

K E N D E L S E

Activ Care A/S
(advokat Majse Jarlov, København)

mod

Billund Kommune

Billund Kommune (indklagede) iværksatte i juni 2011 indhentning af tilbud på en rammeaftale med to leverandører vedrørende sundhedsfaglige vikarydelser til ældreplejen, borgere i eget hjem, og på kommunens plejehjem/plejecentre. Der er tale om indkøb af tjenesteydelser, som er omfattet af tilbudslovens afsnit II, og i overensstemmelse med lovens § 15 a, stk. 1, nr. 1, jf. § 15 c, blev der i forbindelse med tilbudsindhentningen offentliggjort en annonce på www.Mercel.dk. Den pågældende ydelse er omfattet af bilag II B til direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet). EU-udbudsdirektivernes bestemmelser om udbudspligt og de i direktivet foreskrevne procedurer herfor finder ikke anvendelse på den pågældende kontrakt.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 13. september 2011 havde 7 virksomheder, herunder Activ Care A/S (klageren), afgivet konditionsmæssige tilbud. Ved beslutning meddelt tilbudsgiverne den 23. september 2011 besluttede indklagede at indgå kontrakt med SOS Vikar og Bells Vikarbureau v. Bell Andersen. Kontrakt blev herefter indgået den 14. oktober 2011 med kontraktstart den 1. november 2011.

Den 9. november 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Billund Kommune.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 15 d, stk. 1, ved at gennemføre en tilbudsevaluering af klagerens tilbud i forhold til underkriteriet »Forsyningssikkerhed«, som ikke er sket på grundlag af indholdet af klagerens tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 15 d, stk. 1 ved at foretage en tilbudsvurdering, som i forhold til underkriteriet »Forsyningssikkerhed« er uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, således som kriterierne er defineret i annoncen.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 15 d, stk. 1 ved at foretage en pointtildeling, der ikke er i overensstemmelse med den pointmodel, som er offentliggjort i udbudsmaterialet.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 23. september 2011 om tildeling af rammeaftalen vedrørende levering af sundhedsfaglige vikarydelser til SOS Vikar A/S som primærleverandør og til Bells Vikarbureau v/Bell Andersen som sekundærleverandør

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

Sagens nærmere omstændigheder

I betingelserne for afgivelse af tilbud af 29. juni 2011 er i punkt. 1.2 anført, at der vil blive indgået aftale med 2 leverandører, hvor primærleverandøren vil være den, der afgiver det økonomisk mest fordelagtige tilbud, mens sekundærleverandøren vil være den, der afgiver det næst mest økonomisk fordelagtige tilbud.

I tilbudsbetingelserne er anført følgende i pkt. 2.16 vedrørende tildelingskriterier:

- » Rammeaftale vil blive tildelt de tilbudsgivere, der afgiver de for Billund Kommune økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet følgende delkriterier, med angivelse af vægtning, lægges til grund for tilbudsvurderingen:

Delkriterium	Vægtning i %
<p>Pris, herunder vil der blive foretaget en vurdering af:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tilbudslistens oplyste nettopriser <p>Ved pris forstås tilbudsgivers prissætning jfr. bilag 1, tilbudslisten. Konsulentbistand og kontaktpersonordning skal være indregnet i de tilbudte priser, og således være uden merudgifter for kommunen. Prisevaluering vil blive foretaget i forhold til de enkelte enhedspriser, der oplyses i bilag 1.</p>	45%
<p>Forsyningsikkerhed, herunder vil der blive foretaget en vurdering af:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Leveringsgrad i.h.t. bilag 2 • Beskrivelse af vikarressourcer • Størrelse af vikarnetværk <p>Tilbudsgiver skal beskrive, hvorledes leveringssikkerheden sikres.</p> <p>Tilbudsgiver skal beskrive omfanget af de vikarressourcer, der er til rådighed for kommunen ved antal og vikargruffordeling</p>	35%
<p>Kvalifikationer, herunder vil der blive foretaget en vurdering af:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Vikarernes kendskab til medicinadministration og -håndtering • Vikarernes kendskab til og brug af Uniq og mobil Omsorg systemerne • Beskrivelser af jobkrav og introduktionforløb i forbindelse med ansættelse af vikaren. <p>Tilbudsgiver skal beskrive, hvorledes tilbudsgiver opfylder og sikrer disse kvalifikationer.</p>	20%

.....«

Under tilbudsindhentningen modtog indklagede 59 spørgsmål. Af svarene herpå offentliggjort den 15. august 2011 fremgår blandt andet:

» ...

Spørgsmål 11: Hvordan og ud fra hvilke kriterier vil Billund Kommune foretage vurderingen af leveringsgraden i bilag 2?

Svar, spm. 11: Point på forsyningssikkerhed gives ud fra tilbudsgivers oplysninger om leveringsgrad, vikarressourcer samt størrelsen af vikarnetværket. Der gives point fra 1-9.

...

Spørgsmål 12.1: Hvad skal der indgå i beskrivelsen af vikarressourcer? Giv venligst konkret uddybning.

Svar, spm. 12.1: I beskrivelsen skal indgå antallet af det samlede vikarkorps samt antallet af vikarer, der vil være til rådighed for Billund Kommune, når en vagt rekvireres

Spørgsmål 12.2: Hvordan og ud fra hvilke kriterier vil Billund kommune foretage vurderingen af denne beskrivelse?

Svar, spm. 12.2: Ud fra ovenstående svar i 12.1.

Spørgsmål 12.3: Kan Billund Kommune præcisere, hvilke forhold der vil blive vægtet højt til dette punkt?

Svar, spm. 12.3: Følgende forhold vil blive vægtet højt til dette punkt:

- Leveringsgrad i.h.t. bilag 2
- Beskrivelse af vikarressourcer
- Størrelse af vikarnetværk

Spørgsmål 12.4: Hvis det er op til tilbudsgiverne hver især at vælge, hvad der skal indgå i beskrivelsen af vikarressourcer, og der således fremkommer mange forskellige svar, hvordan vil Billund kommune så sammenligne svarene og sikre ligebehandling af tilbudsgiverne ved vurderingen?

Svar, spm. 12.4: Vi vil vurdere på en høj leveringsgrad, at tilbudsgiver har uddannede vikarer fra alle relevante faggrupper samt på antallet af vikarer, der realistisk er til rådighed for Billund Kommune.

...

Spørgsmål 13.1: Hvad ønskes præcist oplyst vedrørende størrelsen på tilbudsgivers vikarnetværk?

Svar, spm. 13.1: Det vikarnetværk, dvs. størrelsen af samme, der vil være til rådighed for Billund Kommune

Spørgsmål 13.2: Hvordan vægtes størrelsen af vikarressourcer?

Svar, spm. 13.2: Vægtes i Mercell med karaktererne 1-9

Spørgsmål 13.3: Har Billund Kommune mindstekrav til vikarsourcer, og i så fald hvilke?

Svar, spm. 13.3: Nej

...

Spørgsmål 14.1: Vægtes de tre punkter (leveringsgrad, beskrivelse af vikarressourcer og størrelse af vikarnetværk) lige højt ved vurderingen af delkriterium Forsyningssikkerhed?

Svar, spm. 14.1: Ja, alle 3 punkter vægtes lige højt.

...

Spørgsmål 20.1: Hvilken pointmodel ligger til grund for vurderingen af de to delkriterier Forsyningssikkerhed og Kvalifikationer og de respektive underpunkter?

Svar, spm. 20.1: Der anvendes Mercell pointskala fra 1-9

...«

Ved e-mail af 23. september 2011 til klageren meddelte indklagede, at klageren ikke var blevet tildelt kontrakt under den udbudte rammeaftale. Af e-mailen fremgår blandt andet:

» Rating 7,7

Kommentar I er ikke tildelt kontrakten som leverandør af vikarydelser til Billund Kommune. I bød ind med en pris, som var ret høj. Dog var vi tilfredse med størrelsen af Jeres vikarnetværk, som er godt repræsentativt ift. Billund Kommunes behov, og vi var også imponerede af Jeres kurser for medarbejdere samt opfølgning på samme.«

Efterfølgende modtog klageren telefonisk oplysning om, at pointfordelingen for klagerens tilbud var 7,5 på pris, 9,0 på kvalifikationer og 7,2 på forsyningssikkerhed.

Ved brev af 30. september 2011 redegjorde indklagede yderligere for den gennemførte evaluering. Det fremgår heraf blandt andet:

» Der er nedsat en brugergruppe der har fordelt point på de to delkriterier Forsyningssikkerhed og Kvalifikationer. En brugergruppe med andre deltagere ville måske være kommet til en anden pointtil-

deling da det er det enkelte brugergruppemedlems skøn hvordan tilbudsmaterialet opfattes. Brugergruppen har haft mulighed for af afgive point fra 1-9 hvor 9 var det bedste.

Jeg indsætter herunder de kommentarer som brugergruppen har noteret sig ved jeres tilbud ud for de enkelte delkriterier.

Pris	Højeste pris
Forsyningssikkerhed	
- leveringsgrad	100 %
- Vikarres.	Alle personalegrupper repræsenteret
- netværk	4000 vikarer i midt/sdr. jylland
Kvalifikationer	
- medicin administration	Mange vikarer har kurser. Manglende vil blive uddannet
- unig og mobil omsorg system	Højt kendskab, manglende vil kunne deltage i BK's kurser
Jobkrav/Intro:	Høj fokus på faglighed v. ansøgning. Sparringskonsulent tilgængelig Kurser for opkvalificering Introduktionsforløb beskrevet.

I byder således ind med en flot leveringsgrad, et højt antal vikarer og gode kvalifikationer. Det er et konkret skøn som brugergruppen foretager hvilket point der skal gives den konkrete tilbudsgiver og I jeres situation får i toppoint (9) på kvalifikationer og 7,2 på kriteriet forsyningssikkerhed. Nedenfor ses en komplet pointfordeling på de tre delkriterier fordelt på de syv tilbudsgivere. Dette er de konkrete point og ikke deres vægtning i forbindelse med tildeling.

Leverandør	Pris – point	Forsyningssikkerhed – point	Kvalifikationer – point
SOS Vikar	9,00	8,00	7,00
Here2Care	8,50	5,00	3,00
Sygeplejerskernes Vikarbureau	7,90	4,50	9,00
Bemandingskom-pagniet	8,60	1,00	1,00
Vikargruppen Danmark	8,40	8,00	2,00
Bell's	8,00	8,00	7,00
Activ Care	7,50	7,20	9,00

...«

Af en e-mail af 17. oktober 2011 fra indklagede til klagerens advokat fremgår, at brugergruppens bemærkninger ved pointtildelingen på forsynings-sikkerhed var således:

	SOS Vikarer:	Bells Vikarbureau	ActivCare
Leveringsgrad	99,1-99,6%	100%	100%
Vikarres.	Alle personale-grupper repræ-senteret.	Alle persona-legrupper re-præsenteret	Alle persona-legrupper re-præsenteret
Netværk	I alt 594 vikarer – heraf 35% fuldtids	I alt 240 vika-rer	4000 vikarer i Midt/Sdr. Jyl-land

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med ligebe-handlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i tilbudslovens § 15d, stk. 1, ved at have foretaget en uens tilbudsevaluering af underkriteriet for-synings-sikkerhed med tilhørende delkriterier. Klagerens tilbud har opnået 7,2 point i forhold til underkriteriet, mens SOS Vikar A/S og Bells Vikarbu-reau v/Bell Andersen begge har fået tildelt 8 point i forhold til samme un-derkriterium.

I forhold til delkriteriet leveringsgrad har indklagedes brugergruppe noteret, at klageren har tilbudt en leveringsgrad på 100 %. Klageren har således le-veret den bedst tænkelige leveringsgrad. En tilsvarende leveringsgrad er alene tilbudt af Bells Vikarbureau.. Det fremgår af annoncen pkt. 2.16, at tilbudsvurderingen i forhold til underkriteriet forsynings-sikkerhed og del-kriteriet leveringsgrad sker på grundlag af tilbudsgivernes besvarelse af bi-lag 2. Indklagede har ved sin besvarelse af spørgsmål 11 oplyst, at »Point for forsynings-sikkerhed gives ud fra tilbudsgivers oplysninger om leve-ringsgrad«.

I forhold til delkriteriet beskrivelse af vikarressourcer har klageren på sam-me måde som SOS Vikar A/S og Bells Vikarbureau tilbudt alle personale-grupper. I forhold til delkriteriet skal tilbudsgiverne selv udarbejde det do-

kument, som danner grundlag for tilbudsevalueringen i forhold til dette kriterium. Indklagede har i sin besvarelse af spørgsmål 11 samt spørgsmål 12.1 præciseret, at indklagede foretager en vurdering af størrelsen af det tilbudte vikarnetværk, hvorfor der i tilbudsgivernes beskrivelse »skal indgå antallet af det samlede vikarkorps samt antallet af vikarer, der vil være til rådighed for Billund kommune, når en vagt rekvireres.«

I forhold til delkriteriet størrelse af vikarnetværk, har klageren stillet et netværk på 4.000 vikarer i området Midt- og Sønderjylland til rådighed for kontraktens udførelse. Ingen af de øvrige tilbudsgivere har et vikarnetværk af samme eller bare tilnærmelsesvis tilsvarende størrelse. SOS Vikar A/S og Bells Vikarbureau havde tilbudt netværk på henholdsvis 594 vikarer, hvoraf 35 % var på fuld tid og 240 vikarer. I forhold til delkriteriet skal tilbudsgiverne ligeledes selv udarbejde det dokument, som danner grundlag for tilbudsevalueringen i forhold til dette kriterium. Ved besvarelse af spørgsmål 12.4 præciserede indklagede, at indklagede har foretaget en vægtning af, at »tilbudsgiver har uddannede vikarer fra alle relevante faggrupper.«

En gennemgang af delkriterierne til underkriteriet forsyningssikkerhed viser således, at klagerens tilbud opfyldte underkriteriet forsyningssikkerhed lige så godt som tilbuddet fra Bells Vikarbureau i forhold til delkriteriet leveringsgrad, at tilbuddet fra klageren opfyldte delkriteriet størrelse af vikarnetværk bedre end tilbuddene fra SOS Vikar A/S og Bells Vikarbureau, og at klagerens tilbud opfyldte delkriteriet beskrivelse af vikarressourcer lige så godt som tilbuddene fra SOS Vikar A/S og Bells Vikarbureau. En saglig tilbudsevaluering må derfor nødvendigvis føre til, at klageren som minimum opnår samme karakter som de valgte tilbudsgivere i forhold til underkriteriet forsyningssikkerhed.

Indklagede er for det første forpligtet til at foretage en tilbudsevaluering af hvert tilbud i forhold til de fastsatte betingelser og de offentliggjorte evalueringskriterier. For det andet er indklagede forpligtet til at foretage en tilbudsevaluering, som tager afsæt i de konkrete oplysninger, der fremgår af hvert enkelt tilbud.

Indklagede har foretaget en tilbudsevaluering, som ikke tager højde for, at ens tilbud skal behandles ens, og at forskellige tilbud skal behandles forskelligt, og har dermed handlet i strid med princippet om ligebehandling.

Indklagede har under klagesagen tilkendegivet, at evaluering af forsynings-sikkerhed ikke alene er sket ud fra de faktiske taloplysninger, men tillige ud fra tilbudsgivernes beskrivelse af, hvordan leveringssikkerheden sikres.

Indklagedes tilkendegivelse om, at point for leveringssikkerhed tilsyneladende ikke udelukkende er sket på grundlag af den tilbudte leveringsgrad, synes at blive fremført som en (ny) begrundelse for, hvorfor klagerens tilbud ikke har opnået den bedste vurdering i forhold til den tilbudte leveringsgrad trods den tilbudte leveringsgrad på 100 %.

