

Klagenævnet for Udbud

(Margit Stassen, Knud Erik Busk, Trine Heidemann Garde)

J.nr.:2008-0016463

17. september 2008

K E N D E L S E

Bien-Air Dental SA
(advokat Lars Cort Hansen, København)
mod

1. Århus Universitet
2. Københavns Universitet
(advokat Morten Uhrskov Christensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 24. november 2007 udbød Århus Universitet: Odontologisk Institut og Skolen for Klinikassistenter, Tandplejere og Kliniske Tandteknikere samt Københavns Universitet: Odontologisk Institut og Skolen for Klinikassistenter og Tandplejere (de ordregivende institutioner) som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) indkøb af arbejdsstationer for tandlæger samt tilbehør, reservedele, service og uddannelse m.v.

Udbuddet omfattede 10 delaftaler fordelt på 3 indkøbsområder: A: Arbejdsunits, patientstole og simuleringsarbejdspladser, B: Roterende instrumenter og C: Operatørstole.

Nærværende sag angår alene udbudet vedrørende indkøbsområde B, der er omfattet af delaftalerne 5-8.

Den 7. februar 2008 prækvalificeredes fem virksomheder, herunder Bien-Air Dental SA (klageren) og Sirona Dental Systems GmbH, til at afgive tilbud på indkøbsområde B.

Udbudsbetingelserne var tilgængelige fra den 8. februar 2008. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 27. marts 2008 havde alle prækvalifice-

rede virksomheder afgivet tilbud. Den 17. april 2008 meddelte Århus Universitet og Københavns Universitet (de indklagede), at de havde besluttet at indgå kontrakt med Sirona Dental Systems GmbH.

Den 27. april 2008 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over de indklagede.

Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen blev tillagt opsættende opsættende virkning. Den 13. maj 2008 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagen har været behandlet på et møde den 24. juni 2008, hvor klageren fremkom med påstand 2. Sagen blev udsat på klagerens endelige udformning af påstand 2 og indklagedes bemærkninger hertil.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbudet fra Sirona Dental Systems GmbH, uagtet at dette tilbud ikke opfyldte minimumskraverne i udbudsbetingelserne vedrørende indkøbsområde B, jf. pkt. 9 i hovedkontrakten »roterende instrumenter« og pkt. 4.1 i bilag 2 til hovedkontrakten, kravspecifikation punkt B-1 om, at »Leverandøren skal levere roterende instrumenter, der alle skal være af samme fabrikat«, da Sirona Dental Systems GmbH ikke producerer kirurgiske instrumenter og dermed ikke opfylder kravet om levering af samtlige roterende instrumenter af samme fabrikat.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbudet fra Sirona Dental Systems GmbH, uagtet at dette tilbud ikke opfyldte det højt prioriterede krav i udbudsbetingelserne vedrørende indkøbsområde B, jf. pkt. 9 i hovedkontrakten »roterende instrumenter« og pkt. 4.1 i bilag 2 til hovedkontrakten, kravspecifikation punkt B-7 om, at »Vinkelstykker og turbiner skal være lette og have indbygget lys (undtagen profylaksevinkelstykker og kirurgiin-

strumenter)«, da Sirona Dental Systems GmbH leverer kirurgiinstrumenter med lys, selv om de kirurgiske instrumenter skal leveres uden lys.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere de indklagedes beslutning af 17. april 2008 om at indgå kontrakt med Sirona Dental Systems GmbH.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder:

I udbudsbekendtgørelsen af 24. november 2007 er i punkt II.1.5 om indkøbsområde B anført:

»Roterende instrumenter, hvorved forstås håndstykker, vinkelstykker (forskellige typer) og turbiner. Under dette ydelsesområde ønskes der så vidt muligt garanti for leverance af reservedele i 10 år regnet fra afslutning af 3. fase af leverancerne, jf. herom nedenfor. Dette for at sikre den fortsatte funktionsduelighed af leverancerne i den forventede levetid.«

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår videre, at indkøbsområde B »Omfatter ca. 4.000 – 5.000 roterende instrumenter i form af turbiner (ca. 850 – 1.350 stk.), håndstykker (ca. 250 – 400 stk.) og vinkelstykker, forskellige typer (ca. 2.900 – 3.250 stk.).«

I udkast af 29. februar 2008 til »Hovedkontrakt om dentaludstyr m.v.«, der er en del af udbudsbetingelserne, er vedrørende indkøbssområde B anført:

»9.1 Ydelsesbeskrivelse

De obligatoriske ydelser under ydelsesområde B omfatter roterende instrumenter, som nærmere angivet i bilag 2, pkt. 4.1 – 4.2.«

Af det i punkt 9.1 nævnte bilag 2, »Kravspecifikation«, som ligeledes er en del af udbudsbetingelserne, fremgår af punkt 1.5.1 »Kravnummerering« blandt andet:

»Desuden er hvert krav klassificeret med en af følgende tre bogstavbetegnelser:... M Ufravigelige mindstekrav, krav der skal opfyldes, H Krav med høj prioritet, L Krav med lavere prioritet...«

I kravspecifikationen er i afsnit 4 »Ydelsesområde B: Roterende instrumenter« er i punkt 4.1 »Krav til roterende instrumenter« indeholdt 12 krav. Som krav nummer B-1, der er klassificeret »M«, er anført, at:

»Leverandør skal levere roterende instrumenter, der alle skal være af samme fabrikat.«

Som krav nummer B-7, der er klassificeret »H«, er anført:

»Vinkelstykker og turbiner skal være lette og have indbygget lys (undtagen profylaksevinkelstykker og kirurgiinstrumenter)«.

Under udbudsforretningen blev der af tilbudsgiverne stillet 18 spørgsmål, som indklagede i anonymiseret form besvarede i et notat af 22. februar 2008. Spørgsmål 3, hvori der henvises til 3 typer vinkelstykker med ekstern spray, er sålydende:

»Menes der hermed kirurgiske vinkelstykker?«

Indklagede besvarede spørgsmålet således:

»Hermed menes instrumenter, der kan bruges med ekstern vandkilde til kirurgiske behandlinger.«

I tilbudet fra Sirona Dental Systems GmbH er der svaret bekræftende på, at tilbudsgiver kan opfylde kravet B-1. Det er videre anført, at »Sirona Dental Systems GmbH er producent og leverandør af alle de tilbudte instrumenter.« Af tilbudet fremgår endvidere, at de ovennævnte 3 typer vinkelstykker i krav B-7 blev tilbudt leveret med »fiberoptik« [det vil sige med lys].

De ordregivende institutioner og deres rådgivere foretog herefter en vurdering af tilbudenens formelle forhold. I et notat af 9. april 2008 fra indklagede om indstilling til valg af leverandør er om tilbudet fra Sirona Dental Systems GmbH anført, at samtlige mindstekrav i tilbudet er angivet som opfyldt.

I et brev den 21. april 2008 protesterede klageren overfor de indklagede over, at det inden for indkøbsområde B var besluttet at tildele ordren til Sirona Dental Systems GmbH under henvisning til, at tilbudet fra Sirona Dental Systems GmbH ikke opfyldte det ufravigelige krav B-1.

Den 22. april 2008 anmodede de indklagede Dental Systems GmbH om at bekræfte, »at alle de tilbudte instrumenter, inklusiv de såkaldte kirurgiske instrumenter, vil være af samme fabrikat«.

I et brev af samme dag bekræftede Sirona Dental Systems GmbH på forespørgsel fra indklagedes advokat:

»at Sirona Dental Systems GmbH producerer alle de efterspurgte instrumenter, inklusiv kirurgiske instrumenter med ekstern spray, og at virksomheden til fulde derved opfylder mindstekravet B-1 om samme fabrikat, som anført i tilbudet.

De specifikke instrumenter med ekstern spray, som der fra andre tilbudsgiveres side er rejst tvivl om, leveres, jf. tilbudets underbilag 3.3 til bilag 3 med de angivne varenumre, og er standardvarer og optaget i Sirona Dental Systems GmbH officielle prisliste.«

Af leverancetidsplan af 1. februar 2008, en del af udbudsbetingelserne fremgår bl.a., at levering af delaftale 6 skal påbegyndes den 7. juli 2008.

Paul Ventrup, sales manager hos klageren, har under mødet i Klagenævnet forevist og redegjort for blandt andet kompatibiliteten mellem klagerens dentale produkter og kirurgiske instrumenter og har herunder oplyst, at dentalmotorer er compatible med dentalinstrumenter, mens kirurgimotorer er compatible med kirurgiinstrumenter.

Parternes anbringender

Påstand 1

Klageren har gjort gældende, at B-1 er et ufravigeligt mindstekrav om, at »leverandøren skal levere roterende instrumenter, der alle skal være af samme fabrikat.« Sirona Dental Systems GmbH producerer ifølge klagerens oplysninger ikke kirurgiske instrumenter, men alene dentale instrumenter, og opfylder således ikke mindstekravet B-1. Det fremgår af Sirona Dental Systems GmbH's officielle prisliste, hjemmeside og samlede produktkatalog af januar 2008, at Sirona Dental Systems GmbH ikke har roterende in-

strumenter (kirurgiske instrumenter) i sit produktsortiment, ligesom det modsætningsvis fremgår, at Sirona Dental Systems GmbH ikke producerer kirurgiske instrumenter. Sirona Dental Systems GmbH får en anden producent til at producere disse instrumenter og sætter derefter eget varemærke på instrumenterne. Det er ved det aktuelle udbud særdeles vigtigt, at de roterende instrumenter (kirurgiske instrumenter) er af samme fabrikat, da instrumenterne skal anvendes til uddannelsesformål.

De indklagede har gjort gældende, at tilbudet fra Sirona Dental Systems GmbH overholdt det ufravigelige mindstekrav B-1, idet virksomheden i sit tilbud oplyste og efterfølgende har bekræftet, at alle instrumenter vil være af samme fabrikat. Det afgørende er, at Sirona Dental Systems GmbH ved sit tilbud retligt har forpligtet sig i overensstemmelse med mindstekrav B-1. Tilbudet er i sin form og sit indhold forskriftsmæssigt, og lovligheden af de indklagedes handlinger skal bedømmes på tidspunktet for tilbudsevaluering og ordretildeling. Klager har ikke dokumenteret, at Sirona Dental Systems GmbH ikke kan opfylde mindstekravet B-1. Klagerens henvisning til egne oplysninger og til et produktsortiment på tilfældig del af Sirona Dental Systems GmbH's hjemmeside ændrer ikke herved. Det forhold, at et eller flere produkter ikke måtte være produceret af samme virksomhed, er ikke ensbetydende med, at produkterne ikke kan være af samme fabrikat.

Påstand 2

Klageren har gjort gældende, at Sirona Dental Systems GmbH ikke leverer kirurgiske instrumenter, men derimod konventionelle dentale instrumenter med fiberoptik, d.v.s. med lys, hvilket ikke svarer til det i udbudsbetingelserne højt prioriterede krav om, at de kirurgiske instrumenter skal leveres uden lys. Klageren har herved henvist til, at der i kravspecifikationerne ikke er nævnt kirurgimotorer med lys, men derimod vinkelstykker til kirurgi uden lys, hvorfor det må antages, at også kirurgimotorerne skal være uden lys. Klageren har videre gjort gældende, at de af Sirona Dental Systems GmbH udbudte vinkelstykker ikke er kompatible med kirurgimotorer uden lys.

De indklagede har gjort gældende, at kravet B-7, som er et af tolv krav, er et fravigeligt krav, og at det ikke af kravets formulering kan slutes, at »profylaksevinkelstykker og kirurgiinstrumenter« skal være uden indbygget lys, idet der ikke kan slutes modsætningsvist fra, at en bestemt egenskab ikke

er en del af kravet til, at tilstedeværelsen af egenskaben er i strid med kravet. De indklagede har videre gjort gældende, at det ikke er godtgjort, at de af Sirona Dental Systems GmbH tilbødte vinkelstykker ikke er kompatible med kirurgimotorer uden lys, og at der ikke i udbudsbetingelserne er stillet krav herom.

Påstand 3

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet skal annullere de indklagedes beslutning af 17. april 2008 om at indgå aftale med Sirona Dental Systems GmbH, da tilbudsgiveren ikke overholder mindstekravet i B-1 punkt 4.1, og heller ikke kravet i B-7.

De indklagede har gjort gældende, at en eventuel overtrædelse af de udbudsretlige regler ikke er af en sådan karakter og en sådan grovhed, at det kan begrunde en annulation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter fast klagenævnspraksis påhviler det ikke indklagede ved tilbudsevalueringen at iværksætte kontrol med, at det tilbudte opfylder de stillede krav, medmindre der foreligger sådanne særlige omstændigheder, at ordregiver burde indhente yderligere oplysninger hos ordregiver. Efter oplysningerne i tilbudet fra Sirona Dental Systems GmbH om opfyldelsen af mindstekravet i pkt. 4.1 i kravspecifikationen finder klagenævnet ikke, at der var anledning til for ordregiver at indhente yderligere oplysninger, ligesom klagenævnet ikke finder, at indklagede har handlet i strid med artikel 2 i Udbudsdirektivet.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Det fremgår af tilbudet fra Sirona Dental Systems GmbH, at kravet i udbudsbetingelserne, pkt. B-7 i kravspecifikationen er opfyldt. Det forhold, at der tillige tilbydes yderligere funktioner ændrer ikke herved.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Under henvisning til det under påstand 1 og 2 anførte tages klagerens påstand om annullation ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Margit Stassen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig