

Klagenævnet for Udbud

(Erik P. Bentzen, Gorm Kildahl Elikofer, Annette Jacobsen)

J.nr.: 2009-0018996

6. november 2009

K E N D E L S E

Hettich Labinstrument ApS

(advokat Andreas Christensen, København, ved advokatfuldmægtig Martin Stæhr)

mod

Region Sjælland

(advokat Claus Berg, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2008/S 236-313652 af 3. december 2008 udbød Region Sjælland som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en rammeaftale angående levering af kanyler, sommerfugle og rør til et lukket blodprøvetagningsystem. Rammeaftalen skulle gælde for perioden 1. juni 2009 – 31. maj 2011 med mulighed for at forlænge aftalen i 2 gange 12 måneder.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 18. februar 2009 havde 3 virksomheder afgivet tilbud, heriblandt Hettich Labinstrument ApS og Terumo Danmark (filial af Terumo Sweden AB). Den 16. marts 2009 besluttede Region Sjælland at indgå kontrakt med Terumo Danmark, og kontrakt er efterfølgende blevet indgået.

Den 25. marts 2009 indgav klageren, Hettich Labinstrument ApS, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Region Sjælland. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 22. april 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 13. august 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2 ved under vurderingen af tilbuddene at have tildelt klagerens tilbud 1 point vedrørende delkriteriet »Antal analyser gel-rør kan anvendes til« til underkriteriet 3. »Kvalitet«, uanset at klagerens tilbud indeholdt oplysning om, at de tilbudte gel-rør kan anvendes til alle analyser med undtagelse af koagulationsanalyser.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at have taget tilbuddet fra Terumo Danmark i betragtning, uanset at tilbuddet ikke opfyldte udbudsbetingelsernes minimumskrav, idet der for så vidt angår punkterne 1.1, 1.2, 3.11, 3.18, 3.19 og til dels 3.20 i Terumo Danmarks Tilbuds-bilag 2 alene blev henvist til datablade og tilbudsbilag, selv om der i udbudsbetingelserne var fastsat følgende: »Alle punkter i nedenstående skema **skal** besvares i skemaet, uanset om der kan henvises til medleveret datablad og tilbud i øvrigt«.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 16. marts 2009 om at indgå kontrakt med Terumo Danmark.

Klageren har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 4

Spørgsmålet om, hvorvidt indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelserne at have vægtet underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« således:

1. Ergonomi 35 %
2. Pris 35 %

3. Kvalitet 25 %
4. Emballage og pakkestørrelser 5 %,

uanset at det af udbudsbekendtgørelsen fremgår, at underkriterierne ville blive vægtet således:

1. Pris 35 %
2. Ergonomi 30 %
3. Kvalitet 25 %
4. Pakning/emballage/levering 10 %.

Spørgsmål 5

Spørgsmålet om, hvorvidt indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i forhold til delkriterierne for rør med gel til underkriteriet 3. »Kvalitet« at have vægtet delkriterierne således:

- A. Centrifugeringstid 35 %
- B. Minimum henstandstid fra prøvetagning til centrifugering skal udføres 35 %
- C. Antal analyser gel-rør kan anvendes til 30 %

uanset at det i udbudsbetingelserne var fastsat, at der særligt vil blive lagt vægt på følgende delkriterier i prioriteret rækkefølge:

- A. Antal analyser gel-rør kan anvendes til
- B. Centrifugeringstid
- C. Minimum henstandstid fra prøvetagning til centrifugering skal udføres.

Sagens omstændigheder

Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. I udbudsbetingelserne var der fastsat følgende underkriterier og vægtning af disse:

- | | |
|------------------------------------|------|
| 1. Ergonomi | 35 % |
| 2. Pris | 35 % |
| 3. Kvalitet | 25 % |
| 4. Emballage og pakningsstørrelser | 5 % |

I udbudsbekendtgørelsen var vægtningen af underkriterierne oplyst til at være »Pris« 35 %, »Ergonomi« 30 %, »Kvalitet« 25 % og »Pakning/emballage/levering« 10 %.

Der var i udbudsbetingelserne fastsat følgende delkriterier til underkriteriet 3. »Kvalitet«:

»Kvalitet

Vurderes på baggrund af besvarelsenerne i Tilbuds-bilag 2, samt på baggrund af de fremsendte vareprøver.

Herunder vil der særligt blive lagt vægt på følgende (i prioriteret rækkefølge):

...

For rør med gel

Antal analyser gel-rør kan anvendes til, jf. Tilbuds-bilag 2, pkt. 3.11 (flest = bedst).

Centrifugeringstid, jf. Tilbuds-bilag 2, pkt. 3.15 (kort tid = bedst).

Minimum henstandstid fra prøvetagning til centrifugering skal udføres, jf. Tilbuds-bilag 2, pkt. 3.19 (kort tid = bedst).

...«

Under evalueringen lod indklagede delkriteriet »Antal analyser gel-rør kan anvendes til« vægte med 30 %, mens delkriterierne »Centrifugeringstid« og »Minimum henstandstid fra prøvetagning til centrifugering skal udføres« vægtede med hver 35 %.

Udbudsbetingelsernes Tilbuds-bilag 2 har titlen »Kravspecifikation og løsningsbeskrivelse«. Af indledningen fremgår:

»Alle punkter i nedenstående skema **skal** besvares i skemaet, uanset om der kan henvises til medleveret datablad og tilbud i øvrigt. Skemaet **skal** vedlægges som Tilbuds-bilag 2 i udfyldt og underskrevet stand. Tilbuds-bilag 2 skal endvidere vedlægges på CD-rom i Word-format.

Ord/sætninger der er markeret med **fed** samt er understreget giver udtryk for at være mindstekrav (**skal**-krav).«

Ifølge udbudsbetingelserne anvendes der en terminologi med krav og mindstekrav. Det fremgår, at krav, som skal opfyldes, betegnes som mindstekrav, og at et tilbud, hvis blot ét mindstekrav ikke er opfyldt, ikke er konditionsmæssigt.

Det følger af udbudsbetingelsernes beskrivelse af dispositionen for tilbud-

dene, at »uddybende beskrivelse af den tilbudte løsning indeholdende oplysninger om mindstekrav og krav til det udbudte **skal** afgives ved at udfylde Tilbuds-bilag 2«.

Terumo Danmark har bl.a. besvaret Tilbuds-bilag 2 som følgende:

»

	KRAV TIL LEVERANCEN	TILBUDSGIVERS BESVARELSE
		(Bekræft at det tilbudte opfylder dette). (Beskriv hvorledes det tilbudte opfylder dette).
1.1	Produktet skal til enhver tid opfylde gældende EN standard (p.t. EN 14820).	Venligst se Dokumentation EN 14820.
1.2	Produkter af plast (plastrør) skal kunne tåle transport i henhold til EU's ADR-konvention 2007 for transport af farligt gods UN 3373, emballeringsbestemmelse P650. Tilbyder skal fremsende godkendelsesdokumentation herfor ved kontraktindgåelse.	Venligst se Dokumentation UN 3373.
...	...	...
3.11	For rørtyper med separator (gel) skal tilbyder oplyse hvilke analyser de tilbudte gel-rør kan anvendes til.	Venligst se TERUMO bilag 2.
...	...	...
3.18	Tilbyder skal oplyse krav til antal g for samtlige rør.	Venligst se TERUMO bilag 3.
3.19	Tilbyder skal oplyse krav til henstandstid fra prøvetagning til centrifugering for samtlige rør.	Venligst se TERUMO bilag 3.

3.20	Tilbyder <u>skal</u> oplyse hvilke volumenstørrelser af glas, de kan levere. Der bør være differentierede farvekoder.	
...	...	...

...«

Vedrørende punkt 3.20 har klageren ikke under klagesagen fået partsaktindsigt i Terumo Danmarks besvarelse, men indklagede har oplyst, at Terumo Danmark delvist har besvaret punktet ved at henvise til andre dokumenter, som indgik i virksomhedens tilbud. Klagenævnet har været i besiddelse af Terumo Danmarks besvarelse af punkt 3.20.

»TERUMO bilag 2« er en analyseliste for anvendelse af gel-rør. Det fremgår af listen, hvilke analyser gel-rørene kan anvendes til. »TERUMO bilag 3« indeholder oplysninger om centrifugering af gel-rør, herunder blandt oplysninger om farvekode, tid og g-værdi for de forskellige rør.

Klageren har i sit tilbud besvaret punkt 3.11 i Tilbuds-bilag 2 således:

»Kan opfyldes.

Greiner Bio-One's gelrør både med plasma og serum, kan anvendes til alle analyser med undtagelse af koagulationsanalyser. Rørene er fremstillet af det inaktive PET.«

Indklagede anvendte under evalueringen af tilbuddene en pointskala fra 1–5 med 5 som højeste score. Pointskalaen er i indklagedes vægtningsskema beskrevet således, at 1 svarer til »Ikke tilfredsstillende«, 2 til »Mindre tilfredsstillende«, 3 til »Opfylder kravene«, 4 til »Meget tilfredsstillende« og 5 til »Kravene er særdeles opfyldt«.

Det fremgår af indklagedes vægtningsskema, at indklagede tildelte klagerens tilbud 1 point for delkriteriet »Antal analyser gel-rør kan anvendes til« til underkriteriet 3. »Kvalitet«, idet indklagede bemærkede, at »liste foreligger ikke«.

Gerd Munch Dam-Madsen har forklaret, at hun er strategisk indkøbskonsulent i Region Sjælland. Tilbuddene blev evalueret sammen med brugergruppen. Brugergruppen var af den opfattelse, at det ikke er korrekt, at kla-

gerens gel-rør kan anvendes til alle analyser undtagen koagulationsanalyser. Formuleringen i Tilbuds-bilag 2 kommer fra en standardskabelon, som er udarbejdet af Region Syddanmark. Region Sjælland har benyttet skabelonen flere gange, og formuleringen har ikke givet anledning til problemer tidligere. Meningen med formuleringen er alene, at tilbudsgiveren i Tilbuds-bilag 2's svarrubrik skal henvise direkte til det bilag, hvor spørgsmålet besvares, hvis tilbudsgiveren vælger ikke at besvare spørgsmålet i Tilbuds-bilag 2.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede skulle have tildelt klagerens tilbud 5 point vedrørende delkriteriet »Antal analyser gel-rør kan anvendes til« til underkriteriet 3. »Kvalitet«, da klagerens produkt kan anvendes til alle de analyser, der reelt er mulige at gennemføre med gel-rør. Indklagede havde ikke anmodet tilbudsgiverne om positivt at opliste navnene på de analyser, som de tilbudte gel-rør kan anvendes til. Indklagede havde derimod anført, at man ville lægge vægt på antallet af analyser, rørene kan anvendes til.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes bedømmelse af klagerens tilbud lå inden for rammerne af det skøn, som en ordregiver har ved pointtildelingen. Klagerens tilbud blev alene tildelt 1 point for delkriteriet »Antal analyser gel-rør kan anvendes til«, da klageren ikke havde oplyst, hvilke analyser de tilbudte gel-rør kunne anvendes til, selvom der ifølge udbudsbetingelserne var stillet krav herom. Indklagede vurderede, at klageren ved at oplyse, at gel-rørene kunne bruges til »alle analyser med undtagelse af koagulationsanalyser«, opfyldte udbudsbetingelsernes minimumskrav. Oplysningen var dog ikke tilfredsstillende, og indklagede tildelte derfor alene klagerens tilbud 1 point vedrørende dette delkriterium.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at Terumo Danmark i flere tilfælde ikke har besvaret punkterne i Tilbuds-bilag 2, men alene har henvist til andre dokumenter, som indgik i Terumo Danmarks tilbud. Det fremgår tydeligt af

udbudsbetingelserne, at det er et minimumskrav, at alle punkter i Tilbuds-bilag 2 skulle besvares i skemaet. Indklagede opstillede i Tilbuds-bilag 2 et krav om, at tilbudsgiverne under hvert enkelt punkt skulle bekræfte, at det tilbudte opfyldte de krav, der var angivet i tilbudsskemaets venstre sølje. Det var således et ubetinget krav, at tilbudsgiverne i hvert enkelt tilfælde positivt skulle tilkendegive, at tilbuddet opfyldte det opstillede minimumskrav. Dette krav har Terumo Danmark ikke opfyldt i de tilfælde, hvor virksomheden – som under punkt 1.1 og 1.2 – blot har henvist til en nærmere specificeret dokumentation. Terumo Danmark har i 6 tilfælde undladt at opfylde udbudsbetingelsernes krav om udfyldelse af tilbudsskemaet, og som en konsekvens af dette har indklagede været forpligtet til at afvise tilbuddet fra Terumo Danmark.

Indklagede har gjort gældende, at det for så vidt angår punkt 1.1, 1.2, 3.11, 3.18, 3.19 og til dels 3.20 er korrekt, at Terumo Danmark ikke i selve skemaet i Tilbuds-bilag 2 endeligt og udtømmende har besvaret de pågældende punkter. For så vidt angår disse punkter har Terumo Danmark således også henvist til andre dokumenter, som indgik i Terumo Danmarks tilbud, idet der dog udtrykkeligt for hvert enkelt punkt specifikt er henvist til de relevante dokumenter, hvori de pågældende forhold er adresseret. Det var fra indklagedes side meningen, at tilbudsgiverne punkt for punkt i Tilbuds-bilag 2 skulle forholde sig til kravspecifikation og løsningsbeskrivelse i selve skemaet, uden at det dog var udelukket, at tilbudsgiverne – også – for de enkelte punkter kunne henvise til andre dokumenter, som indgik i tilbuddet.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at den overtrædelse af udbudsreglerne, der følger af klagerens påstand 2, bevirker, at tildelingen af den udbudte kontrakt er sket til en tilbudsgiver, hvis tilbud skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt. Da kontrakten ikke er blevet tildelt til den tilbudsgiver, der på et konditionsmæssigt grundlag har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, må konsekvensen nødvendigvis være, at Klagenævnet annullerer tildelingsbeslutningen.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har overtrådt udbudsreglerne. Hvis indklagede har overtrådt udbudsreglerne, har det været uden betydning for indklagedes tildelingsbeslutning.

Ad spørgsmål 4

Klageren har erklæret sig enig i, at der er tale om en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet.

Indklagede har erkendt, at der – som følge af en utilsigtet skrivefejl – ikke er fuld overensstemmelse mellem udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen, og at indklagede derved har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2.

Ad spørgsmål 5

Klageren har erklæret sig enig i, at der er tale om en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet.

Indklagede har erkendt, at der er tale om en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det følger af punkt 3.11 i Tilbuds-bilag 2, at tilbudsgiverne skulle oplyse, hvilke analyser de tilbudte gel-rør kan anvendes til. Dette spørgsmål kunne ikke besvares ved angivelse af et tal for, hvor mange analyser rørene kan anvendes til, eller ved at oplyse, at rørene kan anvendes til alle analyser med undtagelse af koagulationsanalyser, idet et sådant svar ikke giver oplysning om, hvilke analyser der er tale om.

Klagenævnet har på denne baggrund ikke grundlag for at konstatere, at indklagedes skøn – og tildeling af kun 1 point – ved vurderingen af klagerens tilbud i forhold til delkriteriet »Antal analyser gel-rør kan anvendes til« var behæftet med fejl.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Det fremgår udtrykkeligt af Tilbuds-bilag 2, at alle punkter i skemaet skal besvares i skemaets svarrubrik, og at det ikke er tilstrækkeligt til at opfylde mindstekravet, at der i skemaets svarrubrik henvises til andet materiale i tilbuddet.

Tilbudsgiverne skulle for så vidt angår punkt 1.1 og 1.2 bekræfte, at de tilbødte produkter opfyldte den gældende EN standard og ADR-konventionen om transport af farligt gods. Terumo Danmark bekræftede ikke dette i skemaets svarrubrik, men henviste blot til vedlagt dokumentation, og tilbuddet opfyldte derfor ikke mindstekravet om, at alle punkter i Tilbuds-bilag 2 skulle besvares i skemaets svarrubrik.

I punkt 3.11, 3.18 og 3.19 skulle tilbudsgiverne give forskellige faktiske oplysninger om deres produkter, herunder hvilke analyser gel-rørene kan anvendes til og henstandstid fra prøvetagning til centrifugering. Terumo Danmark besvarede ikke punkterne i skemaets svarrubrik, men henviste til vedlagte bilag, og tilbuddet opfyldte derfor ikke mindstekravet om, at alle punkter skulle besvares i Tilbuds-bilag 2. Det samme gør sig gældende vedrørende dele af besvarelsen af punkt 3.20.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 3

Som følge af overtrædelsen ad påstand 2 tager Klagenævnet påstanden om annullation til følge.

Ad spørgsmål 4

Indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelserne at have vægtet underkriterierne 1. »Ergonomi« og 4. »Emballage og pakkestørrelse« anderledes i forhold til den vægtning, som indklagede havde fastsat for disse underkriterier i udbudsbekendtgørelsen.

Ad spørgsmål 5

Indklagede har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i forhold til delkriterierne til underkriteriet 3. »Kvalitet« ikke at have vægtet delkriterierne A. »Centrifugeringstid«, B. »Minimum henstandstid fra prøvetagning til centrifugering skal udføres« og C. »Antal analyser gel-rør kan anvendes til« i overensstemmelse med den prioriterede rækkefølge, som indklagede havde fastsat i udbudsbetingelserne.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at have taget tilbuddet fra Terumo Danmark i betragtning, uagtet tilbuddet ikke opfyldte udbudsbetingelsernes minimumskrav, idet der for så vidt angår punkterne 1.1, 1.2, 3.11, 3.18, 3.19 og til dels 3.20 i Terumo Danmarks tilbudsbilag 2 alene blev henvist til datablade og tilbudsbilag, til trods for at det i udbudsbetingelserne var bestemt, at: »Alle punkter i nedenstående skema **skal** besvares i skemaet, uanset om der kan henvises til medleveret datablad og tilbud i øvrigt«.

Ad spørgsmål 4

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelserne at have vægtet underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« således:

1. Ergonomi 35 %
2. Pris 35 %
3. Kvalitet 25 %
4. Emballage og pakkestørrelser 5 %,

uanset at det af udbudsbekendtgørelsen fremgår, at underkriterierne ville blive vægtet således:

1. Pris 35 %
2. Ergonomi 30 %
3. Kvalitet 25 %
4. Pakning/emballage/levering 10 %.

Ad spørgsmål 5

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i forhold til delkriterierne for rør med gel til underkriteriet »Kvalitet« at have vægtet delkriterierne således:

A. Centrifugeringstid 35 %

B. Minimum henstandstid fra prøvetagning til centrifugering skal udføres 35 %

C. Antal analyser gel-rør kan anvendes til 30 %,

uanset at det af udbudsbetingelserne fremgår, at der særligt vil blive lagt vægt på følgende delkriterier i prioriteret rækkefølge:

A. Antal analyser gel-rør kan anvendes til

B. Centrifugeringstid

C. Minimum henstandstid fra prøvetagning til centrifugering skal udføres.

Indklagedes beslutning af 16. marts 2009 om at indgå kontrakt med Terumo Danmark annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1.

Indklagede, Region Sjælland, skal i sagsomkostninger til klageren, Hettich Labinstrument ApS, betale 45.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig