

K E N D E L S E

Dansk Cater A/S  
(advokat Jesper Kaltoft, København)

mod

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S  
(advokat Jens Bødtcher-Hansen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 074-128325 af 11. april 2016 udbød Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (herefter SKI) som offentligt udbud efter udbudsloven en 4-årig rammeaftale om levering af fødevarer til offentlige køkkener. Varesortimentet omfattede ca. 4.500 varelinjer og havde en anslået værdi på ca. 1,6 milliarder kr.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 12. maj 2016 havde SKI modtaget tilbud fra følgende virksomheder:

1. Dansk Cater A/S (Dansk Cater)
2. Foodservice Danmark A/S
3. Hørkram Foodservice A/S (Hørkram)

Alle tre tilbud blev afvist som ukonditionsræssige, og SKI meddelte den 16. juni 2016, at det var besluttet at overgå til udbud med forhandling i medfør af udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2.

Den 30. juni 2016 havde SKI på ny modtaget tilbud fra de tre tilbudsgivere.

Den 2. november 2016 besluttede SKI at tildele rammeaftalen til Hørkram. Kontrakten blev indgået den samme dag.

Den 16. november 2016 indgav Dansk Cater klage til Klagenævnet for Udbud over SKI. Klagen har været behandlet skriftligt.

Dansk Cater har nedlagt følgende endelige påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og udbudslovens § 66, stk. 2, ved under tilbuddet med forhandling at have ændret:

- a) det grundlæggende element/mindstekravet om, at et tilbud ville blive anset som ukonditionsmæssigt, hvis tilbuddet indeholdt fejl på blot én af de ”kritiske varelinjer”, samt
- b) det grundlæggende element/mindstekravet om, at et tilbud ville blive anset som ukonditionsmæssigt, hvis tilbuddet indeholdt fejl på flere end 3 % af øvrige varelinjer (de ikke-kritiske varelinjer).

#### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tildele Hørkram rammeaftalen, selvom tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

#### Påstand 3

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

#### Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og udbudslovens § 160 ved i forhold til underkriteriet ”Pris” at have anvendt en evalueringsmodel, der ikke har været tilstrækkeligt beskrevet i udbudsmaterialet.

#### Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i forbindelse med evalueringen af ”Kvalitet (sensorisk test)” at have anvendt en evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

#### Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og SKIs egne udbudsbetingelser, da de vareprøver, der blev udtaget til brug for evalueringen af underkriteriet ”Kvalitet (sensorisk test)”, ikke udgør et repræsentativt udsnit af varer.

#### Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og udbudslovens § 160 ved ikke i tilstrækkeligt omfang at have beskrevet grundlaget for evalueringen af det kvalitative underkriterium ”Kvalitet (sensorisk test)” i udbudsmaterialet.

#### Påstand 8 a

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI ved at indgå rammeaftalen samme dag, som rammeaftalen blev tildelt, ikke har givet de forbigåede tilbudsgivere en rimelig frist til at begære opsættende virkning og dermed har handlet i strid med principper om effektiv håndhævelse og retsbeskyttelse af de bydende.

#### Påstand 8 b (subsidiær i forhold til påstand 8 a)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have iagttaget den 10-dages standstill-periode, som SKI havde angivet.

#### Påstand 9 a

Klagenævnet for Udbud skal erklære den indgåede rammeaftale for uden virkning.

Påstand 9 b (subsidiær i forhold til påstand 9 a)

Klagenævnet for Udbud skal annullere SKIs beslutning af 2. november 2016 om at tildele Hørkram kontrakten.

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

Klagenævnet har den 23. marts 2017 meddelt SKIs kontraktpart, Hørkram, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

Hørkram har ikke interveneret i sagen.

Sagens nærmere omstændigheder

Det udbud, som denne sag vedrører, benævnes af SKI som ”Rammeaftale 50.90 Fødevarer” (herefter rammeaftalen eller rammeaftale 50.90). Udbudsbekendtgørelsen af 11. april 2016 indeholder blandt andet følgende beskrivelse af rammeaftalen:

”Rammeaftalen omfatter et obligatorisk sortiment indeholdende de varer, som alle tilbudsgiverne skal byde ind med. Sortimentet omfatter ca. 4.500 varelinjer. Der er tale om et bredt fødevarsortiment af konventionelle og økologiske varer.

Der er tale om en forpligtende rammeaftale, hvilket betyder, at rammeaftalen kun kan og skal anvendes af de SKI-kunder, der bindende har forpligtet sig til at anvende rammeaftalen, når de indkøber varer omfattet af sortimentet. Hvor mange kunder, der har forpligtet sig til at anvende rammeaftalen, samt omfanget af forpligtelsen til at anvende rammeaftalen, fremgår af udbudsmaterialet.

Tilsluttede kunder skal anvende rammeaftalen ved at foretage et ”direkte træk” på aftalen.”

Andre udbud af betydning for denne sag:

Forud for udbuddene foretog SKI en markedsundersøgelse blandt andet med henblik på at analysere det potentielle leverandørmarked. Af analysen fremgik blandt andet følgende vedrørende potentielle leverandører til stor-køkkener:

”Leverandørfeltet til storkøkkener er begrænset til de tre store grossister. Laget af mellem- og små virksomheder har ikke størrelse og logistik til at levere til en landsdækkende aftale.

...

Der er flere leverandører i branchen, men der er forskel på hvilke kundesegment de kan levere til. Det er derfor nødvendigt at se på potentielle leverandører i forhold til storkøkkener og små køkkener/institutioner.

Ved levering til storkøkkener er der tre store totalleverandører (grossister) som har alle kategorierne af fødevarer:

- Dansk Cater ...
- Catering Engros ...
- Hørkram”

SKI udbød oprindeligt rammeaftale 50.90 som et begrænset udbud ved udbudsbekendtgørelse 2015/S 229-416293 af 23. november 2015. I den forbindelse prækvalificerede SKI den 15. januar 2016 ansøgerne Dansk Cater, Foodservice Danmark A/S (Catering Engros A/S) og ThomBerg ApS/iPosen.dk.

Dette udbud havde en estimeret værdi på 800 mio. kr. og indeholdt et frivilligt sortiment.

Dette blev imidlertid ændret ved det offentlige udbud af den omtvistede rammeaftale, der som nævnt blev bekendtgjort den 11. april 2016 ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 074-128325.

Iposen.dk afgav hverken tilbud på den frivillige rammeaftale 09.01 eller på rammeaftale 50.90.

I mail af 16. januar 2017, og dermed efter klagesagen var blevet anlagt, skrev teamleder Niels Munch, SKI, blandt andet følgende til Iposen.dk:

”I forbindelse med udbud af rammeaftale 09.01 Fødevarer og 50.50 Fødevarer, blev ThomBerg (iPosen) prækvalificeret, men valgte efterfølgende ikke at afgive tilbud.

Vi har på daværende tidspunkt noteret os, at begrundelsen for ikke at afgive tilbud var, at ThomBerg ville have svært ved at imødekomme de kommunale køkkeners behov for store forpakninger, fx hvedemel i

Salgsenheder á 15-25 kg og rosiner i salgsenheder á 11-13 kg, idet iPosen's primære målgruppe er den private husstand.  
Jeg vil venligst bede dig bekræfte dette."

Den 17. januar 2017 besvarede Sales Manager Anders Høy Thomsen, Iposen.dk, mailen fra SKI. Af svaret fremgår blandt andet følgende:

"Det er korrekt, at årsagen til at vi ikke valgte at byde, var at enhedstørrelserne generelt var anderledes, end dem som vi normalt håndterer."

#### Nærmere om udbuddet af rammeaftale 50.90:

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at de ca. 4.500 varelinjer var samlet i 10 hovedproduktgrupper med 76 underliggende produktgrupper, som igen var opdelt i 266 underproduktgrupper. Underproduktgrupperne bestod af varelinjer i enten det obligatoriske konventionelle sortiment (udbudsbetingelsernes bilag VII.B.1) eller det obligatoriske økologiske sortiment (udbudsbetingelsernes bilag VII.B.2). Disse to bilag benævnes i det følgende også "tilbudslisterne".

Tildelingskriteriet var i udbudsbetingelserne fastsat til "bedste forhold mellem pris og kvalitet", hvor underkriteriet "Pris" vægtede 55 %, og underkriteriet "Kvalitet (sensorisk test)" vægtede 45 %.

Underkriterierne og evalueringsmetoden var nærmere beskrevet i udbudsbetingelsernes punkt 8. Heraf fremgår blandt andet følgende:

"Hver underproduktgruppe indeholder en vægtning, der er baseret på en vurdering af underproduktgruppens vigtighed for SKI's Kunder samt estimeret indkøbsvolumen. Vægten fremgår som et tal mellem 1-5, hvor 1 er lavest og 5 er højest. Dvs. har en underproduktgruppe en vægtning på 5, vægter underproduktgruppen 5 gange så meget som underproduktgruppen med vægtningen 1. Vægten pr. underproduktgruppe fremgår af bilag VII.B.1 og bilag VII.B.2, kolonne E.

Der vil blive foretaget en evaluering af underkriteriet "Pris", jf. punkt 8.2. samt en evaluering af underkriteriet "Kvalitet", jf. punkt 8.3. Pointene, som tilbudsgiver opnår for hvert underkriterium, vil indgå med ovenstående oplyste vægte i den samlede evaluering af tildelingskriteriet.

...

## **8.2. Evaluering af Pris**

Evalueringen af underkriteriet Pris foretages ud fra tilbudsgivers pris pr. varelinje (SKI/ID/positionsnr.) på det obligatoriske sortiment i bilag VII.B.1 og bilag VII.B.2.

Med henblik på at sikre et ensartet evalueringsgrundlag evalueres tilbudsprisen pr. evalueringseenhed (kg/liter/stk. mv)... Tilbudsprisen evalueres således på baggrund af samme evalueringseenhed på tværs af tilbudsgivernes konkrete tilbud uanset, om der er variationer i salgseenheden.

Evalueringen af pris foretages i 2 trin:

### **Trin 1. Evaluering pr. varelinje**

#### **Evalueringsmodel**

De udbudte varer er samlet i en række underproduktgrupper. Hver underproduktgruppe indeholder et antal varelinjer...

Hver varelinje evalueres for sig. På den enkelte varelinje sammenholdes tilbudsgivernes "tilbudspris pr. evalueringseenhed" ... Hver varelinje gives et point mellem 1 og 5, hvor laveste pris tildeles 5 point, og priser 50 procent eller derover dyrere end laveste pris tildeles 1 point. De øvrige priser fastsættes på baggrund af en lineær interpolering mellem disse to priser.

#### **Tilpasning af evalueringsmodel**

##### Objektive betingelser for tilpasning:

Såfremt ovenstående evalueringsmodel medfører, at der inden for den enkelte varelinje er mere end halvdelen af priserne (inkl. den laveste pris), der falder uden for rammen på laveste pris tillagt 50 procent, skal evalueringsmodellen tilpasses som følger.

I forhold til betingelser for tilpasning af evalueringsmodellen, indgår eventuelle beregnede priser i henhold til punkt 10.3.3 ikke i vurderingen af, om betingelser for tilpasning er opfyldt.

##### Den tilpassede evalueringsmodel:

For den enkelte varelinje, hvor ovenstående objektive betingelser for tilpasning er opfyldt, skal evalueringen foretages med en økonomisk ramme på 100 procent.

Hver varelinje gives et point mellem 1 og 5, hvor laveste pris tildeles 5 point, og priser 100 procent eller derover dyrere end laveste pris tildeles

1 point. De øvrige priser på varelinjen fastsættes på baggrund af en lineær interpolering mellem disse to priser.

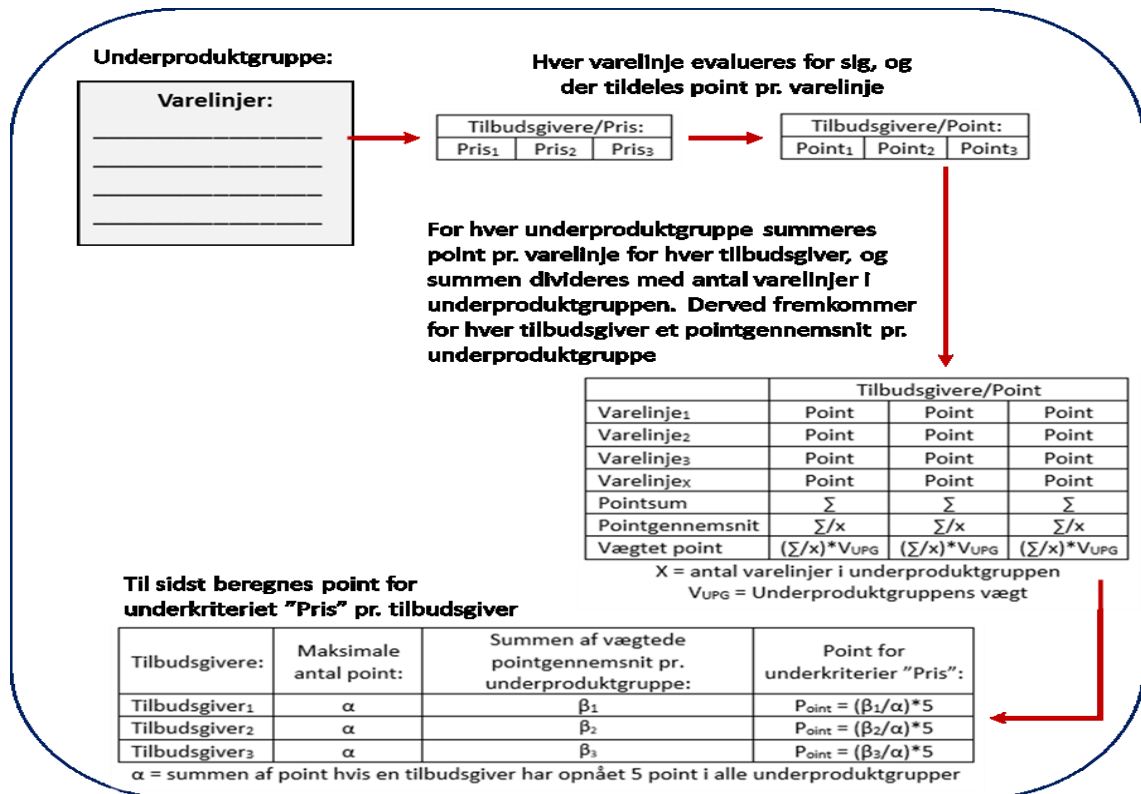
### Trin 2. Vægtning pr. underproduktgruppe

Den enkelte tilbudsgivers samlede point for underproduktgruppen opnås ved, at point for den enkelte tilbudsgivers varelinjer i underproduktgruppen summeres til en samlet sum. Den samlede sum divideres med antallet af varelinjer i underproduktgruppen, hvorved gennemsnitspoint for tilbudsgivers underproduktgruppe opnås.

Hver underproduktgruppe indeholder en vægtning, jf. punkt 8 ovenfor.

Tilbudsgivers gennemsnitlige point pr. underproduktgruppe indgår med den relative vægt til et samlet point for underkriteriet "Pris".

Tildelingen af point på underkriteriet "Pris" kan illustreres på følgende måde:



## 8.3. Evaluering af Kvalitet

I punkt 8.3.1 fremgår kvalitetsevalueringen af underkriteriet Kvalitet. Kvalitetsevalueringen foretages på baggrund af en sensorisk evaluering af vareprøver. ("Sensorik").

### 8.3.1. Evaluering af Sensorik



Evalueringen af Sensorik vil blive foretaget på baggrund af en række vareprøver, som tilbudsgiver skal aflevere til SKI, jf. punkt 9.2.6.

Der vil blive foretaget en sensorisk evaluering af et udvalg af varer fra både det obligatoriske konventionelle og det obligatoriske økologiske sortiment. Varerne vil blive evalueret af et ekspertpanel, bestående af fagfolk med uddannelse og erfaring inden for tilberedning af fødevarer og kendskab til fødevarekvalitet samt sensorisk evaluering.

Der vil blive evalueret på et repræsentativt udsnit varer på tværs af hovedproduktgrupper og produktgrupper.

Varerne, som ligger til grund for evalueringen af Sensorik, vil blive valgt ud fra:

- Hvor stor en del af omsætningen, de udgør af den samlede historiske omsætning for et udvalg af SKI's Kunder
- Hvor benyttet den pågældende vare er i dagligdagen
- Vigtigheden ift. tilberedning af måltider.

Tilbudsgiver vil først efter tilbudsfristens udløb blive oplyst om, hvilke varer der ønskes vareprøver fra. Se punkt 9.2.6 herom.

...

### Sensoriske parametre

Evalueringen vil blive foretaget på baggrund af sensoriske parametre.

...

<b>Sensorisk parameter</b>	<b>Hensigten med parameteret</b>
Udseende	Hensigten med evalueringen af en vares "udseende" (både før og efter en evt. tilberedning) er at evaluere den måde, varen fremtræder på med hensyn til ydre form, og hvorvidt dette svarer til eller afviger fra, hvad der er karakteristisk for varen.
Farve	Hensigten med evalueringen af en vares "farve" (både før og efter en evt. tilberedning) er at evaluere, hvorvidt varens farve(r) (fx nuancer, intensitet, ensartethed) svarer til eller afviger fra, hvad der er ka-

	rakteristisk for varen.
Konsistens	Hensigten med evalueringen af en vares ”konsistens” (både før og efter en evt. tilberedning) er at evaluere, hvorvidt varens konsistens (fx blødhed, fasthed, stivhed) svarer til eller afviger fra, hvad der er karakteristisk for varen.
Duft	Hensigten med evalueringen af en vares ”duft” (både før og efter en evt. tilberedning) er at evaluere, hvorvidt varens duft (fx intensitet, udvikling, aroma) svarer til eller afviger fra, hvad der er karakteristisk for varen.
Smag	Hensigten med evalueringen af en vares ”smag” (både før og efter en evt. tilberedning) er at evaluere, hvorvidt varens smag (fx salt, surt, sødt, bittert, umami) svarer til eller afviger fra, hvad der er karakteristisk for varen.

### Pointskala og evaluering

De sensoriske parametre evalueres i henhold til nedenstående pointskala fra 1-5.

Middel point 3 (tilfredsstillende) tildeles, såfremt varen har en kvalitet, der betragtes som karakteristisk for den pågældende vare. Med ”karakteristisk” forstås den kvalitet, som ekspertpanelet på baggrund af deres faglige kompetencer og produktkendskab forventer af varens kvalitet. Varen udmærker sig derfor hverken positivt eller negativt.

Andre point end middelpointet ”3”, tildeles alt efter hvor godt eller dårligt ekspertpanelet vurderer varen i forhold til varens forventelige karakteristika.

Følgende pointskala benyttes ved evalueringen:

Opfyldelse af sensorisk parameter	Point
Meget over middel	5
Over middel	4
Middel (Tilfredsstillende)	3
Under middel	2
Meget under middel	1

De varer, der udtages til sensorisk evaluering, vil blive evalueret på de ovenstående 5 sensoriske parametre.

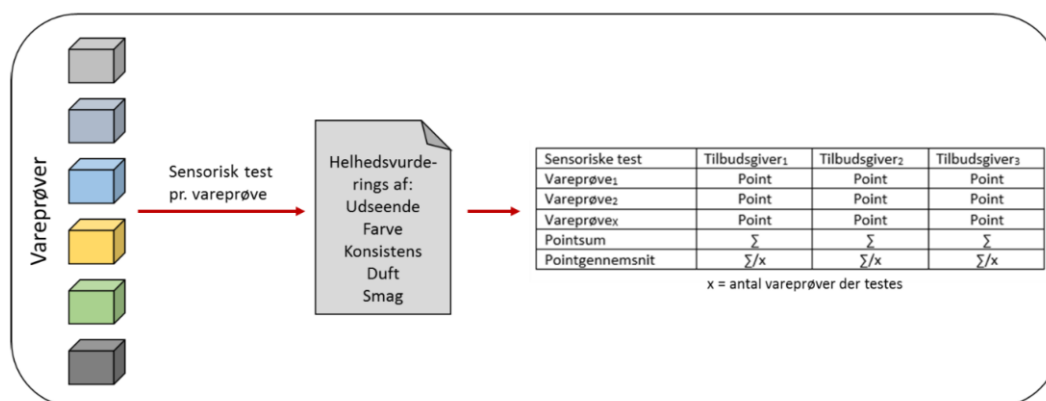
Ekspertpanelet foretager en helhedsvurdering af, hvordan varen er vurderet i forhold til de sensoriske parametre. Med en helhedsvurdering menes, at ekspertpanelet tildeler varen ét samlet antal point for evalueringen af de sensoriske parametre.

Hvert sensorisk parameter vægter ligeligt for underkriteriet Sensorik, ligesom alle vareprøver vægter lige uanset vægtningen af underproduktgrupper.

Det endelige point for underkriteriet ”Kvalitet” indgår i beregningen af hvilken tilbudsgiver, der har afgivet det tilbud, der har det bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. punkt 7.

Tildelingen af point på underkriteriet ”Kvalitet” kan illustreres på følgende måde:

”



...”

Om den samlede evaluering fremgik følgende af udbudsbetingelsernes afsnit 8.3.2:

”Det samlede point for underkriterierne Pris og Kvalitet indgår med deres relative vægte i det beregnede resultat for det tilbud, der har det bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. dog punkt 8.3.1, sidste afsnit.

Den tilbudsgiver, som samlet set har opnået det højeste point, har afgivet det tilbud, der har det bedste forhold mellem pris og kvalitet, og vil blive tildelt Rammeaftalen.”

Af udbudsbetingelsernes pkt. 9.1, ”Generelt”, som var et underpunkt til pkt. 9 om ”Tilbudsafgivelse”, fremgik:

”Der skal kun fremsendes de dokumenter, der er efterspurgt. I det omfang tilbudsgiver vælger at fremsende andre dokumenter ... som del af sit tilbud, er SKI afskåret fra at tillægge disse dokumenter betydning under tilbudsvurderingen, og disse dokumenter vil ikke efterfølgende indgå i kontraktforholdet mellem leverandøren og kunderne eller mellem SKI og leverandøren.”

Af pkt. 9.2. om tilbuddets indhold fremgik blandt andet, hvilke dokumenter der skulle indgå i tilbuddet, herunder tilbudslisterne. Tilbuddet skulle afgives ved at udfylde og indsende dokumenterne, ligesom tilbudsgiverne på SKIs anmodning efterfølgende skulle aflevere de efterspurgte vareprøver. Der blev ikke herved stillet krav om oplysninger om de tilbudte varers sammensætning eller karakteristika i øvrigt.

SKI har under klagesagen oplyst, at inden offentliggørelsen af udbudsmaterialet nedsatte SKI en projektgruppe med repræsentanter fra 14 kommuner, som skulle gennemgå og kommentere det samlede udbudsmateriale, herunder opdelingen i og vægtningen af undergrupperne. Endvidere har SKI oplyst:

”Når vægtningen sker på undergruppeniveau, skyldes det, at kommunerne tillægger disse grupper forskellig betydning. Det gør sig ikke gældende på hovedprodukt- og produktgruppeniveau. Formålet med disse kategorier har derfor alene været at strukturere sortimentet. Opdelingen repræsenterer i øvrigt den måde, som e-kataloget skal være struktureret på ved selve indkøbet.”

I udbudsbetingelsernes pkt. 9.2.6 om ”Vareprøver” var blandt andet fastsat, at

”vareprøver udelukkende har til formål at gøre det muligt for SKI at foretage en kvalitetsvurdering i overensstemmelse med de fastlagte kriterier herfor (Sensorik). Vareprøver har således ikke til formål, at sætte SKI i stand til at foretage en undersøgelse af, hvorvidt grundlæggende elementer er opfyldt. Formålet med opstillede grundlæggende elementer er at sikre, at leverandøren i selve kontraktperioden lever op til disse. Med mindre der opstår tvivl herom, kan det lægges til grund, at indleverede vareprøver overholder opstillede grundlæggende elementer samt krav.”

I udbudsbetingelsernes punkt 10 om ”Vurdering af konditionsmæssighed på det obligatoriske sortiment” fremgik blandt andet følgende:

**”10.1. Samtlige varelinjer i det obligatoriske sortiment skal tilbydes**

Tilbudsgiver skal byde ind med varer på samtlige varelinjer oplyst i bilag VII.B.1 og VII.B.2. Såfremt tilbudsgiver helt undlader at byde ind med varer på en eller flere varelinjer på det obligatoriske sortiment, vil hele tilbuddet være ukonditionsmæssigt og blive afvist. Tilbudsgiver kan således ikke undlade at tilbyde en vare på den enkelte varelinje under det obligatoriske sortiment. ... Der kan dog erfaringsmæssigt ske fejl i tilbudsafgivelsen ved udbud af så mange varelinjer, som er tilfældet i nærværende udbud. Derfor har SKI suppleret med retningslinjer for vurdering af konditionsmæssighed, jf. punkt 10.2 - 10.3.

...

**10.2. Fejl der kan føre til ukonditionsmæssighed**

Der er tale om en fejl, såfremt tilbudsgiver ikke har udfyldt eller har udfyldt en celle i bilag VII.B.1 eller bilag VII.B.2 forkert. Der kan f.eks. være manglende angivelse af pris, manglende UNSPSC kategori, varenummer, der er benyttet for flere varelinjer, mv.

SKI har vurderet, at nedenstående udtømmende liste over fejl i bilag VII.B.1 og bilag VII.B.2 kan føre til ukonditionsmæssighed, jf. dog punkt 10.3:

- En celle, som tilbudsgiver skal udfylde, er ikke udfyldt, jf. punkt 9.2.1.
- Tilbudsgiver har udfyldt en celle forkert, jf. punkt 9.2.1.
- Der bydes ind med samme varenummer på flere positioner.
- Samme vare bydes ind under flere forskellige varenumre på flere positioner.

...

**10.3. Regler for vurdering (og beregning) af fejl**

Udbuddet er opdelt i **kritiske** og **mindre kritiske** varelinjer.

**10.3.1. Kritiske varelinjer**

Der er en række varelinjer, som SKI betragtes som værende særligt kritiske og det accepteres ikke, at tilbuddet indeholder fejl på de kritiske

varelinjer. Hvis der er fejl i én eller flere kritiske varelinjer, er tilbuddet ukonditionsmæssigt, og tilbuddet vil i sin helhed forkastes.

De kritiske varelinjer er de varelinjer i bilag VII.B.1 og bilag VII.B.2, der hører under en underproduktgruppe, der har en vægtning (faktor) på 5.

### **10.3.2. Mindre kritiske varelinjer**

De mindre kritiske positioner er de øvrige varelinjer i bilag VII.B.1 og bilag VII.B.2, dvs. varelinjer der indeholder en vægtning (faktor) på 1-4.

På mindre kritiske varelinjer har SKI besluttet, at der kan accepteres maksimalt 3% fejl i det samlede antal varelinjer.

...

### **10.3.3. Behandling af varelinjer med fejl**

Varelinjer med fejl der ikke medfører at tilbuddet i sin helhed forkastes, vil blive kapitaliseret og dermed prissat med en fiktiv pris, der indgår i evalueringen af underkriteriet ”Pris”, jf. punkt 8.2.

Prisen på varelinjer med fejl kapitaliseres til den dyreste af de øvrige tilbudsgiveres tilbudte pris på den pågældende varelinje tillagt 30 pct.

Varelinjer, der af den ene eller anden grund er blevet kapitaliseret, vil udgå af tilbuddet, og vil ikke være en del af den endelige kontrakt mellem Kunden og Leverandøren. Forhold, som SKI konkret vurderer kan afhjælpes med proceduren i udbudslovens § 159, stk. 5, og som SKI må vælge aktivt at afhjælpe, indgår ikke i opgørelsen af fejl.”

Af tilbudslistens kolonne H/I fremgik blandt andet følgende:

”Alle tilbudte varer skal opfylde de generelle krav, jf. bilag VII A. Det fremgår nedenfor hvis en vare skal opfylde en Fokus Fødevarer specifikation (skrevet som Fokus Kode xxx). Såfremt der er yderligere krav til varerne, vil det enten stå[] nedenfor, og/eller der vil være en henvisning til bilag VII A”.

I forhold til de fire kritiske varelinjer i underproduktgruppen ”smørbart” (SKI-id 50900016-04014053, 50900016-04014054, 50900016-04014055 og 50900016-04014056) var der i tilbudslisten anført følgende kravsspecifikation:

”Blandingsprodukt med 75 % fedt. Hvoraf  $\frac{3}{4}$  af fedtet kommer fra synet fløde eller smør og  $\frac{1}{4}$  kommer fra rapsolie”

Om den kritiske varelinje tomatpure/koncentrat (SKI-id 50900016-20027261) fremgik, at det var et krav, at den tilbudte tomatpure/koncentrat var et:

”Homogent produkt, tyk pasta. Farve: Klar rød. Meget kraftig tomat-smag. Tørstofindhold 14-24%”

Af SKIs aftalevilkår for rammeaftalen fremgik blandt andet følgende af punkt 9.1. ”Dokumentation og redegørelse”:

”SKI kan til enhver tid kræve, at Leverandøren fremlægger dokumentation eller en redegørelse for, at de varer, som Leverandøren leverer til opfyldelse af Rammeaftalerne, overholder samtlige krav og beskrivelser i Aftalevilkår, herunder særligt bilag VII, bilag VII.A, VII.B.1–VII.B.2 og bilag V. Opstår der tvivl omkring Leverandørens dokumentation af specifikationer vedrørende en vare, kan SKI kræve, at Leverandøren fremsender originalt produktdata fra producenten. Dokumentationen eller redegørelsen skal foreligge senest 20 Arbejdsdage, efter at SKI Skriftligt har fremsat påkrav herom.”

Under udbuddet besvarede SKI en række spørgsmål, som løbende blev gjort tilgængelige for alle tilbudsgivere. Af fortegnelsen over besvarede spørgsmål fremgår, at SKI den 4. maj 2016 offentliggjorde spørgsmål nr. 903:

”Vil ordregiver overveje at ændre de 3% ”fejl” til 8% som i 09.01 udbuddet, grundet andel af varer der endnu ikke er godkendte til grossisthandel stadig er stor.”

SKI besvarede spørgsmålet med følgende:

”Ordregiver foretager følgende ændring i udbudsbetingelserne pkt. 10.3.2, 2. afsnit fra ”På mindre kritiske varelinjer har SKI besluttet, at der kan accepteres maksimalt 3% fejl i det samlede antal varelinjer.” til ”På mindre kritiske varelinjer har SKI besluttet, at der kan accepteres maksimalt 5% fejl i det samlede antal varelinjer.”

Ved tilbudsfristens udløb den 12. maj 2016 havde SKI som tidligere anført modtaget tilbud på rammeaftale 50.90 fra Dansk Cater, Catering Engros A/S og Hørkram.

Den 16. juni 2016 skrev SKI blandt andet følgende til hver af de tre tilbudsgivere:

”SKI kan desværre konstatere, at alle tilbudsgivere, herunder jer, har afgivet ukonditionsmæssige tilbud, idet alle tilbudsgivere har afgivet tilbud med fejl i en eller flere varelinjer, der har en vægtning på 5. I den forbindelse henviser jeg til udbudsbetingelsernes punkt 10.3.1.

Som konsekvens heraf har SKI valgt at udbuddet af rammeaftale 50.90 Fødevarer overgår til udbud med forhandling i overensstemmelse med udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2. Overgangen til udbud med forhandling sker med henblik på, at tilbudsgiver skal tilpasse tilbuddet til den udbudte kontrakt.

Som konsekvens heraf er udbudsmaterialet det samme, som under det annullerede udbud, og de til det annullerede udbud spørgsmål og svar er ligeledes gældende for nærværende udbud med forhandling.”

Det fremgår af fortegnelsen over spørgsmål og svar, at SKI den 21. juni 2016 offentliggjorde følgende som svar på spørgsmål nr. 1.160:

”I det udbuddet er overgået til forhandling ændres tidsplanen i Udbudsbetingelserne som følger:

30 juni 2016, kl. 13.00 Tilbudsfrist

September 2016: Forventet afsendelse af tildelings- og afslagsbreve

Primo januar 2017: Forventet kontraktsignering

*Bemærk: Rammeaftalen kan først indgås efter udløb af en 10 dages standstill-periode regnet fra dagen efter dagen for udsendelse af meddelelse til tilbudsgiverne om beslutning af tildeling.*

*Bemærk: Rammeaftalen indgås først, når der er oprettet et E-katalog, jf. bilag VI.”*

Den 23. juni 2016 offentliggjorde SKI følgende svar på spørgsmål nr. 1326, som i fortegnelsen over spørgsmål og svar er angivet som ”Fejl i kritiske varelinjer”:

”Jf. udbudsbetingelserne pkt. 10.3.1 Kritiske varelinjer, fremgår det at:

”Der er en række varelinjer, som SKI betragtes som værende særligt kritiske og det accepteres ikke, at tilbuddet indeholder fejl på de kritiske varelinjer. Hvis der er fejl i én eller flere kritiske varelinjer, er tilbuddet ukonditionsmæssigt, og tilbuddet vil i sin helhed forkastes.”



”Dette ændres til ”Der er en række varelinjer, som SKI betragtes som værende særligt kritiske og som skal tilbydes. Det accepteres, dog at tilbuddet indeholder maksimalt 20 kritiske varelinjer med fejl. Hvis der er mere end 20 kritiske varelinjer med fejl, er tilbuddet ukonditionsmæssigt, og tilbuddet vil i sin helhed forkastes.”

Ordregiver skal understrege, at tilbudsgiver *skal* tilbyde samtlige varelinjer med vægt 5, ovenstående er med henblik på at undgå at tilbudsgiver ved en uheldig fejl bliver ukonditionsmæssig.

Såfremt en tilbudsgiver vælger ikke at tilbyde en varer i en varelinje med vægt 5, så bliver tilbuddet betragtet som ukonditionsmæssigt.”

Da fristen for indgivelse af tilbud efter udbud med forhandling udløb den 30. juni 2016, havde SKI som nævnt på ny modtaget tilbud fra Dansk Cater, Catering Engros A/S og Hørkram.

Den 29. juli 2016 meddelte SKI tilbudsgiverne, hvilke vareprøver der skulle indleveres til sensorisk evaluering. Der blev indhentet vareprøver på 357 varelinjer. Den praktiske gennemførelse af evalueringerne skete på baggrund af en drejebog, som SKI udarbejdede til ekspertpanelet.

Om udvælgelsen af vareprøverne fremgår blandt andet følgende af SKIs evalueringsnotat:

”SKI har vurderet, at der er tale om et repræsentativt udsnit af de tilbudte vare[r], når der bliver foretaget kvalitetsevaluering af 348 varer. Ud af en samlet tilbudsliste på 4.463 varelinjer udgør 348 varer 7,8 % af varelinjerne.

SKI har valgt at se bort fra varelinjer, hvor det har været muligt at identificere, at alle tre tilbudsgivere har tilbudt samme vare. Dette er sket på baggrund af en formodning om, at der er stor sandsynlighed for at ens varer tildeles samme antal point, hvilket ville medføre, at de pågældende varelinjer neutraliseres i kvalitetstesten.

...

I forbindelse med gennemførelse af kvalitetsevalueringen udvalgte SKI yderligere 10 varer til test dels for at få gennemført test af 354 varelinjer, og del for at være sikker på, at såfremt nogen af varelinjerne måtte udgå fra kvalitetstesten, så var der stadig tilstrækkelige varelinjer til, at

der blev gennemført test af minimum 354 vareprøver, som SKI fastsatte som mål for testen.

Baggrunden for at gennemføre kvalitetstest af 354 varelinjer er, at de 354 varelinjer er en repræsentativ stikprøve på et 95 konfidensinterval med en 5 % fejlmargen ud af det samlede sortiment. Dermed udgør 354 vareprøver en statistisk signifikant mængde.

De 10 ekstra varelinjer blev udvalgt efter samme principper som de oprindelige 348 varelinjer, jf. ovenfor, og udvælgelsen lå dermed inde for rammerne i UBT punkt 8.3.1.”

I en mail af 3. oktober 2016 skrev en medarbejder hos BDO Statsautoriseret revisionsaktieselskab blandt andet følgende til SKI under emnet ”Statistisk genberegning af repræsentativt udsnit – 50.90 Fødevarer”:

”Beregningsen siger, at der med en population på 4.446 skal udtages en stikprøve på 354 varelinjer for at stikprøven er repræsentativ på et 95% konfidensinterval med en 5% fejlmargen.

I forhold til sidste beregning, hvor den anbefalede stikprøve var på 348 for en population på 3.671 varelinjer, så skal der altså kun udtages 6 ekstra varer for en populationsændring på 775.

Den relativt lille ændring i ekstra udtagne varelinjer skyldes, at vi arbejder med en i udgangspunktet meget stor stikprøve. Centralt i dette er, at konfidensintervallet defineres ud fra standardfejls [størrelse], som består af en summering over en række kvadratiske led. Derfor bliver en sådan ændring i den repræsentative stikprøve meget lille.

Vi kan dermed samtidig konstatere, at vi med de 357 testede varelinjer også holder os inden for et repræsentativt udsnit på det samlede antal varelinjer.”

I en mail af 12. december 2016 og dermed efter, at klagesagen var blevet anlagt, skrev en medarbejder hos BDO Statsautoriseret revisionsaktieselskab blandt andet følgende til SKI under emnet ”SV: Statistisk genberegning af repræsentativt udsnit – 50.90 Fødevarer”:

” ...

jeg har haft gode folk til at se på det, og der er foretaget en ny beregning af stikprøvestørrelse ud fra oplysningerne i din mail. I denne beregning er det forudsat – som i de andre tilfælde – at stikprøven følger en normalfordeling.

Ved at øge den samlede sum til 17.583 og bevare et konfidensinterval og en fejlmargen på 5 % skal stikprøven udgøre mindst 376.

Selvom populationen stiger relativt kraftigt, idet der cirka sker en firedobling, så øges stikprøvestørrelsen altså ikke særligt meget. Det skyldes, at vi i udgangspunktet arbejder med en i forvejen meget stor stikprøve, ...”

Af tilbuddet fra Hørkram fremgik om den tilbudte tomatpure/koncentrat (SKI-id 50900016-20027261) navnet på producenten, MariaPina, samt angivelsen ”ØKO TOMAT PASSATA/PURE 680 G”.

Ved kvalitetsevalueringen blev denne tomatpure/koncentrat tildelt 1 point. I rapporten vedrørende gennemførelse af de sensoriske tests under evalueringen var kommentarfeltet vedrørende denne varelinje anført følgende:

”Det er opfattelsen, at der ikke er tale om en pasta”

På fire varelinjer i underproduktgruppen ”smørbar” (SKI-id 50900016-04014053, 50900016-04014054, 50900016-04014055 og 50900016-04014056) tilbød Hørkram produkter af mærket ”Bakkedal”:

SKI-id	Enhedsstrørrelser	Tilbud fra Hørkram
50900016-04014053	200-300 g	Smørbar Bakkedal 75 % 250G
50900016-04014054	300-600 g	Smørbar Bakkedal 600G
50900016-04014055	1-3 kg	Smørbar Bakkedal 75 % 2KG
50900016-04014056	5-15 g	Smørbar Bakkedal 75 % 80x8G

Der er mellem parterne enighed om, at fedtsammensætningen med hensyn til Bakkedal-produkter ikke var som anført i tilbudslisten. Fedtsammensætningen fremgik af emballagen på det Bakkedal-produkt, der blev indleveret som vareprøve til brug for kvalitetsevalueringen af de indkomne tilbud.

Den 2. november 2016 meddelte SKI tilbudsgiverne, at Hørkram ville blive tildelt rammeaftalen. Af tildelingsbeslutningen fremgik blandt andet følgende vedrørende SKIs evaluering af underkriterierne ”Pris” og ”Kvalitet”:

”Evalueringen af underkriteriet ”Pris” er foretaget ud fra tilbudsgivers pris pr. varelinje (SKI/ID/positionsnr.) på det obligatoriske sortiment som anført i Rammeaftalens bilag VII.B.1 og bilag VII.B.2.

Med henblik på at sikre et ensartet evalueringsgrundlag, blev tilbudsprisen evalueret pr. evalueringseenhed (kg/liter/stk. mv). Der var i Rammeaftalens bilag VII.B.1 og VII.B.2 indbygget formler, der automatisk beregnede prisen, der indgik i evalueringen (bilag VII.B.1 og bilag VII.B.2 – kolonne U).

Tilbudsprisen blev således evalueret på baggrund af samme evalueringseenhed på tværs af tilbudsgivernes konkrete tilbud, uanset om der er variationer i salgsenheden.

Om evaluering af pris på varelinjer med fejl, fremgik følgende af udbudsbetingelsernes punkt 10.3.3...

Evalueringen af underkriteriet ”Pris” er foretaget ved hjælp af en pris-model bestående af 3 trin, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 8.2...

### **Trin 1. Evaluering pr. varelinje**

...

Hver varelinje er blevet evalueret for sig som følger:

På den enkelte varelinje sammenholdes tilbudsgivernes ”tilbudspris pr. evalueringseenhed” (bilag VII.B.1 og bilag VII.B.2 - kolonne U). Hver varelinje gives et point mellem 1 og 5, hvor laveste pris tildeles 5 point, og priser 50 procent eller dyrere end laveste pris tildeles 1 point. De øvrige priser fastsættes på baggrund af en lineær interpolering mellem disse to priser.

Men såfremt ovenstående evalueringsmodel medfører, at der inden for den enkelte varelinje er mere end halvdelen af priserne (inkl. den laveste pris), der falder uden for rammen på laveste pris tillagt 50 procent, skal evalueringsmodellen tilpasses, således at evalueringen foretages med en økonomisk ramme på 100 procent.

Det medfører, at hver varelinje gives et point mellem 1 og 5, hvor laveste pris tildeles 5 point, og priser 100 procent eller derover dyrere end laveste pris tildeles 1 point. De øvrige priser på varelinjen fastsættes på baggrund af en lineær interpolering mellem disse to priser.

Ved gennemgangen af de tilbudte priser har det vist sig, at for 3.829 varelinjer gælder, at de efterfølgende er blevet evalueret ud fra en økonomisk ramme på 50 %, hvorimod de resterende 634 varelinjer er blevet evalueret ud fra en økonomisk ramme på 100 %.

Baggrunden for at anvende en økonomisk ramme på henholdsvis 50 % og 100 % er for at undgå, at en eller flere særligt høje priser i forhold til laveste pris, medfører en spredning i de opnåede point, der ikke afspejler spredningen i de tilbudte priser.

De økonomiske rammer, der er indbygget i ovenstående beregningsmodel, baserer sig bl.a. på, at SKI i 1. halvdel af 2016 gennemførte et udbud med tilsvarende sortiment. SKI har derigennem opbygget en betydelig viden om prisniveauet som grundlag for at fastlægge de økonomiske rammer på henholdsvis 50 % og 100 %.

## **Trin 2. Vægtning pr. underproduktgruppe**

Den enkelte tilbudsgivers samlede point pr. underproduktgruppe opnås ved, at point for den enkelte tilbudsgivers varelinjer i en underproduktgruppe adderes til en samlet sum. Den samlede sum divideres med antallet af varelinjer i underproduktgruppen, hvorved tilbudsgivers gennemsnitspoint for underproduktgruppen fremkommer.

Hver underproduktgruppe indeholder en vægtning som anført i bilag VII.B.1 og bilag VII.B.2.

For hver underproduktgruppe multipliceres tilbudsgivers gennemsnitspoint med underproduktgruppens vægt.

## **Trin 3: Samlet antal point for underkriteriet "Pris"**

For hver tilbudsgiver adderes summen af de vægtede antal point pr. underproduktgruppe (trin 2). Denne sum sættes dernæst i forhold til det

maksimale antal point der kan opnås, såfremt en tilbudsgiver for samtlige varelinjer har laveste pris, og dermed opnår 5 point pr. varelinje.

Formlen herfor er som følger:  $P = (\alpha/\beta) * 5$ , hvor

$P$  = Samlet antal point for underkriteriet ”Pris”

$\alpha$  = Summen af de vægtede point pr. underproduktgruppe

$\beta$  = Maksimale antal point der kan opnås ved laveste pris på samtlige varelinjer

Evaluering af underkriteriet ”Pris” giver følgende point for Dansk Cater og HørkramFoodservice.

Point for ”Pris”	Dansk Cater	Hørkram Foodservice
	3,46	4,00

### 3. Evaluering af underkriteriet ”Kvalitet”

...

Ekspertpanelet har foretaget en helhedsvurdering af, hvordan varen er vurderet i forhold til de sensoriske parametre. Med en helhedsvurdering menes, at ekspertpanelet tildelte varen ét samlet antal point for evalueringen af de sensoriske parametre.

...

Hvert sensorisk parameter vægter ligeligt for underkriteriet Sensorik, ligesom alle vareprøver vægter lige uanset vægtningen af underproduktgrupper.

De opnåede point for underkriteriet ”Kvalitet” er beregnet som summen af de opnåede point divideret med 357 (antal testede varer).

Evaluering af underkriteriet ”Kvalitet” giver følgende point for Dansk Cater og HørkramFoodservice.

	Dansk Cater	Hørkram Foodservice
Point i alt (alle vareprøver)	918	978
Gennemsnit (af 357 vareprøver)	2,57	2,74

”

Om det samlede evalueringresultat fremgik blandt andet følgende:

”SKI [har] foretaget følgende samlede vurdering af tilbuddene, der for Dansk Cater viser følgende resultat i forhold til det vindende tilbud fra Hørkam Foodservice:

Tilbudsgivere:	Point		
	”Pris” 55 %	”Kvalitet” 45 %	Samlet
Dansk Cater	3,46	2,57	3,06
Hørkam Foodservice	4,00	2,74	3,43

Det kan således konkluderes, at Hørkam Foodservice i forhold til Dansk Cater opnåede et højere antal point gældende for begge underkriterier – både ”Pris” og ”Kvalitet”.

Gældende for underkriteriet ”Pris” opnåede Hørkam Foodservice et antal point, der er 15,61 % højere end Dansk Cater’s point, og for underkriteriet ”Kvalitet” fik Hørkam Foodservice 6,61 % flere end Dansk Cater.

Forskellen på de 2,57 og 2,74 point for underkriteriet ”Kvalitet” svarer til en forskel på 60 point i selve de sensoriske test”.

I tildelingsbeslutningen af 2. november 2016 meddelte SKI desuden følgende:

”SKI gør opmærksom på, at der i overensstemmelse med lov om Klagenævnet for Udbud, § 3, stk. 3, nr. 1, ikke afholdes standstill-periode inden kontrahering med den vindende tilbudsgiver.”

Samme dag skrev SKI blandt andet følgende til Hørkam:

”I har afgivet tilbud med bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvorfor De er tildelt rammekontrakten.

...

Idet der er tale om et udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, afholder SKI ikke stand still i forbindelse med denne tildeling, hvorfor SKI beder Dem hurtigst om at underskrive kontrakten.”

Ved mail af 3. november 2016 skrev Dansk Cater til SKI og bad om at få uddybet en række forhold vedrørende evalueringen. I mailen opfordrede Dansk Cater desuden SKI til at vente med at indgå rammeaftalen med Hørkam.

Den 4. november 2016 meddelte SKI Dansk Cater, at kontrakten med Hørkram var blevet indgået den 2. november 2016.

SKI har den 22. november 2016 udarbejdet et notat til illustration af SKI's analyse af varelinjernes vægtning. Af notatet fremgår blandt andet følgende:

”Tilbudslisterne omfatter i alt 266 underproduktgrupper, med i alt 4.581 varelinjer

- Hver underproduktgruppe indeholder en vægtning fra 1 – 5, der er baseret på en vurdering af underproduktgruppens vigtighed for SKI's kunder samt estimeret indkøbsvolumen
- Summen af de 266 underproduktgruppers vægte er 828

I eksemplet neden for er medtaget to underproduktgrupper, henholdsvis ”æg, køl” og ”skimmelmodnet ost”:

Underproduktgruppe:	Vægt:	Antal varelinjer:	Beregnet vægtning:
Æg, køl	5	2	$1/2 * 5/828 = 0,003019$
Skimmelmodnet ost	1	19	$1/19 * 1/828 = 0,000064$

Den beregnede vægtning viser således en forskel på faktor 47,5 mellem de to beregnede vægtninger.”

SKI har oplyst, at Hørkram på 1.793 varelinjer tilbød den laveste pris, mens Dansk Cater alene tilbød laveste pris på 788 varelinjer, og at Hørkram herunder var billigst på 778 varelinjer, der indgik i en underproduktgruppe med vægtningen 5, mens Dansk Cater var billigst på 328 varelinjer med vægtningen 5.

### Parternes anbringender

#### Påstand 1

Dansk Cater har sammenfattende gjort gældende, at kravene om dels, at tilbuddene ikke indeholdt fejl på de ”kritiske varelinjer”, idet tilbud med fejl ville blive afvist som ukonditionsmæssige, dels at der ikke var fejl på flere end 3 % af de øvrige (”ikke-kritiske”) varelinjer, var mindstekrav både un-



der det oprindelige offentlige udbud og på det tidspunkt, hvor SKI overgik til udbud med forhandling. Med ændringen af mindstekravene (således at op til 20 fejl på ”kritiske varelinjer” og fejl på op til 5 % af de ”ikke-kritiske” varelinjer ikke medførte ukonditionsmæssighed), der blev foretaget under udbuddet med forhandling, skete der en ulovlig ændring af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, hvilket udgjorde en overtrædelse af udbudslovens § 2 og § 66, stk. 2.

Dansk Cater har nærmere anført, at det fremgik af det oprindelige udbudsmateriale, at enhver fejl i et tilbuds ”kritiske varelinjer” ville medføre, at det blev afvist som ukonditionsmæssigt, idet det var et centralt krav, at det tilbudte sortiment omfattede alle de varelinjer, SKI havde specificeret som ”kritiske”. Efter udbudslovens § 66, stk. 2, kan ordregiveren under et udbud med forhandling ikke ændre i grundlæggende elementer, herunder mindstekrav, og af lovbemærkningerne til lovens § 2 fremgår, at enhver ændring af et mindstekrav under et udbud med forhandling efter lovens § 61 udgør en ændring af et grundlæggende element. I det foreliggende udbud med forhandling ville alle tilbud have været ukonditionsmæssige, hvis kravet til de ”kritiske varelinjer” ikke var blevet ændret. Dette understøtter, at ændringen ikke kan anses for at have været af bagatelagtig karakter.

Selv hvis det måtte kunne lægges til grund, at en sådan ændring ikke kunne påvirke potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren og ikke kunne fordreje konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, medfører dette ikke, at ændringen var lovlig. Under alle omstændigheder kan mindstekravet rent faktisk have afholdt potentielle tilbudsgivere fra at deltage i konkurrencen, og ændringen var også som følge heraf i strid med udbudslovens § 2. Kravet til de ”kritiske varelinjer” var særdeles byrdefuldt og svært at opfylde også for tilbudsgivere, der ofte deltager i store udbud. iPosen.dk (Dansk Supermarked) havde tidligere været prækvalificeret til at afgive tilbud på rammeaftale 50.90 (som denne sag vedrører), og Nemlig.com har vist interesse for rammeaftale 01.09, men ingen af disse virksomheder var tilbudsgivere på den foreliggende rammeaftale. På det tidspunkt, hvor ændringen blev foretaget, kunne SKI endvidere ikke vide, at ingen af de tre tilbudsgivere var i stand til at undgå fejl på de ”kritiske varelinjer”, og SKI kunne dermed heller ikke vide, om ændringen havde ”fordrejet konkurrencen”. Det forhold, at det efterfølgende har vist sig, at ingen af tilbudsgiverne rent faktisk var i stand til at undgå fejl på de ”kritiske varelinjer”, giver ikke videre rammer for, hvilke ændringer SKI lovligt kunne

foretage. Under udbuddet med forhandling ændrede SKI desuden tærsklen for fejl på de ”ikke-kritiske” varelinjer fra 3 % til 5 %, hvilket samlet set indebærer en procentuel stigning på 90 % set i forhold til de krav, der oprindeligt var stillet til henholdsvis ”ikke-kritiske” og ”kritiske varelinjer”.

Under et udbud med forhandling i medfør af udbudslovens § 61, stk. 2, kan ordregiveren ikke reparere på kravene til henholdsvis de ”kritiske varelinjer” og ”ikke-kritiske” varelinjer, idet denne udbudsform forudsætter, at der ikke indledningsvis (i forbindelse med overgangen til udbud med forhandling) eller efterfølgende (under udbuddet med forhandling) foretages grundlæggende ændringer i det oprindelige udbudsmateriale, som har været indrykket og offentliggjort en udbudsbekendtgørelse om.

SKI har sammenfattende gjort gældende, at SKI ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 eller i strid med udbudslovens § 66, stk. 2, ved under udbuddet med forhandling at have ændret tærsklen for fejl på de ”kritiske” varelinjer og ”ikke-kritiske” varelinjer.

SKI har nærmere anført, at ændringen af tærsklen for fejl i ”ikke-kritiske” varelinjer ikke skete under udbuddet med forhandling, men i løbet af det offentlige udbud og efter ønske fra Dansk Cater. Der er ikke tale om et ”klassisk” udbud med forhandling efter forudgående bekendtgørelse, jf. udbudslovens § 66, men om et offentligt udbud, som overgik til udbud med forhandling uden fornyet udbudsbekendtgørelse, jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, og stk. 4. Det savner derfor mening at henvise til en udtalelse om, at ”I proceduren udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse vil en ændring af mindstekrav altid udgøre en ændring af grundlæggende elementer.”

Ændringen af tærsklen for fejl i de ”kritiske” varelinjer udgjorde endvidere ikke en ændring af et grundlæggende element. Ændringen er bagatelagtig (tærsklen blev ændret med 1 %) og kan allerede derfor ikke – på det teoretiske plan – antages at ville kunne påvirke potentielle tilbudsgiveres overvejelser om at afgive tilbud. Dette afspejles også af, at Dansk Cater tilsyneladende ikke før afgivelsen af replikken var opmærksom på, at der var indført en sådan tærskel. De facto er ingen virksomheder blevet påvirket, i og med at alle potentielle tilbudsgivere, jf. markedsanalysen, afgav tilbud. Dette understøttes også af det svar, som Iposen.dk har afgivet om årsagen til, at

man trak sig, og af, at det ikke er dokumenteret eller sandsynliggjort, at andre, herunder Nemlig.com, skulle have udvist interesse i udbuddet af rammeaftalen. En eventuel interesse for den frivillige rammeaftale kan ikke sidestilles med interesse for den forpligtende rammeaftale, som denne sag angår.

Der var ikke tale om, at selve grundmodellen blev ændret, men alene, at der i tråd med ”ånden” i modellen blev introduceret en mindre tærskel for fejl på de ”kritiske” varelinjer. Ændringen var saglig, idet den var en naturlig følge af, at ingen af tilbudsgiverne ad to omgange evnede at afgive konditionsmæssige tilbud. Fejlene blev i øvrigt straffet på anden vis, idet fejl både havde betydning for evalueringen efter underkriteriet ”Pris” og medførte, at den konkrete varelinje udgik af sortimentet i den endelig kontrakt.

SKI har ikke fordrejet konkurrencen ved at ændre tærsklen for fejl i de kritiske varelinjer, idet tærsklen for fejl var i alle tilbudsgivernes interesse og kom Dansk Cater og andre tilbudsgivere til gode. Ændringen af tærsklen har ikke haft indflydelse på, at Dansk Cater ikke blev tildelt rammeaftalen. Det ville endvidere næppe have været proportionalt eller i overensstemmelse med udbudslovens § 1, hvis SKI skulle starte udbudsprocessen forfra, henset til bl.a. tilbudsgivernes udbudsomkostninger og til, at SKI havde udset sig til at modtage gode og brugbare tilbud, der medførte en betydelig besparelse sammenlignet med den frivillige fødevareaftale (rammeaftale 09.01) og markedets priser i øvrigt.

## Påstand 2

Dansk Cater har sammenfattende gjort gældende, at Hørkrans tilbud indeholdt ukonditionsmæssige varer på 5 ”kritiske varelinjer” (varelinje 50900016-20027261 (tomatpure/koncentrat) og varelinjerne 50900016-04014053, 50900016-04014054, 50900016-04014055 og 50900016-04014056 (4 Bakkedal produkter), og at tilbuddet derfor skulle have været afvist.

Dansk Cater har nærmere anført, at SKI i udbudsbetingelserne havde fastsat, at det ville medføre ukonditionsmæssighed, hvis der ikke blev afgivet tilbud på samtlige ”kritiske varelinjer”. Heraf følger, at de varer, der blev tilbudt på de ”kritiske varelinjer”, skulle opfylde de specificerede krav, herunder kravene i tilbudslistens kolonne H/I. Da kravet til de ”kritiske vare-

linjer” (ulovligt) blev ændret, således at tilbud kunne indeholde op til 20 fejl på disse varelinjer, fastholdt SKI udtrykkeligt kravet om, at der skulle tilbydes varer på samtlige ”kritiske varelinjer”. De fejl, der med ændringen kunne accepteres 20 af, må referere til oplistningen af fejl i udbudsbetingelsernes pkt. 10.2, der netop ikke angår manglende opfyldelse af produktspecifikke krav omfattet af udbudsbetingelsernes kolonne H/I eller kravspecifikationen.

Den tomatpure/koncentrat, som Hørkram tilbød (SKI-id 50900016-20027261), var efter SKIs eget ekspertpanels opfattelse ikke en ”tyk pasta” som krævet. Endvidere tilbød virksomheden på varelinjerne 50900016-04014053, 50900016-04014054, 50900016-04014055 og 50900016-04014056 produkter fra Bakkedal, der ikke opfyldte tilbudslistens krav til fedtsammensætningen. SKI, der nu har anerkendt, at Bakkedal-produkterne ikke levede op til de fastsatte krav, kunne og burde have konstateret dette allerede i forbindelse med tilbudsevalueringen. Det fremgik således tydeligt af pakningen med Bakkedal-produktet, som Hørkram indleverede som vareprøve, at mindstekravet ikke var opfyldt. På den baggrund var SKI ikke berettiget til uden videre at lægge til grund, at de øvrige 3 Bakkedal-produkter opfyldte kravene.

Også på baggrund af ekspertpanelets udtalelse om den tilbudte tomatpure/koncentrat forelå der en sådan tvivl, at SKI efter udbudslovens § 164, stk. 2, var forpligtet til at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet. En sådan kontrol kunne have været foretaget uden væsentligt ressourceforbrug og ville have vist, at de tilbudte produkter på de pågældende varelinjer var ukonditionsmæssige, og at Hørkram tilbud derfor skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt.

SKI har sammenfattende gjort gældende, at SKI ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tildele rammeaftalen til Hørkram, idet virksomhedens tilbud var konditionsmæssigt.

SKI har nærmere anført, at ekspertpanelets udtalelse i relation til varelinjen ”tomatpure/koncentrat” om, at ”der ikke er tale om en pasta”, ikke skal forstås bogstaveligt, men som en sproglig vending, der siger noget om varens konsistens og dermed dens kvalitative egenskab, som det var ekspertpanelets opgave at evaluere, men som ikke gjorde, at tilbuddet var behæftet med

en fejl og dermed ukonditionsmæssigt. SKI er i øvrigt enig i, at sammenligningen af fedtindholdet i det blandingsprodukt, som Hørkram tilbød, ikke overholdt kravene i tilbudslisten. Konditionsmæssigheden skulle imidlertid også for disse produkter alene vurderes på grundlag af tilbudslistens indhold, og efter indholdet af tilbudslisten i tilbuddet fra Hørkram var denne virksomheds tilbud ikke ukonditionsmæssigt.

SKIs undersøgelsespligt kan endvidere – selv hvis der foruden fejl på varelinjerne med ”smørbare blandingsprodukter” måtte have foreligget fejl på varelinjen ”tomatpure/koncentrat” – ikke udstrækkes til en situation som den foreliggende. Det følger således af fast klagenævnspraksis, at en ordregiver er berettiget til at lægge oplysningerne i de afgivne tilbud uprøvet til grund, medmindre der foreligger sådanne særlige omstændigheder, at ordregiveren var forpligtet til at efterprøve oplysningerne. Sådanne omstændigheder forelå ikke i den konkrete sag. Hørkram havde således ifølge tilbudslisten tilbudt en ”tomatpure/koncentrat” og et ”smørbart blandingsprodukt”, der overholdt kravene, herunder om et fedtindhold på 75 procent. SKI var ikke forpligtet til at kontrollere varedeklarationen for alle 13.743 tilbudte varer eller for alle 1.071 vareprøver, der indgik i kvalitetsevalueringen, og forholdene vedrørende den kvalitative evaluering på de pågældende varelinjer for tomatpure/koncentrat og smørbare blandingsprodukter ændrer ikke herved. Det bør herved tillægges betydning, at sortimentsudbud er anerkendt som en særlig udbudsform, jf. lovbemærkninger til udbudslovens § 45.

SKI har endvidere anført, at SKI havde fastsat en procedure, hvorefter den vindende tilbudsgiver i kontraktperioden skulle kunne dokumentere, at kravene til produkterne blev overholdt. Dette taler ifølge praksis fra klagenævnet imod, at SKI skulle have en undersøgelsespligt. Hørkrams levering af et ”smørbart blandingsprodukt”, der lever op til de krav, der var fastsat i tilbudslisten, er blevet håndteret ”kontraktuelt”. Den påståede manglende konditionsmæssighed for denne vare gjorde ikke tilbuddet ukonditionsmæssigt, da tilbudsgiverne kunne have op til 20 fejl på de kritiske varelinjer, uden at tilbuddet herved samlet set blev ukonditionsmæssigt, og Hørkram holdt sig inden for denne grænse med – i givet fald – i alt 10 fejl. Hørkram havde budt ind på samtlige varelinjer, og det forhold, at tilbuddet indeholdt fejl på en varelinje, kan efter bl.a. en ordlydsfortolkning ikke sidestilles med, at der slet ikke er budt ind på varelinjen. Det samme følger af ligebehandlingsprincippet, idet SKI umiddelbart ikke erklærede Dansk Caters til-

bud for ukonditionsmæssigt på trods af, at virksomheden havde undladt at tilbyde 50 varelinjer.

#### Påstand 3 og 4

Dansk Cater har sammenfattende gjort gældende, at evalueringsmodellen med hensyn til underkriteriet ”Pris” ikke opfylder kravet om, at evalueringen ved sortimentsudbud skal være repræsentativ, og den foretagne evaluering er derfor i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og udbudslovens § 160.

Dansk Cater har nærmere anført, at det efter fast praksis fra Klagenævnet for Udbud ved sortimentsudbud skal sikres, at evalueringen med hensyn til ”Pris” er repræsentativ i forhold til det forventede indkøb. Dette kan ske ved at inddrage et skønnet indkøbsbehov/-volumen eller at foretage en vægtning af hver enkelt varelinje, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud v/Kolding Kommune. SKI har i det foreliggende udbud hverken foretaget en vægtning af hver enkelt varelinje eller i tilstrækkeligt omfang inddraget sit skønnede indkøbsbehov/-volumen.

Vægtningen mellem 1 og 5 på undergruppeniveau kan således ikke anses som udtryk for SKIs skønnede indkøbsbehov under et stort sortimentsudbud med over 4.500 varelinjer omfattende alt fra sjældent indkøbte varer som kaviar til hverdagsvarer, fx minimælk, varer der nærmere efterspørges i forholdet 1:100.

Vægtningen mellem 1 og 5 af de enkelte underproduktgrupper er på denne baggrund ikke repræsentativ for den økonomiske betydning af de individuelle varelinjer/produkter i disse grupper. Fx gav en samlet god pris på krydderisortimentet (der indgik med vægten 5) tilbudsgiverne lige så gode muligheder for tildeling som en samlet god pris på hakket oksekød eller hakket svinekød (der begge indgik med vægten 5), selvom indkøb af hakket kød udgør en væsentlig større andel af et køkkens samlede indkøb end indkøbet af krydderier. Endvidere er de individuelle varelinjer/produkter inden for de enkelte underproduktgrupper ikke sammenlignelige med hensyn til enhedspris og/eller forventet indkøbsvolumen. Vægtningen kunne dermed ikke meningsfuldt foretages på undergruppeniveau. Fx påvirkede de individuelle varelinjer/mælkeprodukter inden for underproduktgruppen ”letmælk” hver

især evalueringen ligeligt, selvom underproduktgruppen omfattede mælk indkøbt i meget forskellige volumener.

Den (indirekte) vægtning på varelinjeniveau – der skete gennem den foretagne vægtning på undergruppeniveau – reflekterede således ikke de enkelte varelinjers/varers vigtighed og estimerede indkøbsvolumener. Varerne i varelinjerne inden for de forskellige underproduktgrupper var hverken substituerbare eller sammenlignelige ud fra forventet indkøbsvolumen eller vigtighed, og det savner derfor mening, at varelinjerne inden for de enkelte underproduktgrupper indgik med samme vægt. Vægtningen på varelinjeniveau var afhængig af, hvor mange varelinjer der tilfældigt var inden for de enkelte underproduktgrupper; varelinjer inden for en kategori 1-underproduktgruppe (dvs. underproduktgrupper af minimal vigtighed og med et minimalt indkøbsvolumen) kom således i nogle tilfælde til at indgå med en langt større vægt i evalueringen end varelinjer i kategori 5-underproduktgrupper. Det var ud fra udbudsmaterialet ikke gennemsigtigt, at modellen overhovedet indebar en ”indirekte vægtning” på varelinjeniveau, sådan som SKI under denne sag har redegjort for. De fremlagte følsomhedsanalyser eller kontrolberegninger forholder sig hverken til vægtningen på varelinjeniveau eller på underproduktgruppeniveau.

SKI har sammenfattende gjort gældende, at den benyttede evalueringsmodel var fastsat på et sagligt grundlag, at modellen var egnet og lovlig og i overensstemmelse med principperne om gennemsigthed og ligebehandling, og at der således ikke er grundlag for at tilsidesætte evalueringen, jf. udbudslovens § 160, stk. 2.

SKI har nærmere anført, at den benyttede evalueringsmodel fremgik klart af udbudsmaterialet, og at ordregiveren ifølge praksis fra klagenævnet ved sortimentsudbud kan benytte en model, hvor indkøbsbehovet ikke opgøres præcist, men i form af vægte. SKI havde grundigt og i tæt samarbejde med markedet og kommunerne vurderet, hvorledes vægtningen af de enkelte varelinjer skulle foretages, således at den afspejlede den estimerede indkøbsvolumen samt underproduktgruppens/varelinjens vigtighed for de tilsluttede kommuner. En vægtning mellem 1 og 5 på underproduktgruppeniveau var tilstrækkeligt til at opnå den ønskede differentiering mellem de enkelte varelinjer i sortimentet. Ordregiveren har efter praksis og udbudslovens § 160 et vidt skøn ved fastsættelse af en evalueringsmodel, og SKI har holdt sig inden for dette skøn. Hørkram skulle utvivlsomt tildeles flest point efter

underkriteriet ”Pris”, da denne virksomhed i 1.793 tilfælde, mod Dansk Cater i 788 tilfælde tilbød den billigste pris på den enkelte varelinje. Herunder var Hørkram billigst på 778 varelinjer, der indgik i en underproduktgruppe med vægtningen 5, mens Dansk Cater alene var billigst på 328 varelinjer. Hørkram var derfor utvivlsomt rette vinder, også henset til at denne virksomhed opnåede flere kvalitative point end Dansk Cater, der samlet set blev nr. 3 i udbuddet.

#### Påstand 5

Dansk Cater har sammenfattende gjort gældende, at evalueringsmodellen ikke har været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud i relation til underkriteriet ”Kvalitet”. Evalueringen af identiske varer førte således i 29 tilfælde til en uens bedømmelse, der ikke skyldtes forskelle i opbevaring, transporterung eller (rest)holdbarhed, men derimod, at SKI begik fejl i forbindelse med evalueringen.

Dansk Cater har nærmere anført, at virksomheden har opbevaret, herunder transporteret, de indleverede vareprøver i overensstemmelse med industriens/producenternes krav og angivelser, der netop har til formål at sikre, at produkterne er ens/identiske, når de når ud til kunderne. Evalueringen må anses for at have været fejlbehæftet i en sådan grad, at fremgangsmåden med en sensorisk bedømmelse konkret har været uegnet, også henset til, at den betydelige fejlmargen, der er identificeret i forhold til de ens/identiske varer, formodningsvis tillige gør sig gældende i forhold til de vareprøver, der rent faktisk var forskellige.

SKI har sammenfattende gjort gældende, at der ikke er grundlag for at antage, at den kvalitative evaluering er behæftet med fejl, og at der således ikke er grundlag for at tilsidesætte evalueringen.

SKI har nærmere anført, at kvalitetsevalueringen ikke blev afviklet forskelligt for de respektive tilbud, og at der heller ikke var forskel på, hvordan ekspertpanelet blev instrueret. Tværtimod havde SKI grundigt forberedt evalueringen for bl.a. at sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet. Det forhold, at ens varer har fået forskellige point, skyldes ikke forskelsbehandling, eller at kvalitetsvurderingen var uegnet, men bl.a. Dansk Caters egen behandling og udvælgelse af virksomhedens vareprøver. Det må endvidere lægges til grund, at kontrakten ville være blevet tildelt Hørkram, også hvis



der var blevet tildelt ens point for ens varer, og den forskellige evaluering af ens varer har derfor ikke haft konkret betydning for tildelingen.

### Påstand 6 og 7

Dansk Cater har sammenfattende gjort gældende, at de vareprøver, der blev evalueret efter underkriteriet ”Kvalitet”, ikke var et repræsentativt udsnit, at grundlaget for evalueringen efter dette underkriterium ikke var tilstrækkeligt beskrevet i udbudsmaterialet, og at udbudslovens § 2 og § 160 derfor blev tilsidesat.

Dansk Cater har nærmere anført, at det var fastsat i udbudsbetingelserne, at varerne ville blive udvalgt under hensyn til, hvor stor en del af omsætningen de udgjorde af den samlede historiske omsætning for et udvalg af SKI's kunder, hvor benyttet den pågældende vare var i dagligdagen samt vigtigheden i forhold til tilberedning af måltider. Det var derfor ikke gennemsigtigt, at SKI havde givet andre retningslinjer for udvælgelsen af vareprøverne, herunder at ekspertpanelet skulle se bort fra varelinjer, hvor de kunne identificere, at alle tre tilbudsgivere havde tilbudt samme vare. Dette forklarer endvidere ikke, hvorfor der ubestridt ikke blev udtaget vareprøver af fersk kød (hakket oksekød, svinekød og andre gængse, animalske udskæringer), der er et centralt punkt for offentlige køkkener, hvilket SKI er enig i. Dansk Cater havde således tilbudt kød fra egen slagter, som derfor med sikkerhed ikke kunne være identisk med det kød, som Hørkram har tilbudt.

Det er ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at evalueringen kan anses for at være ”repræsentativ”, at der er udtaget et relativt stort antal vareprøver, når vareprøverne ikke er udtaget på tværs af varesortimentet. Under alle omstændigheder var det ikke gennemsigtigt for tilbudsgiverne, hvilke parametre varerne blev udvalgt ud fra.

SKI har sammenfattende gjort gældende, at de vareprøver, der blev evalueret kvalitativt, udgjorde et repræsentativt udsnit, at grundlaget for evalueringen var tilstrækkeligt beskrevet i udbudsmaterialet, og at SKI ikke handlede i strid med udbudslovens § 2 og § 160.

SKI har nærmere anført, at udvælgelsen af vareprøverne blev foretaget på baggrund af de parametre, der var fastsat i udbudsbetingelserne, og derfor var gennemsigtigt for tilbudsgiverne. Udvalget blev foretaget ud fra sag-

lige kriterier og på ens grundlag for alle. SKI havde således beskrevet evalueringemetoden i overensstemmelse med udbudslovens § 160. Det var fuldt ud gennemsigtigt for tilbudsgiverne, hvordan evalueringen ville blive foretaget, og det har derfor formodningen for sig, at evalueringsmodellen var lovlig, jf. udbudslovens § 160, stk. 2.

SKI har vurderet, bl.a. ved kontakt til et revisionsfirma, hvor mange vareprøver, der skulle indhentes for at evaluere et statistisk og repræsentativt udsnit af varelinjerne. Det følger af udbudslovens § 45, stk. 2, og af klagenævnets praksis, at tærsklen for, hvad der udgør et repræsentativt udsnit, er forholdsvis lav. SKI har evalueret 357 varelinjer, hvilket ifølge BDO Statsautoriserede Revisorer – uden hensyntagen til varelinjernes vægtning – indeholdt et konfidensinterval på 95 % og dermed alene en fejlmargen på 5 %. Samme konfidensinterval kunne opnås ved en evaluering af 75-94 varelinjer, såfremt der tages højde for varelinjernes vægtning. Der blev også foretaget en repræsentativ vurdering på tværs af grupperne, herunder også hovedproduktgruppen ”kød og pålæg”.

#### Påstand 8 a og 8 b

Dansk Cater har sammenfattende gjort gældende, at SKI har handlet i strid med principper om effektiv håndhævelse og retsbeskyttelse af tilbudsgivere og om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at indgå kontrakt uden forinden at give tilbudsgiverne en rimelig frist til at indgive klage med anmodning om opsættende virkning.

Dansk Cater har nærmere anført, at ordregivere også uden for anvendelsesområdet for § 3, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud kan være forpligtet til at give tilbudsgiverne en rimelig frist til at anmode om opsættende virkning, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. januar 2016, MultiLine A/S mod Aarhus Universitet, og Domstolens domme i sag C-81/98, Alcatel, og i sag C-212/02, Kommissionen mod Østrig. I forbindelse med det forhandlede udbud havde SKI endvidere fastsat, at rammeaftalen først ville blive indgået ”efter udløb af en 10 dages standstill-periode”, og SKI var derfor forpligtet til at overholde denne frist.

Dansk Cater har ikke udvist passivitet, idet virksomheden allerede dagen efter tildelingsbeslutningen henvendte sig til SKI med anmodning om, at SKI ventede med at indgå kontrakt om rammeaftalen. Dansk Caters mulighed

for at anmode om opsættende virkning har derfor alene været en ”teoretisk reaktionsmulighed” og ikke – sådan som effektiv håndhævelse af udbudsreglerne forudsætter – en egentlig reaktionsmulighed. Det værn, der er i reglerne om opsættende virkning, er afgørende af hensyn til de forbigåede tilbudsgivere og mere overordnet for at sikre, at udbudsreglerne kan håndhæves effektivt. De samme hensyn, der har ført til den lovhjemlede standstill-forpligtelse og reglerne om opsættende virkning, gør sig gældende i den konkrete situation, hvor det forhandlede udbud gennemføres i forlængelse af et annulleret offentligt udbud.

Pligten til at bringe kontrakter til ophør i medfør af udbudslovens § 185, stk. 2, indtræder først efter Klagenævnet for Udbuds afgørelse om at annullere SKIs tildelingsbeslutning - hvis SKI ikke indbringer sagen for domstolene, og hvis SKI ikke vurderer, at der foreligger sådanne særlige omstændigheder, der tilsiger, at rammeaftalen alligevel opretholdes. Bestemmelsen er således ikke tilstrækkelig til at sikre effektiv håndhævelse af udbudsreglerne.

SKI har sammenfattende gjort gældende, at SKI ikke har handlet i strid med principper om effektiv håndhævelse og retsbeskyttelse af tilbudsgivere og om ligebehandling og gennemsigtighed ved at indgå kontrakt uden forinden at give tilbudsgiverne en rimelig frist til at indgive klage med anmodning om opsættende virkning og uden at iagttage den fastsatte standstill-periode.

SKI har nærmere anført, at den tidligere forpligtelse til at indrømme forbigåede tilbudsgivere en rimelig frist til at klage blev afløst af reglerne i kontroldirektivet (håndhævelsesloven) om en standstill-periode. Reglerne om standstill-periode er således introduceret efter afsigelsen af EU-domme, jf. også den usikkerhed som klagenævnet giver udtryk for i klagenævnets kendelse af 5. januar 2016, Multiline A/S mod Aarhus Universitet. I forbindelse med indførelsen af standstill-reglerne blev det besluttet, at den obligatoriske standstill-periode ikke skulle gælde for udbud uden forudgående udbudsbekendtgørelse. Det ville derfor savne mening, hvis man alligevel skulle være underlagt en forpligtelse til ikke at underskrive kontrakten, før forbigåede tilbudsgivere havde haft en rimelig frist til at indbringe en klage. Dette ville i princippet indebære en forpligtelse til at afvente klagenævnets stillingtagen til opsættende virkning og derfor reelt være at sidestille med en standstill-forpligtelse, uden at klagenævnet dog ville være underlagt en tilsvarende 30-dages frist til at behandle anmodningen.

Dansk Cater er sikret et effektivt retsmiddel ved udbudslovens § 185, stk. 2, hvorefter en ordregiver skal bringe en kontrakt eller rammeaftale til ophør med passende varsel, såfremt en tildelingsbeslutning bliver annulleret ved endelig afgørelse eller dom. Virksomheden undlod at indbringe en klage, selv om denne i mere end to døgn ikke var vidende om, at kontrakten var blevet underskrevet. Efter fast praksis fra Klagenævnet for Udbud tillægger klagenævnet endvidere ikke en klage opsættende virkning, hvis det forhold, der klages over, fremgår af det oprindelige udbudsmateriale, jf. klagenævnets delkendelse af 12. januar 2016, Struensee & Co. I/S mod Staten og Kommunernes Indkøbs service A/S. Det er tilfældet i denne sag, hvor der bl.a. klages over, at evalueringsmodellen har været uegnet.

Der gælder ingen standstill-forpligtelse i de situationer, hvor udbuddet er gennemført uden forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. klagenævnetslovens § 3, stk. 3, nr. 1, ligesom det forhold, at man i udbudsmaterialet har tilkendegivet at ville iagttage en standstill-periode, ikke indebærer en udbudsretlig forpligtelse til at følge dette, jf. bl.a. klagenævnets delkendelse af 3. marts 2016, Vossloh Nordic Switch System AB mod Banedanmark.

#### Påstand 9 a

Dansk Cater har sammenfattende gjort gældende, at det forhandlede udbud – med den ulovlige ændring af mindstekravene til ”kritiske” og ”ikke-kritiske” varelinjer og dermed en ulovlig ændring af et eller flere grundlæggende elementer – har været gennemført uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og at der dermed ikke har været gennemført et udbud eller en udbudsproces, der kunne danne grundlag for tildeling af rammeaftalen til Hørkram. Betingelserne er derfor opfyldt for at erklære den indgåede rammeaftale med Hørkram for uden virkning, jf. § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud.

SKI har sammenfattende gjort gældende, at rammeaftalen med Hørkram er indgået efter en forudgående udbudsproces og derfor ikke kan erklæres for uden virkning i medfør af § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud. Ændringen af tærsklen for, hvor mange fejl der måtte være på de ”kritiske” og ”ikke-kritiske” varelinjer, udgør ikke en ændring af et grundlæggende element/mindstekrav. Ændringen, som Dansk Cater først blev op-

mærksom på ved henholdsvis sin replik og sit afsluttende processkrift, er alene af bagatelagtig karakter.

### Påstand 9 b

Dansk Cater har sammenfattende gjort gældende, at de begåede overtrædelser af udbudsreglerne er så alvorlige og væsentlige, at tildelingsbeslutningen – hvis rammeaftalen ikke erklæres for uden virkning – skal annulleres.

Dansk Cater har nærmere anført, at det ikke er en betingelse for annullation af tildelingsbeslutningen, at overtrædelserne har haft konkret betydning for konkurrencens udfald. Overtrædelserne har dog haft konkret betydning, idet SKI ikke uden den ulovlige ændring af mindstekravene til bl.a. ”kritiske” varelinjer kunne indgå rammeaftalen med Hørkram, der havde fejl på de ”kritiske” varelinjer. Endvidere tog evalueringen efter underkriteriet ”Pris” ikke højde for den forventede indkøbsvolumen på behørig vis, og det er derfor ikke muligt at fastslå, om Dansk Caters tilbud skulle have været anset som det økonomisk mest fordelagtige, hvis evalueringen havde været foretaget på en repræsentativ måde og i overensstemmelse med Klagenævnet for Udbuds faste praksis om sortimentsmodeller. Hertil kommer, at den sensoriske bedømmelse blev foretaget i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

SKI har sammenfattende gjort gældende, at SKI – som også nærmere anført ad de enkelte påstande – ikke har overtrådt udbudsreglerne, og at der derfor ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen. I anden række har SKI gjort gældende, at Dansk Cater hverken har påvist eller sandsynliggjort udbudsretlige overtrædelser af en karakter, der efter en konkret væsentlighedsvurdering kan begrunde annullation af udbuddet eller tildelingsbeslutningen.

### Retsgrundlag

I de specielle bemærkninger til lovforslaget bag bestemmelsen i § 2 i udbudsloven (Lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015) om pligten til at overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet fremgår blandt andet:

”Ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet udgør ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Som eksempel herpå kan nævnes, at kriterier for tildeling tilføjes, fjernes eller rækkevidden heraf på andre måder ændres. Kriterierne for tildelingen og deres vægtning skal forblive stabile under hele udbudsproceduren, hvorfor de blandt andet heller ikke kan være genstand for forhandling i forbindelse med udbud med forhandling, jf. § 66, stk. 2.

Endvidere kan der eksempelvis være tale om ændringer af grundlæggende elementer, hvis minimumskrav til egnethed vedrørende den økonomiske og finansielle formåen og tekniske og faglige formåen tilføjes, fjernes eller rækkevidden heraf på andre måder ændres. Derudover vil ændringer af kontraktens genstand og krav til udførelsen af kontrakten kunne være ændringer af grundlæggende elementer. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis der indføres betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte, eller hvis det ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren. Det kan også være tilfældet, hvis den udbudte kontrakts eller rammeaftales økonomiske balance ændres til ansøgerne eller tilbudsgivernes fordel på en måde, som det oprindelige udbudsmateriale ikke gav mulighed for. Endeligt kan det være tilfældet, hvis en ændring af udbudsmaterialet medføre en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde.

Mindstekrav er centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have. Som følge heraf vil ændring af mindstekrav som klart udgangspunkt kunne karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure.

Ligebehandlingsprincippet udelukker derimod ikke ændringer af mindstekrav, hvis ændringen ikke vil kunne påvirke potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure og ikke fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere. I proceduren udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse vil en ændring af mindstekrav altid udgøre en ændring af grundlæggende elementer.”

Af udbudslovens § 66 fremgår blandt andet:

”§ 66. ...

Stk. 2. Det indledende tilbud skal danne grundlag for den efterfølgende forhandling. Der kan ikke forhandles om de endelige tilbud og grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.

Stk. 3. ...

Stk. 4. ...

Stk. 5. Foretages der som følge af forhandlingerne ændringer i udbudsmaterialet, skal alle tilbudsgivere, der ikke er blevet afvist i henhold til stk. 3, orienteres herom. Ordregiveren må ikke foretage ændringer i de grundlæggende elementer i det oprindelig udsendte udbudsmateriale.”

I de specielle bemærkninger til denne bestemmelse er det blandt andet anført:

”... Det fastsættes i bestemmelsens stk. 2, at der kan forhandles om alt undtagen de endelige tilbud og grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling er grundlæggende elementer.

Denne bestemmelse laver en negativ afgrænsning af de elementer, som ordregiveren kan forhandle om i forbindelse med udbud med forhandling.

Det fastslås, at mindstekrav og kriterier for tildeling er grundlæggende elementer. Grundlæggende elementer skal forstås i forhold til § 2, og lovbemærkningerne hertil, hvor det konstateres, at en ændring er en ændring af grundlæggende elementer, hvis ændringen kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Kriterier for tildelingen er et grundlæggende element, og de skal forblive stabile under hele udbudsproceduren. I forhold til mindstekrav er det centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have. Som følge heraf vil ændring af mindstekrav i forbindelse med udbud med forhandling kunne karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden fornyet udbudsprocedure.

...

Ordregiveren har mulighed for at tilpasse udbudsmaterialet på baggrund af forhandlingerne med den enkelte deltager. Det er op til ordregiveren at beslutte, hvilke dele af udbudsmaterialet, der eventuelt skal tilpasses. Ordregiveren anmoder herefter tilbudsgiverne om at afgive nyt tilbud på grundlag af det tilrettede udbudsmateriale.

...

Bestemmelsen i stk. 5 indebærer, at alle tilbudsgivere, der ikke er blevet afvist, jf. § 62, stk. 2, nr. 2, skal orienteres herom, hvis der som følge af forhandlingerne foretages ændringer i udbudsmaterialet.

Endvidere medfører bestemmelsen, at ordregiveren ikke må foretage ændringer af grundlæggende elementer. En ændring af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet er en ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.”

## Klagenævnet udtaler:

### Ad påstand 1

SKI havde i udbudsbetingelserne vedrørende det offentlige udbud i pkt. 10.1 under overskriften ”Samtlige varelinjer i det obligatoriske sortiment skal tilbydes” fastsat:

”Tilbudsgiverne skal byde ind med varer på samtlige varelinjer oplistet i [tilbudslisterne]. Såfremt tilbudsgiver helt undlader at byde ind med varer på en eller flere varelinjer på det obligatoriske sortiment, vil hele tilbuddet være ukonditionsmæssigt og blive afvist. Tilbudsgiver kan således ikke undlade at tilbyde en vare på den enkelte varelinje under det obligatoriske sortiment. ... Der kan dog erfaringsmæssigt ske fejl i tilbudsgivelsen ved udbud af så mange varelinjer, som er tilfældet med nærværende udbud. Derfor har SKI suppleret med retningslinjer for vurdering af konditionsmæssighed, jf. punkt 10.2 - 10.3.”

I pkt. 10.2 om ”Fejl der kan føre til ukonditionsmæssighed” var fastsat:

”Der er tale om en fejl, såfremt tilbudsgiver ikke har udfyldt eller har udfyldt en celle i [tilbudslisterne] forkert. Det kan f.eks. være manglende angivelse af pris, manglende UNSPC kategori, varenummer, der er benyttet for flere varelinjer, mv.

SKI har vurderet, at nedenstående udtømmende liste over fejl i [tilbudslisterne] kan føre til ukonditionsmæssighed, jf. dog punkt 10.3:

- En celle, som tilbudsgiver skal udfylde, er ikke udfyldt, jf. punkt 9.2.1.
- Tilbudsgiver har udfyldt en celle forkert, jf. punkt 9.2.1.
- Der bydes ind med samme varenummer på flere positioner.
- Samme vare bydes ind under flere forskellige varenumre på flere positioner.”

I udbudsbetingelsernes pkt. 10.3 om ”Regler for vurdering (og beregning) af fejl var det i pkt. 10.3.1 blandt andet fastsat, at fejl i ”én eller flere kritiske varelinjer”, der var defineret som ”varelinjer i [tilbudslisterne], der hører under en underproduktgruppe, der har en vægtning (faktor) på 5”, ville medføre, at tilbuddet ”er ukonditionsmæssigt, og tilbuddet vil i sin helhed forkastes.” Om ”mindre kritiske varelinjer”, dvs. ”de øvrige varelinjer” i



tilbudslisterne, der ”indeholder en vægtning (faktor) på 1-4”, var det i pkt. 10.3.2 blandt andet fastsat, at SKI havde besluttet at acceptere ”maksimalt 3 % fejl i det samlede antal varelinjer”.

Efter indholdet og sammenhængen mellem udbudsbetingelsernes pkt. 10.1, 10.2 og 10.3, må disse forstås således, at fejl i udfyldelsen af tilbudslisterne kun ville medføre ukonditionsmæssighed, såfremt der for det første var tale om den type fejl, der fremgik af den udtømmende liste i pkt. 10.2, og for det andet samtidig var tale om en sådan fejl på en af de kritiske varelinjer, jf. pkt. 10.3.1, eller sådanne fejl i flere end 3 % af de mindre kritiske varelinjer, jf. pkt. 10.3.2.

#### *Ad påstandens litra b*

Ved SKIs besvarelse af 4. maj 2016 vedrørende spørgsmål 903 blev 3 %-grænsen i relation til de mindre kritiske varelinjer i pkt. 10.3.2 ændret til 5 %. Denne ændring fandt således sted, inden SKI den 16. juni 2016 meddelte tilbudsgiverne i det offentlige udbud, at dette udbud var annulleret, og at SKI derefter overgik til udbud med forhandling i medfør af udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2.

Ændringen fandt således sted under det forudgående offentlige udbud og ikke – som forudsat i påstandens litra b – under det efterfølgende forhandlingsudbud.

Påstandens litra b tages allerede derfor ikke til følge.

#### *Ad påstandens litra a*

Den 23. juni 2016 – og dermed efter overgangen til udbud med forhandling – ændrede SKI bestemmelsen i udbudsbetingelsernes pkt. 10.3.1 om kritiske varelinjer til:

”Der er en række varelinjer, som ... betragtes som værende særligt kritiske og som skal tilbydes. Det accepteres, dog at tilbuddet indeholder maksimalt 20 kritiske varelinjer med fejl. Hvis der er mere end 20 kritiske varelinjer med fejl, er tilbuddet ukonditionsmæssigt, og tilbuddet vil i sin helhed forkastes.”

Dansk Cater A/S har gjort gældende, at SKI herved har handlet i strid med udbudslovens § 2 og § 66, stk. 2. Den sidstnævnte bestemmelse fastsætter, at der ikke under et udbud med forhandling kan ”forhandles om de endelige

tilbud og grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling". Den anførte ændring blev imidlertid foretaget af SKI på eget initiativ, inden forhandlingerne begyndte. Der er allerede derfor ikke grundlag for at anse udbudslovens § 66, stk. 2, for overtrådt.

I relation til spørgsmålet om, hvorvidt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 er overtrådt, bemærkes indledningsvis, at det påståede forhold ikke direkte er omfattet af den situation om "udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse", hvorom det i de specielle bemærkninger til udbudslovens § 2 antages, at en "ændring af mindstekrav altid [vil] udgøre en ændring af grundlæggende elementer". Dog gælder der efter de ovenfor citerede bemærkninger i et tilfælde som det foreliggende et "klart udgangspunkt" om, at sådanne ændringer vil "kunne karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure". Den generelle bestemmelse i udbudslovens § 2 må endvidere ses i lyset af den specielle bestemmelse i udbudslovens § 66, stk. 5, hvorefter ordregiveren ikke må "foretage ændringer i de grundlæggende elementer i det oprindeligt udsendte udbudsmateriale."

Som anført angik den omtvistede ændring af udbudsbetingelserne udelukkende antallet af fejl i tilbudslisterne, som var af en sådan karakter, at de efter udbudsbetingelserne ville føre til ukondtionsmæssighed. Ændringen angik således ikke en ændring af "juridiske" eller "funktionelle forhold" vedrørende den udbudte kontrakt, jf. herved lovbemærkningerne til § 2, men alene en lempelse af et formkrav til tilbuddet. Lempelsen var egnet til at undgå, at tilbud på grund af en enkeltstående fejl skulle erklæres ukonditionsmæssige, og ændringen var dermed egnet til at øge den faktiske konkurrence.

Det er på den baggrund og henset til udbuddets karakter og omfang godtgjort, at der konkret ikke var tale om en ændring, som var egnet til at påvirke potentielle tilbudsgiveres beslutning om at deltage eller egnet til at fordreje konkurrencen mellem de faktiske tilbudsgivere. Uanset det nævnte klare udgangspunkt var ændringen af det pågældende mindstekrav således ikke en ændring af et grundlæggende element, og ændringen var herefter ikke i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Denne del af påstanden tages derfor heller ikke til følge.

Påstand 1 tages ikke til følge.

### Ad påstand 2

I udbudsbetingelsernes pkt. 10.1 var som nævnt blandt andet fastsat, at tilbudsgiverne skulle byde ind med varer på samtlige varelinjer i tilbudslisterne, og at det ville medføre afvisning af tilbuddet som ukonditionsmæssigt, såfremt en tilbudsgiver helt undlod at byde ind med varer på en eller flere varelinjer på det obligatoriske sortiment. Det var i tilbudslistens kolonne H endvidere fastsat, at "[a]lle tilbudte varer [skulle] opfylde de generelle krav" i kravspecifikationen.

#### *Ad Hørkram Foodservice A/S' fire varer fra Bakkedal i underproduktgruppen "Smørbart blandingsprodukt"*

I underproduktgruppen "Smørbart blandingsprodukt" var det fastsat, at fire kritiske varelinjer (50900016-04014053, 50900016-04014054, 50900016-04014055 og 50900016-04014056) skulle leve op til følgende krav:

"Blandingsprodukt med 75 % fedt. Hvoraf  $\frac{3}{4}$  af fedtet kommer fra syret fløde eller smør og  $\frac{1}{4}$  kommer fra rapsolie."

Hørkram Foodservice A/S tilbød fire produkter fra producenten Bakkedal, og spørgsmålet er herefter, om tilbuddet på den baggrund var ukonditionsmæssigt som anført af Dansk Cater A/S.

Om dette er tilfældet, må i første række afgøres ved at fastlægge, om SKI var forpligtet til at kontrollere de tilbudte produkters konditionsmæssighed. En sådan pligt vil – medmindre andet er fastsat i udbudsbetingelserne – i almindelighed foreligge, når tilbuddene indeholder oplysninger, der gør ordregiveren i stand til at vurdere, om dette er tilfældet. Ordregiveren er herved som udgangspunkt berettiget til at lægge oplysningerne i tilbuddet til grund, jf. udbudslovens § 159, stk. 3 og 5, og § 164, stk. 2, og er alene forpligtet til at kontrollere oplysningerne, hvis der for ordregiveren foreligger omstændigheder, som giver særlig anledning til en sådan kontrol, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 18. maj 2017, Scan Office A/S mod Moderniseringsstyrelsen.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 9.1, ”Generelt”, som var et underpunkt til pkt. 9 om ”Tilbudsafgivelse”, fremgik: ”Der skal kun fremsendes de dokumenter, der er efterspurgt. I det omfang tilbudsgiver vælger at fremsende andre dokumenter ... som del af sit tilbud, er SKI afskåret fra at tillægge disse dokumenter betydning under tilbudsvurderingen, og disse dokumenter vil ikke efterfølgende indgå i kontraktforholdet mellem leverandøren og kunderne eller mellem SKI og leverandøren.” Af pkt. 9.2 om tilbuddenes indhold fremgik blandt andet, hvilke dokumenter der skulle indgå i tilbuddet, herunder tilbudslisterne. Tilbuddet skulle afgives ved at udfylde og indsende dokumenterne, ligesom tilbudsgiverne på SKIs anmodning efterfølgende skulle aflevere de efterspurgte vareprøver. Der blev ikke herved stillet krav om oplysninger om de tilbudte varers sammensætning eller karakteristika i øvrigt.

SKI var på den baggrund som udgangspunkt ikke forpligtet til at undersøge, om de tilbudte produkter levede op til de stillede produktspecifikke krav. SKI kunne derfor som udgangspunkt lægge til grund, at disse blev overholdt.

Det bemærkes i den forbindelse, at det af udbudsbetingelsernes dokument ”Aftalevilkår” fremgik under pkt. 9.1 om ”Dokumentation og redegørelse” blandt andet:

”SKI kan til enhver tid kræve, at Leverandøren fremlægger dokumentation eller en redegørelse for, at de varer, som Leverandøren leverer til opfyldelse af Rammeaftalerne, overholder samtlige krav og beskrivelser i Aftalevilkår, herunder særligt [tilbudslisterne]. ... Opstår der tvivl omkring Leverandørens dokumentation af specifikationer vedrørende en vare, kan SKI kræve, at Leverandøren fremsender originalt produktdata fra producenten ...

Hvor krav rejst mod Leverandøren eller andre omstændigheder måtte skabe begrundet tvivl om, hvorvidt en vare overholder Aftalevilkår eller Rammeaftalens krav og beskrivelser, skal Leverandøren uden ugrundet ophold Skriftligt underrette SKI herom, samt oplyse hvilke handlinger Leverandøren vil foretage for at verificere de pågældende forhold ved varen. Forholdene skal være adresseret på en for SKI tilfredsstillende måde senest 20 Arbejdsdage efter Leverandørens underretning af SKI ...”

Spørgsmålet om produkternes overholdelse af de fastsatte krav var således som udgangspunkt efter udbudsbetingelserne henskudt til en efterfølgende prøvelse i kontraktperioden.

I overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne i udbudslovens § 2, som påstanden angår, ville SKI dog – i tvivlstilfælde være forpligtet til at foretage en nærmere vurdering heraf, jf. tillige udbudslovens § 164, stk. 2.

I tilbuddet fra Hørkram Foodservice A/S var der om de omtvistede smørbarer produkter anført følgende:

SKI-id	Enhedsstørrelser	Tilbud fra Hørkram
50900016-04014053	200-300 g	Smørbar Bakkedal 75 % 250G
50900016-04014054	300-600 g	Smørbar Bakkedal 600G
50900016-04014055	1-3 kg	Smørbar Bakkedal 75 % 2KG
50900016-04014056	5-15 g	Smørbar Bakkedal 75 % 80x8G

Der er ikke i disse oplysninger noget, som kunne give SKI grundlag for tvivl med hensyn til, om produkterne levede op til de stillede krav.

SKI bestemte imidlertid, at tilbudsgiverne skulle aflevere vareprøver af en af de pågældende varer, nemlig varen med enheder a 300-600 gram, og det skal derfor tillige undersøges, om SKI på denne baggrund var forpligtet til at påse, om de tilbudte varer levede op til kravet om produkternes sammensætning.

I udbudsbetingelsernes pkt. 9.2.6 om ”Vareprøver” var det om håndteringen af vareprøver blandt andet fastsat, at

”vareprøver udelukkende har til formål at gøre det muligt for SKI at foretage en kvalitetsvurdering i overensstemmelse med de fastlagte kriterier herfor (Sensorik). Vareprøver har således ikke til formål, at sætte SKI i stand til at foretage en undersøgelse af, hvorvidt grundlæggende elementer er opfyldt. Formålet med opstillede grundlæggende elementer er at sikre, at leverandøren i selve kontraktperioden lever op til disse. Med mindre der opstår tvivl herom, kan det lægges til grund, at indleverede vareprøver overholder opstillede grundlæggende elementer samt krav.”

Der ses ikke i relation til evalueringen af den pågældende vareprøve fra Hørkram Foodservice A/S at være anført bemærkninger vedrørende produktet, der kunne give anledning til tvivl om overholdelsen af produktkravene.

Forholdene vedrørende de fire tilbudte varer i underproduktgruppen ”Smørbart” i tilbuddet fra Hørkram Foodservice A/S gjorde derfor ikke tilbuddet ukonditionsmæssigt. Den omstændighed, at fedtsammensætningen fremgik af emballagen, der blev indleveret som en del af vareprøven, kan på det foreliggende grundlag ikke føre til et andet resultat.

#### *Ad Hørkram Foodservice A/S' tomatpure*

Det fremgik af tilbudslistens kolonne H/I, at det i forhold til den kritiske varelinje ”tomatpure/koncentrat” (nr. 50900016-20027261) blandt andet var et krav, at der var tale om en ”tyk pasta”.

Af tilbuddet fra Hørkram Foodservice A/S fremgik ud over navnet på producenten ”ØKO TOMAT PASSATA/PURE 680 G”. Klagenævnet finder ikke, at dette gav SKI anledning til at tvivle på, at den tilbudte vare levede op til kravet i tilbudslisten.

Tilbudsgiverne skulle også i dette tilfælde aflevere en vareprøve. Af evalueringsrapporten vedrørende vareprøven fra Hørkram Foodservice A/S var anført: ”Det er opfattelsen, at der ikke er tale om en pasta”. En sådan bemærkning fra evalueringspanelet var som udgangspunkt tilstrækkeligt til, at det påhvilede SKI at undersøge, om kravet var opfyldt.

Evalueringspanelets opgave var imidlertid som anført i udbudsbetingelsernes pkt. 9.2.6 ikke at foretage en vurdering af tilbuddenes konditionsmæssighed, og det kan ikke alene på baggrund af den anførte bemærkning fra evalueringspanelet fastslås, at det tilbudte produkt faktisk ikke levede op til kravet, og at tilbuddet derfor skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt. Det bemærkes i den forbindelse – som også Dansk Cater A/S har anført i sit afsluttende processkrift – at der ikke på baggrund af udbudsbetingelsernes indhold kan udledes en fast definition af, hvornår en tilbudt tomatpure skulle anses for en tyk pasta. Det anførte krav var således vagt og uklart og dermed ikke egnet til at blive anvendt som mindstekrav.

SKI ville dermed ikke være berettiget til at håndhæve det om sådant.

Tilbuddet fra Hørkram Foodservice A/S var på den baggrund ikke ukonditionsmæssigt som følge af forhold vedrørende den tilbudte tomatpure/koncentrat.

Påstanden tages ikke til følge.

### Ad påstand 3

Tildelingskriteriet var i udbudsbetingelsernes pkt. 8 fastsat til ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet” med underkriterierne ”Pris” (55 %) og ”Kvalitet” (45 %). Klagenævnet skal tage stilling til, om SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i forhold til underkriteriet ”Pris” at have anvendt en evalueringsmodel, der ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, dvs. det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Det fremgik af udbudsbetingelsernes pkt. 8.2, at evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Pris” ville ske i to tempi, således at prisen på hver varelinje først ville blive evalueret inden for en lineær skala fra 1-5. På grundlag heraf beregnedes dernæst den score, som underproduktgrupperne som sådan ville indgå med i den samlede evaluering. Det skete ved først at beregne gennemsnitlige score for varelinjerne i de enkelte underproduktgrupper. Den gennemsnitlige score pr. undergruppe blev herefter ganget med den vægt mellem 1 og 5, som den enkelte underproduktgruppe var tildelt i tilbudslisterne. Summen af underproduktgruppernes vægtede score

blev endeligt sat i forhold til det maksimalt opnåelige antal point for alle underproduktgrupperne og omregnet til en karakter mellem 1 og 5.

Efter klagenævnets praksis er det i forhold til underkriteriet ”Pris” i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, der nu er implementeret ved udbudslovens § 2, ved et sortimentsudbud som det omhandlede at undlade at foretage en evaluering, som er repræsentativ i forhold til forventede indkøb, hvilket typisk kan ske ved at inddrage et skønnet indkøbsbehov/-volumen eller at foretage en vægtning af hver enkelt varelinje, jf. i den forbindelse klagenævnets kendelser af 1. februar 2013, Abena A/S mod SKI, af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud, og af 28. juni 2016, Stadsing A/S mod SKI. Spørgsmålet om, hvorvidt SKI ved foretagelsen af de pågældende estimater har taget fejl med hensyn til, i hvilket omfang der er mulighed for substitution blandt de udbudte varer, er som altovervejende hovedregel ikke et udbudsretligt spørgsmål, jf. klagenævnets kendelse af 9. januar 2017, Abena A/S mod SKI.

Som det fremgår, indgik der ikke i udbuddet oplysninger om det forventede forbrug pr. varelinje. Der skete imidlertid en vægtning af prisen på den enkelte varelinje i den samlede evaluering, og den enkelte varelinjes vægt var således dels afhængig af vægten (1-5) af den produktundergruppe, som varen tilhørte, dels af, hvor mange andre varer der også indgik i samme undergruppe.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 8 fremgik, at denne vægtning var ”baseret på en vurdering af undergruppens vigtighed for SKI’s Kunder samt estimeret indkøbsvolumen”. Som det fremgår, blev der ved denne vægtning – ud over det estimerede indkøbsvolumen – også lagt vægt på underproduktgruppens ”vigtighed for SKI’s Kunder”. Dette element, der ikke er nærmere beskrevet, er imidlertid efter sin ordlyd uden betydning for prisen på den udbudte ydelse, idet det ikke har indflydelse på størrelsen af det beløb, kunderne skal betale for de udbudte varer eller kundernes omkostninger mv. Ved at inddrage dette element ved fastsættelsen af vægtingen for den enkelte produktgruppe har SKI således inddraget et element i evalueringen efter underkriteriet ”Pris”, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Som nævnt havde antallet af varelinjer i den enkelte produktundergruppe også betydning for vægten af prisen for den enkelte varelinje, der indgik i



produktundergruppen. Vægtningen skete som nævnt på produktundergruppeniveau ved beregning af en gennemsnitlig score for hver produktundergruppe, og dermed kom hver varelinje i en undergruppe reelt til at indgå med samme vægt som andre produkter i samme produktundergruppe. Der blev således inden for undergruppen alene foretaget en indirekte, kollektiv vægtning. Det betød, at jo flere varelinjer, der indgik i en undergruppe, desto mindre ville prisen på en varelinje i den pågældende produktundergruppe komme til at vægte i den samlede evaluering.

Ved sammenligning af, hvor stor en vægt de enkelte varelinjer i en produktundergruppe kom til at indgå med i den samlede evaluering, kan det således konstateres, at varelinjer i mindre produktundergrupper, der var angivet med en lav vægt (efter vigtighed for SKIs kunder samt estimeret indkøbsvolumen) i nogle tilfælde kom til at vægte mere end varelinjer i større produktundergrupper, der var givet en høj vægt, og at varelinjer i forskellige produktundergrupper med samme vægtning indgik med en meget forskellig vægt i den samlede evaluering. Klagenævnet finder, at det i begge tilfælde må anses for helt usandsynligt, at dette skulle kunne begrundes i det estimerede indkøbsvolumen.

Dansk Cater A/S har således fremlagt ubestridte beregninger, der viser følgende:

- At fx prisen på krebsehaler, der indgik i produktundergruppen ”rejer og skaldyr” (vægt 5), vægtede mere end 2½ gange så meget som f.eks. prisen på 1 liter minimælk med 6 dages holdbarhed, der indgik i produktundergruppen ”minimælk” (vægt 5) i den samlede evaluering.
- At prisen på varelinjer under produktundergrupperne ”jordnøddesmør” og ”majsstivelse” (vægt 1) kom til at indgå med en vægt, der var næsten 7 gange så høj som produkter inden for underproduktgruppen ”svinekød, delstykker” (vægt 5).

Klagenævnet finder det på den baggrund godtgjort, at varelinjernes indirekte vægtning på produktundergruppeniveau ikke var egnet til at reflektere det forventede indkøb. Modellen var således ikke egnet til at bidrage til at identificere tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet, således som dette var fastsat i henhold til udbudsbetingelsernes pkt. 8.

En sådan model er derfor – uanset den som også anført ved behandlingen af påstand 4 fremgik udtrykkeligt af udbudsbetingelserne – i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudslovens § 2.

Klagenævnet tager på den baggrund påstanden til følge.

#### Ad påstand 4

Af udbudsbetingelsernes pkt. 8.2, herunder navnlig den deri anførte figur, fremgik entydigt, hvordan prisen på de enkelte varelinjer ville blive bedømt, og hvordan denne bedømmelse som led i vægtningen af de enkelte underproduktgrupper ville indgå i den samlede evaluering af tilbuddene i relation til underkriteriet ”Pris”. Det fulgte således entydigt, at der herved skete en indirekte vægtning af den enkelte varelinje.

Af de tilbudslister, som tilbudsgiverne skulle udfylde, fremgik for hver varelinje, hvilken underproduktgruppe varen hørte til, og med hvilken vægt denne underproduktgruppe ville indgå i den samlede evaluering af tilbuddene i relation til underkriteriet ”Pris”.

Ved at sammenholde med det samlede antal varelinjer i udbuddet, antallet af underproduktgrupper og disse gruppers vægt havde tilbudsgiverne således de nødvendige oplysninger til at sætte sig ind i evalueringsmodellens indhold og funktion.

Påstanden tages ikke til følge.

#### Ad påstand 5-7

##### *Var testningen retvisende?*

Det lægges til grund, at Hørkram Foodservice A/S og Dansk Cater A/S i 62 af de 357 kvalitetsevaluerede vareprøver tilbød ens varer, og at disse i 33 tilfælde blev evalueret ens og således tildelt ens antal point, mens de i de 29 øvrige tilfælde blev vurderet forskelligt og således tildelt forskellige antal point. I 19 af de 29 tilfælde fik Hørkram Foodservice A/S flere point end Dansk Cater A/S, mens Dansk Cater A/S fik flest point for 10 varelinjer. Samlet fik Hørkram Foodservice A/S for disse varer 13 point flere end Dansk Cater A/S.

Det anførte indebærer, at der blev givet forskellige karakterer for ens produkter i ca. 47 % af de tilfælde, hvor det er muligt at sammenligne karaktergivningen for ens produkter. Der er således ikke nogen nævneværdig forskel på, hvor ofte ens varer blev givet samme eller forskellige point. Dertil kommer, at begge tilbudsgivere i en væsentlig andel af tilfældene fik færre point for en vareprøve, end den anden tilbudsgiver fik for den tilsvarende vareprøve.

Klagenævnet finder på den baggrund, at det må anses for usandsynligt, at disse forhold i væsentlig grad skyldes tilbudsgivernes ukorrekte behandling af deres egne varer i perioden indtil levering af vareprøverne.

Det må derfor lægges til grund, at de forskellige bedømmelser skyldes mangelfulde forhold ved evalueringssituationen.

*Var vareprøverne udvalgt repræsentativt?*

Det var i udbudsbetingelsernes pkt. 8.3 fastsat, at kvalitetsevalueringen skulle foretages på baggrund af en sensorisk evaluering af vareprøver, som tilbudsgiverne skulle aflevere i henhold til pkt. 9.2.6. Det var i udbudsbetingelsernes pkt. 8.3.1 om ”Evaluering af Sensorik” fastsat, at evalueringen af vareprøverne ville blive foretaget af et ekspertpanel, ligesom det var beskrevet, hvordan dette panel ville foretage den sensoriske evaluering i forhold til de udvalgte vareprøver.

Med hensyn til udvælgelsen af de varer, der skulle afleveres vareprøver af, var det i udbudsbetingelsernes pkt. 8.3.1 videre fastsat, at tilbudsgiverne først efter tilbudsfristens udløb ville få oplyst, hvilke varer der ønskedes vareprøver af, og at der ville blive

”evalueret på et repræsentativt udsnit varer på tværs af hovedproduktgrupper og produktgrupper.

Varene, som ligger til grund for evalueringen af Sensorik, vil blive valgt ud fra:

- Hvor stor en del af omsætningen, de udgør af den samlede historiske omsætning for et udvalg af SKIs kunder
- Hvor benyttet den pågældende vare er i dagligdagen
- Vigtigheden ift. tilberedning af måltider.”

SKI var som følge heraf forpligtet til strengt at følge den fastsatte fremgangsmåde, idet tilbudsgiverne inden for rammerne af det anførte måtte forventes at tilrettelægge deres tilbud med henblik på optimering af deres chancer for at vinde udbuddet. Dertil kommer, at evalueringen, såfremt denne ikke kan anses for at være sket på et repræsentativt grundlag, må anses for ikke at have været egnet til at bidrage til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Tilbudsgiverne fik den 29. juli 2016 en liste over, hvilke 358 varer der skulle leveres vareprøver af. En vare udgik, da den var udgået af sortimentet, jf. besvarelsen af spørgsmål 496, og det således var en fejl, at denne var blevet udvalgt.

SKI valgte i den forbindelse at se bort fra varelinjer, hvor det kunne identificeres, at alle tre tilbudsgivere havde tilbudt den samme vare, hvilket var i strid med det anførte i udbudsbetingelserne om, at evalueringen ville ske på grundlag af vareprøverne. Dette var ikke i overensstemmelse med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, jf. udbudslovens § 2.

SKI havde fastsat, at man ville lægge vægt på, hvor stor en del af omsætningen, de udvalgte produkter udgjorde af den samlede historiske omsætning for et udvalg af SKIs kunder, hvor benyttet den pågældende vare er i dagligdagen og vigtigheden i forhold til tilberedning af måltider. Det var i overensstemmelse hermed, at der primært blev valgt mellem varelinjer, der tilhørte underproduktgrupper, der vægtede med 4 eller 5, idet disse efter indholdet af udbudsbetingelsernes pkt. 8 netop var kendetegnet ved udtryk for en ”vurdering af underproduktgruppens vigtighed for SKI’s Kunder samt estimeret indkøbsvolumen”. Uanset dette var det imidlertid ikke gennemsigtigt, at der slet ikke blev testet på andre og mindre betydende varelinjer.

Dansk Cater A/S har i relation til påstand 6 gjort gældende, at de udvalgte varelinjer ikke som fastsat i udbudsbetingelserne var repræsentative, og det må derfor undersøges, om der er grundlag for at antage, at udvælgelsen har medført, at udvalget ikke var repræsentativt.

Udvalget af vareprøver blev efter det oplyste endvidere foretaget af en rådgivergruppe med fødevarefaglig kompetence. Der var således ikke tale om et stikprøvevist udvalg, hvilket må anses for en forudsætning for, at antallet

af prøver i sig selv kan tale for, at der er sket et repræsentativt udvalg, idet der ellers ikke er noget grundlag for at antage, at stikprøverne vil følge en normalfordeling, jf. herved den e-mail af 12. december 2016 fra revisorfirmaet BDO, som SKI har fremlagt. Derimod består der en ikke ubetydelig risiko for, at der ved udvælgelsen lægges vægt på andre, ikke relevante forhold, herunder f.eks. hensynet til at lette den praktiske tilrettelæggelse af den sensoriske test.

Ved vurderingen har klagenævnet navnlig lagt vægt på følgende:

- I tilbudslisten vedrørende *konventionelle produkter* omfattede hovedproduktgruppen Kød & Pålæg i alt 651 varelinjer, hvilket svarer til ca. 15 % af de i alt 4.463 varelinjer.

Blandt disse var 244 varelinjer med forskellige typer af fersk kød, hvilket svarer til ca. 37 % af varelinjer i hovedproduktgruppen. 196 varelinjer omfattede kød på frost (ca. 30 %), og 15 varelinjer svarende til ca. 2 % angik patéer eller leverpostej. De øvrige varelinjer omtales ikke nærmere her.

Af de nævnte 651 varelinjer med konventionelle kød og pålægsvarer var 365 linjer (56 %) i en underproduktgruppe med vægten 4 eller 5, således at de indgik blandt de varelinjer, som SKI valgte vareprøverne ud fra. Der var heriblandt 143 varelinjer med fersk kød, hvilket svarer til ca. 39 % af de 365 varelinjer. Der var endvidere 75 varelinjer, svarende til ca. 21 %, med kød på frost, der indgik i underproduktgrupper med vægten 4 eller 5, mens ca. 3 % af varelinjerne (10 stk.) indgik i en undergruppe med en vægt på 4 eller 5, som angik patéer eller leverpostej. De øvrige varelinjer omtales ikke på dette sted.

- I tilbudslisten med *økologiske produkter* indeholdt hovedproduktgruppen Kød & Pålæg i alt 364 varelinjer, hvoraf 200 (ca. 55 %) indgik i underproduktgrupper med vægten 4 eller 5.

Der var i alt 183 varelinjer vedrørende fersk kød, hvilket svarer til ca. 50 % af den samlede hovedgruppe, og heraf var der 94 (ca. 51 %), der indgik i undergrupper med vægten 4 eller 5. Der var 75 varelinjer med kød på frost, og heraf var der 24 (ca. 26 %) af de 94, der

indgik i en underproduktgruppe med vægten 4 eller 5. Der var 11 varelinjer vedrørende patéer eller leverpostej, hvoraf 8, svarende til ca. 9 % af de 94, indgik i en underproduktgruppe med vægten 4 eller 5.

- Til gennemførelsen af den *kvalitative evaluering (sensoriske test)* udvalgte SKI i alt 59 vareprøver fra hovedgruppen Kød & Pålæg. Det svarer til ca. 6 % af det samlede antal varelinjer i de to hovedgrupper og ca. 10 % af varelinjerne i hovedproduktgrupperne, der indgik i en underproduktgruppe med vægten 4 eller 5. Af de i alt 59 testede varelinjer angik 0 % en varelinje med fersk kød, ca. 5 % (3 prøver) angik varelinjer med kød på frost, og 22 % (13 varelinjer) angik varelinjer med pateer eller leverpostej.

Klagenævnet finder det på den baggrund og uanset det relativt store antal vareprøver, der blev gennemført, godtgjort, at SKI ikke har foretaget et repræsentativt udsnit af de tilbudte varer, således som dette blev fastsat i udbudsbetingelserne.

Da den kvalitetsmæssige evaluering herefter ikke er foretaget på grundlag af et repræsentativt udvalg af vareprøver, kan det ikke lægges til grund, at den har været egnet til at bidrage til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Efter det anførte var den kvalitative evaluering ikke beskrevet retvisende.

Klagenævnet tager på den baggrund påstandene 5, 6 og 7 til følge.

#### Ad påstand 8 a – 9 b

Påstand 1 er ikke taget til følge, og der er allerede derfor ikke grundlag for at tage påstand 9 a til følge.

Efter klagenævnets konstatering af overtrædelserne i påstand 3 og 5-7, tager nævnet påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen til følge, jf. påstand 9 b.

Klagenævnet kan efter klagenævnslovens § 10, stk. 2, blandt andet afgøre en sag i realiteten helt eller delvis. Hvis klagenævnet behandler en sag delvis, tager nævnet ikke stilling til den øvrige del af klagen. Under hensyn til

klagenævnets resultat vedrørende påstand 9 b, tager nævnet ikke stilling til påstandene 8 a og 8 b.

### Ad sagsomkostninger

Efter sagens udfald, forløb og omfang skal Staten og Kommunernes Indkøbs service A/S betale sagsomkostninger for klagenævnet til Dansk Cater A/S med 100.000 kr. til godtgørelse af udgifter til advokatbistand. Klagenævnet har ved fastsættelsen af beløbet endvidere lagt vægt på den betydelige værdi af den udbudte kontrakt, jf. herved klagenævnsbekendtgørelsens § 9, stk. 5, jf. stk. 6.

### Herefter bestemmes:

#### Ad påstand 3

Staten og Kommunernes Indkøbs service A/S har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i forhold til underkriteriet ”Pris” at have anvendt en evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

#### Påstand 5

Staten og Kommunernes Indkøbs service A/S har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i forbindelse med evalueringen af ”Kvalitet (sensorisk test)” at have anvendt en evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

#### Påstand 6

Staten og Kommunernes Indkøbs service A/S har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og Staten og Kommunernes Indkøbs service A/S’ egne udbudsbetingelser, da de vareprøver, der blev udtaget til brug for evalueringen af underkriteriet ”Kvalitet (sensorisk test)”, ikke udgør et repræsentativt udsnit af varer.

#### Påstand 7

Staten og Kommunernes Indkøbs service A/S har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og udbudslovens § 160 ved ikke i tilstrækkeligt omfang at have beskrevet grund-

laget for evalueringen af det kvalitative underkriterium ”Kvalitet (sensorisk test)” i udbudsmaterialet.

Staten og Kommunernes Indkøbs service A/S’ beslutning af 2. november 2016 om at tildele kontrakten til Hørkram Foodservice A/S annulleres.

Påstandene 1, 2, 4 og 9 a tages ikke til følge.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 8 a og 8 b.

Staten og Kommunernes Indkøbs service A/S skal i sagsomkostninger til Dansk Cater A/S betale 100.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Nikolaj Aarø-Hansen

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Jeanne Schou  
chefkonsulent