Indklagede har på intet tidspunkt tidligere i forløbet tilkendegivet, at den omtalte beskrivelse af sikring af leveringssikkerheden har spillet en selvstændig rolle under tilbudsvurderingen. Tværtimod har indklagede ved sin besvarelse af det omtalte spørgsmål 11 netop klart givet udtryk for, at evalueringen udelukkende sker på grundlag af »tilbudsgivers oplysning om leveringsgrad«. Tilsvarende har indklagede ved sin orientering om udfaldet af tilbudsvurderingen og de efterfølgende uddybende begrundelser udelukkende begrundet sin vurdering med en henvisning til den tilbudte leveringsgrad og indklagedes udøvelse af et skøn. Indklagede har ikke været i stand til at oplyse, hvilke elementer i klagerens tilbud som har ført til det skøn, at klageren kun opnåede 7,2 point for forsynings-sikkerhed.

På den baggrund skal klagenævnet konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om ligebehandling jf. tilbudslovens § 15d, stk. 1, ved ikke at have foretaget en ensartet tilbudsevaluering i forhold til underkriteriet forsynings-sikkerhed.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede i forbindelse med annonceringen nedsatte en brugergruppe bestående af en indkøbskonsulent, en leder af hjemmeplejen, ledere af to hjemmeplejedistrikter og en repræsentant fra sygeplejen. Brugergruppen var meget fokuseret på, at de modtagne tilbud skulle sammenlignes i forhold til udbudsmaterialet. Brugergruppen har udelukkende lagt det modtagne tilbudsmateriale til grund i forbindelse med tildelingen af point. Indklagede har loyalt og korrekt anvendt den oplyste model samt foretaget tildeling af point i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Brugergruppen har foretaget et skøn i forbindelse med tildelingen af point på de to underkriterier forsynings-sikkerhed og kvalifikationer. Ud fra klage-

rens tilbud har brugergruppen besluttet, at klagerens tilbud skulle have 7,2 point på delkriteriet forsyningssikkerhed. Skønnet i den forbindelse ligger inden for rammerne af den skønsbeføjelse, der tilkommer indklagede som ordregiver.

Den tilbudte leveringsgrad fra såvel klageren som de to valgte tilbudsgivere ligger inden for samme ramme, men indklagede har ikke ved evalueringen foretaget en sammenligning mellem tilbuddene.

Både klageren og de valgte tilbudsgivere har tilbudt vikarer inden for alle ønskede vikargrupper. Ligeledes har alle tre tilbudsgivere oplyst et tilstrækkeligt antal vikarer, der kan stå til rådighed for indklagede.

Indklagedes point er ikke givet alene ud fra faktiske taloplysninger, men også ud fra tilbudsgivernes beskrivelse af, hvordan tilbudsgiverne vil sikre leveringssikkerhed.

Indklagede har sikret en ensartet evaluering af tilbuddene blandt andet ved at lade den samme brugergruppe evaluere alle tilbuddene.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede som begrundelse for tildelingen af 7,2 point til klagerens tilbud og 8 point til bl.a. SOS Vikar A/S i forhold til underkriteriet forsyningssikkerhed til trods for, at klageren har tilbudt en leveringsgrad på 100 % i modsætning til SOS Vikar A/S, som har tilbudt 99,1 – 99,96, har anført, at SOS Vikar A/S har tilbudt en leveringsgrad, som »må siges at være indenfor samme ramme som Activ Care og Bells Vikarbureau«.

Både klageren samt SOS Vikar A/S og Bells Vikarbureau v/ Bell Andersen har opnået den samme vurdering, idet det af indklagedes begrundelse fremgår, at alle 3 tilbudsgivere har afgivet et tilbud, som dækker alle de efterspurgte personalegrupper.

Klageren har stillet et vikarnetværk på 4.000 vikarer til rådighed, mens de vindende tilbudsgivere SOS Vikar A/S og Bells Vikarbureau v/ Bell Andersen alene har stillet henholdsvis 594 vikarer samt 240 vikarer til rådighed. Uanset at ingen af de vindende tilbudsgivere har stillet et vikarnetværk til

rådighed, som tilnærmelsesvis er af samme størrelse som klagerens, har begge de vindende tilbudsgivere opnået 8 point i modsætning til klageren, som opnåede 7,2 point. Som begrundelse for denne vurdering har indklagede i svarskriftet anført, at »alle tre tilbudsgivere oplyste et tilstrækkeligt antal vikarer der kan stå til rådighed for Billund Kommune«. Da indklagede har tilrettelagt sin udbudsforretning på en måde, hvorefter tilbudsgiverne konkurrerer på størrelsen af deres tilbudte vikarnetværk, er indklagede ikke berettiget til at vægte, at det oplyste antal er tilstrækkeligt med den konsekvens, at alle tilbud med et tilstrækkeligt stort netværk opnår den samme vurdering. Da forsyningssikkerhed vægter 35 % af den samlede tilbudsvurdering, og da den tilbudte leveringsgrad er ét blandt 3 ligestillede underkriterier, som indgår i bedømmelsen af forsyningssikkerhed, gøres det gældende, at den pointtildeling, som understøtter indklagedes tilbudsvurdering, bør afspejle, at tilbudsgiverne ikke har tilbudt den samme forsyningssikkerhed, og at klageren samlet set har tilbudt den bedste forsyningssikkerhed.

Henset til at indklagede har tilrettelagt en konkurrence, hvor der som ét blandt 3 kriterier konkurreres på forsyningssikkerhed, er indklagede forpligtet til at anvende en evalueringsmodel, som afspejler forskelligheden i den tilbudte forsyningssikkerhed. Ved at anvende en model som ikke afspejler forskelle i tilbuddene på netop de punkter, som ifølge annoncen er gjort til konkurrenceparametre, har indklagede anvendt en evalueringsmodel, som ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud i strid med tilbudslovens § 15 d, stk. 2.

Indklagede har gjort gældende, at der naturligt er en sammenhæng mellem pris og leveringsgrad. Den ene af de valgte tilbudsgivere har ligesom klageren tilbudt en leveringsgrad på 100 %. Klageren er dog fortsat den tilbudsgiver, der har tilbudt de højeste priser. Den valgte primære leverandør har tilbudt en leveringsgrad på mellem 99,1 og 99,6 %.

Det er ikke korrekt, når klageren påstår, at den tilbudte leveringsgrad ikke har betydning for pointtildelingen under kriteriet forsyningssikkerhed. Således har eksempelvis Bemandingskompagniet alene fået 1 point på kriteriet forsyningssikkerhed blandt andet som følge af den lavest tilbudte leveringsgrad på 92-99 %.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed ved at tildele tilbuddet fra klageren en karakter med decimaler.

På baggrund af indklagedes svar på spørgsmål 11 under tilbudsindhentningen har tilbudsgiverne, herunder klageren, haft en berettiget forventning om, at pointtildelingen ville ske på baggrund af pointskalaen 1-9, hvorfor en tildeling af karakteren 7,2 for underkriteriet Forsyningssikkerhed er et udtryk for en krænkelse af det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip.

I brev af 4. oktober 2011 har indklagede oplyst, at indklagede alene har afgivet ét samlet point for underkriteriet forsyningssikkerhed. Indklagede har således ikke foretaget en individuel vægtning af delkriterierne til underkriteriet forsyningssikkerhed i overensstemmelse med angivelserne i svaret på spørgsmål 13.2.

På den baggrund skal klagenævnet konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed jf. tilbudslovens § 15d, stk. 1, ved ikke at have foretaget en pointtildeling i overensstemmelse med det oplyste.

Indklagede har gjort gældende, at det af udbudsmaterialet fremgår, at pointtildelingen for de tre underkriterier skete med point fra 1-9. Point på 7,2 ligger inden for dette interval. Pointtildelingen 7,2 fremkommer som resultat af en debat blandt brugergruppens medlemmer. Også andre tilbudsgivere har fået point med én decimal, fordi brugergruppen har diskuteret, hvor på skalaen 1-9 tilbuddet lå.

De enkelte delkriterier; leveringsgrad, vikarressourcer og vikarnetværk, har ikke fået selvstændige point, men har vægtet lige i forbindelse med tildeling af point på underkriteriet forsyningssikkerhed.

I spørgsmål 13.2 blev der spurgt til »størrelsen af vikarressourcer«. Delkriterierne i henhold til udbudsmaterialet var »Beskrivelse af vikarressourcer« eller »Størrelse af vikarnetværk«. Indklagede har derfor ved besvarelsen af spørgsmålet forstået det således, at det generelt handlede om underkriteriet »Forsyningssikkerhed«. Indklagede har således ikke stillet tilbudsgiverne i udsigt, at der blev givet point på skalaen 1-9 for hver af de tre delkriterier.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede har foretaget en tilbudsevaluering i strid med ligebehandlingsprincippet ved at foretage en tilbudsevaluering, som har resulteret i en ringere vurdering af klagerens tilbud i forhold til underkriteriet forsyningssikkerhed sammenlignet med tilbuddene fra SOS Vikar A/S og Bells Vikarbureau. Indklagede har endvidere krænket princippet om gennemsigtighed ved ikke at have foretaget en pointtildeling i overensstemmelse med den pointmodel med tildeling af hele point fra 1-9, som indklagede ifølge udbudsmaterialet havde forpligtet sig til at anvende. Klagenævnet skal som følge heraf annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakt under rammeaftalen til SOS Vikar A/S og Bells Vikarbureau v/Bell Andersen.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har overtrådt de udbudsmæssige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, hvorfor indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med SOS Vikar A/S og Bells Vikarbureau v/ Bell Andersen ikke skal annulleres.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter klagenævnets praksis har ordregivere en vid skønsmargin i forbindelse med den kvalitative, skønsmæssige evaluering af de enkelte tilbud i et udbud med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Skønnet er imidlertid ikke frit, men skal udøves på grundlag af de offentliggjorte og objektive kriterier, som ordregiver har tilkendegivet i tilbudsbetingelserne.

Indklagede har i tilbudsbetingelserne oplyst, at underkriteriet forsyningssikkerhed vil blive vurderet på grundlag af delkriterierne (1) leveringsgrad i.h.t. bilag 2, (2) beskrivelse af vikarressourcer og (3) størrelse af vikarnetværk. Ifølge tilbudsbetingelserne skulle tilbudsgiverne vedlægge deres tilbud (a) en beskrivelse af, hvorledes leveringssikkerheden sikres og (b) en beskrivelse af omfanget af de vikarressourcer, der er til rådighed for indklagede ved antal og vikargruffordeling.

Bilag 2 indeholder et skema med forskellige vagttyper, og tilbudsgiverne skulle udfylde bilaget med angivelse af den tilbudte leveringsgrad i kolonnen benævnt »leveringsgrad« [pkt. 1].

Af indklagedes svar på spørgsmål 12.1 fremgår, at beskrivelsen af vikarressourcer [pkt. 2] skulle indeholde oplysning om antal vikarer i det samlede vikarkorps samt antal vikarer, der ville være til rådighed for indklagede når en vagt rekvireres.

På et spørgsmål om, hvordan indklagede ville sammenligne svar og sikre lige behandling af tilbudsgiverne i relation til individuelle beskrivelser af vikarressourcer [pkt. 2] spørgsmål 12.4, oplyste indklagede, at der ville blive vurderet på en høj leveringsgrad, at tilbudsgiver havde uddannede vikarer fra alle relevante faggrupper, samt på antallet af vikarer, der realistisk var til rådighed for kommunen.

Endelig svarede indklagede ja på et spørgsmål om, hvorvidt »de tre punkter leveringsgrad, beskrivelse af vikarressourcer og størrelse af vikarnetværk« ville blive vægtet lige højt.

Det er ubestridt, at klageren ved evalueringen blev vurderet bedre end SOS Vikar og på lige fod med Bells Vikarbureau på delkriteriet leveringsgrad [pkt. 1]. Det er ligeledes ubestridt, at klageren og begge de valgte tilbudsgivere havde alle relevante personalegrupper repræsenteret [pkt. 2], og at klageren tilbød et væsentligt større vikarnetværk [pkt. 3] end de to valgte tilbudsgivere.

Indklagede har i tilbudsbetingerne stillet tilbudsgiverne i udsigt, at de tre delkriterier vægtede ens, og at pointtildelingen skete på grundlag af de tre nævnte delkriterier. Klageren har påvist, at klageren på alle tre delkriterier har tilbudt samme eller bedre vilkår end de to valgte tilbudsgivere. Indklagede har heroverfor ikke påvist forhold i klagerens tilbud, f. eks. i relation til sikring af leveringssikkerhed [pkt. a], som gav grundlag for skønsmæssigt at tildele klageren færre point end de to valgte tilbudsgivere, idet indklagede alene har henvist til, at pointtildelingen er sket på grundlag af brugergruppens skøn.

Indklagede har derfor handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 15 d, stk. 1, ved at gennemføre en tilbudsevaluering af klage-

rens tilbud i forhold til underkriteriet »Forsyningssikkerhed«, som ikke er sket ensartet i forhold til alle tilbudsgivere på grundlag af tilbudsbetingelsernes angivelse.

Ad påstand 2

Det er ubestridt, at tilbudsevalueringen er sket og skulle ske på grundlag af en vurdering af tilbuddene op mod tilbudsbetingelserne og ikke i forhold til hinanden.

De offentliggjorte underkriterier var vægtede og suppleret med delkriterier, som ubestridt var egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. En tilbudsevaluering som den offentliggjorte, hvorefter evalueringen skete med tildeling af point fra 1-9 på hver af de offentliggjorte underkriterier, er, uanset om tillige delkriterier blev vægtet individuelt jf. det under påstand 3 anførte, eller de blev vægtet samlet, egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

At indklagede ved vurderingen af leveringsgraden har skønnet, at en leveringsgrad på 99,1–99,6 % og en leveringsgrad på 100 % ikke gav anledning til differentiering på pointtildelingen, og at indklagede ved vurderingen af vikarnetværk har vurderet på grundlag af, om størrelsen af det tilbudte vikarnetværk var tilstrækkeligt i forhold til indklagedes behov, er ikke udtryk for, at den foretagne tilbudsevaluering har været uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 2 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Point på 7,2 ligger utvivlsomt indenfor skalaen 1-9. Det fremgår ikke af tilbudsbetingelserne, at pointtildelingen alene ville ske med hele tal.

Der er derfor ikke grundlag for med denne begrundelse at anse indklagede for at have foretaget en pointtildeling, der er i strid med gennemsigtighedsprincippet.

En ordregiver har ikke pligt til på forhånd at oplyse, hvilken pointtildelingsmodel som ordregiver agter at anvende ved tilbudsevalueringen. Har ordregiver imidlertid oplyst herom, vil det være i strid med det udbudsretli-

ge gennemsigtighedsprincip, hvis ikke ordregiver anvender den oplyste model.

Indklagedes svar på spørgsmål 13.2. må naturligt forstås således, at indklagede på hver af delkriterierne ville tildele point på en skala fra 1-9. Indklagede har ved brev af 4. oktober 2011 til klageren oplyst, at der alene er givet ét samlet point for underkriteriet »Forsyningsikkerhed«, og at der således ikke er foretaget en individuel vægning af de tre delkriterier.

Indklagede har herved handlet i strid med det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at anvende en pointtildelingsmodel i strid med de offentliggjorte tilbudsbetainger.

Påstand 3 tages derfor til følge.

Ad påstand 4

En vægtet beregning af de point, som henholdsvis klageren, SOS Vikar A/S og Bells Vikarbureau v/Bell Andersen blev tildelt, under forudsætning af, at klageren var blevet tildelt mindst samme point for underkriteriet forsyningssikkerhed som de to øvrige, viser, at klageren ville have opnået 0,175 point mere end Bells Vikarbureau v/Bell Andersen. På baggrund heraf og efter karakteren af de ad påstand 1 og 3 fastslåede overtrædelser tages påstanden om annullation til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 15 d, stk. 1, ved at gennemføre en tilbudsevaluering af klagerens tilbud i forhold til underkriteriet »Forsyningsikkerhed«, som ikke er sket ensartet i forhold til alle tilbudsgivere på grundlag af tilbudsbetaingerne angivelse.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at anvende en pointtildelingsmodel i strid med de offentliggjorte tilbudsbetainger.

Indklagedes beslutning af 23. september 2011 om at indgå kontrakt med SOS Vikar A/S og til Bells Vikarbureau v/Bell Andersen annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 2.

Indklagede, Billund Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Activ Care A/S, betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig