medførte den anvendte evalueringsmetode ikke, at AAU fik ubetinget valgfrihed mellem tilbuddene, idet evalueringen tværtimod var baseret på en matematisk opgørelse, hvorefter de tilbudte priser blev multipliceret med de oplyste mængder og vægte for hvert underkriterium. Der var således ingen valgfrihed for AAU i relation til evalueringen.

Endelig gav den anvendte evalueringsmetode grundlag for en effektiv konkurrence, allerede fordi der alene blev evalueret på priser, og den tilbudsgiver, der på det oplyste grundlag afgav tilbud med laveste pris, ville få tildelt rammeaftalen.

I henhold til udbudsloven § 165 skal ordregiveren angive i udbudsmaterialet, hvordan ordregiveren vil vægte de fastsatte underkriterier. Dette er ubestridt sket i det omhandlede udbud.

Der er i de ovenfor nævnte bestemmelser i udbudsloven intet til hinder for, at en ordregiver ved opgørelse af laveste pris kan opdele tilbudslisten i for-

skellige kategorier, som hver udgør et underkriterium, og således opgøre prisen for hver kategori/hvert underkriterium, som derefter indgår med en oplyst vægt i den samlede opgørelse af evalueringspris. En ordregiver er berettiget til at fastsætte en vægtning for hvert underkriterium, og den vægtning, som AAU valgte for underkriterierne, kan ikke tilsidesættes, medmindre det åbenlyst er en usaglig vægtning. I det omhandlede udbud blev der foretaget en opgørelse af laveste pris inden for henholdsvis tre og to kategorier, som hver for sig udtrykkeligt udgjorde et underkriterium.

Begrundelsen for de anvendte vægte var, at det ved det oprindelige udbud kunne konstateres, at prisen for flaskeleje lå betydeligt over det forventede og også betydeligt over prisen for flaskeleje i AAU's eksisterende rammeaftale. Det forhold, at flaskeleje ikke indgik med en særlig stor vægtning i det oprindelige udbud, indebar netop en risiko for såkaldt strategisk pris-sætning, hvorefter der kunne tilbydes en meget høj pris for flaskeleje, uden at det fik nogen stor betydning for evalueringsprisen, og det var, hvad der skete. Det var ikke kommercielt ønskeligt, og det var endvidere problematisk i forhold til at sikre en repræsentativ vægtning af prisen for flaskeleje, idet de faktiske fremtidige udgifter for flaskeleje som følge af de høje tilbudspriser ville komme til at udgøre en større andel af de samlede omkostninger end den anvendte vægtning. Af denne grund blev det oprindelige udbud annulleret.

Ved genudbuddet tilsigtede man at undgå den omtalte problematik ved, at priserne for flaskeleje udgjorde et selvstændigt underkriterium, som indgik med en ikke ubetydelig vægt, nemlig 20 % for delaftale 1 og 30 % for delaftale 2. Det var AAU's vurdering, at priserne for gasser ville udgøre den største del af omkostningerne, hvorfor disse blev vægtet højt.

Fastsættelsen af disse vægte – der skete på baggrund af erfaringen fra det oprindelige udbud – var saglig og baseret på de forventede andele af de samlede omkostninger. Størrelsen af vægtningen for hvert underkriterium sikrede netop, at opgørelsen af laveste pris var repræsentativ for det efterfølgende indkøb. Det står en ordregiver frit for at prioritere prisen for bestemte varer ved at fastsætte en høj vægtning, uanset at det ikke kan begrundes med den historiske omkostning for varerne i underkriteriet. Dette kan være relevant i flere tilfælde.

Et tilfælde, hvor ovenstående gør sig gældende, kan være ved større sorti-

mentsudbud, hvor der forekommer enkelte varelinjer, som typisk indkøbes i meget små mængder. Hvis ordregiveren lader disse varelinjer indgå med en ubetydelig vægtning, er der risiko for, at tilbudsgiverne kan spekulere i dette og følgelig tilbyde en meget høj pris for disse varelinjer, uden at dette påvirker evalueringsprisen synderligt. Hvis den pågældende tilbudsgiver vinder udbuddet, vil de pågældende varelinjer få en større økonomisk betydning end den anførte vægtning som følge af de høje priser. For at undgå den situation, kan ordregiveren vælge at opprioritere de pågældende varelinjer, således at disse indgår med en større vægtning, og dermed sikre sig mod strategisk prissætning.

Et andet tilfælde, hvor ovenstående gør sig gældende, kan være, hvor ordregiveren har et ønske om at prioritere konkurrencen for en bestemt varekategori og derfor opprioriterer vægten af priser for denne varekategori.

Ovennævnte typetilfælde, der angår prioritering af varelinjer og underkriterier, svarer til AAU's fastsættelse af vægtning for underkriterierne i det omhandlede udbud. AAU har således haft en interesse i at undgå meget høje priser for flaskeleje og har ønsket at sikre mest mulig konkurrence på netop flaskeleje, hvorfor denne kategori blev opprioriteret ved at blive identificeret som et selvstændigt underkriterium, der indgik i den samlede evaluering med en ikke-ubetydelig vægt.

En ordregiver kan indrette evalueringsmetoden efter, hvad der ønskes opnået, herunder at prisen på bestemte varer kan indgå med en større vægt end det historiske forbrug understøtter, fordi ordregiveren har et ønske om, at nye varer skal afløse de eksisterende i løbet af kontraktens løbetid, jf. klagenævnets kendelse af 3. marts 2017 (Mediq Danmark A/S mod Aalborg Kommune, Brønderslev Kommune og Læsø Kommune). På tilsvarende vis må en ordregiver kunne tillægge et underkriterium en betydelig vægt for at opfylde et ønske om, at en bestemt varegruppe indgår i den samlede evaluering med en bestemt tyngde, som det har været tilfældet i det omhandlede udbud.

AAU evaluerede de indkomne tilbud således, at prisen for hver varelinje blev multipliceret med den angivne mængde, hvorved varelinjer med en stor mængde er indgået med en tilsvarende stor vægt i den samlede opgørelse af evalueringspris og omvendt for varer med en lille mængde.

Det er udbudsretligt irrelevant, at AGA er af den opfattelse, at der kunne opnås bedre tilbud, hvis der var anvendt en anden vægtning, idet det ikke tilkommer tilbudsgiverne at afgøre, hvad der er en hensigtsmæssig vægtning. Det, som AGA har anført om muligheden for strategisk prissætning, kan ikke ændre på, at det i det omhandlede udbud tilkom AAU at fastsætte vægtningen for hvert underkriterium.

Hvis en ordregiver eksempelvis evaluerer på grundlag af henholdsvis kvalitet og pris med en vægtning på henholdsvis 25 % og 75 %, er der selvsagt en risiko for, at en tilbudsgiver vil tilbyde en meget dårlig kvalitet til meget lave priser. Om dette samlet medfører et retvisende resultat af, hvad der er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, beror på ordregiverens valg af vægtning.

Dette gælder tilsvarende ved vægtning af underkriterier, der vedrører pris for forskellige varegrupper som i det omhandlede udbud. AAU's valg af vægtning for underkriterierne er foretaget ud fra, hvad der efter AAU's vurdering ville resultere i det samlet set økonomisk mest fordelagtige tilbud. De anvendte vægte er saglige og konkret repræsentative for de efterfølgende indkøb.

AAU har ikke på forhånd udarbejdet matematiske beregninger, der understøtter den valgte evalueringsmetode, men valget af vægtning er sket på grundlag af en saglig vurdering af, hvilken vægt de enkelte underkriterier bør have i den samlede evalueringspris. Udbudsloven foreskriver, at AAU kunne fastsætte den vægtning, som AAU fandt mest hensigtsmæssig. Den konkrete vægtning af underkriterierne er saglig, da den skulle sikre en effektiv konkurrence for alle varegrupper, herunder flaskeleje, og således sikre mod strategisk prissætning i form af særligt høje priser for flaskeleje. Den anvendte opprioritering af priser for flaskeleje var begrundet i erfaringerne fra det oprindelige udbud. Der er således intet grundlag for at tilside-sætte den anvendte vægtning.

Den anvendte vægtning er i overensstemmelse med de grundlæggende udbudsretlige principper, herunder ligebehandlingsprincippet, idet alle tilbudsgivere var stillet lige i konkurrencen og kunne indrette deres tilbud på grundlag af de oplyste vægte.

Evalueringsmetoden har i øvrigt medført tilfredsstillende priser for alle va-

regrupper i forbindelse med udbuddet. Det viser, at den evalueringsmetode, som AAU anvendte, ikke blot var lovlig, men også kommerciel hensigtsmæssig.

Evalueringsmetode af "øvrige sortiment"

AGA har gjort gældende, at evalueringsprisen ikke er repræsentativ, idet AAU ikke har inddraget "øvrige sortiment" i sin evaluering.

AGA har nærmere anført, at tilbuddene både omfattede tilbudslisten, som evalueringen blev gennemført på baggrund af, og listepriiserne for "øvrige sortiment", som ikke var omfattet af tilbudslisten, men var anført som et minimumskrav i kravspecifikationen.

Leverandøren i henhold til rammeaftalen vil i aftaleperioden være forpligtet til at levere produkter fra "øvrige sortiment" på samme måde, som leverandøren vil være forpligtet til at levere de produkter/ydelser, der fremgår af tilbudslisten. Det forhold, at AAU efter rammeaftalens punkt 22.2 har en ret, men ikke en pligt, til at købe fra "øvrige sortiment", ændrer ikke på, at "øvrige sortiment" indgår som en del af den udbudte rammeaftale og som følge heraf også skulle være indgået i evalueringen. Den gennemførte evaluering på baggrund af tilbudslisten er således uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Der kan ikke herske tvivl om, at "øvrige sortiment" var en del af udbuddet, og at evalueringen derfor også skulle have været repræsentativ for denne del af rammeaftalen for at have været lovlig.

AAU har gjort gældende, at der ikke var krav om at inddrage "øvrige sortiment" i evalueringen, idet "øvrige sortiment" ikke kunne identificeres.

AAU har nærmere anført, at det er tvivlsomt, om det ville have været lovligt at inddrage "øvrige sortiment" i evalueringen. Det kunne være i strid med gennemsigtighedsprincippet, idet det ville være uklart, hvad "øvrige sortiment" dækkede over. Dermed ville det være vanskeligt for en tilbudsgiver at identificere konkurrencegrundlaget. Endvidere kunne det være i strid med ligebehandlingsprincippet at inddrage "øvrige sortiment" i evalueringen, idet "øvrige sortiment" ikke ville være ens for tilbudsgiverne, og priserne ville derfor ikke være sammenlignelige.

Tilbudsgiverne har forskellige gasser udover de, der er anført på tilbudslisten, og det ville have været meget vanskeligt at sammenligne priser for ”øvrigt sortiment” og dermed lade priser for et ukendt antal varer indgå i opgørelsen af evalueringsprisen. Derfor er ”øvrigt sortiment” holdt ude af udbuddet og dermed også af evalueringen.

Det forhold, at der er en kontraktbestemmelse i udkastet til rammeaftale, som regulerer opgørelsen af en rabatsats på ”øvrigt sortiment”, medfører ikke, at det kan anses for at være en del af udbuddet.

Det var derfor helt korrekt og i overensstemmelse med praksis fra klagenævnet, at ”øvrigt sortiment” ikke indgik i evalueringen.

Særligt vedrørende påstand 2 har AGA gjort gældende, at AAU ikke har afløftet udbudspligten for så vidt angår ”øvrigt sortiment”.

Priserne på ”øvrigt sortiment” vedrører varer, som AAU vil have mulighed for at købe under rammeaftalen, men som ikke indgik i tilbudsevalueringen.

AAU har gjort gældende, at udbuddet vedrører de varer, der er anført på tilbudslisten, og det var alene prisen for disse varer, der er indgået i evalueringen, hvorfor udbudspligten er afløftet for disse varer.

AAU har nærmere anført, at AGA’s påstand er besynderlig al den stund, at det forhold, at rammeaftalen fastsætter en beregning af rabat for ”øvrigt sortiment”, ikke medfører, at AAU anser udbudspligten for afløftet for ”øvrigt sortiment”. Der er ingen pligt til at inddrage ”øvrigt sortiment” i udbuddet, så længe ”øvrigt sortiment” ikke indgår i evalueringen, og udbudspligten for ”øvrigt sortiment” kan af samme årsag ikke siges at være afløftet.

I det omfang der foretages indkøb af ”øvrigt sortiment”, kan dette ske med hjemmel i delkøbsreglen i udbudslovens § 8, stk. 2, med de deri angivne begrænsninger, og den fremgangsmåde er i øvrigt almindelig anvendt og anerkendt.

Særligt vedrørende påstand 3 har AGA gjort gældende, at de ad påstand 1 og 2 anførte forhold både hver for sig og samlet udgør så væsentlige overtrædelser af udbudsreglerne, at AAU’s tildelingsbeslutning skal annulleres.

AAU har gjort gældende, at der ad påstand 1 og 2 ikke er sket overtrædelse af udbudslovens bestemmelser, og der er derfor ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Ad uopsættelighed

AGA har gjort gældende, at klagen skal tillægges opsættende virkning uden selvstændig prøvelse af, om der foreligger uopsættelighed, men at betingelsen om uopsættelighed i øvrigt er opfyldt.

AGA har nærmere anført, at AGA ikke kan stilles, som om AAU's overtrædelser af udbudsreglerne ikke var sket, hvis AAU indgår rammeaftalen. Det skyldes blandt andet, at AGA ikke har mulighed for at opnå erstatning for det uberettigede indkøb, som AAU foretager i perioden fra rammeaftalens indgåelse og frem til, at den bringes til ophør.

AAU har gjort gældende, at der ikke foreligger sådanne forhold, der kan medføre, at en selvstændig prøvelse af, om der foreligger uopsættelighed, er ufornudden. Betingelsen om uopsættelighed er i øvrigt ikke opfyldt.

Ad interesseafvejning

AGA har gjort gældende, at betingelsen om interesseafvejning er opfyldt, idet hensynet til AGA bør veje tungere end hensynet til AAU's interesse i at kunne underskrive rammeaftalen.

AGA har nærmere anført, at AAU i forbindelse med udbuddet har begået væsentlige fejl, der utvivlsomt har haft direkte betydning for tildelingen af rammeaftalen, og at der ikke er tale om en hastende anskaffelse, hvor en genoptagelse af udbudsprocessen ville indebære væsentlige ulemper for AAU.

AAU har gjort gældende, at betingelsen om interesseafvejning ikke er opfyldt.

AAU har nærmere anført, at en interesseafvejning skal føre til, at AAU skal tillades at indgå den nye rammeaftale, inden der afsiges endelig kendelse i sagen. AAU har en interesse i hurtigst muligt at kunne indgå den nye ram-

meaftale, idet den er kommercielt mere attraktiv end den eksisterende.

AGA er leverandør på den eksisterende rammeaftale med AAU. Af samme grund har AGA en kommerciel interesse i at udskyde indgåelsen af den nye rammeaftale længst muligt. Imidlertid er dette ikke en saglig interesse at varetage i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning.

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:

Ad betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*"):

Vedrørende den første del af påstand 1 om, hvorvidt AAU har anvendt en evalueringsmetode, der ikke var egnet til at identificere de økonomisk mest fordelagtige tilbud, da den evalueringstekniske tilbudssum ikke var repræsentativ for det forventede indkøb af ydelser omfattet af tilbudslisten, bemærker klagenævnet, at AAU i udbudsmaterialet har beskrevet, efter hvilken evalueringsmetode tilbuddene vil blive bedømt, jf. udbudslovens § 160.

I henhold til den beskrevne evalueringsmetode ville AAU identificere de tilbudsgivere, som – på baggrund af de tilbudte priser i tilbudslisten – havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på laveste pris på hver af de to delaftaler.

Det er afgørende for evalueringen, at de kriterier, som en ordregiver fastsætter, sikrer muligheden for effektiv konkurrence, ligesom kriterierne skal være gennemsigtige for tilbudsgiverne og tilstrækkelig klare og tydelige til, at der opnås mulighed for en effektiv kontrol med opfyldelsen, jf. udbudslovens § 164.

Ved et sortimentsudbud er det efter klagenævnets praksis i forhold til underkriteriet "Pris" i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2, at undlade at foretage en evaluering, som er repræsentativ i forhold til det forventede indkøb. Dette krav kan opfyldes ved at inddrage et skønnet indkøbsbehov eller indkøbsvolumen eller ved at foretage en vægtning af hver enkelt varelinje.

Af udbudsmaterialet i det omhandlede udbud fremgår dels oplysninger om det forventede forbrug pr. varelinje, dels oplysninger om den forholdsmæssige vægtning af priserne for produkterne/ydelserne opregnet under de respektive underkriterier.

Der er efter det foreliggende ikke grundlag for at antage, at evalueringsmetoden ikke har været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud efter de ønsker, som AAU har anført. Herunder er der ikke grundlag for at antage, at AAU ved evalueringen ikke fulgte den metode, der var beskrevet i udbudsmaterialet, ligesom der heller ikke er grundlag for at antage, at det var uklart for tilbudsgiverne, hvordan tilbuddene ville blive eva-

lueret. Endelig er der ikke grundlag for at antage, at den evalueringstekniske tilbudssum ikke var repræsentativ for det omhandlede sortimentsudbud.

Herefter, og da de anvendte vægtninger må anses for at være saglige og ikke i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, er der på det foreliggende foreløbige grundlag ikke udsigt til, at klagenævnet vil tage den første del af påstand 1 til følge.

Vedrørende den anden del af påstand 1 om, hvorvidt AAU har anvendt en evalueringsmetode, der ikke var egnet til at identificere de økonomisk mest fordelagtige tilbud, da ”øvrigt sortiment” ikke var inddraget i evalueringen, bemærker klagenævnet, at det efter det foreliggende på baggrund af udbudsbetingelserne sammenholdt med kravspecifikationen og opbygningen af tilbudslisten har stået klart for tilbudsgiverne, at produkterne, som fremgår af tilbudslisten, udgjorde den udbudte ydelse, og at ”øvrigt sortiment” ikke ville blive inddraget i evalueringen af tilbuddene.

Da ”øvrigt sortiment” herefter ikke var en del af udbuddet, skulle det ikke indgå i evalueringen af tilbuddene, og der er derfor på det foreliggende foreløbige grundlag heller ikke udsigt til, at klagenævnet vil tage den anden del af påstand 1 til følge.

Der er herefter ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Vedrørende påstand 2 bemærker klagenævnet, at det ikke fremgår af påstanden, hvilke udbudsregler eller -principper AAU angiveligt har handlet i strid med, og der er ikke en præcis beskrivelse af, hvordan den angivelige overtrædelse menes at være sket. Klagenævnet tager herefter ikke stilling til påstanden.

AAU er i øvrigt enig i, at udbudspligten for ”øvrigt sortiment” ikke er afløst ved udbuddet, og klagenævnet kan ikke tage stilling til, om eventuelle indkøb af ”øvrigt sortiment”, som AAU senere måtte foretage, vil være i strid med udbudsreglerne, herunder delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2.

Vedrørende påstand 3 bemærker klagenævnet, at der efter det anførte ad påstand 1 og 2 ikke på det foreliggende foreløbige grundlag er udsigt til, at tildelingsbeslutningen vil blive annulleret.

Betingelse nr. 1 er herefter ikke opfyldt, og betingelserne for opsættende virkning er derfor ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Dorthe Hylleberg
kontorfuldmægtig