

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Helle Bøjen Larsen, Allan Åge Christensen)

J.nr.: 2011-0024823

3. oktober 2011

K E N D E L S E

ØGT ApS Økologisk Grønne Torv
(selv)

mod

Ishøj Kommune
(advokat René Offersen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 46-075347 af 3. marts 2011 udbød indklagede, Ishøj Kommune, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale om levering af økologiske fødevarer til skoler og børneinstitutioner med bespisningsordning i Ishøj Kommune.

Klageren, ØGT ApS Økologisk Grønne Torv, og Frydenholm A/S afgav tilbud. Den 8. juni 2011 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Frydenholm A/S.

Den 15. juni 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 11. juli 2011 besluttede klagenævnet at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

I afgørelsen om opsættende virkning står:

»Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande/klagepunkter:

»Påstand 1:

Af udbudsmaterialets pkt. 4.4.1. side 8 (se bilag 2) fremgår det at valg af leverandør vil ske på grundlag af ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”. Af udbudsmaterialets pkt. 4.4.2 underkriterier, fremgår vægtningen af det enkelte underkriterie. Af bilag 3 fremgår den anvendte pointmodel som har ligget til grund for tilbudsvurderingen. Pointmodellen er uigennemskuelig i forhold til vægtningen af det enkelte underkriterium i.h.t. udbudsdirektivets artikel 2. Ser vi på Underkriterium 1, modul 2, Rabat, vurderes rabatten alene på øvrigt sortiment af varer, som ikke er defineret ved andet end et antal varenumre (se bilag 4 ”Tilbudslister” side 14). Rabatten er således ikke tilknyttet en bestemt pris eller vare og er derfor uegnet som tildelingskriterie. Yderligere er der i pointmodellen tildelt Frydenholm A/S 4,5 point og ØGT Aps 1,0 point alene i forbindelse med vurderingen af rabatten. Dette er ikke en gennemsigtig og objektiv saglig vurdering og det kan ikke ses at ligebehandlingsprincipperne skulle være overholdt.

Påstand 2:

Af udbudsmaterialets pkt. 4.4.2 underkriterier side 8 nederst ”AD 2 Kvalitet” fremgår det at kvaliteten vil blive vurderet i forhold til tilsendte vareprøver. ”Hvilke produkter – og kun disse – der skal fremsendes vareprøver på fremgår af Bilag 6 til udbudsmaterialet” Ser man på de fremsendte vareprøver i.h.t. medsendte håndskrevne vurderingsskemaer under vedlagte bilag 5 vil man se at Frydenholm A/S har tilsendt 2 stk kyllingekødpølser (1 med persille og 1 med rød peber). Begge pølser er blevet vurderet på trods af at produktet IKKE er det produkt der er spurgt på i.h.t. tilbudslisterne (vedlagte bilag 4 side 12 position 7). Det produkt som der er forespurgt på er ”Kødpølse med hønsekød” skiveskåret i.h.t. kommunens besvarelse af spørgsmål 19 (se bilag 6 side 3 spørgsmål 19. Det produkt som frydenholm A/S har budt ind med og leveret vareprøve på er ikke et skiveskåret produkt. Men en hel pølse på 300g fra Sødam Fjerkræ. Der er stor forskel i pris på skiveskåret og hele produkter. Der er yderligere leveret 2 produkter til vurdering og ikke eet som der udtrykkeligt er spurgt om. Frydenholms tilbud burde således alene af denne grund blive kendt ”ikke konditions-mæssigt” da der er budt ind med et andet produkt end det, som er beskrevet. Yderligere vil der naturligvis være forskel i kvaliteten på et skiveskåret frosset produkt og et helt frosset produkt.

Påstand 3:

Af bilag 5 ”Afprøvning af økologiske fødevarer 2010/02406” vedr. ØGT fremgår tydeligt følgende

1. Afsnit 1 Kernebrød. Der er fejl i formelen sammentællingen af point. Øverste linie er ikke medregnet hos ØGT Aps.
2. Der er fejl i formelen vedr. det totale gennemsnit, sammenlægger man tallene udgør det totale gennemsnit 2,67 og ikke 2,39.
3. Under vurderingen af Skummetmælk er der medtaget 8 resultater på trods af at der kun er 7 vurderingsskemaer.
4. Af de håndskrevne underbilag og samlebilaget fremgår det at kommunen selv har udfyldt point der hvor der ikke har været afgivet point af den person som har kvalitetsvurderet.
5. Som det fremgår af udbudsmaterialets side 9 øverst, vil resultatet af brugerafprøvningen indgå i vurderingen kvalitet. ”Ligesom besvarelsene til kravspecifikationen udbudsmaterialets bilag 3 vil blive vurderet” Som det fremgår af pointmodellen Bilag 3 er besvarelsene i kravspecifikationens pkt. 3 slet ikke tillagt en værdi.

Af ovennævnte årsager og sammenholdt med Påstand 2 bør hele kvalitetsvurderingen kendes uden betydning for tilbudsvurderingen, da den er behæftet med fejl og mangler, og udbuddet bør gå om.

Påstand 4:

Af udbudsmaterialets pkt. 4.3 fremgår det at ”Ordregiver accepterer ikke alternative tilbud”. Af udbudsmaterialets pkt. 4.10 Priser 2. afsnit skrives der tydeligt at ”Der ønskes pris på levering mandag og torsdag. Hvis det er billigere at levere tirsdag og torsdag afgives en procentvis besparelse på dette”. Der spørges altså specifikt på disse dage.

Af Ishøj kommunes brev af 8/6 (bilag 1) fremgår det i pkt. 8 at Frydenholm A/S har tilbudt mandag og onsdag som leveringsdag og at kommunen har foretrukket dette.

Da der ikke accepteres alternative tilbud bør Frydenholm A/S’ tilbud kendes ikke konditionsmæssigt og udbuddet bør gå om.

Påstand 5:

I forhold til ovenstående påstande og i forhold til at tilbudsvurdering er behæftet med fejl samt det faktum, at Frydenholm A/S har budt ind med mindst eet produkt der ikke svarer til specifikationerne tillader vi os at betvivle om tilbudslisterne er korrekt udfyldt af Frydenholm A/S og om Ishøj Kommune har reageret korrekt i forhold til at gennemgå tilbuddenes konditionsmæssighed. Vi ønsker derfor en gennemgang af de udfyldte priser og den totale sammenligning.«

Sagens øvrige oplysninger

Ved brev af 20. juni 2011 til klagenævnet har indklagede meddelt, at indklagede har annulleret udbuddet. Det fremgår, at kommunen vil iværksætte et nyt udbud. Kommunen »godtager ØGT påstande 2 + 3«.

Ved brev af 22. juni 2011 til klagenævnet fastholdt klageren klagen. I brevet står videre:

»...

Vi anmoder om at klagen tillægges opsættende virkning for nyt udbud, indtil Klagenævnet har truffet afgørelse omkring alle de enkelte påstande i vores klage af 15. juni 2011.

Årsagen hertil skal bl.a. findes i påstand 1 omkring den anvendte pointmodel og rabat på øvrigt sortiment og påstand 4 og 5 omkring gennemgangen af tilbuddenes konditionsmæssighed, både i forhold til vurdering af de tilbudte produkter på tilbudslisterne, i forhold til vareafprøvningen samt i forhold til de udvælgelseskriterier, som skal defineres i udbudsmaterialet.

Vi mener at vi i forbindelse med et nyt udbud kan risikere en ny klagesag, såfremt der ikke bliver truffet bestemmelse om Ishøj Kommunes behandling af tilbud i forbindelse med EU-udbud og at vi risikerer at ligebehandlingsprincipper, principperne om gennemsigtighed samt vurderinger ud fra objektive saglige kriterier fortsat ikke bliver overholdt.

...«

I indklagedes svarskrift står:

»...

Ishøj Kommune annullerer ikke det netop afsluttede udbud som ellers oplyst i brev af den 20. juni 2011 til Klagenævnet for Udbud, hvilket er begrundet af hensyn til Frydenholm, der som anført har fået meddelelse om tildelingsbeslutningen.

...«

I udbudsbetingelserne er fastsat, at tilbuddene skulle indeholde oplysning om tilbudsgivernes rabat ved køb af »øvrige varer«. Rabatten skulle oplyses for følgende produktkategorier:

»Mejeriprodukter

Brød

Frugt og grønt

Kolonialvarer

Kød og pålæg«

For hver produktkategori skulle tilbudsgiverne også oplyse »Samlet antal varenumre eksklusiv de i Bilag 7 anførte«.

Klageren og virksomheden Frydenholm afgav tilbud.

Indklagede evaluerede tilbuddene og skrev følgende i evalueringsrapporten af 8. juni 2011:

»...

3. Rabat: Frydenholm giver 20 % på alle varegrupper ud over de tilbudte priser. ØGT giver forskellige rabatsatser på alle varegrupper ud over de tilbudte priser og tilbyder yderligere rabat ved køb af hele coli.. Derfor gives der 4,50 point til Frydenholm og 1 point til ØGT.

...«

Klagenævnet udtaler:

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

...

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 håbløs, 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:

Ad betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*):

Det følger af de udbudsretlige regler, herunder principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, at et udbud skal indeholde en nøjagtig beskrivelse af det udbudte.

Udbudsbetingelserne indeholder et skema, som tilbudsgiverne skulle udfylde med rabatsatser.

Det er i skemaet alene fastsat, at rabatsatserne skulle gives for »øvrige produkter« inden for fem produktkategorier. Derimod er det ikke fastsat, hvilke konkrete produkter der skulle oplyses rabatter for.

Udbudsbetingelserne opfylder således ikke kravet om, at det udbudte er nøjagtigt beskrevet.

Udbudsbetingelserne kan på denne baggrund ikke danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Klagenævnet vurderer derfor, at klagen vil blive taget til følge med hensyn til påstand 1.

Det er endvidere klagenævnets vurdering, at påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge.

Ad betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) og betingelse nr. 3 (*interessevejning*) bemærker klagenævnet følgende:

Under hensyn til det, der er anført ad betingelse nr. 1, og i øvrigt efter en samlet vurdering er også disse betingelser opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor klagen opsættende virkning.

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

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges opsættende virkning.«

Den 11. august 2011 oplyste advokat René Offersen, at indklagede havde annulleret udbuddet.

I en e-mail af 23. august 2011 fra klageren til klagenævnet står:

»Kort efter at klagen blev indgivet annullerede Ishøj Kommune udbuddet inden Rene Offersen kom til. Dette gav ikke anledning til at vi ville tilbagetrække klagen da klagen har principiel karakter og vi ønskede klagenævnets udtalelse til klagen idet også punkt 1 + 4 + 5 ønskedes vurderet af hensyn til det fremtidige udbud.

...«

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet kan efter fast praksis afgøre en sag helt eller delvis. Hvis klagenævnet alene afgør sagen delvis, tager klagenævnet ikke stilling til alle de påstande, som klageren har nedlagt.

I denne sag har klagenævnet i afgørelsen om opsættende virkning taget stilling til påstand 1 og tillagt klagen opsættende virkning.

Indklagede har derfor ikke indgået kontrakt, men annulleret udbuddet.

Klagenævnet kan henholde sig til det, klagenævnet har anført om påstand 1 i afgørelsen om opsættende virkning.

Påstand 1 tages herefter til følge som nedenfor bestemt.

Klagenævnet tager ikke stilling til de øvrige påstande.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivet ved ikke at have beskrevet det udbudte præcist, idet tilbudsgiverne efter udbudsbetingelserne skulle udfylde et skema med rabatsatser og herved oplyse de tilbudte rabatter med hensyn til »øvrige produkter« inden for fem produktkategorier, *uden* at det samtidig var fastsat, hvilke konkrete produkter rabatterne skulle angå.

Klagegebyret tilbagebetales.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig