

Klagenævnet for Udbud
(Kirsten Thorup, Mette Langborg,
Preben Dahl, Michael Steinicke)

J.nr.: 23/01249
2. august 2023

K E N D E L S E

S.A.S. SAF HELICOPTERES
(advokat Karina Dolmer Andersen og
advokat Hans Henrik Banke, Odense)

mod

Region Midtjylland
Region Nordjylland
Region Syddanmark
Region Sjælland
Region Hovedstaden
(advokat Christian Clausen
advokat Thomas Impgaard Sørensen og
erhvervsjuridisk rådgiver Mia Hansen Iversen, København)

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

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 omfatter 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 i 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 konditionsmæssige ansøgere om prækvalifikation blev prækvalificeret og opfordret til at afgive indledende tilbud. Regionerne modtog herefter indledende og endelige tilbud fra Norsk Luftambulance AS ("NLA"), HEMS Denmark og S.A.S. SAF HELICOPTERES ("SAF"). En fjerde prækvalificeret 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.

Klagenævnet afsagde den 22. februar 2023 delkendelser om ikke at tillægge klagerne opsættende virkning, idet betingelsen om "fumus boni juris" ikke var opfyldt.

HEMS Danmark har herefter den 1. marts 2023 tilbagekaldt sin klage.

Klagenævnets formand har i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 4, besluttet, at sagerne skal behandles af to formænd og to sagkyndige.

SAF har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at regionerne har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 samt

udbudslovens § 160, stk. 1, ved i evalueringen af tilbuddene i relation til underkriterierne ”Quality” og ”Reliability of Operation” ikke at følge den i udbudsbetingelserne opstillede pointmodel for evalueringen.

Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at regionerne har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, ved i sin begrundelse i afslagsbrevet af 5. januar 2023 til SAF at angive en begrundelse vedrørende evalueringen af SAF’s tilbud i relation til underkriteriet ”Quality” og ”Reliability of Operation”, der ikke var i overensstemmelse med den offentliggjorte pointmodel for evalueringen af dette kriterium.

Påstand 3:

Klagenævnet skal konstatere, at regionerne har handlet i strid med udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt., ved at have foretaget ændring af grundlæggende elementer i den udbudte opgave ved at anvende en ikke-offentliggjort pointmodel/ændre pointmodellen efter afgivelse af de endelige tilbud.

Påstand 4:

Klagenævnet skal konstatere, at regionerne har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 ved i udbudsbetingelserne, uden at dette var et konkurrenceparameter, at have givet tilbudsgiverne mulighed for at vælge eller fravælge brug af en endnu ikke opført hangar til brug for en reservehelikopter med deraf følgende mulighed for at påføre henholdsvis frigøre regionerne for en økonomisk belastning.

Påstand 5:

Klagenævnet skal konstatere, at regionerne har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have givet én tilbudsgiver en konkurrencemæssig fordel og ved i forhandlingsreferatet at have foreskrevet en ønsket ny løsning til medical interior (konkurrenceparameter), som alene blev drøftet med denne ene tilbudsgiver under forhandlingsmøderne, og ved efterfølgende at have evalueret den af SAF ændrede løsning dårligt og med forbehold for at påberåbe sig ukonditionsmæssighed.

Påstand 6:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at regionerne har handlet i strid med udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt., ved i udbudsprocessen at have foretaget

ændring af ”Competitive Parameters”, hvilket udgør ændringer af grundlæggende elementer.

Påstand 7:

Klagenævnet for Udbud skal annullere regionernes beslutning af 5. januar 2023 om at tildele den udbudte kontrakt til NLA.

Påstand 8:

Klagenævnet for Udbud skal i medfør af udbudslovens § 185, stk. 2, påbyde regionerne at bringe den indgåede kontrakt med NLA til ophør med et passende varsel, såfremt denne kontrakt måtte være indgået på tidspunktet for klagenævnets afgørelse.

Regionerne har vedrørende påstand 1 - 7 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Regionerne har vedrørende påstand 8 nedlagt påstand om afvisning.

Klagenævnet har den 25. januar 2023 meddelt regionernes kontraktpart, NLA, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

NLA har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 30. januar 2023 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at NLA intervenserer i sagen til støtte for regionerne.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsmaterialet

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

”II.2.4 Description of the procurement

...

The four helicopters are based near Saltum on landside, Billund Airport, Ringsted Airfield and Skive on landside. On each location the regions have established a base with accommodation facilities for the crew and a hangar for the helicopter which allows for minor maintenance facilities. The bases are owned by the regions and are made available for the supplier free of charge. The backup helicopter may be placed at Ringsted Airfield (hangar made available by the Customer) or elsewhere according

to the Supplier's preference (facilities made available by the Supplier at own expense).

...

II.2.5 Award Criteria

Criteria below

Quality criterion - Name: Quality / Weighting: 40

Quality criterion - Name: Reliability of Operation / Weighting: 30

Price - Weighting: 30

...

II.2.10)

Information about variants

Variants will be accepted: no"

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)

The evaluation of the competitive parameters (CP) will be made on the basis of an assessment of the content with which the tender fulfils the competitive parameters (CP) determined by the Contracting Authorities. The evaluation will be made on the basis of the Tenderer's solution description in Appendix 1 regarding (CP) no. 1.2, 1.7, 1.9, 1.11, 1.26 and 1.28. The evaluation will be made in accordance with the elements to be attached positive weighting, as stated by the Contracting Authorities in the individual competitive parameter (CP) in Appendix 1. 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)

The evaluation of the competitive parameters (CP) will be made on the basis of an assessment of the content with which the tender fulfils the competitive parameters (CP) determined by the Contracting Authorities. The evaluation will be made on the basis of the Tenderer's solution description in Appendix 1 regarding (CP) no. 1.32, 4.3, 4.6, 4.8, 4.22 and 4.27. The evaluation will be made in accordance with the elements to be attached positive weighting, as stated by the Contracting Authorities in the individual competitive parameter (CP) in Appendix 1. 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)

The evaluation of the competitive parameters (CP) will be made on the basis of an assessment of the content with which the tender fulfils the competitive parameters (CP) determined by the Contracting Authorities. The evaluation will be made on the basis of the Tenderer's solution description in Appendix 1 regarding (CP) no. 2.7, 6.2 and 7.9. The evaluation will be made in accordance with the elements to be attached positive weighting, as stated by the Contracting Authorities in the individual competitive parameter (CP) in Appendix 1. 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

...

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

The evaluation of the competitive parameters (CP) will be made on the basis of an assessment of the content with which the tender fulfils the competitive parameters (CP) determined by the Contracting Authorities. The evaluation will be made on the basis of the Tenderer's solution description in Appendix 1 regarding (CP) no. 2.9, 5.8, 5.9, 5.10 and 5.11. The evaluation will be made in accordance with the elements to be attached positive weighting, as stated by the Contracting Authorities in the individual competitive parameter (CP) in Appendix 1. 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)

...

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 evalueringsmodellen er i udbudsbetingelserne (Tender Conditions) fastsat:

"10.3 Evaluation method – scoring model with financial framework

10.3.1 Introduction

For the evaluation of which tender offers the best price/quality ratio, the Contracting Authorities uses a scoring model with a financial framework. The scoring model is based on a comparison of the total weighted number of points achieved by the tenders under the sub-criteria "Price", "Quality" and "Reliability of Operation".

The tender having achieved the highest number of points will be found to have offered the best price/quality ratio.

...

10.3.2 Points for the financial sub-criterion

...

Tenders with an evaluation-technical price that lies within the financial framework are awarded points by linear interpolation:

...

10.3.4 Points for the qualitative sub-criteria

With regard to the qualitative sub-criteria "Quality" and "Reliability of Operation", each tender will be awarded points in accordance with a qualitative evaluation.

The qualitative evaluation will be performed for each sub-sub-criterion under each sub-criterion. The qualitative evaluation will be performed in accordance with the evaluation basis of the sub-sub-criterion in question, see Clause 10.2.2 and 10.2.3.

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

With the qualitative evaluation, the Contracting Authorities will award the number of points that corresponds to the evaluation on the descriptive scale. Only whole points will be awarded, i.e. no decimals.

The number of points awarded in accordance with a sub-sub-criterion will be included with the weighting of the sub-sub-criterion in the calculation of the overall number of points awarded to the qualitative sub-criterion to which the sub-sub-criterion belongs.

The total number of points awarded to the qualitative sub-criteria "Quality" and "Reliability of Operation" is calculated using the following formula:

...

At sub-criterion level, the overall number of points may consist of a decimal numeral. The decimal numeral will not be rounded when identifying the tender with the best price/quality ratio.

10.3.5 Identification of the tender with the best price/quality ratio

Finally, the overall number of points for each tender will be calculated. The total number of points represents the sum of the weighted number of points for each sub-criterion and is calculated using the following formula:

...

The total number of points will not be rounded.

The tender having achieved the highest number of points in total will be found to have offered the best price/quality ratio.

..."

I det nævnte eksempel vises halve point.

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".

..."

Af kravspecifikationen fremgår flere steder, at det er et krav ("Requirements (R)"), at helikopterens sæder skal kunne vendes i flyveretningen, jf. bl.a. krav 1.20 og krav 1.21. Også evalueringskrav ("Competitive Parameters (CP)")

indeholder ønske herom, jf. bl.a. evalueringskrav 1.26. Om ergonomien generelt indeholder kravspecifikationen bl.a. det *-markerede CP-krav 4.3, der lyder:

“Medical interior

The medical interior offered by the Supplier for both the Small Helicopter and the Large Helicopter should be described in detail, including 3D drawings or the like.

Ergonomics

The evaluation will emphasise the extent to which the medical interior is designed so as to put emphasis on good ergonomics for the HEMS Crew, easy and convenient patient access and support to the workflow, regardless of the helicopter type and size of the cabin. The solution should include a description on how the medical equipment is accessible from the HEMS Physician's restrained position (when only waist harness is used). It will in this connection be given positive weight if equipment that needs handling during flight is easy to handle and operate. Furthermore, it will be given positive weight if all carry-on equipment that needs handling during flight is light and easy to handle and operate.

Flexible layout

The evaluation will also emphasise the extent to which the layout of the interior is flexible and allows for quick changes to be made to fixation of the medical equipment – e.g. by means of a universal locking mechanism or equivalent.

The Supplier should describe equipment which may be moved by the HEMS Physician and equipment which may only be moved by a technician or not moved at all.”

I Appendix 9 til kontrakten ”Use of helicopter base facilities” står der bl.a.:

“The hangar is ready for use for minor technical maintenance tasks and includes an office for the technician as well as storage space for spare parts and waste fuel. Depending on the Supplier’s preference for location of the back-up helicopter, expectations are that a hangar for the back-up helicopter will be established at the Ringsted helicopter base. Danish Air Ambulance is in the process of collecting the required permits prior to commencement of construction works.”

I udbuddets kravspecifikation (Appendix 1 til kontraktudkastet) står der under krav 3.6, som var markeret som krav (”Requirements”), og hvor det med

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

”Location of back-up helicopter

When not in use, the back-up helicopter must be placed either in the hangar that will be built by the Customer in connection with the Ringsted base or elsewhere according to the Supplier's preferences. *The back-up helicopter may be placed in the hangar at the Ringsted base without any payment to the Customer. If the back-up helicopter is placed elsewhere, it will be at the Supplier's own expense.*

Regardless of the location of the back-up helicopter the requirement regarding deployment time, must nevertheless be met (cf. req. no. 3.7).

The hangar building in connection with the Ringsted base is expected to be concluded in the year 2022.”

Kravspezifikationen indeholder ca. 130 krav, hvoraf følgende er relevante for påstand 6: 1.2, 1.32, 2.7, 4.27, 5.11 og 7.9.

I udbuddets kravspecifikation (Appendix 1 til kontraktudkastet) står der under krav 1.2, som var et evalueringskrav markeret med *, og hvor det med kursiv markerede blev tilføjet den 14. oktober 2022 efter forhandlingsmøderne med tilbudsgiverne:

”Flight operative capabilities and safety features The Supplier should describe the advantages of the helicopters offered in terms of flight operative capabilities and safety features. The helicopters offered will be evaluated on the degree to which the Supplier offers flight operational capabilities and safety features for both the HEMS Crew, patients and bystanders.

If available in the helicopters the following aspects will receive a positive evaluation:

- High main rotor ground clearance
- High tail rotor ground clearance (or guarded system)
- Possibility of landing in confined areas and on soft ground (skids are preferred)
- Wire cutter
- Minimal downwash
- ACAS, ADSB, etc**
- Terrain and obstacle warning system
- Enhanced Flight Vision Systems (EVS), *i.e. a system that provides an enhanced image e.g. an image produced by an infrared camera.*

- Autopilot capability (e.g. four axis)**
- Other relevant flight operational capabilities and safety features

It may also be given a positive evaluation if the Supplier legally commits itself to provide certain functional upgrades of relevant solutions regarding flight operational capabilities and safety features (e.g., in respect of EVS or radar solutions, cf. req. no. 1.15), 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.

Elements marked with (**) will be given extra positive weight in the Evaluation”

I udbuddets kravspecifikation (Appendix 1 til kontraktudkastet) står der under krav 1.32, som var et evalueringskrav, og hvor det med kursiv markerede blev tilføjet den 14. oktober 2022 efter forhandlingsmøderne med tilbudsgiverne:

”Seat functionality and comfortability

The evaluation of the offered seats in the cabin will assess the comfortability of such on the basis of the following properties:

- Adjustable backrest (*i.e. changing the angle between the seat and the backrest*)
- Adjustable headrest
- Room for counterweight and battery pack (NVG)
- Armrests
- Lumbar support
- Thigh support
- Ability to turn/rotate
- Location of back-up helicopter
- Sliding possibilities, also lateral
- Ease of use (describe the features)
- Other features

Furthermore, it will be evaluated positive, if the spare seat is a folding seat, provided it is energy-attenuating, cf. req. no. 1.30. *It may also be given a positive evaluation if the Supplier legally commits itself to provide certain functional upgrades of the seats, 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.”*

I udbuddets kravspecifikation (Appendix 1 til kontraktudkastet) står der under krav 2.7, som var et evalueringskrav, og hvor det med kursiv markerede

blev tilføjet den 14. oktober 2022 efter forhandlingsmøderne med tilbudsgiverne:

”Types of Operation

The Supplier must describe the ability to perform the following types of operations:

- SPA PBN RNP 0.3 for helicopter operations (Low level IFR) (Low level IFR is currently under development in Denmark)
- *Coastal* ARA

The Supplier will be evaluated according to its ability to perform such operations, provided the ability is offered as a part of the Supplier’s Tender.

If the type of operation cannot be performed at the time of tender submission, the Supplier must describe how and when it is expected that the type of operation may be performed as part of the offered solution. It will in this connection also be evaluated positive, if the Supplier has a realistic plan for implementing the types of operation that cannot be performed – preferably before Commencement of Operations.

This evaluation will emphasise both

*A) implementation internally in the Supplier’s organisation, and
B) the Supplier’s commitment towards developing these types of operations in Denmark in cooperation with the relevant authorities – e.g., the Danish CAA.*

In the description of A), the Supplier may include a description of possible organisational changes, suggested changes to training procedures, simulator, risk analysis etc.

In the description of B), the Supplier may include the proposed plan for obtaining the relevant permissions from the relevant authorities. A description of the processes within the relevant authorities, that are outside the Supplier’s control, is not expected. However, the description should include the Supplier’s commitment (without any extra payment by the Customer) towards developing these types of operations in Denmark in cooperation with the relevant authorities”

I udbuddets kravspecifikation (Appendix 1 til kontraktudkastet) står der under krav 4.27, som var et evalueringskrav, og hvor det med kursiv markerede blev tilføjet 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).”

I udbuddets kravspecifikation (Appendix 1 til kontraktudkastet) står der under krav 5.11, som var et evalueringskrav, og hvor det med kursiv 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."

I udbuddets kravspecifikation (Appendix 1 til kontraktudkastet) står der under krav 7.9, som var et evalueringskrav, og hvor det med kursiv 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."

Forud for indlevering af de indledende tilbud blev der stillet og besvaret bl.a. følgende spørgsmål:

Spørgsmål 211691 stillet den 15. august 2022 og besvaret den 19. august 2022:

"In Appendix [1], Requirements Specification under ""Suppliers description"" the following is stated:

"The extent to which the tenderer's descriptions contain wording of legal obligations will also be included in the Contracting Authorities' evaluation of the subcriteria "Quality" and "Reliability of Operation"."

Can the Contracting Authorities please elaborate on how this section is to be understood, preferably with an example on how such a legal obligations should be described?"

Regionernes svar:

”...

The tenderers should clearly describe the offered solutions under each Competitive Parameter leaving no doubt as to what is actually included in the offer (and the price). In the Competitive Parameters the Contracting Authorities have highlighted certain aspects that will receive positive weight in the evaluation. If a tenderer describes such aspects by using legally nonbinding wording (e.g. “one might also consider to ...” or “usually we use ...”, or “this might be solved by ...” etc.), the Contracting Authorities may not be able to positively include these aspects in its evaluation.

To obtain a positive evaluation, such aspects should be described by using legally binding wording, e.g. “The offered solution includes ...”, “The available functionalities of the offered product are ...” etc.”

Spørgsmål 211693 stillet den 15. august 2022 og besvaret den 19. august 2022:

”2.1 Also referring to the above mentioned section from Appendix 2, Requirements Specification, does ”legal obligations” mean, that an offered ”ad-on”/solution to a given CP, must be present and available at the beginning of the Contract Period, in order to be considered legally binding for the Tenderer?

2.2 Or does it mean, that an offered adon/solution, which is neither present nor available by the beginning of the Contract Period still could be given a positive weighting?

2.3 If the answer to question 2.2. is ”yes”, how will the Contracting Authorities determine if an offered ad-on/solution is legally binding?

2 .4 Furthermore, if the answer to question 2.2. is ”yes”, how will the Contracting Authorities ensure equal treatment and transparency in the assessment of such possible, but not yet present and available adons/solutions?”

Regionernes svar:

”...

Legally binding does not relate to whether the offered solution is present or will be made available by the beginning of the Contract period. What is meant by “legal obligations” is whether it appears clearly from the tenderer’s solution description, what is included in the offered solution (see

the answer to Question ID 211691). In general, this applies regardless of when the offered solution will be made available in the Contract Period. Depending on the specific competitive parameters (CP), it might be added positive weight if the offered solution is present as soon as possible and/or before Commencement of Operation.”

Spørgsmål 211694 stillet den 15. august 2022 og besvaret den 19. august 2022:

”If a tenderer in terms of a given CP has the possibility to offer two different solutions for the same price, in order to give the Contracting Authorities more flexibility, does the Contracting Authorities want a description of both solutions, and will this be given a positive or a negative weighting?”

Regionernes svar:

”As stated in section II.2.10 of the Contract Notice, variant tenders will not be accepted. Also, it should clearly appear from the tenderer’s solution description which solution is actually included in the tenderer’s offer regarding a given competitive parameter (CP), cf. the answer to Question ID 211691. Please note, that the Contracting Authorities will not be able to evaluate alternative solutions offered by a tenderer in respect of a given competitive parameter (CP), (unless it appears otherwise from the specific CP).

Please also refer to Appendix C where other possible solutions to fulfil the competitive parameters (CP) may be described. However, this will not be considered a part of the initial tender but only a proposal for negotiations.”

Forhandlingsforløbet

Ved udløbet af fristen for indlevering af indledende tilbud den 2. september 2022 havde regionerne som nævnt modtaget fire tilbud. Der blev i forlængelse heraf afholdt forhandlingsmøder med tilbudsgiverne primo oktober 2022. Forhandlingsmøde med SAF blev afholdt den 5. oktober 2022. Af indkaldelsen til mødet fremgår bl.a.:

”...

Please note that the general feedback is not exhaustive but only the Contracting Authorities’ preliminary view of the strong and weak points of the tender, as the Contracting Authorities have not completed a full evaluation of all aspects of the initial tenders.

...

B Medical interior and equipment

The sub-sub criterion is generally evaluated positively. The tender is particularly strong on the offered medical equipment. However, the tenderer may especially consider the following elements which may improve the tender: offering more seat functionalities, cf. CP 1.32 as the seats lack many of the adjustment functions described in the CP. Furthermore, the description of the medical interior could emphasise more on flexibility and ergonomics with a focus on the elements mentioned in the CP.

The Contracting Authorities have no specific topics/questions regarding this sub-sub-criterion.

...”

Af referat fra mødet fremgår bl.a.:

”...

It was initially emphasised that the Contracting Authorities have not completed a full evaluation of all aspects of the initial tender but have highlighted the strong and weak points which the Contracting Authorities have identified. The general feedback in the agenda was not elaborated further in the meeting.

...

2.4 Amendments

The Contracting Authorities briefly informed that a number of minor adjustments and specifications of the tender documents will be made, and that they are expected to be of such limited extent that they will not interfere with the time schedule. If, contrary to expectations, SAF should consider the scope of some of the changes to be more extensive for their tender, SAF is requested to state so as soon as possible.

...

2.5 Other general information provided during the negotiation meetings
The Contracting Authorities have the following additional general information which was provided during the negotiation meetings with the other tenderers:

- The physicians have informed one of the tenderers what they consider to be the greatest ergonomic challenge in the 135 [helikoptermodel] at present. It was informed in that regard that the removal and installation of equipment takes place at an inappropriate height, but that there is no immediate solution to this issue, and that the seats are not very good. In addition, the physicians asked for stowage space by their seat and the possibility of sitting in the direction of travel while treating the patient, which however will require a completely different layout than the present ...”

Efter modtagelse af referatet stillede SAF den 18. oktober 2022 spørgsmål til punkt 2.5. Spørgsmål og svar er medtaget i Q&A dokumentet den 25. oktober 2022 som spørgsmål 222735:

”We would like to know how the information in the last part of minutes provided by the physicians regarding the ergonomic challenges in the 135 at present is going to be evaluated.”

Regionernes svar:

”The information provided by the physicians was a reply to a general question asked by one of the tenderers not attached to a specific CP or with an evaluation-technical purpose. The information was provided in the minutes to give all tenderers the same level of information. However, the elements mentioned by the physicians may be included in the evaluation to the extent that the elements are covered by the current wording of the CP’s (e.g. CP 1.32 and CP 4.3). However, as mentioned in the minutes the Contracting Authorities are aware that there may not be an immediate solution to the raised issues.”

Efter regionernes upload af ændringer til nogle af kravene den 14. oktober 2022, uploadede SAF en meddelelse til regionerne. Det fremgår heraf bl.a.:

”Unfortunately we were not invited before yesterday 19/10/2022 at 15:34 to participate to the BAFO step (the tab ”Step 3” in eu-supply being not available before), we were not in capacity to upload and consult the amended requirements before yesterday afternoon, even if it was uploaded on the system last Friday.

Even if SAF and ... it has a limited impact and we will be able to take it into account for the 1st of November and provide you a high quality offer in line with your needs.

However, the change in CP 1.32 requires us to

...

If one of the tenderers had this information during the negotiation meeting (early October) letting them 2 additional weeks to update their offer, we would kindly ask you to reconsider if this point could be evaluated or not.”

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

Orientering om evalueringsresultatet m.v.

Den 5. januar 2023 orienterede regionerne bl.a. SAF 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 (weighted 30 %: 2.1004)	8.0000 (weighted 40 %: 3.2000)	8.6667 (weighted 30 %: 2.6000)	7.9004
<i>HEMS Denmark</i>	9.0000 (weighted 30 %: 2.7000)	7.3333 (weighted 40 %: 2.9333)	7.0000 (weighted 30 %: 2.1000)	7.7333
<i>SAF</i>	7.1048 (weighted 30 %: 2.1314)	6.6667 (weighted 40 %: 2.6667)	7.000 (weighted 30 %: 2.1000)	6.8981

...”

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

”...

3. EVALUATION OF SUB-CRITERION “QUALITY”

3.1.1 Sub-sub-criterion A. Helicopter and approvals

On the basis of the below, SAF is overall assessed to offer a very satisfactory fulfilment of sub-sub-criterion “A. Helicopter and approvals” and is therefore awarded 7 points. An overall assessment of the sub-sub-criterion has been made, and special emphasis has been put on CP no. 1.2 in the evaluation.

Req. no. 1.2 (CP): Flight operative capabilities and safety features Regarding CP 1.2 the offered solution is assessed to be very positive. The assessment is based on an overall evaluation of the elements in the CP.

...”

Til brug for evalueringen af de enkelte evalueringskrav havde regionerne anvendt støttepoint som internt arbejdsredskab. De interne støttepoint blev givet for hvert enkelt evalueringskrav, men fremgår ikke af underretningsbrevene til tilbudsgiverne. I underretningsbrevene har regionerne i stedet anvendt en deskriptiv skala, der dækker over nærmere bestemte spænd for støttepointene:

”Extremely positive: 8,5 – 9 points
Very positive: 7 – 8 points
Positive: 5,5 – 6,5 points
Somewhat positive: 5 points”

Regionernes interne oversigtsark over støttepoint viser, hvordan regionerne har fordelt point for hvert evalueringskrav (Competitive Parameter (CP)),

som derefter danner grundlaget for tildeling af ét helt point for hvert delkriterium.

Parternes anbringender

Ad påstand 1-3

SAF har gjort gældende, at regionerne i strid med udbudslovens § 2 og § 160 stk. 1, har anvendt en anden pointmodel end den pointmodel, der fremgik af udbudsmaterialet, og at regionerne i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, har givet en teknisk set forkert begrundelse, idet denne knytter sig til ikke offentliggjorte vurderingskriterier. Regionerne har endvidere i strid med udbudslovens § 66, stk. 5, foretaget en ændring af et grundlæggende element ved at ændre pointmodellen fra den offentliggjorte pointmodel til den anvendte og ikke offentliggjorte pointmodel.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 10.3, at regionerne ved evalueringen ville vurdere de kvalitative elementer på grundlag af delkriterierne og ved anvendelse af en 9 point skala. Dette ville efter en vægtning blive afgørende for pointtildelingen i relation til underkriterierne.

Sagens oplysninger viser imidlertid, at regionerne i stedet evaluerede tilbuddene på kravniveau og under anvendelse af en ikke offentliggjort pointmodel med en anden trinskala (5-9), som man havde konstrueret, efter at man havde modtaget tilbuddene.

Pointtildelingen for under- og delkriterier beroede herefter reelt på en omregning fra 5-9 skalaen på kravniveau til 1-9 skalaen på underkriterieniveau. Evalueringen og pointtildelingen er dermed reelt alene sket på kravniveau. Der var dermed ikke rum for en selvstændig evaluering af tilbuddene i relation til underkriterierne.

Evalueringen på kravniveau burde være foregået ved, at regionerne havde gjort sig en række notater og lignende og herefter havde anvendt disse ved evalueringen og pointtildelingen i underkriterieniveau efter 1-9 skalaen.

Den anvendte fremgangsmåde er i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet og er en overtrædelse af udbudslovens § 160, stk. 1, og § 171, stk. 4.

Regionerne har gjort gældende, at man i alle henseender har fulgt den evalueringsmodel, der er beskrevet i udbudsmaterialet.

Regionerne har således ikke anvendt to forskellige og inkompatible point-modeller. Regionerne har kun anvendt en pointskala, der går fra 1-9, både ved evalueringen af delkriterier (sub-sub-criteria) og ved tildeling af støttepoint på Competitive Parameters (CP), idet de konkrete tilbud dog ikke gav anledning til at anvende en dårligere kvalitetsvurdering end 5 støttepoint ("somewhat positive"). Regionerne ville således selvsagt have anvendt støttepoint lavere end 5, såfremt de konkrete tilbud havde haft en kvalitet ved et CP-krav, der blev vurderet dårligere end 5 støttepoint, ligesom dette i så fald også ville have været afspejlet i en tilsvarende dårligere sproglig formulering/graduering.

Det må bero på en misforståelse hos SAF, at regionerne skulle have foretaget en selvstændig evaluering af de to underkriterier "Quality" og "Reliability of Operation". Det fremgår således klart af udbudsbetingelsernes punkt 10.3.4, at point for de kvalitative underkriterier "Quality" og "Reliability of Operation" vil blive beregnet på baggrund af de tildelte point for de delkriterier, der indgår i underkriteriet, ganget med vægtningen af det enkelte delkriterium. I tilknytning hertil er der i udbudsbetingelsernes pkt. 10.3.4 indsat en formel, der illustrerer, hvordan beregningen foretages.

Det fremgår endvidere tydeligt af udbudsbetingelsernes pkt. 10.3, at hvert delkriterium evalueres på baggrund af en samlet evaluering af de tilknyttede Competitive parameters (CP). Det følger derfor også i overensstemmelse hermed af afslagsbrevet, at regionerne har tildelt ét samlet point for hvert delkriterium på en skala fra 1-9, ligesom det også fremgår af det interne ark over støttepoint. Regionerne har således i alle henseender fulgt den evalueringsmodel, der er beskrevet i udbudsbetingelserne.

Regionerne har ikke ændret eller tilpasset pointskalaen til de indkomne tilbud, men givet det støttepoint, der svarede til den kvalitetsmæssige sproglige vurdering. Regionerne har endvidere ved evalueringen anvendt den deskriptive skala, der er beskrevet i udbudsbetingelserne, hvilket fremgår af de fremsendte tildelings- og afslagsbreve. SAF sammenblander evalueringsmodellen for henholdsvis underkriterier, delkriterier og Competitive parameters. Anvendelsen af konkrete støttepoint og den deskriptive skala med "Extremely positive", "Very positive", "Positive" etc. er på ingen måde i strid med den

fremgangsmåde for evaluering af Competitive Parameters (CP), der er beskrevet i udbudsbetingelsernes afsnit 10.2.2 og 10.2.3.

Det følger af både forarbejderne til udbudslovens § 160 samt klagenævnets praksis, at det ikke er et udbudsretligt krav, at hele pointskalaen konkret skal benyttes.

Regionernes anvendelse af interne støttepoint har været egnet til internt at strukturere og graduere vurderingerne i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringsmodel, og anvendelse af støttepoint er helt sædvanlig praksis.

Der er ikke i udbudsloven foreskrevet en specifik model for evaluering af evalueringskrav, så længe der evalueres i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringsmodel.

Regionerne har således evalueret tilbuddene i overensstemmelse med den evalueringsmodel, der er beskrevet i udbudsbetingelserne, og regionernes begrundelser til tilbudsgiverne har været i overensstemmelse hermed.

SAF's påstand 1, 2 og 3 skal derfor ikke tages til følge.

Ad påstand 4

SAF har gjort gældende, at tilbudsgivernes tilvalg henholdsvis fravalg af brug af den tilbudte reservehangar i Ringsted havde en ikke uvæsentlig økonomisk betydning. Valget havde dermed en væsentlig betydning for konkurrencen og præsumptivt for regionernes tildelingsbeslutning.

Valget indgik imidlertid ikke i tildelingskriterierne og blev derfor et skjult konkurrenceparameter, hvilket er i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet.

Regionerne har gjort gældende, at udbudsmaterialet ikke har givet regionerne mulighed for at tillægge tilbudsgivers valg af lokation for reservehelikopteren betydning i tilbudsevalueringen, og at regionerne heller ikke i praksis har tillagt det betydning i tilbudsevalueringen.

SAF's anbringender må således forstås sådan, at regionerne (illegitimt) skulle have ladet spørgsmålet om reservehangarens opførelse påvirke regionernes kvalitative evaluering, uden at det har indgået som et tildelingskriterium. Dette er helt udokumenteret og end ikke sandsynliggjort.

Regionerne kan efter fast klagenævnspraksis bestemme, hvad regionerne ønsker at anskaffe, og hvilke krav regionerne ønsker at stille til anskaffelsen, hvorfor et valg for tilbudsgiverne om at til- eller fravælge brugen af en endnu ikke opført hangar på ingen måde er et udbudsretligt problem. Tværtimod er det en mekanisme, der øger konkurrencen og nye aktørers muligheder for at organisere sig på den mest hensigtsmæssige måde.

Bevisbyrden for, at regionerne har handlet i strid med udbudsreglerne, påhviler SAF, og den er ikke løftet.

Ad påstand 5

SAF har gjort gældende, at regionerne har givet én tilbudsgiver en konkurrencemæssig fordel ved med denne tilbudsgiver at have drøftet indgribende ændringer i helikopterens indretning i relation til sæderne og deres placering.

I det indledende tilbud tilbød SAF en løsning med AUTOFLUG sæder, der kunne dreje og skubbes, men hvor sæderne vendte bagud i forhold til flyveretningen. Denne løsning spurgte SAF ind til på forhandlingsmødet den 5. oktober 2022. SAF fik af regionerne at vide, at den tilbudte løsning var "ok". Yderligere blev ikke oplyst eller drøftet.

Af mødereferatet fra forhandlingsmødet mellem SAF og regionerne fremgår, at regionerne har haft en drøftelse med en anden tilbudsgiver om netop sæderne, herunder placering og retning. SAF tolkede dette som om, at regionerne nu i højere grad ønskede en løsning, hvor sæderne vendte i flyveretningen, end hvor sæderne vendte mod flyveretningen. På den baggrund ændrede SAF hele indretningen i sin løsning, herunder sæderne fra AUTOFLUG til FISCHER. SAF's tilbud fik dog ikke en bedre evaluering end tidligere eller i forhold til de øvrige tilbudsgivere. Tværtimod fik SAF bedømmelsen "Positive" svarende til en karakter på 5,5-6,5 i henhold til den ikke-offentliggjorte evalueringsmodel.

Videre anførte regionerne i meddelelsen om tildelingsbeslutningen, at de tog forbehold for, om SAF's tilbud var konditionsmæssigt.

Regionernes ageren har medført en ulige behandling af tilbudsgiverne, ligesom regionernes ageren har skabt unødigt uklarhed om, hvad der ville vægte højest. Dette støttes af regionernes efterfølgende (mindre gode) evaluering af SAF's tilbudte løsning.

Regionerne har ved deres "proklamerings" af deres ønske om en anden indretning i referatet skabt en berettiget forventning hos SAF om, at en ændring i overensstemmelse hermed ville medføre en bedre bedømmelse.

Regionerne har ikke i tilstrækkelig grad søgt at udligne den konkurrencefordel, som en tilbudsgiver har fået. Regionerne skulle have givet en mere uddybende beskrivelse og have afholdt et supplerende møde, hvor forholdet kunne være blevet beskrevet og drøftet med alle tilbudsgiverne, så alle opnåede samme og lige vilkår. Derudover skulle tilbudsfristen have været forlænget betydeligt. Det er ordregiver, der bærer risikoen og bevisbyrden for, at denne ændring/dette forhold ikke udgør et grundlæggende element, subsidiært en væsentlig ændring.

Regionerne har gjort gældende, at det er uklart, hvilken konkurrencemæssig fordel regionerne skulle have givet en tilbudsgiver, og hvilken tilbudsgiver der i givet fald skulle have opnået denne.

Det var den anden ikke-vindende tilbudsgiver (HEMS Denmark), der stillede det generelle spørgsmål om de største ergonomiske udfordringer, som regionerne besvarede generelt og indsatte i referatets punkt 2.5. Formålet med at indsatte afsnittet var et ønske om at behandle tilbudsgiverne ens ved at sikre, at alle tilbudsgivere havde adgang til de samme oplysninger. Selv hvis en tilbudsgiver (HEMS Denmark) skulle kunne have fået en konkurrencemæssig fordel under forhandlingsmødet, har regionerne – ved at orientere de øvrige tilbudsgivere om dialogen – under alle omstændigheder udlignet den konkurrencemæssige fordel, der i givet fald ville være opnået for den pågældende tilbudsgiver.

Regionerne har ikke ændret i evalueringskravene vedrørende sæderne og deres placering, men fastholdt den eksisterende ordlyd af CP-kravene.

Regionerne svarede udtrykkeligt på SAF's uddybende spørgsmål, at det pågældende afsnit i referatet var generelt og uden direkte tilknytning til nogen

evalueringskriterier, jf. bl.a. spørgsmål ID 222735. Det blev desuden udtrykkeligt understreget i svaret, at kun de gældende evalueringskriterier – således som disse var formuleret i de eksisterende CP-krav – ville få evalueringsmæssig betydning. Der er således ikke med henvisning til udbudsmaterialet eller udbudsprocessen i øvrigt noget sagligt grundlag for at hævde, at SAF skulle have fået en berettiget forventning om, at de ændringer, som SAF måtte have foretaget i sin sæde-løsning som følge af referatet, skulle have ført til en bedre evaluering end den, som SAF faktisk har fået.

SAF har desuden ikke tilbudt en løsning, der imødekommer de udfordringer, der fremgik af forhandlingsreferatet. SAF har tværtimod beskrevet to alternative sædeløsninger, om end disse er uklare, og det må derfor også have stået SAF klart, at SAF's to alternative løsninger måtte blive betragtet som alternative tilbud i strid med udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.10), eller som værende i strid med de stillede krav og derfor ukonditionsmæssige.

Ingen af tilbudsgiverne har tilbudt den løsning, som regionerne omtalte i det pågældende afsnit i referatet, og alle tilbudsgivere har fået den samme evaluering vedrørende det centrale CP-krav for sæder (CP-krav 1.32).

Ad påstand 6

SAF har gjort gældende, at regionerne har foretaget adskillige ændringer af "Competitive Parameters", og at disse ændringer ikke alene udgør præciseringer eller små justeringer, men – hver for sig og samlet – udgør ændringer af grundlæggende elementer, subsidiært væsentlige ændringer. Det er ordregiver, der bærer risikoen og bevisbyrden for, at ændringerne ikke udgør grundlæggende elementer, subsidiært væsentlige ændringer.

De foretagne ændringer kan ikke foretages uden et fornyet udbud eller som minimum mod en samtidig passende fristforlængelse.

Det fremgår af "Amendment Sheet 14.10.2022", at bl.a. konkurrenceparametre 1.2, 1.7, 1.9, 1.32, 2.7, 3.8, 4.3, 4.13, 4.22, 4.27, 5.8, 5.11, og 7.9 er ændret. Der er herudover foretaget ændring i punkter, der ikke er konkurrenceparametre.

Særligt ændringerne i konkurrenceparameter nr. 1.2, 1.32 og 7.9 er ændringer af grundlæggende elementer, subsidiært væsentlige ændringer. Ændringerne

medfører, at tilbudsgiverne efter ændringen vil opnå en bedre evaluering, hvis tilbudsgiverne i forhold til den oprindeligt udbudte opgave med bindende virkning tilbød at foretage opgraderinger uden beregning. Disse opgraderinger er en ikke ubetydelig del af den udbudte opgave, idet der hele tiden sker en udvikling inden for disse områder.

Også ændringerne i konkurrenceparameter nr. 2.7 er ændringer af grundlæggende elementer, subsidiært væsentlige ændringer. Som opgaven oprindeligt blev udbudt, var der ikke krav om, at tilbudsgiverne skal foretage de pågældende operationer i Danmark. For tilbudsgivere, der fortrinsvist opererer i andre dele af Europa, er der derfor tale om en grundlæggende ændring.

For konkurrenceparameter nr. 4.27 indebærer ændringen, at tilbudsgiverne skal levere en WIFI-løsning, der er markant anderledes og mere omfangsrig end oprindelig forudsat. For konkurrenceparameter nr. 5.11 indebærer ændringen, at dele af den udbudte opgave skal foretages i Danmark. Dette betyder en stor forskel for tilbudsgivere, der opererer i andre dele af Europa. Der er tale om forhold, som ikke hurtigt kan ændres i tilbudsgivers tilbud, da det kræver undersøgelse af, om det er muligt at tilbyde denne ændring. Også disse ændringer er derfor af grundlæggende eller væsentlig karakter.

Ændringen af, hvad regionerne ville lægge vægt på ved evalueringen af Medical interior, jf. påstand 5, udgør ligeledes en ændring af grundlæggende elementer, subsidiært væsentlige ændringer. Ændringen fordrer en ændring af hele indretningen af helikopteren, herunder således at nogle af sæderne skulle ændres fra AUTOFLUG til FISCHER. Der er derfor tale om grundlæggende og væsentlige ændringer.

Ændringerne vedrører alle hver især og samlet en ikke ubetydelig del af den udbudte opgave. Evalueringsparametrene skulle således have været beskrevet inden udsendelse af udbudsmaterialet, da dette har stor betydning for indholdet i den udbudte opgave, herunder omfanget af de leverede ydelser.

Regionerne har gjort gældende, at de præciseringer af Competitive Parameters (CP), som regionerne har foretaget, ikke udgør en overtrædelse af udbudslovens § 66, stk. 2, 2. pkt., da præciseringerne ikke udgør ændringer af grundlæggende elementer eller væsentlig ændring.

Det følger af udbudslovens § 66, at der i et udbud med forhandling er adgang til at foretage ændringer i udbudsmaterialet, så længe der ikke er tale om ændringer af grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling. Regionerne har alene foretaget præciseringer i udbudsmaterialet. Det fremgår tydeligt af udbudsbetingelserne, at regionerne kunne foretage ændringer/præciseringer i såvel Requirements som Competitive Parameters (CP). De præciseringer, der er foretaget, er saglige, da formålet med præciseringerne har været at højne forståelsen af udbudsmaterialet til gavn for tilbudsgiverne og konkurrencen.

For så vidt angår CP-krav 1.2, 1.32 og 7.9 vedrører kravene alle muligheden for at tilbyde ”functional upgrades”, og de foretagne præciseringer blev foretaget, fordi regionerne så et generelt behov for at præcisere, at tilbudsgiverne kunne forpligte sig til – uden merbetaling for regionerne – at tilbyde ekstra funktionaliteter/”upgrades”, som potentielt først ville være tilgængelige på markedet efter tidspunktet for tilbudsafgivelsen. Dette var et sagligt behov for regionerne, idet der var en længere implementeringsperiode (op til 2 år efter kontraktindgåelsen), hvorfor regionerne helt naturligt havde et ønske om, at helikopteren ved driftstart var udstyret med så opdateret udstyr som muligt.

Præciseringen er i realiteten blot en yderligere præcisering af indledningen til kravspecifikationen om, at graden af juridisk forpligtelse ville indgå i evalueringen af tilbuddene, og regionernes besvarelse af spørgsmål. En tilbudsgiver kunne således også før præciseringen have tilbudt visse opgraderinger, hvis blot det var formuleret i tilstrækkeligt forpligtende formuleringer. Præciseringerne indebar desuden ikke, at konkurrenceparametrene fik et andet indhold. Allerede derfor kan det ikke anses for en ændring af et grundlæggende element.

Både SAF og en anden tilbudsgiver benyttede muligheden for at tilbyde opgraderinger i de endelige tilbud. Det fik SAF en positiv evaluering for. Der var dermed heller ikke tale om en væsentlig ændring, der krævede en tidsfristforlængelse, da præciseringen helt åbenbart ikke har været en hindring for afgivelse af et relevant optimeret tilbud.

Regionerne imødekom i øvrigt straks SAF's anmodning om mere tid i relation til krav 1.32 ved at forlænge tilbudsfristen med 1 uge. SAF havde udtrykkeligt tilkendegivet over for regionerne, at de øvrige ændringer af kravene kunne implementeres inden for den oprindelige tilbudsfrist.

Præciseringerne af CP-krav 1.2, 1.32 og 7.9 har således været i fuld overensstemmelse med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet og er sagligt begrundet.

For så vidt angår CP-krav 2.7, 4.27 og 5.11 er præciseringerne foretaget for at øge gennemsigtigheden og ligebehandlingen af tilbudsgiverne i forhold til de elementer, som deres løsning ville blive bedømt efter, og de elementer, tilbudsgiverne derfor burde beskrive for, at regionerne bedst muligt kunne evaluere kravet.

Regionerne har ikke herved foretaget ændringer i grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Præciseringen af CP-krav 2.7 og 5.11 var sagligt begrundet, da HEMS ydelserne i henhold til kontrakten alene skal udføres i Danmark. Samtlige tilbudsgivere i dette udbud 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 respektive lande. Præciseringen højner således gennemsigtigheden og forståelsen af konkurrenceparametrene ved at præcisere/fremhæve det almindelige udbudsretlige princip om, at et konkurrenceparameter skal være knyttet til kontraktens genstand.

SAF har ikke kunnet have en berettiget forventning om, at regionerne i tilbudsevalueringen ville lægge vægt på forhold og aktiviteter uden tilknytning til udførelsen af den konkrete kontrakt. Præciseringen "in Denmark", der reelt kan læses som "in connection with the performance of the Contract", har ikke haft konkret betydning for konkurrencen, og præciseringerne har dermed ikke udgjort ændringer af grundlæggende elementer.

Hvis én af ændringerne af kravene efter en konkret vurdering udgør en væsentlig ændring, har regionerne iagttaget sin forpligtelse efter udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2, idet regionerne på baggrund af SAF's tilkendegivelse af at

kunne have svært ved at nå at tilpasse sit endelige tilbud til den præciserede ordlyd af CP-krav 1.32 forlængede tilbudsfristen med 1 uge.

Ad påstand 7

SAF har gjort gældende, at retsbruddene er væsentlige, og at annulation af tildelingsbeslutningen derfor skal ske allerede af den grund, uanset om retsbruddene har haft konkret betydning.

Retsbruddene knytter sig til uigennemsigthed, hvorfor det er vanskeligt og grænsende til det umulige for SAF at dokumentere, at regionerne ville have truffet en anden tildelingsbeslutning, såfremt de pågældende retsbrud ikke var begået.

Under sådanne omstændigheder må det desuden præsumptivt lægges til grund, at retsbruddene har haft betydning for tildelingsbeslutningen, og at det herefter påhviler regionerne at bevise, at dette ikke har været tilfældet.

Regionerne har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstand 7 til følge, allerede fordi SAF ikke skal have medhold i påstandene 1-6.

Skulle SAF få helt eller delvist medhold i et af klagepunkterne, kan de anførte forhold ikke antages at have haft konkret betydning for udbuddets resultat, da tilbuddet fra NLA er det eneste konditionsræssige tilbud.

Ad påstand 8

SAF har gjort gældende, at forpligtelsen til at bringe en kontrakt til ophør, når der er sket annulation, ikke undtagelsesvist følger direkte af udbudslovens § 185, stk. 2, idet bestemmelsen indeholder undtagelsen ”medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende.”. Dette indebærer, at der skal foretages en juridisk vurdering af, om undtagelsen skal finde anvendelse. F, og at forpligtelsen til at bringe kontrakten til ophør således ikke direkte af bestemmelsen.

SAF har derfor retlig interesse i påstanden.

Der er ikke grundlag for at bringe undtagelsen i anvendelse, og SAF skal derfor – tildelingsbeslutningen annulleres, efter at kontrakten er indgået – have medhold i påstanden.

Regionerne har gjort gældende, at klagenævnet alene kan pålægge en ordregiver at bringe en kontrakt til ophør i tilfælde, hvor klagenævnet erklærer en kontrakt for uden virkning, jf. klagenævnslovens § 13, stk. 2, jf. blandt andet klagenævnets kendelsen af 6. januar 2023, Mediq Danmark A/S mod Høje-Taastrup Kommune m.fl.

Klagenævnet har herefter ikke kompetence til at udstede et påbud om ophør af kontrakten i medfør af udbudslovens § 185, stk. 2. Påstand 8 skal derfor afvises.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1 - 3

Klagenævnet har i sin delkendelse af 22. februar 2023 udtalt:

”De tre påstande angår alle den oplyste og anvendte evalueringsmodel.

Af udbudslovens § 160, stk. 1, fremgår, at en ordregiver i udbudsmaterialet skal fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. Heri ligger, at modellen skal beskrives så detaljeret, at der skabes gennemsigtighed i forhold til, hvordan tilbudsevalueringen skal foregå, dels for at give tilbudsgiverne grundlag for at optimere deres tilbud, dels for at sikre, at tilbudsgiverne efterfølgende kan kontrollere, at evalueringen er sket i overensstemmelse med den offentliggjorte model.

Den oplyste evalueringsmodel fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 10. Modellen indeholder et tildelingskriterium (”Award-criterion”), 3 underkriterier (”sub-criteria”), og 3 delkriterier (”sub-sub-criteria”) til hver af de to kvalitative underkriterier. Til hvert delkriterium er knyttet en række mindstekrav, krav og evalueringskrav, og de enkelte evalueringskrav indeholder hver en række delelementer, som er oplyst vil blive tillagt vægt, nogle med en eller to *. Om tildeling af point fremgår bl.a.:

”10.3.4 Points for the qualitative sub-criteria

...

Only whole points will be awarded, i.e. no decimals.

...

At sub-criterion level, the overall number of points may consist of a decimal numeral. The decimal numeral will not be rounded when identifying the tender with the best price/quality ratio

...

10.3.5 Identification of the tender with the best price/quality ratio

...

The total number of points will not be rounded.”

I det tilhørende eksempel fremgår, at der på underkriterieniveau kan tildeles point med decimaler.

Af regionernes interne støttebilag fremgår, at der på kravniveau er tildelt point med decimaler, men at disse samlet for hvert enkelt delkriterium (sub-sub-criteria) er omregnet til hele point.

Af orienteringen om evalueringsresultatet af 5. januar 2023 fremgår ligeledes, at der på delkriterieniveau er tildelt hele point.

Pointene for hvert delkriterium, som i alle tilfælde er angivet som et helt tal, har som fastsat i udbudsbetingelserne hver vægtet 1/3, og underkriterierne har herefter vægtet henholdsvis 40 % og 30 %. Den endelige vægtning er angivet i overensstemmelse hermed.

Det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at regionernes beskrivelse af evalueringsmodellen i udbudsbetingelserne har været tilstrækkelig og klar, at regionernes begrundelse til tilbudsgiverne for resultatet af evalueringen er i overensstemmelse hermed, og at der ikke ved den konkrete evaluering er sket ændringer heri.

Det forhold, at de modtagne tilbud ikke har ført til, at alle point i den offentliggjorte skala er bragt i anvendelse, og at de interne støttepoint på kravniveau er tildelt ved anvendelsen af en anden betegnelse (”positive”) end den, der i udbudsmaterialet var fastlagt på kriterieniveau (”satisfactory”), fører ikke til et andet resultat.

Det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at der ikke er udsigt til, at SAF ved en endelig afgørelse vil få medhold i påstand 1, 2 eller 3.”

Af udbudsbetingelsernes punkt 10.3.4 fremgår yderligere bl.a.:

“The qualitative evaluation will be performed for each sub-sub-criterion under each sub-criterion. The qualitative evaluation will be performed in accordance with the evaluation basis of the sub-sub-criterion in question,

...

The number of points awarded in accordance with a sub-sub-criterion will be included with the weighting of the sub-sub-criterion in the calculation of the overall number of points awarded to the qualitative sub-criterion to which the sub-sub-criterion belongs”

Det fremgår således af evalueringsmodellen, at point på underkriterieniveau er resultatet af en ren beregning på grundlag af de point, der blev tildelt på delkriterieniveau.

På den baggrund, og da det ikke af udbudsmaterialet fremgår, at evalueringen af underkriterierne skulle foregå ved en direkte evaluering af underkriterierne ”Quality” og ”Reliability of Operations”, tages påstandene 1-3 ikke til følge.

Ad påstand 4

Klagenævnet har i sin delkendelse af 22. februar 2023 udtalt:

”Der er ikke i det fremlagte udbudsmateriale, referaterne fra forhandlingerne eller evalueringsdokumenterne oplysninger om eller indikationer af, at en tilbudsgivers valg af lokation for reservehelikopteren ville blive eller er tillagt betydning i forbindelse med evalueringen af de modtagne tilbud.

Det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at der ikke er udsigt til, at SAF vil få medhold i påstand 4.”

På den baggrund, og da der ikke siden er fremkommet nyt vedrørende dette forhold, tages påstand 4 ikke til følge.

Ad påstand 5

Klagenævnet har i sin delkendelse af 22. februar 2023 udtalt:

”Under forhandlingerne blev der fra de involverede læger til en af tilbudsgiverne givet oplysning om, hvad der fra lægelig side blev anset som ergonomiske udfordringer i helikopteren. Regionerne besluttede herefter af hensyn til ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 at orientere de øvrige tilbudsgivere om disse oplysninger. Af orienteringen herom fremgår:

”The physicians have informed one of the tenderers what they consider to be the greatest ergonomic challenge in the 135 at present. It

was informed in that regard that the removal and installation of equipment takes place at an inappropriate height, but that there is no immediate solution to this issue, and that the seats are not very good. In addition, the physicians asked for stowage space by their seat and the possibility of sitting in the direction of travel while treating the patient, which however will require a completely different layout than the present”

SAF stillede efterfølgende spørgsmål til den evalueringsmæssige betydning heraf. Af regionernes svar fremgår bl.a.:

”The information provided by the physicians was ... not attached to a specific CP or with an evaluation-technical purpose. ... However, the elements mentioned by the physicians may be included in the evaluation to the extent that the elements are covered by the current wording of the CP’s (e.g. CP 1.32 and CP 4.3)...”

Det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at regionerne ved at have orienteret de øvrige tilbudsgivere om de oplysninger, som en anden tilbudsgiver havde modtaget under forhandlingerne om, hvad lægerne anså som ergonomiske udfordringer, har udlignet den mulige konkurrencemæssige fordel, dette kunne have givet den tilbudsgiver, der oprindeligt modtog oplysningerne.

Det er på denne baggrund ligeledes klagenævnets foreløbige vurdering, at hverken indholdet i forhandlingsreferaterne eller svaret på SAFs spørgsmål foreskrev nye eller ændrede løsninger.

Det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at der ikke er udsigt til, at SAF vil få medhold i påstand 5.”

Det beror på en konkret vurdering, om og hvor lang en fristforlængelse en ordregiver skal meddele tilbudsgiverne ved ændringer i grundlaget for tilbudsafgivelsen, jf. udbudslovens § 93, eller i forbindelse med udligning af en konkurrencefordel. En ordregiver kan altid forlænge fristen. Regionerne forlængede den 21. oktober 2022 tilbudsfristen fra den 1. november 2022 til den 7. november 2022.

På den baggrund, og da det hverken med formuleringen af forhandlingsreferaterne eller forhandlingsforløbet i øvrigt, herunder besvarelsen af de stillede spørgsmål, er stillet SAF i udsigt, at virksomheden ville opnå en bedre evaluering ved at ændre sin tilbudte sædeløsning, tages påstand 5 ikke til følge.

Ad påstand 6

Klagenævnet har i sin delkendelse af 22. februar 2023 udtalt:

”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 ansøgere 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 ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

En ændring kan have påvirket potentielle ansøgere 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.”

Kravspecifikationen indeholder en kategorisering af tre typer af krav: (I) Minimum Requirements (mindstekrav), (II) Requirements (krav) og (III) Competitive Parameters (evalueringskrav). I udbudsbetingelsernes punkt 9.4.1 ”Changes to the tender documents” beskrives regionernes

mulighed for at foretage ændringer i "Requirements (krav)" og "Competitive Parameters (evalueringskrav)" under udbuddet.

De krav, "requirement no. 1.2 Flight operative capabilities and safety features", "requirement no. 1.32 Seat functionality and comfortability", "requirement no. 2.7 Types of Operation", "requirement no. 4.27 WIFI evaluation", "requirement no. 5.11 Flight operative development" og "requirement no. 7.9 Evaluation of NVG", som SAF gør gældende er grundlæggende eller ændret væsentligt uden fristforlængelse, er evalueringskrav.

Evalueringskravet "requirement no. 1.2 Flight operative capabilities and safety features" er som det eneste af de evalueringskrav, der indgår i påstand 6, stjernemarkeret. I kravspecifikationen fremgår herom:

"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..."

Ad ændringen i requirement no. 1.2 Flight operative capabilities and safety features.

Ændringen består i en præcisering og eksemplificering af "Enhanced Flight Vision Systems" og følgende tilføjelse:

"It may also be given a positive evaluation if the Supplier legally commits itself to provide certain functional upgrades of relevant solutions regarding flight operational capabilities and safety features (e.g., in respect of EVS or radar solutions, cf. req. no. 1.15), 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."

Af indledningen til kravspecifikationen fremgår bl.a.:

"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".

Regionerne har oplyst, at præciseringen blev indsat, fordi regionerne under udbudsprocessen blev opmærksomme på, at der kunne være en risiko

for, at visse produkter ikke ville være færdig-certificerede på tidspunktet for tilbudsafgivelsen, men at det pågældende produkt med stor sandsynlighed ville være færdig-certificeret på tidspunktet for driftsstart. Ændringen har dermed været sagligt begrundet.

Ændringen indebar ikke, at konkurrenceparameteret fik et andet indhold, da det også efter ændringen vedrørte flyoperative egenskaber og sikkerhedsmæssige aspekter.

Det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at regionernes ændring af krav 1.2 ikke kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren eller kan have fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgiverne. Ændringen udgjorde dermed ikke en ændring af grundlæggende elementer.

Såvel SAF som en anden tilbudsgiver ændrede deres indledende tilbud på netop dette punkt. Det er allerede på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at regionernes ændring af krav 1.2 ikke var af en sådan karakter, at det forudsatte en forlængelse af tilbudsfristen.

Det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at der ikke er udsigt til, at SAF vil få medhold i påstand 6 i relation til evalueringskrav 1.2.

Ad ændringerne i requirement no. 1.32 Seat functionality and comfortability og requirement no. 7.9 Evaluation of NVG.

Ændringerne bestod i en eksemplificering af ”Adjustable backrest” og en tilføjelse om ”legally commitment” svarende til den, der var anført ad requirement 1.2. Det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at der heller ikke er udsigt til, at SAF vil få medhold i påstand 6 i relation til evalueringskrav 1.32 og 7.9.

Ad ændringen i requirement no. 2.7 Types of Operation, og ændringen i requirement no. 4.27 WIFI.

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

Ændringerne indebar ikke, at konkurrenceparametrene fik et andet indhold, da de også efter ændringen vedrørte henholdsvis muligheder for at kunne lande under vanskelige forhold og WIFI-hastighed og mobildækningen.

SAF meddelte den 20. oktober 2022 regionerne, at ændringerne i disse krav ikke havde betydning for SAFs mulighed for at afgive endeligt tilbud inden fristen herfor. I anledning af henvendelsen fra SAF forlængede regionerne fristen for endelige tilbud med 1 uge.

Det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at der heller ikke er udsigt til, at SAF vil få medhold i påstand 6 i relation til evalueringskrav 2.7 og 4.27.

Ad ændringen i requirement no. 5.11 Flight operative development

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

Ændringen indebar, at konkurrenceparametret fik et andet indhold, da det efter ændringen var begrænset til at vedrøre udvikling af flyoperative løsninger i Danmark. Ændringen kunne derfor muligvis fordreje konkurrencen til fordel for en tilbudsgiver, der i forvejen måtte have en udviklingsafdeling i Danmark eller vedrørende Danmark. Ændringen er imidlertid 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.

SAF meddelte den 20. oktober 2022 regionerne, at ændringen i dette krav ikke havde betydning for SAFs mulighed for at afgive endeligt tilbud inden fristen herfor.

Det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at der heller ikke er udsigt til, at SAF skal have medhold i påstand 6 i relation til evalueringskrav 5.11.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at påstand 6 vil blive taget til følge.”

På den baggrund, og da ændringerne hverken enkeltvis eller samlet indebar, at konkurrencen mellem tilbudsgiverne blev fordrejet, og da regionerne ikke, jf. påstand 5, har ændret på, hvad der ville blive tillagt vægt ved evalueringen af ”medical interior”, tages påstand 6 ikke til følge.

Ad påstand 7

På grundlag af det, der er anført ad påstand 1-6, tages påstand 7 ikke til følge.

Ad påstand 8

Som anført i klagenævnets kendelse af 6. januar 2023, Mediq Danmark A/S mod Høje-Taastrup Kommune m.fl., følger forpligtelsen til at bringe en kontrakt til ophør i de tilfælde, hvor en tildelingsbeslutning er annulleret ved endelig afgørelse eller dom, jf. udbudslovens § 185, stk. 2, direkte af bestemmelsen. SAF har allerede derfor ingen selvstændig retlig interesse i at opnå klagenævnets påbud om, at regionerne ville skulle følge denne bestemmelse, såfremt påstand 7 var blevet taget til følge.

Påstand 8 afvises derfor.

Herefter bestemmes

Påstand 1-7 tages ikke til følge.

Påstand 8 afvises.

S.A.S SAF HELICOPTERES skal i sagsomkostninger til Region Midtjylland, Region Nordjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland og Region Hovedstaden betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nadia Reichenbach Bodentien
Kontorelev