

K E N D E L S E

Scandinavian Air Ambulance Holding AB
Scandinavian MediCopter AB
(advokat Christina Heiberg-Grevy, Hellerup)

mod

Region Midtjylland
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse 2013/S 054-088959 af 12. marts 2013 udbød indklagede, Region Midtjylland, som udbudsansvarlig for de 5 danske regioner et begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) af 3 døgnbemandede helikopterberedskaber som led i etablering og drift af en landsdækkende akutlægehelikopterordning med driftsstart 1. oktober 2014. Om kontraktens omfang er det i pkt. II.2) i udbudsbekendtgørelsen oplyst, at der på finansloven er afsat 126,7 mio. kr. årligt til den samlede etablering og drift af den landsdækkende akutlægehelikopterordning

Den 12. november 2013 indgav klagerne, Scandinavian Air Ambulance Holding AB og Scandinavian MediCopter AB, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagerne fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Da klagen imidlertid ikke var indgivet i standstill perioden, meddelte klagerne den 27. november 2013, at begæringen om opsættende virkning blev frafaldet.

Klagen har været behandlet på et møde den 28. marts 2014.

Klagerne har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at (i) Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved i evalueringen af de indkomne tilbud at anvende en pointmodel vedrørende pris, der ikke er egnet til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, og (ii) at evalueringen derfor ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 (i) ved i evalueringen i relation til delkriteriet »Implementeringsplan« under underkriteriet »Driftssikkerhed« at have evalueret de implementeringsplaner, der er beskrevet i de 3 forskellige tilbud, der er afgivet af Falck Air Ambulance A/S, fuldstændig ens og uden hensyntagen til de forskelle, der er i de forskellige implementeringsplaner, og (ii) ved i evalueringen at have forudsat, at der i mindstekrav nr. 7 om leveringsbesigtigelse ligger et krav om besigtigelse af færdigudstyrede helikoptere.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Region Midtjyllands tildelingsbeslutning af 31. oktober 2013 om at tildele Norsk Luftambulanse AS kontrakten.

Indklagede har principalt påstået klagen afvist og subsidiært, at den ikke tages til følge.

Klagerne har forbeholdt sig senere at nedlægge påstand om erstatning.

Sagens parter

Scandinavian Air Ambulance Holding AB (i det følgende SAA) er moderskab i Scandinavian Air Ambulance koncernen, der er leverandør af ambulancefly- og helikopterberedskaber i Norden. Koncernens aktiviteter drives igennem selskaberne Scandinavian Air Ambulance AB (ambulancefly) og

Scandinavian MediCopter AB (i det følgende SMC), (HEMS/ambulancehelikoptere). SMC leverer helikopterberedskaber til udførelse af HEMS-operationer fra 6 baser i Sverige og 3 baser i Finland.

SAA ejer 50 % af aktierne i selskabet Falck Air Ambulance A/S (i det følgende FAA). De resterende 50 % er ejet af Falck Danmark A/S. FAA er etableret med henblik på at etablere og operere luftbaseret personredningsvirksomhed i Danmark og på sigt i Norden. FAA er etableret forud for indgivelse af ansøgning om prækvalifikation vedrørende det af klagen omhandlede udbud. For at opnå optimal udnyttelse af ressourcerne i FAA's ejerkreds indenfor det præhospitale beredskab blev ansøgningen om prækvalifikation indgivet af FAA i samarbejde med 3 underleverandører: Falck Danmark A/S, Falck DRF Luftambulance og SMC.

Sagens nærmere omstændigheder

Den landsdækkende akutlægehelikopterordning udgør til dels en videreførelse og til dels en udvidelse af de to eksisterende forsøgsordninger med akutlægehelikopter på Sjælland og i Jylland. Forsøgsordningen på Sjælland er efter et forudgående EU-udbud tildelt og udført af Falck DRF Luftambulance A/S, mens forsøgsordningen i Jylland ligeledes efter et forudgående udbud er tildelt og udført af klagerne i samarbejde med Nordic Air Ambulance AS. Nordic Air Ambulance AS forestår som underleverandør til klagerne den flyoperationelle del af forsøgsordningen. Begge forsøgsordninger ophørte i henhold til de oprindeligt indgåede aftaler i foråret 2013.

Da aftalen om finansloven 2013 forudsætter, at de to nuværende forsøgsordninger forlænges/videreføres, indtil den varige ordning går i drift, er såvel Region Hovedstadens og Region Sjællands aftale med Falck DRF Luftambulance A/S som Region Midtjyllands og Region Nordjyllands aftale med klagerne forlænget til den 30. september 2014.

De 3 helikopterberedskaber, der skal drives af de 5 regioner i fællesskab, skal have base i henholdsvis Skive, Billund og Ringsted, men skal kunne dække hele landet. Den udbudte opgave omfatter et helikopterberedskab for hver af de 3 baser inklusive bemanning. Helikopterberedskabet skal være bemanded med en pilot og et HEMS-besætningsmedlem med sundhedsfaglig uddannelse. Helikopterlægerne, som indgår i ordningen, stilles til rådighed af regionerne.

Helikopterberedskabet skal være udstyret med alt nødvendigt udstyr, herunder behandlings-, monitorerings- og kommunikationsudstyr. I helikopterberedskabet indgår også et reserve-helikopterberedskab.

Aftaleperioden er 72 måneder med option på forlængelse én gang op til 24 måneder og én gang op til 12 måneder. Den maksimale aftaleperiode er således 108 måneder.

Den 7. maj 2013 prækvalificerede indklagede følgende virksomheder:

- 1) Bond Air Services Ltd
- 2) Falck Air Ambulance A/S med Scandinavian MediCopter AB, Falck Danmark A/S og Falck DRF Luftambulance A/S som underleverandører (FAA)
- 3) Norsk Luft Ambulanse AS med Nordic Air Ambulanse AS som samarbejdspartner (NLA) og
- 4) Konsortium: Unifly A/S og Air Greenland med Response A/S som underleverandør

SOS International A/S klagede til klagenævnet over indklagedes beslutning om ikke at prækvalificere SOS International A/S. Klagenævnet traf den 5. juli 2013 afgørelse om, at indklagede ikke havde været berettiget til at afvise SOS International A/S som uegnet. Indklagede annullerede i forlængelse heraf beslutningen af 7. maj 2013 og prækvalificerede ved beslutning af 8. juli 2013 følgende virksomheder:

- 1) Bond Air Services Ltd
- 2) FAA
- 3) NLA
- 4) Konsortium: Unifly A/S og Air Greenland
- 5) SOS International A/S

Af FAA's prækvalifikationsansøgning fremgår bl.a.:

»Den vedlagte ansøgning er forankret i Falck Air Ambulance A/S, der støttes op af tre erfarne underleverandører inden for det præhospitale beredskab, henholdsvis Scandinavian MediCopter AB, Falck Danmark A/S samt Falck DRF Luftambulance A/S.

Grundlaget for vores ansøgning baserer sig på den viden og de kompetencer, som ejerkredsen bag Falck Air Ambulance A/S samt underleverandører har oparbejdet gennem mange års erfaring med lægehelikopterberedskab og ambulancetjeneste

...

For at opnå en optimal udnyttelse af de tilgængelige ressourcer i FAA's ejerkreds, indgives ansøgningen i samarbejde med tre underleverandører, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.1, som hver for sig er beskrevet i nærmere detaljer i de efterfølgende afsnit.

...

Som det fremgår af ovennævnte figur betyder den valgte leverancemodell/-struktur, at Falck, SMC og FDL vil fungere som underleverandører inden for hvert enkelt selskabs respektive kompetenceområde. Kombinationen af underleverandører vil samlet set give Regionerne en meget erfaren operatør med dybt specialiserede kompetencer i leveringen af akutte helikopterberedskaber.

...

For referencer der dokumenterer de forskelligartede kompetencer, som Falck Air Ambulance A/S vil byde ind med, henvises der venligst til de vedlagte referencelister i vores ansøgning for hver af de enkelte underleverandører«

Prækvalifikationsansøgningen var i overensstemmelse hermed og som krævet i udbudsbekendtgørelsen vedlagt en erklæring fra underleverandørerne om, at de stiller deres økonomiske eller tekniske kompetencer til rådighed for ansøgeren i forbindelse med projektets udførelse, ligesom der var vedlagt referencelister og årsregnskaber for de enkelte underleverandører.

Udbudsmaterialet blev udsendt til de prækvalificerede virksomheder den 14. juni 2013.

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne »Økonomi« (30%), »Kvalitet i opgaveløsningen« (40%) og »Driftssikkerhed« (30%).

Af udbudsmaterialet fremgår bl.a.:

»1.13 Grundlag for udelukkelse af tilbudsgiver

...

1.13.1 Udelukkelse grundet manglende overholdelse af ordregivers budgetramme

Manglende overholdelse af ordregivers budgetramme, jf. pkt. 1.18.1 vil føre til at tilbuddet anses for ukonditionsmæssigt og ikke kan indgå i den videre evaluering.

...

1.15.2 Optioner

Der udbydes optioner på nedenstående:

Option på tilkøb af udstyr

o Floats og redningsflåder

Ordregiver kan vælge at tilkøbe (option) mulighed for, at helikopteren udstyres med det nødvendige hhv. floats og redningsflåder, jf. kravspecifikationen Kontraktbilag 1 (1.1), som betyder, at der kan flyves over vand udover begrænsningerne i JAR-OPS 3-amendment 5.

o Kuvøse

Ordregiver kan vælge at tilkøbe (option) mulighed for, at der kan foretages transporter i helikopteren med leverandørens egen kuvøse, der kræver fastspændingsanordninger, oxygenudtag, strømtilførsel m.v., således at kuvøsen kan anvendes i den tilbudte helikopter, som beskrevet i kravspecifikationen Kontraktbilag 1 (1.1).

...

1.17 Tilbudsvarianter

Ordregiver ønsker at få den bedst mulige løsning, og der gives derfor mulighed for at tilbudsgiver kan angive forskellige løsningsmuligheder for det samlede helikopterberedskab. Tilbudsgiver er derfor berettiget til at afgive op til 3 tilbud (alt inklusive).

Hvert tilbud skal afgives særskilt ved udfyldelse af separat løsningsbeskrivelse og vederlagsbilag. Der kan således ikke i ét tilbud henvises til besvarelserne i et andet tilbud afgivet af samme tilbudsgiver.

Alle tilbud skal opfylde de i kravspecifikationen angivne mindstekrav (jf. kontraktbilag 1 (1.1)) og kontraktens bestemmelser samt ligge inden for ordregivers budgetramme jf. punkt 1.18.1.

...

1.18 Prisoplysninger

1.18.1 Ordregivers budgetramme

Ordregiver har fastsat en budgetramme for udbuddet på 100 mio. kr. Tilbuddet må ikke overstige denne sum. Såfremt tilbuddet overstiger ordregivers budgetramme vil tilbuddet blive betragtet som ukonditionsmæssigt og vil ikke indgå i den videre evaluering.

I beregningen af tilbuddet i relation til budgetrammen indgår det faste vederlag for det samlede beredskab samt det variable vederlag for 3 flyvetimer pr. helikopter pr. døgn i det første kontraktår.

Der henvises til vederlagsbilaget i Kontraktbilag 3 (3.2), der tjener til tilbudsgivers beregning af tilbuddet i henhold til budgetrammen.

...

1.19 Tildelingskriterium med underkriterier

...

1.19.1 Økonomi

Priskriteriet vurderes på basis af de tilbudte vederlag/priser i kontraktbilag 3 (3.1).

Evalueringssummen beregnes som følger:

Først beregnes kontraktsum inkl. optioner for kontraktens første år som følger:

1.1 Fast vederlag, pris pr. måned x 12
 + 1.2. Variabelt vederlag, pris pr. flyvetime x 3276 timer (svarende til 273 timer pr. måned)
 +2.1.1. option: Kuvøse (for en helikopter), pris pr. måned x 12 (medtages med 75%)
 + 2.1.2 option: Floats (for en helikopter), pris pr. måned x 12 (medtages med 75%)
 = 1. års evalueringssum

Beregning af de efterfølgende kontraktår inkl. forlængelsesårene:

Evalueringssummen for hvert af de efterfølgende år (i den ordinære kontraktperiode er lig 1. års evalueringssum. Evalueringssummen fås ved at addere evalueringssummen for år 1 til år 6 og dernæst tillægge optionsperioderne (1x24 måneder og 1x12 måneder). Den første optionsperiodes evalueringssum er lig med kontraktår seks fratrasket evt. forlængelsesrabat, jf. Kontraktbilag 3 (3.1). Den anden optionsperiodes evalueringssum er lig med kontraktår otte fratrasket evt. forlængelsesrabat, jf. Kontraktbilag 3 (3.1).

Optionsperioderne medtages med 75 %

...

1.19.3 Driftssikkerhed

Driftssikkerhed evalueres på baggrund af tilbudsgivers besvarelse af konkurrencekravene, jf. Kontraktbilag 1 (1.2) under de anførte delkriterier:

Beredskabstid

Implementeringsplanens realisme og robusthed og samarbejdsorganisationens soliditet.

- Implementeringsplan
- Samarbejdsorganisation i implementerings- og driftsfasen

Delkriterierne under kriteriet Driftssikkerhed er angivet i prioriteret rækkefølge. Det betyder, at delkriteriet ”beredskabstid” vægter højere end delkriteriet ”implementeringsplanens realisme og robusthed og samarbejdsorganisationens soliditet”.«

Som svar på spørgsmål 1 om, hvorvidt optioner er inkluderet i budgetrammen på 100 mio. kr. pr. år, svarede indklagede, jf. udbudsmaterialets Kontraktbilag 5:

»Det bekræftes, at optionerne (kuvøse og floats) ikke er inkluderet i den fastsatte budget-ramme på 100 mio. kr. i 2013 p/l niveau.«

Af udbudsmaterialets Kontraktudkast fremgår bl.a.:

»4.0 Kontraktperiode

4.a. Implementeringsperiode

De kontraktlige forpligtelser mellem parterne træder i kraft ved underskrift, hvor implementeringsperioden starter.

...

Derudover er formålet med implementeringsperioden at give ordregiver mulighed for at følge leverandørens forberedelser, dels at få sikkerhed for, at leverandøren vil kunne opfylde kontrakten fra den første dag af driftsperioden, dels for om nødvendigt at kunne kræve foretaget korrigerende tiltag.

...

5.0 Leverandørens ydelser

5.a. Generelt

...

Leverandøren skal ved driftsstart stille de i tilbuddet beskrevne fuldt funktionsdygtige helikoptere med alle fornødne tilladelser, alt fornødent udstyr mv. til rådighed for de tre beredskaber.

...

5.c. Beredskabstid

Ved beredskabstid forstås den tid, hvor helikopterberedskabet er til rådighed for ordregiver.

Beredskabstiden skal som minimum udgøre 95%. ...

...

8.0 Anvendelse af underleverandører

...

8.b. Anvendelse og udskiftning af underleverandør(er)

Leverandørens anvendelse af underleverandører fremgår af de i forbindelse med prækvalifikationen indsendte dokumenter.

Leverandøren er ikke berettiget til uden ordregivers forudgående skriftlige godkendelse, at anvende underleverandører, som ikke er fremgået i forbindelse med prækvalifikationen. Ordregiver kan afvise at acceptere en anden underleverandør uden at dette sagligt kan begrundes fra ordregivers side.

Hvis Leverandøren i kontraktperioden ønsker at udskifte underleverandører, skal dette godkendes af ordregiver.

Leverandørens samarbejdspartnere er i aftalens forstand underleverandører.

Ordregiver er berettiget til at kræve, at leverandørens samarbejde med nærmere angivne underleverandører bringes til ophør uden ugrundet ophold, når disse i et ikke uvæsentligt omfang har forårsaget, at leverandørens ydelse er mangelfuld.«

Kontraktudkastet indeholder desuden en række bodsbestemmelser i tilfælde af forsinkelse eller mangler ved den leverede ydelse.

Udbudsmaterialets Kontraktbilag 1.1 indeholder en samlet oversigt over indklagedes mindstekrav til den udbudte løsning. Af kontraktbilaget fremgår bl.a.:

»Mindstekrav (MK) i kravspecifikationen

I dette bilag – kontraktbilag 1 (1.1) – findes en samlet oversigt over ordregivers mindstekrav til den udbudte løsning. Der er tale om krav fra ordregivers side, som skal accepteres uden forbehold fra tilbudsgivers side. Der kan således ikke tages forbehold for mindstekravene.

Den leverandør der indgår kontrakt med ordregiverne om akutlægehelikopterberedskab, skal opfylde kravene i dette dokument og bekræfter ved sin tilbudsafgivelse, at dette er tilfældet.

...

2. Krav til Helikoptere

Kravnr. 5.

Helikopteren skal være udstyret (flyoperativt, medicinsk og kommunikativt) og certificeret til at udføre alle de beskrevne operationsformer i dette dokument i overensstemmelse med gældende dansk lovgivning (BL, jf. reference 01), EU forordninger (reference 02 og 03), Dansk Standard (reference 04 og 05,) JAR-OPS 3 (08) og andre dokumenter, jf. Appendiks 1.

2.1 Krav til helikopterens godkendelse

...

Kravnr. 7.

Ordregiver skal kunne foretage leveringsbesigtigelse af de tre hovedhelikoptere senest 2 måneder før driftsperiodens start. Kontrakten inkl. bilag og leverandørens løsningsbeskrivelse udgør grundlaget for leveringsbesigtigelsen

...

2.4.3. Behandlingsudstyr

...

Kravnr. 50

Medicinsk udstyr som skal monteres i helikopteren, skal være EMC (Electro Magnetic Compability) afprøvet og godkendt, før installation iværksættes.

...

2.4.4. Kommunikationsudstyr

Kravnr. 55

Helikopteren skal være udstyret med fastmonteret SINE-kommunikationsudstyr, der er fuldt integreret i helikopterens kommunikationsanlæg, som kan betjenes både fra cockpit og fra kabine.

...

Kravnr. 56

SINE-kommunikationsudstyret skal testes og herefter være funktionelt senest 2 måneder før driftsstart.

...

3. Krav til reservehelikopterberedskabet

...

Kravnr. 72

Ved akut teknisk nedbrud af en hovedhelikopter skal leverandøren stille med reservehelikopter senest inden for 12 timer

...

4. Krav til piloter og HEMS-besætningsmedlemmer

...

Kravnr. 75

Leverandøren skal sikre overholdelse af retningslinier for arbejds- og hviletidsbestemmelser, som p.t. er reguleret i BL 5-70 (draft).

...

5.2 Fællestræning crew samt med øvrige beredskaber

...

Kravnr. 96

Leverandøren skal inden opstart have gennemført træning med henblik på samarbejde med ambulancetjenesten, som er planlagt af ordregiver. Træningen skal have et omfang svarende til 5 dage for hvert beredskab (4 timers dagflyvning og 2 timers mørkeflyvning pr. dag).«

Udbudsmaterialets Kontraktbilag 1.2 indeholder en beskrivelse af indklagedes ønsker til den udbudte løsning, som vil indgå i den kvalitative bedømmelse af de indkomne tilbud. Af kontraktbilaget fremgår bl.a.:

»2. Driftssikkerhed i opgaveløsningen (vægter 30 % i tilbudsevalueringen)

2.1 Beredskabstid

Med henblik på at sikre mest mulig beredskabstid for de tre helikopterberedskaber lægger ordregiver vægt på, at tilbudsgiver indsætter materiel som minimerer risikoen for akutte nedbrud af hovedhelikopteren, samt har løsninger for indsættelsen af reservehelikopter eller opbrugt tjenestetid på grund af flyve- og hviletidsbestemmelserne [Såfremt de gældende flyve- og hviletidsbestemmelser (BL 5-70: Draft) ændres i kontraktperioden kan der optages forhandlinger mellem parterne om, hvilken indflydelse dette vil få på den garanterede beredskabstid jf. Kontraktens pkt. 10]. Samtidig vægtes det fra ordregivers side positivt jo højere den garanterede beredskabstid er. Ved den garanterede beredskabstid forstås, den beredskabstid, som tilbudsgiver tilbyder og som ligger udover mindstekravet om beredskabstid på 95% (jf. kontraktens punkt 5.c).

...

2.2 Implementeringsplanens realisme og robusthed og samarbejdsorganisationens soliditet.

2.2.1 Implementeringsplan

Ordregiver lægger vægt på, at tilbudsgiver kan fremlægge en detaljeret tidsplan, som fremstår realistisk i forhold til det forudsatte driftsstartstidspunkt og robust i forhold til uforudsete omstændigheder. Tilbudsgivers implementeringsplan skal vise forståelse for den udbudte opgave og vilje til at sikre en planmæssig driftsstart. Akutlægehelikopteren vil udgøre en væsentlig del af en samlet præhospital landsdækkende indsats. Det er afgørende for ordregiver at sikre, at den indsats, som akutlægehelikopteren yder i de eksisterende forsøgsordninger videreføres uden ”slip” og at sikre, at de dele af landet, som ikke allerede er dækket af de eksisterende forsøgsordninger, inddrages i en landsdækkende ordning planmæssigt og som forudsat i finansloven.«

Af udbudsmaterialets Kontraktbilag 3.1 »Vederlagsbilag: Prissættelse med vejledning« fremgår bl.a.:

»Beregning i relation til budgetrammen: Som det fremgår af udbudsbe-
tingelserne (pkt. 1.18) er der en budgetramme for tilbuddet på 100 mio.
kr. eksklusive moms. Tilbuddet må ikke overstige denne sum for at væ-
re konditionsmæssig og kunne indgå i den videre evaluering.

Der henvises til budgetrammeberegning i Kontraktbilag 3 (3.2), der tje-
ner til tilbudsgivers beregning af tilbuddet i forhold til budgetrammens
overholdelse. Ved udfyldelse af de hvide felter i skemaet Kontraktbilag
3 (3.2) med de i Kontraktbilag 3 (3.1) anførte priser genereres en bereg-
ning i budgetrammeoverholdelsen.

I beregningen af tilbuddets overholdelse af budgetrammen indgår det
faste vederlag for det samlede beredskab inkl. 3.276 flyvetimer pr. år
samlet for de 3 helikopterberedskaber beregnet på basis af første
kontraktår.

Beregning af tilbuddets overholdelse af budgetrammen i Kontraktbilag
3 (3.2) er alene et hjælpeværktøj for tilbudsgiver og det er ikke et krav,
at underbilaget er udfyldt. Såfremt Kontraktbilag 3 (3.2) ikke er udfyldt,
vil det blive udfyldt af ordregiver i forbindelse med afklaring af tilbuds-
dets konditionsmæssighed.«

Kontraktbilag 5 »Spørgsmål – svar til udbudsmaterialet« indeholder ud over
det ovennævnte citerede ad spørgsmål 1 et spørgsmål 11 med svar, hvoraf
fremgår, at mindstekrav 75 om flyve- og hviletidsbestemmelser udgår. Bi-
laget indeholder endvidere bl.a. et spørgsmål 46, hvoraf fremgår:

»Der påpeges et potentielt problem med startdatoen, den 1. oktober
2014. Flyproducenten har bekræftet, at august 2014 vil være den tidlig-
ste leveringsdato for nye EC135 fly. Det betyder, at tilbudsgivere er
nødt til at afgive bestilling denne måned og fremkomme med et deposi-
tum på 5%.

Hvis flytypen ikke bliver udvalgt af Regionerne vil tilbudsgivere som
har foreslået denne type, komme til at miste 1% af deres depositum.
Dette er en betydelig økonomisk risiko for tilbudsgivere.

I tillæg hertil vil der selv med en bestillingsdato denne måned stadig
være en risiko for, at august 2014 leveringsdatoen ikke nødvendigvis vil
blive overholdt. Det vil sætte startdatoen på spil og samtidig udsætte
tilbudsgivere for at skulle betale bod såvel som potentielt kontraktbrud.

Der bedes om en præcisering af, hvad tilbudsgivere bør gøre i forbindelse med dette problem. Bør tilbudsgivere for eksempel foreslå en alternativ startdato baseret på en "bedste bestræbelser" implementeringsplan?»

Indklagede besvarede spørgsmålet således:

»Det præciseres, at starttidspunktet for driftsstart ligger fast, som det fremgår i kontrakten – d. 1. oktober 2014.

Opmærksomheden henledes dog på, at det konkrete tilbud kan sammensættes således at der undervejs i kontraktperioden kan foretages en udskiftning af materiellet.

Ved udskiftning af helikoptermateriellet undervejs i kontraktperioden er det en forudsætning, at dette ikke på nogen måde er til ulempe for ordregiver og ikke påfører ordregiver nogen form for ekstra omkostninger.

Samtidig henledes opmærksomheden på, at der i forbindelse med tilbudsafgivningen åbnes mulighed for at anvende tilbudsvarianter (jf. udbudsbetingelsernes punkt 1.17).

Tilbudsvarianter kan f.eks. afspejle forskellig alder på helikopterne.

Det bemærkes at tilbudsvariant skal afgives i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes punkt 1.17.

Det bemærkes desuden, at det af Udkast til kontrakt punkt 16.h.1 fremgår: "såfremt leverandøren ved driftsstart ikke fuldt ud opfylder det i kontraktbilag 1 (1.1 og 1.2) og Kontraktbilag 2 angivne, er ydelsen at betragte som mangelfuld«

Kontraktbilag 5 indeholder desuden et spørgsmål 57, der lyder således:

»Det stilles krav om at helikopteren skal være «certificeret til at udføre alle de beskrevne operationsformer». Omfatter kravet til certificering kun helikopteren eller omfatter kravet også operativ certificering og certificering af alt teknisk-operativt udstyr som medbringes i helikopteren? Skal certificeringer dokumenteres når helikopteren fremvises?»

Indklagede besvarede spørgsmål 57 således:

»Det skal præciseres, at kravet til certificeringer omfatter helikopteren, de beskrevne operationsformer og alt teknisk-operativt udstyr, som

medbringes i helikopteren, hvilket forventes dokumenteret i forbindelse med leveringsbesigtigelsen senest to måneder før driftsstart (jf. krav 7: Kontraktbilag 1).«

Ved tilbudsfristens udløb havde Bond Air Services Ltd afgivet ét tilbud, mens FAA og NLA begge afgav 3 tilbud.

FAA's tilbud indeholder en nærmere beskrivelse af, tidsplanen for indretningen af de tilbudte helikoptere, installering af det medicinske udstyr og det kommunikationstekniske udstyr samt indhentning af de nødvendige tilfælgelser.

Af FAA's tilbud 1 fremgår bl.a.:

»3.5. leverandørens rådighed over helikopterne

Som nævnt har vi foretaget reservation af 2 fabriksnye EC 145 helikoptere, og ordren kan effektueres umiddelbart efter underskrift af bindende kontrakt. I forbindelse med reservationen er det fra fabrikken oplyst, at de 2 fabriksnye helikoptere står til rådighed for inspektion på fabrikkens samleband fra maj 2014, dog ikke på dette tidspunkt endelig færdigkonfigureret.

De 2 andre helikoptere, som er i operationel drift i SMC's nuværende og kommende HEMS-operation i Visby (Gotland) og Ringsted, har vi rådighed over, så snart det ønskes. Altså udtages helikopterne af daglig drift efter nærmere aftale og under hensyntagen til deres aktuelle flyvetid (og de producentspecifikke serviceplaner), så de kan indskrives til nødvendig service og efterfølgende klargøring til kommende HEMS-operation. Der er arrangeret plan for, hvordan de skal udtages af eksisterende drift.

Opsummerende – vi vil være klar til den fastsatte dato for driftsstart, fordi vi allerede har rådighed over de fire helikoptere i god tid før driftsstart.

3.6. Ordregivers besigtigelse af helikopterne

Vores forslag til en plan for hvornår Ordregiver kan inspicere fremdriften på forberedelserne af de fire helikoptere ses nedenfor. I tillæg hertil giver vi løbende statusmeldinger på klargøringen frem mod det aftalte tidspunkt for besigtigelsen.

De nærmere detaljer for Ordregivers besigtigelse af helikopterne aftales i samråd med Ordregiver og FAA, men vil som udgangspunkt ske efter følgende plan:

Helikopter ID	Helikopter besigtigelse	Helikopter besigtigelse
	Hvornår	Hvor
EC 145, #1 (fabriksny) *	Fra medio maj 2014	2014 Eurocopter, Donauwörth – Tyskland
EC 145, #2 (fabriksny) *	Fra medio maj 2014	Eurocopter, Donauwörth – Tyskland
EC 145, #3 (nyere)	Fra medio juli 2014	Gotland – Sverige
EC 145, #4 (nyere)	Fra medio juli 2014	Ringsted

*) Helikoptererne er i produktion på fabrikken, men ikke færdigkonfigurerede med fuldt udstyr. Helikopter #1 vil være klar med udstyr fra medio juli 2014, og helikopter #2 vil være klar ultimo august 2014.«

Af FAA's tilbud 2 fremgår bl.a.:

»3.5. leverandørens rådighed over helikoptererne

Som nævnt har vi allerede indgivet forudbestilling på 4 fabriksnye EC 135 helikoptere, og ordren kan effektueres i det øjeblik, vi kender den endelige kontraktafgørelse med Regionerne. I forbindelse med forudbestillingen har vi fra fabrikken fået oplyst, at helikoptererne står til rådighed for inspektion på fabrikkens samleband fra primo maj 2014, dog ikke på dette tidspunkt endeligt færdigkonfigureret.

Opsummerende – vi vil være klar til den fastsatte dato for driftsstart, fordi vi allerede har rådighed over de fire helikoptere i god tid før driftsstart.

3.6. Ordregivers besigtigelse af helikoptererne

Vores forslag til en plan for hvornår Ordregiver kan inspicere fremdriften på forberedelserne af de fire helikoptere ses nedenfor. I tillæg hertil giver vi løbende statusmeldinger på klargøringen frem mod det aftalte tidspunkt for besigtigelsen.

De nærmere detaljer for Ordregivers besigtigelse af helikoptererne aftales i samråd med Ordregiver og FAA, men vil som udgangspunkt ske efter følgende plan:

Helikopter ID	Helikopter besigtigelse*	Helikopter besigtigelse
	Hvornår	Hvor
EC 135, #1 (fabriksny)	Fra medio juli 2014	Eurocopter, Donauwörth – Tyskland

EC 135, #2 (fabriks-ny)	Fra august 2014	Eurocopter, Donauwörth – Tyskland
EC 135, #3 (fabriks-ny)	Fra ultimo august 2014	Eurocopter, Donauwörth – Tyskland
EC 135, #4 (fabriks-ny)	Fra ultimo august 2014	Eurocopter, Donauwörth – Tyskland

*) De oplyste tider for besigtigelse omfatter fuldt konfigurerede helikoptere.«

Af FAA's tilbud 3 fremgår bl.a.:

»3.5. leverandørens rådighed over helikopterne

De tilbudte helikoptere er allerede i SMC's flyflåde, hvorfor vi kan disponere over dem som en del af SMC's almindelige produktionsplanlægning.

Klargøringsprocessen af EC-135 helikopterne, herunder indsættelsen af den midlertidige EC-145 helikopter, er beskrevet i det vedlagte Gantt diagram.

3.6. Ordregivers besigtigelse af helikopterne

Vores forslag til en plan for hvornår Ordregiver kan inspicere fremdriften på forberedelserne af de fire helikoptere ses nedenfor. I tillæg hertil giver vi løbende statusmeldinger på klargøringen frem mod det aftalte tidspunkt for besigtigelsen.

De nærmere detaljer for Ordregivers besigtigelse af helikopterne aftales i samråd med Ordregiver og FAA, men vil som udgangspunkt ske efter følgende plan:

Helikopter ID	Helikopter besigtigelse	Helikopter besigtigelse
	Hvornår	Hvor
EC 135, #1	Fra medio april 2014	Eurocopter, Donauwörth – Tyskland
EC 135, #2	Fra juni 2014	Eurocopter, Donauwörth – Tyskland
EC 135, #3	Fra september 2014	Eurocopter, Donauwörth – Tyskland
EC 135, #4	Fra maj 2014	Ringsted, Danmark
EC 145 #5 (interim, medio sept- > nov 2014)	Nov 2013-Marts 2014 Maj 2014-Okt 2014	Visby, Gotland – Sverige Ringsted, Danmark

«

Alle tre tilbud fra FAA var vedlagt Gantt diagrammer med angivelse af bl.a. tidspunktet for leverandørens rådighed over de tilbudte helikoptere og angivelse af tidspunkt for ordregiverens besigtigelse af helikopterne. Der er mellem parterne enighed om, at tidspunkterne i Gantt-diagrammerne ikke stemmer overens med det, der er angivet i tilbuddene, idet der er angivet senere datoer i Gantt-diagrammerne end i tilbudsbeskrivelsen.

Ved brev af 31. oktober 2013 orienterede indklagede tilbudsgiverne, herunder klageren, om, at indklagede agtede at tildele kontrakten til NLA. Orienteringen indeholdt en oversigt over de modtagne tilbudsvarianter, sammenfatning af den kvalitative vurdering og samlet pointdeling.

Af orienteringen fremgår bl.a.:

»Økonomi (30 %)

Evalueringen af "Økonomi" er foretaget på baggrund af de tilbudte priser i Kontraktbilag 3 (3.1), som angivet i udbudsbetingelser og med den angivne vægtning. Priserne er således omregnet til en kontraktsum inkl. optioner for kontraktens første år. Evalueringssummen fås ved at addere evalueringssummen for år 1 til år 6 og dernæst tillægge optionsperioderne (1x24 måneder og 1x12 måneder). Den første optionsperiodes evalueringssum er lig med kontraktår seks fratrasket evt. forlængelsesrabat. Den anden optionsperiodes evalueringssum er lig med kontraktår otte fratrasket evt. forlængelsesrabat.

De evalueringssummer, som har indgået i tilbudsevalueringen er herefter følgende:

Falck 1:	Kr. 811.386.408
Falck 2:	Kr. 752.247.111
Falck 3:	Kr. 702.061.295
NLA 1:	Kr. 825.269.966
NLA 2:	Kr. 765.366.725
NLA 3:	Kr. 814.771.398
Bond:	Kr. 826.377.406

Der er tildelt point efter en pointskala på 0-10, hvor 10 udgør den bedste score.

Pointmodellen for økonomi er på tilsvarende vis som pointmodellen for de kvalitative kriterier fastlagt ud fra en vurdering af, hvad der udgør et fremragende tilbud, et brugbart tilbud og et helt uacceptabelt tilbud.

Regionerne har i udbudsmaterialet angivet en budgetramme på 100 mio. kr., som tilbuddene skal kunne rummes indenfor. Denne budgetramme er udtryk for, hvad regionerne uanset den fastlagte kravspecifikation maksimalt kan betale for de udbudte helikopterberedskaber og dermed for, hvad regionerne anser som et brugbart tilbud. Omregnes denne budgetramme til økonomien over 9 år efter de principper, der fremgår af udbudsbetingelserne, svarer budgetrammen til 850 mio. kr. Et fiktivt tilbud på 850. mio. kr. tildeles derfor 5 point. Regionerne har desuden vurderet, at en fremragende pris er et tilbud på 600 mio. kr., og at et fiktivt tilbud på 1100 mio. kr. ville være en helt uacceptabel pris. Tilbuddene er således tildelt point i henhold til underkriteriet ”økonomi” ved at interpolere mellem disse 2 yderpunkter.

...

Driftssikkerhed (30 %)

Driftssikkerhed er evalueret på baggrund af tilbudsgivers besvarelse af konkurrencekravene, under de i udbudsbetingelserne anførte delkriterier:

Beredskabstid

Implementeringsplanens realisme og robusthed og samarbejdsorganisationens soliditet.

- Implementeringsplan
- Samarbejdsorganisation i implementerings- og driftsfasen

I udbudsbetingelserne var det angivet, at ”beredskabstid vægter højere end delkriteriet implementeringsplanens realisme og robusthed og samarbejdsorganisationens soliditet.”.

I tilbudsevalueringen er ”beredskabstid” således vægtet med 60%, mens implementeringsplanens realisme og robusthed” er vægtet med 40%.

Tilbudsgivers konkrete besvarelser og løsningsforslag til konkurrencekravene under de angivne delkriterier er ligeledes tildelt point efter en pointskala på 0-10 efter ovennævnte model.

Der henvises til den med denne afgørelse vedlagte sammenfatning vedrørende den kvalitative evaluering af de indkomne tilbud. Heraf fremgår det hvilke point, tilbudsgiverne (Falcks tilbud samt det vindende tilbud) er tildelt på konkurrencekravene og med hvilken begrundelse.”

...

Konditionsmæssighed

I forhold til alle 3 tilbud fra Falck gælder det, at det er regionernes opfattelse, at formuleringer i Falcks tilbud indebærer en usikkerhed i forhold til, om Falck opfylder mindstekravet i krav nr. 7 om, at ” Ordregi-

ver skal kunne foretage leveringsbesigtigelse af de tre hovedhelikoptere senest 2 måneder før driftsperiodens start. Kontrakten inkl. bilag og leverandørens løsningsbeskrivelse udgør grundlaget for leveringsbesigtigelsen”

Eftersom tilbudsevalueringen viser, at Falck A/S ikke har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, er der dog ikke foretaget en juridisk vurdering af tilbuddenes konditionsmæssighed i forhold til opfyldelse af dette mindstekrav.«

Indklagedes orientering af tilbudsgiverne var vedlagt en oversigt over pointtildelingen til de enkelte tilbud fordelt på de enkelte kriterier.

Af bilaget fremgår, at pointene for underkriteriet »økonomi« lå mellem 5,47 point og 7,96 point, mens pointene for de kvalitative underkriterier lå mellem 6,2 og 9,2 point. Af bilaget fremgår under delkriteriet »implementeringsplan«, at FAA's 3 tilbud alle fik tildelt 4 point og fik samme verbale bedømmelse på dette kriterium. NLA's tilbud 2 fik på dette punkt tildelt 10 point.

Af et notat »Pointmodel og kontrolberegninger og -modeller« af 28. oktober 2013 udarbejdet af indklagede fremgår bl.a.:

»Det er desuden vurderet, at der vil kunne opnås en bedre/lavere pris end laveste tilbud, som derfor ikke tildeles 10 point. Tilbuddene ligger kvalitetsmæssigt alle over niveauet for et brugbart/tilfredsstillende tilbud, derfor er der ”rum” for en ringere opfyldelse af kravspecifikationen med et billigere tilbud. Dette gør sig særligt gældende med hensyn til forholdene: reservehelikopterens placering og beredskabstid. Tilbudet med laveste pris indeholder en løsning, hvor reservehelikopter er stationeret i DK. Dette forhold er hos en anden tilbudsgiver på den frivillige option, fastsat til at udgøre en omkostning på 4,6 mio./år. Udgiften til en fast reservehelikopter på 4,6 mio. kr. på årligt basis i kontraktperioden + forlængelse vil summere til 41 mio. kr., set i forhold til tilbuddet med den samlede kontraktsum på 700 mio. kr. Dertil kommer prissætningen af beredskabsprocenten; den tilbudte beredskabstid ligger for alle tilbud over det fastsatte mindstekrav på 95 %, dvs. man vil kunne forestille sig et tilbud som kun lige netop opfylder mindstekravet på 95 % og dette tilbud må derfor forventes – alt andet lige – at være billigere. Det forventes således, at laveste pris vil kunne reduceres med op mod 10-12 mio/år alene ved en ændret løsning på disse elementer.

Vurderingen er derfor, at en pris på 600 mio. kr. er en realistisk pris for et tilbud, som kun lige netop opfyldte mindstekravene og vurderingen

dermed også, at den anvendte model svarer til den spredning, der kunne forventes i priserne på de indkomne tilbud, såfremt regionerne ikke havde fastlagt en budgetramme.«

Notatet indeholder desuden et afsnit om kontrolberegninger og kontrolmodeller, der alle fører til, at tilbuddet fra NLA var det økonomisk mest fordelagtige.

Af et brev af 20. december 2013 fra Falck Danmark A/S til Region Midtjylland fremgår det bl.a.:

»Falck er via Region Sjælland gjort opmærksom på, at der i pressekrede og hos udvalgte politikere er distribueret et notat, der indeholder kritik af afgørelsen vedrørende valg af helikopterentreprenør i Forbindelse det landsdækkende udbud af helikoptertjenesten.

Vi er desuden blevet oplyst om, at det pågældende notat er udarbejdet af et konsulentfirma efter opdrag fra det svenske helikopterentreprenør ScandinavianAirAmbulance, som sammen med Falck har budt på opgaven i selskabet Falck Air Ambulance.

På den baggrund vil vi gerne gøre opmærksom på, at Falck ikke har haft kendskab til ovenstående notat fra Scandinavian Air Ambulance, og Falck kan således heller ikke tages til indtægt for de synspunkter, der fremgår af notatet.

...

Vi står naturligvis ved, at vi synes, at Falck har afgivet et godt tilbud, både prismæssigt og kvalitetsmæssigt, sammen med Scandinavian Air Ambulance, men fra Falck side tager vi også til efterretning, at regionerne har ønsket en anden leverandør. Det er nu engang spillets regler. Og selv om vi naturligvis gerne havde set et andet resultat, er der intet i beslutningen, der giver os anledning til kritik.«

Forklaringer

Henry Hansen, der er ansat som Managing Director i Scandinavian Air Ambulance koncernen, har under den mundtlige forhandling bl.a. forklaret, at det ikke er realistisk, at der kan spares ca. 41 mio. kr. ved at placere reservehelikopteren udenfor Danmark. Vejrforhold vil ofte kunne medføre, at helikopteren ikke kan være fremme indenfor de krævede 12 timer, hvilket vil medføre betaling af bod. Hertil kommer, at helikopteren i FAA's billigste tilbud er af ældre dato, således at der ikke er et så stort besparelspotentiale, som der ville være ved en nyere helikopter. Det er også urealistisk, at der reelt kan opnås en væsentlig besparelse ved at byde ind med 24-timers vagter frem for 12-timers vagter. På grund af hviletidsbestemmelserne vil

det med 24-timers vagter være nødvendigt at operere med en back-up vagt med deraf følgende yderligere omkostninger. Dertil kommer, at alting tyder på, at der på europæisk plan vil ske en skærpelse af hviletidsreglerne.

Hverken SAA eller Falck Danmark A/S fik i forbindelse med tilbudsudarbejdelsen indtryk af, at det var stillet et mindstekrav om, at der til besigtigelsen 2 måneder før levering skulle stilles med fuldt konfigurerede helikoptere. Det er et meget usædvanligt vilkår, som han aldrig før er blevet mødt med, trods omfattende erfaring indenfor helikopterberedskaber. Han ved ikke, hvorfor det specifikt i to af FAA's tilbud fremgår, at helikopterne ikke er færdigkonfigurerede på tidspunktet for leveringsbesigtigelsen.

Anne Mari Jakobsen, NLA, Helle Hygum Olsen, Region Midtjylland og Kristina Østergaard Mikkelsen, Region Hovedstaden, har afgivet skriftlige vidneerklæringer.

Parternes anbringender

Ad indklagedes afvisningspåstand.

Indklagede har gjort gældende, at hverken SAA eller SMC har retlig interesse i sagen som forudsat i håndhævelseslovens § 6, stk. 1. Klagen skal derfor afvises.

Det følger af fast klagenævnspraksis, at retlig interesse i at påklage en afgørelse forudsætter, at den potentielle klager bliver direkte berørt af den trufne afgørelse, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 3. april 2013, Schneider Electric Danmark A/S og Dansk Industri mod Gladsaxe Kommune.

Den prækvalificerede virksomhed er FAA, og indklagede modtog i overensstemmelse hermed tilbud fra FAA. SAA og SMC har ikke søgt om prækvalifikation, og har dermed aldrig haft nogen mulighed for at få tildelt kontrakten. Klagerne har derfor ikke nogen selvstændig retlig interesse i en sag vedrørende tildelingsbeslutningen.

Det bestrides ikke, at en ejerandel i et tilbudsgivende selskab efter omstændighederne kan give en aktionær en vis økonomisk interesse i udfaldet af et udbud, men da aktionæren ikke selv bliver direkte berørt heraf, ligger denne interesse langt fra den konkrete interesse i selve udbudsforretningen, der må kræves for selvstændigt at kunne forfølge de udbudsretlige spørgsmål i sa-

gen ved klagenævnet. SAA har derfor ikke den fornødne retlige interesse i klagen.

Det forhold, at SMC i et ikke nærmere bestemt omfang skulle fungere som underleverandør til FAA, ændrer ikke på, at SMC ikke har en selvstændig retlig interesse i sagen. SMC's interesser er således beskyttet af FAA, der som den direkte berørte tilbudsgiver utvivlsomt har en retlig interesse i en klage over tildelingsbeslutningen, og som i kraft heraf også er den, der skal træffe afgørelse om, hvorvidt sagen skal forfølges.

Det bestrides ikke, at der ikke kan stilles krav til tilbudsgivernes retlige form, hvilket indklagede, ubestridt, heller ikke har gjort. Det er således op til tilbudsgiverne selv at afgøre, i hvilken form, de vil afgive tilbud, men tilbudsgiverne må samtidig leve med de retsvirkninger, som den form, tilbudsgiverne har valgt at afgive tilbud i, indebærer. Afgives tilbuddet af et selskab, har det således den konsekvens, at kontraktrisikoen afgrænses til det ene selskab, der afgiver tilbuddet, i modsætning til hvis tilbuddet var afgivet af et konsortium, hvor samtlige deltagere hæfter for kontraktens opfyldelse.

Der er ikke oplyst omstændigheder, der kan begrunde, at FAA ikke blot selv anlagde en tilsvarende klagesag. Der er derfor ikke grundlag for konkret at fravige princippet om, at det alene er tilbudsgivere og potentielle tilbudsgivere, der har den fornødne retlige interesse.

Selv hvis klagenævnet mod forventning finder, at SAA og SMC har den fornødne retlige interesse, og klagenævnet ligeledes finder, at der har været noget at bebrejde indklagede i udbudsprocessen, har SAA og SMC ikke mulighed for at opnå nogen økonomisk kompensation.

Klagen er således formålsløs.

Klagerne har gjort gældende, at klagerne har retlig interesse, og derfor er berettiget til at klage. Praksis fra EU-Domstolen kan i den forbindelse ikke tillægges afgørende betydning, idet det i håndhævelseslovens fastsatte kriterium for klageadgang er bredere end kriteriet i kontroldirektiverne.

Med en 50 % ejerandel af FAA har SAA en direkte økonomisk interesse i, at FAA får tildelt kontrakten, og dermed også i at få klagenævnets stilling-

tagen til, om der i forbindelse med gennemførelsen af det omhandlede udbud er sket en tilsidesættelse af EU-udbudsreglerne. SAA skulle via dets datterselskab SMC stå for ca. 2/3 af kontraktens opfyldelse i tilfælde af tildeling. Det er således åbenbart, at SAA har den fornødne retlige interesse i sagen.

Dette støttes af klagenævnets kendelse af 31. januar 2013, Easy-Climb ApS mod Trafikselskabet Movia.

Det forhold, at Falck Danmark A/S ikke har ønsket at medvirke i en klage over det omtvistede udbud, kan ikke i den konkrete situation fratage SAA retten til at klage.

Det følger af udbudsdirektivets artikel 4, stk. 2, at en ordregiver ikke kan stille krav om, at en gruppe af økonomiske aktører, der ønsker at byde sammen på en opgave, skal antage en bestemt retlig form for at blive prækvalificeret eller for at afgive tilbud. En konsekvens heraf må være, at den form, som en gruppe af økonomiske aktører har valgt i forbindelse med ansøgning om prækvalifikation eller afgivelse af tilbud, uanset om denne er juridisk eller ej, heller ikke kan afskære de økonomiske aktører fra at klage til klagenævnet.

I forhold til SMC har klagerne yderligere gjort gældende, at klagenævnets praksis ikke udelukker, at SMC som underleverandør kan anses for at have den fornødne retlige interesse i at klage. Det er underordnet, i hvilket omfang, der nærmere er redegjort for SMC's ydelser til FAA i ansøgningen om prækvalifikation og/eller de afgivne tilbud. Afgørende er, om SMC som underleverandør til FAA har en tilstrækkelig konkret og økonomisk interesse i, at FAA får tildelt kontrakten, og dermed også har den fornødne retlige interesse. Såvel ansøgningen om prækvalifikation som FAA's 3 tilbud indikerer klart, at SMC indtog en væsentlig rolle som underleverandør til FAA.

Såvel SAA som SMC har derfor den fornødne retlige interesse og er derfor klageberettigede.

Ad påstand 1

Klagerne har gjort gældende, at en evalueringsmodel skal være egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Dette indebærer tillige,

at modellen skal være gennemsigtig og sikre en lige behandling af tilbudsgiverne. Dette er ikke tilfældet med den evalueringsmodel, indklagede har anvendt til at vurdere prisen på de indkomne tilbud.

I udbudsbetingelsernes pkt. 1.13.1 og 1.18.1 er budgetrammen fastsat til 100 mio. kr. om året med oplysning om, at ethvert tilbud, der overstiger budgetrammen, vil blive anset for ukonditionsmæssigt. Ved at sætte budgetrammen til 5 point er der således ingen konditionsmæssige tilbudsgivere, der kan få under 5 point. Det er derfor helt usandsynligt, at nogen af tilbuddene vil ligge over budgetrammen, hvorfor den fastsatte maksimumpris på 1100 mio. ikke giver nogen mening. Den anvendte model indebærer, at spredningen i pointtildelingen indskrænkes til 5-10 point.

Også den fastsatte minimumspris på 600 mio. kr. er helt urealistisk. Indklagede har ikke i udbudsbetingelserne lagt sig fast på en evalueringsmodel og har af de indkomne tilbud kunnet se, at den laveste tilbudte pris (FAA III) ligger på ca. 702 mio. kr. Ved at fastsætte en fiktiv minimumspris på 600 mio. kr., der således ligger mere end 100 mio. under den laveste pris, indskrænker indklagede spredningen i pointtildelingen yderligere, og resultatet bliver, at kun en meget lille del af pointskalaen bliver brugt. Det bestrides, at de af indklagede ved fastsættelsen af minimumsprisen forudsatte besparelser er realistiske.

Indklagedes pointmodel medfører, at spredningen i pointfordelingen til trods for en forskel mellem laveste og højeste bud på 124.316.111 kr. alene ligger mellem 5,47 og 7,96. Til sammenligning har indklagede på sin kvalitative pointtildeling brugt skalaen i langt højere grad (point mellem 4 og 10). Pointmodellen sikrer dermed ikke fornøden gennemslagskraft af prisforskellene mellem tilbuddene, og konsekvensen er, at de tilbudte priser i praksis vægter mindre, end der er lagt op til i udbudsbetingelserne.

Den konkret anvendte model er således uegnet til evalueringen af de tilbudte priser, uigennemsigtig og sikrer ikke en lige behandling af de enkelte tilbudsgivere, idet den ikke afspejler de forskelle og spredninger, der er i de tilbudte priser. Modellen er derfor ikke egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Indklagede har endvidere foretaget en sammenblanding af mindstekravet vedrørende budgetrammen med tilbudsevalueringen, som indebærer, at til-

bud, der ligger i spændet mellem 850 mio. kr. og 1100 mio., kr., vil opnå mellem 0-5 point. En sådan sammenblanding er ifølge klagenævnets praksis i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. Klagenævnets kendelse af 10. juli 2009, NCC Construction Danmark A/S mod Billund Kommune.

Hvis indklagede i stedet for den anvendte model havde taget udgangspunkt i en model, hvor laveste pris (702 mio.) gives maksimumpoint og budgetrammen (850 mio.) gives minimumpoint, havde evalueringen fået et helt andet udfald.

Klagerne bestrider ikke, at det må bero på en konkret vurdering, hvorvidt en pointmodel er lovlig og egnet, og at ordregiver er tillagt et vidt skøn ved valg af evalueringsmodel. Som udtalt af klagenævnet i kendelse af 9. januar 2012, RenoNorden A/S mod Skive Kommune, påhviler det imidlertid ordregiver at sikre, at en given pointmodel er egnet til i relation til det konkrete udbud at sikre en bedømmelse af tilbuddene, som respekterer den fastsatte vægtning af underkriterierne.

I den konkrete sag havde indklagede ikke i udbudsbetingelserne forudgående lagt sig fast på en evalueringsmodel. Indklagede var derfor bekendt med de aktuelt tilbudte priser på tidspunktet for fastlæggelsen af den valgte pointmodel. Dermed vidste indklagede også, at den valgte pointmodel reelt indskrænkede pointskalaen for prisen ved at reservere halvdelen af skalaen til bud, der prismæssigt var helt urealistiske, idet sådanne bud som følge af budgetrammen på 850 mio. kr. ville være ukonditionsmæssige. Fastsættelsen af en laveste fiktiv pris på 600 mio. kr. medførte endvidere en yderligere reel indskrænkning af skalaen.

Indklagede har indskrænket pointskalaen for så vidt angår prisen ved at fastsætte budgetrammen til 5 point, og der har således ikke som forudsat, været lige så mange point til rådighed for evalueringen af priskriteriet som ved evalueringen af de to øvrige underkriterier, hvor der har været 0-10 point til rådighed. Herved sker der en skævvridning af vægtningen mellem de enkelte underkriterier i forhold til de i udbudsmaterialet angivne vægte.

Indklagede har begrundet den valgte model med et ønske om i videst muligt omfang at »ensarte« vurderingen af prisen med vurderingen af de kvalitative kriterier og dermed et ønske om at opnå samme spredning på resultatet

af vurderingen af prisen og vurderingen af de kvalitative kriterier. Dette kan dog ikke begrunde den foretagne indskrænkning af pointskalaen. Hvis de indkomne tilbud ligger tæt i forhold til opfyldelsen af kvalitetskriterierne, men adskiller sig væsentligt prismæssigt, vil spredningen i pointtildelingen ved anvendelse af samme pointskala for de to kriterier blive væsentligt forskellig, idet pointtildelingen netop har til formål at illustrere disse forhold. Dette understøttes af bl.a. klagenævnets kendelse af 18. juli 2013, Calundan Høreteknik ApS mod Gentofte Kommune m.fl.

Det er således ikke et krav, at det faktiske spænd i den kvalitative evaluering skal svare til spændet i prisevalueringen. Hovedsagen er, at der er det samme antal point til rådighed for vurderingen af de enkelte underkriterier, at springene mellem pointene er saglige, og at der ikke som følge af ordregivers pointmodel sker en reel indskrænkning af skalaen.

Det bestrides, at klagenævnets kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A. mod Banedanmark, kan tages som udtryk for, at en pointmodel, hvor der interpoleres mellem højeste og laveste pris generelt er problematisk. Som anført af Klagenævnet i denne kendelse, vil en sådan model »i en række tilfælde« kunne være uhensigtsmæssig.

Mindre end $\frac{1}{4}$ af skalaen for så vidt angår prisen er blevet anvendt trods en prisforskel mellem laveste og højeste pris på mere end 124 mio. kr. Dette skyldes, at indklagede har reserveret den nederste halvdel af skalaen (pointene 0-4) til ukonditionsmæssige bud over budgetrammen og den øverste del af skalaen (pointene 8-10) til bud, der lå op til 102 mio. kr. under det laveste bud.

Indklagede har således de facto anvendt en skala fra 0-10 ved evalueringen af de kvalitative kriterier, men en skala fra 5-8 ved evalueringen af prisen, idet indklagede var fuldt ud klar over, at yderpunkterne i prisskalaen ikke ville komme i spil. At de tildelte point for prisen lå indenfor et meget snævert spænd var således ikke udtryk for, at de afgivne priser lå tæt, men udelukkende et resultat af indklagedes indskrænkning af skalaen.

Når indklagede i udbudsbetingelsernes pkt. 1.18.1 og pkt. 1.13.1 oplyser, at tilbuddene ikke må overstige den oplyste budgetramme, idet de i så fald vil blive anset for ukonditionsmæssige, sker der uvilkårligt en påvirkning af prissætningen i et »frit« marked, idet det er helt åbenlyst, at der med sådan

en udmelding til markedet ikke vil blive afgivet tilbud, der prismæssigt ligger højere end budgetrammen. Det er således ikke korrekt, når indklagede hævder, at der i den konkrete sag ved fastlæggelsen af de forventede priser ikke skulle tages hensyn til indklagedes budgetramme.

Selvom indklagede i sin pointtildeling som udgangspunkt har respekteret vægtningen, idet hver enkelt tilbudsgiver i den vægtede pointtildeling har fået 30 % af det tildelte point, er der stor forskel på, om tilbudsgiverne i den vægtede pointtildeling får 30 % af fx 3 point eller 6 point. Det er således udgangspunktet for den vægtede pointtildeling – dvs. den reelle del af skalaen der er til rådighed - der er forkert. Når indklagede indskrænker sin pointskala til reelt kun at omfatte en mindre del af skalaen, bliver forskellen mellem de forskellige tilbud ikke afspejlet i tilstrækkelig grad, og de lave tilbud får dermed for få point, og de dyre tilbud får for mange point. Dermed får prisen ikke den betydning, som tilbudsgiverne kunne forvente.

Indklagede har gjort gældende, at den af indklagede anvendte pointmodel i relation til underkriteriet »Økonomi« er lovlig og egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Det følger af klagenævnets praksis, at der ikke er nogen gængs pointmodel, som altid vil være lovlig, og at det således beror på en konkret vurdering, om en anvendt pointmodel er egnet og lovlig.

En pointmodel til bedømmelsen efter et underkriterium om pris, hvor det billigste tilbud tildeles maksimumpoint og øvrige tilbud relative points, således at en bestemt procentvis prisdifference fra den laveste pris udløser minimumspoint, skal sikre, at den valgte model respekterer udbudsbetingelsernes vægtning af priskriteriet. Fastsættelsen af den procentsats, som udløser minimumspoint, beror på et skøn.

Ved ordregivers skønsmæssige fastlæggelse af en model til bedømmelse efter et underkriterium om pris, herunder ved brug af en model som den nævnte, skal der tages hensyn til det konkrete markeds og det konkrete udbuds karakteristika, og til hvilken spredning der på den baggrund kan forventes i priserne på de indkomne tilbud.

Klagenævnet kan kun tilsidesætte ordregiverens valg af evalueringsmodel, hvis ordregiveren åbenbart har overskredet rammerne for skønnet, eksem-

pelvis fordi valget af bedømmelsesmodel strider mod udbudsbetingelserne, herunder den fastsatte vægtning af priskriteriet, jf. bl.a. kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A. mod Banedanmark, kendelse af 29. november 2012, Mediq Danmark A/S mod Jysk Fællesindkøb, kendelse af 21. december 2009, Ergolet A/S mod Københavns Kommune og kendelse af 29. juli 2011, Social-Medicinsk Tolkeservice A/S mod Region Hovedstaden.

Indklagede har, jf. sin redegørelse for tilbudsvurderingen, anvendt en pointmodel fastlagt ud fra et ønske om i videst muligt omfang at »ensarte« vurderingen af prisen med vurderingen af de kvalitative kriterier og dermed et ønske om at opnå samme spredning på resultatet af vurderingen af prisen og vurderingen af de kvalitative kriterier. Indklagede har således ligesom ved vurderingen af de kvalitative kriterier foretaget en vurdering af, hvad der var et fremragende, henholdsvis brugbart og uacceptabelt tilbud.

Yderpunkterne for prisvurderingen er fastsat under hensyntagen til kravspecifikationen og ud fra en vurdering af, hvad der prismæssigt ville være et fremragende tilbud ved en forholdsvis minimal opfyldelse af ønskerne i kravspecifikationen svarende til, at det i al væsentlighed kun er mindstekravene, der er opfyldt, og hvad der ville være en uacceptabel pris for en optimal opfyldelse af ønskerne i kravspecifikationen. Yderpunkterne i den anvendte prisevalueringsmodel afspejler således de prismæssige fordele og ulemper ved et hhv. kvalitativt bedre og dårligere tilbud.

Drift af den landsdækkende akutlægehelikopterordning er desuden underlagt en fast bevilling over finansloven, og på baggrund af denne bevilling er budgetrammen for udbuddet af akutlægehelikopterordningen fastsat til kr. 100 mio. pr. år. Indklagede er i kraft af bevillingen over finansloven i forbindelse med det omtvistede udbud underlagt en budgetramme på kr. 100 mio. pr. år. Tillægges denne budgetramme værdien af de udbudte optioner (baseret på dyreste tilbud), svarer budgetrammen med tilbudte optioner til en samlet kontraktsum på kr. 833.493.775, hvilket beløb i forbindelse med tilbudsvurderingen er oprundet til kr. 850 mio. De 850 mio. kr. er således det maksimale beløb, indklagede kan betale. Et tilbud lydende på budgetrammen måtte derfor også nødvendigvis kvalificeres som et brugbart tilbud, hverken mere eller mindre, hvilket derfor, for at undgå skævvridning i forhold til den kvalitative vurdering, måtte føre til, at et sådant fiktivt tilbud tildeles 5 point.

Det forhold, at indklagede for også at sikre, at de indkomne tilbud faktisk ville være brugbare (økonomisk realiserbare), har fastlagt det som et mindstekrav, at tilbuddene skulle ligge inden for budgetrammen, ændrer således ikke på, at den korrekte karakter for et tilbud, der lige netop svarer til budgetrammen, med respekt af den kvalitative karakterskala, skulle være 5. Havde indklagede således i stedet i overensstemmelse med klagerens synspunkter valgt en model, hvor et sådant tilbud blev tildelt 0 point, svarende til et uacceptabelt tilbud, ville der ske en skævvridning i forhold til de kvalitative kriterier.

Indklagede er opmærksom på, at den valgte model indebærer, at karaktererne pointene 0-4 reelt ikke kommer i spil. Den »manglende« anvendelse af disse karakterer er imidlertid udelukkende et resultat af indklagedes »beskæring« af konkurrencen, og er altså ikke udtryk for, at der ikke i markedet med den udfærdigede kravspecifikation også kunne findes leverandører inden for dette interval.

En sådan model, hvor en vis, uinteressant del af markedet skæres bort inden eller som led i selve tilbudsvurderingen, er sædvanligt anvendt af Kommissionen, der til eksempel anvendte en sådan model i sagerne T-59/05 og T-272/06, og modellen er da også godkendt af Klagenævnet for Udbud i kendelse af 7. januar 2009, MFI Office Solutions Ltd mod Udenrigsministeriet.

Indklagede har tilsvarende i nærværende udbud klart beskrevet den anvendte model. I nærværende sag synes der endog at være betydelig større gennemsigtighed i modellen, end det var tilfældet i kendelsen af 7. januar 2009. I kendelsen af 7. januar 2009 beroede tilbudsgivernes adgang til den videre evaluering således på ordregiverens skønsmæssige vurdering af tilbuddene, hvorimod tilbudsgiverne i det i denne sag omhandlede udbud selv på forhånd kunne vurdere – og afgøre – om deres tilbud reelt skulle tages i betragtning af indklagede.

Såvel den økonomiske ramme som vægtningen af underkriteriet og i den forbindelse den af indklagede anvendte evalueringsmodel er dermed udtryk for, at indklagede, inden for de økonomiske midler der er til rådighed, ønsker den bedst mulige kvalitet af den landsdækkende helikopterordning.

Den af klager påberåbte kendelse af 10. juli 2009, NCC Construction Danmark A/S mod Billund Kommune er uden relevans i forhold til lovligheden

af den anvendte evalueringsmodel, da den kendelse angik en omvendt licitation, hvor der ikke konkurreredes selvstændigt på prisen. Det forhold, at der opereres med et budgetloft, er således ikke det samme som en omvendt licitation.

Prisforskellen mellem laveste og højeste tilbud på ca. 124 mio. kr. svarer til en prisforskel på 17,7 %. Spredningen i pointfordelingen mellem disse tilbud fra 5,47 point til 7,96 point svarer til, at det dyreste tilbud har fået 31 % færre point end det billigste tilbud, og at det billigste tilbud som konsekvens heraf har fået 45 % mere i point end det dyreste tilbud.

Den af indklagede anvendte evalueringsmodel medfører, at tilbuddene i henhold til de fastlagte underkriterier spredt sig over pointskalaen; Økonomi: 5,47 - 7,96 point, Kvalitet i opgaveløsningen: 7,60 – 9,20 point og Driftssikkerhed: 6,20 – 8 point. Indklagede har således i forbindelse med sin tilbudsvurdering anvendt en pointskala og foretaget en evaluering, der sikrer samme spredning af resultatet af bedømmelsen af priskriteriet og de kvalitative kriterier og dermed, at udbudsbetingelsernes vægtning af underkriterierne respekteres.

Til sammenligning indebærer en model, hvor laveste pris (702 mio. kr.) gives maksimumpoint, og budgetrammen (850 mio. kr.) gives minimumpoint en pointspredning mellem bedste og dårligste tilbud i forhold til underkriteriet »Økonomi« på 1,60 point til 10 point svarende til, at det dyreste tilbud får 83 % færre point end det billigste tilbud, og at det billigste tilbud som en konsekvens heraf har fået 525 % mere i point end det dyreste tilbud til trods for, at prisforskellen mellem disse 2 tilbud kun er 17 %. Den model, som klager angiver som den bedst egnede og mest gennemsigtige, indebærer således, at den økonomiske pointtildeling benytter skalaen i langt højere grad end den kvalitative pointtildeling til trods for, at økonomien vægter langt mindre end de kvalitative kriterier og dermed en skævvridning af vægtningen af underkriterierne. Om den model, som klagerne betegner som den bedst egnede, udtalte klagenævnet i kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A. mod Banedanmark, at »der ikke udbudsretligt kan stilles krav om, at der ved bedømmelsen efter et priskriterium interpoleres mellem højeste og laveste pris. En sådan model vil tværtimod i en række tilfælde kunne indebære, at den fastlagte vægtning af priskriteriet og de kvalitative kriterier ikke respekteres«

Den af indklagede anvendte pointskala er fastlagt ud fra realistiske forventninger til markedet. Den af indklagede anvendte evalueringsmodel respekterer således såvel udbudsbetingelserne som forudsætningerne for udbuddet, hvorefter økonomien alene vægter med 30 % og de kvalitative kriterier vægter med 70 %.

Indklagede har i forbindelse med sin tilbudsvurdering foretaget en kontrolberegning af resultatet via 3 alternative prisberegningsmodeller. Samtlige disse alternative beregningsmodeller medførte, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud var tilbud nr. 2 fra NLA.

Klagerne overser, at der ved henvisningen til de forventede tilbudspriser naturligvis må foretages en vurdering af forventningerne til priserne i et »frit« markedet. Ved fastlæggelsen af prisspændet kan indklagede således ikke tage højde for indklagedes eget budget og den beskæring af konkurrencen, som indklagede på dette grundlag er nødsaget til at foretage, idet disse »eksterne« forhold naturligvis ikke påvirker det frie marked og de potentielle tilbud på den udbudte ydelse. Afgørelserne, som klagerne henviser til, er ikke i modstrid hermed, idet klagenævnet i disse kendelser netop foretager en vurdering af de realistiske forventninger til markedet. Afgørelserne fastslår således udelukkende, at prisspændet skal fastlægges på baggrund af forventningerne til markedet, og der er ingen forhold i kendelserne, der indikerer, at ordregiveren ikke på baggrund af disse forventninger kan beskære konkurrencen til den del af de forventelige tilbud (markedsprisen), der reelt er interessant for ordregiveren.

Det beror på et helt bevidst valg, at regionerne ikke i forbindelse med udbuddet lagde sig fast på specifikke løsninger i forhold til vagtform, helikopternes alder og placering af reservehelikopterne. På baggrund af en forud for udbuddet gennemført teknisk dialog kunne regionerne således konstatere, at der var forskellige løsningsmuligheder. Regionerne ønskede at give adgang til, at disse forskellige løsningsmuligheder indgik i tilbuddet med henblik på at få den bedst mulige løsning til den bedst mulige pris inden for den økonomiske ramme, som regionerne havde til rådighed. Det er netop blandt andet på kravene vedrørende reservehelikopter og beredskabsprocenten, at indklagede har vurderet et besparelspotentiale i forhold til det billigste tilbud, FAAs tilbud 3. Klagerne har anerkendt, at der er nogle mulige besparelser i forhold til klagernes billigste tilbud, og at disse besparelser

netop relaterer sig til de forhold, der er tillagt særligt vægt ved beregningen af den laveste forventelige pris på 600 mio. kr.

Indklagedes fastlæggelse af besparelspotentialet i forhold til særligt reservehelikopteren og beredskabsprocenten og dermed den laveste forventede pris på ca. 600 mio. kr. er både saglig og retvisende.

Den faktiske spredning i pointtildelingen på de enkelte underkriterier giver en indikation af, at vurderingen af de kvalitative kriterier er foretaget ud fra samme målestok som priskriteriet, og at vægtningen dermed er respekteret. Den faktiske vægtning efter den af indklagede anvendte model ligger relativt tæt på den oplyste vægtning, hvorimod den af klagerne foreslåede model rammer temmelig skævt.

Ad påstand 2

Parternes argumenter vedrørende påstand 2 refereres ikke i denne kendelse, da klagenævnet jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 10, stk. 2, ikke tager stilling til denne påstand.

Ad påstand 3

Klagerne har gjort gældende, at der allerede efter karakteren af overtrædelsen ad påstand 1 skal ske annulation af tildelingsbeslutningen. Der er tale om en så alvorlig overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, at den i sig selv må føre til en annulation af tildelingsbeslutningen. Hvis anvendelsen af modellen ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, er det således uden betydning for spørgsmålet om annulation, om FAA's tilbud var konditionsmæssige, og om anvendelsen af modellen konkret har haft betydning for udfaldet af udbuddet.

Klagerne har desuden sandsynliggjort, at den anvendte evalueringsmodel i forhold til prisen kan have haft betydning for den trufne tildelingsbeslutning, idet evalueringen ville være faldet ud til fordel for FAA's tilbud 3 ved anvendelse af en model, hvor maksimumpoint blev fastsat til den oprundede budgetramme på 850 mio. kr., og minimumspoint blev fastsat helt ned til en pris på 630 mio. kr.

Derudover har klagerne sandsynliggjort, at FAA's tilbud har været konditionsmæssige, idet det ikke direkte og klart fremgår af udbudsbetingelserne, at der i mindstekrav nr. 7 om leveringsbesigtigelse ligger et krav om besigtigelse af færdigudstyrede helikoptere senest 2 måneder før driftsstart. Et tilbud kan alene anses for ukonditionsmæssigt, hvis det krav, tilbuddet ikke opfylder, er klart og utvetydigt. Dette er særligt tilfældet i en situation, hvor det krav, som indklagede påberåber sig, er usædvanligt. Der er derfor ikke grundlag for at anse FAA's tilbud for ukonditionsmæssige.

Indklagede har gjort gældende, at der, såfremt klagerne får medhold i påstand 1 og/eller 2, kun kan blive tale om annullation af tildelingsbeslutningen, såfremt det må antages, at udfaldet af evalueringen ville være blevet et andet.

Tilbuddet fra FAA var imidlertid ukonditionsmæssigt, fordi tilbuddet ikke levede op til mindstekrav nr. 7 om, at der senest 2 måneder før levering skulle kunne besigtiges færdigkonfigurerede helikoptere. At mindstekrav nr. 7 skulle forstås sådan, at der ved leveringsbesigtigelsen skulle foreligge færdigkonfigurerede helikoptere støttes af klagerne egne tilbud, hvor det for tilbud 1 og 2 specifikt nævnes, at de helikoptere, der kunne besigtiges ikke var færdigkonfigurerede. Hvis der ikke var krav herom, ville det være unødvendigt specifikt at nævne dette forhold. At mindstekravet skulle forstås sådan, støttes tillige af mindstekrav 56 og svaret på spørgsmål 26.

Selv hvis FAA's tilbud ikke var ukonditionsmæssige, er der, efter de af indklagede udarbejdede alternative beregninger, ikke udsigt til, at klageren ville have vundet udbuddet.

Klagenævnet udtaler:

Ad indklagedes afvisningspåstand

Efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 1, nr. 1, kan enhver, der har retlig interesse, indgive klage til Klagenævnet for Udbud. Dette omfatter navnlig tilbudsgivere og ansøgere om prækvalifikation eller potentielle tilbudsgivere og potentielle ansøgere om prækvalifikation. En virksomhed, der er underleverandør til en tilbudsgiver, kan efter omstændighederne ligeledes have retlig interesse og dermed klageadgang. Derimod op-

fylder en potentiel underleverandør til en tilbudsgiver som udgangspunkt ikke betingelsen om retlig interesse.

Det følger af klagenævnets praksis, at »retlig interesse« ikke bør fortolkes snævert. Det må dog kræves, at klageren har en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om udbudsreglerne er tilsidesat.

Scandinavian Air Ambulance Holding AB har ikke selv ansøgt om prækvalifikation eller afgivet tilbud. Virksomheden har derimod ladet det med Falck Danmark A/S etablerede selskab, Falck Air Ambulance A/S, deltage i udbuddet. Falck Air Ambulance A/S er utvivlsomt klageberettiget, og Scandinavian Air Ambulance Holding AB ville derfor kunne varetage sine interesser igennem dette selskab. Et eventuelt erstatningskrav som følge af overtrædelse af udbudsreglerne vil efter den valgte selskabskonstruktion tilkomme Falck Air Ambulance A/S og ikke direkte selskabets ejere. At Falck Air Ambulance A/S ikke har klaget medfører ikke, at Scandinavian Air Ambulance Holding AB kan klage, når der ikke foreligger en procesfuldmagt eller anden transport af Falck Air Ambulance A/S' eventuelle krav til Scandinavian Air Ambulance Holding AB.

Scandinavian Air Ambulance Holding AB's ejerskab til Scandinavian MediCopter AB kan heller ikke føre til, at holdingselskabet er klageberettiget.

På denne baggrund afvises klagen fra Scandinavian Air Ambulance Holding AB.

Indklagede har i forbindelse med prækvalifikationen stillet krav om, at tilbudsgivere, der baserer sine tilbud på underleverandører, for de enkelte underleverandører skal vedlægge erklæring fra disse om, at de stiller deres økonomiske eller tekniske kompetencer til rådighed for ansøgeren i forbindelse med projektets udførelse, ligesom der skal vedlægges referencelister og årsregnskaber for de enkelte underleverandører. Det fremgår videre af udbudsbetingelsernes kontraktudkast, at ordregiveren betinger sig, at tilbudsgiverens eventuelle underleverandører ikke kan udskiftes uden samtykke fra ordregiveren.

Af Falck Air Ambulance A/S' prækvalifikationsansøgning og virksomhedens tilbud fremgår, at Scandinavian MediCopter AB skulle være underleverandør vedrørende en væsentlig del af den samlede leverance, og at det

var en forudsætning for Falck Air Ambulance A/S' mulighed for at afgive tilbud, at Falck Air Ambulance A/S baserede sig på underleverandører, herunder Scandinavian MediCopter AB. Dette selskab er koncernforbundet med Scandinavian Air Ambulance Holding AB, der i lige sameje med Falck Danmark A/S ejer Falck Air Ambulance A/S. Klagenævnet finder efter en samlet vurdering, at Scandinavian MediCopter AB's interesse i at få klagenævnets stillingtagen til de konkrete klagepunkter er tilstrækkelig konkret og direkte til, at denne virksomhed har retlig interesse og dermed er klageberettiget. Det er i den forbindelse ikke af afgørende betydning, om Scandinavian MediCopter AB har udsigt til at kunne få medhold i et eventuelt erstatningskrav.

Klagen fra Scandinavian MediCopter AB afvises derfor ikke.

Ad påstand 1

Indklagede har fastsat et mindstekrav om, at tilbud ikke må overstige en budgetramme på 100 mio. kr. beregnet på grundlag af det faste vederlag med tillæg af et variabelt vederlag for 3 flyvetimer pr. helikopter pr. døgn i det første kontraktår. Det er udtrykkeligt flere steder i udbudsbetingelserne fastsat, at manglende overholdelse af dette mindstekrav vil medføre, at tilbuddet anses for ukonditionsmæssigt. Indkøbet foretages på et marked med ganske få ordregivere og ganske få udbud. Markedet er derfor mere eller mindre defineret af netop dette udbud. Det giver derfor ikke mening at tale om »et frit marked« som er væsentlig forskelligt fra det konkrete udbud.

Indklagede har endvidere fastsat et konkurrencekrav, »Økonomi«, hvor evalueringssummen beregnes på samme måde som budgetrammen, men med tillæg af vederlaget for de to optioner kuvøse og floats. Indklagede har på grundlag af de principper, der fremgår af udbudsbetingelserne, i forbindelse med evalueringen af tilbuddene fastsat den samlede budgetramme med tillæg af optionerne for en 9 årig periode til afrundet 850 mio. kr.

Det må efter oplysningerne om de to optioner sammenholdt med indholdet af de faktisk afgivne tilbud anses for åbenbart, at tilbudssummen for optionerne isoleret set ikke realistisk kunne forventes at udgøre et så stort beløb over en 9 årig periode, at der i det konkrete udbud ville kunne forventes tilbud på op til 1100 mio. kr.

Det er derfor åbenbart, at indklagedes fastsættelse af den maksimale pris, der kunne tildeles 1 point, til et beløb på 1100 mio. kr. medfører, at den nederste del af indklagedes pointskala i relation til underkriteriet »Økonomi« er uden realitet.

Under disse konkrete omstændigheder indebærer den af indklagede anvendte pointmodel, at »Økonomi« ikke fik den betydning, som tilbudsgiverne som følge af den fastsatte vægtning af kriteriet på 30 % kunne forvente. Hertil kommer, at det savner mening at anvende en evalueringsmodel, der indebærer, at en del af pointskalaen for et underkriterium de facto alene er anvendelig i forhold til ukonditionsræssige tilbud.

Pointmodellen vedrørende underkriteriet »Økonomi« var dermed i det konkrete tilfælde uegnet til at afspejle den vægtning af kriteriet, som var angivet i udbudsbetingelserne, og var dermed ikke egnet til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Påstand 1 tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Påstanden behandles ikke, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 10, stk. 2.

Ad påstand 3

Karakteren af overtrædelsen ad påstand 1 indebærer, at indklagedes tildelingsbeslutning som udgangspunkt skal annulleres.

Spørgsmålet er således alene om klagerens tilbud er ukonditionsræssigt, og om dette kan føre til et andet resultat.

Af mindstekrav nr. 7 fremgår, at »Ordregiver skal kunne foretage leveringsbesigtigelse af de tre hovedhelikoptere senest 2 måneder før driftsperiodens start. Kontrakten inkl. bilag og leverandørens løsningsbeskrivelse udgør grundlaget for leveringsbesigtigelsen«. Der er ikke heri et klart og entydigt krav om, at de helikoptere, der skulle besigtiges, skulle være fuldt færdigkonfigurerede. Indklagede har ved flere lejligheder, jf. bl.a. besvarelsen af spørgsmål 46 og 57, haft anledning til at præcisere kravet, uden at det er sket. Indklagede har i orienteringsbrev af 31. oktober 2013 redegjort for,

at Falck Air Ambulance A/S' tre tilbud er evalueret i forhold til tildelingskriteriet, og har vedrørende en eventuel ukonditionsmæssighed alene anført »at formuleringer i Falcks tilbud indebærer en usikkerhed i forhold til, om Falck opfylder mindstekravet i krav nr. 7«. Klagenævnet finder herefter ikke, at indklagede har påvist sådanne mangler ved klagerens tilbud, at dette kan begrunde, at tildelingsbeslutningen ikke annulleres.

Påstand 3 tages derfor til følge.

Ved fastsættelsen af sagsomkostningerne har klagenævnet bl.a. lagt vægt på, at klagen fra Scandinavian Air Ambulance Holding AB er afvist, men at dette ikke har haft væsentlig indflydelse på sagens omfang og karakter. Der er endvidere lagt vægt på, at sagen er forhandlet mundtligt.

Herefter bestemmes:

Klagen fra Scandinavian Air Ambulance Holding AB afvises.

Ad påstand 1:

Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved i evalueringen af de indkomne tilbud at anvende en pointmodel vedrørende »økonomi«, der ikke er egnet til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Region Midtjyllands tildelingsbeslutning af 31. oktober 2013 annulleres.

Klageren, Scandinavian Air Ambulance Holding AB, skal inden 14 dage til indklagede, Region Midtjylland, betale sagens omkostninger med 5.000 kr.

Indklagede, Region Midtjylland, skal inden 14 dage til klageren Scandinavian MediCopter AB, betale sagens omkostninger med 60.000 kr.

Klagegebyret tilbagebetales.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig