

K E N D E L S E

Joca A/S
(Steen Jensen, Fredericia)

mod

Rødovre Kommune
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 126-208778 af 17. september 2012 udbød indklagede, Rødovre Kommune, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en kontrakt om levering af affaldsbeholdere. Udbuddet blev gennemført af I/S Vestforbrænding på vegne af indklagede. Sideløbende har der været gennemført tilsvarende beholderudbud for Gladsaxe Kommune og Gentofte Kommune.

Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne »Pris«, der vægter 70 point, og »Kvalitet«, der vægter 30 point.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 30. oktober 2012 havde indklagede modtaget tilbud fra bl.a. Joca A/S og PWS Danmark A/S.

Ved e-mail af 15. november 2012 meddelte indklagede tilbudsgiverne, at indklagede havde til hensigt at indgå kontrakt med PWS Danmark A/S.

Den 26. november 2012 indgav klageren, Joca A/S, klage til klagenævnet og anmodede samtidig om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

»Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at fastsætte underkriteriet »Kvalitet«, uagtet underkriteriet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes tildelingsbeslutning af 15.11.2012 om at indgå kontrakt med PWS Danmark A/S.

Påstand 3

Joca vil nedlægge påstand om erstatning.«

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har besluttet inden udløb af fristen i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 3, at træffe afgørelse i selve sagen. Parterne har derfor haft lejlighed til at fremkomme med supplerende bemærkninger til klageskriftet og svarskriftet.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag og uden medvirken af sagkyndig, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 10, stk. 4.

Andre oplysninger i sagen:

Af »Udbudsvilkår september 2012« pkt. 1.5.7 fremgår:

»Rødovre Kommune kræver, at tilbudsgiver beskriver de tilbudte produkter. Følgende produkter skal beskrives:

Produkternes udformning i forhold til vedligeholdelse,
Produkternes udformning i forhold til rengøring og betjening hos borgere og for skraldemand,

Evt. garantiperiode udover de første to år efter levering, herunder evt. vilkår for garantien

Desuden skal produkternes mål og tekniske specifikationer angives, herunder ydre dimensioner, egenvægt, inkl. hjul og indsats, godstykkelser, samt de anvendte materialetyper.

Endelig skal der angives holdbarhed på klistermærker til 240 liter beholdere med skillevæg og 240 liter beholdere uden skillevæg.

Produkterne beskrives i bilag 7C »Beskrivelse af produkter.«

Af »Udbudsvilkår september 2012« pkt. 1.8 fremgår endvidere:

»1.8.2.

Ved evaluering af delkriteriet »kvalitet« vil der blive lagt vægt på en høj kvalitet af de tilbudte produkter, herunder produkternes egenskaber i forhold til vedligeholdelse, rengøring og funktionalitet hos borgeren og for skraldemand samt en længere garantiperiode.

Tilbudsgiver skal i bilag 7C »Beskrivelse af produkter« give følgende oplysninger og beskrivelser:

Produkternes udformning i forhold til vedligeholdelse,
Produkternes udformning i forhold til rengøring og betjening hos borgerne og for skraldemand,
Evt. garantiperiode udover de første to år efter levering, herunder evt. vilkår for garantien

Beskrivelserne indgår i den endelige kontrakt med den vindende tilbudsgiver.«

Tilbudsgiverne skulle senest samtidig med tilbudsafgivelsen stille nærmere beskrevne vareprøver til rådighed for besigtigelse.

Klageren havde tilbudt en pris på 9.065.705 kr. Tilbuddet fra PWS Danmark A/S lød på 8.440.417,20 kr.

Af evalueringsnotat af 15. november 2012 fremgår bl.a. om underkriteriet »Kvalitet«, at kriteriet vil blive vurderet ud fra, hvor mange points der gives under det enkelte punkt ud fra tilbudsgivers beskrivelse.

Det hedder videre om evalueringen af kvaliteten af de enkelte tilbud:

»Ved kriteriet »kvalitet« tildeles point individuelt for hvert tilbud på grundlag af en vurdering af produkternes egenskaber i forhold til vedligeholdelse, rengøring og funktionalitet hos borgeren og for skralde-
mand samt en længere garantiperiode.

Rødovre Kommune har på forhånd gjort sig klart, hvad der forstås ved et optimalt tilbud vedrørende »kvalitet«. Et sådant tilbud vil blive tildelt maksimumpoint for kvalitet. Et tilbud af den dårligst tænkelige kvalitet, som dog opfylder de oplistede minimumskrav, vil blive tildelt 0 point på det kriterium. Tilbud, der ligger mellem disse to yderpunkter, tildeles et forholdsmæssigt pointtal på baggrund af et skøn foretaget af Rødovre Kommune.

Det er således muligt, at to eller flere tilbud opnår samme point for et underkriterium.

...«

I evalueringsnotatet anføres nærmere om klagerens tilbud:

»Kvalitet

For underkriteriet »kvalitet« er der givet point for:

En god og solid skillevæg på 240 liter beholder med skillevæg, med stor indkastning og en god udformning i forhold til både betjening og rengøring,

Tydelig indikator på beholderlåg ang. om låget er åbent eller låst,

At der gives 3 års garanti på leverede produkter, altså et år mere end det krævede.

Joca er derfor tildelt 15 point for dette underkriterie, ud af 30 mulige point.«

I evalueringsnotatet anføres om tilbuddet fra PWS Danmark A/S:

»Kvalitet

For underkriteriet »kvalitet« er der blevet givet point for:

En god og solid skillevæg, med stor indkaståbning og en god udformning i forhold til både betjening og rengøring,

At skillevæggen kan flyttes, enkelt og med kun et stykke værktøj, ude ved den enkelte husstand,

At skillevæggen »folder sig ud« i toppen, hvorved affaldet nemmere tømmes i de rigtige rum på skraldebilen,
 At låg er designet så vand løber væk fra håndtag, hvilket giver et bedre arbejdsmiljø for skraldemanden,
 At glasindkast er store og med gode »flapper«
 At der gives yderligere 5 års garanti, dog med en nedskrivning, udover det krævede minimum.

PWS Danmark A/S er derfor tildelt 25 point for dette underkriterium, ud af 30 mulige point.«

Klageren opnåede samlet set 80 point, mens PWS Danmark A/S opnåede 95 point. En tredje tilbudsgivers tilbud blev anset for ukonditionsmæssigt.

Klageren har til støtte for sine påstande i klageskriftet anført:

»...

Udbudsmaterialet er tilrettelagt på en sådan måde, at Indklagede har haft ubetinget frit valg i evalueringen af tildelingskriteriet det økonomiske mest fordelagtige tilbud, herunder evaluering af tilbudsgivernes besvarelser/løsninger af underkriterierne.

Indklagede har beskrevet underkriterierne meget uklart og ikke givet de bydende muligheder for i udbudsmaterialet ved simpel læsning, at forstå omfanget af underkriterierne, så de bydende på forhånd var klar over, hvad Indklagede ville tillægge afgørende betydning i evalueringen - pointtildelingen. (ingen måleparameter eller konkurrencespænd pr. underkriterium), hvilket er i strid med EU - Domstolens kendelse C-513/99 Concordia.

...

Indklagedes udbudsmateriale er ikke gennemsigtigt, underkriteriet Kvalitet er ulovligt og ikke egnet som underkriterium. Underkriteriet er udelukkende formuleret som mindstekrav og derfor ikke muligt, at konkurrere på. Se endvidere anbringender påstand 1.

...

Til støtte for påstand 1 gør Joca gældende, at indklagede har i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at fastsætte underkriteriet "Kvalitet" uanset underkriteriet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, i det Indklagede ikke på forhånd havde fastsat de for Indklagede mest optimale tilbudte kvalitetsforhold, men blot skrevet jf. bilag 2 Udbudsbetingelser:

...

Uden at Indklagede nærmere har beskrevet, hvad Indklagede definere som værende ”høj kvalitet” og uden at Indklagede nærmere har defineret, hvilke egenskaber der i forbindelse med vedligeholdelse, rengøring og funktionalitet hos borgeren og for skraldemand, at såfremt de/det tilbydes vægtes det positivt og gives fuld point.

Det gøres gældende, at Indklagede ikke på forhånd har angivet, hvilke målbare elementer Indklagede ville evaluere på hvilket efterlader de bydende med det indtryk, at Indklagede har ”frit valg” mht. konkurrenceelementer

...

Det gøres gældende, at pointgivningen er meget uklar – det er ikke gennemsigtigt hvorfor den vindende tilbudsgivers ovennævnte tilbudte elementer giver flere point end det af Joca tilbudte.

Det gøres gældende, at der har været tale om vilkårlighed og at Indklagede har haft ”ubetinget frit valg” i bedømmelsen af tilbudte elementer. Da Indklagede har tillagt egenskaber hos den vindende tilbudsgiver stor værdi, uden at de bydende på forhånd har haft tilstrækkelig viden om hvilke egenskaber i ”Kvaliteten” der gør tilbuddet meget velegnet til opgavens udførelse ved ikke på forhånd at have oplyst dette i udbudsmaterialet, som positivt betydende, må det antages, at Indklagede derfor har til gode set den vindende tilbudsgiver på en konkurrenceforvridende måde og dermed overtrådt udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling af de bydende.

Det gøres dermed gældende, at det er uklart og ikke gennemsigtigt hvorfor den vindende tilbudsgiver er tildelt flere point end Joca i nærværende kriterium.

...«

Indklagede har gjort gældende, at underkriteriet »kvalitet« er et lovligt underkriterium, der direkte fremgår af opstillingen af underkriterier i udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a. Det er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det fremgik klart af udbudsvilkårene, at indklagede ved evalueringen ville lægge vægt på A) »Vedligeholdelse«, B) »Rengøring og funktionalitet hos borgeren og for skraldemand« samt C) »en længere garantiperiode«. De oplistede parametre er selvforklarende. Indklagede har ikke evalueret tilbuddene i relation til underkriteriet »Kvalitet« ud fra, hvorledes tilbudsgiverne opfyldte de fastsatte mindstekrav. Indklagede har ikke overskredet grænserne for sit skøn. Klagen er således åbenbart grundløs.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Der er ikke grundlag for som påstået at anse underkriteriet »Kvalitet« for ulovligt, jf. herved udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a, som uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Allerede af den grund tages påstand 1, som den er formuleret, ikke til følge.

Det følger heraf, at klagen heller ikke tages til følge vedrørende påstand 2.

Det bemærkes, at der heller ikke i øvrigt ses at være grundlag for at fastslå, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivet i forbindelse med fastsættelsen af, hvilke elementer indklagede ville lægge vægt på i forbindelse med underkriteriet »Kvalitet«.

Herefter bestemmes:

Påstand 1-2 tages ikke til følge.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig