

K E N D E L S E

Tress A/S
(advokat Sune Troels Poulsen, Kolding)

mod

Næstved Kommune, Lejre Kommune, Roskilde Kommune, Ringsted Kommune, Kalundborg Kommune, Guldborgsund Kommune, Stevns Kommune, Solrød Kommune, Greve Kommune, Sorø Kommune, Slagelse Kommune, Holbæk Kommune, Faxe Kommune og Vordingborg Kommune
(advokat Anders Nørgaard Jensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 174-419767 af 3. september 2020, offentliggjort den 8. september 2020, udbød Næstved Kommune, Lejre Kommune, Roskilde Kommune, Ringsted Kommune, Kalundborg Kommune, Guldborgsund Kommune, Stevns Kommune, Solrød Kommune, Greve Kommune, Sorø Kommune, Slagelse Kommune, Holbæk Kommune, Faxe Kommune og Vordingborg Kommune (herefter kommunerne) som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale om køb af udstyr til boldspil på baner og løb, spring, kast m.v. ("sport- og motorikartikler"). Rammeaftalen skulle indgås med én leverandør, og værdien af rammeaftalen var i udbudsbekendtgørelsen anslået til 18 mio. kr. Kontraktens varighed var 24 måneder med mulighed for forlængelse i op til 2 gange 12 måneder. Tildelingskriteriet var Pris.

Næstved Kommune var "tovholder" på udbuddet for kommunerne.

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud den 6. oktober 2020 havde A-Sport A/S, Tress A/S og Unisport Scandinavia ApS afgivet tilbud. Den 12. oktober 2020 besluttede kommunerne at indgå kontrakt med A-Sport A/S, og kontrakt blev efter det oplyste indgået den 28. oktober 2020.

Den 2. december 2020 indgav Tress A/S (herefter Tress) klage til Klagenævnet for Udbud over kommunerne. Klagen har været behandlet skriftligt.

Tress har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at kommunerne har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i forhold til tildelingskriteriet ”Pris” at have anvendt en evalueringsmodel, der ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at kommunerne har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have anført nogen oplysninger om de estimerede forbrugsmængder eller det hidtidige forbrug af de produkter, som er omfattet af rammeaftalen.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere kommunernes beslutning af 12. oktober 2020 om at tildele den udbudte rammeaftale til A-Sport A/S, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

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

Klagenævnet har den 3. december 2020 meddelt kommunernes kontraktpart, A-Sport A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

A-Sport A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen er den udbudte kontrakt nærmere beskrevet som

”indkøb og levering af sports- og motorikartikler til 14 sjællandske kommuner, herunder skoler og daginstitutioner og omfatter kategorierne mål og net, bolde og tilbehør, små rekvisitter og andet større udstyr”.

Af udbudsbetingelserne fremgår:

”...

7. Tildelingskriterium og underkriterier

Rammeaftalen vil blive tildelt den tilbudsgiver, der tilbyder de økonomisk mest fordelagtige priser, ud fra tildelingskriteriet pris.

...

10. Tilbudsevaluering

...

10.1 Tildelingskriterium og underkriterier

Tilbud vurderes på baggrund af tildelingskriteriet, jf. pkt. 7, og på denne baggrund træffes beslutning om tildeling af rammeaftale.

Vurderingen vil ske ud fra den udfyldte tilbudsliste. Tilbudspris for hvert produkt vil blive ganget med den vægt der er angivet ud for posten/produktet. Det vil give en sum for hver post/produkt. Alle summer for poster/produkter vil blive lagt sammen og give den samlede tilbudssum.

Ordregiver vil tildele til den tilbudsgiver med den laveste tilbudssum.

...”

Af udbudsbetingelsernes udkast til rammeaftale fremgår følgende:

”...

4. Rammeaftalens omfang

4.1 Omfang

Rammeaftalen vedrører indkøb og levering af sports- og motorikartikler til ordregiver, og omfatter alle ordregivers enheder. Ordregiver vil i videst muligt omfang anvende den indgåede rammeaftale til at dække sit forbrug.

Produkterne er nærmere beskrevet i Kravspecifikationen og Tilbudsliste (bilag 2). De forbrugsmængder, der er oplyst i forbindelse med udbuddet, er alene vejledende.

...

Denne aftale er en rammeaftale i overensstemmelse med reglerne i udbudsloven. Rammeaftalen medfører som udgangspunkt ikke pligt for ordregiver til at aftage en bestemt mængde af de produkter, der er omfattet af aftalen.

...

I udbudsmaterialets bilag 2 "Kravspecifikation og Tilbudsliste", der er et excel-ark, er produkterne opdelt i kategorierne "Mål og net", "Bolde & tilbehør", "Andre små-rekvisitter" og "Andet større udstyr". De enkelte produkter er beskrevet i den relevante kategori, og der er en kolonne med de fastsatte "Krav" til de enkelte produkter. Under hver kategori er der desuden en kolonne med en fastsat "Vægt" ud for hvert produkt. Endelig er der kolonner med "Pris", "Varenummer" og "Vægt x Pris". Under fanebladet "Forklaring" står:

"Kravspecifikation og Tilbudsliste indeholder 4 faner der skal udfyldes: Mål & net, Bolde & tilbehør, Andre små-rekvisitter og Andet større udstyr.

Tilbudsgiver udfylder felter med gult. Alle felter skal udfyldes.

Prisen ganges med vægt, der giver en pris x vægt-værdi. Hver af disse værdier lægges sammen for hver fane.

Den samlede tilbudssum, den der evalueres på, fremkommer ved at lægge alle pris x vægt-værdierne sammen.

Den samlede sum fremgår på sidste fane"

De fastsatte vægte er fastsat i intervallet 0,05-5.

Tress har under klagesagen fremdraget følgende eksempler fra "Kravspecifikation og Tilbudsliste":

Fra kategorien "Mål og net":

"Beskrivelse: Fodboldmål, 5-mands

Krav: Fuldsvejset, fremstillet i aluminium, indvendig bredde 300 cm., indvendig højde 150 cm. Inklusive frostsikre netkroge fremstillet i nylon. Fremstillet i henhold til DIN EN 748. Eksklusive målnet.

Vægt: 0,06"

Fra kategorien "Andre små-rekvisitter":

”Beskrivelse: Ærtepose, rød

Krav: Bredde 8-10 cm., højde 10-12 cm. Skal veje maks 140 gram. Skal indeholde plastgranulat.

Vægt: 5”

Fra kategorien ”Andet større udstyr”:

”Beskrivelse: Klatretov, metermål

Krav: Skal kunne leveres i efterspurgte længder mellem 200-800 cm. Skal væe mellem 30-35 mm. tykt. Skal være forsynet med krog til op-hæng.

Vægt: 5

...

Beskrivelse: Bordtennisbord

Krav: Skal være sammenklappeligt. Skal være ITTF godkendt.

Vægt: 0,07”

Det fremgår af Næstved Kommunes underretning om tildelingsbeslutningen, at A-Sport A/S afgav et tilbud med en samlet evalueringssum på 9.507,26 kr., mens Tress’ samlede evalueringssum var på 11.950,27 kr. og Unisport Scandinavia ApS’ på 13.786,14 kr. Næstved Kommune meddelte, at kommunerne herefter havde til hensigt at tildele kontrakten til A-Sport A/S, der havde tilbudt den laveste samlede evalueringssum.

Efter underretningen om tildelingsbeslutningen fremsatte Tress’ advokat indsigelser mod beslutningen. Advokatens henvendelse er ikke fremlagt i klagesagen, men kommunerne svarede den 24. november 2020:

”...

Vi har nu drøftet din henvendelse af 30. oktober 2020 endnu en gang. Hertil bemærkes, at kendelsen der henvises til vedrører et sortimentsudbud. For en god ordens skyld skal det præciseres, at Næstved Kommunes udbud af Sports- og Motorikartikler ikke er et sortimentsudbud, men alene vedrører de varer, der er omfattet af tilbudslisten.

...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Tress har gjort gældende, at den anvendte evalueringsmodel er uigennemsig-

tig, og at den ikke har været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Kommunerne har således i stedet for at basere den evalueringstekniske tilbudssum på et skønnet indkøbsbehov/-volumen i forhold til de enkelte varelinjer i tilbudslisten anvendt vægtningsfaktorer, uden at det på nogen måde er forklaret i udbudsmaterialet, hvordan de konkrete vægtningsfaktorer – varierende fra 0,05-5 – er fastlagt. Tilbudsgiverne har således ikke ved udformningen af tilbud og fastlæggelse af tilbudspriser været i stand til at forstå sammenhængen mellem vægtningen af de enkelte varelinjer og det forventede aftag på varelinjerne i aftaleperioden.

Evalueringsmodellen er uegnet, fordi den billigste tilbudsgiver ved indkøb af tilbudslistens produkter ikke nødvendigvis er lig med den billigste tilbudsgiver af rammeaftalens ydelser. Ved et udbud med mange varelinjer er det afgørende for tilbudsevalueringens lovlighed, at det forventede volumen inddrages under tilbudsevalueringen. Den vægt, som kommunerne har tildelt de enkelte produkter, giver således ikke et retvisende billede af udbuddets resultat, idet enkelte produkter opnår en uforholdsmæssig stor vægt og er udslagsgivende for, hvilken tilbudsgiver der vinder rammeaftalen. Konsekvensen af kommunernes evalueringsmodel er, at det ikke har været muligt for tilbudsgiverne at indrette deres tilbud i lyset af de deltagende kommuners indkøbsbehov og den faktiske leverance under rammeaftalen.

Det forekommer f.eks. åbenlyst ubegrundet, at en ærtepose med en anslået anskaffelsesværdi på 3 kr. pr pose skal have en vægt på 5, hvorimod et fodboldmål, 5-mands, med en anslået anskaffelsesværdi på 4.122 kr. skal have en vægt på 0,06. Kommunerne tillægger på denne måde en vægt på 15 til ærteposen og en vægt på 247,32 til fodboldmålet, og forskellen i vægt for de to produkter er dermed alene ca. 16 gange, selv om fodboldmålet er 1.374 gange dyrere end ærteposen. Det forekommer tilsvarende åbenlyst ubegrundet, at et klatretov (93 kr. pr meter) skal have vægten 5, hvorimod et bordtennisbord med en anslået værdi på 1.924 kr. skal have vægten 0,07. Kommunerne tillægger på denne måde en vægt på 465 til klatretovet, men en vægt på 134,68 til bordtennisbordet, selv om det har en væsentlig højere pris end klatretovet. Hertil kan også anføres, at der i rammeaftalens løbetid må antages at være større slitage på bordtennisbordene end på klatretovene, og kommunerne må derfor antages at skulle anskaffe flere bordtennisborde end klatretove i rammeaftalens løbetid. Det kunne tale for, at bordtennisborde skulle have en større vægt end klatretove.

Kommunernes manglende inddragelse af indkøbsbehovet under tilbudsevalueringen har derved skabt en grundlæggende manglende gennemsigtighed i forhold til udbudsprocessen, idet der i strid med udbudsreglerne ikke består den nødvendige sammenhæng og identitet mellem på den ene side kommunernes indkøbsbehov under rammeaftalens løbetid og på den anden side den gennemførte tilbudsevaluering. Det er en skærpende omstændighed, at underkriteriet ”Pris” vægter 100 % under tilbudsevalueringen, idet en fejlagtig prisevaluering er afgørende for udfaldet af hele udbuddet.

Kommunerne var forpligtet til at foretage et sagligt skøn over forventet volumen. Volumen skulle opgøres så præcist, at det kunne danne grundlag for både tilbudsgivernes tilbudsudarbejdelse og kommunernes evaluering af tilbuddene. Det er ikke tilstrækkeligt at foretage en vægtning af hver enkelt varelinje, uden at det samtidig gøres klart for tilbudsgiverne, hvordan denne vægtning er fremkommet, så tilbudsgiverne kan indrette deres tilbud i overensstemmelse hermed.

Om udbuddet betegnes som et udbud af en række specifikke produkter eller som et ”sortimentsudbud”, der omfatter de samme specifikke produkter, er ikke relevant for den retlige vurdering af, om kommunerne var forpligtet til at oplyse, hvordan de kom frem til de anførte vægte. Det følger i øvrigt af lovforarbejdernes specielle bemærkninger til udbudslovens § 45, at betegnelsen ”sortimentsudbud” ikke er begrænset til udbud med henvisning til produktkategorier. Det fremgår således:

”Det fastslås i bestemmelsens stk. 1, at ordregiveren kan henvise til specifikke produktkategorier ved et påtænkt køb. Dette kan være relevant ved udbud af offentlige kontrakter, der indeholder et stort antal forskellige varer eller ydelser, også kaldet sortimentsudbud. Ved sortimentsudbud kan antallet af varelinjer have en sådan størrelse, eller indkøbet kan have en sådan karakter, at det ... vil være uproportionalt i ... økonomisk henseende at foretage en udtømmende beskrivelse af kontraktens genstand ved angivelse af funktionsdygtighed eller funktionskrav og/eller ved henvisning til standarder m.v., jf. § 41, stk. 1.”

Der er således tale om et ”sortimentsudbud”, når et udbud vedrører en kontrakt eller rammeaftale, der ”indeholder et stort antal forskellige varer eller ydelser”. Kommunernes udbud omfatter et stort antal varelinjer og kan derfor betegnes som et sortimentsudbud. En sådan klassificering af udbuddet er som anført ovenfor imidlertid ikke relevant for vurderingen i nærværende sag,

hvor spørgsmålet er, om kommunerne skulle have forklaret baggrunden for de anførte vægte i tilbudslisten og have anført estimerede eller historiske forbrug for de omfattede produkter.

Ved udbud af en rammeaftale med et stort antal varenumre er tilbudslisten det centrale grundlag for, at tilbudsgiverne kan afgive priser på de enkelte produkter og dermed konkurrere om den udbudte rammeaftale. Tilbudslisten indgår dermed som et afgørende element ved alle udbud, hvor der skal afgives pris på enkelte produkter, uanset om udbuddet måtte betegnes som et "sortimentsudbud". Det centrale grundlag for den nedlagte påstand 1 er således, at kommunerne ikke i udbudsmaterialet eller på anden måde har givet oplysninger om, hvordan kommunerne er kommet frem til de vægte, der er anført for de enkelte varelinjer i tilbudslisten.

Kommunernes udbud opfylder ikke alle elementer til at være gennemsigtigt, og gennemsigtighed er desuden ikke en tilstrækkelig betingelse for, at evalueringemetoden opfylder udbudslovens krav og principper. Gennemsigtighed går ud på, at tilbudsgiverne ud fra den oplyste evalueringemetode kan afgive det tilbud, som optimerer en tilbudsgivers chance for at blive tildelt den udbudte rammeaftale. Det fremgår således af forarbejderne til udbudslovens § 160, der blev ændret ved lov nr. 204 af 5. marts 2019 om ændring af udbudsloven, at tilbudsgiverne skal have mulighed for at optimere deres tilbud:

"Formålet med den foreslåede bestemmelse er at styrke den forudgående gennemsigtighed, herunder tilbudsgiveres mulighed for at optimere tilbud."

En optimering af tilbuddet er imidlertid umulig på grundlag af den evalueringemetode, som kommunerne har anført i udbudsgrundlaget. De anførte vægte for de enkelte produkter er ulogiske og uden indbyrdes sammenhæng eller konsistens. Tilbudsgiveren efterlades dermed i blinde i forhold til, hvilken økonomi der vil være i rammeaftalens løbetid, hvilke produkter kommunerne fortrinsvis vil efterspørge, og hvordan tilbudsgiveren kan optimere sit tilbud.

De manglende oplysninger om, hvordan kommunerne er kommet frem til de enkelte vægte, umuliggør desuden den kontrol med udbuddets lovlighed, som er et centralt element i gennemsigtigheden. Kommunerne har været berettiget til at foretage en vægtning af de enkelte varelinjer, men det kan ikke være

således, at kommunerne blot kan ”hælde nogle vægte” ud over tilbudslisten, uden at kommunerne er forpligtet til at forklare, hvilken sammenhæng der er mellem de angivne vægte og det hidtidige eller forventede forbrug på de enkelte varelinjer.

Kommunerne har først under klagesagen oplyst, at vægtningen for det enkelte produkt er skønnet ud fra forventningen om det fremtidige indkøbsbehov, men det kom ikke til udtryk i udbudsmaterialet. Dertil kommer, at kommunerne ikke under klagesagen har været i stand til at dokumentere, at der har været en sammenhæng mellem vægtningerne og kommunernes fremtidige indkøbsbehov. De manglende oplysninger efterlader både tilbudsgiverne, kommunerne og klagenævnet uden mulighed for henholdsvis at afgive det økonomisk mest fordelagtige tilbud, at finde frem til det økonomisk mest fordelagtige tilbud eller at kontrollere, om det vindende tilbud er det økonomisk mest fordelagtige i forhold til den udbudte rammeaftale. Det er således ikke tilstrækkelig for, at kommunerne opfylder forpligtelsen i henhold til gennemsigtighedsprincippet, at alle tilbudsgivere er i besiddelse af de samme oplysninger. Kommunerne skal også sikre, at konkurrencen om den udbudte rammeaftale er kontrollerbar, hvilket ikke er muligt uden oplysning om baggrunden for de angivne vægte i tilbudslisten.

Kommunerne har gjort gældende, at udbuddet ikke er gennemført med henvisning til produktkategorier i udbudsmaterialet i overensstemmelse med udbudslovens § 45. Dette indebærer, at Tress’ problematisering af ”den manglende henvisning til en tilbudssum på et skønnet indkøbsbehov/-volume” savner relevans. Hertil kommer, at evalueringsmetoden er gennemsigtigt beskrevet i udbudsmaterialet og derfor ikke kan tilsidesættes.

Ordregiveren har et vidt skøn ved fastlæggelsen af sin evalueringsmodel. Det følger af udbudslovens § 160, stk. 2, at en evalueringsmodel, der er gennemsigtigt beskrevet i udbudsmaterialet i overensstemmelse med stk. 1 og i øvrigt overholder ligebehandlingsprincippet, ikke kan tilsidesættes.

Det konkrete valgte udbudsdesign indbefatter, at kommunerne efterspørger enhedspriser på 139 fuldt kravspecificerede varelinjer. Dette centrale forhold fjerner udbuddet fra anvendelsesområdet for udbudslovens § 45. Bestemmelsen er kun relevant, hvor der ikke er tale om en udtømmende beskrivelse af kontraktens genstand. I disse tilfælde kan ordregiveren til brug for sin evaluering henvise til produktkategorier og gennemføre sin tilbudsevaluering på

grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter. Dette er ikke tilfældet i den aktuelle sag. Kommunerne har ikke henvist til produktkategorier i udbudsmaterialet, men tværtimod angivet en udtømmende oversigt over efterspurgte, specificerede varer. Udbuddet falder allerede af denne årsag uden for rammen af udbudslovens § 45.

Kommunerne foretager heller ikke konkurrenceudsættelse af produktkategorier på den måde, som fremgår af bemærkningerne til udbudsloven. Opdelingen af tilbudslisten i fanerne ”Mål og net”, ”Bolde & tilbehør”, ”Andre smårequisitter” og ”Andet større udstyr” tjener udelukkende et oversigtligt formål.

Udbuddet er desuden tilrettelagt sådan, at kommunernes indkøb på rammeaftalen begrænses til de 139 konkret tilbudte produkter fra den vindende tilbudsgiver. Udbudsmaterialet indeholder således ingen henvisninger til indkøb på f.eks. ”øvrigt sortiment”, ”produktgrupper” eller lignende, og det fremgår ikke, at udbuddet er omfattet af udbudslovens § 45. Rammeaftalen indeholder ikke udbudsretlig hjemmel eller kontraktuel adgang til at indkøbe produkter, som ikke er de 139 kravspecificerede produkter.

Udbudslovens § 160 forpligter i den sammenhæng ikke ordregiveren til at oplyse et skønnet indkøbsbehov/-volumen ud over det, som allerede fremgår af udbudsbekendtgørelsen om den anslåede værdi og de fastsatte vægtninger. Vægtningerne for det enkelte produkt er skønnet af kommunerne ud fra forventningen om det fremtidige indkøbsbehov, og evalueringsmodellen har i det hele fremstået gennemsigtig for alle tilbudsgivere.

Tilbudsevalueringen er foregået i overensstemmelse med den beskrevne model i udbudsbetingelserne og kravspecifikationen, herunder med sammenlægningen af de vægtede priser. Allerede af denne årsag er evalueringen ubestrideligt foretaget i overensstemmelse med udbudsreglerne. Den enkelte tilbudsgiver har således kunnet kontrollere de matematiske virkninger af hver enkelt prissætning på de 139 poster. Kommunerne modtog i øvrigt ingen indsigelser eller spørgsmål til evalueringsmodellen fra Tress eller de øvrige tilbudsgivere.

Spændet i de modtagne evalueringspriser var på 32 %, og Tress' tilbud var 21 % dyrere end tilbuddet fra A-Sport A/S og omtrent 14 % billigere end tilbuddet fra Unisport Scandinavia ApS. Tallene er udtryk for en begrænset

spredning i prisudfaldet og understøtter, at tilbudsgiverne har haft en fælles forståelse af evalueringsmodellen og ensartede forudsætninger for tilbudsafgivelse.

Hvis klagenævnet konstaterer, at udbuddet henviser til produktkategorier i udbudsmaterialet i overensstemmelse med udbudslovens § 45, er evalueringsmodellen alligevel lovlig. Samtlige varelinjer er vægtet ud fra et repræsentativt skøn og motiveret af et ønske om at afværgе spekulative tilbud. Særligt sidstnævnte er utvivlsomt et legitimt udbudsretligt hensyn ud fra den betragtning, at en ordregiver skal sikre, at evalueringsmodellen er egnet og lovlig, herunder ved at eliminere risikoen for skævvridning af evalueringen ved tilbud med strategisk prissætning.

Det følger af lovbemærkningerne til udbudslovens § 45, stk. 1, at ordregivere kan henvise til specifikke produktkategorier ved udbud af et stort antal forskellige varer eller ydelser. Videre følger det af bestemmelsens stk. 2, at evalueringen i så fald kan foretages på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgivernes tilbudte sortiment, som kan henføres til specificerede kategorier, jf. stk. 1. Tress anfører i denne forbindelse, at det er "... afgørende for tilbudsevalueringens lovlighed, at det forventede volumen inddrages under tilbudsevalueringen". Tress begår i denne sammenhæng den fejlslutning, at vægtninger ikke kan udtrykke den forventede volumen eller udgøre en stillingtagen til indkøbsvolumen i øvrigt. Kerneprincippet i § 45, stk. 2, er "repræsentativitet". Anvendelsen af "mængder" er i den sammenhæng alene udtryk for indbyrdes vægtning i det repræsentative sortiment. Det er derfor oplagt, at ordregiveren også kan benytte sig af vægtninger som alternativ til mængder.

I det aktuelle udbud har kommunerne indsat vægtninger for hver enkelt varelinje for at sikre repræsentativiteten og undgå prisspekulation. Vægtningerne var således udtryk for kommunernes skøn over varernes individuelle betydning for indkøb under den efterfølgende rammeaftale. Skønnet tilsidesættes efter klagenævnets praksis ikke, og udbudsreglerne fastsætter ikke betingelser om, at dette skøn kvalificeres nærmere i udbudsmaterialet, forudsat at evalueringsmetoden er gennemsigtigt beskrevet og i øvrigt overholder ligebehandlingsprincippet.

Det følger i øvrigt eksplicit af klagenævnets kendelse af 22. april 2015,

Mediq Danmark A/S mod KomUdbud, at ordregiveren er berettiget til at anvende varelinjevægtninger som alternativ til inddragelse af et skønnet indkøbsbehov/-volumen.

Ad påstand 2

Tress har gjort gældende, at det er i strid med udbudslovens § 2 og princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, at kommunerne ikke i udbudsmaterialet har beskrevet, hvad det forventede aftag af de konkrete produkter på rammeaftalen vil være.

Det kan ikke udelukkes, at denne manglende angivelse af de forventede forbrugsmængder beror på en fejl fra kommunernes side, da det fremgår af rammeaftalens punkt 4.1: ”De forbrugsmængder, der er oplyst i forbindelse med udbuddet, er alene vejledende”. Det kan således konstateres, at selve rammeaftalen indeholder den forudsætning, at forbrugsmængderne for de enkelte varelinjer har været oplyst i udbudsmaterialet, uden at dette reelt har været tilfældet.

Uanset om det beror på en fejl, skal den betydelige uigennemsigtighed, der består i, at kommunerne har undladt at oplyse om estimerede forbrugsmængder i forhold til de enkelte varelinjer, i øvrigt ses i sammenhæng med, at kommunerne heller ikke i udbudsmaterialet har givet oplysninger om det hidtidige forbrug af de udbudte produkter. En undladelse af at oplyse om det hidtidige forbrug må under de foreliggende omstændigheder, hvor der heller ikke er oplyst om estimerede forbrugsmængder, i sig selv anses for at udgøre en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet.

Det er således klart, at uden kendskab til enten det hidtidige eller det forventede forbrug har Tress ved udformningen af sit tilbud ikke mulighed for at vurdere, hvad der vil udgøre det økonomisk mest fordelagtige tilbud for kommunerne. Tilsvarende kan kommunerne uden oplysninger om det hidtidige eller forventede forbrug ikke med sikkerhed fastslå, hvilket tilbud der vil være det økonomisk mest fordelagtige. Den manglende angivelse af det forventede eller det hidtidige forbrug af produkterne skal i øvrigt ses i sammenhæng med, at det ikke var nærmere specificeret i udbudsmaterialet, hvordan den anslåede værdi på 18 mio. kr. var opgjort. Det fremgik f.eks. ikke, om værdien på 18 mio. kr. alene relaterede sig til den obligatoriske aftaleperiode

på 24 måneder, eller om værdien også omfattede optionsperioden på yderligere 24 måneder.

Kommunerne har med henvisning til det, som er anført ad påstand 1, gjort gældende, at kommunerne ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have oplyst om de forventede forbrugsmængder eller det hidtidige forbrug af de produkter, som er omfattet af rammeaftalen.

Ad påstand 3

Tress har gjort gældende, at overtrædelserne i påstand 1 og 2 vedrører overtrædelse af de grundlæggende principper i udbudslovens § 2 om ligebehandling og gennemsigtighed, og de må naturligt føre til, at tildelingsbeslutningen ved udbuddet annulleres. En annullation af tildelingsbeslutningen vil efter fast praksis fra klagenævnet bevirke, at kommunerne ikke fremadrettet kan få afløftet deres udbudsforpligtelse i henhold til de indgåede rammeaftaler.

Kommunerne har gjort gældende, at der efter det, som er anført ad påstand 1 og 2, ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen af 21. oktober 2020.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Kommunerne har udbudt en rammeaftale om køb af sport- og motorikartikler med tildelingskriteriet ”Pris”. Tilbudslisten, som også indeholder kravspecifikation, er opdelt i kategorierne ”Mål og net”, ”Bolde & tilbehør”, ”Andre små-rekvisitter” og ”Andet større udstyr”, og kommunerne har i hver kategori beskrevet alle de produkter, som er omfattet af udbuddet, og som der dermed skulle afgives priser på. Udbudsmaterialet indeholder ikke et skøn over det forventede indkøb af de enkelte produkter, men kommunerne har foretaget en vægtning af hvert produkt.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 10.1, at tilbuddene vil blive evalueret ud fra den udfyldte tilbudsliste, hvor tilbudsprisen for hvert produkt vil blive ganget med den vægt, der var angivet ud for produktet. Alle summer for hvert produkt ville blive lagt sammen og give den samlede tilbudssum.

Det er ubestridt, at evalueringen er gennemført i overensstemmelse med den fastsatte model.

Det er et krav, at en ordregiver ved et udbud med mange varelinjer foretager en evaluering, som er repræsentativ i forhold til det forventede indkøb, hvilket typisk kan ske ved at inddrage et skønnet indkøbsbehov/-volumen eller at foretage en vægtning af hver enkelt varelinje, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud. Kommunerne har som anført ikke oplyst, hvor meget de forventer at indkøbe af de enkelte produkter, men der er i stedet angivet en vægtning af de enkelte produkter, som netop er udtryk for kommunernes forventning til indkøbet på rammeaftalen. Ved f.eks. at fastsætte en ærtepose med en anslået anskaffelsesværdi på 3 kr. til en vægt på 5, mens et fodboldmål med en anslået anskaffelsesværdi på 4.122 kr. er fastsat til en vægt på 0,06, har kommunerne tilkendegivet, at de forventer at indkøbe langt flere ærteposer end fodboldmål.

Der er ikke i udbudsreglerne et krav om, at udbudsmaterielet indeholder nærmere oplysninger om, hvordan den skønnede vægtning af produkterne er fremkommet. Dette skøn er – som ved mange andre skønsmæssige beføjelser i udbudsretten – overladt til ordregiveren og tilsidesættes som det klare udgangspunkt ikke af klagenævnet.

Da det med oplysningerne om vægtningen af de enkelte varelinjer har været muligt for tilbudsgiverne at indrette deres tilbud efter kommunernes forventede indkøbsbehov, da evalueringsmodellen har været gennemsigtig, og da kommunerne har evalueret tilbuddene i overensstemmelse med den fastsatte model, har kommunerne ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2.

Klagenævnet tager herefter ikke påstandene til følge.

Ad påstand 3

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1 og 2 til følge, er der ikke grundlag for at annullere kommunernes beslutning om at tildele den udbudte rammeaftale til A-Sport A/S.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Tress A/S skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse i alt betale 30.000 kr. i sagsomkostninger til Næstved Kommune, Lejre Kommune, Roskilde Kommune, Ringsted Kommune, Kalundborg Kommune, Guldborgsund Kommune, Stevns Kommune, Solrød Kommune, Greve Kommune, Sorø Kommune, Slagelse Kommune, Holbæk Kommune, Faxe Kommune og Vordingborg Kommune.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens retlighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
specialkonsulent