

Udbuddet er efterfølgende annulleret af kommunen og klagen herefter tilbagekaldt. Kendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Mobilex A/S
(selv)

mod

Aalborg Kommune
(selv)

Klagenævnet har den 15. december 2017 modtaget en klage fra Mobilex A/S.

Mobilex A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Aalborg Kommune har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 7, svarskrift med bilag A – D, indlæg fra den vindende tilbudsgiver OneMed A/S samt Mobilex A/S' supplerende processkrift.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder påstandene gengivet i det følgende. Klagen må forstås sådan, at Mobilex A/S nedlægger påstand om blandt andet, at tildelingsbeslutningen annulleres.

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Aalborg Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med spørgerunden at fastsætte en væsentlig skærpelse af udbudsbetingelserne ved at ændre væsentlige forhold.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Aalborg Kommune ved at ændre kravene til maksimal håndtagshøjde til præcis 100 cm har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, da Aalborg Kommune giver urimelige fordele til det produkt, kommunen i forvejen indkøber.

Påstand 3

Klagenævnet skal suspendere Aalborg Kommunes udbudsprocedure.

Påstand 4

Klagen skal tillægges opsættende virkning, jf. udbudslovens §12.

Andre oplysninger i sagen:

Klagen angår Aalborg Kommunes offentlige udbud af en rammeaftale vedrørende indkøb af ”rollator, sammenkappelig” offentliggjort ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 210-437145 af 30. oktober 2017.

I udbudsbekendtgørelsen er endvidere anført, at rollatoren bevilges som hjælpemiddel i henhold til servicelovens § 112, stk. 3 og 4.

Rammeaftalens varighed var fastsat til 24 måneder med mulighed for forlængelse af kontrakten 2 gange 12 måneder.

Fristen for afgivelse af tilbud var fastsat til den 4. december 2017. I udbudsbetingelserne var endvidere fastsat frist for eventuelle spørgsmål fra tilbudsgiverne til den 22. november 2017.

Tildelingskriteriet var fastsat til ”The most economically advantageous tender” med underkriterierne ”Pris” (40 %) og ”Kvalitet” (60 %).

I kravspecifikationen var oprindelig som mindstekrav i punkt 7.1 fastsat, at ”Håndtagene skal være højdeindstillelig uden brug af værktøj i området 77 - 100 cm over gulv”.

Tilbudsgiverne skulle indlevere en vareprøve på den tilbudte rollator, og i udbudsbetingelsernes punkt 8.1 var herom fastsat bl.a.:

”Vareprøven skal være identisk med det tilbudte produkt i alle forhold.

...

Vareprøven leveres samlet og klar til afprøvning/evaluering af Tilbudsgiver, således Ordregiver kan gennemføre afprøvningen jf. det i pkt. 7 beskrevne.”

I det nævnte punkt 7 var bl.a. fastsat, at evalueringen efter underkriteriet ”Kvalitet” skulle foretages af kommunens brugergruppe på baggrund af vareprøver og tilbehør.

Kommunen modtog følgende spørgsmål vedrørende kravspecifikationens punkt 7.1:

”[Spørgsmål] 3

...

Jf. kravspecifikation bilag A punkt 7 skal håndtag være højdeindstillelig i området 77-100 cm over gulv. Vil ordregiver acceptere +/- 1 cm afvigelse på disse mål? Alternativ tillade, at to rollatorer dækker dette interval?

...

[Spørgsmål] 6

...

Idet tilbudsgiver har to forskellige rollatormodeller, der matcher de opstillede mindstekrav, ønsker vi at lade det være op til udbyder, ud fra kvalitetsvurderingen, at beslutte hvilket produkt der bedst møder udbyders ønsker. Kan udbyder således acceptere, at tilbudsgiver byder med to sidestillede tilbud på nærværende aftale?

...

[Spørgsmål] 10

...

”Håndtagene skal være højdeindstillelig uden brug af værktøj i området 77 – 100 cm over gulv.”

Spørgsmål: Vil udbyder, for at øge antallet af mulige tilbudsgivere og dermed konkurrencen tilbudsgiverne imellem, acceptere en max højde på 97 cm?

...

[Spørgsmål] 14

...

Vi beder ordregiver bekræfte at vi kan byde ind med en rollator, som er højdeindstillelig og hvor håndtag kan reguleres uden brug af værktøj i højden 78-100, så den ligger indenfor "området". Jf. nedenstående krav. Vi gør venligst opmærksom på, at der ikke står min og max, men området.

Såfremt ordregiver tolker anderledes end os og ikke accepterer dette, vil man da acceptere en afvigelse på +/- 1cm i forhold til dette krav, så man ikke på forhånd udelukker et af de største brands indenfor området.

..."

Aalborg Kommune besvarede spørgsmålene således:

"Ordregiver har præciseret sit krav til følgende:

Håndtagene skal være højdeindstillelig uden brug af værktøj i området min. 77 cm. +/- 3 cm. Og max. 100 cm. +/- 0 over gulv.

Tilrettet kravspecifikation er lagt på hjemmesiden.

Ordregiver tillader ikke, at der tilbydes to modeller." (Aalborg Kommunes fremhævelse).

De stillede spørgsmål og svar mv. blev den 14. november 2017 offentliggjort på kommunens hjemmeside. Der fremkom ikke herefter flere spørgsmål fra tilbudsgiverne.

Den vareprøve, der blev indleveret sammen med tilbuddet fra Mobilex A/S, blev bl.a. leveret usamlet, ligesom mindstekravet i punkt 7.1 til højdeindstillingen ubestridt ikke var opfyldt.

Parternes anbringender:

Ad "fumus boni juris"

Mobilex A/S har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 2, gjort gældende, at denne betingelse er opfyldt, og at klagen derfor skal tillægges opsættende virkning.

Aalborg Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 2, gjort gældende, at betingelsen ikke er opfyldt, og at klagen derfor ikke skal tillægges opsættende virkning.

Særligt vedrørende påstand 1 har Mobilex A/S gjort gældende, at ændringen af udbudsbetingelsernes punkt 7.1 udgør en væsentlig skærpelse af dette mindstekrav og dermed en væsentlig ændring, der er i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling.

Mobilex A/S har nærmere anført, at virksomheden besluttede at afgive tilbud ud fra den oprindelige formulering i udbudsbetingelsernes punkt 7.1 om, at ”Håndtagene skal være højdeindstillelig uden brug af værktøj i området 77 – 100 cm. over gulv.” Denne formulering anvendes ofte i udbud og indikerer normalt et krav om, at det tilbudte produkt som minimum kan indstilles i dette område. Den tilbudte rollator overholder dette krav, da håndtagene uden brug af værktøjer kan indstilles i intervallet 74 – 102 cm. Rollatoren er testet efter gældende normer og godkendt til dette interval. Den ændrede formulering i punkt 7.1 må forstås sådan, at håndtagene efter ændringen skal have en mindste højde i intervallet 74-80 cm og en maksimal indstilling på præcis 100 cm. Dette medfører således en væsentlig skærpelse af de oprindelige udbudsbetingelser og betyder, at virksomhedens rollator ikke længere opfylder udbudsbetingelserne. Det må anses for en fordel, at et produkt både opfylder almindelige krav og har en række indstillingsmuligheder og dermed er fleksibelt. Ved at ændre mindstekravet i punkt 7.1 som sket har kommunen uden faglig begrundelse og uden støtte i testnormer fra anerkendte testinstitutter begrænset konkurrencen og samtidig tilgodeset visse leverandører.

Aalborg Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forbindelse med spørgsmål og svar fasen, og at ændringen i kravspecifikation pkt. 7.1 ikke udgør en ændring af et grundlæggende element.

Kommunen har nærmere anført, at ændringen alene er en præcisering af mindstekravet, som indebærer, at det har samme formulering som det tilsvarende krav under kommunens seneste udbud af indkøb af rollatorer i 2012. Kommunen har netop tilgodeset principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at ændre kravet inden for 6 dages fristen, jf. udbudslovens § 133, og ved at offentliggøre svaret på sin hjemmeside.

Kommunen har endvidere gjort gældende, at Mobilex A/S har udvist passivitet, accept af risiko og en væsentlig grad af egen skyld ved ikke at holde sig opdateret på Aalborg Kommunes hjemmeside om ændringerne i spørgsmål og svar fasen.

Kommunen har nærmere anført, at hvis virksomheden havde begrundet tvivl om, at kommunen ikke overholdt ligebehandlingsprincippet med hensyn til et konkret mindstekrav, skulle den have benyttet spørgsmål og svar fasen til at klarlægge dette, så der kunne blive en dialog omkring forholdet. En ordregiver har altid pligt til at overholde udbudsreglerne. Men omvendt må en tilbudsgiver også agere professionelt således, at hvis en tilbudsgiver ved, at et fagligt skøn, som ordregiveren har udøvet i god tro, er usagligt, skal tilbudsgiveren give ordregiveren besked om dette i udbudsprocessen, før afgivelse af tilbud.

Særligt vedrørende påstand 2 har Mobilex A/S gjort gældende, at Aalborg Kommune ved at ændre kravene til en maksimal håndtagshøjde på præcis 100 cm har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, da kommunen herved at givet urimelige fordele til det produkt, som kommunen hidtil har indkøbt.

Mobilex A/S har nærmere anført, at kravet om en maksimal højde på 100 cm er for specifikt og uden faglig begrundelse. Den rollator, virksomheden har tilbudt, er testet i henhold til gældende normer med hensyn til sideværts stabilitet, og det er rollatorens samlede konstruktion, der afgør dens stabilitet. Man kan således udmærket have én rollator, der kun må indstilles til 100 cm, og en anden, der må indstilles til 102 cm. Virksomheden har ikke tidligere set udbud, hvor det er en ulempe, at højdeindstillingsmulighederne er større end udbudskravene. Dette vil derimod normalt blive betragtet som en fordel. Det er i den forbindelse relevant, at en rollator med en mindste (mulig) håndtagshøjde på fx 72 cm heller ikke vil kunne opfylde Aalborg Kommunes nye betingelser, da den således vil kunne indstilles for lavt. Som eksempel kan i den forbindelse nævnes kravene fastsat under et andet udbud (Horsens Kommunes udbud, jf. udbudsbekendtgørelse 2017/S 091-179696), hvor kravene til håndtagsindstilling er formuleret således: ”Rollatorens håndtagshøjde skal som min. kunne indstilles i intervallet fra 79 cm. til 93 cm. Dvs. håndtagshøjden gerne må indstilles både lavere og højere.” Den rollator, som Aalborg Kommune har valgt i udbuddet, er af typen To-

pro Troja. Kommunen har indkøbt denne type rollator i en årrække, og denne rollator har lige netop en maksimal indstillingshøjde på præcis 100 cm.

Aalborg Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke ved at ændre kravene til en maksimal håndtagshøjde på præcis 100 cm har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, og at kommunen således ikke har givet urimelige fordele til det produkt, som kommunen hidtil har indkøbt.

Kommunen har nærmere anført, at den øvre grænse på indstillingshøjden er fastsat i forhold til en fastsat maksimal bredde på 62 cm, jf. kravspecifikationen punkt 4.1. Den maksimale bredde er fastsat ud fra, at kommunens døre på mange områder ikke er bredere, og det er en absolut nødvendighed at kunne komme igennem alle døre med rollatoren. Når der er fastsat en maksimal bredde på 62 cm, er der efter kommunens faglige skøn også nødt til at være en øvre grænse på, hvor høj rollatoren maksimalt må være for ikke at blive ustabil med øget risiko for at tippe. Kommunen har ud fra en faglig vurdering skønnet, at rollatoren bliver ustabil med en højde over 100 cm, når rollatoren er så smal (62 cm). Kommunen har herved foretaget et skøn ud fra kommunens konkrete behov, herunder for at have en rollator med maksimal bredde på 62 cm, der ikke bliver for ustabil på grund af højde.

Kommunen har endvidere anført, at der ved kommunens seneste tilsvarende udbud i 2012 var fastsat nøjagtigt samme krav til højdeindstillingen som i det ændrede punkt 7.1. En ordregiver har en betydelig grad af frihed til at fastlægge kravene til anskaffelsens egenskaber og kvalitet, og kommunen har i dette tilfælde været påpasselig og sikret sig, at kravet ikke betyder, at kun én økonomisk aktør kan byde ind. Til trods for den konkurrencebegrænsende virkning er kravet sagligt begrundet efter kommunens faglige skøn. Kommunen har været i god tro omkring skønnet, idet der ikke er indkommet spørgsmål til forholdet i udbudsprocessen, og idet der var fastsat nøjagtigt samme krav ved det nævnte tidligere udbud.

Det fastsatte krav giver ikke urimelige fordele til det produkt, kommunen i forvejen indkøber, da som minimum 2-3 virksomheder kan tilbyde produktet, således at der er konkurrence. Kommunen har ikke ønsket at begrænse konkurrencen usagligt, hvilket understøttes af, at kommunen valgte ikke at udelukke Mobilex A/S grundet manglende opfyldelse af mindstekravene til vareprøven.

Mobilex A/S har ikke særskilt anført anbringender vedrørende spørgsmålet om annullation, jf. påstand 3.

Aalborg Kommune har vedrørende påstand 3 anført, at klagenævnet ikke skal annullere udbudsproceduren, idet der ikke blev stillet spørgsmål af potentielle tilbudsgivere, herunder Mobilex A/S, efter præciseringen af mindstekravet, der blev offentliggjort den 14. november 2017, og idet Mobilex A/S har udvist passivitet, accept af risiko og en høj grad af egen skyld ved ikke i spørgsmål og svar fasen at stille spørgsmål til det præciserede mindstekrav. Kommunen har endvidere henvist til, at den under sit seneste udbud fastsatte samme mindstekrav som i det præciserede punkt 7.1. Kommunen var også på denne baggrund i ”god tro” om sit faglige skøn i resten af udbudsprocessen.

På denne baggrund skal udbudsproceduren, som er oplyst og evalueret på et fuldt tilstrækkeligt og sagligt grundlag, ikke annulleres. Kommunen har i øvrigt henvist til, at Mobilex A/S’ tilbudssum var 42.972 kr. (4,2 %) højere en vinderens tilbudssum.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Ingen af parterne har særskilt gjort anbringender gældende herom.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet:

I de specielle bemærkninger til lovforslaget bag bestemmelsen i § 2 i udbudsloven (Lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015) om pligten til at overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet hedder det bl.a.:

"Ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet udgør ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

...

Mindstekrav er centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have. Som følge heraf vil ændring af mindstekrav som klart udgangspunkt kunne karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure.

Ligebehandlingsprincippet udelukker derimod ikke ændringer af mindstekrav, hvis ændringen ikke vil kunne påvirke potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure og ikke fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

..."

Ændring af et fysisk/funktionelt mindstekrav som det omhandlede indebærer således som klart udgangspunkt ændring af et grundlæggende element i udbudsmaterialet, således at ændringen alene kan foretages i forbindelse med et fornyet udbud.

Det påhviler Aalborg Kommune at løfte bevisbyrden for, at ændringen af mindstekravet i punkt 7.1 ikke har været egnet til at påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet og ikke har fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgivere, således at der – uanset det klare udgangspunkt – ikke er tale om ændring af et grundlæggende element i strid med udbudslovens § 2 og principperne heri og i udbudsdirektivet om ligebehandling og gennemsigtighed.

Det er klagenævnets vurdering, at denne bevisbyrde ikke er løftet. Det må derimod – også henset til hvad parterne har anført for klagenævnet – lægges til grund, at ændringen var egnet til at påvirke virksomheders deltagelse i udbuddet og har virket konkurrencebegrænsende.

Betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*) er på denne baggrund opfyldt.

Klagenævnet finder efter det foreliggende ikke grundlag for at antage, at Aalborg Kommune har begået sådanne fejl, at der kan slækkes eller ses bort fra de øvrige betingelser for at tillægge klagen opsættende virkning.

Det er klagenævnets vurdering, at betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) ikke er opfyldt. Mobilex A/S har således efter det foreliggende, herunder det oplyste om virksomhedens tilbud, ikke sandsynliggjort, at opsættende virkning er nødvendig for at afværge et alvorligt tab for virksomheden.

Betingelse nr. 2 er således ikke opfyldt, og klagen tillægges derfor ikke opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig