

K E N D E L S E

Gambro Danmark,
Filial af Gambro Lundia AB
(advokat Jesper Fabricius, Hellerup)

mod

Region Sjælland
(advokat Claus Berg, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 201-327119 af 14. oktober 2011 udbød indklagede, Region Sjælland, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale om indkøb af dialysemaskiner, dialyseforbrugsartikler samt hjemmedialyse. Rammeaftalen var opdelt i 10 delaftaler og skulle gælde i 6 år med mulighed for at forlænge i 1 år. Denne klage vedrører delaftale 1 om hæmodialysemaskiner med slanger, filter, koncentrater, bicarbonat og service.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 11. november 2011 havde klageren, Gambro Danmark, og Fresenius Medical Care Danmark A/S afgivet tilbud på delaftale 1. Den 28. november 2011 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Fresenius Medical Care Danmark A/S. Kontrakten er efter det oplyste ikke indgået.

Den 8. december 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte at tillægge klagen opsættende virkning. Den 6. januar 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virk-

ning. Klagenævnet begrundede afgørelsen med, at betingelsen om »uopsættelighed« ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet på et møde den 7. marts 2012. Efter mødet har klagenævnet modtaget bl.a. klagerens sammenfattende processkrift af 17. april 2012, indklagedes sammenfattende processkrift af 1. maj 2012, klagerens brev af 14. maj 2012 og indklagedes brev af 16. maj 2012.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved efter tilbudsfristens udløb at have ændret fremgangsmåden for evaluering af tilbuddene i henhold til underkriteriet »Økonomi« i forhold til, hvad der fremgik af udbudsbetingelserne, herunder tilbudslisten.

Påstand 1A (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have evalueret de indkomne tilbud i henhold til underkriteriet »Økonomi« baseret på 19.102 stk. slangesæt til hæmodialyse og 21.898 stk. slangesæt til hæmodiafiltration, hvorimod udbudsbetingelserne, herunder tilbudslisten, gav tilbudsgiverne anledning til at tro, at evalueringen ville ske baseret på 28.700 stk. slangesæt til hæmodialyse og 12.300 stk. slangesæt til hæmodiafiltration.

Påstand 1B (alternativ til påstand 1A, subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have evalueret de indkomne tilbud i henhold til underkriteriet »Økonomi« baseret på 19.102 stk. slangesæt til hæmodialyse og 21.898 slangesæt til hæmodiafiltration uden forudgående at have gjort tilbudsgiverne bekendt hermed.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at have foretaget evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet

»Kvalitet og funktionalitet« på en saglig og gennemsigtig måde i overensstemmelse med det i udbudsbetingelserne forudsatte, herunder i relation til bør-kravene i indklagedes kravspecifikation pkt. 4.10, pkt. 4.13, pkt. 4.24, pkt. 4.25, pkt. 4.52, pkt. 4.53 og pkt. 4.121.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 38 ved i udbudsbekendtgørelsen af 14. oktober 2011 at have fastsat tilbudsfristen til 4. november 2011 kl. 12.00.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2, artikel 38 og artikel 39 ved i udbudsbekendtgørelsen af 14. oktober 2011, som efterfølgende korrigeret ved supplerende bekendtgørelse af 29. oktober 2011, at have fastsat tilbudsfristen til 11. november 2011 kl. 12.00.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Fresenius Medical Care Danmark A/S i betragtning, selvom dette tilbud ikke overholdt følgende mindstekrav eller indeholdt forbehold vedrørende disse:

- a) Kravet i indklagedes kravspecifikation pkt. 4.120 vedrørende koncentrationssammensætningen for væsker.
- b) Kravet i indklagedes kravspecifikation pkt. 4.56 vedrørende blodflowsregulering via separat knap.
- c) Kravet i indklagedes kravspecifikation pkt. 4.57 om, at apparaturet skulle leve op til ISO 11663:2009.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt med udbudsdirektivets artikel 44 ved i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.3 som (mindste-)krav til deltagernes tekniske kapacitet at have anført følgende: »Tilbudsgiver skal gennem nedenstående oplysninger/dokumentation sandsynliggøre overfor ordregiver, at tilbudsgiver har teknisk kapacitet til at udføre opgaven:

- Referencelister for tilsvarende leverancer inden for de seneste tre år med angivelse af størrelsesorden,
- Beskrivelse af virksomhedens kvalitetsstyringssystem, herunder evt. certificeringer,
- Oplysning om evt. brug af underleverandører«.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt med udbudsdirektivets artikel 44 ved i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.2 som (mindste-)krav til deltagernes økonomiske og finansielle kapacitet at have anført følgende: »Tilbudsgiver skal gennem nedenstående oplysninger/dokumentation sandsynliggøre overfor ordregiver, at tilbudsgiver har økonomisk og finansiell kapacitet til at udføre opgaven:

- Soliditetserklæring, dvs. erklæring vedrørende virksomhedens økonomiske og finansielle formåen. Erklæringen skal udstedes af virksomhedens bank eller revisor. Soliditetserklæring skal være udstedt senest 6 måneder før tilbudsfristen for udbuddet. Erklæringen kan ikke udstedes af tilbudsgiver.
- Oplysning om samlet årsomsætning af de omfattede og tilsvarende produkter fra de seneste tre år. Såfremt virksomheden er yngre, skal der oplyses om samlet årsomsætning for den periode, hvor der er mulighed herfor.

[...]

- Oplysninger om produktansvars- og erhvervsansvarsforsikring«.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og udbudsdirektivets artikel 44 ved i sin bedømmelse af tilbudsgivernes egnethed at have lagt vægt på, om de af tilbudsgiverne tilbudte produkter opfyldte minimumskravene i indklagedes kravspecifikation.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt med kravet til oplysning i udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.4.2) ved at

have anført følgende om klagefrister: »Der er ingen lovbestemte frister for indgivelse af klager til Klagenævnet for Udbud«.

Påstand 10

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 28. november 2011 om at indgå kontrakt med Fresenius Medical Care Danmark A/S vedrørende delaftale 1.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 8 og 10 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har erkendt overtrædelsen i påstand 9.

Ved brev af 8. februar 2012 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at Fresenius Medical Care Danmark A/S intervenserer i sagen til støtte for indklagede.

Sagens nærmere omstændigheder

Indklagede indrykkede en vejledende forhåndsmeddelelse ved bekendtgørelse nr. 2011/S 99-161926 af 19. maj 2011. Af bekendtgørelsen fremgår, at indklagede forventede at indkøbe dialysemaskiner, hjemmedialyse og forbrugsartikler med påbegyndelse af tildelingsprocedurerne den 26. september 2011.

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

»IV.3.4) Frist for modtagelse af bud eller ansøgninger om deltagelse
4.11.2011

...

IV.3.8) Åbning af bud
Dato: 4.11.2011 – 12:00

...

VI.4.2) Indgivelse af klager

Præcise oplysninger om klagefrist(er): Der er ingen lovbestemte frister for indgivelse af klager til Klagenævnet for Udbud. Senest samtidig med indgivelse af klage til Klagenævnet for Udbud, skal klager skriftligt underrette ordregiver om den påståede overtrædelse og om, at klagen indbringes for nævnet.«

Ved bekendtgørelse nr. 2011/S 209-339311 offentliggjort den 29. oktober 2011 ændrede indklagede tilbudsfristen til den 11. november 2011 kl. 12.00.

Tildelingskriteriet er »det økonomiske mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne

- Kvalitet og funktionalitet 55 %
- Økonomi 35 %
- Service 10 %

I udbudsbetingelserne hedder det bl.a.:

»Økonomi

Ved priser forstås: De samlede omkostninger, herunder prisen på produkterne, gebyrer, leveringsomkostninger, rabatter samt prisreguleringsmekanismer.

...

Beregnes på baggrund af besvarelserne i Kontraktbilag 2 [tilbudsliste]. Prisen pr. styk beregnes som prisen pr. referencenr. gange med det estimerede forbrug.«

Udbudsbetingelsernes tilbudsliste for delaftale 1 omfattede 24 positioner. For 20 af positionerne var der oplyst et tal for »volumen«. For position 6 »Slangesæt til hæmodialyse« var der oplyst et volumen på 28.700 stk. For position 7 »Slangesæt til hæmodiafiltration« var der oplyst et volumen på 12.300 stk.

Indklagede baserede evalueringen i relation til underkriteriet »Økonomi« på indkøb af 19.102 stk. slangesæt til hæmodialyse og 21.898 slangesæt til hæmodiafiltration.

I kravspecifikationen står der bl.a.:

»Leveranceomfang

Der gennemføres årligt ca. 41.000 behandlinger, hvoraf ca. 70 % er HD og ca. 30 % er HDF.

...

Definitioner:

Udbudsmaterialet anvender følgende terminologi:

- Skal-krav som hermed defineres som Mindstekrav
- Bør-krav som hermed defineres som Krav

Skal-krav – (mindstekrav) er forlangender som skal opfyldes. Såfremt blot ét mindstekrav ikke er opfyldt, er tilbuddet ikke konditionsmæssigt.«

Krav 4.56, 4.57 og 4.120 var alle »skal-krav«. Kravene skulle bekræftes opfyldt ved at sætte kryds i en rubrik. Kravene har følgende indhold:

»4.56

At der skal være mulighed for blodflowsregulering via separat knap.«

»4.57

Apparaturet skal leve op til Det medicinske direktiv 93/42/EØF, nyt direktiv 2009/47/EC samt ISO 11663:2009.«

»4.120

Skal leveres i flg. kombinationer; + glucose 1-2 g/l, Calcium på 1,0-1,25-1,5. Kalium på 2,0-3,0.«

I ISO 11663:2009 står der bl.a.:

»4.1.4 Microbiological requirements for online prepared substitution fluid

The requirements contained in this clause apply to online prepared fluid intended to be infused into the patient as it enters the patient's blood.

This fluid shall be sterile and non-pyrogenic.«

Fresenius Medical Care Danmark A/S bekræftede at opfylde krav 4.56 og tilføjede:

»Blodflow reguleres med knap på skærm, som altid er placeret i øverste højre hjørne. Endvidere kan blodpumpen startes og stoppes med to »Hardkeys« placeret på skærmens venstre side. Maskinen regulerer selv blodflowet ned ved f.eks. ved reinfusion, cirkulation, akut bolus. Den regulerer aldrig selv blodflowet op igen. Det skal altid gøres af brugeren under overvågning af arterie og venetryk«.

Fresenius Medical Care Danmark A/S bekræftede at opfylde krav 4.57.

Fresenius Medical Care Danmark A/S bekræftede også at opfylde krav 4.120 og bemærkede:

»Koncentratsammensætning som følgende og alle indeholder glucose 1g/l Calcium på 1,25-1,5-1,75. Kalium på 1,0-2,0.«

Indklagede har oplyst, at det originale tilbud fra Fresenius Medical Care Danmark A/S, som blev indleveret til indklagedes indkøbsafdeling på papir, indeholdt nogle produktblade på engelsk, som dokumenterede, at Fresenius Medical Care Danmark A/S kunne levere koncenterer i alle de kombinationer, som fremgik af kravspecifikationens pkt. 4.120.

I en udtalelse af 6. marts 2012 fra sygeplejerske Nina Laurberg Myssen hedder det i en uddybende forklaring om pointgivningen vedrørende kravspecifikationens pkt. 4.52 bl.a.:

»Herudover lagde vi i forbindelse med pointgivningen i sidste ende navnlig vægt på følgende:

...

Gambro Artis:

- Sterilt en-gangsfILTER til brug ved HDF-behandling. Men vi mener, at ultrarent vand er godt nok, og har derfor ikke »belønnet« det.«

I samme udtalelse står der:

»3.1 Hvorfor står der i kravspecifikationens pkt. 4.56, at den separate knap skal give mulighed for »blodflowregulering« - og ikke blot en tænd/sluk-funktion?

Jeg erindrer ikke, hvorfor formuleringen blev, som den blev. Men grunden til, at punktet var på, var, at der skal være mulighed for at slukke for rullepumpen, også selvom skærmen går ned. Dette af sikkerhedsmæssige grunde. Vi ønskede også at have mulighed for at standse rullepumpen, uanset hvilket billede vi var inde på, ifald en vene skulle bule.

3.2 Er der behov for, at den separate knap kan muliggøre regulering i mere eller mindre opad- eller nedadgående retning af blodtilførelsen – eller er det fuldt tilstrækkeligt med en tænd/sluk-funktion?

Vi har ikke behov for andet end en tænd/sluk-funktion på den separate knap.«

I et notat af 9. marts 2012 fra Fresenius Medical Care Danmark A/S er det bl.a. anført:

»4.56 – Af hensyn til patientsikkerheden har Fresenius ikke en Hard Key til regulering op/ ned af blodflowet. Det stilles som et A krav, at der skal være en separat knap til regulering af Blodflow. Det opfylder Fre-

senius, idet der på Touchscreenen i øvre højre hjørne befinder sig en sådan. Der står ingen steder angivet, at det skal være en Hard Key til formålet og slet ikke, at den skal befinde sig uden for skærmen.

Årsagen til at Fresenius ikke har den omtalte knap siddende på skærmen er, at man i tilfælde af skærmsvigt aldrig må kunne skrue op/ ned for patientens blodflow, uden at man kan se, hvad man foretager sig. Der er stor risiko for at ødelægge patientens karadgangsveje. Der er kun én ting at gøre, hvis skærmen svigter: Tryk på den røde Hard Key, der befinder sig uden for skærmen for at stoppe blodpumperne, hvorefter patientens arterieslange frakobles kanylen og herefter tilsluttes en saltvandspose.

...

4.120

Jeg erkender som ansvarlig virksomhedsleder, at Fresenius's besvarelse af punkt 4.120 er misvisende, men understøtter samtidig, at Fresenius naturligvis er leveringsdygtig i de ønskede koncentreter.

Fresenius har opfattet de angivne krav i tilbudslisten som vejledende rammer og ikke som kombinationskrav. Så skulle kravene have været formuleret lidt tydeligere.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1 – 1B

Klageren har gjort gældende, at udbudsbetingelserne måtte forstås sådan, at de tilbudte priser ville blive evalueret på grundlag af køb af 28.700 slangesæt til hæmodialyse og 12.300 slangesæt til hæmodiafiltration.

Indklagede har gjort gældende, at udbudsbetingelserne ikke gav tilbudsgiverne anledning til at tro, at evalueringen ville blive baseret på de hidtidige omsætningstal, som var angivet i tilbudslisten. Tallene i tilbudslisten tjente udelukkende som baggrundsorientering om den hidtidige omsætning. Den hidtidige omsætning hang bl.a. sammen med, at dialysemaskinerne på en af regionens dialyseafdelinger ikke kunne anvende hæmodiafiltration. Da begge tilbudsgivere tilbød dialysemaskiner, som kunne håndtere hæmodiafiltration, blev der indhentet tal for dialyseafdelingernes forventede fremtidige forbrug. Disse tal blev lagt til grund for evalueringen.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at der kan spores en tydelig forskelsbehandling af klageren til fordel for Fresenius Medical Care Danmark A/S, og at der er forhold, der indikerer, at indklagede ikke har evalueret tilbuddene på en neutral måde i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Indklagede har gjort gældende, at evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »Kvalitet og funktionalitet« blev gennemført på en saglig måde og i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed inden for rammerne af et lægefagligt og medicoteknisk skøn, som efter fast klagenævnspraksis ikke skal erstattes med klagenævnets eget skøn.

Ad påstand 3 og 4

Klageren har gjort gældende, at det følger af udbudsdirektivets artikel 38, stk. 4, at 22 dage er en absolut grænse. Tilbudsfristen kan derfor ikke på noget tidspunkt være kortere end 22 dage. Indklagede kan kun afkorte tilbudsfristen til 22 dage, hvis indklagede kan godtgøre, at der er taget hensyn til kontraktens kompleksitet og til den tid, der er nødvendig til udarbejdelse af tilbud. Det har indklagede ikke godtgjort. Klageren var særdeles tidspresset i tilbudsfasen, fordi udbudsbetingelserne stillede krav om, at tilbudsgiverne skulle tilbyde et edb-system, der kunne foretage tovejskommunikation med de tilbudte dialysemaskiner – noget som indklagede vidste, at Fresenius Medical Care Danmark A/S kunne tilbyde, men forventede at klageren ikke kunne tilbyde. Det lykkedes imidlertid klageren ved en meget betydelig arbejdsindsats at tilvejebringe en fuldt tilfredsstillende løsning, men det kan ikke udelukkes, at klagerens tilbud kunne være yderligere forbedret, hvis der havde været længere tid til tilbudsudarbejdelsen. Indklagede kan ikke ved en supplerende bekendtgørelse berigtige den fejlagtige tilbudsfrist. Den særlige adgang til at benytte en forkortet tilbudsfrist må således forudsætte, at fristen fra starten fastsættes korrekt. Hertil kommer, at den ændrede tilbudsfrist er meddelt af indklagede senere end 6 dage inden udløbet af tilbudsfristen, jf. udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2.

Indklagede har gjort gældende, at fristerne i henhold til såvel den oprindelige udbudsbekendtgørelse som den supplerende bekendtgørelse var i overensstemmelse med reglerne i udbudsdirektivets artikel 38, stk. 4 og 5. I lyset af en tidligere annullation af udbuddet var der opstået tidspres på gen-

nemførelsen af udbuddet, og der er i en sådan situation ikke efter artikel 38, stk. 4, noget til hinder for, at fristen fastsættes til 22 dage. Hertil kommer, at fristen kunne forkortes med yderligere 7 dage, svarende til i alt 15 dage, da der blev indsendt en elektronisk udbudsbekendtgørelse, jf. artikel 38, stk. 5.

Ad påstand 5

a)

Klageren har gjort gældende, at krav 4.120 ikke kan forstås på anden måde, end at der skal tilbydes væskesammensætninger med værdierne 1,0, 1,25 og 1,50 mmol/l for calcium, 1 g/l og 2 g/l for glucose og 2,0 og 3,0 mmol/l for kalium. Væskesammensætningerne skal tilbydes i kombinationer af alle de anførte værdier. I kravspecifikationen fra Fresenius Medical Care Danmark A/S fremgår det tydeligt, at tilbuddet ikke indbefatter alle kombinationer. Det er uden betydning, om tilbuddet måtte være vedlagt produktblade, som indeholdt andre kombinationer end de kombinationer, som der er nævnt i kravspecifikationen, da databladene ikke kan tillægges vægt over for det udtrykkelige forbehold i besvarelsen af kravspecifikationen. Den individuelle tekst må således tillægges betydning forud for eventuelle generelle datablade, og en modsætning mellem individuel tekst og datablade må som minimum komme tilbudsgiveren til skade. Hertil kommer, at produktbladene er på engelsk, selvom det fremgår af kravspecifikationens pkt. 13.11, at produktdatablade skulle vedlægges på dansk. Klageren bestrider i øvrigt, at de engelsksprogede produktblade var vedlagt de tilbud, som Fresenius Medical Care Danmark A/S sendte til dialyseafdelingerne.

Indklagede har gjort gældende, at tilbuddet fra Fresenius Medical Care Danmark A/S indeholdt en åbenlys skrivefejl, idet de medsendte produktblade viste, at virksomheden opfyldte kravet om koncentrationssammensætningen for væsker. Indklagede var berettiget til at lægge vægt på de engelsksprogede datablade, selvom disse ifølge kravspecifikationens pkt. 13.11 skulle vedlægges på dansk. Kravet om dansksprogede produktdatablade var således ikke opstillet med fuld klarhed og konsistens i udbudsbetingelserne. I anden række gøres det gældende, at den ikke ganske klare og entydige udformning af kravet medførte, at oplysningerne fra Fresenius Medical Care Danmark A/S ikke kunne opfattes som et forbehold.

b)

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra Fresenius Medical Care Danmark A/S ikke opfylder mindstekravet i kravspecifikationens pkt. 4.56, idet den tilbudte maskine ikke er forsynet med en separat knap til blodflowregulering. De eneste separate knapper på skærmen foruden statusindikator og lydreguleringsknap er en tænd/sluk-knap for blodsystemet, hvilket ikke er det samme som en knap til styring af blodflowet. Styringen af blodflowet foregår derimod via en touch-knap på skærmen.

Indklagede har gjort gældende, at baggrunden for mindstekravet i kravspecifikationens pkt. 4.56 var et ønske om at kunne starte og stoppe blodtilførelsen, hvis den primære blodflowregulering på skærmen måtte svigte. Mindstekravet havde derimod ikke til formål at sikre fortsat regulering i mere eller mindre op- eller nedadgående retning af blodtilførelsen, selvom ordlyden »blodflowregulering« muligvis kunne opfattes som et krav herom. Der er mulighed for at starte og stoppe blodpumpen med to »hardkeys« på maskinen fra Fresenius Medical Care Danmark A/S. I anden række gøres det gældende, at kravet om en separat knap er opfyldt ved touch-knappen på skærmen.

c)

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra Fresenius Medical Care Danmark A/S ikke opfylder kravet i ISO 11663:2009 om, at den »online prepared substitution fluid« skal være »sterile«. Det fremgår således af erklæringen fra sygeplejerske Nina Laurberg Myssen, at indklagede »mener, at ultrarent vand er godt nok«.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede var berettiget til at lægge til grund, at Fresenius Medical Care Danmark A/S opfyldte kravet i kravspecifikationens pkt. 4.57. Det fremgår således ikke af besvarelsen fra Fresenius Medical Care Danmark A/S, at kravet ikke skulle være opfyldt. Hertil kommer, at indklagede bestrider, at tilbuddet fra Fresenius Medical Care Danmark A/S skulle være i strid med kravet i ISO 11663:2009.

Ad påstand 6 – 7

Klageren har gjort gældende, at de af indklagede i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.2) og pkt. III.2.3) opstillede krav til egnetheden er i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 44.

Indklagede har bestridt, at kravene til tilbudsgivernes egnethed – som er helt sædvanlige i praksis – skulle være i strid med udbudsdirektivets artikel 2 eller artikel 44.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at det fremgår af indklagedes evalueringsrapport, at indklagede ved egnethedsbedømmelsen har lagt vægt på, om de af tilbudsgiverne tilbudte produkter opfyldte kravspecifikationen.

Indklagede har bestridt, at der ved egnethedsbedømmelsen blev lagt vægt på, om de af tilbudsgiverne tilbudte produkter opfyldte kravspecifikationen.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at der ikke gælder frister for klager, hvilket er i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 7.

Indklagede har erkendt overtrædelsen.

Ad påstand 10

Klageren har gjort gældende, at betingelserne for annullation af tildelingsbeslutningen er opfyldt, da de konstaterede overtrædelser er væsentlige og af konkret betydning for tildelingens resultat. Spørgsmålet om konditionsmæssigheden af klagerens tilbud er uden betydning for spørgsmålet om annullation. Klagenævnets kendelse af 19. marts 2012 om opsættende virkning i sagen VKS Inventar A/S mod Hjemmeværnskommandoen angår påstande om evalueringen af flere forskellige konditionsmæssige tilbud. I denne sag forholder det sig anderledes, idet klagerens påstande angår forhold, der ville have medført udbuddets ugyldighed som helhed, eller ukonditionsmæssighed af den vindende tilbudsgiver.

Indklagede har gjort gældende, at påstanden om annullation ikke skal tages til følge, da der – bortset fra overtrædelsen i påstand 9 – ikke er påvist overtrædelser af udbudsreglerne. Hertil kommer, at der heller ikke efter en samlet vurdering er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen, idet der ved denne samlede vurdering bør lægges vægt på, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt, at annullation af tildelingsbeslutningen vil medføre alvorlige, negative samfundsmæssige konsekvenser, og at annullation vil være ude af proportioner med de omhandlede overtrædelser af udbudsreglerne. Indklagede har henvist til klagenævnets kendelse af 22. januar 2012, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Banedanmark, og klagenævnets kendelse af 19. marts 2012 om opsættende virkning i sagen VKS Inventa A/S mod Hjemmeværnskommandoen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 – 1B

Udbudsbetingelserne, herunder særligt tallene i tilbudslisten for »volumen« og omtalen af »leveranceomfang« og »det estimerede forbrug«, må forstås sådan, at evalueringen i relation til underkriteriet »Økonomi« ville blive baseret på det antal slangesæt til henholdsvis hæmodialyse og hæmodiafiltration, der fremgik af tilbudslisten.

Indklagede evaluerede imidlertid ikke tilbuddene ud fra disse forudsætninger, men ud fra nogle væsentligt andre forudsætninger med hensyn til antallet af slangesæt til henholdsvis hæmodialyse og hæmodiafiltration.

Påstand 1A tages derfor til følge.

Ad påstand 3 – 4

Indklagede har ikke godtgjort, at tilbudsfristen kunne afkortes til 22 dage, jf. udbudsdirektivets artikel 38, stk. 4, jf. stk. 1.

Da udbudsbekendtgørelsen er dateret den 14. oktober 2011, kunne tilbudsfristen tidligst udløbe med udgangen af den sidste time mandag den 14. november 2011, jf. udbudsdirektivets artikel 38, stk. 4 og stk. 5, og rådets forordning nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter artikel 3, stk. 1, 2. pkt. og artikel 3, stk. 4.

Da indklagede fastsatte tilbudsfristen til henholdsvis den 4. november 2011 og den 11. november 2011, tages påstandene til følge som nedenfor bestemt.

Ad påstand 5

a)

Kravspecifikationens pkt. 4.120 må forstås sådan, at der bl.a. skal gives tilbud på et koncentrat med 1,00, 1,25 og 1,50 mmol calcium pr. liter. Fresenius Medical Care Danmark A/S har ikke nævnt et koncentrat med 1,00 mmol calcium pr. liter i sin besvarelse af kravspecifikationen, og et sådant koncentrat fremgår heller ikke af tilbuddets udbudsbilag 25, som Fresenius Medical Care Danmark A/S har henvist til i kravspecifikationens afsnit vedrørende væsker. Tilbuddet fra Fresenius Medical Care Danmark A/S kan herefter ikke anses for at have omfattet et tilbud på et koncentrat med 1,00 mmol calcium pr. liter. Det ændrer ikke herved, at tilbuddet måtte have indeholdt nogle generelle datablade, som omtalte et sådant koncentrat.

Påstanden tages derfor til følge for så vidt angår kravspecifikationens pkt. 4.120.

b)

Udbudsbetingelserne må forstås sådan, at kravet om en separat knap ikke kan opfyldes via en touch-knap på skærmen.

Efter formuleringen af udbudsbetingelserne skal den separate knap give mulighed for blodflowregulering. En knap, som kan starte og stoppe blodpumpen, men ikke regulere blodflowet i op- eller nedadgående retning, opfylder ikke mindstekravet. Påstanden tages derfor til følge for så vidt angår kravspecifikationens pkt. 4.56.

c)

Indklagede var berettiget til at lægge til grund, at Fresenius Medical Care Danmark A/S opfyldte kravspecifikationens pkt. 4.57, da virksomheden bekræftede at opfylde kravet uden tilføjelser. Udtalelsen fra sygeplejerske Ni-

na Laurberg Myssen vedrører pointgivningen i relation til kravspecifikationens pkt. 4.52, og udtalelsen dokumenter ikke, at indklagede under evalueringen lagde til grund, at Fresenius Medical Care Danmark A/S ikke opfyldte kravet om sterilt vand i ISO 11663:2009. Påstanden tages derfor ikke til følge for så vidt angår kravspecifikationens pkt. 4.57.

Ad påstand 9

Af de grunde, som klageren har anført, tages påstanden til følge som nedenfor bestemt.

Ad påstand 2 og 6 – 8

Klagenævnet kan efter fast praksis afgøre en sag helt eller delvis. Hvis klagenævnet alene afgør sagen delvis, tager klagenævnet ikke stilling til alle de påstande, som klageren har nedlagt.

Under hensyn til det anførte ad påstand 1A, påstand 3 – 4 og påstand 5 har klagenævnet besluttet ikke at træffe afgørelse vedrørende påstand 2 og 6 – 8.

Ad påstand 10

Som følge af det, der er anført ad påstand 1A, påstand 3 – 4 og påstand 5, tages påstanden til følge. Klagenævnet har særligt lagt vægt på, at tilbuddet fra Fresenius Medical Care Danmark A/S var ukonditionsmæssigt, og at denne virksomhed derfor ikke lovligt kunne tildeles kontrakten.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1A

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have evalueret de indkomne tilbud i henhold til underkriteriet »Økonomi« baseret på 19.102 stk. slangesæt til hæmodialyse og 21.898 stk. slangesæt til hæmodiafiltration, hvorimod udbudsbetingelserne, herunder tilbudslisten, gav tilbudsgiverne anledning til at tro, at evalueringen ville ske baseret på 28.700 stk. slangesæt til hæmodialyse og 12.300 stk. slangesæt til hæmodiafiltration.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 38 ved i udbudsbekendtgørelsen af 14. oktober 2011 at have fastsat tilbudsfristen til 4. november 2011 kl. 12.00.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 38 ved i udbudsbekendtgørelsen af 14. oktober 2011, som efterfølgende korrigeret ved supplerende bekendtgørelse af 29. oktober 2011, at have fastsat tilbudsfristen til 11. november 2011 kl. 12.00.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Fresenius Medical Care Danmark A/S i betragtning, selvom dette tilbud ikke overholdt følgende mindstekrav:

- a) Kravet i indklagedes kravspecifikation pkt. 4.120 vedrørende koncentrationssammensætningen for væsker.
- b) Kravet i indklagedes kravspecifikation pkt. 4.56 vedrørende blodflowsregulering via separat knap.

Ad påstand 9

Indklagede har handlet i strid med kravet til oplysning i udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.4.2) ved at have anført følgende om klagefrister: »Der er ingen lovbestemte frister for indgivelse af klager til Klagenævnet for Udbud«.

Ad påstand 10

Indklagedes beslutning af 28. november 2011 om at indgå kontrakt med Fresenius Medical Care Danmark A/S annulleres.

Klagen tages ikke til følge med hensyn til påstandene 1, 1B og 5 c).

Klagenævnet træffer ikke afgørelse vedrørende påstand 2 og 6 – 8.

Indklagede, Region Sjælland, skal i sagsomkostninger til klageren, Gambro Danmark, betale 75.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens retighed bekræftes.

Mette Frimodt Hansen
fuldmægtig