

K E N D E L S E

GE Healthcare Danmark A/S
(advokat Søren Hilbert, København)

mod

Region Midtjylland
(advokat Tina Braad, Århus)

Denne kendelse omhandler GE Healthcare Danmarks A/S's klage vedrørende aktindsigt.

Klagenævnet modtog den 23. maj 2011 en klage fra GE Healthcare Danmark A/S (klageren) over et offentligt udbud iværksat af Region Midtjylland (indklagede) om levering af en PET/CT scanner til Regionshospitalet Herning. Udbuddet skete i henhold til direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) ved bekendtgørelse nr. 2011/S 11-016558 af 14. januar 2011. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Indklagede modtog tilbud fra Siemens A/S, Philips Danmark A/S og klageren. Til at vurdere de modtagne tilbud nedsatte indklagede som anført i udbudsbetingelserne en brugergruppe, der i forbindelse med vurderingen af tilbuddet fra Siemens foretog en besigtigelse af en referenceinstallation på Rigshospitalet, PET-centret. Indklagede besluttede at indgå kontrakt med Siemens A/S.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet) ved at træffe beslutning om at tildele kontrakt om anskaffelse af PET/CT til Siemens A/S.

Påstand 2:

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Siemens A/S.

Klageren støtter sine påstande på, at indklagede skulle have afvist tilbuddet fra Siemens A/S som ukonditionsmæssigt, da tilbuddet ikke overholdt nogle minimumskrav, der var fastsat i udbudsbetingelserne (kravspecifikationernes punkt 4.2.2.1., 4.3.4.21 og 4.3.3.5).

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge, da tilbuddet fra Siemens A/S var konditionsmæssigt.

Udbuddet omfattede 2 delaftaler om levering af 2 PET/CT scannere, én til Århus Universitetshospital, Skejby og én til Regionshospitalet Herning. Klagen vedrører alene den sidstnævnte delaftale. Af udbudsbetingelserne fremgår, at det udbudte udstyr er beskrevet i et bilag om kravspecifikationer. Der skelnes mellem A-krav, der er minimumskrav til de hardware- og softwaredele, der udgør den grundfiguration, der ønskes tilbud på, og B-krav, der er konkurrenceparametre, som vægtes i forhold til de fastsatte underkriterier. B-kravene er ikke obligatoriske.

Siemens A/S havde udfyldt de omtvistede punkter i kravspecifikationen således:

» ...

	<i>A-krav (grundfiguration)</i> Minimumsbetingelser, der skal opfyldes for at tilbuddet kan tages i betragtning	<i>Besvarelse</i> Det skal beskrives, på hvilken måde minimumskravet opfyldes af tilbuddet
...	...	...
4.2.2	<i>Hardware og tekniske krav</i>	
...	...	...

4.2.2.1.	64 slice CT modul. Der ønskes sideordnet tilbud på 128 slice CT modul	Opfyldt, vi har vedlagt tilbud på 128 slice modellen
...	...	
4.3.3	<i>Krav til computer hardware</i>	
...	...	...
4.3.3.5	Tilgang til analysesoftware fra arbejdsstation uafhængig af operatørkonsol	Opfyldt
...	...	...
4.3.4	<i>Krav til software</i>	
...	...	...
4.3.4.21	Systemet skal tillade at enhver type dataopsamling og enhver type databehandling kan foregå samtidig	Opfyldt

...«

Klageren har gjort gældende, (1) at den udbudte scanner er beskrevet som et 64 slice modul, mens Siemens A/S har tilbudt en detektor med 32 rækker, som ved interpolation kan beregne sig frem til yderligere 32 billeder. (2) De krav, der er opstillet med hensyn til workflow, er ikke opfyldt. Det vil således ikke være muligt at få tilgang til analysesoftware fra arbejdsstationen uafhængigt af operatørkonsollen. (3) Der er heller ingen sammenhæng mellem Siemens' tilbud og den referenceinstallation, der er blevet besigtiget på PET-centret på Rigshospitalet.

Indklagede har fastholdt, at det af Siemens tilbudte udstyr opfyldte kravet om et 64 slice CT modul og har bemærket, at der ikke er stillet specifikke krav til, hvordan kravet opfyldes, herunder ved angivelse af krav om detektorrækker.

Klagenævnet besluttede i kendelse af 17. juni 2011 ikke at tillægge klagen opsættende virkning. I kendelsen hedder det bl.a.:

» ... bemærker klagenævnet, at der i det tilbud, som Siemens A/S har afgivet, ikke er taget forbehold over for de mindstekrav, der er anført ovenfor. På det foreliggende grundlag har der heller ikke foreligget oplysninger, der for indklagede har gjort det åbenbart, at den leverance, der blev tilbudt af Siemens A/S, ikke opfyldte de stillede mindstekrav. Det er herefter alene et kontraktmæssigt, men ikke et udbudsretligt problem, hvis det tilbudte produkt ikke opfylder de stillede mindstekrav.

Allerede som følge heraf er der ikke grundlag for at tillægge klagen opsættende virkning.«

Klagen er fortsat under behandling.

I brev af 18. maj 2011 anmodede klageren om fuld aktindsigt i (1) Siemens A/S' tilbud og (2) de individuelle vurderinger, der var blevet foretaget af tilbuddene fra Siemens A/S og klageren.

I mail af 1. juni 2011 orienterede indklagede klageren om, at Siemens A/S havde anmodet om aktindsigt i klagerens tilbud og bemærkede, at indklagede ville behandle de 2 aktindsigtsanmodninger ens.

Klageren protesterede imod Siemens A/S's aktindsigtsanmodning.

I mail af 24. juni 2011 meddelte indklagede sin afgørelse vedrørende anmodningen om aktindsigt. Det hedder i mailen:

» ...

må det konstateres, at der er tale om et marked af højteknologisk produkter med forholdsvis få udbydere og en deraf følgende begrænset konkurrence.

Region Midtjylland har derfor vurderet, at videregivelse af oplysninger til GE Healthcare A/S om Siemens A/S' *priser og tekniske specifikationer i relation til besvarelsen af ordregivers B-krav* [klagenævnets kursivering] vil kunne påføre Siemens A/S en væsentlig økonomisk og konkurrencemæssig skadevirkning. Det er vurderingen, at der vil kunne være en ikke ubetydelig risiko for, at en konkurrerende tilbudsgiver vil kunne udnytte disse oplysninger til at opnå en væsentlig og uberettiget konkurrencefordel ved kommende udbud på markedet. Anmodningen af aktindsigt i disse oplysninger afvises derfor med henvisning til offentlighedslovens § 12.

Det er herefter besluttet at meddele aktindsigt i tilbuddet fra Siemens A/S på delaftale 2 med følgende undtagelser:

- Siemens A/S' tekniske besvarelser og specifikationer i relation til de af ordregiver opstillede B-krav
- Oplysninger om priser.

...«

Indklagede orienterede klagenævnet om den trufne afgørelse i brev af 27. juni 2011.

I brev af 8. juli 2011 – videresendt til klagenævnet den 13. juli 2011 – klagede klageren over afgørelsen. Klagen omfatter

- a) manglende klagevejledning
- b) sagsbehandlingstiden
- c) nægtelsen af aktindsigt i individuelle scoringsrapporter/notater.

Klagen omfatter således *ikke* udtrykkeligt den foretagne begrænsning i aktindsigten for så vidt angår besvarelse af B-kravene (konkurrenceparametrene) samt de af Siemens A/S oplyste delpriser. Klagerens advokat har imidlertid telefonisk over for klagenævnet oplyst, at klagen også skal forstås som omfattende disse begrænsninger. Klagerens advokat har imidlertid samtidigt anmodet om, at der forlods træffes afgørelse om klagen vedrørende nægtelsen af aktindsigt i de individuelle scoringsrapporter/notater.

Klagenævnet har modtaget en Cd-rom med sagens dokumenter. Skiven indeholder bilag C og bilag D til tilbuddet fra Siemens A/S, hvor der er tilføjet 2 kolonner, vedrørende henholdsvis »prioritering« og »evaluering«, hvor der er tilføjet tal (1, 2, 3, 4 og 5). De tilsvarende bilag fra klagerens tilbud er gengivet på samme måde. Skiven indeholder også den interne evalueringsrapport af 11. april 2011, hvor indklagede bl.a. redegør for, hvem der deltog i evalueringsmødet.

Klageren har anført, at de individuelle scoringsrapporter /notater er af afgørende betydning for klagesagen, idet det af disse notater vil fremgå, at det var åbenbart for regionen, at Siemens A/S ikke opfyldte de stillede mindstekrav. Regionen har givet 3 forskellige forklaringer på forståelsen af Siemens A/S' workflow. Kun efter aktindsigt vil det kunne afgøres, hvilken af de 3 forklaringer, der er den korrekte. Afvisningen af aktindsigt bestyrker klagerens antagelse om, at oplysningerne støtter klagerens anbringender. Selv om der er tale om interne arbejdsdokumenter, kan de ikke undtages fra aktindsigt, fordi dokumenterne indeholder oplysninger om sagens faktiske omstændigheder, der er af væsentlig betydning for afgørelsen af sagen, og som ikke findes andre steder, jf. forvaltningslovens § 12, stk. 2. Dokumenterne er udarbejdet af de enkelte medlemmer af det ekspertpanel, der skulle evaluere de indkomne tilbud, og der er således tale om selvstændige dokumenter, der er udarbejdet af regionen for at tilvejebringe klarhed over, om mindstekravene er opfyldt, og som ikke kan undtages aktindsigt, jf. forvaltningslovens § 13, stk. 1, nr. 3. Dokumenterne kan heller ikke undtages fra aktindsigt efter forvaltningslovens § 15. Under alle omstændigheder bør

aktindsigt gives efter mer-offentlighedsprincippet, jf. offentlighedslovens § 4, stk. 1, 2. pkt., men regionen har undladt at foretage den nødvendige vurdering – og dermed afvejning af de modsat rettede hensyn – der kan føre til mer-offentlighed.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet tager stilling til hele klagen vedrørende aktindsigt.

Af de grunde, som indklagede har anført, tiltræder klagenævnet, at klagerens anmodning om aktindsigt i Siemens A/S' tilbud er begrænset som sket.

Indklagede har ved brevet af 5. maj 2011 (sagens bilag 3) redegjort for evalueringen af klagerens tilbud, og brevet er vedlagt det vægtningsskema, som indklagede i forbindelse med evalueringen af de indkomne tilbud har udarbejdet vedrørende de 3 tilbud. Vægtningsskemaet indeholder oplysninger om den score, de 3 tilbudsgivere har opnået vedrørende B-kravene, som et gennemsnit af den score, som de enkelte medlemmer af den nedsatte brugergruppe er nået frem til, og resultatet af de beregninger af denne score, der er foretaget i overensstemmelse med det, der er anført i evalueringsrapporten, inden den endelige score nås. Klagenævnet tiltræder, at de notater, der foreligger fra de enkelte medlemmer af brugergruppen, som ligger til grund for beregningen af den i første omgang opnåede score, har karakter af interne arbejdsdokumenter, som ikke er undergivet aktindsigt, jf. forvaltningslovens § 12, og heller ikke er omfattet af forvaltningslovens § 13, nr. 3.

Klagen vedrører spørgsmålet, om den scanner, som blev tilbudt af Siemens A/S, opfylder de stillede A-krav. Klagen vedrører således ikke den foretagne evaluering af konkurrenceparametrene (B-kravene). Allerede som følge heraf vil de interne arbejdsdokumenter ikke indeholde noget, der vil være af væsentlig betydning for sagens afgørelse, jf. forvaltningslovens § 12, stk. 2.

Derfor bestemmes:

Klagerens klage over indklagedes aktindsigtsafgørelse tages ikke til følge.

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig