

K E N D E L S E

KARL STORZ Endoskopi Danmark A/S
(advokat Ilka Bödewadt Lauritzen, København)

mod

Region Hovedstaden
(advokat Mads Schierbeck, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 012-018978 afsendt den 16. januar 2012 udbød indklagede, Region Hovedstaden, som offentligt udbud i henhold til udbudsdirektivet levering, montering og idriftsættelse af lofthængte søjler med udstyr til 6 højteknologiske operationsstuer på Hvidovre Hospital. Ændringsbekendtgørelse blev den 17. februar 2012 afsendt til EU-Tidende i anledning af reviderede udbudsbetingelser og deraf følgende ændring af de oprindeligt fastsatte frister for spørgsmål og tilbudsafgivelse.

Klageren, KARL STORZ Endoskopi Danmark A/S, indgav klage til Klagenævnet for Udbud den 30. april 2012. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 22. maj 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om fumus boni juris ikke blev fundet opfyldt.

Klagerens processkrifter indeholder i øvrigt bl.a. følgende påstande

»Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivet artikel 2 ved at antage tilbuddet fra Olympus Danmark A/S, idet tilbuddet ikke er konditionsmæssigt, idet det afgivne tilbud ikke opfylder samtlige A-krav som angivet i udbudsbetingelserne.

Påstand 3:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivet artikel 2 ved at antage tilbuddet fra Olympus Danmark A/S, idet der ved demonstrationen af udstyret tilbudt fra Olympus Danmark A/S blev demonstreret andet udstyr, end det der er indeholdt i det afgivne tilbud.

Påstand 4:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivet artikel 2, ved ikke at anvende den angivne vægtning på 40% pris og 60% kvalitet og funktionalitet som angivet i udbudsbetingelserne, ved ikke at anvende den fulde pointskala i underkriteriet ”kvalitet og funktionalitet”.

Påstand 5:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, ved i forbindelse med vurdering af de indkomne tilbud på prisen på reservedelsoptioner ikke at have taget højde for, at det vindende tilbud alene har angivet prisen for én stue, hvorimod klageren har angivet prisen for samlet 6 stuer.

Påstand 6:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivet artikel 2 ved ikke at behandle tilbudsgiverne ensartet under besvarelse af de spørgsmål, der kunne stilles i tilbudsfasen.

Påstand 9:

Klagenævnet skal på baggrund af de overtrædelser af udbudsretlige regler, der er konstateret i påstand 2-6, annullere indklagedes beslutning af 20. april 2012 om at tildele kontrakten vedrørende lofthængte søjler til Olympus Danmark A/S.«

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

Andre oplysninger i sagen:

I udbudsbetingelserne fra januar 2012 står der:

»...

4.8 Præsentation af tilbud

Ordregiver forbeholder sig ret til at lade alle Tilbudsgivere præsentere deres tilbud for sit kliniske og tekniske personale...

...

Tilbudsgiver må ikke præsentere udstyr, funktioner, uddannelse, service eller andet, der ikke er omfattet af det afgivne tilbud.

Det bemærkes, at tilbudspræsentation alene vil have karakter af oplysning om tilbuddet og teknisk afklaring, og at ingen form for forhandling af Tilbudsgivers tilbud vil finde sted.

4.9 Demonstration/besigtigelse af det tilbudte udstyr

Ordregiver forbeholder sig i perioden fra tilbudsfristens udløb til valg af leverandør ret til at besigtige det tilbudte udstyr i klinisk drift på en afdeling med kliniske funktioner tilsvarende de, som er anført for ordregivers installationssted i kravspecifikationen Bilag C.

...

En eventuel besigtigelse foretages af en repræsentant fra brugergruppen

...

Det bemærkes, at disse besigtigelser alene vil have karakter af teknisk afklaring, og at ingen form for forhandling af Tilbudsgivers tilbud vil finde sted.

...

5.1 Leveranceoversigt

Til Hvidovre Hospital udbydes der levering, montering og idriftsættelse af hængesøjler med udstyr til 6 højteknologiske operationsstuer.

...

Loftshængt udstyr i form af:

Søjler til udstyr

Anæstesisøjle

Operationslamper

Monitorarme

Laparoskopiudstyr i form af;

Kamerasystem, fortrinsvis klik-kamera

Lyskilde

Insufflator

Monitorer

Operationsfeltkamera(er)

Rumkamera(er)

...

Udbuddet omfatter også option på tilsvarende udstyr til yderligere 6 stuer.

...

Optioner på tilsvarende udstyr indgår i evalueringen med 50% vægt.

5.2 Leveranceomfang

Udbuddet omfatter for hvert installationssted:

En grundkonfiguration jf. pkt. 5.3

Udstyrsoptioner jf. pkt. 5.4

Uddannelsesoptioner jf. pkt. 5.6

Serviceoptioner jf. pkt. 5.7

Reservedelsoptioner jf. pkt. 5.8

Optioner på yderligere udstyr jf. pkt. 5.9

...

5.7 Serviceoptioner

Udbuddet omfatter optioner på service. Tilbudsgiver skal afgive tilbud på serviceoptioner og servicevilkår pr. delaftale, jf. bilag H, for hver tilbudt udstyrstype.

Serviceoptioner skal prissættes pr. år.

Tilbudsgivers prissætning af serviceoption: niveau 1, 2, 3 og 4 i hele udstyrets forventede brugstid (8 år) fratrasket afhjælpningsperioden (24 måneder) vil indgå direkte i Ordregivers evaluering af totaløkonomien for hvert enkelt installationssted med den i bilag H anførte vægt for det pågældende installationssted.

...

5.8 Reservedelsoptioner

Udbuddet omfatter optioner på reservedele i hele udstyrets levetid. Tilbudsgiver skal afgive tilbud på reservedelsoptioner og – vilkår pr. delaftale jf. Bilag I

En reservedelsforsikring er at forstå således, at tilbudsgiver stiller garanti for at udskifte en reservedel uden vederlag, hvis den pågældende reservedel skulle blive defekt – mod at ordregiver betaler Tilbudsgiver en fast årlig forsikringspræmie herfor.

Reservedelsforsikringer skal prissættes pr. år.

...

Tilbudsgivers prissætning af den samlede forsikringspræmie i hele udstyrets forventede brugstid (8 år) fratrasket afhjælpningsperioden (24 måneder) på de af Tilbudsgiver listede reservedele over DKK 50.000 og den samlede forsikringspræmie for alle øvrige reservedele i Bilag I vil indgå direkte i Ordregivers evaluering af totaløkonomien med 100 % vægt.

...

7. Kravspecifikationer

Det udbudte udstyr er beskrevet i kravspecifikationerne, jf. bilag C og bilag D. Tilbud skal afgives i overensstemmelse med kravspecifikationerne, idet Tilbudsgiver punkt for punkt skal redegøre for, hvorledes det tilbudte udstyr lever op til kravspecifikationen.

...

7.1 A-krav

A-krav (alene) definerer minimumskravene til de hardware- og softwaredele, der udgør den grundkonfiguration, der ønskes tilbud på. De samlede A-krav udgør således det teknologiske, funktionelle og kvalitetsmæssige konkurrenceudgangspunkt for installationsstedet.

7.1.1. A-krav

For hvert installationssted på leveringsplanen er der udarbejdet et sæt A-krav jf. bilag C. Tilbud hvor et eller flere A-krav ikke er opfyldt, vil ikke blive taget i betragtning.

Tilbudsgiver skal fyldestgørende besvare, hvorledes det tilbudte udstyr lever op til kravene. ...

Tilbudsgiver forventes at benytte Bilag C til besvarelse af, hvorledes det tilbudte udstyr lever op til A-krav jf. også punkt 3.1.2.

7.1.2 Grundkonfigurationen

...

Tilbudsgiver forventes at benytte bilag F til besvarelse af, hvilke varenumre, der indgår i den tilbudte grundkonfiguration og som er nødvendige for opfyldelse af alle A-krav for installationsstedet og angive en samlet pris herfor, jf. også punkt 5.3.1.

7.2 B-krav

For hvert installationssted på leveringsplanen er der udarbejdet et sæt B-krav (konkurrenceparametre), der vægter positivt i Ordregivers evaluering af et tilbud i forhold til underkriterierne, jf. punkt 9.5. Jo bedre Ordregiver vurderer, at tilbuddet opfylder ordregivers B-krav, desto bedre vil ordregiver evaluere tilbuddet.

Opfyldelse af B-krav vil i nogle tilfælde helt eller delvist kunne ske med de hardware- og softwarekomponenter, der betinges af A-kravene, og som derfor udgør grundkonfigurationen.

...

Det er alene opfyldelsen af B-krav, der indgår i Ordregivers evaluering af et tilbud i forhold til underkriterierne jf. pkt. 9.

...

B-krav er ikke obligatoriske. ...

9. Tildelingskriterier og evaluering.

Ordregiver agter at indgå aftale med den tilbudsgiver, der afgiver det for ordregiver samlet set økonomisk mest fordelagtige tilbud pr. delaftale. Hvert enkelt tilbud bedømmes på underkriterierne anført i punkt 9.5 – 9.6.

...

9.3.1. Evaluering af totaløkonomi og pointgivning

Forud for pointgivningen af totaløkonomien beregnes for hvert tilbud til installationsstedet totaløkonomien jf. pkt. 9.6.

Point på det totaløkonomiske underkriterium, jf. punkt 9.5., tildeles herefter således, at det tilbud, der har den laveste totaløkonomi, opnår det maksimale antal point, der kan opnås på det totaløkonomiske underkriterium, og som svarer til den procentuelle vægtning, der er angivet for underkriteriet i punkt 9.5.

9.3.2. Evaluering af Kvalitet og funktionalitet samt pointgivning

Forud for pointgivningen af hvert enkelt tilbud vurderes særskilt for hvert tilbud og hvert B-krav, hvor tilfredsstillende dette tilbud (dette udstyr) opfylder B-kravet, jf. punkt 9.5., og om der gives en karakter for B-kravet.

Herefter udregnes for hvert tilbud en vægtet karaktersum på baggrund af de afgivne karakterer for samtlige B-krav på det pågældende underkriterium.

... «

Den 17. februar 2012 udsendte indklagede reviderede udbudsbetingelser for udbuddet.

I de reviderede udbudsbetingelser er udbudsplanen ændret, herunder fristen for spørgsmål og tilbudsfristen.

Indholdsmæssigt er omfanget af udbuddet i punkt 5.1 udvidet bl.a. således, at der nu skal være tale om hæve/sænkbare søjler til udstyr (kirurgisøjlen), og således at udbuddet nu omfatter option på tilsvarende udstyr til yderligere 9 og ikke 6 stuer.

Flere af tilbudsgiverne indleverede herefter en lang række spørgsmål til udbuddet. Der fremkom i alt 63 spørgsmål med deraf følgende 9 rettelsesblade.

Ved indklagedes svar på spørgsmål den 23. februar 2012 fremgår bl.a., på et spørgsmål om, hvorvidt det vil blive vægtet positivt, at det tilbudte udstyr har DICOM og HL7 interface, at »Det vægtes positivt jo flere understøttelsesmuligheder der er dvs. jo flere jo bedre.«

Ved indklagedes svar på spørgsmål den 7. marts 2012 blev optionernes omfang begrænset, uden at der skete ændringer i udbudsplanen. Samtidig blev kravene til bæreevnen for anæstesisøjlen nedsat fra 250 kg. til 150 kg.

I de endelige udbudsbetingelser fremgår, at kravene til bæreevnen for anæstesisøjlen var 150 kg og for kirurgisøjlen var 75 kg.

I den vindende tilbudsgivers tilbud er det anført, at A-kravene til bæreevne er opfyldt. Af de medsendte tekniske oplysninger fremgår, at bæreevnen for anæstesisøjlen er 180 kg og for kirurgisøjlen er 120 kg.

I den vindende tilbudsgivers tilbudskonfiguration fremgår, at tilbudsgiveren som en del af det tilbudte udstyr tilbyder 6 stk. kameraer benævnt »3 CCD HD Camera Head, OTV-S7ProH-HD-12E«.

I kravspecifikationerne, udbudsbetingelsernes bilag C, fremgår, at den vindende tilbudsgiver tilbyder et kamera med et andet varenummer og benævnt »3 CCD HD Camera Head, CH-S190-XZ«. De brochurer, der var vedlagt tilbuddet, omhandlede dette kamera. Det kamera, der blev indleveret til afprøvning, var ligeledes dette kamera.

I forbindelse med indklagedes gennemgang af, om de modtagne tilbud opfyldte udvælgelseskriterierne, at alle krævede oplysninger var vedlagt, og at tilbuddene opfyldte indklagedes minimumskrav, foretog indklagede en teknisk afklaring vedrørende detaljer i alle tilbudsgivernes tilbud. Afklaringen gav ikke anledning til afvisning af noget tilbud.

Evalueringen af de afgivne tilbud blev foretaget af en brugergruppe bestående af en flersidig af fagpersoner. Det er ubestridt, at den medicoteknisk ansvarlige, der deltog under afprøvning af det vindende tilbud, blev akut sygemeldt samme dag/aften, og derfor ikke kunne deltage i afprøvning af klagerens udstyr dagen efter, og at den medicoteknisk ansvarlige, der deltog i

afprøvningen af klagerens udstyr, således var en anden end den, der deltog i afprøvningen af den vindende tilbudsgivers udstyr.

Af indklagedes evalueringsnotat fremgår, at klageren og den vindende tilbudsgiver opnåede følgende vægtede karakterer:

	Klageren	Den vindende tilbudsgiver
Totalomkostninger	36,02	40,00
Kvalitet og funktionalitet	44,14	45,57

Ved e-mail af 23. april 2012 anmodede klageren om aktindsigt i det vindende tilbud. Ved brev af 27. april 2012 meddelte indklagede klageren delvis aktindsigt. Aktindsigt i enhedspriser og aktindsigt i en række ikke offentligt tilgængelige oplysninger blev afvist med henvisning til offentlighedslovens § 12, stk. 1 og § 13, stk. 1. Brevet af 27. april 2012 indeholdt desuden en nærmere begrundelse for, hvorfor klagerens tilbud ikke blev valgt som det vindende. Det fremgår heraf omkring delkriteriet reservedelsoptioner:

»De har tilbudt en pris for 8 år på 3.668.000 kr. og har tilbudt den klart højeste pris på dette delkriterium. Olympus har tilbudt en pris for 8 år på 1.040.000 kr. Deres tilbudte pris er således 2.628.000 kr. over prisen fra Olympus. Som nævnt i skrivelse af 19. april 2012 er det især dette delkriterium, der har haft afgørende betydning for Deres prisevaluering. Forskellen i pris på de øvrige delkriterier har ikke kunnet opveje forskellen under dette delkriterium. Samlet set på underkriteriet »Den samlede økonomiske konsekvens« ligger Deres tilbud 1.302.278 kr. over tilbuddet fra Olympus.«

Klagenævnets afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning er begrundet således:

»

Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærker klagenævnet:

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at anæstesisøjlen skulle have en bæreevne på 150 kg. og at kirurgisøjlen skulle have en bæreevne på 75 kg. Den vindende tilbudsgiver har for begge søjler oplyst, at kravet er opfyldt for det tilbudte udstyr. Af de til tilbuddet medsendte tekniske specifikationer fremgår, at bæreevnen for anæstesisøjlen var 180 kg. og for kirurgisøjlen på 120 kg. Det fremgår videre, at begge søjler kunne

justeres i højden. En ordregiver er, hvor der ikke åbenlyst er grund til at betvivle oplysningerne, ikke forpligtet til i forbindelse med evaluering af et tilbud at efterprøve tilbudsgivers tekniske angivelser nærmere. Der er således ikke udsigt til, at klageren vil få medhold i påstand 2.

Indklagede har oplyst, at det kamera, der blev indleveret til afprøvning i forbindelse med evalueringen var kameraet »3 CCD HD Camera Head, CH-S190-XZ«. Den brochure for det tilbudte kamera, der var vedlagt den vindende tilbudsgivers tilbud, vedrørte et »3 CCD HD Camera Head, CH-S190-XZ«. Det tilbudte kamera er i kravspecifikationen med tilhørende beskrivelse oplyst til at være et »3 CCD HD Camera Head, CH-S190-XZ«. Indklagede var, via en anden rammeaftale mellem den vindende tilbudsgiver og indklagede, bekendt med, at den angivne pris for det tilbudte kamera var noget højere, end den pris, indklagede ifølge denne rammeaftale kunne købe kameraet »3 CCD HD Camera Head, OTV-S7ProH-HD-12E« for. Indklagede har på baggrund heraf berettiget anset den fra tilbuddet i øvrigt afvigende betegnelse af kameraet i tilbudsconfigurationen som et »3 CCD HD Camera Head, OTV-S7ProH-HD-12E« som en åbenlys og klart konstaterbar fejl. Der er således ikke udsigt til, at klageren vil få medhold i påstand 3.

Det fremgår af indklagedes evalueringsrapport, at der ved evalueringen af underkriteriet »kvalitet og funktionalitet« er givet point inden for hele pointskalaen. Herefter, og idet klagenævnet ikke på det foreliggende har grundlag for at anfægte den konkrete tildeling af point, er der ikke udsigt til, at klageren vil få medhold i påstand 4.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at der for reservedelsoptionerne skulle afgives en pris på en præmie for en forsikring for den samlede leverance. Det fremgår ikke af det vindende tilbud, at den i dette tilbud angivne præmie alene dækker leverancer til én stue. Prisen pr. år fra den vindende tilbudsgiver er angivet til 130.000 kr. og prisen pr. år fra klageren er angivet til 458.500 kr. Prisen fra de to øvrige tilbudsgivere er angivet til 46.000 kr. og 0 kr. Den samlede vægtede tilbudspris fra den vindende tilbudsgiver er beregnet til 17.436.469 kr., mens den for klageren er beregnet til 18.738.847 kr. De to øvrige tilbuds vægtede tilbudssum er beregnet til henholdsvis 17.813.739 kr. og 21.440.314 kr. Ved vurderingen af, om et tilbud er »unormalt lav« er det afgørende, om det samlede tilbud er unormalt lavt, og ikke, om et tilbud på et underkriterium er unormalt lavt. Der ses ikke i øvrigt at foreligge oplysninger, der burde have givet indklagede grund til at antage, at den vindende tilbudsgivers pris på reservedelsoptionen kun omfattede én stue og dermed var behæftet med en åbenbar fejl. Af den offentliggjorte evalueringsmodel fremgår, at prisen for serviceoptioner ville blive indregnet med den oplyste pris for én stue, og såvel klageren som den vindende tilbudsgiver har oplyst prisen sådan. Indklagede kunne således ikke lov-

ligt have ganget prisen for serviceoptioner med 6. Der er således ikke udsigt til, at klageren vil få medhold i påstand 5.

I forbindelse med udbuddet blev der stillet 63 spørgsmål herunder 24 spørgsmål fra klageren og 9 spørgsmål fra den vindende tilbudsgiver. Alle spørgsmål er besvaret skriftligt og offentliggjort. Det forhold, at ikke alle klagerens spørgsmål, herunder spørgsmål indeholdende ønsker om ændringer i eller tilpasning af udbudsbetingelserne, er besvaret positivt, giver ikke grundlag for at antage, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved besvarelsen af tilbudsgivernes spørgsmål. Der er således ikke udsigt til, at klageren vil få medhold i påstand 6.

...

Der er efter vurderingen af klagerens påstand 2-8 ikke udsigt til at klageren vil få medhold i påstand 9 om annulation.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra Olympus Danmark A/S ikke er konditionsmæssigt, idet tilbuddet ikke opfylder mindstekravene til anæstesisøjles og kirurgisøjles bæreevne, og idet kirurgisøjlen ikke opfylder mindstekravet om en hæve/sænke-funktion.

Det fremgår af indklagedes evalueringsrapport, at indklagedes brugergruppe, forud for evalueringen af tilbuddene i forhold til tildelingskriterierne, har gennemgået tilbuddene med henblik på at afklare, om tilbuddene opfylder minimumskravene for at komme i betragtning. Ved denne gennemgang har deltaget hele brugergruppen. For denne gruppe må det utvivlsomt have været åbenbart, at Olympus Danmark A/S' tilbud ikke var konditionsmæssigt.

For så vidt angår bæreevnen må det på grundlag af kravspecifikationen punkt 4.9, sammenholdt med bilag O til udbudsbetingelserne lægges til grund, at det ikke er armen, men søjlehoved inklusiv hylder, der skal kunne bære og løfte hhv. 75 og 150 kg.

Ifølge tilbuddet afgivet af Olympus Danmark A/S kan selve armen for kirurgisøjlen bære 120 kg. Denne vægt skal fratrækkes vægten på forskelligt

udstyr såsom søjlehoved, hylder, stativer og skinner. Efter de for klageren foreliggende oplysninger kommer den resterende vægt, der herefter er tilbage til håndtering af udstyr, som forventes sat på søjlernes hylder, under de 75 kg der er angivet som mindstekrav i udbudsbetingelserne.

Det samme gør sig gældende for anæstesisøjlen, der ifølge udbudsbetingelserne skal kunne bære udstyr med 150 kg.

Tilbuddet fra Olympus Danmark A/S skulle derfor have været afvist som værende ikke konditionsmæssigt.

Dette understøttes også af punkt 4.13 i kravspecifikationerne, hvoraf det fremgår, at kirurgisøjlen skal være hæve/sænkebar. I Olympus Danmark A/S' besvarelse af dette punkt fremgår, at anæstesisøjlen kan hæves og sænkes, og at søjlerne i øvrigt kan bevæges horisontalt. Det er derimod ikke anført, at kirurgisøjlen kan hæves og sænkes.

Indklagede har således handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at tage tilbuddet fra Olympus Danmark A/S i betragtning, idet dette tilbud ikke er konditionsmæssigt, hvilket var åbenbart for indklagede.

Indklagede har gjort gældende, at tilbuddet fra Olympus Danmark A/S er konditionsmæssigt.

Olympus Danmark A/S har i sit tilbud specifikt oplyst, at kravene til søjlernes bæreevne er opfyldt. Besvarelsen bekræftedes af de medsendte tekniske specifikationer for udstyret. Det fremgår således heraf, at der er en maksimal bæreevne på anæstesisøjlen på 180 kg og for kirurgisøjlen på 120 kg. For kirurgisøjlen er dette endvidere gentaget andet sted i tilbuddet.

Det bestrides således, at kravene til søjlernes bæreevne ikke er opfyldt for tilbuddet fra Olympus Danmark A/S.

Indklagede har desuden været berettiget til at lægge Olympus Danmark A/S' oplysninger uprøvet til grund. Indklagede er ikke forpligtet til i forbindelse med evalueringen at efterprøve tilbudsgivernes tekniske angivelser med mindre, der på grundlag af de indkomne tilbud er åbenlys tvivl om, hvorvidt en tilbudsangivelse ikke er korrekt. Der er ikke noget i tilbuddet

fra Olympus Danmark A/S, der indikerer en sådan tvivl. Det er tværtimod indklagedes opfattelse, at det øvrige udstyr sagtens kan påsættes søjlerne, uden at maksimumvægten overskrides.

Den af Olympus Danmark A/S tilbudte kirurgisøjle har en hæve/sænkefunktion, hvilket fremgår af såvel tilbuddets beskrivelse af opfyldelsen af kravspecifikationen, som af den med tilbuddet fremlagte brochure fra producenten af søjlen.

Indklagedes evaluering blev foretaget af en gruppe på i alt 8 personer bestående af en strategisk indkøbskonsulent samt syv overlæger, sygeplejersker og medicoteknisk ansvarlige. Indklagede har foretaget sin bedste faglige vurdering af bl.a. tilbuddet fra Olympus Danmark A/S og den samlede brugergruppe har fundet, at tilbuddet fra Olympus var konditionsmæssigt. Dette taler alt andet lige for, at kravene var opfyldt.

Klageren har på intet punkt godtgjort, endsige sandsynliggjort, at der ved evalueringen forelå sådanne omstændigheder, at brugergruppen burde have fundet, at tilbuddet fra Olympus Danmark A/S ikke var konditionsmæssigt.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at der er uoverensstemmelse mellem dele af det udstyr, der er indeholdt i Olympus Danmark A/S' tilbud, og det udstyr, der blev demonstreret af Olympus Danmark A/S ved tilbudspræsentationen.

I tilbudsconfigurationen tilbyder Olympus Danmark A/S ét kamera, mens de i kravspecifikationerne har tilbudt et andet kamera, som angiveligt også er det kamera, der er præsenteret på tilbudspræsentationen.

Det kamera, der var medtaget i kravspecifikationerne og på tilbudspræsentationen er et langt nyere og formentlig bedre kamera, der afgjort også er langt dyrere end det kamera, der er tilbudt i tilbudsconfigurationen. Den angivne pris for kameraet på tilbudsconfigurationen, burde derfor have været langt højere, hvis det faktisk er det nyere kamera, der er indeholdt i Olympus Danmark A/S' tilbud.

Olympus Danmark A/S bærer risikoen for tilbuddets udformning. Indklagede har erkendt, at der er anført forskellige produktnavne vedrørende kame-

raerne. Der er således ubestridt ikke overensstemmelse mellem det tilbudte udstyr og det udstyr, der rent faktisk blev afprøvet. Tilbuddet er således ikke er konditionsmæssigt.

Den viden, som indklagede har på baggrund af en anden rammeaftale indklagede måtte have med Olympus Danmark A/S, kan ikke tillægges betydning ved indklagedes tilbudsevaluering i nærværende udbudssag.

Som minimum burde indklagede have sørget for at afklare uoverensstemmelsen med Olympus Danmark A/S, således at det ikke over for de øvrige tilbudsgivere fremstår som om, at der bliver draget indforståede konklusioner vedrørende Olympus Danmark A/S' tilbud frem for de andre, alene fordi parterne har indgået øvrige aftaler.

Indklagede har således handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, idet der ved demonstrationen af udstyret fra Olympus Danmark A/S blev demonstreret andet udstyr end det, der er indeholdt i det afgivne tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at det er en åbenlys og klar konstaterbar fejl, at der oplystes et afvigende produktnavn i tilbudskonfigurationen, i forhold til det produkt, der blev præsenteret ved tilbudspræsentationen. Indklagede er berettiget til at se bort fra denne fejlangivelse, jf. implementeringsbekendtgørelsen til Udbudsdirektivet § 12, stk. 1, nr. 1.

Ud fra en fortolkning af det samlede udbudsmateriale, kunne der således ikke herske nogen rimelig tvivl om, hvilken kameramodel der var tilbudt og skulle indgå i vurderingen.

Såfremt klagenævnet lægger til grund, at tilbuddet rettelig omfattede model OTV-S7ProH-HD-12E, og ikke model CH-S190-XZ, har indklagede gjort gældende, at konsekvensen heraf ikke vil være, at tilbuddet fra Olympus er ukonditionsmæssigt. For at være konditionsmæssigt skulle tilbuddet blot omfatte et kamera. Det gjorde tilbuddet, uanset om det så var den ene eller den anden model.

For så vidt angår klagerens kommentarer vedrørende rammeaftale mellem indklagede og Olympus Danmark A/S i en anden sag har indklagede anført, at henvisningen hertil vedrørende bedømmelse og pris på det andet kamera,

model OTV-S7ProH-HD-12E, alene knytter sig til indklagedes subsidære anbringende om, hvorledes dette andet kamera skulle være bedømt, hvis evalueringen havde baseret sig på dette kamera.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke har udnyttet den fulde pointskala 0-5, som er angivet af indklagede at skulle anvendes ved evalueringen efter underkriteriet »kvalitet og funktionalitet«. Det viser sig f.eks. ved, at der ved evaluering af B-kravene, på trods af opfyldelse af kravet, alene er tildelt 3 point, og altså ikke de fulde 5 point.

Når pointskalaen ikke udnyttes fuldt ud, medfører dette, at der ikke sker den fastsatte vægtning af underkriterierne, således at balancen mellem »pris« og »kvalitet og funktionalitet« rykkes, og der automatisk lægges mere vægt på pris, da evalueringen her alene sker efter den angivne lineære pointmodel uden yderligere evaluering.

Endvidere gøres det gældende, at pointtildelingen ikke er sket korrekt, da der ikke er taget højde for forhold, som det ellers var meddelt af indklagede, ville have betydning ved evalueringen. Således fremgår det af spørgsmål 37 at der spørges til, om det vil blive vægtet positivt, at det tilbudte udstyr har DICOM og HL7 interface, så systemet er forberedt til ordregivers billedlagerserver. Indklagede svarede bekræftende herpå. Klageren har tilbudt denne funktion i sit tilbud, hvilket Olympus Danmark A/S klager bekendt ikke gjorde. Alligevel opnår klager og Olympus Danmark A/S samme point på evalueringen af dette punkt.

Klageren har ikke gjort gældende, at der konsekvent skal gives den højeste karakter 5 til det bedste af de afgivne bud. Derimod skal karakteren 5 gives, hvis et krav er opfyldt i en situation, hvor det alene er muligt at opfylde – eller ikke opfylde – et stillet krav.

Indklagede har gjort gældende, at det ville være i strid med klagenævnets praksis konsekvent at give den højeste karakter 5 til det bedste af de afgivne tilbud, jf. klagenævnets kendelse af 12. februar 2007, Dansk Høreteknik mod Københavns Kommune.

Ved den konkrete evaluering blev der rent faktisk for adskillige B-krav givet topkarakteren 5 point svarende til kravsopfyldelse i »særdeles tilfredsstillende grad«. Omvendt blev karakteren 1 slet ikke anvendt og karakteren 0 kun på et enkelt B-krav fra en enkelt tilbudsgiver. Karakterskalaen er således udnyttet i fuldt omfang.

For de krav, som klageren henviser til, fremgår det af udbudsbetingelserne, at der ikke var tale om krav, der enten var helt opfyldt eller slet ikke opfyldt. Det kunne opfyldes i større eller mindre grad, hvilket skulle afspejles i karaktergivningen.

Ingen af B-kravene har en karakter, hvorefter de enten er opfyldt eller ikke er opfyldt. Alle B-kravene kan tværtimod være opfyldt i en større eller mindre grad, som kan bedømmes og danne grundlag for pointgivning af tilbudene.

Pointtildelingen er sket ud fra objektive og saglige kriterier i henhold til udbudsgrundlaget, og indklagede har givet point inden for hele karakterskalaen.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at delkriteriet »reservedelsoptioner« var den afgørende faktor for prisevalueringen i forhold til det vindende tilbud.

Klageren har i sit tilbud angivet en samlet pris på præmien for reservedelsoptionen for 8 år med 3.668.000 kr., mens Olympus Danmark A/S for det samme har angivet en samlet pris på 1.040.000 kr.

Der kan på grundlag heraf ikke være tvivl om, at hvor klagerens pris her omfatter 6 stuer, som i øvrigt ønsket af indklagede, omfatter Olympus Danmarks A/S' tilbud alene prisen på 1 stue.

Dette underbygges af prisen for Service-optionen, hvor både klageren og Olympus Danmark A/S alene har angivet prisen for 1 stue. Sammenholder man de angivne priser for disse to optioner, kan der ikke være nogen tvivl om, at der ikke er afgivet pris for 6 stuer af Olympus Danmark A/S under Reservedelsoptioner, således at den prisdifference, der er lagt vægt på af indklagede, ikke er reel.

I den samlede økonomiske evaluering skulle indklagede have inddraget prisen på reservedelsoptioner og serviceoptioner på 6 stuer, hvilket ikke ses at være sket.

Det fastholdes derfor, at det vindende tilbud har angivet en pris alene gældende for én stue, hvorimod klager har angivet en pris for samtlige 6 stuer, uden at dette er medtaget i beregningen hos indklagede. Der er således handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Indklagede har gjort gældende, at det klart af udbudsbetingelserne, bilag 2, pkt. 5.8, fremgår, at der vedrørende reservedelsoperationer skulle afgives en pris på en præmie for en forsikring gående ud på, at tilbudsgiveren garanterede at udskifte en reservedel uden vederlag i tilfælde af defekt. Det fremgår af pkt. 5.8, at der var tale om en forsikring for den samlede leverance. Olympus Danmark A/S har intet sted i sit tilbud anført, at præmien ikke skulle dække det i udbudsbetingelsernes pkt. 5.8 anførte. Klageren har angivet en pris pr. år på 458.500 kr., hvorimod Olympus Danmark A/S har ansat prisen pr. år til 130.000 kr. Da prisen ved evalueringen blev medtaget for en 8 årig periode, giver det selvsagt en betydelig forskel i pris.

En sådan prisdifference giver ikke indklagede grund til at antage, at prisen i Olympus Danmark A/S' tilbud er unaturligt lav, f.eks. ved at den kun dækker en del af leverancen eller lignende. To øvrige tilbudsgivere tilbød således endnu lavere priser. Sådanne forskellige priser ser indklagede jævnlige, og de er jævnt hen udtryk for tilbudsgivernes forskellige tilbudsstrategier, eller i dette tilfælde tilbudsgivers tiltro til, hvor længe eget udstyr kan holde.

Klageren søger at sammenligne priserne for forsikringspræmie for reservedele med prisen for serviceoptioner. Angående service skulle de bydende tilbyde, ikke en forsikringspræmie, men priser for serviceaftaler dækkende forskellige grader af løbende servicering af det leverede udstyr. Prisen skulle gives for 1 stue. Her var klagerens pris 49.600 kr. mod Olympus Danmark A/S' pris 149.500 kr. Indklagede er forpligtet til at følge den evalueringsmodel, som er offentliggjort, og indklagede kunne derfor ikke lovligt have ganget prisen for serviceoptioner med 6.

Det er det samlede tilbud – og ikke tilbud på et underkriterium – som skal vurderes om er »unormalt lavt«. Den samlede tilbudssum fra Olympus Danmark A/S gav ikke anledning til en sådan vurdering. Tilbudsgivernes prissætning af optionerne er udtryk for forskellige tilbudsstrategier, og da Olympus Danmark A/S' tilbud ikke var i nærheden af at være »unormalt lavt«, var der ikke grundlag for at foretage yderligere undersøgelser af tilbudssummen.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at klageren flere gange i løbet af tilbudsfasen oplevede, at klagers spørgsmål ikke blev besvaret tilfredsstillende af indklagede, samt at indklagede ændrede udbudsbetingelserne væsentligt på baggrund af de andre tilbudsgivers spørgsmål. Eksempelvis bad klageren i spørgsmål 25 og 28 om en offentliggørelse af den pointtildeling, der vil blive anvendt af indklagede ved evaluering af de indkomne tilbud. Dette nægter indklagede at svare på. I spørgsmål 50 bad klageren indklagede præcisere, hvad udbuddet på dette tidspunkt nøjagtigt indeholder, da der har været en del modstridende informationer og forvirring hos tilbudsgiverne, hvilket de mange spørgsmål også bærer præg af. Indklagede ønsker imidlertid ikke at udarbejde en sådan oversigt. Alligevel udarbejdede indklagede efterfølgende, som besvarelse af spørgsmål 62, stillet af en anden tilbudsgiver, en sådan samlet oversigt.

Samlet set ses der at have været stor forskel på indklagedes lyst til at besvare spørgsmål stillet af klageren frem for de øvrige tilbudsgivere, hvilket er i strid med ligebehandlingsprincippet.

Klageren har stillet spørgsmålene 16-40 til indklagede. Efter afgivelse af disse spørgsmål blev klageren ringet op af Tom Knøfler fra indklagede, der meddelte, at han opfattede spørgsmålene som provokerende. Hele samtalen opfattede klageren som en klar opfordring til, at klageren trak de stillede spørgsmål tilbage. Klageren begrundede over for Tom Knøfler baggrunden for de enkelte stillede spørgsmål, der især var stillet af hensyn til klagerens prisfastsættelse og den manglende klarhed i udbudsmaterialet. Tom Knøflers reaktion herpå var, at han ikke mente, at man kom videre med samtalen, og herefter modtog klageren den meget sparsommelige besvarelse af sine spørgsmål.

Indklagede har gjort gældende, at alle skriftlige spørgsmål fra alle tilbudsgivere er besvaret skriftligt af indklagede. Der kan ikke opstilles noget krav om, at alle tilbudsgivere skal have lige positive svar på deres spørgsmål, som typisk er ønsker om ændring eller tilpasning af udbudsbetingelserne.

Det klare udgangspunkt er, at indklagede alene fastlægger, hvad det er, indklagede ønsker at indkøbe, og på hvilke betingelser. Det står således indklagede frit for, om indklagede vil imødekomme de ønsker fra tilbudsgiverne, som spørgsmålene er udtryk for, og indklagede er ikke forpligtet til på forhånd at definere kriterier for eller i øvrigt angive retningslinjer for, hvornår spørgsmål kan imødekommes. Indklagede må i den forbindelse selvsagt ikke ændre udbudsbetingelserne, således at enkelte tilbudsgivere på usagligt grundlag forfordes på bekostning af andre tilbudsgivere. Noget sådant har indklagede heller ikke gjort.

Indklagede har bestridt, at Tom Knøfler skulle have udtalt, at klagerens spørgsmål skulle være provokerende eller have opfordret klageren til at trække spørgsmålene tilbage. Den besvarelse, der blev givet på klagerens spørgsmål, var hverken mere eller mindre sparsommelig end svarene på de øvrige bydendes spørgsmål.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet som følge af indklagedes overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet skal annullere tildelingsbeslutningen.

Indklagede har gjort gældende, at der som anført ad påstand 2-8 ikke er konstateret forhold, der udgør overtrædelser, endsige alvorlige overtrædelser af udbudsreglerne, hvorfor der ikke er grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 2

Som anført i klagenævnets begrundelse for ikke at tillægge klagen opsættende virkning, er en ordregiver ikke forpligtet til i forbindelse med evalueringen af et tilbud at efterprøve tilbudsgiverens tekniske angivelser nærme-

re, medmindre der åbenbart er grund til at betvivle oplysningerne. Klagerens beregning af, at bæreevnen ikke var opfyldt, er foretaget på baggrund af oplysninger, som klageren har modtaget fra søjleproducenten og i øvrigt på baggrund af oplysninger fra flere forskellige dokumenter. De dokumenter, som klageren har anvendt, var ikke vedlagt Olympus Danmark A/S' tilbud. Tilbuddets indhold gav ikke grund til at betvivle, at kravene til bæreevnen var opfyldt. Derimod var det i tilbuddet udtrykkeligt oplyst, at kravene var opfyldt.

Klagerens påstand 2 tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Det fremgår af udbudsbetingelserne punkt. 4.8, at ordregiveren forbeholdt sig ret til at lade alle tilbudsgivere præsentere deres tilbud for sit kliniske og tekniske personale, at tilbudsgiverne ikke måtte præsentere udstyr, der ikke var omfattet af det afgivne tilbud, og at tilbudspræsentationen alene ville have karakter af oplysning om tilbuddet og teknisk afklaring. Det er ubestridt, at Olympus Danmark A/S til sin præsentation indleverede kameraet CH-S190-XZ. Det var også dette kamera, der fremgik af tilbuddets kravspecifikation og den vedlagte brochure. Som anført i klagenævnets begrundelse for ikke at tillægge klagen opsættende virkning var indklagede derfor efter omstændighederne berettiget til at anse tilbudskonfigurationens betegnelse af kameraet som et »OTV-S7ProH-HD-12E« for en skrivefejl, som indklagede kunne se bort fra.

Klagerens påstand 3 tages ikke til følge.

Ad påstand 4

Som anført i klagenævnets begrundelse for ikke at tillægge klagen opsættende virkning fremgår det af indklagedes evalueringsrapport, at der ved evalueringen efter underkriteriet »kvalitet og funktionalitet« er givet point inden for hele pointskalaen.

Klagerens påstand 4 tages ikke til følge.

Ad påstand 5

Som anført i klagenævnets begrundelse for ikke at tillægge klagen opsættende virkning er der ikke i tilbuddet fra Olympus Danmark A/S oplysninger, der har eller burde have givet indklagede grund til at antage, at den tilbudte pris på reservedelsoptionen kun omfattede én stue. Af den offentliggjorte evalueringsmodel fremgår, at prisen for serviceoptioner ville blive indregnet med den oplyste pris for én stue, og såvel klageren som den vindende tilbudsgiver har oplyst prisen sådan. Indklagede kunne således ikke lovligt have ganget prisen for serviceoptioner med 6.

Klagerens påstand 5 tages ikke til følge.

Ad påstand 6

Som anført i klagenævnets begrundelse for ikke at tillægge klagen opsættende virkning, er der ikke grundlag for at antage, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved besvarelsen af tilbudsgivernes spørgsmål.

Klagerens påstand 6 tages ikke til følge.

Ad påstand 9

Som følge af det, der er anført ad påstand 1 – 6, tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig