

K E N D E L S E

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

mod

KomUdbud v/Kolding Kommune
(advokat Thomas Thorup Larsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 121-214923 af 23. juni 2014 udbød indklagede, KomUdbud v/Kolding Kommune (herefter KomUdbud), som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale om levering af diabetes hjælpemidler. Tildelingskriteriet var ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” med underkriterierne ”Pris”, der vægtede 60 %, ”Kvalitet”, der vægtede 25 %, og ”Service”, der vægtede 15 %.

Udbudsbetingelserne blev udsendt i juni 2014, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 27. august 2014 havde Mediq Danmark A/S og ReaMed afgivet tilbud. Den 10. september 2014 besluttede KomUdbud at indgå kontrakt med ReaMed.

Den 22. september 2014 indgav klageren, Mediq Danmark A/S (herefter Mediq), klage til Klagenævnet for Udbud over KomUdbud. Mediq 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 21. oktober 2014 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Mediq har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at KomUdbud har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at have tildelt den udbudte kontrakt til ReaMed, selv om Mediq har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at KomUdbud har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 og med artikel 53 ved i forbindelse med evalueringen af tilbud i forhold til underkriteriet ”Pris” at have anvendt en evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 3 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at KomUdbud har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 og med artikel 53 ved at foretage en tilbudsevaluering, der ikke følger den pointmodel, som ifølge KomUdbuds tildelingsbeslutning har dannet grundlag for tilbudsevalueringen.

Påstand 4 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at KomUdbud har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 og med artikel 53 ved i udbudsbetingelserne at give en uigennemsigtig beskrivelse af, hvordan vareprøver inddrages under evalueringen.

Påstand 5 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at KomUdbud har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 og med artikel 53 ved i udbudsbetingelserne at give en uigennemsigtig beskrivelse af, hvordan produktblade inddrages under evalueringen.

Påstand 6 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at KomUdbud har handlet i strid med princip-

perne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 og med artikel 53 ved ikke i udbudsbetingelserne at have foretaget en tilstrækkelig beskrivelse af underkriteriet ”Kvalitet”, herunder en tydelig angivelse af, hvad der konkurreres på, og hvordan tilbudsgiverne opnår en god vurdering under tilbudsevalueringen.

Påstand 7 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at KomUdbud har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 og med artikel 53, idet KomUdbud ved sin evaluering af de indkomne tilbud i forhold til underkriteriet ”Kvalitet” har foretaget en vurdering, som er i strid med udbudsbetingelsernes angivelse af dette kriteriums indhold.

Påstand 8 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at KomUdbud har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at foretage en beskrivelse af det udbudte sortiment, som er egnet til at skabe en uklarhed om omfanget af den udbudte ydelse.

Påstand 9 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at KomUdbud har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved at definere den ordregivende myndighed på en uigennemsigtig måde.

Påstand 10 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at KomUdbud har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved at opgøre rammeaftalens anslåede værdi på en uigennemsigtig måde.

Påstand 11 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at KomUdbud har handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, idet KomUdbuds underretning om tildelingsbeslutningen ikke er ledsaget af en fyldestgørende redegørelse for de relevante grunde for beslutningen.

Påstand 12

Klagenævnet skal annullere KomUdbuds beslutning om at indgå den udbudte rammeaftale om levering af diabetes hjælpemidler med ReaMed som følge af den konstaterede overtrædelse, jf. påstand 1.

Påstand 13 (subsidiær til påstand 12)

Klagenævnet skal annullere KomUdbuds beslutning om at indgå den udbudte rammeaftale om levering af diabetes hjælpemidler med ReaMed som følge af de konstaterede overtrædelser, jf. påstand 2 – 11.

Mediq har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelse 2014/S 121-214923 af 23. juni 2014 står der blandt andet:

”Del I: Ordregivende myndighedI.1) Navn, adresser og kontaktpunkt(er)

Kolding Kommune

...

I.4) Kontrakt indgås på andre ordregivende myndigheders vegne

Den ordregivende myndighed indkøber på andre ordregivende myndigheders vegne: ja

Aarhus Kommune

...

Esbjerg Kommune

...

Fredericia Kommune

...

Herning Kommune

...

Holstebro Kommune

...

Ikast-Brande Kommune

...

Kolding Kommune

...

Lemvig Kommune

...

Middelfart Kommune

...

Odense Kommune

...

Randers Kommune

...

Silkeborg Kommune

...

Svendborg Kommune

...

Sønderborg Kommune

...

Vejle Kommune

...

II.1.4) Oplysnings om rammeaftale

...

Anslået samlet værdi af indkøbene i hele rammeaftalens løbetid

Anslået værdi eksklusive moms: 152 000 000 DKK

...

II.2.3) Oplysninger om forlængelse

Denne kontrakt kan forlænges: ja

Antal gange, der er mulighed for forlængelse: 2

Hvis der er tale om indkøbs- eller tjenesteydelseskontrakt, der kan forlænges: anslået tidsramme for efterfølgende kontrakter:

måneder: 12 (fra tildeling af kontrakten)”

I udbudsbetingelserne af juni 2014 står der blandt andet:

”1.1 Generel beskrivelse af udbuddet

Udbuddet vedrører levering af diabetes hjælpemidler til de medlemskommuner af KomUdbud, som har forpligtet sig til at benytte den herved udbudte rammeaftale (herefter benævnt Ordregiver).

...

Nærværende udbud er skrevet ud fra en målsætning om at udbuddet dækker ca. 85 – 90 % af Ordregivers omsætning på diabetes hjælpemidler.

Der kan forekomme behov for diabetes hjælpemidler, som er udenfor sortiment men indenfor de tilbudte omfattede produktgrupper til borgere med særligt behov, hvorfor der er krav om rabat procent på denne del – kaldet ”Øvrigt sortiment”. Øvrigt sortiment forventes at udgøre maks. 10 – 15 % af omsætningen, og vil blive indkøbt under delydelsesreglen.

1.2 Deltagende kommuner

”KomUdbud” er et samarbejde mellem en række jyske og fynske kommuner. De enkelte medlemskommuner foretager EU-udbud af varer og tjenesteydelser på vegne af udbudsfællesskabets medlemmer.

Udbud udformes således, at medlemmerne af KomUdbud har følgende muligheder:

- Medlemskommunen kan deltage fra rammeaftalens start (forplig-

tende deltagelse).

- Medlemskommunen kan deltage i rammeaftalen fra en senere fastsat dato (forpligtende deltagelse).
- Medlemskommunen kan undlade at deltage i rammeaftalen.

...

Samtlige rammeaftaler, som KomUdbud indgår, vil være obligatoriske og dermed bindende for de medlemskommuner, der på forhånd er tilmeldt udbuddet. De øvrige medlemskommuner af KomUdbud kan ikke anvende denne rammeaftale.

...

1.5 Udbudsansvarlig

KomUdbud ved Kolding Kommune, er ansvarlig for processen i forbindelse med gennemførelsen af udbuddet.

Indtil underskrivelse af rammeaftalen varetages al kommunikation vedrørende udbuddet således af:

KomUdbud
Kolding Kommune
Indkøb og forsikring
Bredgade 1,
6000 Kolding

...

1.6 Udbuddets omfang

Opgaven indgås som en rammeaftale. Rammeaftale forudsættes indgået med én virksomhed for perioden 1. november 2014 – 31. oktober 2016, med mulighed for forlængelse i 2 gange op til 12 måneder.

...

Det samlede forbrug af produkter omfattet af udbuddet forventes på årsbasis at udgøre cirka 76,5 mio. danske kr. ekskl. moms. Der er alene tale om et estimat, som ikke er bindende for Ordregiver.

Det anførte forbrug inden for de enkelte produkttyper er udtryk for køb foretaget ved nuværende leverandør i foregående år 2013.

1.7 Indgåelse af rammeaftalen

...

Efter rammeaftalens indgåelse handler de i dette udbud deltagende Ordregivere med den valgte tilbudsgiver som individuelle juridiske parter i forhold til de enkelte

...

2. Udbudsbetingelser

...

2.9 Vareprøver

Vareprøver og andre produktoplysninger på de tilbudte produkter skal ved behov kunne rekvireres vederlagsfrit til brug ved tilbudsvurderin-

gen. ...

...

2.10 Aftalegrundlag

Aftale om levering af de af udbuddet omfattede produkter indgås på grundlag af nærværende udbudsmateriale med eventuelle rettelser, spørgsmål og svar, evt. vurdering af vareprøver ...

...

3 Kravspecifikation

...

Til besvarelsen skal vedlægges produktblad på dansk og tydelig illustration/billede af alle tilbudte produkter (1 eksemplar af hver).

Produktblad og illustration/billede benyttes til vurdering/tildeling i stedet for vareprøver. Produktblad og illustration/billede skal det derfor være udformet således, at det fremgår af oplysningerne, hvorvidt krav er opfyldt.

...

3.9 Tilbudsgivers service til Ordregiver

...

Det skal være muligt for Ordregiver i begrænset omfang at rekvirere vareprøver på diabetes hjælpemidler.

...

4. Rammeaftale

Rammeaftale vedr. levering af Diabetes hjælpemidler ("Rammeaftalen")

§ 1 Parterne

Nærværende rammeaftale er indgået mellem

ORDREGIVER

Nedenstående medlemmer af KomUdbud:

Aarhus Kommune (pr. 15.6.2015)

Esbjerg Kommune

Fredericia Kommune

Herning Kommune

Holstebro Kommune

Ikast-Brande Kommune

Kolding Kommune

Lemvig Kommune

Middelfart Kommune

Odense Kommune

Randers Kommune

Silkeborg Kommune

Svendborg Kommune

Sønderborg Kommune
Vejle Kommune

og

KONTRAKTHAVER

[Kontraktavers navn]

[Adresse]

[Postnr.] [By]

[CVR]

...

§ 4 Rammeaftaleperiode

Rammeaftalen er gældende fra den 1. november 2014 og er uopsigelig for begge parter indtil den 31. oktober 2016. ...

§ 5 Optioner

Ordregiver kan forlænge rammeaftalen i op til 2 gange op til 12 måneder. Forlængelse sker i givet fald på uændrede vilkår.”

I kravspecifikationen står der blandt andet:

”Diabetesprodukter – Kravspecifikation (Version 4)

Nr.	Krav	Krav type		...
...				
	Apparater			
...				
12	Der ønskes mulighed for aktivering af automatiske alarmer til påmindelse om hændelser. Angiv hvilke produkter (produktnumre), der opfylder kravet, og hvad funktionen indeholder pr. produkt (eksempelvis om der kan indsættes flere påmindelser ad gangen). Der lægges vægt på: - antal apparater, der opfylder kravet, - hvad funktionen indeholder pr. produkt	Kvalitet	Til- lingskrite- rium	
...				
14	Der ønskes mulighed for måltidsmar- kering. Angiv hvilke produkter (pro- duktnumre), der opfylder kravet. Der lægges vægt på: - antal apparater, der opfylder kravet, - hvad funktionen indeholder pr. pro- dukt	Kvalitet	Til- lingskrite- rium	
...				
	Øvrigt sortiment			
59	Leverandøren skal tilbyde relaterede produkter udenfor tilbudslisten som øv- rigt sortiment. Øvrigt sortiment er obli- gatorisk for kommunerne. Der skal på	Minimumskrav		

	øvrige sortiment tilbyde rabat på 25% på leverandørens listepris.		
--	---	--	--

”

KomUdbud anvendte følgende pointmodel til evaluering af de kvalitative underkriterier:

Point	Prosa
0	Tilbud, som opfylder kravspecifikationens mindstekrav, men som ikke indeholder elementer herudover (det netop acceptable tilbud): ”Acceptabelt”
30	Tilbud, som indeholder enkelte elementer til opfyldelse af underkriteriet (under middel): ”Nogenlunde”
50	Tilbud, som indeholder nogle elementer til opfyldelse af underkriteriet (middel): ”Tilfredsstillende”
70	Tilbud, som indeholder flere elementer til opfyldelse af underkriteriet (noget over middel): ”Meget tilfredsstillende”
90	Tilbud, som indeholder mange elementer til opfyldelse af underkriteriet (meget over middel): ”Særligt tilfredsstillende”
100	Tilbud, som tilbyder markedets bedste standard (det bedst mulige tilbud)

Ovenstående pointtal er udelukkende pejlemærker. Der kan således tildeles et hvilket som helst point mellem 0 og 100.

Af KomUdbuds spørgsmål og svar-ark fremgår vedrørende spørgsmål nr. 12:

”

Udbudsbetinger pkt. 2.9: I hvilket omfang kan vi forvente bestilling af vareprøver? Og hvor lang tid har vi til at levere dem?	Som udgangspunkt forventer Ordregiver ikke at det bliver relevant at indhente vareprøver, men hvis det bliver tilfældet, vil tilbudsgiver få 14 dage til at levere vareprøverne.
--	--

”

KomUdbud meddelte ved brev af 10. september 2014 sin beslutning om at tildele kontrakten til ReaMed. Af det vedhæftede evalueringsskema fremgår blandt andet:

Tilbudsgiver	Udvælgelseskriterier og delkriterier	Beskrivelse – tilbuddets indhold	Mediq		ReaMed	
			Point	Vægtet point	Point	Vægtet point
...						
Underkriterium og vægtning						
Pris (60 %)	KomUdbud vil evaluere tilbuddene i forhold til underkriteriet Pris på baggrund af summen af de	Samlet tilbudssum: ReaMed: 1,508509887 Mediq: 1,970079385	88,57	45,94	100	60

	vægtede stykpriser, kaldet Samlet tilbudssum. Herefter pointgivning efter den relative model.	Samlet tilbudssum er også beregnet efter Oslo-modellen, der tillægger vægt for de kvalitative kriterier til den samlede tilbudssum: ReaMed: 1,94 Mediq: 2,27				
Kvalitet (25 %)	100	17,85	100	15,357
	Mulighed for aktivering af automatisk alarmer (krav nr. 12) Der lægges vægt på: - antal apparater, der opfylder kravet, - hvad funktionen indeholder pr. produkt.	Af kravspecifikationen fremgår det, at 8 ud af 8 tilbudte apparater har mulighed for aktivering af alarm. Tekst beskriver endvidere de angivne funktioner. Opsummering: Det er samlet vurderet, at kravet opfyldes meget tilfredsstillende. Det har vægtet ned, at der mangler beskrivelse af kravopfyldelse ved enkelte produkter (dvs. funktionernes indhold), samt at enkelte modeller kun har automatiske alarmer, der ikke kan aktiveres/sættes af brugeren.	70		50	
	50		40	
	Mulighed for brug af måltidsmarkering (krav nr. 14) Der lægges vægt på: - antal apparater, der opfylder kravet - hvad funktionen indeholder pr. produkt	Af kravspecifikationen fremgår det, at 7 ud af 8 tilbudte apparater giver mulighed for måltidsmarkering. Det er samlet vurderet, at krav opfyldes tæt på meget tilfredsstillende. Det har vægtet meget ned, at der er mangler/er meget lidt beskrivelse af kravopfyldelse ved enkelte produkter, samt at en stor andel af de tilbudte produkter ikke har andre funktioner tilknyttet deres måltidsmarkering.	65		50	
Mulighed for at genopfyldning af blod på test-	Af kravspecifikationen fremgår det, at 4 ud af 12	30		40		

	<p>strimlen (krav nr. 16)</p> <p>Der lægges vægt på:</p> <ul style="list-style-type: none"> - antal teststrimler, der opfylder kravet. 	<p>tilbudte teststrimler indeholder funktionen.</p> <p>Opsummering:</p> <p>Det er samlet vurderet, at kravet opfyldes mellem nogenlunde og tilfredsstillende. Der er alene lagt vægt på antal apparater, der opfylder det stillede krav.</p>				
	100		100	
	<p>Hjemmeside, der benyttes til bestilling, skal være let og forståelig og enkel at bruge (krav nr. 40)</p> <p>Der lægges vægt på:</p> <ul style="list-style-type: none"> - hvorvidt hjemmesiden er nem at orientere sig på for en ukendt bruger, - hvorvidt det er muligt at opsætte favoritliste/foretrukne varer/se seneste indkøb eller lignende i forhold til hurtig genvej til genkøb. 	<p>Beskrivelse vedlagt. Det vurderes således:</p> <p>Opsummering:</p> <p>Det er samlet vurderet, at kravet opfyldes meget tilfredsstillende. Det vægter op, at telefonbestillinger fremgår af genbestillingsliste på hjemmeside, klar angivelse af hvilke produkter, der er på bevilling og hvad borgeren selv skal betale. Det vægter op, at der er positiv brugerundersøgelse, hvoraf det fremgår, hvordan den er foretaget. Det vægter op med de forbedringer, der foretages på synonymordbogen.</p>	90		30	
Service (15 %)	100	13,8	100	7,8
	<p>Lave ventetider ved telefonisk henvendelse (krav nr. 28)</p> <p>Der lægges vægt på:</p> <ul style="list-style-type: none"> - med hvilken frekvens leverandøren foretager målinger, - at leverandøren har som mål at nedsætte ventetid ved telefonisk henvendelse, - at leverandøren aktivt arbejder for at nedsætte ventetid ved telefonisk henvendelse, - at leverandøren har telefonsystem, hvor borgere 	<p>Beskrivelse vedlagt. Det vurderes således:</p> <p>Opsummering:</p> <p>Det er samlet vurderet, at kravet opfyldes særdeles tilfredsstillende. Call Back funktionen vægter højt. Desuden lægges der vægt på fastsatte mål, mange målinger og faste procedurer/standarder om hvad man gør, hvis ventetid stiger, samt ekstra medarbejdere fra egen virksomhed.</p>	90		0	

	gives mulighed for eksempelvis at blive ringet op når kundeservice er ledig.				
	<p>Leverandøren skal kunne håndtere perioder med større arbejdsbyrder end sædvanligt, både hvad angår oprettelse af bevillinger og modtagelse af bestillinger, og dette uden gene for borgere og kommunerne. Beskriv hvordan arbejdet vil blive tilrettelagt i disse perioder (krav nr. 29)</p> <p>Der lægges vægt på:</p> <ul style="list-style-type: none"> - at leverandøren har lavet procedurer således, at de vil kunne håndtere perioder med mange nye bevillinger, mange telefonsamtaler osv. 	<p>Beskrivelse vedlagt. Det vurderes således:</p> <p>Opsummering: Det er samlet vurderet, at kravet er opfyldt særdeles tilfredsstillende. Det vægter op, at der beskrevet konkret, hvilke tiltag der iværksættes. Således mange daglige målinger og vurderinger af bemanningen, mulighed for ekstra mandskab i samme virksomhed.</p>	90		30
	<p>Det skal være muligt for borgere at indhente informationer på leverandørens hjemmeside. Angiv hvilken slags information, der findes på leverandørens hjemmeside, og om der er betingelser for adgang hertil. (Krav nr. 32)</p> <p>Der lægges vægt på, at borgere har nem adgang til</p> <ul style="list-style-type: none"> - produktinformationer, - leveringsbetingelser, - og lignende informationer vedr. en borgers køb 	<p>Beskrivelse er vedlagt. Det vurderes således:</p> <p>Opsummering: Det er samlet vurderet, at kravet er opfyldt særdeles tilfredsstillende. Der lægges stor vægt på track & trace funktion, stort brugerområde efter login (ordnet forhold vedr. login). Ekstra service udover egne produkter.</p>	90		50
	<p>Forsendelsesindpakningen (krav nr. 52)</p> <p>Der lægges vægt på:</p> <ul style="list-style-type: none"> - brug af enkle pakkeløsninger som bevillingshaverne let kan åbne (eksempelvis en enkelt bane pakke tape som let kan åbnes med kniv), - så lidt som mulig ekstra emballage som bevillingshaveren efterfølgende skal bortskaffe, 	<p>Beskrivelse er vedlagt. Det vurderes således:</p> <p>Opsummering: Det er samlet vurderet, at kravet er opfyldt særdeles tilfredsstillende. Der lægges stor vægt på, at der ved pakning aktivt tages stilling til at tilpasse yder emballagen, idet mindre yder emballage giver mindre fyld og dermed mindsker</p>	90		30

	- at tekst og logo er let at læse og genkendeligt for bevillingshaverne.	emballage i alt. Der lægges endvidere vægt på at der bruges genbrugspap.				
Samlet antal point tildelt (vægtet)				77,6		83,16

I e-mail af 16. september 2014 fra KomUdbud til Mediq står blandt andet:

”Vedhæfter e[t] evalueringsskema og point beregning vedr. ReaMed.”

I det vedhæftede skema står blandt andet:

Kvalitet (25 %)	Hjemmeside, der benyttes til bestilling, skal være let og forståelig og enkel at bruge (krav nr. 40) Der lægges vægt på: - hvorvidt hjemmesiden er nem at orientere sig på for en ukendt bruger, - hvorvidt det er muligt at opsætte favoritliste/foretrukne varer/se seneste indkøb eller lignende i forhold til hurtig genvej til genkøb.	Beskrivelse vedlagt. Det vurderes således: Det vægter op: Trustpilot underbygger brugervenlighed. Favoritliste. Genbestillingeliste. Senest køb. Genveje. Det vægter ned: Mangler grundlæggende oplysninger om hvordan hjemmesiden benyttes. Eksempelvis: Opstart log-in uklart (skal der login til eller ej?). Manglende beskrivelse af produkter, eksempelvis om der benyttes billeder og hvordan produkter fremstår. Uklarhed om hvordan det fremgår, hvilke produkter der er på bevilling og hvilke der er til egenbetaling. Hvordan bevilling håndteres i forhold til produkter på tilbudsliste. Datagrundlag til Trustpilot undersøgelse ikke nødvendigvis validt. Opsummering: Det er samlet vurderet, at kravet opfyldes tilfredsstillende. Mangler grundlæggende oplysninger om hvor-	50	
-----------------	--	--	----	--

		dan hjemmesiden benyttes, produkt billeder, produkter på bevilling ol.		
Service (15 %)	Lave ventetider ved telefonisk henvendelse (krav nr. 28) Der lægge vægt på: - med hvilken frekvens leverandøren foretager målinger, - at leverandøren har som mål at nedsætte ventetid ved telefonisk henvendelse, - at leverandøren aktivt arbejder for at nedsætte ventetid ved telefonisk henvendelse, - at leverandøren har telefonsystem, hvor borgere gives mulighed for eksempelvis at blive ringet op når kundeservice er ledig.	Beskrivelse vedlagt tilbud. Det vurderes således: Det vægter op: Kan regulere på medarbejderantal og åbningstider. Regulerer ved implementering. Standard i forhold til oprettelse af bevillinger hurtigt. Det vægter ned: Beskriver nogle muligheder. Ingen fast plan – meget løst beskrevet. En del af beredskabet er medarbejdere fra moderselskab, problematisk i forhold til personfølsomme oplysninger. Opsummering: Det er samlet vurderet, at kravet opfyldes nogenlunde. Beskrivelse af krav er for overordnet og mangler konkrete oplysninger om tiltag. Det vurderes ikke som en acceptabel løsning, at medarbejdere fra andet selskab som standard er backup på kundeservice.	30	

I forhold til evalueringsskemaet, som KomUdbud udsendte sammen med brevet af 10. september 2014, var de point, som ReaMeds tilbud blev tildelt, således ændret i forhold til krav nr. 40 fra 30 til 50 og i forhold til krav 28 fra 0 til 30.

I e-mail af 18. september 2014 fra KomUdbud til Mediq står blandt andet:

”Tak for sidst, og jeres måde at takle situationen på.

Beklager igen mange gange, at vi har sendt et så ikke gennemsigtigt materiale ud til jer. Jeg har nu vedhæftet beregning af points i excel format. Se formler i det øverste skema.

Håber, at dette giver den nødvendige klarhed og ro i maven.”

I det vedhæftede skema står:

”Point-model Diabetes

Summeret vægtet pris pr. stk:

ReaMed: 1,508509887

Mediq: 1,970079385

Point [Pris]	60%	Kvalitet	25%	Service	15%	Samlet vurdering
100,00	60,00	58,57	14,6425	42	6,3	80,94
76,57	45,94	72,14	18,035	92	13,8	77,78

Mediq:

Kvalitet $(100+70+50+65+30+100+90)/7=72,14$

Service $(100+90+90+90+90)/5=92$

ReaMed:

Kvalitet $(100+50+40+50+40+100+30)/7=58,57$

Service $(100+0+30+50+30)/5=42$ ”

I forhold til evalueringsskemaet, som blev udsendt sammen med brevet af 10. september 2014 (tildelingsbeslutningen), havde KomUdbud navnlig ændret de point, som Mediqs tilbud opnåede i forhold til underkriteriet ”Pris” – 76,57 point i stedet for 88,57.

Mediq har foretaget bl.a. følgende beregning til illustration af, at KomUdbud har anvendt en evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf. påstand 2:

”

Under-kriterium	Tildelt vægtet point Mediq	Tildelt vægtet point ReaMed	Sum af vægtede tildelte point	Faktisk vægt	Offentliggjort vægt
Pris	45,94	60	105,95	$105,95:160,747=65,90\%$	60 %
Kvalitet	17,85	15,357	33,207	$33,207:160,747=20,66\%$	25 %
Service	13,8	7,8	21,6	$21,6:160,747=13,44\%$	15 %
I alt			160,747		

”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Mediq har gjort gældende, at Mediq på baggrund af den benyttede evalueringsmetode og de tildelte point er den tilbudsgiver, der har opnået flest point, og dermed den bedste vurdering under tilbudsevalueringen. KomUdbud er derfor forpligtet til at tildele den udbudte rammeaftale til Mediq. Det følger af KomUdbuds tildelingsbeslutning og den vedhæftede pointtildeling, at Mediq i forhold til underkriteriet ”Pris” opnåede 88,57 point, svarende til 53,142 point, idet ”Pris” vægter 60 %. KomUdbud har fejlagtigt lagt 45,94 point til grund for sin beregning. Samtidig har KomUdbud begået en række yderligere fejl ved beregningen af point. En korrekt beregning af de vægtede point fører til, at Mediq samlet set opnår 84,98 point, mens ReaMed opnår 80,94 point. Selv hvis klagenævnet når frem til, at de fejl, som KomUdbud har begået, er skrivefejl, er mængden af fejl og ikke mindst vilkårligheden i dokumentationen væsentlig og egnet til at skabe en berettiget tvivl om resultatets rigtighed.

KomUdbud har gjort gældende, at Mediq ikke afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at tilbudsevalueringen er sket i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Det er en fejl, når der i evalueringsskemaet står, at Mediqs tilbud opnåede 88,57 point i forhold til underkriteriet ”Pris”, idet det korrekte pointtal er 76,57. Dette er ikke en materiel fejl, som har haft indvirkning på evalueringen, idet 76,57 point er indgået i beregningerne. Samtidig er det en fejl, at det i evalueringsskemaet, som blev udsendt sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen, er anført, at tilbuddet fra ReaMed opnåede henholdsvis 30 og 0 point i forhold til krav nr. 40 og 28, idet tilbuddet rettelig opnåede 50 point for begge krav, hvilket modsvarer en samlet pointscore på 83,16. Mediqs beregninger vedrørende pris er ikke korrekte, idet Mediq baserer sine beregninger på den fejlagtige oplysning i evalueringsskemaet. Hvis man således tager udgangspunkt i 88,57 point og regner baglæns, vil den laveste tilbudspris blive forkert, idet $88,57/100 \times 1,970079385 = 1,7448993112945$. Den laveste tilbudssum er 1,508509887 kr.

Ad påstand 2

Mediq har gjort gældende, at KomUdbuds evaluering ikke er egnet til at sikre en vægt af kriterierne, som efterlever den vægt, som fremgår af det offentligtgjorte udbudsmateriale, og at evalueringsmodellen krænker udbuds-

direktivets artikel 2 og 53. Den anvendte pointmodel har resulteret i, at underkriteriet ”Pris” fik en faktisk vægt på 65,90 %, mens ”Kvalitet” og ”Service” fik en faktisk vægt på henholdsvis 20,66 % og 13,44 %. Pointtildelingen har ført til, at Mediqs ”efterslæb” i forhold til underkriteriet ”Pris” er tillagt for stor betydning, mens Mediqs ”forspring” i forhold til ”Kvalitet” og ”Service” ikke er tillagt den betydning under evalueringen, som fulgte af udbudsbetingelserne. Dette har haft en direkte betydning for udfaldet af udbuddet. Hvis kriteriernes faktiske vægt beregnes på baggrund af KomUdbuds korrigerede pointtildeling, afviger kriteriernes faktiske vægt endnu mere fra den offentliggjorte vægt i udbudsbetingelserne. Således ville ”Pris” få en faktisk vægt på 66,75 %, mens ”Kvalitet” og ”Service” ville få en faktisk vægt på henholdsvis 20,59 % og 12,66 %. En opløftningsmodel ville ikke have afhjulpet KomUdbuds udfordring med at sikre en faktisk vægtning, som overholdt den offentliggjorte vægtning, men det fritager ikke KomUdbud fra at sikre en indbyrdes vægtning svarende til det, der er fastsat i udbudsbetingelserne.

KomUdbud har gjort gældende, at den anvendte evalueringsmodel ikke har forrykket den offentliggjorte og fastlagte vægtning af underkriterierne, og at modellen er i overensstemmelse med både sædvanlig og anerkendt udbudsretlig praksis og udbudsdirektivets artikel 2 og 53. For at opnå den vægtning, som efter Mediqs opfattelse er den lovlige, skulle der have været givet maksimumpoint på begge kvalitative underkriterier og altså en efterfølgende kunstig ”opløftning” af pointtildelingene. Dette ville være i strid med gældende praksis, jf. klagenævnets kendelse af 29. november 2012, Mediq mod Jysk Fællesindkøb. Alternativt skulle KomUdbud, hvis der ikke opnås maksimumpoint på samtlige kvalitative elementer, heller ikke give maksimumpoint på prisen, uanset om prisen berettiger hertil, hvilket ville være en ulovlig sænkning af pointtildelingen i forhold til underkriteriet ”Pris”.

Ad påstand 3

Mediq har gjort gældende, at KomUdbud har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tildele point for opfyldelse af krav, som ikke er i overensstemmelse med KomUdbuds pointmodel, ligesom pointtildelingen ikke stemmer overens med indholdet af indklagedes begrundelse. Som dokumentation for sin tildelingsbeslutning har KomUdbud vedlagt et skema, der indeholder en sproglig begrundelse for evalueringen af tilbud i forhold til hvert underkriterium og i forhold til hvert

af de evaluerede krav i kravspecifikationen. Ud for hver sproglig begrundelse er der anført antal tildelte point, idet pointtildeling er sket på grundlag af KomUdbuds pointmodel, der ligeledes blev vedlagt tildelingsbeslutningen. KomUdbuds sproglige begrundelse og de tildelte point er usammenhængende, idet begrundelsen på flere punkter indeholder indbyrdes modstridende oplysninger. Begrundelsen fremstår derfor uigennemsigtig og vilkårlig. Den nedlagte påstand indebærer ikke en prøvelse af KomUdbuds skøn, men alene klagenævnets stillingtagen til, hvorvidt evalueringen er gennemført i overensstemmelse med den fastlagte point- og evalueringsmodel, som KomUdbud er forpligtet til at følge.

Det følger af KomUdbuds begrundelse for tildelingsbeslutningen, at Mediqs tilbud i forhold til besvarelse af kravspecifikationens krav nr. 28, 29, 32, 40 og 52 fuldt ud imødekom de stillede krav. Der blev ikke anført forhold, som har trukket ned under evalueringen. Til trods herfor opnåede Mediq alene 90 point ud af 100 mulige. Under udbuddet kom der alene to tilbud, idet der kun er to leverandører, som agerer på det danske marked for diabeteshjælpemidler. KomUdbud var på denne baggrund forpligtet til at tildele Mediq 100 point vedrørende de nævnte krav svarende til det bedst tænkelige, som markedet kan præstere.

Begrundelsen vedrørende krav nr. 16 (teststrimler) stemmer ikke overens med tildelingen af 30 point, idet KomUdbud angav, at ”kravet opfyldes mellem nogenlunde og tilfredsstillende”. Denne begrundelse skulle have resulteret i, at tilbuddet fra Mediq opnåede mere end 30 point. Hvis en vurdering mellem ”nogenlunde”, som svarer til 30 point, og ”tilfredsstillende”, som svarer til 50 point, ikke udløser et point, som er højere end 30, men mindre end 50, er KomUdbuds tilkendegivelse om, at der vil blive tildelt point mellem de offentliggjorte pointtal misvisende og evalueringen behæftet med væsentlige fejl. Den måde, hvorpå KomUdbud har begrundet sin evaluering ved dels den sproglige redegørelse, dels de tildelte point, hænger således ikke sammen med den oplyste pointmodel. Det er uklart, hvordan KomUdbuds evaluering af Mediqs tilbud ville være faldet ud, hvis KomUdbud rent faktisk havde anvendt pointmodellen korrekt.

KomUdbud har gjort gældende, at der ikke kan stilles krav om, at en forholdsmeæssig bedre leverance på et duopolt marked per automatik skal medføre en tildeling af maksimum point svarende til ”markedets bedste standard”. At den ene tilbudsgiver afgiver et tilbud med en bedre kvalitet end

det andet, medfører ikke, at dette tilbud har ”markedets bedste standard”. For det første er der for de kvalitative kriterier ikke tale om en relativ vurdering, og for det andet står det tilbudsgiverne frit at tilbyde produkter med en lavere kvalitet end deres ”topprodukter”. Påstanden indebærer endvidere, at klagenævnet prøver KomUdbuds skøn i forbindelse med evalueringen. Efter fast praksis kan skønnet alene tilsidesættes, hvis det er klart og åbenbart forkert, hvilket ikke er tilfældet i nærværende sag.

Vedrørende krav nr. 16 må udtrykket ”mellem nogenlunde og tilfredsstillende” sidestilles med en middelkarakter, hvilket kan indeholdes i en pointtildeling på 30 point. Det er anført i kravet, at ordregiveren alene vægter antallet af teststrimler, der opfyldte kravet. Tilbuddet fra Mediq opnåede 30 point, da dette svarer til, at tilbuddet opfyldte kravet for 1/3 af teststrimlerne (4 af 12). Begrundelsen er således i overensstemmelse med den anvendte pointmodel. Der er under alle omstændigheder ikke tale om en væsentlig afvigelse, som har indflydelse på tildelingsbeslutningen, hvilket understøttes af, at der mellem Mediqs og ReaMeds tilbud er knap 5,5 vægtede point. Selv markante ændringer af karaktergivningen i Mediqs favør vil ikke ændre det samlede resultat. Konkret ville en forbedring af Mediqs score fra 30 til f.eks. 40 point alene medføre et tillæg til den vægtede score på 0,35 point.

Ad påstand 4

Mediq har gjort gældende, at udbudsbetingelsernes punkt 2.9, 2.10, 3 og 3.9 vedrørende rekvirering og benyttelse af vareprøver er i strid med grundlæggende krav om gennemsigtighed, idet udbudsbetingelserne sammenholdt med besvarelsen af spørgsmål 12 indebærer, at måden, hvorpå KomUdbud har håndteret vareprøver, er egnet til at skabe usikkerhed om vareprøvers inddragelse under evalueringen. Dette skyldes, at det ikke fremgår, hvornår KomUdbud ville anmode om vareprøver, ligesom det ikke er oplyst, hvordan KomUdbud ville vurdere rekvirerede vareprøver. Endvidere fremgår det ikke, om en eventuel vurdering af vareprøver alene ville blive inddraget ved vurdering af tilbuddets konditionsmæssighed og opfyldelse af kravspecifikationens mindstekrav, eller om der ville blive foretaget en afprøvning, som ville indgå i evalueringen i forhold til underkriterierne ”Kvalitet” og ”Service”. KomUdbud burde ved besvarelsen af spørgsmål 12 have givet et klart svar på disse forhold. I hvilket omfang vareprøver indgår i evalueringen har betydning for tilbuddenes udformning. Den konstaterede overtræ-

delse har derfor haft direkte betydning for udfaldet af konkurrencen. Det kan ikke udledes af udbudsbetingelserne, at en anmodning om vareprøver i givet fald skulle tjene som verifikation i forhold til tilbudsgivernes skriftlige kravbesvarelse.

KomUdbud har gjort gældende, at det ingen steder i udbudsbetingelserne fremgår, at vurderingen vil blive baseret på indhentede vareprøver. Besvarelsen af spørgsmål 12 er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Der er oplyst syv delkriterier til underkriteriet ”Kvalitet”, og samtlige syv delkriterier har kunnet evalueres på baggrund af de angivne besvarelser støttet af vareprøver og/eller produktblade. Da der ikke var behov for at verificere tilbudsgivernes produkter ved fremsendelse af vareprøver, valgte KomUdbud at foretage sin evaluering på baggrund af de indleverede produktblade, hvilket svarer til hovedreglen i udbudsbetingelsernes punkt 3. KomUdbud har ikke været forpligtet til at inddrage vareprøver. Begge tilbudsgivere er blevet behandlet ens, og tilbuddene er blevet bedømt på samme gennemsigtige grundlag i fuld overensstemmelse med udbudsdirektivet artikel 2 og 53.

Ad påstand 5

Mediq har gjort gældende, at udbudsbetingelsernes, herunder særligt punkt 3, skaber usikkerhed om, hvorvidt og hvordan de indeholdte produktblade i tilbuddet er blevet inddraget under tilbudsevalueringen. Produktbladenes betydning kunne heller ikke udledes af tildelingsbeslutningen. Angivelsen af, at produktbladene inddrages under vurderingen/tildelingen uden samtidig angivelse af, hvordan dette ville ske, er uigennemsigtig og egnet til at skabe uklarhed. Det er således uklart, om produktblade indgik i vurderingen af tilbuddets konditionsmæssighed i forhold til opfyldelse af mindstekrav, eller om produktblade (tillige) er inddraget som et konkurrenceparameter under den kvalitative evaluering. Dette er en væsentlig overtrædelse af udbudsdirektivets artikel 2. Det fremgår ikke af udbudsbetingelserne, at produktblade ville blive benyttet til verifikation i forhold til tilbudsgivernes besvarelse.

KomUdbud har henvist til det ad påstand 4 anførte og har tilføjet, at Mediq ikke har sandsynliggjort, at den anførte fremgangsmåde ikke skulle være gennemsigtig. Det har formodningen mod sig og er på ingen måde godtgjort, at vedlæggelsen af produktblade har eller kunne have influeret på

Mediq's tilbudsafgivelse, hvor der er givet point i henhold til besvarelsenerne af de enkelte krav. Tilbuddene er også på dette punkt blevet bedømt ens og gennemsligtigt i fuld overensstemmelse med udbudsdirektivet artikel 2 og 53.

Ad påstand 6

Mediq har gjort gældende, at KomUdbuds beskrivelse af, hvordan tilbudsgivernes besvarelse af kravspecifikationen vægtes under evalueringen, ikke efterlever det grundlæggende krav om gennemsligtighed og KomUdbuds forpligtelse til at sikre en fyldestgørende beskrivelse af konkurrencegrundlaget. Det fremgår ikke af beskrivelsen af krav nr. 12 og 14, hvordan KomUdbud vægtede de tilbudte funktioner, herunder hvilke typer af funktioner, som var relevante. Konsekvensen heraf er, at tilbudsgiverne ikke vidste, hvilke funktioner der skulle tilbydes for at opnå en god vurdering, og at KomUdbud under evalueringen har tillagt forhold betydning, som ikke kan udledes af udbudsbetingelserne. En funktion kunne således først anses for relevant og brugbar, når KomUdbud så tilbuddenes indhold. Dette indebærer en grov overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsligtighed.

KomUdbud har gjort gældende, at beskrivelsen af, hvordan tilbudsgivernes besvarelse af kravspecifikationen vægtes under evalueringen, er i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 2 og 53. Det fremgår tydeligt af de fastsatte krav, at KomUdbud belønner tilbudsgiverne for at tilbyde så mange apparater som muligt, der opfylder det stillede krav, og at KomUdbud dernæst vil tillægge det positiv vægt, at disse produkter i øvrigt indeholder relevante funktioner. Mediq's tilbud opnåede henholdsvis 70 og 65 point for opfyldelsen af krav nr. 12 og 14, så det forekommer selvmodsigende, at Mediq under denne klagesag påberåber sig manglende gennemsligtighed. Efter en almindelig ordlydsfortolkning af kravene kan der ikke være tvivl om, at en tilbudsgiver bør sikre sig, at samtlige produktets funktioner er beskrevet i tilbuddet.

Ad påstand 7

Mediq har gjort gældende, at KomUdbud under sin evaluering af tilbud i forhold til underkriteriet "Kvalitet" har tillagt egenskaber i Mediq's tilbud negativ vægt, selv om det ikke fremgik af udbudsbetingelserne, at disse

egenskaber ville blive tillagt negativ vægt ved evalueringen. Endvidere indeholder begrundelsen modstridende elementer, som er egnet til at skabe uklarhed om evalueringens rigtighed. På den ene side fremgår det af begrundelsen vedrørende krav nr. 12, at ”Tekst beskriver endvidere de angivne funktioner”. På den anden side fremgår det, at ”Det har vægtet ned, at der mangler beskrivelse af kravopfyldelse ved enkelte produkter...”. Videre fremgår det af begrundelsen, at det trak ned under evalueringen, at ”enkelte modeller kun har automatiske alarmer, der ikke kan aktiveres/sættes af brugeren”, men det fremgår ikke af udbudsbetingelserne, at dette ville vægte negativt. Konsekvensen af fejlen er, at Mediq alene opnåede 70 point vedrørende krav nr. 12, selv om samtlige tilbudte produkter efterlevede kravene. Pointtildelingen var således dårligere end den evaluering, som Mediq burde have opnået ved en korrekt vurdering i henhold til udbudsbetingelserne. KomUdbuds evaluering indebærer således en krænkelse af udbudsdirektivets artikel 2 og 53.

KomUdbud har henvist til det ad påstand 6 anførte og har yderligere gjort gældende, at evalueringen af krav nr. 12 er i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 2 og 53. Påstanden indebærer en prøvelse af KomUdbuds skøn, der efter fast praksis alene kan tilsidesættes, hvis det er klart og åbenbart forkert, hvilket ikke er tilfældet i denne sag. En opfyldelse af krav nr. 12 om tilbud af otte apparater med mulighed for aktivering af alarm er ikke ensbetydende med, at Mediqs tilbud skulle være tildelt mere end 70 point. Det fremgår således tydeligt af krav nr. 12, at der ikke blot skal tilbydes produkter, der opfylder kravet, men at der også lægges vægt på, at disse produkter har yderligere funktioner. Endvidere er det i evalueringen fremhævet som begrundelse for pointtildelingen, at apparaternes funktioner har været begrænsede. Selv om Mediqs tilbud opnåede 100 point vedrørende krav nr. 12, havde det alene medført en forbedring af den samlede vurdering på 1,07 vægtede point ($30/7 \times 0,25$). Da forskellen på de to tilbud var knap 5,5 vægtede point, ville evalueringen af krav nr. 12 under alle omstændigheder ikke have selvstændig betydning.

Ad påstand 8

Mediq har gjort gældende, at KomUdbud har foretaget en uklar beskrivelse af de ydelser, der er omfattet af udbuddet. Ifølge udbudsbetingelsernes punkt 1.1 var det udbudte sortiment afgrænset til de produkter, der fremgår af tilbudslisten. Dette dækker 85-90 % af kommunernes indkøbsbehov.

Kommunernes resterende behov, der ikke kunne opfyldes af tilbudslistens produkter, ville blive indkøbt som øvrigt sortiment i medfør af delydelsesreglen. Delydelsesreglen er uanvendelig som grundlag for afløftning af udbudspligten ved indkøb af øvrigt sortiment, idet de deltagende kommuner ikke er identificeret som forpligtende aftagere af et bestemt indkøbsvolumen, og man således ikke kan kontrollere, om delydelsesreglen er overholdt. Modsat udbudsbetingelsernes punkt 1.1 beskrev mindstekrav nr. 59 ikke nærmere kravene til tilbudsgivernes øvrige sortiment. Det var uklart, hvilke produkter tilbudsgiverne skulle tilbyde, og hvilke produkter de deltagende kommuner var forpligtet til at indkøbe. Da mindstekrav nr. 59 ikke indeholdt oplysninger om det tilbudte øvrige sortiment, er udformningen af mindstekravet i sig selv med til at skabe manglende gennemsigtighed om, hvilke produkter der er omfattet af udbuddet. Da udbudsbetingelserne i øvrigt ikke indeholdt krav, som det øvrige sortiment skulle opfylde, indebærer KomUdbuds afgrænsning, at det reelt var overladt til tilbudsgiverne at bestemme, hvilke produkter udbudspligten afløftes for. Det er således ikke klart, hvilke produkter der kan indkøbes under rammeaftalen, og dermed hvilke produkter udbudspligten afløftes for ved indkøb under en rammeaftale. Dette er ikke alene et kontraktuelt problem. Der er en nær sammenhæng mellem pligten til at tilbyde øvrigt sortiment og kommunernes aftagepligt. Kontrakten udgør et væsentligt dokument i udbudsbetingelserne, hvorfor afgrænsningen af den udbudte anskaffelse tillige skal ansues i forhold til aftalegrundlaget.

KomUdbud har gjort gældende, at udbudsdirektivets artikel 2 er overholdt. Udbudsbetingelserne efterlader ikke nogen tvivl om, hvilke produkter udbudspligten afløftes for, og hvilke produkter der blev konkurreret og evalueret på. Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 1.1, at det udbudte sortiment omfatter samtlige køb inden for diabetesområdet, og at der kan forekomme produkter, som er uden for det udbudte sortiment, men inden for de omfattede produktgrupper. Disse betegnes øvrigt sortiment, som maksimalt vil udgøre 10-15 % af det samlede indkøb. Det fremgår, at udbudspligten ikke afløftes for disse produkter, men at de alene vil blive indkøbt efter delydelsesreglen. Der var intet krav om indlevering af lister over det øvrige sortiment, ligesom der ikke blev evalueret på det øvrige sortiment. Det var klart for tilbudsgiverne, hvilke produkter der ville blive evalueret, hvordan dette ville ske, og hvilke produkter udbudspligten ville blive afløftet for. Det øvrige sortiment var uden betydning for evalueringen. Kommunerne kan i et vist omfang forpligtes kontraktuelt til at købe fra det øvrige sorti-

ment, hvis der er behov herfor, og dette kan holdes inden for delydelsesreglen. Dette er ikke et udbudsretligt problem i forhold til beskrivelsen og udformningen af det tilbud, som Mediq skulle afgive og blive evalueret på baggrund af.

Ad påstand 9

Mediq har gjort gældende, at KomUdbud har overtrådt gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2. Kolding Kommune optrådte på den ene side som ordregiver, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt I.1) og I.4) og udbudsbetingelsernes punkt 1.2. På den anden side fremgår det af rammeaftalen, at samtlige 15 kommuner blev individuelle kontraktparter, ligesom tildelingsbeslutningen er skrevet på KomUdbuds brevpapir. KomUdbud har således udformet udbuddet på en måde, som er egnet til at skabe tvivl om, hvilken myndighed der reelt er ordregiver og dermed ansvarlig for kontraktens opfyldelse i forhold til den valgte leverandør.

KomUdbud har gjort gældende, at oplysningerne i udbudsbetingelserne om rette ordregiver og aftaleparter er i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 2 og 53. Udbudsbetingelsernes punkt 1.1, 1.2, 1.5 og 1.7 fremhæver på en gennemsigtig måde, hvem der er aftaleparter og ordregivere. Det er således tydeligt, at KomUdbud og Kolding Kommune varetager den indledende udbudsproces, hvorefter de enkelte kommuner som individuelle ordregivere efter kontrakttildelingen vil være kontraktparter. Hvorvidt det havde været mere korrekt, hvis ordregiveren havde afkrydset ”nej” frem for ”ja” i udbudsbekendtgørelsens punkt I.4), er i dette tilfælde uden praktisk relevans, idet fremgangsmåde og fordelingen af ansvar fremgår af udbudsbetingelserne. Udbudsbetingelsernes punkt 1.2 efterlader desuden ikke tvivl om, hvem der er omfattet af aftalen, og hvilke offentlige myndigheder der kan trække på rammeaftalen.

Ad påstand 10

Mediq har gjort gældende, at KomUdbud har angivet rammeaftalens anslåede værdi væsentlig forskelligt i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne. Ifølge udbudsbekendtgørelsen var den samlede anslåede værdi – forstået som værdien af indkøb i hele rammeaftalens løbetid inklusive den optionelle forlængelsesperiode – estimeret til 152 mio. kr. Det fremgår derimod af udbudsbetingelserne, at det forventede årlige forbrug udgjorde ca.

76,5 mio. kr. svarende til en samlet omsætning i rammeaftalens fulde løbetid på 306 mio. kr. Angivelsen i udbudsbetingelserne må formodes at være den korrekte, da denne er baseret på indkøbsstatistik fra 2013, og KomUdbud må have undladt at medregne den forventede omsætning i optionsårene i udbudsbekendtgørelsen. Fejlen kan have haft indflydelse på, hvilke leverandører (herunder udenlandske) som måtte have vist interesse i udbuddet, hvorfor den må karakteriseres som væsentlig. KomUdbud har i øvrigt erkendt overtrædelsen.

KomUdbud har gjort gældende, at der ikke har været tvivl om kontraktens samlede omfang. I udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.4) er det anslået, at rammeaftalens varighed på 2 år udgør en samlet værdi på 152 mio. kr. Denne værdi er korrekt og baseres på en årlig kontraktsum på 76,5 mio. kr. i 2013, jf. udbudsbetingelsernes punkt 1.6. Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.3), at kontrakten kan forlænges to gange, hvorfor den samlede værdi for hele kontrakten er fuldt ud oplyst. Hele den samlede værdi, inklusive forlængelsesperioden, skulle naturligvis have været anført i udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.4), men tilbudsgiverne har ved at kunne sammenholde udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen let kunne udlede den anslåede kontraktsum, inklusive forlængelser, ligesom der er tale om et offentligt udbud, hvorfor begge dokumenter forelå på samme tid. Samtidig er der tale om et duopolmarked, hvor begge aktører har valgt at afgive tilbud, og der er historisk set aldrig sket tildeling af en kontrakt om lignende ydelser til udenlandske leverandører. Den manglende angivelse har derfor ikke haft nogen betydning.

Ad påstand 11

Mediq har henvist til det under ad påstand 3 anførte og har gjort gældende, at den manglende gennemsigtighed i KomUdbuds begrundelse indebærer, at Mediq ikke har opnået en fyldestgørende og retvisende beskrivelse, som efterlever håndhævelseslovens § 2, stk. 2.

KomUdbud har gjort gældende, at den fremsendte tilbudsevaluering sammenholdt med de uddybende beregninger, som Mediq har modtaget, udgør en tilstrækkelig begrundelse i forhold til håndhævelseslovens § 2, stk. 2. Påstanden har under alle omstændigheder ingen indflydelse på tildelingsbeslutningens gyldighed.

Ad påstand 12

Mediq har gjort gældende, at konsekvensen af overtrædelsen i påstand 1 er, at KomUdbud ikke har tildelt rammeaftalen til den tilbudsgiver, der har opnået flest point under evalueringen. Da dette er en grov overtrædelse af udbudsreglerne, og da en kontraktindgåelse med Mediq forudsætter en tilbagekaldelse af tildelingsbeslutningen, er betingelserne for annullation opfyldt.

KomUdbud har henvist til det ad påstand 1 anførte og har gjort gældende, at kontrakten er tildelt den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 13

Mediq har gjort gældende, at udbudsbetingelserne, jf. påstand 2 – 11, indeholder grove og væsentlige overtrædelser af udbudsreglerne, som indebærer, at de ikke er egnede til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Overtrædelserne i påstandene udgør både enkeltvis og samlet set en kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne. Det er dokumenteret, at de konstaterede overtrædelser af udbudsreglerne har haft betydning for udfaldet af udbudsforretningen, herunder Mediqs mulighed for at få kontrakten tildelt, idet Mediq bevisligt har fået tildelt færre point og dermed opnået en dårligere evaluering, end Mediq ifølge underkriteriernes vægtning og den anvendte pointmodel var berettiget til. Det er sandsynliggjort, at udformningen af både Mediqs og den anden tilbudsgivers tilbud forventeligt ville have haft et andet indhold, hvis udbudsbetingelserne havde overholdt udbudsreglerne. Mediq har løftet bevisbyrden for, at betingelserne for annullation er opfyldt, og en overholdelse af udbudsreglerne nødvendiggør en annullation af tildelingsbeslutningen, eventuelt efterfulgt af et fornyet udbud på grundlag af tilpassede udbudsbetingelser. Ved gennemførelse af et udbud til en samlet værdi af 306 mio. kr. på vegne af 15 kommuner må der stilles skærpede krav til udbudsbetingelsernes klarhed og evalueringens rigtighed.

KomUdbud har henvist til det ad påstand 2 – 11 anførte og har gjort gældende, at der alene på to mindre og uvæsentlige punkter er tale om forhold, hvor KomUdbud kunne have ageret anderledes; således i forhold til angivelsen af tildelte point i tilbudsevalueringsskemaet og angivelsen af den

samlede kontraktværdi i udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.4). Disse forhold er bagatelagte og ubetydelige og har ikke haft indvirkning på den endelige tildelingsbeslutning. I forhold til det anførte point i tilbudsevalueringsskemaet er der med al tydelighed tale om et fejlskrift. I den videre evaluering og de efterfølgende beregninger er det korrekte tal anvendt, og det endelige resultat, hvor ReaMeds tilbud opnår knap 5,5 point flere end Mediqs tilbud, er således materialet korrekt. I forhold til den manglende angivelse af kontraktsummen i hele kontraktperioden, inklusive forlængelser, er der tale om en undskyldelig fejl, der kunne udledes ved at sammenholde udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen. Bortset fra disse to forhold er udbudsprocessen gennemført i overensstemmelse med de gældende udbudsretlige regler, herunder særligt udbudsdirektivet artikel 2 og 53. Mediqs anbringender henviser alene til udbudsdirektivets artikel 2 og 53, hvorefter KomUdbud skal overholde de udbudsretlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling. De to forhold fremhævet ovenfor udgør ikke en tilsidesættelse af principperne om gennemsigtighed og ikke-diskrimination, allerede fordi disse kunne afklares i den øvrige tilbudsevaluering eller det øvrige udbudsmateriale. Der er som anført knap 5,5 vægtede point mellem Mediqs tilbud og ReaMeds tilbud, hvorfor selv markante forbedringer af Mediqs pointscore på underkriterierne ”Kvalitet” og ”Service” ikke ville forrykke det endelige resultat. Hvis der sås tvivl om den opnåede pointscore, vil der samtidig være tale om prøvelse af ordregiverens skøn i forbindelse med evalueringen. Skønnet kan efter fast praksis alene tilsidesættes, hvis det er klart og åbenbart forkert.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 12

KomUdbud har redegjort for, at en række af de vægtede point, der fremgår af evalueringsskemaet, som blev udsendt sammen med meddelelsen af 10. september 2014 om tildelingsbeslutningen, ikke er korrekt beregnet. Samtidig har KomUdbud redegjort for, at de korrekte beregninger fremgår af skemaet af 18. september 2014. ReaMeds tilbud opnåede herefter det højeste antal point, og virksomheden afgav således det økonomiske mest fordelagtige tilbud.

Klagenævnet tager herefter ikke påstandene til følge.

Ad påstand 2

Der blev afgivet to tilbud. ReaMed tilbød en pris (samlet tilbudssum) på 1,508509887 kr., mens Mediq tilbød en pris på 1,970079385 kr. KomUdbud har ved tildelingen af point i forhold til underkriteriet ”Pris” anvendt en relativ vægtning.

Tilbuddet fra ReaMed blev tildelt 60 vægtede point, mens tilbuddet fra Mediq blev tildelt 45,94 vægtede point. De opnåede point er fremkommet ved at sammenligne tilbudspriserne. Beregningen er foretaget ved at dividere den laveste pris med den højeste pris ganget med 100. Dette giver følgende resultat: $1,508509887 / 1,970079385 \times 100 = 76,57$. 76,57 % af 60 = 45,94. Efter udbuddets karakter og oplysningerne om markedet er der ikke grundlag for at tilsidesætte evalueringsmodellen.

Den omstændighed, at underkriteriet ”Pris” ved en beregning i forhold til de fastsatte kvalitative underkriterier vægter mere end 60 %, kan ikke medføre, at evalueringsmodellen er ulovlig. Baggrunden herfor er navnlig, at pointskalaen ved vurderingen af tilbuddene i forhold til de kvalitative underkriterier ikke – som ved underkriteriet ”Pris” – udnyttes fuldt ud med tildeling af maksimumpoint. Som fastslået i klagenævnspraksis vil det ikke være lovligt at sammenligne tilbuddene ved evalueringen af disse i forhold til de kvalitative underkriterier eller at anvende en ”opløftningsmodel”, hvorved pointskalaen for de kvalitative underkriterier udnyttes på samme måde som ved underkriteriet ”Pris”.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 3

Klagenævnet kan efter fast rets- og klagenævnspraksis alene tilsidesætte det skøn, som den ordregivende myndighed har udøvet ved bedømmelsen af tilbudsgivernes opfyldelse af kvalitative kriterier, hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens evalueringsskøn, eller har handlet usagligt. Klagenævnet erstatter herved ikke ordregiverens skøn med sit eget.

Den omstændighed, at der ikke i tildelingsbeslutningen vedrørende krav nr. 28, 29, 32, 40 og 52 er anført elementer, som har trukket ned under evaluate-

ringen, indebærer ikke i sig selv, at Mediqs tilbud skulle have været tildelt 100 point svarende til ”markedets bedste standard”.

Af KomUdbuds evalueringsmodel fremgår, at et tilbud, der blev vurderet som ”Nogenlunde” ville blive tildelt 30 point, mens et tilbud, der blev vurderet som ”Tilfredsstillende”, ville blive tildelt 50 point. Samtidig fremgår, at ”Ovenstående pointtal er udelukkende pejlemærker. Der kan således tildeles et hvilket som helst point mellem 0 og 100”.

Der er således i pointskalaen en nøje sammenhæng mellem den sproglige begrundelse og den tilsvarende pointtildeling, således at begrundelsen og pointtildelingen fremstår som en helhed.

Af evalueringsskemaet, der var vedhæftet KomUdbuds meddelelse af 10. september 2014 om tildelingsbeslutningen, fremgår vedrørende krav nr. 16, at Mediqs tilbud er vurderet at være ”mellem nogenlunde og tilfredsstillende”.

En vurdering ”mellem nogenlunde og tilfredsstillende” må – henset til den nævnte nøje sammenhæng mellem den sproglige begrundelse og pointtildelingen, og da KomUdbud havde angivet, at der kunne tildeles point mellem ”pejlemærkerne” – indebære, at Mediq for krav nr. 16 skulle tildeles mellem 30 og 50 point. Tilbudsevalueringen har således på dette punkt ikke fulgt den pointmodel, som har dannet grundlag for tilbudsevalueringen.

Klagenævnet tager herefter påstanden til følge.

Ad påstand 4 og 5

Udbudsbetingelsernes punkt 2.9 fastsætter, at ”Vareprøver ... skal ved behov kunne rekvireres ... til brug for tilbudsvurderingen”, ligesom det fremgår af punkt 2.10, at ”Aftale om levering af de af udbuddet omfattede produkter indgås på grundlag af ... evt. vurdering af vareprøver”.

Udbudsbetingelsernes punkt 2.9 og 2.10 er således i overensstemmelse med svar på spørgsmål 12, hvorefter KomUdbud som udgangspunkt ikke forventer at indhente vareprøver.

Det er oplyst, at der ikke blev anvendt vareprøver i forbindelse med evaluering.

ringen, men at indleverede produktblade indgik ved evalueringen af tilbudene.

I udbudsbetingelsernes punkt 3 "Kravspecifikation" står, at "Produktblad og illustration/billede benyttes til vurdering/tildeling i stedet for vareprøver". Dette må – isoleret set – forstås således, at der ikke vil blive indhentet vareprøver til brug for vurderingen af tilbuddene, hvilket ikke fuldt ud er i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes punkt 2.9 og 2.10.

I kravspecifikationen er det ud for de enkelte krav anført, om der er tale om et "Minimumskrav", eller om det enkelte krav indgår ved bedømmelsen af tilbuddet i forhold til de fastsatte kvalitative underkriterier "Kvalitet" og "Service". Det fremgår ikke, om betegnelsen "tilbudsvurderingen" i udbudsbetingelsernes punkt 2.9 og "vurdering/tildeling" i udbudsbetingelsernes punkt 3 henviser til både "Minimumskrav" og krav vedrørende underkriterierne "Kvalitet" og "Service".

Selv om der har været en vis uklarhed for tilbudsgiverne om, hvordan eventuelle indhentede vareprøver ville indgå i vurderingen af tilbuddene, og selv om det ikke fremgår af udbudsbetingelserne, om indleverede produktblade ville indgå ved evalueringen af tilbuddenes konditionsmæssighed eller i forhold til de fastsatte underkriterier, er der ikke grundlag for at konstatere, at KomUdbud derved har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Klagenævnet tager herefter ikke påstandene til følge.

Ad påstand 6

Det fremgår af krav nr. 12 og nr. 14, at disse vedrører "mulighed for aktivering af automatiske alarmer til påmindelse om hændelser" og "mulighed for måltidsmarkering". Samtidig fremgår det, at der (ved evalueringen) lægges vægt på antallet af apparater, der opfylder kravet, og hvad funktionen indeholder pr. produkt.

Det fremgår således, hvad der skulle konkurreres på. At KomUdbud ikke herudover har beskrevet, hvad funktionen skulle indeholde pr. produkt, kan ikke føre til, at udbudsbetingelserne på dette punkt var i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og/eller 53.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 7

Der tilkommer efter fast rets- og klagenævnspraksis ordregiveren et vidt skøn ved evalueringen af de modtagne tilbud, og klagenævnet tilsidesætter alene dette skøn, hvis ordregiveren har overskredet grænserne for skønnet eller har handlet usagligt. Klagenævnet erstatter herved ikke ordregiverens skøn med sit eget.

Det fremgår af krav nr. 12 om mulighed for aktivering af automatiske alarmer, at der lægges vægt på ”antal apparater, der opfylder kravet”, og ”hvad funktionen indeholder pr. produkt”. Det forhold, at KomUdbud ikke herudover har beskrevet, hvad funktionen skulle indeholde pr. produkt, kan ikke føre til, at evalueringen var i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og/eller 53.

Det fremgår af evalueringsskemaet vedrørende tilbuddet fra Mediq i forhold til krav nr. 12, at otte ud af otte produkter havde mulighed for aktivering af alarm – og således opfyldte kravet på dette punkt. KomUdbud anfører overordnet, at ”Tekst beskriver endvidere de angivne funktioner”, og dette strider ikke mod bemærkningen om, at ”Det har vægtet ned, at der mangler beskrivelse af kravopfyldelse ved enkelte produkter”.

Det fremgår, at opfyldelse af krav nr. 12 indgår ved vurderingen af tilbuddet i forhold til underkriteriet ”Kvalitet”. Det har derfor været tydeligt for tilbudsgiverne, at der ikke blot skulle tilbydes produkter, der opfyldte kravet, men at ordregiveren ville lægge vægt på, at disse produkter havde yderligere funktioner.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 8

På baggrund af udbudsbetingelsernes pkt. 1.1 sammenholdt med kravspecifikationens krav nr. 59 og opbygningen af tilbudslisten, der indeholder beskrivelse af 53 produkter, har det været klart for tilbudsgiverne, at produkterne, som fremgår af tilbudslisten – i modsætning til ”Øvrigt sortiment” –

udgjorde den udbudte ydelse, og at ”Øvrigt sortiment” ikke ville blive inddraget i evalueringen af tilbuddene. Produkterne, der er omfattet af udbuddet, er samtidig beskrevet så detaljeret i tilbudslisten, at der ikke har været tvivl om omfanget af den udbudte ydelse.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 9

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 1.5, at KomUdbud ved Kolding Kommune er ansvarlig for processen i forbindelse med gennemførelsen af udbuddet. Indtil underskrivelse af rammeaftalen varetages al kommunikation vedrørende udbuddet af KomUdbud ved Kolding Kommune.

I udbudsbekendtgørelsens pkt. I.1) er den ordregivende myndighed defineret som ”Kolding Kommune”, mens det i udbudsbetingelsernes pkt. 1.1 er beskrevet, at udbuddet vedrører levering af diabetes hjælpemidler til ”de medlemskommuner af KomUdbud, som har forpligtet sig til at benytte den herved udbudte rammeaftale”.

I udbudsbekendtgørelsens pkt. I.4) er der svaret ”ja” til, at den ordregivende myndighed indkøber på andre ordregivende myndigheders vegne. Endelig er de 15 kommuner anført som ”Ordregiver” i udkastet til rammeaftale.

Da der ikke er overensstemmelse mellem beskrivelsen af ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, er princippet om gennemsigtighed overtrådt.

Klagenævnet tager herefter påstanden til følge.

Ad påstand 10

Af udbudsudbudsbekendtgørelsens punkt II.1.4) fremgår, at den anslåede samlede værdi af indkøbene i hele rammeaftalens løbetid er 152 mio. kr. ekskl. moms.

Af udbudsbetingelsernes punkt 1.6 fremgår, at rammeaftalen indgås for en periode på to år med mulighed for forlængelse i to gange 12 måneder. Samtidig fremgår det, at ”Det samlede forbrug af produkter omfattet af udbud-

det forventes på årsbasis at udgøre cirka 76,5 mio. danske kr. ekskl. moms”.

Da der ikke er overensstemmelse mellem rammeaftalens anslåede værdi i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, er princippet om gennemsigtighed overtrådt.

Klagenævnet tager herefter påstanden til følge.

Ad påstand 11

Mediq har til støtte for denne påstand henvist til sine bemærkninger vedrørende påstand 3.

Påstand 3 vedrører KomUdbuds bagvedliggende evaluering og ikke, om underretningen om tildelingsbeslutningen var ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen, jf. håndhævelseslovens § 2, stk. 2.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 13

Efter karakteren af de konstaterede overtrædelser ad påstand 3, 9 og 10, er der ikke grundlag for at annullere KomUdbuds beslutning om at tildele rammeaftalen om levering af diabetes hjælpemidler til ReaMed.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Sagsomkostninger

Da Mediq alene har fået medhold i tre påstande, som ikke har ført til annullation af KomUdbuds tildelingsbeslutning, skal Mediq betale sagsomkostninger til KomUdbud, jf. bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 9, stk. 4.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 3

KomUdbud har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gen-

nemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 og med artikel 53 ved at foretage en tilbudsevaluering, der ikke følger den pointmodel, som ifølge KomUdbuds tildelingsbeslutning har dannet grundlag for tilbudsevalueringen.

Ad påstand 9

KomUdbud har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved at definere den ordregivende myndighed på en uigennemsigtig måde.

Ad påstand 10

KomUdbud har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved at opgøre rammeaftalens anslåede værdi på en uigennemsigtig måde.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1-2, 4-8 og 11-13.

Mediq Danmark A/S skal i sagsomkostninger til KomUdbud v/Kolding Kommune betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig