

K E N D E L S E

Smart Home ApS
(advokat Brian Sørensen, Aarhus)

mod

Københavns Kommune
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 153-274444 af 7. august 2014 udbød indklagede, Københavns Kommune (Sundheds- og Omsorgsforvaltningen), som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale med én leverandør om levering og installering af toiletsæder med indbygget bruse- tørrefunktion på plejecentre og i egen bolig.

Blandt andre Smart Home ApS (klageren) og Welltech A/S indgav tilbud inden for tilbudsfristen den 22. september 2014.

Den 6. oktober 2014 meddelte indklagede klageren (og de øvrige tilbudsgivere), at indklagede havde besluttet at tildele kontrakten til Welltech A/S.

Klagenævnet har den 16. oktober 2014 modtaget en klage fra klageren over udbuddet.

Klageren har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning (påstand 2).

Indklagede har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har besluttet ikke at træffe afgørelse vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning, men i stedet afgøre sagen.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede i EU udbud nr. 2014/S 153-274444 i henhold til ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivet art. 2 skal afvise tilbuddet fra Welltech A/S, da det produkt, der blev tilbudt af Welltech A/S, ikke opfylder Bygningsreglementets krav om tilbagestrømningssikring af vandforsyningssystemer.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at have taget tilbuddet fra Welltech A/S i betragtning. Klagenævnet skal derfor annullere indklagedes beslutning om at tildele aftalen til Welltech A/S.

Indklagede har nedlagt påstand om afvisning og subsidær påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder:

Af udbudsbekendtgørelsens punkt IV.2.1 fremgår, at tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne (1) Pris, der vægter 50 %, (2) Funktionalitet, der vægter 40 % og (3) Kvalitet, der vægter 10 %.

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

»2.2 Den udbudte ydelse

...

Foruden levering af toiletsæde skal tilbudsgiver give tilbud på udførsel af en række arbejdsopgaver, som alle har relation til opsætning og installation af toiletsædet.

Opgaven indeholdt i opsætnings- og installationsopgaven er som følger:

Installation af toiletsæde med indbygget bruse- og tørrefunktion

Ved installation forstås opsætning eller tilslutning af toiletsæder på de fem angivende plejecentre. Leverandøren skal i den forbindelse også anlægge el og foretage det nødvendige vvs arbejde for at kunne installere toiletsædet.

...

Opgaven indeholdt i opsætnings- og installationsopgaven er som følger:

Installation af toiletsæde

Ved installation forstås opsætning eller tilslutning af toiletsædet i borgers eget hjem. Leverandøren skal i den forbindelse også anlægge el og foretage det nødvendige vvs arbejde for at kunne installere toiletsædet.

...

Generelle krav til ydelsen er oplistet i ydelsesbeskrivelsen appendiks 2. Omfanget af aftalen ses nedenfor.

...

4 Tildelingskriterium, under- og delkriterier

...

Hjælpemiddelcentret vil basere evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet Pris på en beregning af priserne for det tilbudte produkt og ydelser sammenholdt med det forventede forbrug.

...

Vurdering af underkriteriet Funktionalitet foretages af et bedømmelsesudvalg bestående af repræsentanter fra Arbejdsmiljø København, Hjælpemiddelcentrets teknologiteam samt medarbejdere fra de berørte plejehjem, se udbudsbetingelserne punkt 2.2. Vurderingen foretages på baggrund af tilbudsgivers beskrivelser samt på baggrund af bedømmelsesudvalgets vurdering af produkterne.

Der vil ved evalueringen blive lagt vægt på produkternes funktionalitet. Der vil blive vurderet på funktionerne i dysserne, tørrefunktion, skyllekapacitet, mulighed for programmering af produkterne, toiletsædets kompabilitet med forskellige toiletter samt produkternes brugervenlighed. Det vægtes, at produkterne har forskellige funktioner, der tilgodeser forskellige borgergrupper og funktionsnedsættelser. Desuden vægtes det, at produkterne har en høj grad af bruger- og vedligeholdelsesvenlighed. Oplysninger om funktionalitet skal beskrives i tilbudsskema 2.

Vurdering af underkriteriet Kvalitet foretages ligeledes af et bedømmelsesudvalg i Københavns Kommune på baggrund af tilbudsgivers beskrivelser samt på baggrund af bedømmelsesudvalgets vurdering af produkterne.

Der vil ved evalueringen blive lagt vægt på toiletsædernes holdbarhed. Oplysninger om kvalitet skal beskrives i tilbudsskema 3. Oplysninger

om funktionalitet og kvalitet angives i tilbudsskema 2 og 3. Foruden vægtes helhedsindtrykket af funktionalitet og kvalitet.«

Af kravspecifikationen i udbudsbetingelsernes appendix 2 »Specifikation af krav til ydelsen samt leverandørens indsats og forpligtelser« fremgår bl.a.:

»2. Ydelse

2.1 Leverandørens forpligtelser

- Leverandøren skal sikre, at der til enhver tid vil blive stillet de nødvendige ressourcer til rådighed for udførelsen af Rammeaftalens opgaver.
- Herudover er Leverandøren til enhver tid forpligtet til at overholde myndighedskrav og gældende lovgivning.

...

3 Produkt og ydelse

I det følgende er kravene til de tilbudte produkter og ydelser beskrevet.

...

3.2 Kvalitet og produktspecifikationer

Kvalitet, produktdatablade og vareprøver i henhold til Leverandørens tilbud. Det er et ufravigeligt krav, at produkterne opfylder den til enhver tid gældende miljølovgivning, byggelovgivning, direktiver, standarder, branchenormer, krav til CE-mærkning med videre.«

Det af Welltech A/S indleverede tilbud var bilagt »Tilbudsskema 4 – Forbehold«, hvori Welltech A/S udover kontaktoplysninger har anført:

»NB:

Welltech har ingen forbehold til udbuddet.«

Af underretningen af 6. oktober 2014 om tildelingen fremgår det, at klagerens tilbud blev vurderet som det fjerdebedste tilbud ved udbuddet med en samlet pointtildeling på 49 mod Welltech A/S' 61 point. Det næstbedste tilbud blev tildelt 54 point.

I forbindelse med en korrespondance mellem indklagede og klageren efter den 6. oktober 2014 i anledning af klagerens påstand om, at Welltech A/S' tilbud var ukonditionsmæssigt, har indklagede den 17. oktober 2014 modtaget en af Teknologisk Institut udarbejdet »Risikovurdering for tilbage-

strømning« vedrørende Welltech A/S' toiletsæder. Af erklæringen, der er udateret, men efter det oplyste modtaget af Welltech A/S den 19. juni 2014, fremgår bl.a.

»Det er ikke realistisk, at installere toiletsædets vandtilførsel med en kategori 5 sikring. Risikoen for, at der samtidig indtræder hændelser, som beskrevet over, er så små, at det ikke er statistisk muligt at lave en samlet risikoberegning af dette. Det er derfor Instituttets vurdering, at den måde som toiletsædet monteres på, er forsvarlig i forhold til DS/EN 1717.«

Parternes anbringender

Indklagedes afvisningspåstand

Indklagede har gjort gældende, at klagen er udsigtsløs og åbenbart ubegrundet og derfor skal afvises under henvisning til § 10, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne. Klagen hviler på den grundlæggende misforståelse, at indklagede i forbindelse med evalueringen af tilbuddene skulle have været forpligtet til at påse, om de tilbudte løsninger vil kunne installeres i overensstemmelse med bygningsreglementets regler. Det er imidlertid et grundlæggende udbudsretligt princip, at en ordregivende myndighed alene kan vurdere de afgivne tilbud på det grundlag, der er fastlagt i udbudsbetingelserne. Indklagede havde ikke beskrevet i udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne skulle dokumentere, at de ville være i stand til at installere de tilbudte produkter i overensstemmelse med bygningsreglementet, og tilbudsgiverne har af samme grund heller ikke forholdt sig til dette i de afgivne tilbud. Spørgsmålet om, hvorvidt installationen af de tilbudte toiletsæder vil kunne ske i overensstemmelse med bygningsreglementets regler, er reelt et myndighedsspørgsmål samt et kontraktuelt anliggende mellem indklagede og Welltech A/S, når rammeaftalen er indgået. Forholdet er ikke omfattet af klagenævnets kompetence.

Klageren har gjort gældende, at klagen ikke er udsigtsløs og åbenbart ubegrundet. Klageren har henvist til det, der er anført vedrørende påstand 1.

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra Welltech A/S ikke var konditionsmæssigt, da de af Welltech A/S tilbudte produkter ikke opfylder bygningsreglementets krav vedrørende tilbagestrømningssikring. Indklagede har derfor været forpligtet til at afvise tilbuddet. Det fremgår af udbudsbe-

tingelsernes »Specifikation af krav til ydelsen samt leverandørens indsats og forpligtelser«, at leverandøren til enhver tid er forpligtet til at opfylde myndighedskrav og gældende lovgivning. Villkåret indebærer, at det er et krav til et konditionsmæssigt tilbud, at de toiletter, der var indeholdt i tilbuddet, opfylder Bygningsreglementets bestemmelser.

De af Welltech A/S tilbudte toiletter opfylder ikke kravene i bygningsreglementet, da de ikke har en mediumkategori 5 sikring mod tilbagestrømning af behandlet vand. Den udaterede skrivelse fra Teknologisk Institut, som klageren har modtaget kopi af efter indleveringen af klageskriftet, viser ikke, at produkterne fra Welltech A/S opfylder kravene. Skrivelsen viser derimod klart, at gældende krav om tilbagestrømningssikring ikke er opfyldt. Dette har klageren fået bekræftet ved en efterfølgende henvendelse til Teknologisk Institut, der har oplyst, at den pågældende skrivelse er rekvireret til brug for Welltech A/S' ansøgning om dispensation fra de pågældende regler i forbindelse med en allerede gennemført installation af Welltech A/S' produkter på et plejehjem i Vejle. Det af Welltech A/S tilbudte produkt er konstrueret på en sådan måde, at der ikke er og ikke kan etableres den påkrævede tilbagestrømningssikring. Alternativet vil være et eksternt luftgab ved hver enkelt toilet, hvilket imidlertid indebærer større installationsmæssige foranstaltninger, der ikke vil være i overensstemmelse med udbuddet.

Kravet om tilbageløbssikring er af en sådan karakter, at indklagede burde have stillet specifikke krav herom i udbudsmaterialet, herunder om fremlæggelse af dokumentation herom.

Indklagede havde allerede ved evalueringen af tilbuddene en sådan viden, at indklagede burde have foranstaltet nærmere undersøgelser af, om tilbuddene opfyldt kravene om tilbageløbssikring, jf. bl.a. det af klageren indsendte Tilbudsskema 3, der indeholder en klar og præcis beskrivelse af, hvilke krav der stilles til tilbagestrømningssikring, oplysningerne fra producenten Geberit, der deltog i forbindelse med klageren produktfremvisning den 24. september 2014, og under fremvisningen i detaljer redegjorde for, at klagerens produkt opfyldt kravene, mens mange produkter på markedet ikke gør, samt at der var en meget betydelig prisforskel mellem de tilbud, hvor det er godt gjort, at kravene til tilbagestrømningssikring var opfyldt og de øvrige tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke har været noget grundlag for at anse tilbuddet fra Welltech A/S for ukonditionsmæssigt. Indklagede havde benyttet en fremgangsmåde, hvor kravspecifikationen blot skulle danne grundlag for de afgivne tilbud, uden at der var stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle beskrive eller dokumentere, at de ville kunne opfylde alle de krav, der var opstillet i kravspecifikationen. Tilbuddet fra Welltech A/S opfyldte alle de krav, der var opstillet i udbudsbetingelserne, og det var specifikt fremhævet i tilbuddet, at Welltech A/S' tilbud ikke indeholdt forbehold for udbudsbetingelserne. Indklagede har således været såvel berettiget som forpligtet til at betragte tilbuddet fra Welltech A/S som konditionsmæssigt.

Det har ligget helt uden for rammerne af tilbudsevalueringen, som den var beskrevet i udbudsbetingelserne, og følger heller ikke af udbudsreglerne i øvrigt, at indklagede skulle være forpligtet til at påse, at de produkter, som var tilbudt, ville kunne installeres i overensstemmelse med bygningsreglementet eller andre relevante regelsæt. Hertil bemærkes i øvrigt, at indklagede ikke i kravspecifikationen har afskåret muligheden for, at installationen af toiletsæderne baserer sig på en dispensation fra bygningsreglementets regler, jf. byggelovens § 22 og bygningsreglementets punkt 1.13. Indklagede har blot fastslået, at produkterne skal installeres i overensstemmelse med en række relevante regelsæt, herunder byggelovgivningen.

Indklagede anerkender, at en ordregivende myndighed i visse tilfælde kan være forpligtet til at foretage en nærmere undersøgelse af et tilbud, hvis ordregiveren modtager oplysninger, som gør det klart, at et tilbud ikke som ellers antaget er konditionsmæssigt. En sådan situation har imidlertid ikke foreligget ved dette udbud, allerede af den grund, at det slet ikke var et krav ved tilbuddet, at tilbudsgiverne på tilbudstidspunktet skulle dokumentere, at de ville kunne installere de tilbudte toiletsæder i overensstemmelse med bygningsreglementet. Dertil kommer, at de oplysninger om de af Welltech A/S tilbudte sæder, som klageren har forelagt for indklagede efter tildelingen, ikke har haft en karakter, der har givet indklagede anledning til at betvivle, at Welltech A/S vil kunne leve op til bygningsreglementet ved installationen af toiletsæderne. Yderligere har indklagede på et møde med Welltech A/S den 14. oktober 2014 fået bekræftet, at de tilbudte sæder vil kunne installeres i overensstemmelse med bygningsreglementet, modtaget kopi af risikovurdering fra Teknologisk Institut, og i tilbuddet fra Welltech A/S fået oplyst, at de tilbudte toiletsæder også leveres og installeres hos andre offentlige myndigheder (Fællesindkøb Fyn og Horsens Kommune).

Klagenævnet har i en lang række kendelser fastslået, at en ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at kontrollere, om et tilbudt produkt opfylder opstillede mindstekrav, med mindre der foreligger helt særlige omstændigheder. Sådanne særlige omstændigheder har på ingen måde foreligget i nærværende sag, hvor klageren blot i standstill-perioden på baggrund af flere henvendelser har forsøgt at give indklagede det indtryk, at klagerens produkt er det eneste på markedet, der vil kunne installeres i overensstemmelse med bygningsreglementet. Indklagede er på intet tidspunkt blevet forelagt oplysninger af en karakter, der har givet indklagede anledning til at betvivle, at de af Welltech A/S tilbød toiletsæder vil kunne installeres lovligt i henhold til gældende byggelovgivning.

Samlet set har der således intet grundlag været for at anse tilbuddet fra Welltech A/S som ukonditionsmæssigt – hverken i forbindelse med den oprindelige evaluering eller i forbindelse med den efterfølgende korrespondance med klageren.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at såfremt indklagede, i tilfælde som det foreliggende, kan undlade at tillægge den manglende overholdelse af det pågældende lovkrav betydning, vil det indebære et betydeligt brud på kravet om ligebehandling. Det vil føre til en praksis, hvor tilbudsgivere vil være nødt til at tilbyde ulovlige produkter m.v. for at kunne komme i betragtning til opgaverne og kalkulere med, at det ikke opdages, at kravene ikke er opfyldt eller kalkulere med, at der efterfølgende kan opnås dispensation. Det har ikke været formålet med konkurrencereglerne.

Det er klagerens opfattelse, at klagerens tilbud reelt er det højeste-scorende tilbud baseret på produkter, der opfylder kravene, hvorfor det ikke kan tillægges betydning, at klageren ikke i indklagedes første evaluering er næsthøjst-scorende. Indklagedes tildelingsbeslutning skal derfor annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er sket overtrædelse af udbudsreglerne, som hævdet af klageren, hvorfor der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet har ikke fundet fuldt tilstrækkelig grundlag for at afvise klagen med henvisning til håndhævelseslovens § 10, stk. 2.

Afgørende for, om et tilbud er ukonditionsmæssigt som følge af, at et mindstekrav ikke er overholdt, er alene tilbuddets indhold sammenholdt med udbudsbetingelsernes mindstekrav, således som disse objektivt må forstås. En ordregiver har som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af de oplysninger, som fremgår af et tilbud. Dette gælder også en tilbudsgivers bekræftelse af, at et mindstekrav er overholdt. Hvis det er åbenbart, at oplysninger fra en tilbudsgiver er forkerte, kan det imidlertid være i strid med princippet om ligebehandling, hvis ordregiveren lægger de pågældende oplysninger til grund ved sin vurdering af tilbuddet. Ligeledes kan det være i strid med princippet om ligebehandling, hvis ordregiveren efter tilbudsevalueringen, men inden kontraktindgåelse, bliver opmærksom på forhold, der rejser begrundet tvivl om, hvorvidt et tilbud er konditionsmæssigt, uden at ordregiver herefter genovervejer sin vurdering.

Indklagede har i udbudsbetingelserne stillet krav om, at den tilbudte ydelse skulle opfylde bl.a. bygningsreglementets krav, men har ikke i udbudsbetingelserne fastsat et specifikt krav om, at de tilbudte toiletter skulle have en »mediumkategori 5 sikring mod tilbagestrømning af behandlet vand«. Welltech A/S har udtrykkeligt i sit tilbud erklæret, at tilbuddet ikke indeholder forbehold. Det er derfor ikke åbenbart, at Welltech A/S i sit tilbud har givet forkerte oplysninger.

Erklæringen fra Teknologisk Institut og klagerens argumentation om, at det Welltech A/S har tilbudt, ikke lever op til bygningsreglementet, giver ikke grundlag for at fastslå, at der er rejst begrundet tvivl om, hvorvidt tilbuddet fra Welltech A/S var konditionsmæssigt.

Klagen tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Klageren, Smart Home ApS, skal i sagsomkostninger til indklagede, Københavns Kommune, betale 5.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig