

Udbuddet er efterfølgende annulleret af Region Hovedstaden og klagen herefter tilbagekaldt, således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Semi-Stål A/S
(advokat Thomas Grønkær, København)

mod

Region Hovedstaden
(advokat Rikke L. Slavensky, København)

Klagenævnet har den 23. maj 2019 modtaget en klage fra Semi-Stål A/S over en tildelingsbeslutning af 13. maj 2019 vedrørende delkontrakt 1 og 2 om levering af senge-tunnelvaskere m.v. til henholdsvis Herlev Hospital og Nordsjællands Hospital - Hillerød. Ved tildelingsbeslutningen blev begge delkontrakter tildelt Weber Hospital Systems BV (herefter ”WHS”).

Semi-Stål har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

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

Den 4. juni 2019 oplyste Region Hovedstaden i sit svarskrift, at tildelingsbeslutningen af 13. maj 2019 var tilbagekaldt, og at regionen den 3. juni 2019 havde tildelt kontrakterne på ny. Ved tildelingsbeslutningen blev begge delkontrakter på ny tildelt WHS.

Den 12. juni 2019 fremsendte Semi-Stål klageskrift vedrørende tildelingsbeslutningen af 3. juni 2019.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift og revideret klageskrift med bilag 1 – 16, supplerende klageskrift med bilag 17, foreløbigt svarskrift med bilag A – Q, endeligt svarskrift med bilag R samt replik og duplik.

Klagens indhold:

Det supplerende klageskrift indeholder følgende påstande

”Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele delkontrakt 1 og delkontrakt 2, for så vidt angår leverance af senge-tunnelvaskere, til Weber Hospital Systems BV, på trods af at Weber Hospital Systems BV's tilbud var ukonditionsmæssigt.

Påstand 2:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have vurderet tilbuddet fra Weber Hospital Systems BV i strid med udbudsbetingelserne i forhold til kriteriet ”pris”, idet Weber Hospital Systems BV har baseret de totale driftsomkostninger for så vidt angår delkontrakt 2, på en daglig kapacitet på 160 senge og madrasser.

Påstand 3 (subsidiært [t]il påstand 2):

Region Hovedstaden har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i forbindelse med vurdering af Weber Hospital Systems BV tilbud på delkontrakt 2 med hensyn til kriteriet ”pris”, ikke at anvende princippet om, at forbehold skal kapitaliseres ud fra ordregivers skøn over, hvad omkostningerne i værste fald vil kunne anløbe og dermed en kapitalisering, som giver sikkerhed for, at tilbudsgiver ikke drager uberettiget fordel af forbeholdet.

Påstand 4:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have fraveget mindstekravet 3.5 og 3.4

og således ændret et grundlæggende element i udbuddet, jf. udbudslovens § 24, litra 37.

Påstand 5:

Klagenævnet for Udbud skal annullere indklagedes beslutning af 3. juni 2019 om at tildele den udbudte aftale vedrørende leverance af Sengetunnelvaskere.”

Andre oplysninger i sagen:

I udbudsbekendtgørelsen af 28. januar 2019 står der blandt andet:

”II.1.4) Kort beskrivelse:

Fuldautomatisk Senge-Tunnelvasker med madrasedesinfektor.

...

II.1.6) Oplysninger om delkontrakter

Kontrakten er opdelt i delkontrakter: ja

Der kan afgives bud på alle delaftaler

...

II.2.1) Betegnelse:

Herlev Senge-tunnelvasker

Delkontraktnr.: 1

...

II.2.3) Udførelsessted

NUTS-kode: DK01

Hovedudførelsessted:

Herlev Hospital

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Herlev Hospital skal bruge 2 stk. automatiske sengetunnelvaskere og 1 stk. madrasedesinfektor samt oprankningsbaner (lager) til henholdsvis uren og ren side. Hele systemet skal være fuldautomatisk, således at når en seng er kørt på uren oprankningsbane (lager) skal systemet automatisk køre sengen igennem og ende på den rene oprankningsbane (lager) efter endt vask, hvor sengen vil være klar til at plukke og oprede.

II.2.5) Tildelingskriterier

Prisen er ikke det eneste tildelingskriterium og alle kriterier er udelukkende anført i udbudsdokumenterne

...

II.2.7) Varighed af kontrakten, rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem

- Varighed i måneder: 6
Denne kontrakt kan forlænges: nej
- II.2.10) Oplysninger om alternative tilbud
Alternative tilbud vil blive taget i betragtning: nej
- ...
- II.2.1) Betegnelse:
Hillerød Senge-tunnelvasker
Delkontraktnr.: 2
- ...
- II.2.3) Udførelsessted
NUTS-kode: DK01
Hovedudførelsessted:
Nordsjællands Hospital - Hillerød
- II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:
Hillerød Hospital skal bruge 1 stk. automatiske senge/madras vasker. Hele systemet skal være fuldautomatisk.
- II.2.5) Tildelingskriterier
Prisen er ikke det eneste tildelingskriterium og alle kriterier er udelukkende anført i udbudsdokumenterne
- ...
- II.2.7) Varighed af kontrakten, rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem
Varighed i måneder: 6
Denne kontrakt kan forlænges: nej
- II.2.10) Oplysninger om alternative tilbud
Alternative tilbud vil blive taget i betragtning: nej
- ...”

I udbudsbetingelserne står blandt andet:

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

Ordregiver forbeholder sig dog ret til efter eget valg at tage tilbud, der ikke opfylder ”skal” krav i betragtning, i det omfang den manglende opfyldelse kan afhjælpes i henhold til Udbudslovens § 159. Det bemærkes dog, at mulighederne herfor er meget begrænsede, hvorfor Tilbudsgiver som udgangspunkt må påregne, at afhjælpning ikke er mulig.

I udbudsbetingelserne angiver udtrykkene ”kan”, ”bedes”, ”bør” og ”forventes” krav, hvis manglende overholdelse ikke

bevirker, at Ordregiver vil se bort fra tilbuddet. Ordregiver henstiller dog, at kravene overholdes, så vidt det overhovedet lader sig gøre.

2. Ordregiver
Herlev Hospital og Nordsjælland Hospital - Hillerød
v/Region Hovedstaden Koncernindkøb
Blok E, stuen Kongens Vænge 2
DK 3400 Hillerød

...

6. Kravspecifikation

- 6.1 A-krav (mindstekrav)
For hver leverance (installationssted/system) er der i Kravspecifikation (under Krav i CTM [tilbudsgivers udbudssystem]) angivet en række A-krav.

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

A-krav fremgår af Kravspecifikation (under Krav i CTM).

- 6.2 B-krav (konkurrenceparametre)
For hver leverance (installationssted/system) er der i Kravspecifikation (under Krav i CTM) angivet en række B-krav (konkurrenceparametre), hvis opfyldelse vægter positivt i Ordregivers evaluering af et tilbud i forhold til underkriteriet ”Kvalitet og funktionalitet”, jf. pkt. 15. Det er i Kravspecifikationen angivet, hvad der lægges vægt på i forhold til de enkelte B-krav.

...

Opfyldelse af B-krav er ikke obligatorisk. Angiver Tilbudsgiver således, at et eller flere B-krav ikke kan opfyldes, ses der ikke bort fra tilbuddet, men tilbuddet vil indgå i evalueringen med den lavest mulige vurdering af det eller de pågældende B-krav.

Tilbudsgiver skal tillige være opmærksom på, at B-krav kan være stillet i sammenhæng med et A-krav, f.eks. hvor Ordregiver ønsker at evaluere på mere-opfyldelsen af et A-krav.

Tilbudsgiver forventes i Kravspecifikation (under Krav i CTM) for hvert B-krav fyldestgørende at besvare om og hvorledes kravet opfyldes.

Besvarelsen forventes herudover at angive varenummer for den komponent eller funktionalitet, der kræves for at opfylde B-kravet.

...

7.2 Mærkning og godkendelse af udstyr

Det tilbudte udstyr skal på tidspunktet for tilbudsafgivelse være i overensstemmelse med og overholde gældende lovgivning, samt alle forskrifter og bekendtgørelser for de pågældende fagområder og det leverede udstyr, herunder krav til CE-mærkning, jf. i øvrigt Udkast til kontrakt desangående.

...

11. Tilbuddets udformning

...

Ordregiver gør opmærksom på, at ufuldstændige tilbud kan medføre, at tilbuddet ikke anses som konditionsmæssigt, idet Ordregiver ikke - ud over det som Udbudslovens § 159 giver mulighed for - efterfølgende har mulighed for at lade Tilbudsgiver korrigere sit tilbud.

Det er Tilbudsgivers ansvar, at det afgivne tilbud indeholder alle nødvendige oplysninger samt nødvendig dokumentation m.v.

...

11.2 Forbehold

Tilbuddet skal være i overensstemmelse med udbudsmaterialet herunder kontraktvilkår.

Ordregiver accepterer kun indholdsmæssige afvigelser og udtrykkelige forbehold, hvis de kan prissættes i evalueringen og ikke vedrører grundlæggende elementer for Ordregiver. Tilbudsgiver påtager sig således en betydelig risiko for afvisning, hvis tilbuddet ikke er i overensstemmelse med udbudsmaterialet.

For Ordregivers vurdering af Tilbudsgivers eventuelle manglende opfyldelse af formkrav i det afgivne tilbud henvises dog til pkt. 1.3.

...

15. Tildelingskriterium og underkriterier (tilbudsevaluering)

Ordregiver agter at indgå kontrakt med den leverandør, der afgiver det for Ordregiver økonomisk mest fordelagtige tilbud i henhold til tildelingskriteriet

Bedste forhold mellem pris og kvalitet efter nedenstående underkriterier.

Den samlede økonomiske konsekvens 50%
Kvalitet og funktionalitet 50%

Ordregiver vil i vurderingen af de enkelte tilbud i forhold til de nedenfor anførte underkriterier benytte sig af pointskala fra 0-100.

15.1 Den samlede økonomiske konsekvens
Den samlede økonomiske konsekvens (Ordregivers totalomkostninger) vil individuelt for hvert enkelt installationssted/system blive evalueret på baggrund af prisoplysningerne i Prislister i CTM som summen af:

- Anskaffelsespris for hovedtilbuddet
- Driftøkonomi, jf. bilag 16: Totale driftomkostninger (DKK) i 10 år (svarende til udstyrets levetid) ved vask og desinfektion af 107.760 senge og madrasser pr. år angives i bilag 3, prissætningen indgår med den i CTM Tilbudskonfiguration og udstyrsoptioner (bilag 3) anførte vægt. Udfyldt bilag 16 skal vedhæftes i kravspecifikationens krav 13.1.
- Optioner på yderligere tilsvarende installationer.
- Udstyrsoptioner.
- Prisen for yderligere uddannelse af Ordregivers personale, jf. CTM Prislister vægtet på baggrund af det forventede behov.
- Serviceomkostninger beregnet som den samlede årlige servicepris for grundlæggende service og servicetillæg.
- Delaftale 2 – Nordsjællands Hospital – Hillerød Option på omkostninger ved flytning til Nyt Hospital, jf. kravspecifikation pkt. 14.1.

...

15.2 Kvalitet og Funktionalitet
Under evaluering af kvalitet og funktionalitet indgår Tilbudsgivers besvarelse af B-krav i Kravspecifikation (under Krav i CTM). Jo bedre Ordregiver vurderer, at tilbuddet opfylder Ordregivers B-krav, desto bedre vil Ordregiver evaluere tilbuddet.

Evaluering foretages individuelt for hvert installationssted/system på baggrund af Tilbudsgivers besvarelser af Kravspecifikationen og eventuel dokumentation som Tilbudsgiver har fundet det nødvendigt at henvise til i besvarelsen af kravspecifikationen.

...

Alle ovenstående B-krav vil indgå i Ordregivers evaluering af tilbuddet.

Ordregiver har i Kravspecifikation (under Krav i CTM) angivet den vægtning hvormed de enkelte B-krav vil indgå i Ordregivers evaluering af tilbuddet for det pågældende udstyr:

- Vigtigt – Ganges givet point med 1.
- Meget vigtigt - Ganges givet point med 3.
- Særdeles vigtigt - Ganges givet point med 5.

Hvert B-krav evalueres for sig ved at tildele et antal point til hvert enkelt krav.

...

For hvert tilbud på et installationssted/system udregnes herefter et vægtet gennemsnit med to decimaler, der indgår i den samlede evaluering med underkriteriets vægt.”

I kravspecifikationen til delaftale 1 vedrørende Herlev Hospital står blandt andet følgende:

”1.3 Der ønskes et samlet tilbud på en løsning med et integreret og fuldautomatisk tunnelsystem til vask og desinfektion af senge, hjælpemidler og madrasser. Tilbuddet skal omfatte levering og installation af 2 maskiner, oprankningsbaner til uren og ren side inkl. Eventuelt nødvendigt tillægsudstyr (f.eks. dampkedel, afskærmning, mm.) og eventuelt ændringer af det eksisterende ventilationssystem.

...

3.1 Vaskeanlægget skal kunne levere minimum 48 rene senge og madrasser i timen.

...

3.5 Systemet skal foretage en automatisk afbørstning af madrasser før den egentlige desinfektionsproces påbegyndes.

...

- 3.10 Systemet skal kunne håndtere alle typer senge.
- 3.11 Tilbudsgiver bekræfter at systemet ved vask anvender vand/damp i overensstemmelse med gældende hygiejnekrav (hvor krav til temperatur er $>90^{\circ}$ C)
- 3.12 Det skal være muligt med en fasttrack løsning på en af sengevaskene til ukorante ting, såsom rullestole, dropstativer mm...
- ...
- 3.15 Beskriv det totale systems procestid, kort procestid vægtes vigtig.
...
- 3.16 Beskriv procestid for fasttrack... Kort procestid vægtes meget vigtig.
..."

I kravspecifikationen til delaftale 2 vedrørende Nordsjællands Hospital - Hillerød står blandt andet følgende:

- "1.3 Der ønskes et samlet tilbud på en løsning med et integreret og fuldautomatisk system til vask og desinfektion af senge, hjælpemidler og madrasser. Tilbuddet skal omfatte levering og installation af 1 maskine, inkl. Eventuelt nødvendigt tillægsudstyr (f.eks. dampkedel, afskærmning for støj mm.).
...
- 3.1 Vaskeanlægget skal kunne levere minimum 24 rene senge og madrasser i timen.
...
- 3.4 Systemet skal foretage en automatisk afbørstning af madrasser før den egentlige desinfektionsproces påbegyndes.
...
- 3.9 Systemet skal kunne håndtere senge med mål, som angivet i bilag 19.
- 3.10 Tilbudsgiver bekræfter at systemet ved vask anvender vand/damp i overensstemmelse med gældende hygiejnekrav (hvor krav til temperatur er $>90^{\circ}$ C)
..."

Af bilag 19 til udbudsmaterialet fremgår blandt andet følgende:

”Tekniske data

Data	OPUS 5 HOSPITAL	OPUS 3 HOSPITAL	OPUS 1280 AKUTLEJE	OPUS 3 PSYKRIATI	KR HEAVY BED 400	KR JUNIOR- SENG 1465	KR KRAVLE- SENG 1464
...							
Tæthedsklasse (vand)	IPX6	IPX6	IPX5	IPX6	IPX6	IPX6	IPX6

...”

Af spørgsmål og svar til udbudsmaterialet fremgår blandt andet følgende:

”

ID	...	Oprindeligt emne	...	Oprindeligt spørgsmål	Svar	...
45881	...	3.1	...	Is this over the three machines in total or per machine	Der menes fulde enkelte installationssteder dvs. for Herlev er de for løsningen med to maskiner og for Hillerød løsningen med én maskine.	...
45883	...	3.5	...	Why is this a request? Our solution, which you have seen, is not provided with your request. Is this a problem?	Fejl I udbudsmaterialet. Dette krav udgår af udbudsmaterialet.	...
45884	...	3.10	...	Do you mean the types of beds you use	Vi mener alle de typer standardsenge, der er tilgængeligt på marke-	...

or which are available in the market? For example IPX 4 beds? det, men kun senge, som ud fra "senge producent" oplysninger kan tåle maskinel vask.

...

47715 ... Types of beds ... Your bilag 19 is giving us an overview of the beds. Can you confirm that you have all the beds which are listed are in use in your hospital? Vi mener de standard-senge, der er tilgængelige på markedet, men kun senge, som ud fra sengeproducentoplysninger kan tåle maskinel vask = kan sengen ifølge sengeproducentoplysninger kan tåle maskinel vask, så skal senge og madrasanlægget kunne udføre den opgave ...

...”

I WHS' tilbud på delaftale 1 står der blandt andet:

”Sengevasker og madrasedesinfektor tekniske krav

3.1 - Vaskeanlægget skal kunne levere minimum 48 rene senge og madrasser i timen

Opfyldes

3.2 - Angiv hvor mange senge der vaskes i time med tilbudte maskiner. Det vægtes særdeles vigtigt med mange.

48

...

3.5 - Systemet skal foretage en automatisk afbørstning af madrasser før den egentlige desinfektionsproces påbegyndes.

Opfyldes

...

3.10 - Systemet skal kunne håndtere alle typer senge.

Opfyldes

3.11 - Tilbudsgiver bekræfter at systemet ved vask anvender vand/damp i overensstemmelse med gældende hygiejnekrav (hvor krav til temperatur er $> 90^{\circ} \text{C}$)

Opfyldes

3.12 - Det skal være muligt med en fasttrack løsning på en af sengevaskerne til ukorante ting, såsom rullestole, dropstativer mm...

Opfyldes

...

3.15 - Beskriv det totale systems procestid, kort procestid vægtes vigtigt.

Please attached flow diagram for all steps and estimated process time. ... The logistic time, from scanning, automatically lifting the bed in the dirty side storage etc, takes by estimate 4 minutes. Cleaning and disinfecting depends on the program and desired results, but for a standard cleaning program we use 6 minutes... The bed and mattress are then cleaned, disinfected and dried. This process time is variable and we would like to consult with you after awarding the tender, what program suites your wishes and needs... If you wish to change the cleaning time, then the disinfection validation will lapse and we will have to determine the result together again. Of course, we always provide a visually clean and dry bed if a process time of 6 minutes is chosen... We advise you to opt for a maximum clean and preferably disinfected bed and mattress. With this we contribute to patient safety in the area of a clean bed and mattress. ...

Process time.pptx (Process time.pptx)

3.16 - Beskriv procestid for fasttrack... Kort procestid vægtes meget vigtigt.

... Based on our standard program with which we have established disinfection, the process time in the fast track will be about 7 minutes.

...”

I virksomhedens tilbud på delaftale 2 står der blandt andet:

”Sengevasker og madrasdeinfektor tekniske krav

3.1 - Vaskeanlægget skal kunne levere minimum 24 rene senge og madrasser i timen.

Opfyldes

...

3.4 - Systemet skal foretage en automatisk afbørstning af madrasser før den egentlige desinfektionsproces påbegyndes.

Opfyldes

...

3.10 - Tilbudsgiver bekræfter at systemet ved vask anvender vand/damp i overensstemmelse med gældende hygiejnekrav (hvor krav til temperatur er $> 90^{\circ} \text{C}$)

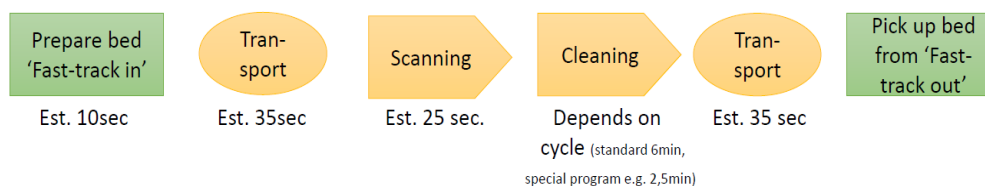
Opfyldes

...”

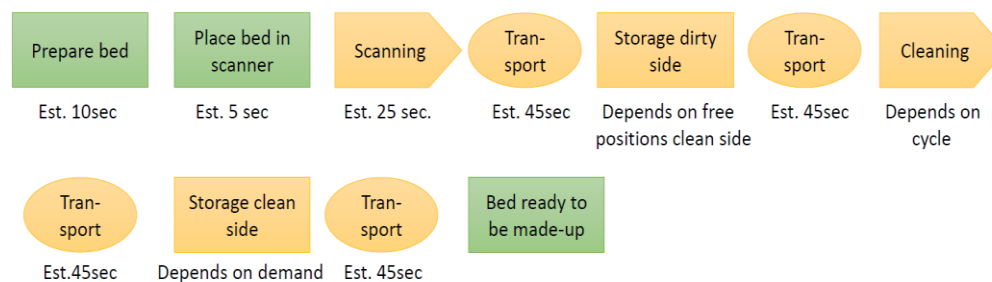
Af bilaget vedrørende ”System proces time”, der efter det oplyste er en oversigt over de to løsninger, WHS har tilbudt, fremgår:

”

Fast track



Standard proces



”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Semi-Stål har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 – 5, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Region Hovedstaden har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 – 5, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Semi-Stål gjort gældende, at tilbuddet fra WHS er ukonditionsmæssigt, da tilbuddet indeholder forbehold for mindstekrav.

Semi-Stål har nærmere anført, at Region Hovedstaden i udbudsbetingelserne, herunder i kravsspecifikationerne, har stillet krav om, at vaskeanlægget skal kunne håndtere henholdsvis 24 og 48 senge/madrasser i timen. Det fremgår imidlertid af WHS' tilbudte løsninger, at WHS har tilbudt en "Fast track" og en "Standard proces" løsning. Ved begge tilbudte systemer er det anført, at "Cleaning" "Depends on cycle".

WHS har i sit tilbud taget forbehold med hensyn til, om anlægget kan håndtere 24 og 48 senge/madrasser i timen, da anlægsløsningen indeholder en række forudsætninger. Et forbehold og/eller en forudsætning vedrørende et mindstekrav udgør et forbehold for et grundlæggende element, hvilket forpligter ordregiveren til at afvise tilbuddet.

WHS' samlede procestid for standardløsningen i alt er 10 minutter pr. seng/madras, da klargøring mv. tager 4 minutter, mens selve vasken tager 6 minutter. Det er således alene vasken, der i standardløsningen kan håndteres på 6 minutter. Det samme gør sig gældende for "Fast Track" løsningen, hvor alene vasken kan håndteres på 2,5 minut pr. seng/madras. Den tilbudte "Fast Track" løsning skal tillige tillægges yderligere tid for ind- og udlastning til vaskekabinen, hvorfor tilbuddet ikke kan overholde en levering på 24/48 senge i timen.

Hertil kommer, at det fremgår af WHS' hjemmeside, at WHS' systemer alene tilbyder vask med en temperatur på 85°. Allerede af denne grund opfylder løsningerne heller ikke mindstekravet i udbudsbetingelserne, som angiver en vasketemperatur på 90°.

En nedsættelse af tid for "vasken" til 2,5 min. vil betyde, at en desinfektion ikke udføres, men at der alene foretages en kort dampbehandling. Som ovenfor anført skal den tilbudte "Fast Track" løsning tillige tillægges yderligere tid for ind- og udlastning til vaskekabinen, hvorfor tilbuddet utvivlsomt ikke kan overholde en levering på 24/48 senge i timen.

En reduktion af procestiden til 2,5 min pr. seng/madras, således at kravet om henholdsvis 24 og 48 senge/madrasser i timen overholdes, må med stor sandsynlighed medføre, at hygiejnekravet om temperaturer på minimum 90° ikke vil kunne opfyldes, allerede fordi WHS alene ved 6 min pr. seng/madras kun kan tilbyde 85°.

Region Hovedstaden har under udbudsprocessen ladet krav 3.5 og 3.4 udgå. Kravene indeholder en klar betingelse om, at systemet skal kunne foretage automatisk afbørstning af madrasser før den egentlige desinfektionsproces. Semi-Stål anser kravene 3.5 og 3.4 for grundlæggende elementer.

Efter Semi-Ståls opfattelse kan indtørret biomateriale kun fjernes ved en mekanisk afbørstning kombineret med væske. Indtørret biorester kan ikke fjernes med trykluft og damp, som WHS anvender. Ikke fjernet biomateriale opfylder derfor ikke kravet om overfladedesinficering eller synlig renhed. Ved at fjerne minimumskravet om afbørstning rengøres madrasser således ikke tilstrækkeligt, og eventuelle synlige urenheder fjernes ikke, inden en desinfektionsproces påbegyndes.

Ifølge Region Hovedstaden har WHS alene tilbudt en dampbaseret løsning, og ikke en vaskeløsning, som Region Hovedstaden har anført som et mindstekrav. Den tilbudte løsning lever således ikke på dette punkt op til kravspecifikationen pkt. 1.3.

Hertil kommer, at senge/madrasser i en dampproces uden brug af vand/væske samt afbørstning af madrasser ikke rengøres tilstrækkeligt. Semi-Stål har selv et indgående kendskab til anvendelse af damp ved hjælp af Semi-Ståls madrasløsning, hvor der anvendes damp og ultralyd for overflade desinfektion af madrassen. Da Semi-Stål installerede den første madrasdesinfektor på Hvidovre Hospital, måtte der inkorporeres en afbørstningsfunktion af madrassens overflade for netop at sikre, at biomaterialet blev fjernet inden selve desinfektionsprocessen. Uden denne funktion sker der ikke en synlig fjernelse af biomateriale.

Det er fysisk umuligt for WHS at fjerne biomateriale uden brug af enten en vaskeproces eller afbørstningsproces med væske.

Tilbuddet fra WHS er endvidere uklart i forhold til opfyldelse af kravene til tæthedsklasse IPX6 for så vidt angår senge. Det fremgår af kravspecifikationen pkt. 3.9 at ”Systemet skal kunne håndtere senge med mål, som angivet i bilag 19”, samt kravspecifikationen pkt. 3.10, hvoraf det fremgår, at: ”Systemet skal kunne håndtere alle typer senge”. Af bilag 19 fremgår nederst i oversigten i bilaget, at det tilbudte system skal kunne håndtere tæthedsklasse IPX6. Af WHS’ tilbud fremgår det, at det tilbudte system alene er kompatibelt og valideret med IPX4 objekter, hvorved IPX6 ikke understøttes med sikkerhed.

Hverken det tilbudte standardssystem (Standard proces) eller det system, WHS vil udvikle (Fast track), kan opfylde mindstekravene i udbudsbetingelserne.

Såfremt kravene i udbudsmaterialet skal kunne opfyldes på den måde, som WHS har lagt op til, er det desuden udtryk for forskelsbehandling i forhold til Semi-Ståls tilbud, som er afgivet i overensstemmelse med kravene til den krævede kapacitet og krav til hygiejne, herunder DS 2451-10:2014 – Anneks E samt opfyldelse af NIR (Nationale Infektionshygiejniske Retningslinjer).

Særligt vedrørende påstand 1 har Region Hovedstaden gjort gældende, at tilbuddet fra WHS var konditionsmæssigt.

Af krav 3.1 fremgår det, at vaskeanlægget skal kunne levere minimum 24 og 48 rene senge i timen. WHS har i sit tilbud anført, at kravet opfyldes for begge delaftaler.

Semi-Stål baserer sin antagelse om, at krav 3.1 ikke er opfyldt, på et bilag, som WHS har vedhæftet som en del af deres besvarelse for B-krav 3.15 og 3.16 for delaftale 1.

Krav 3.15 og 3.16 er evalueringsparametre, hvor tilbudsgiverne skulle beskrive det totale systems procestid for henholdsvis en almindelig proces og en fasttrack proces. Krav 3.15 og 3.16 er ikke knyttet til mindstekrav 3.1 på nogen måde, og modsat krav 3.1, der stiller krav til selve vaskeanlæggets kapacitet, anmoder Region Hovedstaden under krav 3.15 og 3.16 om beskrivelse af det totale systems procestid/procestid for fasttrack. Allerede af

denne grund må Semi-Ståls antagelser og forudsætninger om procestid afvises.

Selve krav 3.1 vedrører for det første alene vaskeanlæggets kapacitet pr. time og ikke procestiden for det samlede system eller procestiden før eller efter vaskeanlægget.

For det andet har Region Hovedstaden alene stillet krav om henholdsvis 24/48 rene senge/madrasser. Region Hovedstaden har ikke stillet kvalitetskrav til renheden af sengene under mindstekrav 3.1, blot at anlægget kan levere minimumsantallet af rene senge/madrasser i timen. Under krav 3.1 kan der således ikke indlægges en forudsætning om, hvor rene sengene skal være, eller hvilket program anlægget efter Semi-Ståls opfattelse skal køre.

Det tilbudte vaskeanlæg fra WHS kan håndtere forskellige procestider afhængig af behovet for de enkelte typer af senge eller andet udstyr. Krav 3.1 lyder dog ikke, at anlægget uanset valgt vaskeproces skal kunne levere det krævede minimumsantal af senge.

WHS har i tilbuddet tydeligt angivet, at vaskeanlægget kan leve op til mindstekravet i 3.1, og ved en gennemgang af øvrige oplysninger i tilbuddet fremgår det også tydeligt, at vaskeanlægget kan levere det krævede minimumsantal rene senge i timen.

For så vidt angår krav 3.11 for delaftale 1 og krav 3.10 for delaftale 2, hvor krav til temperaturer er $>90^{\circ}$ C, har WHS bekræftet opfyldelsen af disse krav.

Semi-Stål gør på baggrund af en gennemgang af WHS' hjemmeside og ensidigt indhentede udtalelser gældende, at WHS' tilbudte vaskeanlæg ikke overholder kravet. Dette bestrides af Region Hovedstaden.

For så vidt angår oplysninger indhentet på WHS' hjemmeside bemærkes, at ikke alle leverandører nødvendigvis giver fuldt indblik i alle produktoplysninger på hjemmesiden. Region Hovedstaden har i overensstemmelse med udbudslovens bestemmelser vurderet opfyldelsen af mindstekravet på baggrund af de oplysninger, tilbudsgiveren har afgivet i selve tilbuddet.

Gældende hygiejnekrav til en sengevasker findes i ISO 15883 og er indarbejdet i NIR – de Nationale Infektionshygiejniske Retningslinjer. Hele formålet med NIR er at reducere anvendelsen af kemi i forbindelse med rengøring og desinfektion af udstyr/inventar.

NIR beskriver i hovedtræk, hvornår rengøring af udstyr/inventar er tilstrækkelig, hvornår udstyr/inventar skal desinficeres og i givet fald i hvilken grad desinfektion skal ske ud fra en klassificering af, om udstyret/inventaret er ikke-kritisk, semi-kritisk eller kritisk i forhold til smitterisiko.

NIR beskriver derudover de forskellige måder for desinfektion af udstyr/inventar. Som eksempel på måder kan nævnes varmedesinfektion, kemisk desinfektion, termokemisk desinfektion og rum desinfektion.

Det tilbudte anlæg fra WHS anvender dampbaseret varmedesinfektion. Det fremgår af NIR, at automatiske sengevaskere er defineret som ikke-kritisk udstyr, hvor en varmebaseret desinfektionsmåde skal ske enten ved 10 min. ved 70° C, 3 min. ved 75° C eller 1 min. ved 80° C.

WHS har som ovenfor nævnt bekræftet, at det tilbudte system lever op til mindstekrav 3.11 og 3.10. Foruden selve angivelsen under kravet og det faktum, at systemet er dampbaseret (vands normale temperatur for dannelse af damp er 100 grader), bekræfter flere af beskrivelserne under evalueringsparametrene også opfyldelsen af kravet.

Da WHS tydeligt har oplyst, at krav 3.11 og 3.10 opfyldes i tilbuddet, og dette understøttes af besvarelsene afgivet i tilbuddet, er tilbuddet konditionsmæssigt også på dette punkt.

Tilbudsgiverne stillede flere spørgsmål til krav 3.10 for delaftale 1 og krav 3.9 for delaftale 2, og kravene blev herefter præciseret af Region Hovedstaden. WHS har i sit tilbud bekræftet, at kravene opfyldes.

Udbuddets bilag 19 viser de to hospitalers nuværende senge. Krav 3.9 henviser alene til, at systemet skal kunne håndtere senge med mål som oplyst i bilag 19. Det er således forkert, når Semi-Stål af krav 3.10 og krav 3.9 udleder, at det tilbudte system skal kunne håndtere tæthedsklasse IPX6.

I Region Hovedstadens svar på spørgsmålene er kravene præciseret til, at systemet skal kunne håndtere de senge, som ud fra sengeproducentens oplysninger kan tåle maskinel vask.

Region Hovedstadens nuværende senge er klassificeret i tæthedsklasse IPX6. Tæthedsklasse IPX6 betyder, at vand, der projiceres i kraftige stråler mod produktet fra en hvilken som helst retning, ikke må have nogen skadelige virkninger.

Tæthedsklasse IPX4 betyder, at vandstænk mod produktet fra en hvilken som helst retning mod produktet, ikke må have nogen skadelig virkning.

Semi-Stål har anført, at det tilbudte system fra WHS ikke er kompatibelt med IPX6 tæthedsklassen. Til støtte herfor har Semi-Stål henvist til WHS' besvarelse af evalueringskrav 7.3 for begge delaftaler, hvor Region Hovedstaden har bedt om, at en betjeningsmanual med beskrivelse af, hvordan hjælpemidler som f.eks. kørestole skal rengøres vedhæftes. Besvarelsen er således rettet mod, hvordan andre hjælpemidler end senge kan rengøres i systemet.

Af besvarelsen ses tydeligt, at produkter, der skal vaskes og desinficeres i det tilbudte system fra WHS, skal være kompatible med IPX6 standarden, men at systemet også er testet til den lavere tæthedsklasse IPX4. WHS har fået foretaget en valideret test af en seng, der kun var i tæthedsklasse IPX4, og derfor meget mere sårbar over for vand end senge i tæthedsklasse IPX6. Semi-Stål har således åbenlyst fejltolket besvarelsen.

Da WHS tydeligt har oplyst, at også krav 3.10 og 3.9 opfyldes i tilbuddet, og dette understøttes af besvarelserne afgivet i tilbuddet, er tilbuddet konditionsmæssigt også på dette punkt.

For så vidt angår krav 3.5 i delaftale 1 og krav 3.4 i delaftale 2 fremgår det af svar på spørgsmål 45883, at Region Hovedstaden har ladet dette krav udgå af udbuddet.

Regionen har bestridt, at indtørret biomateriale alene kan fjernes ved en mekanisk afbørstning kombineret med væske.

Regionen har anført, at den valgte at lade krav 3.5 og 3.4 udgå, da alene en tilbudsgiver kunne efterleve kravet, og idet fjernelse af indtørret biomateriale kan opnås ved anden løsning.

I og med at henholdsvis krav 3.5 og 3.4 er udgået, er tilbuddet fra WHS konditionsmæssigt.

Særligt vedrørende påstand 2 har Semi-Stål gjort gældende, at Region Hovedstaden i udbuddet har fastlagt, at de totale driftsomkostninger over 10 år skal beregnes på baggrund af en årlig kapacitet på 107.760 senge og madrasser, svarende til ca. 300 senge og madrasser pr. dag, jf. udbudsbetingelserne pkt. 15.1.

Semi-Stål har nærmere anført, at WHS har baseret de totale driftsomkostninger for så vidt angår delaftale 2 på en daglig kapacitet på 160 senge og madrasser, hvilket har givet WHS en ulovlig fordel.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at kravspecifikationen og ”Prislisten” i CTM er udarbejdet med henblik på at sikre en lige vurdering af de indkomne tilbud, herunder give en mere ensartet og gennemsigtig gennemgang. Ifølge udbudsbetingelserne skulle den samlede økonomiske konsekvens evalueres på baggrund af prisoplysningerne i ”Prisliste” i CTM.

Semi-Stål har anført, at regionen har således handlet i strid med udbudsbetingelserne pkt. 15.1 ved at evaluere tilbuddet fra WHS på baggrund af en kapacitet på 160 senge og madrasser, herunder i strid med det tilbudsskema, som har været fremlagt i udbudsmaterialet, og som Semi-Stål har baseret sit tilbud på. WHS har dermed handlet i strid med et grundlæggende element i udbuddet, som burde have medført, at Region Hovedstaden ikke kunne foretage en evaluering af kriteriet ”pris” for så vidt angår WHS’ tilbud på delaftale 2.

Særligt vedrørende påstand 2 har Region Hovedstaden gjort gældende, at regionen ikke har handlet i strid med udbudsbetingelsernes punkt 15.1.

Region Hovedstaden har i forbindelse med tildelingsbeslutningen af 3. juni 2019 foretaget en ny beregning efter underkriteriet ”Den samlede økonomiske konsekvens” for delaftale 2. Den tilbudte pris for position 2 i prislisten for delaftale 2 fra WHS er blevet kapitaliseret svarende til 320 sen-

ge/madrasser pr. dag over en 10 årig driftsperiode, dvs. den tilbudte pris for denne position er blevet ganget med 2 og svarer dermed til 320 senge/madrasser pr. dag.

Den nye beregning og evaluering efter underkriteriet ”Den samlede økonomiske konsekvens” for position 2 i delaftale 2 ændrer ikke ved, at WHS for delaftale 2 har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud i henhold til tildelingskriteriet i udbudsbetingelsernes punkt 15, da tilbuddet fra WHS trods kapitaliseringen og dermed en samlet højere evalueringspris stadig er billigere end tilbuddet fra Semi-Stål. Tilbuddet fra WHS har derfor igen opnået maksimumpoint for underkriteriet ”Den samlede økonomiske konsekvens”. Da WHS også har opnået en højere vurdering end Semi-Stål for det kvalitative underkriterium ”Kvalitet og Funktionalitet”, har regionens fejl ikke haft betydning for tildelingen.

Den økonomiske fordel, WHS opnåede for position 2 ved den nu annullerede tildeling af 13. maj 2019, er blevet elimineret ved den fornyede tildeling. De to tilbud er herefter blevet evalueret på ens vilkår i forbindelse med den fornyede tildeling af 3. juni 2019.

Udbudsbetingelsernes bestemmelser om forbehold, jf. pkt. 11.2, har ikke indskrænket regionens mulighed for at prissætte forbeholdet taget af WHS for position 2, delaftale 2.

Særligt vedrørende påstand 3 har Semi-Stål gjort gældende, at Region Hovedstadens kapitalisering af WHS’ forbehold ikke er sket i overensstemmelse med fast praksis.

Efter fast praksis skal kapitaliseringen af et forbehold ske efter ordregivers eget skøn og opgøres på baggrund af en vurdering af, hvad omkostningerne ”worst case” kan beløbe sig til. Ordregiveren kan derfor ikke forlade sig på, hvad tilbudsgiveren tidligere har oplyst om omkostningsniveauet og blot fordoble dette.

Region Hovedstaden skal således sikre, at en eventuel kapitalisering af forbeholdet er foretaget ud fra en sådan prissætning, at WHS ikke kan drage fordel af forbeholdet.

I U 2011.1955 H har Højesteret udtalt:

”Højesteret finder dog anledning til at bemærke, at en sådan prissætning under alle omstændigheder måtte tage udgangspunkt i, at det beregnede beløb med sikkerhed eller i hvert fald med en høj grad af sikkerhed skulle kunne dække den tillægsbetaling, som forbeholdet ville kunne indebære for bygherren. Prissætningen af forbeholdet kunne derfor ikke som anført i bilag 5 til Amager Strandparks tilbudsvurdering beregnes på grundlag af ”traditionelt niveau for prissætningen af vinterforanstaltninger” eller som anført af COWI i dennes vurdering af 25. november 2004 på grundlag af en ”normalvinter”. Det må derfor antages, at de prissætninger af forbeholdet, som blev foretaget af Amager Strandpark og efterfølgende af COWI, var væsentligt for lave, når det drejede sig om at sikre, at Hoffmann/Boskalis ikke skulle kunne få en fordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere ved at tage forbeholdet.”

Det er således i henhold til U 2011.1955 H ikke tilstrækkeligt at henvise til ”normalpriser”, idet der skal være taget højde for eventuelle uforudsete økonomiske udgifter, som på grund af WHS’ forbehold kan blive pålagt Region Hovedstaden.

Særligt vedrørende påstand 3 har Region Hovedstaden gjort gældende, at kapitaliseringen af forbeholdet i WHS’ tilbud vedrørende position 2 under delaftale 2 er sket i overensstemmelse med fast praksis.

Regionen har nærmere anført, at efter fast klagenævnspraksis skal kapitalisering af et forbehold ske ud fra ordregivers saglige og objektive skøn. Kapitaliseringen skal med sikkerhed eller en høj grad af sikkerhed dække den tillægsbetaling, som forbeholdet vil kunne indebære for Region Hovedstaden.

I kapitaliseringen af forbeholdet har regionen inddraget følgende: En kapitaliseret pris svarende til 320 senge/madrasser pr. dag dækker fuldt ud den tillægsbetaling, forbeholdet vil kunne indebære for Regionen, da det reelle antal senge/madrasser pr. dag for delaftale 2 alene er 160. En kapitalisering svarende til en fordobling af den tilbudte pris dækker således med sikkerhed en eventuel tillægsbetaling som følge af forbeholdet. Hertil kommer, at en kapitalisering som foretaget af Regionen svarer til den pris, WHS har tilbudt for 320 senge/madrasser pr. dag for delaftale 1. Da der er anvendt samme forudsætninger for så vidt angår de driftsomkostninger, der er angivet i WHS’ tilbud, har Region Hovedstaden med sikkerhed eller en meget høj grad af sikkerhed kunnet beregne kapitaliseringen af forbeholdet.

Regionen har således foretaget kapitaliseringen på baggrund af saglige og objektive kriterier i overensstemmelse med fast praksis. Den foretagne kapitalisering har ikke givet WHS en fordel.

Særligt vedrørende påstand 4 har Semi-Stål gjort gældende, at Region Hovedstaden har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have fraveget mindstekravet i pkt. 3.5 og pkt. 3.4 og således ændret et grundlæggende element i udbuddet, jf. udbudslovens § 24, litra 37.

Semi-Stål har nærmere anført, at en ordregiver ikke kan foretage en ændring af et grundlæggende element i udbudsbetingelserne under en udbudsprocedure. En ændring af et mindstekrav karakteriseres som udgangspunkt som en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure. Region Hovedstaden har ved at fravige mindstekravet i 3.4 og 3.5 foretaget en ændring, der kan have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure samt fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgiverne i udbuddet.

Semi-Stål har anført, at det ikke kan udelukkes, at kravet om, at ”Systemet skal foretage en automatisk afbørstning af madrasser før den egentlige desinfektionsproces påbegyndes”, kan have afholdt potentielle tilbudsgivere fra at afgive tilbud på opgaven.

De nærmere tekniske krav til de automatiske senge-tunnelvaskere fremgår ikke af udbudsbekendtgørelsen, men alene i selve udbudsmaterialet på EU-Supply. Region Hovedstaden har fremlagt et bilag, der viser, at 5 øvrige leverandører har haft adgang til udbudsmaterialet via EU Supply – 3 konsulentfirmaer og 2 øvrige leverandører, der ikke har automatiske senge-tunnelvaskere. Region Hovedstaden udleder på den baggrund, at disse ikke er potentielle tilbudsgivere, men dette bestrider Semi-Stål.

Det fremgår allerede af udbudsbekendtgørelsen under II.1.4) ”Kort beskrivelse”, at der er tale om en fuldautomatisk senge-tunnelvasker med madrasedesinfektor. Det må således netop kunne udledes, at de 5 øvrige leverandører har valgt ikke at afgive tilbud på baggrund af de *nærmere* krav i udbudsmaterialet og ikke på baggrund af, at der er tale om en automatisk senge-tunnelvasker.

Region Hovedstaden henviser til EU-domstolens dom af 5. april 2017 i sag C-298/2015 (Bortas-dommen). Dommen viser imidlertid netop, at ændring af mindstekrav alene kan ske, såfremt de foretagne ændringer ikke er så væsentlige, at de kunne have tiltrukket mulige tilbudsgivere, som i fraværet af disse ændringer ikke var i stand til at fremsætte et tilbud.

Semi-Stål har endvidere anført, at det må lægges til grund, at alle fem potentielle tilbudsgivere ved ”Step 1” i tilbudsprocessen har haft adgang til udbudsmaterialet.

Semi-Stål har på denne baggrund anført, at det ikke kan udelukkes, at kravet om, at ”Systemet skal foretage en automatisk afbørstning af madrasser før den egentlige desinfektionsproces påbegyndes”, kan have afholdt de 5 potentielle tilbudsgivere fra at afgive tilbud på opgaven. Regionen har derfor ikke løftet bevisbyrden for, at ændringen ikke har påvirket potentielle tilbudsgivere. Ved at fratage mindstekrav 3.4 og 3.5 i udbudsmaterialet har regionen fordrejet konkurrencen mellem Semi-Stål og WHS, idet WHS i løbet af spørgsmål og svar processen specifikt gjorde Region Hovedstaden opmærksom på, at kravet ikke kunne opfyldes. En ændring af kravene har givet WHS en uberettiget konkurrencefordel i forhold til Semi-Stål.

Særligt vedrørende påstand 4 har Region Hovedstaden gjort gældende, at Regionen ikke har ændret et grundlæggende element i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved at have fraveget mindstekrav 3.5 i delaftale 1 og mindstekrav 3.4 i delaftale 2.

Regionen har nærmere anført, at regionen under udbudsprocessen og på baggrund af spørgsmål fra WHS valgte at lade kravene 3.5 i delaftale 1 og 3.4 i delaftale 2 udgå af kravspecifikationen.

Det følger af udbudslovens § 24, nr. 37, at en ændring af grundlæggende elementer ”er 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”.

Af de særlige bemærkninger til § 24, nr. 37 fremgår:

”En ændring kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren, hvis den ville have givet andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte mulighed for at deltage, eller ville have tiltrukket yderligere deltagere til udbudsproceduren. En ændring fordrejer f.eks. konkurrencen, hvis der er tale om ”skræddersyede” vilkår fastsat med henblik på at give visse ansøgere eller tilbudsgivere en utilbørlig fordel.”

Ændring af grundlæggende elementer er ligeledes omtalt i de særlige bemærkninger til udbudslovens § 2, hvor det bl.a. fremgår:

”Efter lovbemærkningerne følger det af ligebehandlingsprincippet, at der ikke under en udbudsproces kan foretages ændringer i grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Ændringer af ”grundlæggende elementer” er ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren, eller fordrejet konkurrencen mellem deltagerne, se også lovens § 24, nr. 37. Se hertil fra EU-Domstolens praksis C-368/10, Kommissionen mod Holland, præmis 55, hvor Domstolen anførte, at ”...rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne, således som disse betingelser er blevet formuleret i udbudsbetingelserne...” ikke kan ændres under et igangværende udbud. Se også C-298, Borta.

...

Også ændringer af kontraktens genstand og krav til udførelsen af kontrakten kan ifølge lovbemærkningerne være ændringer af grundlæggende elementer. Det forudsætter, at der indføres ændringer, der ville have gjort det muligt for andre end de oprindelige ansøgere at søge om deltagelse, eller at et udbud i den ændrede form i øvrigt ville have tiltrukket yderligere deltagelse til udbudsprocessen.

Tilpasning af krav til kontraktens genstand og/eller krav til udførelsen, der er ”skræddersyet” til bestemte deltagere, vil også være i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. ovenfor om skræddersyet udbudsmateriale.

...”

Ændringer i mindstekrav udgør ifølge lovbemærkningerne som et klart udgangspunkt en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure. En sådan ændring er dog ikke udelukket, hvis ændringen ikke ville kunne påvirke potentielle ansøgers eller tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet, og ændringen heller ikke fordrejer konkurrencen.

EU-domstolens dom af 5. april 2017 i sag C-298/2015 (Bortas-dommen) udtaler sig på tilsvarende vis om ændringer i udbudsmaterialet og udtaler derudover bl.a. andet følgende:

”71 Selv om dette er tilfældet, følger det ikke deraf, at enhver ændring af udbudsbetingelserne efter offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen principielt og under alle omstændigheder er forbudt.

72 Således har den ordregivende enhed mulighed for undtagelsesvis at korrigere eller supplere oplysningerne i udbudsbetingelserne, hvis en simpel præcisering er fornøden, eller med det formål at korrigere åbenlyse indholdsmæssige fejl, såfremt alle tilbudsgiverne gives meddelelse derom (jf. analogt dom af 29.3.2012, SAG ELV Slovensko m.fl., C-599/10, EU:C:2012:191, præmis 40).

73 Den ordregivende enhed er ligeledes berettiget til at foretage visse ændringer af udbudsbetingelserne, navnlig for så vidt angår betingelserne og fremgangsmåden ved forening af faglig formåen, såfremt principperne om ikke-forskelsbehandling og ligebehandling samt forpligtelsen til gennemsigtighed overholdes.”

Udgangspunktet om, at ændring af grundlæggende elementer ikke kan foretages uden fornyet udbud, fraviges således, hvis ændringen ikke kan påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet eller ikke har fordrejet konkurrencen.

Ændringen af udbuddet i form af at lade kravene 3.5 og 3.4 udgå har hverken påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet eller fordrejet konkurrencen.

De tekniske krav til de automatiske senge-tunnelvaskere fremgik ikke af udbudsbekendtgørelsen, men alene af det øvrige udbudsmateriale, som (potentielle) tilbudsgivere kunne tilgå gratis via EU-Supply. Af en oversigt i EU-Supply, som er fremlagt i sagen, ses det, hvilke tilbudsgivere der har udvist interesse for udbuddet. Blandt de interesserede tilbudsgivere har alene Semi-Stål og WHS stillet spørgsmål til udbuddet.

Region Hovedstaden har alene kendskab til, at Semi-Stål og WHS kan levere automatiske senge-tunnelvaskere med tilhørende automatisk madrasedesinfektor. Disse to aktører må således efter regionens kendskab til markedet

være de eneste potentielle tilbudsgivere. En gennemgang af hjemmesiderne for de 5 øvrige leverandører, der har set udbudsmaterialet, viser at 3 af disse er konsulentfirmaer, mens de to øvrige leverandører ikke har automatiske senge-tunnelvaskere og automatiske madrasedesinfektorer i deres produkt-sortiment. Ingen af de fem leverandører kan således levere automatiske senge-tunnelvaskere med madrasedesinfektorer, hverken med eller uden kravene 3.5 og 3.4. Disse er derfor ikke potentielle tilbudsgivere.

Det kan således lægges til grund, at de potentielle tilbudsgivere for udbuddet har bestået af Semi-Stål og WHS. Begge disse tilbudsgivere har fået besked om ændringen samtidig ved offentliggørelse af svar på spørgsmålene.

En ændring af kravene i pkt. 3.5 og pkt. 3.4 har således ikke påvirket andre potentielle tilbudsgiveres mulighed for at deltage i udbuddet.

Regionen har videre anført, at ændringen heller ikke har fordrejet konkurrencen. Som kravene i pkt. 3.5 og pkt. 3.4 var formuleret, kunne alene den ene tilbudsgiver, nemlig Semi-Stål, byde på opgaven. Disse krav har således fra starten af udbudsprocessen været rettet mod én tilbudsgiver i strid med udbudslovens § 2. Formålet med kravene 3.5 og 3.4 var at sikre, at madrasserne efter endt rengøring var rene. Hvordan en tilbudt løsning rengør madrasserne, er underordnet for regionen. Historisk har regionen haft senge-vasketunneller fra Semi-Stål. Dette kendskab til Semi-Ståls produkter har smittet af på formuleringen af kravene i kravspecifikationen, hvilket regionen først blev opmærksom på, da WHS stillede spørgsmål til kravene 3.5 og 3.4. For at rette op på det forhold, at kravene 3.5 og 3.4 kun var muligt at opfylde for den ene tilbudsgiver, dvs. netop for at åbne konkurrencen for begge potentielle tilbudsgivere, valgte regionen at lade kravene 3.5 og 3.4 udgå. De to foretagne ændringer af mindstekrav i udbudsmaterialet er således sket for at sikre konkurrencen mellem de to eneste potentielle tilbudsgivere og for at rette op på et utilsigtet ”skræddersyet” krav. Dette er ikke en fordrejning af konkurrencen.

Særligt vedrørende påstand 5 har Semi-Stål gjort gældende, at Region Hovedstaden har overtrådt de udbudsretlige regler så groft, at Klagenævnet for Udbud skal annullere tildelingsbeslutningen af 3. juni 2019.

Region Hovedstaden har tilsidesat sin undersøgelsespligt ved ikke at undersøge forholdene nærmere efter orientering om ukonditions-mæssighed. En

sådan undersøgelsespligt for ordregiveren opstår i de situationer, hvor der er tvivl om, hvorvidt tilbudsgiveren opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale. I sådanne tilfælde har ordregiveren pligt til at foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som tilbudsgiveren har indsendt.

Der har været tvivl om, hvorvidt WHS' tilbud opfylder kravene i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale. Regionen har ikke undersøgt forholdene nærmere og har derfor tilsidesat sin undersøgelsespligt, hvorfor tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Særligt vedrørende påstand 5 har Region Hovedstaden med henvisning til det ovenfor under påstand 1-4 anførte gjort gældende, at der ikke er grundlag for at antage, at der foreligger en overtrædelse af regionens udbudsretlige forpligtelser efter udbudsloven, der medfører annullation af regionens tildelingsbeslutning.

Det følger af udbudslovens § 159, stk. 3, at en ordregiver alene i tvivlstilfælde har en pligt til at undersøge rigtigheden af oplysninger afgivet af en tilbudsgiver i det afgivne tilbud. Den omfattende klagenævnspraksis om dette spørgsmål viser, at kun hvis der er afgivet åbenbart urigtige oplysninger i tilbuddet, eller hvis ordregiveren på anden vis er blevet gjort opmærksom på urigtige oplysninger, har ordregiveren haft en pligt til at undersøge oplysningerne nærmere. Udgangspunktet er således, at et afgivet tilbud skal vurderes alene på grundlag af tilbuddets indhold.

I forbindelse med gennemgangen af de indkomne tilbud konstaterede Regionen, at WHS udtrykkeligt havde anført, at mindstekravene gennemgået under påstand 1 var opfyldt. Indholdet af WHS' tilbud vedrørende evalueringskrav gav ikke anledning til tvivl om mindstekravenes opfyldelse. Der var ikke omstændigheder i det afgivne tilbud eller på anden vis, der gav regionen anledning til at foretage en kontrol af de afgivne oplysninger.

At Semi-Stål som den tabende tilbudsgiver uden nærmere dokumentation herfor gjorde gældende, at tilbuddet fra WHS var ukonditions-mæssigt, gav heller ikke regionen særlig anledning til at foretage en yderligere kontrol af de afgivne oplysninger.

WHS har i forbindelse med nærværende klagesag bekræftet, at samtlige mindstekrav i udbuddet opfyldes.

Ad uopsættelighed

Semi-Stål har gjort gældende, at Region Hovedstaden har begået så væsentlige fejl under udbuddet, at klagen skal tillægges opsættende virkning uden selvstændig prøvelse af spørgsmålet om uopsættelighed.

For det tilfælde, at klagenævnet måtte foretage en selvstændig prøvelse af kravet om uopsættelighed, skal det anføres, at kontrakten med WHS er særdeles kritisk for Semi-Stål henset til kontraktens karakter og værdi, hvorfor Semi-Stål allerede af denne grund vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Den pågældende kontrakt er en betydelig reference for Semi-Stål, som vil have afgørende betydning i andre tilfælde, hvor Semi-Stål ønsker at afgive tilbud. Tabet af denne reference vil derfor påvirke konkurrencen i en sådan grad, at Semi-Stål vil risikere at miste sin position i markedet og risikerer et alvorligt fremtidigt økonomisk tab. Semi-Stål vil derfor ikke, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning, kunne stilles som om, Region Hovedstadens overtrædelse af udbudsreglerne ikke var sket.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at der ikke foreligger overtrædelser af udbudsloven. I anden række har regionen gjort gældende, at en eventuel overtrædelse ikke er af så kvalificeret karakter, at betingelsen om uopsættelighed skal lempes.

Derudover har regionen gjort gældende, at Semi-Stål ikke har godtgjort, at virksomheden vil blive påført et tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. For det tilfælde, at klagenævnet måtte finde, at Semi-Stål vil blive påført et tab, har regionen gjort gældende, at Semi-Stål i så fald har mulighed for at få erstattet et eventuelt tab. Dermed er betingelsen ikke opfyldt.

Ad interesseafvejning

Semi-Stål har gjort gældende, at hensynet til, at der klart i strid med udbudsbetingelserne er tildelt kontrakt til WHS, må veje tungere end Region Hovedstadens hensyn til, at kontrakten indgås hurtigst muligt.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at Semi-Stål ikke i relation til betingelsen om interesseafvejning har godtgjort, at Semi-Ståls interesse i udsættelse skulle veje særligt tungt.

Semi-Ståls interesse i at anvende kontrakterne som reference for fremtidige udbud er ikke en anerkendelsesværdig interesse, som overstiger regionens interesse i at indgå kontrakterne med WHS med henblik på at kunne påbegynde levering og installation af senge-tunnelvaskere og madrass desinfektorer hurtigst muligt. Der er således ikke et særligt tungtvejende hensyn at tage til Semi-Stål.

Da ingen af de tre betingelser er opfyldt, kan klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet udtaler:

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

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.

2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Ad betingelse nr. 1 ("fumus boni juris")

Påstand 1

Påstanden angår, om tilbuddet fra Weber Hospital Systems BV var ukonditionsmæssigt, idet Semi-Stål A/S navnlig har gjort gældende, at tilbuddet indeholdt forbehold for mindstekrav i relation til udbudsmaterialets krav til kapacitet og hygiejne.

Udbuddet omfattede i relation til *delkontrakt 1* – Herlev Hospital – under ”Pos 1” ”2 stk. automatiske senge-tunnelvaskere, 1 stk. madras[des]infektor samt oprankningsbaner (lager)”. ”Pos 2” omfattede option på ”ekstra indløbsbane til 2 stk. automatiske sengevaskere og 1 stk. madrasdesinfektor”. ”Pos 3” omfattede ”ekstra udløbsbane til 2 stk. automatisk sengevaskere og 1 stk. madrasdesinfektor”.

For *delkontrakt 2* – Hillerød Hospital – omfattede udbuddet under ”Pos 1” ”1 stk. automatisk senge-tunnelvasker, 1 stk. madras[des]infektor”. ”Pos 3” omfattede ifølge pkt. 5.4 i udbudsbetingelserne option på ”yderligere komplette leverancer omfattende hovedtilbud, jf. pkt. 5.2 og optioner hertil, jf. pkt. 5.3”, dvs. option på levering af et yderligere tilsvarende anlæg.

I kravspecifikationen vedrørende delkontrakt 1 var i pkt. 3.1 fastsat som mindstekrav, at ”Vaskeanlægget skal kunne levere minimum 48 rene senge og madrasser i timen”.

I kravspecifikationen vedrørende delkontrakt 2 var i pkt. 3.1 fastsat, at ”Vaskeanlægget skal kunne levere minimum 24 rene senge og madrasser i timen”.

Som mindstekrav var endvidere fastsat, at ”Tilbudsgiver bekræfter at systemet ved vask anvender vand/damp i overensstemmelse med gældende hygiejnekrav (hvor krav til temperatur er $> 90^{\circ}\text{C}$)”, jf. kravspecifikationen for delkontrakt 1 pkt. 3.11 og for delkontrakt 2 pkt. 3.10.

I tilbuddet fra Weber Hospital Systems BV vedrørende delkontrakt 1 var under pkt. 3.15 ”Beskriv det totale systems procestid, kort procestid vægtes vigtigt” anført:

”Cleaning and disinfecting depends on the program and desired results, but for a standard cleaning program we use 6 minutes. The bed and mattress are then cleaned, disinfected and dried. This process time is variable and we would like to consult with you after awarding the tender, what program suites your wishes and needs. We have confirmed disinfection results by German Laboratory WFK. *If you wish to change the cleaning time, then the disinfection validation will lapse* and we will have to determine the result together again. Of course, we always provide a visually clean and dry bed if a process time of 6 minutes is chosen. We advise you to opt for a maximum clean and preferably disinfected bed and mattress. ...” (Fremhævet her).

Af et diagram for ”System proces time” fra Weber Hospital Systems BV, der efter det oplyste var en del af virksomhedens tilbud, fremgår bl.a. ”Fast Track ... Cleaning ... Depends on cycle (standard 6min, special program e.g. 2,5 min)”. Af diagrammet fremgår videre for ”Fast track”, at der medgår i alt ”Est.” 70 sekunder til processen *før* ”Cleaning” og ”Est.” 35 sekunder *efter* ”Cleaning”.

Den samlede tid for processen i ”Fast track” udgør under disse forudsætninger fra 4 minutter og 15 sekunder (2,5 minutter + 105 sekunder) til 7 minutter og 45 sekunder (6 minutter + 105 sekunder). Der vil med disse processer kunne behandles henholdsvis 14 (14,12) og 7 (7,74) madrasser pr. time. Hvis alene ”Cleaning” medregnes, vil der med en ”Cleaning cycle” på 2,5 minutter kunne behandles 24 senge og madrasser pr. time.

Klagenævnet finder foreløbigt vurderet, at mindstekravet om, at ”Vaskeanlægget skal kunne levere minimum 48 [henholdsvis 24] rene senge og ma-

drasser i timen” efter beskrivelsen og den øvrige sammenhæng ikke kan antages at omfatte den tid, der medgår til processerne før og efter vaskeprocessen i selve senge-tunnelvaskeren.

Klagenævnet finder imidlertid efter en foreløbig vurdering, at den citerede tekst i tilbuddet på delkontrakt 1 (Herlev Hospital) er udtryk for væsentlig usikkerhed om de tilbudte anlægs egenskaber med hensyn til at kunne opfylde mindstekravet om antallet af senge og madrasser (kapacitetskravet) ved samtidig overholdelse af hygiejnekravet ved brug af vand/damp, hvor kravet til temperatur er $> 90^{\circ}\text{C}$. Den citerede tekst i tilbuddet har karakter af et klart forbehold for mindstekrav, og tilbuddet var derfor ukonditionsmæssigt. Dette gælder, selvom det andetsteds i tilbuddet var bekræftet, at mindstekravene var overholdt.

På denne baggrund og henset til de sammenfaldende krav til kapacitet og hygiejne i de to delkontrakter omfattet af udbuddet finder klagenævnet efter en foreløbig vurdering, at også tilbuddet vedrørende delkontrakt 2 (Hillerød Hospital) må anses for behæftet med forbehold for mindstekrav og derfor på tilsvarende vis var ukonditionsmæssigt. Klagenævnet har herved også henset til det, der er anført nedenfor ad påstand 2.

Påstand 2

I kravspecifikationen vedrørende delkontrakt 2 var under ”Driftsøkonomi” pkt. 13.1 som mindstekrav fastsat ”Vedhæft udfyldt driftsomkostninger, jf. bilag 16”.

Bilag 16 er en tilbudsliste med fortrykt tekst ”Antal senge pr. dag ... 320” og ”Totale driftsomkostninger i hele udstyrets levetid (10 år) beregnet ud fra 320 senge pr. dag”. Udbudsmaterialet forudsatte også i øvrigt, at tilbuddene blev afgivet for så et sådant antal senge pr. dag, jf. udbudsbetingelserne pkt. 15.1.

Tilbudslisten i tilbuddet fra Weber Hospital Systems BV indeholdt imidlertid priser afgivet for ”Antal senge pr. dag ... 160” og ”Totale driftsomkostninger i hele udstyrets levetid (10 år) beregnet ud fra 1600 senge pr. dag”.

Det lægges til grund, at Weber Hospital Systems BV i forbindelse med afgivelsen af tilbuddet ændrede på tilbudslisten, idet 320 senge pr. dag blev ændret til 160 senge pr. dag, og idet ”1600 senge pr. dag” i denne forbindel-

se var en fejlskrift fra virksomhedens side, idet meningen var, at antallet tilsvarende skulle ændres til at være 160 senge pr. dag.

Klagenævnet finder på denne baggrund foreløbigt vurderet, at virksomhedens ændringer af tilbudslisten medførte, at tilbuddet var i strid med pkt. 13.1., hvori udtrykkeligt var fastsat, at tilbudslisten blot skulle udfyldes og dermed forudsætningsvis ikke måtte ændres, således at den fik et andet indhold, herunder med ændrede forudsætninger for driftsomkostninger og antal senge. Tilbuddet og tilbudslisten fra Weber Hospital Systems BV kunne på denne baggrund ikke danne grundlag for evalueringen efter de fastsatte kriterier.

Klagenævnet finder på denne baggrund, at der er udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

Påstand 4

Efter udbudslovens § 24, nr. 37, forstås ved 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 var fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt.

I lovbemærkningerne til udbudslovens § 24, nr. 37, hedder det bl.a.:

”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.”

I lovbemærkningerne til udbudslovens § 2 hedder det bl.a.:

”I forbindelse med ændringer af udbudsmaterialet, sondres der i udbudsloven mellem uvæsentlige ændringer, væsentlige ændringer og ændringer af grundlæggende elementer.

Uvæsentlige ændringer i udbudsmaterialet er mindre justeringer og tilpasninger, der ikke påvirker den tid, som en økonomisk aktør skal bruge på at forstå og udarbejde en ansøgning eller et tilbud. Derudover kan uvæsentlige ændringer heller ikke have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Væsentlige ændringer i udbudsmaterialet skal forstås som ændringer, der medfører, at de økonomiske aktører skal bruge yderligere tid til at forstå og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet, hvorfor det vil tage længere tid at afgive en ansøgning eller et tilbud. Som følge heraf skal væsentlige ændringer i henhold til § 93, stk. 4, nr. 2, medføre, at fristen for modtagelse af ansøgning eller tilbud skal forlænges. Væsentlige ændringer kan eksempelvis være nye oplysninger til udbudsmaterialet.

Ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet udgør ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

...

Mindstekrav er centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have. Som følge heraf vil ændring af mindstekrav som klart udgangspunkt kunne karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure.

Ligebehandlingsprincippet udelukker derimod ikke ændringer af mindstekrav, hvis ændringen ikke vil kunne påvirke potentielle ansøgers eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure og ikke fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere. ...”.

Det påhviler Region Hovedstaden at løfte bevisbyrden for, at ændringen af mindstekravet i pkt. 3.5 og pkt. 3.4 ikke i overensstemmelse med det nævnte klare udgangspunkt i forarbejderne har karakter af en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure.

Beskrivelsen i udbudsbekendtgørelsen af 28. januar 2019 indeholdt ikke oplysning om, at der var fastsat mindstekrav om automatisk afbørstning af

madrasser. Kravene herom fremgik derimod af udbudsmaterialet, som potentielle tilbudsgivere kunne få adgang til via EU-Supply, jf. kravspecifikationen pkt. 3.5 (delaftale 1) og pkt. 3.4 (delaftale 2).

Af en oversigt fra EU-Supply, der er fremlagt af Region Hovedstaden, fremgår, at foruden Semi-Stål A/S og Weber Hospital Systems BV havde fem andre virksomheder vist interesse for udbuddet. Regionen har endvidere oplyst, at kun de to førstnævnte virksomheder havde stillet spørgsmål, og at ingen af de fem øvrige virksomheder afgav tilbud. Regionen har herudover oplyst, at tre af de fem virksomheder er konsulentfirmaer, og at de to øvrige virksomheder ikke har automatiske senge-tunnelvaskere og automatiske madrasedesinfektorer i deres produktsortiment. Regionen har med henvisning hertil anført, at ingen af de fem virksomheder kan levere automatiske senge-tunnelvaskere med madrasedesinfektorer, hverken med eller uden opfyldelse af kravet i pkt. 3.5 og pkt. 3.4, og at disse virksomheder således ikke var potentielle tilbudsgivere.

Af ”Spørgsmål og svar” fremgår, at Weber Hospital Systems BV spurgte: ”Why is this a request? Our solution, which you have seen, is not provided with your request. Is this a problem?”. Regionens svar var: ”Fejl i udbudsmaterialet. Dette krav udgår af udbudsmaterialet”. Af bilaget fremgår, at spørgsmålet blev stillet den 4. februar 2019 og besvaret den 20. marts 2019, dvs. efter udløbet af den oprindelige tilbudsfrist den 1. marts 2019, men inden den forlængede tilbudsfrist den 29. marts 2019.

Der blev under udbuddet som nævnt alene afgivet tilbud af Semi-Stål A/S og Weber Hospital Systems BV. Det lægges til grund, at Weber Hospital Systems BV ikke var i stand til at opfylde mindstekravet i pkt. 3.5 og 3.4, og dette blev således også klart tilkendegivet over for regionen.

Region Hovedstaden har i svarskriftet af 20. juni 2019 anført bl.a.:

”Som krav 3.5/3.4 var formuleret kunne alene den ene tilbudsgiver – nemlig klager – byde på opgaven. Krav 3.5/3.4 har således fra start af udbudsprocessen været rettet mod én tilbudsgiver i strid med udbudslovens § 2. Formålet med krav 3.5/3.4 var at sikre, at madrasserne efter endt rengøring var rene. Hvordan en tilbudt løsning rengør madrasserne er underordnet for RH. Historisk har RH haft senge-vasketunneller fra klager. Dette kendskab til klagers produkter har smittet af på formuleringen af kravene i kravspecifikationen, hvilket RH først blev opmærk-

som på, da Weber Hospital Systems stillede spørgsmål til krav 3.5/3.4. For at rette op på det forhold, at krav 3.5/3.4 kun var muligt at opfylde for den ene tilbudsgiver, dvs. netop for at åbne konkurrencen for begge bydende, valgte RH at lade krav 3.5/3.4 udgå. ...

De to foretagne ændringer af mindstekrav i udbudsmaterialet er således sket for at sikre konkurrencen mellem de to eneste potentielle tilbudsgivere og for at rette op på et utilsigtet ”skræddersyet” krav. ...”

Klagenævnet finder, at det efter oplysningerne i sagen må lægges til grund, at mindstekravet om automatisk afbørstning af madrasser var egnet til at udelukke virksomheder fra at afgive tilbud. Det må tilsvarende lægges til grund, at ændringen af kravet, således at dette bortfaldt, bevirkede, at kredsen af potentielle tilbudsgivere generelt blev udvidet. Det, som Region Hovedstaden har anført om, hvad regionen formoder, at de fem øvrige virksomheder kan eller ikke kan levere, kan ikke heroverfor tillægges vægt.

Ændringen af kravet den 20. marts 2019, dvs. knap 2 måneder efter offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen og således efter udløbet af den oprindelige tilbudsfrist den 1. marts 2019, men kort tid før udløbet af den forlængede tilbudsfrist den 29. marts 2019, skete efter det anførte med det formål at give Weber Hospital Systems BV mulighed for at afgive tilbud, således som det også efterfølgende skete.

Klagenævnet finder efter de anførte omstændigheder foreløbigt vurderet, at Region Hovedstaden ikke har løftet bevisbyrden for, at ændringen af mindstekravet ikke i overensstemmelse med det klare udgangspunkt i udbudslovens forarbejder udgør en ændring af et grundlæggende element, der alene kan foretages i forbindelse med et nyt udbud.

Der er herefter udsigt til, at påstand 4 vil blive taget til følge.

Påstand 5

Under hensyn til det, der er anført ovenfor, finder klagenævnet foreløbigt vurderet, at der er udsigt til, at annullationspåstanden vil blive taget til følge.

Ad betingelse nr. 2 (uopsættelighed)

Klagenævnet finder med henvisning til det, der er anført ovenfor, at Semi-Stål A/S efter en foreløbig vurdering har godtgjort, at der foreligger sådan særlig alvorlig ”fumus boni juris”, at virksomheden ikke skal bevise, at den vil lide uoprettelig skade, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Ad betingelse nr. 3 (interesseafvejning)

Klagenævnet finder, at en afvejning af parternes interesser fører til, at klagen bør tillægges opsættende virkning. I klagenævnets vurdering er indgået det ovenfor anførte, karakteren af de fejl, Region Hovedstaden foreløbigt vurderet har begået, og de interesser regionen har henvist til, nemlig dens interesse i at kunne indgå kontrakt med henblik på at påbegynde levering og installation hurtigst muligt.

Betingelserne for opsættende virkning er derfor opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor klagen opsættende virkning.

Afgørelsen om opsættende virkning betyder, at indklagede må ikke underskrive kontrakt.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges opsættende virkning.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent