

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Michael Jacobsen, Helle Bøjen Larsen)

J.nr.: 2010-0021818

9. september 2010

K E N D E L S E

Invacare A/S

(advokat Jens Munk Plum, København)

mod

Aabenraa Kommune

(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009-077818 af 7. juli 2009 udbød Aabenraa Kommune som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet) en rammeaftale opdelt i 27 delaftaler vedrørende køb af genbrugshjælpemidler til Aabenraa Kommune. Delaftalerne skulle indgås for en periode på 2 år med mulighed for forlængelse i op til to gange 12 måneder. Denne sag vedrører delaftale nr. 2, der angår bade-toiletstole.

Ved udløbet af tilbudsfristen den 16. september 2009 havde fem virksomheder afgivet tilbud, herunder Invacare A/S og Etac A/S. I overensstemmelse med udbudsbetingelserne anmodede Aabenraa Kommune den 8. oktober 2009 tilbudsgiverne om den 26. oktober 2009 at indlevere en vareprøve til kommunen med henblik på, at kommunen kunne vurdere de tilbudte produkters kvalitet.

Den 3. december 2009 besluttede Aabenraa Kommune at indgå kontrakt med Etac A/S. Den 9. december 2009 gjorde Invacare A/S Aabenraa Kommune opmærksom på, at den bade-toiletstol, som Etac A/S havde indleveret som vareprøve, ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav. Den 11. december 2009 meddelte Aabenraa Kommune Invacare A/S, at tilbuddet fra Etac A/S var ukonditionsmæssigt, da benstøtterne på den bade-toiletstol, som Etac A/S havde indleveret som vareprøve, ikke kunne slås op som krævet i ud-

budsbetingelserne. Kommunen meddelte samtidig, at kommunen forventede, at Invacare A/S ville blive tildelt kontrakten. Aabenraa Kommune gav herefter den 14. december 2009 Etac A/S mulighed for at indlevere en anden vareprøve, således at kommunen kunne foretage en ny evaluering. Efter at have vurderet denne vareprøve fra Etac A/S tildelte kommunen den 17. december 2009 på ny kontrakten til Etac A/S, hvilket indebar, at tildelingsbeslutningen af 11. december 2009 til fordel for Invacare A/S blev tilbagekaldt.

Den 12. april 2010 indgav klageren, Invacare A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Aabenraa Kommune. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Etac A/S i betragtning, uanset indklagede forinden med rette havde forkastet tilbuddet som ukonditionsmæssigt, idet den vareprøve, som virksomheden havde indleveret den 26. oktober 2009 i henhold til udbudsbetingelsernes frist herfor, ikke overholdt udbudsbetingelsernes mindstekrav.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 17. december 2009 dels om tilbagekaldelse af beslutningen af 11. december 2009 om tildeling kontrakten til Invacare A/S og dels om tildeling af kontrakten på ny til Etac A/S.

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

Sagens nærmere omstændigheder:

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne:

1. Pris, 45 %,
2. Kvalitet, 55 %.

Om underkriteriet 2. Kvalitet hedder det i udbudsbetingelserne:

»Kvalitet

Tilbudsgiver skal i forbindelse med kvalitetsvurdering stille tilbudte produkter til rådighed hvis dette ønskes af udbyder. De tilbudte produkters kvalitet vil blive vurderet efter parametrene anført under de forskellige delaftaler.«

Udbudsbetingelserne indeholder følgende beskrivelse og krav vedrørende bade-toiletstolen:

»Krav til Standard bade-toiletstol med hjul

Beskrivelse af hjælpemidlet samt krav til fx dimensioner og vægt

Bade-toiletstol med hjul, der er beregnet til daglig bad, og som kan anvendes til toiletbesøg. Stolen skal være indstillelig i højden.

...

Benstøtter: Højdestilbare og aftagelige eller svingbare benstøtter med hælrem eller lignende anordning.

Opklappelig topplade, der skal kunne holde stillingen.

...

Ved kvalitetsvurdering vil der blive lagt vægt på:

Betjeningsvenlighed
Ergonomi for borger og personale
Holdbart materiale
Betjeningskræfter og køreegenskaber
Reparationsvenlighed
Komfort for bruger
Indstillingsmuligheder
Rengøringsvenlighed
Tilbehørsprogram
Egnethed ift. opbevaring
Egnethed ift. transport
Produktdesign«

I indklagedes e-mail af 8. oktober 2009 til tilbudsgiverne om indlevering af vareprøver står der:

»... Vi beder om at hjælpemidlerne leveres og opstilles i Hjælpe-middelhuset, Industrivej 3a, 6230 Rødekro mandag den 26. oktober mellem kl. 8-12.
Hjælpe-midlerne bedes afhentet igen fredag den 30. oktober mellem kl. 8-15.
Hjælpe-midlerne skal leveres som beskrevet i kravspecifikationen under "Beskrivelse af hjælpemidlet samt krav.....".
Hjælpe-midlerne skal være tydeligt mærket med firmanavn og del-aftale.
Brugsanvisninger og det krævede tilbehør medsendes.
...«

I indklagedes e-mail af 11. december 2009 til klageren står der:

»Vi er blevet gjort opmærksom på, at vi har overset, at benstøtterne på Etac's bade-toiletstole ikke kan slås op som krævet i vores kravspecifikation. De valgte bade-toiletstole er derfor blevet erklæret ukonditionsmæssig.

Invacare er herefter den tilbudsgiver med den højeste pointscore på kipbar bade-toiletstol, gasdrevet og badestole med hjul under del-aftale 2.

...

Vi forventer derfor at leverancen af del-aftale 2 går til Invacare.

...«

I et notat af 18. december 2009 om indklagedes sagsbehandling, herunder evalueringen af tilbuddene, står der:

»Notat vedrørende kvalitetsvurdering af badetoiletstole under del-aftale 2

Samtlige modtagne tilbud på levering af genbrugshjælpe-midler til Aabenraa Kommune er blevet gennemgået af brugergruppen.

I tilbud på badetoiletstole under punktet Benstøtter gjorde Etac A/S opmærksom på, at en opklappelig fodplade, som anført i Aabenraa Kommunes kravspecifikation, var under udvikling, og forventes færdig til primo januar.

Kontraktstart for aftalen er 1. januar 2010 hvorfor brugergruppen

vurderede, at Aabenraa Kommune vil kunne købe badetoiletstolene hos Etac A/S i aftaleperioden som ønsket. De af Etac A/S tilbudte badetoiletstole gik derfor videre til kvalitetsvurderingen som blev afholdt i ugerne 43, 44 og 45. Under kvalitetsvurderingen af de af Etac A/S tilbudte badetoiletstole, var brugergruppen opmærksom på fodpladerne og undlod derfor at vægte den manglende funktion for opklapning af fodplader.

Efter endt kvalitetsvurdering af samtlige tilbudte produkter, modtog alle tilbudsgiverne hvis genbrugshjælpemidler var blevet kvalitetsvurderet, en mail den 3. december 2009 om hvilke tilbudsgivere kommunen havde til hensigt at indgå aftale med på de forskellige delaftaler.

Aabenraa Kommune modtog den 9. december 2009 en henvendelse fra en tilbudsgiver på produkter under delaftale 2. Ifølge tilbudsgiveren opfyldte de tilbudte badetoiletstole fra Etac A/S ikke de af Aabenraa Kommune stillede krav om dybdeindstillelige nakkestøtter og opklappelige fodplader.

Brugergruppen var meget forundret over, at den ved første kvalitetsvurdering ikke havde bemærket at der skulle være uoverensstemmelse mellem de i kravspecifikationen anførte punkter og indstilling af nakkestøtterne på de af Etac A/S tilbudte badetoiletstole og at gruppen havde overset at fodpladerne ikke kunne klappes op. Brugergruppen kunne på dette tidspunkt ikke forklare hvorfor den ikke ved den første kvalitetsvurdering havde erklæret de af Etac A/S tilbudte produkter for ukonditionsmæssige.

Af Etac A/S' katalog fremgik det, at nakkestøtter kun kunne vinkles og at fodplader ikke kunne opklappes.

Af kommunens mail til Etac A/S den [11.] december 2009 blev badetoiletstolene kun erklæret for ukonditionsmæssige pga. de ikke opklappelige fodplader. Samme dag meddeler Aabenraa Kommune Invacare A/S, at afgørelsen vedrørende delaftale 2 var blevet ændret fordi badetoiletstolene fra Etac A/S var blevet erklæret ukonditionsmæssige pga. fodpladerne og at Aabenraa Kommune herefter havde til hensigt at give leverancen på delaftale 2 til Invacare A/S.

Den 11. december 2009 gør Etac A/S opmærksom på, at det er korrekt, at de fremviste benstøtter ikke har opklappelige fodplader, men at Etac A/S i svar til kravspecifikation i forbindelse med tilbudsafgivning har gjort opmærksom på at fodpladerne var under produktion. De opklappelige fodplader var nu færdig produceret og

klar til levering ved kontraktstart.

I en mail den 14. december 2009 gør Aabenraa Kommune Etac A/S opmærksom på, at det af Etac A/S' katalog fremgår, at nakkestøtterne kun kan vinkles og ikke dybdeindstilles som krævet. Etac A/S afviste denne påstand.

På grund af det store omfang af de i forbindelse med udbuddet kvalitetsvurderede produkter og, at der var gået lang tid fra kvalitetsvurderingen, kunne brugergruppen ikke længere huske de af Etac A/S tilbudte badetoiletstole i enkeltheder. For at brugergruppen kunne afgøre om gruppen i kvalitetsvurderingen af de af Etac A/S tilbudte produkter havde overset de anførte punkter, rekvirerede Aabenraa Kommune den 14. december 2009 de af Etac A/S under delaftale 2 tilbudte produkter til en fornyet evaluering.

Brugergruppen kunne ved denne kvalitetsvurdering konstatere, at nakkestøtterne opfyldte de i kravspecifikation anførte krav om dybdeindstilling. I forhold til fodpladerne konstaterede brugergruppen at disse nu var opklappelige i overensstemmelse med kravspecifikationen. Der var ingen ændring i forhold til de ved første kvalitetsvurdering afgivne point.

Den 17. december 2009 meddeler Aabenraa Kommune Etac A/S og Invacare A/S, at den oprindelige afgørelse udmeldt den 3. december 2009 om at kommunen har til hensigt at give leverancen af delaftale 2 til Etac A/S er den rigtige.

Konklusion:

Etac A/S' produkter opfyldte således ved kvalitetsvurderingen de af Aabenraa Kommune stillede krav.

Det skyldtes alene en misforståelse, at den første tildelingsbeslutning blev ændret idet Etac A/S efter kvalitetsvurderingen var det bedste produkt til prisen. Da kommunen blev opmærksom på fejlen handlede kommunen herefter og oplyste parterne om at den oprindelige tildeling var den korrekte.«

I indklagedes e-mail af 6. januar 2010 til klageren står der:

»Det fremgår af tilbudsmaterialet fra Etac, at de kan levere opklappelig benstøtte fra starten af 2010.

Det er korrekt, at Etac ved kvalitetsvurderingen ikke på daværende tidspunkt kunne fremvise en badetoiletstol med opklappelig benstøtte.

Kommunen tildeler kontrakten på grundlag af det set ud fra kommunens synspunkt økonomisk mest fordelagtige tilbud. Ved denne vurdering anvendes bl.a. forskellige kriterier til vurderingen af om pris og kvalitet hænger sammen. Ved kvalitetsvurderingen blev der, som det fremgår af tilbudsmaterialet, lagt vægt på 12 forskellige parametre hvoraf indstillingsmuligheder var én af dem.

Kommunen er af den opfattelse at uanset, at den pågældende bade-toiletstol ikke ved kvalitetsvurderingen havde installeret den påkrævede opklappelig benstøtte, kunne kommunen fuldt ud vurdere kvaliteten af det pågældende produkt. Benstøtten alene, var ikke afgørende for funktionaliteten af badetoiletstolen.

På baggrund af ovenstående, er det derfor kommunens opfattelse, at Etac har afgivet et konditionsmæssigt korrekt tilbud. Begrundelsen er, at Etac i tilbuddet opfylder de kravspecifikationer som kommunen havde stillet til produktet.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede var både berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet fra Etac A/S som ukonditionsmæssigt, da den vareprøve på den tilbudte bade-toiletstol, som indklagede den 26. oktober 2009 modtog fra Etac A/S, ikke opfyldte udbudsbetingelsernes mindstekrav vedrørende opklappelige benstøtter. Indklagede var derfor ikke berettiget til at give Etac A/S mulighed for at indlevere og få evalueret en ny vareprøve som sket. Da indklagede alligevel evaluerede vareprøven og dermed tilbuddet fra Etac A/S på ny og tildelte virksomheden kontrakten, har indklagede handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede var berettiget til at give Etac A/S mulighed for at indlevere en ny vareprøve, ligesom indklagede var berettiget til at foretage en ny evaluering. Den nye vareprøve opfyldte udbudsbetingelsernes mindstekrav vedrørende opklappelige benstøtter. Indklagede var herefter både berettiget og forpligtet til at tage tilbuddet fra Etac A/S i betragtning, og indklagede har derfor ikke handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 17. december 2009 dels om tilbagekaldelse af den tildelingsbeslutning, der var truffet til fordel for Invacare A/S, og dels om tildeling af kontrakten på ny til Etac A/S, idet tilbagekaldelsen og tildelingen af kontrakten på ny til Etac A/S er sket i strid med udbudsdirektivet.

Indklagede har gjort gældende, at klagenævnet ikke skal tage påstanden til følge, idet indklagede ikke har handlet i strid med udbudsdirektivet som anført ad påstand 1.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Ved e-mail af 8. oktober 2009 fastsatte indklagede - som forudsat i udbudsbetingelserne – *frist* for tilbudsgiverne til den 26. oktober 2009 at indlevere vareprøver på de tilbudte produkter med henblik på evaluering af produkternes kvalitet.

Den vareprøve, som Etac A/S indleverede den 26. oktober 2009, var ikke forsynet med opklappelige benstøtter og overholdt dermed ikke udbudsbetingelsernes mindstekrav herom. Indklagede var derfor både berettiget og forpligtet til at forkaste tilbuddet fra Etac A/S som sket den 11. december 2009. Som følge heraf var indklagede afskåret fra at tage Etac A/S' tilbud i betragtning, da virksomheden efter udløbet af den oprindelige frist indleverede en anden vareprøve, ligesom indklagede var afskåret fra at tildele Etac A/S kontrakten på ny og afskåret fra at tilbagekalde den tildelingsbeslutning, som indklagede den 11. december 2009 havde truffet til fordel for klageren.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 2

Indklagede har tildelt Etac A/S kontrakten, selvom virksomhedens tilbud med rette var afvist, og indklagede har - i sammenhæng hermed og i strid med udbudsdirektivet - tilbagekaldt beslutningen af 11. december 2009 om at indgå kontrakt med klageren. Efter karakteren af disse fejl og efter en samlet vurdering af forløbet i forbindelse med indklagedes evaluering og tildeling af kontrakten tager klagenævnet påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Etac A/S i betragtning, uanset indklagede forinden med rette havde forkastet tilbuddet som ukonditionsmæssigt, idet den vareprøve, som virksomheden havde indleveret den 26. oktober 2009 i henhold til udbudsbetingelsernes frist herfor, ikke overholdt udbudsbetingelsernes mindstekrav.

Indklagedes beslutning af 17. december 2009 dels om tilbagekaldelse af beslutningen af 11. december 2009 om tildeling kontrakten til Invacare A/S og dels om tildeling af kontrakten på ny til Etac A/S annulleres.

Indklagede, Aabenraa Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Invacare A/S, betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Lillian Sivertsen
kontorfuldmægtig