

K E N D E L S E

MMM Danmark A/S
(adv. Morten Henriksen)

mod

Statens Seruminstitut
(Kammeradvokaten v/adv.
Henrik Berg)

Den 5. maj 1992 bekendtgjorde indklagede, Statens Seruminstitut, et begrænset udbud vedrørende levering og montering af en autoklave. Frist for anmodning om deltagelse blev sat til den 3. juni 1992. Tildelingskriterierne lød således:

»... Tilbuddene vil blive bedømt på grundlag af en samlet vurdering af pris, kvalitet, leveringstid, leveringssikkerhed, erfaring, service, teknisk bistand, betalingsbetingelser, garanti, vedligeholdelsesudgifter og kontraktforhold i øvrigt...«

Der indkom 5 anmodninger om prækvalifikation. Seruminstitutet besluttede den 12. juni 1992 at invitere 3 af disse, herunder klageren, MMM Danmark A/S, til at afgive tilbud.

Udbudsbrevet blev udsendt den 19. juni 1992 med frist for afgivelse af tilbud til den 5. august 1992. Af udbudsmaterialets særlige betingelser fremgår bl.a. følgende:

»... Aflevering af autoklaven incl. indkøring og al krævet dokumentation godkendt af bygherren skal finde sted senest den 15. december 1992.

Arbejdet skal udføres til fast pris...

Tilbudene vil blive bedømt på grundlag af en samlet vurdering af:

- Pris
- Kvalitet
- Leveringstid
- Leveringssikkerhed
- Erfaring
- Service
- Teknisk bistand
- Betalingsbetingelser
- Garanti
- Vedligeholdelsesudgifter
- Kontraktforhold i øvrigt...«

MMM Danmark A/S' tilbud af 4. august 1992, var prismæssigt det

laveste og indeholdt bl.a. følgende bemærkninger:

»... **Leveringstid:**

Ved ordreafgivelse til og med 15. august 1992 incl. afklaring af alle tekniske spørgsmål, kan den krævede leveringstermin overholdes, d.v.s. levering primo december og aflevering 15. december 1992 ...

Garanti:

Der ydes 1 års garanti på mekaniske, apparative og elektriske komponenter efter afleveringsforretning, dog max. 18 måneder efter levering. Udenfor garantien er sliddele, gummidele samt temperaturfølere.

Instruktion:

Vejledning og instruktion af det personale, som hhv. skal betjene og/eller vedligeholde autoklaven, vil blive gennemført under montagen og afprøvningen. Denne instruktion danner sammen med vor betjenings- og vedligeholdelsesvejledning et godt grundlag for en problemfri betjening og vedligeholdelse...

..Autoklaveplacering: På grund af det skrå betonloft vil den viste placering på bilag 2 (SA) ikke give nok frihøjde for demontering af den ene ventilator. Da gang 102's bredde endvidere er for lille til de tilbudte vogne i 1/1 - størrelse (1/2 størrelse vil medføre dobbelt antal vogne med øget pladsbehov og håndtering til følge) har vi valgt at rykke autoklaven 800 mm ind i rummet væk fra gang 102. Hvis den viste placering er et »must« kan det løses ved enten at montere autoklaven i en grube (ca. 250 mm dyb) eller en autoklaveudførelse, hvor ventilatorerne monteres i autoklavens sider, hvilket medfører at autoklavefrontens bredde øges med 600 mm fra 3400 mm til 4000 mm. Begge løsninger bevirker, at der på grund af gangbredden skal anvendes vogne i 1/2 størrelse, men førstnævnte løsning medfører dog den fordel, at der på grund af indladning i gulvhøjde kun skal anvendes 1 type vogn (se venligst prisopstillingen).

II - SB ok - bemærk ordre senest den 15.08.92.) ...«

Den nævnte prisoplysning indeholder bl.a. følgende:

»... Autoklaveudførelse med ventilatorerne monteret i autoklavens sider incl. dobbelt antal transport- og overføringsvogne i 1/2 størrelse. Overføringsvogn: kr. 16.250,00/stk. Transportvogn: kr. 7.000,00/stk. Prisforskel vogne = kr. 40.305,00 (Kan mindskes, hvis et mindre antal transvogne er muligt)
Hertil skal lægges en merpris på kr. 62.265,00 for anden autoklaveudførelse, d.v.s. en merpris på [ialt] 102.570,00... «

Den 1. september 1992 blev der afholdt møde for at gennemgå og uddybe tilbuddet fra MMM Danmark A/S. Af mødereferatet fremgår:

»... at det var besluttet, at autoklaven skal leveres som en 2-dørs gennemstiksautoklave.

Tilbuddets forslag om at udføre autoklaven 80 cm tilbagetrukket fra gangens væg for at få tilstrækkelig rumhøjde vil kunne imødekommes. Herved kan udgifter til grube i gulvet eller ændring af autoklaven undgås. Med tilbagetrukket autoklave kan store vogne anvendes, men små vogne kan komme på tale afhængig af arbejdsgangen.

Tilbuddets øvrige optioner blev gennemgået og overvejes nærmere. Styresystemet blev drøftet. Det tilbudte Medicon I opfylder specifikationerne. Medicon II har en del flere faciliteter. PD [Preben Degn, MMM Danmark A/S] oplyste en merpris på 70-80.000 kr.

Nøjagtigheden for varmeprogrammet på 600 er $\pm 0,50^\circ$. BE [Birgit Espersen, SSI] ønskede $\pm 0,20^\circ$. Dette undersøges nærmere.

På forespørgsel om dokumentation for afprøvning oplyste PD, at dette vil blive leveret for såvel fabriksafprøvning som for afprøvning efter modtageren. PD gjorde opmærksom på, at afprøvning med sterilisationsgods ikke er indeholdt i prisen. Afprøvningsomfang aftales inden en eventuel ordre. Det aftales, at PD sender et eksempel på en afprøvningsdokumentation.

PD oplyste, at en tilsvarende autoklave som den tilbudte, dog med det større styresystem Medicon II, er opstillet på Farmaceutisk højskole. BE vil besigtige denne autoklave.

PD oplyste, at ved en ordre nu vil leveringstiden blive 15.2.- 1993 dvs. nærmere 6 end 4 måneder... «

I september 1992 rettede MMM Danmark A/S nogle henvendelser til Serum institutet om prøve kørsel af en lignende autoklave.

Den 8. oktober 1992 blev det besluttet at gå i realitetsforhandling med en anden tilbudsgiver, hvis tilbud blev accepteret den 19. oktober og bekræftet af tilbudsgiveren den 28. oktober 1992. Serum institutets endelige tiltrædelse er dateret 20. december 1992.

Den 7. december 1992 havde man meddelt MMM Danmark A/S, at der var disponeret til anden side.

Serum institutets overvejelser, der førte til afgørelsen, er opsummeret i et notat, dateret 20. december 1992:

»...

ad 1. - **afgørende parameter - pris**

Den valgt autoklave, G, er ca. 200.000 kr dyrere end de andre tilbudsgivere.

E og M var på grund af prisen mere attraktive i indkøbshenseende.

ad 2. - **afgørende parameter - kvalitet**

G er højere kvalitet end M - bedre finish. Man får altså mere for de flere penge, omend det

er usikkert, om dette isoleret set opvejer prisforskellen.

Man har ikke vurderet E, da firmaet ikke kunne opfylde leveringstiden i henhold til udbudsmaterialet.

ad 3. - **afgørende parameter - leveringstid.**

På dette så man bort fra E, der ikke kunne levere til tiden. Alle tilbudene var mangelfulde, og krævede derfor undersøgelser af referencer, besigtigelse og supplerende oplysninger.

Det kunne ikke lade sig gøre at gennemføre disse supplerende undersøgelser inden for den af M ensidigt fastsatte frist for ordreafgivelse 15/8 - 10 dage efter tilbud.

Afdelingens indstilling lå først færdig med udgangen af september.

Valg af autoklave fra M ville betyde et drifttab på et par hundrede tusinde (minimum) ved en forsinkelse på 1/2 - 1 måned (ved denne vurdering er det endda forudsat, at afdelingen kunne indkøre autoklaven lidt hurtigere end fra uge 51 til ult. januar).

G kunne opfylde leveringstid. (Autoklaven eksisterede).

ad 4. - **afgørende parameter - leveringssikkerhed**

Alene G opfylder dette krav, da den eksisterer.

G skal ikke (som de andre) producere først, med den risiko for forsinkelse, mangler m.v., der altid vil være til stede.

Under hensyn til de indgåede kontrakter med risiko for tab, jf. ovenfor, var dette element noget vigtigt - især når produktionstiderne for autoklaven fra M var så lang.

ad 5. - **erfaring**

SSI kender den valgte autoklavetype G, den er derfor lettere og billigere i indkøring og instruktionstid for personale, såvel betjeningspersonalet som for teknisk afdelings personale.

M havde omtalt instruktion, men ikke specificeret instruktionskursus m.m. E har intet oplyst.

Når man markedsfører et produkt overfor en ny kunde, må man søge at specificere sådanne forhold.

ad 6. - **afgørende parameter - service/teknisk bistand**

og 7 Er vel tilfredsstillende fra alle, men G's service er den hurtigste, og SSI's eget driftspersonale har erfaring med og muligvis komponenter til denne autoklave.

ad 9. - **garanti**

Kun G giver total produktgaranti i 1 år.

E's garanti er muligvis det samme, men ikke så klart beskrevet.

M er ringere, da en række komponenter er undtaget.

ad 10. - **vedligeholdelsesudgifter**

G har formentlig mindre vedligeholdelsesudgifter grundet bedre finish og anvendelse af rustfri stålrør i større omfang.

SSI konklusioner Afdelingen mener, at G er økonomisk mest fordelagtig valg, både ud fra kvalitative (2,5,9 og 10) og tidsmæssige (3 og 4) parametre.

Direktionen mener, at hensynet til leveringstid og leveringssikkerhed er så

afgørende i forhold til de indgåede kontrakter, at de mener, G er økonomisk mest fordelagtig, ud fra såvel en erstatningsvurdering som en markedsføringsvurdering.

Hertil kommer, at G også har kvalitativ fordel...«

MMM Danmark A/S klagede den 10. december 1992 over afgørelsen og anmodede via sin advokat den 18. december 1992 om en begrundelse.

Seruminstitutet henviste i skrivelse af 15. januar 1993 til de kriterier, der var anført i udbudsgrundlaget, og anførte, at en samlet bedømmelse af disse havde ført til den trufne afgørelse.

Ved skrivelse af 25. januar 1993 indbragte MMM Danmark A/S sagen for Klagenævnet for Udbud og anførte, at der forelå ulovlig forskelsbehandling, at der ikke var givet begrundelse for afgørelsen, samt at de anførte tildelingsparametre i udbudsmaterialet var så omfattende og generelle, at der reelt var tale om en omgåelse af indkøbsdirektivet.

Klagenævnet for Udbud har behandlet sagen i et møde den 17. november 1993.

For klageren og med direktør Preben Degn mødte advokat Morten Henriksen.

For indklagede mødte Kammeradvokaten ved advokat Henrik Berg med ingeniør Egon Sørensen og fuldmægtig Ulla Skou Joensen, Undervisningsministeriets Byggedirektorat.

Klageren har nedlagt endelig påstand om, at indklagede har overtrådt klagenævnslovens § 2, stk. 4, ved ulovligt at have udelukket eller diskrimineret klageren i forbindelse med tildelingen af kontrakten, og at der i den anledning skal fastsættes en sanktion i medfør af klagenævnslovens § 5.

Indklagede har nedlagt påstand om, at den indgivne klage ikke tages til følge.

Preben Degn har forklaret, at en 10 dages acceptfrist efter en prækvalifikationsfase ikke forekommer ham urimelig. En normal leveringstid på en autoklave, der skal produceres fra grunden, er ca. 6 måneder - derfor er det nødvendigt med en hurtig beslutningsprocedure. På mødet den 1. september 1992 var kommentaren til en eventuel levering 15. februar 1993, at det var længe; men at han forklarede, at problemet bl.a. var manglende produktionsmulighed i juleperioden. Svaret herpå var, at det i givet fald ikke ville volde de store problemer, da man havde en autoklave i forvejen. Der fremkom ikke noget om, at man var bundet af en kontrakt, der forudsatte hurtig installation. Der blev heller ikke talt ekstraudgifter i forbindelse med den bygningsmæssige installation.

Tidligere økonomidirektør *Stig Lohmann*, Statens Seruminstitut, har forklaret, at han var beslutningstagende i Byggedirektionen. Der var udarbejdet en tidsplan for byggeriet, herunder for afviklingen af udbudsforretningen. Han var ikke personligt bekendt med nogen sædvanlig leveringstid for en autoklave. Seruminstitutet driver en kombineret forsknings- og forretningsmæssig virksomhed, og en rettidig, sikker levering af autoklaven var væsentlig for institutets kontraktmæssige forpligtelser til Albumin leverancer. Det spillede derfor også en rolle for afgørelsen, at den valgte autoklave var fremstillet i forvejen i modsætning til klagerens produkt, som først skulle fremstilles. Han har ikke bemyndiget nogen medarbejder til at give udtryk for, at tidsfaktoren ikke var noget problem. Det vil ikke undre ham, hvis N & R Consult har udtalt sig særligt om økonomien i tilbuddene.

Ingeniør *Steffen Erichsen*, N & R Consult, har forklaret, at han ikke deltog i den endelige udvælgelse af tilbuddene. Det fremgik af klagers eget tilbud, at der skulle supplerende ydelser i form af bygningsændringer til. Han deltog i mødet den 1. september 1992, men har ingen erindring om drøftelser af levering efter årskiftet 1992/93.

Ingeniør *Helge Rømer*, N & R Consult, har forklaret, at man bedømte ekstraudgifterne ved klagers tilbud til ca. 130.000 kr.; der var tale om bygningsændringer eller konstruktive ændringer ved ventilationsmotorerne. Leveringstiden var på tale den 1. september 1992. Der blev ikke taget stilling til, om bygherren kunne vente til februar. Han var ikke bekendt med nogen sædvanlig leveringstid på autoklaver.

Klageren har navnlig gjort gældende, at den i udbuddet fastsatte leveringsfrist den 15. december 1992 satte klageren i en meget presset situation ved tilbudsafgivelsen den 5. august, idet 4 måneder er den korteste produktionstid for en autoklave, hvilket indklagede burde være klar over. Det var derfor nødvendigt at forlange en 10 dages acceptfrist, men der blev først holdt møde med klageren den 1. september, hvor leveringstiden ifølge Preben Degns forklaring ikke blev nævnt som noget problem. Det må antages, at indklagedes beslutning først blev taget efter begyndelsen af oktober 1992 og ordren først afgivet omkring 1. december. I den situation kunne kun een tilbudsgiver opfylde, og der er således ikke ført reelle forhandlinger med klageren, ligesom der alene er meddelt en skinbegrundelse, der henviser til samtlige udbudskriterier, til klageren, der også under klagesagens behandling har modtaget urigtige begrundelser.

Indklagede har navnlig anført, at klageren under skriftsvekslingen ikke klart har begrundet baggrunden for klagen. Klagenævnet har ikke mulighed for at afgive generelle tilkendegivelser om arten af forhandlinger med klageren eller om begrundelsen for indklagedes afgørelse. Indklagedes mulighed for forhandlinger med klageren eller andre efter udbuddet og for at afgive specificerede begrundelser, der ville afsløre forretningshemmeligheder, er i øvrigt begrænset. At klageren på grund af leveringstiden var i en presset situation er et nyt anbringende og bør ikke tillades; men iøvrigt indgik netop leveringstiden og -sikkerheden i udvælgelseskriterierne.

Klagenævnet skal udtale:

Der findes ikke efter det for Klagenævnet fremkomne grundlag for at anfægte det af indklagede ved ordrens placering udøvede skøn, der er i overensstemmelse med udbudskriterierne. Der findes efter de afgivne forklaringer ikke grundlag for at antage, at indklagede ved den fulgte fremgangsmåde har overtrådt bestemmelserne i klagenævnslovens § 1 ved at søge ulovligt at udelukke eller diskriminere klageren ved tildeling af kontrakten.

Herefter bestemmes:

Den indgivne klage tages ikke til følge.