

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Gorm K. Elikofer, Annette Jacobsen)

J.nr.: 2009-0018712

16. juni 2009

K E N D E L S E

Tødin A/S

(advokat Peter Lund Meyer, København)

mod

Tønder Kommune

(advokat René Offersen, København, ved advokatfuldmægtig Mikala Schøning Berg)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2008/S 214-285107 af 30. oktober 2008 udbød Tønder Kommune som offentlig udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en aftale angående levering af diabetesprodukter.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 11. december 2008 havde klageren, Tødin A/S, og Kirudan A/S afgivet tilbud. Den 5. februar 2009 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Kirudan A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 15. april 2009.

Den 13. februar 2009 indgav klageren, Tødin A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Tønder Kommune. 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 2. marts 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 4. maj 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet ved under vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Sortiment« at have vurderet tilbuddene i forhold til hinanden og ikke i forhold til det nævnte underkriterium, uagtet at underkriteriet »Sortiment« er et kvalitativt underkriterium.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet ved under vurderingen af tilbuddene i forhold til underkriteriet »Sortiment« at have foretaget en kvantitativ vurdering af de tilbudte sortimenter i stedet for en kvalitativ vurdering heraf.

Påstand 3 (mere subsidiær i forhold til påstand 2)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet ved ikke i udbudsbetingelserne at fastsætte, at vurderingen af tilbuddene i forhold til underkriteriet »Sortiment« udelukkende ville ske på grundlag af antallet af tilbudte varenumre.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved ikke i udbudsbetingelserne at have foretaget en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af de diabetesprodukter, som indklagede ønskede tilbud på, idet de udbudte diabetesprodukter alene var anført som »produktkategorier«.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og gennemsigtighedsprincippet ved ikke i udbudsbetingelserne at fastsætte forbrugsstatistik for det udbudte sortiment, uagtet at tilbudsgiverne som følge heraf ikke havde noget grundlag for at foretage priskalkulation af tilbudte enhedspriser.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet ved under vurderingen af

tilbuddene i henhold til underkriteriet »Pris« ikke at have lagt vægt på tilbudte enhedspriser i tilbuddene fra Kirudan A/S og klageren på varenumre, som ikke var identiske.

Påstand 7

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 3. februar 2009 om at indgå kontrakt med Kirudan A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens omstændigheder

I udbudsbetingelserne er der blandt andet anført følgende:

»

2. Udbuddets omfang

Der ønskes tilbud på diabetesprodukter der er bevilget med direkte levering til brugere i eget hjem i kommunen, og levering til beboere på kommunale ældreinstitutioner.

Det samlede forbrug af produkter omfattet af udbuddet udgør på årsbasis ekskl. moms ca. 2,7 mill. dkr. fordelt på ca. 824 brugere.

Det angivne forbrug er baseret på historik over 2007 tal og kan variere meget. Ethvert forbrug afhænger af behovet ifølge de til enhver tid udstedte bevillinger til brugere, der får leveret diabetesprodukter og tilhører i henhold til gældende servicelov.

Produkterne skal anvendes indenfor kommunens bevillingsområde, herunder hjemmeplejen.

...

4. Kravspecifikation

Diabetesprodukter

o Der ønskes tilbud på et bredt sortiment af diabetesprodukter.

...

5. Tildelingskriterier

Det økonomisk mest fordelagtige tilbud for Tønder Kommune vil blive valgt ud fra følgende tildelingskriterier:

Kriterier	Prioritet	Vægtning i procent
Pris	1	70 %
Sortiment	2	20 %
Leverings- og bestillingssystem	3	5 %
Miljø	4	5 %

Pris

Der ønskes tilbud på nævnte diabetesprodukter. Bilag 3

Sortiment

Den leverandør som kan tilbyde det bredeste sortiment – vil få den højeste score. Bilag 3

...

«

Udbudsbetingelsernes bilag 3 er et tilbudsskema, som tilbudsgiverne skulle udfylde og vedlægge deres tilbud. Skemaet ser ud som følgende:

Betegnelse	Producents varenum- mer	Forhandle- rens vare- nummer	Listepris i kr. pr. stk.	Rabat på Li- stepris i %	Nettopris (tilbudspris) i kr. pr. stk.
Insulinpenne til flergangsbrug					
Insuflon					
Kanyler, fra 0,23 x 6 mm til 0,36 x 12 mm					
Blodsuktermåle- apparater					
Teststrimler til må- ling af blodsukker. Angiv i forskellige æskestørrelser					
Urinstiks til måling af: ketonstoffer, glucose, Methylke- ton og protein					

Hjælpeudstyr til blodprøvetagning: fingerprikkepen					
Hjælpeudstyr til blodprøvetagning: engangsfingerprikker					
Hjælpeudstyr til blodprøvetagning: Lancetter					

Under skemaet var det anført, at den tilbudsgiver, som kunne tilbyde det bredeste sortiment, ville få den højeste score, og at tilbudsgiverne skulle oplyse alle de varer, de tilbød, inden for hvert segment på skemaet.

Kirudan A/S anførte 126 produkter på tilbudslisten. Indklagede har ved en efterfølgende kontroloptælling konstateret, at 2 produkter er opført 2 gange, og at der således kun er tale om 124 forskellige produkter. Klageren anførte 86 produkter på tilbudslisten.

Evalueringen af tilbuddene efter underkriteriet »Sortiment« er foregået med udgangspunkt i, at klageren havde tilbudt 86 varenumre og Kirudan A/S 124 varenumre. Tilsammen havde de to tilbudsgivere altså tilbudt 210 varenumre. Tilbuddet fra klageren blev således – før vægtning med 20 % - tildelt 86/210 ud af 100 point, mens Kirudan A/S tilsvarende blev tildelt 124/210 ud af 100 point.

Evalueringen af underkriteriet »Pris« er foretaget på den måde, at indklagede har sammenlignet prisen på de diabetesprodukter, som 1) indklagede havde indkøbt i 2008, og 2) som begge tilbudsgivere tilbød i deres tilbud. Indklagede sammenlignede således tilbudsgivernes pris på 58 af de diabetesprodukter, som kommunen havde indkøbt i 2008.

Indklagede beregnede en samlet pris for et års forbrug (svarende til indklagede indkøb i 2008) af de 58 diabetesprodukter for hver af tilbudsgiverne. Klagerens pris var 868.024,15 kr., og Kirudans pris var 845.719,66 kr.

Indklagede har under den mundtlige forhandling erkendt, at indklagede ved en fejl anvendte varenummeret 70785 i stedet for varenummeret 98782 ved prissammenligningen af produktet »Precision-X-tra Plus Elektroder 50 stk«. Der er enighed mellem parterne om, at Kirudan A/S's tilbud er yderligere

15.855 kr. billigere end klagerens tilbud, såfremt varenummeret 98782 anvendes i prissammenligningen.

Indklagede har under den mundtlige forhandling ligeledes erkendt, at 2 diabetesprodukter er indgået i prissammenligningen ved en fejl, da produkterne ikke blev tilbudt af Kirudan A/S. Det drejer sig om »One touch Ultra komplet« og »Microfil stix til Ascencia, contour 50 stk«. Klagerens pris på indklagedes årlige forbrug af disse 2 varer var 5.061,03 kr.

Indklagedes pointfordeling for underkriteriet »Pris« tog udgangspunkt i, at gennemsnitsprisen for de 2 tilbud udløste 50 point. Da klagerens tilbud var 11.152,25 kr. dyrere end gennemsnitsprisen, fik klagerens tilbud 50 point minus 0,65 point (11.152,25 kr. divideret med gennemsnitsprisen pr. point) før vægtningen med 70 %.

Det fremgik af klagerens tilbud af 8. december 2008, at klageren på tidspunktet for tilbudsafgivelsen havde cirka 340 varenumre i sit varekatalog.

Ved brev af 3. februar 2009 meddelte indklagede, at indklagede havde modtaget 2 tilbud, og at indklagede ikke kunne gøre brug af klagerens tilbud. I brevet blev oplyst, at klageren i forbindelse med indklagedes evaluering havde fået 52,32 point fordelt med 34,54 point på »Pris«, 8,11 point på »Sortiment«, 4,67 point på »Leverings- og bestillingssystem« og 5 point på »Miljø«. Kirudan A/S havde opnået 56,51 point fordelt med 35,46 point på »Pris«, 11,89 point på »Sortiment«, 4,17 point på »Leverings- og bestillingssystem« og 5 point på »Miljø«.

Indklagede har under klagesagen foretaget en ny pointtildeling for så vidt angår underkriteriet »Sortiment«, da indklagede blev opmærksom på, at Kirudan A/S havde tilbudt 124 forskellige produkter i stedet for 126. Under den nye pointtildeling er klageren blevet tildelt 8,19 point på »Sortiment«, og Kirudan A/S er blevet tildelt 11,81 point.

Ole Nielsen har bl.a. forklaret, at han er afdelingsleder hos klageren. Han har arbejdet med diabetesprodukter i 10 år. Klageren skrev ikke alle sine ca. 340 varenumre på tilbudsskemaet, da man foretog en kvalitativ vurdering af de produkter, som blev skrevet på skemaet. Klageren har således stor erfaring med, hvilke produkter diabetespatienter helst vil bruge, og der er fx

nogle lancetter, som slår hårdere end andre. Klagerens varekatalog kan fuldt ud matche Kirudans varekatalog.

Tom Wienke har bl.a. forklaret, at han er indkøbschef i Tønder Kommune. I forbindelse med kommunalreformen blev flere kommuner sammenlagt til Tønder Kommune. Det sundhedsfaglige personale i de tidligere kommuner var vant til at anvende forskellige produkttyper, og indklagede har lagt vægt på, at personalet også efter dette udbud kan anvende de produkter, som de er vant til. Indklagede ønskede derfor et så bredt sortiment som muligt. I forbindelse med evalueringen af tilbuddene efter underkriteriet »Sortiment« fandt indklagede frem til de varer, som kunne sammenlignes ved at sammenligne producentvarenummer, alternativt tilbudsgivernes beskrivelse af varen. Hvis der stadig var tvivl, kontaktede indklagede kommunens diabetessygeplejerske eller tilbudsgiverne.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet ved den valgte evalueringsmetode har vurderet de to tilbud i forhold til hinanden og ikke i forhold til underkriteriet »Sortiment«.

Indklagede har gjort gældende, at det fremgår klart af udbudsbetingelserne, at den, som »kan tilbyde det bredeste sortiment vil få den højeste score«. Underkriteriet »Sortiment« er et kvantitativt kriterium, og det har derfor ikke været i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet at evaluere de to tilbud som sket. Ved et kvantitativt tildelingskriterium er en relativ pointtildeling ikke ulovlig.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved udelukkende at vurdere de tilbudte sortimenter kvantitativt handlede i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet, da underkriteriet »Sortiment« er et kvalitativt underkriterium, som forudsætter, at beskaffenheden af de tilbudte sortimenter skal vurderes kvalitativt og ikke kvantitativt.

Indklagede har gjort gældende, at underkriteriet »Sortiment« er et kvantitativt kriterium, da det fremgår af udbudsbetingelserne, at der alene lægges vægt på sortimentsbredden, og da det præciseres, at samtlige varer, der tilbydes, skal anføres på tilbudsskemaet.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at tilbudsgiverne ikke havde nogen mulighed for at vide, at indklagede slet ikke ville foretage nogen kvalitativ bedømmelse af de tilbudte varenumre. Indklagede skulle have oplyst tilbudsgiverne om den afgørende betydning, som indklagede ville tillægge antallet af tilbudte varenumre i det tilbudte sortiment.

Indklagede har gjort gældende, at det med al tydelighed fremgår af udbudsbetingelserne, at underkriteriet »Sortiment« ville blive bedømt ud fra, hvor mange produkter tilbudsgiverne anførte på tilbudslisten, og indklagede har således tydeligt tilkendegivet at ville foretage en kvantitativ vurdering.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede i kravspecifikationen alene havde fastsat, at der »ønskes tilbud på et bredt sortiment af diabetesprodukter«, og i tilbudsskemaet var der alene anført en række produktkategorier. De udbudte ydelser var ikke yderligere specificeret. Indklagede overlod det således til tilbudsgiverne at beslutte, hvilke produkter de ville afgive tilbud på.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har givet en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af det udbudte, idet det tydeligt fremgik, at indklagede ønskede det bredest mulige sortiment af diabetesprodukter. Hvis indklagede havde specificeret, hvilke produkter der ønskedes tilbud på, ville indklagede kun kunne have efterspurgt produkter, som indklagede på forhånd havde kendskab til. Dette ville have medført, at kommunen ikke havde fået tilbud på det bredest mulige sortiment.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede handlede i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og gennemsigtighedsprincippet, da tilbudsgiverne i realiteten ikke havde nogen mulighed for at kalkulere deres enhedspriser, fordi indklagede ikke oplyste tilbudsgiverne om sin forbrugsstatistik for de udbudte diabetesprodukter.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, da en ordregiver ikke er forpligtet til at oplyse tilbudsgiverne om sine forbrugsstatistikker. Indklagede har desuden behandlet tilbudsgiverne lige, idet ingen tilbudsgivere har fået statistikken.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet, da et alt for stort antal varenumre ikke indgik i evalueringen af underkriteriet »Pris«.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede havde valgt en metode, hvor de identiske produkters pris sammenlignes. Dette er i overensstemmelse med det, der er fastsat i udbudsbetingelserne, og inden for rammerne af det skøn, som ordregiveren har. Tilbudsgiverne er blevet behandlet lige, og den valgte metode er fulgt konsekvent.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at de påberåbte overtrædelser af udbudsreglerne er væsentlige, og at de i afgørende grad har haft indvirkning på udfaldet af tilbudssammenligningen for så vidt angår underkriterierne »Sortiment« og »Pris«.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen. Klageren har ikke påvist, at klagerens tilbud ville have været det økonomisk mest fordelagtige, eller at klageren ville have afgivet et andet tilbud, der ville have været det økonomisk mest fordelagtige, såfremt de pågældende forhold havde været anderledes.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1 – 3

Det anføres i udbudsbetingelsernes beskrivelse af underkriteriet »Sortiment« og i teksten i tilbudsskemaet, at den tilbudsgiver, som kunne tilbyde det bredeste sortiment, ville få den højeste score. Indklagede har derved klart fastslået, at der ved evalueringen af underkriteriet »Sortiment« alene ville blive lagt vægt på bredden af sortimentet. Det fremgår udtrykkeligt af tilbudsskemaet, at tilbudsgiverne skulle oplyse alle de varer, som de tilbød. Indklagedes oplysning om, at der ville blive lagt vægt på bredden i sortimentet, kan herefter ikke forstås på anden måde, end at indklagede ville lægge vægt på antallet af tilbudte diabetesprodukter.

Påstand 1 – 3 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

De udbudte diabetesprodukter var i tilbudsskemaet blandt andet beskrevet som insulinpenne til flergangsbrug, kanyler fra 0,23 x 6 mm til 0,36 x 12 mm og urinstiks til måling af ketonstoffer, glucose, methylketon og protein. Beskrivelserne af de udbudte varer var tilstrækkelig til at identificere de typer diabetesprodukter, som indklagede ønskede tilbud på, og påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

Indklagede oplyste i udbudsbetingelserne vedrørende udbuddets omfang, at det samlede forbrug af produkter omfattet af udbuddet udgjorde ca. 2,7 mio. kr. på årsplan. Denne oplysning var egnet til at give tilbudsgiverne et billede af omfanget af indklagedes indkøb af diabetesprodukter. Herefter, og da der ikke af EU-udbudsretten kan udledes noget krav om, at en ordregiver oplyser tilbudsgiverne om omfanget af tidligere indkøb af lignende produkter, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 6

Indklagede har i forbindelse med evalueringen af underkriteriet »Pris« alene sammenlignet prisen på identiske varer, som begge tilbudsgivere havde til-

budt. Da tilbudsgiverne ikke fuldt ud tilbød de samme varer, medførte indklagedes evaluering, at indklagede kun evaluerede prisen på 58 forskellige diabetesprodukter, selvom klageren og Kirudan A/S tilbød henholdsvis 86 og 124 forskellige diabetesprodukter. Klagenævnet finder ikke, at denne fremgangsmåde er i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip, da indklagedes evaluering blev foretaget på grundlag af prisen for mere end halvdelen af de diabetesprodukter, som klageren tilbød. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 7

Som følge af det, der er anført ad påstand 1 – 6, tager Klagenævnet ikke påstand 7 til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig