

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Niels Sørensen, Gorm Kildahl Elikofer)

J.nr.: 2005-0002847

15. december 2005

K E N D E L S E

Air Liquide Danmark A/S

(Advokatfirmaet Bender, von Haller og Dragsted
ved specialkonsulent, cand. merc. jur. Peter Dann Jørgensen)

mod

1. Roskilde Amt

2. Storstrøms Amt

3. Vestsjællands Amt

(advokat Henrik Hauge Andersen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 2. april 2004 udbød Vestsjællands Amt på vegne af 1. Roskilde Amt, 2. Storstrøms Amt og 3. Vestsjællands Amt som begrænset udbud efter direktiv 93/36 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, som ændret ved direktiv 97/52 (Indkøbsdirektivet) en rammeaftale om indkøb af »Sygehusilt - fra tankanlæg + flaske«.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 10. maj 2004 havde følgende virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. Yara Industrial A/S.

2. Air Liquide Danmark A/S.

3. Linde Gas Therapeutics AGA A/S.

4. Strandmøllen Industrigas A/S.

Den 10. august 2004 besluttede de indklagede at prækvalificere alle de 4 virksomheder.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 1. august 2004, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 27. september 2004 havde alle de 4 prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 19. maj 2005 besluttede de

indklagede at indgå kontrakt med Linde Gas Therapeutics AGA A/S, og skriftlige kontrakter blev herefter indgået den 14. juli 2005 (Roskilde Amt) og den 18. juli 2005 (Storstrøms Amt). Det har ikke kunnet oplyses, hvornår den skriftlige kontrakt vedrørende Vestsjællands Amt er indgået, men det er sket efter den 4. juli 2005.

Den 17. juni 2005 indgav klageren, Air Liquide Danmark A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over de indklagede, 1. Roskilde Amt, 2. Storstrøms Amt og 3. Vestsjællands Amt. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 19. juli 2005 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 10. oktober 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at have fastsat underkriteriet (A) »leveringssikkerhed«, uagtet dette underkriterium ikke vedrører den udbudte ydelse, men udelukkende vedrører leverandørernes kvalifikationer.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at have fastsat underkriteriet (A) »leveringssikkerhed«, uagtet dette underkriterium ikke på grundlag af kravene i udbudsbetingelserne gav mulighed for en vurdering af tilbudene.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at have fastsat underkriteriet (E) »sikkerhedshensyn«, uagtet dette underkriterium ikke vedrører den udbudte ydelse, men udelukkende vedrører leverandørernes kvalifikationer.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at have fastsat underkriteriet (E) »sikkerhedshensyn«, uagtet dette underkriterium ikke på grundlag af kravene i udbudsbetingelserne gav mulighed for en vurdering af tilbudene.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at have fastsat underkriteriet (F) »miljøhensyn«, uagtet dette underkriterium ikke vedrører den udbudte ydelse, men udelukkende vedrører leverandørernes kvalifikationer.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved at have fastsat underkriteriet (F) »miljøhensyn«, uagtet dette underkriterium ikke på grundlag af kravene i udbudsbetingelserne gav mulighed for en vurdering af tilbudene.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 2, og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke i udbudsbetingelserne at have anført de 6 fastsatte underkriterier i en prioriteret rækkefølge, uagtet de indklagede havde mulighed herfor.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at have fastsat underkriterierne (A) – (F), uden samtidig i udbudsbetingelserne at have anført, hvilke oplysninger de indklagede ville lægge vægt på ved vurderingen af tilbudene i henhold til disse underkriterier.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i udbudsbetingelserne at have fastsat aftaleperioden for rammeaftalen til 4 år, uagtet det i udbudsbekendtgørelsen var anført, at den var 2 år.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i udbudsbetingelserne at have medtaget en option på forlængelse af kontrakten i yderligere 1 år, uagtet det ikke i udbudsbekendtgørelsen var anført, at den udbudte rammeaftale indeholdt optioner på forlængelse, men derimod var anført en fast slutdato.

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at have anvendt et specifikt varemærke »Svejsegassen Mison«.

Påstand 12

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke i udbudsbetingelserne at have fastsat mindstekrav til alternative tilbud, uagtet de indklagede i udbudsbekendtgørelsen gav mulighed for, at der kunne afgives alternative tilbud.

Påstand 13

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet artikel 7, stk. 1, og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke i sin skrivelse af 6. juni 2005 til klageren at have oplyst det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele.

Påstand 14

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet, det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have fastsat de kvalifikationskrav og bevismidler, som de indklagede ville lægge vægt på ved vurderingen af de virksomheder, som anmodede om at blive prækvalificeret.

Påstand 15

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved i udbudsbekendtgørelsen at fastsætte, at de indklagede ikke krævede dokumentation for de finansielle, økonomiske og tekniske formåen hos virksomheder, der var indklagede »bekendt«.

Påstand 16

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved den 19. maj 2005 at have besluttet at indgå kontrakt med Linde Gas Therapeutics AGA A/S, uagtet denne tilbudsgiver ikke havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 17

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip, herunder forbudet mod forhandling, ved forud for beslutningen om tildeling af kontrakten til Linde Gas Therapeutics AGA A/S at have forhandlet med Linde Gas Therapeutics AGA A/S om prisen.

Påstand 18

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke ved vurderingen af tilbudene at have anvendt underkriteriet (C) »Service«, uagtet dette underkriterium var fastsat i udbudsbetingelserne.

Påstand 19

Klagenævnet skal annullere de indklagedes beslutning af 19. maj 2005 om at indgå kontrakt med Linde Gas Therapeutics AGA A/S.

Påstand 20

Klagenævnet skal påbyde de indklagede inden for en frist fastsat af Klagenævnet at annullere udbudet.

Påstand 21

Klagenævnet skal påbyde de indklagede at gennemføre et EU-udbud om indkøb af sygehusilt, såfremt de indklagede skal indgå kontrakt om indkøb af sygehusilt.

Klageren har tilkendegivet på et senere tidspunkt at ville nedlægge påstande om erstatning.

De indklagede har vedrørende påstand 1 - 8, 14-16 og 18-21 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Udbudsbekendtgørelsen af 2. april 2004 indeholder følgende:

» IV.2. Tildelingskriterier:

Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af:

De i udbudsmaterialet anførte kriterier.«

I udbudsbetingelserne er anført følgende vedrørende »Amternes sygehuses valg af leverandør/leverandører« [Klagenævnets litrering]:

»Amternes sygehuse vil vælge leverandør/leverandører i overensstemmelse med de tildelingskriterier, der er anført i udbudsannoncen for dette udbud i Supplement til De Europæiske Fællesskabers Tidende.

(A) Leveringssikkerhed

(B) laveste totalomkostninger

(C) Service

(D) Kvalitet

(E) Sikkerhedshensyn

(F) Miljøhensyn

Tildelingskriterierne er ikke opstillet i prioriteringsorden.«

Udbudsbekendtgørelsen af 2. april 2004 indeholder følgende:

» II.2.1. Samlet mængde eller omfang:

Den samlede omsætning af sygehusilt.

En nærmere specificering vil fremgå af udbudsmaterialet. De anførte mængder er den forventede årlige omsætning og kun til orientering, og amterne vil ikke være forpligtet til at aftage mere end det faktiske forbrug.

II.2.2. Optioner, angiv, hvornår de kan gøres gældende:

Der kan afgivet tilbud på hele eller dele af leverancen dvs. for alle 3 amter, for 2 amter o.s.v. til 1 amt. Amterne forbeholder sig retten til af dele leverancen mellem flere leverandører.«

Indklagede har under mødet i Klagenævnet oplyst, at indklagede med disse bestemmelser i udbudsbekendtgørelsen tilsigtede at bestemme, at tilbudsgiverne kunne afgive tilbud vedrørende følgende administrative områder - efter eget ønske vedrørende et, flere eller alle områder:

- a. Roskilde Amt, Storstrøms Amt og Vestsjællands Amt.
- b. Roskilde Amt og Storstrøms Amt.
- c. Roskilde Amt og Vestsjællands Amt.
- d. Storstrøms Amt og Vestsjællands Amt.

- e. Roskilde Amt.
- f. Storstrøms Amt.
- g. Vestsjællands Amt.

Indklagede har endvidere på mødet i Klagenævnet oplyst, at indklagede med disse bestemmelser i udbudsbekendtgørelsen tilsigtede at bestemme, at indklagede kunne beslutte at indgå kontrakt om alle konstellationer a-g.

I udbudsbetingelserne er ydelserne beskrevet som »luftarter i trykflasker/-beholdere« henholdsvis »flydende luftarter til tankanlæg«, og der er udarbejdet separate udbudsbetingelser for hver af de 2 ydelser.

I udbudsbetingelserne vedrørende »luftarter i trykflasker/-beholdere« er herefter yderligere anført følgende:

- » Tildelingskriterierne vil muligvis medføre, at den udbudte mængde kan blive fordelt på flere leverandører.
Der vil dog kun blive indgået aftale med én leverandør i den pågældende flaskestørrelse. Denne leverandør vil således være totalleverandør til den/de sygehuse af den pågældende luftart i den pågældende flaskestørrelse.«

I udbudsbetingelserne vedrørende »flydende luftarter til tankanlæg« er herefter yderligere anført følgende:

- » Tildelingskriterierne kan muligvis medføre, at den udbudte mængde kan blive fordelt på flere leverandører.
Der vil dog kun blive indgået aftale med én leverandør. Denne leverandør vil således være totalleverandør til den/de sygehuse af den pågældende flydende luftart til tankanlæg.«

Indklagede har under mødet i Klagenævnet oplyst, at indklagede med disse bestemmelser i udbudsbekendtgørelsen har tilsigtet at bestemme, at tilbudsgiverne skulle have mulighed for at afgive tilbud vedrørende følgende separate ydelser:

Ad »luftarter i trykflasker/-beholdere«:

1. Flaskeindhold
2. Flaskeleje

Ad »flydende luftarter til tankanlæg«:

3. Ilt til tanke
4. Leje af tank til ilt.

Indklagede har under møde i Klagenævnet endvidere oplyst, at indklagede med disse bestemmelser i udbudsbekendtgørelsen har tilsigtet at bestemme, at indklagede skulle have mulighed for at beslutte at indgå kontrakt med forskellige tilbudsgivere om hver af de 4 anførte ydelser (1-4), med én tilbudsgiver om nogle af disse ydelser og med en anden tilbudsgiver eller andre tilbudsgivere om de andre ydelser eller alene at indgå kontrakt med én tilbudsgiver.

Det fremgår af de dokumenter vedrørende tilbudene, som Klagenævnet har modtaget fra indklagede, at tilbudene fra følgende tilbudsgivere omfattede samlet alle de 3 amter, jf. litra a i opregningen af de 7 geografiske områder anført tidligere i kendelsen, og at tilbudene omfattede alle de 4 ydelser, som udbudet vedrører, jf. opregningen foran i kendelsen nr. 1-4:

1. Yara Industrial A/S.
3. Air Liquide Danmark A/S.
4. Strandmøllen Industrigas A/S.

Det fremgår endvidere af de dokumenter vedrørende tilbudene fra klageren, 2. Air Liquide Danmark A/S, som Klagenævnet har modtaget fra indklagede, at disse tilbud vedrørende 3 af de 4 ydelser, nemlig ydelser nr. 2, 3 og 4, omfattede samlet alle de 3 amter (jf. litra a), men at tilbudet vedrørende den ene af ydelserne, nemlig ydelse nr. 1, alene synes at vedrøre Vestsjællands Amt (jf. litra g). Indklagede har ikke kunnet fremskaffe yderligere bilag.

Det har ikke på grundlag af de dokumenter vedrørende udbudsbetingelserne, som Klagenævnet har modtaget fra indklagede, været muligt for Klagenævnet med sikkerhed at konstatere, hvilke blanketter med plads til udfyldning med priser, der har indgået i udbudsbetingelserne og været udsendt til de prækvalificerede virksomheder, og indklagede har ikke kunnet fremskaffe yderligere bilag.

Ad påstand 1 og 2

Klageren har gjort gældende, at underkriteriet (A) »leveringssikkerhed« ikke var anvendeligt som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, dels på grund af udbudsbetingelserne, dels fordi

det er et udvælgelseskriterium. Klageren har nærmere anført, at udbudsbetingelsernes bestemmelser om »leveringssikkerhed« i udbudsbetingelsernes afsnit 8 er udtømmende og angiver de minimumskrav vedrørende »leveringssikkerhed«, som tilbudene skal opfylde, og at der ved bedømmelsen af tilbudene vedrørende »leveringssikkerhed« derfor kun bestod to muligheder, nemlig at et tilbud opfylder minimumskravene, eller at et tilbud ikke opfylder minimumskravene. Underkriteriet var således ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

De indklagede har gjort gældende, at kriteriet »leveringssikkerhed« er et grænsekriterium, som afhængigt af ordregiverens tilrettelæggelse af udbudet og udformning af udbudsbetingelserne kan være både et udvælgelseskriterium i forbindelse med prækvalifikationen og et underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Efter udbudsbetingelserne var det muligt for tilbudsgiverne at afgive tilbud, der udover overholdelse af kravene til leveringssikkerhed i udbudsbetingelserne indeholder særlige fordele vedrørende leverings-sikkerhed bl.a. vedrørende sikkerhedsmængderne ved flydende luftarter til tankanlæg.

Ad påstand 3 og 4

Klageren har gjort gældende, at underkriteriet (E) »sikkerhedshensyn« ikke var anvendeligt som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, dels på grund af udbudsbetingelserne, dels fordi det er et udvælgelseskriterium. Klageren har nærmere anført, at udbudsbetingelsernes bestemmelser om »sikkerhedshensyn« er udtømmende og angiver de minimumskrav vedrørende »sikkerhedshensyn«, som tilbudene skal opfylde, og at der ved bedømmelsen af tilbudene vedrørende »sikkerhedshensyn« derfor kun bestod to muligheder, nemlig at et tilbud opfylder minimumskravene, eller at et tilbud ikke opfylder minimumskravene. Underkriteriet var således ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

De indklagede har gjort gældende, at kriteriet »sikkerhedshensyn« er et grænsekriterium, som afhængigt af ordregiverens tilrettelæggelse af udbudet og udformning af udbudsbetingelserne kan være både et udvælgelseskriterium i forbindelse med prækvalifikationen og et underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Efter udbudsbetingelserne var det muligt for tilbudsgiverne at afgive tilbud, der udover overholdelse af kravene til sikkerhed i udbudsbetingelserne indeholdt særlige fordele vedrørende sikkerhed.

Ad påstand 5 og 6

Klageren har gjort gældende, at underkriteriet (F) »miljøhensyn« ikke var anvendeligt som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, dels på grund af udbudsbetingelserne, dels fordi det er et udvælgelseskriterium. Klageren har nærmere anført, at udbudsbetingelsernes bestemmelser om »miljøhensyn« er udtømmende og angiver de minimumskrav vedrørende »miljøhensyn«, som tilbudene skal opfylde, og at der ved bedømmelsen af tilbudene vedrørende »miljøhensyn« derfor kun bestod to muligheder, nemlig at et tilbud opfylder minimumskravene, eller at et tilbud ikke opfylder minimumskravene. Underkriteriet var således ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

De indklagede har gjort gældende, at kriteriet »miljøhensyn« er et grænsekriterium, som afhængigt af ordregiverens tilrettelæggelse af udbudet og udformning af udbudsbetingelserne kan være både et udvælgelseskriterium i forbindelse med prækvalifikationen og et underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Efter udbudsbetingelserne var det muligt for tilbudsgiverne at afgive tilbud, der udover overholdelse af kravene til miljøhensyn i udbudsbetingelserne indeholdt særlige fordele vedrørende miljøhensyn.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at det for de indklagede har været muligt at prioritere de fastsatte underkriterier, at de indklagede ikke har haft nogen saglig grund for at undlade at foretage en prioritering af underkriterier, og at de indklagede derfor har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 2.

De indklagede har gjort gældende, at det ikke var muligt at prioritere underkriterierne. De indklagede har nærmere anført, at det især var umuligt at prioritere de underkriterier, der havde medicinsk betydning - leveringssikkerhed, kvalitet og sikkerhedshensyn – over for underkriteriet totalomkostningerne.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at de indklagede ikke i udbudsbetingelserne har gjort det tilstrækkeligt klart for tilbudsgiverne, hvorledes tilbudene ville blive vurderet, idet det ikke af udbudsbetingelserne fremgår, hvilke specifikke oplysninger de indklagede ønskede medtaget i tilbudene med henblik på vurdering af tilbudene efter hver af de 6 fastsatte underkriterier.

De indklagede har erkendt, at udbudsbetingelserne ikke er opbygget således, at det udtrykkeligt er anført, hvilke oplysninger tilbudsgiverne skulle medtage i tilbudene i relation til hvert af de fastsatte underkriterier, men derimod således, at der er fastsat en række mere generelle krav og ønsker i relation til de enkelte underkriterier, således at det har været op til den enkelte tilbudsgiver at redegøre for tilbudenets kvaliteter i disse relationer. De indklagede har gjort gældende, at der ikke foreligger en overtrædelse af Indkøbsdirektivet og har herved henvist til, at tilbudsgiverne har forstået de indklagedes intentioner og afgivet tilbud med de nødvendige oplysninger.

Ad påstand 9

I udbudsbekendtgørelsen er anført følgende: »Kontraktens varighed eller frist for dens udførelse: Startdato: 1.9.2004 – Slutdato: 30.8.2006.«

I udbudsbetingelserne er anført følgende: »Aftalens løbetid er 01.12.2004 - 01.12.2008.«

De indklagede har erkendt den pågældende overtrædelse.

Ad påstand 10

Udbudsbekendtgørelsen indeholder ingen oplysning om forlængelse af kontrakten udover den anførte slutdato 30. august 2006.

I udbudsbetingelserne er anført følgende: »Amternes sygehuse forbeholder sig ret til at forlænge aftalen med yderligere 1 år.«

De indklagede har erkendt den pågældende overtrædelse.

Ad påstand 11

Udbudsbetingelserne indeholder flere steder varemærket »Svejsegassen Mison.«

De indklagede har erkendt den pågældende overtrædelse.

Ad påstand 12

Udbudsbetingelserne indeholder følgende: »Vil varianter blive taget i betragtning: Ja«, men udbudsbetingelserne indeholder ikke angivelse af mindstekrav.

De indklagede har erkendt, at det i udbudsbekendtgørelsen er anført, at der kan afgives alternative tilbud, mens der ikke i udbudsbetingelserne er fastsat minimumskrav til alternative tilbud. De indklagede har imidlertid henvist til, at der ikke blev afgivet alternative tilbud, bortset fra det tilbud fra Linde Gas Therapeutics AGA A/S, der forudsatte anvendelse af det styresystem, som netop var omtalt i udbudsbetingelserne.

Ad påstand 13

De indklagedes skrivelse at 6. juni 2005 til klageren hedder det bl.a.:

»I forhold til Deres skrivelse af..... (27. maj 2005) - samt vort brev af 19. maj skal vi for god ordens skyld bekræfte følgende:
Baseret på såvel en helhedsbetragtning samt rent økonomisk betragtet har vi i de 3 amter valgt AGA som leverandør.«

De indklagede har erkendt den pågældende overtrædelse.

Ad påstand 14

Klageren har gjort gældende, at det følger af Indkøbsdirektivets artikel 15, stk. 1, at de ordregivende myndigheder skal efterprøve virksomhedernes kvalifikationer, inden der indgås kontrakt. Ved begrænset udbud sker denne efterprøvelse i forbindelse med prækvalifikationen, hvor den ordregivende myndighed foretager en efterprøvning af virksomhedernes finansielle og økonomiske forhold, tekniske kvalifikationer mv. For at det er muligt for de ordregivende myndigheder at have grundlag for at foretage denne vurde-

ring, kræves det, at den ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen angiver de bevismidler, som vil være nødvendige for at foretage denne vurdering, jf. Indkøbsdirektivets artikel 22, stk. 2, og artikel 23, stk.2. De indklagede har ikke i udbudsbekendtgørelsen angivet disse bevismidler og har derfor handlet i strid med Indkøbsdirektivet.

Ad påstand 15

I udbudsbekendtgørelsen er anført følgende:

»Virksomheder, der ikke er amtet bekendt, skal kunne dokumentere finansiel, økonomisk og teknisk formåen til at levere de under pkt. II.1.8.1. nævnte produkter og ydelser.«

Klageren har gjort gældende, at de indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved ikke at stille samme krav med hensyn til fremsendelse af dokumentation til alle virksomheder, der ønsker at blive prækvalificeret.

Ad påstand 17

Klagenævnet har gennemgået dokumenterne vedrørende kontakten mellem de indklagede og tilbudsgiveren Linde Gas Therapeutics AGA A/S forud for beslutningen om, hvem der skulle indgås kontrakt med.

De indklagede har erkendt denne overtrædelse.

Ad påstand 18

De indklagede har gjort gældende, at de indklagede ikke ved vurderingen af de 4 tilbud har anvendt underkriteriet (C) »Service«.

De indklagede har gjort gældende, at underkriteriet (C) »Service« blev anvendt ved vurderingen af de 4 tilbud, og har oplyst, at resultatet af vurderingen var, at de indklagede i relation til dette underkriterium anså de 4 tilbud for at være lige gode. Ved en fejl undlod de indklagede imidlertid at medtage en bemærkning herom ved udfærdigelsen af dokumentet »Beslutningsmodel«.

Ad påstand 19

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet som følge af de fejl, der er blevet begået under udbudet, skal annullere de indklagedes beslutning om at indgå kontakt med Linde Gas Therapeutics AGA A/S.

De indklagede har gjort gældende, at der uanset begåede overtrædelser af EU-udbudsreglerne ikke er grundlag for at annullere de indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Linde Gas Therapeutics AGA A/S.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

De krav vedrørende »leveringssikkerhed«, der fremgår af udbudsbetingelserne særligt afsnit 8 og 12, må forstås som minimumskrav, som tilbudene skal opfylde for at opfylde kravene i udbudsbetingelserne. Efter beskaffenheden af de udbudte ydelser og indholdet af udbudsbetingelserne er der ikke grundlag for at fastslå, at de indklagede i forhold til tilbud, der opfylder de fastsatte minimumskrav vedrørende »leveringssikkerhed«, ved vurderingen af tilbudene efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« ville have mulighed for at vurdere tilbudene vedrørende »leveringssikkerhed«. De indklagede har derfor handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at fastsætte underkriteriet »leveringssikkerhed«.

Ad påstand 3

De krav vedrørende »sikkerhedshensyn«, der fremgår af udbudsbetingelserne, særligt afsnit 6, må forstås som minimumskrav, som tilbudene skal opfylde for at opfylde kravene i udbudsbetingelserne. Efter beskaffenheden af de udbudte ydelser og indholdet af udbudsbetingelserne er der ikke grundlag for at fastslå, at de indklagede i forhold til tilbud, der opfylder de fastsatte minimumskrav vedrørende »sikkerhedshensyn«, ved vurderingen af tilbudene efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« ville have mulighed for at vurdere tilbudene vedrørende »sikkerhedshensyn«. De indklagede har derfor handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at fastsætte underkriteriet »sikkerhedshensyn«.

Ad påstand 5

De krav vedrørende »miljøhensyn«, der fremgår af udbudsbetingelserne, må forstås som minimumskrav, som tilbudene skal opfylde for at opfylde kravene i udbudsbetingelserne. Efter beskaffenheden af de udbudte ydelser og indholdet af udbudsbetingelsernes er der ikke grundlag for at fastslå, at de indklagede i forhold til tilbud, der opfylder de fastsatte minimumskrav vedrørende »miljøhensyn«, ved vurderingen af tilbudene efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« ville have mulighed for at vurdere tilbudene vedrørende »miljøhensyn«. De indklagede har derfor handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at fastsætte underkriteriet »miljøhensyn«.

Ad påstand 7

Det følger af det, der er anført ad påstand 1, 3 og 5, at af de 6 fastsatte underkriterier var alene underkriterierne (B) Laveste totalomkostninger, (C) Service og (D) Kvalitet egnede til at danne grundlag for udvælgelsen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Efter beskaffenheden at de udbudte ydelser sammenholdt med oplysningerne om udbudsforretningens forløb, lægger Klagenævnet til grund, at de indklagede havde mulighed for at prioritere disse 3 underkriterier, og Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge med den anførte modifikation. Klagenævnet har herved alene taget stilling til, at det havde været muligt for de indklagede at opstille de 3 underkriterier i en prioriteret rækkefølge, men ikke til, om det var muligt at angive en bestemt procentuel fordeling.

Ad påstand 8

Under hensyn til de konklusioner, som Klagenævnet er nået frem til vedrørende påstand 1, 3, 5 og 7, har Klagenævnet ikke fundet anledning til at tage stilling til påstand 8.

Ad påstand 9

Efter indholdet af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne tager Klagenævnet denne påstand til følge.

Ad påstand 10

Efter indholdet af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne tager Klagenævnet denne påstand til følge.

Ad påstand 11

Da de indklagede ved skrivelsen af 17. august 2004 til tilbudsgiverne, der indgår som en del af udbudsbetingelserne, som svar til spørgsmål 4 har berigtiget den fejl, der var i de oprindeligt udsendte udbudsbetingelser vedrørende svejsegassen »Mison«, tages denne påstand ikke til følge.

Ad påstand 12

Efter indholdet af udbudsbetingelserne tages denne påstand til følge.

Ad påstand 13

Efter indholdet af de indklagedes skrivelse af 6. juni 2004 til klageren tages denne påstand til følge.

Ad påstand 14

Under hensyn til den hele beskaffenhed af det EU-udbud, som de indklagede har gennemført, har Klagenævnet ikke fundet anledning til at tage stilling til denne påstand.

Ad påstand 15

Det følger af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip, at der i forbindelse med behandlingen af anmodninger fra virksomheder om at blive prækvalificeret skal stilles de samme krav til alle virksomheder med hensyn til fremsendelse af dokumentationsmateriale m.v. Da de indklagede i udbudsbekendtgørelsen har undladt at stille samme krav med hensyn til dokumentationsmateriale m.v. til alle de virksomheder, der ønskede at blive prækvalificeret, tages denne påstand til følge.

Ad påstand 17

Efter de oplysninger om kontakten mellem de indklagede og tilbudsgiveren Linde Gas Therapeutics AGA A/S forud for, at de indklagede den 19. maj 2005 besluttede at indgå kontrakt med denne tilbudsgiver, tages påstanden til følge.

Ad påstand 18

Klagenævnet lægger efter det oplyste til grund, at de indklagede foretog en vurdering af tilbudene i relation til underkriteriet (C) »Service«, at de indklagede vedrørende dette underkriterium fandt tilbudene økonomisk lige fordelagtige, samt at de indklagede ved en fejl glemte at medtage denne vurdering i den »Beslutningsmodel«, der blev udarbejdet forud for den 19. maj 2005. Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 16

Under hensyn til den hele beskaffenhed af det EU-udbud, som de indklagede har gennemført, og til Klagenævnets resultat vedrørende påstand 1, 3, 5, 7, 9, 10, 12, 13, 15 og 17 har Klagenævnet ikke fundet anledning til at tage stilling til denne påstand.

Ad påstand 19

Indklagede har ved gennemførelsen af EU-udbudet som anført ad påstand 1, 3, 5, 7, 9, 10, 12, 13, 15 og 17 på en række punkter overtrådt EU-udbudsreglerne, og det er Klagenævnets vurdering, at udbudsbetingelserne generelt er udformet på en sådan måde, at de er uegnede til anvendelse ved et udbud vedrørende et indkøb, som det aktuelle. På denne baggrund annullere Klagenævnet indklagedes beslutning af 19. maj 2005 om at indgå kontrakt med Linde Gas Therapeutics AGA A/S.

Ad påstand 20

Det EU-udbud, som klagen vedrører, blev afsluttet i forbindelse med, at de indklagede den 19. maj 2005 besluttede at indgå kontrakt med Linde Gas Therapeutics AGA A/S og derefter den følgende tid indgik kontrakt med denne tilbudsgiver. Udbudet er derfor på nuværende tidspunkt afsluttet, og det har derfor ingen mening, at Klagenævnet pålægger de indklagede »at annullere udbudet«. Klagenævnet afviser derfor denne påstand.

Ad påstand 21

Med virkning fra den 1. januar 2005 er det i direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter fastsat, hvornår indklagede i forbindelse med indkøb af sygehusilt skal gennemføre et EU-udbud. Der påhviler således allerede efter dette direktiv under nærmere angivne omstændigheder indklagede en pligt til i forbindelse med indgåelse af en kontrakt om indkøb af sygehusilt at gennemføre et EU-udbud. Da en konstatering fra Klagenævnets side i overensstemmelse med påstand 21 således ikke vil have nogen indflydelse for den retsstilling, som allerede er gældende for indklagede, afviser Klagenævnet denne påstand.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at have fastsat underkriteriet (A) »leveringssikkerhed«, uagtet dette underkriterium ikke vedrører den udbudte ydelse, men udelukkende vedrører leverandørernes kvalifikationer.

Påstand 3

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at have fastsat underkriteriet (E) »sikkerhedshensyn«, uagtet dette underkriterium ikke vedrører den udbudte ydelse, men udelukkende vedrører leverandørernes kvalifikationer.

Påstand 5

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at have fastsat underkriteriet (F) »miljøhensyn«, uagtet dette underkriterium ikke vedrører den udbudte ydelse, men udelukkende vedrører leverandørernes kvalifikationer.

Påstand 7

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 2, og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke i udbudsbetingelserne at have anført underkriterierne (B) Laveste totalomkostninger, (C) Service og (D) Kvalitet i en prioriteret rækkefølge, uagtet de indklagede havde mulighed herfor.

Påstand 9

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i udbudsbetingelserne at have fastsat aftaleperioden for rammeaftalen til 4 år, uagtet det i udbudsbekendtgørelsen var anført, at den var 2 år.

Påstand 10

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i udbudsbetingelserne at have medtaget en option på forlængelse af kontrakten i yderligere 1 år, uagtet det ikke i udbudsbekendtgørelsen var anført, at den udbudte rammeaftale indeholdt optioner på forlængelse, men derimod var anført en fast slutdato.

Påstand 12

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke i udbudsbetingelserne at have fastsat mindstekrav til alternative tilbud, uagtet de indklagede i udbudsbekendtgørelsen gav mulighed for, at der kunne afgives alternative tilbud.

Påstand 13

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet artikel 7, stk. 1, og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke i sin skrivelse af 6. juni 2005 til klageren at have oplyst det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele.

Påstand 15

De indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved i udbudsbekendtgørelsen at fastsætte, at de indklagede ikke krævede dokumentation for de finansielle, økonomiske og tekniske formåen hos virksomheder, der var indklagede »bekendt«.

Påstand 17

De indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip, herunder forbudet mod forhandling, ved forud for beslutningen om tildeling af kontrakten til Linde Gas Therapeutics AGA A/S at have forhandlet med Linde Gas Therapeutics AGA A/S om prisen.

Påstand 19

Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning af 19. maj 2005 om at indgå kontrakt med Linde Gas Therapeutics AGA A/S.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 11 og 18.

Påstand 20 og 21 afvises.

Indklagede, Roskilde Amt, 2. Storstrøms Amt og 3. Vestsjællands Amt, skal in solidum i sagsomkostninger til klageren, Air Liquide Danmark A/S, betale 150.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig