

K E N D E L S E

BC Catering Roskilde A/S
(advokat Jesper Kaltoft, København)

mod

Rudersdal Kommune
(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

Klagenævnet har den 23. november 2015 modtaget en klage fra BC Catering Roskilde A/S.

Klagen angår et ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 139-256066 af 17. juli 2015 af Rudersdal Kommune som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) iværksat udbud af en rammeaftale om levering af fødevarer m.v. til kommunens køkkener, institutioner og decentrale enheder. Aftalen har en varighed på 2 år med mulighed for forlængelse i 2 x 12 måneder og anslås af Rudersdal Kommune at have en årlig værdi på ca. 22 millioner kr. Tildelingskriteriet er ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.

BC Catering Roskilde A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Rudersdal Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-7, svarskrift med bilag A-H, supplerende klageskrift og supplerende svarskrift.

Klagens indhold:

BC Catering Roskilde A/S har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Rudersdal Kommune har handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, idet kommunens underretning om tildelingsbeslutningen ikke var ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Rudersdal Kommune har handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, ved at oplyse den forkerte dato for udløb af standstill-perioden i brev af 11. november 2015.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Rudersdal Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2 samt med udbudsdirektivets artikel 53 ved at have anvendt en evalueringsmodel, der er uigennemsigtig og ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere Rudersdal Kommunes tildelingsbeslutning af 11. november 2015.”

Rudersdal Kommune har erkendt overtrædelsen af påstand 1 og 2. Kommunen har vedrørende påstand 3 principalt nedlagt påstand om afvisning, subsidiært om at påstand 3 ikke tages til følge. Kommunen har nedlagt påstand om, at påstand 4 ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelserne er bl.a. anført:

”1.3 Udbuddets baggrund, vision og karakter

...

For ordregiver har den hidtil anvendte sortimentsudbudsmodel med lange tilbudslistes (faste priser) ikke taget højde for dagspriser, sæsonudsving, sortimentstilpasning mv. Ordregiver benytter i nærværende udbud en ny forenklet udbudsproces og et rammekontraktkoncept, som vil gøre det nemmere for både ordregiver og tilbudsgiver, og hvorved der tages hensyn til udsving i dagspriser mv. ...

Formålet med nærværende udbudsproces er med andre ord at finde den tilbudsgiver, som baseret på de i udbudsmaterialet opstillede mindstekrav vil kunne opfylde ordregivers behov for indkøb af fødevarer til lavest mulige priser.

Tilbudsgiverne skal ikke, som i forbindelse med traditionelle udbud, udfylde omfattende lister. Tilbudsgiverne skal i stedet blot fra tilbudstidspunktet give ordregiver login til tilbudsgivers officielle aktuelle laveste online dagspriser inden for det sortiment, hvor tilbudsgiver er leveringsdygtig. Ordregiver skal have login fra tidspunktet for tilbudsfristen til tidspunktet for tildeling. Vindende tilbudsgiver skal stille login til rådighed til kontrakten udløber.

Tilbudsgivers officielle aktuelle laveste online dagspriser: Hermed menes tilbudsgivers laveste online priser, som tilbudsgiver benytter til de fleste eller alle af deres kunder.

Herudover skal tilbudsgiver stille login til rådighed til Rudersdal Kommune til tilbudsgivers bestillingsside, hvor Kommunen skal kunne teste hvordan man foretager indkøb, kommer rundt på siden etc..

Rudersdal er ved at omlægge en større del til økologi. Økologiprocenten måles i kilo.

...

Tildelingskriteriet er ”økonomisk mest fordelagtige”, jf. nedenfor afsnit 1.6.

1: Der evalueres på baggrund af prisen (fratrullet tilbudte rabatsatser) for et fiktivt standardindkøb (en ”varekurv”) der indeholder varegrupper, som er repræsentativt for ordregivers indkøbsmønstre.

2: Der evalueres på baggrund af tilbudsgivers besvarelse af underkriteriet ”Serviceniveau” som vil blive bedømt ud fra tilbudsgivers løsningsbeskrivelse jf. nummer 1-7 i bilag 8, tilbudsgivers løsningsbeskrivelse for ”Serviceniveau” og ”Levering”.

3: Der evalueres på baggrund af tilbudsgivers besvarelse af underkriteriet ”Levering”, som vil blive bedømt ud fra tilbudsgivers løsningsbeskrivelse jf. nummer 8-13 i bilag 8, tilbudsgivers løsningsbeskrivelse for ”Serviceniveau” og ”Levering”

Tilbudsgiver skal samtidig overholde de fastsatte kvalitetskrav. ...

...

1.9 Tildelingskriterier

Tilbudsgivers pris fastsættes som prisen for et ”fiktivt standardindkøb” ud fra tilbudsgivers dagspris fratrukket de af tilbudsgiver tilbudte rabattsatser omfattet af det fiktive standardindkøb, jf. tilbudsarket, bilag 9.

Det fiktive standardindkøb ”foretages” af ordregiver på tilfældige datoer, der ikke på forhånd er kendt for tilbudsgiverne. For alle egnede tilbudsgivere foretages de fiktive standardindkøb samtidig (samme dag) for hver varegruppe og senest 6 uger regnet fra tilbudsfristen.

Det fiktive standardindkøb foretages ud fra en ”varekurv”, der er sammensat ud fra repræsentative indkøb og mængder for et repræsentativt udsnit af ordregivers storkøkkener/institutioner. Ordregiver har sammensat varekurven ud fra indkøb foretaget over hele året (både vinter, forår, sommer og efterår).

Varekurven udgøres af et vist antal varekategorier op til 28 kategorier, således som beskrevet i tilbudslisten bilag 9 og ovenfor. Såfremt en tilbudsgiver ikke måtte have et efterspurgt varenummer (eller ikke måtte have en dagspris på dette), og varenummeret således ikke er sammenligneligt, på tidspunktet for foretagelsen af det fiktive vareindkøb, vil varenummeret udgå af varekurven for alle tilbudsgivere. På den måde sikres det, at der kun evalueres på baggrund af helt sammenlignelige varer, det tilstræbes at ordregiver sammenligner på identiske vare,

det vil sige:

en vare, som samtlige tilbudsgivere kan tilbyde på tidspunktet for det fiktive indkøbs foretagelse

Tilbud vil blive nummereret i den rækkefølge de er indkommet. Ordregiver har nummereret varegrupperne, der skal evalueres, på forhånd.

Evalueringen vil blive foretaget således:

Først indkomne tilbud vil være bestemmende for hvilket produkt den første varegruppe sammenlignes på.

Eksempelvis varegruppe 1 kan omfatte 1 flaske á 0,5 liter sød rød saft. Tilbudsgiver 1 tilbyder 1 flaske sød rød saft fra Rynkeby på 0,5 liter.

Der foretages derfor sammenligning blandt alle tilbudsgivere, på 1

flaske sød rød saft på 0,5 liter fra Rynkeby.

I praksis betyder det de specifikke varer tilbudsgiver 1 tilbyder, er bestemmende for varerne, der sammenlignes på i varegruppe 1.

I anden varegruppe er tilbudsgiver 2 bestemmende for de specifikke varer, der sammenlignes på og så fremdeles.

Når rækken af tilbudsgivere er opbrugt startes forfra med tilbudsgiver 1, som bestemmende for de specifikke varer, der sammenlignes på.

Det er dog en forudsætning for evalueringen, at der i varekurven kan findes mindst 100 sammenlignelige varer, (det vil sige varer, som samtlige egnede tilbudsgivere kan tilbyde som del af deres fødevarsortiment på tidspunktet for foretagelsen af det fiktive standardindkøb).

...

Ordregiver udvælger i evalueringen den efterspurgte vare i pakningsstørrelser der passer bedst til det efterspurgte i tilbudslisten, under hensynstagen til pris og mængde, som tilbudsgiver tilbyder i sit sortiment.

Eksempel

Hvis der efterspørges 750 gr. økologiske kyllingelår, og én tilbudsgiver kun sælger dette i pakker a 250 gram og pakker a 1 kg., vil prisen der indgår i evalueringen enten være prisen for 3 x 250 gram eller prisen for 1 x 1 kg. alt afhængig af, hvad der er den billigste totalpris for den efterspurgte varer.

...

Vinderen er den tilbudsgiver, der ville kunne levere den fiktive varekurv billigst muligt ud fra tilbudsgivers dagspris fratrasket de af tilbudsgiver tilbudte rabatsatser.

Det bemærkes i den forbindelse, at ordregiver ikke er bekendt med datoerne for foretagelsen af de fiktive standardindkøb, idet disse datoer er fastsat ud fra et tilfældighedsprincip og deponeret et sikkert sted hos Kommunen.

1.9.1 Pris 60%

Underkriteriet pris vægtes med 60%

1.9.2 Serviceniveau 20%

Underkriteriet "Serviceniveau" vil blive bedømt ud fra tilbudsgivers løsningsbeskrivelse for følgende 7 delkriterier jf. nummer 1-7 i bilag 8, tilbudsgivers løsningsbeskrivelse for "Serviceniveau" og "Levering"

...

1.9.3 Levering 20 %

Underkriteriet ”Levering” vil blive bedømt ud fra tilbudsgivers løsningsbeskrivelse for følgende 6 delkriterier jf. nummer 8-13 i bilag 8, tilbudsgivers løsningsbeskrivelse for ”Serviceniveau” og ”Levering”:

Udbudsbetingelsernes bilag 9 ”Tilbudsliste” er udformet således:

”

Varegruppe	Kategori	Konventionel Rabat i %	Økologisk Ra- bat i %
Frugt og Grønt Frisk	Frugt		
	Grønt		
	Kartofler		
	Snitgrønt og forarbejdede kartofler		
Frugt og Grønt Frost	Frugt, grønt, kartofler		
Pålæg Fersk	Kødprodukter		
	Salater		
	Pølser		
Pålæg Frost	...		
...	...		
Drikkevarer	Kildevand, saft, juice, læskedrik og mineralvand		
	Sodavand		
	Vin og øl		
	Spiritus		
	Kaffe og te		

”

Ved tilbudsfristens udløb den 7. september 2015 havde Rudersdal Kommune modtaget tre tilbud fra henholdsvis Hørkram Foodservice A/S, BC Catering Roskilde A/S og Catering Engros. Alle tilbud blev vurderet konditionsmæssige.

Ved brev af 11. november 2015 meddelte Rudersdal Kommune tilbudsgiverne, at man agtede at indgå aftale med Hørkram Foodservice A/S. Af brevet fremgår om begrundelsen for tildelingsbeslutningen:

” ...

	Catering Engros	BC - Catering	Hørkram
--	-----------------	---------------	---------

Pris	52,2	58,7	60,0
Serviceniveau og Levering	23,4	33,0	34,8
Samlet	75,5	91,7	94,4

”
...

Ved brev af 23. november 2015 fremsendte Rudersdal Kommune efter anmodning en uddybende begrundelse for tildelingsbeslutningen til BC Catering Roskilde A/S. Det fremgår heraf bl.a.:

”I forhold til sammensætningen af varekurven er den udarbejdet ud fra hovedkategorierne

- frisk frugt og grønt
- kød og kødpålæg (frossen og frisk)
- kølervarer
- dybfrost
- tørvarer

Fordelingen mellem de enkelte hovedkategorier er endvidere baseret på fagpersonalets skøn ud fra, hvorledes omsætningen er fordelt på de enkelte hovedkategorier

...

Hvordan den fiktive varekurv er sammensat

...

Udbudskonsulenterne har løbende afholdt møder med fagpersoner repræsenteret fra forskellige områder i kommunen, for bl.a. at diskutere varerkurven og få den sammensat så repræsentativ, som mulig indenfor hovedkategorierne.

...

Hvilken evalueringsmodel, der har været anvendt.

Kommunen har benyttet en lineær evalueringsmodel.”

Af en samlet evalueringsoversigt for alle 5 varekategorier fremgår, at ”varekurven” har indeholdt 138 sammenlignelige varer ud af 311 varer i alt, at varerne er fordelt med 19,85 % indenfor frisk frugt og grønt, 28,21 % indenfor kød og kødpålæg, 24,36 % indenfor kølervarer, 12,77 % indenfor dybfrost og 14,81 % indenfor tørvarer. Det fremgår videre, at ”varekurvens” samlede pris efter rabat for hver af tilbudsgiverne udgør:

Hørkram Foodservice A/S	21.025,21 kr.
Catering Engros	24.179,03 kr.

BC Catering Roskilde A/S

21.480,93 kr.

Det fremgår endeligt, at BC Catering Roskilde A/S alene på kategorien frisk frugt og grønt ligger prismæssigt væsentligt over Hørkram Foodservice A/S mens de på de 4 andre kategorier ligger prismæssigt under Hørkram Foodservice A/S.

Af evalueringsskemaerne for de 5 varekategorier fremgår, at der for hver varegruppe er sket sammenligning samme dag, men at der ikke nødvendigvis er sket sammenligning af alle varegrupper indenfor hver varekategori samme dag. Af skemaet fremgår endvidere, hvilken rabat den enkelte tilbudsgiver har tilbudt indenfor de forskellige kategorier anført i tilbudslisten.

Parternes anbringender

Ad fumus boni juris

BC Catering Roskilde A/S har gjort gældende, at Rudersdal Kommune har sammensat den ”fiktive indkøbskurv” på en måde, der ikke er repræsentativ for kommunens forventede indkøb under rammeaftalen. Kommunen har derved tildelt rammeaftalen til den eksisterende leverandør på baggrund af en evalueringsmodel, der konkret er uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Betingelsen om ”fumus boni juris” er dermed jf. særligt det ad påstand 3 og 4 anførte opfyldt.

Rudersdal Kommune har gjort gældende, at det ikke er godtgjort, at kommunen har handlet i strid med de udbudsretlige regler, herunder på en måde, så der er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen. Betingelsen om ”fumus boni juris” er dermed ikke opfyldt.

Påstand 1 og 2

Anbringenderne gengives ikke, da Rudersdal Kommune har erkendt overtrædelserne.

Påstand 3

BC Catering Roskilde A/S har gjort gældende, at evalueringen af prisen i et sortimentsudbud skal ske på grundlag af et ”repræsentativt udsnit i forhold til det forventede indkøb” for at være lovlig, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud v/Kolding Kommune. Den fiktive indkøbskurv, der har dannet grundlag for evalueringen i det konkrete udbud, er ikke repræsentativ for det forventede indkøb. De forskellige varer er kun nogle steder vægtede, og den samlede indkøbskurv afspejler derfor ikke det forventede indkøbsvolumen. Indkøbskurven omfatter kun 138 varer ud af BC Catering Roskilde A/S’ samlede tilgængelige varekatalog med ca. 10.000 varer og alene en værdi på ca. 21.000 kr., hvilket skal ses i sammenhæng med det forventede årlige indkøb på ca. 22 millioner. Et så begrænset udsnit i både kvalitativ og kvantitativ henseende udgør ikke et repræsentativt grundlag for tilbudsevalueringen. Af evalueringsskemaerne synes at fremgå, at kommunen havde planlagt at evaluere på 74 varer indenfor varegruppen ”tørvarer” samt 37 varer indenfor varegruppen ”frisk frugt og grønt”. Konkret har evalueringen imidlertid været baseret på 18 ”tørvarer” henholdsvis 35 varer indenfor ”frisk frugt og grønt”. Dette har forrykket forholdet mellem de forskellige varegrupper og medført, at sammenligningsgrundlaget indenfor nogle varegrupper er blevet endnu mere spinkelt. BC Catering Roskilde A/S’ erfaring som fødevareleverandør til kommuner tilsiger ligeledes, at sammensætningen af indkøbskurven ikke er retvisende. Modellen er, som den konkret har været anvendt, dermed ikke lovlig. Sammensætningen af varekurven fremstår arbitrær og uden afspejling af, hvilke gænge basisvarer en kommune efterspørger. Eksempelvis indgår sødmælk ikke, mens ananas indgår to gange under konserves.

Rudersdal Kommune har endvidere evalueret på baggrund af varer, der hverken er identiske eller sammenlignelige. Af evalueringsskemaet synes at fremgå, at der indenfor varegruppen ”frisk frugt og grønt” er sammenlignet varer af forskellige sorter, for eksempel ”Æbler, alle økologiske”. Der er imidlertid stor forskel på de forskellige sorter – ikke mindst i pris – og det giver derfor ikke mening at behandle alle økologiske æbler ens. Det fremgår ikke alle steder af evalueringsskemaerne, hvilke mærker der er evalueret på baggrund af, og det fremgår dermed heller ikke, om der er sammenlignet forskellige mærkevarer. Nogle steder fremgår det eksplicit af evalueringsskemaet, at der i evalueringen er indgået ”forskellige mærker”. Andre steder fremgår det, at der er evalueret på baggrund af et givet mærke fx for rejesalats vedkommende ”Graasten”. Graasten indgår imidlertid ikke i BC Catering Roskilde A/S’ sortiment. Der er således, uden at dette kan udledes

af skemaet, sammenlignet med en anden rejesalat og konkret JK Salater, der er dyrere end den alternative K-salat. Evalueringen er dermed ikke sket i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.

Endelig fremgik det af udbudsbetingelserne, at de fiktive standardindkøb ville blive foretaget samtidig (samme dag) for hver varegruppe og senest 6 uger regnet fra tilbudsfristen. Af evalueringsskemaerne kan imidlertid udledes, at det fiktive standardindkøb ikke er foretaget samme dag inden for hver varegruppe. Rudersdal Kommune har således heller ikke på dette punkt fulgt sine egne procedurer ved sammensætningen af indkøbskurven og har også på dette punkt handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Rudersdal Kommune har vedrørende sin principale påstand gjort gældende, at BC Catering Roskilde A/S er fremkommet med nye anbringender om, at kommunen uretmæssigt har evalueret på varer, som ikke er identiske eller sammenlignelige, og at kommunens indkøb er foretaget på forskellige datoer. I det lys er det kommunens opfattelse, at påstanden, således som den er formuleret, er for upræcis og dermed på det foreliggende grundlag er uegnet til at danne grundlag for klagenævnets pådømmelse. Påstanden skal derfor afvises jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 10, stk. 2.

Kommunen har vedrørende sin subsidiære påstand gjort gældende, at tilbudsgiverne for underkriteriet ”Pris” konkurrerede på en fast rabatsats for hver varekategori, og prisen vurderedes som prisen for et fiktivt standardindkøb fratrasket den tilbudte rabatsats. Alle tilbudsgiverne har haft mulighed for at tilbyde en fast rabatsats på varekategorierne. BC Catering Roskilde A/S har tilbudt en rabat på 15 % for 19 af varekategorierne og har ikke tilbudt en rabatsats for de resterende varekategorier. Den vindende tilbudsgiver har tilbudt en tilsvarende eller højere rabatsats på alle 30 varekategorier. De tilbudte rabatsatser har haft betydning for den samlede tilbudssum i den fiktive standardvarekurv. Rabatsatsen er fratrasket for hver tilbudsgiver inden for hver af de fem hovedkategorier.

Kommunen har anvendt en evalueringsmodel for underkriteriet ”Pris”, hvor laveste tilbudssum fik tildelt karakteren 100, mens en tilbudssum, der var 100 % dyrere end laveste tilbudssum, blev sat til karakteren 0. Tilbudsgiverne er tildelt point på baggrund af en lineær interpolation mellem de to ovennævnte yderpunkter. En sådan evalueringsmodel er helt sædvanlig og

har konkret været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

De foretagne fiktive standardindkøb er repræsentative for Rudersdal Kommunes indkøbsmønstre i forhold til varetyper og den mængdemæssige fordeling.

I overensstemmelse med udbudsbetingelserne har Rudersdal kommune minimum udvalgt 100 tilfældige varer, som samtidig tager hensyn til et rimelig repræsentativt indkøb. Kommunen har ud fra et skøn af det forventede indkøbsbehov opdelt varegrupperne i ”Frisk frugt og grønt”; 10-20 %, ”Kød og kødpålæg”; 25-35 %, ”Kølevarer”; 20-30 %, ”Dybfrost”; 10-20 % og ”Tørvarer, kolonial”; 10-20 %. Kommunen har konkret for hvert af de fiktive standardindkøb fulgt fremgangsmåden, som beskrevet i udbudsbetingelsernes pkt. 1.9. Den samlede fiktive standardindkøbskurv indeholder 138 sammenlignelige varer, som alle er indgået i den samlede evaluering. Det er ikke en forudsætning for lovligheden af kommunens anvendte evalueringsmodel, at evalueringen omfatter kommunens ”årliche forbrug” svarende til 22 mio. kr. eller 10.000 varelinjer, som det fremhæves af BC Catering Roskilde A/S.

Den anvendte evalueringsmodel vil være lovlig ved evaluering af både 100, 1.000 eller 10.000 varer, idet evalueringsmodellen baserer sig på varernes vægt/antal og den procentvise fordeling af varekurvens indhold og ikke antallet af varer. Varekurvens indhold er opgjort i vægt (kg/gram) eller antal (stk.), efter et skønnet indkøbsbehov angivet i procent, og er dermed, uanset antallet af varer, repræsentativ for kommunens indkøbsbehov på tværs af kommunens institutioner og årstider.

Rudersdal Kommune har konkret valgt at evaluere på minimum 100 varer under hensyntagen til de tidsmæssige og administrative perspektiver, idet evalueringsmetoden er meget tidskrævende. Tilbudsgiverne har tilmed konkurreret på en fast rabatsats inden for hver varekategori. De tilbudte rabatsatser gælder for hele tilbudsgivers varesortiment i den samlede kontraktperiode, og konkurrencen omfatter således reelt hele varesortimentet.

I varekurven har kommunen valgt almindelige og specielle varer, da varekurven netop skal være repræsentativ for indkøbsbehovet på tværs af institutioner og årstider. Kommunen har således valgt både almindelige varer,

såsom let- og minimælk, og specielle varer, såsom ”kalkun – cordon bleu”, for at undgå, at tilbudsgiverne unaturligt ville sænke priserne på de mest almindelige varer i evalueringsperioden.

I den ”endelige” fiktive standardindkøbskurv indgår 138 varer. For at få den procentvise fordeling i hver varekategori til at passe har kommunen i forhold til de forventede 100 varer tilføjet det nødvendige antal ekstravarer.

Rudersdal Kommune har i udbudsbetingelsernes pkt. 1.9 beskrevet principperne der skal sikre, at der evalueres på identiske eller sammenlignelige varer. Det kan efter kommunens vurdering ikke være et udbudsretligt krav, at alle varer skal være fuldstændigt identiske, men det har været kommunens udgangspunkt ved evalueringen. For de varetyper, hvor tilbudsgiverne ikke har tilbudt identiske varer, er varerne i stedet blevet sammenlignet i forhold til vægt og kvalitet for at vurdere varernes sammenlignelighed. For kvalitet er der sondret mellem luksus- og discountvarer. BC Catering Roskilde A/S har fået aktindsigt i kommunens interne arbejdsdokumenter/evalueringsskemaer. BC Catering Roskilde A/S har efter en gennemgang heraf anført, at 3 varer – ud af 138 varer – ikke er identiske eller sammenlignelige. For så vidt angår ”Æbler, alle økologiske” bemærkes, at kommunen for alle tre tilbudsgivere har sammenlignet 64 stk. økologiske æbler af ens sorter, herunder sorten ”Golden Delicious”. Der er således evalueret på baggrund af identiske varer. Særligt for så vidt angår ”Kalkun Gordon Bleu” bemærkes, at kommunen har sammenlignet varen fra Findus tilbudt af Catering Engros og den sammenlignelige vare fra Chef S. (Chef Service) tilbudt af Hørkram Foodservice A/S og BC Catering Roskilde A/S, idet Hørkram Foodservice A/S og BC Catering Roskilde A/S ikke kunne tilbyde den valgte vare fra Findus. Kommunen har ikke valgt et billigere alternativ, som fx Dencon, idet varen netop ikke er sammenlignelig i forhold til vægt og kvalitet. Særligt for så vidt angår ”Rejesalat” har kommunen sammenlignet varen fra Graasten (delikatesse) tilbudt af Hørkram Foodservice A/S og Catering Engros og den sammenlignelige vare fra JK-Salater (luksus) tilbudt af BC Catering Roskilde A/S, idet BC Catering Roskilde A/S ikke kunne tilbyde den valgte vare. Kommunen har ikke valgt et billigere produkt, som fx K-Salat, idet varen ikke er sammenlignelig i forhold til kvalitet.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 1.9, at ”de fiktive standardindkøb [foretages] samtidig (samme dag) for hver varegruppe og senest 6 uger regnet fra tilbudsfristen”. Af tidsmæssige og administrative årsager var det ik-

ke muligt for kommunen at foretage samtlige indkøb inden for en varegruppe samme dag, idet evalueringen viste sig at være betydeligt mere tidskrævende end forudsat. Kommunen har imidlertid indkøbt og sammenlignet hver enkelt vare (138 varer) hos de tre tilbudsgivere samme dag, hvilket har sikret ligebehandling af tilbudsgiverne. Der er således tale om en mindre uvæsentlig ændring af den beskrevne evalueringsmetode, som ikke har tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, og som ikke har haft nogen konkret betydning for resultatet af udbuddet.

Påstand 4

BC Catering Roskilde A/S har gjort gældende, at Rudersdal Kommune, særligt ad det, der er anført jf. påstand 3, har overtrådt væsentlige regler og principper i udbudsdirektivet. Da overtrædelserne har haft indflydelse på kommunens evaluering af de indkomne tilbud og dermed på tildelingsbeslutningen, skal tildelingsbeslutningen annulleres.

Rudersdal Kommune har gjort gældende, at der ikke er sket en overtrædelse af udbudsreglerne, der kan begrunde en annullation af tildelingsbeslutningen, jf. anbringenderne anført i relation til påstand 3

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

BC Catering Roskilde A/S har gjort gældende, at såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning, vil virksomheden ikke kunne stilles, som hvis overtrædelse af udbudsreglerne aldrig var sket. Som følge af modellens uegnethed har BC Catering Roskilde A/S ikke mulighed for at opnå erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, selvom Klagenævnet for Udbud måtte give virksomheden medhold i, at evalueringsmodellen konkret har været uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Hensynet til at sikre effektiv håndhævelse af udbudsreglerne taler således imod, at der kan indgås kontrakt med Hørkram Foodservice A/S, der – når aftalen først er indgået – kan opretholdes i hele aftalens løbetid. Aftalen er efter sin økonomiske værdi og værdi som reference desuden betydningsfuld for BC Catering Roskilde A/S. Det følger af praksis fra Klagenævnet for Udbud, at i tilfælde hvor overtrædelserne af udbudsreglerne er klar og betydningsfuld, vil klagenævnet slække på kravene til uopsætteligheden, jf. eksempelvis kendelse af 20. januar 2012, Ansaldo STS SpA mod Banedanmark. Det er BC Catering Roskilde A/S' opfattelse, at de konkrete overtrædelser må an-

ses for sådanne grove overtrædelser. Hensynet til BC Catering Roskilde A/S bør derfor veje tungere end hensynet til kommunens interesse i at kunne underskrive kontrakten. Dette særligt i en situation, hvor det ikke fremgår af udbudsmaterialet, at den udbudte kontrakt er et udtryk for et aktuelt eller presserende behov hos kommunen, der ikke ville kunne løses under den eksisterende kontrakt.

Rudersdal Kommune har gjort gældende, at betingelsen om ”uopsættelighed” ikke er opfyldt. BC Catering Roskilde A/S har ved tilbudsafgivelsen været bekendt med evalueringsmodellen og kriterierne for sammensætning af varerne i det ”fiktive standardindkøb”. At en aftale er betydningsfuld for en virksomhed som reference er efter Klagenævnets faste praksis ikke tilstrækkeligt til, at uopsættelighedskriteriet kan anses for opfyldt. Almindeligvis skal der være tale om, at virksomhedens fortsatte eksistens er på spil, hvilket ikke er dokumenteret. Det bestrides herunder, at der er sket overtrædelser af udbudsreglerne af en sådan karakter, at der er grundlag for at slække på kravene til uopsætteligheden. Kommunen har et presserende behov for at indgå den af klagen omfattede rammeaftale, idet den nuværende rammeaftale vedrørende indkøb af fødevarer udløber den 31. december 2015. I relation til interesseafvejningen skal det endvidere tillægges betydning, at BC Catering Roskilde A/S har haft mulighed for at klage eller fremføre indsigelser over evalueringsmodellen allerede i forbindelse med udbuddets gennemførelse, men først valgte at klage, da det stod klart, at virksomheden ikke havde fået tildelt rammeaftalen.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet finder ikke grundlag for at tage afvisningspåstande til følge.

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, 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:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet:

Ad påstand 1 og 2

Rudersdal Kommune har erkendt, at kommunens underretning om tildelingsbeslutningen ikke var ledsaget af en kort redegørelse, der opfyldte kravene i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., og at standstill-perioden i meddelelsen af 11. november 2015 ikke var angivet korrekt. Der er derfor udsigt til, at påstand 1 og 2 vil blive taget til følge jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 10, stk. 1, 2. pkt. Efter karakteren af overtrædelserne sammenholdt med det forhold, at klagen uanset den fejlagtige angivelse er indgivet indenfor standstill-fristen, og at kommunen efterfølgende redegør nærmere for tildelingsbeslutningen, således at manglerne på det foreliggende grundlag ikke ses at have haft konkret betydning, er der ikke udsigt til, at påstand 1 og 2, hverken isoleret eller i sammenhæng med de øvrige påstande, kan begrunde en annullation af tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 3 og 4

Efter fast praksis fra såvel EU-Domstolen som klagenævnet antages det, at der tilkommer ordregiveren et vidt skøn både ved fastlæggelsen af metoden («modellen») til bedømmelsen af tilbuddene og ved selve bedømmelsen af tilbuddene.

Valget af bedømmelsesmetode og selve bedømmelsen af tilbuddene skal ske inden for de rammer, som er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i de øvrige udbudsbetingelser, herunder således at de generelle principper om ligebehandling og gennemsigtighed respekteres.

Det er ved et udbud som det foreliggende ikke muligt specifikt at beskrive alle produkter, som ordregiver kan forventes at efterspørge i kontraktperioden. Ligeledes er en evaluering på grundlag af samtlige produkter ikke en reel mulighed. Efter praksis fra klagenævnet kan den udbudte ydelse i den situation beskrives med henvisning til produktkategorier. Evalueringen kan samtidig foretages på grundlag af et repræsentativt udsnit af de varer, der må forventes indkøbt i kontraktperioden. En lovbestemmelse herom er medtaget i den kommende udbudslov § 45.

Af udbudsbetingelsernes punkt 1.3 fremgår, at underkriteriet ”Pris”, der vægter 60 %, ”evalueres på baggrund af prisen (fratrullet tilbudte rabatsatser) for et fiktivt standardindkøb (en ”varekurv”) der indeholder varegrupper, som er repræsentativt for ordregivers indkøbsmønstre”.

Den tilbudsliste, som tilbudsgiverne skulle anvende, var i overensstemmelse hermed udformet sådan, at der ikke skulle oplyses priser, idet der blev taget udgangspunkt i tilbudsgivernes officielle prislister, men at der derimod oplyses hvilken rabat i procent tilbudsgiveren tilbød indenfor nogle nærmere afgrænsede kategorier.

Den pris, der blev evalueret på, var således ikke alene bestemt af en pris, der var uafhængig af det konkrete udbud, men tillige af den rabat, tilbudsgiver i det konkrete udbud havde tilbudt. Anvendelse af en sådan model må, efter klagenævnets foreløbige vurdering, forudsætte, at det for tilbudsgiverne på grundlag af udbudsbetingelserne er gennemsigtigt, hvad ordregiver anser for repræsentativt, således at tilbudsgiverne kan tilrettelægge deres tilbud i overensstemmelse hermed.

Udbudsbetingelserne indeholder en nøje beskrivelse af, hvordan Rudersdal

Kommune vil sikre, at evalueringen sker på grundlag af sammenlignelige varer samt en angivelse af, hvor mange varer, der som minimum vil blive evalueret på grundlag af. Det synes imidlertid ikke noget sted at fremgå, hvad kommunen anser for en "repræsentativ varekurv" hverken ved angivelse af en procentuel fordeling mellem de 5 hovedkategorier eller de 30 kategorier i tilbudslisten, eller ved oplysning om det historiske indkøbsmønster.

En model som den, der er anvendt, må efter klagenævnets foreløbige vurdering tillige forudsætte, at det ved den konkrete anvendelse sikres, at "den varekurv", der sammensættes, fortsat er repræsentativ, også når der er reguleret for sammenligneligheden af varerne.

På det foreløbige grundlag, der foreligger, må det lægges til grund, at "varekurven" ikke indeholder varer fra alle de kategorier, der er medtaget på tilbudslisten. Eksempelvis synes der under "drikkevarer" alene at være inddraget "Appelsin Koncentrat" men ikke andre former for saft og ikke de øvrige typer af drikkevarer, der var specificeret i tilbudslisten. Det må ligeledes lægges til grund, at "varekurven" i forbindelse med reguleringen for sammenlignelige varer på visse punkter er blevet begrænset væsentligt. Eksempelvis er der under konserves, der bl.a. omfatter "Makrel i tomat", "Rødbeder i skiver, glas" og "Forloren skildpadde med sherry" i varekurven alene medtaget to typer af ananas. På det foreløbige grundlag, der foreligger, er det klagenævnets vurdering, at "varekurven" ikke er repræsentativ for det forventede indkøb.

Uanset beskrivelsen i udbudsbetingelserne af, hvordan evalueringen ville ske, er det herefter på det foreløbige grundlag, der foreligger, klagenævnets vurdering, at evalueringen ikke respekterer principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

På den baggrund og sammenholdt med at underkriteriet "Pris" vægtede 60 % samt den konkrete betydning, de tilbudte rabatsatser har haft for udfaldet af evalueringen, er der på det foreløbige grundlag udsigt til, at påstand 3 og 4 vil blive taget til følge.

Betingelsen om "fumus boni juris" er derfor opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at det

efter de foreliggende oplysninger ikke kan antages, at erstatning – hvis erstatningsbetingelserne i øvrigt er opfyldt – ikke vil kunne kompensere BC Catering Roskilde A/S for det tab, som selskabet muligt vil lide, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, og Rudersdal Kommune herefter indgår kontrakt, hvorefter det efterfølgende konstateres, at kommunen har begået overtrædelser som påstået. Det forhold, at det kan være vanskeligt at opgøre den konkrete erstatning i et udbud som det foreliggende, kan ikke føre til et andet resultat.

Betingelse nr. 2 er derfor ikke opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig