

K E N D E L S E

Arthrex Danmark A/S  
(advokat Måjse Jarlov, Hellerup)

mod

Region Midtjylland  
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 220-400744 af 11. november 2016, udbød Region Midtjylland som offentligt udbud en kontrakt vedrørende levering af pumpe- og shaverudstyr til brug ved artroskopi med tilhørende udstyrsafhængige forbrugsvarer. Kontrakten blev udbudt som en 4-årig rammeaftale med henblik på kontraktindgåelse med 3 leverandører.

Den 1. maj 2017 indgav Arthrex Danmark A/S (herefter Arthrex) klage til Klagenævnet for Udbud over Region Midtjylland. Arthrex fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Efter modtagelsen af svarschrift, replik og duplik, besluttede klagenævnet at afgøre sagen uden at tage stilling til anmodningen om opsættende virkning. Klagenævnet har orienteret parterne herom.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Arthrex har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med udbudsloven, herunder ligebehandlings- og gennem-

sigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 samt § 159, ved ikke at have foretaget en evaluering af tilbud i forhold til underkriteriet ”Den samlede økonomiske konsekvens/Økonomi”, som er i overensstemmelse med angivelsen i det offentliggjorte udbudsmateriale.

Påstand 2:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med udbudsloven, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 samt § 160, ved at have offentliggjort et udbudsmateriale, som er uigennemsigtigt og ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på den udbudte rammeaftale.

Påstand 3:

Klagenævnet for Udbud skal annullere Region Midtjyllands udbudsforretning som helhed, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Påstand 4 (subsidiær til påstand 3):

Klagenævnet for Udbud skal annullere Region Midtjyllands tildelingsbeslutning af 19. april 2017, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 3.”

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

Sagens nærmere omstændigheder:

Det fremgår af udbudsbetingelsernes afsnit 1.21., at det økonomisk mest fordelagtige tilbud ville blive identificeret ved anvendelse af tildelingskriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet” med underkriterierne ”Den samlede økonomiske konsekvens/Økonomi” (vægtning 30 %) og ”Kvalitet og funktionalitet” (vægtning 70 %), og at den endelige, samlede evaluering ville ske ved brug af en prismodel på baggrund af en gennemsnitspris.

I udbudsbetingelsernes afsnit 1.21.1 ”Den samlede økonomiske konsekvens/Økonomi” er anført følgende:

”Evalueringsprisen beregnes på baggrund af prissætning i tilbuddene angivet i Kontraktbilag 3. Evalueringsprisen vil blive beregnet på baggrund af nedenstående formel:

$p = \text{pris}$

$$\text{Evalueringspris} = p(\text{tilbudskonfiguration}) + p(\text{reservedelsforsikring}) + 736 * (2 * p(\text{shaverblad}) + 184 * p(\text{dagsæt}) + 552 p(\text{patientsæt})[ ] ]$$

Tallene benyttet i formlen er en gennemsnitsbetragtning på hvor mange shaverblade og slangesæt som benyttes i udstyrets forventede levetid (8 år). Ordregiver gør opmærksom på, at alt afhængig hvilken afdeling som gør brug af aftalen, så vil der kunne være et markant større eller mindre aftræk af forbrugsvarer i udstyrets levetid.

Følgende elementer indgår i beregningen:

- Anskaffelsespris udstyr  
(Beregnet som tilbudskonfiguration som angivet i Kontraktbilag 3.1)
- Reservedelsoptioner  
(Beregnet som angivet i Kontraktbilag 3.3)
- Anskaffelsespris forbrugsvarer  
(Baseret på det i Kontraktbilag 3.5 estimerede forbrug)

Vurderes på baggrund af besvarelserne i tilbudsskemaet (prisbilaget), jf. Kontraktbilag 3.”

Af Region Midtjyllands udkast til kontrakt, afsnit 8.1.2 ”Forbrugsvarer” fremgår blandt andet:

”Kontrakten omfatter option på levering af forbrugsvarer som angivet i Kontraktbilag 3.5.

Forpligtelsen til at levere forbrugsvarer gælder indtil 10 år efter levering af sidst leverede udstyr iht. Kontrakten.”

Af udbudsbetingelsernes afsnit 1.19 ”Optioner” fremgår blandt andet:

”Udbuddet omfatter følgende option, som skal prissættes i kontraktbilag 3:

- Reservedelsoptioner

Ordregiver gør opmærksom på, at alle ovennævnte optioner skal prissættes særskilt. Er alle optioner ikke prissat særskilt, vil det medføre, at ordregiver vil være forpligtet til at se bort fra tilbuddet som værende ukonditionsmæssigt.

Der henvises til definitionerne og beskrivelserne af de enkelte optioner i Kontrakt- bilag 3.”

I kontraktbilag 3.1 ”Tilbudskonfiguration” er blandt andet anført følgende:

”Tilbudskonfiguration, der er nødvendig for at opfylde alle A-krav

<u>Vare nr.</u>	<u>Varebeskrivelse</u>	<u>Antal</u>	<u>Pris (DKK)</u>	<u>Evt. bemærk- ninger</u>

...

Samlet pris for tilbudskonfiguration                      0

Prissætning af tilbagekøb af eksisterende udstyr. Tilbudsgiver skal basere sit tilbud på de oplysninger, der fremgår af kravspecifikationen Kontraktbilag 1 om anskaffelsesår, fabrikat, version, konfiguration, væsentlige opdateringer/opgraderinger, samt hvorvidt udstyret er funktionsdueligt og på eventuelle forhold observeret på besigtigelse.

--	--	--	--	--

”

Af kontraktbilag 3, 3.3 ”Reservedelsoptioner” fremgår blandt andet:

”Udbuddet omfatter optioner på reservedele i hele udstyrets levetid. Leverandøren skal afgive tilbud på reservedelsoptioner og - vilkår, jf. kontraktbilag Vilkår for reservedelsforsikring.

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

Reservedelsforsikringer skal prissættes pr. år.

Leverandøren skal angive alle reservedele der koster over det angivne beløb i DKK pr. stk. ved tilbudsfristen. Leverandøren skal oplyse evt. varenummer, varebetegnelse, årlig forsikringspræmie, anskaffelsespris ved tilbudstidspunktet samt estimeret levetid.

Forsikringspræmien indregnes i totaløkonomien. Forsikringspræmien indregnes med 7 årlige rater (svarende til udstyrets forventede brugstid fratrukket afhjælpningsperioden).

For den øvrige del af udstyret ønskes forsikringsprisen udtrykt som en samlet reservedelsforsikring som en præmie. Denne forsikringspræmie indregnes ligeledes i totaløkonomien med 7 årlige rater.

Reservedelsforsikringer skal kunne tegnes for alle samlet eller enkeltvis, når som helst ordregiver ønsker det. Vilkår og prisregulering i henhold til udbudsbetingelser og Bilag Vilkår for reservedelsforsikring.

Leverandøren skal angive en samlet, årlig forsikringspræmie for alle de øvrige reservedel[e], der på [tilbudstidspunktet] koster under det angivne beløb i DKK pr. stk. ved ti[l]budsfristen.

...

Enhver reservedel skal således enten være listet med individuel forsikringspræmie for den enkelte komponent eller være omfattet af den samlede, årlige forsikringspræmie for øvrige reservedele.

Hvor intet andet fremgår eksplicit, gælde[r] de i punkt 1.19 anførte driftsforudsætninger for samtlige reservedelsoptioner og skal dermed være indeholdt i Leverandørens prissætning heraf.”

Det ark i kontraktbilaget, hvor reservedelsoptionerne kunne anføres, indeholder følgende hjælpetekst:

”Pris på reservedele over DKK 5000,- ekskl. moms samt årlig forsikringspræmie herfor oplyses i tabellen nedenfor.

...

For den øvrige del af udstyret ønskes forsikringsprisen udtrykt som en samlet reservedelsforsikring som én præmie.”

Kontaktbilag 3, 3.5 om forbrugsvarer indeholder blandt andet følgende hjælpetekst:

”Tilbudsgiver skal i nedenstående ark, udfylde de hvide felter, med de forbrugsvarer som skal benyttes i forbindelse med artro[s]kopi med det tilbudte udstyr. Ordregiver beder tilbudsgiver om at sammensætte et sortiment af bløddelshavere og knoglefræser til brug ved de forskellige procedurer.”

Af tilbudslisten umiddelbart neden for hjælpeteksten fremgår, at tilbudsgiverne skulle oplyse den tilbudte enhedspris for ”dagsæt (slangesæt som kun

skiftes dagligt)”, ”patientsæt (slangesæt som skiftes for hver patient)”, ”shaverblade til artroskopi i ankel” og ”shaverblade til artroskopi i hofte”.

I tilbudsfasen blev der stillet og besvaret en række spørgsmål til udbudsmaterialet. Af kontraktbilag 4 – spørgsmål og svar til udbudsmaterialet fremgår blandt andet følgende:

”

<u>Nr.</u>	<u>...</u>	<u>Spørgsmål</u>	<u>Svar</u>	<u>...</u>
7	...	Hvor mange pumpe og shaversystemer forventes det at der vil blive købt på denne rammeaftale?	Ordregiver forventer at der vil blive indkøbt ca. 20 pumpe og shaversystemer i rammeaftalens 4-årige løbetid til hele Region Midtjylland.	...
9	...	Vedr. kontraktbilag 3-3.1. Hvad menes med tilbagekøb af eksisterende udstyr?	Såfremt tilbudsgiver ønsker at tilbagekøbe den pågældende afdelings gamle udstyr, i forbindelse med udskiftning, vil der være mulighed herfor, mod reduktion i anskaffelsesprisen.	...

”

Region Midtjylland modtog tilbud fra følgende virksomheder:

Arthrex Danmark A/S  
 ConMed Denmark ApS  
 Johnson & Johnson, a division of Janssen-Cilag A/S  
 Smith & Nephew A/S  
 Stryker Denmark, filial af Stryker AB, Sverige

Af det udfyldte kontraktbilag 3, 3.1 i Arthrex' tilbud fremgår blandt andet, at Arthrex tilbød en pris for tilbagekøb på 20.000 kr. ”Pr. Sæt bestående af 1 shaver konsol og 1 Pumpe og alle tilhørende”.

Region Midtjylland meddelte ved mail af 19. april 2017, at Arthrex ikke var blevet tildelt kontrakten. Af evalueringsnotatet, som var vedhæftet mailen til Arthrex, fremgår, at regionen agtede at tildele rammeaftalen til Stryker Denmark, filial af Stryker AB, Sverige (herefter Stryker Denmark), Smith

& Nephew A/S og Johnson & Johnson, a division of Janssen-Cilag A/S (herefter Johnson & Johnson) således at træk på rammeaftalen som udgangspunkt ville blive placeret hos Stryker Denmark, medmindre en konkret klinisk og teknisk vurdering fører til, at en af de to andre leverandøres udstyr bedre imødekommer det specifikke kliniske behov til den specifikke operationstype.

Af evalueringsnotatet fremgår endvidere, at de tre bedst placerede tilbudsgivere opnåede følgende samlede evalueringsbeløb:

Stryker Denmark – samlet omregningspris: 301.850 kr.

Smith & Nephew A/S – samlet omregningspris: 313.790 kr.

Johnson & Johnson – samlet omregningspris: 330.861 kr.

Arthrex opnåede et samlet beløb på 369.377 kr. og blev dermed nr. 4 i den samlede evaluering.

Den 24. april 2017 sendte Arthrex en mail til regionen og gjorde opmærksom på, at regionen ikke havde medregnet den tilbagekøbspris på 20.000 kr., som Arthrex havde tilbudt.

Region Midtjylland besvarede Arthrex' henvendelse ved mail af 27. april 2017. Af mailen fremgår blandt andet:

”Arthrex samlede evalueringsbeløb ville, med medtagelse af tilbagekøbsprisen blive 363.377 kr. i stedet for 369.377 kr.

Det har således ikke haft betydning for udfaldet af udbuddet, da resultatet ville have været det samme, hvis tilbagekøbsprisen havde indgået i beregningen. Arthrex ville stadig have fået samme placering. For en eventuel tilbagekøbspris fra de øvrige tilbudsgivere, ville i så fald, kun kunne have positiv påvirkning på deres tilbud.”

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Arthrex har gjort gældende, at Region Midtjylland har foretaget en evaluering af tilbud i forhold til underkriteriet ”Den samlede økonomiske konsekvens/Økonomi”, som ikke er i overensstemmelse med angivelsen i Region Midtjyllands udbudsmateriale.

Arthrex opfattede Region Midtjyllands besvarelse af spørgsmål 9 som en understregning af, at en tilbudsgivers angivelse af en tilbagekøbspris ville medføre en reduktion af anskaffelsesprisen, hvilket i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes pkt. 1.21 tilsvarende ville føre til en reduktion af evalueringsprisen.

Region Midtjylland har ikke i anskaffelsesprisen indregnet den af Arthrex tilbudte pris for tilbagekøb af Region Midtjyllands eksisterende shaver med pumpe på 20.000 kr. pr. styk.

Da Region Midtjylland ifølge det offentliggjorte udbudsmateriale og som yderligere præciseret under spørgsmål/svar er forpligtet til at vægte den tilbudte pris for tilbagekøb, har Region Midtjylland overtrådt udbudsreglerne, herunder udbudslovens § 2 og § 159, ved ikke at inddrage denne tilbudspris under evalueringen.

Region Midtjylland har gjort gældende, at regionen hverken har været berettiget eller forpligtet til at indregne tilbagekøbsprisen i tilbudsvurderingen, dels fordi der var tale om en frivillig option, som tilbudsgiverne dermed ikke havde pligt til at tilbyde, dels fordi tilbudsgiverne havde en berettiget forventning om, at tilbagekøbsprisen ikke indgik i tilbudsvurderingen, idet det i udbudsmaterialet hverken var oplyst eller indikeret, at denne frivillige option ville indgå i tilbudsvurderingen.

Hverken udbudsbetingelserne eller kravspecifikationen omtaler muligheden for at købe Region Midtjyllands eksisterende udstyr. Muligheden for at tilbagekøbe det eksisterende udstyr fremgår alene af kontraktbilag 3, 3.1, hvor der åbnes mulighed for at tilbyde en pris herpå. Der har således med al tydelighed ikke været tale om en ydelse, der var væsentlig for Region Midtjylland, og som var en forudsætning for afgivelse af tilbud. Denne naturlige forståelse af udbudsmaterialet bekræftes af Region Midtjyllands besvarelse af spørgsmål 9.

Det følger forudsætningsvis af klagenævnspraksis, at der ikke består nogen pligt til at inddrage frivillige optioner i tilbudsvurderingen, jf. til eksempel kendelse af 29. august 2007, Sectra A/S mod Region Syddanmark.

Det følger endvidere af denne praksis, at hvis en frivillig option ønskes inddraget i tilbudsvurderingen, skal dette være udtrykkeligt angivet i udbuds-



materialet, idet der i modsat fald er risiko for, at tilbudsvurderingen sker på et uensartet grundlag i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

I overensstemmelse med Region Midtjyllands intentioner om, at den frivillige option ikke skulle indgå i tilbudsvurderingen, har Region Midtjylland naturligvis ikke i sit udbudsmateriale beskrevet, at tilbagekøbsprisen ville indgå i tilbudsvurderingen, og Region Midtjylland var således med støtte i den ovenstående praksis utvivlsomt ikke berettiget til at inddrage tilbagekøbsprisen i tilbudsvurderingen.

Udbudsbetingelsernes pkt. 1.21.1 og den her angivne formel for beregning af evalueringsprisen omtaler ikke med ét ord tilbagekøbsprisen, og det er dermed åbenbart, at Region Midtjylland hverken kunne eller skulle inddrage tilbagekøbsprisen i tilbudsvurderingen.

Region Midtjylland havde givet tilbudsgiverne mulighed for at oplyse tilbagekøbsprisen i kontraktbilag 3, 3.1, hvori også prisen for den tilbudte tilbudskonfiguration skulle angives. Der er tale om to særskilte tabeller, og tilbagekøbsprisen indgår ikke i beregningen af den tydeligt markerede ”Samlet pris for tilbudskonfiguration”. At der ikke skete en indregning af den tilbudte tilbagekøbspris i ”Samlet pris for tilbudskonfiguration” var yderligere tydeliggjort for tilbudsgiverne derved, at beløbet for ”Samlet pris for tilbudskonfiguration” automatisk blev genereret ved udfyldelse af de øvrige felter i bilaget. Det var også herved klart for tilbudsgiverne, at den angivne pris i kontraktbilag 3, 3.1 i skemaet for tilbagekøb af eksisterende udstyr ikke blev indregnet i prisen for tilbudskonfigurationen.

Arthrex har således ikke på baggrund af formuleringen af udbudsmaterialet eller svaret på det konkrete spørgsmål om det eksisterende udstyr haft en berettiget forventning om, at Region Midtjylland ville inddrage en eventuel tilbudt tilbagekøbspris i tilbudsvurderingen.

Baggrunden for, at Region Midtjylland valgte ikke at inddrage tilbagekøbspriserne i tilbudsvurderingen, var, at en stor del af det af Region Midtjylland anvendte udstyr ikke var ejet af Region Midtjylland, og at der derfor kun ville være tale om en begrænset tilbagekøbsmulighed. En inddragelse af tilbagekøbsprisen bør således ikke påvirke tilbudsvurderingen og er tværtimod egnet til at fordreje den. Endvidere påvirker en eventuel tilbage-

købspris ikke Region Midtjyllands direkte omkostninger til anskaffelse af pumpe- og shaverudstyr samt forbrugsvarer hertil, og tilbagekøbsprisen indgår dermed heller ikke naturligt i denne prisvurdering.

### Ad påstand 2

Arthrex har vedrørende påstand 2 overordnet gjort gældende, at Region Midtjylland har udformet sit udbudsmateriale på en måde i forhold til underkriteriet ”Den samlede økonomiske konsekvens/Økonomi”, som er uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på den udbudte rammeaftale.

Region Midtjylland har vedrørende påstand 2 overordnet bestridt, at den anvendte model for vurderingen af underkriteriet ”Den samlede økonomiske konsekvens/økonomi” ikke skulle være egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

### *Nærmere ad anskaffelsespris udstyr*

Arthrex har gjort gældende, at det følger af kontraktbilag 3, 3.1 Tilbudsconfiguration, at tilbudsgiverne skal oplyse deres enhedspris på de tilbudte shaverkonsoller inklusive nødvendigt tilhørende udstyr til den tilbudte løsning. Arthrex har således i sit tilbud oplyst sin enhedspris for shaverkonsoller, pumpe, pedaler samt en pumpefjernbetjening, som udgør nødvendige elementer i Arthrex’ tilbudte løsning. Ud over oplysning om varenr., varebetegnelse, pris og eventuelle bemærkninger har Arthrex i tilbudsarkets felt betegnet ”Antal” oplyst, at den tilbudte enhedspris er udtryk for Arthrex’ stykpris, hvor Arthrex har oplyst antallet 1.

Ifølge Region Midtjyllands evalueringsmetode indgår den tilbudte anskaffelsespris ved opgørelse af den tilbudte økonomi alene med den tilbudte enhedspris, dvs. tilbudsgiverens enhedspris for køb af en samlet løsning inklusive nødvendigt tilbehør.

Region Midtjylland oplyste ved sin besvarelse af spørgsmål 7, at ”ordregiver forventer at der vil blive indkøbt ca. 20 pumper og shaversystemer i rammeaftalens 4-årige løbetid til hele Region Midtjylland.” Region Midtjylland begrundede i sin besvarelse af spørgsmål 19 antallet med, at der historisk havde været et behov for 5 udskiftninger af henholdsvis shavere og

pumper om året, og at Region Midtjylland forventede en tilsvarende udskiftningsfrekvens fremover.

Region Midtjyllands forventede indkøbsvolumen på 20 stk. shavere og konsoller er imidlertid ikke reflekteret i Region Midtjyllands tilbudsevaluering.

Region Midtjylland har gjort gældende, at Region Midtjylland ved fastlæggelsen af sin evalueringsmodel valgte, at evalueringsprisen skulle være udtryk for de samlede totalomkostninger forbundet med anskaffelsen og brugen af et indkøbt udstyr i hele udstyrets levetid. Evalueringsprisen skulle således ikke blot bestå af anskaffelsesprisen for selve udstyret, men også samtlige reservedele og de forbrugsvarer, som udstyret benytter i sin levetid. Region Midtjylland vurderede, at dette var den mest hensigtsmæssige metode til sikring af, at tilbudsgiverne ikke blot dumpede prisen på enten en bestemt forbrugsvare eller udstyrets pris, samtidig med at tilbudsgiverne herved sikredes fuld gennemsigtighed dels i forhold til beregningen af evalueringsprisen, dels i forhold til det faktisk forventede, samlede indkøb forbundet med indkøbet af hvert enkelt stykke udstyr under rammeaftalen.

Region Midtjylland har klart beskrevet sin evalueringsmodel i udbudsbetingelserne og i kontraktbilagene. Det fremgik af beskrivelsen, at evalueringsprisen var baseret på prisen for 1 stk. udstyr inklusiv reservedele og forbrugsvarer, og regionen har således også levet op til sin forpligtelse til at beskrive sin evalueringsmetode i udbudsmaterialet, jf. udbudslovens § 160.

Region Midtjylland har valgt at lade anskaffelsesprisen for udstyret indgå med prisen for 1 stk., dels som følge af, at det eksakte træk på rammeaftalen i sagen natur ikke kendes på forhånd, dels som følge af, at det ikke har indflydelse på vurderingen, om den foretages på baggrund af prisen for 1 stk. udstyr eller prisen for 20 stk. udstyr.

#### *Nærmere ad Reservedelsoptioner*

Arthrex har gjort gældende, at det følger af kontraktbilag 3, 3.3 ”Reservedelsoptioner”, at tilbudsgiveren heri skal angive reservedele/komponenter, som har en pris på over 5.000 kr., samtidig med at tilbudsgiveren skal oplyse sin pris for en reservedelsforsikring. Det fremgår endvidere af bilaget, at de tilbudte reservedelsoptioner indgår i totaløkonomien med 7 rater. Endelig fremgår det af Region Midtjyllands udbudsbetingelser pkt. 1.17, at alene

prisen for den tilbudte reservedelsforsikring inddrages i Region Midtjyllands offentliggjorte formel. Dette må betyde, at tilbud, som indeholder reservedele, der er dyrere end 5.000 kr., og som kan tilbyde en reservedelsforsikring, belastes med forsikringsomkostningerne under tilbudsevalueringen. En tilbudsgiver, som tilbyder reservedele til en pris, som overstiger 5.000 kr. uden samtidig at tilbyde en reservedelsforsikring, belastes derimod ikke af omkostninger til reservedele.

Da modellen for evaluering af de tilbudte priser for reservedelsoptioner indebærer en klar forskelsbehandling af tilbudsgiverne og ikke belaster alle de indkomne tilbud på en ensartet måde, er modellen uegnet til at evaluere de indkomne tilbud på et ensartet grundlag i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Region Midtjylland har bestridt, at modellen for evaluering af de tilbudte priser for reservedelsoptioner indebærer en forskelsbehandling af tilbudsgiverne. Arthrex synspunkt beror på den antagelse, at der efter udbudsmaterialet skulle bestå en valgfrihed for tilbudsgiverne i forhold til, om de vil tilbyde en reservedelsforsikring. Dette er imidlertid i direkte modstrid med ordlyden af udbudsbetingelsernes pkt. 1.19, hvorefter enhver reservedel enten skal være listet med individuel forsikringspræmie for den enkelte komponent eller være omfattet af den samlede årlige forsikringspræmie for øvrige reservedele.

Udbudsmaterialet efterlader således ingen tvivl om, at der var en pligt for tilbudsgiverne til at tilbyde reservedelsforsikringer. Da disse reservedelsforsikringer endvidere i henhold til evalueringskriteriet i udbudsbetingelsernes pkt. 1.21.1 utvivlsomt skulle indregnes og også er indregnet i evalueringsprisen, er det herved sikret, at reservedelsoptionerne indgår på lige fod ved vurderingen af alle tilbudsgivernes tilbud. Der opstår derfor heller ikke risiko for, at der ved vurderingen af de tilbudte priser på reservedelsoptionerne sker en forskelsbehandling af tilbudsgiverne.

#### *Ad anskaffelsespris forbrugsvarer*

Arthrex har gjort gældende, at da Region Midtjylland for så vidt angår den tilbudte pris for forbrugsvarer har indarbejdet et estimeret forbrug i den formel, som danner grundlag for evaluering af den tilbudte pris, er det særdeles misvisende, at Region Midtjylland har undladt dels at vægte det op-

gjorte estimat på indkøb af 20 stk. shavere og pumper, dels at opgøre et tilsvarende estimat for det forventede omfang af tilbagekøb.

Årsagen til, at Region Midtjylland har valgt ikke at inddrage den tilbudte pris for tilbagekøb af ét sæt shaverkonsol med pumpe under den økonomiske tilbudsvurdering, er efter Arthrex' opfattelse netop det forhold, at det ville være misvisende alene at vægte den tilbudte stykpris uden at sammenholde prisen med et estimeret volumen for tilbagekøb. Det er Region Midtjyllands ansvar at tilrettelægge en udbudsproces og offentliggøre en evalueringsmetode, der er egnet til at identificere det bedste tilbud på rammeaftalen. Denne forpligtelse har Region Midtjylland forbrudt sig mod i væsentlig grad, idet Region Midtjylland har tilrettelagt en skæv økonomisk vurdering i den forstand, at visse enhedspriser i form af anskaffelsesprisen for forbrugsvarer og muligvis tillige reservedelsoptioner er indgået i den økonomiske beregning med et offentliggjort estimeret volumen, hvorimod enhedspriserne for tilbudskonfiguration og tilbagekøb alene er vægtet med en stykpris, uagtet at disse produkter tillige skal indkøbes i flere eksemplarer under rammeaftalens 4-årige løbetid.

I evalueringen af den tilbudte pris for forbrugsvarer inddrager Region Midtjylland anskaffelsesprisen for forbrugsvarer, som ikke vil kunne indkøbes under rammeaftalen som følge af rammeaftalens udløb. Forudsat de udbudte shaverkonsoller (20 styk) købes umiddelbart efter rammeaftalens indgåelse, vil forbrugsvarer til disse produkter alene kunne købes til de første 4 år af produktets levetid. Det er derfor misvisende, at Region Midtjyllands evalueringsmetode inddrager forbrugsvarer for en periode på 8 år, uagtet tilbudsgiverne alene kan levere forbrugsvarer under rammeaftalen i 4 år.

Mens Region Midtjyllands evalueringsmodel tager afsæt i en levetid på 8 år, fremgår det modsat af rammeaftalens pkt. 8.1, at den vindende tilbudsgivers forpligtelse til at levere forbrugsvarer gælder i indtil 10 år efter levering af sidste leverede udstyr under rammeaftalen. Der er derfor ikke konsistens mellem den kontraktuelle forpligtelse til at levere forbrugsvarer i 10 år og evalueringsmetoden, hvorefter der alene evalueres på prisen for forbrugsvarer i en 8 årig periode.

Det fremgår af kontraktens pkt. 8.1, at kontrakten omfatter option på levering af forbrugsvarer som angivet i kontraktbilag 3.5. Det fremgår ikke af

udbudsmaterialet i øvrigt, herunder udbudsbekendtgørelsen, at levering af forbrugsvarer har karakter af en option. Den modstridende angivelse i form af en manglende konsekvent angivelse af forbrugsvarer som en option indebærer, at udbudsmaterialet tillige på dette punkt er særdeles uklart og uegnet til at danne grundlag for en lovlige konkurrence i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Region Midtjylland har bestridt, at det skulle være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet at tilbudskonfigurationen/udstyret alene indgår i vurderingen med en stykpris, mens forbrugsvarerne (shaverblade og dags-/patientsæt) indgår i tilbudsvurderingen på baggrund af det faktisk forventede forbrug, og at dette skulle føre til, at der er sket en skævvridning i vurderingen af de enkelte elementer, der indgår ved vurderingen af økonomikriteriet.

Evalueringsprisen skal afspejle de samlede totalomkostninger forbundet med anskaffelsen og brugen af det indkøbte udstyr i hele det pågældende udstyrs levetid. Regionen foretog derfor en beregning af det gennemsnitlige antal forbrugsvarer (shaverblade og dags-/patientsæt) i ét udstyrs levetid og lagde dette ind i formlen for beregningen af evalueringsprisen. Evalueringsformlen udtrykker således den samlede anskaffelsessum for ét stykke udstyr inklusiv alle de reservedele og forbrugsvarer, der indgår i brugen af det pågældende udstyrs i hele dets levetid. Der er således fuld overensstemmelse mellem det forhold, at det er prisen for ét stykke udstyr, der er indgået i tilbudsvurderingen, samtidig med, at hele den estimerede mængde af forbrugsvarer, der indgår i brugen af det ene stykke udstyr i udstyrets forventede levetid på 8 år, indgår i samme vurdering.

Det fremgår af kontraktudkastets pkt. 8.1, at leverandøren på rammeaftalen har en forpligtelse til at levere forbrugsvarer i ”indtil 10 år efter levering af sidst leverede udstyr iht. Kontrakten”. Med rammeaftalens forpligtelse til at levere forbrugsvarer i 10 år efter, at det sidste udstyr på rammeaftalen måtte være leveret, vil behovet for forbrugsvarer til det enkelte udstyr i dets forventede levetid på 8 år således være dækket, uanset hvornår i rammeaftalens løbetid, dette indkøb af udstyr måtte blive foretaget. Da den forventede, gennemsnitlige levetid af det enkelte udstyr er 8 år, må evalueringsmodellen - for at kunne identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud - også fastsættes ud fra denne gennemsnitlige levetid.

Den kontraktuelle forpligtelse til potentielt at levere forbrugsvarer i 10 år efter udstyrets levering er derimod alene fastsat af hensyn til at kunne anvende udstyr, der konkret måtte få en længere levetid end de gennemsnitlige 8 år. Det forhold, at den kontraktuelle forpligtelse til at levere forbrugsvarer konkret kan udstrækkes til at gælde i 10 år, har således heller ingen indflydelse på selve evalueringsmodellen og herunder modellens egnethed til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Det er en oplagt skrivefejl, at regionen i kontraktudkastets pkt. 8.1.2 har beskrevet forpligtelsen til at levere forbrugsvarer som en option. Leveringen af forbrugsvarer er således i samme punkt beskrevet som en klar ”forpligtelse”, ligesom udbudsmaterialet ikke i øvrigt levner tvivl om, at forbrugsvarerne indgår som en betydelig og fast del af den udbudte ydelse, hvilket til eksempel fremgår klart af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.1, hvor udbuddet beskrives som ”Udbud af rammeaftale på pumpe- og shaverudstyr til brug ved artroskopi med tilhørende udstyrsafhængige forbrugsvarer.”

Da tilbudsgiverne endvidere ikke har kunnet tilbyde en mængderabat, er forholdet mellem prisen for udstyret og forbrugsvarerne desuden fast og fuldt ud sammenhængende, og modellen er derfor også egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

#### Ad påstand 3 og 4

Arthrex har gjort gældende, at de påviste overtrædelser skal medføre, at udbudsforretningen, subsidiært tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Region Midtjylland har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstandene om annullation af udbuddet, subsidiært tildelingsbeslutningen til følge.

#### Klagenævnet udtaler:

##### Ad påstand 1

Region Midtjylland har i udbudsmaterialet oplyst sin evalueringsmetode og herunder udførlig beskrevet, hvilke elementer i de indkomne tilbud, der ville indgå i beregningen af den samlede evalueringspris. I kontraktbilag 3,

3.3 fremgår tilbagekøbsprisen som en særskilt post, der skulle prissættes neden for den tabel, hvori tilbudsgiveren skulle angive sin tilbudskonfiguration. Tilbagekøbsprisen fremgår ikke som et særskilt element i evalueringsmodellen. Det har på denne baggrund været klart for tilbudsgiverne, at tilbagekøbspris ikke var et element, der ville indgå i den samlede evalueringspris. Det var dermed ikke en overtrædelse af udbudslovens § 2 og § 159 ikke at inddrage den tilbudte tilbagekøbspris i evalueringen af Arthrex' tilbud.

Påstanden herom tages derfor ikke til følge.

## Ad påstand 2

### *Anskaffelsespris udstyr og forbrugsvarer*

Region Midtjylland har i udbudsmaterialet beskrevet, at den samlede evaluering ville ske ved brug af en prismodel baseret på de tilbudte gennemsnitspriser. I udbudsmaterialets afsnit 1.21.1 har regionen udførligt beskrevet denne prismodel som en formel, der viser, hvilke priser og estimater der indgår i beregningen af den samlede evalueringspris for hvert af de indkomne tilbud.

Regionen har anført, at hensigten med evalueringsmodellen var, at evalueringsprisen skulle afspejle de samlede totalomkostninger forbundet med anskaffelsen og brugen af det indkøbte udstyr i hele det pågældende udstyrs levetid.

Tilbudsgiverne kendte ved tilbuddenes afgivelse det forventede indkøbsvolumen på ca. 20 stk. og kunne indrette den tilbudte pris efter det. Prisen på udstyr indgik i tilbudsevalueringen som en stykpris, og prisen på hele den estimerede mængde af forbrugsvarer blev omregnet, så den ligeledes svarede til forbruget i forbindelse med et stk. udstyr i den forventede levetid. Der er ikke herved sket nogen overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Det gør heller ikke tilbudsevalueringen uigennemsigtig, at tilbudsgiverne ifølge udbudsbekendtgørelsen skulle forpligte sig til at levere forbrugsvarer i en periode, der oversteg den forventede gennemsnitlige levetid for udstyr, som evalueringsmodellen var baseret på.



Herefter, og idet det af Arthrex i øvrigt anførte ikke kan føre til andet resultat, er der på denne baggrund ikke grundlag for at antage, at evalueringsmetoden ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud efter Regions Midtjyllands ønsker.

### *Reservedelsoptioner*

Det fremgår af udbudsmaterialet, at tilbudsgiverne skulle angive en særskilt forsikringspræmie for reservedele, som kostede mere end 5.000 kr. pr. stk., mens forsikringspræmien for reservedele til under 5.000 kr. skulle angives som en samlet forsikringspræmie.

Det følger heraf, at tilbudsgiverne var forpligtet til at tilbyde forsikringer til alle reservedele, uanset om disse kostede mere eller mindre end 5.000 kr.

Herefter, og da det fremgår af evalueringsmodellen sammenholdt med kontraktbilag 3, 3.3, at forsikringspræmier indgik i evalueringsprisen uanset, om præmien var individuelt listet som en forsikringspræmie for reservedele over 5.000 kr., eller om præmien var angivet som en samlet forsikringspræmie for reservedele til under 5.000 kr., er der derfor ikke grundlag for at fastslå, at evalueringsmodellen på dette punkt var uegnet til at bedømme tilbuddene i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Påstanden om overtrædelse af udbudslovens § 2 og § 160 tages derfor ikke til følge.

### Ad påstand 3 og 4

Det følger af det, der er anført ovenfor, at påstanden om annullation af udbuddet, subsidiært tildelingsbeslutningen ikke tages til følge.

### Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Arthrex Danmark A/S skal i sagsomkostninger til Region Midtjylland betale 10.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anne-Mette Schjerner  
specialkonsulent