

K E N D E L S E

Triolab A/S
(advokat Kasper Heine, København)

mod

Region Hovedstaden.
(advokat Henning Biil, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 28. juli 2007 udbød Region Hovedstaden som offentlig udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) levering af 300.000 koagulationsanalysesvar til de kliniske biokemiske afdelinger på Gentofte, Glostrup og Herlev amtssygehuse.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 20. september 2006 havde 3 virksomheder afgivet tilbud, nemlig DadeBehring A/S, Triolab A/S og ILS Laboratories Scandinavia ApS (herefter ILS). Den 12. marts 2007 besluttede indklagede at indgå kontrakt med sidstnævnte virksomhed.

Den 11. maj 2007 indgav klageren, Triolab A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Region Hovedstaden. 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 29. maj 2007 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 18. september 2007.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved

1. at undlade at udarbejde entydige retningslinier for tilbudsvurderingen,
2. at undlade at udforme en fyldestgørende, skriftlig tilbudsvurdering, og
3. at udarbejde en kravspecifikation uden fornøden præcis angivelse af den konkurrenceudsatte ydelse, herunder med præcis og gennemsigtig gengivelse af minimumskrav, krav, ønsker m.v.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbudet fra ILS Laboratories Scandinavia ApS som ukonditionsmæssigt, uagtet dette tilbud ikke indeholdt en løsning for fuldblodsanalyse.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip i artikel 2 ved at have truffet beslutning om at indgå kontrakt med ILS Laboratories Scandinavia ApS, uagtet denne tilbudsgiver ikke har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, som derimod er afgivet af klageren.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-retlige forhandlingsforbud ved at kræve anvendelse af et svarskema, der lægger op til, at der kan tages forbehold for alle enkeltelementer i udbudet, og til, at vilkår og krav kan være genstand for forhandling, idet tilbudsgiverne skal sætte kryds ved »ja« eller »nej« samt evt. kommentere alle enkeltelementer i udbudet.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved i kravspecifikationens punkt 6.3 at fastsætte, at forbehold skal kapitaliseres i tilbudet.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte, at Københavns Amts standardbetingelser finder anvendelse, uagtet det i disse betingelser er anført, at de finder anvendelse i det omfang, de ikke fraviges ved skriftlig aftale mellem køber og leverandør.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved at lade den tilbudte pris for tilbagekøb indgå i vurderingen af de 2 tilbuds priser, uagtet der ikke i udbudsbetingelserne var fastsat krav om tilbagekøb.

Påstand 8

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 12. marts 2007 om at indgå kontrakt med ILS Laboratories Scandinavia ApS.

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

Indklagede har nedlagt påstand om, at påstand 1, 2 og 4 - 7 ikke tages til følge, og om, at Klagenævnet ikke tager påstand 3 under påkendelse.

Udbudsbekendtgørelsen af 28. juli 2006 indeholder følgende:

» Tildelingskriterier:

...

1. Økonomi. Vægtning: 35%-45%.
2. Kvalitet. Vægtning: 20%-30%.
3. Funktionlitet. Vægtning 20%-30%
4. Service. Vægtning: 5%-15%«

I udbudsbetingelsernes indholdsfortegnelse er opregnet 31 punkter.

Punkt 6 vedrører tilbudsgiverens forbehold. Det anføres:

»6.1 Generelt

Forbehold der kan betragtes som værende en væsentlig ændring af dele af og/eller det samlede udbudsmateriale vil medføre at tilbuddet vil blive vurderet som ikke konditionsmæssigt. Tilbuddet vil derfor ikke blive taget i betragtning ved tilbudsvurderingen.

6.2 Begrundede forbehold

Tilbudsgiver skal angive og begrunde samtlige forbehold overfor udbudsmaterialet, udbudsbetingelserne og kravspecifikationerne.

6.3 Prissætning

Forbehold, der har indflydelse på priserne, skal kapitaliseres og klart markeres i svarskema 2a.«

Under punkt 9.3., Tilbagekøb, anføres:

»Såfremt sælger er interesseret i at tilbagekøbe købers eksisterende 5 stk. koagulationsanalysatorer...modtages tilbud gerne.«

Under punkt 30 anføres som »Generelle betingelser«, at Amtets standardbetingelser gælder, hvor intet andet er nævnt.

I kravspecifikationerne, der er medtaget som bilag 1 til udbudsbetingelserne, er under overskriften »Teknisk beskrivelse og specifikation af udstyret« anført:

»...Analysatorerne skal som minimum kunne producere den årlige svarproduktion på ca. 300.000, i tidsrummet 8-15, samt en forventet stigning i produktionen på ca. 5% om året«

Herefter anføres, at tilbudsgiverne skal »redegøre for« en lang række forskellige forhold, herunder det samlede analyserepertoire, effektivitet, herunder antal tests pr. time, prøvematerialet, herunder fuldblodsanalyse, vedligeholdelse, herunder faste serviceeftersyn m.m.

I kravspecifikationen er ligeledes anført krav, der skal opfyldes, fx »krav til software/onlinefaciliteter« og leveringstid.

Om »Analyse- og måleprincipper« er i kravspecifikationen anført:

» Specifikke krav til de primære analyser er vedlagt.
Ingen radioaktive isotoper«

De specifikke krav er opregnet under overskrifterne INR, APTT, D-Dimer, Fibrinogen og AT III.

Bilag 2a til Udbudsbetingelserne er et såkaldt »Svarskema«, det vil sige et skema til udfyldning med opregning af de 30 første punkter i indholdsfortegnelsen og mulighed for afkrydsning ud for enten »ja« eller »nej« for hvert enkelt punkt. Således skal der afkrydses også ud for fx punkterne »6.

Tilbudsgivers forbehold«, »7. Tildelingskriterier«, »8. Aftaleperiode« og »13. Betaling«. Ud for hvert punkt er der en rubrik til kommentarer. Begge tilbudsgiverne har afkrydset samtlige punkter med »ja«.

Bilag 3 til Udbudsbetingelserne er Københavns Amts standardbetingelser for køb og levering af forbrugsvarer og teknisk udstyr samt køb og udførelse af tjenesteydelser, dateret 18. februar 2000, 3. udgave. Det fremgår, at standardbetingelserne finder anvendelse i det omfang, de ikke fraviges ved skriftlig aftale. I Standardbetingelsernes punkt 2.2 nævnes, at forbehold i videst muligt omfang skal kapitaliseres.

Evalueringen af de 3 indkomne tilbud blev foretaget ultimo 2006 og primo 2007 af en brugergruppe bestående af 3 overlæger læger og 3 ledende bioanalytikere fra amtssygehusene i Glostrup, Gentofte og Herlev samt indkøbskonsulent Michael Thelander. På det første møde i brugergruppen den 13. november 2006 blev det besluttet at forkaste DadeBering A/S' tilbud som ukonditionsmæssige. I referatet fra mødet hedder det herefter:

»...

Ved gennemgang af tilbudene vurderes at det bedste tilbud kommer fra ILS dog finder brugergruppen det nødvendigt at en afprøvning finder sted af ILS og Triolabs udstyr.

...«

Der blev derefter gennemført forskellige undersøgelser af de tilbudte løsninger fra klageren og ILS.

I referatet af det andet møde i brugergruppen den 31. januar 2007 hedder det:

»Koagulationsudbud: Gruppen gennemgik de relative fordele. SS laver et samlet skema over de punkter som er »vigtige i dagligdagen« og som skal tages i betragtning når leverandør/udstyr vælges.

1 analyse + Anti10 skal analyseres på både ACL [ILS' udstyr] og STA-R[klageren udstyr] for at måle variationskoefficienten på normal og abnormal niveau....«

Ved mail af 1. marts 2006 fra brugergruppens formand, overlæge Steen Stender, Amtssygehuset i Gentofte, erindres om et møde i brugergruppen den 2. marts 2006. Det hedder bl.a.:

»...Jeg har vedhæftet en sammenskrivning af vores afprøvningsfund med de rettelser, der blev enighed om ved sidste møde. Jeg har noteret mig hvor få steder om overhovedet nogle, der er væsentlige forskelle.

...

Michael [Thelander] har også et scoresystem, som vi skal anvende.

...

For Gentofte er det selvfølgelig et meget stort arbejde at skifte system, men får vi noget, der er billigere og bedre vil der være en gevinst på længere sigt.

...«

Scoreaskemaet viser kravspecifikationens enkelte punkter med markering af, hvilket af de ikke økonomiske tildelingskriterier – kvalitet, funktionalitet eller service – punktet vedrører. Ud for hvert punkt er givet point inden for skalaen fra 1 til 5 til de enkelte tilbud. Det konkluderes:

»ILS er billigst på primær analysevarerne, prisen er vurderet på baggrund af de tilbudte priser på den udbudte mængde.

ILS er billigst på sekundær analysevarer, prisen er vurderet på baggrund af de tilbudte priser på den udbudte mængde.

På de 15 kvalitetspunkter der har indgået i scoreskemaet, vurderes ILS samlet bedst.

På de 29 funktionalitetspunkter der har indgået i scoreskemaet, vurderes ILS samlet bedst.

På de 12 servicepunkter der har indgået i scoreskemaet, vurderes ILS samlet bedst.«

På et møde i brugergruppen den 2. marts 2007 blev der truffet beslutning om at tildele ILS kontrakten. I referatet af mødet anføres, at der skal indkaldes til nyt møde, såfremt et genudsendt såkaldt scoreskema ikke understøtter beslutningen.

Den sammenskrivning, der er omtalt i mailen af 1. marts 2006, er opdelt i afsnit for hver af de 3 omhandlede sygehuse, Gentofte, Herlev og Glostrup, og med en spalte til bemærkninger dels vedrørende ILS' tilbud, dels vedrørende klagerens. Under ILS anføres bl.a »Flydende affald kan ledes direkte i afløb«, mens det for klageren er anført »Ikke mulig«. Det gennemgående indtryk, som læsning af sammenskrivningen efterlader, er til ILS' fordel.

Ved brev af 12. marts 2007 meddelte indklagede klageren, at ILS havde fået tildelt opgaven.

Ved brev af 21. marts 2007 anmodede klageren indklagede om »en relativ begrundelse for fravalget af Triolab A/S' tilbud«.

Den 27. marts 2007 besvarede indklagede anmodningen bl.a. således:

»...

Økonomi:

Vægtning på 40% er anvendt.

Den valgte leverandør er billigst på både primære og sekundære analysesvar.

Kvalitet:

Vægtning på 25% er anvendt.

Den valgte leverandør har flest af de efterspurgte sekundære analyser og har bedre holdbarhed på INR reagens.

Funktionalitet:

Vægtning på 25% er anvendt.

Den valgte leverandør kan analysere direkte på prøvetagningsglassene uden at glastrøret fjernes og det flydende affald kan ledes direkte i afløb.

Service:

Vægtning på 10% er anvendt.

Den valgte leverandør har kortere vedligeholdelsestid.

...«

Klageren og indklagede holdt herefter den 2. april 2007 et møde. Samme dag modtog klageren det såkaldte scoreskema, hvoraf brugergruppens pointtildeling fremgår.

I en mail ligeledes af 2. april 2007 fra indklagede til klageren berigtigede indklagede sit brev af 27. marts 2007 vedrørende punktet funktionalitet således:

»Den valgte leverandør kan analysere *mikroprøver* direkte på prøvetagningsglassene uden at glastrørene fjernes.«

I berigtigelsen anføres tillige, at det fremgår også af klagerens tilbud, at affald kan udledes direkte til afløb, og at scoreskemaets vurdering af tilbudene som følge af misforståelsen er fejlagtig.

Ved brev af 13. april 2007 stillede klageren herefter indklagede en række spørgsmål til scoreskemaet. Klageren anførte:

»...

For så vidt angår scoreskemaet, er det tydeligt ved en gennemgang heraf, at det alene er ganske små forskelle, der adskiller hhv. ILS' og Triolabs løsninger. Dette undertreger vigtigheden af, at scoringen er gennemført så korrekt som muligt, herunder henset til, at selv mindre afvigelser i scoringen af de enkelte krav kan få ganske stor betydning for udfaldet af den samlede scoring. Så meget desto værre er det, hvis scoreskemaet indeholder direkte forkert scoring, hvilket Triolab kan påvise er sket, eksempelvis i tilknytning til scoringen af nedenstående krav 32 [fuldblodsanalyse], 56 [D-Dimer] og 57 [fibrinogen].«

Indklagede anførte hertil i en mail af 17. april 2007, at skemaet som tidligere oplyst alene var anvendt til at bekræfte brugergruppens beslutning om tildelingen. Da der ikke var indikation for at antage, at scoringen ikke var foregået i overensstemmelse med de skønsmæssige rammer, fandt indklagede ikke grundlag for at foretage yderligere.

Bue Svendsen har bl.a. forklaret, at han er salgschef i Triolab A/S. Klageren havde i forbindelse med udarbejdelsen af tilbudet svært ved at se, hvad der var krav, og hvad der blot var ønsker, og valgte derfor at opfatte alt som krav. Afprøvningen af klagerens udstyr foregik ved, at der blev sat et typeinstrument op på Amtssygehuset i Glostrup. Han demonstrerede det for personalet på dette sygehus, som reelt blev lært op. Det stod på ca. 1 uge. Da personalet fra Amtssygehuset i Herlev skulle afprøve instrumentet, var der kun tale om en demonstration, der varede nogle timer. Klageren undrer sig over den pointtildeling, der er foretaget. Klagerens udstyr kunne fuldblodsanalyser, men klageren anbefaler det ikke.

Michael Thelander har bl.a. forklaret, at han er indkøbschef i Region Hovedstaden. Kravspecifikationen er udarbejdet af brugergruppen, som han deltog i. Bilag 2a, Svarskemaet, er et standarddokument udarbejdet i samarbejde med medicoindustrien. Mange forbehold på mindre væsentlige områder kan efter hans opfattelse godt tilsammen blive væsentlige. Han skelner ikke mellem væsentlige og grundlæggende forbehold. Tilbudsgiverne skulle anføre eventuelle forbehold i svarskemaet, og indklagede forventede ikke at finde forbehold andre steder. Begge tilbudsgiverne tilbød en tilbagekøbspris for det gamle udstyr. Dette er indgået i vurderingen af de tilbudte priser. Der er stillet krav om de 5 primære analyser, men ikke om de sekundære analyser. Der har været holdt i alt 3 møder i brugergruppen, hvis medlemmer alle havde fået de indkomne tilbud. ILS' tilbud var

billigst, men hvis det havde været lovligt at inddrage omlægningsomkostningerne ved at gå fra en leverandør til en anden, ville klageren have været billigst. Også med hensyn til de ikke økonomiske kriterier pegede pilen på ILS, men der var meget små forskelle mellem de to tilbud. Det blev derfor besluttet at gennemføre afprøvninger. Der blev ikke fastsat retningslinier for afprøvningen. Brugergruppens medlemmer er kommet med mange flere kommentarer end det fremgår af sammenskrivningen af de gennemførte afprøvnings resultater. Der var meget, der ikke var relevant. Hvis kommentaren ikke angik noget, der kunne henføres til kravspecifikationen, udgik den. Også mellemkonklusionen blev, at ILS var bedst. Da forskellene imidlertid stadig var så små, blev det besluttet at »grave et spadestik dybere« og foretage de stikprøver, der er nævnt i referatet af mødet den 31. januar 2007. På mødet den 2. marts 2007 traf gruppen beslutning. Scoreskemaet skulle herefter kun udfyldes som en ekstra sikkerhedsforanstaltning. Da han havde fået de udfyldte skemaer tilbage, meddelte han tilbudsgiverne resultatet.

Overlæge Steen Stender har bl.a. forklaret, at han har været med til at udarbejde kravspecifikationen. Der er forskel på »patientpopulationen« på de 3 sygehuse med deraf følgende forskellige behov. Han foreslog en afprøvning, selv om alt tydede på, at ILS var bedst, fordi der kun var marginale forskelle mellem tilbudene. Hans afdeling kendte ikke i forvejen noget til ILS' udstyr og de 2 andre afdelinger ikke noget til klagerens. I de 3 afprøvningsrapporter blev det, der ikke kunne henføres til kravspecifikationen, luget ud. ILS' tilbud blev på det grundlag stadig vurderet til at være det bedste. Det viste hans sammenskrivning også. Imidlertid besluttede man at foretage endnu en analyse. Det enkelte medlem af brugergruppen, det vil sige de 3 overlæger og de 3 ledende bioanalytikere, har naturligvis givet point efter deres bedste faglige skøn. Scoreskemaet eller måden at udfylde det på blev ikke drøftet i gruppen. Det blev bare afleveret. Den fejl, der senere er berigtiget, har ikke været af betydning.

Kristina Rasmussen har bl.a. forklaret, at hun er ledende bioanalytiker på Amtssygehuset i Glostrup og medlem af brugergruppen. Klagerens udstyr stod på sygehuset i ca. en uge.

Parternes anbringender

Ad påstand 1.1

Klageren har gjort gældende, at der ikke var fastsat retningslinier for den afprøvning af analyзаторerne, som brugergruppen gennemførte. Afprøvnin-gen blev derfor gennemført på to vidt forskellige måder på de to steder, og de respektive hospitaler, der er repræsenteret i brugergruppen, har ikke haft samme adgang til at afprøve de to forskellige udstyr. Resultaterne er derfor ikke sammenlignelige. Der var heller ikke fastsat retningslinier for den ef-terfølgende stikprøvekontrol eller retningslinier for udfyldelsen af score-skemaet. En nærmere efterprøvning viser, at resultatet er helt arbitrært. Fra Glostrup Amtssygehus er der fx givet 4 point til ILS for fuldblodsanalyse. Det må være derfor, indklagede har nedtonet scoreskemaets betydning.

Indklagede har gjort gældende, at afprøvningen af udstyret fra de to tilbudsgivere var aftalt på mødet den 13. november 2006 og tilrettelagt sådan, at alle brugergruppens medlemmer skulle have adgang til begge tilbudsgiveres udstyr. Hvert medlem af gruppen skulle således vurdere begge typer udstyr med udgangspunkt i behovene for det hospital, som den pågældende repræsenterede, hvilket også netop fremgår af den sammenskrevne vurdering, som forelå forud for mødet den 2. marts 2007, hvor tildelingsbeslutningen blev truffet. Afprøvningsresultaterne er alene blevet vurderet i forhold til de stillede krav.

Ad påstand 1.2

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke har udformet en fyldestgørende skriftlig redegørelse for den trufne beslutning. Klageren har henvist til Klagenævnets kendelse af 12. februar 2007, Dansk Høreteknik A/S mod Københavns Kommune.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes tilbudsvurdering i tilstrækkelig skriftlig form fremgår af referaterne fra brugergruppemøderne sammenholdt med scoreskemaet, som blev udfyldt som kontrol af den trufne beslutning.

Ad påstand 1.3

Klageren har gjort gældende, at der er tale om et kompliceret udbud med store krav til gennemsigtighed og lettilgængelighed. Det er imidlertid ikke entydigt fastsat, hvad der er krav. Udtrykket "redegør for" giver anledning til tvivl. Det er ikke klart, hvad der ville blive konsekvensen, hvis tilbudsgiveren valgte *ikke* at redegøre for et sådant punkt.

Indklagede har gjort gældende, at det klart følger af udbudsbetingelserne og kravspecifikationen, hvilke minimumskrav der skal opfyldes, og hvilke øvrige punkter tilbudsgiverne skal redegøre for. Tilbudsgiverne har ikke været i tvivl om noget som helst.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at ILS' tilbud ikke gav mulighed for fuldblodsanalyse. Dette var et minimumskrav. Tilbudet skulle derfor have været afvist som ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at tilbudet fra ILS opfyldte de stillede krav. Der er ikke stillet krav om fuldblodsanalyse.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at scoreskemaet viser, at klageren på en række punkter, hvor klagerens tilbud var lige så godt som ILS', opnåede færre point end ILS.

Indklagede har gjort gældende, at påstanden ikke er egnet til påkendelse af klagenævnet.

Ad påstand 4

Klageren har henvist til Klagenævnets kendelse af 14. december 2006, Baxter A/S mod Roskilde Amt m.fl.

Indklagede har oplyst, at det standardiserede udbudsmateriale, der anvendes på dette område, er under ombearbejdning.

Ad påstand 5

Klageren har henvist til Klagenævnets kendelse af 14. december 2006, Baxter A/S mod Roskilde Amt m.fl.

Indklagede har gjort gældende, at det er nyttigt for indklagede at få oplyst, hvordan tilbudsgiveren vil prissætte et eventuelt forbehold.

Ad påstand 6

Klageren har henvist til Klagenævnets kendelse af 14. december 2006, Baxter A/S mod Roskilde Amt m.fl.

Indklagede har gjort gældende, at det fremgår af udbudsbetingelserne, at standardvilkårene viger for det, der er fastsat som udbudsbetingelser.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at det ikke klart fremgår, at tilbagekøbsprisen skulle indgå i den pris, som tilbudene blev vurderet på.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke giver mening at undlade at inddrage den tilbudte tilbagekøbspris i vurderingen.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at indklagedes overtrædelser er af en sådan karakter, at den trufne beslutning skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at eventuelle overtrædelser ikke er af en sådan karakter, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1.1

Der består ved vurderingen til brug for beslutningen om tildeling af en udbudskontrakt på grundlag af kriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« altid en risiko for, at den enkelte ikke holder sig udbudsbetingelsernes krav for øje, men i stedet mere generelt foretager en bedømmelse ud fra sin umiddelbare opfattelse af fx produktets kvalitet eller funktionalitet.

Efter de oplysninger, som fremgår om tilrettelæggningen af evalueringen, er der imidlertid ikke grundlag for at antage, at indklagede ikke har holdt sig denne risiko for øje. Brugergruppen havde også udarbejdet kravspecifikationen. Det har derfor formodningen for sig, at gruppen ved vurderingen ville holde sig til de krav, som den selv havde fastsat. Det såkaldte scoreskema, der efter det oplyste blev udarbejdet som kontrol af den trufne tildelingsbeslutning, følger da også nøje kravspecifikationen, således at fx vurderingen af den tilbudte kvalitet er relateret til 15 definerede punkter, mens vurderingen af det tilbudtes funktionalitet er relateret til andre 29 definerede punkter.

Brugergruppen var allerede indledningsvis af den umiddelbare opfattelse, at ILS' tilbud var det bedste af de to muligheder. Det blev imidlertid aftalt også at foretage grundige afprøvninger af begge de tilbudte løsninger. Retningslinierne for afprøvningerne, herunder stikprøverne, blev efter det oplyste aftalt på møder i brugergruppen. Klagenævnet har ikke grundlag for at fastslå, at disse retningslinier – der var fastsat af og rettede sig til 3 overlæger og 3 ledende bioanalytikere på områder, hvor de besad høj ekspertise - ikke har været været entydige, uanset at de ikke foreligger på tryk, eller for at fastslå, at ikke begge tilbudte løsninger er blevet efterprøvet på lige fod i forhold til de behov, som de 3 sygehuse har haft. Klagenævnet har således i den forbindelse lagt vægt på brugergruppens sammensætning og formålet med afprøvningerne.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 1.2

Indklagedes tildelingsbeslutning hviler på en række underbilag med de enkelte brugergruppemedlemmers vurderinger, men har i øvrigt alene fundet skriftligt udtryk i nogle lakoniske mødereferater. Indklagede har under sagen for Klagenævnet understreget, at scoreskemaet og de resultater, som fremgår heraf, ikke i sig selv udgør den skriftlige tilbudsvurdering som nævnt i Udbudsdirektivets artikel 41, stk.2., men blot er at betragte som en efterprøvning til sikkerhed for tildelingsbeslutningens rigtighed. Det vægtigste tildelingskriterium, nemlig prisen, er i sagens natur kun yderst sporadisk berørt i scoreskemaet. Indklagede har ikke udarbejdet et egentligt beslutningsnotat.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 1.3

Kravspecifikationen skelner mellem krav, som skal opfyldes, og en række forhold, som tilbudsgiveren skal redegøre for. Navnlig er det anført, at analysatorerne *som minimum* skal kunne producere den årlige svarproduktion på ca. 300.000 i et bestemt tidsrum og med en bestemt forventet stigning, ligesom de specifikke krav til de primære analyser er vedlagt.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Kravspecifikationen indeholder som nævnt ad påstand 1.3 dels en række præcise krav, dels en række forhold, som tilbudsgiverne opfordres til at redegøre for, men som ikke kan opfattes som krav. Der er ikke stillet krav om, at tilbudet skal indeholde en løsning vedrørende fuldblodsanalyse.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« giver indklagede mulighed for et vist skøn inden for de fastsatte underkriterier. Klagenævnet har ikke grundlag for generelt at tilsidesætte dette skøn og erstatte

det med sit eget. Dette gælder, uanset at kun 2 tilbud blev betragtet som konditionsmæssige.

Klagenævnet tager derfor ikke stilling til påstanden.

Ad påstand 4

Det svarskema, som påstanden omhandler, indgik i en tilsvarende form i det udbudsmateriale, som er omhandlet af Klagenævnets kendelse af 14. december 2006, Baxter A/S mod Roskilde Amt m.fl.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 5

Af udbudsbetingelsernes punkt 6 fremgår, at tilbudsgiverne er berettiget til at tage forbehold. Samtidig fremgår det imidlertid, at forbehold, der »kan betragtes som værende en væsentlig ændring af dele af og/eller det samlede udbudsmateriale« vil medføre, at tilbudet ikke tages i betragtning.

Det er efter sammenhængen – og den forklaring, som blev afgivet af Michael Thelander - tænkeligt, at der med »væsentlige forbehold« sigtes til »grundlæggende forbehold«.

Tilbudsgiverne er også ifølge standardbetingelserne berettiget til at tage forbehold. Det anføres imidlertid såvel i udbudsbetingelsernes punkt 6.3 som i standardbetingelserne, at forbehold skal kapitaliseres, i standardbetingelserne endda med bemærkningen »i videst muligt omfang«. Formuleringen er begge steder i strid med udbudsretten, eftersom det er indklagede – og ikke tilbudsgiverne – der eventuelt skal prissætte væsentlige forbehold.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 6.

De standardbetingelser, som påstanden omhandler, er på adskillige punkter identiske med de standardbetingelser, som indgik i det udbudsmateriale, som er omhandlet af den nævnte kendelse af 14. december 2006.

Standardbetingelserne finder anvendelse i det »omfang, de ikke fraviges ved skriftlig aftale mellem køber og leverandør«. En sådan bestemmelse er som udgangspunkt meningsløs i udbudsretlig sammenhæng. Det ændrer ikke herpå, at det i udbudsbetingelsernes punkt 30 som »Generel betingelse« anføres: »Hvor intet andet er nævnt gælder Amtets standardbetingelser. «

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 7

Udbudsbetingelserne bestemmelse om tilbagekøb er ikke formuleret i præcise udbudsretlige termer, fx: Tilbudet skal indeholde tilbud på tilbagekøb af 5 stk. eksisterende koagulationsanalysatorer(, i hvilket tilfælde det stod tilbudsgiverne frit for i tilbudet at anføre fx 0 kr.)

Imidlertid giver det ikke mening at antage, at tilbudsgivernes tilbud om tilbagekøb af de 5 koagulationsanalysatorer – der må ses i nær sammenhæng med det udbudte - ikke skulle indgå i den pris, som tilbudene blev bedømt på.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 8

På baggrund af det, der er oplyst om evalueringsprocessen, kan det ikke antages, at det forhold, at indklagede ikke har udarbejdet et egentligt beslutningsnotat som anført ad påstand 1.2 i det konkrete tilfælde har haft indflydelse på udbudets udfald.

Da heller ikke de overtrædelser, der er konstateret ad påstand 4,5 og 6, kan føre til, at beslutningen annulleres, tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1.2

Indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at undlade at udforme en fyldestgørende, skriftlig tilbudsvurdering.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-retlige forhandlingsforbud ved at kræve anvendelse af et svarskema, der lægger op til, at der kan tages forbehold for alle enkeltelementer i udbudet, og til, at vilkår og krav kan være genstand for forhandling, idet tilbudsgiverne skal sætte kryds ved »ja« eller »nej« samt evt. kommentere alle enkeltelementer i udbudet.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved i kravspecifikationens punkt 6.3 at fastsætte, at forbehold skal kapitaliseres i tilbudet.

Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte at Københavns Amts standardbetingelser finder anvendelse, uagtet det i disse betingelser er anført, at de finder anvendelse i det omfang, de ikke fraviges ved skriftlig aftale mellem køber og leverandør.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1.1, 1.3, 2, 7 og 8. Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 3.

Indklagede, Region Hovedstaden, skal i sagsomkostninger til klageren, Triolab A/S, betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig