

K E N D E L S E

Ion Beam Applications S.A.
(advokat Anne Kirkegaard, København)

mod

Region Midtjylland
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 058-096820 af 20. marts 2014 udbød Region Midtjylland som konkurrencepræget dialog efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) udstyr og services til Proton Beam Therapy på DNU, Det Nye Universitetshospital, i Aarhus.

Følgende virksomheder blev prækvalificeret til at deltage i den konkurrenceprægede dialog og afgav efter en dialogproces rettidigt tilbud:

- Ion Beam Applications S.A. ("IBA")
- Varian Medical System Scandinavia A/S ("Varian") og
- Hitachi Europe Limited ("Hitachi")

Den 5. januar 2015 meddelte Region Midtjylland pr. e-mail IBA, at regionen havde besluttet at tildele kontrakten til Varian.

Den 15. januar 2015 indgav IBA klage til Klagenævnet for Udbud over Region Midtjylland. IBA fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at

klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 11. februar 2015 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet ingen af de tre betingelser herfor ("fumus boni juris", "uopsættelighed" og "interesseafvejning") blev anset for opfyldt. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

IBA har endeligt nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at benytte en evalueringsmodel, der konkret er uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud med den af Region Midtjylland foretagne vægtning af underkriteriet "Life-time costs" (40-45 %) tillagt vægtningen af delkriterierne "Total price of equipment and service" (80-90 %) samt "Operational costs" og "Building related costs" (samlet 10-20 %).

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved i sin evaluering af underkriteriet "Quality of equipment" alene at have evalueret på baggrund af nogle af de opstillede konkurrencekrav, uagtet at konkurrencekravene derved ikke gives ens vægt i evalueringen.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved i evalueringen af underkriteriet "Life-time costs" tre delkriterier at have foretaget evalueringen ved brug af tre forskellige variationer af lineær interpolation og forskelligt grundlag for tildeling af maksimumpoint, idet variationerne ikke var oplyst i udbudsbetingelserne og dermed var en for IBA upåregnelig bedømmelsesmetode.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at evaluere opfyldelsen af delkriteriet "Operational costs" som angivet i "Request for Tender", Appendix 4, punkt 136-138.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have foretaget en åbenbart urigtig og/eller vilkårlig evaluering af "Evaluation criteria" nr. 64, 85.2, 114, 73 og 33 under underkriteriet "Quality of equipment".

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere den udbudsprocedure, som Region Midtjylland har iværksat ved udbudsbekendtgørelse 2014/S 058-096820.

Påstand 7 (subsidiær til påstand 6)

Klagenævnet skal annullere Region Midtjyllands beslutning om at tildele kontrakten til Varian.

IBA har forbeholdt sig efterfølgende at nedlægge påstand om erstatning.

Region Midtjylland har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder*Forløbet af udbuddet*

Der blev før udfærdigelsen af de endelige udbudsbetingelser, "Request for Tender", af 6. oktober 2013 afholdt to dialogmøder á to dages varighed med hver af de virksomheder, som var inviteret til at deltage i den konkurrenceprægede dialog.

I "Request for Tender" står der blandt andet:

"1 Introduction

The Central Denmark Region is developing a national particle therapy service, DCPT, Danish Center for Particle Therapy, for the purpose of treating a complex case mix of pediatric and adult tumors, in total up to 1,200 patients per year. The development will be an integral part of the construction of DNU, the New University Hospital in Aarhus. The facility will have 3 rooms with gantries for clinical treatments and a dedicated research room.

DCPT is seeking a partnership with a supplier and service provider that will allow for long term development of proton therapy in Denmark. Tenderers should note the following high level needs for proton therapy equipment and services:

- It shall be safe for patients, staff and the general public and shall be highly reliable.
- It shall deliver proton radiotherapy with the best possible quality of beam using only pencil beam scanning, PBS including intensity modulated proton therapy, IMPT.
- The center should provide value for money as assessed by total lifetime costs.
- The tenderer should ensure that services provided enable the continued development of the technologies involved and that workforce and training issues are appropriately addressed.
- One supplier able to provide a complete system for proton therapy and able to provide operation, service and maintenance, is requested.

...

2.4 Organization of the establishment for DCPT and organization of procurement

The establishment of DCPT is organized as a part of the project organization for the building of the New University Hospital in Aarhus (DNU). The overall governance of the project is carried out by the DNU Steering Committee, which refers to the Central Denmark Region. The committee together with Central Denmark Region has approved the framework for the tender process, tender strategy, time schedule, award criteria etc. and will also approve the final selection of supplier and technical, financial and contractual solution.

The committee has appointed the DCPT Project Group headed by the DNU Project Director, and four working groups have been established, covering procurement and commissioning of equipment, construction, clinical implementation and education, and research.

The project group will be responsible for the evaluation of the tender and the final selection of the supplier. The award decision will thereafter need political approval by the Regional Council. The project group has the following members:

...

3 Scope of Contract

The scope of the contract is the design, manufacture, planning, delivery, assembly, installation and testing of a Proton Therapy System including all related services. The system must consist of

- A proton accelerator, a synchrotron or a cyclotron with energy selection system
- A proton beam transport line
- Three gantry treatment rooms, each of which has
 - a robotic patient positioning system
 - an imaging system
- A research room with fixed horizontal beam and a scanning nozzle
- An oncology information system

In addition, the scope includes the operation, service and maintenance (O&M) of the Proton Therapy System for a 5-year period and the possibility of extension for up to another 5 years.

...

20 Award criterion

The award criterion will be the most economically advantageous tender in terms of the following criteria:

- Quality of equipment (Weighting: 55-60 %)
- Life-time costs (Weighting: 40-45 %)

20.1 Quality of equipment

"Quality of equipment" is evaluated based on an overall evaluation of the solutions and answers to the evaluation criteria in Appendix 4: Requirements and Specifications, submitted by the tenderer under the following subjects:

- Gantry, treatment room, and couch
- Pencil beam scanning
- In-room imaging
- Organ motion management
- Oncology information system and control system
- Workflow

Each of the above subjects is where relevant evaluated in terms of functionality, workflow efficiency flexibility, and safety (for patients, staff and environment).¹

Functionality, workflow efficiency, flexibility and safety is interpreted and evaluated as described below:

- Functionality is evaluated positively if the solution or answer results in better patient treatments
- Workflow efficiency is evaluated positively if the solution or answer results in more efficient workflow

- Flexibility is evaluated positively if the solution or answer results in better use of the resource in question: e.g. more different treatment techniques, treatment of more different patient categories, more functionalities, and better integration with more different equipment.
- Safety (for patients, staff and environment) is evaluated positively if the solution or answer results in better safety for the patient, the personnel or results in better (working) environment for the patient or the personnel.

The evaluation of "quality of equipment" includes in addition and as a part of the overall evaluation an evaluation of research options.

Each evaluation criteria in appendix 4 is marked with reference to functionality, workflow efficiency, flexibility or safety, and in addition with reference to research options.

1 After completing the dialogue phase, the contracting authority has made a precise /explicit formulation of the specified evaluation criteria;

In order to increase transparency "functionality" is divided between "functionality" and "work flow efficiency".

Furthermore the dialogue phase has shown the contracting authority that an evaluation criterion dedicated to "reliability" outside the O & M is not a relevant parameter of competition.

Finally as discussed under the dialog "safety" as a dedicated evaluation criteria can not be meaningfully isolated from the quality assessment in general.

20.2 Life-time costs

The evaluation of "Life time costs" includes an evaluation of the total price of equipment and service and an evaluation of operational costs and building related costs.

The total price of equipment and services is evaluated based on the prices submitted by the tenderer in the remuneration template (appendix 5).

The total price of equipment and services includes the following elements:

- Purchase of the equipment
- Operation & Maintenance (O&M). Annual fees for 5 years contract period plus optional 5 years extension

Purchase of the equipment and O&M-fees will be evaluated as a total price as indicated in the Remuneration template. The 10 annual O&M fees is discounted to present value before added to the purchase price to form the total price of equipment and services. Annual discount rate is 3 %.

Operational costs and building related costs is evaluated as specified in Appendix 4 Requirements and Specifications.

Evaluation of operational costs will include evaluation of the following costs for power consumption: electrical power consumption, cooling water heat removal and removal of equipment power dissipation transferred to air/heat loss (see appendix 4, section 17).

Evaluation of building related costs will include evaluation of needed radiation barrier/wall thickness close to accelerator and energy selection system (if present) and building space requirements. (see appendix 4 section 17).

Total price of equipment and services, operational costs and building related costs will be evaluated separately. In the subsequent total evaluation of life-time costs the highest weight will be given to the total price of equipment and services (purchase and O&M). Total price of equipment and services will be included with a weight of 80-90% while the operational costs and building related costs will be included with a weight of 10-20% in total."

Appendix 4, "Requirements and Specifications", indeholder for hvert af delkriterierne ("Gantry, treatment room, and couch", "Pencil beam scanning" m.v.) til underkriteriet "Quality of equipment" dels "Minimum requirements", dels "Evaluation criteria" (deldelkriterier). Visse "Evaluation criteria" er opdelt på yderligere delkrav (deldeldelkriterier). For hvert af evalueringskriterierne er det anført, om kriteriet vedrører "functionality", "workflow efficiency", "flexibility" eller "safety". F.eks. er der 17 punkter, som vedrører "Gantry". Heraf er punkt 1-7 "Minimum requirements" og 8-17 "Evaluation criteria". Det første evalueringskriterium (nr. 8) lyder eksempelvis:

"Gantry rotational overtravel (workflow efficiency): If a larger rotational range than 360° is possible (typically realized as an "over-travel" capability at 180 °) a more flexible workflow is expected. Specify the capability to treat in "over-travel" positions."

”Evaluation criteria” 33, 64 (som er delkrav til et ”Evaluation criteria”), og 73 til underkriteriet ”Quality of equipment” lød:

- ”33. Couch translation time from patient load position to isocenter (workflow efficiency): Assume a patient loading position where the couch is shifted 40 cm below and 100 cm longitudinal away from the isocenter position. Specify the time to translate the couch to the isocenter position.” [vedrører delkriteriet ”Couch”].
- ”64. Aperture (flexibility): Describe all standard aperture options and specify for each option the properties including material, water-equivalent thickness, maximum field size, location in nozzle, and the range of distances to the isocenter.” [yderligere delkrav til ”Evaluation criteria”, ”Beam modifying devices”, til ”Evaluation criteria”, ”Pencil beam scanning”].
- ”73. Imager deployment (workflow efficiency): Specify the development time of both the orthogonal kV and kV CBCT imaging system from a fully parked position to the imaging position. In addition, it will be evaluated positively if the orthogonal KV and kV CBCT imaging systems do not need to be fully parked during treatment because this effectively could reduce the deployment time.” [vedrører delkriteriet ”In-room imaging”].

I den indledende forklaring i Appendix 4 til delkriteriet ”Organ motion management” før de til dette delkriterium knyttede ”Evaluation criteria” står der:

”... Treatment of moving targets with PBS is a challenge due to interplay effects of treatment delivery and organ motion, especially for hypo-fractionated treatment regimes. Therefore, the proton delivery system should include motion management tools that effectively reduce the adverse effects of organ motion. ...”

Herefter anføres blandt andet følgende ”Evaluation criteria”:

- ”85.2 Motion monitoring systems (functionality): Specify the performance of all motion monitoring systems supported by the gating interface (including on-board x-ray systems, if relevant).”

Som ”Evaluation criteria” til delkriteriet ”Workflow” er der blandt andet anført:

- ”114. Equivalent treatment rooms (workflow efficiency): Describe the workflow when a patient planned for one gantry has to be treated at another gantry, taking into account that the beams are matched and the treatment rooms are clinically equivalent.”

Appendix 4 er ikke opdelt i nummererede afsnit (”sections”) og indeholder ikke et afsnit 17, som indholdsmæssigt svarer til henvisningen i udbudsbetingelsernes punkt 20.2. Punkt 17 i Appendix 4 er et ”Evaluation criteria” til delkriteriet ”Gantry and treatment room” til underkriteriet ”Quality of equipment” og vedrører ”Stray magnetic field and EMC (safety)”. Under overskriften ”Related building costs and operational costs” står der i sidste del af Appendix 4 om evalueringen af de to delkriterier til underkriteriet ”Life-time costs”:

”The overall evaluation of life-time costs includes inter alia evaluation of operational costs and evaluation of building related costs. Evaluation of operational costs will include evaluation of the following costs for power consumption: electrical power consumption, cooling water heat removal and removal of equipment power dissipation transferred to air/heat loss.

Evaluation of building related costs will include evaluation of needed radiation barrier/wall thickness close to accelerator and energy selection system (if present) and building space requirements.

The specifications below will secure the contracting authority the data needed to evaluate related building costs and operational costs.

Specifications

133. Layout of facility: Provide a layout/scale drawing of an existing facility or alternatively the DCPT facility as the tenderer envision it. The layout must show the accelerator room with accelerator, energy selection system (if present) and injector (if present), beam line, first gantry and the outer walls and proposed local radiation barriers. From the layout it must be possible for DCPT to read distances.

... ..

138. Equipment power dissipation: For each required room, specify the power dissipation (kW) transferred to air/heat loss from the whole proton therapy system including all equipment provided by the tenderer.”

Region Midtjylland har oplyst, at der ikke efter udsendelsen af de endelige udbudsbetingelser er stillet spørgsmål fra tilbudsgivernes side vedrørende forståelsen af punkt 20.2 og henvisningen til afsnit 17 i Appendix 4. Tilbudsgiverne har indleveret de oplysninger m.v., der efterspørges i punkt 133-138.

IBA har fremlagt en begrænset del af sit tilbud. Det fremlagte indeholder ikke IBA's besvarelse af "Evaluation criteria" 33, 64 (delkrav), 73 85.2, 114 til underkriteriet "Quality of equipment". IBA har citeret fra sin besvarelse af disse kriterier i sit supplerende processkrift af 4. februar 2015.

Region Midtjylland har oplyst, at de 4 arbejdsgrupper, som nævnes i invitationen til den konkurrenceprægede dialog punkt 3.3, og som forestod bedømmelsen af underkriteriet "Quality of equipment", var sammensat af specialister (læger og fysikere) samt forskere inden for protonterapi og stråleterapi. Bedømmelsen krævede således højt specialiseret viden vedrørende de enkelte delkriterier. Ved evalueringen blev tilbuddene fordelt til undergrupper med særlig viden inden for de enkelte emner. Hver undergruppe evaluerede herefter samtlige "Evaluation criteria" til det pågældende kriterium. Undergruppens bedømmelse blev dernæst fremlagt for hele evalueringsgruppen. Efter drøftelse i hele evalueringsgruppen blev der i undergrupperne foretaget justeringer af evalueringen af de enkelte konkurrencekrav. Der blev derigennem foretaget en evaluering af de enkelte delkriterier og herunder hvert enkelt konkurrenceparameter ("Evaluation criteria").

IBA har bortset fra visse kommercielt følsomme oplysninger vedrørende de øvrige tilbudsgivere fået aktindsigt i regionens bedømmelse af tilbuddene i evalueringsrapporten, "Evaluation of tender", jf. nærmere nedenfor. Klagenævnet har haft adgang til hele dokumentet.

Klagenævnet har endvidere modtaget de interne dokumenter, der under evalueringen blev udvekslet mellem medlemmer i de respektive undergrupper og de samlede arbejdsgrupper. IBA har, jf. nærmere nedenfor, ikke modtaget disse dokumenter.

Af "Evaluation of tender" fremgår blandt andet:

"2. Quality of Equipment

The evaluation of Quality of Equipment is divided into the following subjects:

- Gantry, treatment room and couch
- Pencil beam scanning
- In-room imaging
- Organ motion management
- Oncology information system and control system
- Workflow
- Research and education

Each subject is evaluated separately based on the questions and answers given to the evaluation criteria in Appendix 4 to the Request for Tender. The evaluation is done in terms of functionality, workflow efficiency, flexibility and safety.

For each subject a number of minimum requirements were also presented in Appendix 4 to the Request for Tender. The three tenderers have all offered solutions that are in compliance with the minimum requirements.

Each subject is given a score between 0 and 8, where 0 is given when the proposed solution only fulfills mandatory requirements and the score 8 is given to the best possible solution. Table 1 explains the scores.

Score	... is given for
8	Best possible solution or fulfillment of requirement
7	Excellent solution or fulfillment of requirement
6	Very satisfactory solution or fulfillment of requirement
5	Above adequate solution or fulfillment of requirement
4	Satisfactory, adequate solution or fulfillment of requirement
3	Just below adequate solution or fulfillment of requirement
2	Less than adequate solution or fulfillment of requirement
1	Substantial below adequate solution or fulfillment of requirement
0	Only fulfills mandatory requirements

Table 1 Scores used in the evaluation

2.1 Gantry, treatment room and couch

Varian, score 7

The offered gantry has overall excellent functionality. This includes the gantry angular accuracy and radiological isocenter where gantry sag is automatically corrected through calibration of the scanning magnets. The gantry allow for $\pm 10^\circ$ over-travel which enhances workflow effi-

ciency. The gantry meets required safety standard in all material respects.

The patient positioning system (PPS) offers a well above adequate positioning accuracy, treatment volume, and safe patient handling. The PPS may also be used in conjunction with a future in-room CT. The load capacity and efficient speed of the movements are positively evaluated.

Overall, Varian offers an excellent solution for the gantry and patient positioning system.

IBA, score 6

The offered gantry has excellent mechanical isocenter and gantry sag is automatically corrected through calibration of the scanning magnets. Radiological isocenter and angular accuracy is very satisfactory, and the gantry meets required safety standard in all material respects.

The patient positioning system (PPS) offers a well above adequate positioning accuracy, treatment volume, and safe patient handling. The PPS may also be used in conjunction with a future in-room CT. The low minimum patient loading height is positively evaluated.

Overall, IBA offers a very satisfactory solution for gantry and patient positioning system.

Hitachi, score 6

...

2.2 Pencil beam scanning

Varian, score 6

The Source Axis Distance is optimal in all directions and the available span of field sizes meets the requirements excellently. Spot delivery patterns are highly flexible. Excellent gantry matching is presented. Logging of spot delivery data is possible.

The spot delivery speed for spots with equal weight is excellent, but the treatment beam current can only be changed when switching between layers.

Spot size and symmetry meets the requirements in all material aspects. An excellent spot position tolerance is offered. For an additional and larger spot size two solutions are presented: Using a range shifter to increase the spot size or configuration of an additional larger spot size beam tune.

Range accuracy and energy spread is excellent, and a very high flexibility in range is offered.

The dose accuracy including long and short term reproducibility, gantry angle dependence and linearity is overall very good.

Beam modifying devices are mounted in a movable multi-purpose holder. The use of customized apertures for lateral penumbra trimming is offered. It will be possible to customize ripple filters and range shifters to DCPT.

Overall, Varian has presented a very satisfactory solution for Pencil Beam Scanning.

IBA, score 6

The Source Axis Distance is fully satisfactory and the field size meets the requirements excellently. Spot delivery patterns are highly flexible. Excellent gantry matching is very comprehensively documented. Logging of spot delivery data is possible.

The spot delivery speed for spots with equal weight is fully satisfactory and the treatment beam current may be changed from spot to spot within a layer.

Spot size and symmetry meets the requirements in all material aspects. The specially designed scattering foil in the nozzle for a secondary larger spot size is very satisfactory.

Range accuracy and energy spread is excellent, and a very high flexibility in range is offered.

The dose accuracy including long and short term reproducibility, gantry angle dependence and linearity is overall acceptable.

Beam modifying devices are mounted in an accessory drawer that can be translated parallel to the beam axis close to the patient. If an aperture is used, the maximum field size and range will be reduced. An option to use customized apertures on an optional snout is presented.

Overall, IBA has presented a very satisfactory solution for Pencil Beam Scanning.

Hitachi, score 5

...

2.3 In-room imaging

Varian, score 6

The imaging system has a fast deployment time, and the system can stay deployed during treatment. The time used for automatic CBCT 3D-

matching is short and excellent. The hardware is in principle capable of using both flat panels independently for CBCT.

The CBCT system can start the scan at an arbitrary position, but cannot restart an interrupted scan without returning to the original start position. CBCT-scans have a small cranial-caudal length, but the system has a semi-automatic feature for stitching many scans together.

The isocenter precision is high for both kV and CBCT.

The radiation dose is low for both head-and-neck and pelvic imaging.

Overall, Varian has presented a very satisfactory solution for in-room imaging.

IBA, score 5

The imaging system deployment time and the fact that the system will have to be retracted again before treatment can commence (thus effectively doubling the imager travelling time), will add time to the effective treatment time. The automatic CBCT 3D-matching time is long and not satisfactory.

The CBCT system is limited to starting scans at 90° intervals, and the position will have to be selected manually. CBCT-scans have a very large cranial-caudal length, almost eliminating the need for stitching scans together, which therefore is not supported. The CBCT system can restart an interrupted scan without returning to the original start position.

The isocenter precision is medium high for kV.

The radiation dose is high for both head-and-neck and pelvic imaging.

Overall, IBA has presented a more than adequate solution for in-room imaging.

Hitachi, score 5

...

2.4 Organ motion management

Varian, score 5

Varian offers iso-layered in-layer rescanning. Transfer of rescanning data is not limited by the OIS-interface and the maximum number of rescans is not limited.

One motion monitoring system is validated for the Proton Therapy System as a stand-alone system without any exchange of data with the de-

livery system. It is not possible to gate the kV-system. The gated beam pause/resume latency is acceptable.

Overall, the tools supplied by Varian for organ motion management are more than adequate.

IBA, score 6

IBA proposes both scaled in-layer rescanning and volumetric rescanning. Transfer of rescanning data is not limited by the OIS-interface and the maximum number of rescans is not limited.

Two motion monitoring systems are validated for the Proton Therapy System. The motion monitoring systems are not integrated with the delivery system and cannot exchange data with the delivery system. It is possible to gate the kV-system. The gated beam pause/resume latency is acceptable.

Overall, the tools supplied by IBA for organ motion management are very satisfactory.

Hitachi, score 5

...

2.5 Oncology Information System and Control System

Varian, score 6

Varian has offered to supply Aria as the Oncology Information System (OIS).

The OIS will run on a virtual server through VMware. Varian gives an excellent description of available adaptive features and workflow. However, not all software mentioned is part of the scope of this contract. Varian has not implemented a feature for exporting and viewing treatment images in the OIS while the treatment session is in progress.

The OIS interface is DICOM compliant, and Varian states that no OIS-imposed limitations on the functionality of the proton therapy system are known so far.

Overall, Varian has presented a very satisfactory OIS solution.

IBA, score 6

IBA has offered to supply Aria as Oncology Information System (OIS). Information about the OIS has been supplied by the OIS vendor and reproduced by IBA in the tendering material.

The OIS will run on a virtual server through VMware. IBA gives an excellent description of available adaptive features and workflow. However, not all software mentioned is part of the scope of this contract.

The OIS interface is DICOM compliant, and use of Treatment and Database Daemons is described. IBA does not state whether any limitations on the functionality of the proton therapy system are known.

Overall, IBA has presented a very satisfactory OIS solution.

Hitachi, score 5

....

2.6 Workflow

Varian, score 6

The design and layout of the therapy system is very satisfactory in terms of allowing for flexible and efficient treatment workflows. It is positively evaluated that the workflow for transferring the treatment parameters of a patient between treatment rooms involves few operations, and that it is possible to tune the air gap.

Overall, Varian offers a very satisfactory solution that will allow the intended number of patients to be efficiently treated.

IBA, score 6

The design and layout of the therapy system is very satisfactory in terms of allowing for flexible and efficient treatment workflows. The fast switching time between the treatment rooms, and the possibility to tune the air gap, is positively evaluated.

Overall, IBA offers a very satisfactory solution that will allow the intended number of patients to be efficiently treated.

Hitachi, score 5

...

2.7 Research and education

Varian, score 6

The experimental fixed beam room can be placed either next to the accelerator or at the far end of beam line, which provides maximum flexibility when planning the DCPT building. Use of the research facilities under clinical operation is possible. The research beam can be assigned normal or high priority; low priority is not currently possible. The existing structure for research management is clear. Collaborative research topics are mentioned in bullet points; the suggested issues are primarily within the technical area. A limited educational program outside the basic application training is described.

Overall, Varian presents a very satisfactory solution for research and education at DCPT.

IBA, score 6

The experimental fixed beam room is suggested to be located at the far end of beam line, which is relevant to allow for separate access of experimental animals and equipment. Use of the research facilities under clinical operation is possible. The research beam can be assigned normal or high priority; low priority is possible by contacting the operator in the control room. A clear structure for research management is described, covering all major branches of research collaboration. Some relevant collaborative topics are described, including biological and clinical topics. For education outside the basic application training the tenderer refers to a commercial training program at a US site.

Overall, IBA presents a very satisfactory solution for research and education at DCPT.

Hitachi, score 7

...

2.8 Summary

Table 2 summarizes the quality scores for the subjects included in the evaluation of the Quality of Equipment.

	<u>Varian</u>	<u>IBA</u>	<u>Hitachi</u>
<u>Gantry, treatment room and couch</u>	7	6	6
<u>Pencil beam scanning</u>	6	6	5
<u>In-room imaging</u>	6	5	5
<u>Organ motion management</u>	5	6	5
<u>Oncology information system and control system</u>	6	6	5
<u>Workflow</u>	6	6	5
<u>Research and education</u>	6	6	7
<u>Score, Quality of Equipment, average</u>	6.0	5.9	5.4

Table 2 Summary of the scores for the Quality of Equipment

All three tenderers have presented solutions that are well suited for the mission of DCPT to provide state-of-the-art proton therapy to Danish cancer patients. There are only marginal differences between the three tenderers when assessing the quality of equipment within the chosen subjects. Varian and IBA have offered solutions that are very satisfactory with the solution of Varian receiving a marginally better score within the chosen topics.

3 Life Time Costs

The evaluation of Life Time Costs consists of three elements:

- Total Price of Equipment and Services
 - the sum of the price of the proton therapy system and ten years operation and maintenance delivered by the tenderer, as specified in the Request for Tender and related Appendix 5
- Operational costs:
 - electrical power consumption
 - cooling water heat removal
 - removal of equipment power dissipation, transferred to air/heat loss
- Building related costs
 - needed radiation barrier/wall thickness close to accelerator and energy selection system (if present)
 - building space requirements

In the Request for Tender it was stated that 80-90 % weight will be given to the Total Price of Equipment and Services. It has been decided to use 90 % weight to Total Price of Equipment and Services due to the uncertainty in the calculation of the two other items, Operational costs and Building related costs. These items are consequently each given the weights of 5 %.

3.1 Total Price of Equipment and Services

Table 3 shows the submitted prices taken from the Remuneration Appendix to the Request for Tender. The prices has been converted from € to DKK, exchange rate 745 DKK.

[Tabel 3 "Price for the Proton Therapy System, annual fee for the first five years of service and for the option of extension for up to further 5 years". IBA har alene fået aktindsigt i egne priser.]

Price for the Proton Therapy System are given together with annual fee for the O&M contract for the first five years and for optional extensions for up to further five years, ten years in total.

The Total Price of Equipment and Services is calculated as the sum of the price for the Proton Therapy System and the net present value (NPV) of ten years of service (O&M contract fee). In Table 4 the price for the Proton Therapy System is given and the NPV's are calculated for the service fees. The sum is the evaluation price. The discount rate used is 3 %.

[Tabel 4 "The Total Price of Equipment and Services calculated as the sum of the price for the Proton Therapy System and the NPV of ten

years of service (O&M contract fee)”. IBA har alene fået aktindsigt i egne priser og de to andre tilbudsgiveres ”Total”-priser.]

IBA has offered the lowest price on the equipment itself, but the offered O&M contract of Varian is less costly resulting in a lower evaluation price for Varian.

The evaluation price, Total Price of Equipment and Service, is scored linearly so that best evaluation price is given the score 8 and an evaluation price that corresponds to budget price is given the score 0.

The budget for purchase of the Proton Therapy System and the annual fee for the O&M Contract are taken from the Strategic Business Case¹. In the business case the budget for the Proton Therapy System is set to 375 Mkr. including treatment planning system. The treatment planning system is not included in the scope of this tender and therefore the budget is reduced to 365 Mkr. Budget for the annual fee of the O&M contract is 30 Mkr. In Table 5 the total budgeted NPV for ten years of service is shown and added to the budget for the Proton Therapy System. The sum is the total budget that has to be compared to the evaluation price in Table 4.

		<u>Budget</u>
Proton Therapy System	kr.	365 000 000
Service, NPV, 10 years, 30 000 000 annual fee	kr.	255 906 085
<u>Total</u>	<u>kr.</u>	<u>620 906 085</u>

Table 5 The budget for the Total Price of Equipment and Services calculated as the sum of the budget for the Proton Therapy System and the NPV of ten years of service (O&M budget of 30 Mkr. annually)

¹http://www.sum.dk/Aktuelt/Nyheder/Kraeft/2013/Juli/~/_media/Filer%20-%20dokumenter/Partikel-kraeft-julli-2013/Strategisk-business-case-partikelterapi-til-beh-kraeftpatienter-i-DK.ashx

The Total Price of Equipment and Service corresponding to the budget of 620 906 085 kr. is awarded the score 0 and the best price of Varian: 418 582 922 kr. is awarded the score 8. The scores for IBA and Hitachi are shown in Table 6.

	<u>Varian</u>	<u>IBA</u>	<u>Hitachi</u>
Score, Total Price of Equipment and Service	8.0	7.1	1.7

Table 6 The score for the Total Price of Equipment and Service

3.2 Operational costs

The operational costs are evaluated in terms of electrical power consumption, cooling water heat removal and equipment power dissipation to air.

The tenderers have estimated the electrical power consumption based on the case-mix specified by DCPT.

The cooling water heat removal and equipment power dissipation to air is for all three tenderers specified as the capacity for cooling (in kW) required by the equipment delivered by the tenderer.

Table 7 summarizes the specifications.

[Tabel 7 "The specified yearly electrical power consumption (in kWh) and required capacity (in kW) for water cooling and air cooling". IBA har alene fået aktindsigt i eget elektricitetsforbrug.]

The influence of the water and air cooling on the operational costs is both dependent on the actual need (less than the capacity specified) and the efficiency of the cooling systems (coefficient of performance, COP, the ratio of the cooling provided to the electrical power used).

In the following it is assumed that the actual use is less than the capacity specified and that $COP > 1$, meaning that the electrical power used for cooling is less than the heat removed. The combined effect is assumed to result in power consumption for cooling equaling 50 % of the required cooling capacity. In calculating yearly energy consumption for cooling it is also assumed that the capacity for cooling is needed for 50 weeks, 16 hours daily in 5.5 days per week. With these assumptions Table 8 shows the total yearly electric power consumption.

[Tabel 8 "The total yearly energy consumption for direct electrical power and for water cooling and air cooling". IBA har fået aktindsigt i eget forbrug udspecificeret på "Electrical power consumption/kWh" og "Energy Cooling for evaluation/kWh" og eget og de to andre tilbudsgiveres samlede "Energy, total, for evaluation/kWh".]

The total annually energy consumption is directly proportional to the annual operational costs for energy and can therefore be converted directly to scores. The assumptions about the relation between actual use and capacity, COP and duty cycle is subjected to sensibility analysis, see Appendix.

The budget taken from the business case is 8 000 000 kr. per year for energy consumption including electrical power consumption, cooling

water removal and removal of equipment power dissipation to air. Energy costs 1.50 kr. per kWh. The costs of the total yearly energy consumption exceed the budget for two of the tenderers, meaning that the budget cannot be used as a reference for the conversion from costs to score. The total energy consumption spectrum is used instead, meaning that lowest energy consumption is assigned a score of 8 and highest energy consumption is assigned a score of 0. Energy consumption in between are linearly interpolated. Table 9 summarizes the scores for operational costs.

	<u>Varian</u>	<u>IBA</u>	<u>Hitachi</u>
<u>Score, operational costs</u>	0.0	2.9	8.0

Table 9 The scores for operational costs (energy consumption)

3.3 Building related costs

Building related costs are evaluated in terms of the costs for needed radiation barrier/wall thickness close to accelerator and energy selection system (if present) and building space requirements.

Varian and IBA have proposed a cyclotron based Proton Therapy System. For a cyclotron-based proton therapy system most of the high-energy proton beam losses occur at the cyclotron extraction septum and in the energy selection system (ESS). The thickness of the radiation shielding near the cyclotron and the ESS is mainly determined by the beam loss at the ESS because the ESS is closest to the radiation shielding intercepting the line-of-sight of the cyclotron extraction beam line (most high-energy neutrons are emitted in the forward direction) and because the cyclotron has a significant self-shielding. As a consequence, the thickness of the radiation shielding near the cyclotron and the ESS is mainly determined by the cyclotron-to-patient transmission.

For low to medium energy protons the cyclotron-to-patient transmission is lower for Varian's proton therapy system than for the IBA's. As a consequence Varian requires more radiation shielding near the cyclotron and the ESS than IBA.

Hitachi has proposed a synchrotron based Proton Therapy System. The radiation shielding near the synchrotron can be much thinner than that of a cyclotron-based facility due to the absence of an ESS.

Based on the losses provided by the tenderers, the costs for concrete shielding barrier are calculated for the walls 1, 2, 3, 4 and for the roof over accelerator, ESS (if present) and the beam line, see Figure 1. It is assumed that the walls and roofs have to be at least 30 cm thick for structural integrity, so only additional cost for concrete to make

walls/roof thicker than 30 cm is evaluated. Table 10 shows the calculated costs. It should be noted that the synchrotron based system from Hitachi require few radiation barriers more than 30 cm thick. The system from Varian requires more radiation barrier because of the lower cyclotron-to-patient transmission.

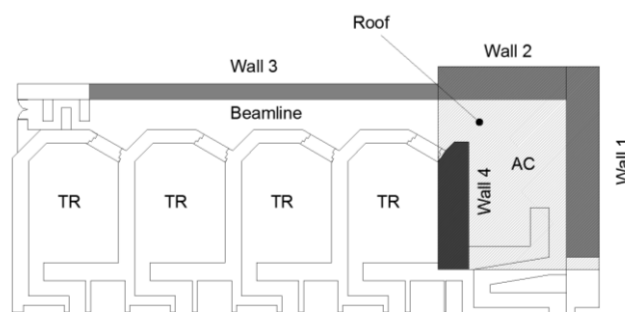


Figure 1 Schematic drawing showing the walls 1, 2, 3, 4 and roof for which the thickness have been calculated and costs related to needed radiation barrier have been estimated.

The building space required permanently by the tenderers (offices, spare parts storage, power supply rooms, gantry rooms etc.) is evaluated based on the specifications and drawings provided by the tenderers. Standardized prices per square meter are used in all rooms, except in the gantry rooms where different required heights of the gantry rooms result in different amount of concrete needed. The cost for the construction of permanently required building space for the equipment of the tenderer and the service organization is also summarized in Table 10.

[Tabel 10 "The costs for the construction of radiation barriers above 30 cm and for the construction of permanently required building space". IBA har fået aktindsigt i omkostninger vedrørende eget tilbud på "Costs, radiation barriers" og "Costs, build space requirements" samt i egne og de to andre tilbudsgiveres "Total"-udgifter.]

It is not possible to isolate a comparable budget from the total building budget in the business case. The scores are instead given so that the lowest costs are assigned a score of 8 and the score of 0 is assigned to the costs that are 50 % higher than the lowest costs; this reflects the cost range that can be expected in construction works. Table 11 shows the resulting scores.

	<u>Varian</u>	<u>IBA</u>	<u>Hitachi</u>
<u>Score, operational costs</u>	4.0	8.0	7.2

Table 11 The scores for building related costs

3.4 Summary

The overall score for the Life Time Costs is calculated from Total Price for Equipment and Service (weight 90 %), operational costs (weight 5 %) and building related costs (weight 5 %). Table 12 shows the total score for the three tenderers for the three cost components.

	<u>Weight</u>	<u>Varian</u>	<u>IBA</u>	<u>Hitachi</u>
<u>Score, Total Price of Equipment and Service</u>	90 %	8.0	7.1	1.7
<u>Score, operational costs</u>	5 %	0.0	2.9	8.0
<u>Score, building related costs</u>	5 %	4.0	8.0	7.2
<u>Score, Life Time Costs, weighted average</u>		<u>7.4</u>	<u>6.9</u>	<u>2.3</u>

Table 12 The score for Life Time Costs are calculated as the weighted average of the three components shown. Weights are given in the table

4 Conclusion

The award criterion is the most economically advantageous tender in terms of two criteria: Quality of Equipment and Life Time Costs. The two criteria are weighted 55 % and 45 % respectively in the evaluation of the most economically advantageous tender. The resulting total score is shown in Table 13.

	<u>Weight</u>	<u>Varian</u>	<u>IBA</u>	<u>Hitachi</u>
<u>Score, Quality of Equipment</u>	55 %	6.0	5.9	5.4
<u>Score, Life Time Costs</u>	45 %	7.4	6.9	2.3
<u>Total score, weighted average</u>		<u>6.6</u>	<u>6.4</u>	<u>4.0</u>

Table 13 The total score for evaluation of the most economically advantageous tender

The conclusion is that the tender from Varian is the most economically advantageous.

All three tenderers have presented solutions that are well suited for the mission of DCPT to provide state-of-the-art proton therapy to Danish cancer patients. The tender from Varian represented the lowest Life Time Costs and also received the highest score for Quality of Equipment.

Appendix: Robustness of the evaluation

Could Hitachi have won?

The Total Price for Equipment and Service in the tender from Hitachi was much higher than the competitors. This was decisive for Hitachi

and not even a maximum score of 8 in all other parameters could have compensated this.

Could IBA have won with better scores for quality?

Yes, IBA could have won with better scores for quality, but how much higher should the scores have been?

If the score for Quality of Equipment had been 6.5 then the tender from IBA would have been the most economically advantageous. To reach the average score of 6.5, the score should have been improved by one full point in five out of the seven subjects included in the evaluation of Quality of Equipment.

Could IBA have won with other assumptions in calculating operational costs for cooling?

Assumptions were made in converting required cooling capacity to annually energy consumption. The assumptions were made on duty cycle, the efficiency of the cooling system and the ratio of effective use to capacity (both for cooling water and for cooling air).

IBA requires less cooling capacity than Varian. For IBA to have won, more weight must be given to energy consumption for cooling. The following extreme assumptions would raise the score for operational costs for IBA to its maximum:

- The duty cycle is 50 weeks per year, 7 days per week and 24 hours per day
- The Coefficient of Performance for the cooling system is 1
- The specified cooling capacity is fully used at all times

Under these assumptions the score for operational costs for IBA would be 4.7. The score for Life Time Costs would be 7.0, and the total evaluation score would be 6.4.

This is still a lower score than the winning tender.

Could IBA have won if Varian scored even lower in building related costs?

Varian scored 4.0 for the building related costs; IBA had the lowest building related costs and scored maximum 8.0. The scores were dependent on the reference cost range, standardized prices per square meter and the price for concrete and construction. If reference cost range and prices were used so that IBA maintains maximum score and Varian scores minimum score 0, the final score for Varian would have been 6.5 and for IBA 6.4.

How would changing the weighting factors have influenced the evaluation?

Table 14 shows the hypothetical final score for different combinations of alternative weighting factors. There are no combinations that could have changed the order of the assessment. For the last combination two decimals are needed to show the difference.

	<u>Weight</u>	<u>Varian</u>	<u>IBA</u>	<u>Hitachi</u>
<u>Quality of Equipment</u>	55 %			
<u>Life Time Costs</u>	45 %			
<u>Total Price of Equipment and Services</u>	90 %	6.6	6.4	4.0
<u>Operational costs</u>	5 %			
<u>Building related costs</u>	5 %			
<u>Quality of Equipment</u>	60 %			
<u>Life Time Costs</u>	40 %			
<u>Total Price of Equipment and Services</u>	90 %	6.6	6.3	4.2
<u>Operational costs</u>	5 %			
<u>Building related costs</u>	5 %			
<u>Quality of Equipment</u>	55 %			
<u>Life Time Costs</u>	45 %			
<u>Total Price of Equipment and Services</u>	80 %	6.4	6.3	4.3
<u>Operational costs</u>	10 %			
<u>Building related costs</u>	10 %			
<u>Quality of Equipment</u>	60 %			
<u>Life Time Costs</u>	40 %			
<u>Total Price of Equipment and Services</u>	80 %	6.32	6.26	4.40
<u>Operational costs</u>	10 %			
<u>Building related costs</u>	10 %			

Table 14 The hypothetical total score for evaluation of the most economically advantageous tender calculated for different combinations of alternative weighting factors”

IBA fremlagde med klageskriftet et bilag med eksempler på, hvad, IBA mener, er uoverensstemmelser mellem ”Request for Tender” og evalueringen. Efterfølgende har IBA i et supplerende processkrift vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning nedlagt påstand 5 (tidligere påstand 3) og fremført anbringender herom, jf. nærmere nedenfor om selskabets anbringender vedrørende denne påstand.

Aktindsigt

Da delkendelsen af 11. februar 2015 blev afsagt, havde IBA modtaget aktindsigt i evalueringsrapporten, idet visse kommercielt følsomme oplysninger vedrørende de øvrige tilbudsgiveres tilbud dog var undtaget.

IBA havde derimod ikke modtaget aktindsigt i dokumenter vedrørende evalueringen udarbejdet af en arbejdsgruppe ("apparaturgruppen") under den projektgruppe, som ifølge udbudsbetingelserne stod for evalueringen. Dokumenterne var ifølge regionen interne arbejdsdokumenter og som følge heraf undtaget fra aktindsigt. IBA klagede tillige over afslaget på aktindsigt i disse dokumenter til klagenævnet.

Regionen fremlagde forud for delkendelsen den fulde evalueringsrapport og de ifølge regionen interne dokumenter, som aktindsigtsklagen vedrørte, for klagenævnet.

Klagenævnet har efter yderligere skriftveksling om aktindsigtsspørgsmålet den 2. marts 2015 truffet afgørelse vedrørende klagen over afslaget på aktindsigt i dokumenterne fra arbejdsgruppen. Klagenævnets begrundelse og resultat lyder:

"De dokumenter, klagen vedrører, er udarbejdet af en arbejdsgruppe ("apparaturgruppen") under den projektgruppe, som omtales i udbudsbetingelserne ("Request for Tender").

Efter forvaltningslovens § 9, stk. 1 og 2, har en part med de undtagelser, der følger af lovens §§ 11-15 c, ret til aktindsigt i blandt andet alle dokumenter, der vedrører sagen. Tilsvarende har enhver efter offentlighedslovens § 7, stk. 1, jf. stk. 2, ret til [at] blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed mv., som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed med de i §§ 19-35 nævnte undtagelser.

Interne dokumenter

Retten til aktindsigt omfatter ikke interne dokumenter, jf. forvaltningslovens § 12, stk. 1, og offentlighedslovens § 23, stk. 1. Interne dokumenter er, jf. forvaltningslovens § 12, stk. 1, 2. pkt., og offentlighedslovens § 23 stk. 1, nr. 1, dokumenter, der ikke er afgivet til udenforstående.

Ifølge regionsloven, jf. lov nr. 187 af 27. februar 2014, § 5, stk. 1, nr. 1, har regionerne til opgave i overensstemmelse med den lovgivning, der regulerer de nævnte områder, at ”varetage sygehusvæsenets opgaver og tilvejebringe tilbud om behandling hos praktiserende sundhedspersoner, herunder varetage opgaver, der ligger i naturlig tilknytning til regionens opgaver på sundhedsområdet.”

Sundhedslovens afsnit VI indeholder den nærmere regulering af sygehusydelse. Kapitel 16 i afsnit VI regulerer Regionsrådets opgaver. Blandt disse er, jf. § 74, stk. 1, ansvaret for at varetage sygehusvæsenets opgaver. Herunder yder Regionsrådet, jf. § 79, stk. 1, sygehusbehandling til personer, der har bopæl i regionen, ved sit sygehusvæsen og ved andre regioners sygehuse og yder efter § 80 akut behandling til personer, der ikke har bopæl i regionen. Af § 74, stk. 2, følger, at til en regions sygehusvæsen hører regionens egne sygehuse og tilknyttede behandlingsinstitutioner m.v.

Dokumenter, som udveksles mellem Region Midtjylland og regionens egne sygehuse, herunder de deltagere i projektgruppen og arbejdsgruppen, som er medarbejdere ved disse sygehuse, må efter sundhedslovens angivelse af regionernes (regionsrådenes) opgaver anses for interne dokumenter efter bestemmelserne forvaltningslovens § 12, stk. 1, og offentlighedslovens § 23, stk. 1.

Visse af deltagerne i underarbejdsgruppen var ifølge det, som regionen har oplyst, ikke medarbejdere ved regionens hospitaler. De pågældende er efter det oplyste eksperter, som i en personlig egenskab var tilknyttet arbejdsgruppen som følge af deres særlige ekspertise på det pågældende område.

Projektgruppen med den tilhørende undergruppe kan ikke anses for etableret med en så fast struktur og selvstændige beføjelser, at den kan anses for en ad hoc nedsat selvstændig myndighed med den virkning, at de foreløbige evalueringsdokumenterne, der er udarbejdet i projektgruppens regi, anses for projektgruppens interne dokumenter.

Efter beskrivelsen i udbudsbetingelserne og det, som regionen i øvrigt har oplyst, har de eksperter, som ikke er ansat i Region Midtjylland, imidlertid udført evalueringen med regionen som opdragsgiver. De pågældende har fuldt ud været underkastet Region Midtjyllands instruktioner i relation til evalueringen og har i den forbindelse været pålagt at behandle de oplysninger, de har modtaget, og det arbejde, de har udført i relation til evalueringen, fortroligt, herunder også i forhold til deres sædvanlige arbejdsgiver. De oprettede evalueringsdokumenter er udfærdiget i regi af regionen og er alene journaliseret i regionen. Uanset at visse af deltagerne i projektgruppen og undergruppen ikke har haft

ansættelse i regionen, herunder på regionens sygehuse, må de pågældende anses for at have deltaget i evalueringen i deres personlige ejendom af eksperter på det pågældende område og ikke som ansatte på deres hovedarbejdsplads, herunder således at den myndighed eller virksomhed, de pågældende i øvrigt er ansat i, ikke har modtaget evalueringsskemaerne. Klagenævnet finder under disse omstændigheder, at det forhold, at der under evalueringen har medvirket udenforstående eksperter, og at de pågældende har haft adgang til og også modtaget evalueringsskemaerne, ikke betyder, at dokumenterne kan anses for at have været afgivet til udenforstående, jf. forvaltningslovens § 12, stk. 1, 2. pkt., og offentlighedslovens § 23, stk. 1, nr. 1, jf. om tilfælde, hvor en person modtager et dokument i anden ejendom end som ansat i en forvaltningsmyndighed, jf. herved afsnit 11.3.2 i Kommissionsbetænkning 1501/2009 om offentlighedsloven, hvor det anføres:

”Det bemærkes, at et dokument efter gældende ret ikke anses for indgået til en forvaltningsmyndighed, hvis en offentlig ansat har modtaget dokumentet i anden ejendom end ansat ved vedkommende forvaltningsmyndighed. Det følger således af ombudsmandens praksis, at en offentlig ansat som led i varetagelsen af eksterne opgaver - eksempelvis som bestyrelsesmedlem i et selskab, der varetager offentlige opgaver - kan modtage materiale og opbevare det på den pågældendes hovedarbejdsplads, uden at materialet derved anses for indgået til denne myndighed. Kommissionen finder, at denne retstilstand bør videreføres, jf. pkt. 6.1 ovenfor.”

Endelig beslutning eller endelig faglig vurdering

Ifølge udbudsbetingelserne ville bedømmelsen efter det kvalitative underkriterium, ”Quality of equipment”, være baseret på de konkurrenceparametre, der var angivet i Annex 4, som knyttede sig til de enkelte delkriterier til underkriteriet. Det fremgår ikke af udbudsbetingelserne og kan heller ikke anses for forudsat, at evalueringen skulle ske efter en detaljeret matematisk model, hvorefter der først skulle tildeles point på konkurrenceparameterniveau, således at pointtildelingen vedrørende hvert enkelt delkriterium og for underkriteriet herefter ville være baseret på en matematisk sammen-tælling og vægtning af pointene på konkurrenceparameterniveau. Klagenævnet har gennemgået evalueringsskemaerne (bilag A-H) og har konstateret, at der fremgår bedømmelse og tildeling af (del)point på konkurrenceparameterniveau. Dokumenterne fremstår i indhold og form som foreløbige arbejdsnoter.

Evalueringsskemaerne og de heri indeholdte vurderinger på konkurrenceparameterniveau må herefter anses for foreløbige arbejds-

papirer, som ikke udtrykker ”indholdet af myndighedens endelige beslutning vedrørende en sags afgørelse”, jf. forvaltningslovens § 13, stk. 1, nr. 1, og offentlighedslovens § 26, stk. 1, nr. 1, – og heller ikke en ”intern faglig vurdering i endelig form”, jf. forvaltningslovens § 14 b, henholdsvis en ”endelig faglig vurdering”, jf. offentlighedslovens § 29, stk. 1. Region Midtjyllands endelige beslutning og endelige faglige vurdering må således anses for at være den bedømmelse, der er kommet til udtryk i evalueringsrapporten.

Meroffentlighed

Klagenævnet finder, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Region Midtjyllands skøn, hvorefter der ikke efter offentlighedslovens § 14 om meroffentlighed er givet IBA aktindsigt i evalueringsdokumenterne, herunder de dele, der vedrører IBA selv.

Der er heller ikke efter forvaltningslovens § 10 grundlag for at give IBA aktindsigt i evalueringsdokumenterne, herunder de dele, der vedrører IBA selv. Det af Region Midtjylland påberåbte hensyn til at sikre en åben foreløbig drøftelse om bedømmelsen af de enkelte tilbud som grundlag for den endelige bedømmelse, der kommer til udtryk i evalueringsrapporten, må således veje tungere end IBA's interesse i at få aktindsigt i de interne foreløbige vurderinger, der er foretaget i arbejdsgrupperne.

For så vidt angår den del, som vedrører de øvrige tilbudsgivere, bemærkes, at evalueringsdokumenterne gengiver elementer fra tilbuddene, som ifølge Region Midtjylland må antages i ikke ubetydeligt omfang at være forretningshemmeligheder, som er undtaget fra aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 15 b, nr. 5, og offentlighedslovens § 30, stk. 1, nr. 2 – hvilket også er sket i regionens afgørelse af 18. februar 2015. Klagenævnet har ikke fundet anledning til og har heller ikke haft fornødent grundlag for at tage stilling til, hvorvidt gengivelse i evalueringsdokumenterne af oplysninger, som stammer fra de øvrige tilbud, også ville skulle undtages fra aktindsigt i medfør af de nævnte bestemmelser.”

Region Midtjylland traf den 18. februar 2015 afgørelse om IBA's anmodning om aktindsigt i ”Documentation regarding the evaluation method employed and the carried out evaluation with the scoring of evaluation criteria set out in Appendix 4”, ”The winning tender from Varian and the tender submitted by Hitachi” og ”All correspondence between the Region and Varian”, som efter det af regionen oplyste for hver tilbudsgiver omfatter flere hundrede sider komplekst materiale, som i vid udstrækning består af tekniske angivelser og beskrivelser. Af afgørelsen, som regionen har fremsendt

til klagenævnet, fremgår, at en række oplysninger er blevet undtaget fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2. IBA har ikke påklaget afgørelserne om begrænsning i aktindsigten i de konkurrerende tilbudsgiveres tilbud og i evalueringsrapporten til klagenævnet.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

IBA har gjort gældende, at den benyttede evalueringsmodel er uegnet til at identificere ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” som følge af den vægtning i intervaller (spænd) af underkriterierne, som fremgår af udbudsbetingelserne (”Request for Tender”).

Det følger af fast retspraksis, at der er ufravigelige krav til præcisionen i beskrivelsen af underkriterier, jf. f.eks. EU-Domstolens dom i sag C-448/01, EVN AG og Wienstrom GmbH mod Østrig, præmis 57, jf. også præmis 24 i sag C-331/04, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc m.fl. mod ACTV Venezia SpA m.fl.

Ordregivere har efter fast praksis mulighed for at angive vægtningen af underkriterier i et spænd på op til 10 % forudsat, at underkriterierne ved sådan vægtning inden for spændet ikke kan ”bytte plads” – herved har ordregiver en skønsmargin til endelig fastlæggelse af den indbyrdes vægtning af underkriterier. Udgangspunktet for vægtningen af delkriterier er, at medmindre andet angives, vægter de ligeligt. Region Midtjylland har imidlertid valgt at vægte delkriterierne med et spænd på 10 %, hvorved tilbudsgiverne gives mindre sikkerhed for/viden om, hvordan delkriterierne indgår i evalueringen, end de ville have haft, såfremt delkriterierne havde vægtet ens, herunder særligt henset til, at også underkriteriet vægtes efter tilbudsmodtagelse.

Det er væsentligt for overholdelsen af de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, at en ordregiver ved underkriteriernes udformning ikke giver sig selv så bred en skønsmargin, at der reelt først skal tages stilling til indholdet heraf efter tilbuddenes modtagelse.

Tilbudsgivere skal desuden efter praksis have mulighed for at forstå, præcis på hvilke parametre der skal konkurreres, herunder konkurrenceparametrenes indbyrdes vægtning.

Region Midtjyllands spænd i underkriteriet "Life-time costs" sammenholdt med spændet på 10 % i hver af de tre underliggende delkriterier indebærer, at regionen samlet set forbeholder sig et skøn, der ligger ud over de 10 %, der anerkendes efter praksis. Vægtningen i intervaller for såvel underkriterier som delkriterierne til underkriteriet "Life-time costs" gør det uklart for tilbudsgiverne, hvilken vægt regionen ønsker at give det enkelte under- og delkriterium.

Herudover giver intervallerne regionen meget stor valgfrihed ved bedømmelsen af de modtagne tilbud. IBA er af den opfattelse, at det ikke kan afvises, at vægtningen er valgt således, at den var egnet til at favorisere den vindende tilbudsgiver. Klagenævnet har herved i afgørelse af 18. februar 2015, House of Waldorf ApS mod Region Hovedstaden, udtalt, at det strider mod principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, hvis "der ved fastlæggelsen af vægtningen er taget hensyn til forhold, som kan virke diskriminerende i forhold til en af tilbudsgiverne".

Regionen har ydermere ved bedømmelsen benyttet en vægtning af delkriterierne til "Life-time costs" på 90/5/5, som ikke svarer til den reelle fordeling af omkostningerne til "Operational costs" og "Building related costs" set over ti år, der for både den vindende tilbudsgiver, Varian, og IBA ligger tæt på 20 %. Dette er navnlig bemærkelsesværdigt, fordi regionen dermed har valgt en vægtning (inden for intervallerne), som ligger længst muligt væk fra den reelle omkostningsfordeling. At der skulle være usikkerhed om størrelsen af "Operational costs" og "Building related costs" synes at være en konstrueret begrundelse henset til, at IBA har mere end 25 centre med partikelterapi i drift andre steder i verden.

Regionen har endvidere benyttet tre forskellige evalueringsmetoder (3 forskellige benchmarks ("spænd") som udgangspunkt for den lineære interpolation) til evaluering af underkriteriet "Life-time costs", hvorved regionen nærmest arbitrært har kunnet fastlægge pointfordelingen ud fra de modtagne tilbud.

Alle disse forhold viser, at Region Midtjylland har forbeholdt sig et for bredt skøn, som ligger ud over de 10 %, der anerkendes i praksis.

Region Midtjylland har gjort gældende, at den anvendte evalueringsmodel er lovlig og fuldt ud overensstemmende med udbudsdirektivet og udbudsretlig praksis.

Region Midtjylland har ganske rigtigt i "Request for Tender" anført en vægtning i intervaller af under- og delkriterierne, men dette er fuldt ud lovligt efter udbudsdirektivet, jf. for så vidt angår underkriterier artikel 53, stk. 2, samt for så vidt angår et udsving i intervallerne på 10 % klagenævnets kendelse af 12. september 2008, Master Data I/S mod Københavns Kommune. Det interval, som de to underkriterier "Quality of equipment" (55-60 %) og "Life-time costs" (40-45 %) i "Request for Tender" er angivet at ligge inden for, er helt minimalt og giver ikke mulighed for, at de to underkriterier kan skifte plads i vægtningsrækkefølgen. Når det er lovligt at angive underkriteriers vægtning inden for et interval, er det så meget desto mere lovligt at angive delkriteriers vægtning i intervaller. Af rets- og klagenævnspraksis følger oven i købet, at der som udgangspunkt slet ikke er pligt til at angive en vægtning af delkriterier. Region Midtjylland valgte imidlertid at angive vægtningen (i et interval), fordi regionen vidste, at delkriteriet "Total price of equipment and service" skulle vægte markant højere end de to andre delkriterier.

De afgørelser fra EU-domstolen, som IBA har påberåbt sig, fastslår blot, at tilbudsgiverne skal være oplyst om kriterierne for tildeling på tidspunktet for udarbejdelse af tilbud og om muligt disse kriteriers relative betydning. Da Region Midtjylland havde oplyst om kriterierne for tildeling samt vægtningen af såvel del- som underkriterier i udbudsmaterialet, er kravene i de pågældende afgørelser opfyldt.

Kendelsen af 18. februar 2015, House of Waldorf ApS mod Region Hovedstaden, præciserer ligeledes blot, i hvilket omfang en ordregivende myndighed kan lade delkriterier vægte forskelligt, "uden at dette har været oplyst for tilbudsgiverne". Da regionen *har* oplyst tilbudsgiverne om vægtningen af delkriterierne, er den i kendelsen behandlede afvejning ikke relevant.

Allerede fordi vægtningen var oplyst i udbudsmaterialet, må anbringendet om, at Region Midtjylland har "valgt vægtningen", afvises. Hertil kommer,

at anbringendet er uden støtte i nogen konkrete omstændigheder i sagen. Tværtimod har Region Midtjylland, som det fremgår af evalueringsrapporten, foretaget en kontrolberegning af, hvilken virkning det ville have at ændre vægtningen, så de to andre delkriterier vægtede mere. Som det fremgår, ville det ikke have nogen betydning.

IBA's synspunkt om, at vægtningen af delkriterierne skal modsvare den faktiske fordeling af omkostninger hos tilbudsgiverne, har ingen støtte i udbudsbetingelserne. Den faktisk foretagne vægtning af delkriterierne ligger således utvivlsomt inden for rammerne af det, som er angivet i udbudsbetingelserne. Region Midtjylland har endvidere ikke på noget tidspunkt – hverken i udbudsbetingelserne eller i evalueringsrapporten – påstået eller givet tilbudsgiverne en forventning om, at vægtningen ville være afstemt i forhold til den faktiske fordeling af omkostninger. Baggrunden for, at regionen valgte at vægte ”Total price of equipment and service” med 90 %, var i øvrigt som oplyst i evalueringsrapporten, at der var en usikkerhed i beregningen af energiforbrug/pris i relation til de to andre omkostningsdelkriterier.

Anvendelse af 3 forskellige evalueringsspænd i forhold til de tre forskellige delkriterier til underkriteriet ”Life-time costs”, der var baseret på markedet for den ydelse, det enkelte delkriterium vedrørte, var, jf. nedenfor ad påstand 3, sædvanlig og helt i overensstemmelse med praksis fra klagenævnet. De forskellige evalueringsspænd kan således heller ikke føre til, at påstand 1 skal tages til følge.

Heraf følger, at Region Midtjyllands angivelse af under- og delkriteriers vægtning i intervaller er lovlig. Det samme gælder den endelige fastlæggelse af vægtningen under evalueringen.

Ad påstand 2

IBA har gjort gældende, at Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved i sin evaluering af underkriteriet ”Quality of equipment” alene at have evalueret på baggrund af nogle, men ikke alle de opstillede konkurrencekrav (”Evaluation criteria”). Konkurrencekravene er dermed ikke givet den forventelige ens vægtning i evalueringen.

Region Midtjylland havde, som "Request for Tender" var udformet, givet IBA en klar og berettiget forventning om, at regionen ville foretage en systematisk vurdering af alle de konkurrencekrav, som var nævnt i "Request for Tender". Dette bestrides ikke af regionen.

Ifølge evalueringsrapporten er det imidlertid kun nogle få af konkurrenceparametrene, som bliver bedømt. Da regionen ikke har anvendt alle konkurrenceparametrene som forudsat i "Request for Tender", har regionen overtrådt udbudsdirektivet som påstået. Dette underbygges yderligere af det forhold, at Region Midtjylland i bedømmelsen af de enkelte "Evaluation criteria" i evalueringsrapporten ikke har benyttet sin publicerede "scoringsterminologi" (den karakterskala, som der indledningsvis oplyses om i evalueringsrapporten). F.eks. benyttes der ved bedømmelsen af den enkelte tilbudsgivers opfyldelse af de forskellige "Evaluation criteria" udtryk som "positively evaluated", "fully satisfactory" og "meets the requirements in all material aspects".

Det forekommer særegent, at Region Midtjylland ikke har givet IBA adgang til de interne evalueringsrapporter, når regionen hævder at have foretaget evalueringen i overensstemmelse med det, der står i udbudsbetingelserne. Dermed fratager regionen IBA enhver kontrol med rigtigheden af det, regionen hævder, om hvordan evalueringen er foregået.

Den manglende adgang til aktindsigt i evalueringen af IBA's tilbud, som følger af klagenævnets afgørelse om aktindsigt, betyder, at IBA fortsat ikke er blevet gjort i stand til at identificere det vindende tilbuds relative fordele og ulemper i forhold til IBA's tilbud.

Når klagenævnet i delkendelsen af 11. februar 2015 har anført, at klagenævnet ikke i øvrigt har "konstateret sådanne væsentligere afvigelser fra udbudsgrundlaget under evalueringen, at der er grundlag for at antage, at Region Midtjylland åbenbart har overskredet det vide skøn, der tilkommer regionen ved bedømmelsen af underkriteriet om udstyrets kvalitet, eller har handlet usagligt" bemærkes, at IBA's manglende indsigt i evalueringen af IBA's tilbud betyder, at IBA ikke har haft mulighed for at vurdere og fremsætte relevante anbringender om, hvorvidt eventuelle afvigelser i evalueringen er "væsentlige" i forhold til udbudsmaterialet.

Region Midtjylland har gjort gældende, at evalueringen vedrørende underkriteriet ”Quality of equipment” er foretaget i overensstemmelse med det, der er anført i ”Request for Tender”. Som det fremgår af de interne arbejdsdokumenter, som klagenævnet har modtaget, har de fire ekspertarbejdsgrupper og de nedsatte undergrupper således gennemgået alle tilbud og foretaget en systematisk vurdering af tilbuddenes opfyldelse af alle de konkurrenceparametre (”Evaluation criteria”) til hvert enkelt delkriterium til underkriteriet ”Quality of equipment”, der var angivet i Appendix 4.

Evalueringsrapporten kan ikke tages som udtryk for, at der ikke er foretaget en sådan vurdering. Rapporten indeholder således blot hovedelementerne i vurderingen forstået som de punkter, hvor tilbuddene afgørende adskiller sig fra hinanden. Dermed fremgår det også af evalueringsrapporten, hvilke relative fordele og ulemper ved de enkelte tilbud og særligt det vindende tilbud der var udslagsgivende for resultatet af evalueringen. En evalueringsrapport hverken kan eller skal redegøre for hver eneste detalje i tilbudsevalueringen.

Det er heller ikke rigtigt, at der har været usikkerhed om brugen af den i øvrigt anvendte ”scoringsterminologi”. Forholdet er, at der for hvert delkriterium er en indledende sproglig vurdering af tilbuddet i forhold til evalueringskriterierne til delkriteriet. Først dernæst fremgår den endelige karaktergivning – som er i overensstemmelse med den valgte skala. I øvrigt gælder der slet ikke nogen udbudsretlig forpligtelse til konsekvent at anvende en defineret ”scoringsterminologi”. IBA kan efter den grundige redegørelse for fordelene og ulemperne ved de to tilbud heller ikke have været i tvivl om, hvorfor Varians tilbud blev bedømt bedre end IBA’s tilbud.

Den omstændighed, at IBA ikke har ret til aktindsigt i interne arbejdsdokumenter kan ikke begrunde, at IBA skal have medhold i påstanden.

Ad påstand 3

IBA har gjort gældende, at regionen uberettiget har benyttet tre forskellige evalueringsmetoder (3 forskellige benchmarks (spænd) som udgangspunkt for den lineære interpolation) til evaluering af underkriteriet ”Life-time costs” og tildeling af maksimumpoint, idet variationerne ikke var oplyst i udbudsbetingelserne og var upåregnelige for IBA.

Det følger af klagenævnets faste praksis, at ordregivere i evalueringen af delkriterier skal være loyal over for den angivne vægtning i udbudsmaterialet, og at delkriterier skal vægtes lige i evalueringen, hvis ikke andet er angivet i udbudsmaterialet, jf. kendelse af 18. februar 2015, House of Waldorf ApS mod Region Hovedstaden, hvor det udtales:

”Der er ikke i udbudsreglerne krav om, at eventuelle delkriterier til underkriterierne skal vægtes. Hvis ordregiveren imidlertid lader delkriterier vægte forskelligt under evalueringen, uden at dette har været oplyst for tilbudsgiverne, vil en sådan vægtning være i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, hvis (i) delkriterier ændres set i forhold til det, som er fastsat i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne i øvrigt, eller hvis (ii) oplysning om vægtningen, hvis den havde været kendt på tidspunktet for forberedelsen af tilbuddene, kunne have haft indflydelse på udformningen af tilbuddene, eller hvis (iii) der ved fastlæggelsen af vægtningen er taget hensyn til forhold, som kan virke diskriminerende i forhold til en af tilbudsgiverne...

...”

Dette stemmer overens med klagenævnets afgørelse af 15. februar 2012, Activ Care A/S mod Billund Kommune, hvori det udtales, at ”[s]kønnet er imidlertid ikke frit, men skal udøves på grundlag af de offentliggjorte og objektive kriterier, som ordregiver har tilkendegivet i tilbuds-betingelserne”. Region Midtjylland er derfor forpligtet til at tilkendegive evalueringsmetoden, såfremt den pågældende metode må antages at have betydning for tilbudsgivernes afgivelse af tilbud, jf. også kendelse af 25. august 2011, WelMed Scanbio ApS mod Gentofte Kommune.

Regionen anvender uens metoder til vurderingen af de tre delkriterier i underkriteriet ”Life-time costs” på en måde, der ikke er forudsat i udbuds-betingelserne. Dette selvom regionen kunne have valgt en enkel, konsistent evalueringsmetode. ”Equipment and services” vurderes således ud fra en model, hvor laveste pris gives 8 point og den pris, der svarer til en af regionen fastsat budgetpris, gives 0 point. ”Operational costs” vurderes efter en model, hvor laveste tilbudte energiforbrug gives 8 point, og det højeste tilbudte energiforbrug gives 0 point. Endelig vurderes ”Building related costs” efter en model, hvor tilbuddet med laveste pris for disse omkostninger gives 8 point, og der gives 0 point for en pris på 50 % eller mere over laveste pris.

IBA bestrider ikke, at der i forbindelse med fremtidige omkostninger må foretages et skøn. Så meget desto mere må det imidlertid kræves, at Region Midtjylland udøver sit skøn på konsekvent vis. Når regionen benytter tre forskellige evalueringsmetoder til evaluering af underkriteriet ”Life-time costs”, er dette netop udtryk for, at regionen ikke har været konsekvent i sin evalueringsmetode, hvorved evalueringsmodellen er uegnet til at identificere ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.

Den vilkårlige variation i de tre evalueringsmetoder var desuden upåregnelig for IBA og er derfor i strid med gennemsigtighedsprincippet. Metoderne skulle have været oplyst i udbudsbetingelserne.

Region Midtjylland har gjort gældende, at regionen ikke har benyttet tre forskellige evalueringsmodeller til evaluering af underkriteriet ”Life-time costs”. Regionen har for alle tre delkriteriers vedkommende anvendt én og samme model, hvorefter der foretages en retlinjet interpolation mellem laveste pris, der gives karakteren 8, og en pris, der kun netop er acceptabel (laveste pris + X %). Det forhold, at regionen anvendt forskellige spænd (en forskellig procentsats/en forskellig skala) for hver af de tre delkriterier – baseret på realistiske forventninger til markedet – indebærer ikke, at der er tale om tre forskellige modeller. Anvendelsen af tre forskellige spænd er alene udtryk for, at regionen i overensstemmelse med de krav, der stilles i udbudsretlig praksis, har fastlagt spændet ud fra det marked for den konkrete ydelse, som det pågældende delkriterium vedrørte. For ”Equipment and services” er der således baseret på forventningerne til markedet og de indkomne tilbud fastlagt en højeste acceptabel pris, som var Region Midtjyllands budget (620.906.085 kr.), sådan at et tilbud med denne pris får 0 i karakter (hvilket giver en spredning på 48 %). For så vidt angår ”Operational costs” var det regionens forventning, at tilbuddene alle ville ligge inden for budgettet, som var på 8 mio. kr. Det viste sig imidlertid, at to tilbud lå langt over budgettet. Regionen var derfor nødt til at tilpasse spændet, så alle tilbuddene lå inden for. Spændet blev derfor udvidet til at række fra laveste pris (som fik 8 point) til højeste pris (som fik 0 point). Med hensyn til ”Building costs” er spændet fastlagt til 50 % baseret på regionens forventninger til markedet. Dette spænd svarer til, hvad der typisk anvendes ved entreprisarbejder. Det følger heraf, at der ikke er grundlag for at kritisere valget af evalueringsmodel – eller de tre forskellige spænd, som Region Midtjylland ud fra forventningerne til markedet, sit budget og de indkomne tilbud, har benyttet i relation til hvert af de tre delkriterier. Hvis regionen

havde benyttet samme spænd vedrørende alle tre delkriterier, ville dette i realiteten have svaret til, at omkostningsbeløbene for hvert af de tre delkriterier var blevet lagt sammen og herefter bedømt efter ikke blot samme evalueringsmodel, men også med samme spænd. Det ville have indebåret, at det, som i udbudsbetingelserne er tre forskellige delkriterier med hver sin vægtning, var blevet slået sammen til ét enkelt kriterium.

Den anvendte model med lineær interpolation mellem laveste pris og et på baggrund af forventningerne til markedet fastlagt yderpunkt, som svarer til en akkurat acceptabel pris, er helt sædvanlig og derfor påregnelig. Metoden er også accepteret i en række af klagenævnets kendelser, ligesom den er nævnt i Konkurrencestyrelsens vejledning om evalueringsmodeller af 5. november 2013. Det kan heller ikke have været upåregneligt, at der ville blive anvendt forskellige evalueringsspænd for de forskellige delkriterier. Der er således tale om helt forskellige ydelser, som ikke prismæssigt kan sammenlignes. Navnlig er anskaffelsessummen mange gange større end både ”Operational costs” og ”Building related costs”. Forskellene afspejler sig i de indkomne tilbud, hvor den procentmæssige afvigelse mellem de indkomne tilbud bliver mindre, jo større faktiske omkostninger, der er tale om. Metoden (og de forskellige spænd) var således generelt forventelig, og den konkrete anvendelse var ligeledes påregnelig.

Ad påstand 4

IBA har gjort gældende, at Region Midtjylland ikke har evalueret opfyldelsen af delkriteriet ”Operational costs” som angivet i ”Request for Tender”, Appendix 4, punkt 136-138.

Regionen havde i ”Request for Tender”, Appendix 4 i punkt 136 (Electrical power consumption), 137 (Cooling water heat removal) og 138 (Equipment power dissipation) angivet de parametre, der ville blive anvendt i evalueringen af ”Operational Costs”. Desuden var der angivet et specifikt ”case-mix”.

Det fremgår imidlertid af evalueringsrapportens punkt 3.2, at Region Midtjylland i stedet ved evalueringen af ”Operational costs” har foretaget en række antagelser om ”actual need” og ”efficiency of the cooling systems” og på baggrund heraf foretaget en række beregninger af ”Operational costs”. Der er ikke anført noget grundlag for antagelserne eller på no-

gen måde dokumenteret, at de foretagne beregninger medfører, at tilbudde-
ne er evalueret, som tilbudsgiverne har måttet forudsætte efter beskrivelsen
i "Request for Tender", Appendix 4, punkt 136-138. Region Midtjylland
har herunder også fastsat et arbitrært omkostningsbeløb ved evalueringen af
delkriteriet "Building related costs", hvilket sammenholdt med den benytte-
de evalueringsmetode har medført, at regionen i strid med principperne om
ligebehandling og gennemsigtighed har haft et frit skøn ved pointgivningen
vedrørende dette underkriterium. Selvom det er rigtigt, at der nødvendigvis
må foretages et skøn vedrørende fremtidige omkostninger, gør navnlig dette
forhold, at kravene til, at Region Midtjylland foretager et konsekvent skøn
vedrørende "Building related costs" øges.

Region Midtjylland har dermed handlet i strid med principperne om gen-
nemsigtighed og ligebehandling i udbudsdirektivets artikel 2.

Region Midtjylland har gjort gældende, at regionen i "Request for Tender"
punkt 20.2 udførligt har redegjort for, hvordan evalueringen ville blive fore-
taget, ligesom det i Appendix 4 til "Request for Tender" var angivet, hvilke
oplysninger tilbudsgiverne skulle vedlægge deres tilbud til brug for indkla-
gedes vurdering af delkriteriet "Operational costs".

Som det fremgår af evalueringsrapporten punkt 3.2 er evalueringen af til-
buddene også foretaget på baggrund af de af tilbudsgiverne leverede oplys-
ninger og i overensstemmelse med udbudsmaterialets beskrivelse af delkri-
teriet.

Der er således ikke grundlag for at fastslå, at Region Midtjylland ikke har
foretaget evalueringen af delkriteriet "Operational costs" i overensstemmel-
se med udbudsmaterialet.

Region Midtjylland bestrider ikke, at der ved omregningen af visse af de
afgivne oplysninger vedrørende energiforbrug til køling til sammenlignelige
priser er sket en beregning på baggrund af de af tilbudsgiverne leverede op-
lysninger, hvilket indebærer et vist skønsmæssigt element. Da omregningen
imidlertid er sket på baggrund af en objektiv metode og standardiserede pri-
ser pr. kWh, jf. evalueringsrapporten, og da den samme metode er anvendt i
forhold til alle tilbudsgivere, er beregningerne og dermed vurderingen af
delkriteriet "Operational costs" dog fortsat sket i overensstemmelse med
principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Det skal i ovennævnte forbindelse i øvrigt præciseres, at antagelserne om "actual need" og "efficiency of cooling system", som IBA henviser til, alene vedrører beregningen af forbruget til køling, som det også fremgår af evalueringsrapporten punkt 3.2, hvor det angives:

" ...

In the following it is assumed that the actual use is less than the capacity specified and that $COP > 1$, meaning that the electrical power used for cooling is less than the heat removed. The combined effect is assumed to result in power consumption for cooling equaling 50 % of the required cooling capacity. In calculation yearly energy consumption for cooling it is also assumed that the capacity for cooling is needed for 50 weeks, 16 hours daily in 5.5 days per week...

..."

Regionen har således i sin evalueringsrapport udførligt redegjort for grundlaget for de antagelser, der lægges til grund.

Desuden har Region Midtjylland i evalueringsrapporten under overskriften "Could IBA have won with other assumptions in calculating operational costs for cooling?" som led i en robusthedsvurdering foretaget en vurdering af "operational cost for cooling" også med andre og mere ekstreme antagelser (til IBA's fordel). Denne kontrolberegning viser, at heller ikke under sådanne andre antagelser omkring energiforbruget til køling kunne IBA have vundet udbuddet.

Kriteriet "Building related costs" er ikke rent skønsmæssigt/arbitrært. For det første er det utvivlsomt lovligt at lægge vægt på totaløkonomi ved tilrettelæggelsen af et udbud. Der er herunder også adgang for en ordregiver til at foretage og indregne et estimat over nødvendige ændringer af bygninger og installationer. Der er så meget desto mere adgang hertil, når delkriteriet, som tilfældet er her, vægtes særskilt. Kriteriet giver endvidere, som det er udformet, ikke Region Midtjylland et frit (eller arbitrært) skøn. Det er således nøje angivet i "Request for Tender" punkt 20.2, jf. Appendix 4, hvordan kriteriet ville blive evalueret. Ifølge punkt 20.2 i "Request for Tender" ville bedømmelsen således "include evaluation of needed radiation barrier/wall thickness close to accelerator and energy selection system (if present) and building space requirements". I Appendix 4 er det under overskriften "Related building costs and operational costs" anført, hvilke oplysninger tilbuds-

giverne skulle komme med (punkt 133-138), og at bedømmelsen ville ske på grundlag af disse oplysninger. Evalueringen er, som det fremgår af evalueringsrapporten, sket i overensstemmelse hermed. For så vidt angår vægtykkelser/strålebarrierer er beregningen sket ud fra stråletab i systemet, og denne beregning er for alle tilbudsgiveres vedkommende, som det fremgår af rapporten, baseret på samme metode. Samme omkostningsparametre er også brugt konsistent på alle tilbudsgivere. Den omstændighed, at Region Midtjylland, jf. det allerede anførte, har skullet foretage et vist skøn i relation til omregningen af tilbudsgivernes oplysninger om energiforbrug ved bedømmelsen af tilbuddene i henhold til delkriteriet ”Operational costs” og også har skullet foretage skøn ved omregningen af de afgivne oplysninger til sammenlignelige priser for ”losses” og ”building space requirements” ved bedømmelsen i henhold til delkriteriet ”Building related costs”, betyder ikke, at regionen har haft et frit skøn. Beregningerne er således foretaget efter en objektiv metode og på grundlag af samme standardiserede priser pr. kWh/m² i forhold til alle tilbudsgiverne, jf. evalueringsrapporten. Der er således ikke grundlag for IBA’s synspunkt om en fuldstændig fri/arbitrær evaluering.

Til støtte for, at der også kan anvendes skønsmæssige delkriterier i relation til et økonomisk underkriterium, har regionen henvist til klagenævnets kendelse af 19. marts 2013, Fresenius Medical Care Danmark A/S mod Region Midtjylland.

Ad påstand 5

IBA har gjort gældende, at Region Midtjylland har foretaget en åbenbar urigtig og/eller vilkårlig evaluering af ”Evaluation criteria” 33, 64, 73, 85.2 og 114 til underkriteriet ”Quality of equipment”.

Region Midtjylland har en skønsmargin, men regionen er forpligtet til at evaluere ens tilbud ens. Regionen har ved bedømmelsen af visse ”Evaluation criteria” givet ens tilbud fra den vindende tilbudsgiver, Varian, og IBA en evaluering, der ikke afspejler, at det tilbudte ud fra evalueringsrapportens beskrivelse er det samme. Dette er i strid med udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed.

Herudover har Region Midtjylland for så vidt angår ”Evaluation criteria” 64, 73 og 85.2 foretaget en objektivt forkert evaluering af IBA’s tilbud. Den

objektivt forkerte evaluering har medført en dårligere bedømmelse af IBA's tilbud, end IBA ved en objektiv korrekt evaluering ville have opnået.

IBA's nærmere anbringender vedrørende de enkelte "Evaluation criteria" er anført på engelsk i et supplerende processkrift, som blev indgivet, før klagenævnet traf afgørelse om opsættende virkning. Anbringenderne i processkriftet fremstår som citater af et tidligere med klageskriftet fremlagt bilag om påståede uoverensstemmelser mellem "Request for Tender" og evalueringen. Der er desuden i det supplerende processkrift anført kortfattede "ikke-tekniske" anbringender på dansk. Anbringenderne citeres i det følgende med den nøjagtige ordlyd, idet citater af udbudsbetingelser, tilbud og "Evaluation Report" er undladt:

"Evaluation of IBA Reply to Couch translation time from patient load position to isocenter (evaluation criteria 33) is wrong

...

Error:

Although IBA uses the maximum allowed speed (IEC safety standard: 100mm/s) for the Patient Positioner System, Varian gets a better evaluation on the speed of the PPS.

Det følger heraf, at Indklagede har givet det vindende tilbud en positiv evaluering af den tilbudte hastighed, mens helt tilsvarende tilbudt hastighed ud fra det angivne ikke har medført en positiv evaluering af Klagers tilbud. Det gøres gældende, at sådan evaluering er i strid med Udbudsdirektivets artikel 2."

"Evaluation of IBA Reply to Aperture (evaluation criteria 64) is wrong

...

Error:

The evaluation above states "If an aperture is used, the maximum field size and range will be reduced". However, in reality, an aperture has no impact on the range and hence, the evaluation is completely wrong. In addition, a reduction of range is mentioned nowhere in IBA's reply.

Det gøres herefter gældende af Klager, at Indklagede har foretaget en objektiv ukorrekt evaluering af Klagers tilbud, hvilket har medført en dårligere evaluering til skade for Klager i strid med Udbudsdirektivets artikel 2.

Different criteria is used to evaluate IBA Reply and Varian's Reply to Aperture (evaluation criteria 64):

...

Error:

With respect to the evaluation of Varian's reply, the availability of apertures is evaluated positively for lateral penumbra trimming. However, the same available option for IBA's equipment is not evaluated positively; on the contrary, the evaluation indicates a negative impact on range and field size.

Det gøres herefter gældende af Klager, at Indklagede har evalueret to ens tilbud forskelligt, hvilket er i strid med Indklagedes forpligtelser til ligebehandling og gennemsigtig evaluering i henhold til Udbudsdirektivets artikel 2."

"Evaluation of IBA Reply to Imager deployment (evaluation criteria 73) is wrong

...

Error:

The Defendant evaluated that retracting the panels after imaging will add additional time to the treatment for IBA. In reality, this is not the case as the time needed by the operator to evaluate the imaging match is stated as 30s in the DCPT Requirement and Specifications document (evaluation criteria 113).

The retraction of the system takes only 15 seconds (as stated in IBA Reply cited above) and consequently, retraction of the system can easily happen during the 30 seconds evaluation time. As a consequence, the panel retraction does not add any time at all to the total treatment time.

Det gøres herefter gældende, at Indklagede har foretaget en grundlæggende, objektivt ukorrekt evaluering af Klagers tilbud vedrørende evaluation criteria 73, idet Klagers løsning ikke medfører, at der tillægges tid til den totale behandlingstid. Indklagede giver således Klager en negativ evaluering på dette punkt, der ikke er belæg for i Klagers tilbud, hvilket er i strid med Indklagedes forpligtelse til ligebehandling af tilbudsgiverne."

"Evaluation of IBA Reply to Motion monitoring systems (evaluation criteria 85.2) is wrong

...

Error:

Contrary to the evaluation, IBA has explicitly replied that three motion monitoring devices are validated and not two as stated in the evaluation document.

Det gøres herefter gældende af Klager, at Indklagede har foretaget en objektiv ukorrekt evaluering af Klagers tilbud vedrørende evaluation criteria 85.2, der har medført en dårligere evaluering og pointgivning af Klagers tilbud, end Klager ville have fået, såfremt evalueringen på kor-

rekt vis havde afspejlet Klagers tilbud. Dette er i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincipperne i Udbudsdirektivets artikel 2.

Evaluation of IBA Reply to Equivalent treatment room (evaluation criteria 114) is wrong

...

Error:

The Defendant positively evaluates "that the workflow for transferring the treatment parameters of a patient between treatment rooms involves few operations" for Varian. IBA proposed however the use of the exact same solution (using the exact same software as proposed by Varian). The Defendant does not demonstrate why it is positively evaluated for Varian and not for IBA

Det gøres herefter gældende, at Indklagede har evalueret to enslydende tilbuds forskelligt, hvilket er inkonsistent og i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne i Udbudsdirektivets artikel 2."

IBA har tillige henvist til det, som er anført ad påstand 2.

Region Midtjylland har henholdt sig til det, som regionen gjorde gældende om påstanden om opsættende virkning, hvorefter:

Regionen har hverken foretaget en urigtig og/eller vilkårlig evaluering i relation til "Evaluation criteria". Evalueringen er foretaget af specialister inden for de relevante områder, og evalueringsprocessen er gennemført sådan, at tilbuddenes opfyldelse af de enkelte kriterier blev gennemgået/vurderet flere gange for at eliminere risikoen for fejl.

Det bemærkes, at en ordregivende myndighed efter klagenævnets faste praksis er tillagt et vidt skøn ved sin evaluering af tilbuddene, og klagenævnet erstatter ikke ordregiverens skøn med sit eget.

Regionen har nærmere anført følgende om bedømmelsen af de enkelte "Evaluation criteria":

Ad "Evaluation criteria" 33

Tilbuddet fra IBA var i relation til kriterium 33 behæftet med en uklarhed. IBA angiver i sin besvarelse at overholde maksimumhastigheden specificeret i IEC-normen ("THE IBA PPS is compliant with IEC norm, that requires a maximum speed of 100 mm/s"). Af dette svar kunne Region Midt-

jylland imidlertid ikke udlede, om lejet bevæger sig med maksimal hastighed eller under maksimal hastighed. Regionen kunne heller ikke af svaret udlede, om den i tilbuddet oplyste tid til at flytte lejet henholdsvis 40 og 100 cm er baseret på den maksimale hastighed fra IEC-normen, eller om den er baseret på den faktiske hastighed inklusiv acceleration og deacceleration. IBA svarede således ikke på, hvor lang tid det tager at flytte lejet fra "loading position" til isocenter-positionen, men angiver derimod en uspecificeret tid langs en koordinat "y".

I IBA's besvarelse af evalueringskriterium 21, gives der desuden et klart svar på, hvilken hastighed lejet er i stand til at bevæge sig med, nemlig en maksimal horisontal hastighed på 5 cm/s og en maksimal vertikal hastighed på 3 cm/s. Dette svarer ikke til den maksimale hastighed fra IEC-normen på 10 cm/s, som IBA nu påstår at have tilbudt.

Region Midtjylland har derfor været berettiget til at vurdere IBA's tilbud som værende dårligere end tilbuddet fra Varian i relation til evalueringskriterium 33.

Ad "Evaluation criteria" 64 (delkrav), Aperture

Det er ikke korrekt, når IBA anfører, at "a reduction of range is mentioned nowhere in IBA's reply". I IBA's besvarelse af kriterium 64 fremgår det tydeligt, at "...Snout are not used with energies above 150 MeV (range around 16 cm". Ifølge IBA's tilbud er der således en øvre grænse for, hvilken energi/rækkevidde, hvorunder "snout", kan anvendes. Brugen af "snout" reducerer derfor den maksimale rækkevidde, der kan anvendes.

Der er heller ikke foretaget en uensartet vurdering af samme forhold i tilbuddet fra IBA og tilbuddet fra Varian. Evalueringsrapporten angiver i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, og håndhævelseslovens § 2 de enkelte tilbuds karakteristika og fordele. Det forhold, at Varian har tilbudt muligheden for brugerdefinerede afdækninger ("apertures") til lateral penumbra trimning, er ikke evalueret positivt. Forholdet er derimod evalueret og præsenteret i teksten, som en begrænsning i Varians system og står i modsætning til IBA's mere fleksible løsning. Der er følgelig ikke tale om, at Region Midtjylland har vurderet to ens tilbud forskelligt, men derimod om at regionen har vurderet, at de 2 tilbud samlet set og af forskellige

årsager havde samme kvalitet i relation til delkriteriet ”Pencil Beam Scanning”.

Ad ”Evaluation criteria” 73

Af IBA’s besvarelse af evalueringskriterium 73 fremgår, at IBA’s billedpaneler bruger lang tid (15 sekunder) på at køre i stilling og på at køre tilbage i parkeringsposition. Det fremgår desuden, at IBA’s paneler skal parkeres under behandling ”fully retracted before to start treatment”. Region Midtjyllands evaluering, hvorefter det har vægtet negativt, at det af IBA tilbudte system forlænger den effektive behandlingstid, er således objektivt korrekt og velbegrunder. Det forhold, at IBA’s billedmatch også er langsomt (”30 seconds evaluation time”), kan ikke indgå som et positivt element ved vurderingen af tilbuddet. Hertil kommer, at det ikke er givet, at et billedmatch altid vil foregå parallelt med parkeringen af billedpanelerne, som antaget af IBA.

Ad ”Evaluation criteria” 85.2

Det er med rette, at Region Midtjylland alene har inddraget to af de i IBA’s tilbud angivne monitoreringssystemer ved bedømmelsen af kriterium 85.2.

”AlignRT from VisionRT”, der tilbydes af IBA som et tredje monitoreringssystem, er således et system, der overvåger og kontrollerer patientplaceringen, og ikke et system, der bidrager til håndtering af organbevægelser med det formål at reducere de negative følgevirkninger af inter-play effekter mellem bestrålingen og organbevægelser. Regionen anser således ikke ”AlignRT from VisionRT” som et bevægelsesmonitoreringssystem, der tjener det formål, der er beskrevet i ”Request for Tender” i indledningen til afsnittet ”Organ motion management”, hvorefter: ”Treatment of moving targets with PBS is a challenge due to interplay effects of treatment delivery and organ motion, especially for hypo-fractionated treatment regimes. Therefore, the proton delivery system should include motion management tools that effectively reduce the adverse effects of organ motion”, jf. Appendix 4. Det er derfor fuldt ud korrekt ikke at inddrage IBA’s ”AlignRT from VisionRT”-system positivt ved bedømmelsen af ”Evaluation criteria 85.2”.

Ad ”Evaluation criteria” 114

Det er ikke korrekt, når IBA antager, at den metode, som Varian benytter til at flytte behandlingsparametrene, er den samme metode, som foreslået af IBA. Det er tilsvarende ikke korrekt antaget af IBA, at Varian, eftersom Varian har foreslået samme "OIS" som IBA, også kun kan benytte denne metode, svarende til, hvad der er foreslået af IBA.

Varian har således tilbudt en løsning, der ikke på samme måde som IBA's er afhængig af softwaren "OIS "Aria"". Det er i det af Varian tilbudte system væsentlig nemmere at flytte behandlingsparametrene mellem behandlingsrum, end i det system, som IBA's besvarelse beskriver. Det er derfor korrekt og berettiget, at Varians tilbud er vurderet mere positivt på evalueringskriterium 114 end IBA's tilbud.

Regionen har i øvrigt henvist til, det som er anført ad påstand 2.

Ad påstand 6 og 7

IBA har gjort gældende, at den usaglige og uigennemsigtige evaluering indebærer, at udbuddet og subsidiært i hvert fald tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Region Midtjylland har gjort gældende, at der ikke er grundlag for annulation, da der ikke foreligger overtrædelser som påstået. Påstand 6 om annulation af udbuddet kan under alle omstændigheder ikke tages til følge, da de påberåbte overtrædelser så vidt ses alle vedrører evalueringen. Det vil derfor i givet fald være tilstrækkeligt at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1, 3 og 4

Påstand 1, 3 og 4 svarer til den oprindelige påstand 1 samt fire af de anbringender, som blev gjort gældende til støtte for den daværende påstand 1.

Klagenævnet udtalte i delkendelsen af 11. februar 2015 om den oprindelige påstand 1 blandt andet:

”Ifølge påstand 1, som den er formuleret i IBA’s processkrift af 4. februar 2015, skal klagenævnet konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at benytte en evalueringsmodel, der er uegnet til at identificere ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, idet specielt delkriteriet ”Building related costs” til underkriteriet ”Life-time costs” i sin helhed er skønsmæssigt. [Nu påstand 4]

IBA har vedrørende denne påstand blandt andet gjort gældende, at Region Midtjylland har fastsat et arbitrært omkostningsbeløb ved evalueringen af delkriteriet ”Building related costs”, hvilket sammenholdt med den benyttede evalueringsmetode har medført, at regionen i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed har haft frit skøn i pointgivningen vedrørende dette underkriterium.

Klageren har herudover anført en række yderligere anbringender, hvor-
 efter:

- a) ...
- b) Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at benytte en evalueringsmodel, der er uegnet til at identificere ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, idet regionen benyttede tre forskellige evalueringsmetoder til evaluering af underkriteriet ”Life-time costs”. [Nu påstand 3]
- c) Den vilkårlige variation i de tre evalueringsmetoder var upåregnelig for IBA og er derfor i strid med gennemsigtighedsprincippet, da den ikke var oplyst i udbudsbetingelserne (”Request for Tender”). [Nu påstand 3]
- d) Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2
 - ved i ”Request for Tender” at have anført en vægtning i intervaller (et spænd) for såvel underkriterier som delkriterierne til underkriteriet ”Life-time costs”, som gjorde det uklart for tilbudsgiverne, hvilken vægt regionen ønskede at give det enkelte delkriterium og
 - ved under bedømmelsen at have benyttet en vægtning af delkriterierne til ”Life-time costs” på 90/5/5, som ikke svarer til den reelle fordeling af omkostningerne til ”Operational costs” og ”Building related costs”. [Nu påstand 1]

- e) Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at undlade at evaluere opfyldelsen af delkriteriet "Operational costs" som angivet i "Request for Tender". [Nu påstand 4]

Efter sit indhold vedrører påstand 1 egnetheden af evalueringsmodellen/erne. Umiddelbart synes påstanden ved det anførte om: "...idet specielt delkriteriet "Building related costs"..." begrænset til at vedrøre den skønsmæssige karakter af delkriteriet "Building related costs". Henset til anbringenderne b) og d) om evalueringen må denne sætning dog forstås sådan, at det, der anføres, er et (ikke udtømmende) eksempel på, hvorfor evalueringsmodellen/erne er uegnede. Anbringenderne b) og d) vedrører dermed også den nedlagte påstand.

Anbringende a), c) og e) har derimod ingen sammenhæng med påstanden.

Klagenævnet kan ikke tage stilling til andet end den påstand, der er nedlagt, jf. håndhævelseslovens § 10, stk. 1, 2. pkt., og dermed også kun til de anbringender, som vedrører den nedlagte påstand.

Om disse anbringender bemærkes herefter:

Efter klagenævnets foreløbige vurdering fremgår det af "Request for Tender", punkt 20.2, sammenholdt med afsnittet "Related building costs and operational costs" i Appendix 4, hvordan delkriteriet "Building related costs" ville blive evalueret. Det er herunder i Appendix 4-afsnittet under overskriften "Related building costs and operational costs" og punkterne 133-138 anført, hvilke oplysninger tilbudsgiverne skulle give og dermed måtte forvente, at evalueringen ville basere sig på. Den omstændighed, at Region Midtjyllands bedømmelse af de forventelige byggeomkostninger i ret betydelig grad måtte bero på et skøn, indebærer ikke i sig selv, at delkriteriet ikke er lovligt, eller at evalueringen må anses for stridende mod principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Det bemærkes herved, at der ifølge det, som er anført i evalueringsrapporten, er foretaget en ensartet vurdering af de tre tilbud baseret på samme metoder og omkostningsparametre.

Ordregiver har som anført i klagenævnets kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A mod Banedanmark, side 181-182, inden for de rammer, som er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, herunder under respekt af den fastsatte vægtning af under- og eventuelt tillige delkriterierne til tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" og forudsat, at den valgte metode eller model er egnet til at identificere "det økonomisk mest fordelagtige tilbud", et vidt skøn

i forbindelse med valg af evalueringsmodel og ved evalueringen af tilbuddene.

Heraf følger, at en ordregiver, som anvender en pointmodel til bedømmelse af et underkriterium om pris, hvor det billigste tilbud tildeles maksimumpoint og øvrige tilbud relative point, således at en bestemt procentvis prisdifference fra den laveste tilbudte pris udløser minimumspoint, skal sikre, at den valgte model respekterer udbudsbetingelsernes vægtning af priskriteriet. Fastsættelsen af denne procentsats, ofte kaldet ”spændet”, som udløser minimumspoint, beror på ordregiverens skøn.

Ved ordregivers fastlæggelse af en model til bedømmelse af et kriterium om pris, herunder ved brug af en model som den nævnte, vil der normalt kunne lægges vægt på såvel den faktiske prisspredning i de afgivne tilbud som den prisspredning, der på forhånd kunne forventes under hensyn til udbuddets indhold og karakter samt kendskabet til det pågældende marked.

Herefter og i øvrigt af de grunde, som Region Midtjylland har anført om anbringenderne om brugen af tre forskellige evalueringsmetoder/spænd til evaluering af underkriteriet ”Life-time costs” (anbringende b) og om vægtningen i intervaller i udbudsbetingelserne samt den faktisk valgte vægtning (anbringende d), er der foreløbigt vurderet ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

For så vidt angår de anbringender, som ikke vedrører påstanden, bemærkes:

Ad anbringende a):

...

Ad anbringende c):

Der er ikke pligt til at offentliggøre evalueringsmodeller på forhånd efter udbudsdirektivet. Hvis der anvendes en helt usædvanlig og for tilbudsgiverne upåregnelig bedømmelsesmetode, skal denne imidlertid oplyses på forhånd i udbudsbetingelserne. Den evalueringsmodel, der er benyttet, er sædvanligt anvendt. Den omstændighed, at ”spændet” har varieret efter det marked, som det enkelte delkriterium vedrørte, og at der ved den endelige fastlæggelse af spændet under evalueringen er taget højde for udsving i de modtagne tilbud set i forhold til regionens forhåndsforventninger, kan ikke anses for helt usædvanligt og upåregneligt.

Foreløbigt vurderet er der herefter ikke udsigt til, at en påstand, som svarer til anbringendet, ville blive taget til følge.

Ad anbringende e):

Af de grunde, Region Midtjylland har anført, er der foreløbigt vurderet ikke udsigt til, at en påstand, som svarer til anbringendet om, at Region Midtjylland har undladt at evaluere opfyldelsen af delkriteriet ”Operational costs” som angivet i ”Request for Tender”, ville blive taget til følge.”

IBA har under den efterfølgende skriftveksling gentaget de anbringender, som blev anført i relation til anbringenderne b), c) d), og e), idet IBA yderligere har henvist til praksis, som efter selskabets opfattelse understøtter IBA’s anbringender.

Klagenævnet finder, at der ikke er grundlag for at nå til en anden vurdering end den, som fremgår af delkendelsen om opsættende virkning. Den yderligere praksis, som IBA har påberåbt sig, kan af de grunde, som Region Midtjylland har anført, ikke føre til et andet resultat.

Påstand 1, 3 og 4 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Klagenævnet udtalte i delkendelsen følgende om denne påstand (dengang også påstand 2):

”Klagenævnet kan efter fast retspraksis og klagenævnspraksis alene tilsidesætte det skøn, som den ordregivende myndighed har udøvet ved bedømmelsen af tilbudsgivernes opfyldelse af kvalitative kriterier, hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens evalueringstekniske skøn eller har handlet usagligt. Klagenævnet erstatter herved ikke ordregiverens skøn med sit eget.

Det er ikke usædvanligt – og som udgangspunkt ej heller et udbudsretligt problem – at der ikke i en sammenfattende evalueringsrapport, som sendes til tilbudsgiverne, medtages samtlige detaljer i bedømmelsen, idet der i stedet fokuseres på de væsentligste punkter, hvorpå tilbuddene adskiller sig fra hinanden.

Klagenævnet har gennemgået de interne arbejdsrapporter, som er udarbejdet af de 4 ekspertarbejdsgrupper, der har forestået evalueringen af

det kvalitative underkriterium om ”Quality of equipment”. Af arbejds-papirerne fremgår, at der er foretaget en bedømmelse af alle ”Evaluation criteria” og delkrav til disse.

Den omstændighed, at den oplyste karakterskala hovedsageligt er benyttet ved pointtildelingen for det enkelte delkriterium – og underkriterium – medens der i øvrigt ved den sproglige gengivelse af bedømmelsen af de enkelte konkurrenceparametre benyttes andre udtryk som f.eks. ”positively evaluated” m.v. udgør ikke en udbudsretlig krænkelse. Det bemærkes i den forbindelse, at der ikke udbudsretligt er krav om, at en ordregiver, når bedømmelsen af et delkriterium som her systematiseres ved at anvende yderligere konkurrenceparametre vedrørende det enkelte delkriterium (deldelkriterier), skal tildele karakterer også på deldelniveau for herefter at beregne karakteren på delniveau som et matematisk beregnet gennemsnit af karakterne på deldelniveau.

Klagenævnet har ikke i øvrigt konstateret sådanne væsentligere afvigelser fra udbudsgrundlaget under evalueringen, at der er grundlag for at antage, at Region Midtjylland åbenbart har overskredet det vide skøn, der tilkommer regionen ved bedømmelsen af underkriteriet om udstyrets kvalitet, eller har handlet usagligt.

Efter en foreløbig vurdering er der herefter ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.”

Klagenævnet bemærker, at IBA’s påstand er, at Region Midtjylland har undladt at evaluere tilbuddene efter en del af de delkriterier, som fremgik af udbudsbetingelserne. Påstanden drejer sig ikke om, at evalueringen af IBA's tilbud eller andre tilbud efter de pågældende delkriterier er fejlbehæftet. Den drejer sig heller ikke om manglende opfyldelse af kravene i håndhævelseslovens § 2, stk. 2, jf. kontroldirektivets artikel 2a, stk. 2, og/eller udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, jf. stk. 3.

Klagenævnets ex tuto bemærkning om ikke at have konstateret ”afvigelser fra udbudsgrundlaget” i de interne arbejds-papirer, angår alene spørgsmålet om, hvorvidt det direkte af de interne arbejds-papirer fremgår, om de kriterier, som fremgår af udbudsgrundlaget, er fraveget. Klagenævnet har – allerede fordi der ikke er nedlagt påstande og fremsat nærmere anbringender herom ud over påstand 5 – ikke dermed taget stilling til, om dele af evalueringen materielt er fejlagtig, hvilket klagenævnet i øvrigt heller ikke teknisk har mulighed for at bedømme uden nærmere påstande og anbringender herom fra IBA.

Klagenævnet har som nævnt ved gennemgangen af de interne arbejdspapirer, som er udarbejdet af de 4 ekspertarbejdsgrupper, som udgør ”apparaturgruppen”, og som har forestået evalueringen af det kvalitative underkriterium om ”Quality of equipment”, konstateret, at der er foretaget en bedømmelse af alle ”Evaluation criteria” og delkrav til disse.

Der er herefter og af de i delkendelsen anførte grunde ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Klagenævnet bemærker i øvrigt, at efter håndhævelseslovens § 2, stk. 2, jf. artikel 2a, stk. 2, in fine i kontroldirektivet (89/665 som ændret ved direktiv 92/50 og 2007/66) skal ordregiverens underretning om tildelingsbeslutninger være ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. Redegørelsen skal opfylde kravene i udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, jf. stk. 3, og dermed oplyse om ”det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele”. Heri ligger ikke et krav om, at forbigåede tilbudsgivere skal have oplysning om hvert eneste delelement i bedømmelsen af de enkelte tilbud. Det afgørende er, at de får oplyst de væsentligste punkter, hvorpå deres eget og vindertilbuddet adskiller sig fra hinanden. Der er ikke grundlag for at antage, at den aktindsigt, som IBA har fået i evalueringsrapporten, ikke opfylder kravene i de nævnte bestemmelser.

Ad påstand 5

Om påstanden (dengang påstand 3) udtalte klagenævnet i delkendelsen af 11. februar 2015:

”Som nævnt kan klagenævnet alene tilsidesætte det skøn, som den ordregivende myndighed har udøvet ved bedømmelsen af tilbudsgivernes opfyldelse af kvalitative kriterier, hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens evalueringstekniske skøn, eller har handlet usagligt. Klagenævnet erstatter herved ikke ordregiverens skøn med sit eget.

Udbuddet vedrører umiddelbart bedømt et særdeles teknisk kompliceret anlæg. ”Evaluation criteria” nr. 33, 64 (delkrav), 73, 85.2 og 114 til underkriteriet ”Quality of equipment” angår kvalitative konkurrenceparametre af teknisk karakter.

På denne baggrund og efter det, som parterne hver især har anført, er der foreløbigt vurderet ikke grundlag for at antage, at Region Midtjyl-

land åbenbart har overskredet det vide skøn, der tilkom regionen ved evalueringen af de pågældende konkurrenceparametre, eller i øvrigt handlet usagligt.”

Klagenævnet bemærker, at IBA har fået aktindsigt i Region Midtjyllands evalueringsrapport bortset fra enkelte kommercielt følsomme oplysninger vedrørende de øvrige tilbudsgivere. IBA har ligeledes fået aktindsigt i de to andre tilbudsgivers tilbud, idet kommercielt følsomme oplysninger er udeladt. Ingen af disse afgørelser er påklaget af IBA. IBA har endvidere under skriftvekslingen om opsættende virkning fået den yderligere begrundelse for bedømmelsen af ”Evaluation criteria” nr. 33, 64 (delkrav), 73, 85.2 og 114 til underkriteriet ”Quality of equipment”, som fremgår af Region Midtjyllands anbringender om påstanden.

IBA har ikke fremført yderligere til støtte for påstanden om, at bedømmelsen af de pågældende ”Evaluation criteria” er fejlbehæftet. På den baggrund og af de grunde, som er anført i delkendelsen og ovenfor ad påstand 2, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 6 og 7

Da der ikke er konstateret overtrædelser, er der ikke grundlag for annullation som påstået.

Sagsomkostninger

Efter udfaldet af sagen skal IBA betale sagsomkostninger til Region Midtjylland med 50.000 kr. Ved fastsættelsen af omkostningsbeløbet er der lagt vægt på sagens karakter, omfang og forløb. Region Midtjyllands behandling af IBA’s anmodninger om aktindsigt og skriftvekslingen om det påklagede aktindsigtsspørgsmål, som Region Midtjylland måtte forudsættes selv at have kunnet behandle uden medvirken af advokat, indgår ikke.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Ion Beam Applications S.A. skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 50.000 kr. i sagsomkostninger til Region Midtjylland.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig