

Klagen er efter delafgørelsen tilbagekaldt, således at delafgørelsen er klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

I.M. Frellsen K/S
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

mod

Fællesindkøb Fyn
som indkøbsfællesskab for
Faaborg-Midtfyn, Kerteminde, Langeland
Nordfyns og Nyborg kommuner
(cand.jur. Martin Stæhr, Lyngby)

Klagenævnet har den 5. januar 2017 modtaget en klage fra I.M. Frellsen K/S (herefter Frellsen).

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

Fællesindkøb Fyn har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse om opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 5 og svarskrift med bilag A – G.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have fastsat en prisreguleringsmekanisme, der er så uklar og uigennemsigtig, at den på grund af prisreguleringsmekanismens afgørende betydning for priserne på kaffe ikke kan danne grundlag for afgivelse af sammenlignelige tilbud og efterfølgende kontrakttildeling.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have meddelt nødvendige supplerende oplysninger i tilstrækkelig tid forud for fristen for afgivelse af tilbud og derved at have påvirket Klagers mulighed for at udarbejde tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have givet oplysninger, der alene giver den eksisterende leverandør indsigt i prisreguleringsmekanismen, således at den eksisterende leverandør opnår en uberettiget konkurrencefordel.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Indklagedes beslutninger af 22. december 2016 om at tildele delaftale 1: Kaffe, te, tilbehør, service og maskiner til (efter det oplyste) JDE Professional og delaftale 2: Flydende kaffe samt vederlagsfri opsætning af maskiner til (efter det oplyste) JDE Professional.”

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

Andre oplysninger i sagen:

Udbuddet angik en rammeaftale om levering af kaffe, te, tilbehør samt maskiner og service.

Forud for, at udbuddet blev iværksat, gennemførte Fællesindkøb Fyn en høringsrunde, og der blev i den forbindelse offentliggjort en forhåndsmeddelelse i EU-tidende den 14. oktober 2016 (nr. 2016/S 199-358115). Af bekendtgørelsen fremgår:

” ...

II.1.4) Kort beskrivelse:

Fællesindkøb Fyn gennemfører i efteråret 2016 EU-udbud på kaffe, te, tilbehør samt maskiner og service. I den forbindelse har vi valgt forinden at sende udbudsmaterialet i høring bl.a. for at sikre, at kravene til de udbudte ydelser er hensigtsmæssige.

Høringssvar fremsendes skriftligt til [...] på [...] senest mandag den 24.10.2016.

...”

I det da foreliggende udbudsmateriale indgik et udkast til en rammeaftale, som indeholdt følgende bestemmelse om regulering af kaffeprisen:

”...

§ 9 Prisregulering

Stk. 1 Prisregulering på alm. Kaffe og flydende kaffe

Kaffepriserne skal være faste de første 6 måneder regnet fra kontraktens start. Herefter kan der ske dokumenterede prisreguleringer hver 3. måned i såvel opadgående som nedadgående retning. Første prisregulering kan ske med virkning fra den 1. august 2017, og prisreguleringen kan maksimalt udgøre udviklingen i ICO indekset.

Kaffeprisen følger ICO indekset (www.ico.org), og prisreguleringen kan udelukkende foretages, såfremt råvareprisen svinger med mere end +/- 0,50 kr. pr. kg med basiskurs i den gennemsnitlige pris for Arabica (Other Milds) og Robusta. Priserne skal reguleres ud fra basisuge XX (kontraktstartugen) år 2017 og i henhold til det enkelte produkts blandingsforhold.

Leverandøren kan ikke indregne nogen former for ristesvind i prisreguleringen.

...”

Fællesindkøb Fyn modtog bl.a. høringssvar fra Frellsen, der havde følgende kommentar til rammeaftalens § 9, stk. 1:

”Der står at ”Leverandøren kan ikke indregne nogen former for ristesvind i prisreguleringen”

1. Staten har via afgiften på rå og ristet kaffe fastsat et procestab (Ristesvind) på 16,7%

2. Historisk har udsving i råkaffe- og US\$ kursen betydet at der med års mellemrum sker endog særdeles store udsving i råkaffeprisen pr. kg i danske kroner.
Senest i 2011 steg råkaffen med små 20 dkr. pr. kg
Uden indregning af ristesvind i reguleringen vil procestabet (16,7%) være tabt for ordregiver og tilbudsgiver ved henholdsvis kursfald og stigning.
3. For ovenstående 20 kr. vil det svarer til +/- 3 kr. pr. kg.
4. Det må være i både ordregivers og tilbudsgivers interesse at risikoen begrænses mest muligt for udbuddet.
5. Det har fejlagtigt været fremme i IKA regi at ristesvind vedr. prisreguleringsmodellen er indregnet i tilbudsprisen. Dette er forkert – Tilbudsprisen dækker jo netop KUN ristesvind i forhold til udgangspunktet (US\$ & råkaffekurs) for aftalen. I tilbudsprisen er det UMULIGT at indregne ristesvind der vedr. prisregulering.
6. Tilbudsgiver har mulighed for at indregne RISIKO i sin tilbudspris. Men det vil [være] useriøst [at] stille krav om dette på en råvare[] [der] har været over 300 og under 120 inden for 5 år”

Fællesindkøb Fyn udbød ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 218-396445 af 9. november 2016 som offentligt udbud efter udbudsloven rammeaftalen om levering af kaffe, te, tilbehør samt maskiner og service. Udbuddet var opdelt i to delaftaler – delaftale 1 om kaffe, te, tilbehør, service og maskiner og delaftale 2 om flydende kaffe og vederlagsfri opsætning af maskiner. Tildelingskriteriet var ”Pris”.

Under udbuddet havde tilbudsgiverne mulighed for at stille spørgsmål til udbudsmaterialet, herunder til rammeaftaleudkastets § 9, stk. 1, om prisregulering. Bestemmelsen havde samme indhold som det udkast, der forelå i høringsfasen.

Der blev stillet og besvaret følgende spørgsmål:

”

Nr.	...	Spørgsmål	...	Svar
...				
15		Der står ”Leverandøren kan ikke indregne nogen former for ristesvind i prisreguleringen” Ud over at vi mener dette påligger til-		Ordregiver har brugt en standard prisberegningsmodel ligesom ved forrige udbudsrunde. Ordregiver mener så-

		budsgiver ukomplet prisregulering ved udsving i råkaffeprisen, er dette først gang denne formulering bliver brugt i et kommunalt udbud. Vi beder derfor udbyder om at fremlægge en komplet og fuldt dækkende model (med eksempler), for hvordan dette skal foregå. Da det er en væsentlig ændring af tidligere standard vil en ikke dækkende model i vores øjne være i konflikt med god skik for offentlige udbud (Ligebehandling og gennemsigtighed) Der bør i ordregivers svar være mulighed for at stille spørgsmål til fremsatte model. Vi beder derfor enten om udvidelse af spørge frist eller hurtig respons. Spørgsmål: Vil udbyder fremlægge en fuldt dækkende model for prisregulering af kaffe på de 2 delaftaler? ...	ledes, at modellen anses at være i overensstemmelse med god skik for offentlige udbud. Da modellen er anvendt ved tidligere udbud er det ordregiver uklart hvad der forstås ved en "fuldt dækkende model"
...			
30		Det anføres, at prisen på kaffe skal reguleres i forhold til udviklingen i ICO indekset. Priserne på råkaffe påvirkes i høj grad af dollarkursen og vi vil derfor mene, at det er et must, at priserne både reguleres efter ICO indekset og kursen på USD. Tilbudsgiver kender kun til aftaler som reguleres efter begge faktorer. Vil ordregiver ændre dette, så priserne både reguleres efter ICO indekset og kursen på USD?	Ordregiver henviser til svaret i spørgsmål og svar nr. 36
...			
33		... Genspørgsmål Svar 15: [se ovenfor] Nedenstående tekst §16 fra nuværende rammeaftalens regulering af kaffe. (Fra udbudsmaterialet dec. 2011) § 16 Prisregulering Stk. 1 Prisregulering på Kaffe/ flydende kaffe Priserne skal være faste de første 6 måneder regnet fra kontraktens start. Herefter kan der ske dokumenterede prisreguleringer hver 3. måned i såvel opadgående som nedadgående retning. Første prisregulering kan ske med virkning fra den 1. oktober 2012, og prisreguleringen kan maksimalt svare til udviklingen i: Kaffeprisen følger ICO indekset (www.ico.org) såfremt råvareprisen svinger med mere end +/- 0,50 kr. pr. kg med basiskurs i uge 4 år 2012. Spørgsmål: Da ovenstående formulering afskiller sig fra dette udbuds formulering fastholder vi	Ordregiver har i dette udbud valgt at præcisere, at der ikke kan indregnes ristningssvind i forbindelse med prisreguleringer. Dette begrundes med ordregivers kendskab til branchens uenighed om, hvorvidt ristesvindt skal indregnes i forbindelse med tilbudsafgivelsen eller i forbindelse med hver enkelt prisregulering. Præciseringen omkring ristesvind er således sket for at sikre ligebehandling og gennemsigtighed blandt tilbudsgiverne. Det er ordregiver uklart hvad der menes med eksempel på prisregulering.

		vores spørgsmål om at få forelagt en model for fremtidig prisregulering. - Fastholder ordregive[r] at der ikke er ændret noget? - Vil ordregiver venligst fremlægge en model for hvordan prisregulering skal foregå – gerne med eksempel?		
...				
36		Vi anmoder Fællesindkøb Fyn om at genoverveje prisreguleringstidspunkterne, da IKA's kaffegruppe anbefaler at man bruger Oktoberindexet – som betyder at man regulerer i de måneder som går op i 1 Januar (Øvrigt sortiment reguleres). Dette vil sikre mindre administration, da vi som standard regulerer alle øvrige varer pr. 1 januar. Skal man til at lave en prisregulering igen 1 Februar, så vil dette fordyre administrationen af aftalen, hvilket vil betyde dyrere kaffepriser. Nedenstående tekst er fra IKA's kaffegruppens vejledning. ...		Ordregiver accepterer at anvende de[t] anbefalede reguleringstidspunkt[] fra IKA's kaffegruppe. Ud fra de intervaller som er indsat i udbudsmaterialet. Første regulering på kaffe bliver jævnfør kontrakten 6 mdr. efter kontraktstart, hvilket med den nye regulering fra IKA's kaffegruppe betyder, at første regulering finder sted 1. okt 2016. Herefter kan der reguleres kvartalsvis. På øvrige varer finder første regulering sted 1. januar.
...				

”

Fællesindkøb Fyn besvarede spørgsmål 15 den 24. november 2016 og spørgsmålene 30, 33 og 36 den 6. december 2016. Fællesindkøb Fyn har oplyst, at det sidste rettelsesblad ved udbuddet blev udsendt den 6. december 2016 kl. 14.39.

Fristen for at afgive tilbud blev i udbudsbekendtgørelsen af 9. november 2016 fastsat til den 12. december 2016 kl. 12.00. Ved fristens udløb havde Fællesindkøb Fyn modtaget tre tilbud på delaftale 1 og to tilbud på delaftale 2. Jacobs Douwe Egberts Professional DK ApS (herefter JDE Professional), der var eksisterende leverandør af ydelserne, afgav tilbud på begge delaftaler.

Frellsen afgav ikke tilbud. Dette havde virksomheden meddelt ved en mail af 9. december 2016:

”
...

Frellsen kaffe er ikke i stand til at byde på de nuværende betingelser. Ganske kort drejer det sig om disse punkter:

1. Manglende model for regulering af kaffepriser.
 - a. FAKTA: I udbuddet vægter pris 100% og kaffe udgør 60% af dette.

- b. FAKTA: Kaffekursen på arabica har de seneste 5 år svinget mellem kurs 107 og 300 cent pr. pund. Dollarkursen har ligget mellem 5,02 og 7,08 – ergo et råvare- og valutamarked med store udsving/Risiko.
- c. At ordregiver direkte adspurgt ikke vil/kan fremlægge en model for hvordan kaffeprisen skal reguleres.

2. ...

Ovenstående punkter og manglende imødekommenhed forhindre[r] vores deltagelse i udbuddet.

...”

Fællesindkøb Fyn besluttede den 22. december 2016 at tildele begge delaf-taler til JDE Professional.

Vejledning fra IKA's "Kaffegruppe"

Fællesindkøb Fyn har oplyst, at bestemmelsen i udbudsmaterialet om regu-
lering af kaffeprisen er udarbejdet i overensstemmelse med en vejledning,
der er udarbejdet af den ”Kaffegruppe”, der indgår i IKA, Tænketanken for
Fødevarer. IKA er foreningen af offentlige indkøbere, under hvilken der er
etableret forskellige arbejdsgrupper med deltagelse af både offentlige or-
dregivere og private tilbudsgivere. Foreningen udarbejder forskellige stan-
darder til brug for offentlige udbudsforretninger.

Af vejledningen fremgår følgende om regulering af kaffepriser:

”Prisregulering

Som en af verdens mest handlende råvarer er kaffe udsat for flere for-
skellige forhold som gør, at priserne kan svinge. De væsentligste fakto-
rer er:

- Udbud/efterspørgsel
- Valuta (dollar)
- Klima (frost)
- Spekulationer

På baggrund af dette bør ordregiver tage udgangspunkt i ICO (Internati-
onal Coffee Organisation) prisreguleringsmodel, som afspejler de virke-
lige forhold omkring dollars kurs og råvareindeks. Der anbefales prisre-

gulering kvartalsvis (1. januar, 1. april, 1. juli, og 1. oktober) og at der reguleres ved +/- 0,50 kr. pr. kg. Fastsat dato for første prisregulering.

Priserne i udbuddet skal være afgivet ud fra basis uge XX, 201X eks. uge 45-2012 (ca. 2-3 uger FØR afleveringsdatoen for tilbuddet.) Hvis ikke priserne er oplyst ud fra samme basis uge vil udbyder få meget svært ved at kontrollere priserne ved regulering da udgangspunktet ikke er blevet oplyst.

<http://www.ico.org/prices/pr.htm>

Kursen hentes fra Nationalbanken

<http://www.nationalbanken.dk/dndk/valuta.nsf/side/valutakurser!open-document>”

Fællesindkøb Fyn har endvidere oplyst, at offentlige ordregivere ved en række andre udbud af kaffe og te m.v. også har udarbejdet deres prisreguleringsmodeller med udgangspunkt i ”Kaffegruppens” vejledning.

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

Frellsen har gjort gældende, at prisreguleringsmekanismen i rammeaftale-udkastet er uklar og uigennemsigtig, da det eksempelvis ikke kan udledes, 1) om prisreguleringen alene omfatter dokumenterede prisændringer, eller om den følger udviklingen i ICO-indekset, 2) om og i givet fald hvordan udsving i valutakursen for USD skal/kan indregnes, 3) om prisreguleringsmekanismen skal baseres på de procentvise eller absolutte ændringer i ICO-indekset, og 4) hvordan prisreguleringer konkret skal foregå, herunder uden indregning af ristesvind. Prisreguleringsmekanismen er af afgørende betydning for de priser, som tilbudsgiverne er i stand til at byde ind med, da de tilbudte priser i vidt omfang afhænger af, om leverandøren under kontrakten har mulighed for at regulere for udsving i råvarepriser, valutakurser m.v. og i givet fald hvordan.

Prisreguleringsmekanismens uklarhed kan føre til, at tilbudsgiverne – der meningsfuldt vil kunne indlæse forskellige forudsætninger i bestemmelsen – kommer til at afgive priser, der ikke kan sammenlignes og dermed heller ikke kan danne grundlag for en konkurrence, hvor tildelingskriteriet alene er ”Pris”. En evaluering af tilbuddene baseret på laveste pris identificerer

ikke nødvendigvis det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da den lavere pris kan være udtryk for, at der har været indregnet nogle ukorrekte forudsætninger i forhold til den prisreguleringsmekanisme, som Fællesindkøb Fyn havde tænkt anvendt. Det er under alle omstændigheder uhensigtsmæssigt at have en prisreguleringsmekanisme, som ikke alle tilbudsgivere kan gennemskue, idet man derved vil være nødsaget til enten helt at undlade at give bud eller at byde ind med priser, der tager højde for den usikkerhed, der er forbundet med prisreguleringsmekanismen.

Fællesindkøb Fyn har gjort gældende, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ikke er overtrådt med den fastsatte prisreguleringsbestemmelsen. Bestemmelsen fremstår ens for alle tilbudsgivere, giver ikke nogen tilbudsgiver en særlig fordel og indeholder alle de elementer, der måtte være af betydning for tilbudsgiverne ved afgivelse af deres tilbudspriser.

Der påhviler ikke en ordregiver en forpligtelse efter udbudsreglerne til at fremlægge et komplet og i alle henseender detailreguleret aftalegrundlag som en del af udbudsmaterialet. Det er udbudsretligt muligt at gennemføre et udbud uden at fremlægge et aftaleudkast, og det er derfor også muligt lovligt at gennemføre et udbud ved at fremlægge et aftaleudkast, der på få punkter ikke endeligt gør op med retsstillingen mellem parterne i det senere aftaleforhold. Det er legitimt, at der efter tilbudsafgivningen og efter tildelingen af en kontrakt finder drøftelser sted mellem ordregiveren og den vindende tilbudsgiver med henblik på at præcisere og supplere ordregiverens krav, som de fremgik af udbudsmaterialet. Tilbuddets indhold og de forhold, der måtte være relevante at tage op i forbindelse med forberedelsen af den endelige aftaleindgåelse, ville helt sædvanemæssigt kunne præcisere og supplere udkastet til rammeaftale.

Regulering af kaffeprisen var blot et af en lang række elementer, der var reguleret i Fællesindkøb Fyns udkast til rammeaftale. Foruden selve fastlæggelsen af kravene til ydelsen, der var beskrevet udførligt i kravspecifikationen, var der således en standardmæssig regulering af de sædvanlige krav til udførelsen af kontrakten i udkastet til rammeaftale. Bestemmelsen om regulering af prisen for kaffe i udkastet til rammeaftale § 9, stk. 1, fastlægger i vid udstrækning, hvordan prisreguleringen vil skulle foretages i det senere aftaleforhold. Det fremgår således utvetydigt af bestemmelsen, at:

- kaffepriserne skal være faste de første 6 måneder

- der derefter kan ske dokumenterede prisreguleringer hver 3. måned i både opadgående og nedadgående retning
- første prisregulering kan ske med virkning fra den 1. august 2017
- prisreguleringen kan maksimalt udgøre udviklingen i ICO indekset/kaffeprisen følger ICO indekset
- prisregulering kan udelukkende foretages, såfremt råvareprisen svinger med mere end $\pm 0,50$ kr. pr. kg med basiskurs i den gennemsnitlige pris for Arabica (Other Milds) og Robusta
- priserne reguleres ud fra basisuge XX (kontraktstartugen) år 2017 og i henhold til det enkelte produkts blandingsforhold
- leverandøren ikke kan indregne nogen former for ristesvind i prisreguleringen.

Det eneste element, der ikke er taget endeligt stilling til ved udformningen af bestemmelsen, og som Fællesindkøb Fyn heller ikke har taget stilling til i forbindelse med besvarelsen af spørgsmål i udbudsfasen, er, om der kan eller skal ske kursregulering i forbindelse med den regulering, der i øvrigt foretages i henhold til ICO-indekset. Dette spørgsmål kan imidlertid ikke anses for at have haft nogen betydning for prissætningen af kaffe ved udbudet.

Regulering på baggrund af leverandørens indkøbspriser

Efter prisreguleringsbestemmelsen vil leverandøren ikke kunne foretage prisreguleringer baseret på ændringer i hans egne indkøbspriser. Dette ville i givet fald have været fremhævet eksplicit i bestemmelsen. En sådan bestemmelse ville i øvrigt have været helt usædvanligt og ulogisk ved siden af en standardmæssig regulering i henhold til ICO-indekset

Absolutte eller procentvise ændringer i ICO-indekset

Formuleringen af § 9, stk. 1, efterlader ikke tvivl om, at der vil skulle ske prisregulering på baggrund af den procentvise udvikling i ICO-indekset. Det er sædvanligt, at der i en kontrakt/rammeaftale indgår en prisreguleringsbestemmelse, der baserer sig på udviklingen i et konkret indeks. Når det fremgår, at prisreguleringen udgør udviklingen i et givent indeks, og at kaffeprisen følger det pågældende indeks, er det fast kutyme, at beregnin-

gen af prisreguleringen skal ske på baggrund af den procentvise udvikling i indekset.

Spørgsmålet om absolut eller procentvis ændring af ICO-indekset kan i øvrigt ikke have påvirket den prissætning, som tilbudsgiverne skulle foretage. Udsving i ICO-indekset er et vilkår, som tilbudsgiverne ikke kan tage højde for ved tilbudsafgivningen. Uanset om der ved en prisreguleringsbestemmelse skal tages udgangspunkt i en procentvis udvikling eller absolut ændring, vil der altid være udsving i opadgående eller nedadgående retning, som tilbudsgiver ikke kan kende på forhånd, og som dermed ikke vil kunne påvirke tilbudsprisen.

Prisregulering uden indregning af ristesvind

Det fremgik eksplicit af rammeaftaleudkastets § 9, stk. 1, at der ikke ved de senere prisreguleringer kan indregnes ristesvind. Som bestemmelsen var formuleret, har det været klart for tilbudsgiverne, at prisreguleringen vil skulle ske på baggrund af de afgivne priser i tilbudslisten og i henhold til den procentvise udvikling i ICO-indekset og dermed uden indregning af ristesvind.

Kursregulering

Som anført var det eneste forhold, der ikke var taget endelig stilling til med prisreguleringsbestemmelsen i § 9, stk. 1, om der ved prisreguleringer skal tages højde for udviklingen i valutakursen for amerikanske dollars (USD). Det var ikke i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, at spørgsmålet om kursregulering var afklaret endeligt i forbindelse med tilbudsafgivningen. Det har været i overensstemmelse med udbudsreglerne, at Fællesindkøb Fyn har overladt spørgsmålet, om der skal tages højde for udviklingen i dollarkursen ved prisreguleringer, til de drøftelser, der vil finde sted mellem Fællesindkøb Fyn og den vindende tilbudsgiver i forbindelse med kontraktindgåelsen. Spørgsmålet har en sådan karakter, at det ikke vil påvirke de priser, der er afgivet af tilbudsgiverne. Udfaldet af drøftelserne om, hvorvidt der skal tages højde for udviklingen i dollarkursen, vil kunne rummes inden for de muligheder, der er i forhold til at supplere og præcisere aftalegrundlaget.

Ingen tilbudsgivere har mulighed for at forudsige kursudviklingen, og kursen kan i sagens natur gå både op og ned. Der er tale om en hypotese, når det gøres gældende, at det skulle kunne influere på de priser, der afgives ved et udbud som det foreliggende, om der ved en prisregulering, som ligger langt ude i fremtiden (8 måneder for så vidt angår første prisregulering), skal tages højde for udviklingen i dollarkursen. Dertil kommer, at det i det store billede vil have marginal betydning for prisreguleringen, om der skal tages højde for kursudviklingen.

Ad påstand 2

Frellsen har gjort gældende, at Fællesindkøb Fyn i strid med udbudslovens § 2 ikke har besvaret relevante og rimelige spørgsmål til forståelsen af prisreguleringsmekanismen og derved ikke har sikret en ens forståelse af udbudsmaterialet. En ordregiver kan efter omstændighederne være forpligtet til at meddele supplerende oplysninger, jf. forarbejderne til udbudslovens § 134:

”Endvidere vil det være en konkret vurdering under hensyntagen til principperne i § 2, hvorvidt ordregiveren er forpligtet til at meddele supplerende oplysninger til ansøgere eller tilbudsgivere. Ordregiveren kan eksempelvis være forpligtet hertil, hvis de supplerende oplysninger om udbudsmaterialet sikrer, at ansøgerne eller tilbudsgiverne har de samme oplysninger, eller at de supplerende oplysninger sikrer en ens forståelse af udbudsmaterialet.”

Fællesindkøb Fyn har i strid med udbudslovens § 134, stk. 1, meddelt supplerende oplysninger om udbudsmaterialet senere end 6 dage før udløbet af fristen for at afgive tilbud. Frellsen havde som følge heraf ikke mulighed for at komme med yderligere spørgsmål til prisreguleringsmekanismen og dermed redegøre for, hvad selskabet mente med ”fuldt dækkende model” eller ”eksempel på prisregulering”, der tilsyneladende har givet anledning til tvivl hos Fællesindkøb Fyn. De manglende besvarelser af spørgsmål 30 og 33 havde direkte betydning for Frellsens (manglende) forståelse af udbudsmaterialet og udarbejdelse af tilbud. Frellsen undlod at afgive tilbud som følge af Fællesindkøb Fyns manglende besvarelser.

Fællesindkøb Fyn har gjort gældende, at Fællesindkøb Fyn ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Det ligger som udgangspunkt inden for en ordregivers skønsmæssige beføjelser at be-

slutte, om der i udbudsfasen skal gives supplerende oplysninger i forhold til udbudsmaterialet. En ordregiver har ikke efter udbudsreglerne pligt til at komme med supplerende oplysninger, som en enkelt tilbudsgiver måtte efterspørge. I visse tilfælde kan der være en sådan pligt, hvis dette f.eks. skal eliminere en konkurrencefordel, som en enkelt tilbudsgiver måtte have på grund af en særlig viden om udbuddet. Der har ikke konkret været en situation, hvor det har været nødvendigt at komme med supplerende oplysninger for at sikre en ensartet forståelse af udbudsmaterialet hos tilbudsgiverne eller i øvrigt gøre det muligt for tilbudsgiverne at udforme deres tilbud. Ingen tilbudsgiver havde en særlig viden om prisreguleringsbestemmelsen, idet alle tilbudsgivere havde lige adgang til udbudsmaterialet, og de kunne på et ensartet grundlag vurdere rækkevidden af prisreguleringsbestemmelsen i udkastet til rammeaftale.

JDE Professional havde ikke som Fællesindkøb Fyns eksisterende leverandør en særlig konkurrencefordel ved at have kendskab til, hvordan parterne i deres aftaleforhold havde prisreguleret. Prisreguleringen i det eksisterende aftaleforhold var således irrelevant i forhold til prisreguleringen i udkastet til rammeaftale. Hvordan prisreguleringsbestemmelsen præcist bliver udformet beror som anført ad påstand 1 på de suppleringer og præciseringer, som skal finde sted i forbindelse med kontraktindgåelsen. Det er således ikke givet, at prisreguleringen i det nye aftaleforhold vil ske på helt tilsvarende måde som i det eksisterende aftaleforhold. Af samme årsag var det ikke muligt for Fællesindkøb Fyn at fremlægge en komplet og fuldt dækkende model (med eksempler) for prisreguleringen.

Det kunne muligvis have været hensigtsmæssigt, at Fællesindkøb Fyn i forbindelse med besvarelsen af spørgsmål nærmere havde forklaret, hvorfor det ikke blev anset for muligt at fremlægge en komplet og fuldt dækkende model (med eksempler). Det kan dog ikke anses for at være en overtrædelse af udbudsreglerne, at Fællesindkøb Fyn undlod at komme med en sådan forklaring, og under alle omstændigheder har tilbudsgiverne haft det samme aftalegrundlag at forholde sig til i forbindelse med overvejelserne om tilbudsafgivning.

Fællesindkøb Fyn har ikke meddelt supplerende oplysninger senere end 6 dage før tilbudsfristen i strid med udbudslovens § 134, stk. 1. Tilbudsfristen ved udbuddet var i henhold til udbudsbetingelserne fastsat til den 12. december 2016 kl. 12.00. Fællesindkøb Fyn var derefter i overensstemmelse

med udbudslovens § 134, stk. 1, og fristforordningens artikel 3, stk. 2, litra b, berettiget til at udsende supplerende oplysninger indtil den 6. december 2016 kl. 23.59. Fællesindkøb Fyn udsendte i fuld overensstemmelse hermed det sidste rettelsesblad ved udbuddet den 6. december 2016 kl. 14.39.

Ad påstand 3

Frellsen har gjort gældende, at Fællesindkøb Fyn gav oplysninger, som indebar, at kun den eksisterende leverandør havde kendskab til, hvordan prisreguleringsmekanismen vil blive anvendt, idet Fællesindkøb Fyn har oplyst, at man vil foretage prisregulering på samme måde som ved forrige udbudsrunde. Fællesindkøb Fyn var forpligtet til at give Frellsen samme oplysninger som den eksisterende leverandør om de konkrete vilkår, der kunne have betydning for den udbudte kontrakt.

JDE Professional opnåede en klar og uberettiget konkurrencefordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere, da virksomheden havde kendskab til, hvordan den prisreguleringsmekanisme, der var anvendt ved forrige udbud, havde været anvendt i praksis, og da virksomheden derfor ikke skulle indregne samme risikotillæg i sine tilbudspriser.

Fællesindkøb Fyn har gjort gældende, at Fællesindkøb Fyn ikke i forbindelse med udbuddet har givet JDE Professional oplysninger, som ikke er tilgået de øvrige tilbudsgivere. At JDE Professional som Fællesindkøb Fyn eksisterende leverandør havde et naturligt indblik i, hvordan der hidtil var blevet prisreguleret i aftaleforholdet, medfører ikke, at Fællesindkøb Fyn har ”givet oplysninger” til JDE Professional, som ikke er tilgået de øvrige tilbudsgivere ved udbuddet.

Fællesindkøb Fyn lægger til grund, at Frellsens påstand 3 i realiteten beror på, at Frellsen mener, at JDE Professional har haft en konkurrencefordel, fordi virksomheden i modsætning til de øvrige tilbudsgivere har en viden om, hvordan prisen er reguleret under den eksisterende rammeaftale. Det er imidlertid en misforståelse, når Frellsen lægger til grund, at der i det fremtidige aftaleforhold vil skulle ske prisregulering på tilsvarende måde som i det eksisterende aftaleforhold. Som fremhævet ad påstand 1 var det ikke fastlagt endeligt i rammeaftaleudkastet, hvordan prisreguleringen skulle ske. Der var alene fastlagt de væsentligste elementer for prisreguleringen,

herunder at der skulle ske regulering i henhold til udviklingen i ICO-indekset.

Det har således været uden betydning, hvordan der hidtil er sket prisregulering, idet det for tilbudsgiverne alene er afgørende, 1) hvad der er fastsat i udbudsmaterialet om prisregulering, og 2) hvad der bliver aftalt mellem Fællesindkøb Fyn og den kommende leverandør i forbindelse med de – i forhold til tilbudsafgivningen – uvæsentlige præciseringer og suppleringer, der kan ske i forbindelse med aftaleindgåelsen. Det er uden betydning ved et nyt udbud, hvordan en prisreguleringsklausul hidtil er blevet praktiseret, idet det afgørende er, hvordan forholdet er reguleret i det nye udbudsmateriale.

Ad påstand 4

Frellsen har gjort gældende, at Fællesindkøb Fyn på baggrund af det, der er anført ad påstand 1-3, har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2. Der er samlet set tale om væsentlige overtrædelser af udbudsreglerne, og tildelingsbeslutningerne skal derfor annulleres.

Fællesindkøb Fyn har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningerne vedrørende delaftale 1 og 2, jf. det anførte ad påstand 1-3. Selv hvis klagenævnet mod forventning skulle tage en eller flere af de nedlagte påstande til følge, kan dette ikke bevirke, at der skal ske annullation af tildelingsbeslutningerne. Prisreguleringsbestemmelsen har været enslydende for alle potentielle tilbudsgivere, og den har ikke afholdt Frellsens konkurrenter på markedet fra at afgive tilbud. Navnlig i lyset af bestemmelsen i udbudslovens § 185, stk. 2, skal der foreligge en klar og kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne, før klagenævnet skal annullere en tildelingsbeslutning. En sådan klar og kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne foreligger ikke.

Ad ”fumus boni juris”

Frellsen har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Fællesindkøb Fyn har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Ad uopsættelighed

Frellsen har gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed som hovedregel vil være opfyldt, hvor en klager – som følge af udbudsmaterialets beskaffenhed og altså ikke som følge af klagerens egne forhold – helt har undladt at afgive tilbud. I de tilfælde vil en klager ikke kunne dokumentere at have lidt et tab og kan som følge heraf ikke opnå erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktinteresse.

Frellsen har ikke mulighed for at dokumentere størrelsen af sit tab, der hen-set til den udbudte kontrakts betydelige omfang både er alvorligt og uopretteligt, idet kontrakten omfatter 5 kommuners indkøb i de næste 4 år. Endvidere bør kravet om uopsættelighed lempes, da Fællesindkøb Fyn har begået en klar og kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne.

Fællesindkøb Fyn har gjort gældende, at Frellsen har bevisbyrden for, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Frellsen har ikke fremlagt dokumentation eller på anden måde redegjort for, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Det forhold, at Frellsen ikke har afgivet tilbud på rammeaftalen, og at klagen ikke er indgivet i standstill-perioden, må også i sig selv bevirke, at uopsættelighedsbetingelsen ikke er opfyldt.

Der er ikke sket en klar og kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne. Klagen går på gennemsigtigheden af et udkast til en rammeaftalebestemmelse om regulering af enhedspriser for kaffe – et udkast til en rammeaftalebestemmelse, der er fastsat i udbudsmaterialet, og som har været enslydende for alle tilbudsgivere. En ordregivers udformning af et sådan udkast til en rammeaftalebestemmelse kan ikke udgøre en klar og kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne med den konsekvens, at kravet om uopsættelighed lempes.

Ad interesseafvejning

Frellsen har gjort gældende, at hensynet til selskabet i en situation, hvor der er begået væsentlige fejl, som utvivlsomt har direkte betydning for tildelingen af delaftalerne, bør veje tungere end hensynet til Fællesindkøb Fyns interesse i at kunne indgå aftalerne. Der er ikke væsentlige samfundsmæssige hensyn, der kan begrunde, at klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Fællesindkøb Fyn har gjort gældende, at hensynet til, at Fællesindkøb Fyn på et lovligt udbudsretligt grundlag kan indgå rammeaftale med JDE Professionals må anses for at veje tungere end Frellsens interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning. Hvis klagen tillægges opsættende virkning, vil Fællesindkøb Fyn være nødsaget til at forlænge den eksisterende rammeaftale på kaffe, te m.v. med den konsekvens, at der i en periode vil skulle betales priser, som væsentligt overstiger de priser, der er opnået ved det gennemførte udbud.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for udbud, der lyder:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

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

Fællesindkøb Fyn har i udbudsmaterialet medtaget et udkast til en rammeaftale, som i § 9, stk. 1, indeholder en bestemmelse om fremtidige prisreguleringer. Bestemmelsen svarer til det udkast, som tidligere var blevet sendt i høring, og som Frelsen havde kommenteret på over for Fællesindkøb Fyn, og den svarer stort set til prisreguleringen i den eksisterende kontrakt mellem Fællesindkøb og JDE Professional, idet denne dog ikke bl.a. indeholder tilføjelsen: "Leverandøren kan ikke indregne nogen former for ristesvind i prisreguleringen". Endelig svarer prisreguleringsbestemmelsen i vidt omfang til anbefalingen fra IKA's Kaffegruppe.

Bestemmelsen indeholder ikke svar på alle de forhold, som i fremtiden kan påvirke indkøbsprisen på kaffe. Der kan dog ikke af udbudsreglerne udledes et krav om, at et eventuelt udkast til kontrakt afklarer alle sådanne forhold. Ved den senere kontraktindgåelse mellem ordregiveren og den vindende tilbudsgiver kan kontraktudkastet præciseres og suppleres i det omfang, det ikke medfører en forskelsbehandling mellem tilbudsgiverne. De forhold, som prisreguleringsbestemmelsen ikke tager højde for, herunder kursudsving, har en karakter, som ikke medfører en forskelsbehandling. Ingen – hverken Fællesindkøb Fyn eller tilbudsgiverne – kan vide eller har indflydelse på, hvordan kurserne udvikler sig.

Efter det anførte har Fællesindkøb Fyn ved den fastsatte prisreguleringsbestemmelse ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, og der er derfor ikke på det foreliggende foreløbige grundlag udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 2

Frellsen har ikke præciseret, hvilke spørgsmål ”til forståelsen af prisreguleringsmekanismen” Fællesindkøb Fyn ikke har besvaret. Fællesindkøb Fyn har den 24. november 2016 besvaret spørgsmål 15 og den 6. december 2016 besvaret spørgsmål 30 og 33 (og 36), alle om prisreguleringsbestemmelsen. Hertil kommer, at Fællesindkøb Fyn som anført ad påstand 1 ikke ved den fastsatte prisreguleringsbestemmelse har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Følgende fremgår af udbudslovens § 134, stk. 1:

”En ordregiver skal senest 6 dage før udløbet af fristen for afgivelse af ansøgning eller tilbud meddele eventuelle supplerende oplysninger om udbudsmaterialet og supplerende dokumenter ...”

Fællesindkøb besvarede spørgsmål 30, 33 og 36 den 6. december 2016, hvilket var 6 dage før tilbudsfristen. Da Frellsen ikke nærmere har anført, på hvilken måde Fællesindkøb Fyn har tilsidesat udbudslovens § 134, stk. 1, er der ikke på det foreliggende foreløbige grundlag udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 3

Klagenævnet lægger til grund, at alle tilbudsgivere fik de samme oplysninger til brug for tilbudsafgivelsen, nemlig udbudsmaterialet med bl.a. udkastet til rammeaftale og dermed bestemmelsen om prisregulering.

Den omstændighed, at JDE Professional som eksisterende leverandør vidste, hvordan prisreguleringsbestemmelsen i den eksisterende rammeaftale var blevet administreret, kan ikke føre til, at kun JDE Professional havde kendskab til, hvordan den ”nye” prisreguleringsbestemmelse vil blive anvendt. Som anført ad påstand 1 og 2 handlede Fællesindkøb Fyn ikke ved den fastsatte prisreguleringsbestemmelse i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, og Fællesindkøb Fyn undlod ikke at besvare spørgsmål inden fristen i udbudslovens § 134, stk. 1.

Efter det anførte har Fællesindkøb Fyn ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have givet oplysninger, der har medført, at JDE Professional fik en uberettiget konkurrencefordel, og

der er derfor ikke på det foreliggende foreløbige grundlag udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 4

Der er efter det anførte ad påstand 1, 2 og 3 ikke på det foreliggende foreløbige grundlag udsigt til, at påstanden om annullation vil blive taget til følge.

Fællesindkøb Fyn har i forhold til påstand 2 oplyst, at sidste rettelsesblad til udbuddet blev udsendt den 6. december 2016 kl. 14.39. Selv hvis det måtte lægges til grund, at besvarelsen skulle have været givet senest den 6. december 2016 før kl. 12.00 for at opfylde fristen i udbudslovens § 134, stk. 1, fører en konkret væsentlighedsvurdering på det foreliggende foreløbige grundlag også til, at påstanden om annullation ikke vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 om "*fumus boni juris*" 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.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anne-Mette Schjerning
specialkonsulent