

K E N D E L S E

BKI Foods A/S
(advokat Svend Bjerregaard, Aarhus)

mod

Fællesudbud Sjælland v/Odsherred Kommune
(advokat Anders Nørgaard Jensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 125-228941 af 28. juni 2015 udbød Fællesudbud Sjælland v/Odsherred Kommune (i det følgende ”Fællesudbud Sjælland”) som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale om levering af kaffe, te, kakao samt maskiner og service.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 21. august 2015 havde BKI Foods A/S, Frellsen Kaffe K/S og Jacobs Douwe Egberts Professional Danmark ApS afgivet tilbud. Den 15. september 2015 besluttede Fællesudbud Sjælland at indgå kontrakt med Frellsen Kaffe K/S.

Den 25. september 2015 indgav BKI Foods A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Fællesudbud Sjælland. BKI Foods A/S fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning.

Den 13. oktober 2015 besluttede klagenævnet ikke at træffe afgørelse vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning, men i stedet afgøre sagen på

skriftligt grundlag uden medvirken af sagkyndig, jf. § 10, stk. 6, i håndhævelsesloven.

BKI Foods A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at anvende en evalueringsmodel i forhold til underkriteriet ”Pris”, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og som strider med det i udbudsbetingelserne oplyste om fremgangsmåden for evaluering af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Pris”.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 og med artikel 53 ved anvendelse af underkriteriet ”Tilbudt samarbejdsorganisation”, da flere af delkriterierne til underkriteriet har karakter af udvælgelseskriterier, og da det ikke har været tilstrækkelig klart beskrevet i udbudsmaterialet, hvilke oplysninger tilbudsgiverne skulle aflevere med henblik på bedømmelse i forhold til kriteriet.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at lade forskellige brugere deltage i smagsbedømmelsen i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Kvalitetstest af kaffe”.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at anvende en tilbudsliste, der på flere punkter var fejlbehæftet.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 23, stk. 3, ved at fastsætte krav til produkternes miljøegenskaber i form af henvisning til miljømærker.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, idet Fællesudbud Sjælland ikke i forbindelse med underretningen om resultatet af udbuddet i tilstrækkelig grad begrundede baggrunden for den trufne tildelingsbeslutning.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal annullere Fællesudbud Sjællands beslutning om at indgå rammeaftale med Frellsen Kaffe K/S.

BKI Foods A/S har forbeholdt sig senere at nedlægge påstand om erstatning.

Fællesudbud Sjælland har erkendt overtrædelserne beskrevet i påstand 1 og 6 og har vedrørende påstand 2 - 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Fællesudbud Sjælland har den 2. oktober 2015 annulleret tildelingsbeslutningen af 15. september 2015.

Sagens nærmere omstændigheder:

Udbudsbekendtgørelsen af 28. juni 2015 indeholder følgende:

” ...

Del II: Kontraktens genstand

...

Anslået samlet værdi af indkøbene i hele rammeaftalens løbetid
Anslået værdi eksklusive moms: 60 000 000 DKK

...

Del III: Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger

...

III.2.3) Teknisk kapacitet

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:

Ordregiver ønsker at sikre at Tilbudsgiver har en teknisk kapacitet, som formår at sikre samarbejde og levering til de tilsluttede kommuner i Fællesudbud Sjælland.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

1) Tilbudsgivers skal, som supplement til den vedhæftede virksomheds- og organisationsbeskrivelse, yderligere vedhæfte en beskrivelse af virksomhedens tekniske kapacitet vedr. antal ansatte, lagerforhold, distributionssystem samt personalets faglige kvalifikationer, herunder anciennitet, uddannelse og produktkendskab.

2) Tilbudsgiver skal angive tre referencer for sammenlignelige kontrakter inden for de seneste tre år. Ved sammenlignelig kontrakt forstås en offentlig eller privat kunde som aftager lignende sortiment og som har mange leveringsadresser.

Der skal oplyses referencens navn, adresse, kontaktperson og e-mail, samt kontraktværdi, periode og antal leveringsadresser. Ordregiver forbeholder sig ret til at indhente oplysninger fra de oplyste referencer.

3) Tilbudsgiver skal vedhæfte en beskrivelse af virksomhedens procedurer for kvalitetssikring af de tilbudte fødevareprodukter, herunder kontrol af underleverandører.

...

Del IV: Procedure

...

IV.2.1) Tildelingskriterier

Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af de nedenfor anførte kriterier

1. Pris. Vægtning 60
2. Kvalitetstest af kaffe. Vægtning 20
3. Tilbudt samarbejdsorganisation. Vægtning 20

...

IV.3.4) Frist for modtagelse af bud eller ansøgninger om deltagelse 19.8.2015 - 12:00

...”

Fristen for at afgive tilbud blev ved en ændringsbekendtgørelse udsat til den 21. august 2015.

I udbudsbetingelserne, der er udaterede, er anført følgende:

”...

6.4. Underkriterier

Det økonomisk mest fordelagtige tilbud vil blive identificeret ved anvendelse af nedenstående underkriterier, hvor vægtingen af hvert underkriterium er angivet.

Underkriterier	Vægtning	
Pris	60 %	
- Kaffe	60 %	
- Te, kakao og tilbehør	15 %	
- Automater og maskiner	10 %	
- Serviceaftale	15 %	
Kvalitetstest af kaffe		20 %
Tilbudt samarbejdsorganisation		20 %

6.4.1. Pris

Priserne vil samlet blive evalueret ud fra tilbudsgivers oplysninger, på baggrund af besvarelsenerne i tilbudsskemaet/prislisten i CTM – den angivne volumen i tilbudsskemaet er estimeret gennemsnits volumen i 12 måneder af kontrakten, og det vil være denne der lægges til grund for prisberegningen.

Delkriterier til underkriteriet pris vil, som udgangspunkt, blive evalueret som følgende:

- Prisen på kaffe omregnes til pris pr. kop (150 ml) baseret på Tilbudsgivers anbefalede dosering og kommunernes forventede forbrug.
- Prisen på te omregnes til pris pr. brev for breve og pris pr. kop (150 ml) baseret på 2 g te pr. kop og kommunernes forventede forbrug.
- Prisen på øvrige produkter omregnes til pris pr. kg/stk. og kommunernes forventede forbrug.
- Prisen på automater udregnes efter kommunernes historiske køb i 2014. Hvis en automat på tilbudslisten ikke er købt i 2014, sættes forbruget til én automat/maskine.
- Lejeprisen på automater udregnes tilsvarende i henhold til oplysninger i Bilag 6.
- Prisen på serviceaftaler udregnes efter oplysninger i Bilag 6.

For at sikre, at evalueringen af underkriteriet ”Pris” lever op til Klagenævnet for Udbuds praksis, vil den konkrete model for evaluering og tildeling af point for underkriteriet ”Pris” først blive endeligt fastlagt, når spredningen i priserne på de indkomne tilbud er kendt.

Ordregiver vil herefter sikre, at den valgte evaluerings- og pointmodel er egnet til at afspejle forskellene i priserne på de indkomne tilbud og er egnet til at sikre den fastsatte vægtning af underkriterierne, i overensstemmelse med Klagenævnets praksis.

6.4.2. Kvalitetstest af kaffe

Med henblik på evaluering af underkriteriet har Ordregiver nedsat en brugergruppe bestående af medarbejdere fra udbuddets deltagende

kommuner som skal gennemføre en kvalitetstest af kaffen med henblik på at evaluere, hvorvidt Tilbudsgivers oplysninger om kaffeprodukternes doseringer af færdigbrygget kaffe er retvisende. Således skal testen sikre og kontrollere at Tilbudsgiver i sit tilbud – udover prisen – også har fokus på kvalitet og smag.

Testen gennemføres på Køge Rådhus, Torvet 1, 4600 Køge, mandag den 7. september 2015.

Testen gennemføres med smagsprøvning af friskbrygget kaffe om formiddagen og kaffe på termokander om eftermiddagen. Testen evalueres ud fra det samlet indtryk af smag og duft af den friskbryggede kaffe og kaffe på termokande.

Tilbudsgiver modtager dagsorden for testdag samt oplysninger om ønskede vareprøver ugen efter tilbudsfristen.

Alle vareprøver og doseringsvejledninger skal være i overensstemmelse med produkter og oplysninger i tilbuddet, Bilag 2 Tilbudsliste, Fane 1: Kaffe mv.

6.4.3. Tilbudt samarbejdsorganisation

Med henblik på evaluering af underkriteriet skal Tilbudsgiver som en del af sit tilbud redegøre for hvordan den tilbudte samarbejdsorganisation vil sikre de nødvendige ressourcer for at servicere alle deltagende kommuner i forhold til konsulent-service, service af automater og kundeservice.

Der lægges vægt på at Tilbudsgiver i løsningsbeskrivelsen har:

- taget højde for rammeaftalens geografiske omfang og antal leveringssteder
- beskrevet en implementeringsplan som sikrer at rammeaftalen opstartes uden ulempe for institutioner og kommunale enheder
- redegjort for hvordan Tilbudsgiver vil samarbejde og produktudvikle omkring kommunernes målsætning for økologisk omstilling, f.eks. te, mælkeprodukter og kakao til automater
- beskrevet hvordan kommunerne holdes orienteret om nye produkter og trends

...”

Tilbudsgiverne skulle i en af tilbudslistens kolonner vedrørende kaffe oplyse ”dosering pr. 150 ml kop i gr. baseret på vareliniens brygningsmetode”.

I evalueringsrapporten har Fællesudbud Sjælland oplyst følgende om den faktiske evaluering af prisen på kaffe og te:

” ...

Fællesudbud Sjælland havde kun mulighed for at opgøre kommunernes historiske køb af kaffe i antal kg frem for antal liter. Tilbudsgivere blev bedt om at oplyse deres anbefalede dosering pr. kop hvorefter pris pr. færdigbrygget liter kunne udregnes.

For at udregnet en vægtet pris baseret på den oplyste dosering og det historiske køb i kg, har FUS omregnet det historiske forbrug fra kolonne B i tilbudslisten til årlig antal kopper. For tilbudsgivere som har angivet en lavere dosering per kop er der naturligvis flere kopper per år end tilbudsgivere som har angivet en højere dosering per kop.

De enkelte varelinjer er derefter vægtet i forhold til antal årlige kopper for varen og summen af alle varelinjer. Herefter er den vægtede pris udregnet ved at gange det årlige køb i kr. gange vægtningen.

...

Priser på te og øvrigt sortiment er vægtet i forhold til antal købte kg med følgende delsum: te, automatprodukter, øvrige produkter i portionsposer og filtre.

Da der i udbudsbetingelserne blev oplyst at dosering af te baseres på 2 g te pr. kop, er der ikke omregnet i forhold til tilbudsgivers oplyste doseringer.

” ...

Den 2. oktober 2015 annullerede Fællesudbud Sjælland tildelingsbeslutningen af 15. september 2015 samt meddelte, at der ville blive foretaget en fornyet prisevaluering på grundlag af de priser og i henhold til en anden og egnet prisevalueringsmodel indenfor rammerne af udbudsbetingelsernes punkt 6.4.1.

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

BKI Foods A/S har bemærket, at metoden med at evaluere tilbud på kaffe på baggrund af en pris pr. kop i forhold til dosering frem for at evaluere på baggrund af en kilopris er den mest retvisende måde at evaluere på, da en

kilopris på kaffe ikke giver et korrekt billede af prisen for den færdigbryggede kaffe, da denne pris ud over kiloprisen også i høj grad vil afhænge af doseringsmængden.

For at sikre en retvisende tilbudsevaluering førte Fællesudbud Sjælland således tæt kontrol med, at den kaffe, der blev serveret med henblik på evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Kvalitetstest af kaffe”, var brygget ved anvendelse af de doseringer, der var oplyst i tilbudsgivernes tilbud. Af evalueringsrapporten fremgår, at de vægtede priser hos den vindende tilbudsgiver og BKI Foods A/S stort set var identiske.

Det fremgår imidlertid af den i evalueringsrapporten beskrevne fremgangsmåde, at den af tilbudsgiverne oplyste dosering ikke har haft nogen som helst reel indvirkning på Fællesudbud Sjællands beregning af den vægtede tilbudssum, der dannede grundlag for vurderingen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Pris”.

BKI Foods A/S har gjort gældende, at modellens uegnethed tydeligt lader sig illustrere ved at opstille forskellige eksempler i det af Fællesudbud Sjælland anvendte Excel-regneark.

Sammenfattende har BKI Foods A/S gjort gældende, at den anvendte evalueringsmodel i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Pris” ikke har været egnet til at identificere det bedste tilbud, da der i modellen ikke er taget højde for forskelle i de forskellige tilbudsgivers kaffedoseringer, og da en højere dosering stik imod hensigten, tilbudsgivernes berettigede forventninger og ethvert økonomisk rationale de facto kan føre til en bedre prisevaluering.

Endvidere har BKI Foods A/S gjort gældende, at den anvendte model ikke har været gennemsigtig, da Fællesudbud Sjælland ikke som tilkendegivet i udbudsbetingelsernes pkt. 6.4.1 ved vurderingen af pris på kaffe har taget højde for de tilbudte doseringer, og da evalueringen af priserne på tebreve ikke som oplyst er sket på baggrund af prisen pr. brev, men i stedet på baggrund af prisen pr. kg.

Fællesudbud Sjælland har erkendt at have overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed som anført i påstanden og er henset hertil ikke fremkommet med yderligere bemærkninger vedrørende denne påstand.

Ad påstand 2 - 5

BKI Foods A/S har vedrørende disse påstande henvist til indholdet i et brev, som BKI Foods A/S har sendt til Fællesudbud Sjælland før indgivelsen af denne klage til klagenævnet. BKI Foods A/S har taget forbehold for at fremkomme med yderligere anbringender i forhold til disse påstande, såfremt Fællesudbud Sjælland fastholder tildelingsbeslutningen.

Fællesudbud Sjælland har bestridt, at der vedrørende disse påstande er sket overtrædelse af udbudsreglerne som anført af BKI Foods A/S.

Ad påstand 6

BKI Foods A/S har gjort gældende, at underretningen om resultatet af udbuddet efter håndhævelseslovens § 2, stk. 2, klart og utvetydigt skal angive de betragtninger, som ordregiveren har lagt til grund for sin evaluering, således at tilbudsgiverne herved er i stand til at vurdere, hvorvidt ordregiver har evalueret tilbuddene korrekt og i overensstemmelse med det i udbudsbetingelserne anførte.

Fællesudbud Sjællands begrundelse levede ikke op til disse krav, og først to dage før standstill-periodens udløb modtog BKI Foods A/S en tilstrækkelig klar og entydig begrundelse for den trufne tildelingsbeslutning.

Fællesudbud Sjælland har erkendt at have overtrådt håndhævelseslovens § 2, stk. 2, og er henset hertil ikke fremkommet med yderligere bemærkninger vedrørende denne påstand.

Ad påstand 7

BKI Foods A/S har gjort gældende, at Fællesudbud Sjælland som følge af det ad påstand 1 - 6 anførte har tilsidesat centrale udbudsretlige principper herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2. Overtrædelserne har haft direkte indflydelse på Fællesudbud Sjællands tildelingsbeslutning, da overtrædelserne har bevirket, dels at evalueringen er foretaget på en måde, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, dels at evalueringen er foretaget på

anden måde end det, der var oplyst i udbudsbetingelserne og det, som tilbudsgiverne med rette kunne forvente.

BKI Foods A/S har derfor gjort gældende, at klagenævnet skal annullere Fællesudbud Sjællands tildelingsbeslutning.

Fællesudbud Sjælland har gjort gældende, at tildelingsbeslutningen nu er annulleret og, at "[k]lagerens annullationspåstand ... herefter [er] indholdsløs, og klager opfordres derfor til at oplyse, om påstanden ændres til en påstand om annulation af udbudsforretningen i sin helhed".

Fællesudbud Sjælland er herefter fremkommet med en nærmere begrundelse for, hvorfor udbudsforretningen i sin helhed ikke skal annulleres. Begrundelsen er udeladt.

Sagsomkostninger:

BKI Foods A/S rettede den 18. september 2015 henvendelse til Fællesudbud Sjælland og gjorde opmærksom på, at der i udbudsbetingelserne og evalueringsrapporten var flere forhold, der både hver for sig og samlet bevirkede, at udbudsbetingelserne ikke lovligt kunne danne grundlag for en kontraktstildeling. BKI Foods A/S opfordrede derfor Fællesudbud Sjælland til at annullere udbuddet og foretage genudbud.

Den 24. september 2014 rettede BKI Foods A/S igen henvendelse til Fællesudbud Sjælland og gentog sin opfordring til at annullere udbuddet, idet BKI Foods A/S nu også illustrerede evalueringsmodellens uegnethed med henblik på kontraktstildeling ved i Fællesudbud Sjællands Excel-regneark at opstille forskellige eksempler, der viste modellens uegnethed. Da tildelingsbeslutningen stadig ikke blev annulleret, indgav BKI Foods A/S klage til klagenævnet, hvorefter Fællesudbud Sjælland annullerede tildelingsbeslutningen. BKI Foods A/S har derfor gjort gældende, at Fællesudbud Sjælland bør betale sagsomkostninger til BKI Foods A/S.

Fællesudbud Sjælland har påstået sig tillagt sagsomkostninger, idet BKI Foods A/S i realiteten har frafaldet påstand 2 - 5, og idet overtrædelserne i påstand 1 og 6 er erkendt samt tildelingsbeslutningen er annulleret. Det forhold, at klageren nedlagde påstand 2 - 5, som der alligevel ikke skal tages

stilling til, betød at Fællesudbud Sjælland måtte udarbejde 3 siders supplerende sagsfremstilling og 12 siders anbringender.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter håndhævelseslovens § 10, stk. 1, kan klagenævnet ikke tilkende en part mere, end det den pågældende har påstået, og ikke tage hensyn til forhold, som den pågældende ikke har gjort gældende.

Fællesudbud Sjælland har erkendt at have handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 på den måde, som er beskrevet i påstanden.

Klagenævnet tager herefter påstanden til følge.

Ad påstand 2 - 5

Klagenævnet kan efter håndhævelseslovens § 10, stk. 2, afgøre en sag helt eller delvis. Hvis klagenævnet alene afgør en sag delvis, tager klagenævnet ikke stilling til alle de påstande, som klageren har nedlagt.

Under hensyn til det anførte ad påstand 1 og 6 - 7 tager klagenævnet ikke stilling til påstand 2 - 5.

Ad påstand 6

Fællesudbud Sjælland har erkendt at have handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, på den måde, som er beskrevet i påstanden.

Klagenævnet tager herefter påstanden til følge.

Ad påstand 7

Da Fællesudbud Sjælland den 2. oktober 2015 har annulleret tildelingsbeslutningen med henblik på at foretage fornyet evaluering, tager klagenævnet ikke stilling til påstanden.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at anvende en evalueringsmodel i forhold til underkriteriet ”Pris”, der ikke er egnet til at identificere ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, og som strider med det i udbudsbetingelserne oplyste om fremgangsmåden for evaluering af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Pris”.

Ad påstand 6

Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, idet Fællesudbud Sjælland ikke i forbindelse med underretningen om resultatet af udbuddet i tilstrækkelig grad begrundede baggrunden for den trufne tildelingsbeslutning.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 2 - 5 og 7.

Fællesudbud Sjælland skal i sagsomkostninger til BKI Foods A/S betale 7.500 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

N. Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig