

6. august 2009. Conva Tec Ltd. mod Region Hovedstaden

Nogle minimumskrav var ikke egnede som minimumskrav, da konstateringen af, om kravene var opfyldt, afhang af subjektive og skønsmæssige vurderinger. Tilbud afvist med urette. Overtrædelse af § 6 a, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 927 af 16. september 2004 ved, at udbyderens underretning om tildelingsbeslutningen ikke indeholdt en summarisk begrundelse vedrørende hver enkelt af de rammeaftaler, som udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt om. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, ved ikke hurtigst muligt at underrette en tilbudsgiver om afvisning af dennes tilbud. Klagenævnet har ikke efter Lov om Klagenævnet for Udbud kompetence med hensyn til danske regler om aktindsigt, men er rekursmyndighed i henhold til Forvaltningsloven med hensyn til partsaktindsigt i udbudssager. Ikke annullation

Denne kendelse angår samme udbud som Klagenævnets kendelser af 4. august 2009 og 5. august 2009. Med hensyn til de nærmere omstændigheder ved udbuddet henvises til resuméet af kendelsen af 4. august 2009.

Ordregiveren havde efter Udbudsdirektivet udbudt rammeaftaler vedrørende indkøb af 44 produkter (sårbehandlingsprodukter, forbindsstoffer og plastre). Klageren havde afgivet tilbud på 9 af disse produkter – benævnt »positioner«. Klagerens tilbud blev afvist for så vidt angår 4 positioner med to begrundelser vedrørende hver position. Klagen omfattede bl.a. disse 8 begrundelser for afvisning af klagerens tilbud vedrørende de 4 positioner, jf. nedenfor under 1-3. Klagenævnet tog stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde afvist klagerens tilbud vedrørende to positioner med henvisning til, at de tilbudte produkter ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav om, at det ene produkt skulle kunne fjernes i ét stykke, og at det andet produkt skulle være blødt og fleksibelt, da disse krav ikke var egnede som minimumskrav (påstand 1 og 3):

Taget til følge med henvisning til, at der var knyttet subjektivitet og usikkerhed til udbyderens afprøvningsmetode, og til, at egenskaben »fleksibel« indeholder et betydeligt element af subjektiv og skønsmæssig karakter.

2) Klage over, at udbyderen havde afvist klagerens tilbud vedrørende en position med henvisning til, at det pågældende produkt ikke var nemt at fjerne, da der ikke var fastsat et minimumskrav herom i udbudsbetingelserne (påstand 2):

Taget til følge med henvisning til, at et delkriterium »Nem at fjerne« til underkriterium »B. Funktionalitet« vedrørende produktet var af udpræget skønsmæssig karakter og ikke naturligt kunne forstås som et minimumskrav.

3) Klage over, at udbyderen med urette havde afvist klagerens tilbud vedrørende nogle positioner med forskellige begrundelser, herunder, at tilbuddet ikke indeholdt krævede oplysninger om de pågældende produkter (påstand 4-8):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt § 6 a, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 927 af 16. september 2004 ved ikke ved sin underretning til klageren om tildelingsbeslutningen at have givet en summarisk begrundelse for beslutningerne om at indgå kontrakter med de valgte tilbudsgivere (påstand 9):

Taget til følge med henvisning til, at den omtalte underretning fra udbyderen ikke indeholdt en summarisk begrundelse for udbyderens tildelingsbeslutning vedrørende hver enkelt af de 41 rammeaftaler, som udbyderen havde besluttet at indgå kontrakt om.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1 og 2, ved ikke efter en henvendelse fra klageren at have meddelt klageren, at dennes tilbud vedrørende nogle af positionerne var blevet afvist (påstand 10):

Konstateret, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1 (hvorefter de ordregivende myndigheder hurtigst muligt skal underrette tilbudsgivere om trufne afgørelser vedrørende et udbud m.m.) ved ikke samtidig med sin underretning til tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen at have meddelt klageren, at dennes tilbud vedrørende de omhandlede positioner var afvist. Herved udtalt, at artikel 41, stk. 1, må forstås således, at den medfører pligt for de ordregivende myndigheder til på eget initiativ og »hurtigst muligt« at underrette tilbudsgivere, hvis tilbud er afvist, om afvisningen.

6) Klage over, at udbyderen ikke på klagerens anmodning havde givet klageren aktindsigt i udbyderens evalueringsrapport (påstand 11):

Klagenævnet afviste klagepunktet med henvisning til, at klagepunktet angik danske nationale regler, hvorfor Klagenævnet ikke efter Lov om Klagenævnet for Udbud havde kompetence til at behandle det, jf. § 1, stk. 1 og 2, og § 6, stk. 1 i Lov om Klagenævnet for Udbud. (Efter denne lovs § 1, stk. 1 og 2, omfatter Klagenævnets kompetence klager over overtrædelser af fællesskabsretten om offentlige kontrakter og overtrædelser, med hensyn til hvilke der ved lov er tillagt Klagenævnet kompetence. Efter § 6, stk. 1, skal Klagenævnet afvise klager, der ikke er omfattet af Klagenævnets kompetence).

Klagenævnet henviste imidlertid videre til, at Klagenævnet i medfør af Forvaltningslovens § 16, stk. 4, 1. pkt., er rekursinstans vedrørende klager over danske ordregivende myndigheders afgørelser om tilbudsgiveres adgang til partsaktindsigt i dokumenter, der indgår i de ordregivende myndigheders sager om udbud. Klagenævnet behandlede derfor det rejste spørgsmål om aktindsigt som rekursinstans i henhold til Forvaltningsloven.

Klagenævnet konstaterede, at udbyderen havde handlet i strid med Forvaltningsloven ved ikke at efterkomme den omtalte begæring fra klageren om aktindsigt. Da klageren imidlertid efterfølgende havde modtaget evalueringsrapporten, var der ikke anledning for Klagenævnet til at pålægge udbyderen at udlevere evalueringsrapporten til klageren.

7) Klage over, at udbyderen havde foretaget en vurdering af klagerens tilbud vedrørende en af positionerne alene på grundlag af underkriteriet »Pris« (påstand 13):

Ikke taget til følge, da den pågældende vurdering ikke var foretaget af udbyderen som led i udbyderens gennemførelse af udbuddet, men var foretaget i forbindelse med, at udbyderen skulle varetage sine interesser under sagen for Klagenævnet.

En påstand fra klageren om annullation af fire af udbyderens tildelingsbeslutninger (påstand 12) blev ikke taget til følge med henvisning til beskaf-

fenheden af de konstaterede overtrædelser og til, at det var usandsynligt, at klagerens tilbud vedrørende de omhandlede positioner ville være blevet vurderet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvis det var blevet taget i betragtning.