

K E N D E L S E

Abbott Laboratories A/S
(advokat Anne Kirkegaard, København)

mod

Region Hovedstaden
(advokat Henning Biil, København)

Klagenævnet har den 9. september 2012 modtaget en klage fra Abbott Laboratories A/S.

Abbott Laboratories A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Region Hovedstaden har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 6 og foreløbigt svarskrift med bilag A – J.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, ved i beskrivelsen af kontraktens genstand at have krævet tilbud på analysen »Troponin-T«, uagtet denne

analyse er patenteret, og uagtet henvisningen ikke efterfølges af »eller tilsvarende«.

Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved dels at give klagerens tilbud en lav karakter ved evalueringen af underkriteriet »kvalitet og funktionalitet« for manglede tilbud af bestemte analyser, dels samtidig at tillægge klagerens tilbud et beløb svarende til en prissætning af manglende opfyldelse af samme analyser, hvilket således påvirker klagerens tilbud i relation til underkriteriet »pris«.

Påstand 3:

Klagenævnet skal annullere indklagedes tildelingsbeslutning af 30. august 2013 om at indgå kontrakt med Roche Diagnostics A/S.

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

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse 2013/S 127-217594 af 1. juli 2013 udbød indklagede, Region Hovedstaden, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en kontrakt om indkøb af analyseapparatur i form af 3 ens kemi/immunkemi udstyrsplatforme med kapacitet til 5 mio. analysesvar samt indkøb af forbrugsartikler i form af reagenser m.v. hertil til Bispebjerg og Frederiksberg Hospitaler. Kontrakten skal gælde i en 3-årig periode med mulighed for forlængelse i 2 år.

Tildelingskriteriet var fastsat til det »økonomisk mest fordelagtige tilbud« med følgende underkriterier:

- 1) Pris (45-55 %)
- 2) Kvalitet og funktionalitet (30-40 %)
- 3) Leveringssikkerhed, service og uddannelsestilbud (10-20 %)

Af kravspecifikationens underbilag B1 »Reagenser« fremgår, at indklagede ønskede tilbud på integreret kemi- og immunkemiudstyr, der kunne løse hospitalernes samlede behov for en række almene kliniske biokemiske analyser, hormonanalyser samt rusmiddel – og medikamentanalyser. Underbilaget er vedlagt en liste over disse analyser. Listen er opdelt i primære ana-

lyser, som er mindstekrav (»A-krav«) og sekundære analyser, de såkaldte »B-krav«, hvor svarene skal vurderes i forhold til de fastsatte underkriterier.

Analysen for P-Troponin-T er en sekundær analyse, jf. listenes pkt. 7.40.

I udbudsbetingelsernes pkt. 7 »Kravspecifikation og mængder« står der:

»...

7.2 Kvalitet og funktionalitet

Generelt er det vigtigt for ordregiver, at de udstyr/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. ...

De konkrete krav fremgår af nedenstående punkter samt kravspecifikationerne (bilag B). Den konkrete vægtning af kvalitet m.v. fremgår af tildelingskriterierne nævnt i pkt. 14.

...«

Det anføres videre i udbudsbetingelsernes pkt. 14 om bedømmelsen af tilbuddene:

»...

Pris 45-55 %

Prisparameteret vurderes på en samlet økonomi over 3 år som summen af følgende:

- Samlet tilbudspris for udstyrskonfiguration, jf. pos. 1-(minus) pos. 1.1 +(plus) pos. 2 i Bilag D, tilbudslisten -(minus) pos. 10 tilbagekøb i Bilag D, tilbudslisten.
- Fuldt dækkende service i 1 år, jf. pos. 4 i Bilag D, tilbudslisten.
- De garanterede svarpriser for primær- og sekundæranalyse gange forventet antal (2014 kolonne) gange 3 år (pos. 6 og 7) + valideringsomkostninger (pos. 9). Sekundæranalyser, der ikke tilbydes, vil af ordregiver blive kapitaliseret som den pris, ordregiver kan købe analysen til ude i byen, eller ordregivers eventuelle interne pris.

Svarprisen skal omfatte samtlige reagenser og forbrugsartikler, herunder kontroller og kalibratorer, der indgår i produktionen af analysesvaret, jf. Bilag D, tilbudslisten.

Kvalitet og funktionalitet - 30-40 %

Kvalitet og funktionalitet vurderes på baggrund af de fremsendte eller henviste produktblade, tilbudsgivers evt. supplerende beskrivelser, jf.

krav til produktbeskrivelse i pkt. 7.2, samt tilbudsgivers bemærkninger og svar til ordregivers specifikke B-krav (markeret med KF) i kravspecifikationen bilag B, hvorunder lægges særlig vægt på de B-krav, der er markeret med "høj vægt" (HV).

I evalueringen af kvalitet og funktionalitet indgår således udstyr samt analyserepertoire på såvel primær- og sekundæranalyser samt øvrige analyser.

...«

Under pkt. 2 i kravspecifikationen underbilag B1 står der:

»2 Reagenser

Krav til analyserepertoire

...

2.6	KF HV	Analyser: På baggrund af særlige kliniske krav vægtes det højt, at alle analyser nævnt i tilbudslisten er til rådighed. Hvis analyserne ikke er til rådighed på det samlede udstyr kapitaliseres de. Særlige krav til analyser: -TNT [Troponin T] Der ønskedes et TNT assay, som kan benytte 99 percentilen for raske som diskriminationsgrænse. ...
-----	----------	--

«

Under udbuddet blev der stillet en række spørgsmål til indklagede, bl.a. således:

Spørgsmål 30: »Regionen har krav om Trp-T. Denne analyse kan kun tilbydes af én leverandør, og dermed skal denne analyse kapitaliseres for andre leverandører. Dette vil give en økonomisk forskelsbehandling af den leverandør som kan tilbyde analysen. Vil regionen fastholde dette konkurrenceforvridende krav.«

Indklagedes svar på spørgsmål 30 lyder:

»Ja. Ordregiver skal foretage Troponin-T analysering, Samtlige sekundære analyser, der ikke tilbydes, indregnes med den pris ordregiver kan købe analysen til eller ordregivers eventuelle interne pris.«

Spørgsmål 31 om bilag B1 Reagenser lyder:

- »1. HsTNi analysen lever op til de ønskede krav fra Dansk selskab for Klinisk biokemi og dansk kardiologisk selskab. Hvilken faglig begrundelse ligger bag kravet om en Trop-T analyse vs. Trop-I analyse?
 2. Med henvisning til ovenstående, ønsker vi at få ændret Troponin-T kravet til Troponin-T/Troponin-I.
 3. Fastholdes B-kravet om direkte standardisering til NIST hvis dette alene tilgodeser én udbyder?
 4. Regionen har B-krav om NT-Pro BNP. Denne analyse kan kun tilbydes af én leverandør, og dermed skal denne analyse kapitaliseres for andre leverandører. Dette vil give en forskelsbehandling økonomisk for den leverandør som kan tilbyde analysen. Vil regionen fastholde dette konkurrenceforvridende krav?
 5. Regionen har B-krav om S-100. Såfremt krav om denne analyse tilgodeser en leverandør, og dermed skal denne analyse kapitaliseres for andre leverandører, vil regionen så fastholde dette konkurrenceforvridende krav?«

Indklagede besvarede spørgsmål 31 således:

- »1. Ordregiver behøver ikke en faglig begrundelse, ordregiver fastholder Troponin-T af arbejdsmæssige og forskningsmæssige årsager.
 2. Nej, se 1.
 3. Analysen skal være standardiseret direkte op mod NIST standarden eller lignende standard, standardiseringskæden må ikke være længere end i NIST standarden og skal være så kort som mulig.
 4. Ja. Samtlige sekundære analyser, der ikke tilbydes, indregnes med den pris ordregiver kan købe analysen til eller ordregivers eventuelle interne pris.
 5. Ja, Samtlige sekundære analyser, der ikke tilbydes, indregnes med den pris ordregiver kan købe analysen til eller ordregivers eventuelle interne pris.«

Spørgsmål 41 om kapitalisering lyder:

- »Hvordan beregnes kapitaliseringen af de enkelte analyser?
 Vi ønsker dette præciseret, da det giver en ukendt parameter i udbudsforretningen. Hvilken økonomisk konsekvens har hver kapitaliseret analyse?

Indklagede besvarede spørgsmålet således:

»Med den pris ordregiver kan købe analysen til eller ordregivers eventuelle interne pris. En kapitaliseret analyse indgår på lige fod i underkriteriet Pris iht. Pkt. 14.1«

Ved udløbet af tilbudsfristen den 19. august 2013 havde klageren, Abbott Laboratories A/S, og Roche Diagnostics A/S afgivet tilbud. Klageren valgte ikke at tilbyde analysen på P-Troponin T.

Indklagede evaluerede de modtagne tilbud i henhold til tildelingskriteriet i udbudsbetingelsernes pkt. 14, idet den endelige vægtning af underkriterierne af en brugergruppe blev fastsat således: pris 45 %, kvalitet og funktionalitet 40 % og leveringssikkerhed, service- og uddannelsestilbud 15 %. Indklagede anvendte en pointmodel til brug for evalueringen.

Det fremgår bl.a. af indklagedes evalueringsrapport:

»Underkriteriet pris

Pointskalaen for pris er fastlagt som følger:

Der anvendes en lineær pointmodel, hvor der tildeles 5 point for laveste pris. For hver 15 % et tilbud er højere end laveste pris fratrækkes 1 karakterpoint ned til 0 point. Der anvendes 2 decimaler.

De samlede priser for aftalen fremgår af bilag evaluering – oversigt over økonomi. Tilbuddene er på grundlag heraf tildelt point i overensstemmelse med den ovenfor nævnte pointmodel.

Pointgivningen fremgår af de som bilag evaluering vedlagte pointskemaer.

Underkriterierne kvalitet og funktionalitet, leveringssikkerhed, service- og uddannelsestilbud

Kvalitet og funktionalitet, leveringssikkerhed, service- og uddannelsestilbud, er vurderet med udgangspunkt i besvarelsen kravspecifikation bilag B1 og B2 samt øvrige relevante oplysninger fra tilbudsmaterialet.

Pointtildelingen tager udgangspunkt i nedestående pointskala, hvor 5 point er det højeste point.

Karakter Skalatrin

0	Gives hvis B-kravet er ikke er opfyldt eller opfyldelsen af B-kravet ikke fagligt kan skønnes/vurderes
1	Gives hvis B-kravet efter et fagligt skøn/vurdering kun akkurat opfyldes
2	Gives hvis B-kravet efter et fagligt skøn/vurdering opfyldes mindre end tilfredsstillende
3	Gives hvis B-kravet efter et fagligt skøn/vurdering opfyldes tilfredsstillende

	lende
4	Gives hvis B-kravet efter et fagligt skøn/vurdering opfyldes mere end tilfredsstillende
5	Gives hvis B-kravet efter et fagligt skøn/vurdering opfyldes særdeles tilfredsstillende

Der gives hele point.

De enkelte elementer som indgår i disse underkriterier blev på baggrund heraf evalueret og tildelt point på brugergruppemøde den 27.08.2013.

Samlet evaluering

		Abbott	Roche
Økonomi	Point	4,31	5,00
	45 %	1,94	2,25
Kvalitet og funktionalitet	Point	3,57 [3,743]	4,31[4,486]
	40 %	1,43	1,76
Service og uddannelse	Point	2,75	4,44
	15 %	0,41	0,67
Samlet evaluering	Point	3,78 [3.85]	4,64 [4,71]

«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har overordnet gjort gældende, at »analysen Troponin-T er en patenteret fremgangsmåde til analyse af specifikke antistoffer mod Troponin-T, deres fremstilling og anvendelse.« Patentet indehaves af Roche Diagnostics A/S. Indklagede har undladt at tilføje »eller tilsvarende« i beskrivelsen af det udbudte og har ikke trods opfordring accepteret, at tilbudsgiverne afgav tilbud med en generelt anerkendt tilsvarende analyse. Herved har indklagede handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, og favoriseret en bestemt leverandør i strid med udbudsdirektivets overordnede formål om effektiv konkurrence.

Indklagede har overordnet gjort gældende, at Troponin-T ikke er en analysemetode, men derimod navnet på et protein i kroppen, som anvendes i diagnosticeringen af hjertesygdomme. P-Troponin-T står for koncentrationen af proteinet i blodplasma. Roche har tidligere haft patent på analysen af proteinet, men patentet udløb i 2010. Når indklagede efterspørger en analyse af P-Troponin-T, er der således ikke tale om, at indklagede har angivet et be-

stemt patent eller lignende, men om, at indklagede efterspørger en analyse af forekomsten af et bestemt protein i kroppen, som enhver leverandør i princippet kan levere. Tilbudsgiverne havde således både mulighed for at tilbyde deres egne udviklede analyser og for at tilbyde en anden leverandørs – herunder Roches – analyse og anvende denne leverandør som underleverandør. Situationen er således slet ikke omfattet af udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8.

I anden række har indklagede gjort gældende, at indklagede var berettiget til at udbyde levering af analysen, selv hvis det antoges, at den kun kunne leveres af én leverandør, idet indklagede havde saglige og rimelige grunde, nemlig forsknings- og behandlingshensyn.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved både at give klagerens tilbud en lav karakter for ikke at tilbyde 8 bestemte analyser under underkriteriet »kvalitet og funktionalitet« og samtidigt tillægge klagerens tilbud et beløb svarende til en prissætning af manglende opfyldelse af analyserne, hvilket påvirker klagerens tilbud i relation til underkriteriet »pris«.

Formålet med at kapitalisere konkurrenceparametre, der ikke opfyldes, er at sikre, at de modtagne tilbud er sammenlignelige. Det er således op til ordregiver at vælge, hvorvidt manglende opfyldelse skal kapitaliseres, således at ordregivers omkostninger til indkøb af den ikke-tilbudte ydelse medregnes, eller hvorvidt manglende opfyldelse blot skal indvirke på evalueringen af de kvalitative underkriterier. Når en manglende opfyldelse af et konkurrenceparameter er prissat, skal tilbuddet betragtes som om, det *ikke* havde afvigelsen.

Indklagede har gjort gældende, at den anvendte evalueringsmodel blev offentliggjort, at den blev anvendt som angivet i udbudsbetingelserne, og at den blev anvendt på samme måde over for begge tilbudsgiverne. Evalueringsmodellen gav endvidere i det konkrete udbud det mest retvisende billede af, hvilket tilbud der var det økonomisk mest fordelagtige. Der findes i den forbindelse ikke nogen generel regel om, at samme egenskab ikke kan vurderes under flere underkriterier.

Indklagede havde således saglige grunde til at lægge vægt både på sekundæranalysernes priser og på bredden af sortimentet af analyser. At en prissætning af manglende ydelser medfører, at tilbuddet skal betragtes, som om ydelserne ikke manglede, er kun rigtigt i de situationer, hvor konsekvenserne af manglerne helt elimineres af prissætningen. I det omfang indklagede skulle skaffe analyserne på anden vis, ville det give en række gener bl.a. for patienterne, der skulle afgive flere blodprøver. Der ville endvidere blive længere svartider på analyserne og et øget personaleforbrug. Den kvantitative bredde af det analyserepertoire, der blev tilbudt, var således af væsentlig selvstændig betydning for indklagede.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at manglerne ved det gennemførte udbud bevirker, at der skal ske annullation af udbuddet, idet der er tale om grove overtrædelser af udbudsreglerne.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er påvist overtrædelser af udbudsreglerne, der kan begrunde en annullation af tildelingsbeslutningen.

Indklagede har subsidiært gjort gældende, at de forhold, der er påtalt af klageren, ikke har haft nogen betydning for udbuddets resultat. Derfor og fordi de heller ikke i øvrigt kan karakteriseres som grove overtrædelser, bør de ikke føre til annullation.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

»Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.«

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*»fumus boni juris«*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) klagen sådan:

Påstand 1

Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, lyder:

»Medmindre kontraktens genstand gør det berettiget, må de tekniske specifikationer ikke angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, og de må ikke henvise til et bestemt mærke, et bestemt patent eller en bestemt type, til en bestemt oprindelse eller til en bestemt produktion med det resultat, at visse virksomheder eller produkter favoriseres eller elimineres. En sådan angivelse eller henvisning er undtagelsesvis tilladt, hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelse af stk. 3 og 4; en sådan angivelse eller henvisning skal efterfølges af udtrykket ”eller tilsvarende”.«

Efter de oplysninger, som indklagede er fremkommet med, lægger klagenævnet til grund, at Troponin T er et protein i kroppen, og at indklagede i de tekniske specifikationer efterspørger en analyse, der kan vise forekomsten af dette protein. Det er oplyst, at der tidligere af Roche har været udtat-

get et patent på en analyse for P-Troponin-T med gyldighed for bl.a. Danmark, men at patentet udløb i 2010.

Herefter er der ikke grundlag for at antage, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8.

Der er således ikke udsigt til, at denne påstand vil blive taget til følge.

Påstand 2

Indklagede har i udbudsbetingelserne klart oplyst, at sekundære analyser, der ikke tilbydes, vil blive kapitaliseret, og at manglende tilbud af sekundære analyser influerer (negativt) på pointgivningen i relation til underkriteriet »kvalitet og funktionalitet«. Et bredt analyserepertoire er vigtigt for indklagede af kliniske og forskningsmæssige grunde.

Da det således har været klart for de leverandører, der ønskede at afgive tilbud på opgaven, at indklagede ville håndtere manglende sekundære analyser som anført i udbudsbetingelserne, og da indklagede i den forbindelse har haft saglige grunde til at efterspørge et bredt analyserepertoire, finder klagenævnet på det foreliggende grundlag, at indklagede ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2. Der er herved ikke grundlag for at antage, at indklagede ved den valgte vægtningsmetode har tillagt manglende analyser en sådan negativ betydning, som indebærer, at det vide skøn, som indklagede har ved tilrettelæggelsen af udbuddet og evalueringsmetoden, er overskredet.

Der er således heller ikke udsigt til, at denne påstand vil blive taget til følge.

Påstand 3

Da der ikke er udsigt til, at påstand 1 og 2 vil blive taget til følge, er der heller ikke udsigt til, at klagenævnet vil annullere tildelingsbeslutningen af 30. august 2013.

Betingelsen om »fumus boni juris« er således ikke opfyldt, og klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig