

K E N D E L S E

MFI Office Solutions Ltd.
(advokat Tina Braad, Århus)

mod

Udenrigsministeriet
(Kammeradvokaten ved advokatfuldmægtig Michael Vindfeldt)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2007/S 218-265632 af 9. november 2007 udbød Udenrigsministeriet som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) anskaffelsen af »Approximately 200 Computers, Approximately 200 Printers, Approximately 200 UPSs 1 Server 1 server UPS Consumables for printers to last at least one year. One year's maintenance contracts for all the equipment being purchased.« til brug for det kenyanske sundhedsministerium.

Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Tilbud skulle indgives på engelsk.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 16. december 2007 havde 7 virksomheder anmodet om prækvalifikation. Udenrigsministeriet besluttede at prækvalificere 4 virksomheder.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 5. januar 2008, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 29. februar 2008 havde 2 virksomheder, nemlig Copy Cat Ltd. og MFI Office Solutions Ltd., afgivet tilbud.

Den 14. april 2008 besluttede Udenrigsministeriet at indgå kontrakt med Copy Cat Ltd., og kontrakt blev herefter indgået den 12. maj 2008.

Den 30. juli 2008 indgav klageren, MFI Office Solutions Ltd., klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Udenrigsministeriet. Klagen har været behandlet på et møde den 9. december 2008.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Copy Cat Ltd. i betragtning, uanset at dette tilbud var ukonditionsmæssigt, idet Copy Cat Ltd. ikke afgav tilbud på de udbudte laserjet printere, men derimod på inkjet printere.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Copy Cat Ltd. i betragtning, uanset at dette tilbud var ukonditionsmæssigt, idet Copy Cat Ltd. ikke afgav tilbud på den udbudte »maintenance contract«.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Copy Cat Ltd. i betragtning, uanset at dette tilbud var ukonditionsmæssigt, idet Copy Cat Ltd. havde angivet priserne i amerikanske dollars og ikke som fastsat i udbudsbetingelserne i Kenya Shillings (KES).

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved efter modtagelsen af tilbuddene at have ført forhandlinger med Copy Cat Ltd. og i den forbindelse at have indhentet tilbud på

- a) Laserjet printere
- b) Maintenance Contract
- c) Den udbudte leverance i Kenya Shillings (KES)

samt efterfølgende at have ladet resultatet af disse forhandlinger indgå i tilbudsvurderingen.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at have afvist tilbuddet fra klageren med henvisning til, at klageren havde opnået mindre end 80 % af den maksimale score for så vidt angår de tekniske/kvalitative underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, uanset at dette ikke er en lovlig afvisningsgrund.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at have afvist tilbuddet fra klageren med henvisning til, at klageren havde opnået mindre end 80 % af den maksimale score for så vidt angår de tekniske/kvalitative underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, idet klagerens tilbud ved en objektiv og saglig vurdering ville have opnået minimum 80 % af den maksimale score for så vidt angår de tekniske/kvalitative underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved på et usagligt grundlag at have forskelsbehandlet klageren og Copy Cat Ltd. i forbindelse med vurderingen af de afgivne tilbud i henhold til underkriteriet »Compliance with technical

Specifications«, idet Copy Cat Ltd. fik fuldt point for krav, der kun delvist er opfyldt eller opfyldt inden for en acceptabel afvigelse, mens klageren fik 0 point for sådanne krav.

Påstand 8

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 14. april 2008 om at indgå kontrakt med Copy Cat Ltd.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har nedlagt påstand om, at påstand 5, 6, 7 og 8 ikke tages til følge. Indklagede har erkendt overtrædelserne anført i påstand 1, 2, 3 og 4.

Udbudsbetingelserne af 15. januar 2008 indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

» 5. Preparation of the Tender

...

5.3. The tender to be submitted by each tenderer shall compromise:

...

5.3.

...

(viii) Seller's proposal for after sale service and warrenty

...

(x) Seller's proposed measures and sanctions against corruption

...

5.5. The tender shall price the whole of the Goods and Services in accordance with the Tender Dossier. A tender which excludes any part thereof shall be rejected as not responsive.

...

8.2 If a tender is not substantially responsive to the requirements of the Tender Dossier, it will be rejected by the Buyer

.....«

I Annex A til udbudsbetingelserne beskrives de fastsatte underkriterier og evalueringsmetoden således:

»(i) The criteria and subcriteria shall comprise

Criterion/subcriterion	Weight	Score
Technical Part	100 %	40 %
Compliance with technical specifications	70 %	28 %
Delivery schedule offered	10 %	4 %
After sales services, maintenance and spare part stock in Recipient country	5 %	2 %
Installation Services	7,5 %	3 %
Training services	7,5 %	3 %
Price Part	100 %	60 %
Evaluated Tender price	100 %	60 %
Total technical and price part		100%

The weights of the main criteria should be adjusted within the ranges indicated and the sub-criteria and the weights depending on the type of supplies, the character and size of the contract and the relative importance for success.

(ii) The level of responsiveness for each technical criterion and sub-criterion shall be rated on a scale of 0-100 points using the following grades

poor: 1-40 points

satisfactory: 41-70 points

good: 71-90 points

very good: 91-100 points

The rating of each sub-criterion shall then be weighted and added to give the total technical score.

A Tender shall be considered unsuitable if the technical part does not comply with the Specification or falls to achieve a technical score of 80 % out of the maximum score«.

Af udbudsbetingelserne fremgår i øvrigt, at leverancen var opdelt i to »lots«. Lot I vedrørte serveren og den såkaldte UPS for server, som efter det oplyste er en enhed mellem et apparat og dets server, der fungerer som en slags nødbatteri i tilfælde af strømsvigt.

Lot II vedrørte

- 1) Desktop computers
- 2) UPS
- 3) Laserjet printere

I udbudsbetingelserne anføres om printerleverancen:

- » 3.
LASERJET PRINTER...to the following specification or your nearest equivalent, please note these are minimum specifications only.
.....
3.1.4. Printing Technology: Inkjet..
.....«

Der indkom 3 spørgsmål fra tilbudsgiverne til udbudsbetingelserne. Svar på spørgsmålene blev sendt til tilbudsgiverne den 29. januar med rettelse den 31. januar 2008.

Et af spørgsmålene lød:

»Can you please tell us if it is a LASERPRINT or INKJET printers we should offer?«

Svaret lød:

»This is a typing error the printer is a laserjet«.

Efter det oplyste blev dette spørgsmål og svar ved en fejl ikke sendt til Copy Cat Ltd, og denne tilbudsgivers tilbud lød på inkjet printere.

De to indkomne tilbud blev åbnet den 29. februar 2008 under overværelse bl.a. af repræsentanter for Den Danske Ambassade, for Udenrigsministeriet og for det kenyanske sundhedsministerium samt 3 »Crown Agents«, det vil sige Udenrigsministeriets udbudskonsulent, som var antaget til at bistå med udbudsforretningen. Tilbudsgiverne var ligeledes repræsenteret. Bl.a. de tilbudte priser blev i den forbindelse oplyst og indskrevet i en rapport.

I perioden fra den 4. marts til den 2. april 2008 kontaktede udbudskomiteén de to tilbudsgivere i forskellige henseender.

Da tilbuddet fra Copy Cat Ltd. ikke lød på laserjetprinter, men på inkjet printer, opfordrede udbudskomiteén denne tilbudsgiver til at korrigere sit tilbud på dette punkt, hvilket skete.

Af evalueringsrapporten fremgår, at indklagede tildelte klageren 72,4 point for så vidt angår »Total technical part«, mens Copy Cat Ltd. opnåede 92.30 points. Herefter anføres:

»Only those Tenderers with a final score of at least 80 points qualify for the financial evaluation. Therefore only Copy Cat Ltd. will proceed to financial evaluation.«

Den 14. april 2008 meddelte indklagede klageren følgende:

»...

You offered Vision UPSs with a voltage variation of +/- 10 % while the technical specifications required +/- 5 %. The UPSs offered also have an input range of 165-290Vac instead of 110-270Vac which was required. These variations were found to be too high given the role of the UPS in protecting the computers. Also in view of the irregular power supply in Kenya the need of UPSs which can protect the equipment from the various forms of impure power supply is cardinal.

In your offer to us for the Personal Computers, you offered PCS with a processor that was below the specifications. In our specifications we requested for a processor with 3.2 GHz and you offered 2.0 GHz.

These are major deviations on the offer and the bid did not succeed in achieving a technical score of 80 %...«

Under sagen har indklagede gennem en uvildig rådgiver foranlediget gennemført en reevaluering af de to tilbud.

Parternes anbringender

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at en model, hvor et tilbuds egnethed afhænger af indklagedes skønsmæssige vurdering af tilbuddets indhold i forhold til visse, men ikke alle underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« ikke er en lovlig model. Formålet med en sådan model kan kun være at stille yderligere, ikke nærmere defineret mindstekrav til tilbuddets kvalitet. Sådanne mindstekrav skal i stedet stilles ved at indbygge de nødvendige tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne. Tilbudsgiverne har krav på, at indklagede vurderer tilbuddene i forhold til samtlige fastsatte underkriterier, herunder også prisen.

Indklagede har gjort gældende, at evalueringsmodellen er lovlig. De tekniske krav er vægtet meget højt og er klart beskrevet i udbudsmaterialet. Indklagedes evalueringsmodel har haft til hensigt at sikre en vis minimumskvalitet og har tilmed været tilgængelig for begge tilbudsgivere fra udbuddets start. Såfremt et tilbud ikke opnåede mindst 80 point på de specificerede, tekniske krav, ville det være meningsløst at vurdere prisen. Klagerens tilbud opfyldte på en række punkter ikke de tekniske specifikationer. En model som den anvendte er helt sædvanlig og anvendt fx under det udbud, der er

omhandlet i sagerne T-59/05 og T-272/06 *Evropaïki Dinamiki*, og som var iværksat af Kommissionen. Uanset, at dette udbud ikke var et udbud efter udbudsdirektiverne, fremgår det af artikel 89 i Rådets Forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 om finansforordningen vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget, at principperne om klarhed og åbenhed, proportionalitet, ligebehandling og ikke-forskelsbehandling har skullet anvendes.

Ad påstand 6 og 7

Klageren har gjort gældende, at en sammenstilling af den oprindelige tilbudsvurdering med den revurdering, som Crown Agents' har foranlediget udført under klagesagen, viser, at klageren skal have medhold i disse påstande. Efter klagerens opfattelse ville en korrekt pointgivning have resulteret i, at klageren opnåede en score på i hvert fald 80,1 %, altså over tærsklen på 80 %, mens Copy Cat Ltd. kun ville opnå en score på 79 % og altså ville ligge under tærsklen. Grænserne for indklagedes skøn er klart overskredet.

Indklagede har bestridt, at den uvildige rapport fører til det resultat, som klageren hævder.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at de overtrædelser, som indklagede har begået, medfører, at Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 14. april 2008 om at indgå kontrakt med Copy Cat Ltd.

Indklagede har gjort gældende, at en så alvorlig sanktion som annulation kun bør anvendes, såfremt det kan lægges til grund, at udbuddet ville have fået et andet forløb, hvis overtrædelserne ikke var blevet begået, og såfremt indklagedes skøn er åbenbart urigtigt. Desuden er kontrakten opfyldt, og såfremt påstanden tages til følge, vil det alene have betydning i relation til en eventuel påstand fra klageren om erstatning.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1, 2, 3 og 4

Indklagedes har erkendt overtrædelserne, der tillige fremgår af sagens dokumenter. Påstandene tages til følge.

Ad påstand 5

Den valgte evalueringsmodel er klart beskrevet i udbudsmaterialet. Der er ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Ad påstand 6 og 7

Klagenævnet har gennemgået de omhandlede evalueringsrapporter og sammenholdt dem med klagerens støttebilag. Gennemgangen giver ikke grundlag for at tage klagerens påstande til følge.

Ad påstand 8

Indklagede har taget tilbuddet fra Copy Cat Ltd. i betragtning, uanset at det på flere områder som erkendt var i strid med udbudsbetingelserne på ikke rent bagatelagtige områder. Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Det kan ikke føre til andet resultat, at kontrakten er opfyldt, og at Klagenævnets kendelse på dette punkt derfor alene muligt kan få betydning under en eventuel sag om erstatning, jævnfør dog i den forbindelse det anførte ad påstand 6 og 7.

Herefter bestemmes:Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Copy Cat Ltd. i betragtning, uanset at dette tilbud var ukonditionsmæssigt, idet Copy Cat Ltd. ikke afgav tilbud på de udbudte laserjet printere, men derimod på inkjet printere.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Copy Cat Ltd. i betragtning, uanset at dette tilbud var ukonditionsmæssigt, idet Copy Cat Ltd. ikke afgav tilbud på den udbudte »maintenance contract«.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Copy Cat Ltd. i betragtning, uanset at dette tilbud var ukonditionsmæssigt, idet Copy Cat Ltd. havde angivet priserne i amerikanske dollars og ikke som fastsat i udbudsbetingelserne i Kenya Shillings (KES).

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved efter modtagelsen af tilbuddene at have ført forhandlinger med Copy Cat Ltd. og i den forbindelse at have indhentet tilbud på

- d) Laserjet printere
- e) Maintenance Contract
- f) Den udbudte leverance i Kenya Shillings (KES)

samt efterfølgende at have ladet resultatet af disse forhandlinger indgå i tilbudsvurderingen.

Ad påstand 8

Indklagedes beslutning af 14. april 2008 om at indgå kontrakt med Copy Cat Ltd. annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 5, 6 og 7.

Indklagede, Udenrigsministeriet, skal i sagsomkostninger til klageren, MFI Office Solutions LTD, betale 60.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagbetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig