

K E N D E L S E

KCI Medical ApS
(advokat Jesper Fabricius, Hellerup)

mod

Region Hovedstaden
(advokat Henning Biil, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 118-194696 af 17. juni 2011 udbød indklagede, Region Hovedstaden, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) varekøb af produkter til behandling af sår med negativt tryk. Udbuddet omfattede to delaftaler. Delaftale 1 vedrørte bandagesæt (gaze og svamp) inkl. stationær og mobil pumpe til behandling af alle typer sår, dog med undtagelse af åben abdomen, og delaftale 2 vedrørte bandagesæt inkl. pumpe til behandling af åben abdomen.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 25. august 2011 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. KCI Medical ApS, klageren
2. Smith & Nephew A/S
3. Mölnlycke Health Care ApS.

Tilbuddet fra Mölnlycke Health Care ApS var ikke konditionsmæssigt.

Den 17. november 2011 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Smith & Nephew A/S (herefter Smith & Nephew) vedrørende både delaftale 1 og delaftale 2, og kontrakt blev herefter indgået den 13. januar 2012.

Den 28. november 2011 indgav klageren 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 klagen skulle have opsættende virkning. Den 22. december 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 3. maj 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 at tage tilbuddet fra Smith & Nephew i betragtning på delaftale 1 til trods for, at det ikke var godtgjort, at tilbuddet opfyldte følgende mindstekrav:

- a) Punkt 1.1.9 (stationære pumper): »Pumpen skal kunne benyttes i private hjem og skal være af typen klasse II, dvs. konstrueret med dobbelt isolering, eller tilsvarende sikring«.
- b) Punkt 2.1.9. (mobile pumper): »Pumpen skal kunne benyttes i private hjem og skal være af typen klasse II, dvs. konstrueret med dobbelt isolering, eller tilsvarende sikring«.

Påstand 1A

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og det udbudsretlige forhandlingsforbud ved – efter at have konstateret, at en stationær pumpe, som Smith & Nephew havde indsendt sammen med tilbuddet, var mærket klasse I – at have rettet henvendelse til Smith & Nephew om den manglende opfyldelse af mindstekravet i udbudsbetingelsernes punkt 1.1.9.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Smith & Nephew i betragtning på delaftale 1 og delaftale 2 til trods for, at det ikke var godtgjort, at tilbuddet opfyldte følgende mindstekrav:

- a) Punkt 1.1.14. (stationære pumper), punkt 2.1.14. (mobile pumper) og punkt 4.1.12. (pumpe til åben abdomen), der alle angiver, at pumperne skal være forsynet med alarmsignal med lyd, hvis undertrykket i såret ikke opretholdes.

- b) Punkt 1.1.16 (stationære pumper), punkt 2.1.16. (mobile pumper) og punkt 4.1.14. (pumper til åben abdomen), der alle angiver, at pumperne skal være forsynet med alarmsignal med lyd, hvis slangen afklemmes.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriterierne »Kvalitet og funktionalitet« samt »Vejledning og service« at have anvendt en pointmodel, som medførte en vilkårlig og uigennemsigtig pointtildeling, herunder set i sammenhæng med evalueringen af underkriteriet »Pris«.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Pris« at have anvendt en pointmodel, som medførte en uigennemsigtig og uproportional pointtildeling, herunder set i sammenhæng med evalueringen af underkriterierne »Kvalitet og funktionalitet« samt »Vejledning og service«.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 2, stk. 2, ved i sin underretning af 17. november 2011 til klageren at have anført, at standstill-perioden udløb søndag den 27. november 2011 kl. 24.00, idet standstill-perioden først udløb mandag den 28. november 2011 kl. 24.00.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt med udbudsdirektivets artikel 44 ved

- a) som mindstekrav til deltagernes økonomiske og finansielle kapacitet at have anført følgende: »Tilbudsgiver skal gennem nedenstående oplysninger sandsynliggøre overfor ordregiver, at tilbudsgiver har den økonomiske og finansielle formåen til at løfte opgaven«
- b) som mindstekrav til deltagernes tekniske kapacitet at have anført følgende: »Tilbudsgiver skal gennem nedenstående oplysninger

sandsynliggøre overfor ordregiver, at tilbudsgiver har den tekniske og faglige formåen til at løfte opgaven«.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt med udbudsdirektivets artikel 44 og artikel 47 ved at tage tilbuddet fra Smith & Nephew i betragtning på trods af, at Smith & Nephew ikke indsendte en erklæring, som opfyldte kravet om en soliditetserklæring i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.2, sammen med sit tilbud.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og det udbudsretlige forhandlingsforbud ved – efter at have konstateret, at en mobil pumpe, som Smith & Nephew indsendte, ikke opfyldte udbudsbetingelsernes mindstekrav om udløsning af alarm ved afklemning – at have rettet henvendelse til Smith & Nephew om den manglende opfyldelse af mindstekravet.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tillade, at Smith & Nephew efter tilbudsfristens udløb foretog omlevering af en mobil pumpe, som Smith & Nephews indleverede sammen med sit tilbud, og som ikke opfyldte udbudsbetingelsernes mindstekrav om alarm ved afklemning.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med håndhævelseslovens § 2 ved ikke i sin meddelelse af 17. november 2011 at have givet klageren en kort redegørelse for de relevante grunde for Region Hovedstadens beslutning om at tildele kontrakten på delaftale 1 og delaftale 2 til Smith & Nephew.

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, ved på trods af klagerens anmodning herom ikke inden den i artikel 41, stk. 2, foreskrevne frist at have givet klageren

meddelelse om det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele.

Påstand 12

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at have udarbejdet en tilbudsvurdering, der opfyldte udbudsdirektivets krav, senest samtidig med tildelingsbeslutningen.

Påstand 13

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Smith & Nephew i betragtning, selvom dette tilbud ikke overholdt følgende mindstekrav:

- a) Kravet i indklagedes kravspecifikation punkt 1.1.32 vedrørende pumpens levetid;
- b) Kravet i indklagedes kravspecifikation punkt 1.2.2 vedrørende tilbageløbsventil;
- c) Kravet i indklagedes kravspecifikation punkt 2.1.35 vedrørende pumpens levetid;
- d) Kravet i indklagedes kravspecifikation punkt 2.2.2 vedrørende tilbageløbsventil;
- e) Kravet i indklagedes kravspecifikation punkt 4.1.27 vedrørende pumpens levetid;
- f) Kravet i indklagedes kravspecifikation punkt 4.2.2 vedrørende tilbageløbsventil;
- g) Kravet i indklagedes kravspecifikation punkt 5.2.2 om, at midten af dressing skal være markeret.

Påstand 14

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 17. november 2011 om at indgå kontrakt med Smith & Nephew vedrørende delaftale 1 og delaftale 2.

Indklagede har erkendt overtrædelsen i påstand 5, men har vedrørende påstand 1 – 4 og 6 – 14 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 17. juni 2011 indeholder bl.a. følgende:

»III.2.2) Økonomisk og finansiell kapacitet

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: – Seneste 2 års reviderede og godkendte regnskaber fra den juridiske enhed, som skal afgive tilbud.

– Soliditetserklæring, dvs. erklæring vedrørende virksomhedens økonomiske og finansielle formåen.

Erklæringen kan udstedes af virksomhedens bank eller revisor. Den må højst være 3 måneder gammel.

– Hvis tilbudsgiver baserer sig på en anden virksomheds finansielle status, skal det dokumenteres, at denne virksomhed hæfter solidarisk og ubegrænset.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves Tilbudsgiver skal gennem nedenstående [ovenstående] oplysninger sandsynliggøre overfor ordregiver, at tilbudsgiver har den økonomiske og finansielle formåen til at løfte opgaven.

III.2.3) Teknisk kapacitet

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

- Referencelister for tilsvarende leverancer inden for de seneste tre år med angivelse af størrelsesorden.
- Oplysninger om antal medarbejdere og deres uddannelsesmæssige baggrund indenfor det udbudte område.
- Beskrivelse af virksomhedens kvalitetsstyringssystem, herunder evt. certificeringer.
- Oplysning om evt. brug af underleverandører.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves

Tilbudsgiver skal gennem nedenstående [ovenstående] oplysninger sandsynliggøre overfor ordregiver, at tilbudsgiver har den tekniske og faglige formåen til at løfte opgaven.

...

IV.2.1) Tildelingskriterier

det økonomisk mest fordelagtige tilbud vurderet på grundlag af de nedenfor anførte kriterier

1. Pris. Vægtning 45
2. Kvalitet og funktionalitet. Vægtning 45
3. Vejledning og service. Vægtning 10

...«

De konkrete krav til de udbudte produkters kvalitet og funktionalitet fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 7 og af kravspecifikationen i bilag 1 til udbudsbetingelserne. I udbudsbetingelsernes punkt 7.2 fremgår:

»Generelt er det vigtigt for ordregiver, at de produkter, som tilbydes, er egnede til formålet, opfylder gældende standarder og normer, herunder CE-mærkningskrav, såvel i forhold til det primære anvendelsesformål – klinisk eller non-klinisk – som i forhold til patient- og personalesikkerhed. Derudover tilstræbes lav miljøbelastning uden at dette sker på bekostning af patient- og personalesikkerhed og kan ske inden for realistiske økonomiske rammer. De konkrete krav fremgår af nedenstående punkter samt kravspecifikationen (bilag 1). ...«

Endvidere fremgår det af udbudsbetingelsernes punkt 7.2.1 »Produkteskaber, standarder og normer«:

»Tilbudsgiver skal være villig til efter anmodning at give uddybende og supplerende oplysninger om specifikationen m.v. af de tilbudte produkter i yderligere dokumentationsbilag som led i en teknisk afklaring.

Det bør fremgå af produktoplysningerne, hvilken CE-klassifikation produktet tilhører, for så vidt produktet er underlagt CE-mærkning. Såfremt klassifikationen ikke fremgår, skal tilbudsgiver på ordregivers opfordring straks fremkomme med denne oplysning inkl. dokumentation for den underliggende kvalitetssikring af produktets opnåelse heraf ...«

Af udbudsbetingelsernes punkt 7.4 »Vareprøver« fremgår:

»Sammen med tilbuddet bedes sendt 1 sæt vareprøver af hver tilbudt type bandagesæt mærket med ... Derudover bedes medsendt 1 vareprøve af hver tilbudt pumpe. ...

Der skal være mulighed for at rekvirere yderligere prøver.
...«

Udbudsbetingelsernes bilag 1 »Kravspecifikation« er et skema med bl.a. angivelse af krav til produkterne og oplysning om, om kravet er et minimumskrav (A-krav) eller krav (delkriterier/B-krav), der evalueres i forhold til underkriterierne »Kvalitet og funktionalitet« og »Vejledning og service«. Indklagede stillede bl.a. følgende minimumskrav/A-krav til den stationære pumpe, inkl. kanister, i delaftale 1:

»...

1.1.1 Pumpen skal være udstyret med batteri og netadapter.

...

1.1.9 Pumpen skal kunne benyttes i private hjem og skal være af typen klasse II, dvs. konstrueret med dobbelt isolering, eller tilsvarende sik-

ring.

...

1.1.14 Pumpen skal være udstyret med alarmsignal med lyd, hvis undertrykket ikke opretholdes.

...

1.1.16 Pumpen skal være udstyret med alarmsignal med lyd, hvis slangen afklemmes.

...

1.1.32 Pumpens levetid skal oplyses ...

...

1.2.2 Kanisteren skal være udstyret med en tilbageløbsventil, således at der ikke kan løbe sårsekret ned i såret.

...«

Indklagede stillede følgende minimumskrav/A-krav til den mobile pumpe, inkl. kanister:

»...

2.1.1 Pumpen skal være udstyret med batteri og netadapter.

...

2.1.9 Pumpen skal kunne benyttes i private hjem og skal være af typen klasse II, dvs. konstrueret med dobbelt isolering, eller tilsvarende sikring.

...

2.1.14 Pumpen skal være udstyret med alarmsignal med lyd, hvis undertrykket ikke opretholdes.

...

2.1.16 Pumpen skal være udstyret med alarmsignal med lyd, hvis slangen afklemmes.

...

2.1.32 Pumpens levetid skal oplyses ...

...

2.2.2 Kanisteren skal være udstyret med en tilbageløbsventil, således at der ikke kan løbe sårsekret ned i såret.«

Indklagede stillede følgende minimumskrav/A-krav til pumpen, inkl. kani-

ster, til åben abdomen:

»...

4.1.1 Pumpen skal være udstyret med batteri og netadapter.

...

4.1.12 Pumpen skal være udstyret med alarmsignal med lyd, hvis undertrykket ikke opretholdes.

...

4.1.14 Pumpen skal være udstyret med alarmsignal med lyd, hvis slangen afklemmes.

...

4.1.27 Pumpens levetid skal oplyses ...

...

4.2.2 Kanisteren skal være udstyret med en tilbageløbsventil, således at der ikke kan løbe sårsekret ned i såret.«

Indklagede stillede bl.a. følgende minimumskrav/A-krav til abdominal dressing, som er en del af bandagesæt, inkl. tilbehør, til åben abdomen:

»5.2.2 Midten af dressing skal være markeret«

Det fremgår af tilbuddet fra Smith & Nephew, at der bl.a. til pkt. 1.1.9 og 2.1.9 er besvaret »Opfyldes«. Vedrørende krav nr. 1.1.14, 2.1.14 og 4.1.12 angav Smith & Nephew: »Ved brug af Soft Port måles tryk ved såret gennem slangesættet«. Ved krav nr. 1.1.16, 2.1.16 og 4.1.14 angav Smith & Nephew: »Opfyldes«.

Evalueringen af tilbuddene blev foretaget af en brugergruppe bestående af fagkyndige læger, sygeplejersker og medicoteknikere.

Indklagede afholdt den 10. oktober 2011 et teknisk afprøvningsmøde med Smith & Nephew med det formål at afprøve, om kravet i pkt. 2.1.16 til den mobile pumpe var opfyldt. Brugergruppen havde således selv forsøgt at afklemme slangen, så alarmen blev udløst, men uden held. Afprøvningen blev udsat til den 26. oktober 2011, idet Smith & Nephew på mødet fik mistanke om, at pumpen var defekt. Ved afprøvningen på mødet den 26. oktober 2011 blev alarmen udløst, som den skulle. Det fremgår således af referatet fra afprøvningsmødet, at »både når slangen blev afklemmt i det stykke der

sidder mellem sugekop og quick-click, her kan slangen kun kinkes de sidste ca. 2 cm inden quick-click. Ligeledes blev alarmen udløst da slangen mellem quick-click og pumpe blev kinket. Begge alarmer gik efter 2 min 40 sek.«

Under evalueringsprocessen modtog indklagede en e-mail af 12. oktober 2011 fra klageren. Overskriften på e-mailen var: »Overholdelse af SKAL KRAV iht. kravspecifikationen bilag 1«:

»...

Iht. ovennævnte udbud, har vi ved at nærstudere visse specifikke SKAL KRAV i jeres kravspec. bilag 1 set at der er nogle krav som vi mener at vore konkurrenter ikke kan sige ja til, og som vi håber i er opmærksomme på, selvom der ikke finder en afprøvning sted, det er følgende krav:

Alarm punkt:

Stationær pumpe; krav nr. 1.1.14 + 1.1.16

Mobil pumpe; krav nr. 2.1.14 + 2.1.16

Pumpe til åben abdomen: 4.1.12 + 4.1.14

Her oplyser S&N selv i deres manualer at alarmen ved blokering kun fremkommer fra T-Connector til kanister, dvs. hvis blokeringen eller rette tryk IKKE opretholdes fra såret og op til T-Connector alarmerer pumpen ikke. Vi har vedlagt dokumentationen fra S&N's manualer, som oplyser dette.

Det var også på dette krav at S&N's tilbud blev afvist i et Svensk udbud sidste år ... da pumpen ved test ikke kunne opfylde alarm kravet ...

Som det kan læses ud af konklusionen afvises tilbuddet pga. manglende patient sikkerhed, hvis alarmen ikke fungerer og at man herved ikke får skiftet bandagen i tide.

...

Her adskiller KCI sig ved som den eneste at have ... teknologi, der overvåger og tilpasser undertrykket på sårstedet, samt alarmerer hvis det ønskede tryk ikke opretholdes eller behandlingen afbrydes.

...

Klasse II punkt:

Stationær pumpe; krav nr. 1.1.9

Mobil pumpe; krav nr. 2.1.9

Iht. de 2 vedlagte S&N manualer både på EZ og GO, står begge pumper til at være klasse I. Det kan være at strømforsyningen/opladeren er klasse II, men kravet siger pumpen! Hvis en patient bruger den mobile GO i sit private hjem vil strømforsyningen/opladeren ikke være tilkoblet og pumpen er klasse I.

Da der ikke finder en decideret afprøvning sted, hvor dette f.eks. kunne kontrolleres, testes og hermed konstateres, mener vi, at det er bedre at gøre opmærksom på dette nu, i stedet for evt. at komme efterfølgende med en klagesag.

...«

Ved brev af 14. oktober 2011 rettede indklagede henvendelse til Smith & Nephew og anmodede om en uddybning af virksomhedens besvarelse til pkt. 1.1.9 i kravspecifikationen, idet indklagede havde konstateret, at den medsendte pumpe til virksomhedens tilbud var klasse I (jordet). Indklagede forespurgte, om pumpen var med skilletransformator (galvaniseret adskilt fra lysnettet), eller om Smith & Nephew havde en anden løsning.

Indklagede besvarede ved brev af 18. oktober 2011 klagerens henvendelse af 12. oktober 2011:

»...

Region Hovedstaden er som ordregiver forpligtet til alene at ligge den information, som fremgår af tilbudsgivernes egne tilbud, til grund ved evalueringen.

Forhandlingsforbuddet under offentlige udbud omfatter forhandling om andre tilbudsgivers tilbud under evaluering ...

Regionen tillader under udbud spørgsmål før tilbudsfristen, hvilket *kan* afføde supplerende dokumenter og oplysninger, der kommunikerer til alle ... Vi har ikke mulighed for at indlede dialog om udbudsbetingelser, eget eller andres tilbud *efter* tilbudsfristen, da ligebehandlingsprincippet fordrer, at tilbuddene evalueres som angivet i bekendtgørelse og betingelser, uden nogen kan forbedre sit tilbud eller i øvrigt påvirke processen.

Da disse regler alene påhviler offentlige ordregivere, så er Deres skrivelse uden relevans for nærværende proces, og vi ser bort fra deres henvendelse.

Regionen anser i øvrigt fremsendte som forsøg på miskreditering af en konkurrent i en konkurrencesituation, og et forsøg fra KCI's side på at påvirke ordregiver i sin evaluering. ...«

Ved brev af 19. oktober 2011 besvarede Smith & Nephew indklagedes forespørgsel af 14. oktober 2011 således:

»...

Som pumpe til behandling af sår i private hjem anbefaler vi mobil pumpe Renasys GO der vil kunne anvendes til alle typer sår.

Ved behov for pumpe, med ekstra højt flow kapacitet, f.eks. palliativ behandling, kan tilbudte stationære pumpe Renasys EZ Plus anvendes i private hjem.

Krav 1.1.9. opfyldes, da der tilbydes skilletransformator af mærket: ...

...«

Indklagede evaluerede tilbuddene, og af evalueringsrapporten fremgår følgende:

»...

Udvælgelseskriterier

...

Ordregiver har ved strategisk indkøbskonsulent Heidi Laanstra gennemgået de afgivne tilbud og konstateret, at alle bydende har vedlagt det krævede materiale fuldt ud.

Ordregiver konkluderer endvidere på baggrund af en vurdering af materialet, at ordregiver er overbevist om, at alle bydende besidder tilstrækkelig økonomisk, finansiel og teknisk kapacitet til at løse den udbudte opgave.

Gennemgang af tilbuddenes konditionsmæssighed

...

Ordregiver har foretaget teknisk afklaring af tilbud fra KCI Medical. Afklaringen vedrørte krav 3.5.0, med underpunkter 3.5.1-3.5.8, da der i tilbudsgivers tilbud står, at krav er opfyldt selvom det tilbudte produkt ikke er et dræn. Tilbudsgiver har kunnet redegøre for, at det tilbudte produkt lever op til de stillede krav, om end det ikke er ud fra ordregivers tiltænkte metode. Tilbuddet opfylder således minimumskravene. ...

...

Ordregiver har foretaget teknisk afklaring af tilbud fra Smith & Nephew. Afklaringen vedrørte krav 1.1.9, da det i tilbudsgivers tilbud står opfyldt, selvom medsendte vareprøver ikke var af klasse II. Tilbudsgiver har redegjort for at det tilbudte produkt kan benyttes i private hjem, med tilsvarende sikring. Derudover har der været teknisk afklaring af krav 2.1.16, hvor Smith & Nephew blev indkaldt til fysisk at demonstrere funktionen, da en sådan ikke kan dokumenteres skriftligt. Den medsendte vareprøve var defekt og derfor blev alarmen ikke udløst. Ved nyt afprøvningsmøde den 26.10.11 med et fungerende eksemplar, blev alarmen udløst som den skulle og som tilbudsgiver havde angivet i tilbuddet. Tilbuddet opfylder således minimumskravene. ...

Evalueringskriterier

...

Underkriteriet pris

I pointskalaen for pris anvendes en lineær pointmodel, hvor der tildeles 5 point for laveste pris. For hver 20 % et tilbud er højere end laveste pris fratrækkes 1 karakterpoint. Ved en prisforhøjelse på 100 % eller mere i forhold til laveste pris tildeles 0 point. ...

...

Underkriterierne kvalitet og funktionalitet

Kvalitet og funktionalitet er vurderet med udgangspunkt i kravspecifikationen for de enkelte produkter. Der er taget udgangspunkt i fremsendte vareprøver, produktdatablade og tilbudsgivers supplerende beskrivelser. ...

Pointtildelingen tager udgangspunkt i en pointskala, hvor 5 point er det højeste point og der kan kun gives hele point.

5 point: meget høj

4 point: høj

3 point: middel

2 point: under middel

1 point: opfylder lige netop kravspecifikationen

0 point: opfylder ikke kravspecifikationen

...

Underkriterierne vejledning og service

Vejledning og service, er vurderet med udgangspunkt i kravspecifikationen for de enkelte produkter. Der er taget udgangspunkt i tilbudsgivers beskrivelse. ...

Pointtildelingen tager, på samme vis som under kvalitet og funktionalitet, udgangspunkt i en pointskala, hvor 5 point er det højeste point og

der kan kun gives hele point.

... «

Af evalueringsrapportens bilag 3 »Samlet evaluering« for delaftale 1 fremgår:

Leverandør				KCI	Smith & Nephew
Tilbudte pris				9.765.660	5.726.664
Pris: Point				1,47	5,00
Pris: Vægtning	Vægten skal skrives som procent f.eks. 45 %	45 %	0,45	0,66	2,25
Kvalitet & funktionalitet: point				3,03	2,79
Kvalitet & funktionalitet: vægtning		45 %	0,45	1,3635	1,2555
Vejledning & service				3,6	3
Vejledning & service: vægtning		10 %	0,10	0,36	0,3
Total point				2,39	3,81

Af evalueringsrapportens bilag 3 »Samlet evaluering« for delaftale 2 fremgår:

Leverandør				KCI	Smith & Nephew
Tilbudte pris				5.752.333	1.423.117
Pris: Point				0,00	5,00
Pris: Vægtning	Vægten skal skrives som procent f.eks. 45 %	45 %	0,45	0,00	2,25
Kvalitet & funktionalitet: point				3,25	1,8
Kvalitet & funktionalitet: vægtning		45 %	0,45	1,4625	0,81
Vejledning & service				3,6	2,8
Vejledning & service: vægtning		10 %	0,10	0,36	0,28
Total point				1,82	3,34

Klagerens samlede tilbudspris var således ca. 70 % højere end tilbudsprisen fra Smith & Nephew på delaftale 1 og ca. 300 % højere end tilbudsprisen fra Smith & Nephew på delaftale 2.

Ved vurderingen af tilbuddene i forhold til underkriterierne »Kvalitet og funktionalitet« og »Vejledning og service« fik tilbuddet fra klageren et lidt højere pointtal end tilbuddet fra Smith & Nephew.

Indklagede har i evalueringsrapporten for en del af B-kravene (delkriterierne til underkriterierne), navnlig hvor pointtildelingen er over eller under 3

(middel), anført, hvilke forhold der enten har ført til et højere eller lavere pointtal. Indklagede har ikke ved nogen af kravene tildelt karakteren 5

Indklagede meddelte sin tildelingsbeslutning til klageren ved brev af 17. november 2011:

»Gennemgang og evaluering af de indkomne tilbud er nu tilendebragt i henhold til det udmeldte tildelingskriterium, og vi kan hermed meddele, at Region Hovedstaden agter at tildele aftaler på følgende vis:

Delaftale 1:

Smith & Nephew A/S, er det for ordregiver samlet set økonomisk mest fordelagtige tilbud og tildeles denne delaftale.

Delaftale 2:

Smith & Nephew A/S, er det for ordregiver samlet set økonomisk mest fordelagtige tilbud og tildeles denne delaftale

Vedr. delaftale 1:

Vi har på baggrund af nævnte evaluering, fundet at Deres tilbud er økonomisk mindre fordelagtig i forhold til nævnte tilbud. Det er underkriteriet pris, der er af afgørende faktor.

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

Pris: Deres tilbudte priser er betydeligt højere end det vindende bud.

Kvalitet og funktionalitet: Deres tilbud er vurderet marginalt over middel og lidt højere end det vindende bud.

Vejledning og service: Deres tilbud er vurderet lidt over middel og lidt højere end det vindende bud.

Vedr. delaftale 2:

Vi har på baggrund af nævnte evaluering, fundet at Deres tilbud er økonomisk mindre fordelagtig i forhold til nævnte tilbud. Det er underkriteriet pris, der er af afgørende faktor.

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

Pris: Deres tilbudte priser er betydeligt højere end det vindende bud.

Kvalitet og funktionalitet: Deres tilbud er vurderet lidt over middel og noget højere end det vindende bud.

Vejledning og service: Deres tilbud er vurderet lidt over middel og noget højere end det vindende bud.

Aftalerne kan tidligst underskrives efter udløb af standstill-perioden på

10 kalenderdage regnet fra dagen efter denne meddelelse. Standstill-perioden udløber således den 27.11.2011 kl. 24:00.

...«

Indklagede meddelte den 22. november 2011 – efter anmodning fra klageren ved brev af 18. november 2011 – aktindsigt i dels evalueringsrapporten med visse undtagelser, dels Smith & Nephews tilbud med visse undtagelser. Klageren havde bedt om indsigt i pointtildelingen og i Smith & Nephews besvarelse af kravspecifikationen. Indklagede gav dog ikke klageren indsigt i oplysninger, som indklagede vurderede kunne skade konkurrencen, og der blev derfor ikke meddelt aktindsigt i Smith & Nephews tilbud vedrørende de krav i kravspecifikationen, som er omfattet af klagerens påstand 13.

Tilbudsgiverne skulle sammen med tilbuddene indlevere en soliditetserklæring vedrørende virksomhedens økonomiske og finansielle formåen. Erklæringen måtte højest være 3 måneder gammel.

Smith & Nephew indleverede en erklæring af 30. juni 2011 fra Handelsbanken med følgende indhold:

»...

På given foranledning skal vi hermed oplyse følgende omkring Smith & Nephew A/S, idet oplysningerne er indhentet fra seneste offentliggjorte regnskab:

Navn: ...

Selskabsform: ...

Aktionærer: Selskabet ejes 100 % af Smith & Nephew Limited, England.

...

Selskabet har oplyst overfor Handelsbanken, at der ikke er ændringer i ovenstående oplysninger.

Kapitalforhold: Ifølge årsregnskab pr. 31.12.2010 var egenkapitalen på DKK 18.305.433,00. Aktiekapitalen udgør isoleret DKK 6.250.000,00. Soliditeten udgør 55,80 % pr. statusdagen.

Konto-

/Likviditets-
forhold:

Selskabet har været kunde i Handelsbanken siden 2010, og selskabet er ikke i misligholdelse af selskabets engagement med Handelsbanken.

Nærværende erklæring er alene afgivet på grundlag af Handelsbankens forretningsforbindelse med selskabet, og den skal ses i sammenhæng med Deres egen undersøgelse og vurdering. Erklæringen er således ikke nogen garanti.

...«

Klageren indleverede også en erklæring, som blev afgivet af Nordea Bank den 27. juni 2011:

»...

Kapitalforhold: Anpartskapitalen udgør 4.001.000 kr. og den samlede egenkapital udgør 27.834.886 kr. iflg. regnskabsoplysninger pr. 31.12.2010.

Omsætning

og indtjening: Resultat før skat udgør 21.877 kr. pr. 31.12.2010 og er utilfredsstillende.

Kontoforhold og
likviditet:

Likviditeten er god.

Konklusion:

På baggrund af ovennævnte, er det vores skøn, at omspurgte er god for almindelige forretningsforpligtelser.

Denne oplysning er alene Nordeas egen vurdering på grundlag af vores forretningsforbindelse med kunden, og den skal ses i sammenhæng med forespørgerens egen undersøgelse og vurdering. Oplysningen er således ikke nogen garanti. Vi supplerer kun efter fornyet henvendelse afgivne oplysninger om forhold, som erfares af os efter oplysningens afgivelse.

...«

Erklæringer og forklaringer

Overlæge Claus Anders Bertelsen har afgivet følgende erklæring:

»...

Jeg deltog som angivet i evalueringsrapport af 17. november 2011 som medlem af brugergruppen i evalueringen af de afgivne tilbud vedrørende produkter til behandling af sår med negativt tryk – NPWT.

Jeg kan bekræfte, at brugergruppens arbejde med udbuddet og evalueringen i det hele blev foretaget som beskrevet i Region Hovedstadens svarskrifter af 8. og 20. december 2011 samt duplik af 23. februar 2012.
...«

Overlæge Claus Anders Bertelsen har forklaret, at han var formand for brugergruppen, der evaluerede tilbuddene bl.a. i forhold til underkriterierne »Kvalitet og funktionalitet« og »Vejledning og service«. Tilbuddene blev ikke sammenlignet indbyrdes, men derimod i forhold til de fastsatte underkriterier. 3 point blev givet for et »middel« produkt, mens 5 point ville blive givet for det ideelle produkt på baggrund af brugergruppens erfaring på området. Brugergruppen fandt, at der ikke var grundlag for at tildele 5 point i noget tilfælde, men det kan diskuteres, om der burde have været tildelt klageren 5 point for opfyldelse af bl.a. krav 5.1.3 og 5.1.4. Pumpen fra Smith & Nephew var udstyret med alarm, men en del af slangen til pumpen er udført i et materiale, som medfører, at den del ikke kan afklemmes. Dette blev endda forsøgt ved anvendelse af en skruetvinge. Krav nr. 5.2.2 om, at midten af dressingen skal være markeret, blev opfyldt af Smith & Nephew ved dressingens foldemærker. En dressing bliver anvendt ved afdækning af åben abdomen, og foldemærkerne er tydelige, når dressingen bliver lagt. Mærkerne forsvinder med tiden og kan således ikke ses, når dressingen fjernes, men det er uden betydning.

I forbindelse med forklaringen fra overlæge Claus Anders Bertelsen blev pumpe, slangen til pumpen fra Smith & Nephew, alarmsignalet fra Smith & Nephews pumpe, dressingen fra Smith & Nephew og dressingen fra klageren demonstreret.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at de pumper, som Smith & Nephew tilbød, ikke opfyldte de stillede minimumskrav i pkt. 1.1.9 og 2.1.9. Pumperne var således ikke klasse II, men derimod klasse I, hvilket indklagede var opmærksom på. Indklagede foretog således en teknisk afklaring. Indklagede har bevisbyrden for, at pumperne fra Smith & Nephew opfyldte kravene i udbudsbetingelserne. Det er pumpen og ikke en eventuel strømforsyning til den, der skal overholde udbudsbetingelsernes krav om klasse II.

Indklagede har gjort gældende, at de tilbudte pumper fra Smith & Nephew opfyldte minimumskraverne i pkt. 1.1.9 og 2.1.9. Kravene vedrører elektrisk jording af pumperne. Baggrunden for kravet er, at indklagede ikke kan regne med, at alle private hjem er forsynet med el-kontakter til stik med tre ben, som er den sædvanlige måde at jorde et elektrisk apparat. Indklagede stillede derfor krav om sikring af type klasse II eller tilsvarende, idet klasse II sikring indebærer en dobbelt sikring. Apparatet skal derfor ikke jordes med et trebenet stik. Kravet opstillede således to muligheder: enten at pumpen skulle være klasse II, dvs. konstrueret med dobbelt isolering, eller være konstrueret med tilsvarende sikring. Smith & Nephew har svaret »Opfyldes« til bl.a. pkt. 1.1.9 og 2.1.9 i kravspecifikationen, og det har indklagede været berettiget til at lægge til grund. Indklagede foretog en teknisk afklaring over for Smith & Nephew, der svarede, at kravet var opfyldt ved en skilletransformator. Da kravet vedrører elektrisk jording for at undgå, at patienten får stød under brugen af pumpen, er der ikke grundlag for at fortolke kravet så snævert, at det er selve pumpen, der skal være klasse II. Risikoen for stød opstår, når pumpen tilsluttes 220 volt via en adapter, og den elimineres fuldt ud ved, at sikringen ligger i adapteren.

Ad påstand 1A

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved at rette henvendelse til Smith & Nephew efter at have konstateret, at mindstekravet i 1.1.9 ikke var opfyldt, er i åbenbar modstrid med det EU-retlige forhandlingsforbud. Det er ikke tilladt en ordregivende myndighed at rette henvendelse til en tilbudsgiver, hvis tilbud indeholder en uklar formulering, som kunne opfattes som et forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede var berettiget til at foretage en teknisk afklaring, og afklaringen havde ikke karakter af bortforhandling af et ukonditionsræssigt forbehold. Smith & Nephew havde erklæret at ville opfylde kravet, og henvendelsen havde til formål at afklare, hvordan dette konkret ville ske. Indklagede var endvidere efter bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 § 12 berettiget til at foretage den tekniske afklaring.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede skal bevise, at Smith & Nephews tilbud opfyldte mindstekravene, herunder at pumperne afgiver et

alarmsignal med lyd, hvis undertrykket i såret ikke opretholdes, eller hvis slangen afklemmes. Det fremgår ikke klart af tilbuddet fra Smith & Nephew, at kravene er opfyldt. Kravet om, at pumperne skal have alarmsignal ved afklemning, er klart, og indklagede har ikke bevist, at alarmer på Smith & Nephews pumper ville blive udløst ved afklemning. Det er uden betydning for kravets opfyldelse, at en del af slangen fra Smith & Nephew er af et materiale, som ikke kan afklemmes. Smith & Nephew har således været uberettiget til at tilbyde et produkt, hvor slangen ikke kan afklemmes.

Indklagede har gjort gældende, at Smith & Nephews tilbud overholdt alle krav i kravspecifikationen, idet Smith & Nephew angav, at kravene var opfyldt, og idet indklagede ved afprøvning konstaterede, at alle alarmer blev udløst, med undtagelse af alarmer på den pumpe, som var omfattet af krav 2.1.16. Den omstændighed, at det ikke er muligt at foretage afklemning af en del af slangen som følge af det materiale, den er udført i, medfører ikke, at tilbuddet fra Smith & Nephew er ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriterierne »Kvalitet og funktionalitet« og »Vejledning og service« er gennemført på en uigennemsigtig måde, navnlig set i forhold til evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »Pris«. Indklagede har ikke tildelt karakteren 5 på nogen af de kvalitative delkriterier, selv om klageren og Smith & Nephew er markedsledende inden for de udbudte produkter. Klageren har markedets højeste kvalitet på de omhandlede produkter, men har til trods herfor ikke opnået højere karakter end 4. Derimod har indklagede ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet »Pris« tildelt laveste pris 5 point. Indklagede har desuden givet forskellige point for de samme produkters opfyldelse af identiske krav. Flere af produkterne er således ens i de to delaftaler. Indklagede har ikke sikret sig, at der ved brugergruppens evaluering blev anvendt en ensartet fremgangsmåde.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes evaluering af tilbuddene i forhold til underkriterierne »Kvalitet og funktionalitet« og »Vejledning og service« ikke har været i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigthed. Klagenævnet kan ikke erstatte indklagedes skøn med sit eget. Brugergruppen, der vurderede tilbuddene, repræsenterede den højeste sygepleje- og lægefaglige sagkundskab i regionen, og brugergruppen vurderede,

at ingen af tilbuddene var berettiget til at få karakteren 5. Både de kvalitative underkriterier og underkriteriet »Pris« blev bedømt ud fra en pointskala fra 0 – 5, og det er ikke i strid med udbudsreglerne, at tilbuddet med den bedste vurdering i forhold til underkriterierne »Kvalitet og funktionalitet« og »Vejledning og service« ikke blev tildelt 5 point, mens tilbuddet med den laveste pris blev tildelt 5 point. Indklagede har ikke bedømt samme produkt i forhold til identiske krav uens.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at den valgte evalueringsmodel reelt har tillagt underkriteriet »Pris« en væsentligt større vægt end 45 %. Klagerens pris på delaftale 1 var ca. 70 % højere end Smith & Nephews tilbudspris, men Smith & Nephews tilbud er tildelt 3,4 gange så mange point for »Pris« i forhold til klagerens tilbud. Evalueringen har endvidere ikke været gennemsigtig, idet klageren på delaftale 2 har fået karakteren 0, uden at indklagede på forhånd havde tilkendegivet den anvendte model, mens karakteren 0 kun blev tildelt for de kvalitative kriterier, hvis de fastsatte krav i kravspecifikationen ikke var opfyldt. Karaktergivningingen for underkriteriet »Pris« har således været efter andre principper end karaktergivningingen for de kvalitative underkriterier.

Indklagede har gjort gældende, at den lineære evalueringsmodel, som indklagede har anvendt i forhold til underkriteriet »Pris«, ikke er i strid med udbudsreglerne.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, ved i sin underretning af 17. november 2011 til klageren at have anført, at standstill-perioden udløb søndag den 27. november 2011 kl. 24.00, selv om standstill-perioden i overensstemmelse med fristberegningsforordningen først udløb mandag den 28. november 2011 kl. 24.00.

Indklagede har erkendt overtrædelsen.

Ad påstand 6

Parterne har været enige om, at det er en fejl, når det i udbudsbekendtgørelsen er angivet, at det er gennem de »nedenstående oplysninger«, tilbudsgiverne skal sandsynliggøre, at de har henholdsvis den økonomisk og finansielle samt tekniske og faglige formåen til at løfte opgaven. Der skulle rettelig have stået »ovenstående oplysninger«.

Klageren har gjort gældende, at indklagede har et helt frit og vilkårligt valg med den måde, som egnethedskriterierne er formuleret på, idet indklagede ikke udtrykkeligt har angivet noget præcist minimumskrav til det niveau, tilbudsgiverne skal præstere. Det er ikke gennemsigtigt for tilbudsgiverne eller interesserede aktører, hvad der efter indklagedes opfattelse er påkrævet, for at en tilbudsgiver er egnet til at løfte opgaven. Formuleringerne har medført, at der kan være interesserede aktører, der har afstået fra at afgive tilbud, fordi de enten troede, at kravene til egnethed ville være højere, end de reelt var, eller fordi de erkendte, at indklagede reelt frit kunne udskille tilbudsgivere som uegnede, hvis indklagede, herunder også af usaglige grunde, måtte ønske dette. De anførte mindstekrav er således i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 44.

Indklagede har gjort gældende, at udbudsdirektivets artikel 44 ikke indeholder regler, hvorefter det er obligatorisk at definere mindstekrav til egnethed. Det er derimod frivilligt, jf. artikel 44, stk. 2. Indklagede kunne have undladt at fastsætte mindstekrav til egnetheden. Den udtrykkelige valgfrihed i artikel 44, stk. 2, kan ikke indskrænkes med henvisning til overvejelser om, hvorvidt flere eller færre har deltaget eller fravalgt at deltage i udbuddet på grund af fravær af nærmere definerede minimumsniveauer.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at Smith & Nephew ikke indleverede en soliditetserklæring som krævet i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.2). Erklæringen fra Handelsbanken opfylder således ikke kravene til en soliditetserklæring. Det må således være et krav, at erklæringsgiveren erklærer sig positivt om virksomheden, og at det fremgår, at virksomheden har tilstrækkelig soliditet til at løfte opgaven. Klageren har endvidere gjort gældende, at Smith & Nephews erklæring ikke opfylder kravet om ikke at være ældre end 3 måneder. Det fremgår, at erklæringen udelukkende baserer sig på oplysninger fra Smith & Nephews seneste årsregnskab og dermed oplysninger, som er mere end 3 måneder gamle.

Indklagede har gjort gældende, at soliditetserklæringen fra Smith & Nephew opfylder de stillede krav, og den er ikke mere end 3 måneder gammel. Indklagede definerede soliditetserklæringen som en »erklæring vedrørende virksomhedens økonomiske og finansielle formåen«, og dette opfylder den erklæring, som Smith & Nephew indleverede. Den erklæring, som klageren indleverede er nærmest identisk med erklæringen fra Smith & Nephew. Erklæringen, som Handelsbanken afgav på foranledning af Smith & Nephew, er endvidere ikke over 3 måneder gammel, idet den er udstedt den 30. juni 2011, hvilket er mindre end 3 måneder før tilbudsfristen den 25. august 2011.

Ad påstand 8 og 9

Klageren har gjort gældende, at det var et krav, at tilbudsgiverne sammen med deres tilbud indleverede vareprøver. Hvis Smith & Nephews tilbudte mobile pumpe ikke opfyldte mindstekravet om bl.a. alarm ved afklemning, var dette et forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Selv om indklagede konstaterede, at Smith & Nephews pumpe ikke udløste en alarm ved afklemning, rettede indklagede henvendelse til Smith & Nephew for en teknisk afklaring. Dette er i strid med forhandlingsforbuddet. Da indklagede efter tilbudsfristens udløb tillod Smith & Nephew at omlevere den pumpe, som blev indleveret sammen med tilbuddet, handlede indklagede også i strid med forhandlingsforbuddet og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Den omstændighed, at den indleverede mobile pumpe var defekt, gav ikke Smith & Nephew ret til at omlevere pumpen. Udbudsbetingelsernes pkt. 7.4 »Vareprøve« giver ikke indklagede hjemmel til at kræve en ny vareprøve til erstatning for den fejlbehæftede.

Indklagede har gjort gældende, at Smith & Nephews defekte mobile pumpe ikke var udtryk for, at virksomheden tog et forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Indklagede kunne have valgt at lægge Smith & Nephews besvarelse om, at kravet (2.1.16) var opfyldt, til grund. Indklagede foretog imidlertid en afprøvning og kunne ikke fremprovokere alarmen. For at sikre sig, at årsagen hertil ikke var fejlbetjening af pumpen fra indklagedes side, valgte indklagede at foretage en teknisk afklaring, hvor Smith & Nephew skulle demonstrere pumpen. I den forbindelse konstaterede Smith & Nephew, at pumpen var defekt. Indklagede var herefter berettiget til at anmode om en ny vareprøve, jf. også udbudsbetin-

gelsernes pkt. 7.4. Den nye vareprøve var identisk med den oprindelige pumpe, dog uden defekt. Afklaringen ligger endvidere inden for rammerne af § 12 i bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011.

Ad påstand 10, 11 og 12

Klageren har gjort gældende, at klageren efter udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, har krav på en fyldestgørende redegørelse for det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele. En simpel redegørelse for, om klagerens tilbud er vurderet bedre eller ringere i forhold til det antagne tilbud, er ikke tilstrækkelig begrundelse. Endvidere skal kravet i håndhævelseslovens § 2 ses i sammenhæng med udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2. Redegørelsen i medfør af håndhævelseslovens § 2 skal således opfylde begrundelseskravet i artikel 41, stk. 2. Det gjorde indklagedes meddelelse af 17. november 2011 ikke. Indklagede skulle endvidere senest samtidig med tildelingsbeslutningen have udarbejdet en skriftlig tilbudsvurdering. Indklagede har således ikke foretaget en tilstrækkelig tilbudsvurdering, idet det på en række punkter ikke fremgår af rapporten, hvad der har ligget til grund for evalueringen.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har givet klageren en tilstrækkelig begrundelse for tildelingsbeslutningen, og at evalueringsrapporten er fyldestgørende.

Ad påstand 13

Klageren har gjort gældende, at klageren som følge af den ekstrahering, som indklagede har foretaget af Smith & Nephews tilbud, er ude af stand til at konstatere, om den ekstraherede tekst indeholder forbehold. Under hensyn til, at klagenævnet kun kan tage stilling til påstande, der er nedlagt, og anbringender, som er gjort gældende, har klageren gjort gældende, at der i den ekstraherede tekst er forbehold over for de respektive mindstekrav.

Indklagede har gjort gældende, at den ekstraherede tekst i Smith & Nephews kravspecifikation ikke indeholder forbehold over for de pågældende mindstekrav. Begrundelsen for ekstraheringen er, at det antages, at aktindsigt i oplysningerne ville kunne skade Smith & Nephews forretning, jf. forvaltningslovens § 15, stk. 1, nr. 5.

Ad påstand 14

Klageren har gjort gældende, at tildelingsbeslutningen efter fast klagenævnsspraksis skal annulleres, hvis klageren får medhold i en eller flere af påstandene 1 – 4 eller 6 – 9. Der bør dog også ske annulation, hvis klageren får medhold i en eller flere af påstandene 10 – 13.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for annulation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Smith & Nephew besvarede pkt. 1.1.9 og 2.1.9 i kravspecifikationen med »Opfyldes«, og indklagede kunne som udgangspunkt have taget denne besvarelse til efterretning uden yderligere undersøgelser.

Klagenævnet lægger til grund, at baggrunden for kravet i pkt. 1.1.9 og 2.1.9 om, at »Pumpen skal kunne benyttes i private hjem og skal være af typen klasse II, dvs. konstrueret med dobbelt isolering, eller tilsvarende sikring« er at sikre, at patienten ikke får stød under brugen af pumpen. Kravene vedrører således elektrisk jording. En pumpe af typen klasse II vil sikre, at en patient ikke får stød, men som kravet er formuleret sammenholdt med kravene i 1.1.1 og 2.1.1 om, at pumpen skal være udstyret med batteri og net-adapter, var det ikke udelukket at sikre dette på anden vis.

Smith & Nephew har opfyldt kravet med en pumpe af typen klasse I med en skilletransformator. Det er ubestridt, at dette sikrer patienter mod elektrisk stød ved brugen af pumpen. Smith & Nephew opfyldte dermed de stillede mindstekrav, og klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 1A

Smith & Nephew anførte i sit tilbud, at krav nr. 1.1.9 var opfyldt. Da den tilbudte pumpe var af typen klasse I, rettede indklagede henvendelse til Smith & Nephew og forespurgte, om pumpen var med skilletransformator. Dette bekræftede Smith & Nephew.

Som anført ad påstand 1 kunne tilbudsgiverne enten tilbyde en pumpe af typen klasse II med dobbelt sikring eller en pumpe med tilsvarende sikring. Da det ikke fremgik, at den pumpe, som Smith & Nephew tilbød, havde en tilsvarende sikring, som en pumpe af typen klasse II, var indklagede berettiget til at foretage en teknisk afklaring som sket. Indklagede har dermed ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed eller forhandlingsforbuddet.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

Efter Smith & Nephews besvarelser til de omhandlede krav og den afprøvning, som indklagede foretog af Smith & Nephews pumper, herunder med udløsning af alarm, er der ikke grundlag for at fastslå, at Smith & Nephews tilbud ikke opfyldte de stillede krav. Den omstændighed, at en del af slangen på Smith & Nephews pumpe er udviklet i et materiale, så afklemning ikke er mulig, kan ikke føre til, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt. Kravet om udløsning af alarm ved afklemning forudsætter åbenbart, at der er en risiko for afklemning.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 3

Indklagede har tildelt point for tilbuddenes opfyldelse af de enkelte B-krav (delkriterier) til underkriterierne »Kvalitet og funktionalitet« og »Vejledning og service« ud fra pointskalaen 0 – 5. Det var indklagedes brugergruppe – bestående af bl.a. sygeplejersker og læger inden for de medicinske specialer, hvor produkterne skal anvendes – der vurderede tilbuddene i forhold til underkriterierne. Selv om overlæge Claus Anders Bertelsen har forklaret, at klagerens tilbud muligvis skulle have været tildelt 5 point i forhold til nogle af de stillede krav, erstatter klagenævnet ikke brugergruppens skøn med sit eget. Herefter, og da der ikke er grundlag for at anse evalueringsmodellen for ulovlig, tager klagenævnet ikke påstanden til følge.

Ad påstand 4

Underkriteriet »Pris« er evalueret ud fra en pointskala fra 0 – 5, som var

samme skala for de kvalitative underkriterier. Klagenævnet finder, at den lineære pointmodel, som indklagede har anvendt i forhold til underkriteriet »Pris«, i det konkrete tilfælde har været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og indklagede har ikke ved anvendelse af modellen handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigthed.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 5

Standstill-perioden efter håndhævelseslovens § 3, stk. 1, nr. 1, løber fra og med dagen efter den dag, hvor indklagede har afsendt underretningen efter § 2, stk. 1, nr. 3. Indklagede har afsendt underretningen den 17. november 2011, og den sidste dag i standstill-perioden var derfor som udgangspunkt den 27. november 2011. Da den 27. november 2011 imidlertid var en søndag, udløb standstill-perioden ved udgangen af den følgende arbejdsdags sidste time, jf. forordning nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter artikel 3, stk. 4. Standstill-perioden udløb således mandag den 28. november 2011.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 6

Efter udbudsdirektivets artikel 44, stk. 2, kan de ordregivende myndigheder kræve minimumskriterier for egnethed, som tilbudsgivere i overensstemmelse med artikel 47 og 48 skal opfylde. Den ordregivende myndighed er således ikke forpligtet til at fastsætte minimumskriterier.

Indklagede stillede krav om, hvilke oplysninger og formaliteter som var nødvendige for at vurdere, om kravene til økonomisk og finansiell kapacitet samt teknisk kapacitet var opfyldt. Tilbudsgiverne skulle herefter indlevere bl.a. regnskaber og soliditetserklæring samt referencelister og oplysninger om medarbejdere. Indklagede kunne på dette grundlag have foretaget egnethedsundersøgelsen efter udbudsdirektivets artikel 44, stk. 1.

Under »Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves« anførte indklagede: »Tilbudsgiver skal gennem nedenstående [ovenstående] oplysninger

sandsynliggøre overfor ordregiver, at tilbudsgiver har den økonomiske og finansielle [samt tekniske og faglige] formåen til at løfte opgaven«. Indklagede har ved den valgte formulering reelt ikke fastsat mindstekrav – som f.eks. kunne havde været et bestemt krav til omsætning, soliditetsgrad, medarbejderes uddannelse eller lignende – til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle samt tekniske og faglige formåen.

Da indklagede som nævnt ikke har været forpligtet til at fastsætte mindstekrav, har indklagede ikke handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 44. Klagenævnet har endvidere ikke grundlag for at konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet. Indklagede ses således ikke at have foretaget et åbenbart forkert skøn, da det blev vurderet, at alle tilbudsgivere var egnede. Derimod finder klagenævnet, at indklagede ved at fastsætte »mindstekrav« som sket har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed. Klagenævnet tager i dette omfang påstanden til følge.

Ad påstand 7

Indklagede stillede krav om, at soliditetserklæringen var en erklæring vedrørende virksomhedens økonomiske og finansielle formåen. Da erklæringen fra Smith & Nephew opfylder dette krav, og da Handelsbanken har afgivet erklæringen den 30. juni 2011 og dermed mindre end 3 måneder før tilbudsfristen den 25. august 2011, tager klagenævnet ikke påstanden til følge.

Ad påstand 8 og 9

Ved indklagedes afprøvning af, om Smith & Nephews mobile pumpe udløste alarm ved afklemning, kunne indklagede ikke fremprovokere, at alarmen blev udløst. Da Smith & Nephew i tilbuddet havde angivet, at kravet var opfyldt, var indklagede berettiget til at rette henvendelse til Smith & Nephew for en teknisk afklaring, og indklagede handlede ikke derved i strid med forhandlingsforbuddet eller principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Under afprøvningsmødet konstaterede Smith & Nephew, at den leverede vareprøve var defekt. Selv om en tilbudsgiver bærer risikoen for, at en vareprøve der indleveres sammen med tilbuddet er funktionsdygtige, er det ikke udelukket at omlevere en vareprøve, hvis det konstateres, at den er defekt. Defekten kan opstå under transport eller under ordregiverens besiddelse.

se, herunder ved ordregiverens afprøvning af vareprøven. På denne baggrund, og da indklagede endvidere i medfør af udbudsbetingelsernes pkt. 7.4 var berettiget til at få leveret en fejlfri vareprøve, tager klagenævnet ikke påstandene til følge.

Ad påstand 10, 11 og 12

Indklagede meddelte ved brev af 17. november 2011 sin beslutning om at tildele kontrakterne til Smith & Nephew. Det fremgår, hvordan klagerens tilbud blev vurderet i forhold til Smith & Nephews tilbud, og klageren modtog endvidere ved brev af 22. november 2011 evalueringsrapporten, dog således at nogle oplysninger blev undtaget fra aktindsigt. Klageren har dermed modtaget en tilstrækkelig detaljeret begrundelse, som giver klageren den krævede viden om grundlaget for tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 10 og 11 til følge.

Indklagede har tildelt de enkelte delkriterier/B-krav til underkriterierne »Kvalitet og funktionalitet« og »Vejledning og service« point på skalaen 0–5. Til en række af kravene – men ikke alle – har indklagede nærmere anført, hvad der har begrundet det enkelte pointtal. Dette er navnlig sket, hvor det tildelte point har været højere eller lavere end 3.

Selv om indklagede ikke har begrundet pointtildelingen ved alle kravene, er der ikke grundlag for at konstatere, at evalueringen har været mangelfuld. Klagenævnet tager derfor heller ikke påstand 12 til følge.

Ad påstand 13

Klagenævnet har haft fuld indsigt i tilbuddet fra Smith & Nephew. Da Smith & Nephews besvarelse af kravspecifikationens punkter 1.1.32, 1.2.2, 2.1.35, 2.2.2, 4.1.27 og 4.2.2 ikke indeholder forbehold, tager klagenævnet ikke påstand 13 a – 13 f til følge.

Efter krav nr. 5.2.2 skulle midten af dressing til åben abdomen være markeret. Efter overlæge Claus Anders Bertelsens forklaring og den foreviste dressing fra Smith & Nephew, lægger klagenævnet til grund, at dressings midte er markeret. Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 14

Uanset de konstaterede overtrædelser ad påstand 5 og 6 er der ikke grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakterne til Smith & Nephew.

Ad sagsomkostninger

Under hensyn til at indklagede i overvejende grad har fået medhold i, at klagen ikke skal tages til følge, og da de påstande, som klageren har fået medhold i, herunder påstand 5 hvor indklagede straks erkendte overtrædelser, må antages kun at have medført et meget begrænset mertidsforbrug ved klagens behandling, tillægger klagenævnet ikke klageren sagsomkostninger.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 2, stk. 2, ved i sin underretning af 17. november 2011 til klageren at have anført, at standstill-perioden udløb søndag den 27. november 2011 kl. 24.00, idet standstill-perioden først udløb mandag den 28. november 2011 kl. 24.00.

Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved

- a) som mindstekrav til deltagernes økonomiske og finansielle kapacitet at have anført følgende: »Tilbudsgiver skal gennem nedenstående oplysninger sandsynliggøre overfor ordregiver, at tilbudsgiver har den økonomiske og finansielle formåen til at løfte opgaven«
- b) som mindstekrav til deltagernes tekniske kapacitet at have anført følgende: »Tilbudsgiver skal gennem nedenstående oplysninger sandsynliggøre overfor ordregiver, at tilbudsgiver har den tekniske og faglige formåen til at løfte opgaven«.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1 – 4, påstand 7 – 14 og delvis påstand 6.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig