

K E N D E L S E

WinnCare Nordic ApS
(advokat Anja Piening, København)

mod

Aarhus Kommune
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 065-168541 af 28. marts 2022, offentliggjort den 1. april 2022, udbød Aarhus Kommune som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale om levering af toilet-badestole med hjul, toilet-badestole med hjul og elektrisk indstilling af højde og tilt, bade-taburetter, toiletforhøjere, fastmonterede, med og uden armlæn og fritstående toiletforhøjere.

Den 11. juli 2022 indgav WinnCare Nordic ApS ("WinnCare") klage til Klagenævnet for Udbud over Aarhus Kommune. Den udbudte rammeaftale er opdelt i 5 delaftaler. Klagen angår delaftale 2. WinnCare fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 13. juli 2022 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen herfor om uopsættelighed, ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet skriftligt.

WinnCare har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, samt udbudslovens § 160, stk. 1, ved ikke klart at have beskrevet, hvordan præsentationsrunden af de krævede vareprøver ville blive inddraget i kvalitetsvurderingen, hvad der ville udgøre en mangelfuld vareprøve samt i hvilken grad mangelfulde vareprøver ville påvirke kvalitetsvurderingen.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 2, stk. 2, samt ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, ved kunstigt at begrænse konkurrencen ved ikke at tillade 3 af de 4 deltagende tilbudsgivere at supplere eller fuldstændiggøre deres tilbud i overensstemmelse med udbudslovens § 159, stk. 5, hvorved der reelt kun var en tilbudsgiver tilbage i den endelige konkurrence, samt ved at lade konstaterede mangler komme WinnCare til skade selvom det ikke er dokumenteret, at manglerne ikke skyldes Aarhus Kommunes egen fejlhåndtering.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved ikke at behandle de forbigåede tilbudsgivere lige i forbindelse med afhentning af vareprøver.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2, annullere Aarhus Kommunes beslutning af 30. juni 2022 om at tildele rammeaftalen til Dan-Rehab A/S.

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

Klagenævnet har den 13. juli 2022 meddelt Dan-Rehab A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Dan-Rehab A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Andre oplysninger i sagen:

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår, at den anslåede værdi af delaftale 2, som angår toilet-badestole med hjul og elektrisk indstilling af højde og tilt, er 12 mio. kr., og at den maksimale værdi er 14,4 mio. kr. Det fremgår, at aftalen har en varighed af 24 måneder med mulighed for forlængelse i 2 x 12 måneder. Af udbudsbekendtgørelsen fremgår desuden, at der er tale om en rammeaftale med én leverandør på hver delaftale.

Af udbudsbetingelserne dateret den 28. marts 2022 fremgår bl.a.

4.3. Procedure for behandling af tilbud

De indkomne tilbud vil blive behandlet efter følgende procedure:

Konditionsmæssighed: I første omgang vurderes tilbuddenes konditionsmæssighed i forhold til udelukkelsesgrunde og egnethed.

I tilfælde af, at ordregiver måtte konstatere at et tilbud er ukonditionsmæssigt, vil tilbuddet ikke indgå i den videre behandling.

Tildeling af Rammeaftale: I anden omgang vurderes de konditionsmæssige tilbud i forhold til tildelingskriteriet, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 9 Tildelingskriterium.

Først vurderes underkriteriet ”Kvalitet”. Såfremt tilbuddet er konditionsmæssigt i forhold til dette kriterium, vurderes der efterfølgende på underkriteriet ”Pris”. I forhold til underkriteriet: Kvalitet, skal der samlet for ”Kvalitet” opnås minimum 5 point, afgivet på en skala fra 0-10, for at tilbuddet fortsat kan betragtes som konditionsmæssigt.

På baggrund af ovenstående træffes beslutning om tildeling af rammeaftale.

...

9. Tildelingskriterium

Rammeaftalerne vil blive tildelt de tilbudsgivere, der afgiver de for Aarhus Kommune økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra kriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”.

Underkriterier

Til vurderingen af tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”, benyttes nedenstående underkriterier, med angivelse af vægtning, som grundlag for vurderingen af de indkomne tilbud:

	Underkriterium	Vægt
1	Kvalitet	70 pct.
2	Pris	30 pct.

9.1. Beskrivelse af underkriterium 1: Kvalitet

Underkriterium 1: Kvalitet

Til bedømmelse af underkriteriet Kvalitet, vil der blive foretaget en afprøvning af udvalgte produkter. I bilag 2 - 6 Kravspecifikation og tilbudsliste - fanebladet "Tilbudsliste" er der markeret hvilke vareprøver, der skal afleveres til afprøvning.

Aarhus Kommune afprøver og vurderer vareprøverne på baggrund af det, der er leveret.

Eventuelle mangler ved vareprøverne, fagligt uforsvarlige og / eller forkerte leverede modeller, vil få negativ indflydelse på tilbudsvurderingen.

Desuden bedes der leveret minimum 2 billeder pr. delaftale af hvordan produkterne fremstår ved levering. Billederne anvendes til brug for vurdering af hvordan produkterne bliver leveret.

Der bedes være et billede af, hvordan produktet vil være emballeret ved modtagelse på Hjælpe-middelcentret, samt et billede af hvordan produkterne forventes at være placeret på eksempelvis en palle, samt hvordan eventuelle enkeltdele er placeret, når den yderste emballering er fjernet.

For så vidt angår underkriteriet Kvalitet, vil der blive foretaget en evaluering af vareprøverne ud fra de opstillede evalueringskrav, som fremgår af bilag 2 - 6 Kravspecifikation og tilbudsliste - fanebladet "Evalueringskrav". Billederne vil ligeledes indgå i det evalueringskrav, hvor det er relevant.

Af de enkelte evalueringskrav fremgår det, hvad der vil vægte positivt i forbindelse med vurderingen, samt hvor meget det enkelte evalueringskrav vægter.

Det vil udelukkende være afprøvningen og vurderingen af de enkelte vareprøver, samt de fremsendte billeder, der vil blive lagt til grund for vurderingen af underkriteriet Kvalitet.

9.1.1. Vurdering og evaluering af underkriterium 1: Kvalitet

Ved bedømmelsen vil der blive lagt vægt på graden af opfyldelsen, af de angivne evalueringskrav pr. vareprøve ved brug af nedenstående point-

skala. Der gives 10 evalueringspoint for den fremragende opfyldelse af kriteriet og 0 point ved ingen opfyldelse af kriteriet.

De tilbudte vareprøver vurderes absolut.
[tabel med beskrivelse af de 10 point]

Pointene der er givet for hver vareprøve pr. evalueringskrav, vil efterfølgende blive ganget med den angivne vægtning pr. evalueringskrav. De fremkomne vægtede point summeres herefter til ét samlet evalueringspoint for ”Kvalitet”, som afrundes til 2 decimaler.

...

11. Formkrav

...

11.4. Vareprøver

Til brug for en vurdering af underkriteriet Kvalitet, skal tilbudsgiver i forbindelse med tilbuddet levere vareprøver til Aarhus Kommunes Hjælpecenter, Sintrupvej 17-19, 8220 Brabrand, i den angivne periode, som fremgår af afsnit 2.2 Tidsfrister. Tilbudsgiver skal i forbindelse med leveringen kontakte Inger Oddershede på tlf.: 29 20 45 94, for at aftale nærmere i forhold til leveringstidspunkt samt få anvist det præcise leveringssted.

Leveringen af vareprøver sker for tilbudsgivers regning.

Der afleveres vareprøver af de på tilbudslistens bilag 2 –6 Kravspecifikation og tilbudsliste, afkrydsede produkter. Dette fremgår af bilagene ved, at der er markeret med et ”X” i kolonnen ”Vareprøver til afprøvelse”, ud for de produkter der skal afleveres vareprøve på.

Alle vareprøver skal være identiske med det tilbudte og leveres i nøjagtig samme stand som de vil blive leveret i aftaleperioden. Det påhviler tilbudsgiver, at de leverede vareprøver er komplette i forhold til det efterspurgt på tilbudslisten, jf. bilag 2 – 6 Kravspecifikation og tilbudsliste. Aarhus Kommune afprøver vareprøverne på baggrund af det, der er leveret. Eventuelle mangler og/eller forkerte modeller ved vareprøverne, kan få negativ indflydelse på tilbudsvurderingen.

Det skal fremgå tydeligt på vareprøven, at produktet er vedrørende Aarhus Kommunes udbud af toilet-badestole med hjul, toilet-badestole med elektrisk indstilling af højde og tilt, badetaburetter, toiletforhøjere, fastmonterede, med og uden armlæn og fritstående toiletforhøjere.

Følgeseddelen skal indeholde alle leverede varenumre. Der skal endvidere vedlægges et produktdatablad og en brugsvejledning sammen med vareprøverne.

Alle vareprøverne skal være mærket med:

- Tilbudsgivers navn
- Produktbetegnelse fra tilbudslisten
- Produktets unikke varenummer / varenumre

Såfremt brugergruppen før eller under afprøvning af et produkt vurderer, at det ikke er fagligt forsvarligt at anvende produktet, forbeholder Aarhus Kommune sig ret til ikke at iværksætte afprøvning eller at afbryde afprøvningen tidligere end aftalt.

Tilbudsgiver skal være indforstået med for egen regning og risiko at stille de tilbudte vareprøver til rådighed for afprøvningen. Ved eventuel skade på produkterne, opstået som følge af Aarhus Kommunes afprøvning, kan der i konkrete tilfælde aftales nærmere i forhold til eventuel afregning med Aarhus Kommune.

Det er muligt for tilbudsgiver at afhente vareprøverne igen på Aarhus Kommunes Hjælpemiddelcenter, dog tidligst efter udløb af stand-still perioden. Aarhus Kommune vil give besked til tilbudsgiverne, når vareprøverne er klar til afhentning. Afhentningen af produkterne sker for tilbudsgivers egen regning.

...

11.4.1. Præsentation

Tilbudsgiver skal på delaftale 1 Toilet-badestole med hjul, delaftale 2 Toilet-badestole med elektrisk indstilling af højde og tilt og delaftale 4 Toilet-forhøjere, fastmonterede, med armlæn præsentere de tilbudte produkter, der er udvalgt til afprøvning på den angivne dato, som fremgår af afsnit 2.2. Tidsfrister. Præsentationen vil finde sted på Aarhus Kommune Hjælpemiddelcenter.

Det specifikke tidspunkt på dagen meddeles tilbudsgiveren senest én uge forinden. Præsentationen vil have en varighed af 30 minutter pr. produkt.

Aarhus Kommune sørger for eventuel udpakning af produkterne forud for præsentationen.

...

Præsentationen skal for delaftale 2 - Toilet-badestole med elektrisk indstilling af højde og tilt indeholde:

- Gennemgang af, hvordan toilet-badestolen, sædet, sædeudskæringen, ryglæn, hovedstøtte/ nakkestøtte eller lignende, armlæn, benstøtter, fodstøtter eller tilsvarende er konstrueret således, at de yder god komfort for personer med forskellige kropsholdninger, som sidder i den og når toilet-badestolens elektriske funktioner anvendes.
- Gennemgang af, hvordan toilet-badestolen kan betjenes og indstilles af én hjælper på en let og logisk måde og ved brug af færrest mulige betjeningskræfter. Det gælder for håndtering af:
 - armlæn,
 - bremses samt
 - bækken eller spand samt i forbindelse med aftagning og påsætningDesuden i forbindelse med betjening og indstilling uden brug af værktøj af:
 - benstøtter,
 - fodstøtter eller tilsvarende samt
 - hovedstøtte/nakkestøtte eller tilsvarende.
- Gennemgang af, hvordan det er let og logisk at bruge håndbetjening, og at den kan ophænges sikkert på toilet-badestolen.
- Gennemgang af, hvordan toilet-badestolen, og dens forskellige funktioner herunder også nødfir og nødstop, er konstruerede, så de kan betjenes på en måde, der i størst muligt omfang understøtter, at en hjælper kan arbejde i de mest hensigtsmæssige arbejdsstillinger. Med hensigtsmæssige arbejdsstillinger menes, hvor der eksempelvis sjældent forekommer bøj og vrid i hjælperens ryg eller hugsiddende arbejde for hjælperen.
- Gennemgang af, hvordan én hjælper let, enkelt og ved brug af færrest mulige betjeningskræfter kan køre og manøvrere med Toilet-badestolen, når der sidder en person i den.
- Gennemgang af, hvordan opladning af toilet-badestolene kan ske på en enkel og logisk måde. Herunder, at der er en tydelig indikation af henholdsvis:
 - behov for opladning
 - at batteriet oplades
 - at batteriet er fuldt opladet.

- Gennemgang af, hvordan toilet-badestolen leveres og hvordan toilet-badestolen kan håndteres på en let, enkel og logisk måde ved brug af færrest mulige kræfter og med størst mulig hensyntagen til medarbejdernes arbejdsmiljø i forbindelse med udpakning og klargøring til lager, reparation samt levering og afhentning i private hjem.
- Gennemgang af, hvordan toilet-badestolens udformning og overflade er rengøringsvenlig. Det vil sige overflader med færrest mulige åbninger, kanter, revner, samt sprækker, hvor der kan samle sig urenheder og vand.”

Af bilag 3 til udbudsbetingelserne ”Kravspecifikation og tilbudsliste delaf-tale 2” fremgår under ”Kategori: Mindstekrav” bl.a.:

Posi-ti-ons-num-mer	Beskrivelse af kravet
...	
9	Toilet-badestolene skal have bækken, spand eller tilsvarende med låg.
...	
12	Toilet-badestolene skal have svingbare højdeindstillelige benstøtter, fodstøtter eller tilsvarende, med lægstøtte/lægrem eller tilsvarende og opklappelige fodplader.
13	Toilet-badestolene skal have højde- og dybdejusterbar nakkestøtte, hovedstøtte eller tilsvarende.
...	

Af bilag 3 til udbudsbetingelserne ”Kravspecifikation og tilbudsliste delaf-tale 2” fremgår under ”Kategori: Evalueringskrav” bl.a.:

Posi-ti-ons-num-mer	Beskrivelse af kravet	Un-der-krite-rium
33	Det vægter positivt, hvis toilet-badestolen, sædet, sædeudskæringen, ryglæn, hovedstøtte/ nakkestøtte eller lignende, armlæn, benstøtter, fodstøtter eller tilsvarende er konstrueret således, at de yder god komfort for personer med forskellige kropsholdninger,	Kva-litet

	som sidder i den, og når toilet-badestolens elektriske funktioner anvendes	
34	<p>Det vægter positivt, hvis toilet-badestolen kan betjenes og indstilles af én hjælper på en let og logisk måde og ved brug af færrest mulige betjeningskræfter. Det gælder for håndtering af:</p> <ul style="list-style-type: none"> - armlæn - bremses - bækken eller spand samt i forbindelse med afgang og påsætning <p>Desuden i forbindelse med betjening og indstilling uden brug af værktøj af:</p> <ul style="list-style-type: none"> - benstøtter, fodstøtter eller tilsvarende - fodplader - hovedstøtte/nakkestøtte eller tilsvarende. <p>Det vægter endvidere positivt, hvis det er let og logisk at bruge håndbetjening, og at den kan ophænges sikkert på toilet-badestolen</p>	Kvalitet
35	<p>Det vægter positivt, hvis toilet-badestolen, og dens forskellige funktioner herunder også nødfrig og nødstop, er konstruerede, så de kan betjenes på en måde, der i størst mulige omfang understøtter, at en hjælper kan arbejde i de mest hensigtsmæssige arbejdsstillinger. Med hensigtsmæssige arbejdsstillinger menes, hvor der eksempelvis sjældent forekommer bøj og vrid i hjælperens ryg eller hugsiddende arbejde for hjælperen. Det vægter endvidere positivt, hvis én hjælper let, enkelt og ved brug af færrest mulige betjeningskræfter kan køre og manøvrere med toilet-badestolen, når der sidder en person i den.</p>	Kvalitet
36	<p>Det vægter positivt, hvis opladning af toilet-badestolene kan ske på en enkelt og logisk måde. Herunder, at der er en tydelig indikation af henholdsvis:</p> <ul style="list-style-type: none"> - at batteriet har behov for opladning - at batteriet oplades - at batteriet er fuldt opladet. 	Kvalitet
37	<p>Det vægter positivt, hvis toilet-badestolen leveres samlet. Derudover vægter det positivt, hvis toilet-badestolen kan håndteres på en let, enkelt og logisk måde ved brug af færrest mulige kræfter og med størst mulig hensyntagen til medarbejdernes arbejdsmiljø i forbindelse med udpakning og klargøring til lager, reparation samt levering og afhentning i private hjem, jf. i øvrigt At-vejlednings anbefalinger: https://amid.dk/regler/at-vejledninger/loeft-traek-</p>	Kvalitet

	skub-d-3-1/. Det vægter endvidere positivt, hvis toilet-badestolens udformning og overflade er rengøringsvenlig. Det vil sige overflader med færrest mulige åbninger, kanter, revner samt sprækker samt ledninger, hvor der kan samle sig urenheder og vand.	
--	--	--

Ved tilbudsfristens udløb den 2. maj 2022 havde Winnicare, Dan-Rehab A/S, Rehab-Care ApS og HMN A/S afgivet tilbud.

Den 10. maj 2022 afleverede Winnicare sin vareprøve.

Den 16. maj 2022 afholdt Winnicare præsentation af den tilbudte stol.

Om forløbet vedrørende vareprøven har Winnicare i øvrigt oplyst bl.a.:

”...Ved aflevering fungerede [vareprøven] upåklageligt.

[Ved præsentationen,] som varede i 30 minutter, fungerede stolen fuldt tilfredsstillende

Den 1. juni 2022 kontaktede indklagede klager og informerede om, at de ikke kunne få stolen til at fungere efter opladning. Klager tilbød at komme med en ny stol, hvilket indklagede afslog. Klagers tekniske afdeling ringede derfor til indklagedes afprøvningsgruppe, og forsøgte derigennem at løse problematikken. Det lykkedes ikke, og klager foreslog derfor at udskifte batteriet, hvilket indklagede. Klager kontaktede derfor leverandøren af stolens el-komponent, men de kunne ikke gennemskue, hvad fejlen var. Leverandøren tilbød derfor at udskifte stolens el-komponenter, men klager modtog ingen respons på dette forslag fra indklagede.”

Af telefonnotat af 8. juni 2022, udarbejdet af Aarhus Kommune fremgår bl.a.:

”Hjælpemiddelcentret har ved afprøvning af vareprøver mandag d. 30. maj og tirsdag d. 31. maj konstateret at vareprøven på Trition/Dual toilet-badestol med el-kip og hejs ikke kan køre op/ned eller tilte, dvs. at elektriske funktioner til toilet-badestol med el-kip og hejs (delaftale 2) ikke virker.

De elektriske funktioner virkede under præsentation af vareprøver mandag d. 16. maj.

Efter aftale med Indkøb & Udbud har Hjælpemiddelcentret kontaktet Winnicare Nordic onsdag d. 1. juni for at få vejledning til brug af stolen,

med henblik på at sikre, at Hjælpemiddelcenteret ikke har anvendt stolen forkert.

Hjælpemiddelcentret har forinden samtale med WinnCare Nordic gennemgået brugermanual og forsøgt at få stolens elektriske funktioner til at virke.

...

Torben/Richard: Det kan tyde på et dårligt batteri. Sæt den i stikkontakt igen. Der kan være behov for landing [ladning] i 24 eller 26 timer.

Dette har den allerede gjort, men Hjælpemiddelcentret forsøger at gøre dette igen, uden effekt.

Torben og Richard: Ønsker at tage kontakt til Linak [WinnCare Nordic ApS' underleverandør] og vende tilbage til os.

Hjælpemiddelcentret: I tvivl omkring hvorvidt der må modtages yderligere vejledning.

Det aftales mellem Torben og Richard og Hjælpemiddelcentret, at Hjælpemiddelcentret undlader at svare såfremt der ikke kan modtages yderligere vejledning.

Indkøb & Udbud har meddelt Hjælpemiddelcentret, at der ikke må modtages yderligere vejledning i form af en egentlig reparation eller udskiftning af vareprøven, herunder vejledning fra Linak, da det allerede er afdækket tilstrækkeligt, at Hjælpemiddelcenteret ikke har anvendt toilet-badestolen forkert. Det er således vurderingen fra Indkøb og Udbud, at dialogen har været nødvendig for at afdække, at fejlen ikke skyldes forkert håndtering fra Hjælpemiddelcenterets side af toilet-badestolen, men at der ikke kan gives adgang til reparation eller udskiftning af vareprøven”

Ved brev af 30. juni 2022 orienterede Aarhus Kommune WinnCare om resultatet af kommunens evaluering af de indkomne tilbud på delaftale 2. Af brevet fremgår, at to tilbud er blevet evalueret. Af meddelelsen fremgår desuden bl.a.:

”Vi har med tak modtaget jeres tilbud vedrørende delaftale 2: Toilet-badestole med hjul og elektrisk indstilling af højde og tilt.

De ansvarlige for udbuddet har nøje behandlet og vurderet de indkomne tilbud. På baggrund heraf må vi desværre meddele, at vi ikke har valgt jeres tilbud.

Jeres tilbud er ikke blevet valgt, fordi I ikke har opnået den krævede minimumsscore på 5 point i forhold til underkriteriet 'Kvalitet', jf. udbudsbetingelsernes afsnit 4.3. Procedure for behandling af tilbud, og dermed ikke er konditionsmæssig. Jeres tilbud er således ikke indgået i den videre evaluering ift. vurderingen af underkriteriet 'Pris', jf. udbudsbetingelsernes afsnit 4.3. Procedure for behandling af tilbud.

Aarhus Kommune har i stedet til hensigt at tildele rammeaftalen til Dan-Rehab A/S.

...

Evaluering

...

Vurderingen er varetaget af fagpersoner i Aarhus Kommune. Det er udelukkende afprøvningen og vurderingen af de enkelte vareprøver, samt de fremsendte billeder, der er lagt til grund for vurderingen af underkriteriet 'Kvalitet'.

..."

WinnCare har om forløbet herefter oplyst:

"D. 1. juli 2022 kontaktede klager indklagede med henblik på mulighed for at afhente vareprøven, idet klager havde behov for at afsøge problematikken med stolens funktionalitet, idet den oplyste fejl på stolen, var årsagen til den negative kvalitetsvurdering, som medførte at klagers tilbud ikke blev kvalitativt godt nok til at være konditionsmæssigt. Indklagede afslog, at klager kunne afhente vareprøven før udløb af stand-still perioden, og oplyste samtidig, at en dag for afhentning tidligst ville blive fastsat tirsdag den 12. juli 2022."

Den 12. juli 2022 udsendte Aarhus Kommune via den anvendte udbudsportal en meddelelse om, at vareprøver kunne afhentes. WinnCare har afhentet de indleverede vareprøver den 13. juli 2022. Aarhus Kommune har om Rehab-Care ApS' afhentning oplyst

"Den 1. juli 2022 afhentede Rehab-Care ApS den indleverede vareprøve uden forudgående aftale. Aarhus Kommunes kontaktperson på udbuddet var fraværende den pågældende dag, og medarbejderen fra Rehab-Care ApS oplyste den tilstedeværende Aarhus Kommune medarbejder, at afhentning skete efter aftale med Aarhus Kommune, hvilket imidlertid ikke er korrekt, jf. tillige udbudsbetingelsernes afsnit 11.4 (bilag 2, side 23).

Rehab-Care ApS har således uden forudgående aftale afhentet vareprøven, og det er en beklagelig fejl, at udlevering ikke blev nægtet.”

WinnCare har om forløbet i forbindelse med præsentationen, afprøvningsperioden samt evalueringen i forhold til Rehab-Care ApS oplyst:

”D. 10. maj 2022 afleverede Rehab-Care ApS vareprøven, som ved aflevering virkede upåklageligt.

D. 16. maj 2022 afholdt Rehab-Care ApS præsentation af den tilbudte stol. Præsentationen varede i 30 min. og den nye medarbejder, Rehab-Care ApS havde med til præsentationen, havde svært ved at få stolen til at fungere. Indklagede nævnte i denne forbindelse overfor Rehab-Care ApS, at det nok skulle løse sig.

D. 30. juni 2022 modtog Rehab-Care ApS, ligesom klager, skrivelse vedrørende ”Tildelingsbeslutning i forbindelse med delaftale 2”, med afslag fordi de kvalitetsmæssigt var vurderet under 5, og dermed var ukonditionsmæssige.

D. 1. juli 2022 afhentede Rehab-Care ApS deres vareprøve, der ved afhentning igen virkede upåklageligt. ”

Aarhus Kommune har om forløbet i forbindelse med præsentationen, afprøvningsperioden samt evalueringen i forhold til Rehab-Care ApS oplyst:

”Den 10. maj 2022 afleverede Rehab-Care ApS vareprøve. Vareprøven blev – sammen med de øvrige vareprøver – pakket ud den 10. maj 2022 kl. ca. 13 og stod tilsluttet strøm indtil mandag den 16. maj 2022 kl. ca. 8.

Den 16. maj 2022 afholdt Rehab-Care ApS præsentation. Det er korrekt, at den Rehab-Care ApS medarbejder, som udførte præsentationen, havde vanskeligt ved at få stolen til at fungere.

I forbindelse med præsentationen konstaterede Aarhus Kommune, at stolen ikke havde lægbånd, rem eller tilsvarende og derfor ikke opfyldte følgende mindstekrav: "12: Toilet-badestolen skal have svingbare højdeindstillelige benstøtter, fodstøtter eller tilsvarende, med lægstøtte/lægrem eller tilsvarende og opklappelige fodplader", jf. bilag 3, side 1.

Da stolen ikke opfyldte udbudsgrundlagets mindstekrav, jf. ovenstående, gennemførte Aarhus Kommune ingen afprøvning af stolen.”

Af Aarhus Kommunens meddelelse til Rehab-Care ApS om resultatet af evalueringen fremgår bl.a.:

”Det fremgår af udbudsbetingelsernes afsnit 11.4 Vareprøver, at alle vareprøver skal være identiske med det tilbudte, og leveres i nøjagtig samme stand som de vil blive leveret i aftaleperioden. Jeres tilbud er ikke blevet valgt, fordi det ved evaluering af vareprøverne er konstateret, at vareprøven ikke opfylder mindstekrav [12] angivet i fanen ’Mindstekrav’ i bilag 3 – Kravspecifikation og tilbudsliste for delaftale 2. Jeres tilbud er dermed ikke konditionsmæssigt, og er derfor ikke indgået i den videre behandling og evaluering af tilbud, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 4.3. Procedure for behandling af tilbud”

WinnCare har om forløbet i forbindelse med præsentationen, afprøvningsperioden samt evalueringen i forhold til HMN A/S oplyst:

”D. 10. maj 2022 afleverede HMN A/S vareprøven, der ved aflevering fungerede upåklageligt. HMN A/S havde glemt nakkestøtten.

D. 16. maj 2022 afholdt HMN A/S præsentation af deres tilbudte stol. Præsentationen varede i 30 min, og stolen virkede upåklageligt, men fordi nakkestøtten manglede, tilbød HMN A/S at hente en medbragt nakkestøtte ude i bilen. Indklagede afslog dette.

D. 30. juni 2022 modtog HMN A/S skrivelse vedrørende ”Tildelingsbeslutning i forbindelse med delaftale 2” med afslag. Den manglende nakkestøtte havde haft indvirkning på kvalitetsvurderingen.”

Aarhus Kommune har om forløbet i forbindelse med præsentationen, afprøvningsperioden samt evalueringen i forhold til HMN A/S oplyst:

”Den 10. maj 2022 afleverede HMN A/S vareprøve. Vareprøven blev – sammen med de øvrige vareprøver – pakket ud den 10. maj 2022 kl. ca. 13 og stod tilsluttet strøm indtil mandag den 16. maj 2022 kl. ca. 8.

Den 16. maj 2022 afholdt HMN A/S præsentation.

I forbindelse med præsentationen konstaterede Aarhus Kommune, at følgende mindstekrav ikke var opfyldt, jf. bilag 3, side 1.:

*”9: Toilet-badestolen skal have bækken, spand eller tilsvarende med låg
12: Toilet-badestolen skal have svingbare højdeindstillelige benstøtter, fodstøtter eller tilsvarende, med lægstøtte/lægrem eller tilsvarende og opklappelige fodplader*

13: Toilet-badestolen skal have højde- og dybdejusterbar nakkestøtte, hovedstøtte eller tilsvarende"

I forbindelse med præsentationen konstaterede tilbudsgivers repræsentant, at der manglede tilbehør/reservedele, og spurgte om det var muligt at afhente disse i bilen, hvilket Aarhus Kommune afviste.

Da stolen ikke opfyldte udbudsgrundlagets mindstekrav, jf. ovenstående, gennemførte Aarhus Kommune ingen afprøvning af stolen."

Af Aarhus Kommunens meddelelse til HMN A/S om resultatet af evalueringen fremgår bl.a.:

"Det fremgår af udbudsbetingelsernes afsnit 11.4 Vareprøver, at alle vareprøver skal være identiske med det tilbudte, og leveres i nøjagtig samme stand som de vil blive leveret i aftaleperioden. Jeres tilbud er ikke blevet valgt, fordi det ved evaluering af vareprøverne er konstateret, at vareprøven ikke opfylder mindstekrav 9, 12 og 13, angivet i fanen 'Mindstekrav' i bilag 3 – Kravspecifikation og tilbudsliste for delaftale 2. Jeres tilbud er dermed ikke konditionsmæssigt, og er derfor ikke indgået i den videre behandling og evaluering af tilbud, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 4.3. Procedure for behandling af tilbud."

Winnicare har under sagen fremlagt en "Battery Log af 29.08.2022" fra den indleverede vareprøve.

