

K E N D E L S E

Bandagist-Centret A/S
(Selv)

mod

Århus Kommune
(Advokat Lotte Hummelshøj, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 17. januar 2008 udbød Århus Kommune som offentlig udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en rammeaftale om indkøb af ortopædisk fodtøj.

I udbudsmaterialet var anført, at aftalen var opdelt på 2 delaftaler, henholdsvis delaftale A: ortopædisk fodtøj (såvel håndsuede, fabriksfremstillede og semi-ortopædisk fodtøj) samt tilretninger, samt reparationer af nævnte fodtøj og delaftale B: ortopædiske fodindlæg til almindeligt fodtøj.

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

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

1. Bandagist-Centret A/S
2. Baltic Orthoservice UAB
3. Sahva A/S
4. Sydsko Orthopædi

Ved e-mail af 27. marts 2008 til tilbudsgiverne orienterede Drescher & Schrøder Consulting (herefter benævnt Drescher & Schrøder), der forestod

udbuddet for Århus Kommune (indklagede) om, at indklagede agtede at indgå aftale med Bandagist-Centret A/S.

Baltic Orthoservice UAB (herefter benævnt Baltic Orthoservice) klagede imidlertid den 1. april 2008 til Konkurrencestyrelsen og gjorde herved gældende, at indklagede havde overtrådt EU-udbudsregler. Konkurrencestyrelsen udtalte den 22. april 2008 bl.a., at indklagede ikke havde overtrådt EU-udbudsreglerne. Baltic Orthoservice tilkendegav derpå i en e-mail af 25. april 2008 til Drescher & Schrøder, at indklagede måske havde begået en fejl i prissammenligningen vedrørende delaftale B. Endvidere tilkendegav Baltic Orthoservice i en e-mail af 29. april 2008 til Drescher & Schrøder, at indklagede ved evalueringen havde begået en metodisk fejl.

I en e-mail af 29. april 2008 til Baltic Orthoservice meddelte Drescher & Schrøder, at man var blevet opmærksom på de rejste spørgsmål, og at man var i færd med at udarbejde en ny evaluering af tilbuddene. Denne evaluering førte til, at indklagede fandt, at Baltic Orthoservice havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og ved e-mail af 17. juni 2008 til tilbudsgiverne meddelte Drescher & Schrøder, at indklagede havde til hensigt at indgå aftale med Baltic Orthoservice.

Den 25. juni 2008 indgav klageren, Bandagist-Centret A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på et møde den 13. november 2008.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med sammenligningen af det samlede tilbud på begge delaftaler med tilbuddene på de enkelte delaftaler, at have anvendt en evalueringsmodel med en indbyrdes vægtning af de to delaftaler, uagtet at en sådan model ikke fremgik af udbudsmaterialet.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelsernes afsnit 3.2 »Priser« at have have

anmodet om tilbud på ikke specificerede produkter, idet indklagede anmodede tilbudsgiverne om at oplyse eventuelle rabatter på tilbudsgivers sortiment udover de produkter, som er angivet i tilbudslisten.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelsernes afsnit 1.13 »tildelingskriterier« at have oplyst, at der i forbindelse med vurderingen af tilbudene i henhold til underkriteriet »Priser« ville blive lagt vægt på »Prisregulering« jf. udbudsbetingelsernes afsnit 3.3, uanset at det af udbudsmaterialet udtømmende fremgår, hvorledes prisregulering kan finde sted.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 17. juni 2008 om at tildele den udbudte kontrakt til Baltic Orthoservice.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 2 erkendt overtrædelsen og vedrørende påstand 1 og 3 – 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Udbudsbekendtgørelsen af 17. januar 2008 anfører følgende procentvis vægtede underkriterier til tildelingskriteriet til »det økonomisk mest fordelagtige bud«:

1. Priser. Vægtning: 50.
2. Kvalitet/sortimentsbrede. Vægtning: 20.
3. Levering. Vægtning: 15.
4. Service. Vægtning 15.

I udbudsbetingelserne er bl.a. anført følgende:

»...

1.1. Udbudsform og omfang

Udbud af ortopædisk fodtøj (såvel håndsyede, fabriksfremstillede og eventuelle kombinationer), tilretninger, fodindlæg og reparationer til borgere i Århus Kommune.

Århus Kommunes anslår, at der over en 18-måneders periode gives cirka 2.600 bevillinger. Antallet af borgere i kommunen er ca. 296.000 - andelen af borgere +65 år udgør godt 11,4 %. Omsætningen efter fradrag af egenandel er fordelt med ca. 60 % på håndsyet ortopædisk fodtøj (inkl. semi-ortopædisk fodtøj), ca. 15 % på fabriksfremstillet ortopædisk fodtøj inklusiv eventuelt tilhørende fodindlæg, 15 % på tilretninger, reparationer og tillæg samt ca. 10 % på ortopædiske indlæg til almindeligt fodtøj.

...

Udbudet vedrører for hver delaftale en rammeaftale, idet ortopædisk fodtøj og indlæg er omfattet af frit leverandørvalg, jf. Servicelovens § 112, stk. 3. Århus Kommune forpligter sig dermed ikke til at aftage i henhold til det opgivne antal bevillinger. Omfanget og omsætningen af ortopædisk fodtøj, tilretninger, fodindlæg m.v. vil være afhængig af de til enhver tid udstedte bevillinger til borgere i henhold til Servicelovens § 112, nærmere bestemt Hjælpemiddelbekendtgørelsens §§ 9 og 10 nr. 624 af 15. juni 2006 om ydelse af hjælpemidler 6g forbrugsgoder efter serviceloven.

Tilbudsgiver kan afgive tilbud på en eller begge delaftaler.

...

1.13 Tildelingskriterier

...

Priser vil blive evalueret ud fra de fremsendte tilbud, jf. afsnit 3.2, Priser; afsnit 3.3, Prisregulering samt bilag 2, Tilbudspriser.

Kvalitet/sortimentsbredde vil blive evalueret ud fra afsnit 2.1, Produkter, afsnit 2.2, Sortiment samt bilag 4, Tilbudsark.

Levering vil blive evalueret ud fra afsnit 2.6, Statistikker, afsnit 2.7, Konsulentbistand samt bilag 4, Tilbudsark.

Service vil primært blive evalueret ud fra afsnit 2.6, Statistikker, afsnit 2.7, Konsulentbistand samt bilag 4, Tilbudsark.

...

3.1. Aftaleperioden

Kontrakten forudsættes indgået for en periode af 1 år i tidsrummet 01.05. 2008 – 30.04. 2009, med mulighed for forlængelse i op til 3x12 måneder fra den 01.05.2009. ...

3.2. Priser

...

For hvert budnummer bedes tilbudsgiver opsplutte tilbudsprisen på råvarer og arbejds løn. De opsplittede tilbudspriser skal omfatte alle øvrige omkostninger samt fortjeneste, og disse bedes fordelt proportionalt på tilbudsprisen på råvarer og arbejds løn.

Tilbudsgiver bedes derudover angive en rabatsats, der tilbydes på produkter, som ligger ud over dem, der er angivet på bilag 2, Tilbudspriser, men som naturligt hører ind under den udbudte ydelse. Tilbudsgiver skal i den forbindelse vedlægge prisliste på samtlige produkter i tilbudsgivers sortiment, som hører ind under den udbudte ydelse.

Tilbudsgiver bedes oplyse, hvorvidt Århus Kommune tilbydes ekstra rabat, såfremt tilbudsgiver tildeles både delaftale A og B. Denne eventuelle rabat skal være opgivet som en procentsats, som kan fratrækkes alle priser opgivet i bilag 2. Århus Kommune ønsker ingen former for bonusordninger.

Priser evalueres efter nedenstående skema:

Tildeles tilbud, der er	Score
Det billigste tilbud	5,0
1,00-1,99% dyrere end det billigste tilbud	4,9
2,00-2,99% dyrere end det billigste tilbud	4,8
3,00-3,99% dyrere end det billigste tilbud	4,7
4,00-4,99% dyrere end det billigste tilbud	4,6
etc.	etc.
49,00-49,99% dyrere end det billigste tilbud	0,1
50% og opefter dyrere end det billigste tilbud	0

...

3.3. Prisregulering

De tilbudte priser skal som minimum være gældende for 12 måneder fra kontraktperiodens begyndelse.

Prisregulering kan herefter foretages 1 gang årligt med udviklingen i Nettoprisindekset (Januar til Januar), første gang 01.05.2009. Prisregulering skal varsles Indkøbsafdelingen 30 dage inden reguleringens ikrafttræden.

...«

I udbudsbetingelsernes bilag 2 er leverancerne for hver delaftale specificeret i 2 skemaer. For delaftale A er leverancen opdelt på 66 budnumre. For

hvert nummer er anført en produktbeskrivelse og en angivelse af, om prisen for produktet er pr. stk. eller pr. par. For budnummer 1 fremstår skemaet eksempelvis således:

Bud-nummer	Produktbeskrivelse	Enhed
Grundpris på ortopædisk fodtøj		
1	Håndsyede ortopædiske sko	Pr. par

Herudover er skemaet forsynet med yderligere 5 kolonner således, at der for hvert budnummer kan angives listepriis, tilbudspriis, tilbudspriis på råvarer, tilbudspriis på arbejds løn og kommentarer.

På tilsvarende måde er leverancen efter delaftale B specificeret i 7 budnumre med tilhørende produktbeskrivelser.

Blandt tilbudsgiverne var klageren og Baltic Orthoservice de billigste. På baggrund af det i udbudsbetingelserne afsnit 3.2. anførte havde Baltic Orthoservice tilbudt en prisreduktion på 2 %, hvis indklagede indgik aftale med denne tilbudsgiver om begge delaftaler. Klageren havde ikke tilbudt prisreduktion i denne situation.

Drescher & Schrøder gennemgik på et projektmøde den 10. marts 2008 med indklagede udkast til prisevaluering. Af et evalueringsskema vedrørende underkriterierne, der blev udarbejdet til samme møde, fremgår bl.a. følgende:

Ved én delaftale		Delaftale A		Delaftale B	
		Badagist-Centret A/S	Baltic Orthoservice	Badagist-Centret A/S	Baltic Orthoservice
1. Priser	50 %	4,80	5,00	5,00	3,20
2. Kvalitet/sortiment	20 %	4,60	4,70	5,00	4,90
3. Levering	15 %	4,70	4,40	5,00	5,00
4. Service	15 %	4,00	3,90	4,00	3,90
Sum	100 %	4,63	4,69	4,85	3,92

Ved to delaftaler		Delaftale A	
		Badagist-Centret A/S	Baltic Orthoservice
1. Priser	50 %	4,60	5,00
2. Kvalitet/sortiment	20 %	4,60	4,70
3. Levering	15 %	4,70	4,40

4. Service	15 %	4,00	3,90
Sum (delaftale A)	100 %	4,53	4,69
Delaftale B			
		Badagist-Centret A/S	Baltic Orthoservice
1. Priser	50 %	5,00	3,50
2. Kvalitet/sortiment	20 %	5,00	4,90
3. Levering	15 %	5,00	5,00
4. Service	15 %	4,00	3,90
Sum (delaftale B)	100 %	4,85	4,07
Sum (begge delaftaler)	100 %	4,56	4,62

Efter denne evaluering konstaterede indklagede, at Baltic Orthoservice havde opnået bedste score på 4,69 for delaftale A, mens klageren havde opnået bedste score på delaftale B med 4,85, når aftalerne blev bedømt hver for sig. Når aftalerne blev bedømt under ét og under den forudsætning, at der blev indgået aftale med samme tilbudsgiver for begge delaftaler, havde Baltic Orthoservice opnået bedste score med 4,62 mod 4,56 til klageren.

Da bedste score for delaftalerne, bedømt under ét (4,62), ikke var bedre end den højeste score på begge delaftaler – hhv. 4,69 og 4,85 – konstaterede indklagede, at Baltic Orthoservice havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på delaftale A, mens klageren havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på delaftale B.

På et afklarende møde den 14. marts 2008 med Baltic Orthoservice fremgik det, at Baltic Orthoservices forretning ikke ville være betjent på alle hverdage, men da indklagede imidlertid ved sin evaluering havde lagt til grund, at Baltic Orthoservice ville have åbent på alle hverdage, revurderede Drescher & Schrøder evalueringen, idet bedømmelsen af underkriteriet »Service« herved blev ændret. Den revurderede evaluering, der blev tiltrådt af indklagede, kan herefter sammenfattes til følgende:

Ved én delaftale		Delaftale A		Delaftale B	
		Badagist-Centret A/S	Baltic Orthoservice	Badagist-Centret A/S	Baltic Orthoservice
1. Priser	50 %	4,80	5,00	5,00	3,20
2. Kvalitet/sortiment	20 %	4,60	4,70	5,00	4,90
3. Levering	15 %	4,70	4,40	5,00	5,00
4. Service	15 %	4,15	3,60	4,15	3,60
Sum	100 %	4,65	4,64	4,87	3,87

Ved denne bedømmelse havde klageren således opnået højeste score på hver delaftale.

