

K E N D E L S E

KARL STORZ Endoskopi Danmark A/S
(advokat Ilka Bödewardt Lauritzen, København)

mod

Region Hovedstaden
(advokat Henning Biil, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 165-272573 af 25. august 2011 udbød indklagede, Region Hovedstaden, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en kontrakt om levering af artroskopiudstyr til Amager og Glostrup hospitaler.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 10. oktober 2011 havde følgende 6 virksomheder afgivet tilbud:

1. Biomet Danmark ApS (havde afgivet et sidestillet tilbud)
2. NMS Medico A/S (havde afgivet et sidestillet tilbud)
3. Olympus Danmark A/S
4. Smith & Nephew A/S
5. KARL STORZ Endoskopi Danmark A/S
6. Stryker Danmark

Tilbudspræsentation og afprøvning (hands-on) foregik den 3. og 4. november 2011 på Amager Hospital.

Den 9. november 2011 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Stryker Danmark, og kontrakt blev indgået den 22. december 2012.

Den 18. november 2011 indgav klageren, KARL STORZ Endoskopi Danmark A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte at tillægge klagen opsættende virkning. Den 15. december 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet begrundede afgørelsen med, at betingelsen om »uopsættelighed« ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet på et møde den 30. marts 2012.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med evaluering af de indkomne tilbud i forhold til underkriteriet »den samlede økonomiske konsekvens« ikke at have overholdt den i udbudsbetingelserne angivne vægtning på 40 % for underkriteriet, idet den anvendte lineære pointmodel medførte, at prisen fik for høj vægtning.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med evaluering af de indkomne tilbud i forhold til underkriteriet »Kvalitet og Funktionalitet« at have foretaget en pointgivning, der ikke var i overensstemmelse med den i udbudsbetingelserne angivne vægtning for så vidt angår B-kravene, idet indklagede vedrørende punkt 4.1.1 ikke havde tillagt det tilstrækkelig vægt, at klageren tilbød en LED-lyskilde, ligesom indklagede for så vidt angår punkterne 4.1.15 og 4.1.16 ikke havde vægtet det forhold, at klagerens produkt kunne adskilles med henblik på rengøring, tilstrækkelig højt.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med evaluering af de indkomne tilbud at have lagt vægt på forhold, der var faktuel forkerte, således at pointgivningen ikke var korrekt, idet indklagede ved evalueringen af Biomet A/S' tilbud lagde til grund, at

denne tilbudsgiver tilbød produkter, der var leveret af klageren, hvilket var urigtigt.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at antage tilbuddet fra Stryker Danmark, uanset tilbuddet ikke var konditionsmæssigt, idet:

- a. Stryker Danmark ikke havde indleveret et fuldstændigt tilbud i papirform som angivet i udbudsbetingelserne.
- b. Stryker Danmark havde indleveret et tillæg til tilbuddet, der indeholdt en skjult prisdannelse.
- c. Stryker Danmarks afgivne tro og love-erklæring ikke var behørigt underskrevet.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 9. november 2011 om at tildele kontrakten vedrørende artroskopiudstyr til Stryker Danmark.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne

I udbudsbetingelserne er den udbudte varekontrakt beskrevet således:

»...

Udbuddet vedrører indkøb af 6 stk. Artroskopiudstyr incl. trolley, dokumentationsenhed, HD Monitor, lyskilde og kamera til Amager og Glostrup Hospital.

Der udbydes option på levering af op til

- 38 stk. Artroskop optiker 4 mm, 30°
- 38 stk. Artroskop optiker 4 mm, 45°
- 38 stk. Optiske kabler passende til valgte lyskilde
- 38 stk. Trocartubus 4mm, highflow
- 38 stk. Trocar 4mm, stump.

6 stk. printer til trolley

samt

Option på kabling og kobling i forbindelse med i alt to stk. loftshængte skærme på to operationsstuer på Amager hospital, jf. tilbudslisten F.

...«

I udbudsbekendtgørelsen anføres blandt andet:

»III.2.1) De økonomiske aktørers personlige forhold, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregister

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:

...

Erklæring på tro og love om ubetalt forfalden gæld til det offentlige og om opfyldelse af Udbudsdirektivets Art. 45, stk. 2, litra a-c.

Erklæring på tro og love om, at Tilbudsgiver ved udarbejdelsen af tilbud har taget hensyn til de forpligtelser, der gælder i henhold til bestemmelser om beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold i øvrigt på det sted hvor ydelsen skal præsteres, jf. Udbudsdirektivets art 27.

Ved afgivelse af tro og loveerklæring vedr. Art. 27 og Art. 45 i udbudsdirektivets, kan Tilbudsgiver vedlægge tro og love erklæringen i Bilag [L] i udfyldt og underskrevet stand.

...«

Betingelserne for deltagelse gentages i udbudsbetingelserne:

»...

10. Udvalgelseskriterier

For at komme i betragtning skal Tilbudsgiver afgive nedenstående minimumsoplysninger vedrørende sin retlige situation, sin økonomiske og finansielle situation samt tekniske kapacitet.

...

10.1 Retlig situation

- ...
- ...
- Erklæring på tro og love om ubetalt forfalden gæld til det offentlige og om opfyldelse af Udbudsdirektivets Art. 45, stk. 2, litra a-c.
- Erklæring på tro og love om, at Tilbudsgiver ved udarbejdelsen af tilbud har taget hensyn til de forpligtelser, der gælder i henhold til bestemmelser om beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold i øvrigt på det sted hvor ydelsen skal præsteres, jf. Udbudsdirektivets art 27.

Ved afgivelse af tro og loveerklæring vedr. Art 27 og Art. 45 i udbuds-direktivet, kan Tilbudsgiver vedlægge tro og love erklæringen i Bilag L i udfyldt og underskrevet stand.

...«

Ifølge udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelsernes afsnit 9 var tildelingskriteriet fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med følgende vægtede underkriterier:

- | | |
|--------------------------------------|------|
| 1. Den samlede økonomiske konsekvens | 40 % |
| 2. Kvalitet & Funktionalitet | 60 % |

Det anføres i udbudsbetingelserne uddybende om underkriterierne:

»9.2 Den samlede økonomiske konsekvens 40 %

Den samlede økonomiske konsekvens (Ordregivers totalomkostninger) vil blive evalueret som summen af:

- Anskaffelsespris, jf. punkt 5.3 og 5.4
- Leveranceoptioner (med den angivne vægt)
- Option på levering og udførsel af kabling og opkobling

9.3 Kvalitet og Funktionalitet 60 %

Evaluerings foretages på baggrund af Tilbudsgivers besvarelse af kravspecifikationen i Bilag C, eventuel dokumentation som Tilbudsgiver har fundet det nødvendigt at henvise til i besvarelsen af kravspecifikationen og eventuel dokumentation som Ordregiver kræver i Bilag C, jf. punkt 3.1, punkt 3.3 sidste bullpoint (Tekniske specifikationer, datablade, diagrammer...) og punkt 7.4.

Alle ovenstående B-krav vil indgå i Ordregivers evaluering af tilbuddet.

Eventuel besigtigelse af referenceinstallationer og afprøvning af udstyr, jf. punkt 4.8 – 4.9, vil indgå i Ordregivers evaluering for så vidt angår de i Bilag C stillede B-krav.«

Af udbudsbetingelserne fremgår følgende:

»1. Bilag

Bilag A. Generelle oplysninger om Tilbudsgiver

Bilag B. Udkast til aftale inkl. aftalebilag 10 og 11 – øvrige aftalebilag udgøres af/udfærdiges på grundlag af udbudsmaterialet i øv-

rigt og Sælgers tilbud.

Bilag C. Kravspecifikationer (svarskema)

...

Bilag F. Tilbudskonfiguration og udstyrsoptioner (svarskema)

...

Bilag L. Tro og love erklæring vedr. udbudsdirektivets artikel 27 og artikel 45

...

3. Generelt

...

Udbudsmaterialet består af nærværende udbudsbetingelser med bilag inklusive udkast til aftale med aftalebilag. Tilbudsgiver gøres opmærksom på, at tilbud skal afgives i overensstemmelse med alle krav i hele dette materiale.

3.1 Tilbuddets udformning

Tilbuddet skal afgives i nøje overensstemmelse med de krav, som er anført i nærværende udbudsmateriale. Alle ønskede oplysninger skal fremgå af tilbuddet, og Tilbudsgiver skal svare udtømmende på alle punkter og i alle skemaer, hvor besvarelse er ønsket.

Der skal kun vedlægges dokumentation, hvor det er udtrykkeligt nævnt eller må anses som et nødvendigt supplement til Tilbudsgivers besvarelse af udbudsmaterialet. Eventuel yderligere dokumentation for Tilbudsgivers besvarelse skal fremsendes på anmodning.

Ordregiver gør opmærksom på, at ufuldstændige tilbud kan medføre, at tilbuddet ikke anses som konditionsmæssigt, idet Ordregiver ikke efterfølgende har mulighed for at lade Tilbudsgiver korrigere sit tilbud.

Det er Tilbudsgivers ansvar, at det afgivne tilbud indeholder alle nødvendige oplysninger samt nødvendig dokumentation.

3.1.1 Tilbudsopbygning og – struktur

Oplysningerne forventes afgivet som anført i udbudsmaterialet og forventes angivet i vedlagte svar- og tilbudsskemaer for såvel originaltilbud i papirform som den elektroniske tilbudskopi

Ordregiver forventer, at Tilbudsgiver følger den tilbudsopbygning og -struktur, der fremgår af punkt 3.3.

...

3.1.3 Elektroniske tilbudskopier og -formater

Tilbudsgiver bør ud over det originale tilbud i papirform også medsende elektroniske tilbudskopier. jf. punkt 4.3.

Tilbudsgiver har ansvaret for, at den elektroniske tilbudskopi af det fulde tilbud i indhold er identisk med det originale tilbud. I tilfælde af modstrid imellem dokumenterne vil det være den underskrevne, originale papirversion, der har forrang. Såfremt oplysninger ved en fejl ikke er indeholdt i den originale papirversion, men findes i den elektroniske kopi, betragtes dette ikke som modstrid.

...

3.3 Checkliste til tilbuddet

Følgende oplysninger skal fremgå af tilbuddet:

- Udfyldt svarskema for kravspecifikation for hver tilbudt model, jf. Bilag C.
- ...
- ...
- ...

...

4.3 Tilbudsfrist og tilbudsformater

...

Der skal afleveres ét underskrevet original eksemplar af det fulde tilbud i papirform. Der skal afleveres tre elektroniske kopier af det fulde tilbud, jf. punkt 3.1.3.

...

7. Kravspecifikationer

Det udbudte udstyr er beskrevet i kravspecifikationerne, jf. Bilag C. Tilbud skal afgives i overensstemmelse med kravspecifikationerne, idet Tilbudsgiver punkt for punkt skal redegøre for, hvorledes det tilbudte udstyr lever op til kravspecifikationen.

Kravspecifikationen i Bilag C omfatter:

- ...
- ...
- ...
- Yderligere A- og B-krav til klinisk og teknisk funktionalitet og kvalitet m.v. (punkt 4 og frem), jf. punkt 7.1 og 7.2. Tilbudsgiver skal i sin besvarelse angive, hvorledes A- og B-krav opfyldes.

...

7.2 B-Krav

Der er udarbejdet et sæt B-krav (konkurrenceparametre), der vægter positivt i Ordregivers evaluering af et tilbud i forhold til underkriterierne,

jf. punkt 9.3. Jo bedre Ordregiver vurderer, at tilbuddet opfylder Ordregivers B-krav, desto bedre vil ordregiver evaluere tilbuddet.

...

Det er alene opfyldelsen af B-krav, der indgår i Ordregivers evaluering af et tilbud i forhold til underkriterierne, jf. punkt 9.

Alle B-krav vil indgå i Ordregivers evaluering af tilbuddet.

B-krav er ikke obligatoriske. Angiver Tilbudsgiver, at et eller flere B-krav ikke kan opfyldes, ses der ikke bort fra tilbuddet, men tilbuddet vil indgå i evalueringen med den lavest mulige vurdering af det eller de pågældende B-krav.

...«

Udbudsbetingelserne, bilag C »Kravspecifikationer, Svarskema« er opdelt i følgende 4 afsnit: 1. afsnit »Klinisk anvendelsesområde: Artroskopisk operationsudstyr til brug ved minimally invasive kirurgi indenfor ortopædien«, 2. afsnit »Leverancens omfang« omfattende punkterne 2.1-2.5 og 2.11-2.18., 3. afsnit »Ikke aktuel!« og 4. afsnit »Yderligere krav til klinisk og teknisk funktionalitet«. 4. afsnit er opdelt i A-krav (minimumskrav) og B-krav (konkurrenceparametre). B-kravene omfatter punkterne 4.1.1, 4.1.6-4.1.10, 4.1.13-4.1.17. B-kravene er opdelt i tre kategorier: B-krav der er »ønskelige«, B-krav der »bør« opfyldes og B-krav der er »meget vigtige«. B-kravet punkt 4.1.1 har følgende ordlyd: »Af arbejdsmiljømæssige og service hensyn er det ønskeligt med LED lyskilde«, punkt 4.1.8 har følgende formulering: »Af hensyn til sikker arbejdsproces og patientsikkerheden er det meget vigtigt, at optiker kan sættes i og tages ud af trocarbutus så hurtigt og nemt som muligt«, punkt 4.1.15 har følgende ordlyd: »Det er meget vigtigt, at rengøring, adskillelse og vedligeholdelsestid af våddele (trocarbutus og udstyr i direkte kontakt med trocarbutus) er minimal« og punkt 4.1.16 har følgende formulering: »Det er ønskeligt, at trocarbutus og optiker kan adskilles i så få dele som muligt. Angiv antal adskillige dele for trocarbutus«.

Udbudsbetingelsernes bilag L »Tro og love erklæring« er en fortrykt tro og love-erklæring vedrørende udbudsdirektivets artikel 27 og artikel 45, stk. 2, litra a-c. Tilbudsgiverne kunne i deres tilbud vælge at vedlægge denne erklæring i udfyldt og underskrevet stand.

De modtagne tilbud

I tilbudsbrevet af 10. oktober 2011 fra Stryker Danmark er det anført:

»...

I den originale kopi i den vedlagte mappe skal det tilføjes, at det ikke har været muligt at få hele besvarelsen printet ud. Derfor henviser vi til at man også kikker i Bilag C Kravspecifikationerne i den elektroniske udgave for at læse hele besvarelsen. Vi henviser til disse punkter 2.18 / 4.1.1 / 4.1.4 / 4.1.13 / [4.1.14].

Nedenfor beskrevet dokumenter er vedlagt som bilag i dette tilbud i printet kopier, samt inkluderet i elektronisk på USB.

...

I tillæg til Bilag F Tilbudskonfiguration og udstyrsoptioner (svarskema) vedlægger vi en Excel fil med økonomi "Økonomi (Tilbudskonfiguration og Udstyrsoptioner)", der er en detaljeret oversigt, der beskriver vores listepriiser og tilbudte rabatter relateret til dette udbud. ...

I tillæg til Bilag M Referenceliste (svarskema) kan danske reference kunder kontaktes direkte. Europæiske referencekunder kontaktes gennem den lokale Stryker medarbejder, som derefter aftaler besigtigelse med det pågældende hospital. [Klageren og indklagede er enige om, at Stryker Danmark ikke har fremlagt et tillæg til bilag M.]

...«

Tillægget til bilag F vedlagt tilbuddet fra Stryker Danmark viser en detaljeret oversigt over listepriiser og tilbudte rabatter på udbudte produkter/ydelser: kameraer, lyskilde, skærme, dokumentationsenhed, videovogne, optikker, hardware, lyskabler, printer, DVI Kabler og installering.

Stryker Danmark har i sit tilbud vedlagt den fortrykte tro og love-erklæring, der var vedlagt som bilag L til udbudsbetingelserne. Stryker Danmark har udfyldt feltet »dato« med »2011-10-05«, feltet »firmanavn« med »Stryker« og påført erklæringen følgende firmastempel »Stryker Danmark, filial af Stryker AB, Postboks 772, 1532 København V. Danmark« samt underskrevet erklæringen.

Indklagede har fremlagt fuldmagt og tegningsudskrift fra Stryker AB, Sverige, som Stryker Danmark er filial af. Heraf fremgår, at underskriveren af tro og love-erklæringen var befuldmægtiget til blandt andet at underskrive tro og love-erklæringen. Fuldmagten er underskrevet af to bestyrelsesmedlemmer fra Stryker AB, hvilke i henhold til tegningsudskriften i fællesskab er tegningsberettigede for Stryker AB.

Evalueringen af tilbuddene

Af indklagedes evalueringsrapport af 8. november 2011 fremgår:

»...

Indledning

...

Ordregivers gennemgang og evaluering af tilbuddene er foretaget af strategisk indkøbskonsulent ... samt

..., ledende sygeplejerske, AMH

..., overlæge, GLO

..., overlæge, AMH

..., sygeplejerske, AMH

..., overlæge, AMH

..., overlæge, AMH

..., medikoingeniør, HVH

(herefter kaldet brugergruppen)

Udvælgelseskriterier

Ordregiver er overbevist om, at alle bydende besidder tilstrækkelig økonomisk, finansiel og teknisk kapacitet til at løse den udbudte opgave.

Gennemgang af tilbuddenes konditionsmæssighed

Forud for evalueringen af tildelingskriterierne har ordregiver ved medikoingeniør ... og strategisk indkøbskonsulent ... gennemgået tilbuddene med henblik på at afklare, om tilbuddene opfylder minimumskravene for at komme i betragtning, som er opstillet i udbudsmaterialet.

Ordregiver konstaterer, at alle tilbud opfylder minimumskravene.

Evaluering af tildelingskriterier

...

Herefter blev tilbuddene evalueret i henhold til tildelingskriteriet, jf. pkt. 9 i udbudsbetingelserne, af brugergruppen. ...

Aftalen tildeles til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud i henhold til de offentliggjorte kriterier for tildelingen.

...

Definition af pris er offentliggjort i udbudsbetingelsernes i pkt. 5 og 6 samt i kravspecifikationerne, jf. bilag B i udbudsmaterialet.

De forhold der indgår i underkriterierne kvalitet og funktionalitet er offentliggjort i udbudsbetingelsernes pkt. 9 og i kravspecifikationerne, jf. bilag B i udbudsmaterialet.

Underkriteriet pris

Pointskalaen for pris er fastlagt som følger:

Der anvendes en lineær pointmodel, hvor der tildeles 40 point for laveste pris. For hver 1,875 % et tilbud er højere end laveste pris fratrækkes 1 karakterpoint. Ved en prisforhøjelse på 75 % i forhold til laveste pris tildeles 0 point. Der anvendes 2 decimaler.

Evalueringen fremgår af bilag Samlede evaluering...

Underkriterierne kvalitet og funktionalitet

Kvalitet og funktionalitet er vurderet med udgangspunkt i kravspecifikationen, Bilag B. Der er taget udgangspunkt i datablade og øvrige relevante oplysninger fra tilbudsmaterialet samt tilbudspræsentationerne ...

Pointtildelingen tager udgangspunkt i en pointskala, hvor 5 point er det højeste point:

5 point: Fremragende

4 point: Glimrende, over middel

3 point: Tilfredsstillende, middel

2 point: Lidt mere end lige akkurat opfyldt, under middel

1 point: Lige akkurat opfyldt

0 point: Ikke opfyldt, ikke besvaret

Samlet set kan der opnås 60 point, hvis alle krav vurderes til 5.

B-kravene var vægtet således:

<u>B-krav nr.</u>	<u>Vigtighed</u>	<u>Talværdi</u>
4.1.1	Lav vigtighed	5
4.1.6	Høj vigtighed	10
4.1.7	Høj vigtighed	10
4.1.8	Høj vigtighed	10
4.1.9	Høj vigtighed	10
4.1.10	Høj vigtighed	10
4.1.13	Høj vigtighed	10
4.1.14	Høj vigtighed	10
4.1.15	Høj vigtighed	10
4.1.16	Lav vigtighed	5
4.1.17	Mellem vigtighed	7

Evalueringen fremgår af bilag Samlede Evaluering...

Konklusioner

På baggrund af ovenstående blev følgende tildelingsbeslutning truffet:

Den samlede aftale tildeles Stryker, da dette er det for ordregiver økonomisk mest fordelagtige tilbud og ligger inden for den bevillingsmæssige ramme.

...«

Af evalueringsrapportens bilag 1 »Samlede Evaluering - Pointgivning« fremgår blandt andet:

»

Pointformel:

Der gives ikke negative point.

Nulpunkt:	Nulpunktet skal skrives procent f.eks 100 %	75 %	0,75
Max. Point:	Det maksimale point i pointskalaen f.eks. 40	40	40
Laveste pris:		1.988.782	

Tilbudte pris (incl. Optioner, uddannelse, service og reservedele):	2.102.689,00	2.246.461,00	2.137.600,00	2.317.600,00	2.634.814,00	2.041.485,00	2.165.996,80	1.988.782,00
Tilbuddets point: 40 %	36,95	33,09	36,01	31,18	22,68	38,59	35,25	40,00
Kvalitet og funktionalitet (fra evalueringsskema) 60 %	38,72	38,72	32,54	35,01	32,91	24,00	39,03	42,74
Total	75,7	71,8	68,5	66,2	55,6	62,6	74,3	82,7 *
	BioMet 1	BioMet 2	NMS 1	NMS 2	Olympus	Smith&Nephew	Storz	Stryker

«

Evalueringsrapportens bilag 2 »Beregninger, detaljer« viser en oversigt over tilbudsgivernes delpriser - opdelt i »Grundkonfiguration«, »Nødvendige optioner for at opfylde B-krav«, »Leveranceoptioner« og »Option på levering af kabling« - og samlede priser.

Evalueringsrapportens bilag 3 »Evaluering af B-krav« viser et skema over brugergruppens evaluering af tilbuddene i relation til B-kravene, punkterne 4.1.1, 4.1.6-4.1.10, 4.1.13-4.1.17.

Af skemaet ud for punkt 4.1.1 »Af arbejdsmiljømæssige og service hensyn er det ønskeligt med LED lyskilde« (»lav vigtighed«, talværdi: 5 ud af 10 og relativ vægt: 0,62) fremgår, at der i tilbuddene fra Stryker Danmark, Biomet Danmark ApS og klageren indgik en LED-lyskilde. Disse tilbud fik tildelt hver 3 ud 5 point svarende til en vægtet pointscore på 1,86. De øvrige tilbud indeholdt ikke en LED-lyskilde og fik tildelt karakteren 0 svarende til en vægtet pointscore på 0,00.

Vedrørende punkt 4.1.8 »Af hensyn til sikker arbejdsproces og patientsikkerheden er det meget vigtigt, at optiker kan sættes i og tages ud af trocarbus så hurtigt og nemt som muligt« (»Høj vigtighed«, talværdi: 10 ud af 10 og relativ vægt: 1,24) fik tilbuddene fra Biomet Danmark ApS tildelt hver 4 ud af 5 point svarende til en vægtet pointscore på 4,95. Klagerens tilbud fik samme pointscore. Vedrørende punkt 4.1.15 »Det er meget vigtigt, at rengøring, adskillelse og vedligeholdelsestid af våddele (trocartubus og udstyr i direkte kontakt med trocarbus) er minimal« (»Høj vigtighed«, talværdi: 10 ud af 10 og relativ vægt: 1,24) fik tilbuddene fra Biomet Danmark ApS tildelt hver 2 ud af 5 point svarende til en vægtet pointscore på 2,47. Klagerens tilbud fik samme pointscore. Vedrørende punkt 4.1.16 »Det er ønskeligt, at trocarbus og optiker kan adskilles i så få dele som muligt. Angiv antal adskillige dele for trocarbus« (»lav vigtighed«, talværdi: 5 ud af 10 og relativ vægt: 0,62) fik tilbuddene fra Biomet Danmark ApS tildelt hver 2 ud af 5 point svarende til en vægtet pointscore på 1,24. Klagerens tilbud fik samme pointscore. Begrundelsen for Biomet Danmark ApS' opnåede pointscore i relation til punkterne 4.1.8, 4.1.15 og 4.1.16 var, at »det tilbudte udstyr stammer fra storz. Se derfor evaluering for storz«.

Begrundelsen for klagerens opnåede pointscore i relation til punkt 4.1.15 var, at »hane kan skilles ad i flere mindre dele. Erfaringer med at dette øger risikoen for at dele bortkommer ved vedligeholdelse« og i relation til punkt 4.1.16 var, at »hanen kan skilles ad i flere dele.«

For så vidt angår punkt 4.1.15 fik Stryker Danmark 4 ud af 5 point svarende til en vægtet pointscore på 4,95, idet »minimal adskillelse medvirker til lav rengøringstid«, og for så vidt angår punkt 4.1.16 fik Stryker Danmark 4 ud af 5 point svarende til en vægtet pointscore på 2,47, idet »producentens retningslinjer foreskriver at udstyret ikke skal skilles ad.«

Tildelingsbeslutningen

I brevet af 9. november 2011 meddelte indklagede, at Stryker Danmark havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud og dermed ville få tildelt kontrakten. Det anføres videre:

»...

Vi har på baggrund af nævnte evaluering fundet, at Deres tilbud var mindre fordelagtigt i forhold til nævnte tilbud.

Vi kan oplyse at vi har vurderet Deres tilbud på følgende vis for underkriterierne:

Kvalitet & Funktionalitet: Lavere i forhold til vindende tilbud

Pris: Højere i forhold til vindende tilbud

...«

Øvrige oplysninger i sagen

Klageren har under mødet fremlagt følgende erklæring dateret den 22. marts 2012 fra administrerende direktør Morten Ralbjerg, KARL STORZ Endoskopi Danmark A/S:

»...

Det viste sig imidlertid efterfølgende, at en vægtning, der blev anvendt ved Region Hovedstadens evaluering af de indkomne tilbud, ikke svarede til den i udbudsbetingelserne angivne vægtning, idet Region Hovedstaden har lagt langt større vægt på pris end kvalitet og funktionalitet.

... Efter opnåelse af aktindsigt i evalueringen samt det vindende tilbud står det klart, at evalueringen langt mere har været "billigst er bedst", end den faktiske 40% pris/60% kvalitet og funktionalitet-evaluering, der var lagt op til i tilbuds-betingelserne.

Efter KARL STORZ opfattelse er vægtningen ved evalueringen af tilbuddene lagt på overraskende steder, der ikke afspejler det billede af en 40% pris og 60% kvalitetsvægtning, som tilbuds-betingelserne ellers gav indtryk af.

...

Vedrørende vurderingen af Biomet-tilbuddene, som KARL STORZ ikke har haft aktindsigt i, fastholdes det, at der er sket en forkert evaluering heraf i forhold til B-krav punkt 4.1.8., hvor det er angivet at udstyret stammer fra KARL STORZ. Denne oplysning er ikke korrekt, og det skal i den forbindelse pointeres, at Biomet telefonisk har bekræftet dette over for os. Desuden har Biomet selv artroskoper, hvorfor det slet ikke ville give mening, hvis de i stedet for deres egne angav at anvende vores produkter. Evalueringen her er altså sket på forkert grundlag.

...

KARL STORZ er ud fra ovenstående imidlertid af den klare opfattelse, at der er sket en misvisende evaluering af vores tilbud, idet vi skulle have haft tildelt langt flere point end tilfældet var.

For det første skulle vi have haft tildelt flere point på underkriteriet "pris", da den anvendte evalueringsmodel af priserne medfører, at der sker for store pointspring for mindre forskelle i prisen, da man mister ét

point for hver ca. 37.000 kr. man ligger over det laveste tilbud. Denne evalueringsmodel svarer ikke til den angivne vægtning på 40% på pris.

For det andet skulle KARL STORZ have haft tildelt langt flere point ved evalueringen af B-kravene. Disse yderligere point burde blandt andet være tildelt for den væsentlige økonomiske fordel ved LED-lyskilden samt ved B-kravene 4.1.15 og 4.1.16, hvor KARL STORZ har fået væsentligt lavere point end det vindende tilbud på baggrund af en begrundelse, der vedrører forhold, der på ingen måde kan tilregnes KARL STORZ.

...«

Indklagede har under mødet fremlagt daterede erklæringer fra brugergruppens medlemmer. Erklæringerne har følgende identiske indhold:

»..

Vi deltog som angivet i evalueringsrapport af 8. november 2011 som brugergruppe i evalueringen af de afgivne tilbud vedrørende artroskopi-udstyr til Amager og Glostrup Hospitaler v/Hvidovre Hospital. Vi kan bekræfte, at brugergruppens arbejde med udbuddet og evalueringen i det hele blev foretaget som beskrevet i Region Hovedstadens skriftlige indlæg af 29. november og 8. december 2011 samt duplik af 7. februar 2012.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at den lineære pointmodel, indklagede har anvendt, ikke respekterer den i udbudsbetingelserne angivne vægtning på 40 % for underkriteriet »den samlede økonomiske konsekvens«. Klageren har nærmere anført, at anvendelsen af modellen fører til, at underkriteriet får større vægt end fastsat i udbudsbetingelserne. En nedsættelse med 1 point for hver 1,875 % et tilbud er højere end laveste tilbudspris, som tildeles 40 point, medfører hurtigt, at der ikke er mulighed for at matche et billigere tilbud i point. Priskriteriet får således afgørende vægt. Differencen mellem klagerens tilbudspris og laveste tilbudspris er 177.214,80 kr., hvilket svarer til en pointdifference på 4,75. Dette er et relativt stort fald i point i forhold til den relative lille prisdifference.

Indklagede har gjort gældende, at den af indklagede anvendte pointmodel respekterer den i udbudsbetingelserne angivne vægtning på 40 % for under-

kriteriet »den samlede økonomiske konsekvens«. Pointmodellen er saglig og egnet til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Tilbudspriserne lå ganske tæt, idet der var cirka 30 % forskel på laveste og højeste tilbudspris. Dette resulterede i, at de tildelte point alle lå i den øverste halvdel af skalaen fra 40 point til det laveste tilbud og 22,68 point til det højeste tilbud. Den højeste tilbudspris lå 32 % over laveste tilbudspris og fik tildelt 22,68 point, hvilket svarer til over halvdelen af de mulige point, som et tilbud kunne få tildelt. Klagerens tilbudspris var 8,9 % dyrere end laveste tilbudspris, hvilket gav 35,25 point ud af 40. Der var således rigelig plads til, at et dyrere tilbud med en bedre kvalitet i princippet kunne vinde. Spredningen ville blive yderligere formindsket i et sådant omfang, at underkriteriet ville have fået for lille vægt end fastsat i udbudsbetingelserne, hvis der skulle have været en større prisforskel for at nedsætte pointsummen.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagedes pointgivning af klagerens tilbud i forhold til udbudsbetingelserne, bilag C »Kravspecifikationer (svarskema)«, B-kravene, punkterne 4.1.1., 4.1.15 og 4.1.16 ikke er foretaget i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Klageren har nærmere anført i relation til punkt 4.1.1, at klageren burde have været tildelt flere point, idet klagerens tilbud indeholdt en LED-lyskilde. På en pointskala fra 1-5 fik tilbud, der indeholdt en LED-lyskilde, kun tildelt 3 point og tilbud, der ikke indeholdt en LED-lyskilde, fik tildelt 0 point. Det giver ingen mening, at klagerens tilbud kun fik tildelt 3 ud af 5 point, da klageren opfyldte kravet, hvilket har medført betydelige fremtidige økonomiske besparelser for indklagede. Den fulde pointskala benyttes ikke, når det ikke er muligt at få tildelt maksimumpoint for opfyldelse af kravet. Vedrørende punkterne 4.1.15 og 4.1.16 burde klageren også have været tildelt flere point på pointskalaen, da begrundelsen for at give klageren en lavere pointscore end Stryker Danmark ikke var saglig. Begrundelserne for de opnåede point i relation til disse punkter viser, at der er en klar modstrid med, hvad der er lagt vægt på ved de to tilbud, og der er således ikke tale om ligebehandling af de to tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes vurdering af klagerens tilbud i relation til udbudsbetingelserne, bilag C »Kravspecifikationer (svarskema)«, B-kravene, punkterne 4.1.1., 4.1.15 og 4.1.16 er objektiv og saglig og

falder inden for den skønsmargin, som indklagede har. Pointgivningen er foretaget efter brugergruppens bedste lægefaglige skøn. Klageren har i relation til kravet i punkt 4.1.1 anført, at det alene er »ønskeligt«, at der er en LED-lyskilde, og at de tilbud, som indeholdt en LED-lyskilde ud fra en lægefaglig vurdering fik tildelt 3 ud af 5 point svarende til »tilfredsstillende, middel«. De tilbud, som ikke indeholdt en LED-lyskilde, fik tildelt 0 point svarende til »ikke opfyldt«. Der er ikke grundlag for at fastslå, at tilbuddene, der indeholdt en LED-lyskilde, burde have fået en højere karakter på pointskalaen. Vedrørende punkterne 4.1.15 og 4.1.16 har indklagede nærmere anført, at der er foretaget en ligelig vurdering af tilbuddene fra henholdsvis klageren og Stryker Danmark. Brugergruppen har foretaget en samlet vurdering af alle forhold omfattet af de enkelte B-krav og har givet en begrundelse for de tildelte point anført i evalueringsrapportens bilag 3, der ikke redegør for alle detaljer ved vurderingen, men derimod præciserer, hvilke dele af de enkelte B-krav, der har været udslagsgivende for de enkelte tilbuds vurdering. For Stryker Danmark var det adskillelse og rengørings-tid, og for klageren var det adskillelse og vedligeholdelse. Stryker Danmarks produkt skulle ikke adskilles ved rengøring og vedligeholdelse, men kunne adskilles ved brug af værktøj. Klagerens produkt skulle adskilles i flere dele ved rengøring og vedligeholdelse. Der var derfor grundlag for en forskellig vurdering af tilbuddene på disse punkter, hvilket førte til, at klageren fik tildelt færre point end Stryker Danmark. Indklagede har endelig anført, at indklagede var berettiget til at stille de krav til de udbudte produkter, som indklagede ønskede, så længe kravene var saglige.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at der er faktuelle fejl ved indklagedes evaluering af tilbuddene. Klageren har henvist til indklagedes evaluering af Biomet A/S' tilbud i relation til B-kravene, punkterne 4.1.8, 4.1.15 og 4.1.16, hvor Biomet A/S har opnået samme point som klageren. Indklagedes begrundelse om, at Biomet A/S har tilbudt produkter fra klageren, er urigtig. Endoskopet, som er hovedbestanddelen og dermed den økonomisk tungeste post, er ikke leveret af klageren. Det er således forkert i hvert fald med denne begrundelse, at give klageren og Biomet A/S samme point på disse punkter.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er faktuelle fejl i indklagedes evaluering af tilbuddene. Det er korrekt, at Biomet A/S' tilbud ikke kun be-

stod af udstyr fra klageren. Imidlertid tilbød Biomet A/S produktdele af mærket Karl Storz i relation til de dele, som var relevante for B-kravet, punkt 4.1.7. Herudover fremgår det også af Biomet A/S' tilbud, bilag F »Tilbudskonfigurationen og udstyrsoptioner (svarskema)« under afsnittet »Udstyrsoptioner, der alene er nødvendige for at opfylde B-krav« vedrørende varebeskrivelserne for henholdsvis »Sheath high flow, click system, universal« og »Obturator, conical, click system universal« i feltet »evt. bemærkninger«, at »Karl Storz Kliksystem tilbydes«. Indklagedes begrundelse for Biomet A/S' point anført i evalueringsrapportens bilag 3 i relation til punkterne 4.1.8, 4.1.15 og 4.1.16 er således for at understrege, at punkterne opfyldes ved samme kliksystemer i begge tilbud. Det var således relevant og rigtigt at evaluere disse punkter ens for begge tilbud.

Ad påstand 4 a

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra Stryker Danmark burde have været afvist som ukonditionsmæssigt. Klageren har henvist til tilbuds brevet af 10. oktober 2011 fra Stryker Danmark, hvoraf fremgår, at Stryker Danmark ikke havde indleveret et fuldstændigt tilbud i papirform, der opfylder kravene i udbudsbetingelsernes afsnit 3.1 (1. afsnit), 3.3 (1. pind), 4.3 (sidste afsnit) og 3.1.3 (2. afsnit). Bilag C, »Kravspecifikationer (svarskema)« i tilbuddet fra Stryker Danmark var ikke tilgængelig i papirform, men var alene tilgængeligt i en elektronisk version. Da der således var modstrid imellem dokumentversionerne, og da dette ikke skyldes en fejl, har den underskrevne originale papirversion forrang frem de elektroniske tilbudskopier. Stryker Danmarks indleverede underskrevne originale tilbud i papirform var derfor mangelfuldt. Klageren har dernæst anført, at bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 § 12 ikke finder anvendelse i en situation, hvor Stryker Danmark har indgivet et mangelfuldt tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at tilbuddet fra Stryker Danmark var konditionsmæssigt og har nærmere anført, at kravet i udbudsbetingelsernes afsnit 4.3 om, at afgivne tilbud skal ske på skrift, er et formkrav, hvis manglende overholdelse ikke pr. automatik medfører, at et tilbud er ukonditionsmæssigt. Ifølge bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 § 12, stk. 1, nr. 1, jf. stk. 2, nr. 2, og stk. 3, kan indklagede vælge at se bort fra, at ikke alle krævede oplysninger er indeholdt i papirversionen, da disse oplysninger er indeholdt i de elektroniske tilbudskopier indleveret samtidig med tilbuddet i papirform. Indklagede har endvidere anført, at indklagede i medfør af udbudsbe-

tingelsernes afsnit 3.1 (3. afsnit) ikke havde forpligtet sig til at afvise tilbud, som ikke overholder formkravene. Endelig har indklagede anført, at de af klageren fremførte anbringender om, at papirversionen har forrang i tilfælde af modstrid imellem dokumenterne, ikke kan føre til andet resultat. Den elektroniske version supplerer papirversionen, hvilket også udtrykkeligt fremgår af tilbuds brevet. Der foreligger således ikke nogen modstrid imellem dokumenterne.

Ad påstand 4 b

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra Stryker Danmark burde have været afvist som ukonditionsmæssigt. Klageren har henvist til tilbuds brevet fra Stryker Danmark, hvoraf fremgår, at Stryker Danmark har indleveret et tillæg til bilag F »Tilbudskonfiguration og udstyrsoptioner (svarskema)«. Tillægget viser en detaljeret oversigt over Stryker Danmarks listepreiser og tilbudte rabatter relateret til udbuddet. Ifølge udbudsbetingelsernes afsnit 3.1 (2. afsnit) skulle der kun vedlægges dokumentation, hvor det udtrykkeligt var nævnt eller måtte anses som et nødvendigt supplement til tilbudsgiverens besvarelse af udbudsmaterialet. Der var derfor en skjult prisdannelse, hvilket er i strid med udbudsretten.

Indklagede har gjort gældende, at tilbuddet fra Stryker Danmark er konditionsmæssigt. Indklagede har nærmere anført, at tillægget til bilag F »Tilbudskonfiguration og udstyrsoptioner (svarskema)« ikke udgør en skjult prisdannelse. Stryker Danmark har med tillægget villet vise, at Stryker Danmark gav billigere priser end de listepreiser, som Stryker Danmark opererer med, hvilket er helt sædvanligt. I øvrigt fremgår det af evalueringsrapporten, at indklagede ikke har evalueret på andre prisparametre end angivet i udbudsbetingelserne. Indklagede har bestridt, at vedlæggelsen af tillægget skulle være en overtrædelse af udbudsbetingelserne.

Ad påstand 4 c

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra Stryker Danmark burde have været afvist som ukonditionsmæssigt. Klageren har henvist til, at Stryker Danmark ikke har afgivet en tro og love-erklæring i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes afsnit 10, da tro og love-erklæringen ikke var underskrevet af en tegningsberettiget person i virksomheden. Klageren har be-

stridt, at et firmastempel alene medfører, at underskriveren fremstår med den fornødne stillingsfuldmagt, der gør, at erklæringen er gyldig.

Indklagede har gjort gældende, at tilbuddet fra Stryker Danmark er konditions­mæssigt, idet den person, der underskrev tro og love-erklæringen, har den fornødne tegningsberettigelse. Det fremgår af tegningsudskriften for Stryker Danmark, at den person, der underskrev fuldmagten, var befuldmægtiget til at underskrive tro og love-erklæringen. Indklagede har dernæst anført, at underskriften er bekræftet med firmastempel, hvorfor den underskrevne person fremstår med den fornødne stillingsfuldmagt. Der eksisterer ikke noget krav om, at underskriveren af en tro og love-erklæring skal have en bestemt fuldmagt. Endelig har indklagede anført, at uanset om tro og love-erklæringen anses for underskrevet eller ej, var indklagede ikke forpligtet til at afvise tilbuddet fra Stryker Danmark som ukonditions­mæssigt, da erklæringen var vedlagt tilbuddet.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet som følge af de begåede over­trædelser af udbudsreglerne skal annullere tildelingsbeslutningen af 9. november 2011.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tilde­lingsbeslutningen, idet tildelingen er lovlig.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Klagenævnet finder, at den anvendte lineære pointmodel er egnet til at iden­tificere »den samlede økonomiske konsekvens« med vægtningen 40 %, idet pointmodellen afspejler både små og store prisforskelle mellem tilbuddene.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Efter klagenævnets praksis har ordregivere en vid skønsmargin i forbindelse med den kvalitative evaluering af de enkelte tilbud i et udbud.

Klagenævnet finder ikke grundlag for at fastslå, at indklagedes skøn ved evalueringen af klagerens tilbud i relation til B-kravene, punkterne 4.1.1, 4.1.15 og 4.1.16 var åbenbart urigtig, eller at indklagede ved vurderingen har overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Af de af indklagede anførte grunde, er der ikke grundlag for at antage, at indklagedes evaluering af Biomet A/S' tilbud indeholder faktuelle fejl.

Det, klageren i øvrigt har anført, kan ikke føre til et andet resultat, hvorfor påstanden ikke tages til følge.

Ad påstand 4 a

Ifølge tilbudsbetingelsernes afsnit 4.3 skulle tilbudsgiverne indlevere ét underskrevet originalt eksemplar af det fulde tilbud i papirform og tre elektroniske kopier af det fulde tilbud. Det fremgår tydeligt af udbudsbetingelsernes afsnit 3.1, at ufuldstændige tilbud kan medføre, at tilbuddet ikke anses som konditionsmæssigt, idet indklagede ikke efterfølgende har mulighed for at lade tilbudsgiveren korrigere sit tilbud.

Stryker Danmark har indleveret »tilbuddet« - ét eksemplar i papirform og tre elektroniske tilbudskopier - inden fristens udløb. Ydermere fremgår det af tilbudsbrevet fra Stryker Danmark, at den elektroniske version af tilbuddet supplerer tilbuddet i papirform i relation til bilag C »Kravspecifikationer (svarskema)«, punkterne 2.18, 4.1.1, 4.1.4, 4.1.13 og 4.1.14. Der er derfor ikke tale om en korrektion af tilbuddet. Indklagede var herefter ikke forpligtet til at afvise tilbuddet fra Stryker Danmarks som ukonditionsmæssigt.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 4 b

Tillægget der var vedlagt tilbuddet fra Stryker Danmark viser en oversigt over listepreiser og opnåede rabatter på de udbudte produkter.

Det fremgår af evalueringsrapporten, at indklagede alene har inddraget de kriterier, som er angivet i udbudsbetingelserne, i evalueringen af tilbudde-
ne.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 4 c

Stryker Danmark - der har benyttet sig af den fortrykte tro og love-erklæring vedlagt som bilag L til udbudsbetingelserne - har udfyldt og underskrevet erklæringen i henhold til udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne. Den underskrivende person har været befuldmægtiget i henhold til den fremlagte fuldmagt og tegningsudskrift fra Stryker AB, Sverige, til at underskrive tro og love-erklæringen på vegne af Stryker Danmark. Erklæringen er således behørigt underskrevet af Stryker Danmark.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 5

Som følge af det, der er anført ad påstand 1 – 4 a-c, tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig