

K E N D E L S E

Houlberg Instrumentering A/S
(advokat Carlo Siebert, København)

mod

SKAT
(Kammeradvokaten v/ advokat Vibeke Fabricius Nordlander)

Klagenævnet har den 12. november 2015 modtaget en klage fra Houlberg Instrumentering A/S.

Klagen angår et af SKAT ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 171-310706 af 31. august 2015 iværksat offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) om køb af 3 bodyscannere til lufthavne i Danmark med en tilhørende serviceaftale med en varighed på 2 år. Tildelingskriteriet er ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”

Houlberg Instrumentering A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

SKAT har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-6, udbudsbekendtgørelses nr. 2015/S 171-310706 og svarskrift med bilag A-F.

Klagens indhold:

Houlberg Instrumentering A/S har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at SKAT har handlet i strid med udbuds-direktivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved i forbindelse med forberedelsen af udbuddet at afskære klager fra at opstille en testbodyscanner hos SKAT og ved at betale Norad A/S en markant overpris for leje af testudstyr, hvilket var egnet til at påvirke den af Norad A/S tilbudte pris i forbindelse med udbuddet.

Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at SKAT har handlet i strid med udbuds-direktivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet) ved i forbindelse med udbuddet ikke at opstille klare og entydige kriterier for det billedmateriale, der skulle tilsendes SKAT, og som indgik i den efterfølgende evaluering af kriteriet ”kvalitet” i forbindelse med tildelingen af kontrakten til Norad A/S.

Påstand 3:

Klagenævnet skal konstatere, at SKAT har handlet i strid med udbuds-direktivets artikel 2 (gennemsigtighedsprincippet) ved i tildelingsbeslutningen at have inddraget kriterier om muligheden for ”at sidde mere end en person ved operatørpladsen”, og ”at USB-stikket var placeret inden for operatørens rækkevidde”, uanset at disse kriterier ikke indgik i udbuddet.

Påstand 4:

Principalt: Klagenævnet skal annullere udbuddet.

Subsidiært: Klagenævnet skal annullere SKATs beslutning om at tildele kontrakten til Norad A/S.”

SKAT har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning, og har overfor påstand 1-4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Forud for iværksættelsen af udbuddet havde SKAT indgået en lejeaftale med Norad A/S om leje af en bodyscanner, idet SKAT ønskede en afklaring af, om udstyret var egnet til at indgå som et værktøj for tolderne i lufthavne til afsløring af indsmugling af narkotika i mave-tarmsystemet.

Første lejeaftale blev indgået i februar 2013 og ophævet i august 2013 som følge af mangler ved det leverede. Lejen for en 6 måneders periode var aftalt til 220.000 kr. ekskl. moms med tillæg af transportudgifter på 20.000 kr. ekskl. moms. Som følge af manglerne blev lejeløbet ikke betalt fuldt ud. En ny aftale om leje af udstyret blev indgået i januar 2015 til udløb med udgangen af juni 2015. Lejen udgjorde 83.250 kr. ekskl. moms pr. kvartal inkl. en serviceaftale, med tillæg af transportudgifter på 20.000 kr. ekskl. moms ved lejeaftalens ophør. Lejeaftalerne omfatter modellen ”Soter RS kropsscanner”, der efter det oplyste er en ”single view screening” scanner fra producenten OD Security

Der er fremlagt en mailkorrespondance fra februar 2013 mellem SKAT og Houlberg Instrumentering A/S vedrørende lejeaftalen med Norad A/S. Houlberg Instrumentering A/S har oplyst, at virksomheden på daværende tidspunkt tilbød SKAT uden beregning at opstille en testscanner, men at SKAT afviste dette.

I juli 2014 blev der hos SKAT truffet beslutning om, at SKAT skulle anskaffe egne bodyscannere, og der blev nedsat en arbejdsgruppe, der skulle forberede det kommende udbud.

SKAT har oplyst, at Norad A/S ikke har rådgivet SKAT i forbindelse med tilrettelæggelse af det påklagede udbud. SKAT har videre oplyst, at SKAT forud for udbuddet har besigtiget scannere hos norske toldmyndigheder, ligesom tre medarbejdere fra SKAT sammen med direktøren fra Houlberg Instrumentering A/S i foråret 2015 har deltaget i en besigtigelse af en scanner svarende til den af Houlberg Instrumentering A/S tilbudte ved et virksomhedsbesøg hos den tyske producent Smiths Detection.

I udbudsbetingelserne står der bl.a.:

”7. Tildeling af kontrakt

Tilbuddene vil blive vurderet ud fra tildelingskriteriet ”Det økonomisk mest fordelagtige tilbud”. Vurderingen baseres på følgende underkriterier:

Underkriterium	Vægtning
Teknisk formåen	20%
Leveringstid	15%
Kvalitet	45%

Pris	20%
I alt	100%

7.1. Teknisk Formåen

Ved evaluering af underkriteriet ”Teknisk formåen” vil Ordregiver lægge vægt på, hvorvidt og i hvilken grad, Tilbudsgiver opfylder Ordregivers ønsker til funktionaliteten af de tilbudte bodyscannere, jf. Bilag 2 – Kravspecifikation, Konkurrencekrav, afsnit A-D.

Underkriteriet ”Teknisk formåen” indgår med en samlet vægt på 20%, som fordeles således:

	Indbyrdes vægtning	Samlet vægtning
Konkurrencekrav A1 (Dual View Screening)	50%	20%
Konkurrencekrav A2-A7, B2-B3, C1-C2, D1-D2	50%	

...

7.3. Kvalitet

Ved evalueringen af underkriteriet ”Kvalitet” vil Ordregiver lægge vægt på de af Tilbudsgiver fremsendte testbilleder til dokumentation af billedkvaliteten, jf. Bilag 2 – Kravspecifikation, Konkurrencekrav, Afsnit F.

Testbillederne vil blive vurderet af Ordregivers superbrugere, som vil foretage en samlet vurdering af testbillederne. Ved evalueringen vil Ordregiver lægge vægt på, i hvor høj grad billederne sætter Ordregiver i stand til at vurdere, om en scannet person har skjult narkotika eller lignende på eller i kroppen.

...

8. Afgivelse af tilbud

...

8.2. Indsendelse via EU-Supply

Tilbud skal fremsendes via Ordregivers portal for elektronisk tilbudsafgivning på EU-Supply. Tilbud afgivet på anden måde, vil ikke blive taget i betragtning.”

I udbudsbetingelsernes ”Bilag 1 – Kravspecifikation, Mindstekrav” fremgår bl.a.:

”1. Mindstekrav

Krav, som tilbuddet og de af tilbuddet omfattede bodyscannere skal opfylde for at deltage i konkurrencen, betegnes som mindstekrav (MK). ...

...

5. Arealdisponering

Bodyscannere skal installeres inden for følgende arealer:

Sted	Beskrivelse
Københavns Lufthavn	Bodyscanneren (inkl. operatorplads) skal installeres inden for et areal på 28 m ² ...
Billund Lufthavn	... Note: Ordregiver udvælger, hvilket rum bodyscanneren skal placeres i, når Ordregiver kender de præcise mål på den valgte bodyscanner (inkl. operatørplads) samt kravene til omgivelserne i øvrigt, jf. DOK 8.
Ålborg Lufthavn	... Note: Ordregiver udvælger, hvilket rum bodyscanneren skal placeres i, når Ordregiver kender de præcise mål på den valgte bodyscanner (inkl. operatørplads) samt kravene til omgivelserne i øvrigt, jf. DOK 8.

”

I udbudsbetingelsernes ”Bilag 2 – Kravspecifikation, Konkurrencekrav” fremgår bl.a.:

”1. Generelt

Konkurrencekrav udgør de krav, som Ordregiver gerne ser opfyldt, men som ikke skal opfyldes for at deltage i konkurrencen.

Manglende opfyldelse af et konkurrencekrav medfører således ikke, at tilbuddet bliver ukonditionsmæssigt, men vil få indflydelse på evalueringen.

Vælger Tilbudsgiver at opfylde konkurrencekravene, vil graden og karakteren af opfyldelsen indgå i evalueringen som angivet i nedenstående skema

Afsnit	Afsnittet indgår i vurderingen af underkriteriet
Afsnit A – Teknisk formåen	Teknisk formåen
Afsnit B – Brugervenlighed	
Afsnit C – Lagring og eksport af data	
Afsnit D – Oplæring og dokumentation	
Afsnit E – Leveringstid	Leveringstid
Afsnit F – Kvalitet	Kvalitet

Kravspecifikationen er udarbejdet med henblik på, at Tilbudsgiver uddybende kan beskrive, hvorledes det enkelte konkurrencekrav opfyldes.

...

4. Kravspecifikation - Konkurrencekrav

4.1. Afsnit A – Tekniske krav

Krav nr.	Kravtype	Beskrivelse	Besvarelse
...	...	...	...
A7	KK	Ordregiver ser gerne, at bodyscanneren leveres med minimum én operatørplads, hvor operatøren kan sidde. ... Ordregiver vil ved vurderingen lægge særligt vægt på, hvorledes operatørpladsen bedst skønnes at opfylde Ordregivers behov og ønsker, samt om det er muligt at sidde mere end én person ved operatørpladsen. ...	...

...

4.3. Afsnit C – Lagring og eksport af data

Krav nr.	Kravtype	Beskrivelse	Besvarelse
...	...	...	...
C2	KK	Ordregiver ser gerne, at USB-stik til eksport af billeder er placeret ved tastaturet/ skærmen, således at betjening af USB-stik kan ske, uden at operatøren skal flytte sig fra den faste operatørplads. Tilbudsgiver bedes redegøre for, hvor USB-stikket/-ne er placeret samt hvor mange USB-stik bodyscanneren har. Den bedste vurdering opnås, såfremt USB-stikket er placeret inden for operatørens rækkevidde. Den laveste vurdering opnås, hvis USB-stikket ikke er pla-	...

		ceret inden for operatørens rækkevidde	
--	--	--	--

...

4.6. Afsnit F – Kvalitet

Krav nr.	Kravtype	Beskrivelse
F1	KK	Tilbudsgiver bedes fremsende et testbillede i A4-format taget af en testkuffert/ Phantom ”Radiographic Phantom Model170 B” eller tilsvarende. Hvis de tilbudte bodyscannere har flere valgmuligheder for så vidt angår røntgenstyrken, skal Tilbudsgiver indsende testbilleder for hvert trin, dog maksimalt tre billeder. Tilbydes en bodyscanner med Dual View Screening skal der fremlægges 3 billeder fra hver vinkel. Billederne skal være af den samme testkuffert/Phantom ”Radiographic Phantom Model170 B” eller tilsvarende. Tilbudsgiver skal på testbilledet/for hvert testbillede notere røntgenstyrken. Tilbudsgiver skal endvidere på testbilledet/for hvert testbillede beskrive/ angive, hvad Ordregiver ser på testbilledet. Testbilledet/testbillederne vil blive vurderet af Ordregivers superbrugere, som vil foretage en samlet vurdering af testbilledet/testbillederne. Den bedste vurdering opnås, såfremt testbilledet/testbillederne vurderes i høj grad at sætte Ordregiver i stand til at vurdere, om en scannet person har skjult narkotika eller lignende på eller i kroppen.
F2	KK	Tilbudsgiver bedes fremsende tre forskellige testbilleder i A4-format af en og samme person. Den scannede person på testbillederne skal være minimum 172 cm. høj og have et Body Mass Index (BMI), som ligger i intervallet 18,5 - 25. Personen skal som minimum være iført et sæt bukser og en bluse. Hvert billede skal kunne adskille sig fra de to andre billeder af samme person.

		Fremsender Tilbudsgiver billeder af samme person, men et udsnit, tæller det som ét billede. Tilbydes en bodyscanner med Dual View Screening skal der fremlægges 3 billeder fra hver vinkel. Billederne skal være den samme person. Tilbudsgiver skal for hvert billede notere følgende: - Røntgenstyrken på udstyret - Båndhastigheden, hvis personen føres gennem scanneren på et kørende bånd. - Personens højde, BMI og køn. Testbillederne vil blive vurderet af Ordregivers superbrugere, som vil foretage en samlet vurdering af testbillederne. Den bedste vurdering opnås, såfremt testbillederne vurderes i høj grad at sætte Ordregiver i stand til at vurdere, om en scannet person har skjult narkotika eller lignende på eller i kroppen.

”

Ved tilbudsfristens udløb havde SKAT modtaget 3 tilbud, et fra Houlberg Instrumentering A/S og to fra Norad A/S.

Det vindende tilbud fra Norad A/S omfattede en bodyscanner, model COMPASS fra producenten ADANI, med ”Dual View Screening”. Det andet tilbud fra Norad A/S omfattede ligeledes en scanner fra producenten ADANI, men med ”Single View Screening”. Houlberg Instrumentering A/S tilbød en scanner, B-Scan DV, fra producenten Smith Detection med ”Dual View Screening”.

På de testbilleder, som Houlberg Instrumentering A/S vedlagde sit tilbud, er det på forsiden anført:

”
...

Vedr. krav F2: Smiths Detection udfører ikke testscanninger på mennesker, hvorfor de vedhæftede testbilleder er faktisk billedmateriale. Af samme årsag er det desværre ikke muligt at angive en persons højde eller BMI. Personens køn er angivet på de respektive billeder.

”
...

Ved brev af 2. november 2015 meddelte SKAT Houlberg Instrumentering A/S, at tilbud 1 fra Norad A/S var vurderet som det økonomisk mest fordelagtige. Af brevet fremgår desuden bl.a.:

”I forhold til vurderingen af ”Teknisk formåen” har SKAT konstateret, at Houlberg Instrumentering tilbyder dual view bodyscannere hvilket vurderes til at være den bedst mulige opfyldelse. Endvidere vurderer SKAT, at Houlberg Instrumenterings tekniske formåen er meget tilfredsstillende med bl.a. brugervenlige programmer og gode funktioner i billedbehandlingsprogrammet. Det havde været ønskeligt, hvis det havde været muligt at sidde mere end én person ved operatørpladsen hvis det havde været SKAT ønske samt at have mulighed for mere kontakt med den scannede person, ligeledes havde det været ønskeligt, at usb-stikket var placeret indenfor operatørens rækkevidde.

I forhold til det vindende tilbud fra Norad A/S tilbud 1 har SKAT vurderet, at den tekniske formåen er meget tilfredsstillende på grænsen til den bedst mulige opfyldelse. Det vindende tilbud omfatter udstyr med dual view med bl.a. mulighed for at sidde to personer ved operatørpladsen hvis SKAT ønsker dette, gode muligheder for at have kontakt med den scannede person, brugervenlige programmer, gode funktioner i billedbehandlingsprogrammer og usb-stik inden for operatørens rækkevidde.

...

I forhold til evalueringen af ”Kvalitet” har SKATs superbrugere vurderet de fremsendte billeder i anonymiseret form. Brugerne har vurderet billederne fra Houlberg Instrumentering til et acceptabelt niveau. Superbrugerne har bl.a. udtalt, at det havde været ønskeligt, at billederne ikke havde været så mørke.

I forhold til det vindende tilbud fra Norad A/S tilbud 1 har superbrugerne vurderet billederne til at være meget tilfredsstillende, og at billederne overbeviser dem om, at de kan se hvorvidt den scannede person har noget indvortes.”

Parternes anbringender

Ad fumus boni juris

Houlberg Instrumentering A/S har gjort gældende, at der jf. det, der er gjort gældende vedrørende de enkelte påstande, er udsigt til, at klagen vil blive taget til følge. Betingelsen om ”fumus boni juris” er derfor opfyldt.

SKAT har gjort gældende, at det ikke er godtgjort, at SKAT har handlet i strid med de udbudsretlige regler. Der er derfor ikke rimelig udsigt til, at Houlberg Instrumentering A/S vil få medhold i sin klage, og betingelsen om ”fumus boni juris” er dermed ikke opfyldt

Houlberg Instrumentering A/S har vedrørende påstand 1 overordnet gjort gældende, at den mellem SKAT og Norad A/S aftalte lejepris for testscannerne er helt eksorbitant i forhold til de reelle omkostninger.” Overbetalingen” har været egnet til at påvirke den pris, Norad A/S efterfølgende kunne tilbyde i forbindelse med udbuddet. Norad A/S har endvidere i testperioden haft mulighed for at tilpasse scanningsbilledet således, at dette levede op til SKATs forventninger, hvilket Houlberg Instrumentering A/S omvendt er afskåret fra. Det er derved sandsynliggjort, at SKAT har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved (1) i forbindelse med forberedelsen af udbuddet at afskære Houlberg Instrumentering A/S fra at opstille en testbodyscanner hos SKAT og ved (2) at betale Norad A/S en markant overpris for leje af testudstyr.

SKAT har vedrørende påstand 1 bestridt at have overtrådt ligebehandlingsprincippet i forbindelse med forberedelsen af udbuddet som anført af Houlberg Instrumentering A/S. SKAT har overordnet gjort gældende, at SKATs leje af en bodyscanner skete for at afdække indkøbsbehovet og indhente egne erfaringer, ikke af hensyn til den konkrete tilrettelæggelse af udbuddet. En ordregiver, der ønsker at teste udstyr som grundlag for en beslutningsproces, har ikke udbudsretligt pligt til at lade samtlige potentielle leverandører opstille testmaskiner. Afvisningen af at lade Houlberg Instrumentering A/S opstille en testmaskine udgør derfor ikke en overtrædelse af et udbudsretligt ligebehandlingsprincip. At SKAT har lejet en bodyscanner af en virksomhed, der deltager i det efterfølgende udbud, kan i udbudsretlig kontekst sidestilles med den situation, at en eksisterende leverandør også deltager i udbuddet. Der er konkret intet grundlag for at antage, at den vindende leverandør i kraft af det tidligere lejeforhold har opnået en viden eller en konkurrencemæssig fordel i forhold til øvrige leverandører, som SKAT har været forpligtet til at udligne i forbindelse med udbuddet. Det bestrides endvidere, at SKAT har betalt en markant overpris for leje af testudstyret, herunder at dette skulle være egnet til at påvirke den af Norad A/S tilbudte pris i forbindelse med udbuddet. Et vederlag, som en tilbudsgiver opnår i et kontraktforhold med ordregiver, kan ikke i noget tilfælde udgøre en for-

trinsstilling ved et efterfølgende udbud, som kan anses for stridende mod ligebehandlingsprincippet.

Houlberg Instrumentering A/S har vedrørende påstand 2 overordnet gjort gældende, at SKAT har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at undlade at fastsætte klare og utvetydige krav til kvaliteten af de billeder, der skulle vedlægges tilbuddet, f.eks. om i hvor høj en opløsning billedet skulle fremsendes til SKAT, hvor mange pixels billedet skulle indeholde, om SKAT ønskede et lyst eller mørkt billede etc. SKAT har endvidere handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at anvende en afleveringsform for billedmaterialet (via EU-Supply), der giver risiko for en forringelse af billedkvaliteten, idet omdannelsen af billedfilerne til PDF-format og selve fremsendelsen heraf via internettet udgør en risiko for en forringelse af kvaliteten af billederne. Endelig havde den boddyscanner, som Houlberg Instrumentering A/S tilbød, flere funktioner, der gør det muligt at gøre billedet lysere eller mørkere svarende til de funktioner, der kendes ved en almindelig PC-skærm. Dette kunne være tilpasset SKATs ønsker i en testperiode, jf. påstand 1.

SKAT har vedrørende påstand 2 gjort gældende, at betydningen af billedkvaliteten tydeligt fremgår af underkriteriet ”Kvalitet” og den angivne vægtning heraf. Endvidere fremgår det, at der vil blive foretaget en samlet vurdering af billederne, og at SKAT ville lægge vægt på, i hvor høj grad billederne sætter SKAT i stand til at vurdere, om den scannede person har skjult narkotika eller lignende på eller i kroppen. Det bestrides, at SKAT ikke har opstillet entydige og klare krav vedrørende testbilleder. I ”Bilag 2 – Kravsspecifikation, Konkurrencekrav”, krav nr. ”F1” og ”F2”, har SKAT således opstillet klare og entydige kriterier vedrørende de testbilleder, som skulle danne grundlag for vurderingen af tilbuddene. Det beror på Houlberg Instrumentering A/S’ valg, at der afleveres testbilleder, der ikke afspejler de ønskede kriterier, herunder at Houlberg Instrumentering A/S ikke har fundet det muligt at angive de efterspurgte oplysninger om den person, der er på billedet. Billederne er i anonymiseret form vurderet af SKATs superbrugere, der bl.a. har udtalt, at det havde været ønskeligt, at Houlberg Instrumentering A/S’ billeder ikke havde været så mørke. Dette er et naturligt og påregnelig element i en vurdering af, i hvor høj grad billederne sætter SKAT i stand til at vurdere, om den scannede person har skjult narkotika eller lignende på eller i kroppen, jf. tildelingskriteriet. Det er endvidere åbenbart, at forskellen mellem de forskellige tilbudsgiveres billeder vedrørende

dette aspekt ikke skyldes fremsendelsesmetoden via EU Supply, der har været den samme for alle tilbudsgivere. Såfremt Houlberg Instrumentering A/S mente, det havde været relevant at angive yderligere kriterier end anført i konkurrencekrav ”F1” og ”F2”, havde det været nærliggende for klager at stille spørgsmål herom under udbuddet, jf. klagenævnets kendelser af 29. juli 2015, New Mind TellUs AS mod Partnerskabet Det Digitale Turisme Danmark c/o VisitDenmark, og af 28. september 2015, OpenBet Technologies Ltd. mod Danske Spil A/S.

Houlberg Instrumentering A/S har vedrørende påstand 3 overordnet gjort gældende, at konkurrencekrav ”A7” ikke stiller krav om flere operatørpladser. Houlberg Instrumentering A/S’ standardleverance med én operatørplads er bl.a. fastsat under hensyn til den plads, der stilles til rådighed i Billund Lufthavn. Der er ikke i udbudsmaterialet stillet krav om to operatørpladser. Det er derfor i strid med gennemsigtighedsprincippet, at SKAT ved tildeling af kontrakten til Norad A/S har lagt vægt på, om der var mulighed herfor. Kriteriet må desuden antages at være af ganske underordnet betydning, idet løsningen vil være at stille et større skrivebord til rådighed for to operatører, hvis det måtte være et ønske.

Det er endvidere ikke korrekt, at der ikke er mulighed for god og fuldt tilstrækkelig kontakt til den screenede person. Det eneste krav omkring operatørpladsens placering var, at operatøren skulle have mulighed for øjenkontakt med den screenede person. Houlberg Instrumentering A/S’ har tilbudt en standardopsætning, men principielt kunne operatørpladsen lige så godt have været placeret over for scanneren. Hertil kommer, at den anbefalede blyforede beskyttelsesvæg er løs og kan anvendes efter SKATs eget valg. Det er endelig fuldt ud muligt for Houlberg Instrumentering A/S at levere udstyret med en placering af USB-stikket umiddelbart på det leverede udstyr og dermed inden for operatørens rækkevidde.

SKAT har vedrørende påstand 3 gjort gældende, at udbudsmaterialet indeholder en klar og entydig sondring mellem mindstekrav og konkurrenceparametre. Det fremgår tillige udtrykkeligt af udbudsbetingelserne pkt. 7.1, at SKAT ved underkriteriet ”Teknisk formåen” vil lægge vægt på, hvorvidt og i hvilket omfang tilbudsgivers løsning opfylder de ønsker, som fremgår af ”Bilag 2 – Kravspecifikation, Konkurrencekrav”, ligesom dette fremgår af indledningen i det nævnte bilag. Både flere operatørpladser og USB-stik inden for operatørens rækkevidde er tydeligt nævnt som kriterier (konkurren-

cekrav), der indgår i vurdering af underkriteriet ”Teknisk formåen”. Det er således ikke korrekt, at disse kriterier ikke er nævnt i udbudsmaterialet. SKAT har dermed ikke ved tildelingsbeslutningen inddraget kriterier, som ikke fremgik udtrykkeligt af udbudsmaterialet. Herudover synes de af Houlberg Instrumentering A/S anførte betragtninger at omfatte betragtninger om, hvorvidt vurderingen af tilbuddene er korrekt. Dette vedrører den skønsmæssige vurdering af tilbuddene og er ikke omfattet af den nedlagte påstand 3. Endvidere følger det af fast og langvarig praksis, at klagenævnet ikke efterprøver ordregivers skøn vedrørende vurdering af tilbud, og at klagenævnet ikke erstatter ordregivers skøn med sit eget.

Houlberg Instrumentering A/S har vedrørende påstand 4 gjort gældende, at fejlene ved udbudsmaterialet samt SKATs nægtelse af at lade Houlberg Instrumentering A/S opstille et testudstyr udgør så alvorlige fejl ved udbuddet, at dette bør annulleres. Subsidiært skal SKATs beslutning om at tildele kontrakten til Norad A/S annulleres, idet de grunde, SKAT har anført til støtte for, at SKAT anser det af Norad A/S afgivne tilbud for det økonomisk mest fordelagtige tilbud, er urigtige.

Dette støttes af, at SKAT ved evalueringen af kriteriet ”Pris” har vurderet Houlberg Instrumentering A/S’ tilbud som meget tilfredsstillende, mens det vindende tilbud fra Norad A/S kun er vurderet til tilfredsstillende. SKAT vil således tildele kontrakten til Norad A/S til en højere pris, uanset at de forbehold, SKAT har over for Houlberg Instrumentering A/S’ tilbud, uden videre kan afhjælpes.

SKAT har vedrørende påstand 4 gjort gældende, at SKAT ikke har handlet i strid med de udbudsretlige regler, og at der således ikke foreligger noget grundlag for at annullere udbuddet eller beslutningen om at tildele kontrakten til Norad A/S.

Ad uopsættelighed

Houlberg Instrumentering A/S har gjort gældende, at luftfartsmyndighederne på europæisk plan er meget fokuserede på anvendelsen af bodyscannere, der kan afsløre, om passagerer medbringer ulovlige genstande på flyrejser. De nuværende bodyscannere bruger mikrobølger, der ikke penetrerer huden og derfor ikke kan afsløre, om passageren skjuler genstande i kroppen. I modsætning hertil anvender de af udbuddet omfattede bodyscannere rønt-

gen ved lav dosis, hvilket kan afsløre om personen har genstande skjult i kroppen. Det forventes derfor, at der fra myndighedernes side inden for de kommende år vil blive stillet krav om, at der skal anvendes røntgenbodyscannere. Såfremt kontrakten tildeles Norad A/S, vil Houlberg Instrumentering A/S blive sat betydeligt bagud i forhold til denne udvikling, idet de erfaringer, der indhøstes ved levering af bodyscannere til SKAT, er afgørende for udviklingen af produkterne og for Houlberg Instrumentering A/S' fremtidige markedsposition. Kravet om "uopsættelighed" er derfor opfyldt.

SKAT har gjort gældende, at Houlberg Instrumentering A/S ikke har ført det krævede "sikre bevis" for, at en alvorlig og uoprettelig skade er umiddelbart nært forestående, hvis Houlberg Instrumentering A/S henvises til at afvente afgørelsen i hovedsagen. Houlberg Instrumentering A/S har heller ikke godtgjort en interesse i sagen, som – i givet fald – ikke kan tilgodeses ved økonomisk kompensation. Det følger både af EU-praksis og klagenævnsspraksis, at en virksomhed, der deltager i et udbud, aldrig kan regne med at få tildelt kontrakten, og dette udgør en normal kommerciel risiko, som virksomheden må tage i betragtning. Betingelsen om "uopsættelighed" er således ikke opfyldt.

Ad interesseafvejning

Houlberg Instrumentering A/S har gjort gældende, at der ikke er et så presserende behov fra SKAT eller nogen almen offentlig interesse, at tildelingen af kontrakten ikke kan afvente klagenævnets afgørelse. En afvejning af parternes interesser falder derfor ud til Houlberg Instrumentering A/S' fordel.

SKAT har gjort gældende, at SKAT i øjeblikket ikke anvender bodyscannere, men har en væsentlig interesse i, at udbuddet fører til indgåelse af kontrakt. Dette er ligeledes baggrunden for, at en hurtig leveringstid indgår i tildelingskriteriet. Dette hensyn vejer tungere end Houlberg Instrumentering A/S' interesse i at få klagen tillagt opsættende virkning. En interesseafvejning tilsiger således i sig selv, at begæringen om opsættende virkning ikke skal tages til følge.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*) bemærker klagenævnet:

Ad påstand 1

Henvendelse til en eller flere virksomheder, der kan være potentielle tilbudsgivere i forbindelse med et eventuelt senere udbud, med henblik på teknisk afklaring eller blot afklaring af, om et udbud overhovedet ønskes iværksat, er ikke knyttet til specifikke udbudsretlige procedurer. En ordregiver, der har foretaget en sådan henvendelse, skal blot under det eventuelle

efterfølgende udbud sikre, at principperne i udbudsdirektivets artikel 2 overholdes. Dette fremgår tillige udtrykkeligt af udbudslovens § 39, der træder i kraft den 1. januar 2016, og som er en kodificering af gældende ret.

Det fremgår af lejeaftalerne mellem SKAT og Norad A/S, at lejeforholdet omfattede en scanner af en anden type og fra en anden producent end den scanner, der er omfattet af det vindende tilbud.

SKAT har oplyst, at de forud for iværksættelsen af udbuddet, udover at indgå lejeaftalerne med Norad A/S, afsøgte markedet dels ved at besigtige scannere hos norske toldmyndigheder, og dels ved sammen med direktøren fra Houlberg Instrumentering A/S at besigtige en scanner svarende til den af Houlberg Instrumentering A/S tilbudte ved et virksomhedsbesøg hos den tyske producent Smiths Detection.

Houlberg Instrumentering A/S har ikke redegjort nærmere for, at den leje, der blev betalt til Norad A/S, skulle være udtryk for en ”overpris”, hvilket er bestridt af SKAT.

På den baggrund er der på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke ud-sigt til at Houlberg Instrumentering A/S vil få medhold i påstand 1.

Påstand 2

I udbudsbetingelsernes ”Bilag 2 – Kravspecifikation, Konkurrencekrav” er fastsat en række kriterier til de billeder, der skulle vedlægges tilbuddene. Der er ikke udbudsretligt noget krav om, at sådanne kriterier skal fastsættes som mindstekrav, hvilket heller ikke er sket under dette udbud.

De kriterier, der fremgår af ”Bilag 2 – Kravspecifikation, Konkurrencekrav”, afsnit F, fremstår for så vidt angår motiv, antal m.v. klare og utvetydige. Det forhold, at der muligt kunne opstilles andre, bedre eller flere kriterier, giver ikke udbudsretlig en pligt hertil.

Samme sted i udbudsbetingelserne fremgår, at evalueringen vil blive foretaget ”af Ordregivers superbrugere, som vil foretage en samlet vurdering af testbilledet/testbillederne”, og at ”[d]en bedste vurdering opnås, såfremt testbilledet/testbillederne vurderes i høj grad at sætte Ordregiver i stand til at vurdere, om en scannet person har skjult narkotika eller lignende på eller

i kroppen”. Under evalueringen er billederne efter det oplyste evalueret af superbrugerne i anonymiseret form.

Evaluering af kvalitative underkriterier vil til en vis grad bero på ordregivers skøn. Det forhold, at et sådan kvalitativt kriterium ikke er beskrevet ved angivelse af tekniske specifikationer som eksempelvis pixeltal o.l., fører således ikke i sig selv til, at kriteriet er i strid med principperne om ligebehandling og/eller gennemsigtighed. SKAT har ved evalueringen af billederne, bl.a. lagt vægt på, at nogle af billederne var ”Mørke”. At lægge vægt herpå ligger indenfor, hvad en almindelig oplyst tilbudsgiver må forvente ud fra den beskrivelse, der er indeholdt i udbudsbetingelserne.

På det foreløbige grundlag der foreligger, er der således ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

Påstand 3

Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 7, at tildelingskriteriet er ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” og ikke ”laveste pris”. Som følge heraf er der, udover mindstekrav, som er specificeret i ”Bilag 1 – Kravspecifikation, Mindstekrav”, fastsat en række konkurrenceparametre, der er præciseret i udbudsbetingelsernes ”Bilag 2 – Kravspecifikation, Konkurrencekrav”. Af dette dokument, krav nr. ”A7” og ”C2” fremgår udtrykkeligt, at der ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Teknisk formåen” vil blive lagt vægt på, om der er mulighed for, at der kan sidde mere end en person ved operatørpladsen, og om USB-stikket er placeret inden for operatørens rækkevidde.

Der er derfor, på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge.

Hertil bemærkes yderligere, at det forhold, at den scanner, Houlberg Instrumentering A/S tilbød, muligt ville kunne indrettes/tilpasses sådan, at der kan sidde mere end en person ved operatørpladsen og sådan, at USB-stikket er placeret inden for operatørens rækkevidde, er uden betydning, idet dette ikke fremgik af tilbuddet, som Houlberg Instrumentering A/S bærer risikoen for er fyldestgørende.

På grundlag af det, der er anført ad påstand 1-3, er der på det grundlag, der foreløbigt foreligger, ikke udsigt til, at påstand 4 vil blive taget til følge. Betingelsen om ”fumus boni juris” er derfor ikke opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at det efter de foreliggende oplysninger ikke kan antages, at erstatning – hvis erstatningsbetingelserne i øvrigt er opfyldt – ikke vil kunne kompensere Houlberg Instrumentering A/S for det tab, som selskabet muligt vil lide, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, og SKAT herefter indgår kontrakt, hvorefter det efterfølgende konstateres, at SKAT har begået overtrædelser som påstået.

Betingelse nr. 2 er derfor heller ikke opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig