

K E N D E L S E

BabySam A/S
(advokat Anders Nørgaard Jensen, København)

mod

Jysk Fællesindkøb ved Viborg Kommune
(advokat Thomas Thorup Larsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 163-291680 af 22. august 2014 udbød indklagede, Jysk Fællesindkøb ved Viborg Kommune (Jysk Fællesindkøb), som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale om levering af barnevogne, klapvogne og krybber. Rammeaftalen var opdelt i 2 delaftaler – delaftale 1 omfattede tvillingebarnevogne med og uden motor og delaftale 2 omfattede krybber, barnevogne og klapvogne. Tildelingskriteriet var ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” med underkriterierne ”Pris”, der vægtede 60 %, og ”Kvalitet”, der vægtede 40 %.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 6. oktober 2014 havde bl.a. klageren, BabySam A/S (BabySam), afgivet tilbud. Den 3. november 2014 meddelte Jysk Fællesindkøb, at ingen af de modtagne tilbud var konditionsmæssige. Jysk Fællesindkøb annullerede derfor udbuddet og iværksatte i stedet udbud med forhandling i medfør af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a.

Ved udløbet af fristen for at afgive nyt tilbud den 2. december 2014 havde bl.a. BabySam og EL-Let ApS afgivet tilbud. Den 11. december 2014 be-

sluttede Jysk Fællesindkøb at indgå kontrakt med EL-Let ApS.

Den 17. december 2014 indgav BabySam klage til Klagenævnet for Udbud over Jysk Fællesindkøb. BabySam fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 16. januar 2015 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Denne klagesag vedrører kun delaftale 1 – tvillingebarnevogne med og uden motor

BabySam har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Jysk Fællesindkøb har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved under tilbudsevalueringen at lægge vægt på følgende mindstekrav, der som følge af deres udtømmende karakter ikke kunne indgå ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Kvalitet” til identifikation af det økonomisk mest fordelagtige tilbud:

- a) ”Håndtag/strop på siden af barnevognen” for produktet, ”tvillingebarnevogn uden motor”,
- b) ”Håndtag/strop på siden af barnevognen” for produktet, ”tvillingebarnevogn med motor”,
- c) ”Ryglæn til siddende børn” for produkterne, ”tvillingebarnevogn uden motor” og ”tvillingebarnevogn med motor”,
- d) ”Vinterbeskyttelse af batteri” for produktet, ”tvillingebarnevogn med motor” for produktet, ”tvillingebarnevogn med motor”,
- e) ”Friløb på motoren” for produktet, ”tvillingebarnevogn med motor”,
- f) ”Aktivering af 2 kontakter ved opstart for produktet, ”tvillingebarnevogn med motor”.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved under tilbudsevalueringen at lægge vægt på følgende delkriterier,

uanset at disse ikke var oplyst i udbudsbetingelserne:

- a) ”Håndtag/strop på siden af barnevognen” for produktet, ”tvillingebarnevogn uden motor”
- b) ”Ryglæn til alle 4 siddende børn” for produktet, ”tvillingebarnevogn uden motor”,
- c) ”Farlige åbninger i kurven til børnenes fødder” for produktet, ”tvillingebarnevogn uden motor”,
- d) ”Håndtag/strop på siden af barnevognen” for produktet, ”tvillingebarnevogn med motor”,
- e) ”Vinterbeskyttelse af batteri” for produktet, ”tvillingebarnevogn med motor” for produktet, ”tvillingebarnevogn med motor”,
- f) ”Friløb på motoren” for produktet, ”tvillingebarnevogn med motor”,
- g) ”Aktivering af 2 kontakter ved opstart for produktet, ”tvillingebarnevogn med motor”,
- h) ”Ryglæn til alle 4 siddende børn” for produktet, ”tvillingebarnevogn med motor”,
- i) ”Farlige åbninger i kurven til børnenes fødder” for produktet, ”tvillingebarnevogn med motor”.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Jysk Fællesindkøbs beslutning af 11. december 2014 om at tildele rammeaftalen til EL-Let ApS.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Jysk Fællesindkøb er et indkøbsfællesskab mellem kommunerne Favrskov, Haderslev, Mariagerfjord, Norddjurs, Rebild, Skanderborg, Skive, Syddjurs og Viborg. Af udbudsbekendtgørelsen fremgår bl.a.:

”Udbuddet vedrører levering af barnevogne, klapvogne og krybber til Indkøbsfællesskabet Jysk Fællesindkøb (JYFI). Udbuddet omfatter følgende kommuner:

- Viborg Kommune
- Rebild Kommune
- Mariagerfjord Kommune
- Skive Kommune
- Syddjurs Kommune.

Som part i Jysk Fællesindkøb forbeholder Haderslev, Favrskov, Skanderborg og Norddjurs Kommuner sig retten til at tilslutte sig aftalerne i løbet af aftaleperioden.”

I udbudsbetingelserne er anført følgende:

” ...

2.9 Vareprøver

Til brug for vurdering af de kvalitative underkriterier af de indkomne tilbud skal Tilbudsgiver i forbindelse med tilbuddet stille vareprøver til rådighed til Ordregiver i den i afsnit 2.10 Afprøvning afgivne periode.

...

Der skal endvidere vedlægges produktdatablad og brugsanvisning sammen med vareprøven. Brugsanvisningen skal indeholde informationer, som beskrevet i kravspecifikationens punkt 4.1.1. Vareprøverne skal stemme overens med det tilbudte.

Afprøvning af barnevogne vil primært foregå udendørs.

...

2.20 Tildelingskriterium

Rammeaftalen vil blive tildelt de tilbudsgivere, der afgiver de for Jysk Fællesindkøb økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet følgende delkriterier, med angivelse af vægtning, lægges til grund for tilbudsvurderingen:

Underkriterier	Vægtning i procent
Pris	60 %
Kvalitet	40 %

Pris

Prissammenligningen vil blive foretaget som en beregning af det årlige estimerede forbrug gange med de tilbudte nettopriser.

Tilbud skal afgives ved udfyldelse af tilbudslisten (bilag 7).

- Nettopriser, tilbuddet skal afgives i form af nettopriser i danske kr. ekskl. moms, men inkl. alle øvrige afgifter.

Kvalitet

Underkriteriet kvalitet vil blive vurderet som en samlet helhedsvurdering af de tilbudte produkter, samt ud fra en konkret kvalitetsvurdering af medsendte vareprøver, jf. punkt 2.9.

Tilbudsgiver skal i tilbudslisten udfylde en beskrivelse af de tilbudte produkter herunder varenummer, producent og producentnavn.

Kvalitetsvurderingen vil blive foretaget ud fra et fagligt skøn af fagpersonale, som dagligt beskæftiger sig med brugen af barnevogne, klap-

vogne og krybber.

I vurderingen vil der særligt blive lagt vægt på funktionalitet og egen-
skab.

...

Af udbudsbetingelsernes kravspecifikation fremgår følgende:

”4. Kravspecifikation

Kravspecifikationen definerer Ordregivers mindste krav til de udbudte
produkter og ydelser.

...

4.2 Produktspecifikke krav

4.2.1 Delaftale 1 – Tvillingebarnevogne med og uden motor

- Alle barnevogne skal leveres med overlæder, varekurv, fodvippe og madras tilhørende barnevognstypen.

4.2.1.2 Stel

- ...
- Der skal være monteret eller mulighed for at montere håndtag eller strop på siden af vognen. I tilfælde af, at den ikke er monteret, skal stroppen/håndtaget følge med.

4.2.1.3 Hjul

- Punkterresistente dæk monteret på fælg.
- Fælg/eger skal være pulverlakeret eller lignende, der sikrer mod rustdannelse.
- 4 hjul, der kan af- og påmonteres.

4.2.1.4 Barnevognskasse / Kaleche

- Der skal være plads til 2 liggende eller minimum 4 siddende børn.
- Inder- og yderbetræk skal være i Skai eller tilsvarende materiale.
- Betrækket skal kunne aftørres.
- Betrækket skal kunne tåle at blive aftørret med desinficerende midler.
- Bunden skal være i hårdt, ikke fugtsugende materiale.
- Der skal være monteret seleringe. Disse skal være placeret, så 4 siddende eller 2 liggende børn kan være fastspændt.
- Kalechen skal være foldbar.
- Det skal være muligt at udskifte kassen, hvis den går i stykker.

...

4.2.1.6 Overlæder

- Overlæderet skal være i Skai eller tilsvarende materiale.
- Overlæderet skal passe til den tilbudte barnevogn.
- Overlæderet skal kunne fastspændes på barnevognen/barne-

vognskalechen.

4.2.1.7 Kun gældende for tvillingebarnevogne med motor

- Motor skal være påmonteret tvillingebarnevogn.
- Der skal medgives en mundtlig instruktion til den enkelte institution/dagpleje, max 8 arbejdsdage efter levering af ny vogn. Instruktionen skal indeholde information om: hvordan man kører med vognen, hvordan den generelt fungerer samt vedligeholdelse/rengøring.
- Ved nedbrud af motorvogn indenfor garantiperioden, skal vognen igen være kørende indenfor 3 arbejdsdage/hverdage. Såfremt dette ikke kan lade sig gøre, skal der tilbydes en lånevogn. Tid[s]punkt for reparation aftales med den enkelte dagpleje/institution.

...”

Tilbudsgiverne havde mulighed for at stille spørgsmål til udbudsbetingelserne under udbuddet. Jysk Fællesindkøb besvarede bl.a. følgende spørgsmål:

”Spørgsmål 2:

Vil I præcisere hvad der forstås ved funktionalitet og egenskab, jf. vurderingen af kvalitet?

Hvordan vil funktionalitet og egenskab blive evalueret?”

Jysk Fællesindkøb svarede:

”Fagpersonalet vil vurdere produkterne ud fra de dagligdags situationer de oplever i deres hverdag. Herunder blandt andet hvordan barnevognene kører med vægt, hvordan man får barnet op og ned samt hvordan barnevognene er at betjene.”

Jysk Fællesindkøb har under klagesagen oplyst, at Jysk Fællesindkøb ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Kvalitet” gennemførte en vurdering, som inddrog 48 delkriterier/fokuspunkter, der alle relaterede sig til de tilbudte barnevogne. Det fremgår af et fremlagt bilag, at delkriterierne var inddelt under overskrifterne ”Generelle krav”, ”Stel”, ”Hjul”, ”Barnevognskasse/kaleche”, ”Overlæder” og ”Funktionelle krav, udover mindstekrav”. Disse var ens for tvillingebarnevogne med og uden motor. For tvillingebarnevogne med motor var der fastsat særlige delkriterier under overskriften ”Tvillingebarnevogn med motor”.

Under overskriften ”Stel” for tvillingebarnevogne med og uden motor var bl.a. fastsat følgende delkriterium:

”Er håndtaget/stroppen på siden af barnevognen en god løsning? (Højde, længde, materiale)”

Under overskriften ”Funktionelle krav, udover mindstekrav” for tvillingebarnevogne med og uden motor var bl.a. fastsat følgende delkriterier:

”Alle sæder/pladser skal have et ryglæn på min. 38 cm”

”Er der farlige åbninger i kurven til børnenes fødder?”

Under overskriften ”Tvillingebarnevogn med motor” var bl.a. fastsat følgende delkriterier:

”Er batteriet let at tage af/er det muligt let at vinterbeskytte batteriet?”

”Kan motoren sættes i friløb? (Er det nemt at gøre, virker det optimalt)”

”Er det let at aktivere de 2 kontakter ved opstart? (sidder knapperne optimalt, er de hårde at trykke ind)”

Fristen for at afgive tilbud var den 6. oktober 2014. Jysk Fællesindkøb meddelte den 3. november 2014, at alle afgivne tilbud var ikke-konditions-mæssige, og at Jysk Fællesindkøb derfor havde besluttet at overgå til forhandling i henhold til udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a. Af meddelelsen til BabySam fremgår bl.a.:

”Vi har gennemlæst jeres tilbud og afprøvet jeres produkter, hvorefter vi har konstateret, at tilbuddet er ukonditions-mæssigt, da I ikke lever op til et mindstekrav.

Ligeledes konstaterede vi, at ingen af de indkomne tilbud overholder kravene i udbudsmaterialet på alle punkter. Ordregiver har derfor ikke mulighed for at antage nogen af de indkomne tilbud, og udbuddet vedrørende delaftale 1 aflyses.

Udbuddet med forhandling:

Der iværksættes derfor udbud med forhandling med de tilbudsgivere, der har afgivet tilbud i forbindelse med det nu aflyste udbud, hvilket sker i overensstemmelse med proceduren i artikel 30, stk. 1, litra a) i

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004.

Det samlede udbudsmateriale fra det nu aflyste udbud, som fremsendt den 27. august 2014, jeres tilbud af 6. oktober 2014 samt dette brev udgør grundlaget for udbuddet med forhandling. Forhandlingerne kan ikke medføre, at der sker væsentlige eller grundlæggende ændringer af de krav, der fremgår af forannævnte materiale.

Vi håber, I vil deltage i udbuddet med forhandling.

Procedure for forhandling:

Forhandling vil blive afholdt ved direkte skriftlig kontakt mellem den enkelte tilbudsgiver og ordregiver.

Ordregiver specificerer for hver tilbudsgiver, hvilke konkrete ukonditionsmæssigheder, som tilbudsgivers tilbud indeholder (se nedenfor).

Tilbudsgiver kan i forbindelse med forhandlingen fremsende sine kommentarer og eventuelle spørgsmål til udbuddet med forhandling til ordregiver.

Ordregiver udarbejder på baggrund af alle ordregiveres kommentarer og spørgsmål et notat med tilføjelser og fravigelser til udbudsmaterialet. Alle ordregivere modtager enslydende notat.

Tilbudsgiver indsender herefter et revideret tilbud på grundlag af det oprindelige udbudsmateriale inkl. kravspecifikation for delaftale 1 samt ovennævnte notat fra ordregiver. Det er muligt at tilbyde nye produkter, hvis tilbudsgiver ønsker det.

Der gøres opmærksom på, at det tilbud, der skal gives til udbuddet med forhandling ikke skal være et komplet nyt tilbud, men at tilbuddet blot skal supplere det tidligere fremsendte tilbud på de punkter, hvor tilbuddet er ukonditionsmæssigt. Der kan kun gives nyt tilbud på delaftale 1 (levering af tvillingebarnevogne med og uden motor).

Ordregiver vurderer de tilbud, der afgives til udbuddet med forhandling. Tilbudsevalueringen vil ske på grundlag af det oprindelige udbudsmateriale og ordregivers notat med tilføjelser og fravigelser til det oprindelige udbudsmateriale samt afprøvning (se nedenfor).

Ordregiver forbeholder sig retten til at gentage ovenstående procedure indtil der foreligger mindst et antageligt tilbud.

Det understreges, at manglende deltagelse i forhandlingen vil medføre,

at det modtagne tilbud afvises som ukonditionsmæssigt.

Forhandlingstema

Ordregiver har i det oprindelige udbudsmateriale som mindstekrav bl.a. stillet krav om, at samtlige produkter lever op til danske/europæiske standarder og sikkerhedskrav, herunder DS/EN 1888.

I forbindelse med forhandlingen ønsker ordregiver tilbudsgivernes input til, om det er muligt for tilbudsgiver at tilbyde tvillingebarnevogne, der lever op til dette krav, når produktet ligeledes skal kunne bruges som klapvogn (med 4 siddende børn).

Herunder om det gør nogen forskel, hvis ordregiver fraviger nedenstående to krav efter DS/EN 1888 som mindstekrav:

* Ryglæn på min. 38 cm, til hvert barn.

* Integrerede seler, der kan anvendes til 4 siddende børn.

...

Fejl og mangler:

Vi kan oplyse, at jeres tilbud af 6. oktober 2014 er ukonditionsmæssigt på grund af følgende:

- De tvillingebarnevogne I har tilbudt lever ikke op til kravet efter DS/EN 1888 om ryglæn på min. 38 cm, hvilket efter vores oplysninger skal tages i betragtning, når barnevognen anvendes som klapvogn.
- De tvillingebarnevogne I har tilbudt lever ikke op til kravet efter DS/EN 1888 om 4 integrerede seler, hvilket efter vores oplysninger skal tages i betragtning, når barnevognen anvendes som klapvogn.

Vi håber, at udbuddet med forhandling fører til, at der afgives konditions-mæssige tilbud.”

Jysk Fællesindkøb udarbejdede et notat af 19. november 2014, som – sammen med de oprindelige udbudsbetingelser – udgjorde de reviderede udbudsbetingelser under udbuddet med forhandling. Følgende fremgår af notatet:

” ...

Dette notat er udarbejdet på baggrund af de spørgsmål og tilkendegivelser, som Ordregiver har modtaget fra Tilbudsgiverne. Samtlige Tilbudsgivere modtager enslydende notat.

Ordregiver har valgt at gennemføre udbud med forhandling på baggrund af udbudsmaterialet af 27. august 2014 med følgende ændringer:

...

I stedet for udbudsmaterialets pkt. 4.2.1.4:

- Der skal være plads til 2 liggende eller minimum 4 siddende børn.
- Inder- og yderbetræk skal være i Skai eller tilsvarende materiale.
- Betrækket skal kunne aftørres.
- Betrækket skal kunne tåle at blive aftørret med desinficerende midler.
- Bunden skal være i hårdt, ikke fugtsugende materiale.
- Der skal være monteret seleringe. Disse skal være placeret, så 4 siddende eller 2 liggende børn kan være fastspændt.
- Kalechen skal være foldbar.
- Det skal være muligt at udskifte kassen, hvis den går i stykker.

Læses:

- Der skal være plads til 2 liggende eller minimum 4 siddende børn.
- Der skal være ryglæn til siddende børn. Ordregiver fraviger krav efter DS/EN 1888:2012 om minimum 38 cm ryglæn.
- Inder- og yderbetræk skal være i Skai eller tilsvarende materiale.
- Betrækket skal kunne aftørres.
- Betrækket skal kunne tåle at blive aftørret med desinficerende midler.
- Bunden skal være i hårdt, ikke fugtsugende materiale.
- Der skal som minimum være monteret seleringe. Disse skal være placeret, så henholdsvis 4 siddende og 2 liggende børn kan være fastspændt. Ordregiver fraviger krav efter DS/EN 1888:2012 om integrerede seler.
- Kalechen skal være foldbar.
- Det skal være muligt at udskifte kassen, hvis den går i stykker.

Ordregiver opfordrer Tilbudsgiverne til at afgive revideret tilbud. Dette tilbud skal afgives på baggrund af det oprindelige udbudsmateriale inkl. kravspecifikation for delaftale 1 samt dette notat. Det er muligt at tilbyde nye produkter, hvis tilbudsgiver ønsker det.

Der gøres opmærksom på, at det tilbud, der skal gives til udbuddet med forhandling ikke skal være et komplet nyt tilbud, men at tilbuddet blot skal supplere det tidligere fremsendte tilbud på de punkter, hvor tilbuddet er ukonditionsmæssigt. Der kan kun gives nyt tilbud på delaftale 1 (levering af tvillingebarnevogne med og uden motor).

...

BabySam afgav nyt tilbud den 2. december 2014. Den 11. december 2014 meddelte Jysk Fællesindkøb følgende til BabySam:

” ...

Jysk Fællesindkøb har nu afsluttet tilbudsevalueringen af de modtagne tilbud. På baggrund af resultatet af tilbudsevalueringen må vi desværre meddele, at BabySam Institutionssalgs tilbud ikke er det økonomisk mest fordelagtige.

Resultatet af tilbudsevalueringen fremgår af nedenstående tabel:

	Pris		Kvalitet		Samlet score
	Point	Vægtet score	Point	Vægtet score	
Vindende tilbud	9,93	5,96	8,41	3,36	9,32
Jeres tilbud	10	6,00	7,76	3,10	9,10

Den anvendte pointskala går fra 0 til 10 point.

Ved evaluering af underkriteriet pris er der foretaget en relativ vurdering med udgangspunkt i, at billigste tilbud får maks. point og tilbud, der er 100 % dyrere end det billigste tilbud får 0 point.

Billigste tilbud er fundet ved beregning af den samlede tilbudssum baseret på tilbudte priser og de estimerede mængder pr. produkt.

Ved evaluering af underkriteriet kvalitet er der foretaget en konkret vurdering baseret på afprøvning af tilbudte produkter. Afprøvningen er foretaget af en gruppe af fagpersoner i Jysk Fællesindkøb.

Det vindende tilbuds karakteristika i forhold til jeres tilbud er på underkriteriet kvalitet, som vægter 40 % i den samlede vurdering, og som dermed får afgørende betydning for resultatet af tilbudsevalueringen.

Det vindende tilbuds kvalitative fordele i forhold til jeres tilbud er fundet på især følgende punkter:

Pos. nr. 1 - Tvillingebarnevogn uden motor		
Kvalitativ delkriterie:	Score*	Kommentarer til afgivet score:
Håndtag/strop på siden af barnevognen.	8	Der er ikke meget plads til, at 2 børn kan have fat i håndtaget i samme side.
Ryglæn til alle 4 siddende børn.	0	Der er ikke indsat ryglæn i barnevognskassen, hvilket ikke giver så god støtte til børnene.
Farlige åbninger i kurven til børnenes fødder.	0	Der var ikke påmonteret fodkurv.

*) Jeres tilbuds score på kvalitative delkriterier.

Pos. nr. 2 - Tvillingebarnevogn med motor		
Kvalitativ delkriterie:	Score*	Kommentarer til afgivet score:
Håndtag/strop på siden af barnevognen.	8	Der er ikke meget plads til, at 2 børn kan have fat i håndtaget i samme side.
Vinterbeskyttelse af batteri.	1	Batteriet kan ikke tages af, og det er ikke alle dagplejere, der har mulighed for at få en tvillingebarnevogn ind, hvor der er tørt. Af brugervejledning fremgår det, at det forringer batteriets levetid, hvis det oplades under 5 grader.
Friløb på motoren.	6	Man skal ned under vognen, for at sætte motoren i friløb.
Aktivering af 2 kontakter ved opstart.	6	Det er upraktisk, at man skal anvende 2 armbånd når man har handsker på. Disse kan let blive væk.
Ryglæn til alle 4 siddende børn.	0	Der er ikke indsat ryglæn i barnevognskassen, hvilket ikke giver så god støtte til børnene.
Farlige åbninger i kurven til børnenes fødder.	0	Der var ikke påmonteret fodkurv.

*) Jeres tilbuds score på kvalitative delkriterier.

Jysk Fællesindkøb agter således at indgå kontrakt på delaftale 1 tvillingebarnevogne med og uden motor med EL-let APS, hvis samlede tilbudssum er på kr. 1.691.250,00.

...”

Af Jysk Fællesindkøbs evalueringsnotat fremgår bl.a. følgende:

”Forskel i kvalitet på Babysam og El-let

Tvillingebarnevogn uden motor: Babysam har en god fodbremse. El-let har god plads til 2 børn ved stropperne på siden af barnevognen. El-lets trykknapper på overlædder var hårde at sætte på. El-let har ryglæn med god støtte til alle 4 børn. Babysam har farlige åbninger ved børnenes fødder.

Tvillingebarnevogn med motor: Samme kvalitetsforskel som ”tvillingebarnevogn uden motor”. El-let har god mulighed for vinterbeskyttelse af batteri. Babysams var ikke så let at sætte i friløb. Har man handsker på, skal der anvendes armbånd når man skal køre Babysams.”

BabySam har under klagesagen udarbejdet følgende opstilling over de fastsatte mindstekrav (påstand 1a) – 1f)) sammenholdt med Jysk Fællesindkøbs evaluering af BabySams tilbud:

”

Påstand	Mindstekrav i udbudsbetingelser	[Jysk Fællesindkøbs] evaluering
Påstand 1[a)]	Der skal være monteret eller mulighed for at montere håndtag eller strop på siden af vognen. I tilfælde af, at den ikke er monteret, skal stroppen/håndtaget følge med.	Håndtag/strop på siden af barnevognen: Der er ikke meget plads til, at 2 børn kan have fat i håndtaget i samme side.
Påstand 1[b)]	Der skal være monteret eller mulighed for at montere håndtag eller strop på siden af vognen. I tilfælde af, at den ikke er monteret, skal stroppen/håndtaget følge med.	Håndtag/strop på siden af barnevognen: Der er ikke meget plads til, at 2 børn kan have fat i håndtaget i samme side.
Påstand 1[c)]	Der skal være ryglæn til siddende børn. Ordregiver fraviger krav efter DS/EN 1888:2012 om minimum 38 cm ryglæn.	Der er ikke indsat ryglæn i barnevognskassen, hvilket ikke giver så god støtte til børnene.
Påstand 1[d)]	Batteriet til motoren skal være af-tagelig, og/eller det skal være muligt at vinterbeskytte batteriet, så barnevogne med motor kan stå under halvtag om vinteren uden at tage skade.	Batteriet kan ikke tages af, og det er ikke alle dagplejere, der har mulighed for at få en tvillingebarnevogn ind, hvor der er tørt. Af brugervejledning fremgår det, at det forringer batteriets levetid, hvis det oplades under 5 grader.
Påstand 1[e)]	Motoren skal kunne sættes i friløb.	Friløb på motoren: Man skal ned under vognen, for at sætte motoren i friløb.
Påstand 1[f)]	Der skal aktiveres 2 kontakter for at vognen kan køre.	Aktivering af 2 kontakter ved opstart: Det er upraktisk, at man skal anvende 2 armbånd når man har handsker på. Disse kan let blive væk.

”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

BabySam har gjort gældende, at Jysk Fællesindkøb har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved under tilbudsevalueringen at lægge vægt på mindstekravene under punkt a) – f), der som følge af deres udtømmende karakter ikke indeholdt noget konkurrenceelement i forhold til underkriteriet ”Kvalitet”. Der kan ikke foretages en funktionel vurdering af, hvordan et mindstekrav er opfyldt. Et mindstekrav er enten opfyldt eller ikke opfyldt, og opfyldelse heraf kan som udgangspunkt kun føre til, at et tilbud ikke afvises. Efter omstændighederne vil det dog være muligt at foretage en evalu-

ering af tilbudte egenskaber udover det, der kræves til opfyldelse af et mindstekrav. Efter gennemsigtighedsprincippet skal den evaluerbare snitflade til mindstekravet (i form af et delkriterium) i givet fald oplyses i udbudsbetingelserne, og dette er ikke sket. Jysk Fællesindkøb har derfor handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Jysk Fællesindkøb har gjort gældende, at tilbudsevalueringen er foretaget i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Jysk Fællesindkøb har ikke evalueret på, om mindstekravene under påstand 1a) – 1f) var overholdt, men derimod hvordan disse var overholdt ud fra en vurdering af funktionalitet og egenskaber.

Vedrørende *påstand 1a) og 1b) (strop/håndtag på siden af barnevogn)* fremgår det af ordlyden af evalueringen, at Jysk Fællesindkøb kritiserer, at det monterede håndtag på siden af en tvillingebarnevognen er svært at bruge for 2 børn på samme tid. Der er tale om en ren funktionel vurdering af brugen af det krævede håndtag og ikke en vurdering af, om håndtaget var til stede i overensstemmelse med mindstekravet. Det fremgår også af bilaget med delkriterier/fokuspunkter, at elementet kunne vurderes uden samtidig at vurdere på, om mindstekravet var opfyldt, idet der blev lagt vægt på, om håndtaget på siden af barnevognen er en god løsning ud fra ”højde, længde, materiale”.

Vedrørende *påstand 1c) (ryglæn)* var BabySams tilbud på kanten af at blive erklæret ukonditionsmæssigt, idet BabySam, som det fremgår af evalueringen, ikke tilbød en vogn med ryglæn. Jysk Fællesindkøb valgte at se på vognens fysiske fremtræden og funktion og vurderede, at selv om der ikke var installeret deciderede ryglæn i vognen, så ville vognens sider dog udfylde ryglænenes funktion og derved funktionelt leve op til mindstekravet og formålet bag dette krav. Jysk Fællesindkøb valgte på den baggrund ikke at afvise BabySams tilbud, men Jysk Fællesindkøb tillagde det negativ betydning ved evalueringen, da den reducerede støtte til siddende børn naturligt nedsatte funktionaliteten af den tilbudte vogn i forhold til børnenes brug i hverdagen. Der er således tale om en funktionel vurdering af opfyldelsen af mindstekravet og ikke en vurdering af, om mindstekravet er overholdt.

Vedrørende *påstand 1d) (demontering af batteri eller vinterbeskyttelse)* kunne Jysk Fællesindkøb ved test af vareprøven ikke demontere batteriet, men der var på batteriet monteret en nylonpose, som Jysk Fællesindkøb

vurderede skulle udgøre en form for vinterbeskyttelse. Af brugervejledningen fremgik dog samtidig, at batteriets levetid blev forringet ved opladning under 5 grader. På baggrund af det oplyste og testen kunne det ikke udelukkes, at BabySam overholdt mindstekravet om en vinterbeskyttelse, også fordi BabySam ikke havde taget forbehold herfor. Løsningen udgjorde dog funktionelt set ikke en overbevisende opfyldelse af mindstekravet, f.eks. i forhold til at batteriet havde været vinterbeskyttet til lavere temperaturer end 5 grader, eller at batteriet havde været (let) aftageligt. Der er således tale om en funktionel vurdering af opfyldelsen af mindstekravet i forhold til vognens brug i hverdagen og ikke en vurdering af, om mindstekravet er overholdt.

Vedrørende *påstand 1e) (friløb)* fremgår det af ordlyden af evalueringen, at BabySam overholder mindstekravet om, at vognen skal kunne sættes i friløb, men det bemærkes, at denne funktion er svær at betjene. Der er således tale om en funktionel vurdering af opfyldelsen af mindstekravet i forhold til vognens brug i hverdagen og ikke en vurdering af, om mindstekravet er overholdt. Det fremgår også af bilaget med delkriterier/fokuspunkter, at elementet kunne vurderes uden samtidig at vurdere på, om mindstekravet var opfyldt, idet der blev lagt vægt på, om det at sætte i friløb er ”nemt at gøre, virker det optimalt”.

Vedrørende *påstand 1f) (aktivering af 2 kontrakter)* er mindstekravet ligeledes overholdt, idet man af sikkerhedsmæssige grunde skal aktivere 2 kontakter, for at barnevognen med motor kan køre. Ved testen af vareprøven viste det sig imidlertid, at testpersonen ved brug af almindelige handsker ikke kunne få kontakterne til at virke. Dette indebærer, at man ved daglig brug må anvende specielle armbånd fra BabySam for at kunne køre med vognen. Denne fremgangsmåde er ikke optimal i forhold til den daglige brug, da armbåndene kan blive tabt eller taget af børnene. Det beskrives er en gene i brugen af vognen, hvorfor der er tale om en funktionel vurdering af opfyldelsen af mindstekravet i forhold til vognens brug i hverdagen og ikke en vurdering af, om mindstekravet er overholdt. Det fremgår også af bilaget med delkriterier/fokuspunkter, at elementet kunne vurderes uden samtidig at vurdere på, om mindstekravet var opfyldt, idet der blev lagt vægt på, om det er ”let at aktivere de 2 kontakter ved opstart? (sidder knapperne optimalt, er de hårde at trykke ind)”.

Samlet set har Jysk Fællesindkøb gennemført en evaluering, som alene rela-

terer sig til kvaliteten af de løsninger, som BabySam havde tilbudt under overholdelsen af de opsatte mindstekrav, uden at der derved er sket en evalueringsteknisk belønning af, om mindstekravene som sådan var opfyldt.

Ad påstand 2

BabySam har gjort gældende, at Jysk Fællesindkøbs evaluering af tilbuddene i forhold til delkriterierne under punkt a) – i) er i strid med udbudsdirektivets artikel 2, idet disse ikke var oplyst i udbudsbetingelserne, og idet udbudsbetingelserne i øvrigt ikke indeholdt noget holdbart grundlag for evaluering af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Kvalitet”. Gennemsigtighedsprincippet indebærer, at udbudsbetingelserne skal gøre det muligt for tilbudsgiverne at gennemskue, hvilke oplysninger ordregiveren vil lægge vægt på ved evalueringen af et kvalitativt underkriterium, således at tilbudsgiverne kan målrette deres tilbud herefter. Jysk Fællesindkøb har imidlertid ikke i udbudsbetingelserne anført noget andet grundlag for evalueringen af underkriteriet ”Kvalitet”, end at der ville blive lagt vægt på ”funktionalitet og egenskab”.

Bilaget med de 48 delkriterier/fokuspunkter, der er fremlagt under klagesagen, er et internt arbejdsnotat, som er udarbejdet i forbindelse med evalueringen, og som tilbudsgiverne derfor ikke har haft mulighed for at forholde sig til under udarbejdelsen af tilbuddene. Delkriterierne indgår derfor ikke i det kvalitative underkriterium under forhandlingsudbuddet. Jysk Fællesindkøbs besvarelse af spørgsmål 2 under det offentlige udbud indgår heller ikke i udbudsbetingelserne under forhandlingsudbuddet, idet det fremgår af meddelelsen om overgangen til udbud med forhandling, at grundlaget for dette udbud var udbudsbetingelserne af 27. august 2014 fra det annullerede udbud, meddelelsen af 3. november 2014 om annulation og notatet af 19. november 2014 med ændringer til de oprindelige udbudsbetingelser. Besvarelsen af spørgsmål 2 er ikke gengivet i nogen af dokumenterne

Jysk Fællesindkøb har gjort gældende, at evalueringen er foretaget i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Af udbudsbetingelsernes punkt 2.20 fremgår, at underkriteriet ”Kvalitet” ville blive evalueret som en helhedsvurdering af de tilbudte produkter og de medsendte vareprøver. Vurderingen blev foretaget af det faglige personale, der normalt beskæftiger sig med produkterne, og der ville i vurderingen blive lagt særlig vægt på ”funktionalitet og egenskab”.

Ved besvarelsen af spørgsmål 2 udtalte Jysk Fællesindkøb: ”Fagpersonalet vil vurdere produkterne ud fra de dagligdags situationer de oplever i deres hverdag. Herunder blandt andet hvordan barnevognene kører med vægt, hvordan man får barnet op og ned samt hvordan barnevognene er at betjene”. Tilbuddene blev evalueret i overensstemmelse med den beskrevne model. I forhold til underkriteriet ”Kvalitet” blev tilbuddene evalueret på baggrund af 48 delkriterier. Disse delkriterier refererede i det hele til de tilsvarende elementer i kravspecifikationen, hvor Jysk Fællesindkøb – efter at have konstateret, om et mindstekrav var opfyldt – herefter vurderede på kvaliteten af den tilbudte løsning, dvs. hvordan disse elementer var opfyldt (f.eks. ”let af slå ned”, ”let at aftørre”, ”let at folde”, ”god plads” mv.). Besvarelsen af spørgsmål 2 vedrørende evalueringsmetoden var også gældende under udbuddet med forhandling, idet der ikke var tale om en ændring af udbudsbetingelserne, men alene en forklaring på, hvordan ”funktionalitet og egenskab” skulle forstås og ville blive evalueret.

Derudover blev der vurderet på baggrund af ”funktionelle krav” vedrørende bl.a., hvordan vognen kører og betjenes i hverdagen situationer. Endelig blev der vurderet på, hvordan der skete opfyldelse af 2 specifikke elementer fra norm DS/EN 1888:2012 – en norm som Jysk Fællesindkøb havde henvist til i notatet af 19. november 2014.

Det var efter det anførte forventeligt for tilbudsgiverne, at Jysk Fællesindkøb ville evaluere tilbuddene i forhold til den overordnede beskrivelse af underkriteriet ”Kvalitet”, de stillede krav i kravspecifikationen og besvarelsen af spørgsmål 2, som alle er naturlige elementer, der indgår i en vurdering af en barnevogns funktionalitet og egenskaber, og som derfor må anses som lovlige delkriterier i evalueringen.

Ad påstand 3

BabySam har gjort gældende, at Jysk Fællesindkøbs tilsidesættelser af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ad påstand 1 og 2 hver for sig er meget alvorlige og væsentlige. Klagenævnet skal derfor annullere Jysk Fællesindkøbs beslutning af 11. december 2014 om tildeling af rammeaftalen til EL-Let ApS.

Jysk Fællesindkøb har gjort gældende, at kontrakten er tildelt den tilbudsgi-

ver, der har indleveret det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at evalueringen er foretaget på et lovligt grundlag. Der er ikke sket fejl i evalueringen af de indkomne tilbud, og konstateres det, at der er begået fejl, har disse ikke haft afgørende betydning for evalueringen. Samlet set er der ikke grundlag for en annullation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 4 ”Kravspecifikation”, at kravspecifikationen definerer Jysk Fællesindkøbs mindstekrav til de udbudte produkter og ydelser. Ved mindstekrav forstås krav, som et tilbud skal opfylde for at komme i betragtning.

De krav, som fremgår af punkt a) – f), var alle mindstekrav efter udbudsbetingelsernes kravspecifikation, og klagenævnet lægger til grund, at Jysk Fællesindkøb efter modtagelsen af tilbuddene under udbuddet med forhandling konstaterede, at tilbuddene opfyldte mindstekravene.

Mindstekrav kan være fastsat således, at de kun kan opfyldes på én måde eller på måder, som kun adskiller sig så marginalt fra hinanden, at disse forskelle ikke er egnede til at indgå i vurderingen af tilbuddene i forhold til fastsatte kvalitative underkriterier. Er der ikke tale om entydige mindstekrav og/eller tale om, at det er muligt at opfylde kravene på flere eller mange måder, som funktionelt eller med hensyn til faglig kvalitet adskiller sig klart fra hinanden, er ordregiveren berettiget til – og kan også være forpligtet til – at inddrage disse forhold ved evalueringen af tilbuddene i forhold til de kvalitative underkriterier til tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, jf. klagenævnets kendelse af 13. juli 2007, Magnus Informatik A/S mod Skat (påstand 2).

Klagenævnet lægger efter oplysningerne fra Jysk Fællesindkøb til grund, at de fastsatte mindstekrav (a) – f)) ikke havde en sådan entydighed, at det udelukkede, at disse kunne opfyldes på forskellige måder, der i sig selv kunne være udtryk for en bedre eller dårligere kvalitet. På denne baggrund og under hensyn til, at det i udbudsbetingelserne er fastsat, at der i vurderingen særligt vil blive lagt vægt på funktionalitet og egenskab, har Jysk Fællesindkøb i den konkrete sammenhæng lovligt kunnet evaluere tilbud-

dene i forhold til, hvordan de fastsatte mindstekrav kvalitetsmæssigt var opfyldt og dermed kunne indgå ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Kvalitet”.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at Jysk Fællesindkøb ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet »Kvalitet« særligt ville lægge vægt på funktionalitet og egenskab. På en tilbudsgivers spørgsmål (spørgsmål 2) under det offentlige udbud om, hvad der forstås ved ”funktionalitet og egenskab”, og hvordan ”funktionalitet og egenskab” ville blive evalueret, svarede Jysk Fællesindkøb: ”Fagpersonalet vil vurdere produkterne ud fra de dagligdags situationer de oplever i deres hverdag. Herunder blandt andet hvordan barnevognene kører med vægt, hvordan man får barnet op og ned samt hvordan barnevognene er at betjene”. Besvarelsen var ikke en ændring af udbudsbetingelserne, men en forklaring på, hvordan ”funktionalitet og egenskab” skulle forstås og ville blive evalueret. Svaret var derfor også gældende under udbuddet med forhandling.

Udbudsreglerne stiller ikke krav om, at en ordregiver i udbudsbetingelserne i alle enkeltheder skal fastsættes, hvad der sigtes til med et underkriterium som ”Kvalitet”. Hvis en ordregiver ved tildelingsbeslutningen lægger afgørende vægt på, at den tilbudte ydelse har en bestemt egenskab, må tilbudsgiverne dog med rimelighed kunne forvente, at ordregiveren har oplyst herom på forhånd, hvis dette er muligt.

Jysk Fællesindkøb har ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Kvalitet” inddraget 48 delkriterier/fokuspunkter, som alle kan henføres til barnevognenes funktionalitet og egenskaber. Der er ikke grundlag for at fastslå, at nogen af de fastsatte delkriterier, som relaterer sig til ”Generelle krav”, ”Stel”, ”Hjul”, ”Barnevognskasse/kaleche”, ”Overlæder” og ”Funktionelle krav, udover mindstekrav” (alle vedrørende tvillingebarnevogne med og uden motor), og delkriterier, som kun vedrører tvillingebarnevogn med motor, er tillagt afgørende vægt med den virkning, at disse skulle være oplyst for tilbudsgiverne på forhånd. De 48 delkriterier/fokuspunkter har en karakter, der må antages at være forventelige for tilbudsgiverne ved evalueringen af tilbuddene i forhold til den overordnede beskri-

velse af underkriteriet ”Kvalitet”, de stillede krav i kravspecifikationen og besvarelsen af spørgsmål 2.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 3

BabySam har ikke fået medhold i påstand 1 og 2. Der er derfor ikke grundlag for at tage påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Klageren, BabySam A/S, skal betale 20.000 kr. i sagsomkostninger til indklagede, Jysk Fællesindkøb ved Viborg Kommune.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig