

K E N D E L S E

Roche Diagnostics A/S
(advokat Carina Czerwinski Dall, København)

mod

Region Sjælland
(advokat Anne Bergholt Sommer og advokat Christoffer Goul Kilinç Andersen, Aarhus)

Intervenient:
Abbott Laboratories A/S
(advokat Lise Aaby Nielsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 046-118809 af 2. marts 2022, offentliggjort den 7. marts 2022, udbød Region Sjælland som offentligt udbud efter udbudsloven en kontrakt om levering af præanalytisk og analytisk udstyr og en tilhørende rammeaftale om levering af analysesvar i relation til udstyret. Der var tale om udbud af en vareindkøbskontrakt om levering af udstyr til syv lokationer (hospitaller) i regionen, en 8-årig rammeaftale om service på det leverede udstyr og en 10-årig rammeaftale om levering af analysesvar. Tildelingskriteriet var "det økonomiske mest fordelagtige tilbud" baseret på "bedste forhold mellem pris og kvalitet" med underkriterierne "Økonomi" (vægt 29 %), "Kvalitet, funktionalitet og brugervenlighed" (vægt 33 %), "Installation og omfang" (vægt 9 %), "Drift og service" (vægt 15 %), "Arbejds miljø, sikkerhed og uddannelse" (vægt 9 %) og "IT-krav" (vægt 5 %).

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud den 2. maj 2022 havde følgende

virksomheder afgivet tilbud:

- Abbott Laboratories A/S (herefter ”Abbott”)
- Roche Diagnostics A/S (herefter ”Roche”)
- Siemens Healthcare A/S (herefter ”Siemens”)

Den 13. juni 2022 meddelte Region Sjælland, at regionen havde besluttet at tildele Abbott kontrakterne. Den 23. august 2023 indgik Region Sjælland kontrakterne med Abbott.

Den 16. september 2022 indgav Roche klage til Klagenævnet for Udbud over Region Sjælland.

Roche har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Abbott som ukonditionsmæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have anvendt et uklart mindstekrav, som er uegnet til at danne grundlag for afgivelse af tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med udbudslovens § 169, stk. 1, ved ikke forud for tildelingsbeslutningen at anmode Abbott om at redegøre for priser og omkostninger i virksomhedens tilbud, da Abbotts priser fremstod som unormalt lave.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere Region Sjællands beslutning af 13. juni 2022 om at tildele kontrakterne til Abbott, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

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

Klagenævnet har den 19. september 2022 meddelt Abbott, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Abbott har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 23. september 2022 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at Abbott intervenerer i sagen til støtte for Region Sjælland.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen indeholder følgende:

”...

Del II: Genstand

II.1) Udbuddets omfang

...

II.1.4) Kort beskrivelse:

Indkøb af kemi/immunkemi udstyr incl. båndløsning, tilhørende serviceaftaler samt analysesvar til de klinisk kemiske afdelinger i Holbæk, Slagelse, Næstved, Nykøbing F, Køge, Roskilde og Kalundborg.

II.1.5) Anslået samlet værdi

Værdi eksklusive moms: 520 000 000.00 DKK

...

II.2) Beskrivelse

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Den ene kontrakt vedrører Ordregivers indkøb af udstyr (kemi/immunkemi udstyr/båndløsning) og serviceaftaler på udstyr og Middleware og den anden kontrakt vedrører Ordregivers indkøb af analysesvar., jf. udbudsbetingelsernes pkt. 8.

Kontrakten på udstyr og serviceaftalers maksimale værdi er DKK 120 000 000.00.

Kontraktens anslåede værdi er indledningsvist til udstyr maksimalt DKK 50 000 000.00 (bevillingsramme) og til serviceaftaler DKK 35 000 000.00 i 8 år.

Rammeaftalen på analysesvars maksimale værdi er DKK 1 125 000 000.00 i 10 år.

Rammeaftalens anslåede værdi til analysesvar er DKK 400 000 000.00 i 10 år.

De angivne estimater og forventede analysesvarsmængder er alene udtryk for Ordregivers forventninger til forbruget af de ydelser, der er omfattet af disse 2 kontrakter over 10 år. Ordregiver forpligter sig således ikke til at aftage minimum en bestemt mængde af ydelser eller at indkøbe for minimum et bestemt beløb. Det faktiske forbrug kan med andre ord vise sig at være højere eller lavere end, hvad estimaterne angiver, dog ikke højere end den maksimale værdi angivet i udbudsbekendtgørelsens del II.2.4).

Kravspecifikationen, jf. CTM, indeholder en uddybende beskrivelse af de udbudte produkter og ydelser.

...

II.2.6) Anslået værdi

Værdi eksklusive moms: 485 000 000.00 DKK

...”

I udbudsbetingelserne er anført følgende:

”...

1 Generelt

...

1.3 Definitioner

I nærværende udbudsbetingelser angiver udtrykket ”skal” krav, som tilbuddet skal opfylde for at komme i betragtning.

...

I udbudsbetingelserne angiver udtrykkene ”kan”, ”bør” og ”forventes” krav, hvis manglende overholdelse ikke bevirker, at Ordregiver vil se bort fra tilbuddet. Ordregiver henstiller dog, at kravene overholdes, så vidt det overhovedet lader sig gøre.

...

5 Udbuddets omfang og genstand

...

5.14 Oplysninger om installationsforhold m.v.

Tilbudsgiver skal som minimum vedhæfte tilbuddet:

Et målsat installationsskema, hvor alle dimensioner på udstyret og alle placeringer af installationstilslutninger (incl. vandanlæg) på udstyret og udstyrets vægt fremgår tydeligt. Dette gøres i CTM under spørgsmål 7.3,

7.4, 7.5, 7.6, 7.7 og 7.8. Der skal medleveres 1 tegning med grundkonfiguration (A-kravene) og 1 tegning med grundkonfiguration (A-kravene) og B-kravene.

...

6 Kravspecifikation

6.1 A-krav (mindstekrav)

For hver leverance (installationssted/system) er der i Kravspecifikationen i CTM angivet en række A-krav.

A-krav er mindstekrav, der skal opfyldes for at tilbuddet kan komme i betragtning. Ved afgivelse af tilbud bekræfter tilbudsgiver, at alle A-krav opfyldes.

A-krav fremgår af Kravspecifikationen i CTM.

6.2 B-krav (konkurrencekrav)

For hver leverance (installationssted/system) er der i Kravspecifikationen i CTM angivet en række B-krav (konkurrencekrav), hvis opfyldelse vægter positivt i Ordregivers evaluering af et tilbud i forhold til underkriterierne, jf. punkt 15.2, 15.3, 15.4, 15.5 og 15.6. Det er i Kravspecifikationen angivet, hvad der lægges vægt på i forhold til de enkelte B-krav.

...

15 Tildelingskriterium og underkriterier (tilbudsevaluering)

...

Hvert enkelt tilbud bedømmes på underkriterierne anført i punkt 15.1 – 15.6.

... [de enkelte underkriterier og deres vægtning]

Evalueringen af priskriteriet vil ske ud fra en relativ sammenholdelse af de tilbudte priser, jf. afsnit 15.1.

Ordregiver vil i vurderingen af de enkelte tilbud i forhold til de nedenfor anførte kvalitative underkriterier, jf. afsnit 15.2 til 15.6, benytte sig af nedenstående pointskala:

... [pointskalaen og beskrivelse af de enkelte trin]

Af Kravspecifikationen i CTM fremgår med hvilken faktor (1, 3, 5 eller 10) det enkelte spørgsmål/krav indgår i den samlede vurdering af underkriterierne. Faktor 3 er 3 gange faktor 1. Faktor 5 er 5 gange faktor 1. Faktor 10 er 10 gange faktor 1.

...”

Af kravspecifikationerne fremgår bl.a. følgende:

”1.27

Der skal medleveres vandanlæg i fornødent omfang, der leverer vand med nødvendig vandkvalitet og vandmængde til alle geografier.

Der skal sikres back up mulighed på vandforsyning til analyseudstyr på alle geografier på nær Kalundborg.

Der accepteres få manuelle processer ved skift til back-up vandforsyning f.eks. manuel skift til anden forsyning eller påfyldning af vand fra dunke i begrænset omfang.

...

1.28

Beskriv hvilke krav udstyret stiller til vandkvalitet, vandtryk og vandmængde for de tilbudte løsninger på hver geografi

- Hvorledes forsynes analyseudstyr med vand - vedhæft beskrivelse af vandforsyning til udstyr (vandanlæg), fabrikat og specifikationer.
- Oplys vandforbrug pr. time ved drift (peak).
- Angiv placering af vandanlæg på tegningerne.
- Hvordan sikres redundans på vandanlæg?
- * Beskriv hvorledes vandkvalitet sikres og kontrolleres.

Vurdering:

Løsninger der sikrer en høj forsyningssikkerhed/back-up på vandforsyning af den nødvendige kvalitet og mængde vægtes positivt. Et lille vandforbrug foretrækkes. Relevant indhold og hurtig responstid på serviceaftale vægtes positivt.

...

7.7

Kan Tilbudsgiver bekræfte at der er vedhæftet Installationstegning for KBA Næstved jf. pkt. 5.14 i Udbudsbetingelserne ?

...”

Af spørgsmål/svar fremgår bl.a. følgende:

”Question

193600

...

Det ønskes specificeret hvilke analyseinstrumenter det medleverede vandanlæg skal forsyne og dermed dimensioneres til.

Answer

...

I Næstved anvendes for nuværende et ELGA Medica R200 vandanlæg. Dette vandanlæg forsyner primært hæmatologiudstyr, der har et peakforbrug på maksimalt 20 L/timen. Derudover tappes der manuelt ca. 20 L vand til stand alone udstyr per døgn. Såfremt det tilbudte kemiudstyr kræver et separat vandanlæg skal dette vandanlæg primært dække kemiudstyr, dog gerne med mulighed for at de to vandanlæg kan fungere som back-up for hinanden ved længerevarende nedbrud at den ene anlæg. Ved nedbrud er det dog mest vigtigt, at kemi-udstyr er forsynet idet hæmatologi kan køre på fortyndet Cell-pack reagens.

...

Question

195176

...

Det eksisterende ELGA Medica R200 vandanlæg I Næstved er placeret i lokale 10.02.37. Vil dette lokale (10.02.37) kunne allokeres til endnu et vandanlæg (for redundans), så føringer og installationer til vandanlæg er samlet.

Answer

For nuværende er der i lokale 10.02.37 ELGA vandanlæg og backup for ELGA anlæg i form af søjler til vandrensning. Der er altså allerede både vandanlæg og redundans i dette rum. Desuden er der to bordcentrifuger, såfremt tilbudsgiver har behov for mere plads til vandanlæg og redundans skal bordcentrifuger placeres i et lydafskaermet område et andet sted i den samlede løsning.

...

Question

196560

...

Subject

Opdatering til svaret på spørgsmål 193600 ang. Krav 1.27

...

Besigtigelsesbesøg i Nykøbing F, Slagelse og Næstved har givet anledning til ny besvarelses tekst for disse geografier vedrørende vandanlæg. Se udskiftet svartekst.

Answer

...

I Næstved anvendes for nuværende et ELGA Medica R200 vandanlæg. Dette vandanlæg forsyner primært hæmatologiudstyr, der har et peakforbrug på maksimalt 20 L/timen. Derudover tappes der manuelt ca. 20 L vand til stand alone udstyr per døgn. Såfremt det tilbudte kemiudstyr kræver et separat vandanlæg skal dette vandanlæg primært dække kemiudstyr, dog gerne med mulighed for at de to vandanlæg kan fungere som back-up for hinanden ved længerevarende nedbrud at den ene anlæg. Ved nedbrud er det dog mest vigtigt, at kemi-udstyr er forsynet idet hæmatologi kan køre på fortyndet Cell-pack reagens. Det forventes at det nuværende anlæg udskiftes da det er gammelt.

...

Question

196637

For at tilbudsgiver kan vurdere, hvorvidt der er behov for separat vandanlæg til den tilbudte løsning, ønskes følgende oplyst af ordregiver.

- 1) Vandkvalitet på eksisterende anlæg (Elga-anlæg, Oplyste søjer til redundans i NAE samt centralanlæg i Slagelse og NFS) - Dvs. Lednings- evne, CFU (bakterier per ml, vandtryk ved tilslutning & vandtemperatur)
- 2) Tilgængelig kapacitet på eksisterende anlæg (Elga-anlæg, Oplyste søj- ler til redundans i NAE samt centralanlæg i Slagelse og NFS) - Dvs Hvor meget vand, det kan leveres per time til det nye udstyr.
- 3) Kvalitet på indfødningsvand til de nye vandanlæg (Dvs. Lednings- evne, CFU (bakterier per ml, vandtryk ved tilslutning & vandtemperatur)

Answer

Ad 1:

NFS vandanlæg leverer vand af Type 2 kvalitet ift. CLSI anvisningerne. Vandtemperatur op til 20-25 om sommeren (hvilket forventes højere end på andre matrikler da NFS anlæg er placeret under loftet).

NAE vandanlæg leverer vand af Type 2 kvalitet ift. CLSI anvisningerne. SLA vandanlæg leverer vand af Type 2 kvalitet ift. CLSI anvisningerne.

Ad 2:

(1. stk Vista bruger maksimalt 21,4 L/hr).

NFS - nuværende kapacitet 160 L/hr, hæmatologi bruger maksimalt 20 L/hr, nuværende kemiudstyr bruger maksimalt 65 L/hr (manuelle aftap- ninger ikke medtaget)

NAE - (vandanlæg forventes udskiftet) – nuværende kapacitet 200 L/hr, hæmatologi bruger maksimalt 20 L/hr, nuværende kemiudstyr bruger maksimalt 43 L/hr (manuelle aftapninger ikke medtaget)

SLA - hæmatologi bruger maksimalt 20 L/hr , nuværende kemiudstyr bruger maksimalt 65 L/hr (manuelle aftapninger ikke medtaget). Nuværende kapacitet ikke kendt men nyt udstyr kan forvente at have minimum samme mængde vand som nuværende kemiudstyr til rådighed og muligvis meget mere (et bud er at anlæg har samme kapacitet som NFS så min. omkring ~100 L/hr til kemiudstyr).

Ad 3:

Alm. Postevand (lokal kvalitet er ikke kendt men postevandet må forventes at have samme hårdhed som øvrigt vand der leveres i de respektive kommuner).

...”

Som anført ovenfor meddelte Region Sjælland den 13. juni 2022, at regionen ville indgå kontrakt med Abbott. Tilbudsgiverne modtog sammen med underretningen om tildelingsbeslutningen en evalueringsrapport. Af evalueringsrapporten fremgår bl.a. følgende:

”2 Tilbudsevaluering

2.1 Mindstekrav

Samtlige egnede tilbud (jf. pkt. 1.1) blev i forbindelse med evalueringen gennemgået med henblik på at konstatere, at alle mindstekrav er opfyldt.

Det blev konstateret, at det var tilfældet.

...

2.3 Økonomi

Prisen har i overensstemmelse med det i udbudsbetingelserne anførte vægtes 29% i den samlede evaluering.

Den samlede tilbudssum er beregnet på baggrund af den udfyldte tilbudsliste i CTM.

”Økonomi” er i henhold til udbudsbetingelserne evalueret efter en pointmodel på en skala fra 0-100. Ved evaluering af ”økonomi” er der benyttet en lineær nulpunktmodel, hvor laveste pris har fået 100 point, og laveste pris plus 100% har fået 0 point.

...

3 Samlet overblik over tildeling af rammeaftaler

Kontrakt	Betegnelse	Leverandør
3A	Kontrakt udstyr	Abbott Laboratories A/S
3B	Kontrakt analysesvar	Abbott Laboratories A/S

4 Evaluering af aftalen

...

4.2 Evaluering af aftalen

Aftalen består af 2 kontrakter med 1 leverandør og der er indkommet 3 konditionsmæssige tilbud på denne aftale.

Nedenstående tabel oplyser, hvor mange point det enkelte tilbud har opnået pr. underkriterie og samlet.

Beskrivelse	Vægt	Point Abbott Laboratories A/S	Point Roche Diagnostics A/S	Point Siemens
Pris/Økonomi	29	29,00	9,22	6,16
Kvalitet, funktionalitet og brugervenlighed	33	33,00	31,25	32,10
Installation og omfang	9	9,00	8,36	8,36
Drift og service	15	12,99	14,77	15,00
Arbejds miljø, sikkerhed og uddannelse	9	8,87	8,74	9,00
IT-krav	5	4,09	5,00	4,75
Totalt		96,95	77,34	75,38

Tilbudsgiver, der tildeles kontrakt:

Abbott Laboratories A/S

Brugergruppen har afgivet følgende point og kommentarer på de enkelte krav:

...

70 point:

Krav 1.28: Eksisterende vandanlæg genanvendes i større omfang, vandanlæg til Næstved er ikke udskiftet trods svar på spørgsmål 196560,...

..."

Region Sjælland har oplyst, at der blev afgivet følgende evalueringstekniske priser:

- Abbott: 236.261.076,14 kr.
- Roche: 397.393.732 kr.
- Siemens: 422.341.679,90 kr.

Som følge af Roches påstand 3 har Region Sjælland under klagesagen anmodet Abbott om en nærmere redegørelse for de priser og omkostninger, der indgår i Abbotts tilbud. Regionen har understreget, at regionen ikke dermed anerkender, at Abbotts tilbud forekom unormalt lavt, men at Abbotts redegørelse for sin prissætning kan være relevant i forhold til vurderingen af, om forholdet kan anses for at have haft betydning for udfaldet af udbuddet.

Redegørelsen fra Abbott indeholder konkurrencefølsomme oplysninger, og Roches aktindsigt i redegørelsen har derfor været begrænset, mens klagenævnet har haft fuld indsigt i den.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Roche har gjort gældende, at Region Sjælland var forpligtet til at afvise Abbotts tilbud som ukonditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte mindstekravet om levering af et nyt vandanlæg i Næstved. Region Sjælland har derfor overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at afvise Abbotts tilbud som ukonditionsmæssigt.

Det var et mindstekrav, at tilbudsgiverne skulle levere vandanlæg til alle lokationer, herunder Næstved, jf. kravspecifikationen 1.27. Af mindstekravet fremgik, at vandanlæg skulle leveres ”i fornødent omfang”, hvilket er et udtryk for, at tilbudsgiverne skulle levere et vandanlæg, hvis det tilbudte udstyr nødvendiggjorde rensning af vand, og at det var op til tilbudsgiverne at sikre sig, at de tilbød et vandanlæg, der kunne levere den nødvendige vandkvalitet og mængde. ”I fornødent omfang” relaterer sig til, om det tilbudte analyseudstyr krævede et vandanlæg med rensning af vand.

Tilbudsgiverne skulle beskrive de tilbudte vandanlæg, jf. kravspecifikationens B-krav 1.28. Region Sjælland har anført, at tilbudsgiverne i krav 1.28 konkurrerede på forsyningssikkerhed, vandkvalitet, vandforbrug mv. En tilbudsgiver kan dog ikke blive evalueret på at have tilbudt en løsning med f.eks. den bedste forsyningssikkerhed, når tilbudsgiveren end ikke har tilbudt

et vandanlæg, som skal sikre forsyningsikkerheden. Desuden fremgik det af kravspecifikationens A-krav 7.7, at tilbudsgiverne skulle bekræfte, at de havde vedhæftet en installationstegning for sygehuset i Næstved, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 5.14.

I medfør af udbudsbetingelsernes pkt. 4.1 havde tilbudsgiverne mulighed for at besigtige adgangsforhold og installationssteder på de forskellige hospitaler. Under sin besigtigelse i Holbæk spurgte Roches repræsentant, om vandanlægget i Næstved kunne forudsættes at være tilgængeligt for det kommende analyseudstyr, hvortil Roche blev oplyst om, at regionen ønskede vandanlægget udskiftet, da anlægget var gammelt og derfor ikke havde den samme levetid som det nye analyse-udstyr, der ville blive købt i kraft af udbuddet.

I spørgsmål/svar-fasen fremgik det, at anlægget i Næstved forventedes udskiftet, jf. spørgsmål 196560 og svar 196637. I evalueringsrapporten gav Region Sjælland Abbotts tilbud følgende kommentar: ”Eksisterende vandanlæg genanvendes i større omfang, vandanlæg til Næstved er ikke udskiftet trods svar på spørgsmål 196560”. Denne kommentar viser, at det også har været Region Sjællands vurdering, at det udgjorde et mindstekrav, at der skulle leveres et vandanlæg i Næstved. Siemens og Roche tilbød et vandanlæg i Næstved, da det var nødvendigt for at opfylde mindstekravet.

Hvis det ikke udgjorde et mindstekrav, at der skulle tilbydes et nyt vandanlæg i Næstved, har der været en ulige konkurrence, hvor nogle tilbudsgivere har tilbudt et vandanlæg uden at få tildelt point herfor, men tværtimod har fået en lavere pointscore på pris, mens en anden tilbudsgiver ikke har tilbudt et nyt vandanlæg. Denne tilbudsgiver har samtidig kunnet få tildelt en højere pointscore for pris, da tilbudsgiveren har kunnet tilbyde en lavere pris.

Udbudsmaterialet indeholdt ingen oplysninger om de eksisterende vandanlæg, og det var derfor ikke muligt for tilbudsgiverne at indregne vandanlægene som en del af deres løsning. De manglende oplysninger om de eksisterende vandanlægs kapaciteter og kvaliteter må tages som et udtryk for, at det hele tiden har været hensigten, at de eksisterende vandanlæg ikke skulle benyttes af tilbudsgiverne.

Region Sjælland har gjort gældende, at krav 1.27 ikke var et mindstekrav om, at samtlige vandanlæg skulle udskiftes. Hvis det havde været et mindstekrav,

at alle vandanlæg skulle udskiftes, ville kravet have været formuleret uden tilføjelsen ”i fornødent omfang”. Region Sjællands oplysninger ved besigtigelsen og ved spørgsmål/svar-fasen om, at vandanlægget i Næstved forventedes udskiftet, var et udtryk for en umiddelbar forventning fra regionens side. Regionen havde ikke opstillet det som et ufravigeligt krav, men havde oplyst, at vandanlæggets alder indebar, at regionen havde forståelse for og også en forventning om, at det formentlig skulle udskiftes. Det var dog overladt til tilbudsgiverne at foretage den endelige professionelle vurdering af, om det var nødvendigt at foretage en udskiftning for at opfylde de opstillede krav.

Region Sjælland havde valgt at tillægge en eventuel udskiftning positiv vægt ved den kvalitative evaluering af tilbuddene i forhold til det tilknyttede konkurrencekrav (B-krav) 1.28. Det er således afspejlet i evalueringen af tilbuddet fra Abbott, at der ikke blev tilbudt et nyt vandanlæg i Næstved, mens det blev tillagt positiv vægt og indebar en højere pointtildeling til tilbuddene fra Roche og Siemens, at de virksomheder tilbød en fuld udskiftning af vandanlægget. Abbotts tilbudte løsning, der for enkelte lokationer gør brug af eksisterende vandanlæg, er i dag i drift på alle lokationer og fuldt funktionsdygtige, hvilket der ikke var tvivl om på baggrund af Abbotts tilbud.

Region Sjælland havde oprindeligt lagt op til, at leverandørerne skulle inkludere vandanlæg som en del af deres leverance. På baggrund af den gennemførte markedsdialog besluttede Region Sjælland at tilpasse kravet om medlevering af vandanlæg. Vandanlæg skulle således alene leveres, i det omfang det var nødvendigt (”fornødent”) i forhold til den enkelte tilbudsgivers løsning, herunder løsningens behov for vandmængde og vandkvalitet. Hvis tilbudsgiverne vurderede, at det var nødvendigt, skulle det fortsat være indeholdt i prissætningen.

På baggrund af i) høringsprocessen, ii) udbudsmaterialet, herunder også spørgsmål/svar, og iii) de afholdte besigtigelser mv. kunne der ikke være nogen tvivl hos tilbudsgiverne om, at det alene var et mindstekrav, at vandanlæg skulle medleveres, i det omfang det var nødvendigt i forhold til den tilbudte løsning. Særligt efter besvarelsen af spørgsmål nr. 193600 og 196560 fremgik det, om og i hvilket omfang der på lokationerne fandtes eksisterende vandanlæg, som tilbudsgiverne kunne benytte, hvis det var muligt i forhold til deres tilbudte løsning.

Tilbudsgiverne var stillet lige i denne henseende. De kunne hver især beslutte, hvordan de bød ind i forhold til kravet. Roches og Siemens valg om at udskifte vandanlægget i Næstved må være et udtryk for, at de vurderede dette nødvendigt, og/eller at de vurderede, at dette ville give dem den bedste bedømmelse i udbuddet.

Ad påstand 2

Roche har gjort gældende, at hvis klagenævnet finder, at det ikke udgjorde et mindstekrav, at tilbudsgiverne skulle tilbyde levering af et vandanlæg i Næstved, skal klagenævnet konstatere, at Region Sjælland har anvendt et uklart mindstekrav, der var uegnet til at danne grundlag for afgivelse af tilbud. A-krav 1.27 indeholdt et uklart mindstekrav, da det ud fra kravets formulering var uklart, om der skulle tilbydes et vandanlæg til Næstved. Det var desuden uklart, hvad der skulle forstås ved ”i fornødent omfang”. Endelig var mindstekravet uegnet til at danne grundlag for tilbudsafgivelse, da det var uklart, hvordan Region Sjælland ville kontrollere, at mindstekravet var opfyldt.

Hvis der ikke skulle leveres et nyt vandanlæg i Næstved, har kravet ikke været tilstrækkeligt klart formuleret, da flertallet af tilbudsgiverne forstod det sådan, at der skulle leveres et vandanlæg i Næstved. Tilbudsgiverne har således ikke konkurreret på lige vilkår. Nogle tilbudsgivere har tilbudt et vandanlæg i Næstved, mens en tilbudsgiver ikke har tilbudt et vandanlæg, og det har haft indflydelse på pointscoren.

Det er ikke i overensstemmelse med udbudsreglerne at lade det være op til tilbudsgiverne selv at vurdere og afgrænse et opstillet mindstekrav. Anvendelsen af bløde formuleringer i forbindelse med mindstekrav, som dermed indrømmer ordregiveren et skøn, er ulovlige og uegnede til at danne grundlag for lovlig afgivelse af tilbud, jf. f.eks. klagenævnets kendelser af 21. januar 2016, Holmris + Flexform A/S mod Holbæk Kommune, og af 16. november 2017, Berendsen Textil Service A/S mod Fredericia Kommune.

Region Sjælland har gjort gældende, at A-krav 1.27 ikke var uklart og uegnet til at danne grundlag for afgivelse af tilbud. Det følger af ordlyden af krav 1.27, at vandanlæg skulle medleveres ”i fornødent omfang”. Det følger heraf, at udskiftning af et givent vandanlæg skulle ske, i det omfang tilbudsgiverne vurderede, at det var nødvendigt for tilbudsgivernes løsning.

Region Sjælland kunne ikke på forhånd angive, hvilke vandanlæg det ville være nødvendigt at udskifte, idet dette afhang af den samlede tilbudte løsning. Udbudsmaterialet kunne alene forstås sådan, at tilbudsgiverne var overladt vurderingen af, om det var nødvendigt at udskifte vandanlæggene. En udskiftning af vandanlægget indgik i evalueringen af konkurrencekrav 1.28.

En tilbudsgiver er i sit tilbud nødt til at forholde sig til de opstillede krav, herunder mindstekrav, og til, om og hvordan tilbudsgiveren kan opfylde kravene. Der er intet usædvanligt ved, at tilbudsgiveren i første omgang selv må foretage denne vurdering. Konkret angik dette således tilbudsgiverens vurdering af, i hvilket omfang tilbudsgiverens specifikke løsning gjorde det nødvendigt at udskifte eksisterende vandanlæg.

Region Sjælland sikrede sig og forholdt sig til, om tilbudsgivernes løsning opfyldte de stillede krav. Hvis en tilbudsgivers løsning f.eks. forudsatte et vandforbrug (eller øvrige tekniske specifikationer), som det eksisterende vandanlæg ikke måtte understøtte, ville mindstekrav 1.27 alene kunne opfyldes ved at udskifte vandanlægget. Havde et tilbud indeholdt en løsning, der gjorde brug af eksisterende vandanlæg, selv om vandanlægget ikke understøttede løsningens vandbehov mv., ville det ikke opfylde mindstekravet, og tilbuddet ville i så fald være ukonditions-mæssigt. I forbindelse med evalueringen vurderede Region Sjælland, om de tilbudte vandanlæg dækkede tilbudsgiverens tilbudte udstyrs behov for rensset vand.

Ad påstand 3

Roche har gjort gældende, at Region Sjælland har handlet i strid med udbudslovens § 169, stk. 1, ved ikke forud for tildelingsbeslutningen at anmode Abbott om at redegøre for de priser og omkostninger, der indgik i Abbotts tilbud. Pligten til at indhente en redegørelse for en tilbudsgivers tilbudte priser og omkostninger opstår, når en ordregiver har modtaget tilbud, og skal iagttages, inden ordregiveren træffer sin tildelingsbeslutning, jf. udbudslovens § 169. Region Sjælland har dermed ikke afhjulpet den manglende overholdelse af denne forpligtelse ved at anmode Abbott om en redegørelse flere måneder efter tildelingsbeslutningen og i forbindelse med klagesagen.

Det fremgik af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.4), at kontrakten om indkøb af analysesvar havde en maksimal værdi på 1.125 mio. kr. og en anslået værdi

på 400 mio. kr. for den 10-årige periode. Desuden fremgik det af udbudsbe- kendtgørelsens pkt. II.1.5) og II.2.6), at kontrakterne havde en samlet anslået værdi på henholdsvis 520 mio. kr. og 485 mio. kr. Roches tilbudspris var ca. 397 mio. kr. og Siemens' tilbudspris var ca. 422 mio. kr. Abbott tilbød der- imod en pris på ca. 236 mio. kr., og Roches pris var således 68 % højere end Abbotts pris, mens Siemens' pris var ca. 78 % højere end Abbotts pris. En sådan afvigelse mellem den laveste tilbudspris og alle øvrige tilbudspriser måtte fremstå som en unormal lav pris, som burde have medført, at Region Sjælland havde anmodet Abbott om en redegørelse for de priser og omkost- ninger, der indgik i virksomhedens tilbud, jf. udbudslovens § 169, stk. 1.

Region Sjælland havde anslået, at kontrakterne ville have en værdi på 485 eller 520 mio. kr. Regionens anslåede værdi af kontrakterne var således ca. 105-120 % højere end Abbotts tilbudte pris.

Ved ikke at have anmodet om en redegørelse for Abbotts tilbudte priser og omkostninger har Region Sjælland holdt sig i bevidst uvidenhed om, hvor- vidt Abbott ville være i stand til at levere i overensstemmelse med kontrak- terne. En ordregiver kan anvende udbudslovens § 169 til at sikre sig mod, at tilbudsgiveren ikke er i stand til at levere i overensstemmelse med en udbudt kontrakt, jf. klagenævnets kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Sy- stems A/S mod Moderniseringsstyrelsen.

Selv om det er Region Sjællands beslutning, om regionen vil afvise et unor- malt lavt tilbud, skal en sådan beslutning træffes på et oplyst grundlag. Det er en overtrædelse af udbudslovens § 169, stk. 1, at regionen ikke har anmo- det Abbott om en redegørelse for de tilbudte priser og omkostninger i en sag, hvor der er tale om store prisafvigelser, hvor kontrakten medfører en betyde- lig risiko for den vindende tilbudsgiver, og hvor den indkøbte ydelse er af samfundsmæssig betydning.

Region Sjælland har gjort gældende, at regionen ikke var forpligtet til at an- mode Abbott om nærmere at redegøre for priser og omkostninger, som indgik i tilbuddet. En ordregiver skal anmode en tilbudsgiver om at redegøre for de priser og omkostninger, som indgår i tilbuddet, hvis tilbuddet forekommer ”unormalt lavt”, jf. udbudslovens § 169, stk. 1. Vurderingen af, om en pris er unormal lav, er ordregiverens konkrete skøn. Det afgørende for denne vurde- ring beror på, om priserne forekommer unormalt lave set i forhold til den

konkrete udbudte kontrakt. Dette er i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 69, som er implementeret i udbudslovens § 169.

En ordregiver kan alene være forpligtet til at anse et tilbud som unormalt lavt, hvis prisen er så lav, at den rejser begrundet tvivl om, hvorvidt tilbudsgiveren vil være i stand til at løse den udbudte opgave. Bestemmelsen skal desuden læses i sammenhæng med udbudslovens § 169, stk. 3, hvorefter ordregiveren alene er forpligtet til at afvise et tilbud, hvis den unormale lave pris skyldes, at tilbudsgiveren eller dennes underleverandører ikke overholder forpligtelserne inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning mv.

En ordregiver må overlades et betydeligt skøn i forhold til vurderingen af, om en pris må anses som unormal lav, og der skal foreligge klare holdepunkter for at tilsidesætte dette skøn. Der foreligger ikke praksis, hvor ordregiverens skønsmæssige vurdering af, at en tilbudt pris ikke er blevet anset som unormalt lav, er blevet tilsidesat, jf. f.eks. klagenævnets kendelser af 6. marts 2020, Autocentralen.com A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, og af 23. april 2020, MMEC Mannesmann GmbH mod Energinet Gas TSO A/S. Set i forhold til den sidstnævnte kendelse var prisforskellen mellem Abbotts og Roches samlede tilbudspris markant mindre, idet Abbotts evalueringstekniske pris var ca. 40 % lavere end Roches.

Den evalueringstekniske pris var summen af 43 forskellige delpriser, og tilbudsgiverne kunne vælge at prissætte de enkelte delydelser forskelligt, uden at dette i sig selv gav anledning til nærmere undersøgelser vedrørende prissætningen. Region Sjælland var berettiget til at anse de mange og betydelige variationer i prissætningen fra hver af tilbudsgiverne, herunder i forhold til de enkelte analyser, som udtryk for, at det er sædvanligt med sådanne markante variationer, og at markante variationer ikke i sig selv giver grundlag for at sætte spørgsmålstegn ved prissætningen.

Abbotts prissætning gav ikke grundlag for at betvivle, at Abbott ville være i stand til at løse den udbudte opgave. Roche har heller ikke påvist eller sandsynliggjort, at Region Sjælland havde grundlag for at rejse tvivl om Abbotts prissætning i tilbuddet. Der er desuden ingen holdepunkter for, at Abbott skulle have afgivet et tabsgivende tilbud, eller at Abbott må forventes at komme i økonomiske vanskeligheder som følge af indgåelsen af kontrakterne med Region Sjælland.

Ad påstand 4

Roche har gjort gældende, at hvis enten påstand 1, 2, eller 3 tages til følge, må konsekvensen være, at Abbotts tilbud ikke lovligt kunne tages i betragtning, og at tildelingsbeslutningen derfor må annulleres.

Region Sjælland har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere regionens tildelingsbeslutning. Hvis klagenævnet måtte finde, at regionen har overtrådt udbudsreglerne, foreligger der ikke en sådan kvalificeret overtrædelse, at den har haft betydning for regionens beslutning om tildeling af kontrakt, og/eller hvilke tilbudsgivere der endeligt deltog i udbudsprocessen. En eventuel overtrædelse kan derfor ikke medføre annullation af tildelingsbeslutningen.

Særligt i forhold til Roches påstand 2 har Region Sjælland gjort gældende, at selv hvis klagenævnet måtte vurdere, at mindstekravet var uklart, kan det lægges til grund, at dette ikke har haft betydning for udfaldet af udbuddet, jf. klagenævnets kendelser af 16. november 2017, Berendsen Textil Service A/S mod Fredericia Kommune, og af 8. april 2019, Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb v/Billund Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune. Hvis mindstekravet måtte blive anset for at være uklart, må dette komme Region Sjælland og ikke Abbott til skade. Mindstekravet ville således ikke kunne håndhæves, og det kunne dermed i sagens natur heller ikke have dannet grundlag for en afvisning af Abbotts tilbud som ukonditions-mæssigt.

De omhandlede krav og prissætningen af udskiftningen af vandanlægget i Næstved har ikke haft betydning for den samlede tilbudsevaluering og heller ikke for beslutningen om at indgå kontrakt med Abbott.

Særligt i forhold til påstand 3 har Region Sjælland gjort gældende, at selv hvis Region Sjælland havde været forpligtet til at anmode Abbott om en redegørelse for virksomhedens prissætning, ville dette ikke have ført til en afvisning af tilbuddet fra Abbott. En ordregiver er alene forpligtet til at afvise et tilbud, i det omfang den lave prissætning beror på manglende opfyldelse af miljø-, social- og arbejdsmarkedsretlige regler, jf. udbudslovens § 169, stk. 3. Der er ingen holdepunkter for, at Abbotts prissætning skulle have sammenhæng med en manglende overholdelse af disse regler henset til kontraktens art og omfang mv. Selv om der måtte have været en tvivl – hvilket der

ikke var – om, hvorvidt kontrakten kunne blive tabsgivende for Abbott, ville det ikke i sig selv føre til en forpligtelse for Region Sjælland til at afvise Abbotts tilbud som unormalt lavt.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1 og 2

Roche har gjort gældende, at Region Sjælland skulle have afvist Abbotts tilbud som ukonditionsmæssigt, da Abbott ikke opfyldte kravspecifikationernes mindstekrav 1.27.

I kravspecifikationens mindstekrav 1.27 fremgår bl.a. følgende:

”Der skal medleveres vandanlæg i fornødent omfang, der leverer vand med nødvendig vandkvalitet og vandmængde til alle geografier.
Der skal sikres back up mulighed på vandforsyning til analyseudstyr på alle geografier på nær Kalundborg.

Der accepteres få manuelle processer ved skift til back-up vandfo[r]syning f.eks. manuel skift til anden forsyning eller påfyldning af vand fra dunke i begrænset omfang.”

Region Sjælland har anført, at Abbotts tilbudte løsning, som for enkelte lokationer gør brug af eksisterende vandanlæg, er i drift og fuldt funktionsdygtig. Desuden har Region Sjælland anført, at regionen ikke har været i tvivl herom på baggrund af Abbotts tilbud.

Efter de foreliggende oplysninger er der ikke grundlag for at konstatere, at Abbotts tilbud ikke levede op til mindstekravet om at medleverer vandanlæg i fornødent omfang. Klagenævnet har i den forbindelse lagt vægt på, at det alene var et mindstekrav, at vandanlæg skulle medleveres i det omfang, det var nødvendigt i forhold til den tilbudte løsning. Dette er desuden tydeliggjort ved besvarelsen af spørgsmål 193600 og 196560, hvor det er anført bl.a.: ”Såfremt det tilbudte kemiudstyr kræver et separat vandanlæg...” og ”Det forventes at det nuværende anlæg udskiftes da det er gammelt.” Det var således ikke udelukket, at tilbudsgiverne kunne benytte de eksisterende vandanlæg, når kravene til at levere vand med den nødvendige vandkvalitet og vandmængde blev opfyldt.

Region Sjælland har dermed ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at acceptere Abbotts tilbud som konditionsmæssig.

Roche har i øvrigt gjort gældende, at mindstekrav 1.27 var uklart.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 1.3, Definitioner, fremgår bl.a.:

”I nærværende udbudsbetingelser angiver udtrykket ”skal” krav, som tilbuddet skal opfylde for at komme i betragtning.

...

I udbudsbetingelserne angiver udtrykkene ”kan”, ”bør” og ”forventes” krav, hvis manglende overholdelse ikke bevirker, at Ordregiver vil se bort fra tilbuddet. Ordregiver henstiller dog, at kravene overholdes, så vidt det overhovedet lader sig gøre.”

Efter formuleringen af krav 1.27 skulle tilbudsgiverne levere vandanlæg i det omfang, det var nødvendigt for at levere ”vand med nødvendig vandkvalitet og vandmængde”. Formuleringen af kravet har ikke en uklarhed, som gør det uegnet for tilbudsgiverne til at afgive tilbud.

Den omstændighed, at regionen har angivet, at vandanlægget i Næstved forventes udskiftet, er ikke ensbetydende med, at mindstekravets ordlyd ændres, således at det blev et mindstekrav, at vandanlægget i Næstved skulle udskiftes. Mindstekravet var således klart formuleret.

Klagenævnet tager herefter ikke påstandene til følge.

Ad påstand 3

Det er oplyst, at de tre tilbudsgivere tilbød følgende evalueringstekniske priser:

- Abbott: 236.261.076,14 kr.
- Roche: 397.393.732 kr.
- Siemens: 422.341.679,90 kr.

Roche har gjort gældende, at Region Sjælland havde pligt til at undersøge baggrunden for Abbotts unormalt lave tilbud nærmere, jf. udbudslovens § 169, stk. 1.

Det fremgår af udbudslovens § 169, stk. 1, at en ordregiver, der modtager et tilbud, som forekommer unormalt lavt, skal anmode tilbudsgiveren om inden for en passende frist at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet. Det er ikke nærmere defineret, hvornår et tilbud er ”unormalt lavt”, og det vil således bero på et konkret skøn fra ordregiverens side, om et tilbud forekommer unormalt lavt. Ordregiveren har et forholdsvist frit skøn ved denne vurdering.

Region Sjælland har anført, at Abbotts tilbud ikke forekom unormalt lavt, og regionen indhentede derfor ikke en redegørelse for prissætningen. Regionen har under klagesagen indhentet en redegørelse fra Abbott, uden at regionen har erkendt, at den skulle have været indhentet under tilbuddet. Abbott har i redegørelsen, som Roche ikke har fået fuld indsigt i, nærmere begrundet sin prissætning.

Den omstændighed, at Abbotts tilbudspris, der var summen af en række delpriser, var ca. 41 % lavere end Roches pris, og ca. 44 % lavere end Siemens' pris, giver som følge af tilbuddets karakter og Region Sjællands markedskendskab ikke i sig selv klagenævnet grundlag for at tilsidesætte regionens skøn over, at prisen ikke forekom unormal lav, og at regionen derfor skulle have anmodet Abbott om at redegøre for sine priser og omkostninger.

På den baggrund har Region Sjælland ikke handlet i strid med udbudslovens § 169, stk. 1, ved ikke at have anmodet Abbott om en redegørelse for prissætningen.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 4

Roche har ikke fået medhold i påstand 1, 2 og 3, og der er derfor ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Herefter bestemmes

Klagen tages ikke til følge.

Roche Diagnostics A/S skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 40.000 kr. i sagsomkostninger til Region Sjælland.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Louise Dissing Jensen
fuldmægtig