Endvidere evaluerede Drescher & Schrøder og indklagede tilbuddene under forudsætning af, at der blev indgået aftale med samme tilbudsgiver om begge delaftaler. Denne evaluering kan sammenfattes i følgende skema:

Ved to delaftaler		Delaftale A	
		Badagist-Centret A/S	Baltic Orthoservice
1. Priser	50 %	4,60	5,00
2. Kvalitet/sortiment	20 %	4,60	4,70
3. Levering	15 %	4,70	4,40
4. Service	15 %	4,15	3,60
Sum (delaftale A)	100 %	4,55	4,69
Delaftale B			
		Badagist-Centret A/S	Baltic Orthoservice
1. Priser	50 %	5,00	3,50
2. Kvalitet/sortiment	20 %	5,00	4,90
3. Levering	15 %	5,00	5,00
4. Service	15 %	4,15	3,60
Sum (delaftale B)	100 %	4,87	4,02
Sum (begge delaftaler)	100 %	4,58	4,58

Ved sammenligningen af tilbudsgivernes priser dels i den situation, at indklagede skulle indgå aftale med forskellige tilbudsgivere for hver delaftale (en delaftale), dels i den situation at indklagede skulle indgå aftale med samme tilbudsgiver (to delaftaler), i hvilken situation Baltic Orthoservice tilbød en prisreduktion på 2 %, fulgte Drescher & Schrøder og indklagede et princip, hvorefter priserne for hver delaftale først blev bedømt hver for sig og således, at tilbuddet med den laveste pris for delaftalen blev tildelt scoren 5,00, mens de øvrige tilbud tildelt en lavere score som beskrevet i udbudsbetingelserne. Derpå sammenlignedes tilbuddene, idet den tilbudte prisreduktion blev indregnet, hvorefter den nu laveste pris for hver delaftale blev tildelt scoren 5,00 og de øvrige tilbud en forholdsvis lavere score.

Da den på denne måde beregnede score på 4,58 til både klageren og Baltic Orthoservice ikke oversteg den bedste score på hver af delaftalerne, når disse blev bedømt hver for sig, var det indklagedes vurdering, at klageren havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud uanset den tilbudte prisreduktion. Denne bedømmelse blev som anført tilkendegivet tilbudsgiverne ved e-mail af 27. marts 2008.

Klageren havde i evalueringen for delaftale B, når begge delaftaler evalueret under et, opnået en score på 5,00, da klagerens pris vedrørende denne aftale var bedømt som den laveste. Baltic Orthoservice havde opnået en score på 3,50. Indklagede havde ved denne bedømmelse lagt til grund, at Baltic Orthoservices tilbud var 18.08 % dyrere end klagerens, og af det til grund herfor liggende detaljerede sammenligningsskema fremgår, at indklagede havde lagt en tilbudspris af 303 kr. til grund for budnummer 7 om afstøbning. Af klagerens tilbud vedrørende delaftale B fremgår det, at tilbudsprisen pr. stk. i budnummer (position) 7 var 303 kr., og at der var tale om tillægspriser til position 1-6. Klagerens tilbudspriser for budnummer 1-6 var for hvert budnummer angivet til 308 kr. pr. stk.

Som anført gjorde Baltic Orthoservice den 25. april 2008 opmærksom på, at indklagede måske havde begået en fejl i prissammenligningen vedrørende delaftale B, ligesom virksomheden den af 29. april 2008 i en e-mail anførte, at indklagede ved evalueringen havde begået en metodisk fejl. Det hedder i e-mailen fra Baltic Orthoservice bl.a. følgende:

» ...
The comparison between the competitors is correct. But in this case it is not possible to compare the result of single agreement and both agreements and select the higher one (like you have wrote in your explanatian letter, dated 28/03/2008).

It is because no matter how big discount the company will offer for both contracts, it will not increase the evaluation result of the company and will only decrease the result of the competitor. In fact the economical side (price in this case) of the competitor did not change, when the offering company has made a better offer.

I shall try to explain arithmetically:
you are comparing the results with different scales and such comparison is incorrect. For example company A is ofrerfng 100 DKK price on specific product and company B – 120 DKK. Company A gets 5. For getting the whole contract company A has offered on that product 10% discount. So when calculating the whole offer, company A for this product again gets 5. But the price here is 90 DKK, which is more economical. Basicallly in single offer maximum value is 100 DKK (scale 5 - 100 DKK) and whole contract – 90 DKK (scale 5 - 90 DKK), so they cannot be compared.

Accarding to the tender requirements, correct would be to grant 5

points for the company which has offered the lowest price after all discounts (whole contracts) and then compare this price with price before discount (single contract) of the same company and also with the competitors prices.

...«

Drescher & Schrøder evaluerede herefter på ny de afgivne tilbud, idet man ved prissammenligningen for klagerens vedkommende nu lagde en pris af 611 kr. til grund vedrørende budnummer 7 i delaftale B. Endvidere beregnedes scoren for den situation, at der blev indgået aftale med samme tilbudsgiver for begge delaftaler efter de principper, som var blevet anført af Baltic Orthoservice. Således valgte Drescher & Schrøder og indklagede ved den fornyede bedømmelse at indregne den tilbudte prisreduktion, før den laveste pris blev fundet, også når delaftalerne blev bedømt hver for sig. Resultatet af den fornyede evaluering kan sammenfattes i følgende skemaer:

Ved én delaftale		Delaftale A		Delaftale B	
		Badagist-Centret A/S	Baltic Orthoservice	Badagist-Centret A/S	Baltic Orthoservice
5. Priser	50 %	4,60	4,80	5,00	4,70
6. Kvalitet/sortiment	20 %	4,60	4,70	5,00	4,90
7. Levering	15 %	4,70	4,40	5,00	5,00
8. Service	15 %	4,15	3,60	4,15	3,60
Sum	100 %	4,55	4,54	4,87	4,62

Ved to delaftaler		Delaftale A (90 %)	
		Badagist-Centret A/S	Baltic Orthoservice
1. Priser	50 %	4,60	5,00
2. Kvalitet/sortiment	20 %	4,60	4,70
3. Levering	15 %	4,70	4,40
4. Service	15 %	4,15	3,60
Sum (delaftale A)	100 %	4,55	4,64
		Delaftale B (10 %)	
1. Priser	50 %	5,00	4,90
2. Kvalitet/sortiment	20 %	5,00	4,90
3. Levering	15 %	5,00	5,00
4. Service	15 %	4,15	3,60
Sum (delaftale B)	100 %	4,87	4,72
		Begge delaftaler	
1. Priser	50 %	4,64	4,99
2. Kvalitet/sortiment	20 %	4,64	4,72
3. Levering	15 %	4,73	4,46
4. Service	15 %	4,15	3,60
Sum (begge delaftaler)	100 %	4,58	4,65

Den vægtede score for klagerens og Baltic Orthoservices tilbud – under forudsætning af, at indklagede ville indgå aftale med samme tilbudsgiver om begge delaftaler – er af Drescher & Schrøder og indklagede beregnet således: $(0,9 \times \text{score for delaftale A}) + (0,1 \times \text{score delaftale B})$.

For klagerens vedkommende er scoren for begge delaftaler således: $(0,9 \times 4,55) + (0,1 \times 4,87) = 4,58$.

For Balltic Orthoservice er den tilsvarende score beregnet således: $(0,9 \times 4,64) + (0,1 \times 4,72) = 4,65$.

Indklagede konstaterede, at Baltic Orthoservice i denne situation havde opnået højeste score på 4,65 mod klagerens score på 4,58, og at Baltic Orthoservice havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Under sagen er der afgivet vidneforklaring af Jennifer Brethvad, der bl.a. har forklaret, at hun sammen med Jesper Drescher hos Drescher & Schrøder har forestået de beregninger, der ligger til grund for evalueringen af tilbuddene. Ingen af tilbudsgiverne tilbød en rabatsats, på produkter ud over det i bilag 2 anførte, således som udbudsbetingelsernes afsnit 3.2. muliggør, og dette forhold indgik derfor ikke i evalueringen. Der var ingen tilbudsgivere, der tilbød en fast pris i hele kontraksperioden.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det ikke af udbudsmaterialet fremgår, at delaftale A ville vægte 90 % i indklagedes evaluering af tilbuddene. Der er med delaftale A og B tale om to vidt forskellige ydelser. Produkterne, der omhandles i delaftale A, fremstilles af skomagere, mens produkterne, der omfattes af delaftale B, primært fremstilles af bandagister. Vægtningen af delaftalerne var afgørende for klagerens overvejelser om tilbud. I udbudsbetingelsernes afsnit 1.13 er der ikke anført noget om vægtningen af delaftalerne.

Der hersker forvirring om indklagedes beregning af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og indklagede burde have vægtet delaftalerne med 50 % til hver.

Endelig har klageren anført, at oplysningerne i udbudsmaterialet om fordelingen af omsætningen på de enkelte produkter i delaftalerne ikke er reel. På området for ortopædisk fodtøj er der frit leverandørvalg, således at borgerne kan købe produktet hos den leverandør, de ønsker og således, at de refunderes et beløb svarende til den pris, kommunen kunne have købt produktet til hos sin leverandør. Omsætningen vil derfor kun udgøre omkring halvdelen af de af indklagede oplyste omsætningstal.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har gennemført en saglig og objektiv tilbudsevaluering med anvendelse af den vægtning, der var oplyst i udbudsmaterialet. Evalueringen er, for så vidt angår underkriteriet »Pris«, sket ved at beregne prisen på grundlag af en saglig forhåndsvurdering af den forventede anskaffelse af hver enkelt af de udbudte produkter og med anvendelse af den vægtning, der var oplyst i udbudsmaterialet.

Det følger af fra Klagenævnets praksis, at en ordregiver ikke er forpligtet til at oplyse en eventuel evalueringsmodel til brug for evalueringen af tilbuddene i udbudsmaterialet.

Indklagede har endvidere gjort gældende, at anvendelse af en vægtning på 90/10 ved sammenligning af tilbuddene, hvis både delaftale A og B tildeles samme tilbudsgiver, var den eneste saglige måde at evaluere på, idet det klart var oplyst i udbudsmaterialet - og derfor kunne lægges til grund af tilbudsgiverne ved tilbudsafgivelsen - at forbrugssammensætningen på de to delaftaler ville fordele sig således, at 90 % af den samlede aftale ville vedrøre delaftale A og 10 % ville vedrøre delaftale B.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det anførte om en rabatsats er uklart, og at indklagede har erkendt, at det strider mod Udbudsdirektivet at anmode om tilbud på ikke-specificerede produkter.

Indklagede har gjort gældende, at det måske nok var en fejl, at indklagede anmodede om den anførte rabatsats i udbudsmaterialet, men der

er ikke tale om en grov eller væsentlig overtrædelse af Udbudsdirektivet.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at angivelsen udbudsbetingelsernes afsnit 1.13 om, at der ved vurderingen af tilbuddene vil blive lagt vægt på prisregulering er forvirrende og uklar. Der er i udbudsbetingelsernes afsnit 3.3. gjort endeligt op med, hvordan prisregulering finder sted. »Prisregulering« er derfor ikke et tilladeligt delkriterium til underkriteriet »Pris«.

Indklagede har gjort gældende, at det anførte om prisregulering måske kan virke forvirrende, men det anførte ville dog ikke forhindre tilbudsgiverne i at afgive et tilbud med faste priser i hele aftaleperioden, hvilket alt andet lige ville have været en fordel for indklagede og et forhold, der kunne have indgået i prisevalueringen.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at det er en følge af indklagedes alvorlige overtrædelser af grundlæggende udbudsretlige regler, at indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Baltic Orthoservice skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er konstateret overtrædelser af udbudsreglerne af en sådan grovhed, at der grundlag for at annullere indklagedes beslutning om tildeling af kontrakt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Ved indklagedes evaluering af tilbuddene har indklagede for så vidt angår klageren med rette taget udgangspunkt i en stykpris på 611 kr. for budnummer 7 i delaftale 2, da det af klagerens tilbud fremgik, at den under budnummer 7 angivne pris var en tillægspris til de øvrige i denne delaftale angivne priser. Indklagede har endvidere med rette indregnet prisreduktionen på 2 % i tilbuddet fra Baltic Orthoservice i delaftale A og B

for dermed at vurdere tilbuddets økonomiske fordelagtighed, også når delaftalerne evalueredes uden forudsætningen om at indgå aftale med samme tilbudsgiver om begge aftaler. Ved denne beregningsmodel undgås den situation, at et tilbud kunne opnå højeste score, når det bedømtes som en enkeltstående delaftale, selv om det samme tilbud havde en lavere pris, når det bedømtes under forudsætningen om en aftale med samme tilbudsgiver om begge delaftaler.

Det har endvidere været sagligt forsvarligt, at indklagede alene lod delaftale B vægte med 10 % af det samlede udbud, idet indklagede har været berettiget til at lægge vægt på den forventede fordeling af ydelser på henholdsvis delaftale A og delaftale B, da den forventede fordeling af omsætningen på hver af delaftalerne klart fremgår af udbudsbetingelserne.

Indklagede har således anvendt en saglig forsvarlig evalueringsmodel og har derfor ikke ved sammenligningen af tilbudsgivernes tilbudspriser tilsidesat Udbudsdirektivet.

Da der ikke i EU-udbudsretten er fastsat krav om, at en udbyder skal lade beregningsmetoder for evalueringen af tilbuddene indgå i udbudsbetingelserne, har indklagede derfor været berettiget til udarbejde og anvende den omhandlede evalueringsmetode til bedømmelse af tilbuddene, ligesom indklagede har været berettiget til at ændre på evalueringsmetodens beregningsprincipper, når der herved opnås en mere retvisende vurdering af »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Herefter, og da Klagenævnet ikke finder grundlag for at tilsidesætte indklagedes øvrige vurdering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 2

Indklagede har i bilag 2 i udbudsbetingelserne for hver delaftale ved såkaldte budnumre nøje angivet de elementer, der skal indgå i hver delaftale. Tilbudsprisen for de enkelte elementer er derpå af indklagede opgjort til prisen for hver delaftale, og tilbudsgivernes tilbud er vurderet i forhold til hinanden for så vidt angår underkriteriet »Pris« med en vægt af 50 % i den samlede bedømmelse.

Når indklagede i udbudsbetingelserne herudover har anmodet om oplysning om »en rabatsats, der tilbydes på produkter, som ligger ud over dem, der er angivet på bilag 2«, har indklagede muliggjort, at der ved bedømmelsen af tilbuddene kan lægges vægt på priser på produkter, der ikke er omfattet af beskrivelsen i udbudsbetingelserne. Dette indebærer dels, at omfanget af den udbudte ydelse må henstå som uklar, dels at en umiddelbar sammeligning af tilbuddene vanskeliggøres eller umuliggøres.

Indklagede har derfor har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2.

Med denne præcisering tages påstanden til følge.

Ad påstand 3

Aftaleperioden for de udbudte aftaler er 1 år, men med mulighed for forlængelse i yderligere 3 år.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes afsnit 3.3. at de tilbudte priser mindst skal være gældende i 12 måneder, og at der herefter kan ske en regulering i forhold til udviklingen i nettoprisindekset. Denne bestemmelse regulerer den situation, at indklagedes medkontrahent måtte have ønsker om en regulering af priserne.

Det er således en konkurrenceparameter, om tilbudsgiverne ønsker en prisregulering eller en fast pris i hele kontraktperioden.

Indklagede har derfor ikke med denne angivelse handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Da det kan lægges til grund, at indklagede ikke har lagt vægt på produkter fra tilbudsgiverne, der ikke fremgår af udbudsbetingelserne, således at den under påstand 2 konstaterede overtrædelse af Udbudsdirektivet ikke har haft konsekvenser for evalueringen af tilbuddene.

Herefter, og da indklagede ikke ud over det om påstand 2 anførte har handlet i strid med Udbudsdirektivet, findes der ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelsernes afsnit 3.2 »Priser« at have anmodet om tilbud på ikke specificerede produkter, idet indklagede anmodede tilbudsgiverne om at oplyse eventuelle rabatter på tilbudsgivers sortiment udover de produkter, som er angivet i tilbudslisten.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1, påstand 3 og påstand 4.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Mette Frimodt Hansen
fuldmægtig