

K E N D E L S E

Maquet Danmark A/S
(advokat Christina Heiberg-Grevy, Hellerup)

mod

Region Midtjylland
(selv)

Intervenient:

Simonsen & Weel A/S

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 228-414889 af 22. november 2016 udbød Region Midtjylland på egne vegne og på vegne af Region Nordjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland og Region Hovedstaden (de fire sidstnævnte alene med option) som fælles udbud tre delkontrakter vedrørende levering af mobile operationslejer og udstyr til sådanne. De tre delkontrakter blev udbudt som 4-årige rammeaftaler uden mulighed for forlængelse.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde Region Midtjylland modtaget tilbud på alle tre delkontrakter fra tre tilbudsgivere, herunder Maquet Danmark A/S og Simonsen & Weel A/S. Alle tre tilbud blev vurderet konditionsmæssige.

Den 1. marts 2017 meddelte Region Midtjylland, at Maquet Danmark A/S var blevet tildelt delkontrakt I, og at Simonsen og Weel A/S var blevet tildelt delkontrakt II og delkontrakt III. Den 15. marts 2017 blev kontrakterne

vedrørende delkontrakt I og delkontrakt II indgået, og den 31. marts 2017 blev kontrakten vedrørende delkontrakt III indgået.

Den 10. august 2017 indgav Maquet Danmark A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Region Midtjylland. Klagen har været behandlet skriftligt.

Maquet Danmark A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 samt med udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, ved at tildele Simonsen & Weel A/S delkontrakt III, uagtet at tilbuddet var ukonditionsmæssigt, idet det tilbudte operationsleje ikke opfylder mindstekravet om at kunne lejre en patient på 250 kg i alle yderpositioner, jf. kravspecifikationens pkt. 10.1.9.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 samt med udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, ved at tildele Simonsen & Weel A/S delkontrakt II, uagtet at tilbuddet var ukonditionsmæssigt, idet det tilbudte operationsleje ikke opfylder mindstekravet om at kunne lejre en patient på 250 kg i alle yderpositioner, jf. kravspecifikationens pkt. 6.2.1.

Påstand 3 (subsidiær til påstand 1 og/eller påstand 2)

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og udbudslovens § 178 ved at acceptere en væsentlig ændring af de fastsatte mindstekrav for delkontrakt III og delkontrakt II uden et fornyet udbud, idet de operationslejer, som Simonsen & Weel A/S har tilbudt, ikke opfylder mindstekravet om at kunne lejre en patient på 250 kg i alle yderpositioner, jf. kravspecifikationens pkt. 10.1.9 (delkontrakt III) og pkt. 6.2.1 (delkontrakt II).

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere Region Midtjyllands tildelingsbeslutning af 1. marts 2017 for delkontrakt II og/eller delkontrakt III.

Påstand 5 (såfremt der gives medhold i påstand 3)

Klagenævnet skal erklære delkontrakt II og/eller delkontrakt III for uden virkning for fremtidige indkøb i henhold til klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1.

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

Klagenævnet har den 9. oktober 2017 meddelt Region Midtjyllands kontraktpart på delkontrakt II og delkontrakt III, Simonsen og Weel A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

Simonsen & Weel A/S har afgivet processkrift til støtte for Region Midtjyllands påstande.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 22. november 2016 indeholder blandt andet følgende:

”II.1.4) Kort beskrivelse:

Region Midtjylland udbyder på vegne af Region Hovedstaden, Region Nordjylland, Region Sjælland og Region Syddanmark mobile operationslejer og udstyr.

Det bemærkes at Region Hovedstaden, Region Nordjylland, Region Sjælland og Region Syddanmark er med på option.

Udbuddet er inddelt i tre delkontrakter, der hver indgås med 1 leverandør.

Alle tre delkontrakter indgås som 4-årige rammeaftaler.

Tildelingskriterium for Delkontrakt I og II: Bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Tildelingskriterium for Delkontrakt III: Pris.

...”

Udbudsbekendtgørelsen indeholder vedrørende alle tre delkontrakter i pkt. II.2.4) følgende beskrivelse af udbuddet:

”Udbud af et mobilt operationsleje, lejemoduler (rygstøtte, lejeflader, hovedstøtter og benplader) og tilbehør (benholdere, breddeforøgere, armborde og nakkebøjler) til mobilt operationsleje samt vogn til opbevaring.

4-årig rammeaftale med én leverandør.”

Vedrørende delkontrakt I og delkontrakt II er det i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.5) om tildelingskriterier anført, at prisen ikke er det eneste tildelingskriterium, og at alle kriterier udelukkende er anført i udbudsdokumenterne. Vedrørende delkontrakt III er der under samme punkt anført ”de nedenfor anførte kriterier” og herefter ”Omkostningskriterium – Navn: Pris/Vægtning: 100”.

I udbudsbetingelserne er blandt andet anført følgende:

”11 Kontrakten

11.1 Generelt

Kontrakt vil blive indgået på baggrund af det til udbudsmaterialet vedlagte ”Udkast til kontrakt”.

Region Midtjylland er forpligtiget til at indgå kontrakt med den valgte Tilbudsgiver pr. delkontrakt i overensstemmelse med udbudsbetingelserne efter udbuddets afslutning (se dog pkt. 16).

Region Hovedstaden, Region Nordjylland, Region Sjælland og Region Syddanmark er berettiget, men ikke forpligtede, til at indgå kontrakt med den valgte Tilbudsgiver pr. delkontrakt i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. For disse regioner gælder, at de senest kan tiltræde kontrakten 3 måneder inden kontrakten med Region Midtjylland udløber. Regionerne, som er med på option, kan vælge at indgå kontrakt på én, to eller alle tre delkontrakter – også tidsmæssigt uafhængigt af hinanden. En region, som er med på option, er f.eks. berettiget til at indgå kontrakt på delkontrakt I det ene år og delkontrakt II året efter.

Kontrakten for de regioner, der er berettigede til at tiltræde kontrakt, men ikke forpligtede, kan under alle omstændigheder ikke løbe længere end tovhorderregionens (jf. pkt. 1.1) kontrakt (inkl. evt. forlængelser), jf. pkt. 11.4. Det medfører, at Kontrakten for de regioner, der er berettigede, men ikke forpligtede, i givet fald udløber senest samme tidspunkt som Region Midtjyllands kontrakt jf. Udkast til kontrakt pkt. 4.1.

Kontrakt indgås separat med den vindende Tilbudsgiver pr. delkontrakt for hver af de enkelte regioner i overensstemmelse med ovenstående. Det betyder, at de enkelte kontrakter i øvrigt kan opsiges, ophæves eller på anden vis ophøre, uden dette får betydning for de øvrige indgåede kontrakter.

...

11.3 Opdeling af kontrakten

Udbuddet er opdelt i 3 delkontrakter, jf. Kontraktbilag 3.

Ovenstående delkontrakter gælder for alle de i pkt. 1.2 anførte regioner.

Følgende gælder herudover:

- Det er muligt at afgive tilbud på én, flere eller alle delkontrakter.

- Det er en forudsætning for at afgive tilbud på Delkontrakt III, at tilbudsgiver har afgivet tilbud på enten Delkontrakt I og/eller Delkontrakt II.
- Der kan ikke afgives tilbud på dele af de enkelte delkontrakter. Der skal derimod afgives tilbud på alle positioner inden for de delkontrakter, som Tilbudsgiver afgiver bud på.
- Tilbudsgiveren kan blive tildelt en, flere eller alle delkontrakter (eller slet ingen).

...

11.6 Antal leverandører

Kontrakten, der vil blive indgået på baggrund af dette udbud, agtes indgået med én leverandør pr. delkontrakt.

Ordregiver agter at indgå delkontrakt med den Tilbudsgiver, der afgiver det bedste tilbud pr. delkontrakt i henhold til tildelingskriteriet, jf. pkt. 12. Samme Tilbudsgiver kan tildeles én, flere eller alle delkontrakter – eller slet ingen.”

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 12 om tildelingskriterium, at identificering af det økonomiske mest fordelagtige tilbud for delkontrakt I og delkontrakt II ville ske ved anvendelse af tildelingskriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet” på baggrund af følgende underkriterier og vægte: 1) Økonomi 30 % og 2) Kvalitet og funktionalitet 70 %. For delkontrakt III ville identificering af det økonomiske mest fordelagtige tilbud ske ved anvendelse af tildelingskriteriet ”Pris”.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 13 om grundlag for udelukkelse af tilbudsgivere fremgår følgende:

”13.1 Generelt

Ordregiver anbefaler, at Tilbudsgiver sætter sig grundigt ind i udbudsmaterialet og udarbejder sit tilbud i overensstemmelse hermed.

Ordregiver vil som udgangspunkt være forpligtet til at se bort fra et tilbud, som ikke nøje overholder forskrifterne i udbudsmaterialet.

Det er som udgangspunkt ikke lovligt for Ordregiver at tillade Tilbudsgiver at korrigere et fejlbehæftet tilbud efter, at tilbuddet er indleveret.

13.2 Forbehold

Der kan ikke tages forbehold over for bestemmelserne i udkast til kontrakt, ligesom der ikke kan tages forbehold over for mindstekrav.

...

Afgivelse af tilbud indebærer automatisk, at Tilbudsgiver garanterer, at samtlige mindstekrav opfyldes. Dette gælder dog ikke, såfremt det af

tilbuddet i øvrigt konkret kan udledes, at et eller flere mindstekrav ikke opfyldes.”

Af det udkast til kontrakt, som var vedlagt udbudsbetingelserne, fremgår under pkt. 6 om kvalitet blandt andet:

”6.1 Generelt

...

Produkterne, skal til enhver tid opfylde Kontraktens krav, herunder Kundens kravspecifikation og Leverandørens løsningsbeskrivelse, jf. Kontraktbilag 2, samt specifikationerne i eventuelle datablade mv., jf. Kontraktbilag 4. Dette gælder uanset, hvad der måtte fremgå af nærværende pkt. 6. Leverandøren indestår i den forbindelse bl.a. for, at Produkterne opfylder mindstekravene i Kontraktbilag 2 og Leverandørens tilbud i øvrigt.

Leverandøren skal på Kundens anmodning og uden vederlag være villig til at give uddybende og supplerende oplysninger om specifikation mv. af de af Kontrakten omfattede Produkter.

...

6.3 Kvalitetssikring

Leverandøren skal til enhver tid og på Kundens anmodning kunne dokumentere, at Leverandøren lever op til Kundens eventuelle mindstekrav, til Leverandørens tilbud samt til Leverandørens øvrige oplysninger afgivet i forbindelse med tilbuddet vedrørende kvalitetssikring af de af Kontrakten omfattede Produkter.

..”

I kravspecifikationen er der for alle tre delkontrakter fastsat en række mindstekrav til de tilbudte mobile operationslejer og tilhørende udstyr.

Kravspecifikationen indeholder i pkt. 1.2.1 (vedrørende delkontrakt I), pkt. 6.2.1 (vedrørende delkontrakt II) og pkt. 10.1.9 (vedrørende delkontrakt III)) følgende identiske minimumskrav:

”OP-lejet skal kunne løfte minimum 400 kg. Herudover skal OP-lejet kunne lejre en patient på 250 kg og minimum højde på 2,10 m i alle yderpositioner. Ved yderposition forstås at OP-lejet er i maksimal længdeforskydning og eksempelvis maksimal trendelenburg position.”

Som anført indledningsvist meddelte Region Midtjylland den 1. marts 2017, at Maquet Danmark A/S var blevet tildelt delkontrakt I, og at Simonsen og Weel A/S var blevet tildelt delkontrakt II og delkontrakt III.

Maquet Danmark A/S anmodede ved brev af 10. marts 2017 Region Midtjylland om aktindsigt i Simonsen & Weel A/S' tilbud på delkontrakt III samt om udsættelse af kontraktindgåelse vedrørende delkontrakt III. Af brevet fremgår blandt andet følgende:

”Vi beder om aktindsigt, således at vi kan vurdere rigtigheden i at S&W med det tilbudte mobile operationsleje opfylder mindstekravet punkt 10.1.9, specielt i forhold til det, der er krævet. OP-lejet skal ”kunne leje en patient på 250 kg i alle yderpositioner”.

Da det i kravspecifikationen yderligere er beskrevet hvad der menes med yderpositioner, stiller vi spørgsmålstegn ved, om det tilbudte leje fra S&W i yderpositionerne kan leje en patient på 250 kg i maksimal længdeforskydning og eksempelvis maksimal trendelenburg position.”

Region Midtjylland meddelte i forlængelse heraf samme dag, at standstill-perioden for så vidt angik delkontrakt III var forlænget til den 22. marts 2017.

Den 13. marts 2017 udløb standstill-perioden på delkontrakt I og delkontrakt II, og den 15. marts 2017 blev disse to kontrakter indgået med henholdsvis Maquet Danmark A/S og Simonsen & Weel A/S.

Den 20. marts 2017 gav Region Midtjylland Maquet Danmark A/S fuld aktindsigt i Simonsen & Weel A/S' tilbudsliste (uden priser) samt diverse specifikationer og brochurer på det tilbudte operationsleje ”TruSystem 7000” af mærket ”Trumph”.

Ved e-mail af 23. marts 2017 rettede Maquet Danmark A/S igen henvendelse til Region Midtjylland. Af e-mailen fremgår følgende:

”Tak for det fremsendte materiale.

Vi har gennemgået materialet og kan konstatere at det fremsendte materiale ikke beskriver evt. forbehold omkring opfyldelse af krav i MK 10.1.9. specielt i forhold til det, der er krævet. OP-lejet skal ”kunne leje en patient på 250 kg i alle yderpositioner”.

Vi vil dog gerne henlede opmærksomheden på f.eks. Trumpf bruger manual "Operating Table TruSystem 7000 Instruction Manual" Hvor der på side 52 og 53 er beskrevet forskellige forhold omkring lejring og tilhørende Load Capacity er beskrevet.

Punkt 12.2 Conditions for operation table load up to 450 kg

Punkt 12.3 Operating table load up to 225 kg

- Version 1
- Version 2
- Version 3

Punkt 12.4 Operating table load up to 160 kg.

Såfremt der ønsker yderligere eller har spørgsmål er I velkommen til at ringe eller sende en mail."

På baggrund af henvendelsen fra Maquet Danmark A/S kontaktede Region Midtjylland Simonsen & Weel A/S, som i e-mails af 30. marts 2017 bekræftede, at det tilbudte operationsleje overholder alle mindstekrav, herunder pkt. 10.1.9, og at lejet således har en maksimal belastning på 450 kg og kan lejre en patient på 250 kg og en højde på 210 cm i alle yderpositioner.

Den 31. marts 2017 indgik Region Midtjylland kontrakt med Simonsen & Weel A/S vedrørende delkontrakt III.

Under klagesagen har Maquet Danmark A/S fremlagt den brugermanual, som selskabet omtalte i sin e-mail af 23. marts 2017 til Region Midtjylland, samt en brugermanual på italiensk vedrørende operationslejet TruSystem 7000dV, som er det operationsleje, Simonsen & Weel A/S tilbød på delkontrakt II. Endelig har Maquet Danmark A/S fremlagt en brugermanual fra november 2016 vedrørende operationslejet TruSystem 7000, hvoraf fremgår blandt andet følgende vedrørende vægtbegrænsninger:

"17.1 Todelt lejeplads

17.1.1 Operationsleje med hovedplade og benplader

...

1. En hovedplade ... er fastgjort på operationslejets hovedende.
2. Benplader ... er fastgjort på operationslejets fodende. Den tilladte patientvægt afhænger af den anvendte benplade.
3. Patientens lejring på operationslejet er normal.

tilladt belastning:

450 kg Patientvægt på op til 450 kg er mulig med begrænset længdeforskydning, hvis der er fastgjort en benplade i ét stykke til operationslejet. Længdeforskydning af operationslejet er kun mulig i patientens fodende (indstillingsområde fra nulposition til endestoppet i fodenden). Længdeforskydningen af operationslejet i retning af patientens hovedende er spærret.

225 kg En patientvægt på 225 kg er mulig med alle typer benplader uden begrænsninger i operationslejets funktioner.

Forsigtig, ekstra tilbehørsdele reducerer den tilladte patientvægt.

17.1.2 Operationsleje med hovedplade, siddepladeforlængelse og benplader

...

1. En hovedplade ... er fastgjort på operationslejets hovedende.
2. En siddepladeforlængelse ... og benplader ... er fastgjort på operationslejets fodende.
3. Patientens lejrning på operationslejet er normal.

tilladt belastning:

225 kg En patientvægt på 225 kg er mulig uden begrænsninger i operationslejets funktioner. Forsigtig, ekstra tilbehørsdele reducerer den tilladte patientvægt.

17.1.3 Operationsleje med siddepladeforlængelse og øvre rygplade

...

1. Det er ikke nødvendigt med pladesegment på operationslejets hovedende.
2. En siddepladeforlængelse ..., den øvre rygplade ... og en hovedplade ... er fastgjort til operationslejets fodende.
3. Patientens lejrning på operationslejet er omvendt.

tilladt belastning:

225 kg Patientvægt på op til 225 kg er mulig med begrænset længdeforskydning i retning af patientens hovedende.

160 kg En patientvægt på 160 kg er mulig uden begrænsninger i operationslejets funktioner.

Forsigtig, ekstra tilbehørsdele reducerer den tilladte patientvægt.

...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Maquet Danmark A/S har gjort gældende, at det operationsleje, som Simonsen og Weel A/S har tilbudt på delkontrakt III (Table TruSystem 7000), ikke opfylder mindstekravet i kravsspecifikationens pkt. 10.1.9 om, at operationslejet skal kunne lejre en patient på 250 kg i alle yderpositioner, herunder i maksimal længdeforskydning.

Maquet Danmark A/S har i den forbindelse navnlig anført, at det fremgår af de brugermanualer til det tilbudte operationsleje, som Maquet Danmark A/S har fremlagt under klagesagen, at det tilbudte operationsleje i visse længdeforskydninger alene kan lejre en patient på op til henholdsvis 225 kg og 160 kg, hvorfor mindstekravet ikke er opfyldt.

Maquet Danmark A/S har flere gange forud for kontraktindgåelsen gjort Region Midtjylland opmærksom på, at det tilbudte operationsleje ikke opfylder mindstekravet, ligesom Maquet Danmark A/S specifikt har henvist til de nærmere specifikationer for den maksimale vægtpacitet i yderpositionerne for operationslejet, der fremgår af brugermanualen.

Region Midtjylland burde på baggrund af disse henvendelser have undersøgt dette forhold nærmere og bedt Simonsen & Weel A/S dokumentere overholdelsen af mindstekravet. Det er ikke tilstrækkeligt, at Region Midtjylland bad Simonsen & Weel A/S om at bekræfte overholdelsen af mindstekravet, og Simonsen & Weel A/S' bekræftelse er ikke understøttet af nogen form for dokumentation.

Det er i den forbindelse uden betydning, at det var en ca. 4 år gammel brugermanual, som Maquet Danmark A/S i marts 2017 henledte Region Midtjyllands opmærksomhed på. Brugermanualens datering samt producentens generelle forbehold for løbende forbedringer af dens produkter udgør således ikke tilstrækkelig dokumentation for mindstekravets overholdelse. Dertil kommer, at de senere brugermanualer, som Maquet Danmark A/S har fremlagt under klagesagen, heller ikke indikerer, at operationslejet skulle være blevet forbedret så væsentligt, at begrænsningerne i vægtpaciteten i visse yderpositioner ikke længere skulle gælde.

Udgangspunktet om, at en ordregiver som alt overvejende udgangspunkt er både berettiget og forpligtet til at lægge de oplysninger, som tilbudsgiverne afgiver i deres tilbud, til grund uden nærmere prøvelse heraf, gælder alene i de situationer, hvor der ikke er grund til at betvivle rigtigheden af tilbudsgivers oplysninger.

Når der som her er skabt berettiget tvivl om mindstekravets overholdelse, og der er indsendt dokumentation fra producenten, der modsiger Simonsen & Weel A/S' generelle og udokumenterede bekræftelse af mindstekravets overholdelse, må en effektiv kontrol og verificering af mindstekravets overholdelse indebære en forpligtelse for Region Midtjylland til at sikre sig fyldestgørende dokumentation herfor i form af eventuel opdateret og gældende brugervejledning, hvis den fremlagte vejledning ikke længere er gældende, tekniske afprøvninger eller lignende.

Sammenfattende gøres det gældende, at Region Midtjylland har forsømt sin pligt til at foretage en effektiv kontrol og verificering af, om det tilbudte operationsleje overholdt mindstekravet i kravsspecifikationens pkt. 10.1.9, og at det i mangel på overbevisende dokumentation, der modsiger de fremlagte brugermanualer, som klart viser, at mindstekravet ikke er opfyldt, må lægges til grund, at det af Simonsen & Weel A/S tilbudte operationsleje ikke opfylder mindstekravet, og at tilbuddet derfor var ukonditionsmæssigt.

Der bør på den baggrund gives Maquet Danmark A/S medhold i, at Region Midtjylland har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og med udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, ved at tildele Simonsen & Weel delkontrakt III, uagtet at tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

Region Midtjylland har gjort gældende, at regionen har opfyldt sin undersøgelsespligt i henhold til udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, og således hverken har handlet i strid med disse bestemmelser eller udbudslovens § 2 ved at tildele rammeaftalen på delkontrakt III til Simonsen & Weel A/S.

Regionen bestrider i den forbindelse, at de brugermanualer, som Maquet Danmark A/S har henvist til, har skabt en "berettiget tvivl" om det omhandlede mindstekravs opfyldelse. Regionen har ikke haft – og har fortsat

ikke – anledning til at tro, at det omhandlede mindstekrav ikke er opfyldt med det operationsleje, som Simonsen & Weel A/S har tilbudt.

Regionen har nærmere anført, at de fremlagte brugermanualer er standard-brugermanualer med generelle anvisninger, som ikke er tilpasset i forhold til det konkrete udbud og de særlige krav, der måtte følge af dette. Brugermanualerne gengiver forskellige muligheder for setups af positioner ved henholdsvis 100 % belastning (450 kg) og 50 % belastning (225 kg) og viser med tegninger forskellige måder, som patienten kan lejres på. At beskrive mulighederne ved 100 % belastning og ved 50 % belastning er sædvanligt i brugermanualer som de fremlagte og er ikke ensbetydende med, at man ikke kan forestille sig belastningsmuligheder, der ligger imellem disse. Den omstændighed, at brugermanualen ikke indeholder et eksempel på lige præcis 250 kg og 210 cm, er således ikke ensbetydende med, at det ikke skulle være muligt også at belaste operationslejet med en patient på 250 kg i alle yderpositioner, som mindstekravet forudsætter. Hvis der anvendes tilbehør i form af eksempelvis Carbon-plade til brug for røntgen, vil det påvirke den samlede vægtbelastning på lejet og dermed også den i den kombination maksimale mulige patientvægt og de maksimale mulige yderpositioner. Men det er ikke den situation, mindstekravet i pkt. 10.1.9 vedrører.

Regionen har endvidere henvist til, at det var en 4 år gammel brugermanual, som Maquet Danmark A/S henviste til, da selskabet rettede henvendelse til regionen i marts 2017, hvorfor den ikke kunne forventes at tage højde for alle produktets aktuelle specifikationer. De brugermanualer, som først er fremlagt under klagesagen, er ikke relevante for klagenævnets bedømmelse af, hvorvidt regionen har opfyldt sin undersøgelsespligt forud for kontraktindgåelsen.

Regionen har henvist til, at det fremgår af klagenævnets praksis, at en ordregiver som alt overvejende udgangspunkt er både berettiget og forpligtet til at lægge de oplysninger, som tilbudsgiverne afgiver i deres tilbud, til grund uden nærmere prøvelse heraf, hvor der ikke er grund til at betvivle rigtigheden af tilbudsgivers oplysninger. Der er ikke grundlag for at fravige dette udgangspunkt. En ordregivers beslutning om, hvorvidt der skal indhentes yderligere oplysninger og dokumentation fra en tilbudsgiver, har et skønsmæssigt præg, og regionen har ikke overskredet grænserne for dette skøn.

Regionen rettede på baggrund af indsigelsen fra Maquet Danmark A/S den 30. marts 2017 henvendelse til Simonsen & Weel A/S og modtog samme dag en klar og utvetydig tilkendegivelse fra Simonsen & Weel A/S om, at mindstekravet var opfyldt. Denne tilkendegivelse sammenholdt med, at det udtrykkeligt fremgik af de brochurer, som Simonsen & Weel A/S havde vedhæftet selskabets eget tilbud, at operationslejet er godkendt til en "maximum load" på op til 450 kg og sammenholdt med en vurdering af beskaffenheden af den indsigelse, som Maquet Danmark A/S havde fremsendt, skønnede regionen, at der ikke var grundlag for at betvivle tilbudsgivers oplysninger.

I relation til beskaffenheden af Maquet Danmark A/S' indsigelse har regionen bemærket, at Maquet Danmark A/S i sin mail af 23. marts 2017 til regionen vedrørende delkontrakt III alene citerede fra brugermanualen, som nu er fremlagt i klagesagen. Det indgik i regionens vurdering af tyngden af Maquet Danmark A/S' indsigelse forud for kontraktindgåelsen, at selskabet alene henviste til uddrag af et dokument, som man ikke havde vedlagt i sin helhed, og som regionen dermed ikke havde mulighed for at vurdere indholdet af. Man kunne i øvrigt ikke se de pågældende tegninger og eksempler af uddraget.

Det var således regionens vurdering, at der ikke var grundlag for at konstatere, at det vindende tilbud fra Simonsen & Weel A/S skulle være ukonditionsmæssigt, og at regionen herefter ikke bare var berettiget, men også forpligtet til at indgå kontrakt med den tilbudsgiver, hvis tilbud var vurderet som tilbuddet med den bedste sammenhæng mellem pris og kvalitet i henhold til den oprindelige tilbudsevaluering, jf. udbudslovens § 159, stk. 1.

Simonsen & Weel A/S har i det hele støttet de påstande og anbringender, der er nedlagt og gjort gældende af Region Midtjylland, og har i den forbindelse oplyst, at det tilbudte operationsleje på både delkontrakt II og delkontrakt III – som flere gange bekræftet over for regionen – opfylder mindstekravet om at kunne lejre en patient på 250 kg og med en højde på 2,10 m i alle yderpositioner.

Simonsen og Weel A/S har supplerende oplyst blandt andet, at det er det samme mobile operationsleje, TruSystem 7000, som Simonsen og Weel A/S har tilbudt på alle tre delkontrakter. På delkontrakt I og delkontrakt II er tilbudt en lejeplade over soklen, som er en kort version (såkaldt U14), og på delkontrakt III en lidt længere lejeplade. Alt andet er 100 % identisk.

TS 7000 serien kan løfte op til 450 kg, lejre en patient med en vægt på 450 kg (fratrullet vægt af evt. ekstra udstyr/tilbehør på lejet) og en højde på op til 236 cm. Den samlede vægtbelastning på lejet, vægtfordelingen, anvendt tilbehør mv. kan påvirke den maksimale patientvægt og de maksimale yderpositioner. Der er et uendeligt antal kombinationsmuligheder, og i de brugermanualer, som Maquet Danmark A/S har fremlagt, er der alene anført versioner ved henholdsvis 100 % (450 kg) og 50 % (225 kg) af maksimal vægtbelastning samt for særligt ekstraudstyr til røntgen.

Med hensyn til maksimale yderpositioner er disse på traditionelle operationslejer af sikkerhedshensyn lave og desuden faste. En unik sikkerhedsfunktion ved næste-generation operationslejer som TS 7000 serien er, at de maksimale yderpositioner er dynamiske. Det vil sige, at ”intelligent” software/sensorer automatisk fastsætter de maksimale yderpositioner for den aktuelle situation. Da de absolutte yderpositioner på et næste-generation operationsleje er op til 50 % højere end på traditionelle operationslejer, vil de maksimale yderpunkter selv ved elektronisk restriktion sædvanligvis langt overstige dem på et traditionelt operationsleje.

Såfremt ordregiver tilkøber det særlige udstyr til røntgen (kulfiberplade, særlige adaptore mv.) vil det i sagens natur medføre en vægtbegrænsning. En sådan vægtbegrænsning, som mindstekravene ved udbuddet ikke har været til hinder for, er helt normal og gør sig også gældende for de operationslejer, som Simonsen & Weel A/S' konkurrenter tilbyder på markedet. Det ændrer dog ikke ved, at den tilbudte konfiguration af TS7000 uden det nævnte tilkøb opfylder mindstekravet om at kunne lejre en patient på minimum 250 kg og 2, 10 m.

Region Midtjylland stillede ikke ved udbuddet krav om specifikke eller faste yderpositioner - alene maksimale yderpositioner. Alle operationslejer har maksimale yderpositioner; forskellen er alene, om disse er faste eller dynamiske. Det afgørende ved udbuddet har været, at de fastsatte mindstekrav opfyldes, ikke hvordan de opfyldes.

Ad påstand 2

Maquet Danmark A/S har gjort gældende, at det operationsleje, som Simonsen og Weel A/S har tilbudt på delkontrakt II (Table TruSystem 7000dV), ikke opfylder mindstekravet i kravsspecifikationens pkt. 6.2.1

om, at operationslejet skal kunne leje en patient på 250 kg i alle yderpositioner, herunder i maksimal længdeforskydning.

TruSystem 7000dV er stort set identisk med TruSystem 7000. Den eneste reelle forskel er, at TruSystem 7000dV kan kobles sammen med operationsrobotten kaldet "Da Vinci", deraf betegnelsen dV. Selve operationslejet er dog umiddelbart det samme på begge modeller. Den fremlagte brugermanual for TruSystem 7000dv viser klart, at der er samme vægtbegrænsninger i yderpositionerne for TruSystem 7000dv som for TruSystem 7000, jf. herved oven for under påstand 1.

Selvom Maquet Danmark A/S ikke i sin henvendelse til Region Midtjylland vedrørende delkontrakt III har stillet spørgsmål om overholdelsen af det tilsvarende mindstekrav for så vidt angår delkontrakt II, gøres det gældende, at der som følge af sammenfaldet mellem de to modeller er skabt en berettiget tvivl om overholdelsen af mindstekravet også på denne model.

Region Midtjylland burde derfor også i forhold til delkontrakt II have undersøgt dette forhold nærmere og bedt Simonsen & Weel A/S om at dokumentere overholdelsen af mindstekravet, jf. udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2.

Region Midtjylland har således undladt at foretage en effektiv kontrol og verificering af overholdelsen af mindstekravet i kravsspecifikationens pkt. 6.2.1 i relation til delaftale II, og i mangel på overbevisende dokumentation, der modsiger den fremlagte brugermanual, der klart viser, at mindstekravet ikke er overholdt, må det lægges til grund, at det af Simonsen & Weel A/S tilbudte operationsleje ikke opfylder mindstekravet, og at tilbuddet derfor må anses for ukonditionsmæssigt.

Der bør på den baggrund gives Maquet Danmark A/S medhold i, at Region Midtjylland har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, ved at tildele Simonsen & Weel delkontrakt II, uagtet at tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

Region Midtjylland har gjort gældende, at regionen på baggrund af sagsforløbet ikke har haft anledning til at betvivle, at tilbuddet fra Simonsen & Weel A/S vedrørende delkontrakt II skulle være konditionsmæssigt, idet Maquet Danmark A/S' indsigelser vedrørende tildelingen af delkontrakt II

først er fremsat i forbindelse med klagesagen efter kontraktens indgåelse. Regionen har således ikke haft en undersøgelsespligt efter udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, vedrørende delkontrakt II.

Maquet Danmark A/S' anmodning om aktindsigt af 10. marts 2017 vedrørte efter sin ordlyd alene tildelingen af rammeaftalen på delkontrakt III, og det var også alene i relation til delkontrakt III, at Maquet Danmark A/S bad om udsættelse af tildelingsprocessen. Der blev således ikke på dette tidspunkt sat spørgsmålstejn ved tildelingen af delkontrakt II.

Standstill-perioden for delkontrakt I og delkontrakt II udløb den 13. marts 2017, og Region Midtjylland fremsendte begge kontrakter til underskrift hos henholdsvis Maquet Danmark A/S og Simonsen & Weel A/S den 14. marts 2017.

Da Maquet Danmark A/S den 23. marts 2017 fremsendte sin mail med henvisning til en brugermanual for TruSystem 7000, var kontrakterne på delkontrakt I og delkontrakt II altså allerede underskrevet. I øvrigt blev delkontrakt II heller ikke på dette tidspunkt bragt op af Maquet Danmark A/S.

Regionen har af de ovennævnte grunde således ikke forud for kontraktindgåelsen haft nogen anledning til at foretage yderligere undersøgelser af de oplysninger, som blev afgivet med tilbuddet på delkontrakt II, og regionen har således været både berettiget og forpligtet til uden nærmere prøvelse heraf at lægge disse oplysninger til grund.

Maquet Danmark A/S' anbringende om, at regionen burde have set, at de tilbudte produkter fra Simonsen & Weel A/S på henholdsvis delkontrakt II og delkontrakt III var "stort set" sammenfaldende, og dermed ifølge Maquet Danmark A/S tilsyneladende burde have kunnet regnet ud, at Maquet Danmark A/S ønskede at udstrække sine bemærkninger i anmodningen om aktindsigt til også at omfatte tildelingen på delkontrakt II til trods for, at man altså ikke nævnte delkontrakt II, bør efter regionens vurdering ikke kunne føre til et andet resultat.

Hvis det forholdt sig sådan, at Maquet Danmark A/S i virkeligheden også ønskede at gøre en indsigelse gældende i forhold til tildelingen af delkontrakt II, burde man udtrykkeligt have tilkendegivet dette, ligesom man som en naturlig konsekvens heraf burde have reageret, da man konstate-

rede, at det alene var standstill-perioden på delkontrakt III, som blev forlænget.

Allerede fordi der således ikke for ordregiver har været en undersøgelsespligt i henhold til udbudslovens § 159, stk. 3, eller § 164, stk. 2, i relation til delkontrakt II, og regionen dermed ikke har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til disse bestemmelser eller i henhold til udbudslovens § 2, skal Maquet Danmark A/S ikke have medhold i påstand 2.

Hvis klagenævnet måtte finde, at der gælder en undersøgelsespligt i relation til delkontrakt II, gør Region Midtjylland subsidiært gældende, at regionen har opfyldt undersøgelsespligten i henhold til udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, og at regionen således ikke har handlet i strid med disse bestemmelser eller udbudslovens § 2 ved at tildele rammeaftalen på delkontrakt II til Simonsen & Weel A/S.

En sådan undersøgelsespligt i relation til delkontrakt II vil bero på en antagelse om, at regionen på eget initiativ burde have udstrakt Maquet Danmark A/S' henvendelse af 10. marts 2017 vedrørende delkontrakt III til også at omfatte delkontrakt II.

Region Midtjylland vurderede, at henvendelsen fra Maquet Danmark A/S ikke udgjorde en egentlig indsigelse, som kunne begrunde, at regionen skulle have grund til at betvivle konditionsmæssigheden af tilbuddet fra Simonsen & Weel A/S på delkontrakt II, når det – som også anført under påstand 1 – udtrykkeligt fremgik af udbudsmaterialet, at tilbudsgiverne ved at afgive tilbud automatisk garanterede at opfylde alle ordregivers mindstekrav.

Det var herefter regionens vurdering, at man ikke bare var berettiget, men også forpligtet til at indgå kontrakt med den tilbudsgiver, hvis tilbud var vurderet som tilbuddet med den bedste sammenhæng mellem pris og kvalitet i henhold til den oprindelige tilbudsevaluering, jf. udbudslovens § 159, stk. 1.

Der henvises i øvrigt i til de under påstand 1 fremførte anbringender om ordregivers undersøgelsespligt.

Simonsen & Weel A/S har i det hele tilsluttet sig Region Midtjyllands anbringender. Der henvises i øvrigt til det, der er anført oven for under påstand 1.

Ad påstand 3

Maquet Danmark A/S har gjort gældende, at Region Midtjylland ved sin indgåelse af delkontrakt II og delkontrakt III samt fremtidige indkøb under rammeaftalerne har accepteret en væsentlig ændring af mindstekravet om lejring af en patient på 250 kg i alle yderpositioner.

En ændring af et mindstekrav vil som udgangspunkt blive anset for en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure, jf. udbudslovens § 178.

Særligt det forhold, at Simonsen & Weel A/S ikke ville være blevet tildelt kontrakterne, hvis det forud for kontraktindgåelserne var blevet konstateret, at tilbuddene var ukonditionsmæssige på grund af den manglende opfyldelse af mindstekravet, understøtter, at en manglende håndhævelse af mindstekravet er udtryk for en ændring af grundlæggende elementer, der kræver fornyet udbud. Kontraktindgåelserne og de potentielle indkøb under delkontrakterne må således sidestilles med direkte tildelinger.

Som følge heraf bør der gives Maquet Danmark A/S medhold i, at Region Midtjylland har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og med udbudslovens § 178 ved at acceptere en væsentlig ændring af de mindstekrav, der var fastsat for delkontrakt III og delkontrakt II, uden et fornyet udbud.

Region Midtjylland har gjort gældende, at regionen, som det fremgår af det, der er anført under påstand 1 og 2, ikke har haft og ikke har anledning til at antage, at det af Simonsen & Weel A/S tilbudte operationsleje ikke opfylder de omhandlede mindstekrav for henholdsvis delkontrakt II og delkontrakt III, og regionen har dermed heller ikke accepteret en ændring af de pågældende mindstekrav. Regionen har således lagt til grund, at de operationslejer, der er indgået kontrakt om på henholdsvis delkontrakt II og delkontrakt III, opfylder alle de stillede mindstekrav i udbudsmaterialet, og det er fortsat regionens opfattelse, at de omhandlede mindstekrav er opfyldt.

Sagsforløbet understreger, at det for regionen har været væsentligt at få afklaret, at det mindstekrav, der konkret var sat spørgsmålstegn ved, var opfyldt, inden der kunne underskrives kontrakt.

Der er således intet belæg for Maquet Danmark A/S' påstand om, at regionen skulle have accepteret en væsentlig ændring i strid med udbudslovens § 178 ved at frafalde de pågældende mindstekrav.

Region Midtjylland har yderligere bedt Simonsen & Weel A/S om at bekræfte opfyldelsen af de omhandlede mindstekrav for både delkontrakt II og delkontrakt III i forbindelse med den indgivne klage. Simonsen & Weel A/S har bekræftet dette flere gange, senest ved e-mail af 31. oktober 2017.

Simonsen & Weel A/S har i det hele tilsluttet sig Region Midtjyllands anbringender og har gentaget, at de tilbudte operationslejer opfylder det omtvistede mindstekrav. Simonsen & Weel A/S kan i øvrigt bekræfte, at der ikke efter aftaleindgåelsen i relation til delaftale II og delaftale III er foretaget nogen former for ændringer til aftalerne.

Ad påstand 4

Maquet Danmark A/S har gjort gældende, at Region Midtjyllands tildelingsbeslutning vedrørende delkontrakt II og delkontrakt III som følge af overtrædelserne beskrevet i påstand 1 og 2 skal annulleres.

En konstatering af den manglende overholdelse af mindstekravet havde ført til, at Simonsen & Weel A/S' tilbud var blevet afvist som ukonditionsmæssige med det resultat, at Maquet Danmark A/S havde afgivet det økonomiske mest fordelagtige tilbud på begge delkontrakter. Region Midtjyllands overtrædelser har således haft en konkret og direkte indflydelse på udfaldet af udbudsforretningen, hvorfor der bør gives Maquet Danmark A/S medhold i, at regionens tildelingsbeslutning for så vidt angår disse to delkontrakter skal annulleres.

Region Midtjylland og Simonsen & Weel A/S har under henvisning til det, der er anført vedrørende påstand 1-3, gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere regionens tildelingsbeslutning.

Ad påstand 5

Maquet Danmark A/S har gjort gældende, at betingelserne for at erklære delkontrakt II og delkontrakt III for uden virkning i henhold til klagenævnenslovens § 17, stk. 1, nr. 1, er opfyldt, hvis Maquet Danmark A/S får medhold i påstand 3.

Region Midtjylland og Simonsen & Weel A/S har under henvisning til det, der er anført vedrørende påstand 1-4, gjort gældende, at der ikke er grundlag for at erklære delkontrakt II og/eller delkontrakt III for uden virkning.

Ad sagsomkostninger

Maquet Danmark A/S har anført, at hvis klagenævnet ikke giver Maquet Danmark A/S medhold i de nedlagte påstande, bør det i klagenævnets omkostningsfastsættelse tillægges betydning, at Region Midtjylland ved en fejl ikke inden klagens indbringelse fik orienteret Maquet Danmark A/S om, at regionen havde indhentet en bekræftelse fra Simonsen & Weel A/S om mindstekravets opfyldelse.

Region Midtjylland har anført, at den manglende orientering om indhentelse af en bekræftelse fra Simonsen & Weel A/S inden klagens indgivelse hverken har haft betydning for Maquet Danmark A/S' beslutning om at indgive klage eller for klagens og dermed sagens omfang. Den manglende orientering skal således ikke tillægges betydning i relation til spørgsmålet om sagsomkostninger.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Af forarbejderne til udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, fremgår, at der ikke påhviler ordregiveren en generel pligt til at undersøge rigtigheden af oplysningerne i de afgivne tilbud. En sådan undersøgelsespligt opstår alene i de situationer, hvor der er tvivl om, hvorvidt ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale. I så fald skal ordregiveren foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har indsendt.

Maquet Danmark A/S satte ved e-mail af 10. marts 2017 til Region Midtjylland ”spørgsmålsteget ved, om det tilbudte leje fra S&W i yderpositionerne kan lejre en patient på 250 kg i maksimal længdeforskydning og eksempelvis maksimal trendelenburg position”, og ved e-mail af 23. marts 2017 uddybede Maquet Danmark A/S dette ved at henlede regionens opmærksomhed på, at der i en brugermanual var beskrevet forskellige forhold

omkring lejrning og ”Load Capacity”. På baggrund heraf rettede Region Midtjylland henvendelse til Simonsen & Weel A/S, der udtrykkeligt bekræftede, at det omhandlede mindstekrav var opfyldt.

Efter indholdet og karakteren af Maquet Danmark A/S’ henvendelser af 10. og 23. marts 2017 sammenholdt med Simonsen & Weel A/S’ udtrykkelige bekræftelse af opfyldelsen af det omstridte mindstekrav har Region Midtjylland ikke været forpligtet til at foranstalte yderligere undersøgelser af, hvorvidt mindstekravet var opfyldt, og regionen har således ikke handlet i strid med udbudslovens § 159, stk. 3, eller § 164, stk. 2.

Regionen har herefter været berettiget til at lægge til grund, at Simonsen & Weel A/S opfyldte det omhandlede mindstekrav på delkontrakt III, og har derfor ikke skullet afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Som anført under påstand 1 har en ordregiver alene pligt til at undersøge rigtigheden af oplysningerne i de afgivne tilbud, hvis der er tvivl om, hvorvidt ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale. I så fald skal ordregiveren foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har indsendt.

Kontrakten på delkontrakt II blev indgået den 15. marts 2017. På dette tidspunkt havde Region Midtjylland modtaget Maquet Danmark A/S’ e-mail af 10. marts 2017, hvor selskabet satte ”spørgsmålstegn ved, om det tilbudte leje fra S&W i yderpositionerne kan lejre en patient på 250 kg i maksimal længdeforskydning og eksempelvis maksimal trendelenburg position”. Henvendelsen i sin helhed angav alene at vedrøre delkontrakt III, og synspunktet om, at mindstekravet ikke var opfyldt, var ikke nærmere underbygget.

Efter indholdet af henvendelsen af 10. marts 2017 har der ikke forud for kontraktindgåelsen på delkontrakt II været skabt en sådan tvivl om, hvorvidt det operationsleje, som Simonsen & Weel A/S havde tilbudt, opfyldte det stillede mindstekrav, at regionen i medfør af udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, var forpligtet til at undersøge spørgsmålet nærmere. Det

kan ikke føre til et andet resultat, at regionen efter anmodning fra Maquet Danmark A/S havde forlænget stand still-perioden vedrørende delkontrakt III, og at de tilbudte operationslejer på delkontrakt II og delkontrakt III i vidt omfang var identiske.

Regionen har herefter været berettiget til at lægge til grund, at Simonsen & Weel A/S opfyldte det omhandlede mindstekrav på delkontrakt II, og har derfor ikke skullet afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Både Region Midtjylland og Simonsen & Weel A/S har vedvarende fastholdt, at det omtvistede mindstekrav er gældende for de indgåede kontrakter, og der er hverken efter indholdet af de fremlagte brugermanualer eller sagens oplysninger i øvrigt grundlag for at fastslå, at Region Midtjylland har frafaldet mindstekravet. Region Midtjylland har således ikke accepteret en væsentlig ændring af det fastsatte mindstekrav i strid med udbudslovens § 2 og § 178.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Som følge af udfaldet af påstand 1 og 2 tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 5

Som følge af udfaldet af påstand 3 tages påstanden ikke til følge.

Ad sagsomkostninger

Det er ved fastsættelsen af sagsomkostninger uden betydning, at Region Midtjylland ved en fejl ikke forud for Maquet Danmark A/S' indgivelse af klagen til klagenævnet orienterede Maquet Danmark A/S om, at regionen havde indhentet en bekræftelse fra Simonsen & Weel A/S om mindstekravets opfyldelse, da dette ikke kan antages at have haft betydning for klagesagen.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Maquet Danmark A/S skal i sagsomkostninger til Region Midtjylland betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Hanne Aagaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Dorthe Hylleberg
kontorfuldmægtig