

4. august 2009. Mölnlycke Health Care ApS mod Region Hovedstaden

En udbyder har ikke pligt til på forhånd at give oplysning om en evalueringsmodel, der anvendes ved tilbudsvurderingen. Det kan ikke af Udbudsdirektivet udledes, at en i udbudsbetingelserne indikeret rækkefølge af underkriterierne skal følges ved tilbudsvurderingen (dissens). Udbyderens evalueringsmodel kunne føre til resultater i strid med udbudsreglerne, men havde ikke gjort det i det konkrete tilfælde. Overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved upræcise angivelser om, hvad udbyderen ville lægge vægt på i relation til to underkriterier. Udbyderen var berettiget, men ikke forpligtet, til at afvise tilbud, der ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav vedrørende referencelister, oplysning om omsætning, regnskaber, sproglig udformning og beskrivelse af en tilbudt vare. Overtrædelse ved at indgå kontrakt om et produkt med en tilbudsgiver, hvis tilbud ikke omfattede produktet. Udbudsdirektivets artikel 41 overtrådt ved, at udbyderens redegørelse for de antagne tilbuds karakteristika og relative fordele ikke var sket ved en skriftlig meddelelse. Regnskaber, hvoraf fremgik, at en tilbudsgiver ikke havde ansatte, var dokumentation for, at tilbudsgiveren ikke kunne være i restance med sociale bidrag. Overtrædelse af udbudsreglerne ved at lade udbuddet omfatte et produkt, der ikke var beskrevet i udbudsbekendtgørelsen. Når en udbyder har truffet en tildelingsbeslutning og har underrettet tilbudsgiverne om den, kan udbyderen ikke tilbagekalde tildelingsbeslutningen uden samtidig at annullere udbuddet. Ikke opsættende virkning. Ikke annulation

En region iværksatte som offentligt udbud efter Udbudsdirektivet sideordnede udbud af 43 rammeaftaler vedrørende levering af sårbehandlingsprodukter m.m. Ved et rettelsesblad til udbudsbetingelserne blev udbuddet udvidet til at omfatte yderligere en rammeaftale, som ikke var beskrevet i udbudsbekendtgørelsen.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet for rammeaftale 1-10 henholdsvis rammeaftale 11-44: A. Pris (hhv. 45-55 % og 40-50 %), B. Funktionalitet (hhv. 25-35 % og 20-30 %) og C. Kvalitet (hhv. 15-25 % og 25-35 %).

Efter tilbuddenes indgivelse traf udbyderen beslutning om at indgå kontrakter med forskellige tilbudsgivere vedrørende 41 af rammeaftalerne. Senere annullerede udbyderen udbuddet vedrørende en af disse rammeaftaler og traf vedrørende tre andre af rammeaftalerne beslutning om at indgå kontrakter med andre tilbudsgivere end først besluttet.

En tilbudsgiver, der havde afgivet tilbud på 17 af de 44 rammeaftaler, klagede til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at en pointmodel, som udbyderen havde anvendt ved tilbudsvurderingen, ikke var medtaget i udbudsbetingelserne (påstand 2):

Ikke taget til følge med henvisning til følgende: Der kan ikke af EU-udbudsreglerne udledes en pligt for udbyderne til at anvende en evalueringsmodel ved tilbudsvurderingen, og der kan heller ikke udledes en pligt for en udbyder, der vil anvende en sådan model, til at oplyse om modellen

på forhånd ved at medtage den i udbudsbetingelserne. Dette gælder også, selvom modellen er fastlagt på tidspunktet for udarbejdelsen af udbudsbetingelserne.

2) Klage over, at udbyderen i udbudsbetingelserne vedrørende rammeaftalerne 11-44 havde fastsat vægtningen af underkriterierne B. Funktionalitet og C. Kvalitet med sådanne intervaller, at det ikke af udbudsbetingelserne kunne udledes, hvilket af de to underkriterier, der ville blive vægtet højest (påstand 4):

Ikke taget til følge bl.a. med henvisning til, at det ikke af Udbudsdirektivet kan udledes, at en i udbudsbetingelserne indikeret rækkefølge af underkriterierne skal være bindende.

(Dissens for at tage klagepunktet til følge med henvisning til, at Udbudsdirektivets regler om tildelingskriterier må forstås således, at underkriterier i udbudsbetingelserne skal vægtes efter en bestemt rækkefølge, og at intervallerne ikke må fastsættes således, at underkriterierne ved tilbudsvurderingen kan skifte plads i denne rækkefølge).

3) Klage over, at udbyderen vedrørende to af delaftalerne havde vægtet underkriterierne således, at underkriterium A. Pris fik en højere vægt end angivet i udbudsbetingelserne, og over, at den anvendte pointmodel medførte en vilkårlig og uigennemsigtig pointtildeling (påstand 1 og 3):

Den pointmodel, som udbyderen anvendte ved tilbudsvurderingen, gik ud på følgende: I relation til underkriterium A. Pris fik tilbuddene points efter en skala fra 5 og nedefter ud fra en bestemt beregningsmetode, således at der kunne gives negative points til tilbud med høje priser. I relation til underkriterierne B. Funktionalitet og C. Kvalitet fik tilbuddene points efter en skala med 5 trin. Ifølge klageren kunne modellen føre til besynderlige resultater.

Klagenævnet udtalte, at der var risiko for, at en evalueringsmodel som den anvendte kunne føre til, at underkriterium A. Pris i strid med udbudsreglerne fik en større vægt end fastsat i udbudsbetingelserne, men at dette ikke var sket i det foreliggende tilfælde. Klagepunktet blev herefter ikke taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke tilstrækkeligt præcist i udbudsbetingelserne at angive, hvad udbyderen ville lægge vægt på i relation til underkriterium B. Funktionalitet og C. Kvalitet (påstand 5 og 6):

Taget til følge med konkret begrundelse, herunder med henvisning til, at det til dels var uklart, om forskellige angivelser i udbudsbetingelserne var minimumskrav.

5) Klage over, at udbyderen havde begået nærmere angivne fejl ved tilbudsvurderingen (påstand 7 og 8):

Ikke taget til følge, da udbyderen ikke havde begået de pågældende fejl.

6) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra en tilbudsgiver i betragtning, selvom tilbuddet ikke som krævet i udbudsbetingelserne indeholdt referenceliste og oplysning om årsomsætning (påstand 9).

Taget til følge med henvisning til, at de nævnte oplysninger ikke var indeholdt i den pågældende tilbudsgivers skriftlige tilbud og kun var indeholdt i en udgave af tilbuddet på cd, og til, at det i udbudsbetingelserne var angivet

vet, at papirversionen af et tilbud var gældende i tilfælde af uoverensstemmelse mellem papirversionen og cd-versionen. Udtalt, at overtrædelsen ikke kunne medføre annullation af udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den pågældende tilbudsgiver.

7) Klage over, at udbyderen havde taget et tilbud i betragtning, selvom tilbuddet ikke som krævet i udbudsbetingelserne var vedlagt tilbudsgiverens to seneste regnskaber (påstand 10):

Udtalt, at udbyderen som følge af forholdet kunne have undladt at tage det pågældende tilbud i betragtning, men at udbyderen ikke efter udbudsreglerne havde været forpligtet til at afvise tilbuddet.

8) Klage over, at udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt med en tilbudsgiver om en nærmere angivet rammeaftale, selvom det pågældende tilbud ikke indeholdt det produkt, som denne rammeaftale angik (påstand 11):

Taget til følge ved, at Klagenævnet konstaterede forholdet.

9) Klage over, at udbyderen havde taget et tilbud i betragtning, selvom en dokumentation var affattet på tysk, hvilket ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav til sprog for dokumentation (påstand 12):

Udtalt, at udbyderen som følge af forholdet havde været berettiget til at afvise tilbuddet, men at det ikke var i strid med udbudsreglerne, at udbyderen havde valgt at tage tilbuddet i betragtning under hensyn til, at det var en meget begrænset del af tilbuddet, der var affattet på tysk.

10) Klage over, at udbyderen havde taget nogle tilbud i betragtning, selvom disse tilbud ikke som krævet i udbudsbetingelserne havde opgivet klæbeevnen for nogle produkter ved henvisning til en bestemt måleenhed (påstand 13):

Udtalt, at udbyderen som følge af forholdet havde været berettiget til at afvise tilbuddet, men at Klagenævnet ikke fandt det i strid med udbudsreglerne, at udbyderen havde valgt at tage de pågældende tilbud i betragtning, bl.a. under hensyn til, at kun en meget begrænset del af tilbuddene opfyldte det pågældende krav.

11) Klage over, at udbyderen havde taget nogle tilbud i betragtning, selvom de ikke indeholdt en krævet dokumentation for visse egenskaber (påstand 14 og 15):

Ikke taget til følge, da der efter de oplysninger, der var forelagt Klagenævnet, ikke var grundlag herfor.

12) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led (om pligt for udbyderne til efter anmodning at give meddelelse om det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele) ved ikke efter anmodning fra klageren at have givet klageren en fyldestgørende redegørelse for karakteristika og relative fordele ved tilbuddene fra de tilbudsgivere, som udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt med med hensyn til nærmere angivne rammeaftaler (påstand 16):

Taget til følge med henvisning til, at pligten efter Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led, kun kan opfyldes ved en skriftlig redegørelse, og at det således ikke var tilstrækkeligt, at udbyderen havde givet en redegørelse under et møde med klageren. Et svarskrift fra udbyderen under sagen for Klagenævnet havde heller ikke opfyldt udbyderens forpligtelser, allerede fordi

det ikke i svarskriftet var angivet, at svarskriftet tilsigtede at være en redegørelse i medfør af Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led.

13) Klage over, at udbyderen havde taget et tilbud i betragtning, selvom tilbuddet ikke som krævet i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne indeholdt dokumentation for betaling af bidrag til sociale sikringsordninger (påstand 17):

Ikke taget til følge med henvisning til, at det af den pågældende tilbudsgivers regnskaber fremgik, at tilbudsgiveren ikke havde ansatte, hvorfor regnskaberne var dokumentation for, at tilbudsgiveren ikke kunne være i restance med betaling af bidrag til sociale sikringsordninger.

14) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt Udbudsdirektivets artikel 35 (om udbudsbekendtgørelser) ved i et rettelsesblad til udbudsbetingelserne at have udvidet tilbuddet til at omfatte en yderligere rammeaftale nr. 44, der ikke var nævnt i udbudsbekendtgørelsen (påstand 18):

Taget til følge.

15) Taget op ex officio (spørgsmål 21-26):

Udtalt, at udbyderen havde handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at tilbagekalde tildelingsbeslutningerne vedrørende tre af rammeaftalerne og beslutte at indgå kontrakter med tre andre tilbudsgivere vedrørende disse rammeaftaler uden samtidig at annullere udbuddene vedrørende de pågældende rammeaftaler. Herved udtalt (sammenfattet gengivet): En retstilstand, hvorefter en udbyder efter at have truffet en tildelingsbeslutning og efter at have givet tilbudsgiverne underretning om den, kunne beslutte, at kontrakten skal indgås med en anden tilbudsgiver, ville stride mod gennemsigtighedsprincippet og ville også føre til en latent risiko for usaglig påvirkning af udbyderen i strid med ligebehandlingsprincippet. Yderligere henvist til, at en udbyder, der har konstateret, at der er begået fejl ved et udbud, kan annullere udbuddet og gennemføre et nyt udbud uden fejl, og at der i et sådant tilfælde som udgangspunkt ikke vil være grundlag for at pålægge udbyderen at betale erstatning til dækning af tilbudsgiveres negative kontrakt-sinteresse.

En påstand fra klageren om annullation af udbyderens tildelingsbeslutninger vedrørende nogle af rammeaftalerne blev ikke taget til følge. Herved bl.a. henvist til, at de spørgsmål, som Klagenævnet havde stilling til ex officio, ikke tidligere havde været behandlet af Klagenævnet, og til, at der antagelig har hersket usikkerhed blandt de offentlige ordregivere med hensyn til, om tildelingsbeslutninger kan ændres, jf. punkt 15 ovenfor.

Kendelsen angår samme udbud som Klagenævnets kendelser af 5. august 2009 og 6. august 2009.