Parternes anbringender:

Påstand 1

Winnicare har gjort gældende, at Aarhus Kommune har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1 samt udbudslovens § 160, stk. 1, ved ikke klart at have beskrevet, hvordan præsentationsrunden af de krævede vareprøver ville blive inddraget i kvalitetsvurderingen, hvad der ville udgøre en mangelfuld vareprøve, samt i hvilken grad mangelfulde vareprøver ville påvirke kvalitetsvurderingen.

Det følger af EU-Domstolens og Rettens praksis, særligt sagen C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi de Frutta, og sag T-345/03, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen, at det er ordregivers ansvar at sikre, at udbudsmaterialet i sin helhed, herunder evalueringsmodellen, er beskrevet klart, utvetydigt og udtømmende.

Kravene til beskrivelse af evalueringsmodellen blev skærpet ved ændringen af udbudsloven i 2019, lov nr. 204 af 05/03/2019, hvor udbudslovens § 160, stk. 1, blev omformuleret. Det er således både et krav og ganske afgørende for tilbudsgivernes tilrettelæggelse af deres tilbud, at de ved præcist, hvordan dette efterfølgende bliver evalueret.

I dette konkrete udbud var det særligt vigtigt for tilbudsgiverne at kunne gennemskue, hvad der ville blive tillagt positiv vægt, idet alene tilbud der modtog karakteren 5 eller derover på en skala fra 0-10 for bedømmelsen af tilbuddets kvalitet, ville blive vurderet konditionsmæssige, og dermed indgå i den endelige evaluering.

I udbudsbetingelserne var det beskrevet, at den kvalitative evaluering ville bestå af afprøvning og vurdering af de indleverede vareprøver. Med andre ord ville der både blive inddraget en afprøvning og en vurdering af det fremsendte. Herefter var dels beskrevet kommunens egen afprøvning, krav om billeder, der ville blive inddraget hvis relevant, samt en meget detaljeret plan for tilbudsgivernes egen præsentation, af deres produkter. Denne gennemgang lagde sig snævert op ad de beskrevne evalueringskriterier, hvorfor det i sagens natur måtte forstås sådan, at kommunens ”vurdering af det leverede” ligeledes omfattede den meget dybdegående præsentation af produkternes egenskaber i forhold til evalueringskriterierne, som tilbudsgiverne var forpligtede til at gennemføre.

Der var, jf. udbudsbetingelsernes punkt 9 og 11, tale om, at kravene til tilbudsgivernes præsentation af de indleverede vareprøver 1:1 er de samme, som de evalueringskrav, der efterfølgende vil blive brugt til at evaluere de indleverede vareprøver. Hertil kommer, at det i udbudsbetingelserne er angivet under netop punkt 11, at indleveringen af vareprøver vil blive brugt til at foretage vurderingen af tilbuddenes kvalitet.

Udbudsbetingelserne må naturligt forstås sådan, at vurderingen ville blive baseret både på den foretagne meget detaljerede præsentation af de indleverede vareprøver, de indleverede og påkrævede billeder samt på kommunens efterfølgende egen afprøvning.

Det fremgår imidlertid af ”Tildelingsbeslutning i forbindelse med delaftale 2”, at det udelukkende er afprøvningen, samt de fremsendte billeder, der er lagt til grund for kommunens evaluering af kvalitet. Den 30 min. lange og

meget detaljerede præsentationsrunde foretaget af hver tilbudsgiver har derimod ikke været inddraget i den samlede kvalitative evaluering og vurdering af vareprøverne, hvilket åbenlyst er i strid med princippet om gennemsigtighed i udbudsloven § 2 samt med kravene i udbudslovens § 160, stk. 1. En hver normalt påpasselig tilbudsgiver må således helt naturligt antage, at en sådan præsentationsrunde vil vægte på samme måde som kommunens egen afprøvning.

Ud over ikke at inddrage det under præsentationen foreviste og demonstrerede, har kommunen også i forhold til Winncares ladet de manglende elektriske funktionaliteter trække ned i evalueringen uden skelen til, hvad de havde set om produktets funktionalitet på dette punkt. Dette til trods for, at det ikke var påvist, at det ikke var kommunens egen håndtering af produktet, der havde skabt problemet. Kommunens betjeningsproblemer under afprøvningen har ifølge evalueringsbilaget haft afgørende betydning i kvalitetsvurderingen, hvilket medførte, at Winncares tilbud ikke gik videre til prisevalueringen til trods for, at det må lægges til grund, at netop de parametre, som kommunen ikke selv kunne afprøve, havde været forevist og præsenteret ganske detaljeret og uden problemer i forbindelse med præsentationen af vareprøven.

Betydningen af en pludseligt opstået fejl er uklart beskrevet i udbudsbetingelserne. Af udbudsbetingelsernes pkt. 9.1, fremgår således, at mangelfulde vareprøver *vil* få negativ indflydelse på tilbudsevalueringen, mens det af udbudsbetingelsernes pkt. 11.4 fremgår, at mangelfulde vareprøver *kan* få negativ indflydelse på tilbudsevalueringen. Samtidig oplyses det i udbudsbetingelsernes punkt 11.4., at eventuel skade på produkterne, som er opstået som følge af kommunens afprøvning, giver mulighed for at aftale, hvordan dette skal kompenseres. Udbudsbetingelserne forholder sig imidlertid ikke til, hvad det vil sige, at et produkt er mangelfuldt, ligesom de heller ikke forholder sig til, hvilken betydning en påført skade får for evalueringen. På samme måde beskrives det heller ikke, hvordan man forholder sig til mangler, der er opstået, efter en tilbudsgiver måtte have forladt et fuldt funktionelt produkt efter præsentationen. Da Winncares forsøgte at få lov at afhjælpe den opståede mangel, blev det blot oplyst, at der var tale om en mangel, der ikke i overensstemmelse med udbudsreglerne kunne rettes op på trods af, at produktet fungerede upåklageligt under præsentationen.

Udbudslovens § 160, stk. 1, omhandler beskrivelsen af alle dele af evalueringsmodellen, og underkriteriet "Kvalitet" er helt åbenlyst en væsentlig del af evalueringsmodellen. At klagen alene går på beskrivelsen af den kvalitative del af evalueringsmodellen, udelukker således ikke anvendelsen af udbudslovens § 160, stk. 1. Selvom underkriterierne jf. udbudslovens § 24 skal sammenstilles for at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, kan beskrivelsen af underkriterierne naturligvis anfægtes separat. Dette er fastslået ved flere klagenævnskendelser og i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning af juni 2019 vedrørende evalueringsmodeller "Praktisk vejledning til offentlige indkøbere" punkt 3.2.

Aarhus Kommune har gjort gældende, at anvendelsesområdet for udbudslovens § 160, stk. 1, er begrænset til værktøjer, som anvendes af en ordregiver til at sammenstille tilbudsgivernes besvarelser af forskellige kriterier for tildeling. Da påstand 1 efter sin ordlyd og de nedlagte anbringender alene vedrører underkriteriet "Kvalitet" og endvidere ikke angår et værktøj, sådan som dette begreb må forstås, er udbudslovens § 160, stk. 1, uanvendelig, og allerede derfor kan påstand 1 ikke tages til følge.

I forhold til gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 er udbudsgrundlaget klart og entydigt. Udbudsgrundlaget sonderer klart mellem (i) afprøvning og evaluering, som varetages af Aarhus Kommune, og (ii) produktpræsentation, som tilbudsgiverne skulle udføre. Det er samtidig klart, at Aarhus Kommune ved evalueringen udelukkende ville lægge vægt på kommunens egen afprøvning og evaluering. Det forhold, at der i udbudsgrundlaget anvendes både "vil få" og "kan få" i forhold til konsekvensen af mangelfulde vareprøver, er uden betydning, idet det af udbudsgrundlaget klart fremgår, at evalueringen af tilbuddene ville ske på grundlag af de fremsendte vareprøver og de fremsendte billeder. Det har derved stået klart for tilbudsgiverne, at mangler ved vareprøverne selvsagt ville afspejle sig i evalueringen, idet tilbuddet enten ville blive forkastet som ukonditionsmæssigt eller ville opnå en dårligere evaluering. Tilbudsgivernes præsentation af vareprøverne er ikke nævnt i forbindelse med evalueringen af tilbuddene.

Det forhold, at præsentationen angik de evalueringskrav, som Aarhus Kommune senere ville afprøve og evaluere i forhold til, kan ikke meningsfuldt udlægges sådan, at tilbudsgiverne derved blev stillet i udsigt, at præsentatio-

nen indgik i evalueringen. Da formålet med præsentationen var at sætte Aarhus Kommune i stand til at afprøve og evaluere vareprøverne, var det naturligt, at præsentationen tog udgangspunkt i evalueringskravene.

En naturlig sproglig forståelse af udbudsbetingelsernes afsnit 9.1 må være, at ”afprøvning” er den fysisk-faktiske afprøvning af vareprøven, mens ”vurdering” (af både vareprøver og de fremsendte billeder) henviser til Aarhus Kommunes evaluering i forhold til de offentliggjorte konkurrenceparametre.

Dertil kommer, at udbudsbetingelsernes afsnit 9.1 gælder for alle de fem udbudte delaftaler og ikke kun delaftale 2. Ordlyden i udbudsbetingelsernes afsnit 9.1 gælder således også for delaftalerne 3 og 5, hvor tilbudsgiver ikke skulle præsentere de tilbudte produkter. Også af denne grund må det afvises, at udbudsbetingelsernes afsnit 9.1 kan forstås således, at tilbudsgivers præsentation indgik i evalueringen af tilbuddene.

Udbudsgrundlagets opbygning og indhold understøtter entydigt, at tilbudsgiverpræsentationen alene blev gennemført for at sætte Aarhus Kommune i stand til at afprøve vareprøverne og evaluere tilbuddet i overensstemmelse med de offentliggjorte konkurrenceparametre.

Da udbudsgrundlaget således klart beskriver grundlaget for evalueringen, og da Aarhus Kommune i evalueringen har respekteret udbudsgrundlaget, er der ikke grundlag for at tage påstand 1 til følge.

Påstand 2

Winnicare har gjort gældende, at kommunen har handlet i strid med udbudslovens § 2, stk. 2, samt ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 ved kunstigt at begrænse konkurrencen ved ikke at tillade 3 af de 4 deltagende tilbudsgivere at supplere eller fuldstændiggøre deres tilbud i overensstemmelse med udbudslovens § 159, stk. 5, hvorved der reelt kun var en tilbudsgiver tilbage i den endelige konkurrence, samt ved at lade konstaterede mangler komme Winnicare til skade, selvom det ikke er dokumenteret, at manglerne ikke skyldes kommunens egen fejlhåndtering.

Udbudslovens § 159, stk. 5, giver ordregiver mulighed for at anmode tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre tilbuddet, hvis tilbuddet er ufuldstændigt, fejlbehæftet eller mangelfuldt. Anmodningen må ikke føre til, at tilbudsgiveren fremsætter et nyt tilbud.

Der er tale om en mulighed, som ordregiver kan gøre brug af, og ikke en pligt, som ordregiver skal gøre brug af. Omvendt har ordregiver en pligt til i videst muligt omfang at sikre en tilstrækkelig konkurrence.

Det er i denne sag ikke påvist, om de konstaterede elektriske fejl hos Winn-care og Rehab-Care kan tilskrives kommunens håndtering af produkterne eller de pågældende tilbudsgivere, men det kan konstateres, at kommunen med hjemmel i udbudslovens § 159, stk. 5, og under overholdelse af de grundlæggende principper i udbudslovens § 2 helt uproblematisk kunne have ladet de pågældende tilbudsgivere afhjælpe de opståede problemer, for derigennem at sikre en tilstrækkelig konkurrence.

Der ville ikke herved være risiko for, at tilbudsgiverne ville kunne udbytte det potentielt mangelfulde produkt med et produkt, der ikke har været en del af tilbudsgivers tilbud, idet indlevering af vareprøver allerede var sket, hvorved det nemt ville kunne konstateres, om en tilbudsgiver forsøgte at bytte det tilbudte ud med et helt andet produkt.

At kommunen afslår at lade tilbudsgiverne afhjælpe problematikkerne, udgør en overtrædelse af udbudslovens § 2, stk. 2, fordi konkurrencen dermed kunstigt begrænses. Dette følger af, at konsekvensen af afvisningen er, at tilbudsgivernes tilbud erklæres ukonditionsmæssige, idet deres kvalitative evaluering ikke når op på middelkarakteren 5. Dermed er der tale om en situation, hvor begrænsningen af konkurrencen beror på forhold, som kan tilskrives ordregiver, idet kommunen i denne situation faktisk havde en mulighed for at sikre tilstrækkelig konkurrence ved at gøre brug af udbudslovens § 159, stk. 5, uanset at denne adgang isoleret set ikke er en pligt, der påhviler ordregiver.

At kommunen i denne sag har haft pligt til at gøre brug af udbudslovens § 159, stk. 5, følger både af, at det ville have været en lovlig måde, hvorved kommunen ville kunne opfylde sin forpligtelse til at sikre tilstrækkelig konkurrence, og af at kommunen ikke kan påvise eller i hvert fald ikke har påvist, at det ikke er forhold hos kommunen selv, der har bevirket, at i hvert fald Winncares og Rehab-Care ApS' produkter var fejlbehæftede.

Hertil kommer, at kommunen ikke i udbudsmaterialet har taget stilling til håndtering af sådanne situationer. Den risiko, der ligger i den manglende stillingtagen, bør ikke komme tilbudsgiverne til skade, idet det må sidestilles med andre former for uklarheder i udbudsmaterialet.

I en situation som den foreliggende, hvor kommunen modtager vareprøver, der fungerer ved aflevering, men som pludselig i forbindelse med afprøvningen fremtræder mangelfulde, burde kommunen således både af hensyn til at sikre tilstrækkelig konkurrence, samt af hensyn til ligebehandlingsprincippet give adgang til, at tilbudsgiverne som minimum kunne få adgang til at forsøge at identificere fejlen, og ligeledes at udbedre denne, hvis det kunne ske inden for rammerne af udbudslovens § 159, stk. 5.

WinnCare har, efter afhentning af vareprøven, efterprøvet de af Aarhus Kommune påståede mangler jf. den fremlagte Battery Log af 29.08.2022. Det forhold, at vareprøven var fuldt opladt ved indlevering, og helt afladt ved afhentning, samt i øvrigt både opladede og fungerede fejlfrit efter afhentning, kan kun betyde, at vareprøven ikke har været tilsluttet strøm under afprøvningen – eller på andet tidspunkt – hos Aarhus Kommune. Desuden har WinnCare efterprøvet opladeren, og konstateret, at alle batterier fungerer upåklageligt. De påståede mangler skyldes således ikke et dårligt batteri. Da vareprøven, herunder samtlige batterier, fungerede upåklageligt under præsentationsrunden samt efter afhentning, må det lægges til grund, at de påståede mangler ved vareprøven kun kan skyldes Aarhus Kommunes egen fejlhåndtering. En sådan fejlhåndtering kan ikke komme WinnCare til skade.

Aarhus Kommune har gjort gældende, at Aarhus Kommune på delaftale 2 fik i alt fire tilbud, hvoraf to tilbud blev vurderet ukonditionsræssige, mens to tilbud blev antaget til evaluering.

Det følger af klagenævnets faste praksis, at en ordregiver aldrig har pligt til at iværksætte en reparation i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5. Der foreligger ikke sådanne ”særlige omstændigheder” i denne sag, at der er grundlag for at fravige dette klare udgangspunkt.

I forhold til de to tilbudsgivere, som afleverede tilbud, der ikke var i overensstemmelse med udbudsgrundlagets mindstekrav, ville det have været i strid med udbudslovens § 159, stk. 6, at iværksætte en reparation, jf. klagenævnets

kendelse af 3. juni 2022, Ecolog Deutschland GmbH mod Københavns Kommune. Den manglende reparation kan derfor ikke udgøre en kunstig begrænsning af konkurrencen.

Efter formuleringen af udbudsbetingelserne afsnit 9.1 er der desuden ikke tvivl om, at det påhvilede tilbudsgiverne at sikre, at de leverede vareprøver var komplette, dvs. opfyldte udbudsgrundlagets krav. Det ville i den forbindelse utvivlsomt udgøre et nyt tilbud, hvis Aarhus Kommune havde tilladt tilbudsgiverne at supplere de oprindeligt leverede vareprøver. Også af den grund var en reparation inden for rammerne af udbudslovens § 159, stk. 5, udelukket. Dette gælder også for den tilbudsgiver, som ”bare havde glemt en del” i bilen.

Om bevisværdien af ”Battery Log 29.08.2022” bemærkes, at loggen efter sit indhold er dannet den 18. juli 2022, altså 5 dage efter, at Winncares afhentede vareprøven hos Aarhus Kommune. Den dokumenterer således ikke vareprøvens stand, herunder batteristatus, på det tidspunkt, hvor vareprøven forlod Aarhus Kommunes varetægt. Da loggen er betegnet ”Battery Log 29.08.2022”, må det antages, at dokumentet har undergået en redigering, senest den 29. august 2022, uden at det dog er beskrevet, hvori denne redigering består. Det er i henhold til Winncares egne oplysninger ikke muligt at trække data over, hvilke datoer stolen har været tilsluttet strøm. Derudover indeholder loggen afslutningsvist en lang række fejkoder, hvilket synes at underbygge de udfordringer, som Aarhus Kommune har oplevet.

Det er tilbudsgiver, som bærer ansvaret og risikoen for mangler i tilbuddet. Aarhus Kommune har vedrørende adgangen til reparation udøvet sit skøn inden for den ramme, som tilkommer en ordregiver i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5 og stk. 6. Der er ikke belæg for synspunktet om, at manglerne i Winncares tilbud skyldes Aarhus Kommunes fejlhåndtering af den indleverede vareprøve. Tværtimod konsulterede Aarhus Kommune indledningsvist produktvejledningen og dernæst Winncares for at sikre sig, at afprøvningen foregik korrekt. Winncares gav i denne dialog på intet tidspunkt udtryk for, at Aarhus Kommune fejlhåndterede vareprøven.

Påstand 3

Winncares har gjort gældende, at kommunen har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved ikke at behandle de forbigående tilbudsgivere lige i relation til afhentning af vareprøver.

Kommunen afslog på Winncares anmodning at lade Winncare afhente virksomhedens vareprøve før udløbet af standstill-perioden, som i udbudsbetingelserne var beskrevet som skæringsdatoen for, hvornår vareprøverne tidligst kunne afhentes. Rehab-Care ApS anmodede på samme måde om straks at få lov at afhente deres vareprøve og fik, modsat Winncare, lov til at afhente vareprøven med det samme. Dette er åbenlyst i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, da det stiller Rehab-Care ApS bedre i forhold til at varetage sine rettigheder, herunder for på et oplyst grundlag, at tage stilling til, om det ville være relevant – og nødvendigt – at indbringe sagen for Klagenævnet for Udbud.

Aarhus Kommune har gjort gældende, at det skyldes en beklagelig og menneskelig fejl, at en tilbudsgiver afhentede sin vareprøve inden den fastsatte frist herfor. Disse omstændigheder er indtrådt efter tildelingsbeslutningen og således efter udbudsprocessens afslutning og har ikke haft betydning for ligebehandlingen af tilbudsgiverne under selve udbudsprocessen. En eventuel overtrædelse af ligebehandlingsprincippet som beskrevet i påstanden har dermed ikke haft betydning for Aarhus Kommunes tildelingsbeslutning.

Påstand 4

Winncare har gjort gældende, at overtrædelserne ad påstand 1-3 er af en sådan karakter, at kommunens beslutning af 30. juni 2022 om at tildele kontrakten til Dan-Rehab A/S, skal annulleres.

Aarhus Kommune har gjort gældende, at Aarhus Kommunes tildelingsbeslutning af 30. juni 2022 ikke er behæftet med sådanne mangler, at beslutningen skal annulleres.

Vareprøvens mangelfulde funktioner/funktionaliteter indgik i Aarhus Kommunes evaluering af to af de i alt fem delkriterier, som indgik i underkriteriet ”Kvalitet”. Selv hvis Winncares tilbud på de pågældende to delkriterier havde fået den højeste pointscore (10 point), havde det ikke påvirket evalueringseresultatet, som således fortsat var faldet ud til fordel for Dan-Rehab A/S. Selv hvis klagenævnet måtte finde, at Aarhus Kommune har fejlhåndteret vareprøven eller på anden måde har forårsaget de konstaterede mangler, har det således ikke haft betydning for evalueringseresultatet og dermed tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:*Ad påstand 1*

Formålet med udbudslovens § 160 er ifølge lovbemærkningerne at styrke den forudgående gennemsigtighed, herunder tilbudsgivernes mulighed for at optimere deres tilbud, så der skabes større sikkerhed om, hvordan tilbudsevalueringen skal foregå, og at understøtte hensynet til ligebehandling af tilbudsgiverne. Bestemmelsen begrænser ifølge lovbemærkningerne ikke ordregiverens forpligtelse til, jf. den tidligere gældende § 160, stk. 1, i udbudsmaterialet at fastsætte tildelingskriterierne og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen, jf. herved også principperne i § 2. At påstand 1 alene angår underkriteriet ”kvalitet” fører derfor ikke til, at udbudslovens § 160 er uanvendelig.

Af udbudsbetingelsernes punkt 9, der bærer overskriften ”Tildelingskriterium” fremgår bl.a.;

”...

Aarhus Kommune afprøver og vurderer vareprøverne på baggrund af det, der er leveret.

...

Det vil udelukkende være afprøvningen og vurderingen af de enkelte vareprøver, samt de fremsendte billeder, der vil blive lagt til grund for vurderingen af underkriteriet Kvalitet

...

Til bedømmelse af underkriteriet Kvalitet, vil der blive foretaget en afprøvning.

...

”

Af udbudsbetingelsernes punkt 11, der bærer overskriften ”Formkrav” fremgår bl.a., at

”Tilbudsgiver skal på ... delaftale 2 Toilet-badestole med elektrisk indstilling af højde og tilt ... præsentere de tilbudte produkter, der er udvalgt til afprøvning”

Af udbudsbetingelserne punkt 11.4.1 sammenholdt med bilag 3 til udbudsbetingelserne fremgår, at det, tilbudsgiverne skulle påvise ved præsentationen, var identisk med det, kommunen ville evaluere.

Det fremgår ikke heraf, at præsentationen af vareprøven ville indgå i evalueringen. Derimod fremgår, at kommunens afprøvning af vareprøver og billeder vil indgå i evalueringen. Udbudslovens § 160 indebærer ikke en pligt for ordregiver til at give en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af de kvalitative kriterier og så meget desto mindre ikke en pligt til at beskrive, hvad der ikke tillægges betydning ved evalueringen. At kommunen havde stillet krav om, at tilbudsgiver skulle præsentere vareprøven i forhold til de elementer, som ifølge bilag 3, ”kategori: evalueringskrav” ville blive tillagt betydning, kan ikke i sig selv føre til, at en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver på trods af udbudsbetingelsernes ordlyd kunne anse præsentationen for en del af det, som kommunen ville evaluere på grundlag af.

Af udbudsbetingelsernes punkt 9.1 fremgår bl.a.:

”Eventuelle mangler ved vareprøverne, fagligt uforsvarlige og / eller forkerte leverede modeller, vil få negativ indflydelse på tilbudsvurderingen”

Af udbudsbetingelsernes punkt 11.4 fremgår bl.a.:

”Eventuelle mangler og/eller forkerte modeller ved vareprøverne, kan få negativ indflydelse på tilbudsvurderingen”

Det må på grundlag heraf have stået tilbudsgiverne klart, at risikoen for, at de vareprøver, der blev afleveret til afprøvning, var behæftede med mangler, påhvilede tilbudsgiverne.

Udbudslovens § 160 indebærer som nævnt ikke en pligt for ordregiver til at give en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af de kvalitative kriterier. Det følger af gennemsigtighedsprincippet, at når et begreb ikke er beskrevet specifikt i udbudsbetingelserne, kan tilbudsgiverne gå ud fra, at begrebet skal forstås sådan, som en rimelig oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver ville forstå begrebet. Begrebet ”en mangelfuld vareprøve” må derfor i mangel af andre holdepunkter forstås i overensstemmelse med det almindelige formueretlige mangelsbegreb. Der foreligger ikke oplysninger om, at dette ikke er i overensstemmelse med det, kommunen har anvendt.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Det følger af udbudslovens § 159, stk. 5, at en ordregiver kan anmode en tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre et tilbud, hvis de oplysninger eller dokumenter, som tilbudsgivere har indsendt i forbindelse med tilbuddet, var ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller der mangler specifikke dokumenter. En sådan anmodning må ikke føre til, at der derved fremsættes et nyt tilbud. Bestemmelsen er fakultativ. Det fremgår således direkte af lovbemærkningerne, at ordregiveren ikke er forpligtet til at anvende bestemmelsen. Det følger dog af praksis fra EU-Domstolen og klagenævnet, at der er pligt til at anvende bestemmelsen, hvis fejlen umiddelbart fremstår som åbenlys og nem at rette, og anmodningen ikke angår elementer, som var fastsat som mindstekrav.

Der er mellem parterne enighed om, at kommunen ikke i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5, har haft pligt til at lade tilbudsgiverne afhjælpe de mangler, som kommunen konstaterede ved tilbuddene fra Rehab-Care og HMNs tilbud. Winnicare har derimod gjort gældende, at en sådan pligt følger af udbudslovens § 2, stk. 2, om forbud mod kunstig begrænsning af konkurrencen og § 2, stk. 1, om ligebehandling, idet den manglende adgang til afhjælpning har medført, at konkurrencen kunstigt er begrænset.

Det fremgår af kommunens meddelelser til tilbudsgiverne om resultatet af kommunens evaluering, at tilbuddene fra Rehab-Care og HMN ikke opfyldte nærmere angivne mindstekrav. Indlevering af de manglende dele til stolen ville i den foreliggende situation være afgivelse af et nyt tilbud fra disse tilbudsgiveres side. Det ville derfor være i strid med udbudslovens § 159, stk. 5 og 6 at tage et sådant nyt tilbud i betragtning. Det har derfor ikke været i strid med udbudslovens § 2, stk. 1, at kommunen ikke tillod Rehab-Care og HMN at supplere tilbuddene. Der er dermed heller ikke tale om, at konkurrencen derved er blevet kunstigt begrænset.

Winncares tilbud indgik i kommunens evaluering. Det forhold, at tilbuddet som følge af den anvendte evalueringsmodel ikke blev evalueret på underkriteriet pris, men alene på underkriteriet kvalitet, fører ikke til, at tilbuddet ikke er indgået i konkurrencen. Det kan ikke tilskrives forhold hos kommunen, at der alene indgik 2 tilbud i evalueringen.

Det kan på grundlag af parternes samstemmende oplysning herom lægges til grund, at kommunen i forbindelse med afprøvningen ikke kunne få den vareprøve til delaftale 2, som WinnCare havde leveret, til at fungere, og at kommunen var i kontakt med WinnCare herom, uden at det førte til, at vareprøven blev bragt til at fungere. WinnCare har ikke kun ved den "Battery Log", som selskabet har fremlagt, påvist, at problemerne med vareprøven skyldes kommunens håndtering. WinnCare har heller ikke påvist, at fejlen fremstod som så åbenlys en fejl og var så nem at rette, at kommunen i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5, skulle have givet WinnCare adgang hertil.

Påstand 2 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Af udbudsbetingelsernes pkt. 11.4. fremgår:

"Det er muligt for tilbudsgiver at afhente vareprøverne igen på Aarhus Kommunes Hjælpemiddelcenter, dog tidligst efter udløb af stand-still perioden. Aarhus Kommune vil give besked til tilbudsgiverne, når vareprøverne er klar til afhentning. Afhentningen af produkterne sker for tilbudsgivers egen regning"

Af forarbejderne til udbudslovens § 2 fremgår bl.a.:

"Ligebehandlingsprincippet gælder i alle faser af udbudsprocessen; fra udformningen af udbudsmaterialet, over udvælgelsen og frem til endelig tildeling og afslutning af den udbudte kontrakt.

... Gennemsigtighedsprincippet betyder [...], at ordregiveren på forhånd i udbudsmaterialet skal beskrive kontraktens genstand og processen for udbuddet. Herefter skal ordregiveren handle i overensstemmelse med og inden for rammerne af beskrivelsen i udbudsmaterialet.

Ordregiveren skal som følge heraf bl.a. sikre, at alle relevante oplysninger om den udbudte kontrakt er tilgængelige for de økonomiske aktører, og at tildelingen af kontrakten sker på en gennemsigtig måde, der sætter tilbudsgiveren i stand til at vurdere, om ordregiveren overholder de processer, kriterier og metoder, der er opstillet for tildelingen af kontrakten."

Afhentning af vareprøverne var et afsluttende led i udbuddet og er derfor omfattet af udbudslovens § 2.

Aarhus Kommune har ved at lade en tilbudsgiver afhente vareprøven før den i udbudsmaterialet fastsatte tid, men afvise at lade en anden tilbudsgiver gøre det samme handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1.

Påstand 3 tages derfor til følge.

Ad påstand 4

Overtrædelsen ad påstand 3 har ikke haft nogen som helst betydning for tildelingsbeslutningen og kan derfor ikke føre til annullation heraf.

På den baggrund, og under henvisning til det, der er anført ad påstand 1 og 2, er der ikke grundlag for at tage påstand 4 til følge.

Vedrørende fastsættelsen af sagens omkostninger er der lagt vægt på, at påstand 3 ikke kan begrunde en annullation af tildelingsbeslutningen og i øvrigt først er fremsat i replikken.

Da klagenævnet har givet Winncare medhold i sagens påstand 3 tilbagebetales klagegebyret.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 3

Aarhus Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved ikke at behandle de forbigåede tilbudsgivere lige i forbindelse med afhentning af vareprøver.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1, 2 og 4.

Winncare Nordic ApS skal i sagsomkostninger til Aarhus Kommune betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig