

K E N D E L S E

Danske Slagtemestre
(selv)
som mandatar for
Gert Nielsen A/S

mod

Høje-Taastrup Kommune
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 046-100416 af 5. marts 2018 udbød Høje-Taastrup Kommune som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale om levering af fødevarer til Høje-Taastrup Kommune.

Klagenævnet har den 30. april 2018 modtaget en klage fra Danske Slagtemestre som mandatar for Gert Nielsen A/S ("Gert Nielsen A/S").

Gert Nielsen A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning i medfør af klagenævnslovens § 12, stk. 2.

Høje-Taastrup Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning, og har anmodet om, at der i stedet snarligst afsiges en kendelse om sagens realitet.

Kommunen har desuden gjort opmærksom på, at virksomhederne AB Catering København A/S og Hørkram A/S har indgivet rettidige tilbud, men at

der endnu ikke er truffet beslutning om tildeling, dvs. at klagen er indgivet, før kommunen har truffet tildelingsbeslutning.

Klagenævnet har ved mail af 8. maj 2018 meddelt parterne, at nævnet har besluttet at imødekomme Høje-Taastrup Kommunes anmodning om at behandle sagen i realiteten frem for at tage stilling til, om klagen skal tillægges opsættende virkning efter klagenævnslovens § 12, stk. 1. Klagenævnet har samtidig givet parterne frister for afsluttende indlæg og har i den forbindelse anmodet kommunen om at gøre den virksomhed, til hvem kommunen måtte beslutte at tildele kontrakten, opmærksom på denne sag og muligheden for at intervenere i sagen, jf. klagenævnslovens § 6, stk. 3.

Gert Nielsen A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Høje-Taastrup Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke på et sagligt grundlag, jf. udbudslovens § 49, stk. 2, at oplyse om baggrunden for ikke at udbyde særskilte delkontrakter.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Høje-Taastrup Kommunes udbud.

Høje-Taastrup Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen indeholder blandt andet følgende:

”II.1.4) Kort beskrivelse:

Den udbudte rammeaftale omfatter levering af fødevarer til aktuelt 94 leveringssteder i kommunen. Antallet af leveringssteder kan ændre sig i kontraktperioden. Leveringsfrekvensen for de[t] enkelte leveringssted varierer fra én til tre ugentlige leveringer. Rammeaftalen omfatter levering af fødevarer med sortiment på 6 000 unikke varenumre (eller derover), heraf 1 500 unikke økologiske varenumre (eller derover). Varenumrene skal indeles i 17 varegrupper, og for hver varegruppe skal til-

bydes en rabatsats. Kommunens anslåede årlige indkøb af fødevarer beløber sig til ca. 12 000 000 DKK.

II.1.5) Anslået samlet værdi

Værdi eksklusive moms: 48 000 000.00 DKK

II.1.6) Oplysninger om delkontrakter

Kontrakten er opdelt i delkontrakter: nej

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Den udbudte rammeaftale omfatter levering af fødevarer til aktuelt 94 leveringssteder i kommunen. Antallet af leveringssteder kan ændre sig i kontraktperioden. Leveringsfrekvensen for de[t] enkelte leveringssted varierer fra én til tre ugentlige leveringer. Rammeaftalen omfatter levering af fødevarer med sortiment på 6 000 unikke varenumre (eller derover), heraf 1 500 unikke økologiske varenumre (eller derover). Varenumrene skal inddeles i 17 varegrupper, og for hver varegruppe skal tilbydes en rabatsats. Kommunens anslåede årlige indkøb af fødevarer beløber sig til ca. 12 000 000 DKK.

II.2.5) Tildelingskriterier

Prisen er ikke det eneste tildelingskriterium og alle kriterier er udelukkende anført i udbudsdokumenterne

...

II.2.7) Varighed af kontrakten, rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem

Start: 01/09/2018

Slut: 31/08/2020

Denne kontrakt kan forlænges: ja

Beskrivelse af forlængelser:

To gange med 12 måneder

...”

Udbudsmaterialet er offentliggjort via udbudsportalen EU-Supply CTM. I udbudsmaterialet indgår blandt andet udbudsbetingelser, kravspecifikation, udkast til kontrakt og en oversigt over leveringssteder (diverse institutioner mv.).

Der er ikke i udbudsbetingelserne eller andetsteds i det øvrige udbudsmateriale, som blev offentliggjort samtidig med udbudsbekendtgørelsen, anført en begrundelse for, at udbuddet ikke er opdelt i delkontrakter.

Kravspecifikationen indeholder i punkt 2.1 krav om, at leverandøren skal tilbyde:

”et bredt sortiment af fødevarer inden for de varegrupper, som er angivet i punkt 2.2. Til sikring heraf skal leverandøren tilbyde 6.000 unikke varenumre (eller derover), hvoraf 1.500 varenumre (eller derover) skal være økologiske.”

I punkt 2.2 er det krævede sortiment opdelt i følgende 17 varegrupper:

- 1) Brød
- 2) Diverse frost
- 3) Drikkevarer
- 4) Fisk
- 5) Frisk-Frost
- 6) Fjerkræ
- 7) Fjerkræ – Frost
- 8) Frugt og grønt
- 9) Frugt og grønt – Forarbejdet
- 10) Frugt og grønt – Frost
- 11) Kolonial
- 12) Kød
- 13) Kød – Frost
- 14) Mælke og smørprodukter
- 15) Ost
- 16) Pålæg
- 17) Æggeprodukter

Punkt 3 og 4 i kravspecifikationen indeholder en række ”Generelle krav til bestilling og kommunikation” om blandt andet webshop og ”Krav til levering” om blandt andet leveringssteder, leveringstid, egenkontrol, transport og fejllleverancer.

Ifølge kontraktudkastets punkt 2.5 forpligter kommunen sig til kun at købe varer i det aftalte sortiment hos leverandøren, idet kommunen dog forbe-

holder sig at købe øl, vand, vin, fisk, kaffe og the hos en anden leverandør. Indkøb til mindre institutioner kan ligeledes helt eller delvist foretages hos en anden leverandør, hvis dette efter kommunens ”rimelige opfattelse” er praktiske og/eller økonomisk fordelagtigt for kommunens mindre institutioner.

Høje-Taastrup Kommune har i svarskriftet oplyst følgende om baggrunden for udbuddet:

”Udbuddet er et genudbud af en rammeaftale, som Høje-Taastrup Kommune indgik i 2014 efter udbud. Kontraktperioden for denne rammeaftale udløber den 31. august 2018.

Ved udbuddet i 2014 konsoliderede Høje-Taastrup Kommune sit indkøb af fødevarer ved brug af én leverandør til alle Høje-Taastrup Kommunes institutioner mv. for at (a) sikre små institutioner samme vilkår som de større institutioner (b) udnytte Høje-Taastrup Kommunes samlede volumen (stordriftsfordele), (c) formindske leveringsomkostninger (d) forenkle logistikketten fra bestilling til betaling og den efterfølgende interne kontrol med brug af rammeaftaler (compliance), og (e) begrænse miljøbelastningen fra transport ved levering.

Konsolidering skete især af indkøb hos generalistleverandører som nemlig.com og Netto. Trods konsolideringen undtog Høje-Taastrup Kommune dog frisk fisk fra Høje-Taastrup Kommunes forpligtelse til at bruge rammeaftalen (eksklusivitet) grundet store krav til friskhed, som en generalistleverandør kan have vanskeligt ved at opfylde. Høje-Taastrup Kommune bruger fortrinsvis specialleverandører til frisk fisk. Enkelte andre varegrupper blev også undtaget fra eksklusiviteten med konkrete begrundelser.

Ved genudbuddet i 2018 gjorde ovennævnte hensyn sig fortsat gældende, og Høje-Taastrup Kommune genovervejede derfor ikke muligheden for at opdele kontrakten i delaftaler. Af samme grund foreligger ingen formel dokumentation for sådanne overvejelser.”

Gert Nielsen A/S bad i udbudsfasen ved hjælp af spørgsmål/svar funktionen i det elektroniske udbud om at få:

”oplyst/bekræftet, at der ikke (alene) kan gives tilbud på varegrupperne 12 og 13 (kød og kød – frost). Ved bekræftende svar, bedes kommunen med henvisning til Udbudslovens § 49, stk. 2 oplyse om baggrunden for, at ordregiver ikke udbyder særskilte delkontrakter.”

Høje-Taastrup Kommune bekræftede den 26. marts 2018 i spørgsmål/svar funktionen, at tilbud skulle omfatte alle 17 varegrupper angivet i kravspecifikationens punkt 2.2, og begrundede dette som følger:

”Kommunen ønsker én leverandør af fødevarer af hensyn til nem bestilling og logistik. Brug af delaftaler med flere leverandører vil medføre større miljøbelastning til transport.”

Danske Slagtemestre anmodede herefter på vegne af Gert Nielsen A/S om aktindsigt i:

”materiale/akter, der har dannet grundlaget for beslutningen om at benytte sig af én totalleverandør (fremfor delleverandører); herunder akter vedrørende miljøpåvirkninger samt akter/materiale der under støtter begrundelsen ”... nem bestilling og logistik...””

Høje-Taastrup Kommune oplyste i et afslag herpå af 16. april 2018 supplerende om begrundelsen for ikke at udbyde delaftaler:

”... at det er almindeligt at udbyde en samlet kontrakt om levering af fødevarer i stedet for delaftaler om f.eks. kød, fisk, frugt, grøntsager, kolonial, mejeriprodukter og brød. Udbud af en samlet kontrakter er bl.a. praktiseret af SKI (Statens og Kommunernes Indkøbsservice) A/S.”

Foranlediget af Gert Nielsen A/S' klage over afslaget på aktindsigt til klagenævnet har kommunen den 15. maj 2018 meddelt Gert Nielsen A/S meraktindsigt i kommunens interne dokumenter om grundlaget for beslutningen om at udbyde en samlet kontrakt med en enkelt leverandør. Gert Nielsen A/S har herefter trukket aktindsigtsklagen tilbage. Meraktindsigten har ikke givet anledning til yderligere bemærkninger fra Gert Nielsen A/S i denne sag.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Gert Nielsen A/S har gjort gældende, at Høje-Taastrup Kommune ikke som krævet i udbudslovens § 49, stk. 2, i udbudsmaterialet har anført en begrundelse for ikke at anvende delkontrakter.

Det har formodningen imod sig, at beslutningen om at benytte én totalleverandør er truffet på et sagligt grundlag, da Høje-Taastrup Kommune afviser at udlevere akter, der understøtter denne beslutning. Der må endvidere lægges til grund, at Høje-Taastrup Kommune har tilsidesat det pligtmæssige skøn ved vurderingen af, om Høje-Taastrup Kommune kan benytte delkontrakter frem for en totalkontrakt. Beslutningen om at anvende en totalkontrakt må således anses for at være i strid med forbuddet mod skøn under regel. Dette understøttes også af, at kommunen peger på det almindelige i at udbyde en samlet kontrakt.

Ordregivende myndigheder tilskyndes, jf. betragtning 78 i udbudsdirektivet (2014/24/EU), til at opdele kontrakter i delkontrakter med henblik på at øge konkurrencen. Herunder tilskyndes ordregivende myndigheder til at gøre brug af adfærdskodeks for offentlige kontrakter af 25. juni 2008 – ”Europæisk kodeks for bedste praksis for SMV’s adgang for offentlige indkøbskontrakter”. Ordregivende myndigheder må ifølge kodeksens punkt 1.1 uanset muligheden for at begrænse antallet af delkontrakter ikke udnytte denne mulighed på en måde, som vil forringe vilkårene for loyal konkurrence.

Høje-Taastrup Kommune har ikke påvist, at kommunen har afdækket muligheden for at benytte sig af delkontrakter. Kommunen må dermed anses for at have handlet i strid med betragtning 78 i udbudsdirektivet og adfærdskodeks for offentlige kontrakter, idet kommunen har reduceret muligheden for en øget konkurrence.

Begrundelsen om ”nem bestilling og logistik” er ikke proportional med lovens hensigt om at øge konkurrencen ved at opdele udbud i delkontrakter.

Det er desuden ikke af kommunen påvist, at totalkontrakter er mere skånsomme for miljøet.

Hvis Høje-Taastrup Kommune havde benyttet delkontrakter, ville kommunen i øvrigt ikke i sidste ende have afskåret sig fra at benytte en totalkontrakt, hvis dette havde været mest optimalt.

Høje-Taastrup Kommune har gjort gældende, at logistikløsningen må anses for den reelle kontraktgenstand. I tildelingen indgår således ingen bedømmelse af kvaliteten af de tilbudte fødevarer, og kommunen stiller kun få krav til sortimentet. Størstedelen af kravene i kravspecifikationen vedrører i

stedet logistik i forbindelse med bestilling og levering. Den fælles logistik er herved det eneste, der knytter de 6.000 varelinjer til samme kontraktgenstand, og derfor er denne logistikløsning den reelle kontraktgenstand. En opdeling af rammeaftalen i delaftaler ville i givet fald ikke kunne begrænses til varegruppe 12 og 13, som var dem, som Gert Nielsen A/S spurgte til. En opdeling ville således resultere i en uhensigtsmæssig opdeling i 10 eller flere delaftaler med hver sin logistikløsning til aktuelt 94 leveringssteder.

Hertil kommer, at de enkelte varegrupper som f.eks. kød, fisk, frugt og grønt, mejeri, ost, æg, kolonial, brød, øl og vand samt vin

- a) hver især har deres individuelle karakteristika og funktion,
- b) hver især produceres af forskellige industrier og har separate markeder,
- c) er uden indbyrdes afhængigheder ved brugen af de enkelte varegrupper, og
- d) hver især leveres i en form og med en funktion, som kunden umiddelbart kan bruge uden kombination eller integration med andre varegrupper.

Derved adskiller varegrupperne sig fundamentalt fra en kontraktgenstand, der kan opdeles i funktionelt forskellige delgenstande som f.eks. fagentre- priser ved bygge- og anlægsarbejder eller computer, skærm, mus og programmel i et it-system, og hvor de enkelte delgenstande først kan skabe en brugsværdi for kunden ved kombination eller integration i en fælles funktion som f.eks. et bygningsværk eller et it-system. De enkelte varegrupper kan således ikke anses for delgenstande, som meningsfyldt kan udskilles i separate delaftaler. I de specielle bemærkninger til § 49 i lovforslaget til udbudsloven anføres ganske vist som eksempel på en opdeling i delaftaler, at der i forbindelse med et udbud af fødevarer kan være en delkontrakt angående frugt og grønt, mens en anden delkontrakt angår mejeriprodukter. Eksemplet er imidlertid udtryk for en manglende indkøbsfaglig viden ved lovforslagets tilblivelse om de praktiske muligheder for og logistikmæssige konsekvenser af en sådan opdeling. I bedste fald kan eksemplet være relevant ved et udbud af fødevarer til et storkøkken på én adresse. Men som nævnt omfatter den udbudte rammeaftale 94 forskellige leveringssteder, hvor en opdeling ikke er logistikmæssigt realistisk. Det må være en betingelse for, at en kontraktgenstand kan opdeles i delaftaler, at kontraktgenstanden ikke som følge af opdelingen grundlæggende ændrer karakter. Fø-

devarekontrakten opfylder ikke denne betingelse for at kunne opdeles. Kommunen vil nemlig ikke efter en opdeling modtage samme kontraktgenstand, fordi opdelingen ikke vil ske i genstandens produktionsfaser eller normale komponenter, men derimod i op til 10 forskellige logistikløsninger med separate daglige bestillinger, leveringer, varemodtagelser, reklamationer, betalinger og compliancekontrol. En opdeling i delaftaler ville betyde, at kommunen skulle ændre sine arbejdsgange vedrørende levering af fødevarer og bruge flere ressourcer på indkøbsopgaven.

Af forarbejderne til udbudsloven og betragtning 59, 66, 78 og 79 til udbudsdirektivet (2014/24/EU) fremgår, at udbudslovens § 49 og direktivets artikel 46 tilsigter at forbedre små og mellemstore virksomheders (SMV'ers) adgang til at deltage i udbud, idet ordregiver skal overveje en opdeling af en kontrakt i delaftaler ud fra disse virksomheders perspektiv og kapacitet. Mikrovirksomheders perspektiv kræves ikke taget i betragtning. Udbudsloven definerer ikke en SMV, men udbudsdirektivets 78. Betragtning henviser til en adfærdskodeks for offentlige kontrakter af 25. juni 2008 med titlen "Europæisk kodeks for bedste praksis for SMV's adgang til offentlige indkøbskontrakter". Heri henvises til Kommissionens henstilling af 6. maj 2003 om definitionen af mikrovirksomheder, små og mellemstore virksomheder (meddelt under nummer K (2003) (1422) (EØS-relevant tekst) (2003/361/EF)), som i artikel 2, stk. 2, definerer SMV'er som:

"1. Kategorien mikrovirksomheder, små og mellemstore virksomheder (SMV'er) omfatter virksomheder, som beskæftiger under 250 personer, og som har en årlig omsætning på ikke over 50 mio. EUR eller en årlig samlet balance på ikke over 43 mio. EUR.

2. I kategorien SMV'er forstås ved små virksomheder, virksomheder som beskæftiger under 50 personer, og som har en årlig omsætning eller en samlet årlig balance på ikke over 10 mio. EUR."

Gert Nielsen A/S' seneste årsrapport for regnskabsåret 2016/17 viser en balancesum på 19,7 mio. kr., en bruttofortjeneste på 16,9 mio. kr., og et gennemsnitligt antal heltidsbeskæftigede i løbet af regnskabsåret på 36. Af oplysningerne i årsrapporten følger således, at Gert Nielsen A/S er en mikrovirksomhed, og ikke en SMV.

Høje-Taastrup Kommunes eksisterende leverandør er AB Catering København A/S. Efter en bedømmelse af de modtagne tilbud påtænker kommunen

at træffe beslutning om at tildele den udbudte rammeaftale til AB Catering København A/S. I den seneste årsrapport for 2016/17 for AB Catering København A/S er der en balancesum på 132,1 mio. kr., en bruttofortjeneste på 86,7 mio. kr., og et gennemsnitligt antal heltidsbeskæftigede i løbet af regnskabsåret på 136. Heraf følger, at AB Catering København A/S er omfattet af begrebet ”SMV”.

Heraf følger også, at et hensyn til SMV’er ikke i sig selv kan begrunde en opdeling af rammeaftalen i delaftaler, idet rammeaftalens størrelse beviseligt ikke udgør en barriere for SMV’ers deltagelse i udbuddet. Gert Nielsen A/S har som mikrovirksomhed ikke efter udbudslovens § 49, der er møntet på SMV’er, krav på at blive særligt tilgodeset.

Høje-Taastrup Kommune har i 2014 overvejet strukturen for rammeaftalen om levering af fødevarer. Kommunen udøvede i den forbindelse et konkret skøn, som førte til beslutningen om at bruge én leverandør til fødevarer til Høje-Taastrup Kommunes 94 leveringssteder. I udbuddet af fødevarer undtog kommunen dog visse varegrupper fra leverandørens eksklusivitet med konkrete begrundelser, jf. den nu udbudte kontrakts punkt 2.5. Forudsætningerne for overvejelserne i 2014 har ikke ændret sig i perioden indtil genudbuddet i 2018. Kommunen havde derfor ikke i 2018 grund til at genoverveje strukturen for rammeaftalen om levering af fødevarer.

Udbudslovens § 49 har reelt karakter af ”soft law” eller ”nudging”, og ordregivers eneste reelle forpligtelse er at begrunde, hvorfor en kontrakt ikke er opdelt i delaftaler. At udbudslovens § 49 alene indeholder et begrundelseskrav, men ikke en pligt til opdeling, støttes af Økonomi- og Indenrigsministeriet og Erhvervsministeriets udspil af 16. maj 2018 ”Konkurrenceudsættelse – den bedst mulige service for pengene” punkt 13.5 og boks 12. Udbudsloven normerer ikke de hensyn, som en ordregiver skal inddrage i de overvejelser, der skal resultere i enten en opdeling eller en begrundelse for en undladt opdeling, og bemærkningerne til lovforslaget ad § 49 angiver kun neutrale eksempler på sådanne hensyn. Bemærkningerne til lovforslaget ad § 2 angiver dog, at ligebehandlingsprincippet indebærer et krav om saglighed, og at der gælder et generelt krav om saglighed til ordregiverens håndtering af udbud, herunder i relation til en beslutning om ikke at opdele en kontrakt i delkontrakter, jf. § 49, stk. 2.

Høje-Taastrup Kommunes overvejelser om opdeling i delaftaler skete på et sagligt og tilstrækkeligt grundlag. Den omstændighed, at Høje-Taastrup Kommunes overvejelser om opdeling i delaftaler har fået et resultat, der må anses for almindeligt for andre ordregiveres tilsvarende overvejelser, kan ikke i sig selv rejse tvivl om, hvorvidt Høje-Taastrup Kommune har udøvet et konkret skøn. Høje-Taastrup Kommune har ikke været forpligtet til at af-dække muligheden for at benytte delaftaler, så længe kommunens overvejelser skete på et grundlag, som ikke er usagligt eller utilstrækkeligt – og sådanne mangler forelå ikke. Høje-Taastrup Kommune var og er i den forbindelse ikke forpligtet til at føre nærmere ”bevis” for sin begrundelse for den undladte opdeling i delaftaler.

Høje-Taastrup Kommune har heller ikke handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, idet kommunen i udbudsbekendtgørelsen har oplyst, at kontrakten ikke er opdelt i delaftaler, og at rammeaftalen er med én aktør, dels har gennemført udbuddet i overensstemmelse med det oplyste.

Høje-Taastrup Kommune har i sin besvarelse af Gert Nielsen A/S’ spørgsmål begrundet, hvorfor Gert Nielsen A/S ikke kunne afgive et separat tilbud på varegrupperne 12 og 13. Denne begrundelse, som baserer sig på grunde, som er saglige, er en del af udbudsmaterialet, og er tilstrækkelig til at opfylde forpligtelsen i udbudslovens § 49, stk. 2.

Ad påstand 2

Gert Nielsen A/S har ikke anført anbringender til støtte for annullationspåstanden.

Høje-Taastrup Kommune har gjort gældende, at der ikke er grundlag for annullation.

Retsgrundlaget:

Udbudslovens § 49 lyder:

”En ordregiver kan udbyde særskilte delkontrakter i stedet for at udbyde en samlet kontrakt.

Stk. 2. Udbyder en ordregiver ikke særskilte delkontrakter, skal ordregiveren i udbudsmaterialet oplyse om baggrunden herfor.

Stk. 3. En ordregiver skal i udbudsbekendtgørelsen anføre,

- 1) om tilbudsgiveren kan afgive tilbud på en, flere eller alle delkontrakter,
- 2) om tilbudsgiveren kan tildeles en, flere eller alle delkontrakter, og i givet fald hvordan delkontrakterne eller grupper af delkontrakter kan kombineres, og
- 3) hvilke objektive og ikkediskriminerende kriterier eller regler, der er afgørende for tildelingen af delkontrakter, herunder hvordan delkontrakterne tildeles, når kriterierne eller reglerne ellers ville resultere i, at en tilbudsgiver får tildelt flere delkontrakter end det maksimale antal, som tilbudsgiveren kan få tildelt.”

I de almindelige bemærkninger i lovforslaget til udbudsloven (lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015) står der blandt andet:

”4.13. Bedre adgang for små og mellemstore virksomheder og nystartede virksomheder

4.13.1. Gældende ret

Der er i dag ikke regler, der udtrykkeligt regulerer de små og mellemstore virksomheders forhold. Dog indebærer udbudsreglerne et proportionalitetsprincip, der sikrer, at der ikke stilles krav, der ikke står i forhold til kontraktens genstand.

4.13.2. Udbudslovsudvalgets forslag

Der lægges i direktivet stor vægt på at lette små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige kontrakter. Bestemmelserne herom i direktivet skal ses i lyset af direktivets overordnede formål, der blandt andet består i at skabe vækst og innovation i det indre marked. Ved at indføre gunstigere regler for adgang til markedet, vil mindre virksomheder have bedre mulighed for at komme ind på markedet, samtidig med at de offentlige myndigheder får mulighed for at udvide leverandørgrundlaget med større konkurrence til følge.

Udbudslovsudvalgets udkast til forslag indebærer forbedringer for små og mellemstore virksomheders mulighed for at deltage, når det offentlige sender opgaver i udbud. Ordregiverne skal i forbindelse med udbud f.eks., overveje, om opgaven med fordel kan opdeles i mindre dele, ligesom der indføres en pligt for ordregivere til at begrunde, hvorfor et konkret udbud ikke deles op, jf. forslagens § 49.”

I de specielle bemærkninger til § 49 er det endvidere anført:

”I det gældende udbudsdirektiv er der ikke regler, som hindrer, at ordregiveren opdeler kontrakten i et antal mindre kontrakter for f.eks. at give mindre økonomiske aktører mulighed for at byde på opgaven. Denne mulighed fremgår dog ikke eksplicit af det gældende udbudsdirektiv. Dog fremgår det af artikel 9, stk. 3, i det gældende direktiv, at en kontrakt ikke kan opdeles med henblik på at komme under udbudsdirektivets tærskelværdier. Dette er dog ikke til hinder for, at en kontrakt opdeles i mindre kontrakter, der alle udbydes efter EU’s udbudsregler.

§ 49 gennemfører direktivets artikel 46 stk. 1-3. Artikel 46 er en ny bestemmelse i forhold til det gældende direktiv.

Bestemmelsens stk. 1, fastsætter, at ordregiver kan udbyde separate delkontrakter i stedet for at udbyde en samlet kontrakt. Ordregiveren kan i sin vurdering af, hvorvidt en kontrakt skal opdeles, inddrage markedsmæssige og økonomiske hensyn. For eksempler på disse hensyn se bemærkningerne til § 49, stk. 2.

Opdelingen af kontrakten kan eksempelvis ske som en kvantitativ opdeling, geografisk opdeling eller som en opdeling i forskellige kontraktgenstande. En opdeling af kontrakter medfører, at det bliver nemmere for små og mellemstore virksomheder at afgive tilbud, da de udbudte opgaver herved får en størrelse, som i højere grad passer til små og mellemstore virksomheders produktionsapparat. Ordregiveren bør i denne forbindelse overveje, hvorvidt en opdeling kan være med til at skabe et større konkurrencefelt, hvilket kan påvirke konkurrencen positivt. Der kan eksempelvis være forskellige delkontrakter i forbindelse med udførelsen af et samlet bygge- og anlægsarbejde. Endvidere kan der eksempelvis være en opdeling, hvor ordregiveren har behov for forskellige typer af varer eller ydelser. Eksempelvis kan der i forbindelse med et udbud af fødevarer være en delkontrakt angående frugt og grønt, mens en anden delkontrakt angår mejeriprodukter. Endvidere kan et udbud eksempelvis angå transport af borgere, hvor udbuddet opdeles i delkontrakter i nærmere geografisk afgrænsede delkontrakter.

Det er ordregiveren, der vurderer, hvorledes en kontrakt skal opdeles i forhold til størrelse og genstand. Hvorvidt den enkelte kontrakt er udbudspligtig vurderes i henhold til §§ 29-38, angående beregning af den anslåede kontraktværdi.

Bestemmelsens stk. 2 fastlægger et ”opdel eller forklar-princip”. Udbyder ordregiveren ikke separate delkontrakter, skal ordregiveren i udbudsmaterialet oplyse om baggrunden herfor. En grund kan eksempelvis være varetagelsen af økonomiske- eller markedsmæssige hensyn. Markedsmæssige hensyn kan eksempelvis være relevante, hvis ordregiveren vurderer, at den markedsmæssige situation betyder, at der ikke vil

være en konkurrence om delkontrakter, hvis en kontrakt opdeles. Økonomiske hensyn kan være relevante, hvis ordregiveren vurderer, at der kan opnås økonomiske fordele, såsom stordriftsfordele, ved ikke at opdele kontrakten. Endvidere kan økonomiske hensyn eksempelvis angå selve udbudsprocessen i forhold til udbudsomkostningerne, men kan også angå omkostningerne forbundet med den efterfølgende kontrakt-administration. Ordregiveren har et vidt skøn i forhold til at vurdere, hvorvidt det er hensigtsmæssigt at opdele en kontrakt eller ej. Ordregiverens vide skøn kan ikke tilsidesættes, med mindre ordregiveren har handlet i strid med principperne i § 2.”

Som anført i bemærkningerne gennemfører udbudslovens § 49 artikel 46, stk. 1-3, i udbudsdirektivet. Direktivbestemmelsen lyder i sin helhed:

”Artikel 46

Stk. 1. De ordregivende myndigheder kan beslutte at tildele en kontrakt i form af særskilte delkontrakter og kan afgøre størrelsen og genstanden for sådanne delkontrakter.

De ordregivende myndigheder angiver, bortset fra i kontrakter, hvis opdeling er gjort obligatorisk i henhold til denne artikels stk. 4, de vigtigste grunde til deres beslutning om ikke at opdele kontrakten i delkontrakter, og dette indarbejdes i udbudsdokumenterne eller den individuelle rapport, der er omhandlet i artikel 84.

Stk. 2. De ordregivende myndigheder angiver i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at bekræfte interessetilkendegivelsen, hvorvidt tilbud kan indgives for en, flere eller alle delkontrakter. De ordregivende myndigheder kan, selv når tilbud kan indgives for flere eller alle delkontrakter, begrænse antallet af delkontrakter, der kan tildeles til én tilbudsgiver, forudsat at maksimumsantallet af delkontrakter pr. tilbudsgiver er angivet i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at bekræfte interessetilkendegivelsen. De ordregivende myndigheder angiver i udbudsdokumenterne, hvilke objektive og ikkediskriminerende kriterier eller regler, de agter at anvende for at afgøre, hvilke delkontrakter der vil blive tildelt, når anvendelsen af tildelingskriterierne ville resultere i, at én tilbudsgiver får tildelt flere delkontrakter end maksimumsantallet.

Stk. 3. Når den samme tilbudsgiver kan tildeles mere end én delkontrakt, kan medlemsstaterne fastsætte, at de ordregivende myndigheder kan tildele kontrakter ved at kombinere flere eller alle delkontrakter, såfremt de i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at bekræfte interessetilkendegivelsen har anført, at de forbeholder sig muligheden for at gøre dette og har angivet, hvordan delkontrakterne eller grupperne af delkontrakter kan kombineres.

Stk. 4. Medlemsstater kan til gennemførelse af stk. 1, andet afsnit, gøre det obligatorisk at tildele kontrakter i form af separate delkontrakter på betingelser, der fastsættes nærmere i overensstemmelse med deres nati-

onale lovgivning og under henvisning til EU-retten. Under sådanne omstændigheder finder stk. 2, første afsnit, og i givet fald stk. 3, anvendelse.”

Om bestemmelsen og hensynet til små og mellemstore virksomheder (SMV'er) fremgår det af præamblen:

”(59) Der er ved at udvikle sig en kraftig tendens på EU-markederne for offentlige udbud i retning af koncentration af offentlige indkøbers efterspørgsel med henblik på at opnå stordriftsfordele, herunder lavere priser og transaktionsomkostninger, og at forbedre og professionalisere indkøbsforvaltningen. Dette kan opnås ved at koncentrere indkøbene enten gennem antallet af berørte ordregivende myndigheder eller gennem mængde og værdi over tid. Aggregeringen og centraliseringen af indkøb bør imidlertid overvåges nøje for at undgå uforholdsmæssig stor koncentration af købekraft og ulovlig samordning og for at opretholde gennemsigtighed og konkurrence samt SMV'ers muligheder for adgang til markedet.

...

(66) For at fremme små og mellemstore virksomheders (SMV'ers) muligheder for at deltage i et stort dynamisk indkøbssystem, for eksempel et, der gennemføres af en indkøbscentral, bør den ordregivende myndighed kunne beskrive systemet i objektivt definerede kategorier af varer, bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser. Sådanne kategorier bør defineres ved hjælp af henvisninger til objektive faktorer, som eksempelvis kan omfatte den maksimale tilladte størrelse af specifikke kontrakter, der skal tildeles inden for den pågældende kategori, eller et specifikt geografisk område, hvor specifikke kontrakter skal udføres. Hvis et dynamisk indkøbssystem er inddelt i kategorier, bør den ordregivende myndighed anvende udvælgelseskriterier, som står i rimeligt forhold til den pågældende kategoris karakteristika.

...

(78) Offentlige udbud bør tilpasses SMV'ers behov. Ordregivende myndigheder bør tilskyndes til at gøre brug af adfærdskodeksen for offentlige kontrakter i arbejdsdokumentet fra Kommissionens tjenestegrene af 25. juni 2008 med titlen »Europæisk kodeks for bedste praksis for SMV's adgang til offentlige indkøbskontrakter«, hvori der er vejledning i, hvordan de kan anvende rammerne for offentlige udbud på en sådan måde, at SMV'erne får lettere adgang til at deltage. Med henblik herpå og for at øge konkurrencen bør de ordregivende myndigheder tilskyndes til især at opdele kontrakter i delkontrakter. En sådan opdeling kan foretages på et kvantitativt grundlag, således at de individuelle kontrakter svarer bedre til SMV'ernes kapacitet, eller på et kvalitativt grundlag i overensstemmelse med de forskellige deltagende erhverv og specialiseringer for at tilpasse indholdet af de individuelle kontrakter bedre til de

specialiserede SMV-sektorer eller i overensstemmelse med forskellige efterfølgende projektfaser.

Delkontrakternes størrelse og genstand bør fastsættes frit af den ordregivende myndighed, som i overensstemmelse med de relevante regler for beregning af den anslåede kontraktværdi også bør kunne tildele nogle af delkontrakterne, uden at procedurerne i dette direktiv finder anvendelse. Den ordregivende myndighed bør have pligt til at overveje det hensigtsmæssige i at opdele kontrakter i delkontrakter og samtidig være fri til selv at træffe en beslutning med enhver begrundelse, den måtte finde relevant, uden at være underlagt administrativ eller retlig kontrol. Hvis den ordregivende myndighed beslutter, at det ikke er hensigtsmæssigt at opdele kontrakten i delkontrakter, bør den individuelle rapport eller udbudsdokumenterne omfatte en angivelse af de primære årsager til den ordregivende myndigheds valg. Sådanne årsager kunne for eksempel være, at den ordregivende myndighed mener, at en sådan opdeling kunne risikere at begrænse konkurrencen eller gøre det uforholdsmæssigt teknisk vanskeligt eller dyrt at gennemføre kontrakten, eller at nødvendigheden af at koordinere de forskellige ordremødtager af delkontrakterne indebærer en alvorlig risiko for, at den korrekte udførelse af kontrakten undermineres.

Medlemsstaterne bør fortsat frit kunne gå videre i deres bestræbelser på at fremme SMV'ernes deltagelse i markedet for offentlige udbud ved at udvide pligten til at overveje det hensigtsmæssige i at opdele kontrakter i delkontrakter til at omfatte mindre kontrakter, ved at kræve, at de ordregivende myndigheder giver en begrundelse for en afgørelse om ikke at opdele kontrakter i delkontrakter, eller ved at gøre en opdeling i delkontrakter obligatorisk under visse omstændigheder. Medlemsstaterne bør med samme formål også frit kunne sørge for mekanismer til direkte betaling af underentreprenører.

(79) Når kontrakter opdeles i delkontrakter, bør de ordregivende myndigheder, f.eks. for at opretholde konkurrencen eller af hensyn til forsyningssikkerheden, kunne begrænse antallet af delkontrakter, som en økonomisk aktør kan byde på. De bør desuden kunne begrænse antallet af delkontrakter, der kan tildeles en enkelt tilbudsgiver.

Målet om at lette SMV'ernes adgang til offentlige udbud kan dog blive vanskeliggjort, hvis de ordregivende myndigheder er nødsaget til at tildele kontrakten del for del, og dette medfører, at de vil skulle acceptere væsentligt mindre fordelagtige løsninger i forhold til en tildeling, der består af flere eller alle delkontrakter. Hvis muligheden for at følge en sådan metode klart er angivet på forhånd, bør det derfor være muligt for de ordregivende myndigheder at foretage en sammenlignende vurdering af tilbuddene, så de kan fastslå, om de tilbud, som en bestemt tilbudsgi-

ver har afgivet for en specifik kombination af delkontrakter, som helhed bedre ville kunne opfylde tildelingskriterierne, der er fastlagt i overensstemmelse med dette direktiv, end tilbuddene for de enkelte delkontrakter isoleret set. Er dette tilfældet, bør den ordregivende myndighed kunne tildele en kontrakt, der samler de aktuelle delkontrakter, til den pågældende tilbudsgiver. Det bør præciseres, at ordregivende myndigheder bør foretage en sådan sammenlignende vurdering ved først at fastslå, hvilke tilbudsgivere der bedst opfylder de tildelingskriterier, der er fastlagt for den enkelte kontrakt, og derefter sammenligne med de tilbud, som en bestemt tilbudsgiver har afgivet for en specifik kombination af delkontrakter taget som en helhed.”

I Domstolens dom i sag C-368/10, Kommissionen mod Holland (Max Havelaar) udtales det i præmis 55 og 56:

”55 Selv om, som generaladvokaten har anført i punkt 71 i forslaget til afgørelse, de supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne og de supplerende dokumenter, der er omhandlet i denne bestemmelse, kan kaste lys over visse punkter eller give visse oplysninger, kan de ikke, end ikke ved rettelser, ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne, således som disse betingelser er blevet formuleret i udbudsbetingelserne, og som interesserede erhvervsdrivende med rette har baseret sig på for at træffe en beslutning om at forberede en indgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure. Dette følger både af anvendelsen i nævnte artikel 39, stk. 2, af udtrykkene »supplerende oplysninger« og af den korte frist, nemlig seks dage, mellem meddelelsen af sådanne oplysninger og fristen for modtagelse af bud i henhold til denne bestemmelse.

56 Det bemærkes herved, at princippet om ligebehandling og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, kræver, at offentlige kontraktens genstand samt kriterierne for deres tildeling defineres klart lige fra begyndelsen af procedurerne for indgåelse heraf (jf. i denne retning dom af 10.12.2009, sag C-299/08, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 11587, præmis 41 og 43).”

Klagenævnet udtaler:

Om forståelsen af påstand 1 og klagenævnets kompetence

Det er efter formuleringen af påstand 1 ikke klart, om påstand 1 angår:

- (i) en overtrædelse af begrundelsespligten i udbudslovens § 49, stk. 2, som består i, at der efter Gert Nielsen A/S' opfattelse ikke er

givet en begrundelse eller er givet en utilstrækkelig begrundelse eller

- (ii) om påstand 1 i stedet eller også angår overtrædelse af en påstået pligt udledt af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 til at opdele kontrakten, som støttes på, at der ifølge Gert Nielsen A/S ikke foreligger tilstrækkelig saglig begrundelse for opdelingen.

Efter de anbringender, Gert Nielsen A/S har anført til støtte for påstanden, og henset til, at Gert Nielsen A/S har påstået udbuddet annulleret, forstår klagenævnet påstanden sådan, at den angår begge former for overtrædelser.

Klagenævnet har, jf. klagenævnslovens § 1, kompetence til at tage stilling til, om udbudsretlige regler i udbudsloven og EU-retten er overholdt, men ikke til at tage stilling til, om generelle danske forvaltningsretlige principper, herunder forbuddet mod ”skøn under regel”, er tilsidesat. Det, som Gert Nielsen A/S har anført om ”skøn under regel”, kan derfor ikke tages under påkendelse.

Om forståelsen af udbudslovens § 49

Ved gennemførelsen af udbudsdirektivets artikel 46 har lovgiver ikke udnyttet adgangen efter direktivets artikel 46, stk. 4, til at gøre det obligatorisk at tildele delkontrakter. Der gælder således efter udbudslovens § 49, som gennemfører direktivets artikel 46, stk. 1-3, alene en mulighed for at opdele kontrakter i delkontrakter, jf. udbudslovens § 49, stk. 1, og udbudsdirektivets artikel 46, stk. 1, 1. pkt., og – hvis muligheden for at opdele ikke udnyttes – en pligt til at forklare, hvorfor kontrakten ikke er blevet opdelt, jf. udbudslovens § 49, stk. 2, og direktivets artikel 46, stk. 1, 2. pkt. Der gælder derimod ikke en pligt til at opdele kontrakter.

Det, som anføres til slut i de specielle bemærkninger til udbudslovens § 49, hvorefter ”... Ordregiverens vide skøn kan ikke tilsidesættes, med mindre ordregiveren har handlet i strid med principperne i § 2”, kan efter indholdet af udbudslovens § 49, bestemmelsens baggrund og det i øvrigt anførte i lovbemærkningerne og direktivet ikke antages at tilsigte eller skabe grundlag for en generel prøvelse af ordregiverens vide skøn over hensigtsmæssigheden i en opdeling eller unndladelser af at opdele en kontrakt. Det anførte må på den nævnte baggrund i stedet antages at sigte til tilfælde, hvor ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 selvstæn-

digt er overtrådt, f.eks. fordi ordregiveren bevidst har opdelt en kontrakt i delkontrakter eller undladt at foretage en sådan opdeling i den hensigt at omgå udbudspligt, tilgodese bestemte leverandører eller lignende.

Det er ikke i udbudslovens § 49, stk. 2, eller forarbejderne hertil fastsat, i hvilke tilfælde begrundelseskravet finder anvendelse, f.eks. sådan at manglende opdeling skal begrundes ved bestemte kontraktyper eller kontraktværdier over bestemte tærskelbeløb. Det fremgår heller ikke af udbudsdirektivets artikel 46, stk. 1, 2. pkt., hvornår der kræves en begrundelse for en undladelse af at opdele.

Bestemmelserne må forstås sådan, at der kræves en begrundelse, hvis kontrakten efter sit indhold og omfang fremstår som mulig at opdele.

I tilfælde, hvor ordregiveren har undladt at begrunde opdelingen i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale, som, jf. udbudslovens § 57, stk. 6, jf. § 132, stk. 1, som gennemfører udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, 1. og 2. pkt., skal offentliggøres i forbindelse med udbudsbekendtgørelsen, og der herefter under udbuddet stilles spørgsmål om opdeling, kan ordregiveren begrunde den manglende opdeling som en supplerende oplysning, jf. udbudslovens § 134, som gennemfører udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, 1. pkt.

Det kan således ikke antages, at en supplerende oplysning om begrundelsen efter udbudslovens § 49, stk. 2, for ikke at opdele en kontrakt vil indebære en sådan ændring af rækkevidden af grundlæggende betingelser for udbuddet, jf. præmis 55 og 56 i Domstolens dom i sag C-368/10, Kommissionen mod Holland (Max Havelaar), at begrundelsen ikke kan gives supplerende.

Hverken udbudsloven eller udbudsdirektivet indeholder bestemmelser, som sanktionerer manglende overholdelse af begrundelsespligten. Der er herefter og efter karakteren og betydningen af sådanne overtrædelser ikke grundlag for at antage, at en overtrædelse af begrundelsespligten under normale omstændigheder kan eller skal medføre annullation af udbuddet eller ordregiverens tildelingsbeslutning.

Pligt til at begrunde og kommunens begrundelse

I denne sag fremstår kontrakten efter sit omfang og indhold som mulig at opdele, f.eks. efter fødevaretyper eller geografisk. Der må herefter antages

at have bestået pligt for kommunen til at begrunde den manglende opdeling – hvilket kommunen i øvrigt også synes at have accepteret ved at besvare Gert Nielsen A/S' spørgsmål herom under udbuddet. Den omstændighed, at en opdeling efter kommunens vurdering ville være stærkt uhensigtsmæssig, ændrer ikke herpå.

Høje-Taastrup Kommune har i besvarelsen af Gert Nielsen A/S' spørgsmål under udbuddet begrundet den manglende opdeling af kontrakten med hensyn til nem bestilling og logistik og med at brug af delaftaler med flere leverandører vil medføre større miljøbelastning til transport.

Der er efter de foreliggende oplysninger ikke grundlag for at antage, at det ikke reelt er sådanne hensyn, der begrunder kommunens beslutning om ikke at opdele kontrakten.

Der er heller ikke grundlag for at anse en varetagelse af de nævnte hensyn til nem bestilling, logistik og miljø for usaglige, endsige for at anse en varetagelse af sådanne hensyn for selvstændigt at være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Udbudsbekendtgørelsen og det oprindelige udbudsmateriale, som i overensstemmelse med udbudslovens § 57, stk. 6, jf. § 132, stk. 1, blev offentliggjort samtidig med udbudsbekendtgørelsen, indeholder ikke en begrundelse for, at kontrakten ikke blev opdelt.

Høje-Taastrup Kommune fremkom imidlertid som svar på Gert Nielsen A/S' spørgsmål under udbuddet med en begrundelse som en supplerende oplysning, jf. udbudslovens § 134. Kommunen har dermed opfyldt begrundelseskravet i udbudslovens § 49, stk. 2.

Da der herefter hverken foreligger en overtrædelse af begrundelseskravet i udbudslovens § 49, stk. 2, eller en overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, tages klagen ikke til følge.

Da Høje-Taastrup Kommune har repræsenteret sig selv, tillægges kommunen ikke sagsomkostninger.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig