

K E N D E L S E

Mediq Danmark A/S
(advokat Majse Jarlov, København)

mod

Jysk Fællesindkøb
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 78-128429 af 19. april 2012 udbød indklagede, Jysk Fællesindkøb, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en 3-årig rammeaftale med mulighed for forlængelse i op til et år med én leverandør om levering af sygeplejeartikler til de 10 kommuner, der indgår i indkøbsfællesskabet, nemlig Favrskov Kommune, Haderslev Kommune, Hedensted Kommune, Horsens Kommune, Mariagerfjord Kommune, Odder kommune, Rebild Kommune, Skanderborg Kommune, Skive Kommune og Syddjurs Kommune. Kontraktens anslåede værdi er 33,2 mio. kr.

Ved udløbet af tilbudsfristen den 29. maj 2012 havde Abena A/S, OneMed A/S og Mediq Danmark A/S afgivet tilbud.

Ved breve af 31. maj 2012 til tilbudsgiverne oplyste indklagede, at alle tre tilbud var ukonditionsmæssige, idet der manglede visse vareprøver. Indklagede valgte derefter at overgå til udbud med forhandling i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a.

Alle tre tilbudsgivere indleverede herefter de krævede vareprøver.

Ved brev af 8. juni 2012 orienterede indklagede tilbudsgiverne om, at indklagede agtede at indgå kontrakt med Abena A/S.

Den 18. juni 2012 indgav klageren, Mediq Danmark A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Jysk Fællesindkøb. 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 skal have opsættende virkning. Den 12. juli 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om »uopsættelighed« ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet på et møde den 22. oktober 2012.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt udbudsdirektivets artikel 53 ved ikke i udbudsmaterialet at have foretaget en tilstrækkelig præcis beskrivelse af underkriteriet »kvalitet«, herunder en tydelig angivelse af, hvad der konkurreres på, samt hvordan tilbudsgiverne opnår en god vurdering under tilbudsvurderingen.

Påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt udbudsdirektivets artikel 53, idet indklagede ved sin evaluering af de indkomne tilbud i forhold til underkriteriet »kvalitet« har foretaget en vurdering, som er i strid med udbudsmaterialets angivelse af dette kriteriums indhold.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »kvalitet« at have tildelt tilbuddene point på grundlag af en vurdering af tilbuddene i forhold til hinanden og efter en model, der er egnet til at forrykke den fastlagte vægt af underkriterierne på 60% / 40%.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med evalueringen af de indkomne tilbud i forhold til underkriteriet »pris« at have anvendt en evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Abena A/S som ukonditionsmæssigt, idet tilbuddet ikke opfyldte mindstekravene i kravspecifikationen til produktlinje 40-A og produktlinje 86-B.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal annullere indklagedes beslutning om at indgå den udbudte rammeaftale om levering af sygeplejeartikler med Abena A/S.

Påstand 7

Klagenævnet for udbud skal konstatere, at de ordregivende myndigheder, som er med i indklagedes indkøbsfællesskab, jf. udbudsdirektivets artikel 11, og som deltager i indklagedes udbud af sygeplejeartikler, ikke kan afløfte deres udbudspligt for anskaffelser, som skal udbydes efter udbudsdirektivet, ved at anvende den af indklagede udbudte rammeaftale, eftersom rammeaftalen er indgået i strid med udbudsdirektivet.

Indklagede har nedlagt påstand om, at påstand 1-6 ikke tages til følge, og at påstand 7 afvises.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår, at tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne »pris«, der vægter 60 %, og »kvalitet«, der vægter 40 %.

Af udbudsbekendtgørelsens indledende beskrivelse fremgår:

»2.9 vareprøver

Tilbudsgiver skal stille vareprøver af de tilbudte produkter til rådighed for en afprøvning til brug for vurdering af kvalitet. Det fremgår af tilbudslisten, hvilke produkter, der skal leveres vareprøver på (markeret med »x«). Der skal vedlægges 2 stk. vareprøver af hver størrelse sammen med tilbuddet. Hvis der er flere størrelser af samme type produkt, medsendes kun én størrelse.

...«

Af udbudsbetingelsernes pkt. 2.20 fremgår om evalueringen af underkriteriet »pris«:

»Evaluering af pris

Vurderingen af pris sker ud fra tilbudsgivers angivne priser i tilbudslisten i bilag 3. Tilbudslisten udgør ca. 80 % af den samlede årlige estimerede omsætning. Ordregiver har estimeret den samlede årlige omsætning til: 8.300.00 kr.

Prissammenligningen vil blive foretaget som en beregning af det årlige estimerede forbrug på tilbudslisten ganget med de tilbudte nettopriser.

Alle tilbudte priser inden for hver produktgruppe skal være funderet i samme beregningsmodel og skal fremgå som en procentvis afvigelse fra den til en hver tid gældende prisliste.

Tilbudsgiver skal således give tilbud på det fulde sortiment inden for hver produktgruppe i form af:

- Nettopriser, tilbuddet skal afgives i form af nettopriser i danske kr. ekskl. moms, men inkl. alle øvrige afgifter.
- Rabatsatser, i tilbuddet skal angives hvilke rabatsatser, der ligger til grund for de tilbudte priser pr. produktgruppe med udgangspunkt i tilbudsgivers gældende prislister.

De resterende 20 % af den estimerede omsætning er produkter som tilbudsgiver kan tilbyde i deres normale sortiment inden for de kravspecificerede produktgrupper.

Den tilbudte rabatsats pr. produktgruppe angivet i tilbudslisten (bilag 3) skal derfor tilbydes i forbindelse med køb af produkter som ikke er direkte opført på tilbudslisten, men som indgår i udbuddet.

Udbyder skal således have mulighed for, at købe disse produkter i de tilfælde den enkelte institution ikke kan få dækket sit behov inden for de kravspecificerede produkter i tilbudslisten (bilag 3).

Der vil udelukkende blive vurderet på kravspecificerede produkter på bilag 3.

Prisen vil blive vurderet relativt, således at de øvrige tilbud vil blive vurderet i forhold til det billigste tilbud.«

Ifølge den oprindelige tilbudsliste skulle tilbudsgiverne prissætte 307 produkter, hvoraf der skulle vedlægges en vareprøve for 187 produkter. På baggrund af spørgsmål fra en tilbudsgiver blev antallet af vareprøver reduceret til 157, således at der konsekvent kun skulle leveres én vareprøve for produkter, der optrådte i flere størrelser. Det fremgår desuden af tilbudslisten, at indklagede havde fastsat krav om, at visse grupper af produkter skulle være af samme fabrikat. For disse grupper skulle der i hovedparten af tilfældene alene levere én vareprøve.

Ligeledes af udbudsbetingelsernes pkt. 2.20 fremgår om evalueringen af underkriteriet »kvalitet«:

»Ordregiver vurderer tilbuddenes kvalitet på baggrund af tilbudsgivernes bemærkninger til kravspecifikationen og afprøvning en af de vedlagte vareprøver.

Ved vurderingen [af] kvalitet lægges der blandt andet vægt på brugbarhed og funktionalitet.

Vurderingen af kvalitet foretages af fagligt relevant personale og på baggrund af dette personales faglige skøn.«

Af »Bilag 4. Kravspecifikation« fremgår:

»Mindstekrav til de enkelte produktlinjer er oplistet nedenfor.

Der er gjort plads til at Tilbudsgiver kan gøre en bemærkning til de enkelte mindstekrav. Disse bemærkninger vil indgå i evalueringen, hvis tilbudsgiver tilbyder mere end mindstekravene.

Det er et ufravigeligt krav, at samtlige mindstekrav er opfyldt, hvorfor bemærkninger kun er relevante, hvis tilbudsgiver ønsker at gøre opmærksom på, at det tilbudte produkt opfylder mere end påkrævet, kravet ikke kan opfyldes eller at der bliver bedt om et svar. I tilfælde hvor kravet ikke kan opfyldes vil tilbuddet betragtes som værende ikke konditionsmæssigt.

Hvis Tilbudsgiver ikke har angivet bemærkninger ud for et krav, anses det som en indeståelse for, at kravet er opfyldt.

Generelt accepteres en difference på + - 10 % i forhold til de opgivne størrelser på tilbudslisten.«

Kravspecifikationen indeholdt bl.a. følgende »Generelle krav«:

»...

Tilbudsgiver garanterer, at varen emballeres og leveres på en sådan måde, at der både tages miljøhensyn, at de er lette at åbne, og at det sikres, at varen når frem i ubeskadiget stand med intakte egenskaber.

...

Produkterne skal være let aftagelige, hudvenlige, sikre og diskrete i brug.

...«

Kravspecifikationen indeholdt tillige en række produktlinjer med plads til tilbudsgivernes bemærkninger, bl.a. således:

Produktlinje 8-A	Hydrocolloid semipermeabel transparent 10x10 cm	Tilbudsgivers bemærkning
Generelle krav	...	
	Kanter må ikke rulle	
	...	
Produktlinje 86-B	Overflade desinfektions serviet	
Generelle krav	Skal kunne anvendes på alle overflader, også overflader der ikke tåler alkohol baseret desinfektion. Skal kunne anvendes på ikke invasive instrumenter og apparatur.	
Produktlinje 9-A	Hydrogel i Tube/sprøjte 5-15 g	
Generelle krav	Skal tilføre fugt til såret	
	Skal have en konsistens, så gelen bliver i såret	
	Gelen skal være uden kendte sensibiliserende stoffer	
	Skal leveres i volumen på mindst 5 gram	
	Produktet skal være let at applicere	

Inden fristen for afgivelse af tilbud blev der stillet og besvaret en række spørgsmål bl.a. således:

»Spm. 24: Side 11, Evaluering af kvalitet: Hvad ligges der mere vægt på ved vurderingen end »brugbarhed og funktionalitet? og hvad ligges der vægt på ved »brugbarhed og funktionalitet«?

Svar 24: Der lægges ikke vægt på andet end »brugbarhed og funktionalitet«, hvorfor sætningen »blandt andet« udgår. Ved »brugbarhed« forstås produktets evne til at kunne bruges i den givne behandling. Ved »funktionalitet« forstås produktets evne til at fungere i den givne behandling.

...

Spm. 31: Vil der blive givet en separat karakter for brugbarhed og funktionalitet, og hvis ja hvorledes er de indbyrde[s] vægtet.

Svar 31: Der vil ikke blive givet en separat karakter for brugbarhed og funktionalitet, men derimod en samlet karakter.

...

Spm. 54: Position 40A: Her ønsker udbyder et produkt, der så vidt vi er orienteret udgå fra markedet. Ønsker udbyder at lade positionen udgå, eller ændre på kravspecifikationerne?

Svar 54: Udbyder ønsker hverken at ændre på kravspecifikationen eller at lade positionen udgå.

...

Spm. 115: Position 40A: Vil det være konditionsmæssigt at byde flerlagskompressionssystem uden strækindikator, når øvrige krav er opfyldt?

Svar 115: Nej

...

Spm. 123: Position 40A: Når udbyder ikke ønsker, at frafalde kravet om strækindikatorer på denne bandage, og samtidig fastholder øvrige krav – specielt skal kunne leveres latex fri, kan der ikke bydes produkter der lever op til samtlige krav. Kan udbyder revidere kravene, således at det er muligt at byde på positionen? Kan udbyder endvidere uddybe hvovidt der ønskes et 2 eller 4 lag bandagesystem?

Svar 123: Udbyder frafalder kravet om at det skal kunne leveres latex fri. Udbyder ønsker et bandagesystem på mere end 2 lag.

...«

Abena A/S tilbød til opfyldelse af kravspecifikationens produktlinje 86-B, desinfektionsserviet, som skal kunne anvendes på alle typer overflader, også overflader, der ikke tåler alkoholbaseret desinfektion, et produkt, der beskrives således:

»Overfladedesinfektion 20x30 cm. Desinfektion Wet Wipe, med ethanol.«

Af produktets varedeklaration fremgår:

»Udførelse: med ethanol

Størrelse: 20x30cm

Anvendelsesområde: Engangsklud klar til rengøring og overfladedesinfektion i en arbejdsgang. Kluden med ethanol, vand og sæbe desinficerer effektivt mod multiresistente bakterier f.eks. MRSA og ESBL, colibakterier, legionella og andre vegetative bakterier samt de fleste vira. Anvendes på operationsstuer, i intensiv afsnit, undersøgelsesrum, senge-stuer og på alt apparatur der tåler ethanol. Eftertørring ikke nødvendig.

Ingredienser: Ethanol 75-85%, Detergent < 0,50%, Aqua < 20,00%

Sikkerhedsforskrift: Undgå kontakt med øjnene

Håndtering: Luk altid emballagen efter brug. Opbevar kludene et koldt og tørt sted.

Holdbarhed åbnet: 30 dage

Holdbarhed uåbnet: 2 år

Mærke: Disinfektion Wet Wipe

Tilhørende varer: 160540

Yderemballage: Karton Bortskaffelse: Brændes/Genbruges.«

Indklagede har under klagenævnssagen indhentet en erklæring fra Abena A/S herom. Erklæringen lyder:

»Vi kan herved bekræfte, at produktet, som vi har tilbudt på pos. 86-B, kan anvendes på overflader, der ikke tåler alkohol baseret desinfektion: Det tilbudte produkt på pos 86B, er en klud som indeholder en kombination af vand, sæbe og ethanol. Kombinationen er i et forhold der gør, at kluden kan anvendes til brug af ikke invasive instrumenter og apparatur med en effektiv drab, der er testet og godkendt i henhold til En 1276.

På baggrund af det store indhold af vand, er kluden mere en universal klud end en traditionel ethanol klud.

Som eksempel kan nævnes, at den er godkendt til desinfektion i alle Falck ambulancer i Danmark til rengøring og desinfektion af alt udstyr og flader i ambulance grundet dens effekt.

Produktet er virksom over flere typer bakterier og virus, MRSA, ESBL og er effektiv mod Norovirus efter EN 14476:2007-02. Det tilbudte produkt er derfor fuldt konditionsmæssigt iht. kravspecifikation.«

Af indklagedes evalueringsrapport fremgår om evalueringen af »kvalitet på de indkomne vareprøver«:

»Der blev onsdag den 6. juni afholdt afprøvning af de indleverede vareprøver. Der var vareprøver for 157 af tilbudslistens positioner. Til afprøvning deltog sygeplejefaglig personale fra de deltagne kommuner i Jysk Fælleskøb der deltog i udbuddet. Alle 157 vareprøver fra de 3 tilbudsgivere blev vurderet ud fra et samlet skøn af brugbarhed og funktionalitet.«

Indklagede har ikke fremlagt dokumentation vedrørende evalueringen af de produktlinjer, som der ikke skulle vedlægges vareprøver for, i relation til underkriteriet »kvalitet«. Indklagede har heller ikke dokumenteret, hvorledes tilbudsgivernes bemærkninger til de enkelte produktlinjer, jf. kravspecifikationens bilag 4, er indgået i evalueringen i relation til underkriteriet.

Af indklagedes evalueringsrapport fremgår om pointtildelingen:

»Der er givet point for pris på følgende måde:

Den billigste tilbudssum får tildelt 5 point. En tilbudssum som ville være dobbelt så dyr som den billigste vil få tildelt 0 point. Tilbud mellem den billigste og en dobbelt så dyr tilbudssum vil opnå point efter en lineær model.

Der er givet point for kvalitet på følgende måde:

Den højest opnåede gennemsnitlige pointtildeling er blevet løftet til 5 point. De 2 andre tilbud er derefter blevet løftet efter følgende model: Opnået gennemsnitlig point divideret med det tilbud der fik højest opnåede gennemsnitlig point ganget med 5«

Indklagede har vurderet de tilbudte produktlinjers »karakter for funktionalitet og brugbarhed« eksempelvis således:

	Varebetegnelse	Mediq	Abena	Onemed
8-A	Hydrocolloid semipermiabel transparent 10x10	5	5	5
Kommentar:	A+M Nem at åbne, nem at folde, mere fleksibel, sidder fint O: nem at åbne, nem at folde, sidder fint			

	Varebetegnelse	Mediq	Abena	Onemed
9-A	Hydrogel i tube/sprøjte 5-15 g	5	4	5

Kommentar:	A: Løber ud, tør M? O fast, bliver i såret, hold.			
------------	---	--	--	--

	Varebetegnelse	Mediq	Abena	Onemed
44-A	Polstervat, viskose, absorberende	3	5	3
Kommentar:	A:Fast, holder strukturen M+O: for løs, lav holdbarhed			

	Varebetegnelse	Mediq	Abena	Onemed
8 - C	Hydrocolloid, ekstra tynd, 10x10	4	4	4
Kommentar:	Samme produkt			

Af indklagedes evalueringsrapport fremgår, at pointgivningen ved evalueringen af de tilbudte priser er foregået således, at den billigste tilbudspris får tildelt 5 point. En tilbudssum, som er dobbelt så dyr som om den billigste, vil få tildelt 0 point (afskæringsprisen) Tilbud mellem den billigste og en dobbelt så dyr tilbudssum vil opnå point efter en lineær model i overensstemmelse med følgende beregning:

$$\text{Point} = \max \text{ point} \times (\text{afskæringspris} - \text{tilbudte pris}) / (\text{afskæringspris} - \text{laveste pris})$$

Evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »pris« bygger herefter på følgende tal:

	OneMed	Mediq Danmark	Abena
Totalt årligt forbrug	8.244.759 kr.	8.290.926 kr.	8.275.111 kr.
Samlet forbrug i 4 år	32.979.036 kr.	33.163.704 kr.	33.100.444 kr.
Point for pris	5,00	4,97	4,98

Der blev (efter retning af tastefejl) tildelt følgende point:

	Kvalitet	Pris	Samlet og vægtet 60/40
OneMed	4,86	5,00	4,94
Mediq	4,84	4,97	4,92
Abena	5,00	4,98	4,99

Indkøbskoordinator Niels Hemmingsen har den 15. oktober 2012 afgivet følgende erklæring:

»

...

4) Hvordan foregik tilbudsvurderingen?

Svar:

jeg, Favrskov Kommune, stod for tildelingskriteriet pris, mens brugergruppen blev opdelt i 3 grupper der hver især evaluerede kvaliteten. Denne foregik ved en test af de indkomne vareprøver sammenholdt med de skrevne kommentarer i kravspecifikationen.

5) Hvordan er de enkelte, skønsmæssige mindstekrav håndteret i forhold til vurderingen af tilbuddenes konditionsmæssighed?

Svar:

Tilbuddenes konditionsmæssighed i forhold til mindstekravene foregik i forbindelse med afprøvningen af de indleverede vareprøver. Her blev de enkelte tilbudsgivers besvarelser i forhold til den opstillede kravspecifikation løbende gennemgået i forbindelse med afprøvningen af de indkomne vareprøver.

De skønsmæssige mindstekrav indgik derfor under enten brugbarhed (eksempelvis lette at åbne) eller funktionaliteten (eksempelvis diskrete i brug), således at dette har påvirket produkternes kvalitetsvurdering som eksempelvis Position 4B og 21A.

6) Hvordan foregik tilbudsevalueringen i forhold til underkriteriet kvalitet?

Svar:

Tilbudsevalueringen i forhold til underkriteriet kvalitet foregik ved at afprøve de indkomne vareprøver og kommentar. Her blev de enkelte tilbudsgivers besvarelser vurderet i forhold til den opstillede kravspecifikation sammenholdt med det ønskede. Endvidere skete der en test af den fysisk indleverede vareprøve. Testen af vareprøven har i enkelte tilfælde vist, at brugergruppen ikke har været enig i tilbudsgivernes bemærkninger, det kan eksemplificeres med position 9a, hvor brugergruppen vurderede at gelen blev i såret, mens Mediq Danmark's kommentar er, at der anses for at være en lille risiko for at det flyder ud.

Idet der kan opleves forskellig oplevelse af kvaliteten på produktet ud fra tilbudsgivers beskrivelse og testen er det vigtigt at have begge oplysninger for derigennem at give en samlet kvalitetsvurdering, for at få den reelle vurdering. Det er derfor meningsløst at lave to individuelle karakter, da det giver et mere reelt billede af kvaliteten hvis der kun bliver givet en karakter.

7) Hvordan blev det besluttet, for hvilke produkter, der skulle afleveres vareprøver?

Svar:

Det blev besluttet, hvilke varer der skulle indleveres vareprøver på, efter en vurdering af "behovet" (heriblandt forbruget) af produktet samt erfaringsmæssig viden om, hvilke varelinjer der ville være mulighed for at byde ind med forskellige og forskelligartede produkter.

Ved produkter, hvor der var flere størrelsesvarianter ønskede vi kun vareprøve på en størrelsesvariant, da det ikke gav mening at se flere forskellige størrelser. Efter denne sortering stod vi tilbage med vareprøver som repræsenterede 80 % af den estimerede forbrug, hvilket vi fandt retvisende for sortimentet.

8) Hvad var baggrunden for, at der ved enkelte produktlinjer ikke krævedes en vareprøve?

Svar:

Enkelte produktlinjer er ikke af en vigtighed, hvor det ville være afgørende hvilket produkt der blev valgt, eksempelvis Pos. 71-A Medicinboks til aflåsning eller Pos. 77-F Piberenser til rengøring af trachealkanyle, 50 cm. For et enkelt produkt (Pos. 74-A) frafaldt vi vareprøven, da vi fik et spørgsmål som gjorde os opmærksom på, at værdien af dette produkt var næsten 2000 kr., med denne viden vurderede vi, at vi kunne undvære en vareprøve på denne produktlinje af hensyn til tilbudsgiverne.

9) Hvordan foretog I kvalitetsvurderingen af de produkter, for hvilke der *ikke* skulle afleveres vareprøver?

Svar:

Da størstedelen af de varelinjerne der ikke var med i testen var af »samme« type blot i en anden størrelse eller mærke, blev disse bedømt på samme måde som de produkter der ikke var leveret vareprøve på. På de resterende varelinjer blev der vurderet ud fra den tekst der var skrevet i bemærkningsfeltet for de enkelte tilbud.

10) Hvad omfatter begreberne »brugbarhed« og »funktionalitet« i forhold til sygeplejeartikler. Er der tale om forskellige begreber?

Svar:

Der er tale om begreber der skal hjælpe med at beskrive kvaliteten af de forskellige produkter. For nogle produkter er brugbarhed mere relevant end funktionalitet og omvendt, eksempelvis produkt 44A - polstervat her er funktionaliteten den vigtigste egenskab mens brugervenligheden har en mindre indflydelse, mens det ved produkt 53A kanyleboks er brugervenligheden som er den vigtigste egenskab for at sikre sygeplejersken. Derfor ville det ikke være retvisende at give karakter for begge egenskaber, fordi det var det samlede indtryk som var relevant.

11) Hvad blev der lagt vægt på ved vurderingen af delkriteriet »brugbarhed og funktionalitet«?

Svar:

Brugergruppen forstod kvaliteten af produkterne på følgende måde: ved brugbarhed forstås produktets evne til at kunne bruges i den givne behandling. Ved funktionalitet forstås produktets evne til at fungere i den givne behandling. Denne definition af kvalitet ansås for at være den mest retvisende, idet udbuddet dækker mange forskellige produkter som alle må anses for at være standard varer indenfor sygeplejeområdet.

12) Hvordan kunne tilbudsgiverne opnå en positiv vurdering af »brugbarhed og funktionalitet« i forhold til de enkelte produkter?

Svar:

I udbudsmaterialet opfordres der til at Tilbudsgiverne anfører bemærkninger i kravspecifikationen, hvor deres produkt opfylder mere end mindstekravet. Derved har vi med en svag formulering anført, at dette vil blive vægtet positivt, og at det er disse bemærkninger, der vil indgå i evalueringen. Vi har ligeledes kunnet se på alle tilbuddene, at tilbudsgiverne har taget bemærkningen til sig og har været gode til at udfylde feltet, når de har ment at produktet mere end vores mindstekrav eller fremhæve særlige egenskaber ved produktet, som ved eksempelvis Mediq's tilbud på 52F, hvor det fremgår at »Engangsprodukt af høj kvalitet – stempel glider ensartet i hele cylinderes længde hvorved sikker og stabil indgift opnås.«

13) Hvordan udfyldtes/hvad var formålet med det interne arbejdsnotat, der er fremlagt som bilag 7?

Svar:

Det interne arbejdsnotat var lavet til brugergruppen, således at alle de opdelte grupper kom omkring de samme ting, når de evaluerede de mange prøver. I hver gruppe havde vi indsat en sekretær som skulle notere de vigtigste begrundelser for karaktergivningen, således at brugergruppen kunne koncentrere om at kvalitetsvurdere produkterne. Derved er de nedskrevne kommentarer kun ment som stikord for brugergruppen, således at de har kunnet huske, hvorfor de gav de enkelte karakter for produkterne og ikke tiltænkt at udefra kommende skulle finde konkrete begrundelser i disse, hvilket bevirker, at disse kommentarer ikke nødvendigvis vil give mening. Grupperne havde opdelt produkterne imellem sig og alle grupper arbejdede intensivt i 5 timer for at evaluere alle produkterne. Gruppen var inddelt efter faglige kompetencer og der blev løbende inddragede kompetencer for de øvrige grupper for at sikre kvaliteten i vurderingen. Undertegnede var sekretær for den ene gruppe.

14) Hvorfor indeholder det interne arbejdsnotat (bilag 7) ikke nogen kommentarer til de produkter, hvor tilbudsgiverne har tilbudt samme produkt?

Svar:

Hvor tilbudsgiverne har tilbudt samme produkt, må tilbudsgiverne nødvendigvis tildeles samme point, og der var derfor ingen grund til understøttende kommentarer for brugergruppen.

15) Hvorfor indeholder det interne arbejdsnotat (bilag 7) ikke nogen kommentarer til de produkter, der ikke skulle afleveres vareprøve for?

Svar:

Fordi arbejdsnotatet udelukkende var lavet til testen, mens de øvrige produkter blev vurderet på baggrund i kommentarerne i kravspecifikationen.

16) Hvilken evalueringsmodel er anvendt for kriteriet »pris«?

Svar:

Tilbuddene er evalueret ud fra en lineær model, hvor det billigste tilbud er tildelt 5 point, fordi det blev anset for at være det optimale tilbud på tidspunktet for tilbudsevalueringen. Vi har valgt at det tilbud der var 100 % dyrere end det billigste tilbud skulle tildeles 0 point, idet mange af priserne på de enkelte positioner varierede med over 100 %. Begrundelsen for at lægge sig fast på 100 % skyldes derfor både den store variation i priserne samt at man ikke som udgangspunkt var indstillet på at acceptere et tilbud der vil være 100 % dyre eller mere.

17) Hvilken evalueringsmodel er anvendt for de kvalitative kriterier?

Svar:

Ved evalueringen af kvalitet er der tilsvarende brugt en pointskala fra 0 til 5. Der er udregnet en gennemsnitskarakter på baggrund af kvalitetsevalueringerne. Efterfølgende har vi valgt at løfte den bedste kvalitetsvurdering op til 5, for at undgå en skævvridning i vægtene, idet der er givet maksimale point (5) for pris. Dette er gjort i tråd med udbudsportalen og KL's anbefalinger.

Dette fremgår ligeledes af vores udbudsrapport.

«

Kontraktchef Bo Thustrup Nielsen, Mediq Danmark A/S, har blandt andet forklaret, at udbudsbetingelserne forekom klageren rodede. Der kom mange spørgsmål under spørgerunden, og delkriterierne »brugbarhed« og »funktionalitet« forekom ikke klare. De 157 vareprøver fra hver af tilbudsgiverne er evalueret på 5 timer i alt. Den sammentællingsfejl, der blev rettet, bidrog til indtrykket af, at tingene ikke var gået rigtigt for sig

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 2

Klageren har gjort gældende, at indklagedes beskrivelse af, hvad der vil blive tillagt vægt ved evalueringen af underkriteriet »kvalitet«, er uklar. Det er således uklart, hvad der menes med »brugbarhed« og »funktionalitet«. Da det ikke er muligt at konkurrere på opfyldelse af mindstekrav, er det ligeledes uklart, hvordan tilbudsgivernes bemærkninger til de enkelte produktlinjer i kravspecifikationen vil blive vægtet. Det ser da også ud til, at bemærkningerne ikke er indgået i evalueringen, der alene er foretaget ud fra vareprøverne. Vurderingen af tilbuddenes kvalitet er således sket på baggrund af en vurdering af halvdelen af de tilbudte produktlinjer. Vurderingen har derfor ikke kunnet sikre, at »kvalitet« er blevet vægtet med 40 % som fastsat.

Indklagede har gjort gældende, at underkriteriet »kvalitet« er tilstrækkelig klart beskrevet. Det er indlysende, at netop »brugbarhed/funktionalitet« er det afgørende ved beskrivelsen af kvaliteten af sygeplejeartikler. Ved en gennemgang af kravene til de enkelte produkter giver det sig selv – i hvert fald for leverandørerne af de pågældende produkter – hvornår en »overopfyldelse« af kravene kan komme på tale. Fx er kravet om, at »kanter ikke må rulle« et eksempel på et krav, der ikke kan overopfyldes, mens derimod fx et krav om, at et kompressionsbandagesystem skal kunne opretholde et vedvarende kompressionstryk i »op til en uge« vil kunne »meropfyldes« og derfor indgå i evalueringen i forhold til underkriteriet »kvalitet«. Indklagede erkender imidlertid, at visse af kravene er skønsmæssige og derfor ikke har været egnede som mindstekrav. Dette gælder fx kravet til emballage, hvorefter produkterne skal være »lette at åbne«. Indklagede har derfor valgt ikke at erklære noget tilbud ukonditionsmæssigt som følge af manglende opfyldelse af sådanne krav, og kravene har heller ikke haft indflydelse på tilbudsevalueringen. Tilbudsgiverne skulle indlevere vareprøver, der var repræsentative for ca. 80 % af den estimerede omsætning. Evalueringen er foretaget på grundlag af vareprøverne og de tilknyttede kommentarer.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede har tildelt point i forbindelse med evalueringen af de tre tilbud i henhold til underkriteriet »kvalitet« ud fra en relativ model, hvor tilbud er vurderet i forhold til hinanden og ikke i forhold til, i hvilken grad de opfyldte de stillede krav til kvalitet. Den foretagne »kalibrering« støtter denne opfattelse.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har vurderet, i hvilket omfang de tilbudte produkter levede op til kravene. Indklagede har anvendt en absolut model og har ikke foretaget en vurdering af tilbuddene i forhold til hinanden. Indklagede har som beskrevet i udbudsrapporten givet den højest opnåede gennemsnitlige pointtildeling 5 point og har derefter løftet de to andre tilbud efter modellen: »opnået gennemsnitlig point divideret med det tilbud, der fik højest opnåede gennemsnitlig point ganget med 5«. Denne beskrivelse siger imidlertid intet om, hvordan selve tilbudsevalueringen er blevet foretaget, men beskriver derimod kun, hvordan det på baggrund af den foretagne tilbudsvurdering efter en absolut model er sikret, at vurderingen af prisen bliver sammenlignelig med kvalitetsvurderingen, og vægtningen af kriterierne dermed respekteres. Tilbuddet med den laveste pris får jo automatisk 5 point, selv om man godt kunne tænke sig, at det ville være muligt at tilbyde en endnu »skarpere« pris.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at at den model, indklagede har anvendt ved evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »pris« konkret har været uegnet til at differentiere tilbuddene indbyrdes, således at underkriteriet ikke har fået den forudsatte vægtning på 60 %. Som følge af den begrænsede differentiering priserne imellem har evalueringsmodellen medført, at indklagede kun har udnyttet 0,6 % af pointskalaen. Det vil kræve en prisforskel på 20 % blot at opnå et enkelt point. Den anvendte pointskala har ikke et tilstrækkeligt stort interval til at afspejle forskellene i de tilbudte priser. I praksis er priskriteriet blevet elimineret

Indklagede har gjort gældende, at den anvendte pointmodel er almindeligt anerkendt og også konkret har været egnet til at illustrere prisforskellene mellem tilbuddene og dermed identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Hvor »afskæringsprisen« skal ligge, må fastlægges fra udbud til udbud alt efter den forventede spredning i de indkomne priser. I det konkrete udbud har priserne på de enkelte produktlinjer varieret med langt mere end 100 %. Hele pointskalaen – og mere til – benyttes på produktlinjeniveau, og det er en tilfældighed, at det ikke er den samme tilbudsgiver, der for hvert produkt eller størstedelen af produkterne var den dyreste. Indklagede har derfor fastlagt afskæringsprisen ved 100 %. Prisdifferencen på de samlede tilbudssummer var på 46.167 kr., svarende til 0,56 %, og pointgivningen afspejler således den yderst begrænsede spredning i forhold til den forventede

spredning. Den begrænsede spredning i pointene er alene en konsekvens af, at de tilbudte priser ligger usædvanligt tæt.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra Abena A/S skulle have været afvist, da Abena A/S ikke har opfyldt mindstekravet i produktlinje 86-B, overflade desinfektionsserviet. Den tilbudte serviet har et ethanolindhold på 75-85 %. Mindstekravet til det tilbudte i produktlinje 86-B må imidlertid fortolkes sådan, at servietten slet ikke må indeholde alkohol, herunder ethanol. Kravet kan ikke gradbøjes. Indklagede har blot henholdt sig til Abena A/S' indledende tilkendegivelse uden at forholde sig til de oplysninger, som indklagede har modtaget under sin undersøgelse af forholdet.

Indklagede har indledningsvis gjort gældende, at Abena A/S ved fremsendelsen af sit tilbud anførte, at Abena A/S ikke havde forbehold til udbudsmaterialet. Indklagede havde ret til at lægge til grund, at det var tilfældet, idet tilbuddet ikke indeholdt oplysninger, der kunne give indklagede anledning til at betvivle, at Abena A/S ved løsning af opgaven ville leve op til de mindstekrav, der var fastsat i kravspecifikationen. Særligt vedrørende produktlinje 86-B, overfladedesinfektionsserviet, har indklagede gjort gældende, at klageren misfortolker kravet. Servietten skal »kunne anvendes på alle typer overflader«, herunder overflader, der »ikke tåler alkohol baseret desinfektion«. Indklagede bestrider ikke, at den tilbudte serviet indeholder ethanol, men som det fremgår af Abena A/S' erklæring herom, har servietten de krævede egenskaber. Indklagedes brugergruppe har ved sin test af produktet kunnet konstatere, at den tilbudte serviet kan bruges i overensstemmelse med det krævede. Særligt vedrørende produktlinje 40-A, flerlagskompressionsbandagesystem, har indklagede gjort gældende, at kravet efter tilretningen som følge af spørgsmål er ændret til et »bandagesystem på mere end 2 lag« og ikke et bandagesystem med »strækindikatorer«. Da Abena A/S har tilbudt et 4-lags bandagesystem, som desuden lever op til de generelle krav, er tilbuddet konditionsmæssigt.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at indklagedes overtrædelser fører til, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen. Navnlig har indklagede gjort gældende, at den overtrædelse, der er omhandlet ad påstand 4, ikke har haft konkret betydning.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at indklagedes kunder i form af de deltagende kommuner ikke kan afløfte deres udbudspligt ved anvendelse af indklagedes rammeaftale til indkøb af udbudspligtige sygeplejeartikler.

Indklagede har gjort gældende, at klagenævnets konstatering i overensstemmelse med påstand 7 ikke vil have nogen indflydelse på den retsstilling, som allerede er gældende, såfremt klagenævnet statuerer, at indklagede helt eller delvist som påstået har overtrådt udbudsreglerne, og tildelingsbeslutningen derfor annulleres. Påstanden skal derfor afvises.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Underkriteriet »kvalitet« dækkede over »brugbarhed og funktionalitet«, jf. også svaret på spørgsmål 24. Et sådant kriterium er som udgangspunkt tilstrækkelig klart og ikke i strid med udbudsdirektivets artikel 2 eller artikel 53.

En evaluering af tilbuddene i relation alene til de indleverede vareprøver, der efter det oplyste dækkede 80 % af forbruget, ville efter klagenævnets opfattelse heller ikke være i strid med udbudsdirektivets artikel 2.

Indklagede har imidlertid fastsat, at tilbuddene ville blive evalueret i relation til underkriteriet »kvalitet« ud fra såvel de indleverede vareprøver som tilbudsgivernes bemærkninger til de enkelte mindstekrav, jf. Kravspecifikationens bilag 4. Indklagede har således ikke klart fastsat, at evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »kvalitet« *kun* ville ske i det omfang, der skulle indleveres vareprøve, og indklagede har på den anden side ikke godtgjort, at de produkter, som der ikke skulle indleveres vareprøver af, er indgået i evalueringen i relation til underkriteriet »kvalitet« i kraft af tilbudsgivernes bemærkninger.

Det fremgår i denne sammenhæng heller ikke klart af udbudsbetingelserne, hvilke mindstekrav tilbudsgiverne ville kunne »overopfylde« og dermed konkurrere på ved de tilføjede bemærkninger.

Dertil kommer, at visse af mindstekravene også efter indklagedes egen erkendelse er skønsmæssige og ikke egnede som mindstekrav.

Indklagede har derfor handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at opstille mindstekrav, der ikke var egnede som mindstekrav, ved at undlade at angive, for hvilke produktlinjer mindstekravene kunne »overopfyldes«, og ved i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »kvalitet« ikke som fastsat at have taget hensyn til de bemærkninger, som tilbudsgiverne fremskom med.

I dette omfang tages påstandene til følge.

Ad påstand 3

De bemærkninger, som indklagede har tilføjet ved evalueringen af visse produktlinjer, kan ikke tages som udtryk for, at indklagede har evalueret tilbuddene i relation til hinanden og ikke i relation til det fastsatte kriterium »kvalitet« (»brugbarhed og funktionalitet«). Det fremgår tværtimod tydeligt af pointgivningen, at de enkelte tilbuds kvalitet er vurderet i forhold til kravspecifikationen. At indklagede i langt hovedparten af de tilfælde, hvor de tre tilbudsgivere tilbød samme produkt, har vurderet det tilbudtes opfyldelse af kravspecifikationen som værende til maksimumpoint - 5 point - er heller ikke en overtrædelse af udbudsreglerne og må i øvrigt anses for konkurrencemæssigt neutralt.

Denne del af påstanden tages derfor ikke til følge.

Efter at indklagede havde gennemført evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »kvalitet« på en skala fra 0 til 5, der er umiddelbart sammenlignelig med den, indklagede havde fastlagt for så vidt angår underkriteriet »pris«, foretog indklagede en »kalibrering« af de points, som de tre tilbudsgivere havde fået. Den tilbudsgiver, der havde fået det højeste gennemsnit, blev løftet op til 5 point, og de to andre indplaceret efter en model, der kendes ved evaluering af tilbudspriser.

Det pointtillæg, som i første omgang tilbuddet med den bedste kvalitet herved fik, er i sagens natur helt vilkårligt. Tilsvarende gælder også derefter for de øvrige to tilbud.

Metoden kan ikke begrundes eller forsvares med, at tilbuddet med den laveste pris efter den valgte evalueringsmodel i relation til underkriteriet »pris« fik 5 point, uanset at der muligvis kunne tænkes »skarpere priser«. Såfremt indklagede mente, at denne mulighed konkret gav problemer ved evalueringen af de tilbudte priser, måtte indklagede i givet fald have løst problemet ved valg af en anden evalueringsmodel i relation til underkriteriet »pris«. Den bedste kvalitet vurderes ud fra kravspecifikationen, og den evaluering i relation til underkriteriet »kvalitet«, der er foretaget, viste, at ingen af de tre tilbud fik en gennemsnitlig bedømmelse af de tilbudte mere end 300 produkter på »5«. Indklagedes fremgangsmåde er derfor egnet til at forrykke den fastsatte vægning mellem de to underkriterier.

Denne del af påstanden tages til følge.

Ad påstand 4

Indklagede har anvendt en lineær model, hvorefter tilbuddet med den laveste pris fik 5 point, og et tilbud, der var dobbelt så dyrt, ville få 0 point. Klagenævnet finder efter udbuddets karakter og oplysningerne om markedet ikke grundlag for at tilsidesætte denne model. De tilbudte priser dækkede over mere end 300 produkter, og der var overordentlig store prisudsving for de enkelte produkter. De tre tilbud afveg imidlertid samlet set kun ubetydeligt indbyrdes. De point, som tilbuddene fik tildelt i relation til underkriteriet »pris«, afveg derfor ligeledes kun meget lidt fra hinanden.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 6

På grundlag af de overtrædelser, som er konstateret ad påstand 1-3, tages påstanden til følge.

Det kan ikke føre til andet resultat, at den skete »kalibrering« af de points, som tilbuddene fik i forbindelse med evalueringen af underkriteriet »kvalitet«, muligt ikke har forrykket tilbuddenes indbyrdes placering.

Ad påstand 7

Af de grunde, som indklagede har anført, afvises påstanden.

Ad påstand 5

Klagenævnet kan afgøre en sag helt eller delvist, og klagenævnet tager ikke stilling til påstand 5.

Herefter bestemmes:Ad påstand 1 og 2

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at opstille mindstekrav, der ikke var egnede som mindstekrav, ved at undlade at angive, for hvilke produktlinjer mindstekravene kunne »overopfyldes«, og ved i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »kvalitet« ikke som fastsat at have taget hensyn til de bemærkninger, som tilbudsgiverne fremkom med.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »kvalitet« at have tildelt tilbuddene point efter en model, der er egnet til at forrykke den fastlagte vægt af underkriterierne på 60% / 40%.

Indklagedes beslutning af 8. juni 2012 om at indgå kontrakt med Abena A/S annulleres.

Indklagede, Jysk Fællesindkøb, skal i sagsomkostninger til klageren, Mediq Danmark A/S, betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 4. Klagenævnet tager ikke stilling vedrørende påstand 5.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Ida Maria Westphall
kontorfuldmægtig