

K E N D E L S E

TagVision A/S
(Advokatfirmaet Bender, von Haller, Dragsted
ved cand. merc. jur. Peter Dann Jørgensen, København)

mod

Egedal Kommune
(advokat Andreas Christensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 15. februar 2008 udbød Egedal Kommune som offentlig udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en kontrakt om vareindkøb af selvbetjeningsudstyr til biblioteker.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 4. april 2008 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. CB Svendsen A/S
2. P.V. Supa Oy Ltd.
3. TagVision A/S
4. Axiell A/S.

Tilbuddene fra CB Svendsen A/S og P.V. Supa Oy Ltd. opfyldte ikke udbudsbetingelserne, og Egedal Kommune besluttede ikke at tage dem i betragtning. Den 10. april 2008 besluttede kommunen at indgå kontrakt med Axiell A/S, hvilket blev meddelt ved brev samme dag.

Den 16. april 2008 indgav klageren, TagVision A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Egedal Kommune. Ved klagens indgivelse anmodede klageren om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet

for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 28. april 2008 meddelte indklagede, at kommunen havde besluttet at annullere udbuddet med den begrundelse, at der var væsentlige fejl i gennemførelsen af udbuddet. Den 5. maj 2008 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 12. august 2008.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at annullere udbudsforretningen med følgende begrundelser:

- a. at den evalueringsmodel, der er fastsat i udbudsbetingelserne, ikke er blevet fulgt, idet tildelingen af point vedrørende underkriteriet »Økonomi« er sket skønsmæssigt, hvilket er i strid med Udbudsdirektivet,
 - b. at der i udbudsbetingelserne var fastsat 7 delkriterier til underkriteriet »Kvalitet«, mens følgende yderligere 5 delkriterier ikke var anført i udbudsbetingelserne: 1) brugergrænsefladen i selvbetjeningsautomaterne, 2) at systemet først melder materialet hjemme, når dette fjernes fra afleveringskassen, 3) yderligere funktionalitet forbundet med integrationen til DDE, 4) yderligere funktionalitet forbundet med systemets statistiske muligheder og 5) selvbetjeningsautomaternes æstetiske udtryk,
- uanset ingen af disse begrundelser udgjorde en saglig begrundelse for at annullere udbuddet.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 28. april 2008 om at annullere udbuddet.

Klageren har oplyst senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 og 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

I udbudsbetingelserne, der blev udsendt i februar 2008, fremgår bl.a. følgende:

»1. Generelle udbudsbetingelser

...

1.3 Udbudsbetingelser

...

Annulation

Ordregiver kan annullere udbuddet. En saglig grund til annulation kan være manglende bevillingsmæssig dækning til realisering af de indkomne bud.

...

1.5 Tildeling af kontrakt

Tildelingskriteriet er 'det økonomisk mest fordelagtige tilbud' med følgende prioriterede og vægtede delkriterier:

1. Økonomi	50 %
2. Kvalitet	40 %
3. Service	10 %

Vurderingsparametre

Under delkriteriet 'Økonomi' vurderes:

- Prisen for den samlede anskaffelse (80 %)
- Prisen for serviceaftalen (20 %)

Tallene i parentes angiver de to vurderingsparametres relative vægt.

Under delkriteriet 'Kvalitet' vurderes:

- Selvbetjeningsautomaternes og personalearbejdspladsernes brugervenlighed samt funktionalitet
- Selvbetjeningsautomaternes ergonomiske forhold for lånerne
- Selvbetjeningsautomaternes og personalearbejdspladsernes ergonomiske forhold for personalet, f.eks. ved papirskift
- Selvbetjeningsautomaternes støjniveau og strømforbrug
- Strømforbruget for sikkerhedsgates
- De tilbudte chips funktionalitet forstået som rækkevidde, klæbeevne, følsomhed over for ydre påvirkninger

Under delkriteriet 'Service' vurderes:

- Den tilbudte serviceaftale

...

Pointsystem og karaktergivning

Ved vurderingen af de indkomne tilbud anvender ordregiver en karakterskala fra 0 til 10, hvor 10 er bedst.

Under hvert delkriterium foretager ordregiver en samlet vurdering af tilbuddets funktionaliteter set i forhold til de opstillede vurderingsparametre. Herefter tildeles tilbuddet en karakter for hvert af de opstillede delkriterier, herunder for hvert af de anførte vurderingsparametre.

Tilbuddets pointsum beregnes som den opnåede karakter gange med delkriteriets procentuelle vægt.

Eksempel – Tilbud A opnår karakteren 8 for delkriteriet 'Økonomi'. Pointsummen bliver således $8 \times 0,50 = 4$. Det tilbud der opnår den højeste pointsum vil blive kontrakten.

...«

Ved brev af 10. april 2008 til klageren meddelte indklagede, at kommunen havde til hensigt at indgå kontrakt med Axiell A/S. Følgende fremgik videre:

»I henhold til Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, litra 3 har kommunen nedenfor opstillet et skema, der viser vurderingen af Deres tilbud sammenholdt med vurderingen af tilbuddet fra Axiell A/S.

Ud for hvert delkriterium er anført den opnåede karakter. I nederste række er anført det opnåede pointtal. Pointtallet opstår som summen af karakteren gange med delkriteriets vægt, jf. udbudsmaterialets punkt 1.5

Delkriterium	Axiell A/S	TagVision A/S
Pris	8	10
Kvalitet	9	7
Service	8	5
Point i alt	8,4	8,1

Tilbudsvurderingen er foretaget af et bedømmelsesudvalg bestående af bibliotekschefen samt tre bibliotekarere.

For så vidt angår delkriteriet »Pris« er Deres tilbud tildelt karakteren 10, da De har tilbudt den billigste pris. Karaktergivning for Axiell A/S er sket mekanisk som en forholdsmæssig reduktion svarende til dette tilbuds procentuelle afvigelse fra Deres tilbud.

For så vidt angår delkriteriet »Service« er Deres tilbud tildelt karakteren 5 ud fra en samlet vurdering af den tilbudte service set i forhold til kommunens forventning til løbende service.

For så vidt angår delkriteriet »Kvalitet« er tilbuddene vurderet i forhold til de syv anførte vurderingsparametre, jf. udbudsmaterialets punkt 1,5.

Deres tilbud er tildelt karakteren 7, da Deres opfyldelse af kommunens samlede krav og ønsker til kvalitet er opfyldt over middel.

Tilbuddet fra Axiell A/S er tildelt karakteren 9, da dette tilbuds opfyldelse af kommunens samlede krav og ønsker til kvalitet ligger væsentligt over middel. Ved bedømmelsen af tilbuddet fra Axiell A/S har kommunen lagt vægt på følgende forhold i prioriteret rækkefølge:

- Den tilbudte brugergrænseflade i selvbetjeningsautomaterne
- Systemet melder først materialet for hjemme, når dette fjernes fra afleveringskassen
- Yderligere funktionalitet forbundet med integrationen til DDE
- Yderligere funktionalitet forbundet med systemets statistiske muligheder
- Selvbetjeningsautomaternes æstetiske udtryk

På de fire første parametre indeholder tilbuddet fra Axiell A/S således en kvalitet, der ligger udover indholdet i de opstillede krav.«

Klageren rettede ved telefax af 14. april 2008 henvendelse til indklagede og anførte, at indklagede havde begået fejl ved pointberegningen. Klagen anmodede endvidere indklagede om at fremlægge Axiell A/S' pris, idet klageren ikke fandt det sandsynligt, at Axiell A/S' pris var præcis 20 % højere end klagerens. Der kunne således foreligge en afrundingsfejl i beregningen, som ville stille klagerens tilbud lige med Axiell A/S' tilbud. Endelig kritiserede klageren, at indklagede bl.a. ikke havde stillet klageren spørgsmål vedrørende de 5 delkriterier, som indklagede ifølge brevet af 10. april 2008 havde tillagt særlig betydning ved vurderingen af tilbuddene i relation til underkriteriet »Kvalitet«. Klageren anførte desuden, at de 5 delkriterier ikke fremgik af udbudsbetingelserne og derfor ikke kunne indgå ved vurderingen af tilbuddene.

Indklagede erkendte ved telefax af samme dag, at der var fejl i pointberegningen, således at klagerens samlede pointtal rettelig var 8,3 mod Axiell A/S' 8,4. Indklagede afviste imidlertid dels at oplyse Axiell A/S' pris, dels at der var begået fejl ved vurdering af tilbuddene i forhold til underkriteriet »Kvalitet«.

Klageren fastholdt i en telefax af 15. april 2008 til indklagede sine indsigelser mod indklagedes vurdering af tilbuddene. Den 16. april 2008 indgav klageren som anført klage til Klagenævnet for Udbud. Indklagede modtog en kopi af klageskriftet.

Ved brev af 28. april 2008 annullerede indklagede udbuddet og anførte følgende begrundelse for annulationen:

»For det første strider den valgte evalueringsmodel mod Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. februar 2007, Dansk Høreteknik mod Københavns Kommune, idet Egedal Kommune har foretaget en skønsmæssig tildeling af point under delkriteriet »Pris«.

For det andet er enkelte vurderingsparametre med afgørende betydning for tilbudsvurderingen, under delkriteriet »Kvalitet«, ved en fejl ikke oplyst i udbudsmaterialet.

Bekendtgørelse af aflysning vil blive afsendt til EU' publikationskontor d.d. Det kan oplyses, at aflysning sker med henblik på nyt udbud.«

Indklagede iværksatte den 17. oktober 2007 et EU-udbud vedrørende det vareindkøb, som det aktuelle udbud vedrører. Under dette udbud blev der afgivet tilbud fra de samme 4 tilbudsgivere, som har afgivet tilbud under det aktuelle udbud. Da kun tilbuddet fra Axiell A/S opfyldte udbudsbetingelserne, besluttede indklagede den 7. december 2007 at annullere dette udbud, idet der ikke var tilstrækkelig konkurrence. Det aktuelle udbud blev herefter iværksat.

Efter annulationen af det aktuelle udbud har indklagede – da værdien af kontrakten ligger under Udbudsdirektivets tærskelværdi vedrørende indkøb af varer – besluttet at indgå kontrakt om det pågældende indkøb uden gennemførelse af EU-udbud. Indklagede har derfor alene foretaget annoncering med henblik på indhentelse af tilbud i overensstemmelse med Tilbudslovens kapitel 6 a. Efter annonceringen, der blev foretaget den 15. maj 2008,

modtog indklagede 2 tilbud - dels fra klageren, dels fra Axiell A/S. Den 1. juli 2008 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Axiell A/S.

Indkøbschef Peter Elman Hansen, Egedal Kommune, har forklaret, at kommunen annullerede det første udbud, fordi der manglede konkurrence. Der blev indleveret 4 tilbud, hvoraf kun et var konditionsmæssigt. Det er ham som indkøbschef, der overordnet har ansvaret for at kvalitetssikre kravspecifikationerne til de udbudte varer, men ellers er det den enkelte specialafdeling inden for kommunen, som nærmere definerer, hvad produktet skal kunne. Det var bedømmelsesudvalget, der består af fagpersonale, som gav klagerens og Axiell A/S' tilbud point, og udvalget oplyste ham om, hvad der var lagt vægt på. Ved en fejl fik han ikke sikret, at de 5 delkriterier, som udvalget havde tillagt særlig vægt ved vurderingen af tilbuddene, også indgik i udbudsbetingelserne. Ved klagerens første henvendelse kunne han umiddelbart se, at pointberegningen var forkert. Det var dog først, da klageren indleverede klagen til Klagenævnet, at han fik undersøgt forholdet nærmere og kunne se, at der også var begået fejl ved vægtning af både underkriteriet »Økonomi« og underkriteriet »Kvalitet«. Vægtningen af prisen var sket efter et skøn og ikke en egentlig beregning. Axiell A/S' pris var således skønnet til at være præcis 20 % højere end klagerens, og der var ikke – som anført i pkt. 1.5 i udbudsbetingelserne – foretaget en egentlig beregning. Den alvorligste fejl var dog, at der ved vurderingen af underkriteriet »Kvalitet« var lagt vægt på nogle delkriterier, som ikke fremgik af udbudsbetingelserne. Han drøftede situationen med kommunens advokat, og det blev besluttet at annullere udbuddet, idet hverken klageren eller de 2 tilbudsgivere, som havde afgivet ukonditionsmæssige tilbud, havde haft mulighed for at indrette deres tilbud til de delkriterier, som indklagede tillagde særlig vægt. Efter udbuddet var annulleret, besluttede indklagede at annoncere i medfør af Tilbudsloven. Underkriteriet »Kvalitet« er i den forbindelse vægtet højere, end det var ved de 2 udbud efter Udbudsdirektivet. De indleverede tilbud havde nemlig vist, at man var under tærskelværdierne i Udbudsdirektivet, og at der var råd til at stille større krav til kvaliteten. De 5 delkriterier, som indklagede lagde særlig vægt på ved vurderingen af underkriteriet »Kvalitet«, blev alle indarbejdet i annoncen efter Tilbudsloven.

Adm. direktør Ole Sundø, TagVision A/S, har forklaret, at klageren kunne opfylde alle 5 delkriterier, som indklagede ifølge brevet af 10. april 2008 tillagde særlig vægt.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at annullationen af udbuddet ikke er sagligt begrundet og derfor strider mod ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2. Det må antages, at beslutningen om at annullere udbuddet er begrundet i et ønske om at afbøde virkningen af klagen til Klagenævnet og muligheden for, at Klagenævnet traf en afgørelse om, at klageren skulle have kontrakten tildelt. Indklagede har ikke godtgjort, at annullationen er sagligt begrundet. Det er således ikke bevist, at indklagede ikke kunne have foretaget en tilbudsvurdering i overensstemmelse med de vurderingskriterier, der var opstillet i udbudsbetingelserne vedrørende underkriteriet »Kvalitet«. Den omstændighed, at vurderingen er foretaget på grundlag af delkriterier, som ikke fremgik af udbudsbetingelserne, fører dog ikke til, at indklagede er berettiget til at annullere udbuddet. Det må antages, at vurderingen blev tilpasset Axiell A/S' tilbud. De delkriterier, som indklagede lagde vægt på ved vurderingen af tilbuddene, blev indarbejdet i den efterfølgende annoncering efter Tilbudsloven. Dette støtter, at indklagede indrettede tilbudsvurderingen, således at Axiell A/S' tilbud kom til at fremstå som det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Vedrørende vurderingen af underkriteriet »Økonomi« er det ikke bevist, at det ikke ville have været muligt at foretage en korrekt vurdering i overensstemmelse med den fremgangsmåde, som fremgår af udbudsbetingelserne.

Indklagede har gjort gældende, at annullationen af udbuddet var sagligt begrundet. Annullationen skete efter en samlet vurdering af de begåede fejl i forbindelse med vurderingen af tilbuddene. Karakteren for underkriteriet »Økonomi« blev således – trods den beskrevne beregningsmodel i udbudsbetingelserne, og det, som er anført i indklagedes brev af 10. april 2008 – tildelt efter et skøn. Den primære årsag til annullationen var dog, at indklagede ved vurderingen af underkriteriet »Kvalitet« havde lagt afgørende vægt på 5 delkriterier, som ikke fremgik af udbudsbetingelserne. Klageren ville også have været i stand til at opfylde de anførte delkriterier, som ikke er inddraget af hensyn til Axiell A/S. Klageren har ikke bevist, at annullationen er sket af hensyn til Axiell A/S. Indklagede kunne have valgt allerede i december 2007 at indgå kontrakt med Axiell A/S. Hertil kommer, at annullationen netop skete på foranledning af det, som klageren anførte i sit klageskrift af 16. april 2008.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at annullere udbuddet, idet indklagede ikke har haft en saglig begrundelse for annulationen.

Indklagede har gjort gældende, at annulationen af udbuddet var sagligt begrundet. Der er derfor ikke grundlag for at annullere indklagedes beslutning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Ved vurderingen af tilbuddene i forhold til underkriteriet »Kvalitet« lagde indklagede ifølge brevet af 10. april 2008 til klageren afgørende vægt på 1) brugergrænsefladen i selvbetjeningsautomaterne, 2) at systemet først melder materialet hjemme, når dette fjernes fra afleveringskassen, 3) yderligere funktionalitet forbundet med integrationen til DDE, 4) yderligere funktionalitet forbundet med systemets statistiske muligheder og 5) selvbetjeningsautomaternes æstetiske udtryk. Disse 5 delkriterier var alle nye i forhold til de 7 delkriterier til underkriteriet »Kvalitet«, som fremgik af udbudsbetingelserne.

Da indklagede ved vurderingen af tilbuddene lagde afgørende vægt på bestemte egenskaber ved de tilbudte produkter, skulle indklagede på forhånd have oplyst tilbudsgiverne herom. Dette skete ikke, og indklagede overtrådte dermed ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2. Indklagede var herefter berettiget til at annullere udbuddet, og annulationen var således sagligt begrundet.

Klagenævnet tager på dette grundlag ikke påstanden til følge.

Klagenævnet har herefter ikke anledning til at tage stilling til, om indklagede også kunne annullere udbuddet som følge af, at der blev tildelt point vedrørende underkriteriet »Økonomi« ud fra en skønsmæssig vurdering.

Ad påstand 2

Da Klagenævnet ikke har taget påstand 1 til følge, tager Klagenævnet ikke påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig