

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Knud Erik Busk, Jørgen Egholm)

J.nr.: 2009-0019364

8. december 2009

K E N D E L S E

Ricoh Danmark A/S

(advokat Troels Wenzel Østergaard, Lyngby)

mod

Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S

(advokat Christian Gregersen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 38-055690 af 23. februar 2009 udbød Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S 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 rammeaftale omfattende levering af printere, kopimaskiner og multifunktionsmaskiner med tilhørende services. Rammeaftalen var opdelt i 6 delaftaler, herunder delaftale 1 vedrørende miljøvenlige printere og multifunktionsmaskiner. Denne sag vedrører delaftale 1. Det fremgik af udbudsbetingelserne, at Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S ville vælge 4 – 8 leverandører inden for delaftalen.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 15. april 2009 havde 9 virksomheder afgivet tilbud, nemlig

1. Atea A/S
2. Canon Danmark A/S
3. Hewlett-Packard ApS
4. Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S
5. Lexmark Danmark, filial af Lexmark Nordic, L.L.C. USA
6. Océ-Danmark A/S
7. Sharp Electronics Danmark, Filial af Sharp Electronics (Nordic) AB Sverige
8. Xerox A/S
9. Ricoh Danmark A/S

Den 5. maj 2009 besluttede indklagede at indgå kontrakt med de 8 førstnævnte tilbudsgivere, men ikke med Ricoh Danmark A/S. Kontrakt blev herefter indgået den 18. juni 2009.

Den 15. maj 2009 indgav klageren, Ricoh Danmark A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 15. juni 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 24. september 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 og Udbudsdirektivets artikel 53 ved for så vidt angår delaftale 1 at anvende en evalueringsmodel, der som selvstændige delkriterier evaluerede bruttopris og rabat, hvilket i relation til underkriteriet »Pris« ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 og Udbudsdirektivets artikel 53 ved i forbindelse med evalueringen af flere tilbud inden for samme segment at anvende en gennemsnitspris for de tilbudte maskiner og ikke prisen på de enkelte maskiner, hvilket i relation til underkriteriet »Pris« ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 og Udbudsdirektivets artikel 53 ved i udbudsbetingelserne ikke at anføre, at driftsøkonomiske forhold i form af de tilbudte produkters elforbrug ville blive tillagt vægt ved opgørelsen af den pris, som indklagede i relation til underkriteriet »Pris« ville lægge vægt på ved vurderingen af tilbuddene efter tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at have evalueret tilbuddene i overensstemmelse med udbudsbetingelserne jf. svaret på spørgsmål 03.30, idet indklagede ved evalueringen ikke lagde vægt på tilbuddenes nettopris.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes tildelingsbeslutning af 5. maj 2009 om at indgå kontrakt med 1. Atea A/S, 2. Canon Danmark A/S, 3. Hewlett-Packart ApS, 4. Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S, 5. Lexmark Danmark, filial af Lexmark Nordic, L.L.C. USA, 6. Océ-Danmark A/S, 7. Sharp Electronics Danmark, Filial af Sharp Electronics (Nordic) AB Sverige, 8. Xerox A/S.

Klageren har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens omstændigheder

Delaftale 1 omfattede levering af multifunktionsmaskiner i 16 forskellige segmenter og printere i 21 forskellige segmenter. Segmenterne var fastsat under hensyn til maskinernes hastighed, således at for eksempel segment 1 for sorte/hvide multifunktionsmaskiner omfattede maskiner med en hastighed på 8 – 19 sider pr. minut, segment 2 maskiner med en hastighed på 20 – 29 sider pr. minut osv.

Af »Rammekontrakt 02.12 Kopi og print« fremgår blandt andet:

»Tilbudsvurderingen

Vurderingen af tilbuddet vil ske ud fra det i nærværende bilag 2 nævnte tildelingskriterie på grundlag af de anførte delkriterier med tilhørende vægtningsfaktorer.

En nærmere beskrivelse af den tilgrundliggende tilbudsevalueringsmetodik fremgår af nærværende bilag 2.

Det konkrete detaljerede indhold af de enkelte delkriterier fremgår af udbudsmaterialets dokumenter. Det vil således i hvert spørgeskema fremgå, under hvilke af de fastsatte delkriterier de enkelte spørgsmål vil blive vurderet under.«

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

1. Pris 40 %

Der var fastsat følgende delkriterier til underkriteriet »Pris«:

a. Rabat	10 %
b. Ydelser	6 %
c. Udstyr	12 %
d. Service	12 %

2. Kvalitet

Der var fastsat følgende delkriterier for underkriteriet »Kvalitet«:

a. Service	3%
b. Specifikation for maskiner	4%
c. Kapacitet	4%
d. IT	4%

3. Sortiment 20%

Der var fastsat følgende delkriterier for underkriteriet »Sortiment«:

a. Antal segmenter	10%
b. Antal tilbudte maskiner i hvert segment	10%

4. Miljø 15%

5. Tillægsydelser 10%

Der var fastsat følgende delkriterier for underkriteriet »Tillægsydelser«:

- | | | |
|----|----------|----|
| a. | Pris | 5% |
| b. | Kvalitet | 5% |

Delkriteriet »Udstyr« er udtryk for prisen på selve maskinerne. Udgifterne til el ved brug af maskinerne indgik i beregningen af prisen. Hvis tilbudsgiverne havde tilbudt flere produkter inden for samme segment, var det den gennemsnitlige pris for de tilbudte maskiner inden for segmentet, som blev anvendt under evalueringen.

Delkriteriet »Service« omhandler prisen på de tilbudte serviceaftaler til maskinerne.

Delkriteriet »Ydelser« omfatter prisen på ekstra ydelser som for eksempel udvidet installationspakke og udvidet brugeruddannelse.

I tilbuddet skulle tilbudsgiverne oplyse, hvilken rabat der kunne opnås indenfor ordrestørrelserne 0 – 99.999 kr., 100.000 – 449.999 kr., 450.000 – 1.499.999 kr., 1.500.000 – 2.999.999 kr., 3.000.000 – 9.999.999 kr., 10.000.000 – 19.999.999 kr. og 20.000.000 kr. og derover.

I forbindelse med evalueringen af delkriteriet »Rabat« beregnede indklagede den gennemsnitlige rabat, således at den tilbudte rabatprocent i hvert af de ovennævnte 7 ordrestørrelsesvinduer blev tildelt samme vægt. Klageren havde for eksempel tilbudt 0 % i rabat på ordrestørrelsesvinduerne 0 – 99.999 kr. og 100.000 – 449.999 kr. samt 5 % rabat på resten. Indklagede beregnede under evalueringen, at klageren havde tilbudt en gennemsnitlig rabat på 3,6 % (25 % divideret med 7 ordrestørrelsesvinduer), og den gennemsnitlige rabat i procent blev sammenlignet med de andre tilbudsgiveres gennemsnitlige rabat i procent.

Det fremgår af klagerens opgørelse af salg af kopimaskiner til indklagede for perioden 2007 til juli 2009, at 49% af klagerens salg befandt sig i ordrestørrelsesvinduet op til 100.000 kr., at 32% af omsætningen befandt sig i ordrestørrelsesvinduet fra 100.000 kr. til 449.999 kr., at 19% af omsætningen befandt sig i ordrestørrelsesvinduet fra 450.000 kr. til 1.499.000 kr., og

at klageren ikke havde haft noget salg omfattet af de 4 resterende ordrestørrelsesvinduer.

Følgende fremgår af udbudsbetingelserne vedrørende vurderingen af tilbuddene:

»Vurdering og udregning

For at kende spændet mellem de afgivne tilbud, identificerer SKI bedste og dårligste tilbud/besvarelse inden for hvert enkelt kriterium. SKI foretager herefter en tilfredshedsvurdering af hvert enkelt tilbud i relation til kriteriet, ud fra en tilfredshedsskala fra 0 til 16 (kun hele tal).

0 = Ikke tilfredsstillende

4 = Mindre tilfredsstillende

8 = Tilfredsstillende

12 = Meget tilfredsstillende

16 = Særdeles tilfredsstillende

Skalaen bliver ikke nødvendigvis anvendt over hele spændet fra 0 til 16, men kan anvendes i mindre intervaller, hvis der ikke er stor forskel på tilfredsheden af bedste tilbud og dårligste tilbud. Er bedste tilbud således kun lidt over tilfredsstillende, kan dette tildeles tilfredshedskaraktoren 9, mens lavest rangerede tilbud, der kun er lidt under tilfredsstillende, kan tildeles tilfredshedskaraktoren 7. Er dårligste tilbud kun 5 % ringere end bedst rangerede, vil et tilbud der ligger midt i mellem (2,5 % ringere end bedste tilbud) opnå tilfredshedskaraktoren 8. Flere tilbud kan opnå samme tilfredshedskarakter.

Herefter har alle tilbud en tilfredshedsværdi i relation til hvert af de ovenfor i afsnit 3 omtalte kriterier, til hvilke der er knyttet et spørgsmål.

På grundlag af tilfredshedsværdien for hvert af de ovenfor i afsnit 3 omtalte kriterier, til hvilke der er knyttet et spørgsmål, og de relative vægte (anført i afsnit 3) udregner SKI's elektroniske udbudsstøtteværktøj automatisk en samlet værdi for hvert af tilbuddene.

De tilbud, som har de højeste værdier, er de økonomisk mest fordelagtige tilbud.«

Det fremgår af rammekontrakten, at det for delaftale 1 gælder, at priserne er faste nettopriser med mulighed for den volumenrabat som leverandøren har angivet. Fakturering skal således ske til den pris, der er angivet af leverandøren med fradrag af de eventuelle anførte rabatter.

Følgende fremgår af kravspecifikationen:

»Delaftale 1 er en fler-leverandøraftale forventeligt med imellem 4 – 8 leverandører. Tilbudsgiver byder ind med det bredest mulige sortiment indenfor de nedenfor angivne rammer. Det er dog ikke en betingelse, at tilbudsgiver kan dække hele sortimentet indenfor disse rammer, men et bredt sortiment tillægges positiv betydning i tilbudsevalueringen.«

Tilbudsgiverne skulle i det tilbudsbilag, hvor blandt andet kontantprisen på maskinerne skulle oplyses, også oplyse omkostningerne til el ved anvendelse af maskinerne.

Indklagede besvarede den 20. marts 2009 følgende spørgsmål:

»Spørgsmål 03.30

0. Generelle tilbudsvilkår

Angående vægtning mellem lav ski pris og lav/ingen koordineringsrabat kontra højere ski og større koordineringsrabat.

Er der i vægtningen af de indkomne tilbud forskel i vurderingen af de to ovenstående scenarier? Er det prisen før eller efter rabat der vægtes på?

Svar:

Begge dele vægtes.«

Klageren blev under indklagedes evaluering tildelt i alt 10,035 point, herunder 3,2425 point for underkriteriet »Pris«. Klagerens tilbud var dermed det tilbud, som fik færrest point.

Michael Nielsen har forklaret, at han i 8 år har været ansvarlig for klagerens nordiske organisation. Det er klagerens erfaring, at den traditionelle SKI-

kunde foretager indkøb i de nederste ordrestørrelsesvinduer, da større indkøb foretages efter et miniudbud eller et selvstændigt udbud. Efter at have læst indklagedes svar på spørgsmål 03.30 var det klagerens opfattelse, at indklagede ville vægte nettoprisen. Klageren valgte at tilbyde flere maskiner indenfor samme segment, da det gav kunderne mulighed for at købe en maskine med ekstra funktioner, uden at det var nødvendigt at gå op i næste segment.

Jens Christian Neuschäfer har forklaret, at han er indkøbs- og driftschef hos indklagede. Indklagede valgte at evaluere på pris og rabat hver for sig, men evalueringen kunne også have været foretaget på anden måde.

Søren Bo Christiansen har forklaret, at han er udbudschef for IT og Tele hos indklagede. Indklagede har ikke vægtet nettoprisen. Der er langt mellem indkøb i de store ordrestørrelsesvinduer, men det var med denne rammekontrakt indklagedes ønske også at støtte de kunder, som ville foretage store indkøb. Indklagedes interne projektgruppe besvarede spørgsmål 03.30. Delaftale 1 skulle være den brede aftale, og indklagede ønskede derfor et bredt sortiment. Det er korrekt, at det ikke står i udbudsbetingelserne, at indklagede ville anvende en gennemsnitspris i de tilfælde, hvor tilbudsgiverne tilbød flere maskiner indenfor samme segment. Indklagede har vægtet det positivt, at tilbudsgiverne tilbød mange produkter, idet antallet af maskiner inden for hvert segment blev vægtet under underkriteriet »Sortiment«.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at den valgte evalueringsmodel ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet indklagedes evaluering af bruttopris og rabat som selvstændige delkriterier indebærer, at en høj listepris og en høj rabat kan give flere point end en lav listepris kombineret med en lav rabat. Den tilbudte rabat burde have været en integreret del af evalueringen af prisen, således at der blev evalueret på reelle nettopriser. Det er endvidere usagligt og ubegrundet, når indklagede i sin evalueringsmodel for delkriteriet »Rabat« har givet point for »den gennemsnitlige rabat«, idet indklagede herved har tillagt den tilbudte rabatsats for de største ordrestørrelsesvinduer samme vægt som rabatsatsen

på de mindste ordrestørrelsesvinduer, uagtet der sjældent afgives ordrer inden for de store ordrestørrelsesvinduer.

Indklagede har gjort gældende, at det ligger inden for indklagedes skønsmæssige beføjelse at træffe afgørelse om den nærmere tilrettelæggelse af udbuddet. Som led i denne tilrettelæggelse har indklagede nødvendigvis udøvet et skøn over, hvordan rammekontrakten og de enkelte delaftaler bedst kunne udbydes, og hvorledes evalueringen skulle foretages. Indklagede valgte for delaftale 1 at anmode om en listepris og en rabatprocent, da det er indklagedes erfaring, at volumenrabat er sædvanlig inden for branchen.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede i udbudsbetingelserne skulle have oplyst, hvorledes prisen ville blive evalueret, herunder at alternative maskiner ville indgå i vurderingen. Tilbudsgiverne havde en begrundet forventning om, at indklagede ville sammenligne tilbudsgivernes billigste model inden for segmentet, og at indklagede ikke - som sket - ville anvende gennemsnitspriser inden for hvert segment. Indklagedes evaluering medførte, at tilbud på alternative maskiner trak evalueringsprisen op.

Indklagede har gjort gældende, at det har været korrekt at anvende en gennemsnitspris for samtlige maskiner inden for segmentet. Tilbudsgiverne måtte således forvente, at prisen på alle de tilbudte maskiner samlet ville blive regnet med, da der ikke fremgik andet i udbudsbetingelserne.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at det er i strid med EU-udbudsreglerne at lade produkters elforbrug, som rettelig vedrører et produkts driftsomkostninger og/eller miljøegenskaber, indgå i vurderingen af et produkts pris. Sådanne omkostninger og/eller egenskaber skal indgå i et særskilt kriterium i henhold til Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a.

Indklagede har gjort gældende, at elforbruget med rette er indgået i prisberegningen. I udbudsbetingelsernes tilbudsformular vedrørende underkriteriet »Pris« har tilbudsgiverne oplyst elforbrug for hver af de maskiner, som

indgik i tilbuddene, og det er det af tilbudsgiverne oplyste elforbrug, som er lagt til grund ved prisberegningen.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke som anført i sin besvarelse af spørgsmål 03.30 har evalueret såvel på prisen før rabat som på prisen efter rabat. Indklagede har således ikke foretaget evaluering i overensstemmelse med besvarelsen af spørgsmålet.

Indklagede har erkendt, at besvarelsen af spørgsmålet ikke er udtømmende og ikke er helt klar. Der blev spurgt, hvorvidt både rabat og pris ville blive vægtet. Indklagede vægtede såvel rabat som pris, og med vægtningen af dem begge foretages – indirekte – en sammenligning af nettoprisen.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet som følge af de grove overtrædelser af udbudsreglerne, som indklagede har begået, skal annullere indklagedes beslutning af 5. maj 2009 om at indgå kontrakt med de 8 andre tilbudsgivere.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke foreligger sådanne fejl eller mangler ved udbuddet, at indklagedes beslutning om tildeling af delaftale 1 skal annulleres.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagede har evalueret på de tilbudte bruttopriser og den gennemsnitlige rabat i procent. Nettoprisen på maskinerne er ikke blevet evalueret, da den tilbudte rabatsats i hvert enkelt ordrestørrelsesvindue ikke er sat i forhold til de tilbudte bruttopriser. Ved at anvende bruttopris og rabat som selvstændige delkriterier har indklagede ikke ved evalueringen kunnet identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Indklagede anvendte under evalueringen af delkriteriet »Udstyr« en gennemsnitspris for de tilbudte maskiner indenfor hvert enkelt segment. Hvis en tilbudsgiver inden for samme segment havde tilbudt en maskine til 6.000 kr. og en maskine med ekstra funktioner til 10.000 kr., anvendte indklagede således en gennemsnitlig pris på 8.000 kr. i evalueringen af delkriteriet »Udstyr«.

Når der særligt henses til, at det i udbudsbetingelserne var fastsat, at et bredt sortiment ville blive tillagt positiv betydning i tilbudsevalueringen, måtte tilbudsgiverne kunne forvente, at indklagede ville sammenligne prisen på en sammenlignelig model i hvert enkelt segment, således at maskiner med ekstra funktioner ikke kunstigt trak prisen op på det billigere produkt. Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 3

Det følger af Udbudsdirektivets artikel 53, at indklagede i udbudsbetingelserne skulle have fastsat, at de tilbudte maskiners el-forbrug ville indgå i evalueringen, da denne oplysning kunne have haft betydning for, hvilke maskiner tilbudsgiverne valgte at lade tilbuddet omfatte. Indklagede har ikke oplyst tilbudsgiverne herom, og det var derfor i strid med gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 og Udbudsdirektivet artikel 53, at indklagede inddrog dette kriterium under evalueringen. Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 4

Det fremgår af indklagedes besvarelse af spørgsmålet, at indklagede ville vægte prisen såvel før som efter rabat (nettoprisen). Indklagede har under evalueringen af tilbuddene vægtet bruttoprisen og den gennemsnitlige rabat i procent, men ikke nettoprisen. Indklagede har således ikke foretaget evalueringen i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, herunder svaret på spørgsmål 03.30. Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 5

Den anvendte evalueringsmodel har som følge af det der er anført ad påstand 1, 2 og 4 været behæftet med en sådan grad af uklarhed og uigennemsigtighed, at den har været uanvendelig til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Dertil kommer, at anvendelsen af modellen har været præget af vilkårlighed og i øvrigt er sket uden iagttagelse af de vilkår, som er oplyst til de bydende i forbindelse med udbuddet. Påstanden tages derfor til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 og Udbudsdirektivets artikel 53 ved for så vidt angår delaftale 1 at anvende en evalueringsmodel, der som selvstændige delkriterier evaluerede bruttopris og rabat, hvilket i relation til underkriteriet »Pris« ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 2

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 og Udbudsdirektivets artikel 53 ved i forbindelse med evalueringen af flere tilbud indenfor samme segment at anvende en gennemsnitspris for de tilbudte maskiner og ikke prisen på de enkelte maskiner, hvilket i relation til underkriteriet »Pris« ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 3

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 og Udbudsdirektivets artikel 53 ved i udbudsbetingelserne ikke at anføre, at driftsøkonomiske forhold i form af de tilbudte produkters elforbrug ville blive tillagt vægt ved opgørelsen af den pris, som indklagede i relation til underkriteriet »Pris« ville lægge vægt på ved vurderingen af tilbuddene efter tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 4

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at have evalueret tilbuddene i overensstemmelse med svaret på spørgsmål 03.30, idet indklagede ved evalueringen ikke lagde vægt på tilbuddenes nettopris.

Indklagedes beslutning af 5. maj 2009 om at indgå kontrakt med 1. Atea A/S, 2. Canon Danmark A/S, 3. Hewlett-Packard ApS, 4. Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S, 5. Lexmark Danmark, filial af Lexmark Nordic, L.L.C. USA, 6. Oce-Danmark A/S, 7. Sharp Electronics Danmark, Filial af Sharp Electronics (Nordic) AB Sverige, 8. Xerox A/S, annulleres.

Indklagede, Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S, skal i sagsomkostninger til klageren, Ricoh Danmark A/S, betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig