

K E N D E L S E

Calundan Høreteknik ApS
(advokat Jeppe Svenning, Aarhus)

mod

Gentofte Kommune m.fl.
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 186-305752 af 23. september 2012 udbød Gentofte Kommune på egne vegne og på vegne Hørsholm, Gladsaxe, Lyngby-Taarbæk, Albertslund, Brøndby, Hvidovre, Rødovre og Høje-Taastrup kommuner, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en 2-årig rammeaftale om indkøb og installation af høretekniske hjælpemidler. Aftalen kunne forlænges to gange. Værdien anslås i bekendtgørelsen til 8 mio. kr. ekskl. moms.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 5. november 2012 havde 3 virksomheder, Calundan Høreteknik ApS, Scantone A/S og Phonic Ear A/S, afgivet tilbud. Den 13. november 2012 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Phonic Ear A/S, hvilket de øvrige tilbudsgivere fik elektronisk meddelelse om den 16. november 2012.

Den 28. november 2012 indgav klageren, Calundan Høreteknik ApS, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 11. januar 2013 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om uopsættelighed ikke blev fundet opfyldt.

Indklagede har ikke indgået kontrakt med Phonic Ear A/S.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele kontrakten efter kriteriet »det økonomiske mest fordelagtige tilbud«, uagtet at den af indklagede anvendte pointmodel ved underkriteriet pris ikke vægtede 50 %, som angivet i udbudsbetingelserne, og derved ikke var egnet til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 13. november 2012 om at tildele kontrakten til Phonic Ear A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen angives det blandt andet:

»Del IV: Procedure

...

IV.2) Tildelingskriterier

IV.2.1 Tildelingskriterier

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«

I udbudsbetingelsernes punkt 1.2.1 angives den estimerede årlige værdi af aftalen at være 2 mio. kr. baseret på historisk forbrug. Det fremgår af udbudsbetingelserne endvidere blandt andet:

»1.5 Tildelingskriterier

Aftalen vil blive tildelt den tilbudsgiver, der afgiver det økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på følgende delkriterier med de angivne procentsatser (vægte):

- 1) Pris, 50%
- 2) Kvalitet, 30%
- 3) Service, 20%.

1.5.1 Ad pris

Økonomi vil blive vurderet på baggrund af de af tilbudsgiver angivne nettopriser, jf. bilag 4. Priserne skal afgives som en funktionspris, dvs. uafhængigt af produktvalg.

...

- "Pris for løsning": Tilbudsgiver skal her angive prisen på, hvad tilbudsgiver vil tilbyde funktionsløsningen til. Prisen er uafhængig af produkt. De produkter, som den vindende tilbudsgiver indleverer til Kommunikationscentret (eller den til enhver tid gældende samarbejdspartner) vil blive kategoriseret under tilbudte priser i skemaet (medmindre der er tale om en funktion til en borger med et særligt behov udover tilbudslisten).
- "Samlet tilbudspris" er "Estimeret antal køb pr. år" ganget op med tilbudsgivers tilbudte pris under "Pris for løsning."«

Det var ikke i øvrigt i udbudsbetingelserne angivet, hvordan evalueringen af pris ville ske.

Prisbilaget, som skulle udfyldes af tilbudsgiverne, indeholder beskrivelse af en række forskellige funktionaliteter, for eksempel »En funktion, som signalerer til alarmformidleren, at en alarmsender afgiver signal«, »Den visuelle alarmformidling« og »Trådløst signal til alarmsender«, med oplysning om estimeret antal årlige køb pr. år og eksempel på tidligere anvendte produkter. På dette grundlag skulle tilbudsgiverne for hver funktionalitet anføre en stk. pris og en samlet årlig tilbudspris pr. år. De årlige beløb pr. år sammentales automatisk og udgjorde herefter den enkelte tilbudsgivers samlede tilbudspris for »funktionsløsning«. Herudover skulle tilbudsgiverne oplyse pris for »installation«, og »genopsætning, depot m.v.« De pågældende beløb udgjorde samlet den enkelte tilbudsgivers tilbudspris. Tilbudsgiverne skulle i bilag 4 oplyse de løsninger (produkter), som var gældende på tilbudsafgivelsestidspunktet. I tilbudsskema 5 om design og kvalitet skulle tilbudsgiverne give oplysning om design, stabilitet og holdbarhed af

de tilbudte produkter, om arbejdsmetoder i relation til opfølgning vedrørende brugernes tilfredshed med kvaliteten og om hvordan det undgås at skulle foretage efterfølgende tilpasninger samt om brugervenlighed i løsningerne. I tilbudsskema 6 skulle tilbudsgiverne oplyse om brugervenlighed ved bestilling samt service.

Som nævnt modtog indklagede tilbud fra Calundan Høreteknik ApS, Scan-tone A/S og Phonic Ear A/S inden for tilbudsfristen.

Af klagerens tilbud fremgår blandt andet:

»Mange af vore produkter er almindeligt kendte mærker, fx Phonic Ear, Oticon, Phonak og Bellmann med kendt høj stabilitet og holdbarhed.«

I indklagedes meddelelse om tildeling af 16. november 2012 til klageren angives det:

»Vi kan meddele at Jeres tilbud ikke var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

...

Tildelingskriteriet er "Det økonomisk mest fordelagtige tilbud" med de i udbudsbetingelserne anførte underkriterier.

Ved tilbudsvurderingen er anvendt en 1-8-points skala, hvor 8 point er den højeste karakter. Hvert tilbud er tildelt points for hvert underkriterium. Pointene er derefter vægtet og lagt sammen til en samlet pointsum. Det vindende tilbud er det tilbud, der samlet har opnået flest points.

Tildelingen af points for underkriteriet "Pris" er sket som følger: Tilbuddet med den laveste samlede tilbudssum er tildelt 8 points. Alle øvrige tilbud er tildelt relative points i forhold til, hvor meget højere tilbudssummen er. Der er afrundet til 2 decimaler.

Tildelingen af points for underkriteriet "Kvalitet", jf. bilag 5, og underkriteriet "Service", jf. bilag 6, er sket ved en konkret vurdering af de i udbudsbetingelserne nævnte punkter (delkriterier). Der er givet points i hele tal.

Tilbudsvurderingen er foretaget af en faggruppe bestående af terapeuter og visitatorer fra et udsnit af kommunerne på baggrund af tilbuddene.

Phonic Ear A/S har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og kommunen har derfor til hensigt at indgå aftale med Phonic-

Ear A/S efter stand-still periodens udløb den 29. november 2012.

Det vindende tilbud og Jeres tilbud har vi vurderet som følger:

Det vindende tilbud

Det vindende tilbud opnåede 7,12 points for Pris for en samlet tilbuds-sum pr. år i henhold til tilbudsskemaet på 2.182.215,50 kr. Det vindende tilbud opnåede på underkriteriet ”Kvalitet” 8 point og på underkriteriet ”Service” 7 point. Pålagt vægtning opnåede det vindende tilbud i alt 7,4 point.

- For så vidt angår Kvalitet, jf. bilag 5, har vi vurderet følgende om det vindende tilbud:

...

- For så vidt angår Service, jf. bilag 6, har vi vurderet følgende om det vindende tilbud:

...

Jeres tilbud

Jeres tilbud opnåede 8 points for Pris for en samlet tilbudssum pr. år i henhold til tilbudsskemaet på 1.937.856 kr. På underkriteriet ”Kvalitet” opnåede I 5 points og på underkriteriet ”Service” 5 points. Pålagt vægtning opnåede Jeres tilbud i alt 6,5 point.

- For så vidt angår Kvalitet, jf. bilag 5, har vi vurderet følgende om Jeres tilbud:

...

- For så vidt angår Service, jf. bilag 6, har vi vurderet følgende om Jeres tilbud:

...

Vi kan oplyse, at Jeres tilbud var det bedste af de indkomne tilbud, for så vidt angår Pris; Det 3. bedste for så vidt angår Kvalitet og 3. bedste for så vidt angår Service – samlet det 3. bedste af de konditionsmæssige tilbud.«

Af meddelelsen til Scantone A/S af 16. november 2012 fremgår det samme som af indledningen til meddelelsen til klageren og om bedømmelsen af det vindende tilbud i henhold til de kvalitative kriterier. Herudover er det angivet, hvordan Scantone A/S’ tilbud er bedømt i henhold til de kvalitative kriterier.

Meddelelsen til Phonic Ear A/S svarer til meddelelserne til de to øvrige tilbudsgivere, men oplyser alene nærmere om den kvalitative bedømmelsen af Phonic Ear A/S' tilbud uden at gengive bedømmelsen af et af eller begge de to andre tilbud.

Indklagede har på klagenævnets forespørgsel vedrørende en samlet evalueringsrapport oplyst, at der ikke foreligger en særskilt samlet evalueringsrapport. Evalueringen fremgår alene af de tre særskilte meddelelser om tildeling, som er sendt til de 3 tilbudsgivere.

Oversigtsmæssigt kan den foretagne bedømmelse, som fremgår af disse meddelelser, gives som følger:

Tilbudte priser:

Calundan Høreteknik ApS 1.937.856,00 kr.

Phonic Ear A/S 2.182.215,50 kr.

Scantone A/S 1.999.150,00 kr.

Pointtildeling:

	Pris	Kvalitet	Service	I alt
Calundan Høreteknik ApS	8	5	5	6,5
Phonic Ear A/S	7,12	8	7	7,4
Scantone A/S	7,78	7	6	7,2

Af indklagedes interne retningslinjer vedrørende evalueringen fremgår:

»...

- Karakterskalaens definition:

8 Karakteren 8 gives til det meget tilfredsstillende tilbud, der opfylder alle udbyders krav indeholdt i de opsatte evalueringskriterier.

- 7 Karakteren 7 gives til det tilfredsstillende tilbud, der demonstrerer omfattende opfyldelse af udbyders krav indeholdt i de opsatte evalueringskriterier.
- 6 Karakteren 6 gives til det udmærkede tilbud, der demonstrerer en høj grad af opfyldelse af udbyders krav indeholdt i de opsatte evalueringskriterier.
- 5 Karakteren 5 gives til det gode tilbud, der til en vis grad demonstrerer opfyldelse af udbyders krav indeholdt i de opsatte evalueringskriterier.
- 4 Karakteren 4 gives til det jævne tilbud, der kun i mindre grad opfylder udbyders krav indeholdt i de opsatte evalueringskriterier.
- 3 Karakteren 3 gives til det mindre gode tilbud, der kun opfylder få af udbyders krav indeholdt i de opsatte evalueringskriterier.
- 2 Karakteren 2 gives til det utilfredsstillende tilbud, der stort set ikke opfylder udbyders krav indeholdt i de opsatte evalueringskriterier.
- 1 Karakteren 1 gives til det dårlige tilbud, der ikke opfylder nogen af udbyders krav indeholdt i de opsatte evalueringskriterier.

Det bedste tilbud får ikke automatisk 8. Der må ikke evalueres på opfyldelse af mindstekrav.

Bemærk at der ikke eksisterer en middel karakter, samt at der kun kan gives hele karakterer.

...

- Du skal ikke evaluere på prisen – jeg har en matematisk model, som afgiver point automatisk på pris.

...«

Indklagede har besvaret følgende spørgsmål fra klagenævnet:

Spørgsmål 1)

... nøje at redegøre for den anvendte pointmodel vedrørende pris, og herunder navnlig hvorledes den i meddelelsen om tildeling angivne tildeling af

»relative points i forhold til hvor meget højere tilbudssummen er [end laveste pris, som tildeles maksimumpoint på 8]« er beregnet med oplysning om

- a) Den konkrete »beregningslogaritme/brøk«
- b) oplysning om, hvorledes pointberegningen er foretaget ved fordelingen, og
- c) Eksemplificering af, hvorledes pointfordelingen ville være, hvis den billigste tilbudsgiver tilbød en årlig samlet pris på 1,5 mio. kr., næstbilligste 2 mio. kr., tredjebilligste 2,5 mio. kr. og den dyreste 3 mio. kr., idet det nøje angives, hvorledes pointberegningen foretages i hvert enkelt tilfælde.

Spørgsmål 2)

Anmodning om at oplyse/bekræfte, at det er korrekt forstået, at den pris, der er taget udgangspunkt i ved prisvurderingen, er prisen for 1 års samlet levering - og altså ikke prisen for den maksimalt mulige samlede levering i henhold til den 2-årige aftale, med option på forlængelse i 2 x 1 år, dvs. i alt 4 år?

Indklagedes svar på 1 a) lyder:

»...

beregningen fremgår af vedlagte regneark (bilag D) – og forklares som følger.

Formlen opererer med en pointskala fra 1-8 point. Den indsatte formel tildeler den laveste samlede pris 8 point. I formelen defineres spændet, ud fra hvor stor afvigelse der er acceptabel ift. opnåelse af point. Højest acceptable afvigelse og derved opnår karakteren 1. Der kan ikke opnås en karakter lavere end 1, da karakteren 1 er lavest opnåelige karakter på de kvalitative parametre, hvorfor der arbejdes indenfor samme mulige pointramme. Point tildeles derefter via en relativ beregning på de tilbud der ligger inden for det acceptable spænd.

I nærværende udbud opereres der med et acceptabelt spænd på 100 %, dvs. tilbud med samlet tilbudssum på det dobbelte og derved, opnår karakteren 1 på underkriteriet pris.«

Indklagedes svar på 1 b) lyder:

»...

Beregningen er forklaret ovenfor, og kan efterprøves i vedlagte regneark.

Tilbudsgiver	Tilbudssum	Afvigelse	Point
Caludan	1.937.856		8
Phonic Ear	2.182.215	12,61 %	$8 - (8 - 1 * 12,61\%) = 7,12$

«

Indklagedes svar på 1 c):

»...

Tilbudsgiver	Tilbudssum	Afvigelse	Point
Billigst	1.500.000		8
Næstbilligst	2.000.000	33,33 %	$8 - (8 - 1 * 33,33\%) = 5,67$
Tredjebilligst	2.500.000	66,66 %	$8 - (8 - 1 * 66,66\%) = 3,33$
Dyrest	3.000.000	100 %	$8 - (8 - 1 * 100\%) = 1$

«

Indklagedes svar på 2) lyder:

»...

Det bekræftes at den pris der er taget udgangspunkt i er prisen for 1 års samlet levering – og er taget direkte fra det af tilbudsgiver udfyldte tilbudsark.«

Klagenævnet har ved e-mail af 24. april 2013 stillet klageren nedenstående spørgsmål, som klageren har besvaret i et processkrift af 22. maj 2013 som følger (klagenævnets spørgsmål er angivet med kursiv):

»Klageren har blandt andet gjort gældende, at et bud, der er 25 % dyrere end lavestbydende eller svarende til kr. 2.425.000 vil opnå 6,24 point, og et bud på kr. 2.425.000 imidlertid er urealistisk, fordi det nogenlunde svarer til tilbudsgivernes vejledende priser.

Klagenævnet forstår det anførte sådan, at der for så vidt angår de produkter, udbuddet vedrører, gælder vejledende priser (listepriser), som er de priser, som produkternes sælges til ved køb af enkelte produkter uden konkurrenceudsættelse. De priser, som er tilbudt af tilbudsgiverne

– og de priser, som generelt kan forventes at blive tilbudt ved udbud som nærværende – må i konsekvens heraf antages at være mindre end de vejledende priser og i hvert ikke overstige disse. Med andre ord tilbudspriserne for »funktionsløsningen« er »listeprisen« med et større eller mindre eller eventuelt intet fradrag.

I Det bedes oplyst, om dette er korrekt forstået?

Dette er korrekt forstået.

II Hvad prisen for »funktionsløsningen« ville have været, hvis en konkurrent havde tilbudt samme produkter som klageren, men med en pris, som svarede til den vejledende pris (listeprisen)

Som bilag 5 fremlægges konkurrenten Scantones produktkatalog 2012/13, hvor Scantones vejledende priser fremgår. De vejledende priser er overført til bilag 6.

Det bemærkes, at produkter af mærket Geemarc og Humantechnik ikke fremgår af Scantones vejledende priser, idet der er tale om produkter, som indkøbes hos klager, og hvorfor klagers vejledende priser er anvendt.

Konkurrentens vejledende pris /funktionsløsningen, jf. bilag 6	kr. 1.290.275,00
---	------------------

III Hvad den samlede pris i et sådant tilbud ville have været, hvis den pågældende tilbød samme pris som klageren for »installation«, og »genopsætning, depot m.v.«.

Konkurrentens vejledende pris / funktionsløsningen, jf. bilag 6	kr. 1.290.275,00
Klagers tilbud – Installation, jf. bilag 7	kr. 548.950,00
Klagers tilbud - Genopsæt- ning, depot mm., jf. bilag 8	kr. 408.911,00
I alt	kr. 2.248.136,00

IV Klageren anmodes endvidere om at beregne, hvilken pointtildeling et sådant tilbud ville få med den af indklagede anvendte model, idet det forudsættes, at det billigste tilbud er klagerens tilbud med de priser, der er tilbudt heri.

Som det fremgår nedenfor, er der en forskel i prisen på kr. 310.280,00 svarende til 16,01% svarende til en forskel i point på 1,12.

Klagerens tilbud	kr. 1.937.856,00
Beregnete tilbud, jf. spørgsmål III	kr. 2.248.136,00
Pointtildeling på priskriteret	6,88.

V Det bedes oplyst, hvad prisen for »funktionsløsningen« ville have været, hvis en konkurrent havde tilbudt samme produkter som klageren, men med en pris, som svarede til den vejledende pris (listepri- sen) + 25 % og

Konkurrentens vejledende priser, jf. bilag 6	kr. 1.290.275,00
Tillagt + 25%	kr. 322.569,00
I alt	kr. 1.612.844,00

VI Hvad den samlede pris i et sådant tilbud ville have været, hvis den pågældende tilbød samme pris som klageren for »installation«, og »genopsætning, depot m.v.«.

Konkurrentens vejledende priser + 25%, jf. spørgsmål V)	kr. 1.612.844,00
Klagers tilbud – Installation, jf. bilag 7.	kr. 548.950,00
Klagers tilbud - Genopsætning, depot mm, jf. bilag 8	kr. 408.911,00
I alt	kr. 2.570.705,00

VII Klageren anmodes endvidere om at beregne, hvilken pointtilde- ling et sådant tilbud ville få med den af indklagede anvendte model, idet det forudsættes, at det billigste tilbud er klagerens tilbud med de priser, der er tilbudt heri.

Som det fremgår nedenfor, er der en forskel i prisen på kr. 632.849,00 svarende til 32,66% og svarende til en forskel i point på 2,29.

Klagerens tilbud	kr. 1.937.856,00
Beregnete tilbud	kr. 2.570.705,00
Pointtildeling	5,71

Af klagerens tilbud fremgår, at der tilbydes »kendte« standardprodukter.

VIII Er der i den forbindelse tale om, at tilbudsgiverne i et vist omfang har tilbudt (og i et udbud som dette må forventes at tilbyde) samme standardprodukter (evt. med en forskellig »rabat« på listepriisen)?

Det er klagerens opfattelse, at tilbudsgiverne i et vist omfang må forventes at tilbyde standardprodukter.«

Indklagede har haft mulighed for at kommentere klagerens svar og herunder oplyse, hvis indklagede helt eller delvist måtte være uenig i klagerens besvarelse og mene, at spørgsmålene helt eller delvist skal besvares anderledes. Indklagede har ved e-mail af 30. maj 2013 meddelt:

»Gentofte Kommune har ikke yderligere tilføjelser til Klagers besvarelser af Klagenævnes spørgsmål.

Kommunen henholder sig til de tidligere besvarelser, herunder den indsendte dokumentation i forbindelse med udbuddet.

Kommunen vil dog gerne understrege at udbuddet er gennemført som funktionsudbud, i det det er kommunens overbevisning at markedet for høretekniske hjælpemidler, er et marked i stærk udvikling, og at en beskrivelse af – og dermed udbud af løsninger på specifikke behov - og efterfølgende modtagelse af tilbud på løsninger herpå - snarere end udbud af specifikke produkter, var den mest hensigtsmæssige måde at udbude opgaven på, når man som ordregiver ønsker at få tilbudt de bedste og nyeste løsninger på markedet.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at den af indklagede under evalueringen af tilbuddene foretagne vægtning af underkriteriet pris medfører, at underkriteriet pris ikke modsvarer en vægtning på 50 %, som anført i udbudsbetingelserne.

Klageren har afgivet det laveste tilbud på 1.937.856 kr.. Phonic Ear A/S, som er vinder af udbuddet, har afgivet det dyreste tilbud på 2.182.215,50 kr.. Klager er således årligt 244.359,50 kr. billigere end det dyreste tilbud

og samlet 977.438 kr. billigere, når der ses på den samlede kontraktsum inkl. optioner. Det er en procentvis forskel på 13 % mellem laveste og dyreste tilbud. Det er af indklagede alene vurderet med en forskel i point på 0,88 point, uagtet at vægtningen på pris udgør 50 %. Pointmodellen indebærer dermed, at kun en begrænset del af pointskalaen udnyttes. Det er således alene pointskalaen mellem 7,12 – 8, som udnyttes, hvilket svarer til 11 % af pointskalaen. Pointsystemet afspejler ikke den spredning i de tilbudte priser, som må forventes med udgangspunkt i rammeaftalens i udbudsbekendtgørelsen anslåede værdi på kr. 8 mio. kr. i alt og 2 mio. kr. årligt. Et bud, der er 25 % dyrere end lavestbydende eller svarende til kr. 2.425.000 vil opnå 6,24 point. Et bud på kr. 2.425.000 er imidlertid urealistisk, fordi det nogensinde svarer til tilbudsgivernes vejledende priser. Derfor vil pointskalaen heller ikke på den baggrund kunne forventes at blive udnyttet.

Baseret på den i udbudsbetingelsernes punkt 1.2.1 oplyste historiske gennemsnitlige årlige værdi af den udbudte aftale på 2 mio. kr. er en spredning i prisen på +/- 33,33%, svarende til +/- kr. 500.000,00 det realistiske minimum og maksimum. Derfor kan indklagede heller ikke forvente tilbud, som er dobbelt så højt som det laveste, hvilket den anvendte procentsats må forudsætte. Pointsystemet kan derfor ikke afspejle spredningen i de tilbudte priser, som er (burde være) forventelig for indklagede, og prisen vægter som konsekvens heraf langt mindre end de i udbuddet angivne 50%.

På samme måde som i klagenævnets kendelse af 9. januar 2012, RenoNorden A/S mod Skive Kommune, er pointmodellen i nærværende sag ikke egnet til at sikre den fastsatte vægtning af underkriteriet pris, og er dermed uegnet til at identificere det økonomiske mest fordelagtige tilbud. Phonic Ear A/S, som har afgivet det dyreste tilbud, har således ikke afgivet det »økonomiske mest fordelagtige tilbud«.

Det indklagede har anført om, at der er tale om et funktionsudbud, hvilket indebærer, at en faktor som »markedets vejledende prisniveau« ikke finder anvendelse, bestrides. De i udbuddet beskrevne funktioner er i praksis basale, og de produktvalg, som er mulige inden for udbuddet, er begrænsede. Derfor er den af indklagede påberåbte forskel mellem »funktion« og »produkt« i praksis ubetydelig. Indklagede kunne følgelig ikke forvente væsentlige forskelle i priserne i de indkomne tilbud. Indklagede har da også selv offentliggjort udbuddets omfang baseret på et historisk forbrug på 2 mio. kr. årligt, jf. udbudsbetingelsernes punkt 1.2.1. Dette må tages som udtryk for

»markedets vejledende prisniveau«. Indklagede har således haft kendskab til den spredning, der måtte kunne forventes i de indkomne tilbud og har kunnet indrette modellen herefter.

I og med pointmodellen ikke har været offentliggjort, kunne indklagede ved tildelingen uden problemer have taget højde for den aktuelle spredning i priserne i tilbuddene.

Det indklagede har anført om, at det konkrete resultat af udbuddet viser, at prisspændet på de indkomne tilbudssummer var mindre, end spændet i vurderingen af de kvalitative underkriterier, og at dette jævnlige er et faktum efter endt tilbudsevaluering, ændrer ikke på, at indklagede kunne og burde have taget højde for det prisspænd, som der var mellem tilbuddene.

Tildeling af point er ligeledes uigennemsigtig, fordi der for så vidt angår underkriterierne kvalitet og service er tildelt hele point, hvorimod underkriteriet pris er tildelt point med decimaler. Dermed er vurderingen af underkriterierne kvalitet og service mere ufleksibel end vurderingen af pris, hvor selv store forskelle medfører mindre pointforskelle. Det uegnede i pointmodellen følger også af det forhold, at selv en mindre forskel i vurderingen af underkriterierne kvalitet og service kan få afgørende betydning for resultatet på grund af den meget lille vægt underkriteriet pris reelt tillægges.

Indklagede har gjort gældende, at den anvendte model vedrørende pris er en 8 points skala, hvor laveste pris tildeles 8 point, hvorefter de øvrige priser tildeles relative point i intervallet 1-8. En pris der er 100 % dyrere eller mere, tildeles 1 point – da 1 point tilsvarende er lavest opnåelige karakter på underkriterierne kvalitet og service. Derved sikres at der opereres med den samme skala på samtlige underkriterier. Prismodellen følger desuden gængs praksis. Der er ikke tale om samme pointmodel, som blev anvendt af Skive Kommune i RenoNorden-sagen.

At pointskalaen dækker over et interval fra laveste pris til laveste pris + 100 % er udtryk for et rimeligt spænd til håndtering af variationer i forhold til priser og kvalitative parametre. Det skal i den forbindelse tages i betragtning, at udbuddet er gennemført som funktionsudbud, hvilket indebærer at tilbudsgiverne er opfordret til at afgive bud på at levere en funktion, og ikke et specifikt produkt, hvorfor en faktor som »markedets vejledende prisniveau« ikke finder direkte anvendelse. Desuden er den årlige tilbudssum

sammensat af flere parametre, herunder konkrete funktionsløsninger, nyopsætning/installation (timebaseret), genopsætning/installation (timebaseret) – opretholdelse af depotfunktion (driftsomkostninger) – reparation i borgernes hjem (timebaseret) – ligesom tilbudsgiver har haft mulighed for at korrigere i prisen for funktioner som borgeren/brugeren selv kan afhjælpe i den tilbudte funktionsløsning. Det ligger ikke inden for rammerne af et udbud af en så sammensat og funktionsbaseret løsning at operere med »markedets vejledende prisniveau«.

Det konkrete resultat af udbuddet viser, at prisspændet på de indkomne tilbudssummer er mindre, end spændet i vurderingen af de kvalitative underkriterier. Forskellen mellem dyreste og billigste tilbud er således på 12 %, svarende til pointforskel på 0,88, og svarer dermed til den spredning der er opnået på tilbuddene. En sådan mindre spredning prismæssigt vil jævnligt være resultatet af en tilendebragt tilbudsevaluering, og er efter indklagedes vurdering en effekt af tilbudsgivernes strategi i den konkrete konkurrencesituation.

Der er dermed ikke grundlag for at tage påstanden til følge for så vidt angår det anførte om vægtningen og evalueringen af underkriteriet pris.

Klagerens anbringende om uigennemsigthed, som følge tildeling af point i decimaler for pris og hele point vedrørende de kvalitative underkriterier, kan heller ikke tages til følge. Der er tale om en almindelig praksis, hvor den kvalitative vurdering gennemføres af fagspecialister, med afsæt i en pointskala hvor den enkelte karakter er begrundet i dokumenterede karakteristika for at sikre en fælles og objektiv forståelsesramme. I den endelige opsummering af point, ender de kvalitative underkriterier op med decimaler påført – da de efterfølgende beregnes med den aktuelle vægtning. Der er derfor ikke grundlag for anbringendet om uigennemsigthed for så vidt angår tildeling af point på pris henholdsvis underkriterierne kvalitet og service.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at den begåede overtrædelse, jf. ad påstand 1, er af en karakter og grovhed, som indebærer, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke foreligger en overtrædelse og derfor ikke skal ske annulation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Ordregiveren har ved valg af bedømmelsesmetode til at bedømme tilbudde-
ne efter underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordel-
agtige tilbud« et vidt skøn. Ordregiveren skal imidlertid sikre, at den valgte
metode eller model er egnet, og herunder at den sikrer, at udbudsbetingel-
sernes vægtning af de enkelte underkriterier afspejles i den samlede vurde-
ring.

Heraf følger, at en ordregiver, som anvender en pointmodel til bedømmel-
sen efter et underkriterium om pris, hvor det billigste tilbud tildeles maksi-
mumspoint og øvrige tilbud relative points, således at en bestemt procentvis
prisdifference fra den laveste pris udløser minimumspoint, skal sikre, at den
valgte model respekterer udbudsbetingelsernes vægtning af priskriteriet.
Fastsættelsen af den procentsats (undertiden kaldet »spændet«), som udlø-
ser minimumspoint, beror på et skøn.

Ved ordregivers skønsmæssige fastlæggelse af en model til bedømmelse af
et underkriterium om pris, herunder ved brug af en model som den nævnte,
skal der tages hensyn til det konkrete marked og det konkrete udbuds ka-
rakteristika, og til hvilken spredning der på den baggrund kan forventes i
priserne på de indkomne tilbud.

Klagenævnet kan kun tilsidesætte ordregiverens valg af bedømmelsesmo-
del, hvis ordregiveren åbenbart har overskredet rammerne for skønnet, ek-
sempelvis fordi valget af bedømmelsesmodel strider mod udbudsbetingel-
serne, herunder den fastsatte vægtning af priskriteriet.

Ved bedømmelsen af underkriteret pris anvendte indklagede en pointmodel,
hvor tilbuddet med den laveste samlede tilbudssum på 1.937.856 kr. (klage-
rens tilbud) fik tildelt maksimumspoint (8 point). Øvrige tilbud blev tildelt
relative points på en skala fra 1-8 med afrunding til 2 decimaler. Ved point-
tildelingen til de øvrige tilbud blev den procentvise prisdifference, som ud-
løste minimumspoint fastsat til 100 % (spændet), således at et tilbud med

samlet tilbudssum på det dobbelte af det billigste tilbud og derved ville opnå karakteren 1 på underkriteriet pris. Ved anvendelsen af den dermed fastlagte pointmodel blev det dyreste tilbud fra Phonic Ear A/S på 2.182.215,50 kr., som var 13 % dyrere end klagerens tilbud, tildelt 7,12 point.

For så vidt angik de kvalitative underkriterier anvendte indklagede ligeledes en 8-trins pointmodel. Her blev der ud fra en absolut vurdering af tilbuddene tildelt point mellem 5 og 8 for så vidt angik underkriteriet »kvalitet« og mellem 5 og 7 for så vidt angik underkriteriet »Service«.

Klagenævnet forstår indklagedes e-mail af 30. maj 2013 således, at indklagede er enig i de oplysninger, som klageren har givet, og i klagerens beregninger. De pågældende oplysninger og beregninger lægges derfor til grund ved nævnets afgørelse.

Efter det af klageren oplyste gælder der for (en del) af de produkter, udbuddet vedrører, vejledende priser (listepriser), som er de priser, som produkternes sælges til ved køb af enkelte produkter uden konkurrenceudsættelse.

Det forekommer usandsynligt, at tilbudsgivere ved en konkurrenceudsættelse som udbuddet her, skulle tilbyde priser, der ligger over listepriserne. De priser, som er tilbudt af tilbudsgiverne – og de priser, som generelt kan forventes at blive tilbudt ved udbud som nærværende – måtte følgelig forventes at være lavere end de vejledende priser og i hvert ikke overstige disse. Med andre ord måtte tilbudspriserne for »funktionsløsningen« for produkternes vedkommende forventes at være »listeprisen« med et større eller mindre eller eventuelt intet fradrag. Klageren har bekræftet, at det forholder sig sådan, og indklagede har ikke bestridt denne oplysning.

Som illustreret af klagerens svar på klagenævnets spørgsmål VI og VII indebærer indklagedes pointmodel, at en tilbudsgiver, som tilbyder en pris, der overstiger de vejledende priser for de standardprodukter, som man måtte forvente, at tilbudsgiverne bød ind med, med 25 %, fortsat ville få point. De point (5,71), som den pågældende ville få, ville endog langt fra være minimumspoint.

Da det ikke kunne forventes, at tilbudsgiverne ville tilbyde priser over listepriserne, indebærer modellen, at en del af pointskalaen reelt ikke vil blive

anvendt, medmindre tilbudsgiver med det billigste tilbud lå 50 % under listeprisen.

Indklagede har ikke gjort gældende – endsige sandsynliggjort – at det i det pågældende marked for høreapparater kan forventes tilbud, som ligger så lavt som 50 % under listepriserne eller tilnærmelsesvis så lave tilbud. Det er heller ikke af indklagede gjort gældende – og der er heller ikke oplysninger, som understøtter – at spredningen af priser i de afgivne tilbud afveg fra, hvad der er normalt og forventeligt i det pågældende marked. På samme måde er der intet, som støtter, at det i et marked som det foreliggende er forventeligt, at der ville kunne komme tilbud, som er op mod dobbelt så dyre, som det billigste tilbud (og herunder priser, som oversteg listepriserne), hvilket indklagede heller ikke har gjort gældende, er tilfældet.

Under disse konkrete omstændigheder indebærer den af indklagede anvendte pointmodel, at prisen ikke fik den betydning, som tilbudsgiverne som følge af den fastsatte vægtning af priskriteriet på 50 % kunne forvente.

Pointmodellen vedrørende underkriteriet pris var dermed i det konkrete tilfælde uegnet til at afspejle den vægtning af priskriteriet, som var angivet i udbudsbetingelserne, og var dermed ikke egnet til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Påstanden tages derfor til følge som nedenfor bestemt.

Ad påstand 2

Efter karakteren af den ad påstand 1 konstaterede overtrædelse tages påstanden om annulation til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved under tilbudsevalueringen at anvende en pointmodel vedrørende underkriteriet pris, som ikke afspejlede den vægtning af underkriteriet med 50 %, som var angivet i udbudsbetingelserne, og som dermed ikke var egnet til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Indklagedes beslutning af 13. november 2012 om at indgå kontrakt med Phonic Ear A/S annulleres.

Indklagede, Gentofte, Hørsholm, Gladsaxe, Lyngby-Taarbæk, Albertslund, Brøndby, Hvidovre, Rødovre og Høje-Taastrup kommuner, skal i sagsomkostninger til klageren, Calundan Høreteknik A/S, betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Thomas Schapiro
Kontorfunktionær