

K E N D E L S E

Wel-Med / Scanbio ApS
(advokat Steen Hellmann, København)

mod

K-17 indkøbsfællesskabet
(advokat Peter Lund Meyer, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 63-093735 af 26. marts 2010 udbød K-17 indkøbsfællesskabet (indklagede), der består af Næstved, Sorø, Vordingborg, Stevns, Odsherred, Kalundborg, Roskilde, Faxe, Guldborgsund, Holbæk, Køge, Ringsted, Slagelse, Solrød, Greve, Lejre og Lolland kommuner, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet) en 4-årig rammeaftale opdelt i 41 delaftaler vedrørende indkøb af genbrugshjælpemidler til de pågældende kommuner. Denne sag vedrører delaftalerne nr. 26 »Glidelagen, kort« og »Glidelagen, langt«, delaftale nr. 35 »Trykaflastende dynamisk luftmadras kategori 3« og delaftale nr. 36 »Trykaflastende dynamisk luftmadras kategori 4«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 10. maj 2010 havde tre virksomheder, herunder Wel-Med / Scanbio ApS (klageren) og Etac A/S, afgivet tilbud på delaftale nr. 26. Otte virksomheder, herunder klageren, Arjohuntleigh A/S, CobiRehab A/S, Handicare A/S og Invacare A/S, havde afgivet tilbud på delaftale nr. 35 og 36. Den 17. juni 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Etac A/S vedrørende delaftale nr. 26, med Arjohuntleigh A/S, CobiRehab A/S og Handicare A/S vedrørende delaftale nr. 35 og med Arjohuntleigh A/S, Handicare A/S og Invacare A/S vedrørende delaftale nr. 36.

Den 28. juni 2010 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 6. august 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Som begrundelse anførte klagenævnet, at klagerens påstande var så upræcise, at de ikke var egnede til at danne grundlag for behandling af sagen, og at betingelsen om uopsættelighed heller ikke var opfyldt. Klageren har herefter den 11. november 2010 nedlagt anvendelige påstande.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klagerens påstande er:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede vedrørende delaftale nr. 26 og delaftale nr. 35 og 36 har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53, stk. 2, ved ikke i udbudsbetingelserne at vægte delkriterierne til underkriteriet 2. »Kvalitet« og ved ikke i udbudsbetingelserne at give tilstrækkelige oplysninger om delkriteriernes indhold.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede vedrørende delaftale nr. 26 har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte delkriterier til underkriteriet 2. »Kvalitet«, der ikke er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet indklagede

(1) fastsatte delkriteriet 2.6 »Glideegenskaber«, uanset delkriteriet vedrører forhold, der er omfattet af mindstekravene (b) »Skal kunne nedsætte friktion ved glid fra side til side i sengen« og (i) »Antiskridbelægning langs kant i begge sider, så borger ikke glider ned, når der sidder på sengekant«,

(2) fastsatte delkriteriet 2.7 »Håndterbarhed«, uanset delkriteriet vedrører forhold, der er omfattet af mindstekravet (g) »Skal være mærket med op/ned eller lignende, hvis det har betydning for placeringen«,

(3) fastsatte delkriteriet 2.8 »Komfort for bruger«, uanset delkriteriet vedrører forhold, der er omfattet af mindstekravet (c) »Materiale eller evt. syninger må ikke give risiko for tryk hos borger«.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede vedrørende delaftale nr. 35 og 36 har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte delkriterier til underkriteriet 2. »Kvalitet«, der ikke er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet indklagede

(1) fastsatte delkriteriet 2.3 »Komfort for bruger, herunder ... lydniveau for pumpe og madrasmateriale«, uanset delkriteriet vedrører forhold, der er omfattet af mindstekravet (k) »Motorenhed: • Skal være støjsvag«,

(2) fastsatte delkriteriet 2.6 »Madrassens højde«, uanset delkriteriet vedrører forhold, der er omfattet af mindstekravet (m) »Højde: Madras max. ca. 30 cm.«,

(3) fastsatte delkriteriet 2.9 »Rengøringsvenlighed«, uanset delkriteriet vedrører forhold, der er omfattet af mindstekravet (q) »Rengøring og vedligeholdelse af produktet«.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede vedrørende delaftale nr. 26 har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelserne, jf. »Kravspecifikation 1« og »Kravspecifikation 2«, at fastsætte følgende uklare og skønsmæssigt prægede mindstekrav:

(a) »Skal være komfortabelt for borger at ligge på«

(b) »Skal kunne nedsætte friktion ved glid fra side til side i sengen«

(g) »Skal være mærket med op/ned eller lignende, hvis det har betydning for placeringen«.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud vedrørende delaftale nr. 35 som ukonditionsmæssigt med den begrundelse, at den madras, som virksomheden

havde indleveret som vareprøve, ikke kunne afprøves med hensyn til madrassens dynamiske funktion.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå rammeaftaler vedrørende delaftale nr. 26, 35 og 36.

Påstand 7

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 50.000 kr.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 7, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 6.

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

Sagens nærmere omstændigheder:

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med følgende underkriterier:

Delaftale nr. 26:

1. »Økonomi«, 60 %
2. »Kvalitet«, 40 %

Delaftale nr. 35 og 36:

1. »Økonomi«, 40 %
2. »Kvalitet«, 60 %

Af dokumentet »EU udbud – om rammeaftaler vedr. genbrugshjælpemidler K-17 indkøbsfællesskabet Marts 2010«, der er en del af udbudsbetingelserne, fremgår under overskriften »1.16 Vurdering af produkterne«, at tilbudsgiverne skulle stille vareprøver til rådighed for indklagede fra den 17. til den 21. maj 2010. Endvidere står der:

»...

Det er tilbudsgivers ansvar at produkterne lever op til minimumskraverne i kravspecifikationerne. Dette vil ikke blive efterprøvet ved vurderingen.

...«

Særligt vedrørende delaftale nr. 26 »Glidelagen, kort« og »Glidelagen, langt«:

Udbudsbetingelserne indeholder følgende enslydende kravspecifikation for de to typer glidelagner, der var omfattet af delaftalen, nemlig glidelagner med en længde på 90 – 100 cm og glidelagner med en længde på 140 – 150 cm:

»Kort beskrivelse af produktet

Ikke polstret overflytningshjælpemiddel, der nedsætter friktionen mellem en person og underlaget, når personen i liggende stilling på egen hånd eller med let hjælp skal forflytte sig sideværts eller over i en anden stilling ved brug af glideteknik.

Anbringes ovenpå madras, skal ikke fjernes efter brug. Skal kunne anvendes på madras i el-seng med indstillelig liggeflade.

...

Minimumskrav

Glidelagnet:

[a] Skal være komfortabelt for borger at ligge på.

[b] Skal kunne nedsætte friktion ved glid fra side til side i sengen.

[c] Materiale eller evt. syninger må ikke give risiko for tryk hos borger

...

[g] Skal være mærket med op/ned eller lignende, hvis det har betydning for placeringen

...

[i] Antiskridbelægning langs kant i begge sider, så borger ikke glider ned, når der siddes på sengekant.

...

Rengøring og vedligeholdelse af produktet

Skal i forbindelse med rengøring overholde SSI's retningslinjer (Statens Serum Institut) for MRSA i henholdsvis hjemmepleje og i plejebolig.

...«

I tilbudslisten fremtræder svar på spørgsmål fra tilbudsgiverne som *delkriterier til underkriteriet 2. »Kvalitet«*. I tilbudslisten står der således bl.a. følgende om glidelagner med en længde på 90 – 100 cm:

- »[Delkriterium 2.1] Angiv maks. leveringstid (ikke over 5 dage, jf. kravspecifikationen)
- [Delkriterium 2.2] Angiv oplysninger om konsulentbistandens omfang og indhold (begrænset til den del der er vederlagsfri jf. generelle krav)
- [Delkriterium 2.3] Kan produktet tørretumbles
- [Delkriterium 2.4] Angiv oplysninger om glidelagnet kan leveres i en bredde, der passer til madrasmadrasbredde 90 cm eller alternativt kan udvikles og leveres senere i kontraktperioden

Til information kan det oplyses, at ved afprøvning af produktet vil følgende faktorer indgå i bedømmelsen

- [Delkriterium 2.5] Brugervenlighed
- [Delkriterium 2.6] Glideegenskaber.
- [Delkriterium 2.7] Håndterbarhed
- [Delkriterium 2.8] Komfort for bruger

...«

For glidelagner med en længde på 140 – 150 cm var der fastsat tilsvarende delkriterier til underkriteriet 2. »Kvalitet«. Delkriteriet 2.6 var dog formuleret således: »Glideegenskaber: at hensigten med produktet er opfyldt, se under kort beskrivelse af hjælpemidlet«.

Særligt vedrørende delaftale nr. 35 »Trykaflastende dynamisk luftmadras kategori 3«:

Udbudsbetingelserne indeholder følgende kravspecifikation:

»Delaftale navn

Trykaflastende dynamisk luftmadras, af typen vekseltryk. Til borgere med sår til og med kategori 3.

...

Kort beskrivelse af produktet

Trykaflastende dynamisk vekseltryksmadras, af typen helmadrass. Skal være forsynet med aftageligt betræk. Madrassen skal anvendes til indstillelige plejesenge i private hjem og i plejeboliger.

Madrassen skal kunne anvendes af borgere med tryksår til og med kategori 3 og til forebyggelse af tryksår til borgere med middel til høj risiko efter Norton skalaen. eller lignende.

...

Minimumskrav

[a] ...

...

[k] Motorenhed:

- Skal være støjsvag

...

[m] Højde: Madras max. ca. 30 cm.

...

[q] Rengøring og vedligeholdelse af produktet.

Madras skal i forbindelse med rengøring overholde SSI's retningslinjer (Statens Serums institut) for MRSA i henholdsvis hjemmepleje og i plejebolig.

...«

I tilbudslisten fremtræder svar på spørgsmål fra tilbudsgiverne som *delkriterier til underkriteriet 2. »Kvalitet«*. I tilbudslisten står der således bl.a. følgende vedrørende de omhandlede madrasser:

»[Delkriterium 2.1] Angiv oplysninger om omfang og indhold af konsulentbistanden (begrænset til den del der tilbydes vederlagsfrit jf. dokumentet generelle krav)

[Delkriterium 2.2] Angiv oplysninger om maks. leveringstid på reparation og reservedele

Til information kan det oplyses, at ved afprøvning af produktet vil følgende faktorer indgå i bedømmelsen

[Delkriterium 2.3] Komfort for bruger, herunder

- ...

- lydniveau for pumpe og madrasmateriale

[Delkriterium 2.4] Brugervenlighed for hjælper og depotmedarbejder, herunder

...

[Delkriterium 2.5] Prøvningsresultater ...

[Delkriterium 2.6] Madrassens højde

[Delkriterium 2.7] Indstillingsmuligheder

[Delkriterium 2.8] Mærkning

[Delkriterium 2.9] Rengøringsvenlighed...«

Særligt vedrørende delaftale nr. 36 »Trykaflastende dynamisk luftmadras kategori 4«:

Udbudsbetingelserne indeholder følgende kravspecifikation:

»...

Delaftale navn

Tryksårforebyggende, dynamisk luftmadras. Risikogruppe til og med sårstadiet 4

...

Kort beskrivelse af produktet

Trykaflastende dynamisk vekseltryksmadras, af typen helmadrass. Skal være forsynet med aftageligt betræk. Madrassen skal anvendes til indstillelige plejesenge i private hjem og i plejeboliger.

Madrassen skal kunne anvendes af borgere med tryksår til og med kategori 4 og til forebyggelse af tryksår til borgere med høj risiko efter Norton skalaen eller lignende.

...«

Udbudsbetingelserne indeholder i det væsentlige samme mindstekrav og samme delkriterier til underkriteriet 2. »Kvalitet«, som var fastsat for delaftale nr. 35.

Oplysninger vedrørende klagerens tilbud:

Klageren har fremlagt produktbeskrivelse og brugsanvisning for de tilbudte produkter.

Klageren har endvidere fremlagt et brev af 10. august 2010 fra Danish Technological Institute til klageren. I brevet redegøres for resultaterne af en undersøgelse, hvorved to af klagerens glidelagner, »Easy turn 060« og »Easy turn 125«, er undersøgt og sammenlignet med et tredje produkt, »Satin Sheet«. Brevet indeholder endvidere kommentarer til resultaterne.

Klageren har desuden fremlagt følgende erklæring afgivet af to medarbejdere hos klageren:

»Vidneerklæring.

Undertegnede erklærer herved at vi søndag den 12. september 2010 aflagde besøg i WelMed/Scanbio's demo- og undervisningslokaler hvor

vi konstaterede ved ankomst at NoDecA pumpe serie nr 11615A: 2009 var tilsluttet SoftWave Madras 100 x 90 cm og fungerende i dynamisk tilstand.

Display viste 0-0 og skiftede til -0- og tilbage; dette betegner den dynamiske tilstand med normalt tryk. Vi trykkede på mode knappen og display viste nu 000, dvs. statisk funktion.

Vi trykkede 2' gang på mode knappen, display viste o-o, symbol afløst af -o- og så fremdeles, der symboliserer dynamisk funktion i komfort tryk (lavt tryk under bruger).

Vi trykkede 3' gang på mode knappen og display viste nu ooo, der symboliserer statisk funktion med lavt komforttryk.

Vi trykkede 4' gang på mode knappen og display viste 0-0 skiftende til -0-, altså tilbage til den dynamiske tilstand, som vi startede i.

Denne proces gentog vi med samme resultat.

Vi kontrollerede samtidig at madrassens luftcylindre var skiftevis fyldte og delvis tømte, altså var madrassen i den dynamiske funktion.

Alt fungerede som det skulle jf. brugsanvisning

Roskilde den 12. september 2010

[navn]

[navn]

Sekretær

stud. merc.

...«

Oplysninger om evalueringen af tilbuddene:

I en e-mail af 21. juni 2010 fra indklagede til klageren står der bl.a.:

»Spørgsmålet omkring delaftale nr. 35 behandles stadig internt hos os.

...

Generelt set kan jeg sige, at der ikke er lavet vurderinger på tilbud, som vi har afvist som ukonditionelle. Derfor kan jeg ikke uddybe jeres tilbud delaftale nr. 34 og 36.

På delaftale nr. 26 har jeres produkt fået scoren 5 i tildelingskriteriet kvalitet, hvor det vindende tilbud har fået scoren 9 på en skala fra 0 til 10. Tilbuddet er blevet vurderet på præcis de kriterier, der er nævnt i udbudsmaterialet. Arbejdsgruppen har følgende vurdering af jeres tilbud:

Angiv oplysninger om maks. leveringstid

Dag til dag levering - meget godt

Kan produktet tørretumbles?

Ja ved 90 grader - meget godt

Angiv oplysninger om konsulentbistanden

Ved køb og anvendelse - meget godt

Brugervenlighed

Flere farvevalg forvirrer

Dårlige illustrationer + afmærkning

Glideegenskaber

Yder let modstand

Håndterbarhed

God

Komfort for bruger

Stikninger på liggefladen → risiko for tryk

På tildelingskriteriet økonomi kan jeg ikke oplyse scoren af hensyn til fremtidige udbud. Jeg kan fortælle, at jeres produkt havde en markant højere pris i forhold til det vindende tilbud.«

I indklagedes notat af 15. oktober 2010 står der bl.a.:

»Redegørelse for ordregivers vurdering af tilbuddet fra Well-Med Scanbio ApS ... på delaftale 26 (Glidelagner) i henhold til underkriteriet, kvalitet, til det økonomisk mest fordelagtige tilbud

<p><u>Spørgsmål 4</u> Hvilke ressourcerpersoner forestod de tekniske vurderinger under udbudsproceduren?</p>	<p>Der blev for hver delkontrakt nedsat en arbejdsgruppe med deltagelse fra faglige ressourcerpersoner på tværs af de deltagende kommuner i K17.</p> <p>Arbejdsgruppen forestod vurderingen, idet fagpersoner fra andre kommuner kunne bidrage efter behov, og herunder deltage i afprøvning og besigtigelse, men det var arbejdsgruppen, som var ansvarlig for vurderingen.</p>
<p>...</p>	
<p><u>Spørgsmål 10</u> I Jeppe Andreas Pedersens mail af 21.</p>	<p>Normalt angiver forskellige farvevalg forskellige anvendelsesformål eller størrelse m.v. Der var intet oplyst herom.</p>

<p>juni 2010, kl. 11.33, til WellMed Scanbio ApS (klagesagens bilag 3) [anføres], at glidelagnernes farvevalg forvirrede. Hvad mentes hermed?</p>	
<p><u>Spørgsmål 11</u> Det var herudover anført, at illustrationer og afmærkning var dårlige. Hvad mentes hermed?</p>	<p>Orienteringen af lagnet er væsentlig for glide-retning (og sikkerhed).</p> <p>Uden nogen illustration eller afmærkning er det vanskeligt at afgøre friktionsretningen for lagnerne uden anvendelse af uforholdsmæssige arbejdsressourcer.</p>
<p><u>Spørgsmål 12</u> Endvidere var det om lagnets glideegenskaber anført, at det ydede let modstand. Hvad mentes hermed?</p>	<p>Det tilbudte lagen havde den ringeste glideegenskab.</p>
<p><u>Spørgsmål 13</u> Endelig var det om lagnets komfort anført, der var stikninger på liggefladen med risiko for tryk. Hvad mentes hermed?</p>	<p>Glidestykket var unødigt opdelt i sektioner.</p> <p>Stoffet ikke stramt/kraftigt nok, hvilket vurderedes at give folder.</p>
<p><u>Spørgsmål 14</u> Hvordan kom man frem til 5 point ud af de 10 mulige for underkriteriet <u>kvalitet</u>?</p>	<p>På grundlag af de påpegede forhold var det vurderingen, at det tilbudte glidelagen var middelhøjt, og derfor skulle tildeles 5 point ud af 10 mulige point.</p>
<p>...</p>	
<p><u>Spørgsmål 17</u> Hvem blev tildelt flest point ved vurderingen af tilbudene i henhold til</p>	<p>Det gjorde Etac A/S. ... Virksomheden blev tildelt 9 point ud af 10 mulige point på følgende grundlag:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Lagnet havde optimale glideegenskaber, væsentligt over forventning.

underkriteriet, kvalitet?	<ul style="list-style-type: none"> - Lagnet havde tydelige, fyldestgørende og meget brugervenlige illustrationer og markeringer. - Lagenstoffet var fast i vævningen uden stikninger på glideflade m.v. <p>Samlet blev det vurderet, at lagnet havde en meget høj kvalitet.</p>
<p><u>Spørgsmål 18</u> Hvor mange point blev den sidste af de 3 tilbudsgivere på delaftale nr. 26 - Handicare A/S - tildelt</p>	<p>Handicare blev tildelt 5 ud af 10 mulige point på følgende grundlag:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Lagnet havde ingen afmærkninger eller illustrationer. - Lagnet havde en ringe glideegenskab. - Lagnet var løst i vævningen.

«

I indklagedes supplerende processkrift II står der bl.a. følgende om afprøvningen af den madras, klageren indleverede som vareprøve i relation til delaftale nr. 35:

- »5.2.1 Klagers vareprøve på den tilbudte madras under delaftale nr. 35 var - som alle øvrige indleverede vareprøver - placeret på et bord med henblik på afprøvning.
- 5.2.2 Hver vareprøve blev vurderet af 2 ergoterapeuter fra Næstved Kommune samt øvrige terapeuter fra den nedsatte arbejdsgruppe, jf. [det netop citerede notat af 15. oktober 2010]
- 5.3 Indklagede bemærkede følgende i forhold til den af klager indleverede madras:
 - 5.3.1 Madrassen var forsynet med 2 pumper, hvoraf den ene var tilsluttet og fungerede.

Denne pumpe holdt madras i stationær tilstand - ovenpå madrassen lå endnu en pumpe, denne var ikke tilsluttet.
 - 5.3.2 Madrassen var forsynet med en lamineret seddel, hvoraf det blandt andet fremgik, at den ekstra pumpe kunne tilsluttes, når man skiftede koblingsdyse på pumpen, hvorved man kunne gøre madrassen dynamisk.

- 5.3.3 Indklagede kunne trods eftersøgning ikke konstatere modtagelsen af en anden koblingsdyse, således at madrassen kunne afprøves.

Der var ikke vedhæftet eller vedlagt andre dysser til pumpen.

- 5.3.4 Det blev forsøgt at skrue dysser af pumper tilhørende andre madrastyper, for at se om dette kunne afhjælpe problemet, og muliggøre madrassens funktionalitet. Dette var dog ikke muligt.

- 5.4 Det var således ikke muligt at afprøve, om madrassen opfyldte de fastsatte minimumskrav, jf. [udbudsbetingelsernes kravspecifikation], herunder om madrassens dynamiske funktion.

- 5.4.1 Klagerens tilbud blev derfor afvist som ukonditionsmæssigt«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53, stk. 2, idet indklagede ikke i udbudsbetingelserne har vægtet delkriterierne til underkriteriet 2. »Kvalitet« og heller ikke har givet tilstrækkelige oplysninger om delkriterierne indhold. Klageren har nærmere anført, at indklagede ved i udbudsbetingelserne alene at fastsætte underkriterierne 1. »Økonomi« og 2. »Kvalitet« med den anførte vægtning reelt ikke har vægtet underkriterierne og oplyst herom, således som det er foreskrevet i artikel 53, stk. 2. Det udbudsretlige krav om gennemsigtighed er heller ikke opfyldt.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53, stk. 2. Indklagede har nærmere anført, at indklagede ikke har fastsat delkriterier til underkriteriet 2. »Kvalitet«, men alene nogle »bedømmelsesfaktorer«. Indklagede har ikke efter udbudsdirektivet har været forpligtet til at vægte disse bedømmelsesfaktorer i udbudsbetingelserne, da bedømmelsesfaktorerne blot indgik i den samlede bedømmelse af tilbuddene i relation til underkriteriet 2. »Kvalitet«. Grundlaget for indklagedes vurdering i relation til underkriteriet 2. »Kvalitet« er i øvrigt klart og entydigt formuleret i udbudsbetingelserne. Der har ikke væ-

ret behov for i udbudsbetingelserne at give yderligere oplysninger om, hvorledes underkriteriet og de dertil knyttede bedømmelsesfaktorer ville blive anvendt.

Ad påstand 2 - 3

Klageren har navnlig gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte de pågældende delkriterier til underkriteriet 2. »Kvalitet«, idet delkriterierne i strid med udbudsdirektivet vedrører forhold, for hvilke indklagede også har fastsat mindstekrav. Delkriterierne var endvidere ikke tilstrækkeligt beskrevet i udbudsbetingelserne. Det var således uklart, hvorledes delkriterierne skulle fungere som konkurrenceparametre.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte de pågældende delkriterier, der som anført efter indklagedes opfattelse alene er »bedømmelsesfaktorer«. Indklagede har nærmere anført, at det ikke er i strid med udbudsdirektivet at fastsætte, at tilbud, der opfylder mindstekravene, vil blive evalueret efter delkriterier, der til dels angår de samme forhold som mindstekravene, hvis det ved mindstekravenes og delkriteriernes udformning er sikret, at der er mulighed for konkurrence blandt tilbudsgiverne. Disse krav er opfyldt.

Påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte de pågældende mindstekrav, der efter formuleringen er så uklare og skønsmæssigt prægede, at kravene ikke er egnede som mindstekrav.

Indklagede gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med udbudsdirektivet ved at fastsætte de pågældende mindstekrav. Kravene er ikke uklart formuleret og lægger ikke op til et skøn, som er i strid med udbudsdirektivet. Indklagede har i øvrigt oplyst, at »ingen af de omhandlede mindstekrav blev sanktioneret af indklagede under udbudsproceduren, og [at] de i øvrigt havde funktion som generelt kvalitetsfremmende krav«.

Påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt. Klageren har nærmere anført, at den madras, som virksomheden havde indleveret som vareprøve, utvivlsomt kunne afprøves med hensyn til madrassens dynamiske funktion. Klageren har herved henvist til den erklæring, som klagerens medarbejdere har afgivet til brug for klagesagen.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt. Indklagede har nærmere anført, at den madras, som virksomheden havde indleveret som vareprøve, ikke kunne afprøves med hensyn til madrassens dynamiske funktion. Som redegjort for i indklagedes supplerende processkrift II konstaterede indklagedes medarbejdere således ved afprøvningen, at kun den pumpe, der holdt madrassen i stationær tilstand, var tilsluttet. Derimod kunne den anden pumpe, der kunne gøre madrassen dynamisk, ikke monteres, og madrassens dynamiske funktion kunne derfor ikke afprøves.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet som følge af overtrædelserne i påstand 1 - 5 skal annullere indklagedes beslutning om at indgå rammeaftaler vedrørende delaftale nr. 26, 35 og 36.

Indklagede har gjort gældende, at annullationspåstanden ikke skal tages til følge, da indklagede ikke har overtrådt udbudsretlige regler.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Når tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, skal den ordregivende myndighed efter udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, a), fastsætte yderligere kriterier, f.eks. kvalitet, pris, teknisk værdi, funktionsmæssig karakter og leveringstid, der har karakter af underkriterier til tildelingskriteriet.

Efter artikel 53, stk. 2, skal den ordregivende myndighed som udgangspunkt i udbudsbetingelserne angive, hvorledes den relativt vil vægte de underkriterier, der er valgt efter artikel 53, stk. 1, a).

En ordregivende myndighed kan herudover lovligt fastsætte kriterier, der har karakter af delkriterier til underkriterierne. De udbudsretlige regler indeholder ikke krav om, at det i udbudsbetingelserne er angivet, hvorledes sådanne delkriterier relativt vil blive vægtet.

I den foreliggende sag har indklagede fastsat delkriterier til underkriteriet 2. »Kvalitet« i forbindelse med, at indklagede besvarede nogle spørgsmål fra tilbudsgiverne. Indklagede fastsatte ikke samtidig, hvorledes delkriterierne relativt ville blive vægtet under evalueringen. Tilbudsgiverne blev gjort bekendt med svarene på de stillede spørgsmål og herunder også de delkriterier, som indklagede fastsatte.

På denne baggrund har indklagede ikke handlet i strid med udbudsdirektivet ved som anført at fastsætte delkriterier til underkriteriet 2. »Kvalitet« uden samtidig at fastsætte, hvorledes delkriterierne relativt ville blive vægtet.

Når delkriterierne formuleres sammenholdes med de øvrige oplysninger i udbudsbetingelserne, herunder beskrivelsen af produkterne, er der ikke grundlag for at antage, at indklagede har givet utilstrækkelige oplysninger om delkriterierne indhold.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2 - 3

Uanset mindstekravene (b) og (i), hvorefter glidelagnet skulle nedsætte friktionen og være forsynet med antiskridbelægning langs siderne, har tilbudsgiverne haft mulighed for at konkurrere i relation til delkriteriet 2.6 »Glideegenskaber«. Tilbudsgiverne har eksempelvis kunnet konkurrere om, hvor meget det tilbudte glidelagen nedsatte friktionen og om, hvor effektiv lagets antiskridbelægning var, jf. påstand 2 (1). Det samme er tilfældet med hensyn til de øvrige mindstekrav og delkriterier, der er nævnt i påstand 2.

Tilsvarende har tilbudsgiverne uanset mindstekravet (k), hvorefter motorenheden skulle være støjsvag, haft mulighed for i relation til delkriteriet 2.3 »Komfort for bruger, herunder ... lydniveau for pumpe og madrasmateriale« at konkurrere om at tilbyde madrasser med en høj grad af komfort for brugeren og herunder en særligt støjsvag motorenhed, jf. påstand 3 (1). Det samme er tilfældet med hensyn til de øvrige mindstekrav og delkriterier, der er nævnt i påstand 3.

Indholdet af mindstekravene og delkriterierne har således ikke hindret tilbudsgiverne i at konkurrere om, hvilket tilbud der ved en vurdering efter tildelingsdelingskriteriet og de dertil hørende under- og delkriterier var det økonomisk mest fordelagtig tilbud.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 4

Mindstekravet (a) »Skal være komfortabelt for borger at ligge på« er efter formuleringen dels upræcist og dermed uklart og dels skønsmæssigt præget i en sådan grad, at kravet ikke er egnet som mindstekrav.

Der er ikke grundlag for at antage, at mindstekravene (b) og (g) er uegnede som mindstekrav.

Påstanden tages derfor til følge med hensyn til mindstekravet (a).

Ad påstand 5

Det påhviler klageren at sandsynliggøre, at den vareprøve, klageren indleverede til afprøvning hos indklagede, opfyldte udbudsbetingelsernes mindstekrav.

Klageren har oplyst, at den pågældende madras kunne afprøves også med hensyn til madrassens dynamiske funktion.

Indklagede har derimod bestridt, at en sådan afprøvning kunne finde sted. Indklagede har redegjort for de forsøg, som indklagede under afprøvningen har gjort for at få madrassen til at fungere dynamisk.

Under hensyn til disse modstridende oplysninger er det ikke sandsynliggjort, at den madras, klageren indleverede, kunne afprøves med hensyn til madrassens dynamiske funktion.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 6

Der er ikke grundlag for at antage, at den overtrædelse, klagenævnet har konstateret ad påstand 4, har haft konkret betydning for indklagedes tildelingsbeslutning vedrørende delaftale nr. 26.

Klagenævnet har ikke konstateret overtrædelser vedrørende delaftale nr. 35 - 36.

Påstanden tages ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 4

Indklagede har vedrørende delaftale nr. 26 handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelserne, jf. »Kravspecifikation 1« og »Kravspecifikation 2«, at fastsætte følgende uklare og skønsmæssigt prægede mindstekrav:

(a) »Skal være komfortabelt for borger at ligge på«.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1 - 3, påstand 4 (b) og (g) og påstand 5 - 6.

Indklagede, K-17 indkøbsfællesskabet bestående af Næstved, Sorø, Vordingborg, Stevns, Odsherred, Kalundborg, Roskilde, Faxe, Guldborgsund, Holbæk, Køge, Ringsted, Slagelse, Solrød, Greve, Lejre og Lolland kommuner, skal i sagsomkostninger til klageren, Wel-Med / Scanbio ApS, betale 5.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig