

K E N D E L S E

Invacare A/S
(advokat Mogens Aarestrup Vind, København)

mod

Viborg Kommune
(advokat Henrik Holtse, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 211-344393 af 28. oktober 2011 udbød indklagede, Viborg Kommune, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale med flere aktører vedrørende levering af innovative genbrugshjælpemidler, såkaldt omsorgsteknologi. Gennem udbuddet var det ønsket at opnå tilbud på genbrugshjælpemidler, der har specielle funktioner, der gør det lettere for brugeren at anvende og/eller medfører, at der skal anvendes færre medarbejderressourcer, og/eller at betjeningen lettes for medarbejderne.

Udbuddet var opdelt i 4 delaftaler, herunder:

- 1) Bade- og bækkenstol med hjul
- 2) Plejestol med hjul.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 9. december 2011 havde blandt andre ArjoHuntleigh A/S og Invacare A/S (klageren) afgivet tilbud. Den 21. december 2011 besluttede indklagede at indgå kontrakt med ArjoHuntleigh A/S.

Den 2. januar 2012 indgav klageren 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. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 1. februar 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og det udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip ved ikke i udbudsbetingelserne at have beskrevet underkriteriet ”kvalitet”, idet indklagede blot har anført, at opfyldelsen af dette kriterium vurderes ud fra en række ikke prioriterede delkriterier, som ikke er uddybet nærmere.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og det udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip ved for så vidt angår underkriteriet ”kvalitet” at have lagt vægt på forhold, som ikke fremgår af udbudsbetingelserne.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og det udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip ved under prisevalueringen af delaftale 1 at have inddraget en rabat, som ikke relaterer sig til delaftale 1.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes tildelingsbeslutning af 21. december 2011.

Indklagede har nedlagt påstand om, at påstand 1 afvises, og subsidiært at påstanden og påstand 2-4 ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbetingelserne fremgår:

»...

Udbuddet er opdelt i 4 delaftaler:

- 1) Bade/bækkenstol med hjul
- 2) Plejestol

...

1.2

...

Der vil blive foretaget en særskilt evaluering og tildeling for hver delaftale.

For alle delaftaler gælder, at der udbydes en rammeaftale, der indgås med 3 leverandører, forudsat at der er tilstrækkeligt antal økonomiske aktører, der opfylder udvælgelseskriterierne og et tilstrækkeligt antal antagelige tilbud.

Der vil blive foretaget en prioritering af de vindende tilbudsgivere, således at det bedst indkomne tilbud tildeles prioritet 1, det næstbedste prioritet 2 og det tredjebedste prioritet 3.

Indkøb i henhold til rammeaftalen vil som udgangspunkt blive foretaget hos den bedst prioriterede rammeaftaleindehaver.

...

2.14

Tildelingskriterium

Rammeaftalen for hver delaftale vil blive tildelt de(n) tilbudsgiver, der afgiver det for Udbyder økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet følgende underkriterier med den angivne vægtning lægges til grund for evalueringen:

Delaftale 1 og 3

Underkriterium	Vægtning i procent
Kvalitet	60 %
Pris	40 %

Delaftale 2 og 4

Underkriterium	Vægtning i procent
Kvalitet	40 %
Besparelesspotentiale	40 %
Pris	20 %

Evalueringen vil ske for hver delaftale for sig, men der er mulighed for at angive en rabat for tildeling af flere delaftaler, og i så fald vil dette blive inddraget i evalueringen, således at evalueringen omfatter flere delaftaler.

2.15

Underkriteriet kvalitet

Udbyders vurdering af kvalitet består af følgende delkriterier (i ikke-prioriteret rækkefølge):

- 1) Holdbarhed
- 2) Betjeningsvenlighed, herunder
 - a. Installation (hvorvidt der skal anvendes transportmidler og hvilke, hvorledes en eventuel samling af flere dele kan finde sted og proces med klargøring af produktet til forsendelse til borger)
 - b. Borgerens betjeningsmuligheder
 - c. Plejepersonalets betjeningsmuligheder
- 3) Vedligehold, herunder
 - a. Behov for reservedele
 - b. Løbende rengøring
- 4) Arbejdsmiljø (hvor relevant), herunder om produktet medfører en hensigtsmæssig arbejdsstilling for plejepersonalet (hvorvidt forover bøjning undgås og om det undgås, at personalet skal gå ned på knæ mv.)

Udbyder vil anvende fagligt relevant personel til at foretage en bedømmelse af det tilbudte udstyrs kvalitet.

Tilbudsgiver skal stille vareprøver af de tilbudte produkter til rådighed for en test til brug for vurdering af kvalitet.

Bedømmelsen vil blive foretaget på grundlag af en test af vareprøven samt tilbudsgivers eventuelle supplerende beskrivelse af produktet i tilbuddet (bilag 1)

Vareprøver skal ikke indleveres sammen med tilbuddet, da Udbyder først vil sikre sig, at tilbuddet er konditionsmæssigt. Derefter vil der blive givet besked om, hvornår vareprøverne skal leveres.

...

2.17

Underkriteriet pris

...

Der er et produkt i hver delaftale, hvorfor der skal afgives en pris for de delaftaler, som der vælges at afgive tilbud på.

...

Der kan på bilag 1 anføres en rabatsats ved tildeling af flere delaftaler. Der vil i forbindelse med evalueringen blive foretaget en sammenligning af tilbuddet med og uden rabat for derved at finde den for Udbyder samlet set mest fordelagtige kombination af de indkomne tilbud.

...

2.19

Miniudbud

...

Prioritetsrækkefølgen kan blive ændret, efter der er afholdt et mini-udbud, således at en anden rammeaftaleindehaver bliver bedre prioriteret, indtil et nyt mini-udbud finder sted.

...

4.

Kravspecifikation

4.1 Delaftale 1 – Bade/bækkenstol med hjul

En stol der kan anvendes til brug for personlig hygiejne i forbindelse men bad og toilet.

...«

Af indklagedes indkøbsrapport fremgår blandt andet vedrørende delaftale 1, at klageren afgav et tilbud på 10.499 kr. samt at ArjoHuntleigh A/S afgav et tilbud på 13.629,60 kr. og at denne tilbudsgiver ved to delaftaler ville yde en rabat på 6 %.

Ved skrivelse af 15. december 2011 meddelte indklagede klageren:

»...

Efter evaluering har ordregiver valgt at indgå rammeaftale med 3 leverandører, herunder jer.

...

Det skal understreges, at dette brev ikke er bindende accept, da der nu indtræder en standstill periode på 10 kalenderdage.

...

I henhold til rammeaftalen skal der foretages en prioritering af rammeaftalerne.

Tirsdag den 13. december 2011 blev der hos ordregiver foretaget en kvalitetstest. Efter evaluering og test af den af jer fremsendte prøve, har ordregiver foretaget en prioritering ud fra de i udbudsmaterialet opstillede vægtninger.

(Kvalitet 60 % og Pris 40 %).

Evaluering af kvalitet blev gennemført efter en omfattende test af vareprøver. Resultatet for de enkelte delkriterier med tilhørende bemærkninger fremgår af vedlagte evalueringsnotat.

Det samlede resultat fremgår af nedenstående tabel:

Tilbudsgiver	Point Pris	Point Pris Vægtet	Point Kvalitet	Point Kvalitet Vægtet	Total Vægtet
Invacare	10	4	6	3,6	7,6
Arjo-HuntLeigh	3,8	1,5	8	4,8	6,3
Ap.P. Botved	0	0	-	-	-

Denne prioritering kan blive ændret, når der om ca. 1 år afholdes miniudbud, hvor alle tre rammeaftaleindehavere får mulighed for at forbedre deres tilbud og produkt.

...

Delaftale 1 – Bade/bækkenstol med hjul

Tilbudsgivers navn:	Invacare	
	Point	Bemærkninger
1. Holdbarhed	5	Benstøtterne virker lidt ustabile, men det gør den mere betjeningsvenlig (gør at benstøtterne er nemmere

		at tage af). Stolen er stabil at stå på (på stellet). Ryglænet virker som om det er lavet af holdbart materiale. Stolen virker generelt stabil.
2. Betjeningsvenlighed	3	Kan være tung at flytte rundt. Virker bred at flytte rundt (passer kun til 80 cm døre / kræver tilpasning i forhold til dørbredde / OK på plejecentre, da her er god plads, kan dog blive et problem hos borgerne). Benstøtterne er betjeningsvenlige. Smart/godt at stolen kan tippes fremover + sænkes lavt (hjulene kan dog komme i vejen her og det skal derfor »planlægges«). Stolen er svær at kombinere med stålift (kan ikke komme tæt på med liften grundet bredden på benene). Nem at betjene med fjernbetjeningen – både for personalet og borgeren. Overskuelig og logisk opbygget stol (nem at gå til). Kan køres over toilet, dog er hullet ikke lige over kummen – vil ramme skævt og derfor ikke fungere. Stolen skal oplades fuldt ud og ikke »pletvis« - kan blive problematisk, da stolen skal deles mellem flere borgere (trækker meget ned i vurderingen). Ligeledes et minus at stolen ikke må oplades i vådrum.
3. Vedligehold	4	Besværligt at rengøre ryglænet (pga materialet), da stolen skal bruges som delestol. Umiddelbart i tvivl om materiale tørre hurtigt, så det ikke er ubehageligt for borgeren (test: vand på ryglæn virker ikke koldt/vådt). Nemt at skifte ryglænet. Ryglænet er lavet af et materiale som virker som om det nemt samler skidt. Der samles skidt ved de synlige ledninger. Mange ledninger og rør der skal rengøres dagligt, da den skal bruges til delestol. Vurderes ingen teknisk vedligeholdelse.
4. Arbejdsmiljø	7	Arbejdsmiljøet forbereds for personalet, da stolen kan hæves meget højt (undgår foroverbøjninger + knæskader).
Samlet vurdering	6	

«

Den 21. december 2011 skrev indklagede til klageren:

»...

Vi er efterfølgende blevet opmærksomme på, at vi har overset en tilbudt rabat fra ArjoHuntleigh som indebærer, at prioriteringen af rammeaftaleindehaverne bliver anderledes end først meddelt.

Det gælder således i henhold til udbudsbetingelserne, at hvis der gives en rabat ved flere delaftaler, vil der i forbindelse med evalueringen blive foretaget en sammenligning for derved at finde den for udbyder

samlet set økonomisk mest fordelagtige kombination af de indkomne tilbud.

ArjoHuntleigh havde således afgivet tilbud på delaftale 2, og det fremgår af deres tilbud, at der gives en rabat på prisen på både delaftale 1 og delaftale 2 ved tildeling af begge delaftaler.

Hvis denne rabat indregnes, opnås en evalueringspris for ArjoHuntleigh på delaftale 1 på... hvorfor det samlede vægtede point for ArjoHuntleigh bliver 7,607 mod jeres 7,6.

Denne meget lille forskel gør, imidlertid, at ArjoHuntleighs tilbud opnår 1. prioritet og jeres 2. prioritet på rammeaftalen. Dette gælder selvsagt kun til der udføres et miniudbud, som muligvis kan ændre på denne prioritetsrækkefølge.«

I betjeningsvejledningen vedrørende klagerens »Bruse- og toiletstol« fremgår vedrørende »opladning af batteri«:

»...

Oplad kun batteriet i tørre rum (ej på badeværelser)

Vigtigt

Oplad batteriet fuldstændigt før enhver brug.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har gennemført evalueringen vedrørende delkriteriet »kvalitet« ved en test, uden at der til brug herfor var opstillet prioriterede delkriterier. Det fremgår ikke af udbudsbetingelserne, hvilke forhold der ville blive lagt vægt på, og hvad der er god henholdsvis dårlig kvalitet. Indklagede har derfor kunnet foretage en fuldstændig diskretionær og usaglig evaluering. Klageren har yderligere henvist til præambelbetragtning nr. 46 til udbudsdirektivet, hvorefter »... de ordregivende myndigheder skal derfor oplyse, hvilke tildelingskriterier de anvender, og hvordan de vægter kriterierne på et så tidligt tidspunkt, at tilbudsgiverne har disse oplysninger, når de udarbejder deres tilbud ...«. Indklagedes angivelser om »borgernes betjeningsmuligheder«, »plejepersonalets betjeningsmuligheder« og »løbende rengøring« giver ikke tilstrækkelig indikation af, hvad

indklagede vil lægge vægt på under tilbudsevalueringen og opfylder derfor ikke kravet om gennemsigtighed.

Indklagede har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at klagen ikke vedrører beslutningen om tildeling af rammeaftalen, men derimod den efterfølgende opfyldelse af rammeaftalen, derved at klageren er af den opfattelse, at indklagede bør prioritere klageren højere. Dette er et kontraktspørgsmål, hvor klageren gør gældende, at indklagede misligholder rammeaftalen ved at foretage indkøb hos en anden rammeaftaleindehaver. Afgørelse af denne kontraktretlige tvist henhører ikke under klagenævnets kompetence jf. herved lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 1, stk. 1. Indklagede har til støtte for påstanden om, at påstanden ikke tages til følge gjort gældende, at det i udbudsbetingelserne meget klart var angivet, hvilke elementer der ville indgå i evalueringen af underkriteriet »kvalitet«. Indklagede har i denne forbindelse gjort gældende, at det i forbindelse med »betjeningsmuligheder« var relevant at lægge vægt på, om det tilbudte produkt skulle oplades fuldstændigt, eller om det kunne oplades »pletvis«.

Ad påstand 2

Klageren har anført, at det er ukorrekt, når det anføres, at klagerens produkt ikke kan oplades »pletvis«. Det tilbudte produkt skal oplades fuldt ud ved første ibrugtagning. Derefter kan det oplades som alle andre produkter også »pletvis«. Dertil kommer, at det ikke fremgår af udbudsbetingelserne, at det ville blive tillagt vægt, om produktet kunne oplades »pletvis«. Indklagede burde, hvis dette forhold blev tillagt vægt, have oplyst det i udbudsbetingelserne.

Indklagede har anført, at indklagede lod 5 personer med særligt kendskab til de af udbuddet omhandlede produkter foretage en grundig evaluering af de tilbudte produkter. Baggrunden for indklagedes bemærkning om klagerens produkt hidrører fra klagerens egen betjeningsvejledning, hvorefter batteriet skulle oplades fuldstændigt før enhver brug. På denne baggrund har indklagede noteret, at produktet ikke kunne oplades »pletvis«. Dertil kommer, at selvom klageren måtte skulle have en højere score for produktets betjeningsvenlighed, ville dette ikke have medført, at klagerens produkt samlet skulle have en højere score. Klagerens tilbud blev for så vidt angår »kvalitet« tildelt et meget lille 6-tal. Den manglende mulighed for »pletvis« opladning betød ikke meget i den forbindelse, hvorfor den samlede evaluering

af klagerens tilbud ikke ville have været anderledes, hvis det af klageren anførte forhold ikke var medtaget ved evalueringen. Klageren har derfor ikke godtgjort, at indklagedes evaluering var behæftet med fejl. Indklagedes evaluering var tværtimod sagligt velbegrundet.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede i strid med udbudsbetingelsernes punkt 2.14 har inddraget de af ArjoHuntleigh tilbudte rabatter ved evalueringen af såvel delaftale 1 og delaftale 2. ArjoHuntleigh har herved på klagerens bekostning opnået en uretmæssig fordel. Klageren har tilføjet, at tilbudsevalueringen ifølge udbudsbetingelserne skulle ske for hver delaftale for sig, og at det efter udbudsbetingelserne ikke var klart, hvorledes en eventuel rabat skulle indregnes ved tilbudsevalueringen. Indklagede var i hvert fald efter udbudsbetingelserne uberettiget til at fratrække den fulde rabat for både delaftale 1 og delaftale 2 i ArjoHuntleigh A/S' pris på delaftale 1. Dertil kommer, at det ikke klart fremgår af udbudsbetingelserne, hvorledes en tilbudt rabat skulle indgå i tilbudsevalueringen også henset til, at prisen vedrørende delaftale 1 skulle vægtes med 40 %, mens den vægtede 20 % vedrørende delaftale 2. Når indklagede inddrog den fulde rabat for begge delaftaler ved evalueringen af tilbuddene på delaftale 1, brugte indklagede reelt rabatten to gange.

Indklagede har gjort gældende, at det er helt sædvanligt at en tilbudsgiver tilbyder lavere priser jo flere aftaler, der vindes. Det fremgik af udbudsbetingelserne, at hvis en tilbudsgiver tilbød en rabat, ville den samlede pris for alle delaftalerne blive inddraget. Vægtningen af pris i delaftale 2 var uden betydning for beregningen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud for delaftale 1, da denne vægtning ikke indgik i beregningen af point for delaftale 1. Indklagede var derfor berettiget til at finde den kombination af de indkomne tilbud, der medførte den samlet set laveste pris for indklagede.

Ad påstand 4

Klageren har som følge af de klare og grove overtrædelser, som indklagede har begået, gjort gældende, at klagenævnet skal annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Indklagede har bestridt, at der er grundlag for at annullere tildelingsbeslut-

ningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at indklagede ved tilbudsevalueringen ville foretage en prioritering af de vindende tilbudsgivere, at disse ville blive tildelt henholdsvis 1., 2. og 3. prioritet, og at indkøb i henhold til rammeaftalen ville blive foretaget hos den bedst prioriterede rammeaftaleindehaver. Klagenævnets kompetence omfatter evalueringen af de kriterier, der fører til indgåelse af rammeaftalen, og tilbudsgiverens placering i rammeaftalen, men ikke den efterfølgende aftaleindgåelse. Påstand 1 afvises derfor ikke.

Efter udbudsbetingelserne vægtede underkriteriet »kvalitet« 40 %, og der var til dette kriterium fastsat 4 delkriterier, som igen var opdelt i forskellige delkriterier. Indklagede var ikke forpligtet til at oplyse vægtningen af delkriterierne forud for evalueringen. Indklagedes specifikation af delkriterier til underkriteriet »kvalitet«, herunder »borgernes betjeningsmuligheder«, »plejepersonalets betjeningsmuligheder« og »løbende rengøring« var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og det var i overensstemmelse hermed, at indklagede herunder lod det have indflydelse på evalueringen, at klagerens bækkenstol ifølge klagerens instruktion kun kunne oplades »pletvis«.

Påstandene tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Det fremgik af udbudsbetingelserne, at hvis en tilbudsgiver tilbød en rabat, ville den samlede pris for delaftalerne indgå i evalueringen. Dette er helt sædvanligt. Indklagede har evalueret tilbuddene for så vidt angår underkriteriet »pris« i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Som følge af det under påstand 1-3 anførte tages denne påstand ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig