

K E N D E L S E

Brian Madsen A/S
(advokat Claus N. Kristiansen, Køge)

mod

Slagelse Kommune
(advokat Povl Nick Bronstein, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 249-454090 af 21. december 2015 udbød Slagelse Kommune som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en 4-årig kontrakt om levering af biler til hjemmeplejen og andre kommunale virksomheder i Slagelse kommune. Kontrakten var opdelt i 2 delaftaler.

Blandt andet den nuværende leverandør, Brian Madsen A/S, og Autohallen A/S afgav rettidigt tilbud.

Den 26. februar 2016 meddelte Slagelse Kommune elektronisk, at kommunen havde besluttet at indgå kontrakt med – for så vidt angik delaftale 1 – Autohallen A/S.

Klagenævnet har den 7. marts 2016 modtaget en klage fra Brian Madsen A/S.

Brian Madsen A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Slagelse Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har den 16. marts 2016 meddelt parterne, at klagenævnet agter at træffe afgørelse om realiteten i sagen inden for klagenævnets frist for at træffe afgørelse om opsættende virkning. Klagenævnet gav samtidig Brian Madsen A/S mulighed for at fremkomme med eventuelle yderligere bemærkninger.

Klagenævnet har truffet afgørelse på grundlag af klageskrift af 7. marts 2016 med bilag 1 – 6, Brian Madsen A/S' supplerende/præciserende klageskrift af 15. marts og e-mail af 16. marts 2016, samt svarskrift af 30. marts 2016 med bilag A – D og replik af 1. april 2016.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

- ”1) Klagenævnet skal konstatere at Slagelse Kommune har handlet i strid med principperne for ligebehandling og gennemsigtighed ved dels ikke at tildele ordren ud fra kriteriet ”økonomisk mest fordelagtige tilbud” og dels at anvende ikke beskrevne pointkriterier og målekriterier.
- 2) Klagenævnet skal udstede påbud om at Slagelse Kommune skal fortage fornyet udbud på vilkår i overensstemmelse med gældende ret, herunder principperne for ligebehandling og gennemsigtighed.”

På klagenævnets anmodning om en præcisering af påstandene har Brian Madsen A/S i det supplerende/præciserende klageskrift anført følgende påstande udover påstanden om opsættende virkning (bilags- og sidehenvisninger er ikke medtaget og påstandene er omnummereret svarende til de oprindelige påstande):

- ”1) Klagenævnet skal konstatere, jfr. Udbudslovens § 1, stk. 2, nr. 2, at Slagelse Kommune har handlet i strid med principperne for ligebehandling og gennemsigtighed ved dels ikke at tildele ordren ud fra kriteriet ”økonomisk mest fordelagtige tilbud” og dels at anvende ikke beskrevne pointkriterier og målekriterier.
Princippet for ligebehandling og gennemsigtighed er statueret i artikel 2 og skal inddrages ved fortolkning i alle udbudsdirektivets bestemmelser.

I nærværende sag er lighedsprincippet brudt ved at der hverken er beskrevet eller udført en entydig og professionel måling af bilerne. Da selv mindre afvigelser kan have betydelige pointmæssige konsekvenser er der ved den anvendte fremgangsmåde indbygget betydelige risiko for at der ikke forholdes i overensstemmelse med lighedsprincippet.

Tegningen som indgår i Udbudsbetingelserne ... er ikke fyldestgørende generelt og slet ikke når det sammenholdes med at det ikke er professionelle som forestår opmålingen. Tilfældigheden er derved indbygget i målingerne.

Der henvises til den mail af 2. ds. ..., fra indkøbskoordinator Henrik R. Poulsen, som klart dokumenter at der ikke er udført en professionel opmåling. Derved er der handlet i strid med regelgrundlaget for udbud.

Den beskrevne og ikke mindst den udførte opmålingsmetode har ikke den detaljering og der med den gennemsigtighed og forudsigelighed som skal være indeholdt i Udbudsbetingelserne og dermed grundlaget for afgørelsen af udbuddet.

Det fremgår ikke hvordan opmålingerne er vægtet, herunder de point som er tildelt de enkelte biler. Det som meddeles i skrivelsen af 26. februar 2016, kan således ikke sammenholdes med pointskalaen ... i Udbudsbetingelserne.

Det andet led at udbuddets Ergonomi del ... i ”Fysisk afprøvning af den enkelte bil” er ikke gennemført i overensstemmelse med det som fremgår af udbudsgrundlaget.

Det fremgår af Udbudsbetingelserne ... skal der gennemføres en afprøvning af bilerne. Slagelse Kommune fik udleveret et prøveeksemplar. Kommunen var repræsenteret af indkøbskoordinatorerne Bent Rønsgaard og Henrik Poulsen, samt tre andre personer, som ifølge det oplyste var tre hjemmehjælpere.

Det fremgår af skemaet, at de point, som er angivet ud fra de forskellige forhold, som skal opmåles /vurderes, for de respektive biler skal afspejle bilernes evne til at leve op til ordregivers krav.

Den del af Udbudsbetingelserne kan efter klagerens opfattelse kun forstås således, at det pointtal, som er anført ud for de respektive punkter, er det maksimale antal point der kan tildeles, hvis bilen evner at leve fuldt op til ordregivers krav.

Som for eksempel hvis ”Samlet fornemmelse af plads og rum ved førerplads” er optimal, kan der tildeles 2 point.

Således som det fremgår af de skemaer som er rekvireret fra Slagelse Kommune ..., er der anvendt en anden forståelse af Slagelse Kommune, idet der er tildelt f. eks. 4,30 og 2,40 point ved vurderingen af ”Samlet fornemmelse af plads og rum ved førerplads” selv om pointskemaet kun angiver 2 point som højest mulige pointtal.

De ergonomiske forhold er ikke vurderet af fagkyndige og derudover fremgår det ikke om det er de samme personer der har fortaget vurderingerne, ligesom det hverken er beskrevet eller belyst under hvilke konditioner vurderingerne skal eller blev fortaget.

Slagelse Kommune har ved at anvende et ikke beskrevet pointsystem, jfr. ... sammenholdt med ... Udbudsbetingelserne, reelt tildelt på et andet og ikke oplyst grundlag.

Der er tilsyneladende anvendt et rent subjektivt vurderingsgrundlag som hverken er gennemsigtigt eller kan være udtryk for en ligebehandling.

Fastlæggelsen af et pointsystem skal være sagligt og det skal være muligt at definere de enkelte point. Ordregiveren, Slagelse Kommune, er forpligtet til at anvende det pointsystem som fremgår af Udbudsbetingelserne, hvilket ikke er sket i nærværende sag.

Der er handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet som følge af at der er anvendt en anden vægtning end den der er beskrevet.

Udbudsbetingelserne beskriver ikke fyldestgørende af hvem og hvordan de vurderinger og opmålinger, som skal foretages i henhold til ... Udbudsbetingelserne, skal udføres.

Klageren har ud fra det som er beskrevet været af den berettigede opfattelse at der ville blive fortaget vurderinger og opmålinger af faglige kompetente personer, med henholdsvis ergonomisk baggrund og med indsigt i professionelle opmålinger. Det er ikke sket.

Ergonomi skal i henhold til Udbudsbetingelserne vægtes med 40 %.

Da det som anført ovenfor ikke er muligt at afklare vægtningen er der reelt ikke tildelt ud fra kriteriet ”økonomisk mest fordelagtige tilbud”, uagtet det fremgår af såvel Udbudsbetingelserne som skrivelsen af 26. februar 2016.

Der er således handlet i strid med tildelingskriterierne i Artikel 53 i Rådets Direktiv der lyder som følger: ”når tildelingen sker på grundlag af det set ud fra ordregiverens synspunkt økonomisk mest fordelagtige tilbud, forskellige kriterier i forbindelse med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt, f.eks. kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetik og funktionsmæssig karakter, miljøegenskaber, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid”.

Der bemærkes at indklagede i strid med artikel 53 ikke har inddraget kriteriet ”miljøegenskaber” som er foreskrevet . Indklagedes valg medfører at der udledes ca. 20 % mere CO2, som følge af at der vælges en benzindrevet bil frem for en diesel-drevet.

- 2) Klagenævnet skal jfr. Udbudslovens § 13 annullere ordregiverens ulovlige beslutninger eller udbudsforretning og udstede påbud om at Slagelse Kommune skal lovliggøre udbudsproceduren i overensstemmelse med gældende ret, herunder principperne for ligebehandling og gennemsigtighed. Påstanden fremsættes på grundlag af at Udbudsbetingelserne ikke opfylder de legale krav i, Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 og bekendtgørelse nr. 712 af 15/06/2011 fra Økonomi- og Erhvervsministeriet om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøb, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter med senere ændringer, og senest nr. 895 af 17/08/2011, og dermed Udbudsloven. Reglerne for ligebehandling og gennemsigtighed er tilsidesat ved dels ikke at tildele ordren ud fra kriteriet ”økonomisk mest fordelagtige tilbud” og dels som følge af Slagelse Kommunes konkrete anvendelse af Udbudsbetingelserne, og dermed grundlaget for den beslutning som fremgår af Slagelse Kommunes skrivelse af 26. februar 2016.”

Klagenævnet meddelte den 16. marts 2016 parterne, at klagenævnet forstod påstand 1 således, at påstanden er, at Slagelse Kommune har handlet i strid med navnlig principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i blandt andet udbudsdirektivets artikel 2 og med direktivets artikel 53 ved dels ikke at tildele ordren ud fra kriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” og dels at anvende ikke beskrevne pointkriterier og målekriterier, idet

- i) der i strid med det, som var anført i skemaerne med delkriterier til underkriteriet ”Ergonomi” i udbudsbetingelsernes punkt 7 ikke maksi-

malt blev tildelt det antal point, som var anført maksimalt at kunne tildeles vedrørende det enkelte delkriterium,

ii) der ikke er udført en fagligt forsvarlig bedømmelse af delkriterierne og foretaget opmålinger til brug herfor, idet de personer, som foretog bedømmelsen og opmålingen ikke er sagkyndige i ergonomi og opmåling,

iii) der er anvendt et ergonomisk og dermed fagligt/sagligt uegnet delkriterium til underkriteriet ”Ergonomi” om ”laveste indstigningshøjde”, og

iv) der i strid med artikel 53 i udbudsdirektivet ikke er inddraget underkriteriet ”miljøegenskaber”, som er foreskrevet i artikel 53, idet kommunens valg af leverandør medfører, at der udledes ca. 20 % mere CO₂ som følge af, at der vælges en benzindrevet bil frem for en dieseldrevet.

Klageren har ved e-mail af 16. marts 2016 hertil bemærket:

”

- I forhold til det som fremgår nedenfor under i) bemærkes at det ikke er oplyst hvordan der er givet point og at der ikke er givet point i overensstemmelse med det pointtal som fremgår af skemaet.

Det er i klagebrev/klageskrift beskrevet hvordan klageren har forstået systemet i udbudsbetingelserne.

- I forhold til det som fremgår nedenfor under ii) bemærkes at klagen gælder såvel målinger som den anden del af de ergonomiske afprøvninger
- Det som er anført under iii) er et eksempel. Klagen vedrører samtlige elementer i Udbudsbetingelserne under ”ergonomi”, hvilket også fremgår af klagen.

Det er beskrevet indgående i såvel klagebrevet af 7. ds. som det supplerende klageskrift af 15. ds., hvad der klages over, hvilket fastholdes.”

Efter modtagelsen af Slagelse Kommunes svarskrift har Brian Madsen A/S i den herefter indgivne replik meddelt, at påstand 1 er som oprindeligt anført og at der i påstand 2 rettelig skal henvises til lov om Klagenævnet for Udbud § 13.

Brian Madsen A/S har taget forbehold om senere at rejse krav om erstatning.

Slagelse Kommune har påstået principalt, at klagen afvises og subsidiært, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Ifølge udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.5 skulle der leveres:

”78 fabriksnye biler til Slagelse Kommunes hjemmepleje og andre kommunale virksomheder (Administrationsbiler) samt 7 fabriksnye arbejdsbiler/varevogne (< 2 500 kg.) til andre kommunale virksomheder til levering i 2016.”

Desuden var, jf. punkt II.2.2), optioner som følger:

”Der vil i perioden 2017-2019 skulle ske udskiftning af yderligere et mindre antal biler. Det nærmere antal kendes i øjeblikket ikke.”

Tildelingskriteriet var ifølge punkt IV.2.1)

”Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af de kriterier, der er anført i specifikationerne, i opfordringen til at afgive bud eller til at forhandle eller i det beskrivende dokument.”

Delaftale 1 drejer sig ifølge udbudsbetingelsernes punkt 3 om levering af og serviceaftale vedrørende:

”78 fabriksnye benzin, diesel eller hybridbiler på hvide plader til hjemmeplejen og andre kommunale virksomheder (Administrationsbiler) med et årligt kørselsbehov pr. bil på 25.000 km. i 4 år. Bilerne skal kun transportere chaufføren, og formodes derfor at tilhøre bilsegment A (mikrobiler) eller bilsegment B (minibiler). Min energiklasse A+.”

Ifølge udbudsbetingelsernes punkt 9 var tildelingskriteriet for så vidt angår delaftale 1 ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” med følgende vægtede underkriterier:

- Samlet pris (beregnet TCO)	60 %
- Ergonomi	40 %

Om kriteriet ”Samlet pris (beregnet TCO)” fremgår det, at den samlede pris ville blive beregnet, som nærmere anført, på grundlag af de af tilbudsgiverne oplyste priser i tilbudsskemaet i udbudsbetingelserne, hvorefter der

blandt andet skulle oplyses finansieringsbeløb, betaling for overkørte/underkørte km og service-, reparations-, og brændstofomkostninger.

Vedrørende underkriteriet ”Ergonomi” fremgår det, at der i vurderingen ville indgå:

”Fysisk opmåling af den enkelte bil

	Vægt
<u>Ind- og udstigning for chauffør</u>	
Antal cm fra vej til dørpanelet/indstigningskant. Bilen med laveste antal cm tildeles max point, bilen med højeste antal cm tildeles mindst point. De mellemliggende fordeles forholdsmæssigt.	9 Se bilag 7
Antal cm fra dørpanel/indstigningskant til øverste kant i dørrammen. Bilen med største antal cm tildeles max point, bilen med det mindste antal cm tildeles mindst point. De mellemliggende fordeles forholdsmæssigt.	9 Se bilag 7
Antal cm fra dørpanel/indstigningskant til bund i bil ved førerplads. Bilen med laveste antal cm tildeles max point, bilen med højeste antal cm tildeles mindst point. De mellemliggende fordeles forholdsmæssigt.	6 Se bilag 7

Fysisk afprøvning af den enkelte bil

Samlet fornemmelse af plads og rum ved førerplads.	2
Læsehøjde ved bagagerum.	1
Siddekomfort for fører, så fladbundet sæde som muligt.	2
Placering af bilens instrumenter og betjeningsgreb, herunder betjening af radio/telefon fra rat (multirat)	3
Praktisk brug af bilens knapper og betjeningsgreb.	1
Indstilling og brug af sikkerhedssele	1
Generel køreoplevelse	1
Udsyn, blinde vinkler	2
Mulighed for indstilling af individuel optimal siddeposition, inkl. indstilling af rat	3

Punkterne fysisk afprøvning af den enkelte bil i underkriteriet ergonomi baseres på brugernes oplevelser af bilen ved afprøvningen.

Det skal understreges at der ikke er tale om en relativ pointtildeling hvor de enkelte biler sammenlignes med hinanden, men derimod om en pointtildeling, hvor pointene afspejler bilernes evne til at leve op til ordregivers krav.”

I punkt 11 står der:

”I forlængelse af tilbudsgivers afgivelse af tilbud, skal der være mulighed for, at ordregivers medarbejdere har adgang til at undersøge og afprøve de tilbudte biler. Dette sikres ved, at tilbudsgiver stiller ét eksemplar af hver af de tilbudte bilmodeller til rådighed for evaluering af konkurrenceparametrene.

...

Følgende betingelser stilles til bilerne, der er til rådighed for evaluering:

- Bilerne skal overordnet set være af samme model og med samme udstyr som de tilbudte biler.
- Bilerne må ikke være med påmonteret udstyr der forstyrrer det ergonomiske og kvalitetsmæssige indtryk af bilen.

Med dette forstås f.eks.:

- Indstillingsmuligheder for sæde og rat som ikke er tilgængelige i tilbuddet
- ...

- Bilerne må gerne adskille sig fra de tilbudte modeller, hvor dette ikke skønnes at påvirke evalueringen.

Med dette forstås f.eks.:

- Afvigende farve eller udsmykning på bilen
- ...

- Det skal tydeligt og skriftligt fremgå ved evalueringen af det enkelte køretøj, hvorvidt der er påmonteret udstyr som ikke indgår i tilbuddet. Dette kan f.eks. ske ved at der af tilbudsgiver lægges et dataark i bilerne når de afleveres til evalueringen.

Det er tilbudsgivers ansvar, at bilerne der evalueres er egnede til dette set i forhold til kravspecifikationen og det afgivne tilbud. Ved tvivlsspørgsmål opfordres der til at kontakte ordregiver inden evalueringen, og meget gerne inden tilbudsafgivelsen.

Der skal være mulighed for korte prøveture, hvorfor bilerne til evaluering skal medgives nøgle og være påfyldt brændstof. Tilbudsgiver er velkommen til at have 1-2 medarbejdere til stede ved evalueringen, men dette er ikke et krav.

Afprøvningen og opmålingen forventes at tage mellem 1 og 3 timer pr. køretøj.”

Der er i udbudsbetingelsernes bilag 7 en tegning, som viser, hvordan opmåling ville blive foretaget. Det er ikke ud over det ovenfor citerede i punkt 11 i udbudsbetingelserne angivet, hvem der skulle foretage opmålingen og den fysiske afprøvning.

Brian Madsen A/S har oplyst, at de biler, som selskabet i sit tilbud af 5. februar 2016 tilbød at levere, er den samme type bil/model (opdateret), som de biler, som Brian Madsen A/S hidtil har leveret til Slagelse Kommune, og at samarbejdet er forløbet uden klager over bilerne, herunder deres indretning/ergonomi. Brian Madsen A/S har endvidere oplyst, at Slagelse Kommune i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes punkt 11 fik udleveret en prøvebil, og at kommunen ved afprøvningen var repræsenteret af indkøbskoordinatorerne, Bent Rønsgaard og Henrik Poulsen, samt tre andre personer, som ifølge det oplyste var hjemmehjælpere.

Ifølge Slagelse Kommunes tildelingsmeddelelse af 26. februar 2016 førte en vurdering af de indkomne tilbud på baggrund af det i udbudsbetingelserne nævnte tildelingskriterium ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” for så vidt angik delaftale 1 og ”laveste pris” for så vidt angik delaftale 2, til en beslutning om at tildele kontrakten på delaftale 1 til Autohallen A/S og en beslutning om at tildele kontrakten på delaftale 2 om 7 ”arbejdsbiler/varevogne” < 2.500 kg. med tilhørende serviceaftale på de respektive biler til P.M. Olsen 2 A/S.

Tildelingsmeddelelsen var vedlagt et skema, som viser pointtildelingen. Det fremgår heraf, at der for så vidt angår delaftale 1 blev tildelt Brian Madsen A/S 60 point på underkriteriet ”Samlet pris” for den tilbudte Peugeot 208, medens den tilbudsgiver, som fik det næsthøjeste antal point, Autohallen A/S, fik 54,75 points for den tilbudte Toyota Yaris, benzin. For ergonomi fik Brian Madsen A/S 15,38 point, medens Autohallen A/S fik 30,38 point. Samlet fik Brian Madsen A/S 75,38 point og Autohallen A/S 85,13 point.

Slagelse Kommune har ved e-mail af 2. marts 2016 besvaret et spørgsmål fra Brian Madsen A/S om, af hvem og hvorledes opmålingerne er foretaget, som følger:

”Hermed svar på de stillede spørgsmål, samt bilag med mål samt vurdering af bilerne.

-hvem har forestået målingerne
Bent Rønsgaard og Henrik Poulsen - indkøb

-hvilke måleredskaber er brugt (digital måling – eller manuel måling eller andet)
Tommestok, metalmålebånd og vaterpas

-afstande fra A-B stolper v. måling

Måling er foretaget jf. måleskema i bilag 7. Mål fra indstigningskant til bund i bilen frem til punkt midt for sædet. Eventuelle måtter er fjernet inden måling

-underlag bilerne holdte på ved måling samt målfast sted for højdemåling

Alle biler har holdt på fladt asfalteret/flisebelagt underlag eller i udstillingshal”

Slagelse Kommune sendte samtidig et skema, som viser de målinger, der blev foretaget som led i evalueringen. Brian Madsen A/S modtog endvidere de skemaer, der blev udfyldt ved bedømmelsen af underkriteriet ”Ergonomi”. Det fremgår heraf blandt andet, at der er tildelt henholdsvis 4,30 og 2,40 point til Autohallen A/S og Brian Madsen A/S ved vurderingen af delkriteriet ”Samlet fornemmelse af plads og rum ved førerplads”.

Slagelse Kommune har fremlagt et evalueringsskema, som blandt andet viser, hvordan den uvægtede pointtildeling blev omregnet og vægtet og herefter indgik ved den samlede pointtildeling.

Parternes anbringender

Ad afvisningspåstanden

Brian Madsen A/S har ikke direkte udtalt sig herom, men har i replikken anført, at Slagelse Kommune har søgt at ”skabe” tvivl om og ”fordreje” Brian Madsen A/S’ påstande. Klagenævnet forstår dette sådan, at Brian Madsen A/S gør gældende, at der ikke er grundlag for afvisning af klagen.

Slagelse Kommune har gjort gældende, at som Brian Madsen A/S’ påstande og anbringender er formuleret, er det ikke muligt entydigt at identificere den regel eller det princip, Brian Madsen A/S mener, er overtrådt, herunder hvordan overtrædelsen menes at være sket. Dette illustreres tydeligt ved Klagenævnets forsøg på at tolke de af klager nedlagte påstande ved e-mail af 16. marts 2016 samt Brian Madsen A/S’ efterfølgende korrektion heraf ved e-mail af samme dato til klagenævnet. Klagen er – på trods af klagenævnets iagttagelse af sin vejledningspligt samt meddelelse af frist for Brian Madsen A/S’ korrektion og præcisering af sine påstande og anbringender – ikke egnet til at danne grundlag for sagens behandling og bør afvises i

medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, idet påstandene er uklart og upræcist formulerede.

Ad påstand 1

Brian Madsen A/S anbringender i det oprindelige klageskrift svarer i det væsentlige til det, som er anført i påstanden i det supplerende/præciserende klageskrift, og gengives derfor ikke.

I replikken er det yderligere anført, at Brian Madsen A/S har forholdt sig til det, som fremgår af og som kan læses i udbudsbetingelserne. Slagelse Kommunes efterfølgende fortolkning i svarskriftet fremgår ikke af og kan ikke udledes af udbudsbetingelserne. Det dokumenterer, at de i udbudsbetingelserne beskrevne og ikke mindst de udførte fysiske og ergonomiske målingsmetoder ikke har den detaljering og dermed den gennemsigtighed og forudsigelighed, som skal være indeholdt i udbudsbetingelserne. Det forhold underbygges af det af kommunen fremlagte evalueringsskema, som ikke udtrykker det, som fremgår af udbudsbetingelserne. Havde det været med i udbudsbetingelserne, ville det kunne have haft indflydelse på såvel Brian Madsen A/S' som andres tilbud, hvilket er væsentlig i forhold til at opfylde kravet om gennemsigtighed.

Det er desuden hverken beskrevet eller belyst, hvordan målingerne/vurderingerne ville blive foretaget, og dette fremgår ikke af udbudsbetingelsernes punkt 11. Det som står i punkt 11 kan ikke føre til, at personer uden faglig indsigt kunne foretage målinger m.v. Brian Madsen A/S har ud fra det, som er beskrevet, været af den berettigede opfattelse, at der ville blive foretaget målinger/vurderinger af fagligt kompetente personer med henholdsvis indsigt i professionelle opmålinger og ergonomisk baggrund, hvilket ikke er sket.

Fastlæggelsen af et pointsystem skal være saglig, og det skal være muligt at definere de enkelte point. Slagelse Kommune var desuden forpligtet til at anvende det pointsystem, som fremgår af udbudsbetingelserne, hvilket ikke er sket. Der er dermed handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet som følge af, at der er anvendt en anden vægtning end den, der er beskrevet. Da det ikke er muligt at afklare vægtningen, er der reelt ikke tildelt ud fra kriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, og dermed er der handlet i strid med artikel 53 i udbudsdirektivet.

Slagelse Kommune har desuden handlet i strid med artikel 53 ved ikke at inddrage underkriteriet ”miljøegenskaber” som foreskrevet. Dette må særligt gælde i forhold til det, som er udbudt, ikke mindst når kommunen (som markedsfører sig som en ”grøn kommune”) vælger en benzindrevet bil frem for en dieseldrevet, hvilket medfører, at der udledes ca. 20 % mere CO₂.

Afslutningsvis bemærkes at det entydigt fremgår af praksis at alle uklarheder i udbudsbetingelserne skal lægges udbyderen til last.

Slagelse Kommune har under henvisning til den forståelse som klagenævnet har anlagt af Brian Madsen A/S’ påstande i nævnets e-mail af 16. marts 2016 gjort følgende gældende:

Ad påstand 1 nr. i): Pointudmåling

Klagepunktet angår kommunens evaluering af delkriteriet ”Fysisk afprøvning af den enkelte bil” under underkriteriet ”Ergonomi”.

Brian Madsen A/S har øjensynligt misforstået modellen for pointudmåling og vægtningen af disse.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 9, at kontrakten tildeles i henhold til tildelingskriteriet, ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, på grundlag af et priskriterium (beregnet totalomkostning) og det kvalitative underkriterium, ”Ergonomi”. Priskriteriet vægtes med 60 % og Ergonomi med 40 %. I udbudsbetingelserne er der indsat 2 tabeller under afsnittet, ”Ergonomi” vedrørende de to delkriterier ”Fysisk opmåling på den enkelte bil” og ”Fysisk afprøvning af den enkelte bil”. For hver tabel er indsat rækker indeholdende del(del)kriterier. Sammenlægges tallene i den højre spalte for begge tabeller, når man frem til tallet 40 (henholdsvis 24 + 16). Denne sum korrelerer med vægten af underkriteriet, ”Ergonomi” (40 %).

Når Brian Madsen A/S anfører, at kommunen har tildelt ”f.eks. 4,30 point og 2,40 point ved vurderingen af ”Samlet fornemmelse af plads og rum ved førerplads” selv om pointskemaet [de skemaer, der er anvendt ved bedømmelsen af underkriteriet ”Ergonomi” og som Brian Madsen A/S’ modtog fra kommunen med e-mailen af 2. marts 2016] kun angiver 2 point som højest mulige pointtal.”, tror selskabet øjensynlig, at de angivne point er ud-

tryk for vægtede point, hvilket ikke er tilfældet. De anførte point er således udtryk for kommunens uvægtede pointgivning. Kommunen har, som det fremgår af kommunens for klagenævnet fremlagte evalueringsskema, i overensstemmelse med det anførte i udbudsbetingelserne ved sin evaluering omregnet de anførte uvægtede point i skemaerne til vægtede point, jf. fanen ”Fysisk afprøvning”. I denne fane er angivet gennemsnittet af brugergruppens uvægtede bedømmelse. Denne bedømmelse er herefter vægtet af kommunen i overensstemmelse med de anførte vægtninger i udbudsbetingelserne samt kolonnerne F, I, L, O, R, U, X, AA, AD, AG, AJ og AM. Den vægtede score er efterfølgende – ligeledes i overensstemmelse med det foreskrevne i udbudsbetingelserne – indgået ved kvalificeringen af ”det økonomisk mest fordelagtige bud”.

Kommunen har som det heraf fremgår handlet i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved sin evaluering af tilbuddene i henhold til delkriteriet ”Fysisk afprøvning af den enkelte bil”.

Ad påstand 1,nr. ii) og iii): Ergonomi

Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 11, at kommunen vil undersøge og afprøve de tilbudte biler til brug for ”evaluering af konkurrenceparametrene”. Det fremgår herudover udtrykkeligt af punktet, at afprøvningen gennemføres ”af [kommunens] medarbejdere”. Der kom ikke i udbudsperioden spørgsmål fra tilbudsgiverne, herunder Brian Madsen A/S, om dette forhold. Brian Madsen A/S’ vildfarelse om de undersøgende og afprøvende personers identitet må derfor tilskrives selskabets egne forhold.

Der er endvidere ikke holdepunkter i udbudsreglerne for, at evalueringspersoner skal have særlige faglige kvalifikationer. Det afgørende er, at tilbuddene vurderes på et ensartet grundlag. Udbudsbetingelsernes punkt 11 opregner en række detaljerede, ensrettende betingelser, som stilles til de køretøjer, som danner grundlag for evalueringen. Disse betingelser har sikret, at evalueringen af køretøjerne er sket på et ensartet grundlag. De udvalgte evalueringspersoner har i øvrigt ikke været ukvalificerede til at afprøve eller opmåle køretøjerne. Afprøvningen af køretøjerne blev således forestået af en evalueringsgruppe bestående af arbejdsmiljørepræsentanter for hjemmeplejen/hjemmesygeplejen, en ergoterapeut samt to udbudskonsulenter. Opmålingen af køretøjerne er foretaget af de to udbudskonsulenter. Brian

Madsen A/S har i øvrigt på ingen vis dokumenteret – endsige forsøgt at dokumentere – sine postulater om, at kommunens opmålinger er mangelfulde.

Ordregivende myndigheder har efter fast domstols- og klagenævnsspraksis et vidt skøn ved sin evaluering af tilbud inden for rammerne af det evalueringsgrundlag, som måtte være beskrevet i et udbudsmateriale. Kommunen har ved sin evaluering af det pågældende delkriterium nøje holdt sig til det i udbudsmaterialet angivne og således uomtvisteligt holdt sig inden for rammerne af sit vide skøn ved evalueringen af delkriteriet.

Ad påstand 1, nr. iv): Miljøegenskaber

Brian Madsen A/S er øjensynligt af den opfattelse, at kommunen har undladt at inddrage underkriteriet, ”miljøegenskaber”, i udbuddet, og at dette er i strid med udbudsdirektivet (2004/18/EF) artikel 53 (stk. 1, litra a). Det anførte giver ikke udbudsretlig mening. Artikel 53, stk. 1, litra a, fordrer ikke, at ordregiver skal inddrage alle eller nogle af de opregnede underkriterier til tildelingskriteriet. Tværtimod fremgår det udtrykkeligt af bestemmelsen, at de opregnede underkriterier udgør eksempler (”f.eks”). Kommunen er dermed fri til at vælge andre kvalitative underkriterier under iagttagelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Ad påstand 2

Brian Madsen A/S har gjort gældende, at Slagelse Kommunes tilsidesættelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed medfører, ”at der er legalt grundlag for at udbuddet annulleres, og at Slagelse Kommune pålægges at fortage et nyt udbud på betingelser der opfylder gældende ret.”

Slagelse Kommune har gjort gældende, at der intet grundlag er for at pålægge kommunen at lovliggøre udbudsproceduren eller annullere beslutningen om tildeling, da der ingen udbudsretlige overtrædelser foreligger.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet forstår som tidligere nævnt efter indholdet af Brian Madsen A/S’ påstand 1 og 2 og de af de oprindelige anbringender til støtte for disse påstande, som i det supplerende/præciserende klageskrift er gengivet under påstandene, således, at klagen alene vedrører delaftale 1.

Klagenævnet bemærker, at det følger af § 10, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud (tidligere håndhævelsesloven), som formuleret ved lov nr. 618 af 14. juni 2011:

”Klagenævnet for Udbud træffer afgørelse om, hvorvidt der er sket overtrædelse af de regler, der er nævnt i § 1, stk. 2 og 3. Klagenævnet kan ikke tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og kan ikke tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende af den pågældende.”

Af bemærkningerne til bestemmelsen fremgår blandt andet:

”Med 2. pkt. foreslås det, at klagenævnet ikke kan træffe en afgørelse, der går ud over de påstande eller de retlige og faktiske forhold, som en af parterne har gjort gældende. Den foreslåede bestemmelse betyder, at Klagenævnet for Udbud er bundet af parternes påstande og kun kan tage hensyn til anbringender, der er gjort gældende. Klagenævnet kan dermed ikke længere bistå med formulering af brugbare påstande [om] faktiske og retlige forhold, som ikke vedrører parternes oprindelige påstande, ligesom klagenævnet ikke kan tage spørgsmål op af egen drift.”

Det bemærkes endvidere, at dette udbud er iværksat før den 1. januar 2016. Det følger herefter af overgangsreglen i § 196, stk. 2, i udbudsloven (lov nr. 1564 af 15. december 2015), som Brian Madsen A/S har henvist til ved siden af direktiv 2004/18, at loven ikke finder anvendelse. For så vidt som klagen ikke indeholder klare påstande og anbringender kan klagen – eller de dele heraf, som er uklare – endvidere ikke tages under påkendelse.

Ad påstand 1

Påstand 1 må efter sit indhold og anbringenderne til støtte herfor samt Brian Madsen A/S' e-mail af 16. marts 2016, forstås således, at påstanden er, at Slagelse Kommune har handlet i strid med navnlig principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i blandt andet udbudsdirektivets artikel 2 og med direktivets artikel 53 ved dels ikke at tildele ordren ud fra kriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” og dels at anvende ikke beskrevne pointkriterier og målekriterier, idet

- i) der i strid med det, som var anført i skemaerne med delkriterier til underkriteriet ”Ergonomi” i udbudsbetingelsernes punkt 7 ikke maksi-

malt blev tildelt det antal point, som var anført maksimalt at kunne tildeles vedrørende det enkelte delkriterium, og ”ikke er oplyst hvordan der er givet point, og at der ikke givet point i overensstemmelse med det pointtal som fremgår af skemaet”,

ii) der ikke er udført en fagligt forsvarlig bedømmelse af delkriterierne og foretaget opmålinger til brug herfor, idet de personer, som foretog bedømmelsen og opmålingen ikke er sagkyndige i ergonomi og opmåling,

iii) der er anvendt ergonomisk og dermed fagligt/sagligt uegnede delkriterier til underkriteriet ”Ergonomi”, f.eks. om ”laveste indstigningshøjde”, og

iv) der i strid med artikel 53 i udbudsdirektivet ikke er inddraget underkriteriet ”miljøegenskaber”, som er foreskrevet i artikel 53, idet kommunens valg af leverandør medfører, at der udledes ca. 20 % mere CO₂ som følge af, at der vælges en benzindrevet bil frem for en dieseldrevet.

Tildelingskriteriet til delaftale 1 var svarende til, hvad der var anført i udbudsbekendtgørelsen, ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”. I udbudsbetingelserne punkt 9 er fastsat underkriterierne ”Samlet pris (beregnet TCO)” og ”Ergonomi” med en vægtning på henholdsvis 60 og 40 %. Det fremgår endvidere, at der for så vidt angår underkriteriet ”Ergonomi” ville blive anvendt en række delkriterier. Det er i skemaerne om de enkelte delkriterier angivet, hvordan delkriterier vægter indbyrdes.

Ifølge tildelingsmeddelelsen og det medfølgende pointskema har Slagelse Kommune foretaget evalueringen i overensstemmelse med det offentliggjorte tildelingskriterium og underkriterierne hertil og med den vægtning af underkriterierne, som fremgik af udbudsbetingelserne.

Det, som er anført i skemaerne i udbudsbetingelsernes punkt 9 om delkriterierne til underkriteriet ”Ergonomi”, kan efter klagenævnets opfattelse ikke forstås anderledes end som udtryk for den vægtning, de enkelte delkriterier tillægges inden for underkriteriet om ”Ergonomi”, og som sammenlagt giver 40, svarende til underkriteriets vægtning. Det, som står i skemaerne, kan således ikke af en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver forstås som udtryk for, at der for hvert enkelt delkriterium maksimalt kan tildeles et antal point, som svarer til det tal, der står anført i kolonnen under overskriften ”vægt”.

Det er i udbudsbetingelsernes punkt 9 klart beskrevet, hvorledes underkriterierne ville vægte indbyrdes, og hvorledes delkriterierne til underkriteriet

om ”Ergonomi” ville blive vægtet indbyrdes. Herefter, og da der ikke er noget, som understøtter, at evalueringen ikke er sket i overensstemmelse med det, som er anført i udbudsbetingelsernes punkt 9, tages delpåstand i) i påstand 1 ikke til følge.

Den ordregivende myndighed har som anført i klagenævnets kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A. mod Banedanmark, en vid skønsmargen i relation til de faktorer, der skal tages i betragtning ved tildeling af kontrakt efter udbud. Der tilkommer herved ordregiveren et vidt skøn både ved fastlæggelsen af metoden/modellen til bedømmelsen af tilbuddene og ved selve bedømmelsen af tilbuddene. Valget af bedømmelsesmetode/model og selve bedømmelsen af tilbuddene skal ske inden for de rammer, som er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i de øvrige udbudsbetingelser. Klagenævnet kan alene tilsidesætte det skøn, som den ordregivende myndighed har udøvet dels i forbindelse med fastlæggelsen af evalueringsmetoden/modellen, dels i forbindelse med selve evalueringen, hvis ordregiveren har overskredet grænserne for dette skøn. Den omstændighed, at det er medarbejdere hos Slagelse Kommune, som har foretaget afprøvningen af testbilerne og herunder foretaget opmålinger og vurderet graden af opfyldelse af de øvrige delkriterier til underkriteriet ”Ergonomi”, giver ikke grundlag for at antage, at evalueringen er foregået på en måde, som overskrider grænserne for det vide skøn, som tilkommer Slagelse Kommune. Den anvendte fremgangsmåde strider heller ikke imod det, som er oplyst i udbudsbetingelserne om, hvordan evalueringen ville finde sted, hvorefter afprøvning og målinger, jf. punkt 11, ville blive foretaget af kommunens medarbejdere, eller mod forventninger, som tilbudsgiverne efter udbuddets indhold og udformningen af udbudsbetingelserne i øvrigt berettiget kunne have hertil. Delpåstand ii) i påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Så længe målet om effektiv konkurrenceudsættelse og det heraf afledte ligebehandlingsprincip samt kravene om proportionalitet og gennemsigtighed respekteres, jf. herom sag C-513/99, Concordia Bus Finland, navnlig præmis 81, står det en ordregiver frit at stille krav, som visse eller alle potentielle tilbudsgivere finder mindre hensigtsmæssige eller ønskværdige. Som udgangspunkt må den enkelte potentielle tilbudsgiver i sådanne tilfælde afgøre, om den pågældende ønsker at afgive tilbud på de udbudte vilkår. Dette indebærer, at en ordregiver, der udbyder en leverance af biler som den her omhandlede, som udgangspunkt frit kan beslutte at anvende et underkriterium ”Ergonomi” og herunder kan beslutte, hvilke ergonomiske forhold

(delkriterier) ordregiver vil tillægge betydning ved bedømmelsen af underkriteriet, uden at dette strider mod udbudsreglerne. Herefter og da der ikke er noget, som understøtter, at de fastsatte delkriterier til underkriteriet om ”Ergonomi” ligger uden for de vide rammer, som Slagelse Kommune har til at beslutte, hvilken type ydelse kommunen ønsker at købe, tages delpåstand iii) i påstand 1 ikke til følge.

Artikel 53 i udbudsdirektivet nævner eksempler på mulige underkriterier til tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, men foreskriver ikke, hvilke underkriterier en ordregiver skal vælge at benytte i et konkret udbud. Der er således ikke pligt til at have et underkriterium om miljøegenskaber. Delpåstand iv) i Brian Madsen A/S’ påstand om manglende anvendelse af et underkriterium om ”miljøegenskaber” og manglende hensyntagen til en større CO₂-belastning ved benzindrevne end dieseldrevne biler, tages herefter ikke til følge.

Påstand 1 tages herefter hverken helt eller delvist til følge.

Ad påstand 2

Efter indholdet af påstand 2 og Brian Madsen A/S’ anbringender til støtte herfor forstår klagenævnet påstand 2 sådan, at Brian Madsen A/S nedlægger påstand om, at tildelingsbeslutningen og/eller udbuddet skal annulleres for så vidt angår delaftale 1, og at det herudover skal pålægges Slagelse Kommune at iværksætte et nyt udbud.

Klagenævnet kan ikke pålægge en ordregiver, hvis tildelingsbeslutning eller udbud annulleres, at iværksætte et nyt udbud. Det beror således på ordregivers skønsmæssige beslutning, om der i lyset af en afgørelse om annulatioon skal iværksættes et nyt udbud, eller om det skal undlades at foretage det pågældende indkøb eller – hvor dette er relevant – om ordregiver selv skal udføre opgaven in-house. Påstand 2 kan allerede af denne grund ikke tages til følge for så vidt angår den del, der vedrører et pålæg om at iværksætte et nyt udbud.

Da Brian Madsen A/S ikke har fået medhold i, at der er begået overtrædelser som anført i påstand 1, er der heller ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen eller udbuddet.

Påstand 2 tages herefter hverken helt eller delvist til følge.

Sagsomkostninger

Efter udfaldet af sagen skal Brian Madsen A/S betale sagsomkostninger til Slagelse Kommune som nedenfor bestemt. Der er taget hensyn til sagens forløb og omfang.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Brian Madsen A/S skal i sagsomkostninger til Slagelse Kommune betale 12.500 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig