

K E N D E L S E

Orkideen Hjemmepleje og Personlig Service ApS  
(advokat Peter Agentoft Nielsen, Horsens)

mod

Horsens Kommune  
(Cand. jur. Martin Stæhr, Kgs. Lyngby)

Ved vejledende forhåndsmeddelelse nr. 2016/S 172-309449 af 2. september 2016, offentliggjort den 7. september 2016, iværksatte Horsens Kommune en markedsdialog for det kommende udbud af hjemmeplejeydelser i kommunen. I markedsdialogen deltog blandt andre Orkideen Hjemmepleje og Personlig Service ApS (i det følgende Orkideen).

Efter afslutning af markedsdialogen iværksatte kommunen ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 209-378892 af 24. oktober 2016, offentliggjort den 28. oktober 2016, et begrænset udbud efter udbudslovens afsnit III, af ”visiterede døgnhjemmeplejeydelser til borgere i Horsens Kommune”. Udbuddet angår en 4-årig rammeaftale med forventet 2 leverandører til en anslået samlet værdi af 74 mio. kr.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 23. november 2016 havde 4 virksomheder anmodet om prækvalifikation. Kommunen besluttede at prækvalificere alle 4 virksomheder:

- Orkideen Hjemmepleje og Personlig Service ApS
- Svane Service ApS og Rengøringskældereren I/S (konsortium)
- Berit's Hjemmepleje

- Sundplejen

Horsens Kommune udsendte udbudsmaterialet den 5. november 2016.

Horsens Kommune modtog tilbud fra alle 4 prækvalificerede virksomheder.

Ved e-mail af 27. februar 2017 meddelte Horsens Kommune blandt andre Orkideen, at kommunen agtede at indgå rammeaftale med konsortiet Svane Service ApS og Rengøringskælderens I/S, og at kommunen i overensstemmelse med udbudsbetingelserne herom agtede at tilbyde Berit's Hjemmepleje at indgå rammeaftale på samme vilkår som konsortiet.

Den 9. marts 2017 indgav Orkideen klage til Klagenævnet for Udbud over Horsens Kommune. Orkideen fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Klagenævnet meddelte den 22. marts 2017 parterne, at klagenævnet havde besluttet at træffe afgørelse om realiteten i sagen uden forinden at træffe afgørelse om opsættende virkning. Parterne har herefter indleveret yderligere processkrifter af fra Orkideen 28. marts 2017 og fra kommunen 31. marts 2017.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Orkideen har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Horsens Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, ved i forbindelse med vurdering af pris, såvel som pointgivning i den forbindelse, ikke at have anvendt en egnet pointmodel, som kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Påstand 2:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Horsens Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1 ved ikke i udbudsmaterialet at have oplyst i tilstrækkelig grad om pointmodellen for kriteriet kvalitet samt ikke at have anvendt en egnet pointmodel, som kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Påstand 3:

Klagenævnet for Udbud skal annullere Horsens Kommunes beslutning af 27. februar 2017 om at indgå rammekontrakt med Konsortiet Svane Service ApS og Rengøringskældereren I/S.

Påstand 4:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Horsens Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1 ved vurdering af kvalitet såvel som pointgivning i den forbindelse at have inddraget parametre, der ikke fremgik af udbudsmaterialet samt tildelt point i strid med pointmodellens definitioner i forhold til Horsens Kommunes begrundelser for pointtildeling.

Horsens Kommune har nedlagt påstand om, at påstand 1-3 ikke tages til følge. Kommunen har nedlagt påstand om, at påstand 4 principalt afvises, subsidiært ikke tages til følge.

#### Sagens nærmere omstændigheder:

I udbudsmaterialets ”Udbudsbetingelser” står der bl.a.:

##### ”2.1 Beskrivelse og omfang af udbuddet

Udbuddet omfatter følgende ydelser;

...

Horsens Kommune har i foråret 2015 iværksat Tidlig Opsporing af Begyndende Sygdom (TOBS) og systematisk registrering af observationer af hverdagsindikatorer. Observationer af hverdagsindikatorer kan bidrage til at identificere små tegn på ændringer i borgerens normale adfærd, som kan være udtryk for ændringer i borgerens sundhedstilstand. Den af borgeren valgte leverandør af hjemmeplejeydelser skal derfor deltage aktivt i målrettede observationer, handle og videreformidle disse til den kommunale hjemmepleje. Selve TOBS udredningen foretages af Horsens Kommunes hjemmesygepleje.

...

##### 2.2 Tildeling af rammekontrakt

Udbyder har til hensigt at indgå rammekontrakt med op til to private leverandører.

Rammekontrakten tildes på baggrund af det økonomisk mest fordelagtige tilbud med tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”, hvor både pris og kvalitative forhold vægter, jf. afsnit 7.

...

## 7 Tildelingskriterium

Identificering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud vil ske ved anvendelse af tildelingskriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet”.

Tilbuddene bedømmes på følgende underkriterier med tilhørende vægtning:

- Pris, 60 %
- Kvalitet, 40 %

### 7.1 Underkriteriet ”Pris”

Underkriteriet ”Pris” vurderes ud fra nedenstående delkriterier med tilhørende vægtning.

- Praktisk hjælp, 10 %
- Personlig pleje/Bekvem tid, 40 %
- Personlig pleje/Ubekvem tid, 50 %

Tilbudsgiver skal i Bilag 1, afsnit 5 tilbyde en timepris for praktisk hjælp. For personlig pleje skal Tilbudsgiver tilbyde timepriser for både bekvem og ubekvem tid. Ved vurderingen af pris lægges vægt på de af Tilbudsgiver tilbudte timepriser i Bilag 1, afsnit 5.

Definition af praktisk hjælp samt personlig pleje i bekvem og ubekvem tid:

...

### 7.2 Underkriteriet ”Kvalitet”

Underkriteriet ”Kvalitet” vurderes af Udbyders fagpersonale ud fra nedenstående delkriterier med tilhørende vægtning.

- Rehabiliterende hjemmepleje og rehabiliteringsforløb, 50 %
- Tidlig Opsporing, 50 %

Af Bilag 1, afsnit 6 fremgår nærmere om hvad Udbyder lægger vægt på i forbindelse med vurderingen af kvaliteten.

I vurderingen af delkriterierne indgår Tilbudsgivers besvarelse i Bilag 1, afsnit 6. Tilbudsgiver opfordres derfor til [at] lave en besvarelse, der er relateret til delkriterierne, og som vedlægges tilbuddet. Den samlede besvarelse af de to delkriterier må maksimalt fylde 25.000 tegn inkl. mellemrum (svarende til 5 A4-sider).

Selvom Tilbudsgiver mangler eller har afgivet en mangelfuld besvarelse i forhold til et/begge delkriterie(r) i Bilag 1, afsnit 6 erklæres tilbuddet ikke ukonditionsmæssigt. Manglende eller mangelfuld besvarelse resulterer i stedet i en dårligere vurdering af delkriteriet.

...”

Af det bilag 1, der er nævnt i udbudsbetingelserne, og som er benævnt ”underskrifts- og tilbudsbilaget”, fremgår bl.a.:

”...

#### Afsnit 6

Delkriterier under kvalitet, jf. udbudsbetingelser afsnit 7.2

Rehabiliterende hjemmepleje og rehabiliteringsforløb 50 %

#### Delkriterie:

Udbyder arbejder aktivt med at bevare borgernes funktionsevne og gøre dem så selvhjulpne som muligt – både i forhold til personlig pleje og praktisk hjælp.

Tilbudsgiver bør beskrive følgende i forbindelse med afgivelse af tilbud:

- Hvordan det daglige arbejde tilrettelægges så borgerens færdigheder bevares, genvindes eller forbedres
- Hvordan det daglige arbejde planlægges og organiseres i forbindelse med et rehabiliteringsforløb efter Lov om Social Service § 83a, hvor opgaven og den afsatte tid løbende skal tilpasses borgerens aktuelle rehabiliteringsbehov

Det vægtes positivt ved bedømmelsen, at det sikres at medarbejderne har de relevante kompetencer i relation til hverdagsrehabilitering/mestring, herunder kan se borgerens potentialer, og at der samarbejdes med borgeren.

Tidlig opsporing, 50 %

Delkriterie:

Udbyder arbejder systematisk på at opspore ændringer hos borgeren, der kan føre til funktionstab eller sygdom.

Tilbudsgiver bør beskrive følgende i forbindelse med afgivelse af tilbud:

- Hvordan det daglige arbejde tilrettelægges med henblik på at opdage og handle på ændringer hos borgeren

Det vægtes positivt ved bedømmelsen at det sikres, at medarbejderne har de relevante kompetencer i relation til opsporing, herunder handler, så relevante tiltag sættes i værk.

Den samlede besvarelse af de to delkriterier må maksimalt fylde 25.000 tegn inkl. mellemrum (svarende til 5 A4-sider).”

Horsens Kommune havde i december 2015 indhentet et notat fra ”Udbudsportalen” hvori bl.a. er anført:

”Timepriserne mellem kommunerne var meget forskellige, og varierede mellem kommunerne med op mod 50 %.

...

I 2014 fik Horsens Kommune gennemført en potentialeafklaring, dvs. en analyse, der vurderede kommunens potentiale for at høste en økonomisk gevinst ved at gennemføre et udbud. Konklusionen var, at Horsens Kommune havde forholdsvis lave timepriser, og at den økonomiske gevinst ved at gennemføre udbud af hjemmehjælperydelse alene, formentlig kun ville resultere i en begrænset økonomisk gevinst.

...”

Horsens Kommune havde, forud for fremsendelse af udbudsmaterialet til de prækvalificerede tilbudsgivere, udarbejdet et internt notat om, hvordan tilbud, der blev modtaget, ville blive evalueret. Af notatet fremgår bl.a.:

”Evaluering af ”Pris”:

Primær evalueringsmodel (lineær model):

Udbyder påtænker at fastsætte en targetpris/højest acceptable timepris for hvert delkriterie under ”Pris”. Udbyder har via Fritvalgsdatabasens statistik over højeste/laveste priser kunne konstatere at der ved både praktisk hjælp, personlig pleje / bekvem tid og personlig pleje / ube-

kvem tid er ca. 45-50 % forskel i timepriser fra den kommune der har de billigste timepriser til den der har de dyreste. Targetprisen forventes derfor at blive beregnet ud fra at Udbyder påtænker at tillade en timepris der er 50 % højere end den laveste tilbudte timepris, som af Udbyder anses for værende den bedst tænkelige timepris. Bemærk her at evalueringen kun bliver foretaget for konditionsmæssige tilbud. Targetprisen fremkommer derved ud fra beregningen; Bedst tænkelige timepris + (bedst tænkelige timepris x 50 %).

Udbyder påtænker at evaluere timepriserne på en pointskala fra 1-10, hvor det påtænkes at 10 tildeles til den bedst tænkelige pris og den 1 tildeles til targetprisen. Udbyder påtænker at de øvrige tilbuds timepriserne tildeles point ved lineær interpolation mellem den bedst tænkelige timepris og targetprisen. Med andre ord forventes det at de øvrige konditionsmæssige tilbuds timepriser tildeles point afhængig af deres placering mellem de to yderpunkter.

Udbyder påtænker derfor at både targetprisen og den bedst tænkelige timepris samt yderpunkterne i pointskalaen (1 og 10) bør indgå i den samlede evalueringsformel.

Følgende beregningsformel påtænkes derfor anvendt for hvert delkriterie:

Point for timepris =  
 $(1 + ([\text{tilbuddets timepris}] - \text{targetprisen}) * ((10 - 1) / (\text{bedst tænkelige timepris} - \text{targetprisen})))$

Det forventes at når tildeling af point er foretaget for hvert delkriterie, vægtes hvert delkriterie ved at gange delkriteriets tildelte point med delkriteriets vægtning.

De vægtede points for delkriterierne forventes til sidst at blive lagt sammen og ganget med vægtningen for underkriteriet "Pris", for at finde det samlede vægtet point for underkriteriet "Pris".

Sekundær evalueringsmodel (relativ model):

Såfremt der er større spredning i timepriserne i de konditionsmæssige tilbud, end spændet tillader i den model som Udbyder påtænker at benytte som primær evalueringsmodel, som er beskrevet ovenfor, dvs. hvis et tilbuds timepris under et af delkriterierne under underkriteriet "Pris" er 50 % højere end timeprisen i tilbuddet med den laveste timepris, påtænkes at anvendes denne sekundære evalueringsmodel, som er beskrevet nedenfor. Såfremt den sekundære evalueringsmodel bliver aktuel, påtænkes at den sekundære evalueringsmodel anvendes for hele underkriteriet "Pris", og altså ikke kun for enkelte af delkriterierne.

...

Evaluering af ”Kvalitet”:

Underkriteriet ”kvalitet” indeholder 2 delkriterier; ”rehabiliterende hjemmepleje og rehabiliteringsforløb” og ”Tidlig opsporing”. Hvert delkriterie evalueres individuelt af Udbyders fagpersonale, hvor forventningen er at benytte en pointskala fra 1-10, hvor 1 er dårligst og 10 er bedst. Det forventes at når tildeling af point er foretaget for hvert delkriterie, vægtes hvert delkriterie ved at gange delkriteriets tildelte point med delkriteriets vægtning. De vægtede points for delkriterierne forventes til sidst at blive lagt sammen og ganget med vægtningen for underkriteriet ”Kvalitet”, for at finde det samlede vægtet point for underkriteriet ”Kvalitet”.

Til sidst lægges de vægtede point for underkriterierne ”Pris” og ”Kvalitet” sammen for hvert tilbud, og tilbuddet med den højeste samlede pointscore anses for værende det Økonomisk mest fordelagtige tilbud.

...

Kommunen havde yderligere, til brug for den kvalitative evaluering af tilbuddene, fastlagt en pointmodel med følgende indhold:

»

Point	Ordlyd	Beskrivelse
1	Meget sporadisk opfyldelse eller bidrager ikke ud over mindstekrav	Gives for en helt uacceptabel opfyldelse eller inden opfyldelse af delkriterierne. For delkriterier der vurderes helt eller delvist på baggrund af tilbudsgivers besvarelser gælder desuden; besvarelsen er særdeles dårlig beskrevet og/eller indeholder ikke eller i kritisk grad ikke de efterspurgte oplysninger.
2	Sporadisk opfyldelse	Meget dårlig vurdering gives for en meget ringe opfyldelse af delkriterierne. For delkriterier der vurderes helt eller delvist på baggrund af tilbudsgivers besvarelser gælder desuden; besvarelsen er dårlig beskrevet og/eller indeholder i kritisk grad ikke de efterspurgte oplysninger.
3	Mindre tilfredsstillende med en række mangler	Gives for en ringe opfyldelse af delkriterierne. For delkriterier der vurderes helt eller delvist på baggrund af tilbudsgivers besvarelser gælder desuden; besvarelsen er dårlig beskrevet og/eller besvarelsen mangler meget væsentlige dele af de ef-



		terspurgte oplysninger.
4	Mindre tilfredsstillende	Gives for en mindre end acceptabel opfyldelse af delkriterierne. For delkriterier der vurderes helt eller delvist på baggrund af tilbudsgivers besvarelser gælder desuden; besvarelsen er dårlig og/eller mangler væsentlige dele af de efterspurgte oplysninger.
5	Nogenlunde tilfredsstillende med en række mangler	Gives for en acceptabel opfyldelse af delkriterierne. For delkriterier der vurderes helt eller delvist på baggrund af tilbudsgivers besvarelser gælder desuden; besvarelsen fremstår mindre velunderbygget og er visse steder uklar og mangler visse af de efterspurgte oplysninger
6	Nogenlunde tilfredsstillende	Gives for en mere end acceptabel grad af opfyldelse af delkriterierne. For delkriterier der vurderes helt eller delvist på baggrund af tilbudsgivers besvarelser gælder desuden; hovedparten af besvarelsen er velunderbygget og forståelig og mangler ingen centrale efterspurgte oplysninger.
7	Tilfredsstillende	Gives for en god opfyldelse af delkriterierne. For delkriterier der vurderes helt eller delvist på baggrund af tilbudsgivers besvarelser gælder desuden; besvarelsen er meget velunderbygget og forståelig og indeholder langt hovedparten af de efterspurgte oplysninger.
8	Meget tilfredsstillende	Gives for en meget god opfyldelse af delkriterierne. For delkriterier der vurderes helt eller delvist på baggrund af tilbudsgivers besvarelser gælder desuden; besvarelsen er meget velunderbygget og forståelig og mangler kun meget få af de efterspurgte oplysninger.
9	Særdeles god vurdering med enkelte undtagelser	Gives for en særdeles god opfyldelse af delkriterierne. For delkriterier der vurderes helt eller delvist på baggrund af tilbudsgivers besvarelser gælder desuden; besvarelsen er uddybende, velunderbygget og forståelig og indeholder de efterspurgte oplysninger, jf. udbudsmaterialet.
10	Fremragende - Den	Gives for den bedst tænkelige opfyldelse

	bedst mulige vurdering	af delkriterierne. For delkriterier der vurderes helt eller delvist på baggrund af tilbudsgivers besvarelser gælder desuden; besvarelsen indeholder samtlige de efterspurgte oplysninger. Besvarelsen er velunderbygget og forståeligt og viser at delkriterierne opfyldes på den bedst tænkelige måde.
--	------------------------	---

”

Horsens Kommune modtog tilbud fra alle 4 prækvalificerede virksomheder.

Ved e-mail af 27. februar 2017 meddelte Horsens Kommune blandt andre Orkideen, at kommunen agtede at indgå rammeaftale med konsortiet Svane Service ApS og Rengøringskældereren I/S, og at kommunen i overensstemmelse med udbudsbetingelserne herom agtede at tilbyde Berit's Hjemmepleje at indgå rammeaftale på samme vilkår som konsortiet.

Af e-mailen fremgår desuden bl.a. følgende:

”

Underkriterium	Vægt	Konsortiet Svane Service og Rengøringskældereren	Berits Hjemmepleje	Sundplejen	Orkideen Hjemmepleje og Personlig Service ApS
Pris	60 %	4,55	4,82	5,27	5,24
...	...	...	...	...	...
Kvalitet	40 %	4,00	3,40	2,80	2,60
- Rehabiliterende hjemmepleje og rehabiliteringsforløb	50 %	5,00	4,50	2,50	4,00
- Tidlig opsporing	50 %	5,00	4,00	4,50	2,50
Samlede vægtede pointscore	100 %	8,55	8,22	8,07	7,84

Placering af tilbudsgiver		1	2	3	4
---------------------------	--	---	---	---	---

”

Af kommunens interne evalueringsrapport benævnt ”Begrundelser og point – Kvalitet” fremgår yderligere vedrørende delkriteriet ”Tidlig Opsporing” for så vidt angår Orkideen at:

”Mange beskrivelser af hvad de har gjort, men ikke så meget om hvad de vil fremadrettet.

Ikke tydelige på hvordan de vil gøre det.

Måler på effekten, positivt, men eksempler på observationer, men det er ikke til at se en systematik i dem, og hvordan de bruger tobs til at af-dække. Positivt med fast personale, det er nemmere at observere ændringer på den måde.”

For så vidt angår Svane Service ApS og Rengøringskældereren fremgår at:

”Overordnet rigtig god beskrivelse, meget sammenhængende. Samkobler essensen af kommunens værdier.”

For så vidt angår Berit’s Hjemmepleje fremgår at:

”Meget struktureret og velbeskrevet. Har samarbejde med sygeplejerske, meget positivt. Kender deres begrænsninger ift. hvad de skal og ikke skal. Positivt med kald til borgeren. Der mangler beskrivelse om hvordan de aktivt og systematisk vil arbejde med tobs. Overordnet beskrivelse, men fx hvilket skema, hvordan bruges udstyrstasker, mv.”

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

Orkideen har gjort gældende, at Horsens Kommune, ved evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet ”pris”, har anvendt en ikke forud defineret targetpris. Den model, der er anvendt, har et targetrange på 50 %. Det fremgår imidlertid af såvel pointfordelingen som Orkideens beregning på grundlag af de indkomne tilbud, at de tilbudte priser ligger inden for et væsentligt snævrere område end 50 % fra laveste pris. Kriteriet ”Praktisk hjælp” er det kriterium, hvor forskellen er størst. Her findes en difference mellem bedste og dårligste pris på blot 25 % ((360-288)/288). For kriteriet

”Personlig pleje/Bekvem tid” er differencen blot 11,5 %  $((365-327,5)/327,5)$ , mens den på kriteriet ”Personlig pleje/Ubekvem tid” er blot 19 %  $((455-382,50)/382,5)$ . Der er således en maksimal variation på 25 % i de tilbudte priser. Alligevel anvendes en prismodel med et spænd på 50 %. En beregning af den pris, som Horsens Kommune skal give for 100 timer fordelt i henhold til vægtningskriteriet viser, at Orkideen har givet tilbuddet med den samlede laveste pris. Forskellen til højeste pris efter denne model er på blot 7,25 %. På dette grundlag synes det uegnet at bruge en model med en targetrange på 50 %.

En beregning på den samlede kumulerede difference med vægtning i forhold til de enkelte kriterier viser, at den samlede kumulerede difference er 16,6 %. Også på dette grundlag synes det uegnet at bruge en model med en targetrange på 50 %.

Den af Horsens Kommune valgte model er derfor ikke egnet til at vise de væsentlige forskelle, der ligger i tilbuddene.

Hvis der i stedet var anvendt en targetrange fastsat til højeste tilbud for de enkelte delkriterier, ville resultatet være blevet et helt andet, nemlig at konsortiet Svane Service ApS og Rengøringskældereren I/S havde afgivet det prismæssigt dårligste tilbud.

Fastsættes targetrange til 16,6 %, ville konsortiet Svane Service ApS og Rengørings-kældereren I/S også have afgivet det prismæssigt dårligste tilbud, mens Orkideen ville have afgivet det prismæssigt andet bedste tilbud. Selv med en beregning, hvor targetrange sættes til 20 % er resultatet, at konsortiet Svane Service ApS og Rengøringskældereren I/S ender på sidstepladsen.

Horsens Kommune burde have tilrettet pointmodellen, da man blev bekendt med spredningen i de afgivne tilbud, så forskellen i priserne havde fået en større virkning på resultatet.

At det prismæssigt dårligste tilbud vinder udbuddet, og det prismæssigt næstdårligste tilbud ender på en samlet andenplads bekræfter, at modellen ikke er egnet.

Når Horsens Kommune rent prismæssigt allerede lå under markedsprisen synes det uden reel saglig begrundelse, at Horsens Kommune henviser til en

undersøgelse hos tre andre kommuner, der viser et prisspænd på 45-50 %. Allerede fordi Horsens Kommunes priser før udbuddet lå under markedsprisen, vil evalueringen af priserne, ud fra et så omfattende targetrange, være uden rimelig differentiering i forhold til de bydende, der som følge af de allerede lave priser må forventes at presse priserne yderligere. Resultatet bekræfter dette.

Horsens Kommune har gjort gældende, at påstand 1 efter sin ordlyd alene angår, om kommunen har anvendt en pointmodel, der ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Påstanden beskriver ikke, hvilke elementer i pointmodellen, der efter Orkideens opfattelse bevirker, at denne har været uegnet. Det fremgår eksempelvis ikke, om påstanden beror på, at modellen ikke har været egnet til at fastholde vægtningen af underkriteriet ”Pris”, eller om det er kommunens undladelse af at anvende en pointmodel med en pointskala, hvor yderpunkterne sættes til henholdsvis højeste og laveste pris, der efter Orkideens opfattelse udgør et problem.

Da udbuddet blev gennemført i henhold til udbudslovens afsnit III, havde kommunen ikke pligt til at beskrive evalueringsmetoden i udbudsbetingelserne. Kommunen havde imidlertid valgt at fastlægge evalueringsmetoden internt inden tilbudsfasens igangsættelse, jf. det fremlagte notat herom. Ved at fastlægge evalueringsmetoden internt inden tilbudsafgivningen kan den ordregivende myndighed ikke senere mødes af indsigelser om, at evalueringsmetoden har været udformet med henblik på at favorisere en specifik tilbudsgiver, efter at ordregiver har fået kendskab til tilbuddenes indhold jf. bl.a. Domstolens dom af 14. juli 2016 i sag C-6/15, TNS Dimarso NV, præmis 31.

Den evalueringsmetode, som kommunen havde fastlagt på forhånd i relation til underkriteriet ”Pris”, er en helt sædvanlig evalueringsmetode. At der er tale om en helt sædvanlig evalueringsmetode følger blandt andet af, at metoden indgår som en af de metoder, der beskrives i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om evalueringsmetoder fra juli 2016, side 32 og 33. Kommunen havde netop, som foreskrevet i vejledningen, fastsat targetprisen ud fra kommunens forventning om, hvor stor spredning i tilbudspriserne, der kunne forventes ved det konkrete udbud. Og kommunens forventning blev fastlagt på grundlag af undersøgelser af prisniveauet og prisudsvingene for de udbudte ydelser i landets øvrige kommuner. At det senere viste sig, at tilbudspriserne ikke varierede helt så meget, fører i sa-

gens natur ikke til, at den anvendte evalueringsmetode har været uegnet. Det er således ganske sædvanligt, at en anvendt evalueringsmetode i forhold til et priskriterium kun fører til udnyttelse af en mindre del af pointskalaen jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 14. oktober 2014, Grontmij A/S mod Ministeriet for By, Bolig og Landdistrikter ad påstand 1. Konkret førte den anvendte evalueringsmetode i øvrigt til en ikke ubetydelig anvendelse af pointskalaen. Der var således tale om, at halvdelen af pointskalaen blev udnyttet.

De prisspredninger, der konkret viste sig ved udbuddet, har på ingen måde bevirket, at kommunen var forpligtet til at tilpasse den evalueringsmetode, der var fastlagt på forhånd. En tilpasning af evalueringsmetoden under de konkrete omstændigheder med det mulige resultat til følge, at en anden tilbudsgiver end Svane Service ApS og Rengøringskælderer I/S ville have vundet udbuddet, ville i lyset af EU-Domstolens dom i sag C-6/15 med overvejende sandsynlighed have udgjort en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Endelig bemærkes, at klagenævnet i en lang række kendelser, bl.a. kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A. mod Banedanmark, kendelse af 1. april 2014, Damasec IAG JV mod Udenrigsministeriet og kendelse af 14. oktober 2014, Grontmij mod Ministeriet for By, Bolig og Landdistrikter, har fastslået, at den ordregivende myndighed har et vidt skøn ved fastlæggelsen af evalueringsmetoden, herunder i relation til hvilken ”X-procent”/”gearing”, der skal benyttes, når der anvendes en lineær pointmodel, der tager udgangspunkt i den laveste tilbudspris.

At Orkideen har kunnet påvise andre mulige evalueringsmetoder, der ville have ført til en anden vinder af udbuddet end Svane Service ApS og Rengøringskælderer I/S, indebærer ikke i sig selv, at kommunen ved at have anvendt en anden metode end foreslået af Orkideen har overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Orkideen synes i øvrigt at være af den opfattelse, at en pointmodel i relation til et priskriterium som udgangspunkt skal fastsættes med yderpunkter, der netop svarer til dyreste og laveste pris ved udbuddet. At retsstillingen skulle være således, kan på ingen måde tiltrædes, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 15. marts 2013, COWI A/S mod SKI, hvor det blev fastslået, at en sådan

metode er ”usædvanlig” og kan ”medføre resultater, der ikke er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.”

#### Ad påstand 2 og 4

Orkideen har gjort gældende, at det på grundlag af oplysninger fra Horsens Kommune kan lægges til grund, at der ved evalueringen af underkriteriet ”Kvalitet” er anvendt en pointskala fra 1-10, hvor 1 var dårligst og 10 var bedst. Det fremgår imidlertid ikke, hvordan pointgivningen er sket i praksis, herunder om det er en direkte sammenligning mellem de forskellige tilbud, eller der sker en individuel vurdering af tilbuddet op mod de fastsatte kriterier. På grundlag af kommunens brev af 27. februar 2017 må pointtildelingen imidlertid antages at være sket ved en individuel vurdering, hvilket også kan begrunde, at der gives 5,0 – 4,5 – 4,0 og 2,5 point i begge delkriterier. Hvorvidt denne fordeling er fast og udtryk for en forudgående prioritering og pointtildeling henstår i det uvisse.

Udbudsmaterialet indeholder en beskrivelse af konkurrenceparametre for kvalitet. Det fremgår imidlertid ikke, hvordan pointfordelingen gives. Særligt vedrørende ”tidlig opsporing” er dette ikke en arbejdsmetode, som Horsens Kommune tidligere har praktiseret eller selv har benyttet i den kommunale hjemmepleje. Det betyder, at udbudsmaterialet ikke indeholder en klar definition af, hvad ”tidlig opsporing” konkret indebærer, herunder hvilke delelementer udover systematik, der indgår i vurderingen. Det er desuden anført i udbudsmaterialet, at tilbudsgiver skulle acceptere at modtage undervisning fra Horsens Kommune i ”tidlig opsporing”.

Ud fra det foreliggende materiale må det lægges til grund, at kvalitetsvurderingen bygger på en 100 % subjektiv vurdering.

Den af Horsens Kommune valgte pointmodel for kvalitetsvurdering har ikke været gennemskuelig, hvilket åbenbart har gjort det vanskeligt for tilbudsgiverne at vide, hvilke forhold de med fordel kunne beskrive indgående på de maksimale 5 sider, beskrivelserne måtte fylde. Det faktum at de to tilbud med den laveste pris endte som de samlet set to dårligste tilbud, giver en indikation om, at kvaliteten – der alene indgår med 40 % i den samlede vurdering – har haft en væsentlig og afgørende betydning. Pointmodellen for kvalitet er således ikke tilstrækkeligt afstemt med prismodelvurderingen.

I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om evalueringsmodeller fra juli 2016 fremgår på side 50, at ”kvalitetskriterier hidtil er blevet bedømt i forhold til en absolut skala, men at der efter reglerne i udbudsloven er mulighed for, at det også kan ske i relative sammenligninger. [...] Uanset hvilken metode ordregiveren vælger at anvende, skal det oplyses i udbudsmaterialet, hvordan kvalitetskriterier vil blive bedømt, om det sker i en absolut eller relativ bedømmelse, hvilken skala der benyttes, og hvad der tillægges betydning i vurderingen.” Horsens Kommune har ikke i udbudsmaterialet oplyst, hvordan bedømmelsen af kvalitetskriterierne ville ske. Det anerkendes, at Horsens Kommune har en skønsmæssig beføjelse i forbindelse med den kvalitative vurdering. Måske endda et vidt skøn – men absolut ikke et frit skøn.

Horsens Kommune har for så vidt angår afvisningspåstanden i relation til påstand 4 gjort gældende, at Orkideens påstand 4 er uklar og ikke indeholder en konkret angivelse af, hvad det er for ”parametre”, som kommunen efter Orkideens opfattelse uberettiget har anvendt ved evalueringen af tilbuddene. Tilsvarende fremgår det heller ikke af påstanden på hvilket eller hvilke delkriterier og i relation til hvilken eller hvilke tilbudsgivere, at kommunen skulle have tildelt points i strid med pointmodellens definitioner. For at Klagenævnet kan optage en påstand til bedømmelse, må det være en forudsætning, at selve påstanden præcist beskriver den handling eller undladelse, som en klager mener har udgjort en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Da dette ikke er tilfældet med den nedlagte påstand 4, skal påstanden afvises. Uklarheden af påstand 4 bestyrkes i øvrigt af, at Orkideen har valgt at fremkomme med samlede anbringender i relation til påstand 2 og 4.

Horsens Kommune har desuden vedrørende påstand 2 og 4 gjort gældende, at sådan som påstand 2 er formuleret, retter den sig alene mod den vurdering og evaluering, kommunen har foretaget af tilbuddene i relation til underkriteriet ”Kvalitet”. Påstanden kan efter sin ordlyd ikke danne grundlag for klagenævnets vurdering af, om underkriteriet ”Kvalitet” og de underliggende delkriterier har været tilstrækkeligt klart beskrevet i udbudsmaterialet. For så vidt angår gennemsigtigheden af underkriteriet ”Kvalitet” bemærkes dog for god ordens skyld, at kvalitetskriteriet og de underliggende delkriterier blev præsenteret for tilbudsgiverne, herunder Orkideen, allerede i den dialogfase, der lå forud for udbuddet. Såfremt Orkideen have været



uforstående over for indholdet af kvalitetskriteriet, herunder hvad der nærmere lå i delkriteriet vedrørende ”Tidlig opsporing”, havde det været nærliggende at påtale dette over for kommunen i forbindelse med det dialogmøde, der blev gennemført den 3. oktober 2016. Som det fremgår af referatet fra dialogmødet, blev der imidlertid ikke fra Orkideens side spurgt til kvalitetskriteriet under dialogmødet. Heller ikke under udbuddet har Orkideen eller andre tilbudsgivere fundet anledning til at stille spørgsmål til kommunen om forståelsen af kvalitetskriteriet. Kommunen har således med den beskrivelse af underkriteriet ”Kvalitet” og de to underliggende delkriterier, som var anført i underskrifts- og tilbudsbilagets afsnit 6, handlet i fuld overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Særligt for så vidt angår delkriteriet om ”Tidlig opsporing” fremkom de tre andre tilbudsgivere udover Orkideen med særdeles gennemarbejdede besvarelser, der resulterede i pointtal fra 8-10. Orkideens besvarelse var på dette delkriterium væsentligt svagere end de øvrige tilbudsgiveres, hvilket der er redegjort nærmere for i såvel underretningsskrivelsen af 27. februar 2017 som i evalueringsrapporten.

Orkideen synes at mene, at det er et problem, at kommunens tildeling af point i forhold til underkriteriet ”Kvalitet” ikke er sket på baggrund af en ”umiddelbar sammenligning” af tilbuddene. Klagenævnet har imidlertid i en række kendelser, herunder kendelse af 12. februar 2007, Dansk Høreteknik A/S mod Københavns Kommune fastslået, at det er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet at tildele points ved et udbud på baggrund af en sammenligning af tilbuddene i relation til kvalitative underkriterier. Af samme grund valgte kommunen at benytte en evalueringsmetode ved udbuddet i relation til kvalitetskriteriet, hvor pointtildelingen skete ud fra en vurdering af, hvor godt det enkelte tilbud opfyldte underkriteriet ud fra en absolut målestok. Kommunens fagpersonale benyttede i forbindelse med evalueringen af tilbuddene, i relation til de kvalitative delkriterier, en pointskala fra 1-10, hvor det i prosaform var beskrevet, hvad der lå i de enkelte karakterer/pointtal, jf. den fremlagte oversigt over den anvendte pointmodel. Eksempelvis var det i relation til karakteren/pointtallet 5, som Orkideen fik tildelt i relation til delkriteriet ”Tidlig opsporing”, angivet ”Nogenlunde tilfredsstillende med en række mangler. - Gives for en acceptabel opfyldelse af delkriterierne. For delkriterier der vurderes helt eller delvist på baggrund af tilbudsgivers besvarelser gælder desuden; besvarel-

sen fremstår mindre velunderbygget og er visse steder uklar og mangler visse af de efterspurgte oplysninger.”

Den evalueringsmetode som kommunen har benyttet i relation til de kvalitative delkriterier, med de ”pejlemærker” for de enkelte karakterer/pointtal, som er anført i det fremlagte bilag H, er helt sædvanlig, og der er intet grundlag for at anse metoden for uegnet.

En vurdering af et tilbuds opfyldelse af et kvalitativt underkriterium vil i sagens natur bero på et skøn foretaget af den eller de personer, der forestår evalueringen af tilbuddene. Det er sædvanligt og strider ikke imod udbudsreglerne, at pointtildelingen for et priskriterium sker på baggrund af en matematisk beregning, mens pointtildelingen for et kvalitativt kriterium sker på baggrund af et skøn udøvet af den ordregivende myndigheds fagpersonale.

Evalueringen af tilbuddene i relation til de to kvalitative delkriterier blev gennemført af en faggruppe bestående af 4 personer – alle med en baggrund og med kompetencer, der har gjort dem egnede til at vurdere tilbuddene i relation til de kvalitative kriterier.

Konkret er kommunens skøn udøvet inden for rammerne af de kvalitative delkriterier, som er anført i udbudsbetingelserne, og de elementer som eksplicit er fremhævet i underskrifts- og tilbudsbilaget. Vurderingen er endvidere foretaget i overensstemmelse med den evalueringsmetode, som kommunen havde fastlagt internt inden tilbudsafgivningen.

Det faktum, at priskriteriet har vægtet højere end kvalitetskriteriet, indebærer ikke, at det er udelukket at nå frem til, at en tilbudsgiver, der har afgivet højere tilbudspriser end de øvrige tilbudsgivere, skal have tildelt den udbudte rammeaftale. Ved det konkrete udbud har forskellene i points for det kvalitative underkriterium været større end forskellene i points for priskriteriet. Dette afspejler, at der var væsentlige forskelle i de besvarelser, tilbudsgiverne fremkom med i relation til det kvalitative underkriterium.

Som påstand 2 er formuleret, retter den sig ikke mod den konkrete pointtildeling, der er sket til Orkideen og de øvrige tilbudsgivere i relation til underkriteriet ”Kvalitet”. Under alle omstændigheder bemærkes dog, at den

konkrete pointtildeling er foretaget på baggrund af et fagligt skøn, som det ikke tilkommer klagenævnet at efterprøve.

Den evaluering af tilbuddene, der blev foretaget i forhold til de to delkriterier til underkriteriet ”Kvalitet”, skete inden for rammerne af den beskrivelse af kriterierne, som var angivet i underskrifts- og tilbudsbilaget.

Særligt for så vidt angår evalueringen af tilbuddet fra Orkideen i relation til delkriteriet ”Rehabiliterende hjemmepleje og rehabiliteringsforløb”, fik Orkideen en høj score. De elementer, som er fremhævet ”negativt” i begrundelsen for pointtildelingen, har således kun trukket ganske lidt ned ved evalueringen. Det bestrides i øvrigt, at kommunen i forbindelse med tilbudsevalueringen har målt og vejlet på Orkideens generelle egnethed som udbyder af hjemmeplejeydelser. Kommunen har derimod vurderet på, hvordan Orkideens interne organisering vil kunne sikre den ønskede kvalitet i relation til rehabiliterende hjemmepleje og rehabiliteringsforløb for så vidt angår de ydelser, der konkret vil skulle leveres. Særligt for så vidt angår evalueringen af tilbuddet fra Orkideen i relation til delkriteriet ”Tidlig opsporing”, vurderede kommunens fagpersonale, at tilbuddet skulle tildeles pointtallet 5, hvilket var udtryk for bedømmelsen ”nogenlunde tilfredsstillende med en række mangler”. Det har været fuldt berettiget, at kommunen ved evalueringen tillagde det betydning, at Orkideen ikke havde beskrevet, hvordan virksomheden fremadrettet ville løse opgaven med ”tidlig opsporing” i forhold til en potentiel kontrakt med kommunen, men primært havde beskrevet, hvordan man historisk set havde løst denne opgave.

Orkideens synspunkt om at den retorik, der er anvendt i evalueringsrapporten i relation til Svane Service ApS og Rengøringskælderens I/S, ikke berettiger til scoren 10, bestrides.

### Ad påstand 3

Orkideen har gjort gældende, at da pointmodellerne ikke har været egnede, og dermed ikke kan danne grundlag for en lovlig tildeling, skal Horsens Kommune annullere beslutningen om indgåelse af kontrakt med Konsortiet Svane Service ApS og Rengøringskælderens I/S.

Horsens Kommune har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen, idet kommunen ikke har handlet i strid med de

udbudsretlige regler og principper. Orkideen opnåede desuden den dårligste placering af de 4 tilbudsgivere ved udbuddet, hvilket må tillægges betydning ved klagenævnets vurdering af annullationspåstanden, såfremt klagenævnet mod forventning måtte give Orkideen helt eller delvist medhold i påstand 1 og/eller påstand 2.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Udbuddet er omfattet af udbudslovens afsnit III og udbudslovens § 160, om at den evalueringemetode der påtænkes anvendt, skal beskrives i udbudsmaterialet, finder derfor ikke anvendelse.

Der tilkommer ordregiveren et vidt skøn både ved fastlæggelsen af evalueringmodel og ved selve evalueringen af tilbuddene.

Horsens Kommune har forud for modtagelsen af tilbuddene udarbejdet et notat, der beskriver, hvilken evalueringmodel kommunen påtænker at anvende i relation til såvel pris som kvalitet. Det er ubestridt, at evalueringen er sket i overensstemmelse hermed.

Den i notatet beskrevne model for evaluering af ”pris” er en almindelig anvendt og anerkendt model.

Horsens Kommune har fastsat targetprisen i den anvendte model på grundlag af statistikker fra Fritvalgsdatabasen, som indeholder oplysning om spredning i priserne på det udbudte i andre kommuner. Der er derfor ikke grundlag for at anse targetprisen for uegnet.

Det forhold, at det ved modtagelsen af tilbuddene i det konkrete udbud kunne konstateres, at der alene var relativt små spredninger i de tilbudte priser, og det forhold at andre modeller muligt ville føre til et andet resultat, fører ikke i sig selv til, at den evalueringmodel for prisen, som kommunen har valgt, har været uegnet og dermed ikke kan anvendes.

Den i notatet beskrevne model for evaluering af ”kvalitet” sammenholdt med den pointskala, der er anvendt, er ligeledes en almindelig og anerkendt model. Evaluering af ”kvalitet” vil naturligt bero på et skøn, og klagenæv-

net tilsidesætter alene et sådant skøn, såfremt det er åbenbart forkert eller bygger på et usagligt grundlag. Der er ikke konkret grundlag for at tilsidesætte det af kommunen udøvede skøn.

Særligt for så vidt angår udbudsbetingelsernes beskrivelse af delkriteriet ”Tidlig opsporing” bemærkes, at indholdet heraf er beskrevet i såvel udbudsbetingelserne som i ”underskrifts- og tilbudsbilaget”. Der er efter beskrivelsen ikke grundlag for at anse kriteriet for uklart. Der er da heller ingen af de virksomheder, der deltog i den forudgående dialogfase, eller de tilbudsgivere der har afgivet tilbud, som har fundet anledning til at søge kriteriet yderligere præciseret, og 3 ud af 4 tilbudsgivere har opnået endog meget høje point for besvarelsen, der knyttede sig til dette kriterium.

Påstand 1 og 2 tages derfor ikke til følge.

#### Ad påstand 4

En klage kan i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 2, afvises, hvis de nedlagte påstande er uegnede til at danne grundlag for klagesagens behandling. Bestemmelsen skal læses i sammenhæng med lovens § 10, hvorefter klagenævnet ikke kan tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og ikke kan tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende. Bestemmelsen skal tillige ses i sammenhæng med den vejledningspligt, klagenævnet har i medfør af forvaltningslovens § 7.

Orkideens påstand 4 indeholder ikke en konkret angivelse af, hvad det er for ”parametre”, som kommunen efter Orkideens opfattelse uberettiget har anvendt ved evalueringen af tilbuddene, eller hvordan point er tildelt i strid med pointmodellens definitioner. En nærmere præcisering heraf er heller ikke indeholdt i Orkideens anbringender til støtte for påstanden.

Klagenævnets vejledning af en part må ikke gå så vidt, at klagenævnet yder bistand til at formulere brugbare påstande, jf. herved lovbemærkningerne til § 6, stk. 2.

På den baggrund afvises sagens påstand 4.

#### Ad påstand 3

Som følge af det, der er anført ad påstand 1 og 2 er der ikke grundlag for at tage påstand 3 om annullation af tildelingsbeslutningen af 27. februar 2017 til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 1-3 tages ikke til følge.

Påstand 4 afvises.

Orkideen Hjemmepleje og Personlig Service ApS skal i sagsomkostninger til Horsens Kommune betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anne-Mette Schjerner  
specialkonsulent