

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Christian Østrup, Thomas Jensen)

J.nr.: 04-23.513

7. juni 2004

K E N D E L S E

A/S Analycen

(advokat Erling Christensen, Fredericia)

mod

1. Vestsjællands Amt

2. Roskilde Amt

3. Storstrøms Amt

(advokat Jens Jordahn, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 24. september 2003 udbød de indklagede 1. Vestsjællands Amt, 2. Roskilde Amt og 3. Storstrøms Amt som offentligt udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ændret ved direktiv 97/52 (Tjenesteydelsesdirektivet) 5 tjenesteydelser for hvert amt bestående af laboratorieanalyser og prøvetagning i de 3 amter for perioden 2004 – 2006 med option på forlængelse i op til yderligere tre år inden for følgende 5 delområder:

a. Grundvand

b. Ferskvand

c. Marint vand

d. Spildevand og slam

e. Industriudledninger

Tildelingskriteriet var i udbudsbekendtgørelsen fastsat som »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Underkriterierne var fastsat således:

»(1)	Samlet tilbudspris	40 %
(2)	Kvalitetsstyring	40 %
	Referencer	
	Bemanding	
	Resultat af præstationsprøvninger	

- (3) Prøveafhentning 20 %
Service
Afgivelse af samlet tilbud«.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 8. oktober 2003, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 17. november 2003 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. Rovesta Miljø I/S
2. A/S Analycen
3. Steins Laboratorium A/S
4. Milana A/S

Den 2. december 2003 besluttede de indklagede at afvise tilbudet fra klageren. Den 2. december 2003 besluttede de indklagede endvidere at indgå kontrakt med Rovesta Miljø I/S, og 3 særskilte kontrakter med hvert af amterne blev herefter indgået den 15. december 2003, den 30. december 2003 og den 30. december 2003.

Den 8. januar 2004 indgav klageren, A/S Analycen, klage til Klagenævnet for Udbud over de indklagede 1. Vestsjællands Amt, 2. Roskilde Amt og 3. Storstrøms Amt. Klagen har været behandlet på et møde den 13. maj 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at afvise tilbudet fra klageren med den begrundelse, at klagerens tilbud ikke var vedlagt en plan for opnåelsen af akkreditering for parametre, hvor klageren eller dennes underleverandører ikke var akkrediteret.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at afvise tilbudet fra klageren med den begrundelse, at der i klagerens tilbud

ikke var oplyst navnene på de laboratorier, der skulle være klagerens underleverandører.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at afvise tilbudet fra klageren med den begrundelse, at klagerens tilbud ikke indeholdt »en eventuel procentvis rabat«, som et amt ville opnå, hvis amtet indgik kontrakt med samme tilbudsgiver om alle 5 delområder.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at afvise tilbudet fra klageren med den begrundelse, at der i klagerens tilbud ikke var sket udfyldelse af felterne i skemaerne vedrørende priser for sporelementer i vandløb.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 2. december 2003 om at indgå kontrakt med Rovesta Miljø I/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

De indklagede har vedrørende påstand 1 - 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Ad påstand 1

Udbudsbekendtgørelsen af 24. september 2003 indeholder følgende:

»III.2.1.3) Teknisk kapacitet – krævet dokumentation

.....

Liste med akkrediteringer samt liste over parametre, som laboratoriet er godkendt til i henhold til Miljøstyrelsens godkendelsesliste. I fald tilbudsgiver eller underleverandør ikke er akkrediteret til enkelte parametre, vedlægges desuden en plan for opnåelse af akkreditering.«

I en skrivelse af 8. oktober 2003 benævnt »udbudsbrevet«, som er en del af udbudsbetingelserne, og hvorved udbudsbetingelserne af september 2003 blev fremsendt til klageren, hedder det:

»Tilbuddet skal omfatte følgende dokumenter nummereret som anført:

.....

2. Udfyldte tilbudslistor for hvert af de delområder laboratoriet byder på. I fald tilbudsgiver eller underleverandør ikke er akkrediteret til enkelte parametre, vedlægges desuden en plan for opnåelse af akkreditering.«

I klagerens tilbud af 14. oktober 2003 hedder det:

»Der vil forekomme enkelte steder i tilbudsmaterialet, hvor felter ikke er udfyldt. Dette skyldes, at A/S AnalyCen til stadighed arbejder med metodeudvikling med henblik på forbedringer, akkrediteringer samt godkendelser. Disse ting vil være bragt i orden inden en evt. kontraktindgåelse/opstart på opgaveløsning for de 3 amter.«

Klagerens tilbud var ikke vedlagt en plan for opnåelsen af akkreditering, i det omfang en sådan akkreditering ikke allerede var opnået.

I skrivelse af 5. december 2003, hvorved de indklagede meddelte klageren, at de indklagede havde besluttet at afvise klagerens tilbud og indgå kontrakt med Rovesta Miljø I/S, henvises der til »udbudsbrevet« punkt 2 og udbudsbekendtgørelsens punkt »III.2.1.3.): Teknisk kapacitet – krævet dokumentation«. Herefter anføres:

»I henhold til ovenstående krav skulle laboratoriet som minimum udfylde alle tilbudsspecifikationer svarende til felter, hvor der var angivet udbudsspecifikationer.

Der er flere steder i AnalyCens tilbud, hvor listerne er mangelfuldt udfyldt. Manglerne er angivet i vedlagte skema. Der foreligger desuden ikke tilstrækkelig dokumentation, der sandsynliggør, at laboratoriet vil være i stand til at løse opgaven for amterne inden for en rimelig tidshorisont.«

Efter en henvisning til den ovenfor gengivne del af klagerens tilbud hedder det endvidere i de indklagedes skrivelse af 5. december 2003 til klageren:

»Amterne finder ikke denne forklaring fyldestgørende. Ydermere dækker den kun analyser, som AnalyCen selv udfører. Der er flere steder i tilbudslisterne, hvor det ikke fremgår, om den underleverandør, der skal udføre analyserne, også vil opnå akkreditering.«

Ad påstand 2

I udbudsbetingelserne er anført følgende:

»2. Fælles udbudsvilkår

.....

2.1.3 Underleverandør

Såfremt tilbudsgiver agter at lade de tilbudte ydelser udføre helt eller delvist af en underleverandør, skal dette angives under bemærkningerne til den enkelte analyse i tilbudslisten. Navnet på dette laboratorium skal oplyses i tilbuddet. Tilbudsgiver hæfter for underleverandørens ydelser.«

I et bilag til klagerens tilbud er under overskriften »Emne: Udpegninger - NOVANA« anført følgende:

»A/S AnalyCen samt AB AnalyCen, Nordic, arbejder kontinuerligt på at blive godkendt til flere af de nye analyser, hvilket også vil fremgå af tilbudsmaterialet. Skulle der mod vores forventninger være analyser, hvor vi ikke bliver godkendt, vil vi naturligvis finde en underleverandør med den krævede ekspertise.«

I skrivelse af 5. december 2003, hvorved de indklagede meddelte klageren, at de indklagede havde besluttet at afvise klagerens tilbud og indgå kontrakt med Rovesta Miljø I/S, henvises der til udbudsbetingelsernes punkt »2.1.3 Underleverandør« og den del af klagerens tilbud, der er gengivet ovenfor. Herefter anføres:

»Amterne kan ud fra denne formulering ikke vurdere, om underleverandøren vil kunne leve op til kravene i udbudsmaterialet, da underleverandøren ikke er opgivet i udbudsmaterialet, som krævet i pkt. 2.1.3. Amterne kan heller ikke vide sig sikre på, at der kan findes en underleverandør, da det ikke er oplyst, om der er indgået forhåndsaftaler.«

Ad påstand 3

I udbudsbetingelserne er anført følgende:

»I tilbuddet skal der angives:

.....

en eventuel procentvis rabat, som amterne opnår ved valg af alle 5 delområder,

..... .«

Tilbudet fra klageren indeholdt ikke en sådan procent.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klageren i sit tilbud har forpligtet sig til at sikre, at klageren og dennes eventuelle underleverandør ville have opnået alle fornødne akkrediteringer inden kontraktperiodens begyndelse, såfremt de indklagede havde besluttet at indgå kontrakt med klageren, at klageren derfor, hvis der var blevet indgået kontrakt med de indklagede på baggrund af klagerens tilbud, ville have pådraget sig et erstatningsansvar over for de indklagede, hvis de fornødne akkrediteringer ikke var opnået inden kontraktperiodens begyndelse, at det derfor ikke var relevant at vedlægge en plan for opnåelsen af de manglende akkrediteringer, uagtet dette er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og »udbudsbrevet«, og at de indklagede på denne baggrund ikke var berettiget til at afvise klagerens tilbud med henvisning til, at en sådan plan ikke var vedlagt tilbudet.

De indklagede har gjort gældende, at det i udbudsbekendtgørelsen og »udbudsbrevet« er fastsat, at tilbud skal være vedlagt en plan for opnåelsen af de fornødne akkrediteringer inden kontraktperiodens begyndelse, hvis disse ikke allerede var opnået ved tilbudets afgivelse, at en sådan plan ikke var vedlagt tilbudet fra klageren, at det afgørende for de indklagede ikke er, om en tilbudsgiver kan blive erstatningsansvarlig ved ikke at overholde det anførte i sit tilbud, men om de indklagede fra kontraktperiodens begyndelse har en medkontrahent, som kan udføre den udbudte tjenesteydelse, og at de indklagede derfor var såvel berettiget som forpligtet til at afvise tilbudet fra klageren.

Ad påstand 2

Klageren har henvist til det under ad påstand 1 anførte og endvidere gjort gældende, at klageren ikke kunne oplyse navnet på en eventuel underleverandør, idet klageren forventede selv at blive akkrediteret på alle områder inden kontraktperiodens begyndelse, at det afgørende for vurderingen af klagerens tilbud ikke er et kendskab til navnet på en eventuel underleverandør, men at de indklagede har sikkerhed for, at den faglige ekspertise i at

udføre de udbudte opgaver er til stede hos klagerens og dennes eventuelle underleverandører, herunder at de er akkrediteret, hvilket klageren har forpligtet sig til at sikre, og at de indklagede på denne baggrund ikke var berettiget til at afvise klagerens tilbud med henvisning til, at der ikke var anført oplysninger om en eventuel underleverandør i tilbudet.

Indklagede har gjort gældende, at det i udbudsbetingelserne er fastsat, at navnet på eventuelle laboratorier, som en tilbudsgiver måtte vælge at anvende som underleverandører, skal oplyses i tilbudet, at klageren ikke har oplyst navnet på den eller de underleverandører, som klageren agtede at anvende, såfremt klageren ikke selv kunne opnå alle de fornødne akkrediteringer inden kontraktperiodens begyndelse, og herunder ikke har oplyst, om der ved tilbudets afgivelse var indgået forhåndsaftaler med eventuelle underleverandører, at de indklagede havde grund til at antage, at klageren ville benytte underleverandører, idet klageren ikke selv var akkrediteret på alle områder ved tilbudets afgivelse, og at de indklagede derfor var såvel berettiget som forpligtet til at afvise tilbudet fra klageren med henvisning til, at det ikke indeholdt oplysninger om underleverandører.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at klageren ved i sit tilbud dels at angive en tilbudspris på 22.815.710 kr., dels en rabatpris ved indgåelse af kontrakt om alle 5 delområder på 12.433.242,50 kr. på tilstrækkelig tydelig måde har opfyldt kravet om »en eventuel procentvis rabat«, da indklagede på grundlag af de 2 beløb uden problemer selv kunne beregne rabatprocenten til 45,51 % , og da det herefter naturligt kan indfortolkes i klagerens tilbud, at rabatten ved indgåelse af kontrakt om alle 5 delområder generelt for alle ydelser under kontrakten var 45,51 %. Bemærkningen i klagerens tilbud: »Alle analyser foretaget af DMU uanset matrice, kan der ikke opnås rabat på. Ligeledes gives der ikke rabat på Primærproduktion i Marint vand« er alene medtaget i tilbudet som en oplysning om nogle af forudsætningerne for klagerens fastsættelse af rabatprisen i sit tilbud, og bemærkningen skal ikke forstås således, at klagerens rabatprocent på 45,51, hvis der blev indgået kontrakt om alle 5 delområder, ikke ville finde anvendelse på disse specielt nævnte ydelser.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud ikke som foreskrevet i udbudsbetingelserne indeholdt »en procentvis rabat«, og at indklagede derfor

var såvel berettiget som forpligtet til at afvise klagerens tilbud. Den omstændighed, at indklagede på grundlag af tilbudsprisen anført i kr. og den udregnede rabatpris anført i kr. selv kunne udregne »en rabatprocent«, opfylder ikke udbudsbetingelsernes krav om angivelse af »en rabatprocent«, bl.a. fordi det ikke af klagerens tilbud fremgik, at en sådan beregnet rabatprocent var ment som klagerens generelle rabatprocent for alle ydelser. Endvidere gav den anførte bemærkning i klagerens tilbud anledning til tvivl, om klageren overhovedet under et eventuelt kontraktsforhold vedrørende alle 5 delområder ville give rabat på analyser foretaget af DMU og på analyser vedrørende primærproduktion i Marint vand.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at udbudsbetingelserne ikke indeholder en angivelse af, hvilke laboratorier der skal anvendes, at det derfor ikke var muligt for klageren i tilbudet at anføre priser for disse ydelser, da priserne afhænger af metoden og materialevalget, samt at det på denne baggrund er uden betydning, at andre tilbudsgivere har udfyldt de pågældende rubrikker med priser. Klageren har herved henvist til, at Miljøstyrelsen havde besluttet at stille disse analyser i bero i 2002 og 2003, indtil der er fundet en løsning på problemet med fastsættelse af detektionsgrænser.

Indklagede har gjort gældende, at der på udbudstidspunktet ikke fandtes noget laboratorium, som Miljøstyrelsen havde godkendt til disse prøver, at de indklagede derfor var afskåret fra i skemaerne at henvise til sådanne godkendelser, samt at de indklagede derfor i stedet valgte i de pågældende rubrikker i skemaerne at anføre »efter amtets vurdering«. Det er uden betydning, at Miljøstyrelsen har stillet disse analyser i bero i 2002 og 2003, da Roskilde Amt og Storstrøms Amt ønskede at iværksætte disse prøver i perioden 2004-2006 og derfor medtog dem i udbudet. Andre tilbudsgivere har da også anført priser for disse ydelser. Indklagede var derfor i hvert fald berettiget til at afvise klagerens tilbud på grund af disse manglende oplysninger i tilbudet.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Fristen for afgivelse af tilbud var i udbudsbekendtgørelsen fastsat til den 17. november 2003, og det var i udbudsbekendtgørelsen og i »udbudsbrevet«, som er en del af udbudsbetingelserne, fastsat, at tilbud skulle være vedlagt en plan for opnåelsen af de fornødne akkrediteringer inden kontraktperiodens begyndelse, hvis disse ikke allerede var opnået ved tilbudets afgivelse. Da klageren ikke ved afgivelsen af tilbud havde opnået alle akkrediteringer, og da klagerens tilbud ikke var vedlagt en plan for opnåelsen af de manglende akkrediteringer inden kontraktperiodens begyndelse, var indklagede forpligtet til at afvise tilbudet fra klageren. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Fristen for afgivelse af tilbud var i udbudsbekendtgørelsen fastsat til den 17. november 2003, og det var i udbudsbetingelserne fastsat, at navnet på eventuelle laboratorier, som en tilbudsgiver måtte vælge at anvende som underleverandører, skulle oplyses i tilbudet. Heri ligger, at det ved tilbudets afgivelse skulle ligge fast, om en tilbudsgiver agtede at anvende underleverandører for at udføre den udbudte opgave, og tilbudsgiveren skulle i givet fald oplyse dette og navnet på underleverandørerne til de indklagede i tilbudet. Klageren har i sit tilbud oplyst, at det kunne blive relevant at anvende en underleverandør. Klageren har i tilbudet ikke oplyst navnet på en eventuel underleverandør. Indklagede var derfor forpligtet til at afvise tilbudet fra klageren. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Klageren har i forbindelse med afgivelsen af en samlet rabatpris ikke som foreskrevet i sit tilbud samtidig angivet »en procentvis rabat«, og klageren har således afgivet et tilbud, der ikke opfylder udbudsbetingelserne. I hvert fald under hensyn til, at der herefter kunne være tvivl om indholdet af klagerens tilbud i relation til rabat, var indklagede forpligtet til at afvise tilbudet.

Ad påstand 4

Da klagerens tilbud ikke indeholdt priser på ydelser vedrørende »sporelementer vandløb«, som der efter udbudsbetingelserne skulle afgives pris på, var indklagede berettiget til at afvise klagerens tilbud. Klagenævnet har ikke fundet anledning til yderligere at tage stilling til, om de manglende priser på disse ydelser, er et forbehold, som muligt kunne prissættes.

Ad påstand 5

Det følger af det, som er anført ad påstand 1 - 4, at denne påstand ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

De indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig