

K E N D E L S E

Merrild Coffee Systems ApS
(advokat Jesper Fabricius, København)

mod

Region Sjælland
(advokat Claus Berg, København)

Klagenævnet har den 5. marts 2012 modtaget en klage fra Merrild Coffee Systems ApS (klageren).

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

Region Sjælland (indklagede) har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 6, klagerens brev af 22. marts 2012, svarskrift med bilag A – I og indklagedes brev af 26. marts 2012.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

»Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel

2 samt Udbudsdirektivets artikel 35, stk. 2, ved på vegne af Region Hovedstaden, Region Nordjylland, Region Midtjylland og Region Syddanmark at have truffet beslutning om tildeling af delaftale 1 (kaffe og te) og delaftale 2 (kaffeautomater) til I.M. Frellsen Kaffe K/S uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, som anfører disse regioner som ordregivende myndigheder.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at have foretaget evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet *Pris* på en saglig og gennemsigtig måde i overensstemmelse med det i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne forudsatte.

Påstand 3:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet *Pris* at have anvendt en beregning af de tilbudte priser, som medførte en vilkårlig og uigennemsigtig evaluering.

Påstand 4:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at have foretaget evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet *Kvalitet* på en saglig og gennemsigtig måde i overensstemmelse med det i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne forudsatte.

Påstand 5:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet *Kvalitet* at have anvendt en pointtildeling, som medførte en vilkårlig og uigennemsigtig evaluering.

Påstand 6:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 samt med Udbudsdirektivets artikel 44 ved i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.2 som krav til deltagernes økonomiske og finansielle kapacitet at have anført følgende: »Tilbudsgiver skal gennem nedenstående oplysninger/dokumentation sandsynliggøre overfor ordregiver, at tilbudsgiver har økonomisk og finansiell kapacitet til at udføre opgaven:

- Soliditetserklæring, dvs. erklæring vedrørende virksomhedens økonomiske og finansielle formåen. Erklæringen skal udstedes af virksomhedens bank eller revisor. Soliditetserklæring skal være udstedt senest 6 måneder før tilbudsfristen for udbuddet. Erklæringen kan ikke udstedes af tilbudsgiver.
- Oplysning om samlet årsomsætning af de omfattede og tilsvarende produkter fra de seneste tre år. Såfremt virksomheden er yngre, skal der oplyses om samlet årsomsætning for den periode, hvor der er mulighed herfor.
- Oplysninger om produktansvars- og erhvervsansvarsforsikring. «

Påstand 7:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 samt med Udbudsdirektivets artikel 44 ved i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.3 som krav til deltagernes tekniske kapacitet at have anført følgende: »Tilbudsgiver skal gennem nedenstående oplysninger/dokumentation sandsynliggøre overfor ordregiver, at tilbudsgiver har teknisk kapacitet til at udføre opgaven:

- Referencelister for tilsvarende leverancer inden for de seneste tre år med angivelse af størrelsesorden,
- Beskrivelse af virksomhedens kvalitetsstyringssystem, herunder evt. certificeringer,
- Oplysning om evt. brug af underleverandører.
- Tilbudsgiver skal vedlægge dokumentation for godkendt egenkontrol program.«

Påstand 8:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 samt med kravet til oplysning i udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.4.2) ved at have anført følgende om klagefrister: »Der er ingen lovbestemte frister for indgivelse af klager til Klagenævnet for Udbud.«

Påstand 9:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 2, stk. 2, ved i sin underretning til Klageren af 23. februar 2012 at have anført, at standstill-perioden udløb og at kontrakt tidligst kunne underskrives 4. marts 2012, idet standstill-perioden reelt først udløb den 5. marts 2012 kl. 24.00, således at kontrakt først ville kunne underskrives tirsdag den 6. marts 2012.

Påstand 10:

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå delaftale 1 og 2 med I.M. Frellsen Kaffe K/S.«

Indklagede har taget bekræftende til genmæle overfor klagerens påstand 8 og 9.

Indklagede har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse offentliggjort under 2011/S 195-317974 den 11. oktober 2011 udbød indklagede som et offentligt udbud efter udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF) en rammekontrakt opdelt i 2 delaftaler vedr. henholdsvis køb af kaffe og te (delaftale nr. 1) og kaffeautomater (delaftale nr. 2).

I udbudsbekendtgørelsens pkt. I.1 er indklagede anført som ordregivende myndighed, ligesom der i udbudsbekendtgørelsens pkt. I.4) er markeret et »nej« på spørgsmålet om, hvorvidt indklagede indkøbte på andre myndigheders vegne. I den offentliggjort danske version af udbudsbekendtgørelsen fremgår under pkt. II.1.5:

»Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene
Region Hovedstaden, Region Sjælland, Region Nordjylland, Region
Midtjylland samt Region Syddanmark ønsker at indgå rammekontrakt
på køb af kaffe og te. Region Sjælland og Region Nordjylland ønsker at
indgå rammekontrakt på kaffeautomater«

Dette fremgik ikke af den engelske version.

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.1. fremgår:

»Samlet mængde eller omfang
jf. udbudsbilag 8«

I den danske, men ikke den engelske version af udbudsbekendtgørelsen var angivet NUTS-koderne for alle 5 regioner under pkt. I.1.2 »Kontrakttype og leverings- eller udførelsessted for bygge og anlægsarbejdet, varerne eller tjenesteydelserne«.

Af indklagedes evalueringsrapport fremgår, at den forventede værdi af kontrakten er 60 mio. kr. med tillæg af værdien af indkøb af kaffeautomater.

Udbudsbetingelserne er udarbejdet på Region Sjællands brevpapir og indeholder indledningsvis en beskrivelse af Region Sjælland, men ikke de øvrige regioner. I udbudsbetingelsernes pkt. 1.3 er ordregiver angivet som Region Hovedstaden, Region Sjælland, Region Nordjylland, Region Midtjylland samt Region Syddanmark. I pkt. 1.21 om udbuddets genstand og form fremgår, at udbuddet vedrører køb af kaffe og te til Region Hovedstaden, Region Sjælland, Region Nordjylland, Region Midtjylland samt Region Syddanmark og indkøb af kaffemaskiner til Region Sjælland og Region Nordjylland.

Af evalueringsrapporten fremgår, at evalueringen er foretaget af Region Sjælland.

Tildelingskriteriet var i udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.2.1 oplyst til det økonomisk mest fordelagtige tilbud med underkriterierne »pris« (vægtet 50%) og »kvalitet« (vægtet 50%).

Af udbudsbetingelsernes punkt 1.21.2 fremgår:

»Afgivelse af deltilbud

Det er muligt at afgive tilbud på hele leverancen eller dele heraf, dog skal tilbudsgiver byde på mindst 90% af sortimentet i delaftale 1. Der skal derimod afgives tilbud på alle positioner indenfor delaftale 2.

...«

I udbudsbetingelsernes punkt 1.23 er underkriteriet pris angivet som »Økonomi« og underkriteriet kvalitet angivet som »kvalitet og funktionalitet«. For kaffe, te og chokoladedrik var underkriterierne angivet med en vægtning på 50% for hver, mens vægtningen for kaffemaskiner var angivet med et interval på 45-55% for hver. Det var endvidere anført:

»Kontrakten(er) vil blive tildelt den tilbudsgiver, som har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud i henhold til de ovenfor anførte underkriterier, vurderet samlet under et for hver af de 2 delaftaler. En tilbudsgiver kan få tildelt en eller begge delaftaler.

Der kan således blive tale om indgåelse af kontrakt med 1 tilbudsgiver«

Underkriteriet »Økonomi« var i udbudsbetingelsernes pkt. 1.23.1 beskrevet således:

»Ved priser forstås: De samlede omkostninger, herunder pris på produkterne, gebyrer, leveringsomkostninger, rabatter samt prisreguleringsmekanismer.

Pris bliver evalueret relativt i forhold til de øvrige tilbud.

Forstået som:

Score for Pris:

Billigste tilbud får Score = 5. Øvrige tilbud får proportionalt beregnet Score, således at følgende beregningsmetode for tildelingskriteriet pris benyttes.

$$Y = X/Z * 5$$

Y = Leverandørens point før vægtning med procentsats for tildelingskriteriet pris.

X = Laveste tilbud i kroner

Z = leverandørens tilbud i kr.

Score for øvrige kriterier:

Der gives karakter fra 0-5, hvor 5 er den højeste karakter. Karakteren 0 gives alene til tilbud, som ikke opfylder de stillede kriterier og derfor er kassabelt. Der gives kun hele point.

Beregnes på baggrund af besvarelserne i Kontraktbilag 1.

Beregnes på baggrund af besvarelserne i kontraktbilag 2. Prisen pr. styk beregnes som prisen pr. referencenr. Gange med det estimerede forbrug.

Rabat på resten af tilbudsgivers sortiment vil ikke indgå i vurderingen af prisen.«

Underkriteriet kvalitet var i udbudsbetingelsernes pkt. 1.23.2 beskrevet således:

»Ved kvalitet forstås: kvaliteten af de tilbudte produkter jf. kravspecifikation Kontraktbilag 1.

Kvalitet vurderes på baggrund af besvarelserne i Kontraktbilag 1.

Kvaliteten vurderes på baggrund af de fremsendte vareprøver samt evt. gennemførte afprøvninger/tests.

Der lægges vægt på:

Varens specifikationer

Vurderingen af de fremsendte vareprøver samt evt. gennemførte tests. Her vil parametre som smag, ensartet kvalitet, dosering, håndterings-

venlig pakning, visuelle udtryk, duft samt holdbarhed ved almindelig brug taget med i vurderingen

Hvert tilbud vil blive evalueret særskilt i forhold til dette underkriterium.«

Udbudsbetingelserne gav anledning til 101 spørgsmål. Spørgsmål og svar er bl.a. angivet således:

»

Nr.	Spørgsmål	Svar
4	1.23.1 Økonomi: Score for øvrige kriterier. Der gives kun HELE point. Formel der anvendes er: $Y = X/Z * 5$ score Y = leverandørens point X = laveste bud i kr. Z = leverandørens tilbud kr. Eks: $X = 75$ kr. / $Z = 85$ kr. $* 5 = 4,6875$ Hvis det er hele point så ender denne også på score 5	Der gives kun hele point jf. 1.23.1.
43	... Da der efter oplysningerne om ikrafttrædelsestidspunktet i pkt. 1.21 umiddelbart synes at være tale om separate aftaler med de enkelte regioner (jf. bemærkningen kontrakterne og jf. rammekontraktens angivelse af Region Sjælland mod kontraktpart) og da de enkelte regioner har oplyst differentierede forbrug, bedes Udbyder oplyse, om Score for Pris og tildeling beregnes individuelt for de enkelte regioner, eller om der sker en samlet tildeling. ... Spørgsmål 2.2: Vil udbyder venligst oplyse, om po-	... Prisen vil blive beregnet samlet for alle 5 regioner. ...

	intgivningen for Score for Pris alene sker med hele point eller om dette alene gælder kvalitet og funktionalitet. Spørgsmål 2.3: Vil udbyder venligst oplyse, om det er en fejl, at Score for øvrige kriterier og indholdet af Kontraktbilag 1 indgår i beskrivelsen af underkriteriet økonomi. Disse forhold synes rettere at vedrøre underkriteriet Kvalitet og funktionalitet. I benægtende fald bedes uddybet, hvilke øvrige kriterier/oplysninger, der indgår i vurderingsgrundlaget for Score for Pris samt vægtningen heraf.	Se udbudsbetingelserne 1.23.1 hvor en nøjagtig beregning er beskrevet. Indholdet af kontraktbilag 1 er en fejl. Dog er øvrige kriterier ikke en fejl. Det kan være gebyrer og andre udgifter som tilbudsgiver tilbyder som vil blive indregnet i prisen.
79	Genspørgsmål til svar nr. 4 af 26.10.2011 Udbyder bedes nøje overveje, om det er i overensstemmelse med udbudsrettens principper om ligebehandling og gennemsigtighed, at der anvendes en pointskala på 1-5 samtidig med, at udbyder fastholder, at der alene gives hele point. Der vil således meget let opstå situationer, hvor flere leverandører med forskellige priser opnår samme pointtildeling. Eksempelvis vil alle med priser mellem 75,0 og 83,2 opnå samme point, hvis laveste tilbud udgør 75,0 kr.: 75,1 = 4,99 oprundes til point 5 83,2=4,51 oprundes til point 5	Nej, 1.23.1 i udbudsbetingelserne er der beskrevet, hvordan prisen bliver evalueret. Der står yderligere at score for øvrige kriterier vil blive vægtet med hele point. Det skal forstås således at, ved evalueringen vil brugergruppen give hele point. Den tilbudsgiver der har den højeste score af point i kvalitet får tildelt 5 point og de øvrige tilbudsgiver procentmæssigt i forhold til den vindende tilbudsgiver i kvaliteten.

Indklagede oplyste ved brev af 23. februar 2012 tilbudsgiverne om den trufne tildelingsbeslutning, herunder om, at begge delaftaler agtedes tildelt I.M. Frellsen K/S. Det fremgår heraf, at der for såvel pris som kvalitet er givet point før vægtning med to decimaler.

Parternes anbringender ad påstand 1

Klageren har vedrørende påstand 1 bl.a. gjort gældende, at en undladelse af at angive den rette ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen ikke kan undskyldes med, at formularen alene giver mulighed for at angive én myndighed. Udbudsbekendtgørelsen er indrykket af Region Sjælland, der er angivet som ordregivende myndighed. Udbudsmaterialet er endvidere udarbejdet af Region Sjælland og trykt på Region Sjællands brevpapir. Al kommunikation vedrørende udbuddet er udelukkende foregået med Region Sjælland. Tilbuddene er indleveret til Region Sjælland, og det er Region Sjælland, der i sin underretning af 23. februar 2012 har meddelt tilbudsgiverne resultatet af deres evaluering. Realiteten er således, at Region Sjælland indkøber på andre ordregivende myndigheders vegne. Hvis man fulgte indklagedes synspunkt om, at Region Sjælland ikke foretager indkøb på andre myndigheders vegne, men der er tale om separate og uafhængige aftaler, ville der i stedet være tale om adskilte udbud, og i den forbindelse burde der være indsendt en udbudsbekendtgørelse for hver enkelt af regionerne, eventuelt med enslydende angivelser af Region Sjælland som kontaktpart på samme måde, som man ville anføre sin rådgiver. Uanset fremgangsmåden må det endvidere være afgørende for lovligheden, at også tilbudsgivere, der alene kan læse den engelske version af udbudsbekendtgørelsen, får et retvisende indtryk af, hvilke ordregivende myndigheder der køber ind med den pågældende udbudsbekendtgørelse som hjemmelsgrundlag.

Indklagede har vedrørende påstand 1 bl.a. gjort gældende, at den gældende skabelon for udbudsbekendtgørelser alene giver mulighed for angivelse af én ordregivende myndighed i pkt. I.1), at der udtrykkeligt i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.2) var angivet NUTS-koder for samtlige omhandlede regioner, at det udtrykkeligt af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.5) samt af bekendtgørelsens afsnit om både delaftale nr. 1 og delaftale nr. 2 fremgår, at også Region Hovedstaden, Region Nordjylland, Region Midtjylland og Region Syddanmark var omfattet af udbuddet som selvstændige kontrakt-havere, idet det i øvrigt i udbudsbekendtgørelsen fremgik, at der ikke var tale om, at Region Sjælland skulle foretage indkøb på disse andre ordregivende myndigheders vegne, jf. bekendtgørelsens I.4), og at udbudspligten for både

indklagede, Region Hovedstaden, Region Nordjylland, Region Midtjylland og Region Syddanmark er blevet afløftet for så vidt angår det i sagen omhandlede udbud, da disse var angivet som kontrakthavere i udbudsbekendtgørelsen, uagtet at selve udbudsskabelonen ikke har muliggjort angivelse af samtlige disse ordregivere i udbudsbekendtgørelsens pkt. I.1, og uagtet at den engelske oversættelse af udbudsbekendtgørelsen ikke medtager samtlige relevante oplysninger i den gældende udbudsbekendtgørelse. Indklagede kunne, som anført af klageren, som alternativ til den faktiske annoncering have indrykket separate udbudsbekendtgørelser for samtlige regioner, der var omfattet af det planlagte fælles udbud. En sådan administrativ besværlig »dobbeltannoncering« ville imidlertid ikke have medført forøget gennemsigtighed, idet det tvært imod fremstår som mere gennemsigtigt for de økonomiske aktører på markedet, at der kun offentliggøres én annoncering ved et fælles udbud, hvor der under alle omstændigheder kun skulle rettes henvendelse til Region Sjælland som »forretningsfører« for det samlede udbud.

Klagenævnet udtaler:

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

»Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.«

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (»*fumus boni juris*«). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.

3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærker klagenævnet, at vurderingen af, om udbudsbekendtgørelsen opfylder betingelserne for, at indkøbet på vegne af regionerne Hovedstaden, Nordjylland, Midtjylland og Syddanmark er offentliggjort, skal vurderes på grundlag af den danske version af udbudsbekendtgørelsen jf. artikel 36, stk. 4.

I den danske version er alene Region Sjælland anført som ordregiver og det er oplyst, at denne region ikke indkøber på vegne af andre myndigheder. I bekendtgørelsens beskrivelse af kontraktgenstanden er derimod alle regionerne anført, og i bekendtgørelsens beskrivelse af leveringssted er NUTS kode for alle regionerne anført. Evalueringen er, jf. beskrivelsen i evalueringsrapporten, foretaget af Region Sjælland alene, evalueringen er, jf. svaret på spørgsmål 43, foretaget samlet for alle regioner uden hensyntagen til de enkelte regioners indkøbsbehov, og udbudsbetingelserne gav ikke mulighed for at byde på mindre end 90% af delaftale 1.

Der er ikke anført oplysninger i bekendtgørelsens afsnit til supplerende oplysninger.

Udbudsbekendtgørelsens formål er at sikre, at alle interesserede virksomheder har mulighed for at få kendskab til og dermed også for at overveje, om den udbudte anskaffelse har en sådan størrelse og karakter, at virksomheden er interesseret i at deltage i udbudsprocessen. Det er derfor væsentligt, at bekendtgørelsen indeholder alle de oplysninger, der er nødvendige til brug for denne vurdering, at bekendtgørelsen er udformet på en gennemsigtig måde, og at bekendtgørelsen beskriver de faktiske forhold af betydning for vurderingen.

Det er på grundlag heraf ikke på det foreliggende udsigtsløst for klageren at få medhold i påstand 1.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at også denne betingelse under hensyn til karakteren af den mulige overtrædelse jf. påstand 1, er opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 3 (*interessevejning*) bemærker klagenævnet, at klagerens interesse i at opnå mulighed for, at klagerens tilbud indgår ved en fornyet sammenligning af tilbuddene eller i at opnå annullation af tildelingsbeslutningen, før kontrakt er indgået, under de foreliggende omstændigheder findes at overstige såvel den samfundsmæssige interesse i, at der af leveringssikkerhedsmæssige grunde hurtigt indgås aftale, som I.M. Frellsen Kaffe I/S' og indklages interesse i, at kontrakten indgås nu.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning opfyldt.

Klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Afgørelsen om opsættende virkning betyder, at indklagede ikke må underskrive kontrakt.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges opsættende virkning.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Mette Frimodt Hansen
fuldmægtig