

Klagenævnet for Udbud

(Nikolaj Aarø-Hansen, Michael Jacobsen, Niels Henriksen)

J.nr.: 2009-0019615

18. februar 2010

K E N D E L S E

Mikro Værkstedet A/S
(advokat Henrik Thorup Pedersen, Odense)

mod

Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte
(Kammeradvokaten ved advokat Britta Boysen)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 8-010056 af 12. januar 2009 udbød Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en rammeaftale om levering af it-hjælpemidler og særlige hjælpemidler til elever og studerende med fysisk, psykisk eller indlæringsmæssig funktionsnedsættelse. Rammeaftalen skulle gælde i 2 år med forventet driftsstart i august 2009 og med mulighed for at forlænge aftalen i 2 gange 1 år. Tildelingskriteriet var »*det økonomisk mest fordelagtige tilbud*«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 24. februar 2009 havde Mikro Værkstedet A/S og Scandis A/S afgivet tilbud. Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte vurderede, at begge tilbud var konditionsmæssige. Den 1. april 2009 besluttede Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte at indgå kontrakt med Mikro Værkstedet A/S.

Den 17. april 2009 indgav Scandis A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte. Klageskriftet indeholdt blandt andet følgende påstand:

»Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage et tilbud fra Mikro Værkstedet A/S på "Rammeaftale om levering af it-hjælpemidler og særlige hjælpemidler" i betragtning uanset at dette tilbud ikke opfyldte følgende mindstekrav til kvalitet af tilbudte tillægsprodukter:

"Flatbedscanner: Med USB-tilslutning 48 bit farvedybde, scanner en A4-side med 300 dpi på ca. 14 sek. Kan scanne til computer, e-mail og Pdf. Automatisk billedkorrektion."

og følgende mindstekrav til kvalitet af startpakke til blinde:

Headset ("ørehængere").«

Ved skrivelse af 15. maj 2009 meddelte Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte, at styrelsen ved en nærmere gennemgang af tilbuddene havde konstateret, at ingen af tilbuddene var konditionsmæssige, idet tilbuddet fra Mikro Værkstedet A/S ikke opfyldte udbuddets mindstekrav til tillægsproduktet »Flatbedscanner«, og idet tilbuddet fra Scandis A/S ikke opfyldte mindstekravet til tillægsproduktet »all in one scanner/printer«. Styrelsen besluttede på den baggrund at annullere udbuddet og dermed tildelingsbeslutningen.

Scandis A/S tilbagekaldte sin klage til Klagenævnet for Udbud den 1. juli 2009. Henset til oplysningerne om baggrunden for, at klageren havde tilbagekaldt klagen, besluttede Klagenævnet at undlade at behandle klagen.

Ved skrivelse af 15. maj 2009 indbød Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte Mikro Værkstedet A/S og Scandis A/S til at deltage i et udbud med forhandling, jf. Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 29. maj 2009 havde både Mikro Værkstedet A/S og Scandis A/S afgivet tilbud. Den 17. juni 2009 besluttede Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte at indgå kontrakt med Scandis A/S, og kontrakt er efterfølgende blevet indgået.

Den 26. juni 2009 indgav klageren, Mikro Værkstedet A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet

i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 8. juli 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 2. november 2009.

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 Scandis A/S på »*Rammeaftale om levering af it-hjælpemidler og særlige hjælpemidler*« i betragtning, uanset at tilbuddet fra Scandis A/S ikke opfylder følgende mindstekrav:

»Ordprædiktionsprogram: Kontekstbaseret og med mulighed for selv at producere ordbøger og fagordbøger. Skal kunne bruges såvel i tekstbehandling som e-mail og på internet. Ordprædiktionsprogrammet skal ud over dansk også indeholde ordbøger til prædiktation på engelsk og tysk. Ordprædiktionsprogrammet skal kunne tilpasses individuelt til den enkelte studerende i forhold til deres stovevanskeligheder.«

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastslå, at tilbuddet fra Scandis A/S på »*Rammeaftale om levering af it-hjælpemidler og særlige hjælpemidler*« opfylder tildelingskriteriet »*Kvalitet*« til fulde.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at give Scandis A/S aktindsigt i indstillingsnotat udarbejdet i forbindelse med den oprindelige budrunde uden at have fjernet oplysning om prisdifferencen mellem tilbuddet fra klager og tilbuddet fra Scandis A/S.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at have truffet beslutning om at annullere det oprindelige udbud uden at have haft en saglig

grund hertil, idet indklagede herved fejlagtigt lagde til grund, at tilbuddet fra klageren ikke var konditions-mæssigt for så vidt angår scanningshastigheden.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 2, ved, at indklagede i forbindelse med, at indklagede iværksatte udbuddet med forhandling, opfordrede de indbudte tilbudsgivere til afgivelse af helt nye tilbud og accepterede modtagelsen heraf.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 17. juni 2009 om at tildele »*Rammeaftale om levering af it-hjælpe-midler og særlige hjælpe-midler*« til Scandis A/S.

Klageren har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens omstændigheder

Udbuddet omfatter ifølge udbudsbetingelserne følgende:

- »
- Anskaffelse af it-udstyr og software, herunder udstyr og software beregnet for brugere med forskellige funktionsnedsættelser
 - Klargøring, installation, opsætning og distribution af udstyret
 - Support og vejledning vedr. it-udstyr, software og særlige hjælpe-midler
 - Genbrugs- og lagerfunktion for det omhandlede udstyr
 - Administration af licenser.

It-hjælpe-midler består typisk af en ”startpakke”, som indeholder nogle forud-definerede hardware- og software-produkter med indhold, der er tilpasset målgruppen.

Særlige hjælpe-midler består af produkter, som kan kompensere for forskellige funktionsnedsættelser i relation til at klare uddannelsessituationen. Der er tale om en række forskellige hardware- og software-hjælpe-midler.«

Tildelingskriteriet var fastsat til »*det økonomisk mest fordelagtige tilbud*« med følgende underkriterier og vægtning af disse:

- Kvalitet (40 %)
- Pris (35 %)
- Leveringssikkerhed (25 %).

Underkriteriet »*Kvalitet*« var i udbudsbetingelserne beskrevet som følgende:

»I vurderingen af kvalitet indgår følgende forhold, jf. bilag 1:

- Tilbudsgivers tilbudte produkter til startpakker
- Tilbudsgivers tilbudte tillægsprodukter
- Tilbudsgivers evne til at levere og klargøre startpakker og tillægsprodukter, herunder evnen til at foretage indkøb af bærbare computere mv. gennem Statens Indkøbsaftale vedr. computere, evnen til at foretage klargøring, installation, opsætning og distribution af startpakker samt tilbudsgivers evne til at foretage opdateringer af talesyntese- og ordprædiktionsprogrammer.
- Tilbudsgivers evne til at levere og klargøre særlige hjælpemidler, herunder evnen til at foretage indkøbe særlige hjælpemidler, klargøring, installation samt opsætning og distribution af særlige hjælpemidler.
- Tilbudsgivers evne til at opfylde de øvrige krav, jf. bilag 1, herunder evnen til at administrere licenser, evnen til at opstille en administrativ leveranceorganisation, tilbudsgivers forslag til en genbrugsordning, evnen til at foretage reparationer, evnen til at håndtere skrotning af it-udstyr, evnen til at håndtere support og hotline, evnen til at håndtere klager, evnen til at foretage mærkning af udstyr, evnen til at udarbejde produktinformation i elektronisk format, evnen til at foretage afrapportering, evnen til at opfylde fremtidige it-krav samt evnen til at håndtere etableringsperioden.«

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at tilbuddet, såfremt mindstekravene ikke er opfyldt, anses for ukonditionsmæssigt.

Kravspecifikationen indeholder mindstekravene til de tekniske specifikationer af hjælpemidlerne. Både for så vidt angår startpakke til studerende og elever med læse-/ og skrivevanskeligheder og startpakke til studerende og elever med bevægelsesvanskeligheder og hørenedsættelse er der fastsat følgende mindstekrav:

»Ordprædiktionsprogram: Kontekstbaseret og med mulighed for selv at producere ordbøger og fagordbøger. Skal kunne bruges såvel i tekstbehandling som e-mail og på internet. Ordprædiktionsprogrammet skal ud over dansk også indeholde ordbøger til prædiktation på engelsk og tysk. Ordprædiktionsprogrammet skal kunne tilpasses individuelt til den enkelte studerende i forhold til deres stovevanskeligheder.«

I kravspecifikationen er der fastsat følgende mindstekrav til tillægsprodukterne »*flatbedscanner*« og »*all in one scanner/printer med arkføder*«

»

- Flatbedscanner: Med USB-tilslutning 48 bit farvedybde, scanner en A4-side med 300 dpi på ca. 14 sek. Kan scanne til computer, e-mail og Pdf. Automatisk billedkorrektur.
- All in one scanner/printer med arkføder: Skal have en opløsning 2400 – 4800 dpi og en scanningshastighed ca. 7 sek. Printfunktionen skal kunne udskrive med ca. 20 sider pr. minut, skal have 48 bit farvedybde udskriftsopløsning.«

Ved brev af 15. april 2009 meddelte indklagede Scandis A/S aktindsigt i indklagedes indstillingsnotat vedrørende valg af leverandør. Indklagede undlod at give Scandis A/S aktindsigt i Mikro Værkstedets priser, men Scandis A/S fik aktindsigt i følgende tekst:

»Som det fremgår ovenfor er Mikro Værkstedet klart det billigste tilbud, og er ca. 5 mio. kr. billigere pr. år sammenlignet med ScanDis, hvilket ud fra den samlede tilbudssum i en to- og/eller 4-årig periode vurderes at være markant.«

Indklagede anvendte den samme pointmodel ved tilbudsvurderingen i det offentlige udbud og i udbuddet efter forhandling. Tilbuddene blev tildelt fra 1 til 5 point for hvert underkriterium, hvor 1 er laveste og 5 er højeste pointscore.

I det offentlige udbud tildelte indklagede Mikro Værkstedet A/S 5 point for alle tre underkriterier, mens Scandis A/S fik tildelt 5 point for »*Kvalitet*« og »*Leveringssikkerhed*« og 3 point for »*Pris*«.

I udbuddet med forhandling tildelte indklagede Mikro Værkstedet A/S 5 point for »Kvalitet« og »Leveringssikkerhed« samt 4 point for »Pris«. Scandis A/S fik 5 point for alle 3 underkriterier.

Indklagede aflyste den 15. maj 2009 det offentlige udbud og dermed den tidligere trufne tildelingsbeslutning. I brev af samme dato til klageren skrev indklagede blandt andet:

»Som De har fået oplyst ved brev af dags dato, har Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte været forpligtet til at aflyse ovennævnte udbud, idet ingen af de modtagne tilbud var konditionsmæssige. Styrelsen har i stedet valgt at gå i udbud med forhandling, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a og ønsker at indbyde Dem til denne forhandling.

I den anledning skal styrelsen gøre Dem opmærksom på at Deres tidligere afgivne tilbud ikke opfyldte udbuddets mindstekrav til tillægsproduktet *”Flatbedscanner: Med USB-tilslutning 48 bit farvedybde, scanner en A4-side med 300 dpi på ca. 14 sek. Kan scanne til computer, e-mail og Pdf. Automatisk billedkorrektion.”*, idet den tilbudte flatbedscanner er ca. 24 sekunder om at scanne en A4-side med 300 dpi i farver (48 bit).

Da EU-udbud 2009/S 8-010056 således er aflyst, anmodes De om at afgive et nyt tilbud på *”Rammeaftale om levering af it-hjælpemidler og særlige hjælpemidler”*, som lever op til alle mindstekrav angivet i det oprindelige udbudsmateriale, herunder mindstekravet for ovennævnte flatbedscanner.

Styrelsen har forestillet sig, at dette i praksis sker ved, at De anvender/henviser til det oprindeligt afgivne tilbud med en specifik undtagelse af flatbedscanneren, hvor De i stedet udarbejder en selvstændig beskrivelse af det nye produkt med angivelse af hvilken prismæssig ændring (om nogen) dette fører til.

De anmodes således om på denne reviderede baggrund enten at angive en ny pris for scanner/printeren, og erklæring om, at De derudover vedstår Deres oprindelig afgivne tilbud (tilbudsmåde A), eller såfremt De ikke ønsker at anvende denne fremgangsmåde, at fremsende et nyt tilbud, udformet som beskrevet i Udbudsbetingelsernes pkt. 15 (tilbudsmåde B).

...

Det udbudsmateriale, herunder Udbudsbetingelserne, der har været anvendt i EU-udbud 2009/S 8-010056, er i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a fortsat gældende i udbuddet

med forhandling, dog med de mindre justeringer, der er indeholdt i det foregående.

...«

Indklagede besvarede den 20. maj 2009 blandt andet følgende spørgsmål fra tilbudsgiverne:

»Det ønskes beskrevet, hvad begrebet ”scanningshastighed” i kravspecifikationen for begge scannerprodukter i udbuddet omfatter.«

Indklagede svarede følgende:

»Flatbedscanner: Med tidsangivelsen på 14 sekunder i ”...scanner en A4-side med 300 dpi på ca. 14 sek. ...” menes den medgåede tid fra scanningen startes – fx fra der trykkes på en start-knap på scanneren – til det scannede dokument findes i en brugbar form på den tilsluttede pc – fx som en fil på pc’ens disk eller vises på skærmen. Et evt. preview medregnes ikke. ...«

Klageren tilbød under det offentlige udbud flatbedscanneren »*Canon LiDE 100*«. Under udbuddet efter forhandling tilbød klageren i stedet flatbedscanneren »*Canon LiDE 200*«.

Det fremgår af produktinformation fra Canon, at model »*Canon LiDE 100*« har følgende tekniske specifikationer med hensyn til scanningshastighed:

»Scanningshastighed (A4, 300 dpi, farve) ca. 24 sek.«

Det fremgår af produktinformationen, at »*scanningshastigheden angiver den tid, der måles, fra du trykker på knappen Scan på scannerdriveren, til statusvisningen på skærmen forsvinder.*«

Det fremgår af produktinformation fra Canon, at model »*Canon LiDE 200*« har en »scanningshastighed (A4, 300 dpi, farve) ca. 14 sek.«

Klageren og indklagede er enige om, at Scandis A/S’ ordprædiktionsprogram (ViseOrd) ikke er kontekstbaseret på engelsk og tysk.

Stina Kjær Madsen og Lars Nørregaard har afgivet følgende skriftlige erklæring:

»Vi har som medarbejdere i Styrelsen for Statens Uddannelsesstøttes kontor for Specialpædagogisk Støtte været med til at udforme beskrivelsen af de krav, styrelsen har til det tilbudte ordprædiktionsprogram. Hensigten med formuleringen har været at stille krav til et ordprædiktionsprogram, der skal bruges i det danske uddannelsessystem, primært på ungdomsuddannelser og på videregående uddannelser, hvor undervisningssproget for hovedparten af brugerne er dansk. Vi har derfor ønsket, at tilbudsgiveren skulle tilbyde et ordprædiktionsprogram, der som minimum kan lave kontekstbaseret ordprædiktion på dansk. Herudover har det været et krav, at ordprædiktionsprogrammet også skal indeholde ordbøger til prædiktion på engelsk og tysk. Det har ikke været et krav, at engelsk og tysk ordbøger skal være kontekstbaserede.

Grundlaget for at stille krav om kontekstbaserede forslag på dansk var en vurdering af, at kontekstbaseret i høj grad er en støtte for elever og studerende med de største læse- og skriftsproglige vanskeligheder. Den type elever ser styrelsen især ved de erhvervsrettede uddannelser (EUD), hvor der sjældent er krav om at læse og skrive på andre sprog end dansk. At stille mindstekrav om kontekstbaserede ordforslag på dansk var således fra styrelsens side et forsøg på at imødekomme de svageste elever på EUD.«

Niels Askær har forklaret blandt andet, at han er direktør i og ejer af Mikro Værkstedet A/S. Han har været eneejer af Mikro Værkstedet A/S siden 3. juli 2009. Der er en meget stor kvalitativ forskel på ordprædiktionsprogrammerne fra Mikro Værkstedet og fra Scandis, og det var med stor forbløffelse, at Mikro Værkstedet konstaterede, at den kvalitative forskel mellem de to produkter ikke gav sig udslag i indklagedes karaktergivning for kvalitet. Mikro Værkstedet valgte at tilbyde en Canon LiDe 100 flatbedscanner under det offentlige udbud, da Mikro Værkstedet var af den opfattelse, at scannerens previewhastighed på 14 sekunder var tilstrækkelig til at opfylde mindstekravet til scanningshastighed. Mikro Værkstedet skelkede således ikke mellem previewhastighed og scanningshastighed.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det var et mindstekrav, at der skulle være tale om et kontekstbaseret ordforslagsprogram og navnlig, at kontekstbaseringen skulle være gældende både ved anvendelse på dansk, engelsk og tysk. Det fremgår klart ved indklagedes formulering og den definatoriske

opstilling – det vil sige overskriften »Ordprædiktionsprogram« efterfulgt af »:« (kolon) – at hele det umiddelbart efterfølgende afsnit med dets krav og beskrivelser skal være gældende for hele ordprædiktionsprogrammet. Dette støttes endvidere af, at indklagede i 3. linie anvender den bestemte form – ordprædiktionsprogrammet – hvilket alene kan opfattes som refererende til definitionen i 1. linje, således at kontekstbaseringen også var et krav i forhold til engelsk og tysk.

Indklagede har gjort gældende, at Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte ikke har forlangt, at ordprædiktionsprogrammet skal være kontekstbaseret på engelsk og tysk, men alene at programmet skal være kontekstbaseret på dansk. Hvis SU-styrelsen havde ønsket at stille et sådant krav, som klageren fortolker ind i de 4 sætninger, kunne man have nøjedes med én enkelt sætning, således at kravet lød: »Ordprædiktionsprogram: Skal have dansk, engelsk og tysk ordbog, alle tre skal være kontekstbaseret.« I stedet har SU-styrelsen skrevet 4 sætninger. Den første og anden sætning angår den danske ordbog til ordprædiktionsprogrammet, som naturligt nok har størst interesse. Denne ordbog skal være kontekstbaseret, dvs. den skal kunne foreslå forskellige ord afhængig af den øvrigt skrevne tekst. Den tredje sætning angår eksplicit de to andre ordbøger, jf. formuleringen: »Ordprædiktionsprogrammet skal udover dansk også indeholde ordbøger til prædiktation på engelsk og tysk«. Den fjerde og sidste sætning angår alle tre ordbøger. Den tredje sætning ville ikke være nødvendig at skrive for sig selv, hvis klagerens fortolkning af kravet lægges til grund. Klagerens forståelse af kravet er således fejlagtig.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at kvaliteten af klagerens ordprædiktionsprogram er betydeligt højere end kvaliteten af Scandis' program i relation til at opfylde de behov, som i henhold til udbuddet skulle imødekommes hos studerende med læse- og skrivevanskeligheder m.v. Tilbuddet fra Scandis A/S skulle reelt have haft en kvalitetsvurdering, der lå mindst ét trin under vurderingen af tilbuddet fra klageren. Indklagede har som følge heraf handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at fastslå, at tilbuddet fra Scandis A/S opfyldte tildelingskriteriet »Kvalitet« til fulde.

Indklagede har gjort gældende, at den skønsmargin, som ifølge fast klagenævnspraksis tilkommer ordregiver ved vurderingen af kvalitetskriteriets

opfyldelse, ikke er misbrugt eller har fordrejet konkurrencen. Kvalitetskriteriet dækkede over en lang række forhold, og således ikke kun kvaliteten af ordprædiktionsprogrammet. Der er ikke en helt lineær sammenhæng mellem kvaliteten af ordprædiktionsprogrammerne og kvalitetsscoren, idet ordprædiktionsprogrammet blot var ét ud af flere momenter, der indgik i kvalitetsvurderingen. Inden for hver pointkategori var der endvidere et vist spænd, således at to tilbudsgivere begge ville kunne opnå vurderingen 5 point, uanset at de ikke har tilbudt fuldstændigt identiske ydelser. SU-styrelsen har i overensstemmelse med udbudsreglerne foretaget en vurdering af kvaliteten i forhold til de krav, som er stillet i udbudsmaterialet, og ikke relativt, således at det ene tilbud gives point i forhold til det andet tilbud.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagedes forsømmelse af at fjerne oplysningen om prisdifferencen mellem de to tilbud udgjorde en grov overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, udbudsreglerne og offentlighedsloven og deraf følgende konkurrenceforvridning, idet Scandis A/S, dels med baggrund i egne erfaringer fra at have fungeret som leverandør til indklagede i de 4 foregående år, dels med baggrund i indklagedes mængdeangivelser i indstillingsnotatet umiddelbart blev sat i stand til under den efterfølgende udbudsrunde at finde et prispunkt, der som sit udgangspunkt minimum skulle være 5 mio. kr. billigere end det oprindelige tilbud. Oplysningen om prisforskellen gjorde det meget nemt for Scandis A/S at beregne, hvilke priser klageren havde lagt til grund for sit tilbud, idet en enkelt komponent i tilbuddet, nemlig startpakken til ordblinde, vægter meget højt i det samlede tilbud med ca. 50 % af den årlige kontraktsum. Scandis A/S kunne ikke have vundet anden udbudsrunde, hvis ikke netop det havde været for indklagedes oplysning om prisdifferencen mellem de oprindelige tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ud fra en konkret vurdering i henhold til Udbudsdirektivets artikel 41 og offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, ikke alene havde ret, men også pligt til at oplyse om prisdifferencen mellem de to tilbud, jf. dom afsagt af Retten i Første Instans den 20. maj 2009 i sagen VIP Car Solutions mod Parlamentet, T-89/07. Indklagede har foretaget en konkret vurdering af risikoen for, at klageren ville lide tab som følge af aktindsigten i indstillingsnotatet. Indklagede har ikke med aktindsigten offentliggjort oplysninger, som satte Scandis A/S i stand til at gen-

nemskue, hvilke delpriser klagerens tilbud er baseret på, eller ladet følsomme erhvervsmæssige oplysninger om klagerens prispolitik tilflyde Scandis A/S. Scandis A/S har derfor ej heller kunnet indrette sit nye tilbud i overensstemmelse hermed.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at der for så vidt angår mindstekravet til flatbedscanneren er tale om en generel formulering, som i højere grad vedrører scannerens funktionalitet end, hvorvidt scannerhastigheden reelt er 10, 14 eller for den sags skyld 20 sekunder. Det fremgår udtrykkeligt af det anvendte udtryk »ca.«. Det må under alle omstændigheder fastslås, at begrebet »*scanningshastighed*« ikke er veldefineret og entydigt, idet det afhænger af scannerens fabrikat, systemkonfiguration, grænseflade, software, indstillinger for scanningshastighed, dokumentstørrelse, producentens traditioner mv. Såfremt det var fremgået af udbudsbetingelserne, at hastigheden skulle vurderes ud fra eksempelvis ISO/IEC 24712-nyhedsbrev eller med anden entydig specifikation, var der ikke opstået tvivl om opfyldelse af krav til scannerhastighed. Det er klagerens opfattelse, at indklagede ved formulering af mindstekravene for de ønskede tillægsprodukter angav specifikationer svarende til de af Scandis A/S allerede leverede produkter under den eksisterende kontrakt, og at den manglende anvendelse af entydige, præciserende referencer, herunder ISO-certificeringer, gav den hidtidige leverandør en uberettiget fordel ved tilbudsafgivelsen.

Indklagede har gjort gældende, at det tydeligt fremgår af produktbeskrivelsen/specifikationerne til Canon LiDE 100, at klagerens flatbedscanner er »ca. 24 sekunder« om at scanne en A4-side med 300 dpi i farver – og ikke de ca. 14 sekunder som er angivet i mindstekravet. Selvom mindstekravet ikke er 100 % defineret som en præcis værdi (jf. ordet »ca.«) er det dog klart, at ca. 24 sekunder ikke ligger inden for den grænse, som en naturlig sproglig forståelse af kravet »ca. 14 sekunder« tilsiger. Mindstekravet er derfor ikke opfyldt.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 2, udtrykkeligt fastslår, at forhandlingen skal gennemføres på baggrund af de al-

lerede afgivne tilbud, således at de allerede afgivne tilbud ved forhandling tilpasses til de stillede vilkår. Det ville i dette tilfælde kun indebære en forhandling om at gøre de ukonditionsmæssige elementer i tilbuddene konditionsmæssige. Reglerne rummer ikke mulighed for at opfordre tilbudsgiverne til at afgive nye tilbud eller for at tage sådanne nye tilbud i betragtning.

Indklagede har gjort gældende, at udbuddet med forhandling er en ny procedure og ikke blot en forlængelse af det resultatløse udbud. Den af klageren anførte begrænsning i forhandlingsadgangen kan ikke udledes af ordlyden i artikel 30, stk. 2, og finder heller ikke støtte i praksis efter reglen.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at indklagedes overtrædelser af udbudsreglerne har haft væsentlig indflydelse på tildelingsbeslutningen, eftersom den pågældende opgave er blevet tildelt Scandis A/S. Som følge heraf gøres det gældende, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke har påvist forhold som medfører, at der skulle være grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter ordlyden og den grafiske opstilling af mindstekravet til ordprædiktionsprogrammet må kravet naturligt forstås således, at programmet såvel i relation ordprædiktion på dansk som på engelsk og tysk skal være kontekstbaseret. Der er ikke i teksten holdepunkter for den af indklagede anførte opfattelse, hvorefter kravet om kontekstbaseret ikke skulle gælde for engelsk og tysk ordprædiktion. Det forhold, at indklagedes medarbejdere Stina Kjær Madsen og Lars Nørregaard har erklæret, at det alene var hensigten at stille krav om, at den danske ordprædiktion skulle være kontekstbaseret, kan ikke føre til et andet resultat, da denne hensigt som anført ikke er kommet til udtryk i det nævnte mindstekrav eller i udbudsbetingelserne i øvrigt.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 3

Scandis A/S og Mikro Værkstedet A/S var ved såvel det offentlige udbud som ved det efterfølgende udbud med forhandling de to eneste tilbudsgivere. Begge virksomheder var, inden de afgav tilbud under udbuddet med forhandling, blevet orienteret om, at Mikro Værkstedets tilbud under det offentlige udbud havde været »ca. 5 mio. kr. billigere pr. år sammenlignet med ScanDis.«

Klagenævnet lægger til grund, at det ikke var muligt for nogen af tilbudsgiverne at regne konkurrentens priser på de enkelte produkter ud alene på baggrund af denne oplysning, og Klagenævnet finder ikke, at oplysningen har haft en sådan karakter, at indklagede var uberettiget til at oplyse tilbudsgiverne herom.

Virksomhederne var således stillet lige, da de afgav tilbud under udbuddet med forhandling. Uanset, at det må anses for sandsynligt, at oplysningen om, at Mikro Værkstedets tilbud var 5 mio. kr. billigere pr. år, var årsag til, at begge tilbudsgivere i deres tilbud under udbuddet med forhandling nedsatte prisen væsentligt i forhold til deres tilbud under det offentlige udbud, findes dette forhold således ikke at have forrykket konkurrencen mellem tilbudsgiverne, jf. Udbudsdirektivets artikel 2. Herefter, og da omstændighederne vedrørende indklagedes meddelelse af aktindsigt den 15. april 2009 – i modsætning til den situation, der forelå i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. september 2001 – ikke i øvrigt ses at have medført en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet, tager Klagenævnet ikke påstanden til følge.

Ad påstand 4

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at den tilbudte flatbedscanner skulle opfylde et mindstekrav om at scanne en A4-side med 300 dpi på ca. 14 sekunder. I produktinformationen fra producenten af den af klageren tilbudte fladbedscanner fremgår det, at scanneren har en scanningshastighed på ca. 24 sekunder for scanning af »A4, 300 dpi, farve«. Klagenævnet finder herefter, uanset at kravet ikke var helt præcist formuleret, at den scanner, som klageren havde tilbudt, klart ikke opfyldte mindstekravet til scanningshastighed, og indklagede var derfor berettiget til at afvise klagerens tilbud.

Allerede som følge af det anførte tages påstanden herefter ikke til følge.

Ad påstand 5

Det af indklagede gennemførte udbud med forhandling, jf. Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, er en ny udbudsprocedure og ikke blot en forlængelse af det offentlige udbud. Indklagede annullerede det offentlige udbud, inden tilbuddet med forhandling blev iværksat på grundlag af de samme materielle udbudsbetingelser, som var gældende under det offentlige udbud, og begge tilbudsgivere fik i overensstemmelse med Udbudsdirektivets artikel 30 mulighed for at afgive et nyt tilbud.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 6

Efter Klagenævnets afgørelse af påstand 1 og karakteren og betydningen af den konstaterede overtrædelse tages klagerens annullationspåstand til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage et tilbud fra Scandis A/S på »*Rammeaftale om levering af it-hjælpemidler og særlige hjælpemidler*« i betragtning, uanset at tilbuddet fra Scandis A/S ikke opfyldte følgende mindstekrav:

»Ordprædiktionsprogram: Kontekstbaseret og med mulighed for selv at producere ordbøger og fagordbøger. Skal kunne bruges såvel i tekstbehandling som e-mail og på internet. Ordprædiktionsprogrammet skal ud over dansk også indeholde ordbøger til prædiktion på engelsk og tysk. Ordprædiktionsprogrammet skal kunne tilpasses individuelt til den enkelte studerende i forhold til deres stovevanskeligheder.«

Ad påstand 6

Indklagedes beslutning af 17. juni 2009 om at indgå kontrakt med Scandis A/S annulleres.

Klagen tages ikke til følge ad påstand 3, 4 og 5.

Indklagede, Styrelsen for Statens Uddannelsesstøtte, skal i sagsomkostninger til klageren, Mikro Værkstedet A/S, betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig