

K E N D E L S E

Roche Diagnostics A/S
(advokat Gitte Holtsø, København)

mod

Region Sjælland
(advokat Claus Berg, København)

Klagenævnet har den 8. april 2014 modtaget en klage fra Roche Diagnostics A/S (klageren).

Klageren har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Region Sjælland (indklagede) har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 2, svarskrift med bilag A, klagerens brev af 2. maj 2014, indklagedes brev af 26. maj 2014, klagerens brev af 28. maj 2014 med bilag 3 – 6, indklagedes brev af 6. juni 2014 samt e-mail-korrespondance mellem parterne af 10. og 11. juni 2014.

Indklagede har i sit svarskrift oplyst, at »indklagede ikke har tildelt Dako Denmark A/S den omtalte kontrakt«. I e-mail af 10. juni 2014 har indklage-

de oplyst, at »indklagede endnu ikke ... har tilendebragt de planlagte forhandlinger«.

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

»Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28 ved at tildele en kontrakt til Dako Denmark A/S om levering af immunhistokemisk analyseudstyr i henhold til proceduren udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelsen i henhold til udbudsdirektivets artikel 31, stk. 2, litra b, uanset at betingelserne for anvendelse af denne procedure ikke var opfyldt.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Indklagedes beslutning om at tildele kontrakt til Dako Denmark A/S om levering af immunhistokemisk analyseudstyr.«

Andre oplysninger i sagen:

Efter at klageren havde e-mailet med en bioanalytiker på Roskilde Sygehus, skrev indklagede den 9. december 2013 til klageren blandt andet:

»Da det nu er klart, at vi skal i udbud, vil det være uetisk af os, at kommunikere med mulige leverandører.

Så tusind tak for tilbuddet, men det må vente til den reelle udbudsrunde, så vi behandler alle mulige leverandører ens.«

Indklagede offentliggjorde den 25. marts 2014 bekendtgørelse nr. 2014/S 063-107252 med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed vedrørende et indkøb af »to immunhistokemiske analyseudstyr apparaturer, til udskiftning af eksisterende udstyr (fornyelse)«. I bekendtgørelsen står blandt andet:

»Del IV: Procedure

IV.1) Type procedure

...

Region Sjællands Patologiafdelinger er organisatorisk blevet slået sammen pr. 1.4.2014 og vil forventeligt fysisk blive samlet i løbet af 2018 på Køge Sygehus. I den forbindelse ønsker Patologiafdelingen i Roskilde, for nuværende, at indkøbe to immunhistokemiske analyseud-

styr apparaturer, til udskiftning af eksisterende udstyr (fornyelse). Dette indkøb ønskes placeret hos Dako Denmark A/S, Produktionsvej 42, 2600 Glostrup. De eksisterende DAKO systemer anvendes til immunhistokemiske analyser, der går på tværs af matriklerne Roskilde-Næstved-Slagelse, dvs. diagnostik indenfor: hud, øre/næse/hals, urologi, gynækologi, mave-tarm og hæmatologi og Region Sjælland ønsker således at lave supplerende leveringer fra den oprindelige leverandør. I samme ombæring ønsker Region Sjælland at kunne foretage supplerende køb til udvidelse af allerede foretagne leveringer af DAKO systemet, for at kunne honorere kravene til en ensretning af produktionen af immunhistokemiske analyser på tværs af matriklerne. Herved styrkes Patologis bidrag til hurtig diagnostik af kræftpakkeforløbene, hvorfor Region Sjælland ønsker at indgå en leveringsaftale på 3 år – gældende fra offentliggørelsen af denne profylakse. Der foretages en profylakse bekendtgørelse, da det er Region Sjælland vurderes at et leverandørskifte vil – på grund af teknisk beskaffenhed – vil medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse, jf. udbudsdirektivet art. 31, stk. 2, litra b.

...

Del V: Kontrakttildeling

...

V.3 Navn og adresse på den økonomiske aktør, som der er truffet afgørelse om at indgå kontrakt med

Dako Denmark A/S

Produktionsvej 42

2600 Glostrup

Danmark

...«

I udtalelse af 27. april 2014 fra ledende overbioanalytiker Majbritt Wagner-Eckert, der er ansat i patologiafdelingen hos indklagede, står:

»Konsekvenser af nedbrud på immunhistokemisk apparatur placeret på Patologiafdelingen Region Sjælland, afsnit Roskilde

Afdelingen råder over 6 immunhistokemiske apparaturer. De tre ældste apparaturer, anskaffet i årene 2005, 2006 og 2007 har siden april 2013 til d.d. i alt haft 13 nedbrud.

Reparationerne har taget op til 20 dage pr. nedbrud, hvilket betyder flaskehals indenfor immunhistokemisk analyseproduktion med øgede svar-tider til følge, hvilket er uholdbart af hensyn til rettidig kræftdiagnostik.«

Klageren har fremlagt materiale vedrørende Dako Denmark A/S' produkter Autostainer og Omnis. I »White Paper – Dako Omnis – Dynamic Gap Staining ... A New IHC Staining Technology« udgivet af Dako Denmark A/S står blandt andet:

»Summary

... During the design of the Dako Omnis solution, there was a strong focus on preventing common staining artifacts such as patchy staining, edge effects and air bubbles. The Dynamic Gap staining technology has overcome these staining artifacts with none of 56 closely examined tissue sections showing any signs of the aforementioned artifacts.

Staining Principles

...

Dynamic Gap Staining

To overcome drawbacks with current staining principles and to ensure consistent, high-quality IHC staining, a new staining technology, called Dynamic Gap, has been developed for and implemented in the Dako Omnis instrument. ...

...

Conclusions

...

During design of the Dako Omnis solution there was a strong focus on preventing staining artifacts that have been observed when using some of the current staining principles. These staining artifacts include top-to-bottom differences, patchy staining, edge effects, and air bubbles. The Dynamic Gap technology has overcome the factors that generate these common staining artifacts.«

I »2014 Catalog – Products & Services« udgivet af Dako Denmark A/S står blandt andet:

»New in 2014

...

New Products

...

Advanced Staining Solutions for IHC and ISH

One Supplier. Two choices.

Dako delivers a unique and flexible combination of advanced staining solutions: Dako Omnis and Autostainer Link. These solutions can be used independently or together, to help you meet the individual needs of your lab.

...

Advanced Staining Solutions

...

Introduction to the Advanced Staining Solutions

...

One Supplier. Two choices.

...

Dako Omnis is a generation ahead in IHC and ISH. Parallel or batch loading, the choice is yours. With an unmatched throughput and full automation, this is a true walk-away solution. A controlled onboard environment facilitates unattended overnight processing of patient cases.

Autostainer Link 48 is a compact, bench-top, open system that delivers the flexibility required in a research and clinical environment. Adaptable to your individual setup, and helps maximize productivity by the decoupled pre-treatment and the ability to run either large batches of up to 48 IHC slides, or mini batches.

...

Primary Antibodies (FLEX Ready-to-Use) (Dako Omnis)

...

The GA-Series FLEX Ready-to-Use Primary Antibodies listed in this section are packaged in Dako Omnis vials for use on Dako Omnis instruments, and can be used only with the EnVision™ FLEX system for Dako Omnis.«

I en pressemeddelelse af 4. marts 2013 fra Agilent Technologies Inc., moderselskab til Dako Denmark A/S, står blandt andet.:

»Dako Launches Advanced Staining Platform at Global Pathology Congress

...

This solution provides a breakthrough in addressing some of the hitherto unmet needs in the anatomic pathology lab...

...

With continuous loading, batch loading and overnight run options all available, Dako Omnis sets new standards for what customers can expect from an automated platform in terms of flexibility, capacity, efficiency and traceability of slides«

I en artikel offentliggjort på www.ing.dk (Ingeniøren den 28. oktober 2013) står blandt andet:

»Produktpris 2013: Nyt instrument analyserer kræftprøver på rekordtid

Automatiserede analyser af kræftvæv skærer procestiden ned fra 12-18 timer til bare 4 timer. Producenten Dako forventer salg af det nye instrument over hele verden.

...

Ved at flytte prøverne til processerne og ved at have dedikerede ladestationer til både prøver og reagenser opnår Dako Omnis en uset fleksibilitet. Både vævsprøver og reagenser kan modtages kontinuerligt, hvilket betyder, at brugerne ikke skal tilpasse sig instruments processer, men kan bruge Dako Omnis, så snart laboratoriet modtager nye prøver:

»Dette er nyt for den type instrumenter, og det sikrer, at vi kan have en kontinuerlig påsætning af nye vævsprøver. I de instrumenter, vi kender i dag, skal der fyldes en hel række vævsprøver ind i et rack, og i den tid processen kører, kan der ikke lægges nye vævsprøver ind. Men vores brugere er meget interesseret i at få et mere fleksibelt system,« forklarer udviklingsingeniør Nanna Dehlsen fra Dako.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har under henvisning til udbudsdirektivets artikel 28 gjort gældende, at artikel 31, stk. 2, litra b, kun finder anvendelse, hvis der er tale om supplerende leveringer, og et eventuelt leverandørskifte vil medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse. Artikel 31, stk. 2, litra b, er en undtagelsesbestemmelse, som skal fortolkes indskrænkende, jf. C-394/02, Kommissionen mod Grækenland, præmis 33.

Den påtænkte kontrakt angår ikke de samme produkter, som allerede er i brug hos indklagede, og Dako Denmark A/S er ikke for tiden leverandør til Roskilde Sygehus. Det fremgår tydeligt af de for klagenævnet fremlagte brochurer og artikler m.v. fra Dako Denmark A/S og selskabets moderselskaber, at Omnis er et nyt produkt, der teknisk væsentligt adskiller sig fra Autostainer. Omnis anvender en fundamentalt anderledes farveteknologi og adskiller sig fra hidtidige produkter ved måden, hvorpå vævsprøver kan indsættes i analyseapparatet. Dako Denmark A/S omtaler da også Omnis som »a generation ahead«, og det fremgår af Dakos produktkatalog, at Omnis og Autostainer er to forskellige løsninger. Endvidere tilbyder Dako en særlig linje af reagenser, der kun kan anvendes med Omnis. Omnis-apparaturer kan hverken anses som en erstatning for eller som en »supplerende leverance« i forhold til eksisterende Autostainer-apparaturer. Det forhold, at Omnis og Autostainer kan anvendes både individuelt og sammen,

ændrer ikke herved, da det blot er et udslag af, at produkterne kommer fra samme producent.

Et valg af en anden leverandør end Dako Denmark A/S vil ikke indebære et sådant leverandørskifte, som en ordregiver kan undgå med hjemmel i artikel 31, stk. 2, litra b; derimod vil tildeling af den pågældende kontrakt til Dako Denmark A/S netop medføre »teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder« set i forhold til det eksisterende udstyr. Selv hvis man på grund af den organisatoriske sammenlægning anser de tre afdelinger som en samlet enhed, har denne enhed for tiden tre leverandører, og et skifte til enten Leica Microsystems A/S eller klageren vil derfor ikke være et leverandørskifte – i hvert fald ikke i forhold til de leverancer, som disse varetager i dag.

Indklagede har ikke ved sine angivelser i udbudsbekendtgørelsen, som blot gengiver ordlyden af artikel 31, stk. 2, litra b, godtgjort, at et leverandørskifte vil medføre »teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse«, hvilket indklagede bærer bevisbyrden for, jf. C-337/05, Kommissionen mod Italien, præmis 58. Dette særligt henset til at der på nuværende tidspunkt sker en parallel anvendelse af klagerens og Dako Denmark A/S' udstyr på Slagelse Sygehus. Indklagedes reelle begrundelse er, at det vil være praktisk og fordelagtigt at ensrette indklagedes apparaturer. Et sådant »systemvalg« skal dog ske efter et offentligt eller begrænset udbud, hvor alle potentielle leverandører får mulighed for at deltage i udbudsprocessen.

Der vil givetvis være effektivitetsfordele ved at ensrette indklagedes anvendelse af analyseapparater, men disse fordele kunne også opnås ved valg af en anden leverandør end Dako Denmark A/S.

Det er for anvendelsen af artikel 31, stk. 2, litra b, uden betydning, om der er tale om et akut opstået behov, hvilket under alle omstændigheder bestrides.

Det er i henhold til klagenævnets praksis uden betydning, at indklagede eventuelt kunne have anvendt artikel 31, stk. 1, litra b. Sagen skal bedømmes på baggrund af den bestemmelse, som indklagede rent faktisk har anvendt, jf. klagenævnets kendelse af 2. oktober 2008.

Indklagede har gjort gældende, at betingelserne for udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse i henhold til udbudsdirektivets artikel 31, stk. 2, litra b, er opfyldt.

Den planlagte kontrakt drejer sig om indkøb af immunhistokemisk analyseudstyr, der avendes til diagnostik af blandt andet kræftsygdomme. Frem til 1. april 2014 havde indklagede tre patologiafdelinger, som anvendte immunhistokemisk analyseudstyr. Disse tre afsnit, der i dag fysisk er placeret i Roskilde, Næstved og Slagelse, forventes i 2018 at blive samlet på det nye universitetshospital i Køge. Pr. 1. april 2014 besluttede indklagede at sammenlægge sine patologiafdelinger til én organisatorisk enhed med tre afsnit under én samlet ledelse. Årsagen var en generel mangel på patologer, som er størst i det ydre Sjælland. Ved en organisatorisk sammenlægning til Roskilde kan indklagede udnytte, at det er nemmere at skaffe patologer hertil. Den iværksatte reorganisering har dog vist sig umulig at gennemføre som planlagt, da der er installeret analyseudstyr fra tre forskellige leverandører på de tre sygehuse (seks apparater fra Leica Microsystems A/S på Roskilde Sygehus, fire apparater fra Dako Denmark A/S på Næstved Sygehus, og på Slagelse Sygehus er der tre apparater fra Dako Denmark A/S og 2 apparater fra klageren). Det er således nødvendigt med en udskiftning af apparaterne fra Leica Microsystems A/S og klageren med apparater fra Dako Denmark A/S. I første omgang skal apparaturerne på Roskilde Sygehus udskiftes, da de er nødlidende på grund af deres alder og forringet service fra leverandøren.

Da apparaturerne fra Dako Denmark A/S – i modsætning til andre apparaturer på markedet, herunder klagerens – kan anvendes til optimal analyseproduktion på tværs af de tre patologiafsnit, sikres dels optimal ressourceudnyttelse til gavn for hurtig og rettidig kræftdiagnostik, dels en ensartet analysekvalitet, som er nødvendig, når samme patolog skal udføre diagnostik på analyser produceret på forskellige afsnit.

Apparaterne fra klageren forbliver indtil videre på patologiafsnittet i Slagelse, da disse primært anvendes til diagnosticering af brystkræft, hvilket kun foregår på dette afsnit, og som derfor ikke skal sendes til diagnostik på tværs af regionen.

Det vil på denne baggrund medføre »teknisk uforenelighed« eller »uforholdsmæssige store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse«,

såfremt udskiftning af det eksisterende udstyr fra Leica Microsystems A/S og klageren sker til andet end apparater fra Dako Denmark A/S. Den planlagte udskiftning indebærer, at prøver kan analyseres på en hvilken som helst af de tre nu organisatorisk samlede patologi-afdelinger, således at »flaskehalse« bedre undgås, og der sikres højere kvalitet.

Denne klagesag adskiller sig fra C-337/05, Kommissionen mod Italien, derved, at de af Dako Denmark A/S fremstillede apparater vil sikre en hurtig og forsvarlig diagnostik af kræftpakkeforløb og i snæver forstand understøtter behandlingen af patienter med alvorlige sygdomme. Der er således ikke tale om at nedbringe logistiske omkostninger og omkostninger til uddannelse m.v. ved et givent »systemvalg«.

Leveringen af Dako Denmark A/S' nye produkt Omnis er »supplerende leveringer«, da dette produkt er en del af den samme elektroniske platform som Autostainer, og de to produkter kan kommunikere med hinanden, ligesom de anvender de samme kemikalier, således at de kan levere de samme resultater og analyser. Omnis er således blot en videreudvikling af Autostainer. Artikel 31, stk. 2, litra b, indbefatter sådanne supplerende leverancer. I modsat fald gøres bestemmelsen illusorisk som følge af den produktudvikling, der pågår – ikke mindst i medicoindustrien – hvilket ville modvirke ordregiveres saglige og legitime behov for til enhver tid at sikre sig de bedst mulige produkter.

Samtidig er der tale om en supplerende leverance »fra den oprindelige leverandør« til den samme ordregiver, da den patologiske afdeling på Roskilde Sygehus fremover udgør en del af en samlet patologisk enhed.

Subsidiært gør indklagede gældende, at betingelserne for udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse i henhold til artikel 31, stk. 1, litra b, er opfyldt, da kontrakten kun kan overdrages til Dako Denmark A/S, der som eneste leverandør på markedet har udviklet et produkt med de fornødne tekniske egenskaber til opfyldelse af indklagedes specifikke behov. Da indklagede ikke har tilendebragt de planlagte forhandlinger med Dako Denmark A/S, er indklagede ikke afskåret fra at påberåbe sig denne bestemmelse.

Ad betingelserne for opsættende virkning:

Klageren har gjort gældende, at det følger af klagenævnets praksis, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt, hvis klageren vil lide uoprettelig skade, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. Dette vil ikke være tilfældet, hvis skadevirkningen af overtrædelsen kan afhjælpes ved at tillægge klageren erstatning.

Da indklagede ikke har udbudt kontrakten med Dako Denmark A/S, vil skadevirkningen for klageren ikke kunne afhjælpes ved erstatning.

Den påtænkte kontrakt mellem indklagede og Dako Denmark A/S angår ikke blot indkøb af to analyseapparaturer, men også yderligere analyseudstyr frem til den fysiske sammenlægning af de patologiske afdelinger i 2018.

Valget af udstyr påvirker også eftersalget af reagenser til en anslået værdi af 2,5-3 mio. kr. årligt, da indkøb af disse produkter beror på valget af udstyr. Disse produkter vil heller ikke blive udbudt som følge af indklagedes ulovlige direkte tildeling.

Af de nævnte grunde er klagerens interesse i at afklare, om der er begået en overtrædelse af udbudsreglerne stærkere, end indklagedes interesse i at indgå kontrakt med Dako Denmark A/S. Indklagede planlagde allerede i december 2013 at indkøbe udstyret, hvorfor indklagede har haft tilstrækkelig tid til at gennemføre et udbud. Samtidig har indklagede siden april 2013 været opmærksom på tekniske nedbrud, hvorfor der ikke kan være tale om et akut, uforudset og tvingende behov for indklagede. I forbindelse med beslutningsprocessen, hvorefter patologiafdelingerne er lagt sammen, har indklagede endvidere haft tilstrækkelig tid til at afdække behov og igangsætte en udbudsproces.

Indklagede har – uden hjemmel – truffet et valg af leverandør uden først at undersøge markedet og således uden at have et sagligt og objektivt grundlag for at træffe sit valg. Herved vil der uundgåeligt være en risiko for, dels at der ikke indkøbes den teknisk set bedste løsning til at sikre en effektiv kræftbehandling, dels at samfundets ressourcer ikke anvendes optimalt på et behandlingsområde, hvor alle midler tæller.

Udbudsreglerne skal sikre, at ordregivende myndigheder ikke blot vælger sin sædvanlige eller umiddelbart foretrukne leverandør, men rent faktisk af søger markedet for den mest optimale løsning.

En eventuel forsinkelse af indkøbet som følge af organisationsomlægningen skyldes alene indklagedes interne forhold, og der foreligger ikke legitime hastende grunde til at gennemføre indkøbet, inden klagesagen er afgjort.

Indklagede har gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed ikke er opfyldt. Det kan ikke afvises, at skadevirkningen af en eventuel overtrædelse kan afhjælpes ved brug af andre retsmidler, herunder erstatning, eller – for det tilfælde, at klagenævnet senere måtte annullere tildelingsbeslutningen – at indklagede herefter vil være afskåret fra at indgå kontrakt og dermed vil være nødsaget til at gennemføre et nyt udbud.

Den planlagte kontraktindgåelse er begrundet i patienthensynet. Anskaffelsen af de nye apparater indgår således som et led i den netop gennemførte omorganisering og skyldes hensynet til en hurtigere og mere effektiv diagnostik. Det er dokumenteret, at der er et presserende behov for at udskifte de ældste analyseapparater på Roskilde Sygehus meget hurtigt. Sådanne samfundshensyn vejer tungere end hensynet til klagerens interesse i sagen.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

»Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.«

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

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (»*fumus boni juris*«). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.

3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærker klagenævnet, at indklagede i sin bekendtgørelse af 25. marts 2014 angav, at indkøbet »ønskes placeret hos Dako Denmark A/S«, at de »eksisterende DAKO systemer anvendes til immunhistokemiske analyser, der går på tværs af matriklerne Roskilde-Næstved-Slagelse«, at indklagede »ønsker at lave supplerende leveringer fra den oprindelige leverandør« og i samme ombæring »at kunne foretage supplerende køb til udvidelse af allerede foretagne leveringer af DAKO systemet«. Det var indklagedes vurdering, »at et leverandørskifte... – på grund af teknisk beskaffenhed – vil medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse«.

Det fremgår af udbudsdirektivets artikel 28, at ordregivere alene i »de tilfælde og under de omstændigheder, der udtrykkeligt er nævnt i artikel ... 31, kan anvende udbud med forhandling ... uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse«.

Artikel 31 skal som en undtagelsesbestemmelse fortolkes indskrænkende, og det er indklagede, der har bevisbyrden for, at bestemmelsens betingelser er opfyldt i det konkrete tilfælde, jf. C-337/05, Kommissionen mod Italien, præmis 57 og 58.

Med indkøbet ønsker indklagede i første omgang at udskifte de seks Leica Microsystems A/S-apparaturer, der er installeret på Roskilde Sygehus, med to Omnis-apparaturer fra Dako Denmark A/S. Herudover ønsker indklagede som led i en ensretning af produktionen, og da indklagedes tre patologi-afdelinger forventes samlet på Køge Sygehus i 2018, at kunne »foretage supplerende køb til udvidelse af allerede foretagne leveringer af DAKO systemet«.

De påtænkte indkøb vil herved ikke udelukkende være »supplerende leveringer fra den oprindelige leverandør til delvis fornyelse af sædvanlige leveringer eller installationer eller til udvidelse af allerede foretagne leveringer eller installationer« i henhold til artikel 31, stk. 2, litra b. Indklagede foretager ved indkøbet, hvorved apparaturer fra først Leica Microsystems A/S og senere fra klageren udskiftes med apparaturer fra Dako Denmark A/S, snarere et »systemvalg« på tværs af indklagedes hospitaler.

Efter det anførte er det derfor umiddelbart klagenævnets vurdering, at påstand 1 vil blive taget til følge. Under hensyn til karakteren af overtrædelsen vil der være grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Dako Denmark A/S, jf. klagerens påstand 2.

Betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) for at tillægge klagen opsættende virkning er herefter opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at da indklagede ikke har udbudt kontrakten med Dako Denmark A/S, vil skadevirkningen for klageren ikke kunne afhjælpes ved erstatning. Betingelsen nr. 2 er derfor også opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 3 (*interessevejning*) bemærker klagenævnet, at indklagede har understreget fordelene ved det planlagte indkøb, herunder at risikoen for »flaskehalse« og nedbrud sænkes, og at kvaliteten af de diagnostiske svar sikres. En interesseafvejning medfører dog efter det foreliggende – af de af klageren anførte grunde – at klagerens interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, vejer tungere end indklagedes interesse i at kunne fortsætte den proces, indklagede har iværksat med henblik på, at der indgås kontrakt. Betingelse nr. 3 er derfor også opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for at tillægge klagen opsættende virkning opfyldt.

Klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Afgørelsen om opsættende virkning betyder, at indklagede må ikke underskrive kontrakt med Dako Denmark A/S.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges opsættende virkning.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig