

K E N D E L S E

Joca A/S
(Steen Jensen, Fredericia)

mod

Gladsaxe Kommune
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 182-298783 af 19. september 2012 udbød indklagede, Gladsaxe 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 Rødovre 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 7. november 2012 havde indklagede modtaget tilbud fra bl.a. Joca A/S og PWS Danmark A/S.

Ved e-mail af 20. november 2012 meddelte indklagede tilbudsgiverne, at indklagede havde til hensigt at indgå kontrakt med PWS Danmark A/S.

Den 3. december 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 straks 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.

I øvrigt henvises til klagenævnets kendelse af 20. december 2012, Joca A/S mod Rødovre Kommune.

Andre oplysninger i sagen:

Af udbudsvilkårene pkt. 1.5.7 fremgår:

»Tilbudsgiver skal beskrive de tilbudte produkter. Følgende punkter 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.

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

Af udbudsvilkårene 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 borgere 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 7.180.250 kr. Tilbuddet fra PWS Danmark A/S lød på 7.046.887 kr.

Af evalueringsnotat af 19. 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 skraldemand samt en længere garantiperiode.

- 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.

...«

Evalueringskomiteen tildelte klagerens tilbud 8 point for underkriteriet kvalitet og anførte i den forbindelse:

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

- Tydelig indikator på beholdervæg om hvorvidt låget er åbent eller låst,
- At der udover de krævede 2 års garanti på de leverede produkter, gives yderligere 3 års garanti

«

Evalueringskomiteen tildelte PWS Danmark A/S 17 point for underkriteriet kvalitet og anførte i den forbindelse:

»

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

- At skillevæggen på 240 liter beholder med skillevæg »folder sig ud« i toppen, hvorved det skønnes at 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 låg til 660 liter beholder har lav vægt og dermed er let at åbne
- At der gives yderligere 5 års garanti, dog med en nedskrivning, udover det krævede minimum.

«

Klageren opnåede samlet set 75,35 point, mens PWS Danmark A/S opnåede 87 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. ...

Til støtte for påstand 1 gør Joca gældende, at indklagede har i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtigheidsprincippet 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.

...«

Klageren har i replikken anført.:

»...

Såfremt Indklagedes påstand ville være gældende praksis, vil de offentlige myndigheder være berettiget til, at foretage vilkårlige og tilfældige evalueringer med baggrund i andre egenskaber og vilkår, som ikke er knyttet til kontraktens genstand, hvilket bl.a. er tilfældet i nærværende sag og klart i strid med afgørelsen i Concordia sagen. (se klageskrift af 3.12.2012).

De bydende ville være i en situation, hvor de bydende på forhånd ikke vil være i stand til at vurdere, hvilke produkter og egenskaber de skal tilbyde for at bringe sig selv i en gunstig situation og dette vil i så fald betyde, at der vil være tale om »lotterilignende« tilstande, hvor de bydende vil stå i en situation, hvor de ikke har mulighed for at vurdere, hvad en ordregiver vil tillægge betydning i evalueringen og derfor vil byde i »blinde«, hvilket klart er i strid med EF – rettens generelle principper.

Det gøres gældende, at Indklagede ikke på noget tidspunkt har angivet, at egenskaber ved beholderens skillevej, låg og vægten på beholderen har været af afgørende betydning og derfor har Indklagede haft »frit valg« til på forhånd at tillægge ovennævnte egenskaber værdi uden de bydende har haft kendskab til disse egenskaber, hvilket klart er i strid med Jf. Sag C-331/04 ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Sne m.fl. mod ACTV Venezia SpA m.fl. om, at der ikke må indgå forhold, der ikke på forhånd er kendt af de bydende, hvilket Indklagede tydeligt har overtrådt, da Indklagede har ladet egenskaberne indgå i evalueringen og først i evalueringen bekendtgjort, at disse egenskaber har været af afgørende betydning.

Det bemærkes og gøres gældende, for at sikre de bydende en ligebehandling og gennemsigtigt udbudsforretning gælder EF – rettens generelle principper i udformningen af underkriterierne, herunder delkriterierne, hvilket i sagens natur også virker som sund fornuft.

På baggrund af ovenstående gøres det gældende, at Joca's anbringender om Indklagedes overtrædelser af EF – rettens generelle principper om ligebehandling og gennemsigtighed vedrørende påstand 1 fastholdes.

...«

Indklagede har gjort gældende, at underkriteriet »kvalitet« er et lovligt underkriterium, der direkte fremgår af oplistningen 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