

Klagenævnet for Udbud

(Nikolaj Aarø-Hansen, Helle Bøjen Larsen, Niels Sørensen)

J.nr.: 2010-0022211

31. oktober 2011

K E N D E L S E

Wel-Med/Scanbio ApS

(advokat Steen Hellmann, København)

mod

Albertslund, Glostrup, Brønby, Hvidovre, Høje-Taastrup,

Ishøj, Rødovre og Tårnby kommuner v/ Brøndby Kommune.

(advokat Jesper Fabricius, København)

Den 23. marts 2010 iværksatte Albertslund, Glostrup, Brøndby, Hvidovre, Høje-Taastrup, Ishøj, Rødovre og Tårnby kommuner v/ Brøndby Kommune en offentlig tilbudsindhentning efter tilbudslovens afsnit II (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter) vedrørende trykaflastende madrasser stadie 2-4.

Tildelingskriteriet var i tilbudsindhentningsbetingelserne, der var tilgængelige på internettet, fastsat til *»det økonomisk mest fordelagtige tilbud«*.

I alt 10 virksomheder, og herunder klageren, downloadede tilbudsindhentningsmaterialet.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 17. maj 2010 havde 7 virksomheder afgivet tilbud, bl.a. Wel-Med / Scanbio ApS. Den 7. juni 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med ArjoHuntleigh A/S.

Den 18. juni 2010 indgav klageren, Wel-Med / Scanbio, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Albertslund, Glostrup, Brøndby,

Hvidovre, Høje-Taastrup, Ishøj, Rødovre og Tårnby kommuner v/ Brøndby Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af den dagældende lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 9. juli 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klageren har nedlagt følgende endelige påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 15 d, stk. 1, idet indklagede ikke

- a) i udbudsbetingelserne oplyste vægtningen af de fastsatte delkriterier til underkriteriet »*Funktionalitet*«,
- b) gav nærmere oplysninger om indholdet af de fastsatte delkriterier til underkriteriet »*Funktionalitet*«,
- c) gennemførte evalueringen i relation til underkriteriet »*Funktionalitet*« på baggrund af objektive delkriterier, men på baggrund af subjektive vurderinger af tilbudsgivernes produkter,
- d) gennemførte evalueringen i relation til delkriterierne til underkriteriet »*Funktionalitet*« på baggrund af den oplyste karakterskala og
- e) ved evalueringen i relation til underkriteriet »*Pris*« vægtede de 3 udbudte produkttyper i henhold til det skønnede faktiske forbrug.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 7. juni 2010 om at indgå rammeaftale med ArjoHuntleigh A/S.

Påstand 3

Indklagede tilpligtes til klageren at betale erstatning til klageren.

Indklagede har vedrørende påstand 1 og 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har vedrørende påstand 3 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 3, indtil klagenævnet har taget stilling til påstandene 1 og 2.

I betingelserne for tilbudsindhentningen er det anført, at indklagede ønskede at indgå en 2 årig kontrakt med virkning fra 1. oktober 2010. Det samlede forbrug forventedes at udgøre ca. 74 madrasser om året. Under pkt. 4.5. om »Tilbudsbetingelser og formkrav« var det under overskriften »Sprog« fastsat, at tilbuddene »skal udfærdiges på dansk, mens bilagsmateriale af generel karakter kan være på dansk, svensk, norsk eller engelsk«. I pkt. 4.4.2 var det under overskriften »Delkriterier« anført følgende:

»Vurderingen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud vil ske på baggrund af nedenstående delkriterier:

Nr.	Delkriterier	Vægt
1.	Pris	50 %
2.	Funktionalitet	50 %

I vurderingen af delkriteriet »Pris« indgår den givne tilbudspris på produktet, timeprisen for instruktion af borger, timepris for individuel tilpasning samt pris på optionerne på serviceaftaler.

I vurderingen af funktionalitet vil selve produktet blive vurderet på støjniveau, placering på sengen, håndtering af madrassen, dvs. om madrassen er praktisk i brug, min/max belastning, montering af madrassen, rengøring af madrassen og hvordan den er at ligge på. Tilbudsgiver skal derfor ved anmodning fremsende en madras til brug for prøvning af ovenstående. Dette skal ske inden for 5 arbejdsdage efter anmodning.

Tildeling af kontrakten vil ske på baggrund af en samlet vurdering af de ovennævnte kriterier.«

Under tilbudsindhentningen besvarede klager følgende spørgsmål vedrørende de nævnte delkriterier således:

»Spørgsmål 20:

4.2.2. Delkriterier. Der indgår flere elementer i delkriteriet pris. Tilbudsgiver ønsker oplyst med hvilken vægtning de enkelte elementer indgår i delkriteriet.

Svar 20:

I vurderingen af delkriteriet ”Pris” vil udbyder lave en samlet vurdering af de enkelte elementer. Derfor kan udbyder ikke oplyse med hvilken vægtning de enkelte elementer indgår i delkriteriet.

Spørgsmål 21:

4.2.2 Delkriterier. Der er ikke angivet efter hvilke kriterier og på hvilken måde delkriteriet vægtes og vurderes. Tilbudsgiver ønsker oplyst, hvordan delkriteriet funktionalitet vurderes – kriterier, pointgivning og vægtning.

Svar 21:

Det fremgår af punkt 4.4.2. Delkriterier, at under delkriteriet ”funktionalitet” vil selve produktet blive vurderet på støjniveau, placering på sengen, håndtering af madrassen, dvs. om madrassen er praktisk i brug, min/max belastning, montering af madrassen, rengøring af madrassen og hvordan den er at ligge på. Udbyder kan ikke oplyse med hvilken vægtning samt pointgivning der vurderes, da det er en samlet vurdering af madrassens funktionalitet.«

Af indklagedes evalueringsnotat fremgår det, at der ved evalueringen af delkriteriet »Pris« blev givet 5 point til tilbuddet med den laveste pris, og at de øvrige tilbud blev tildelt point efter følgende formel:

»max point* laveste pris/pris tilbud«.

Ved evalueringen af delkriteriet »funktionalitet« blev følgende model anvendt:

Funktionalitet	Point
Den bedste funktionalitet	5
Den gode funktionalitet	4
Den forventede funktionalitet	3
Den jævne funktionalitet	2
Den ringeste funktionalitet	1

Det vindende tilbud og klagerens tilbud fik ved evalueringen følgende antal point:

Tilbudsgiver/point	Pris stadium 2	Funktionalitet stadium 2	Pris stadium 3	Funktionalitet stadium 3	Pris stadium 4	Funktionalitet Stadium 4
Klager	5,0	1	1,7	2	2,1	1
Vindende tilbudsgiver	3,7	1	3,9	1	2,7	2

Det vindende tilbud fik på den baggrund og efter vægtning en samlet pointscore på 8,5 point for alle madrastyper. Klager fik 6,5 point, hvilket var det laveste antal opnåede point blandt de 6 tilbudsgivere.

Indklagede meddelte i brev af 7. juni 2010 klageren, at virksomheden ikke blev valgt som leverandør. I brevet er der anført en kort redegørelse vedrørende evalueringen af klagerens tilbud i relation til pris og funktionalitet. For så vidt angår prisen var det for madrassen på stadium 2 anført, at klagers pris var »den bedste« sammenlignet med de øvrige tilbud. For madrassen på stadium 3 og 4 var det anført, at den af klager tilbudte pris var »meget høj« sammenlignet med andre tilbudte priser.

Klageren har under klagesagen i relation til indklagedes evaluering af underkriteriet »funktionalitet« anført en række kommentarer af navnlig faktuel karakter, som indklagede efterfølgende har kommenteret. De centrale dele af evalueringen og de nævnte kommentarer er i det følgende anført synoptisk opstillet:

MADRAS STADIUM 2			
Delkriterium	Indklagedes evaluering	Klagers kommentar	Indklagedes kommentar
Støjniveau	Ikke relevant		
Placering på sengen	Let at placere på sengen		
Håndtering af madrassen	Bærestopper mangler. Den er svær at bære. Risiko for at depo-	Nej, for det bad man ikke om...Den tilbudte madras fungerer fint på hospitaler og på plejehjemsinstitutio-	”...Det er en del af håndteringen af madrassen – hvordan er madrassen at håndtere med eller uden

	tet kommer til at lægge den forkert i overtrækket.	<i>ner...uden bærehank, idet der er en bærekant...</i>	bærestropper. I dette tilfælde er madrassen svært at håndtere på grund af manglende bærestropper. Evalueringsgruppen består af både mænd og kvinder, og alle vurderede, at madrassen var tung at bære. Der er forskel på størrelsen af de personer, der skal håndtere disse madrasser, og derfor må 17 kg være at betragte som værende tung. Idet der ikke er bærestropper til at bære madrassen, vurderer evalueringsgruppen, at madrassen er svær at håndtere for de fleste personer.
Belastning min/max	40-120 kg.		
Montering på sengen	Ingen op/ned markering. Teksten er på fransk. Økon Tex mærket.	<i>Kravet er irrelevant, da den ikke kan vendes forkert...</i> <i>Der er ingen tekst på fransk, der har betydning for bruger – alle de oplysninger, som bruger har brug for og som er krævet i udbud, såsom vasketemperatur, miljømærkning, tørremåde etc., alle de i udbuddet krævede oplysninger</i>	Da teksten på madrassen er på fransk, er der ikke nogen, der ved, om der i den står en op/ned-anvisning. Af [brugsanvisningen] fremgår følgende: ”Læg madrassen i sengen med den side op, der er tekst på og læg fodenden korrekt i sengen.” Denne formulering indikerer..., at klagers påstand om op/ned markering er irrelevant, er fejlagtig. Arbejdsgruppen har vurderet, at franske instruktionsanvisninger...som det er tilfældet...kan medføre, at den person, som skal montere madrassen, ikke kan aflæse anvisningerne, og derved risikerer at montere madrassen forkert, hvilket reducerer madrassens effekt til skade for patienter.

		<i>står med de internationale symboler, der også bruges i Danmark.</i>	Klagers madras er ikke vurderet dårligt som følge af, at der er en fransk tekst på madrassen. Indklagede har derimod konstateret, at der ingen op/ned markering er på madrassen, og at det ikke ud fra den franske tekst på madrassen af arbejdsgruppen kunne tydes om der i denne tekst er angivet en op/ned markering.
Rengøring af madrassen	Ok, ingen bemærkninger.		
Hvordan er madrassen at ligge på	God at ligge på		
MADRAS STADIUM 3			
Delkriterium	Indklagedes evaluering	Klagers kommentar	Indklagedes kommentar
Støjniveau	Lydsvag i brug, men vibrationer kan mærkes, når man ligger på madrassen.	<i>Vibrationer har intet med vort produkt at gøre. Det er det punkt på sengen, evt. hele sengen, der er uegnet til brug for dynamiske pumper.</i> ... <i>Det er klart for fagfolk, at hvis sengens konstruktion giver anledning til resonans, vibrationer o.lign. så anbringer fagfolk pumpen ved siden af eller under sengen, således som det fremgår af brugsanvisninger fra seriøse tilbudsgivere.</i>	Indklagede har ved evalueringen afprøvet alle madrasser efter samme fremgangsmåde...for langt størstedelen af de tilbudte pumper på stadie 3 har [det] været muligt at være såvel lydsvage som vibrationssvage på det til afprøvningen anvendte sengestel. Indklagede afviser derfor klagers påstand om, at sengest[e]llet har været uegnet til de foretagne tests. ... Arbejdsgruppen har bemærket, at der var mulighed for at placere pumpen på gulvet for at undgå vibrationer. Arbejdsgruppen er dog af den opfattelse, at det vil være yderst u hensigtsmæssigt i den daglige brug, eksemplificeret ved det faktum at gulvene skal være

		...	frie til rengøring, hensynet til arbejdsmiljø når personale f.eks. skal bukke sig ned for at betjene boksen eller opdage evt. fejlindstillinger.
Placering på sengen	Let at placere i sengen		
Håndtering af madrassen	Lidt svært at håndtere, der er for lang afstand mellem håndtagene på madrassen	<i>Madrassen anvendes i dag i adskillige lande og i flere kommuner i Danmark uden at der er kommet blot én indvending. Der er ikke i udbud stillet krav om afstand mellem bærehåndtag...</i>	...henviser til, at det var arbejdsgruppens opfattelse...henviser endvidere til kravspecifikationens bilag 3.2, side 4...hvoraf det fremgår, at Brøndby kommune stiller krav om, at ”madrassen skal være let håndterbar for en person”.
Belastning min/max	Max. 150 kg.		
Montering på sengen	Uklar brugsanvisning. Utydelig markering af øvre/nedre på madrassen.	<i>Der er i udbud ikke stillet krav til udformning af brugsanvisning. Brugsanvisning er ledsaget af monteringsanvisning. Begge dele er på klart dansk og rost i andre kommuner...</i> <i>Der er en tydelig markering med label i hovedenden af madrassen: a. Billede af et hoved, b. med teksten ”this side up”. Ingen undtagen Brøndby Kommune har nogensinde kritiseret denne klare markering. Der er intet specifikt krav i udbud om, hvordan denne orientering skal markeres, og vi har opfyldt de stillede kriterier for orientering af madrassens i seng...</i>	”...Fagpersonerne begrundede navnlig dette med, at der ikke var samme illustrationer i brugsanvisning og på boks/pumpe.” ”Indklagede skal gøre opmærksom på, at det ikke, som klager gør gældende, er op/ned markeringer (foden/hovedende) der omtales, men derimod øvre/nedre liggeflade ...Indklagede støtter sin påstand på, at det af brugsanvisningen for ...madrassen fremgår: ”at madrassens overside (liggeflade) er karakteriseret ved at cylinderne i madrassen tydeligt kan mærkes i madrassens fodende, mens hovedenden er forsynet med skulag mellem cylinderne og betræk”. ”I indklagedes kravspecifikation, bilag 3.2, side 4 ... stilles der krav om, at ”madrassens og betræk skal være tydeligt mærket, så det ikke

			placeres forkert i forhold til seng og bruger. At man skal mærke sig frem til, hvorledes madrassen skal ligge kan...på ingen måde anses for at leve op til kravet om tydelig mærkning.”
Rengøring af madrassen	Ok, ingen bemærkninger.		
Hvordan er madrassen at ligge på	God at ligge på pga. skummet men spørgsmålstegn ved effekten med skum. Vibrationer kan mærkes.	...Vi har sammen med udbudsmaterialet fremlagt en stor klinisk dokumentation bl.a. fra Universitetshospitalet i Gent om...[madrassens] egnethed til brug ved stadie 3 sår. Med mindre terapeuterne i Brøndby stiller tvivl om de involverede lægers, sygeplejerskers og terapeuters kvalifikationer og de kliniske tests validitet, må Brøndbys påstand være ukvalificeret, spekulativ og totalt udokumenteret...	Evalueringsrapporten kunne kun finde en præsentation, hvoraf det fremgår, at ”[madrassen] har nået sine mål m.h.t. forebyggelsens effektivitet, men...De 2 vekseltrykmadrasser er ikke 100 % effektive... Det fremgår endvidere: ”De dynamiske madrasser er statistiske mere effektive end de statiske madrasser i forebyggelsen af sår på risiko-patienter... På baggrund af disse oplysninger har vi bemærket, at der kan sættes spørgsmålstegn ved effekten af madrassen. ...
MADRAS STADIUM 4			
Delkriterium	Indklagedes evaluering	Klagers kommentar	Indklagedes kommentar
Støjniveau	Boksen støjer og vibrerer, men vibrationerne kan ikke mærkes i madrassen.	<i>Det er nøjagtig den samme pumpe der anvendes som under ...stadie 3 madras. Den samme pumpe som nu støjer var lydsvag i [stadie 3 madrassen]. Det er helt umuligt og ulogisk. Støjniveauet er dokumenteret under 33 dB, pumpen er EU-testet...Vibrationerne kan ikke mærkes i madrassen ... spørgsmålet er hvordan man så konstaterer vibrationer? Udsagnet tyder på, at vurderingspersonerne ikke kan skelne mellem vibrationer og resonans...Hverken støj eller vibrationer skyldes</i>	Dette var de faglige deltagere i evalueringsgruppens opfattelse. ... Fagpersonernes observatio-

		<i>vort produkt. Det er pum- pens placering på sengen og samt sengens uegnethed til dynamisk madras, der igen gør sig gældende. Det er et velkendt fænomen blandt fagfolk, som også ved, hvordan man løser problemet med sengen...Det understreger også testper- sonernes uegnethed til at foretage disse test. De kan ikke skelne mellem madras + pumpe og sengens kvali- teter og roder begreberne sammen, samtidig med, at de ikke læser brugsanvis- ningerne...</i>	ner viser, at det for flere af de tilbudte pumper på stadie 4 har været muligt at være såvel lydsvage som vibrati- onssvage på det til afprøv- ningen anvendte sengestel. Påstanden om sengestellets uegnethed til afprøvning må derfor afvises.
Placering på sengen	Let at placere i sengen.		
Håndtering af madrassen	Gode bærehånd- tag, men lidt uhåndterlig pga. helmadrass. Ellers ok.	<i>Alle sårstadie 4 madrasser er helmadrasser. Udtrykket "lidt uhåndterlig" er sub- jektivt, nedvurderende, udo- kumenteret og useriøst. ...</i>	...der...er anvendt en for- kert formulering, når der skrives, at madrassen er lidt uhåndterlig pga af at det er en helmadrass. Indklagede fastholder dog fagpersoner- nes vurdering, idet fagper- sonerne med denne be- mærkning har forsøgt at henvise til, at madrassen er lidt svær at håndtere, da den grundet et indlagt skumlag ikke kan rulles fuldstændig sammen, selv efter luften er taget ud, i modsætning til en helmadrass som alene består af luft.
Belastning min/max	25-200 kg.		
Montering på sengen	Markering op/ned og øvre/nedre. For mange irrele- vante oplysninger i brugsanvisning- en der tilmed er i to separate dele. Ikke samme illu- strationer i brug- sanvisning og på boks.	<i>Der er ikke i udbud define- ret, hvad der relevant eller ikke relevant i brugsanvis- ninger. Brugsanvisningers udformning er ikke en del af udbudskriterier. Det er mis- forstået...at brugsanvisning er i 2 dele. Den ene del er brugsanvisning. Den anden del er monteringsanvisning og skal sidde på pum-</i>	”...Brugsanvisningen er blevet fulgt i monteringen af madrassen. Monteringen sker ofte kun af 1 medar- bejder, og derfor skal brugsanvisningen være let og hurtig at overskue. Det er medarbejdere, som arbej- der med dette til dagligt, som har givet disse kom- mentarer, og det kan derfor

	Skum over lameller sætter spørgsmålstegn ved effekten.	<i>Vi har medsendt et meget stor klinisk dokumentationsmateriale på [madrassen] som tilbudt. Dette materiale er samtidig offentligt tilgængeligt på nettet. De kliniske dokumentationer er udarbejdet af store, velrenomerede hospitaler, sårklinikker etc. Det er særdeles uklogt, subjektivt, useriøst og ufagligt pga. en afprøvning i Brøndby Kommune at stille spørgsmålstegn ved de tilbudte produkts effekt....</i>	
--	--	---	--

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke i udbudsbetingelserne oplyste nærmere om indholdet af delkriterierne til underkriteriet »*Funktionalitet*«, jf. påstandens litra b. Indklagede afslog således under spørgerunden at angive nærmere om, efter hvilke kriterier og på hvilken måde funktionaliteten ville blive vurderet og vægtet. Indklagedes pointtildeling viser endvidere, at evalueringen indeholdt en vægtning af de enkelte underkriterier, som tilsidesatte det oplyste om, at der ville være tale om en helhedsvurdering, jf. litra a. Klagers produkt, der er velanset og ofte anvendt, fik således den dårligste karakter på trods af en positiv vurdering af hovedparten af enkelte delkriterier.

Dertil kommer, at indklagede gennemførte vurderingen på baggrund af subjektive vurderinger af tilbudsgivernes produkter, jf. påstandens litra c. Klageren har i den forbindelse navnlig anført, at delkriterierne »*placering på sengen*«, »*håndtering af madrassen, dvs. om madrassen er praktisk i brug*«, »*min/max belastning*«, »*montering af madrassen*«, »*rengøring af madrassen*« og »*hvordan den er at ligge på*«, alle er subjektive og skønsmæssige kriterier, der alene evalueredes på baggrund af en udokumenteret og skønsmæssig afprøvning af tilbudsgivernes produkter.

En gennemgang af evalueringsskemaerne viser endvidere, at indklagedes evaluering heller ikke var stringent. Klageren har herved navnlig henvist til, at det fremgår af evalueringsskemaet, at det vindende tilbud fik kommentaren »*Ingen op og ned mærkning, men den kan ikke lægges forkert*«, mens klagerens madras fik evalueringen »*Ingen op og ned markering. Teksten er på fransk. ØkoTex mærket*«, og at det heraf fremgår, at det i forhold til klagers produkt er vægtet negativt, at mærkningen var på fransk, selvom madrassen i henhold til brugsanvisningen blot skal vendes således, at mærket vender opad, og selv om det tilsyneladende ikke var problematisk, at det vindende produkt slet ikke var mærket. Der henvises i øvrigt til den skematiske oversigt over klagerens konkrete indsigelser over for evalueringen og indklagedes kommentarer hertil.

Klageren har endvidere gjort gældende, at indklagede slet ikke har tildelt point efter den skala, der var oplyst i udbudsbetingelserne, jf. påstandens litra d. Klager har herved navnlig anført, at klagers produkt ved evalueringen fik den dårligste karakter, 1, alene fordi indklagedes medarbejder savnede bærestropper, og fordi der ikke var en op/ned-markering, mens tilbudsgiveren *Athene Healthcares* produkt »*Athene II*« opnåede karakteren 3, selvom evalueringsrapporten noterede, at madrassen blev leveret i en upraktisk taske, der krævede 2 personer til udpakning, og at brugsanvisningen var »*uoverskuelig*«.

I relation til indklagedes evaluering af underkriteriet »*Pris*«, jf. påstandens litra e, navnlig anført, at udbuddet omfattede 3 produkttyper, nemlig madrasser til liggesår i stadierne 2, 3 og 4. Indklagede havde ikke foretaget nogen form for vægtning af priserne for de forskellige stadier. Det er klagers opfattelse, at indklagedes forbrug af madrasser fordeler sig således, at stadium 2-madrasserne udgør ca. 95% af det samlede forbrug af de tre madrastyper. Indklagede burde derfor enten have indgået rammeaftaler for hver af de tre madrastyper, eller anvendt en evalueringsmodel, der afspejlede det faktiske forbrug.

Klageren har på den baggrund gjort gældende, at indklagede har tilsidesat ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet som anført i påstanden.

Indklagede har overordnet gjort gældende, at udbudsdirektivets regler ikke finder anvendelse, da kontraktens værdi er væsentligt under tærskelværdien

for EU-udbud, og at der ikke er grund til at tro, at den udbudte kontrakt har grænseoverskridende interesse, hvorfor EU-retlige principper heller ikke skal finde anvendelse ved siden af eller i forbindelse med anvendelsen af tilbudsloven.

Særligt i relation til påstandens litra a – d, der vedrører evalueringen af de tilbudte produkters funktionalitet, har indklagede navnlig gjort gældende, at der ikke er pligt til at angive, hvorledes de enkelte elementer under »funktionalitet« ville blive vægtet i forhold til hinanden, jf. så meget desto mere EU-domstolens dom af 18. november 2010 i sag C-226/09, Europa Kommissionen mod Irland. De elementer, som indklagede har tillagt betydning, er saglige og relevante i forhold til den udbudte ydelse, og de er blevet anvendt på en ensartet og gennemskuelig måde i forhold til alle tilbudsgivere. Der gælder ikke et krav om, at der kun må lægges vægt på objektive, målbare forhold, og indklagede har derfor også været berettiget til at evaluere elementer, som forudsætter en skønsmæssig og subjektiv vurdering. Selv ved udbud efter udbudsdirektivet er udbyder berettiget til at evaluere forhold af skønsmæssig og subjektiv karakter. Dette fremgår bl.a. af, at direktivets artikel 53 udtrykkeligt nævner »æstetik« blandt de kriterier, der kan indgå ved vurderingen af, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige. Den af klageren tilbudte madras med »fransk tekst« skal vende på en bestemt måde. Det kan ikke intuitivt indses, at madrassen skal vende med teksten opad, og brugergruppen kunne ikke forstå indholdet af teksten. Det var således berettiget at lægge vægt på forholdet, jf. delkriteriet »placering på sengen« og »håndtering af madrassen«. Det er rigtigt, at indklagede ved evalueringen af en anden madras ikke tillagde det betydning, at der ikke var op-/nedmarkering på, men det skyldtes, at denne madras ikke kunne vendes forkert, og at det var derfor uden betydning ved evalueringen af denne madras. Denne madras indgik i øvrigt ikke i den vindende tilbud. Der er intet grundlag for at antage, at indklagede ikke har vurderet klagerens produkter i henhold til den angivne evalueringsmodel. Indklagede har netop foretaget en samlet helhedsvurdering af de enkelte elementer, som indgår under kriteriet »funktionalitet«. Det er i fuld overensstemmelse hermed, at indklagede f.eks. efter en samlet bedømmelse kan give en dårlig karakter, selv om et tilbudt produkt kun på et enkelt eller et par element skiller sig negativt ud, idet de enkelte elementer netop ikke er vægtet i forhold til hinanden. Ordregiver har et bredt skøn ved sin evaluering af de tilbudte produkter. Der er intet grundlag for at antage, at

indklagede herved har tilsidesat ligebehandlings- eller gennemsigtighedsprincippet.

Særligt vedrørende påstandens litra e har indklagede gjort gældende, at det er ordregiverens frie valg, om ordregiveren ønsker at udbyde produkter i en samlet aftale eller i flere delaftaler. Indklagede har på sagligt grundlag vurderet, at kontrakten med fordel kunne udbydes som en samlet aftale for de tre madrastyper. Indklagede har valgt at vægte prisen på de tre madrastyper lige. Dette valg har været tydeligt tilkendegivet for tilbudsgiverne, jf. besvarelsen af spørgsmål 20. Det følger af udbudsretlig praksis, at hvor der ikke er anført nogen særlig vægtning af delkriterier til et underkriterium, vægter de forskellige delkriterier lige i deres indbyrdes forhold. Det var endvidere sagligt at lave en samlet tilbudsindhentning, da der var tale om en kontrakt af en meget beskeden volumen. Indklagede har ikke haft fornødent grundlag for at antage, at det fremtidige madrasforbrug af én madrastype ville blive signifikant større end andre madrastyper. En opgørelse fra tidligere leverandører over forbruget for 2009 viser en fordeling på hhv. 39 % (stadium 2), 35 % (stadium 3) og 27 % (stadium 4).

Ad påstand 2

Klageren har under henvisning til de overtrædelser, der er anført under påstand 1, gjort gældende, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Indklagede har under henvisning til det, der er anført vedrørende påstand 1, gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter tilbudslovens § 15 d, stk. 1, skal udbyderen ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af proceduren sørge for, at udvælgelsen af tilbudsgivere sker på grundlag af objektive, saglige og ikkediskriminerende kriterier, og at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem tilbudsgiverne.

Indklagede havde i betingelserne for tilbudsindhentningen fastsat tildelingskriteriet til »*det økonomisk mest fordelagtige tilbud*« med underkriterierne »*Pris*« og »*Funktionalitet*« og oplyst, at disse underkriterier vægtede med

50 % hver. Udover sådanne underkriterier kan en ordregiver lovligt fastsætte kriterier, der har karakter af delkriterier til de valgte underkriterier. Tilbudslovens afsnit II indeholder ikke krav om, at sådanne delkriterier skal vægtes relativt indbyrdes. Der er ikke grundlag for at fastslå, at indklagede – i strid med det, der var anført i betingelserne for indhentning af tilbud - skulle have foretaget en vægtning af de enkelte delkriterier til underkriteriet »*Funktionalitet*«. Når delkriteriernes formulering sammenholdes det underkriterium, de knytter sig til, og med karakteren af de udbudte tryk-aflastende madrasser til patienter med liggesår, er der ikke grundlag for at antage, at indklagede har givet utilstrækkelige oplysninger om delkriteriernes indhold. Det forhold, at en evaluering af tilbuddene i relation til de enkelte delkriterier efter deres formulering i et vist omfang forudsatte et skøn fra indklagedes side, kan herefter ikke føre til et andet resultat. Der er ikke grundlag for at antage, at tilbudsevalueringen skulle være sket på grundlag af andet end det fastsatte tildelingskriterium med tilhørende under- og delkriterier. Påstandens litra a – c tages ikke til følge.

Der er ikke grundlag for at antage, at evalueringen i øvrigt er sket i strid med betingelserne for tilbudsindhentningen. Klagenævnet tager allerede på den baggrund heller ikke påstandens litra d til følge.

Bestemmelsen i tilbudslovens § 15 d stiller ikke krav om, at evaluering i relation til et underkriterium som »*Pris*« skal ske på baggrund af ordregiverens hidtidige faktiske forbrug af de udbudte produkter. Det lægges til grund, at indklagede ved evalueringen i relation til underkriteriet »*Pris*« lagde lige stor vægt på de tre udbudte typer madrasser. Dette er ikke i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, ligesom det heller ikke kan anses for usagligt. Påstandens litra e tages ikke til følge.

Påstand 1 tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 2

Under hensyn til, at klagenævnet ikke tager påstand 1 til følge, er der heller ikke grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig