

K E N D E L S E

Jan Houlberg Instrumentering A/S
(advokat Peter Skrøder Jakobsen, Roskilde)

mod

Skatteministeriet
(Kammeradvokaten ved advokat Malene Øvlisen)

Ved udbudsbekendtgørelse af 1. november 2004 udbød Skatteministeriet, Told- og Skattestyrelsen, som begrænset udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, som ændret ved direktiv 97/52 (Indkøbsdirektivet) en kontrakt om levering og vedligeholdelse af en mobil containerscanner.

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud« med en række angivne underkriterier.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 28. februar 2005 havde 5 virksomheder, heriblandt Jan Houlberg Instrumentering A/S og Nuctech Company Limited, anmodet om prækvalifikation:

Indklagede besluttede herefter at prækvalificere alle 5 virksomheder. Dette blev meddelt virksomhederne ved skrivelser af 17. januar 2005.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den følgende uge, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 28. februar 2005 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Tre af de indgivne tilbud blev afvist som ukonditionsmæssige, heriblandt tilbudet fra Jan Houlberg Instrumentering A/S. Den 18. april 2005 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Nuc-

tech Company Limited, og kontrakt blev herefter indgået den 28. april 2005.

Den 19. september 2005 indgav klageren, Jan Houlberg Instrumentering A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Skatteministeriet. Klagen har været behandlet på et møde den 13. januar 2006.

Klagenævnet har forud for mødet ved kendelse af 11. december 2005 taget stilling til nogle spørgsmål om aktindsigt.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning med den begrundelse, at tilbudet er i strid med udbudsbetingelsernes minimumskrav i kravspecifikationens pkt. 2.1., hvorefter »The scanning equipment **must** be a one-vehicle-unit«, idet det scanningsudstyr, som klageren har tilbudt, udgør en enhed som krævet.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at tage tilbudet fra Nuctech Company Limited i betragtning, uanset at dette tilbud er i strid med udbudsbetingelserne minimumskrav, nemlig

- a. kravspecifikationens pkt. 1.3 om referencelister
- b. kravspecifikationens pkt. 1.1 og pkt. 5.5.1 om opfyldelse af danske krav til bl.a. miljø og strålebeskyttelse, og
- c. kravspecifikationens punkt 2.7, hvorefter »The scanner **must** be able to scan both in forward and reverse direction«.

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

Udbudsbekendtgørelsen af 1. november 2004 indeholder følgende beskrivelse af kontraktens genstand:

»Told- og Skattestyrelsen i Danmark ønsker at indgå en kontrakt om køb af en mobil scanner til scanning af containere og kommercielle køretøjer. I den forbindelse udbyder Told- og Skattestyrelsen en kontrakt omfattende en mobil containerscanner.

Scannere for skibscontainere og lastvogne har bevist deres værd i smuglerikontrolarbejdet over hele verden. Told- og Skattestyrelsen har på denne baggrund besluttet, at anskaffe en sådan mobil scanner.

Den mobile scanner skal være og fremstå som en enhed.

Den mobile scanner skal opfylde danske regler vedrørende ionisering, radioaktivitet (stråling), vejregler, elektricitets- og andre relevante sikkerheds forskrifter. Den mobile scanner skal kunne scanne objekter, der står stille, mens scanneren bevæger sig, og det skal være muligt for scanneren at scanne både forlæns og baglæns.

Den mobile scanner skal operere over hele Danmark, hvor den vil blive benyttet til at scanne containere og lastvogne ved forskellige færgehavne og grænsesteder. Det vil senere blive besluttet, hvor i Danmark containerscanneren skal have hjemsted.«

I udbudsbetingelserne er anført, at udbudsmaterialet består af udbudsbetingelserne og det dertil hørende kontraktudkast med forskellige bilag, herunder kravspecifikation. Tildelingskriteriet er i udbudsbetingelserne fastsat til det økonomisk mest fordelagtige tilbud med følgende underkriterier:

- » 1. Teknisk formåen baseret på IT-softwarens funktionalitet og kvaliteten af scanningsbilledet af de pågældende objekter.
- 2. Kvalitet bedømt på hele systemets funktionalitet, indretning, finish og modstandsdygtighed overfor vejrforhold
- 3. Pris bedømt ud fra den af tilbudsgiveren afgivne faste pris på containerscanneren samt tilbud på vedligeholdelsesomkostningerne i de pågældende og efterfølgende år.
- 4. Miljø bestemt ud fra såvel almindelige miljø kriterier som arbejdsmiljø.
- 5. Leveringstid bedømt ud fra den af Kunden fastsatte tidsplan.
- 6. Kundeservice/teknisk bistand gældende garanti og indhold i den tilbudte tekniske bistand.

Kriterierne er angivet i prioriteret rækkefølge.«

I udbudsbetingelserne er desuden anført, at tilbudet som minimum skal indeholde en udfyldelse af kravspecifikationen. Det fremhæves, at der i kravspecifikationen er 4 forskellige prioriteter, nemlig:

- » - **Minimum requirements** (minimums krav) som **skal** opfyldes. Opfyldes kravet ikke 100 % eller tages der forbehold vil tilbudet blive **fravalgt**.

- **Requirements** (krav) bør opfyldes, men **ikke** diskvalificerende såfremt tilbudsgiver ikke opfylder kravet.
- **Minimum options** (minimum optioner) som **skal** opfyldes. Opfyldes optionen ikke 100 % eller tages der forbehold vil tilbudet blive **fravalgt**.
- **Option** (option) bør opfyldes, men **ikke** diskvalificerende såfremt tilbudsgiver ikke opfylder optionen.«

I kravspecifikationen er af relevans for denne sag fastsat:

.....

»1.1 The equipment **must** comply with Danish regulations concerning ionising radiation, road regulations, electricity and safety requirements, telecommunication market laws and product safety laws.

.....

1.2 The Supplier **must dokument** if the equipment is a prototype.

.....

1.3 If it is not a prototype the tender **must** include an up-to-date reference list of identical systems supplied, containing the customer's name, delivery time and adress, as well as customer's contact person[...]

... ..

2.1 The scanning equipment **must** be a one- vehicle unit with four or more wheels. (Minimum requirement).

.....

2.30 If the scanner is unable to fully scan objects from a height of 0,15 metres above the ground, the scanner must be provided with some form of portable ramp (to carry min 3500 kg), easily stowed on the vehicle when not in use, to facilitate a full scan of vans and small commercial cars. **Document** the way of stowing the ramp. (Minimum requirement).

.....

2.7 The scanner **must** be able to scan both in forward and reverse direction.«

Desuden fremgår følgende af kravspecifikationens punkt 5 om »Safety and health requirements« og punkt 5.5.1 om »Radiation«:

»5. The electric equipment **must** fulfil all relevant regulations and standards laid down in national or comparable European standards on safety and health requirements.

.....

5.5.1. The equipment **must** comply with the Danish national radiation protection regulations.«

Klagerens tilbud indeholder tilsvarende den udfyldte kravspecifikation således:

»2.1 [...]The radioscopic system is composed of an X-Ray Emission unit located in the Emission Cabin attached to the Boom, a Detection Box attached to the Boom, a Data acquisition and Control Electronics which transfer the digitised signal to the Computer System, located in the Technical compartment, a driver Cabin and a Image Operator Cabin. **All these elements are integrated on a single-body truck (3 axles). Please refer to Technical Offer.**

2.30 [...] A portable ramp, supporting 3500 kg, will be supplied with the system.The ramp withdraws to itself and is stowed on a trailer, tractor-drawn by the HCV-Mobile.«

Indklagede udarbejdede en evalueringsrapport for hver af de 5 tilbudsgivere, hvorefter 3 tilbud, herunder klagerens, blev afvist som ukonditionsmæssige. Indklagede udarbejdede herefter en tilbudsvurdering af de 2 tilbud, der var blevet anset for at være konditionsmæssige

Ved brev af 12. april 2005 anmodede indklagede Statens Institut for Strålehygiejne om at gennemgå tilbudet fra Nuctech Company Limited. Gennemgangen gav ikke instituttet anledning til bemærkninger.

Ved breve af 18. april 2005 tildelte indklagede herefter ordren til Nuctech Company Limited og meddelte de øvrige 4 tilbudsgivere afslag.

I afslaget til klageren anføres, at minimumskravet i kravspecifikationens pkt. 2.1. om, at containerscanneren skulle være en enhed, ikke var opfyldt i klagerens tilbud, eftersom det fremgik af den udfyldte kravspecifikation, at rampen ville blive fastspændt og transporteret på en særskilt trailer.

Klageren bestred ved brev af 21. april 2005 til indklagede, at kravspecifikationens krav ikke var opfyldt. Under den herom følgende korrespondance mellem parterne fastholdt indklagede, at klagerens tilbud ikke opfyldte minimumskravet om, at containerscanneren skulle være en enhed.

Indklagede indgik kontakt med Nuctech Company Limited den 28. april 2005.

Direktør Jan Houlberg har bl.a. forklaret, at den scanner, som klageren tilbød, ikke var en prototype, men et velafprøvet produkt. Såfremt scanneren skulle leveres med automatgear, ville leveringsfristen kun blive overskredet med få måneder. Han har ikke under udbudet stillet spørgsmål til afklaring af, hvorvidt en scanner med anhænger opfyldte kravspecifikationen, for han var overbevist om, at det var tilfældet. Han betvivler i allerhøjeste grad rigtigheden af de oplysninger om teknisk formåen, herunder om styrke, opløsning og sikkerhedszone, som ifølge indklagedes samlede oversigt over tilbudsgivernes opfyldelse af kravspecifikationen skulle være gældende for det vindende tilbud. Det er efter hans opfattelse teknisk set helt umuligt – og i visse tilfælde endda selvmodsigende – at fremstille en scanner med de egenskaber, som scanneren i det vindende tilbud skulle være i besiddelse af.

Specialkonsulent Peter Høeg-Larsen, Skatteministeriet, har bl.a. forklaret, at han deltog i den arbejdsgruppe, som skulle forberede beslutningen om indkøbet af containerscanneren. Forskellige faggrupper var repræsenteret i udvalget, dog ingen teknikere eller andre personer med særligt kendskab til røntgenscanning. Udvalget indhentede oplysninger bl.a. fra Norge og Sverige. De 3 tilbud, som udvalget anså for ukonditionsmæssige, blev alligevel også - af forvaltningsmæssige hensyn, eftersom udvalget ikke skulle træffe den endelige beslutning om købet – underkastet en vurdering. Scanneren fra Nutech Company Limited havde langt den bedste tekniske formåen og var desuden billigst. Statens Institut for Strålehygiejne fik tilsendt bl.a. den samlede oversigt over tilbudsgivernes opfyldelse af kravspecifikationen (bilag x). De oplysninger, som de enkelte tilbudsgivere er fremkommet med, og som genfindes i bilaget, er ikke blevet efterprøvet. Det er lagt til grund, at det forholdt sig som oplyst. Statens Institut for Strålehygiejne besvarede indklagedes henvendelse telefonisk. Efterfølgende har repræsentanter for Skat aflagt besøg hos den kinesiske leverandør og har tjekket, om scanneren levede op til de specificerede krav, hvilket var tilfældet.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klagerens tilbud opfylder kravspecifikationens punkt 4.1, hvorefter scanningsudstyret skal være én enhed. Den flytbare rampe er således at betragte som tilbehør til scanningsudstyret. Ved "vehicle" forstås blot et køretøj, der kan køres af én mand. Indklagede

burde have stillet opklarende spørgsmål til klageren med henblik på afklaring af det tekniske tvivlsspørgsmål. Det følger af kravspecifikationens punkt 5, at danske sikkerhedsforskrifter skal overholdes. Da en flytbar rampe vejer 250-350 kg, er det – af hensyn til den, der skal opstille og nedtage rampen – ikke forsvarligt at opbevare rampen på køretøjet. Vægten af eventuelle løsdele vil derfor med sikkerhed overskride de grænse, som arbejdsmiljøreglerne foreskriver.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud ikke opfylder kravspecifikationens minimumskrav om, at containerscanneren skal være en enhed. Det er udtrykkeligt fastsat som et minimumskrav, at hele det omhandlede udstyr skal være indeholdt på/i ét enkelt køretøj. Ifølge klagerens tilbud fastspændes rampen og transporteres på en særskilt trailer. Tilbudet er derfor ukonditionsmæssigt. Et påhængskøretøj som det, der indgår i klagerens tilbud – indrettet til transport af en transportabel rampe – skal ifølge Færdselsstyrelsen indregistreres særskilt og særskilt til syn. Det er uden betydning, om den løsning, klageren har tilbudt, måtte være mere hensigtsmæssig end den, der er fastsat i udbudsbetingelserne. Det bestrides, at en placering af rampen på selve køretøjet vil medføre et brud på de arbejdsmiljøretnlige regler. Indklagede havde ikke anledning til at stille afklarende spørgsmål til klageren, eftersom det var oplagt, at klagerens tilbud ikke opfyldte kravspecifikationen.

Ad påstand 2 a

Klageren har gjort gældende, at det vindende tilbud efter klagerens opfattelse er en prototype. Indklagede ses ikke at have overholdt kravet i kravspecifikationens punkt 1.2 om dokumentation eller i punkt 1.3 om referencelister.

Indklagede har bestridt, at det vindende tilbud skulle være en prototype. Tilbudsvinderen har således allerede i 1999 leveret en mobil scanner med højenergi røntgenaccelerator som systemstrålekilde til det kinesiske toldvæsen. Som dokumenteret under sagen har tilbudsvinderen endvidere færdigfremstillet og leveret scannere til Irland og Finland. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at tage tilbudet fra Nuctech Company Limited i betragtning. Det indgik i øvrigt hverken negativt eller positivt i vurderingen af tilbudene, hvorvidt der var tale om prototyper, blot det var oplyst.

Ad påstand 2 b

Klageren har gjort gældende, at det vindende tilbud »med stor sandsynlighed« mangler den fornødne dokumentation for opfyldelse af bl.a. miljøkrav.

Indklagede har gjort gældende, at det vindende tilbud er vurderet af Statens Institut for Strålehygiejne. Det fremgår af tilbudet, at det opfylder alle danske og EU-retlige regelsæt. I tilbudet opregnes ligeledes de mange miljøstandarder, som den vindende containerscanner er omfattet af. Containerscanneren blev EU-certificeret i september 2005 i forbindelse med levering af en tilsvarende scanner til Irland. Såfremt den scanner, som bliver leveret til indklagede, ikke lever op til det tilbudte, foreligger der kontraktbrud, men ikke en udbudsretlig problemstilling.

Ad påstand 2 c

Klageren har gjort gældende, at det foreligger oplyst, at prototypen fra Nuc-tech Company Limited ikke i vådt vejr eller snevejr (herunder frostvejr) kan scanne baglæns som fastsat i kravspecifikationens punkt 2.7. Indklagede har således handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at tage tilbudet i betragtning

Indklagede har gjort gældende, at Nuc-tech Company Limited ikke på nogen måde har angivet, at den tilbudte containerscanner ikke skulle kunne operere i særlige vejsituationer. Det fremgår endvidere af tilbudet, at udstyret kan operere med temperaturudsving fra -20° celsius til +35° celsius, mest optimalt dog mellem -10° celsius og +30° celsius. Først i yderområderne mellem -30° celsius og -20° celsius kræves tilpasning af systemet. Endelig har Nuc-tech tidligere leveret tilsvarende scannere til lande, hvis klima er sammenligneligt med det danske, nemlig Norge, Finland og Irland.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det er i kravspecifikationens punkt 2.30 om den transportable rampe fastsat, at den skal være »easily stowed on the vehicle when not in use.« Den

rampe, klageren har tilbudt, skal opbevares og transporteres på en særskilt trailer eller anhænger. Klagerens tilbud opfylder derfor ikke kravspecifikationens punkt 2.1, hvorefter »The scanning equipment **must** be a one-vehicle unit with four or more wheels«. Der er tale om minimumskrav, og indklagede har derfor ikke overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2 a, b og c

Der er ikke grundlag for på noget punkt at tage klagerens påstande som anført under 2 a, b og c til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig