

14. december 2006. Baxter A/S mod Roskilde Amt, Vestsjællands Amt og Storstrøms Amt

EU-udbud af varekøb. Der kan indgå flere elementer i de enkelte underkriterier, men underkriterierne må ikke sammenblandes med de mindstekrav, der skal opfyldes af alle tilbudsgivere, og må heller ikke sammenblandes med hinanden. Det er udbyderen og ikke tilbudsgiveren, der skal prissætte forbehold. Ved tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud er udbyder berettiget og forpligtet til at tage hensyn til fordele og ulemper ved at have en enkelt kontraktspart. Evalueringsmodel, hvorefter vægtningsprocent var lig maksimumpoints, var ikke i strid med udbudsreglerne. Ved udbud omfattende flere delaftaler skal hver delaftale vurderes for sig. Overtrædelse ved at lægge vægt på udstyr, der ikke var omfattet af det udbudte, og ved opfordring til tilbudsgiverne om at oplyse rabatter på varer, der ikke var omfattet af det udbudte. Overtrædelse af forhandlingsforbuddet. Forskellige overtrædelser af gennemsigtighedsprincippet m.m. Ikke opsættende virkning. Annulation

Nogle amter iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet af indkøb af blodposer og blodfiltre m.m. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der var vægtet som angivet: 1. anskaffelses-, drifts- og vedligeholdelsesomkostninger (30 %), 2. kvalitet og funktionalitet (20 %), 3. service, garanti og uddannelse (20 %) og 4. leveringstid og leveringssikkerhed (20 %). Der kunne gives tilbud på i alt 10 forskellige ydelser, benævnt delaftaler.

Der indkom tilbud fra fire tilbudsgivere, hvorefter udbyderne besluttede at indgå kontrakter med en af tilbudsgiverne vedrørende visse delaftaler, med en anden tilbudsgiver vedrørende nogle andre delaftaler og med en tredje tilbudsgiver vedrørende en enkelt delaftale. Den fjerde tilbudsgiver klagede til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

Påstand 1: Klage over, at udbyderne havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 44 (om ligebehandling og gennemsigtighed henholdsvis egnethedsundersøgelse m.m.) ved ikke at have foretaget en egnethedsundersøgelse af tilbudsgiverne:

Ikke taget til følge, da der ikke var grundlag for at antage, at udbyderne ikke havde foretaget en tilstrækkelig undersøgelse.

Påstand 2: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt gennemsigtighedsprincippet i direktivets artikel 2 ved i udbudsbekendtgørelsen at angive, at tilbudsgiverne skulle afgive en erklæring på tro og love om ubetalt gæld til det offentlige, og i udbudsbetingelserne at angive, at tilbudsgiverne ved deres underskrift på tilbuddet skulle bekræfte ikke at have ubetalt gæld til det offentlige.

Påstand 3: Klage over, at udbyderne havde taget tilbuddene fra de andre tilbudsgivere i betragtning, selvom de ikke indeholdt erklæringer på tro og love om ubetalt gæld til det offentlige som krævet i udbudsbekendtgørelsen

Ikke taget til følge, da udbyderne efter formuleringen i udbudsbetingelserne, jf. ad påstand 2 ovenfor, ikke var forpligtede til at afvise tilbud, der ikke indeholdt erklæring på tro og love som omhandlet.

Påstand 4: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 og artikel 24 (om alternative tilbud) ved i udbudsbekendtgørelsen at angive, at alternative tilbud var tilladt, uden i udbudsbetingelserne at angive, hvilke mindstekrav alternative tilbud skulle opfylde. Herved henvist til, at en uklar og bredt formuleret bestemmelse om alternative tilbud i udbudsbetingelserne ikke opfyldte direktivets krav om angivelse af mindstekrav for alternative tilbud, og til, at sådanne mindstekrav heller ikke på anden måde kunne udledes af udbudsbetingelserne.

Påstand 5:

Påstand 5, a: Udtalt (ad et anbringende fra klageren), at det ikke er i strid med Udbudsdirektivet, at der indgår flere elementer i de enkelte underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, men at underkriterierne ikke må sammenblandes med de mindstekrav, der skal opfyldes af alle tilbudsgivere. Videre udtalt, at nogle bestemmelser i udbudsbetingelserne om garanti og service var mindstekrav, der skulle opfyldes af alle tilbudsgivere, og at underkriteriet om service, garanti og uddannelse derfor ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Herefter konstateret, at udbyderne havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53, stk. 1, a (om tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud) ved ikke klart at beskrive, hvad de enkelte elementer i underkriterierne indebar.

Påstand 5, b: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 ved ikke klart at beskrive, i hvilket omfang tilbud skulle indeholde forslag til en serviceaftale, og ved ikke at have afgrænset et sådant krav i forhold til underkriteriet om service, garanti og uddannelse.

Påstand 5, c: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt artikel 2 og artikel 53, stk. 1, a ved at have inddraget spørgsmålet om service og garanti i vurderingen af underkriteriet om omkostninger.

Påstand 6:

Påstand 6, (i): Klage over, at udbudsbetingelserne ikke opstillede angivelserne om visse emner systematisk og hver for sig:

Ikke taget til følge, da der ikke på grundlag af Udbudsdirektivet kan opstilles krav om, at udbudsbetingelser skal følge en bestemt systematik.

Påstand 6, (ii): Konstateret, at udbyderne havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 2 som følge af, at udbudsbetingelserne ikke skelnede klart mellem underkriterier, minimumskrav og kravspecifikationer.

Påstand 6, (iii): Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 som følge af, at et krav i udbudsbetingelserne om overholdelse af nogle standardbetingelser var uklart.

Herved henvist til, at de pågældende standardbetingelser efter deres indhold fandt anvendelse i det omfang, de ikke var fraveget ved skriftlig aftale. Udtalt, at en sådan bestemmelse som udgangspunkt er meningsløs i udbudsretlig sammenhæng, og at der ikke i udbudsbetingelserne var nærmere redegjort for standardbetingelsernes betydning. Endvidere henvist til, at det i standardbetingelserne var angivet, at tilbud med væsentlige forbehold ikke kunne accepteres, mens det i udbudsbetingelserne i øvrigt var angivet, at udbyderne accepterede forbehold. Desuden henvist til bl.a., at forbehold ifølge standardbetingelserne i videst muligt omfang skulle kapitaliseres,

hvilket er i strid med udbudsretten, da det er udbyderen og ikke tilbudsgiverne, der skal prissætte forbehold. Endvidere henvist til, at tilbudsgiverne ifølge standardbetingelserne senest samtidig med tilbuddet skulle afgive en erklæring på tro og love om ubetalt gæld til det offentlige, hvilket var et yderligere udslag af den uklarhed, som Klagenævnet konstaterede ad påstand 2.

Påstand 6, (iv): Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 som følge af, at nogle angivelser i udbudsbetingelserne om tilbagekøb af udstyr var uklare. Herved henvist til, at det ikke nærmere var oplyst, hvad der sigtedes til med de pågældende angivelser, og at angivelserne var uden sammenhæng med udfaldet af tilbuddet i øvrigt.

Påstand 7:

Påstand 7, a: Klage over, at udbudsbetingelserne ikke havde fastsat den nærmere afgrænsning af delaftalerne:

Ikke taget til følge, da delaftalerne var klart defineret i udbudsbetingelserne.

Påstand 7, b: Klage over, at udbyderne, havde besluttet, at alle udbyderne skulle benytte samme produkter:

Ikke taget til følge, da udbyderne ikke fra begyndelsen havde lagt sig fast på, at samme tilbudsgiver skulle vælges til alle udbyderne, og da udbyderne havde været berettigede og forpligtede til at tage hensyn til fordelene ved at have én kontraktspart frem for flere, jf. ad påstand 7, c nedenfor.

Påstand 7, c: Klage over, at udbyderne havde ladet fordele ved at have en enkelt leverandør været afgørende:

Ikke taget til følge. Henvist til, at tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud, og at udbyderne derfor havde været berettigede og forpligtede til at tage hensyn til fordele og ulemper ved at have én kontraktspart frem for flere, også selvom dette ikke var omtalt udtrykkeligt i udbudsbetingelserne.

Påstand 8: Klage over, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 og artikel 53, stk. 1, a ved under vurderingen af tilbudene ikke at have vægtet underkriterierne som angivet i udbudsbetingelserne.

Dette klagepunkt sigtede til følgende: Ved vurderingen af tilbuddene anvendte udbyderne en evalueringsmodel, i henhold til hvilken den angivne vægtningsprocent for hvert underkriterium samtidig udgjorde maksimumpoints for det tilbud, der bedst opfyldte det pågældende underkriterium. Fx blev tilbuddet med de laveste omkostninger tildelt 30 points vedrørende underkriteriet om omkostninger, der skulle vægtes med 30 %, men klagerens tilbud, der havde højere omkostninger, blev tildelt 28 points vedrørende dette underkriterium.

Klagenævnet fandt ikke grundlag for at tage klagepunktet til følge.

Påstand 9: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 ved ikke at foretage en vurdering af de enkelte delaftaler i forhold til underkriterierne.

Herved udtalt, at udbyderne havde haft pligt til at vurdere hver delaftale ud fra underkriterierne, og at det fremgik ikke af sagens oplysninger, at dette var sket. Desuden henvist til, at udbyderne med hensyn til en af delafta-

lerne havde lagt vægt en faglig vurdering af tilbuddene, uden at sammenhængen mellem dette og underkriterierne fremgik.

Påstand 10: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 ved at lægge vægt på tilbudsgivernes udstyr, selvom udstyret ikke var omfattet af det udbudte.

Dette klagepunkt sigtede til, at udbyderne ved vurderingen af tilbuddene havde lagt vægt på tilbudsgivernes udstyr til tapning af blod m.m., selvom et sådant udstyr ikke var omfattet af det udbudte. Udbyderne gjorde gældende, at tilbudsgivernes udstyr var indgået i underkriteriet om omkostninger, i det omfang tilbudsgivernes produkter nødvendiggjorde udskiftning af udstyr.

Klagenævnet henviste til, at det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, at tilbudsgivernes udstyr ville indgå i tilbudsvurderingen, men at det fremgik af sagens oplysninger, at udbyderne ved tilbudsvurderingen havde lagt vægt på tilbudsgivernes udstyr med hensyn til alle underkriterierne.

Påstand 11: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 ved under tilbudsvurderingen at lægge til grund, at klagerens tilbud omfattede fri service i 2 år, uanset at tilbuddet omfattede fri service i hele kontraktens løbetid, dvs. 4 år.

Dette klagepunkt sigtede til, at det i et mødereferat, der udgjorde udbydernes beslutningsgrundlag, var angivet, at klagerens tilbud omfattede fri service i 2 år. Klagerens tilbud omfattede imidlertid fri service i hele kontraktperioden, og udbyderne erkendte, at den omtalte angivelse var fejlagtig. Udbyderne gjorde gældende, at der var tale om en skrivefejl uden betydning for tilbudsvurderingen.

Klagenævnet fandt ikke grundlag for at antage, at der var tale om en skrivefejl uden betydning for tildelingsbeslutningen. Klagenævnet henviste herved til, at den pågældende angivelse stod flere steder i mødereferatet.

Påstand 12: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 2 ved at kræve udfyldning af et skema, der lagde op til, at der kunne tages forbehold for alle enkeltelementer, og til, at vilkår og krav kunne være genstand for forhandling.

Udbyderne havde gjort gældende, at skemaet blot var en checkliste til hjælp for tilbudsgiverne, og at det selvsagt ikke var meningen, at der kunne tages forbehold over for alle punkter i udbudsbetingelserne.

Påstand 13: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 ved ikke at have prissat nogle forbehold vedrørende betalingsbetingelser i tilbuddet fra en af tilbudsgiverne.

Ifølge påstanden skulle Klagenævnet også konstatere, at udbyderne havde været uberettiget til at tage tilbuddene fra den pågældende tilbudsgiver og en anden tilbudsgiver i betragtning, fordi de indeholdt forbehold om grundlæggende elementer. Disse dele af påstanden blev ikke taget til følge, for den anden tilbudsgivers vedkommende med henvisning til, at denne tilbudsgiver ikke havde taget forbehold.

Påstand 14: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 ved i udbudsbetingelserne at opfordre tilbudsgiverne til at oplyse om rabatter på andre produkter end dem, der var omfattet af udbuddet, og til at vedlægge oversigt over deres samlede sortiment. Det var uden betydning, at ingen af tilbudsgiverne havde oplyst om rabatter som nævnt.

Påstand 15: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 ved at kræve, at tilbudspriserne skulle angives i et særligt skema, selvom skemaet ikke gav mulighed for at angive nogle prisvariabler, der var tilladt i henhold til udbudsbetingelserne.

Udbyderne havde bl.a. gjort gældende, at prisvariabler kunne angives i en rubrik i skemaet om kommentarer. Klagenævnet henviste heroverfor til, at udbyderne under en spørgerunde var blevet gjort opmærksomme på det uhensigtsmæssige i skemaet, men at udbyderne havde fastholdt, at skemaet skulle anvendes.

Påstand 16: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 ved ikke at give oplysning om det forventede omfang af en af udbydernes køb vedrørende en af delaftalerne, selvom denne oplysning var fremkommet før tilbudsfristens udløb.

Påstand 17: Konstateret, at udbyderne havde overtrådt direktivets artikel 2 og det EU-retlige forhandlingsforbud ved før tildelingsbeslutningen at have holdt et møde med klageren i anledning af nogle indvendinger fra klageren mod udbudsbetingelserne. Henvist til, at det ikke var godtgjort, at drøftelserne faldt uden for forhandlingsforbuddets område.

Klagenævnet annullerede udbydernes beslutning om at indgå kontrakter med to af tilbudsgiverne. Klagenævnet henviste herved til en række af de konstaterede overtrædelser og til en samlet vurdering af grovheden af disse.