

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Melitta Keldebæk, Thomas Grønkær)

J.nr.: 2008-0016677

3. oktober 2008

K E N D E L S E

Creative Company A/S
(advokat Bo Ascanius, Esbjerg)

mod

Århus Kommune
(advokat Lotte Hummelshøj, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 10. januar 2008 udbød Århus Kommune som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) indgåelse af en rammeaftale med en enkelt virksomhed og med en varighed af 3 år. Rammeaftalen drejede sig om indkøb af formnings- og beskæftigelsesmaterialer. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud« med følgende 2 underkriterier i udbudsbetingelserne beskrevet således:

- »A. Pris 55 - 65 %«
- »B. Kvalitet 35 - 45 %«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 28. februar 2008 havde følgende 3 virksomheder afgivet tilbud:

1. Creative Company A/S
2. AV Form A/S
3. Albert Knudsen ApS.

Tilbudet fra 3. Albert Knudsen ApS opfyldte ikke udbudsbetingelserne, hvorfor kommunen besluttede at afvise dette tilbud. Efter en vurdering af de resterende 2 tilbud besluttede Århus Kommune den 8. maj 2008 at indgå kontrakt med AV Form A/S, hvilket blev meddelt tilbudsgiverne den 15. maj 2008.

Den 23. maj 2008 indgav klageren, Creative Company A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Århus Kommune. Klageren anmodede

ved klagens indgivelse om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte at tillægge klagen opsættende virkning. Den 11. juni 2008 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 25. august 2008.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved før vurderingen af tilbudene blev påbegyndt, at have fastlagt den endelige vægtning af underkriterium »A. Pris«, der i udbudsbetingelserne var anført med en vægtning på »55 – 65 %«, til 55 %, og den endelige vægtning af underkriterium »B. Kvalitet«, der i udbudsbetingelserne var anført med en vægtning på »35 – 45 %«, til 45 %, uagtet det påhvilede indklagede først at fastsætte den endelige vægtning af de 2 underkriterier i forbindelse med vurderingen af tilbudene.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at der ved vurderingen af tilbudene i relation til underkriterium »B. Kvalitet« kun skulle foretages en vurdering af kvaliteten af 29 af de i alt ca. 1.000 produkter, som tilbudsgiverne ifølge udbudsbetingelserne skulle afgive tilbud på.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved under vurderingen af de 29 tilbudte produkter fra de to tilbudsgivere ikke at have sikret sig, at de personer, der skulle vurdere produkterne, ikke i forbindelse med vurderingen kunne se, hvilken af de 2 tilbudsgivere det enkelte produkt hidrørte fra.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved under vurderingen af tilbudene i relation til underkriterium

»A. Pris« at have anvendt et pointsystem, hvor tilbudet med den laveste pris får 10 point og de øvrige tilbud får tildelt point i forhold til, hvor meget de procentuelt er dyrere end tilbudet med den laveste pris, afrundet til hele point og i relation til underkriterium »B. Kvalitet« at have anvendt et pointsystem for det ene delkriterium bestående af 1 – 10 point og for det andet delkriterium bestående af 0 – 10 point, hvilket medførte, at vurderingen af tilbudene ikke skete i overensstemmelse med den endeligt fastsatte vægtning mellem underkriterium »A. Pris« på 55 % og underkriterium »B. Kvalitet« på 45 %, idet »A. Pris« kom til at vægte mindre end »B. Kvalitet«.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved under vurderingen af tilbudene i relation til delkriterium »2. Mulighederne for at få datomærkede produkter og produkter med angivelse af holdbarhed i henholdsvis åbnet og uåbnet tilstand. Tilbudet skal indeholde en beskrivelse af mulighederne herfor« til underkriterium »B. Kvalitet« at have givet tilbudet fra klageren karakteren 5 og tilbudet fra AV Form A/S karakteren 6, uagtet de 2 tilbud efter deres indhold i relation til delkriterium 2 skulle vurderes således, at de fik tildelt lige mange point.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 15. maj 2008 om at indgå kontrakt med AV Form A/S.

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

I udbudsbetingelserne er i afsnit »3.7. Tildelingskriterium« fastsat følgende:

»Rammeaftale vil blive tildelt den tilbudsgiver, der afgiver det for Århus Kommune økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet følgende delkriterier, med angivelse af vægtning, lægges til grund for tilbudsvurderingen:

	Delkriterium	Vægt
1.	Pris	55-65 %
2.	Kvalitet	35-45 %

Delkriterium 1: Pris

Ved bedømmelsen af prisen, vil der blive lagt vægt på de af tilbudsgiver oplyste priser jf. det nedenstående.

Tilbuddet skal afgives i danske kr. ekskl. moms inkl. eventuelle afgifter.

De tilbudte priser skal være ekskl. den årlige bonus på 2 % af omsætningen på aftalen, som skal udbetales til Århus Kommune, Børn og Unge, Indkøbssektionen. Dvs. denne bonus kommer ud over de tilbudte priser.

Tilbud skal afgives ved udfyldning af relevante felter på tilbudslisten (bilag 1). Tilbud skal afgives med angivelse af nettopris på baggrund af oplysning om procentsats for rabat i forhold til listeprisen ekskl. moms. Den samlede tilbudspris udregnes på baggrund af de angivne forventede forbrugstal.

I det omfang der tilbydes en tilsvarende eller anden rabatsats i forhold til tilbudsgivers øvrige sortiment af beslægtede varer inden for de enkelte produktgrupper, kan rabatsatsen angives ud for de pågældende produktgrupper på tilbudslisten (bilag 1).

Tilbudsgiver skal redegøre for, hvorvidt der opereres med mere end én prisliste.

Det forventes, at tilbudsgiver kan afgive erklæring om, at priserne på leveringstidspunktet aldrig vil ligge over tilbudsgivers prisliste.

Gældende prisliste skal vedlægges tilbuddet i 1 eksemplar (vedlægges eksemplaret mærket »Original«).

Delkriterium 2: Kvalitet

Der ønskes tilbud på formnings- og beskæftigelsesmaterialer af en kvalitet som gør dem velegnet til institutions-/undervisningsbrug. I vurderingen af de tilbudte produkters kvalitet indgår følgende:

- Afprøvning, jf. afsnit 3.2.4, af kvaliteten af de tilbudte produkter i henhold til de op stillede kvalitetskategorier (vægt 80 %).
- Mulighederne for at få datomærkede produkter og produkter med angivelse af holdbarhed i henholdsvis åbnet og uåbnet tilstand. Tilbuddet skal indeholde en beskrivelse af mulighederne herfor (vægt 20 %).

Samlet vurdering

Aftale vil blive tildelt den tilbudsgiver, hvis tilbud samlet set, jf. ovenstående, vurderes at være det økonomisk mest fordelagtige.«

I Udbudsbetingelsernes afsnit »3.2.4. Afprøvning« er anført følgende:

»Der vil ske en afprøvning af de tilbudte produkters kvalitet. Tilbuddet skal derfor vedlægges 1 sæt vareprøver af alle produkter markeret med et X i afprøvning i tilbudslisten (bilag 1). Vareprøverne skal være forsynet med tydelig angivelse af tilbudsgivers navn og varenummer. Vareprøverne skal være identiske med de tilbudte produkter.«

I Udbudsbetingelsernes afsnit »4.2.1. Kvalitet« er der fastsat følgende:

»Det er forskelligt hvilke kvalitetskrav, der stilles til produkterne afhængig af anvendelsesområdet. Derfor efterspørges produkterne i forskellige kvalitetskategorier, jf. neden for. Kvalitetskategorien for det enkelte produkt er angivet på tilbudslisten (bilag 1).

Kvalitetskategorier:

Kvalitetskategori 1: Produkter der har et niveau, der kan betegnes som billigt (hverdags kvalitet). Århus Kommune ønsker ikke produkter tilhørende kvalitetskategori 1. Hvis der tilbydes produkter af denne kvalitet, vil tilbuddet blive betragtet som ikke konditionsmæssigt.

Kvalitetskategori 2: Produkter der har et niveau, der kan betegnes som standard. En solid kvalitet, som dækker de flestes behov. Produkterne skal f.eks. kunne anvendes til pædagogiske aktiviteter/kreativ brug på f.eks. 0-6 års området, fritidsområdet og ældre området.

Kvalitetskategori 3: Produkter der har et niveau, der kan betegnes som top. Produkterne henvender sig til dem, der stiller høje krav til funktionaliteten (f.eks. kunstnerkvalitet). Produkterne skal f.eks. kunne anvendes i undervisningsøjemed til bl.a. farvelære. Eksempelvis skal akrylfarver være blandbare og have en god dækkeevne.

Hvor der for papirvarer er anført gram-vægt, er der ikke angivet kvalitetskategori.

Eventuelle øvrige specifikke krav til produkternes kvalitet fremgår af tilbudslisten (bilag 1).«

Ad påstand 4 og 5

I indklagedes redegørelse for vurderingen af tilbudene i relation til underkriterium »A. Pris« (55 %) er anført følgende:

»De tilbudte nettopriser pr. mindste bestillingsenhed er omregnet til nettopriser pr. måleenhed. Det i tilbudslisterne angivne forventede forbrug pr år i antal af ønsket emballageenhed er omregnet til antal måleenheder. Herefter er nettopriser pr. måleenhed ganget med det forventede årlige forbrug i måleenheder.

Laveste pris er blevet tildelt 10 point. Øvrige tilbudsgivere er tildelt point i forhold til, hvor meget de procentuelt er dyrere end den laveste pris. Der er blevet afrundet til hele point.

Creative Company har afgivet tilbuddet med den laveste samlede pris og har derfor fået tildelt 10 point.«

I indklagedes redegørelse for vurderingen af tilbudene i relation til underkriterium »B. Kvalitet«, delkriterium 1 »Afprøvning«, er anført følgende:

»Det fremgår af udbudsmaterialet at der i vurderingen af produkternes kvalitet indgår to underparametre, nemlig

- Afprøvning af kvaliteten af de tilbudte produkter i henhold til de opstillede kvalitetskategorier. Vægter 80 %
- Mulighederne for at få datomærkede produkter og produkter med angivelse af holdbarhed i henholdsvis åbnet og uåbnet tilstand. Vægter 20 %

Afprøvning:

Der blev afholdt afprøvning i henhold til udbudsmaterialets punkt 3.2.4 tirsdag den 11. marts 2008. Afprøvningen blev gennemført med 5 repræsentanter for institutionerne.

Afprøvningen blev gennemført som en blindprøvning, dvs. afprøverne havde ikke kendskab til hvem tilbudsgiverne var, (tilbudsgiverne var angivet ved brug af farvemarkering), ligesom produkterne var taget ud af emballage og puttet i/på ens papkrus/-tallerken. Samtlige krus/tallerkner var påført en label med angivelse af positionsnummer samt produkt, f.eks. Pos 1 Modellervoks. Der var til brug for afprøvningen udarbejdet et skema, som afprøverne skulle udfylde. Der skulle udfyldes et skema for hver tilbudsgiver. Skemaet indeholdt oplysninger om positionsnummer, produkt og krævet kvalitetskategori. Afprøverne skulle så besvare om kvalitetskategorien var opfyldt og give en bedømmelse samt en saglig begrundelse for bedømmelsen. Hvert afprøvet produkt kunne tildeles henholdsvis 5, 3 eller 1 point jf. nedenstående.

- 5 point = over middel
- 3 point = middel

- 1 point = under middel

De enkelte produkter er afprøvet og bedømt individuelt. Såfremt et produkt er bedømt ens for flere tilbudsgivere har afprøverne i den saglige begrundelse kunnet henvise til begrundelsen anført ved den anden tilbudsgiver.

På baggrund af afprøvningen er hver tilbudsgiver tildelt point i henhold til nedenstående skala. Hele skalaen har kunnet benyttes.

- 10 Top kvalitet
- 7 God kvalitet
- 5 Tilfredsstillende kvalitet
- 3 Mindre god kvalitet
- 1 Ringe kvalitet

Creativ Company har på denne baggrund fået tildelt 5 point, da de scorer flest point ved 1 ud af 5 afprøvere, og de tilbudte produkter generelt vurderes til at være af en tilfredsstillende kvalitet i forhold til de opstillede kvalitetskategorier.«

I indklagedes redegørelse for vurderingen af tilbudene er i relation til underkriterium »B. Kvalitet«, delkriterium 2 »Datomærkning m.v.«, anført følgende:

»Mulighederne for at få datomærkede produkter og produkter med angivelse af holdbarhed:

Vurderingen af dette underparameter er foretaget på baggrund af tilbudsgivernes beskrivelser i tilbuddene. Hver tilbudsgiver er tildelt point i henhold til nedenstående skala. Hele skalaen har kunnet benyttes.

- 10 Rigtig gode muligheder. Omfanget fremgår af tilbuddet.
- 8 Gode muligheder. Omfanget fremgår af tilbuddet
- 5 Der er mulighed herfor. Det fremgår, at der er mulighed herfor, men omfanget fremgår ikke på produktniveau.
- 2 Det er ikke muligt
- 0 Det er ikke beskrevet i tilbuddet.

Creative Company har på denne baggrund fået tildelt 5 point, da det fremgår af tilbuddet, at »Alle de produkter hvor produktionsdato og holdbarhed er relevant produktinformation er denne påtrykt på emballagen eller etiketten«. Der er angivet eksempler på produktgrupper (»Det drejer sig om produkter inden for f.eks. lim, bolsje- og slikfremstilling og sminke«), men det er ikke muligt at se på produktniveau heller ikke i form af eksempler. Det fremgår heller ikke af tilbuddet i hvilken form oplysningerne fremgår.«

Konklusionen i indklagedes vurdering af tilbudene er sålydende:

»Samlet vurdering:

Vægtet medfører ovenstående, at Creativ Company samlet har fået 7,75 point (pris 5,5 + kvalitet 2,25).

Relative fordele ved det tilbud, der står til at få tildelt kontrakten:

Det tilbud, der står til at få tildelt kontrakten har afgivet en samlet pris, som ligger inden for 10 % fra den laveste pris og har derfor fået tildelt 9 point. I relation til underparameteret afprøvning under kvalitet scorer tilbuddet flest point ved 4 ud af 5 afprøvere. De tilbudte produkter vurderes generelt til at være af en god kvalitet i forhold til de opstillede kvalitetskategorier. Tilbuddet har på denne baggrund fået tildelt 7 point. For så vidt angår underparameteret mulighederne for at få datomærkede produkter med angivelse af holdbarhed fremgår mulighederne af tilbuddet på produktniveau. Holdbarhedsdato er angivet på en del produkter enten som »use before«, »åbnet« eller »uåbnet«. På denne baggrund har tilbuddet fået tildelt 6 point vægtet har tilbuddet fået tildelt 8,01 point (pris 4,95 + kvalitet 3,06).«

Specielt ad påstand 4

Klageren har foretaget følgende udregninger:

Ad underkriterium »A. Pris«:

AV Form A/S	1.701.913 kr.	og karakteren	9
Klageren	1.579.630 kr.	og karakteren	10
Forskel	7,35 %	10 %	

Ad underkriterium »B. Kvalitet«, delkriterium 1:

AV Form A/S fik	499 point	og karakteren	7
Klageren fik	463 point	og karakteren	6
Forskellen er	36 point		1
Som udgør	7,2 %		

Ad underkriterium »B. Kvalitet«, delkriterium 2:

AV Form A/S fik karakteren	$7 \times 80 \% \times 45 \% = 1,80$
Klageren fik karakteren	$5 \times 80 \% \times 45 \% = 2,52$
Forskel	28,57 %

Specielt ad påstand 5

I udbudsbetingelsernes afsnit »5.2. Disposition af tilbudet« er i afsnit 6 anført følgende vedrørende underkriterium »B. Kvalitet«, delkriterium 1 og 2:

- » Følgende skal vedlægges/indarbejdes i tilbuddet, jf. afsnit 3.7:
- Vareprøver
- Beskrivelse af mulighederne for at få datomærkede produkter og produkter med angivelse af holdbarhed i henholdsvis åbnet og uåbnet tilstand«

I tilbudet fra klageren var anført følgende:

»Vi har medsendt vareprøver som angivet i tilbudslisten, bilag 1. Hvis Århus Kommune ønsker yderligere prøver fremsender vi gerne disse. Alle produkter hvor produktionsdato og holdbarhed er relevant produktinformation er denne påtrykt på emballagen eller etiketten. Det drejer sig om produkter inden for f.eks. lim, bolsje- og slikfremstilling og sminke.«

I tilbudet fra AV form A/S var anført følgende:

»I tilbudslisten, bilag 1 under punktet Beskrivelse af produkter kan ses hvilke oplysninger om holdbarhedsdato, der kan findes på produktets etiket.«

I indklagedes redegørelse for vurderingen af tilbudet fra AV Form A/S i relation til delkriterium 2 er anført følgende:

»For så vidt angår underparameteret mulighederne for at få datomærkede produkter og produkter med angivelse af holdbarhed fremgår mulighederne af tilbudet på produktionsniveau. Holdbarhedsdato er angivet på en del produkter enten som »use before«, »åbnet« eller »uåbnet«. På denne baggrund har tilbuddet fået tildelt 6 point.«

I indklagedes redegørelse for vurdering af tilbudet fra klageren i relation til delkriterium 2 er anført følgende:

»Creative Company har på denne baggrund fået tildelt 5 point, da det fremgår af tilbuddet, at »Alle de produkter hvor produktionsdato og holdbarhed er relevant produktinformation er denne påtrykt på emballagen eller etiketten«. Der er angivet eksempler på produktgrupper (»Det drejer sig om produkter inden for f.eks. lim, bolsje- og slikfremstilling

og sminke«), men det er ikke muligt at se på produktniveau heller ikke i form af eksempler. Det fremgår heller ikke af tilbuddet i hvilken form oplysningerne fremgår.«

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede, som i overensstemmelse med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, 1. og 2. afsnit, i udbudsbetingelserne har fastsat en relativ vægtning af de 2 underkriterier, dermed efter Udbudsdirektivet har underlagt sig en pligt til i forbindelse med vurderingen af tilbudene længst muligt at lade det stå åbent, hvordan den endelige vægtning af de 2 underkriterier skal fastsættes, således at det på den måde så godt, som det overhovedet var muligt, blev sikret, at den endelige vægtning af de 2 underkriterier kom til at afspejle vurderingen af tilbudene.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede i overensstemmelse med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, 1. og 2. afsnit, i udbudsbetingelserne fastsatte en relativ vægtning af de 2 underkriterier med angivelse af det maksimale udsving, at der ikke af Udbudsdirektivet kan udledes regler om, hvornår indklagede herefter skal fastsætte den endelige vægtning af de 2 underkriterier, at dette indebærer, at indklagede kan vælge mellem – som sket – at fastsætte den endelige vægtning af de 2 underkriterier forud for, at vurderingen af tilbudene påbegyndes, eller kan vælge først at fastsætte den endelige vægtning af underkriterierne under vurderingen af tilbudene, og at indklagede således ikke har handlet i strid med Udbudsdirektivet.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at vurderingen af tilbudene i relation til underkriterium »B. Kvalitet« skulle ske ved, at indklagede af de ca. 1.000 varenumre fordelt på 81 forskellige varegrupper, som tilbudene skulle omfatte, alene vurderede 29 nærmere angivne varenumre, som lå inden for kun 15 af de 81 varegrupper.

Indklagede har gjort gældende, at det vedrørende en meget stor del af de ca. 1.000 varenumre på grund af produkternes beskaffenhed ikke er muligt at

foretage en kvalitetsvurdering, og at det derfor er velbegrundet, at indklagede har holdt alle disse produkter uden for kvalitetsbedømmelsen. Indklagede har videre gjort gældende, at indklagede blandt de produkter, hvor det har mening at foretage en kvalitetsvurdering, har udvalgt de produkter, hvor en kvalitetsvurdering er mest sigende med hensyn til de tilbudte varers kvalitet. Indklagede har således udvalgt de produkter, der skulle vurderes, dels ud fra indklagedes erfaring med hensyn til, ved hvilke produkter der specielt kan forekomme kvalitetsforskelle, dels ud fra indklagedes erfaring med hensyn til, hvilke produkter der aftages mange af. Indklagede har videre gjort gældende, at prøvningen reelt omfatter langt flere end de 29 anførte varenumre, da afprøvningen, hvor der forekommer pakninger af flere størrelser, kun er sket prøvning for en af de pågældende størrelser, da indholdet i pakningerne er ens. Indklagede har endelig henvist til, at det i udbudsbetingelserne var beskrevet, hvordan kvalitetskontrollen ville blive foretaget - herunder præcist hvilke af de tilbudte produkter, der ville blive omfattet af kvalitetskontrollen, at tilbudsgiverne således, da de afgav deres tilbud, fuldt ud var bekendt med, hvilke produkter, der ville blive prøvet, og at indklagede har gennemført kvalitetskontrollen i overensstemmelse med det, der var beskrevet i udbudsbetingelserne.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at der af Udbudsdirektivet kan udledes en regel om, at ordregivere i forbindelse med indkøb af varer har pligt til at foretage en effektiv anonymisering af de vareprøver, som skal danne grundlag for vurderingen af tilbudene i relation til et underkriterium vedrørende varens »kvalitet«, når vurderingen af vareprøverne skal foretages af personale hos ordregiveren, som i deres arbejde beskæftiger sig med de pågældende varer, og når en effektiv anonymisering er praktisk mulig. En sådan regel skal sikre, at de personer, der skal vurdere de tilbudte produkter i forhold til de kvalitetskrav, der er fastsat i udbudsbetingelserne, ikke ved vurderingen af det enkelte produkt lader sin personlige opfattelse vedrørende de enkelte tilbudsgivere få betydning ved vurderingen, og således sikre en objektiv vurdering foretaget af personer, der ikke er inhabile. Klageren har endvidere gjort gældende, at det under det aktuelle udbud havde været muligt i forbindelse med vurderingen at foretage en anonymisering af vareprøverne, at der ikke blev gennemført en sådan effektiv anonymisering, og at indklagede derfor har handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke af Udbudsdirektivet kan udledes en regel, som den klageren har opstillet. Indklagede har i øvrigt gjort gældende, at indklagedes vurdering af de tilbudte produkter er foretaget af personer, der var objektive og habile, og at der faktisk ved vurderingen – uden at indklagede efter EU-udbudsreglerne var forpligtet hertil – blev gennemført med anonymisering af de fremsendte produkter. Indklagede har under sagens behandling ved Klagenævnet – herunder ved en forklaring afgivet af indkøbskonsulent Anja Farver Boll – detaljeret redegjort for, hvordan vurderingen af de tilbudte produkter blev gennemført.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved i forbindelse med vurderingen af tilbudene i relation til de 2 underkriterier at anvende de valgte beskrevne pointmodeller. Dette skyldes, at indklagedes vurdering af tilbudene ved anvendelse af disse pointmodeller har medført, at indklagede er endt med at foretage en vurdering af de 2 tilbud, som indebærer, at underkriterium »A. Pris« ved den samlede vurdering ikke er vægtet med de fastsatte 55 %, men er vægtet med mindre end 55 %, og at underkriterium »B. Kvalitet« ved en samlede vurdering ikke er vægtet med de fastsatte 45 %, men er vægtet med mere end 45 %.

Indklagede har gjort gældende, at de valgte pointmodeller vedrørende underkriterium A, vedrørende delkriterium 1 til underkriterium B og vedrørende delkriterium 2 til underkriterium B er almindeligt anvendte pointmodeller, at indklagede ved vurderingen af tilbudene har respekteret den fastsatte endelige vægtning af de 2 underkriterier, og at der ved indklagedes vurdering af tilbudene således ikke er sket nogen overtrædelse af Udbudsdirektivet.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at både klagerens tilbud og tilbudet fra AV Form A/S i relation til delkriterium 2 til underkriterium »B. Kvalitet« opfylder kravene fastsat i udbudsbetingelserne afsnit 5.2.6., og at de 2 tilbud derfor skulle have været tildelt samme antal point. Imidlertid er klagerens tilbud alene blevet tildelt 5 point, mens tilbudet fra AV Form A/S er tildelt 6 point. Ifølge indklagedes oplysninger om vurderingen af tilbudene i rela-

tion til delkriterium 2 skyldes det, at indklagede ved vurderingen har lagt vægt på, at AV Form A/S vedrørende dette delkriterium i sit tilbud vedrørende en del produkter har anført enten »use before«, »åbnet« eller »uåbnet«. Klageren har i relation hertil gjort gældende, at indklagede herved har lagt vægt på forhold, som udbudsbetingelserne ikke indeholdte krav om eller omtaler, og at der derfor foreligger en overtrædelse som beskrevet i påstanden.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke ved vurderingen af tilbudene i relation til delkriterium 2 er lagt vægt på forhold, som ikke er omtalt i eller kan udledes af udbudsbetingelserne, at tilbudet fra AV Form A/S indeholdt mere uddybende oplysninger om de krav, som fremgik af udbudsbetingelserne, og at det således er et udtryk for en korrekt vurdering af de 2 tilbud i relation til delkriterium 2, at tilbudet fra AV Form A/S er vurderet til 6 point, mens tilbudet fra klageren kun er vurderet til 5 point.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det er ikke i Udbudsdirektivet bestemt, hvornår de offentlige ordregivere i de tilfælde, hvor ordregiverne i udbudsbetingelserne i overensstemmelse med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, 1. og 2. afsnit, har fastsat den relative vægtning af underkriterierne ved angivelse af et passende maksimalt udsving, skal fastsætte den endelige vægtning af underkriterierne. Der kan heller ikke af Udbudsdirektivet udledes nogen regel om, på hvilket tidspunkt ordregiverens endelige fastsættelse af den endelige vægtning skal ske. Indklagede har således ikke handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at fastsætte den endelige vægtning af de 2 underkriterier forud for påbegyndelsen af vurderingen af tilbudene. Klagenævnet tager således ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

Efter beskaffenheden af de produkter, som indklagede skulle købe i henhold til den rammeaftale, der skulle indgås på grundlag af udbudet, og under hensyn til det meget store antal forskelligartede produkter, som tilbudene skulle omfatte, opfylder den vurdering af de tilbudte produkters kvalitet,

som indklagede beskrev i udbudsbetingelserne, og som indklagede i overensstemmelse hermed efterfølgende gennemførte, de krav til en saglig vurdering af de udbudte varers kvalitet, som følger af Udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip. Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 3

Udbudsdirektivet indeholder ikke regler om, hvordan de offentlige ordregivere i forbindelse med vareindkøb, skal gennemføre vurderinger af de tilbudte varers kvalitet, når der i udbudsbetingelser er fastsat et underkriterium vedrørende »kvalitet«, og det er således overladt til de ansvarlige offentlige ordregivere under overholdelse af de grundlæggende EU-udbudsretlige principper at beslutte, hvordan de kvalitetsvurderinger, som skal foretages, hensigtsmæssigt kan foretages, og herefter at gennemføre dem i overensstemmelse hermed. Det bemærkes, at der ikke af EU-udbudsreglerne kan udledes nogen pligt for de offentlige ordregivere til på forhånd at orientere tilbudsgiverne om, hvordan kvalitetsvurderingen vil blive gennemført. Det følger af det anførte, at der heller ikke er noget grundlag for at konstatere, at det – som anført af klageren – under visse omstændigheder skulle påhvile de offentlige ordregivere en pligt til i forbindelse med kvalitetsvurderingen at anonymisere vareprøver. Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 4

Det kan ikke af Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, 1. afsnit, udledes, at en ordregiver, som i overensstemmelse med denne bestemmelse i udbudsbetingelserne har fastsat, hvordan den relative vægtning af de fastsatte underkriterier skal prioriteres, under vurderingen af tilbudene skal anvende et pointsystem. Det kan således heller ikke udledes, at der skal anvendes samme pointsystem ved alle underkriterierne. Ved det aktuelle udbud har indklagede valgt at anvende pointsystemer ved vurderingen af tilbudene i relation til begge underkriterier. Indklagede har valgt at anvende forskellige pointsystemer ved underkriterium »A. Pris«, ved delkriterium 1 og delkriterium 2 til underkriterium »B. Kvalitet«. Indklagede har ikke herved handlet i strid med Udbudsdirektivet. Der er ikke grundlag for at fastslå, at indklagede ved anvendelsen af disse pointmodeller ikke har respekteret den endelige prioritering, som indklagede fastsatte for de 2 underkriterier. Beskaffenheden af klagerens beregninger godtgør ikke, at indklagede under vurderingen af til-

budene har vægtet underkriterierne på en anden måde end fastsat i udbudsbetingelserne. Indklagede har således godtgjort, at der ved vurderingen er vægtet i overensstemmelse med den fastsatte vægtning, hvor prisen skulle vægtes med 55 % og kvaliteten med 45 %.

Ad påstand 5

På baggrund af formuleringen af kravene i udbudsbetingelserne vedrørende delkriterium 2 sammenholdt med oplysningerne om tilbudene er det godtgjort, at tilbudet fra AV Form A/S opfylder disse krav bedre end tilbudet fra klageren, og Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 6

Under hensyn til Klagenævnets resultat vedrørende påstand 1 – 5 tager Klagenævnet ikke denne påstand til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede, Århus Kommune, skal ikke betale sagsomkostninger til klageren, Creative Company A/S.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig