

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor
klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

(Visse oplysninger i kendelsen er på klagerens begæring ikke offentliggjort)

Konsortiet HEMS Denmark bestående af
Babcock Scandinavian Air Ambulance AB
og
KN Helicopters A/S
(advokat Jesper Fabricius, Hellerup)

mod

Region Midtjylland
Region Nordjylland
Region Syddanmark
Region Sjælland
Region Hovedstaden
(advokat Christian Clausen, København)

Intervenient:
Norsk Luftambulans AS
(advokat Sidsel Marcussen, Aarhus)

Klagenævnet har den 24. januar 2023 modtaget en klage fra Konsortiet HEMS Denmark bestående af Babcock Scandinavian Air Ambulance AB og KN Helicopters (herefter ”HEMS Denmark”).

HEMS Denmark har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Region Midtjylland, der har repræsenteret de indklagede regioner (herefter under ét ”regionerne”) under udbuddet og under klagesagen, har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Norsk Luftambulans A/S (”NLA”) er i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3, indtrådt i sagen til støtte for regionerne.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 15, svarskrift med bilag A – K, replik, duplik med bilag L – X og intervenientens processkrifter af 3. februar og 14. februar 2023.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at regionerne har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, og udbudslovens § 66, stk. 2 og stk. 5, ved under det påklagede udbud med forhandling af ”Contract for the operation of helicopter emergency medical services” at have forhandlet og/eller ændret et eller flere af følgende ”Requirements” (”R”) og ”Competitive parameters” (”CP”):

- a) R 1.8: Speed og CP 1.9: Evaluation of speed.
- b) CP 3.4: Setup to ensure Availability Time.
- c) CP 4.27: WIFI evaluation.
- d) CP 5.11: Flight operative development.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at regionerne har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved i forhold til de kvalitative underkriterier at anvende pointskalaen for bedømmelsen af de indkomne tilbud på en uensartet måde, og/eller ved at have begået fejl, handlet usagligt eller overskredet grænsen for regionernes skøn i forbindelse med regionernes evaluering af tilbuddene i relation til et eller flere af følgende ”Competitive parameters” (”CP”):

- a) CP 3.4: Setup to ensure Availability Time.
- b) CP 4.27: WIFI evaluation.
- c) CP 7.9: Evaluation of NVG.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere regionernes beslutning af 5. januar 2023 om at tildele ”Contract for the operation of helicopter emergency medical services” til Norsk Luftambulans AS.”

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

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 102-285221 af 24. maj 2022, offentliggjort den 27. maj 2022, udbød Region Midtjylland som udbudsansvarlig for de fem danske regioner som udbud med forhandling efter udbudsloven fire døgnbemandede helikoptere samt en reservehelikopter som led i driften af den landsdækkende akutlægehelikopterordning.

Kontraktindgåelse var planlagt til den 16. december 2022 med operationel opstart den 1. november 2024 efter en forudgående implementeringsperiode.

Kontrakten blev udbudt for en periode på 10 år fra driftsstart med mulighed for forlængelse med op til 4 år. Kontraktværdien var i udbudsbekendtgørelsen angivet til 285 mio. euro.

De fire helikopterberedskaber har baser i henholdsvis Saltum, Billund, Ringsted og Skive. Den udbudte opgave omfattede et helikopterberedskab for hver af de fire baser, der inkluderer helikoptere, piloter og HEMS personale (HEMS står for Helicopter Emergency Medical Services). De helikopterlæger, som indgår i ordningen, er ansat af regionerne, ligesom regionerne stiller baser til rådighed for leverandøren. I helikopterberedskabet indgår også et nødvendigt reservehelikopterberedskab. Reservehelikopteren kan placeres på Ringsted Flyveplads, hvor en hangar i så fald stilles til rådighed af regionerne. Alternativt kan reservehelikopteren placeres et andet sted efter leverandørens præference. Leverandøren skal i så fald bekoste etableringen samt faciliteterne.

Udbuddet var et genudbud, jf. klagenævnets kendelse af 12. januar 2022. Alle fire konditionsræssige ansøgere om prækvalifikation blev prækvalificeret og opfordret til at afgive indledende tilbud. Regionerne modtog herefter indledende og endelige tilbud fra NLA, HEMS Danmark og SAF. En fjerde prækvalificeret, Elifriulia S.p.A., valgte ikke at afgive endeligt tilbud.

Den 5. januar 2023 meddelte regionerne de tre tilbudsgivere, at NLA havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og såvel HEMS Denmark som SAF klagede herefter til klagenævnet.

Udbudsmaterialet

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

”II.2.4 Description of the procurement

The national Danish HEMS service was established by the five regions of Denmark and provides nationwide coverage, currently using four EC-135 helicopters and a backup EC-135 helicopter. However, this tender process concerns two small helicopters and two large helicopters and a backup helicopter (small).

A small helicopter in this tender must have a d-value below 13,2 metres and a cockpit, cab-in and cargo volume exceeding 4.5 M3. A large helicopter in this tender must have a d-value below 14 metres and a cockpit, cabin and cargo volume exceeding 6 M3.

The helicopters must be staffed with a pilot, a HEMS Crew Medic and a HEMS Physician. The latter is provided by the Contracting Authorities. The service is primarily dispatched to patients with acute life-threatening illnesses or traumatic injury but is also used for inter-hospital patient transfers.

The Danish HEMS service is a single pilot operation and it is in operation around the clock every day of the year. From Commencement of Operations, the entity performing the HEMS operations must hold a number of approvals, e.g. HEMS-operations and IFR approval (cat 1), but see the tender documents for further.

The crew shall utilise NVIS in order to land close to the accident scene at night-time and use Point IN Space (GPS-PinS) procedures when landing at hospitals in difficult weather conditions. Some of the operations are executed using onboard instruments (IFR) in bad weather conditions. The current four helicopters completed 4.768 missions in 2021.

...”

I udbudsbetingelserne (”Tender Conditions”) står der bl.a.:

”8. TENDERING PHASE

...

8.3. Requirements methodology

The Contracting Authorities have divided the requirements in the tender documents into the categories below. Reference is made to Clause 8.4.1 regarding any reservations to requirements in the negotiation phase; to

Clause 8.4.2 regarding any reservations to requirements in the final tender; and to Clause 9.4.1 regarding the Contracting Authorities' right to change requirements during the negotiation phase.

8.3.1 Minimum requirements

Minimum requirements (MR) (in Danish: "mindstekrav") refers to the Contracting Authorities' fundamental needs. Minimum requirements (MR) are mandatory requirements which cannot be changed during the tendering process, but see Clause 9.4.1, and which must be fulfilled by the tenderers in their final tender. Minimum requirements (MR) are therefore not included in the tender evaluation. It is stated in the tender documents which requirements are minimum requirements.

8.3.2 Requirements

Requirements (R) (in Danish: "krav") means requirements which may be included in the negotiations with the tenderer and thereby amended in the course of the negotiations, and which must be complied with in the final tender, but see Clause 8.4.2. Requirements (R) are therefore not included in the tender evaluation. It is stated in the tender documents which requirements are requirements (R).

8.3.3 Competitive Parameters

Competitive Parameters (CP) (in Danish "evalueringskrav") means requirements which may be included in the negotiations with the tenderer and thereby amended during the negotiations, and where the level of compliance with the requirements in the final tender will be included in the evaluation in accordance with Clause 10. It is stated in the tender documents which requirements are competitive parameters.

...

9. NEGOTIATION PROCEDURE

...

9.2 Purpose of negotiations

The purpose of the negotiations is to discuss how the tender documents and the tenders may be adjusted to better fulfil the needs of the Contracting Authorities.

Consequently, the negotiations may concern the Contracting Authorities' requirements of contract terms and requirements as to the services, etc., and the substance and prices of the tenders.

...

9.4 Negotiation process

...

II. Initial negotiations

All tenderers who have submitted timely initial tenders will be invited to participate in a negotiation meeting. The negotiations are expected to be

conducted in accordance with the time schedule, cf. Clause 5. The negotiation meeting has three main purposes: 1) Give the tenderer the opportunity to present the tender, 2) conduct negotiations and clarify misunderstandings and 3) give the Contracting Authorities the opportunity to present its preliminary view of the strong and weak points of the tender. As a result, the initial negotiation leads to the tenderer being given the opportunity to revise the tender and may lead to changes to the Tender Documents made by the Contracting Authorities, see Clause 9.4.1.

...

9.4.1 Changes to the tender documents

On the basis of the negotiations, the Contracting Authorities may choose, with due compliance of the principles of equal treatment and transparency, to amend the content of a competitive parameter (CP) or a requirement (R), to make a requirement (R) a competitive parameter (CP) or to make a competitive parameter (CP) a requirement (R). If a requirement (R) is changed to a competitive parameter (CP), the requirement will be evaluated in accordance with the criteria in Clause 10. The Contracting Authorities may also waive a competitive parameter (CP) or a requirement (R) during the negotiation phase, and add a new competitive parameter (CP) or requirement (R) during the negotiation phase.

The Contracting Authorities are not allowed to change minimum requirements (MR) or fundamental elements in the originally issued tender documents. However, linguistic clarifications, correction of obvious mistakes, inappropriateness, etc., may be made at all times, provided that this can be done without distortion of competition and discrimination of the tenderers.

All corrections to the tender documents during the negotiation process will be marked with "track changes".

All tenderers participating in the procedure will via the electronic tendering system be given access, simultaneously, to the revised tender documents and will be given the same amount of time to prepare any revised negotiable tenders.

The revised tender documents will provide the basis for possible subsequent initial tenders and the final tenders.

10. AWARD OF THE CONTRACT

10.1 Award criterion

The Contracting Authorities will award the contract to the tenderer having submitted the most economically advantageous tender, which is identified on the basis of the award criterion "Best price/quality ratio".

10.2 Sub-criteria

When evaluating which tender implies the best price/quality ratio, the Contracting Authorities will use the following sub-criteria including the weighting stated:

Sub-criteria	Weighting
Price	30 pct.
Quality	40 pct.
Reliability of Operation	30 pct.

10.2.1 Sub-criterion, Price 30 %

The evaluation of the sub-criterion Price is based on the overall price for evaluation purposes (referred to in the following as the “evaluation-technical price”).
 ...”

Om de kvalitative underkriterier, Quality og Reliability of Operation, fremgår, at de hver indeholder tre delkriterier (1, 2 og 3 nedenfor), som vægter lige meget, således:

”10.2.2 Sub-criterion, Quality 40 %

The evaluation of the sub-criterion Quality is based on the following sub-sub-criteria (Each of the three sub-sub-criteria will be given the same weight (1/3) in the evaluation of the sub-criterion):

1) Helicopter and approvals (Appendix 1, (CP) no. 1.2, 1.7, 1.9, 1.11, 1.26 and 1.28)

... An overall assessment of the sub-sub-criteria will be made, however, special emphasis will be put on CP no. 1.2 in the evaluation.

2) Medical interior and equipment (Appendix 1, (CP) no. 1.32, 4.3, 4.6, 4.8, 4.22 and 4.27)

... An overall assessment of the sub-sub-criteria will be made, however, special emphasis will be put on CP no. 4.3 and 4.6 in the evaluation.

3) Crew requirements and flight operational capabilities (Appendix 1, (CP) no. 2.7, 6.2 and 7.9)

... An overall assessment of the sub-sub-criteria will be made, however, special emphasis will be put on CP no. 6.2 in the evaluation.

10.2.3 Sub-criterion, Reliability of Operation 30 %

The evaluation of the sub-criterion Reliability of Operation is based on an overall evaluation of the following sub-sub-criteria (Each of the three sub-sub-criteria will be given the same weight (1/3) in the evaluation of the sub-criterion):

1) Availability, Back-up helicopter and technical organization (Appendix 1, (CP) no. 3.4, 3.8, 4.10 and 4.13

... An overall assessment of the sub-sub-criteria will be made, however, special emphasis will be put on CP no. 3.4 in the evaluation.

2) Development and Organization (Appendix 1, (CP) no. 2.9, 5.8, 5.9, 5.10 and 5.11)

... An overall assessment of the sub-sub-criteria will be made, however, special emphasis will be put on CP no. 2.9 and 5.9 in the evaluation.

3) Implementation (Appendix 1, (CP) no. 8.1 and 8.2)

... An overall assessment of the sub-sub-criteria will be made.

With regard to the special emphasis being put on the specific competitive parameters (CP) stated above in this Clause 10.2.3 and in Clause 10.2.2, reference is also made to the column marked "IMP" in Appendix 1 (Requirement Specification) and the related guiding description of that column.

...”

Om evalueringsmetoden er i udbudsbetingelserne (Tender Conditions) fastsat bl.a.:

”...

10.3 Evaluation method – scoring model with financial framework

...

10.3.4 Points for the qualitative sub-criteria

...

The qualitative evaluation will be based on the following descriptive scale:

Description of scale	Point
Best possible	9
Extremely satisfactory	8
Very satisfactory	7
Above satisfactory	6
Satisfactory	5
Below satisfactory	4
Less than satisfactory	3
Not satisfactory	2
No added value	1

...”

I udbuddets kravspecifikation (Appendix 1 til kontraktudkastet) fremgår indledningsvist bl.a.:

”Guide to answering Tender Requirements

...

If the competitive parameter (CP) is marked with a star (*) in the column “IMP” it is considered a particularly important competitive parameter upon which the Contracting Authorities will put special emphasis in the evaluation. Consequently, a competitive parameter (CP) marked with a star (*) will be assigned more weight in the evaluation of the relevant sub-sub-criterion compared to one of the other competitive parameters not marked with a star (*) in the sub-sub-criterion (please note, that the weighting of each competitive parameter (CP) in the evaluation of the relevant sub-sub-criterion will also depend on the total number of competitive parameters (CP) within the sub-sub-criterion). See clause 10 of the Tender Conditions for further information

...

The extent to which the tenderer’s descriptions contain wording of legal obligations will also be included in the Contracting Authorities’ evaluation of the sub-criteria “Quality” and “Reliability of Operation”.

...”

Kravspecifikationen indeholder ca. 130 krav, hvoraf følgende er relevante for påstand 1 (1.8/1.9, 3.4, 4.27 og 5.11) og påstand 2 (3.4, 4.27 og 7.9).

Krav 1.8, som var et krav under overskriften ”Helicopter requirements”, og hvor det med rødt markerede blev tilføjet, og det med lys grå markerede blev slettet den 14. oktober 2022 efter forhandlingsmøderne med tilbudsgiverne:

”Speed

Recommended Maximum cruising speed as specified by the manufacturer must be more than 120 knots.

Maximum Recommended cruising speed must be calculated using Indicated True Airspeed (ITAS) at 1000’ MSL, ISA at Maximum take-off weight (MTOW).

Extract from datasheet for the relevant type of helicopter should be submitted with the tender to document maximum recommended cruising speed (datasheets for the entire helicopter-specifications should not be attached).”

Krav 1.9, som var et evalueringskrav under overskriften ”Helicopter requirements”, og hvor det med rødt markerede blev tilføjet, og det med lys grå

markerede blev slettet den 14. oktober 2022 efter forhandlingsmøderne med tilbudsgiverne:

”Evaluation of speed

The helicopters offered will be evaluated according to Maximum Recommended cruising speed as specified by the manufacturer, cf. req. no. 1.8. Maximum Recommended cruising speed above 120 knots will receive a positive evaluation.”

Krav 3.4, som var et *-markeret evalueringskrav, og hvor det med rødt markerede blev tilføjet den 14. oktober 2022 efter forhandlingsmøderne med tilbudsgiverne:

”Setup to ensure Availability Time The Supplier must describe what actions are taken to ensure the guaranteed Availability Time, cf. req. no. 3.2. The Supplier’s solution will be evaluated on the basis of the following properties:

- Back-up crew in addition to the back-up crew described in req. no. 3.3 or other solutions to the back-up crew being unavailable (especially in June, July and August).
- Suitable procedures for activating replacement or back-up crew cf. req. no. 3.3.
- Quick access to service and maintenance facilities
- A Service and maintenance programme that ensures reliability
- An appropriate number and type of service contracts offered throughout the Term of the Contract (e.g., parts by the hour, power by the hour, etc.) or other appropriate means to ensure reliability
- Appropriate number of technical staff on call
- A good risk assessments (that support decisions which ensures reliability – e.g. stock of critical spare parts, location of technical staff etc.)
- Other relevant actions taken to ensure the guaranteed availability time”

Krav 4.27, som var et evalueringskrav, og hvor det med rødt markerede blev tilføjet, og det med lys grå markerede blev slettet den 14. oktober 2022 efter forhandlingsmøderne med tilbudsgiverne:

”WIFI evaluation

The Supplier’s solution will be evaluated on the extent to which the Supplier offers a robust technical solution regarding the WIFI in the helicopters. The evaluation will include an overall assessment of the offered WIFI speed (the higher the better) based on all relevant elements such as following is offered (the higher the better.:

- WIFI speed on ground
- WIFI speed when cruising (e.g. at 1500 feet)
- Mobile network coverage (e.g. at 1500 feet)

The response should be complemented with a description of theoretical WIFI speed (download and upload), possible practical test results regarding WIFI speed (download and upload) as well as other installation measures, including a description of the offered external antenna system that can support the stated WIFI speeds and mobile network coverage (e.g. antenna on the outside of the helicopter that enables communication with the GSM network on the ground).”

Krav 5.11, som var et evalueringskrav, og hvor det med rødt markerede blev tilføjet den 14. oktober 2022 efter forhandlingsmøderne med tilbudsgiverne:

”Flight operative development

The Supplier must describe the organisational setup, responsibility and possible CVs of the project managers, relevant contracts, partnerships, etc. that will make it possible to develop the flight operational capabilities of the HEMS in Denmark.

The evaluation will emphasise the extent to which the following is provided:

- Robustness of organisational setup in regards to flight operative development – i.e. is the development driven by single individuals or is the development anchored in a group sharing responsibility.
- Relevant and good competencies and experience of the people working with flight operative development/project managers (CVs can be attached)
- A high number of allocated hours pr. person committed to specific flight operative development in Denmark (e.g. project managers and specialists dedicated to Denmark etc.).
- Relevant strategic partnerships and/or contracts with external parties entailing flight operative development – e.g. Partnerships resulting in implementation of technical solutions tailored to the specific operation.

The Supplier’s past experiences with flight operative projects can be included in the description to exemplify workflow and organization, but will not be given weight in itself.”

Krav 7.9, som var et evalueringskrav, og hvor det med rødt markerede blev tilføjet den 14. oktober 2022 efter forhandlingsmøderne med tilbudsgiverne:

”Evaluation of NVG

The Supplier will receive a positive evaluation, if the offered NVG is newer than generation 3 and/or if the weight of the NVGs offered is light. (lighter is better)

It may also be given a positive evaluation if the Supplier legally commits itself to provide certain functional upgrades of the NVGs, as soon as such functional upgrades are available and without any extra payment by the Customer. The best evaluation in this respect will be given to a legally binding commitment to provide such upgrades no later than 31 December 2025.

Furthermore, positive weight will be given to an effective setup to replace and repair broken NVGs, especially if replacement can be done faster than six hours.”

Af udbudsmaterialets Appendix A (”background information”), der indeholder historiske oplysninger om HEMS-aktiviteten, fremgår bl.a., at der i perioden 2019-2021 gennemsnitlig har været flere flyvninger i månederne juni, juli og august end i resten af året.

Forhandlingsforløbet

Ved udløbet af fristen for indlevering af indledende tilbud den 2. september 2022 havde regionerne modtaget fire tilbud. Der blev i forlængelse heraf afholdt forhandlingsmøder med tilbudsgiverne primo oktober 2022.

En tilbudsgiver, Elifruilia S.p.A., meddelte den 7. november 2022, at virksomheden ikke ønskede at afgive endeligt tilbud. Af den italienske tilbudsgivers meddelelse herom til regionerne, som er fremlagt for klagenævnet, fremgår, at den italienske tilbudsgivers beslutning ikke er relateret til de krav, der er genstand for denne klagesag.

Forhandlingsmøde med HEMS Denmark blev afholdt den 4. oktober 2022. Af referat fra mødet fremgår bl.a.:

”...

Der blev kort redegjort for, at Ordregiver ser ind i en række mindre justeringer og præciseringer i udbudsmaterialet, og at disse forventet vil være af mindre omfang, som ikke justerer på tidsplanen. Hvis Scandinavian Air Ambulance and KN Helicopters mod forventning ser nogle af ændringerne som mere omfattende for deres tilbud, opfordres de til at gøre opmærksom herpå hurtigst muligt.

...”

Regionerne meddelte den 21. oktober 2022 tilbudsgiverne, at fristen for indlevering af endelige tilbud ville blive forlænget med en uge.

De tre tilbudsgivere, der afgav endelige tilbud, tilbød samme helikoptertype fra producenten Airbus, en H135 for den lille helikopter, og en H145 for den store helikopter.

Orientering om evalueringsresultatet m.v.

Den 5. januar 2023 orienterede regionerne bl.a. HEMS Denmark om resultatet af evalueringen. Af orienteringen fremgår, at der i relation til underkriteriet Quality var tildelt følgende point:

”...

Tenderer	A) Helicopter and approvals	B) Medical interior and equipment	C) Crew requirements and flight operational capabilities	Total points “Quality” (rounded)
NLA	8	8	8	8.0000
HEMS Denmark	8	6	8	7.3333
SAF	7	6	7	6.6667

...”

I relation til underkriteriet Reliability of Operation var tildelt følgende point:

”...

Tenderer	D) Availability, Back-up helicopter and technical organization	E) Development and Organization	F) Implementation	Total points “Reliability of operation” (rounded)
NLA	9	8	9	8.6667
HEMS Denmark	7	7	7	7.0000
SAF	7	6	8	7.0000

...”

Den samlede evaluering resulterede herefter i følgende point:

” ...

<i>Tenderer</i>	<i>Price 30% (rounded)</i>	<i>Quality 40% (rounded)</i>	<i>Reliability of Operation 30% (rounded)</i>	<i>Total points (rounded) (weighted)</i>
<i>NLA</i>	7.0012 <i>(weighted 30 %: 2.1004)</i>	8.0000 <i>(weighted 40 %: 3.2000)</i>	8.6667 <i>(weighted 30 %: 2.6000)</i>	7.9004
<i>HEMS Denmark</i>	9.0000 <i>(weighted 30 %: 2.7000)</i>	7.3333 <i>(weighted 40 %: 2.9333)</i>	7.0000 <i>(weighted 30 %: 2.1000)</i>	7.7333
<i>SAF</i>	7.1048 <i>(weighted 30 %: 2.1314)</i>	6.6667 <i>(weighted 40 %: 2.6667)</i>	7.000 <i>(weighted 30 %: 2.1000)</i>	6.8981

...”

Orienteringen var vedlagt to bilag, et med evalueringen af tilbuddet fra HEMS Denmark og et med evalueringen af tilbuddet fra NLA. Heraf fremgår bl.a.:

- at de endelige tilbud fra NLA og HEMS Denmark begge blev vurderet ”extremely positive” i relation til evalueringskrav 1.9. Kravet var et ud af seks evalueringskrav under delkriteriet ”Helicopter and approvals” for hvilket både NLAs og HEMS Denmarks tilbud fik evalueringen ”extremely satisfactory” svarende til 8 ud af 9 mulige point. Delkriteriet var en del af evalueringsgrundlaget for underkriteriet Quality, som vægtede 40 %
- at det endelige tilbud fra NLA blev vurderet ”extremely positive”, mens det endelige tilbud fra HEMS Denmark blev vurderet ”very positive” i relation til evalueringskrav 3.4. Kravet var et ud af seks evalueringskrav under delkriteriet ”Availability, Back-up helicopter and technical organization”, for hvilket tilbuddet fra NLA fik evalueringen ”best possible” svarende til 9 ud af 9 mulige point, og tilbuddet fra HEMS Denmark fik evalueringen ”Very Satisfactory” svarende til 7 ud af 9 mulige. Delkriteriet var en del af evalueringsgrundlaget for underkriteriet Reliability of operation, som vægtede 30 %
- at de endelige tilbud fra NLA og HEMS Denmark begge blev vurderet ”very positive” i relation til evalueringskrav 4.27. Kravet var et ud af seks evalueringskrav under delkriteriet ”Medical interior and equipment”, for hvilket tilbuddet fra NLA fik evalueringen ”extremely satisfactory” svarende til 8 ud af 9 mulige point, og tilbuddet fra HEMS Denmark fik evalueringen ”above Satisfactory” svarende til 6 ud af 9

mulige. Delkriteriet var en del af evalueringsgrundlaget for underkriteriet Quality, som vægtede 40 %

at de endelige tilbud fra NLA og HEMS Denmark begge blev vurderet ”very positive” i relation til evalueringskravet 5.11. Kravet var et ud af fem evalueringskrav under delkriteriet ”Development and Organization”, for hvilket tilbuddet fra NLA fik evalueringen ”extremely satisfactory” svarende til 8 ud af 9 mulige point, og tilbuddet fra HEMS Denmark fik evalueringen ”very satisfactory” svarende til 7 ud af 9 mulige. Delkriteriet var en del af evalueringsgrundlaget for underkriteriet Reliability of operation, som vægtede 30 %.

at de endelige tilbud fra NLA og HEMS Denmark begge blev vurderet ”very positive” i relation til evalueringskravet 7.9. Kravet var et ud af tre evalueringskrav under delkriteriet ”Crew requirement and flight operational capabilities”, for hvilket tilbuddene fra NLA og HEMS Denmark begge fik evalueringen ”extremely satisfactory” svarende til 8 ud af 9 mulige point. Delkriteriet var en del af evalueringsgrundlaget for underkriteriet Quality, som vægtede 40 %.

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

HEMS Denmark har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Regionerne har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har HEMS Denmark gjort gældende, at regionerne har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, og med udbudslovens § 66, stk. 2 og stk. 5, ved at have forhandlet og/eller ændret evalueringskravene 1.9 (i sammenhæng med krav 1.8), 3.4, 4.27 og 5.11.

Der er ikke i forbindelse med regionernes ændringer af evalueringskravene redegjort nærmere for baggrunden for ændringerne. Formuleringen af evalu-

eringskravene blev ikke drøftet under forhandlingerne mellem HEMS Danmark og regionerne. Det må derfor lægges til grund, at ændringerne skyldes ønsker fra eller hensyn til andre tilbudsgivere.

Efter udbudslovens § 66, stk. 2, kan der ikke under et udbud med forhandling ”forhandles om de endelige tilbud og grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling”. Udbudslovens § 66, stk. 2, skal fortolkes sådan, at enhver ændring af kriterierne for tildeling under udbudsproceduren skal anses for en ændring af grundlæggende elementer. Der skal således ikke foretages en selvstændig vurdering af, om ændringen er udtryk for en ændring af grundlæggende elementer ud fra sædvanlige udbudsretlige kriterier. Der skal alene foretages en vurdering af, om ændringen direkte eller indirekte kan siges at ændre på kriterierne for tildeling. Hvis dette er tilfældet, er ændringen i strid med udbudslovens § 66, stk. 2.

Denne fortolkning støttes af den underliggende bestemmelse i udbudsdirektivets artikel 29, stk. 3, 2. pkt., som entydigt fastslår, at ”minimumskravene og tildelingskriterierne er ikke genstand for forhandling”. Der er ikke i bestemmelsen nogen henvisning til, om der dermed tillige kan være sket en ændring af grundlæggende elementer.

Ændringerne er under alle omstændigheder ændringer af grundlæggende elementer i strid med udbudslovens § 66, stk. 5.

HEMS Danmark har endelig ex tuto gjort gældende, at regionerne ikke har haft nogen saglig grund til at foretage de pågældende ændringer, og at der under de givne omstændigheder, hvor ændringerne er foretaget efter, at regionerne har modtaget tilbudsgivernes indledende tilbud og ført forhandlinger med tilbudsgiverne, må pålægges regionerne en særligt streng bevisbyrde for, at ændringerne udelukkende er sagligt begrundet og ikke i stedet – eller tillige – er begrundet i ønsker fra eller hensyn til bestemte tilbudsgivere eller på anden vis påvirker konkurrencen mellem tilbudsgiverne.

Særligt ad krav 1.8 og evalueringskrav 1.9 ”Speed”

Hems Danmark har gjort gældende, at regionerne med ændringerne reelt har fjernet konkurrencen eller i hvert fald væsentligt har påvirket konkurrencen mellem tilbudsgiverne til skade for HEMS Danmark.

”Maximum cruising speed” og ”Maximum take-off weight” er i helikopterterminologi begreber, der fastsættes af producenten af helikopteren. Begreberne tager udgangspunkt i producentens standardleverance for den pågældende model ud fra nogle generelle forudsætninger, som er fastsat af producenten. Begreberne tager således ikke hensyn til den individuelle apering, tilpasning og udstyr m.v., som tilføjes af køberen af helikopteren. I den praktiske virkelighed vil såvel den reelle ”recommended cruising speed” som den reelle ”maximum cruising speed” imidlertid afhænge af en række faktorer, herunder i særdeleshed den faktiske vægt af den enkelte helikopter inkl. apering, tilpasning og udstyr.

To tilbudsgivere, der bruger samme helikoptermodel, vil derfor som udgangspunkt have samme ”maximum cruising speed”, når beregningen sker med udgangspunkt i ”Maximum take-off weight” (MTOW), uanset om deres apering, tilpasning og udstyr indebærer, at de to helikoptere er vidt forskellige. Hvis beregningen derimod sker med udgangspunkt i den faktiske vægt af de to helikoptere under hensyn til apering, tilpasning og udstyr snarere end med udgangspunkt i MTOW, vil ”maximum cruising speed” og ”recommended cruising speed” være forskellig for to tilbudsgivere, der anvender samme helikopter-model, men som har forskellig apering, tilpasning og udstyr m.v.

I det aktuelle udbud har alle tilbudsgivere tilbudt helikoptere af modellerne Airbus H135 og H145. Tilbudsgiverne har således i udgangspunktet den samme ”maximum cruising speed” og den samme MTOW.

En signifikant del af konkurrencen i det påklagede udbud angår det udstyr og den indretning, som tilbudsgiverne tilbyder med henblik på at omdanne modellerne til ambulancehelikoptere, som på bedst mulig vis er tilpasset regionernes krav og konkurrenceparametre.

Der er intet i betegnelsen af krav 1.8 eller evalueringskrav 1.9, i den oprindelige formulering af disse krav eller i opbygningen af kravspecifikationen, som antyder, at kravene alene skulle knytte sig til helikoptertypen som sådan og uden hensyntagen til den individuelle apering og udstyr m.v., som den enkelte tilbudsgiver giver den tilbudte helikoptertype.

Tværtimod er den naturlige forståelse af den oprindelige formulering af krav 1.8 og evalueringskrav 1.9, at der netop skal tages hensyn til den individuelle

aptering og udstyr, som de enkelte tilbudsgivere ville udstyre deres tilbudte helikoptere med.

Det afgørende moment i ændringerne af krav 1.8 og evalueringskrav 1.9 er imidlertid, at regionerne ved i ændringerne at specificere, at "Maximum cruising speed" skal beregnes på grundlag af MTOW, foretager en ændring, der medfører, at alle tilbudsgivere, der bruger samme helikoptertype, vil få samme "Maximum cruising speed", uanset de facto forskelle på grund af forskelle i vægt og udstyr.

At tilbudsgivernes indledende tilbud viste, at tilbudsgiverne anvendte forskellige forudsætninger ved deres beregning af "Recommended cruise speed", er ikke en tilstrækkelig begrundelse for at ændre kravet til at angå noget væsentligt forskelligt fra det, der følger af en naturlig og sædvanlig forståelse, og som lå i de oprindelige krav. Det gælder så meget desto mere, når man indlagde en beregningsforudsætning, som bevirkede, at tilbudsgivere med forskellige løsninger per definition ville blive vurderet ens i relation til evalueringskravet. Regionerne kunne således enten have vejledt tilbudsgiverne om den rette måde at beregne "Recommended cruise speed" på eller have præciseret beregningsmetoden på en måde, der fremmede ligebehandling og effektiv konkurrence om de parametre, som reelt er relevante for beregningen.

Den ændring af krav 1.8 og evalueringskrav 1.9, som regionerne har foretaget, er dermed egnet til at påvirke konkurrencen mellem NLA og HEMS Denmark. Det må således anses som tvivlsomt, om NLA med den tilbudte aptering, indretning og udstyr ville kunne overholde det oprindelige krav om en "recommended cruising speed" på minimum 120 knots. Konkurrenceparametret i den ændrede udgave fører reelt til, at konkurrencen flyttes fra at gå på den faktiske udformning af de tilbudte helikoptere med den forskellige aptering, indretning og udstyr til at gå på en teoretisk beregning, der vil være identisk for de to tilbudsgivere, når de tilbyder samme helikoptermodel.

Det kan da også konstateres, at evalueringen af de endelige tilbud fra NLA og HEMS Denmark i relation til evalueringskrav 1.9 er identisk, uagtet at der er væsentlige forskelle i relation til de tilbudte helikopteres faktiske vægt og hastighed.

Det kan endvidere ikke udelukkes, at ændringen af evalueringskrav 1.9 også vil kunne påvirke interessen for udbuddet som sådan, da ændringen ændrer væsentligt på de krav og parametre, som en tilbudsgiver ville skulle opfylde med henblik på at opnå en god evaluering.

Ad evalueringskrav 3.4 "Availability Time"

HEMS Denmark har gjort gældende, at ændringen efter sin karakter er egnet til at påvirke konkurrencen mellem tilbudsgiverne. Ændringen har således direkte bevirket, at regionerne har fjernet en del af den fordel, som regionerne ud fra de indledende tilbud kunne konstatere, at HEMS Denmark havde ved at tilbyde et ekstra backup crew i hele perioden maj-september, hvor NLA alene tilbød et backup crew i perioden juni-august.

Det datagrundlag, der er en del af udbudsmaterialet, understøtter ikke, at der er behov for at foretage en særlig afgrænsning af behovet for back-up crew til juni, juli og august.

Et tilbud om yderligere backup crew indebærer både en væsentligt forøget sikkerhed for regionerne og er udfordrende og omkostningskrævende for tilbudsgiverne.

Hvis ikke regionerne havde ændret evalueringskravet, skulle NLA have forholdt sig til, om NLA skulle have tilbudt back-up crew i en yderligere periode for at stå bedre i konkurrencen, hvilket ville have bevirket en fordyrelse af den af NLA tilbudte pris. Ved at ændre kravet har regionerne fjernet denne usikkerhed for NLA og dermed påvirket udfaldet af evalueringen af kriteriet pris. Ændringen har derfor påvirket eller som minimum efter sin karakter været egnet til at påvirke konkurrencen mellem NLA og HEMS Denmark på en uretmæssig måde.

Ad evalueringskrav 4.27 "WIFI"

HEMS Denmark har gjort gældende, at kriteriet gik fra at være et kriterium, som udelukkende angik WIFI speed baseret på tre specificerede parametre, til at være et bredere kriterium, der overordnet angår, om tilbudsgiveren tilbyder en "robust technical solution regarding the WIFI in the helicopters", hvor de tre specifikke parametre fra den oprindelige udgave herefter kun er eksempler på elementer, der kan inddrages i vurderingen. Ved ændringen blev som noget nyt inkluderet, at tilbuddet skal omfatte "possible practical test results".

Den løsning, som HEMS Denmark tilbød, er en "state of the art"-løsning, men for at HEMS Denmark ville være i stand til at dokumentere dette ved "practical test results", ville HEMS Denmark skulle foretage indkøb af den komplette løsning, installere den i/på en helikopter, udføre konkrete målinger samt foretage bearbejdnings af de foretagne målinger. Dette var helt åbenbart ikke muligt inden for den tidsramme på 13 arbejdsdage, der var fra regionerne offentliggjorde ændringerne af evalueringskrav 4.27, og indtil tilbudsgiverne skulle aflevere deres endelige tilbud.

Ad evalueringskrav 5.11 "Flight operative development"

HEMS Denmark har gjort gældende, at ændringen er i strid med såvel udbudslovens § 2, stk. 1, som udbudslovens § 3, stk. 2, idet ændringen både har til formål og som virkning at give en fordel til flight operative development i Danmark fremfor i andre medlemsstater. Ændringen er således enten de facto nationalitetsdiskriminerende eller klart tenderende mod at være det ved at give tilbudsgiverne incitament til at dedikere ressourcer til Danmark

Det fremgår af regionernes evalueringsrapport, at de foretagne ændringer har haft betydning for den positive evaluering af NLAs tilbud. NLA har derved opnået en fordel i konkurrencen ved den foretagne ændring.

Særligt vedrørende påstand 1 har regionerne gjort gældende, at det følger af såvel udbudslovens § 41 som §§ 160-162, at det er ordregivers prærogativ i udbudsmaterialet at fastsætte kravene til de ydelser, der skal anskaffes, samt hvordan der vælges mellem de indkomne tilbud, herunder i forhold til fastsættelse af tildelingskriterier, og hvilke oplysninger tilbuddene skal indeholde som grundlag herfor.

Regionerne har påvist, at kravene i udbudsmaterialet, inklusive de præciseringer, der er foretaget i udbudsmaterialet inden afgivelse af de endelige tilbud, er saglige og båret af ønsket om at behandle tilbudsgiverne lige med henblik på at opnå den bedst mulige konkurrence. HEMS Denmarks spekulationer om, hvorvidt regionerne reelt skulle have andre hensigter, er helt udokumenterede.

Regionerne er ikke afskåret fra eller begrænset i at foretage de justeringer/ændringer i udbudsmaterialet, der ud fra saglige grunde viser sig at være nødvendige, blot fordi regionerne har valgt meget detaljeret i udbudsmaterialet at beskrive, hvilke elementer der indgik i evalueringen af tilbuddene.

Regionernes justeringer/ændringer i evalueringskrav udgør derfor ikke i sig selv en overtrædelse af udbudslovens § 66, stk. 2, 2. pkt. Der må i stedet foretages en konkret vurdering af de foretagne justeringer/ændringer, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 12. januar 2022, Norsk Luftambulans AS mod regionerne. Af forarbejderne til udbudslovens § 66 om de tilpasninger, som ordregiver kan foretage i udbudsmaterialet på baggrund af forhandlingerne, fremgår:

”Ordregiveren har mulighed for at tilpasse udbudsmaterialet på baggrund af forhandlingerne med den enkelte deltager. Det er op til ordregiveren at beslutte, hvilke dele af udbudsmaterialet, der eventuelt skal tilpasses.

...

Ordregiveren er berettiget til at udforme udbudsmaterialet på den måde, der bedst tilgodeser ordregiverens egne behov. Dette gælder også, selvom visse tilbudsgivere vil have lettere ved at opfylde ordregiverens behov end andre tilbudsgivere. Foretager ordregiveren ændringer i udbudsmaterialet, som tilgodeser visse tilbudsgivere, skal ordregiveren kunne redegøre for, at ændringen skyldes saglige krav og ikke, at ordregiveren favoriserer visse tilbudsgivere på bekostning af andre. Sådanne saglige krav kan eksempelvis være, at ordregiveren ved at ændre sine krav kan opnå en væsentlig lavere pris, selv om ikke alle tilbudsgiverne kan levere til en lavere pris, fordi kravene bliver ændret.”

Det er således ikke i sig selv i strid med udbudslovens § 66, stk. 2, 2. pkt., at foretage ændringer af evalueringskrav i et udbud med forhandling, så længe der ikke er tale om ændringer af grundlæggende elementer. Om der er tale om en ændring af et grundlæggende element beror på en konkret vurdering af ændringens karakter. Ved denne vurdering skal der lægges vægt på, om ændringen for en rimelig oplyst og normal påpasselig tilbudsgiver ligger inden for rammerne af det offentliggjorte udbudsmateriale.

Regionerne har ikke foretaget ændringer af grundlæggende elementer i udbuddet og har heller ikke foretaget væsentlige ændringer. Regionerne har alene foretaget præciseringer i udbudsmaterialet, der har tydeliggjort forståelsen af dette ved at indsætte yderligere informationer, herunder f.eks. ved justering af den oprindelige ordlyd eller ved tilføjelse af yderligere supplerende tekst.

Måtte klagenævnet fastslå, at der helt eller delvist er tale om ændringer, har regionerne gjort gældende, at disse ændringer er sket inden for udbudslovens rammer herfor. Det skal derved tages i betragtning, at der ikke er foretaget

ændringer eller præciseringer i de overordnede kriterier for tildeling forstået som tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” og de underkriterier, der i udbudsbekendtgørelsen er anført i relation hertil. Der er heller ikke foretaget ændringer eller præciseringer af evalueringskravenes overordnede karakter, men alene foretaget præciseringer i de underliggende beskrivelser af de elementer, der indgår i den samlede vurdering af disse. Der er således ikke fjernet eller tilføjet nye emner/temaer i relation evalueringskravenes eller tilføjet nye evalueringkrav. Endvidere er præciseringerne ikke foretaget på baggrund af en forhandling med en enkelt tilbudsgiver med henblik på at tilgodese denne, men alene ud fra saglige hensyn. Kriterierne for tildeling har således været de samme igennem hele udbudsprocessen. Præciseringerne har ikke været egnede til at påvirke konkurrencefeltet, da der er tale om præciseringer, der foretages i kriterier på ”yderste niveau”, som af samme årsag heller ikke i sig selv kan antages at kunne påvirke konkurrencen mellem de deltagende virksomheder.

Ad krav 1.8 og evalueringkrav 1.9 ”Speed”

Regionerne har gjort gældende, at årsagen til, at regionerne måtte justere ordlyden af krav 1.8 og evalueringkrav 1.9, var, at det ikke giver mening at evaluere på forskellige tal fra det samme datablad, når årsagen til de forskellige tal er, at tilbudsgiverne mere eller mindre arbitrært har valgt det tal, som de hver især synes var mest retvisende eller fordelagtigt. Kravene havde til formål at kunne differentiere mellem forskellige helikoptertyper (hvilket ikke blev aktuelt, da alle tilbød samme helikoptertype). Omvendt skal der ikke differentieres mellem de samme helikoptertyper.

Det var således for at øge gennemsigtigheden og sikre ligebehandling, at regionerne valgte at justere kravene, for så vidt angår den konkrete værdi, der skulle oplyses for helikopternes hastighed.

At det også oprindeligt havde været formålet med kravet/evalueringkravet, at der skulle oplyses et objektivt konstaterbart ”datablads-tal”, fremgår direkte af kravets ordlyd.

De konkrete forhold, som HEMS Denmark nævner i relation til vægten af konkrete tilpasninger, er ikke forhold, som kan rummes inden for de datablads-oplysninger, der efterspørges under evalueringkrav 1.9., hverken under den oprindelige ordlyd eller den opdaterede ordlyd af evalueringkravet.

At formålet med kravet/evalueringskravet var, at der skulle oplyses et objektivt konstaterbart ”datablads-tal”, støttes af referater fra en flyveteknisk arbejdsgruppe, som regionerne havde nedsat for at give faglige anbefalinger til udarbejdelse af udbudsmaterialet, herunder kravspecifikationen. Af referaterne, der er fremlagt for klagenævnet, fremgår således, at hastighed blev drøftet i forhold til de forskellige helikoptertyper og ikke i forhold til de enkelte helikopteres udstyr.

Den samlede vægt af den konkrete helikopterløsning, der tilbydes, inklusive vægten af tilbudte tilpasninger er et relevant parameter for regionernes tilbudsevaluering, men ikke i relation til evalueringskrav 1.9. Den samlede vægt indgår derimod i evalueringskrav 1.7 om beregningen af den maksimale patientvægt.

Regionernes justerede ordlyd af krav 1.8 og evalueringskrav 1.9 har således været saglig og har ikke påvirket konkurrencen mellem tilbudsgiverne. Det er endvidere ikke sandsynliggjort, at denne mindre justering af evalueringskravet skulle kunne påvirke interessen for udbuddet.

Ad evalueringskrav 3.4 ”Availability Time”

Regionerne har gjort gældende, at tilføjelsen alene skyldes regionernes saglige overvejelser om, at tilføjelsen yderligere ville kunne øge gennemsigtigheden for tilbudsgiverne, så det blev helt tydeligt, hvilke måneder regionerne anså som de vigtigste måneder i forhold til at have et ekstra back-up crew til rådighed.

Det fremgår af gennemsnitstallene for 2019 – 2021, at det netop er i juni – august, der er mest aktivitet i løbet af året, målt både efter antallet af missioner og antallet af flytimer.

Det stod herefter hver tilbudsgiver frit for at optimere sit tilbud i forhold til den justerede ordlyd af evalueringskriteriet, hvis tilbudsgiveren måtte ønske det, og som det bl.a. skete vedrørende SAFs tilbud.

Regionernes mindre tilføjelse i evalueringskrav 3.4 af et forhold, som tilbudsgiverne i forvejen burde være opmærksomme på, kan ikke betragtes som en ændring af et grundlæggende element. Tilføjelsen er på ingen måde egnet til at påvirke konkurrencen, og det er på ingen måde sandsynliggjort, at denne lille præcisering kan have påvirket interessen for udbuddet.

Ad evalueringskrav 4.27 "WIFI"

Regionerne har gjort gældende, at præciseringen af ordlyden havde til formål at sikre ligebehandlingen af tilbudsgiverne og uddybe de kriterier, som deres tilbudte WIFI-løsning skulle bedømmes efter. Præciseringen bidrog således til at øge konkurrencen mellem tilbudsgiverne og ikke at begrænse denne.

Indholdet af de indledende tilbud viste, at der var behov for at præcisere kravet, da tilbudsgiverne lagde vidt forskellige forudsætninger til grund for de anførte hastigheder. Det var således for at øge gennemsigtigheden og ligebehandlingen af tilbudsgiverne, at evalueringskravet blev præciseret, ikke for at tilgodese bestemte tilbudsgivere.

Det centrale i evalueringskravet forblev reelt uændret, idet omdrejningspunktet for evalueringen er det samme, nemlig WIFI-forbindelsen og dens nærmere robusthed/hastighed mv.

Ingen af tilbudsgiverne havde nogen særlig fordel i forhold til den præciserede ordlyd, idet det stod enhver frit at optimere tilbuddet ud fra de præciserede kriterier. Den præciserede ordlyd blev heller ikke drøftet med nogen af tilbudsgiverne. Den var således ikke et resultat af ønsker fra eller hensyn til bestemte tilbudsgivere.

Ad evalueringskrav 5.11 "Flight operative development"

Regionerne har gjort gældende, at præciseringen er et sagligt udtryk for det almindelige udbudsretlige princip om, at et konkurrenceparameter skal være knyttet til kontraktens genstand.

Alle tilbudsgivere i udbuddet har udenlandske udviklingsafdelinger. Det gælder generelt for disse udviklingsafdelinger, at de i høj grad er beskæftiget med de flyoperative problemstillinger, som sædvanligvis gør sig gældende i de lande, hvor tilbudsgiverne hidtil har haft aktiviteter/kontrakter.

Da den udbudte kontrakt kun vedrører HEMS tjenesten i Danmark, var det naturligt at præcisere ordlyden i overensstemmelse hermed.

Regionerne så hos alle tilbudsgivere en generel tendens til, at der blev omtalt meget omfangsrige udviklingsaktiviteter, hvor tilknytningen til ydelserne under kontrakten (HEMS ydelser i Danmark) dog kunne være meget svag eller ikke-eksisterende. For at undgå – i strid med de udbudsretlige principper – at

give positive evalueringer for generelle udviklingsaktiviteter i tilbudsgivernes koncernforbundne selskaber, der ingen tilknytning har til den udbudte kontrakts genstand, ønskede regionerne at foretage præciseringen, så det stod klart for alle, at der naturligvis måtte være en konkret tilknytning til aktiviteterne under kontrakten, før der kunne gives en positiv evaluering.

Alle tilbudsgivere – herunder også NLA – trækker på udviklingsressourcer uden for Danmark, hvilket på ingen måde har trukket ned i evalueringen. Det har derimod trukket ned i evalueringen, hvis det ikke var tilstrækkeligt klart beskrevet i tilbuddene, at ressourcerne var dedikerede til ydelserne under den udbudte kontrakt (HEMS ydelser i Danmark).

Den positive evaluering af tilbuddet fra NLA på dette punkt hænger ikke sammen med, hvor personerne er bosiddende, men derimod med i hvilken grad der er en konkret tilknytning til aktiviteterne under den udbudte kontrakt.

Da tilføjelsen i øvrigt blot er en præcisering af det almindelige udbudsretlige princip om, at evalueringskriterier skal have tilknytning til kontraktens genstand, er præciseringen ikke en grundlæggende ændring, og det er heller ikke på nogen måde sandsynliggjort, at præciseringen skulle have nogen betydning for interessen for udbuddet.

Regionerne har sammenfattende i relation til påstand 1 gjort gældende, at regionerne ikke har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, og med udbudslovens § 66, stk. 2 og stk. 5, ved at have foretaget konkrete præciseringer i et eller flere krav og evalueringskrav. HEMS Denmark skal derfor ikke have medhold i påstand 1.

Vedrørende påstand 2 har HEMS Denmark gjort gældende, at når man sammenstiller regionernes kommentarer til tilbuddene fra henholdsvis NLA og HEMS Denmark, er det ikke muligt at forklare forskellen i evalueringen af de to bud.

Regionerne har en skærpet bevisbyrde for, at det foretagne skøn er sagligt og velbegrundet under de foreliggende omstændigheder, hvor indholdet af evalueringskravene er ændret under udbudsproceduren, efter tilbudsgivernes afgivelse af indledende tilbud, og efter at der er ført forhandlinger med tilbudsgiverne.

Hvis klagenævnet på den ene side tillader ordregiveren at ændre i indholdet af konkurrenceparametre, efter at ordregiveren har fået kendskab til indholdet af tilbudsgivernes indledende tilbud, og på den anden side indrømmer ordregiveren et vidt skøn ved evalueringen af tilbuddene i relation til de ændrede parametre, vil det åbne for en fordrejning af konkurrencen under udbud med forhandling, som vil være klart i strid med de rammer, der gælder for udbud med forhandling efter de EU-udbudsretlige rammer.

Ad evalueringskrav 3.4 "Availability Time"

HEMS Denmark har gjort gældende, at den eneste reelle forskel mellem evalueringen af tilbuddene fra HEMS Denmark og NLA i forhold til dette krav er, at det angives, at HEMS Denmarks beskrivelse kunne have været mere udførlig. Det bestrides imidlertid, at HEMS Denmarks besvarelse af evalueringskravet skulle være mindre udførlig end NLAs. Selv hvis der skulle være forskelle i omfanget af beskrivelserne, bestrides det, at der, således som udbudsmaterialet er udformet, skulle være adgang for regionerne til at tillægge omfanget af beskrivelserne på de nævnte punkter en så væsentlig vægt, at det ikke blot kan opveje forskellen mellem NLAs og HEMS Denmarks tilbud, men ligefrem kan føre til, at NLAs tilbud samlet for evalueringskravet opnår en højere evaluering end tilbuddet fra HEMS Denmark, når HEMS Denmark har tilbudt backup crew i månederne maj-september, dvs. 66,6 % mere end NLA.

Ad evalueringskrav 4.27 "WIFI"

HEMS Denmark har gjort gældende, at HEMS Denmark objektivt set har tilbudt en løsning med væsentligt højere WIFI-speed end NLA. På trods heraf har tilbuddene fra HEMS Denmark og NLA opnået samme vurdering.

HEMS Denmarks løsning har bl.a. [REDACTED] som en del af den primære løsning og har derudover tilbudt en back-up løsning i form af et [REDACTED].

Det af HEMS Denmark tilbudte DZMx-modem [REDACTED], hvilket ligeledes adskiller HEMS Denmarks løsning fra den, som NLA har tilbudt.

WIFI-speed i helikopteren er afhængig af to forskellige elementer, nemlig dels (1) den overførselshastighed, som modemmet muliggør, dels (2) [REDACTED].

Den løsning, som HEMS Denmark har tilbudt, er således markant bedre end den løsning, der er tilbudt af NLA på alle de tre – oprindeligt udtømmende – del-delkriterier, som indgik i den oprindelige udformning af evalueringskrav 4.27.

Efter at have modtaget og gennemgået tilbudsgivernes indledende tilbud har regionerne ændret udformningen, så dette kriterium i højere grad sigter på en ”robust technical solution” og en ”overall assessment”.

Den løsning, som HEMS Denmark har tilbudt, er så markant bedre end NLA's tilbudte løsning, at regionerne selv efter ændringen af evalueringskravet har foretaget en åbenbart retsstridig eller fejlbehæftet evaluering.

Ad evalueringskrav 7.9 ”NVG”

HEMS Denmark har gjort gældende, at det af evalueringen af tilbuddene i relation til evalueringskrav 7.9. kan udledes, at der er væsentlige forskelle mellem de løsninger, der er tilbudt af NLA og HEMS Denmark. Ingen af de to tilbudsgivere tilbyder NVG'er, som er nyere end generation 3. HEMS Denmarks tilbud indebærer imidlertid en væsentligt stærkere juridisk forpligtelse hertil end NLA's tilbud.

Uanset at der er væsentlige forskelle i de tilbudte løsninger fra NLA og HEMS Denmark, og at den løsning, som HEMS Denmark har tilbudt, objektivt set er markant bedre end den, som NLA har tilbudt i relation til centrale evalueringsspunkter i evalueringskravet 7.9, har begge tilbud fået evalueringen ”very positive”.

Vedrørende påstand 2 har regionerne gjort gældende, at evalueringen er sket i overensstemmelse med de anførte kriterier i evalueringskravene.

Regionerne har således ikke ved evalueringen i forhold til de kvalitative underkriterier anvendt pointskalaen for bedømmelsen af de indkomne tilbud på en uensartet måde, og/eller begået fejl, handlet usagligt eller overskredet grænsen for regionernes skøn i forbindelse med regionernes evaluering af tilbuddene i relation til et eller flere af evalueringskravene.

Der er generelt flere forhold i tilbuddet fra HEMS Denmark, som fremstod uklare og tvetydige, og som derfor nødvendigvis måtte trække ned i evalueringen.

ringen. Dette gør sig blandt andet gældende for evalueringskrav 3.4 vedrørende ekstra back-up crew, men også i forhold til flere elementer, som HEMS Denmark tilsyneladende troede var omfattet af tilbuddet, men som faktisk ikke var beskrevet i tilbuddet. Det følger i den forbindelse af fast klagenævnspraksis, at tilbudsgiveren bærer risikoen for uklarheder i tilbuddet.

Ad evalueringskrav 3.4 "Availability Time"

Regionerne har gjort gældende, at der er tale om et evalueringskrav, der omfatter 8 forskellige elementer, som tilbuddene vurderes på grundlag af. Punktet vedrørende ekstra back-up crew er kun ét element ud af disse 8 elementer, og det fremgår ingen steder, at punktet om ekstra back-up crew skulle tillægges særlig vægt i forhold til de øvrige elementer.

Det bestrides, at HEMS Denmark skulle have tilbudt 66,6 % mere ekstra back-up crew end NLA. Tilbuddet fra HEMS Denmark var således på dette punkt uklart ("May to September", "mid-May until mid-September", "beginning of May through to September"). Uklarheder i et tilbud er altid tilbudsgiverens risiko, og det kan derfor ikke lægges til grund, at HEMS Denmark har tilbudt 5 måneders ekstra back-up crew. Regionerne har dog, jf. regionernes afslagsbrev med bilag, tillagt det positiv vægt, at konsortiet tilbyder ekstra back-up crew også ud over juni – august. I overensstemmelse med evalueringskravets formulering ("especially in June, July and August") er den yderligere periode dog kun tillagt begrænset vægt.

Der var ikke stor forskel mellem tilbuddene fra NLA og HEMS Denmark i evalueringen, hvilket kan konstateres ved at se på oversigten over støttepoint. Tilbuddet fra NLA adskilte sig dog positivt fra tilbuddet fra HEMS Denmark på særligt 2 punkter: 1) NLAs tilbud har mere udførlige beskrivelser af procedureerne for aktivering af back-up crew'et, hvor HEMS Denmarks tilbud er mangelfuldt, og 2) NLAs tilbud har en mere udførlig risikoanalyse, hvor HEMS Denmarks tilbud også er mangelfuldt. Begge disse forhold er udtrykkeligt nævnt som elementer, der tillægges betydning i vurderingen af evalueringskravet.

Regionerne har således evalueret HEMS Denmarks tilbud i overensstemmelse med de anførte kriterier i evalueringskravet.

Ad evalueringskrav 4.27 "WIFI"

Regionerne har gjort gældende, at det ved evalueringen af HEMS Denmark's løsning blev tillagt positiv vægt, at HEMS Denmark har tilbudt en [REDACTED]

[REDACTED] hvorfor dette aspekt ikke adskiller sig markant fra de øvrige tilbudsgiveres løsning. HEMS Denmark nævner endvidere ikke nogen praktiske testresultater af den [REDACTED] af DZMx, uagtet at der kunne været vedlagt testresultater fra producenten af DZMx (Flighthcell). Det bestrides, at der alene kunne vedlægges tests, som HEMS Denmark selv har udført.

Regionerne er klar over – og har taget højde for dette i evalueringen – at HEMS Denmark's løsning indeholder [REDACTED], modsat NLA's løsning, der kun indeholder én GSM-antenne. Det fremgår udtrykkeligt af evalueringsbilagene til afslagsbrevet, hvor der i begrundelsen for evalueringen af HEMS Denmark's tilbud bl.a. er henvist til [REDACTED] mens der i begrundelsen for evalueringen af NLA's tilbud er henvist til "GSM-antenna".

Regionerne har således evalueret HEMS Denmark's tilbudte løsning i overensstemmelse med de anførte kriterier i evalueringskravet, og der er i evalueringen i overensstemmelse med evalueringskriterierne taget højde for de forskelle, der er mellem tilbudsgivernes tilbudte løsninger,

Ad evalueringskrav 7.9 "NVG"

Regionerne har gjort gældende, at tilbuddet fra HEMS Denmark manglede en beskrivelse af, hvordan de mere komplekse reparationer af NVG'erne – som kun særligt certificerede teknikere kan udføre – vil blive håndteret, på trods af at regionerne i agendaen til forhandlingsmødet netop efterspurgte en mere detaljeret beskrivelse heraf.

På trods af at regionerne på forhandlingsmødet med HEMS Denmark efterspurgte en mere udførlig beskrivelse heraf, har HEMS Denmark alene beskrevet dette element med to sætninger i sit tilbud. Til sammenligning var NLA's beskrivelse heraf både mere udførlig og kvalitativt af en helt anden karakter end i HEMS Denmark's tilbud.

Det er korrekt, at der er en forskel i graden af forpligtelse vedrørende ”E3 NVG’erne” i tilbuddene fra henholdsvis HEMS Denmark og NLA. Denne forskel er også blevet inddraget i evalueringen, hvilket fremgår af regionernes begrundelser vedrørende dette evalueringspunkt. Forskel i graden af juridisk forpligtelse blev opvejet af den helt manglende beskrivelse af, hvordan HEMS Denmark vil håndtere de mere komplekse reparationer af NVG’erne. Dette er der udførligt redegjort for i den vindende tilbudsgivers tilbud.

Regionernes evaluering af evalueringskravet 7.9 er dermed sket i overensstemmelse med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet.

Særligt vedrørende påstand 3 har HEMS Denmark med henvisning til det, der er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at regionernes tildelingsbeslutning skal annulleres.

Tilbuddene fra NLA og HEMS Denmark ligger evalueringsmæssigt særdeles tæt i udbuddet, og HEMS Denmark har afgivet et tilbud med en markant lavere pris end NLA. Det kan derfor ikke udelukkes – men forekommer tværtimod sandsynligt – at overtrædelser som nævnt i påstand 1 eller 2 har eller kan have haft konkret betydning for tildelingsbeslutningen.

Regionerne har bevisbyrden for, at dette ikke er tilfældet, og denne bevisbyrde må under de foreliggende omstændigheder være meget streng.

I relation til påstand 1 har HEMS Denmark yderligere gjort gældende, at der er tale om overtrædelser af bestemmelser af grundlæggende EU-retlig karakter, og at tildelingsbeslutningen derfor bør annulleres, såfremt HEMS Denmark får helt eller delvis medhold i påstand 1, uanset om der måtte kunne påvises nogen konkret betydning for tildelingsbeslutningen.

Særligt vedrørende påstand 3 har regionerne med henvisning til det, der er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstand 3 til følge.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Parternes anbringender ad betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) og betingelse nr. 3 (*interesseafvejning*) gengives ikke i kendelsen.

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, 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 klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*) bemærker klagenævnet, at der på det foreløbige foreliggende grundlag ikke er udsigt til, at HEMS Danmark vil få medhold i de nedlagte påstande.

Klagenævnet har ikke taget stilling til et anbringende fra regionerne om, at tilbuddet fra HEMS Danmark var ukonditionsmæssigt i relation til krav 3.5,

som angår medicinsk udstyr i reservehelikopteren, og krav 4.9, som angår ekstraudstyr.

Ad påstand 1

Påstand 1 angår ændringer i evalueringskrav 1.9, 3.4, 4.27 og 5.11.

Det følger af udbudslovens § 66, stk. 2, at der kan ikke forhandles om grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling. Bestemmelsens angivelse af mindstekrav og kriterier for tildeling er en eksemplificering af bestemmelsens forbud mod forhandling af grundlæggende elementer.

Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår bl.a.:

”Ordregiveren har mulighed for at tilpasse udbudsmaterialet på baggrund af forhandlingerne med den enkelte deltager. Det er op til ordregiveren at beslutte, hvilke dele af udbudsmaterialet, der eventuelt skal tilpasses.

...

Ændringerne kendes først, når ordregiveren har gennemført forhandlinger med alle tilbudsgivere og tilkendegivet, hvilke ændringer der foretages.

...”

Der foreligger ikke i det foreløbigt foreliggende oplysninger, der giver grundlag for at antage, at regionerne har forhandlet med tilbudsgiverne om evalueringskrav 1.9, 3.4, 4.27 og 5.11 i strid hermed.

Det følger af udbudslovens § 66, stk. 5, at ordregiveren under et udbud med forhandling ikke må foretage ændringer i de grundlæggende elementer i det oprindelig udsendte udbudsmateriale.

Det beror på en konkret vurdering, om en given ændring af udbudsbetingelserne ligger inden for rammerne af de udbudsretlige regler, eller om der er tale om en ændring af de grundlæggende betingelser for udbuddet, der indebærer, at ordregiveren har været forpligtet til at annullere udbuddet og efter omstændighederne foranstalte nyt udbud.

I udbudslovens § 24, nr. 37, er ændring af grundlæggende elementer defineret på følgende måde:

”Ændring af grundlæggende elementer: En ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt.”

I forarbejderne til bestemmelsen hedder det:

”Med bestemmelsens nr. 37 defineres begrebet ”ændring af grundlæggende elementer” som en ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

En ændring kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren, hvis den ville have givet andre ansøgere end de oprindelige udvalgte mulighed for at deltage, eller ville have tiltrukket yderligere deltagere til udbudsproceduren, f.eks. hvis ændringen bevirker, at en kontrakts karakter er væsentlig forskellig fra den, der oprindeligt blev fastlagt i udbudsmaterialet. En ændring fordrejer f.eks. konkurrencen, hvis den er en følge af, at ordregiver udnytter sin viden om de indkomne tilbud og ansøgninger til at give visse ansøgere eller tilbudsgivere en fordel, som ikke er sagligt begrundet.”

Det er ikke enhver påvirkning af konkurrencen, der er en uretmæssig fordrejning af konkurrencen. I forarbejderne til bestemmelsen hedder det således videre:

”Ordregiveren er berettiget til at udforme udbudsmaterialet på den måde, der bedst tilgodeser ordregiverens egne behov. Dette gælder også, selvom visse tilbudsgivere vil have lettere ved at opfylde ordregiverens behov end andre tilbudsgivere. Foretager ordregiveren ændringer i udbudsmaterialet, som tilgodeser visse tilbudsgivere, skal ordregiveren kunne redegøre for, at ændringen skyldes saglige krav og ikke, at ordregiveren favoriserer visse tilbudsgivere på bekostning af andre. Sådanne saglige krav kan eksempelvis være, at ordregiveren ved at ændre sine krav kan opnå en væsentlig lavere pris, selv om ikke alle tilbudsgiverne kan levere til en lavere pris, fordi kravene bliver ændret.”

Kravspecifikationen indeholdt en kategorisering af tre typer af krav: (I) Minimum Requirements (mindstekrav), (II) Requirements (krav) og (III) Competitive Parameters (evalueringskrav). I beskrivelsen af de tre kategorier af krav indeholdt typen ”Requirements (krav)” og ”Competitive Parameters (evalueringskrav)” begge en mulighed for regionerne til at foretage ændringer i disse undervejs, jf. udbudsbetingelsernes punkt 9.4.1 “Changes to the tender documents”

Ad krav 1.8 og evalueringskrav 1.9 "Speed"

Det kan på grundlag af tilbuddet fra NLA, som er fremlagt for klagenævnet, lægges til grund, at NLA har oplyst at kunne overholde det oprindelige krav om en "recommended cruising speed" på minimum 120 knots.

Regionerne har oplyst, at baggrunden for ændringen af kravet var, at der i tilbudsgivernes indledende tilbud (INDO) var oplyst forskellige tal, hvilket efter en nærmere analyse viste sig at være en følge af, at tilbudsgiverne havde valgt at oplyse forskellige tal fra den samme Airbus-helikopters datablad. Regionerne indhentede flyteknisk rådgivning om spørgsmålet og blev herefter rådet til at vælge en anden angivelse for helikoptertypens hastighed.

Ændringerne i krav 1.8 og evalueringskrav 1.9 indebærer, at "recommended cruising speed" ændres til "maximum cruising speed", og at beregningen af cruising speed skal udføres på grundlag af "Maximum take-off weight (MTOW)".

Af krav 1.8 og evalueringskrav 1.9 fremgår, at den "cruising speed", der skal oplyses, både før og efter ændringen er "as specified by the manufacturer", og at der skal vedlægges "Extract from datasheet" for den relevante helikopter til dokumentation for "cruising speed".

HEMS Denmark har oplyst, at "recommended cruising speed" og "maximum cruising speed" i helikopter-terminologi er begreber, der fastsættes af producenten af helikopteren, og at begreberne tager udgangspunkt i producentens standardleverance.

Det fremgår hverken af kravenes indhold, formuleringer eller placering i forhold til de fastlagte under- og delkriterier, at beregningen skal foretages på grundlag af andre forhold end dem, der er oplyst af producenterne.

Det forhold, at alle tilbudsgivere vælger at tilbyde samme helikopter og dermed med reelt samme "maximum cruising speed" og MOTW, gør ikke, at konkurrencen fordrejes ved de foretagne ændringer.

At flere andre evalueringskrav angår det udstyr og den indretning, som tilbudsgiverne tilbyder med henblik på at omdanne modellerne til ambulance-

helikoptere, som på bedst mulig vis er tilpasset regionernes krav og konkurrenceparametre, kan ikke føre til en fortolkning af kravene i strid med deres ordlyd.

Det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at der ikke er udsigt til, at HEMS Denmark vil få medhold i påstand 1 i relation til krav 1.8 og evalueringskrav 1.9.

Ad evalueringskrav 3.4 "Availability Time"

Regionerne har oplyst, at baggrunden for tilføjelsen var, at en af de andre ikke-vindende tilbudsgivere i sit indledende tilbud (INDO) havde anvendt en meget uklar/løs formulering vedrørende omfanget af ekstra back-up crew. Det gav regionerne anledning til at overveje en præcisering af dette element i evalueringskravet, således at regionernes behov kunne fremstå endnu tydeligere for alle tilbudsgivere.

Tilføjelsen vedrører alene et ud af otte punkter i et ud af fire evalueringskrav til et ud af tre delkriterier.

Tilføjelsen indebar ikke, at konkurrenceparameteret fik et andet indhold, da det også efter ændringen vedrørte sikring af "Availability Time", herunder ved omfanget af back-up crew.

Det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at tilføjelsen efter sin karakter, sit omfang og det oplyste om baggrunden herfor må anses for en præcisering, der ikke har fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgiverne.

Det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at der ikke er udsigt til, at HEMS Denmark vil få medhold i påstand 1 i relation til krav 3.4.

Ad evalueringskrav 4.27 "WIFI"

Ændringerne angår hovedsagelig en beskrivelse af, hvilke dokumenter/oplysninger der burde indgå i tilbuddet for at optimere dette.

Ændringerne indebar ikke, at konkurrenceparameteret fik et andet indhold, da det også efter ændringen vedrørte WIFI-hastighed og mobildækningen.

Det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at ændringen ikke har påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren og ikke indebar, at konkurrencen mellem tilbudsgiverne blev fordrejet. Ændringen udgjorde dermed ikke en ændring af grundlæggende elementer.

Det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at der ikke er udsigt til, at HEMS Denmark vil få medhold i påstand 1 i relation til krav 4.27.

Ad evalueringskrav. 5.11 "Flight operative development"

Ændringen bestod i en præcisering af, at udvikling af flyoperative løsninger skulle relatere sig til flyvning i Danmark.

Ændringerne indebar, at konkurrenceparameteret fik et andet indhold, da det efter ændringen var begrænset til at vedrøre udvikling af flyoperative løsninger i Danmark. Ændringen kunne derfor fordreje konkurrencen til fordel for en tilbudsgiver, der i forvejen måtte have en udviklingsafdeling i Danmark eller vedrørende Danmark. Ændringen er foretaget på et tidspunkt, hvor feltet af konkrete tilbudsgivere var fastlagt. Regionerne har oplyst, at ingen af tilbudsgiverne havde en udviklingsafdeling i Danmark.

Det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at regionernes ændring af krav 5.11 konkret ikke indebar, at konkurrencen mellem tilbudsgiverne blev fordrejet, og ændringen udgjorde dermed ikke en ændring af grundlæggende elementer.

Udbudslovens § 3, stk. 2, lyder:

”En ordregiver må ikke give økonomiske aktører og ydelser fra lande, der er medlem af Den Europæiske Union eller Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, en behandling, der er mindre gunstig end den, der gives økonomiske aktører og ydelser fra Danmark, at økonomiske aktører og ydelser fra lande, der er medlem af Den Europæiske Union eller Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, ikke må stilles mindre gunstig end økonomiske aktører og ydelser fra Danmark”

Der gælder et almindelige udbudsretlige princip om, at evalueringskriterier skal have tilknytning til kontraktens genstand. HEMS ydelserne i henhold til kontrakten skal udføres i Danmark.

Ændringen i evalueringskrav 5.11 må efter sin formulering og i lyset af det almindelige udbudsretlige princip om, at evalueringskriterier skal have tilknytning til kontraktens genstand, på det foreløbige grundlag der foreligger, forstås som angående udviklingsaktiviteter relateret til helikopterflyvning i Danmark og ikke udviklingsaktiviteter placeret fysisk i Danmark.

Det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at regionernes ændring af krav 5.11 ikke er i strid med udbudslovens § 3, stk. 2.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Ad påstand 2

Påstand 2 angår den konkrete evaluering af evalueringskrav 3.4, 4.27 og 7.9.

Efter fast klagenævnspraksis kan klagenævnet alene tilsidesætte det skøn, som en ordregivende myndighed har udøvet ved bedømmelsen af tilbudsgivernes opfyldelse af de kvalitative kriterier, såfremt ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens evalueringsskøn, eller har handlet usagligt.

Efter det oplyste er der ikke grundlag for at fastslå, at regionerne ved evalueringen af evalueringskrav 3.4, 4.27 og 7.9 har overskredet denne vide grænse for ordregiverens evalueringsskøn.

Ad evalueringskrav 3.4 "Availability Time"

HEMS Denmark har ved sine bemærkninger til et ud af otte forhold omfattet af evalueringskrav 3.4 ikke sandsynliggjort, at den evaluering, som regionerne har foretaget af HEMS Denmarks og NLAs tilbud i relation til evalueringskrav 3.4 er usaglig eller åbenbar forkert.

Ad evalueringskrav 4.27 "WIFI"

Det fremgår af et skema over støttepoint, der alene er fremlagt for klagenævnet, at HEMS Denmark ved evalueringen er tillagt flere point end de øvrige tilbudsgivere vedrørende dette evalueringskrav. HEMS Denmark har ikke ved sine bemærkninger til evalueringen af tilbuddene i forhold til dette evalueringskrav sandsynliggjort, at det skyldes fejl, er usagligt eller åbenbart forkert, at tilbuddet fra HEMS Denmark ikke blev evalueret endnu bedre.

Ad evalueringskrav 7.9 "NVG"

HEMS Denmark har ikke ved sine bemærkninger til et ud af tre forhold omfattet af evalueringskrav 7.9 sandsynliggjort, at den evaluering, som regionerne har foretaget af HEMS Denmark og NLAs tilbud i relation til evalueringskrav 7.9, er usaglig eller åbenbar forkert.

Klagenævnet finder derfor på det foreløbige foreliggende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte regionernes skøn ved evalueringen af tilbuddene eller for at anse den konkret foretagne evaluering for usaglig eller fejlagtig.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

Ad påstand 3

Der er på grundlag af det, der er anført ad påstand 1 og 2, ikke udsigt til, at HEMS Denmark vil få medhold i påstand 3.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nadia Reichenbach Bodentien
Kontorelev