

K E N D E L S E

Siemens Healthcare A/S
(advokat Thomas Ryhl, København)

mod

Region Sjælland
(advokat Anne Bergholt Sommer, Aarhus)

Intervenient:
Abbott Laboratories A/S
(advokat Lise Aaby Nielsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 046-118809 af 2. marts 2022, offentliggjort den 7. marts 2022, udbød Region Sjælland som offentligt udbud efter udbudsloven en kontrakt om levering af præanalytisk og analytisk udstyr og en tilhørende rammeaftale om levering af analysesvar i relation til udstyret. Der var tale om udbud af en vareindkøbskontrakt om levering af udstyr til syv lokationer (hospitaller) i regionen, en 8-årig rammeaftale om service på det leverede udstyr og en 10-årig rammeaftale om levering af analysesvar. Tildelingskriteriet var "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" baseret på "bedste forhold mellem pris og kvalitet" med underkriterierne "Økonomi" (vægt 29 %), "Kvalitet, funktionalitet og brugervenlighed" (vægt 33 %), "Installation og omfang" (vægt 9 %), "Drift og service" (vægt 15 %), "Arbejds miljø, sikkerhed og uddannelse" (vægt 9 %) og "IT-krav" (vægt 5 %).

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud den 2. maj 2022 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

- Abbott Laboratories A/S (herefter Abbott)
- Roche Diagnostics A/S (herefter Roche)
- Siemens Healthcare A/S (herefter Siemens)

Den 13. juni 2022 besluttede Region Sjælland at indgå kontrakt med Abbott, og kontrakten er indgået den 23. august 2022.

Den 23. juni 2022 indgav Siemens klage til Klagenævnet for Udbud over Region Sjælland. Siemens 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. Den 24. juni 2022 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

Siemens har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med udbudslovens § 159, stk. 2, ved at undlade inden tilbudsfristens udløb at korrigere en prisberegningsmodel, som regionen erkendte var fejlbehæftet.

Påstand 1a

Klagenævnet skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med udbudslovens § 159, stk. 2 og 3, ved at undlade at sikre sig, at samtlige tilbud opfyldte de forventede krav.

Påstand 1b

Klagenævnet skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tillade, at en tilbudsgiver udkød fristen for demonstration af udstyr/besigtelse af referenceinstallationer.

Påstand 2

Klagenævnet skal pålægge Region Sjælland at annullere udbuddet.

Subsidiært

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med udbudslovens § 136, nr. 1, ved at undlade at afvise tilbuddet fra Abbott, hvis nøglemedarbejder som tidligere ansat i Region Sjælland har udarbejdet centrale dele af udbudsmaterialet, hvorved Abbott har opnået en uretmæssig konkurrencefordel, der ikke blev afhjulpet.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og udbudslovens § 169, stk. 1, ved at undlade at anmode Abbott om at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i Abbotts tilbud.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med udbudslovens § 159, stk. 3, jf. § 164, stk. 2, ved at undlade at foretage en effektiv kontrol af oplysninger om Abbotts simulation af svartider og kapacitet.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal annullere Region Sjællands beslutning om at tildele kontrakten til Abbott.

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

Klagenævnet har den 24. juni 2022 meddelt Region Sjællands kontraktpart, Abbott, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Abbott har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 14. juli 2022 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at Abbott intervenserer i sagen til støtte for Region Sjælland.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen indeholder følgende:

” ...

Del II: Genstand

II.1) Udbuddets omfang

...

II.1.4) Kort beskrivelse

Indkøb af kemi/immunkemi udstyr incl. båndløsning, tilhørende serviceaftaler samt analysesvar til de klinisk kemiske afdelinger i Holbæk, Slagelse, Næstved, Nykøbing F, Køge, Roskilde og Kalundborg.

Anslået samlet værdi

II.1.5)

Værdi eksklusive moms: 520000000.00 DKK

...

II.2) Beskrivelse

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet

Den ene kontrakt vedrører Ordregivers indkøb af udstyr (kemi/immunkemi udstyr/båndløsning) og serviceaftaler på udstyr og Middleware og den anden kontrakt vedrører Ordregivers indkøb af analysesvar., jf. udbudsbetingelsernes pkt. 8.

Kontrakten på udstyr og serviceaftalers maksimale værdi er DKK 120 000 000.00.

Kontraktens anslåede værdi er indledningsvist til udstyr maksimalt DKK 50 000 000.00 (bevillingsramme) og til serviceaftaler DKK 35 000 000.00 i 8 år.

Rammeaftalen på analysesvars maksimale værdi er DKK 1 125 000 000.00 i 10 år.

Rammeaftalens anslåede værdi til analysesvar er DKK 400 000 000.00 i 10 år.

De angivne estimater og forventede analysesvarsmængder er alene udtryk for Ordregivers forventninger til forbruget af de ydelser, der er omfattet af disse 2 kontrakter over 10 år.

Ordregiver forpligter sig således ikke til at aftage minimum en bestemt mængde af ydelser eller at indkøbe for minimum et bestemt beløb. Det faktiske forbrug kan med andre ord vise sig at være højere eller lavere end, hvad estimaterne angiver, dog ikke højere end den maksimale værdi angivet i udbudsbekendtgørelsens del II.2.4).

Kravspecifikationen, jf. CTM, indeholder en uddybende beskrivelse af de udbudte produkter og ydelser.

...”

I udbudsbetingelserne er anført følgende:

” ...

1 Generelt

...

1.3 Definitioner

I nærværende udbudsbetingelser angiver udtrykket ”skal” krav, som tilbuddet skal opfylde for at komme i betragtning.

...

I udbudsbetingelserne angiver udtrykkene ”kan”, ”bør” og ”forventes” krav, hvis manglende overholdelse ikke bevirker, at Ordregiver vil se bort fra tilbuddet. Ordregiver henstiller dog, at kravene overholdes, så vidt det overhovedet lader sig gøre.

...

3 Tidsplan for udbudsproceduren

02.03 2022	Dato for fremsendelse af udbudsbekendtgørelse til EU-Tidende.	
19.04 2022 Kl. 12:00	Frist for spørgsmål til udbudsmaterialet (spørgfrist).	
25.04 2022	Frem til denne dato kan Ordregiver offentliggøre yderligere spørgsmål og svar til de bydende (svarfrist).	
02.05 2022 Kl. 12:00	Frist for modtagelse af tilbud (tilbudsfrist).	
03.05 - 11.05 2022	Gennemgang af tilbud.	
12.05 2022	Evt. Tilbudspræsentation.	
16.05 - 18.05 2022	Eventuel periode til demonstration af udstyr/besigtigelse af referenceinstallationer.	
24-25.05 2022	Evaluering af de indkomne tilbud.	
30.05 - 10.06 2022	Indhentning af dokumentation for de oplysninger, som fremgår af ESPD m.v., fra den Tilbudsgiver, som Ordregiver har til hensigt at tildele Kontrakten.	
13.06 2022	Forventet meddelelse om tildeling af kontrakt(er) henholdsvis afslag til Tilbudsgivere (start på stand still-periode).	
Uge 25 2022	Forventet indgåelse af kontrakt.	
01.07 2022	Forventet kontraktstart.	
	Vedståelsesfrist 6 måneder fra tilbudsfrist.	

...

5 Udbuddets omfang og genstand

...

5.8 Ordregiver forventer at de tilbudte automatiserede løsninger:

1. Har kapacitet nok til at sikre at krav til svartider kan overholdes ved stigende analyseproduktion eller hvis dele af produktionen (analyser

og/eller praksisprøver) flyttes på tværs af geografier – (krav til svartider, se krav nr. 3.2, 3.3, 3.4, 3.5 og 3.6). Såfremt de tilbudte løsnin-
ger viser sig ikke at have den fornødne kapacitet, skal tilbudsgiver
udbedre dette uden yderligere udgift for ordregiver.

...

5. Serviceres af en service- og supportorganisation, der i hele udstyrets
levetid sikrer, at krav til svartider (se krav til svartider, krav nr. 3.2,
3.3, 3.4, 3.5 og 3.6) overholdes. Såfremt krav til svartider ikke sikres
overholdt, pålægges der bod som beskrevet i udkast til kontrakt.

...

6 Kravspecifikation

6.1 A-krav (mindstekrav)

...

A-krav er mindstekrav, der skal opfyldes for at tilbuddet kan komme i
betragtning. Ved afgivelse af tilbud bekræfter tilbudsgiver, at alle A-krav
opfyldes.

...

6.2 B-krav (konkurrencekrav)

For hver leverance (installationssted/system) er der i Kravspecifikationen
i CTM angivet en række B-krav (konkurrencekrav), hvis opfyldelse væg-
ter positivt i Ordregivers evaluering af et tilbud i forhold til underkriteri-
erne, jf. punkt Det er i Kravspecifikationen angivet, hvad der lægges
vægt på i forhold til de enkelte B-krav.

...

7.3 Leveringsfrister og ibrugtagning

Levering skal ske, når Ordregiver er klar til at modtage udstyret og så
betids, at det planlagte tidspunkt for ibrugtagning og drift kan overholdes,
jf. Tilbudsgivers forslag til leverings- og installationsplan Bilag 4. Ordre-
givers forventninger til leverings- og installationsplan er beskrevet i Bi-
lag 4.

...

Ordregiver forventer at der kan ske levering og fuld installation med et
maksimalt interval på 3 måneder mellem hvert installationssted (start til
start).

...

13 Åbning, præsentation, demonstration og afprøvning

...

13.3 Demonstration/besigtigelse af det tilbudte udstyr

Ordregiver forbeholder sig i perioden fra tilbudsfristens udløb til valg af leverandør ret til at besigtige en ”tilsvarende” automatiseret laboratorieløsning i funktion blot for at få et nærmere indtryk af udstyret i praksis. Denne besigtigelse kan evt. være virtuel. Besigtigelsesstedet skal som minimum indeholde f.eks. tilsvarende båndløsning, tilsvarende kemi- og immunkemi og/eller tilsvarende Middleware.

Hovedparten af det tilbudte udstyr skal kunne besigtiges i funktion på tilbudstidspunktet. En evt. besigtigelse foretages af repræsentanter fra brugergruppen.

Tilbudsgiver skal anføre referenceinstallationer for besigtigelse i CTM-systemet (Referenceskemaet), jf. også pkt. 14.

...

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

...

15 Tildelingskriterium og underkriterier (tilbudsevaluering)

...

Hvert enkelt tilbud bedømmes på underkriterierne anført i punkt 15.1-15.6.

... [de enkelte underkriterier og deres vægtning]

Evalueringen af priskriteriet vil ske ud fra en relativ sammenholdelse af de tilbudte priser, jf. afsnit 15.1.

Ordregiver vil i vurderingen af de enkelte tilbud i forhold til de nedenfor anførte kvalitative underkriterier, jf. afsnit 15.2 til 15.6, benytte sig af nedenstående pointskala:

...

Af Kravspecifikationen i CTM fremgår med hvilken faktor (1, 3, 5 eller 10) det enkelte spørgsmål/krav indgår i den samlede vurdering af underkriterierne. Faktor 3 er 3 gange faktor 1. Faktor 5 er 5 gange faktor 1. Faktor 10 er 10 gange faktor 1.

15.1 Den samlede økonomi 29%

Den samlede økonomi (Ordregivers totalomkostninger) vil for hvert enkelt installationssted/system blive evalueret på baggrund af prisoplysningerne i Hovedtilbudslisten i CTM som summen af:

- Anskaffelsespris for hovedtilbuddet og udstyrsoptioner (vægtet som anført i Tilbudslisten) samt fradrag (eller evt. tillæg) af option på demontering, bortskaffelse og tilbagekøb af eksisterende udstyr,
- Prisen for serviceaftaler (vægtet med det forventede behov i 8 år/beregnet som den samlede årlige servicepris for fuldt dækkende service i 8 år),
- Prisen for IT-serviceoption (vægtet med det forventede behov i 8 år/beregnet som den samlede årlige it-servicepris for it-service i 8 år),
- Tillæg af Ordregivers estimat af omkostninger til evt. nødvendige ændringer af eksisterende installationer og bygningskonstruktioner hos Ordregiver, som måtte følge af særlige produktspecifikke forhold ved det tilbudte udstyrs fysiske dimensioner, vægt og/eller køleteknik, jf. installationsforhold punkt 7.1.
- Summen af de afgivne priser på analysesvar. Analysesvarprisen indgår med 10 år.
- De opgivne priser i Bilag 10A indgår IKKE i den økonomiske evaluering.

...

15.2 Kvalitet, Funktionalitet og Brugervenlighed 33%

Under evaluering af ”Kvalitet, funktionalitet og brugervenlighed” indgår Tilbudsgivers besvarelse af B-krav blandt Kravspecifikationens krav i sektion 2 (dvs. krav, der ikke er mindstekrav, inden for krav nr. 2.1-2.115). ...

Evaluering foretages for hvert installationssted/system på baggrund af Tilbudsgivers besvarelser af Kravspecifikationen og eventuel dokumentation som Tilbudsgiver har fundet det nødvendigt at henvise til i besvarelsen af kravspecifikationen.

...

15.3 Installation og omfang 9%

Under evaluering af ”Installation og omfang” indgår Tilbudsgivers besvarelse af B-krav blandt Kravspecifikationens krav i sektion 1 (dvs. krav, der ikke er mindstekrav, inden for krav nr. 1.1- 1.40). ...

Evaluering foretages for hvert installationssted/system på baggrund af Tilbudsgivers besvarelser af Kravspecifikationen og eventuel dokumentation som Tilbudsgiver har fundet det nødvendigt at henvise til i besvarelsen af kravspecifikationen.

...

15.4 Drift og service 15%

Under evaluering af ”Drift og service” indgår Tilbudsgivers besvarelse af B-krav blandt Kravspecifikationens krav i sektion 3 (dvs. krav, der ikke er mindstekrav, indenfor krav nr. 3.1- 3.30). ...

Evaluering foretages for hvert installationssted/system på baggrund af Tilbudsgivers besvarelser af Kravspecifikationen og eventuel dokumentation som Tilbudsgiver har fundet det nødvendigt at henvise til i besvarelsen af kravspecifikationen.

...

15.5 Arbejdsmiljø, sikkerhed og uddannelse 9%

Under evaluering af ”Arbejdsmiljø, sikkerhed og uddannelse” indgår Tilbudsgivers besvarelse af B-krav blandt Kravspecifikationens krav i sektion 4 (dvs. krav, der ikke er mindstekrav, indenfor krav nr. 4.1-4.4.5). ...

Evaluering foretages for hvert installationssted/system på baggrund af Tilbudsgivers besvarelser af Kravspecifikationen og eventuel dokumentation som Tilbudsgiver har fundet det nødvendigt at henvise til i besvarelsen af kravspecifikationen.

...

15.6 IT-krav 5%

Under evaluering af ”IT-krav” indgår Tilbudsgivers besvarelse af B-krav blandt Kravspecifikationens krav i sektion 6 (dvs. krav, der ikke er mindstekrav, indenfor krav nr. 6.1- 6.74). ...

Evaluering foretages for hvert installationssted/system på baggrund af Tilbudsgivers besvarelser af Kravspecifikationen og eventuel dokumentation som Tilbudsgiver har fundet det nødvendigt at henvise til i besvarelsen af kravspecifikationen.

...”

Hovedtilbudslisten skulle udfyldes direkte i det elektroniske udbudssystem (CTM). I hovedtilbudslisten indgår i alt 43 delpriser, der vedrører en lang række ydelser.

Tilbudsgiverne skulle som en del af deres tilbudsmateriale udfylde og indlevere udbuddets bilag 12, Analyseprisliste, som var et Excel-ark, og som var

en del af hovedtilbudslisten og dermed en del af grundlaget for den økonomiske evaluering. Det fremgår af analyseprislisten, om en analyse f.eks. er et A-krav (mindstekrav) eller et B-krav (konkurrencekrav).

I analyseprislisten skulle tilbudsgiverne prissætte analyserne fra linje 1-159. Omkostningerne forbundet med analysesvarene udgjorde 7 (et for hvert af hospitalerne i regionen) af de 43 delpriser i hovedtilbudslisten (pkt. 1.5, 1.11, 1.17, 1.23, 1.29, 1.35 og 1.41).

Siemens gjorde ved mail af 28. april 2022 Region Sjælland opmærksom på, at der var fejlhenvisninger i enkelte af de indeholdte formler i det Excel-ark med analyseprisliste, som tilbudsgiverne skulle udfylde og indlevere. Siemens skrev:

”...

Der er fejl I Bilag 12 i sheetet analyseliste prisliste

Vi har fundet, og rettet, følgende:

AL137 – AQ137

AL138 – AQ138

AL139 – AQ139

AL140 – AQ140

Derudover har jeg rettet i:

AK142 – AQ142, så linje 84 Triiodthyronin Frit T3 bliver trukket fra, fremfor linje 81 Protein CSV.

Jeg har også skrevet det i selve excelfilen, som bliver uploaded, i kolonne

AS

...”

Region Sjælland har oplyst, at regionen gennemgik Excel-arket og konstaterede de fremhævede formelfejl. Formelfejlene gik ud på, at enkelte formler (i de pågældende felter i linje 137-142) henviste til forkerte kolonner. Dette bevirkede, at disse priser ikke ville blive beregnet korrekt i dokumentet.

Ved mail af 29. april 2022 meddelte Region Sjælland de øvrige tilbudsgivere, at der var konstateret de nævnte formelfejl i analyseprislisten, og regionen anmodede tilbudsgiverne om selv at rette dette i det dokument, som tilbudsgiverne skulle udfylde og indlevere. Region Sjælland skrev:

”...

Der er desværre fundet fejl i Bilag 12 i sheetet analyselistepriisliste (fane 3).

Der er fundet følgende linjer/kolonner med fejl:

AL137 – AQ137

AL138 – AQ138

AL139 – AQ139

AL140 – AQ140

AK142 – AQ142, så linje 84 Triiodthyronin Frit T3 bliver trukket fra, fremfor linje 81 Protein CSV.

For at I kan indsætte de rigtige priser i tilbudsarket i CTM bedes I tilrette de pågældende formler i bilaget på ovenstående linjer.

Jeg beklager meget dette.

Se vedhæftede rettelserliste med angivelse af linje/kolonner og rettelse fra og til i formlen.

...”

Som det fremgår, vedhæftede Region Sjælland en rettelserliste, hvor det fremgår, hvilke linjer og kolonner der var fejl i, og hvad formlen skulle rettes fra og til, f.eks.:

Linje	Kolonne	Formel rettes fra	Formel rettes til
142	AK	AK81	AK84

Region Sjælland offentliggjorde ikke en ny udgave af Excel-arket, men udsendte alene rettelserbladet.

Den analyseprisliste, som Abbott indleverede, er fremlagt for klagenævnet, men ikke for Siemens.

Region Sjælland har oplyst, at regionen ved sin gennemgang af de modtagne tilbud kunne konstatere, at alle tilbudsgiverne havde korrigeret formelfejlene i analyseprislisterne.

Som anført ovenfor besluttede Region Sjælland den 13. juni 2022 at indgå kontrakt med Abbott. Tilbudsgiverne modtog sammen med underretningen om tildelingsbeslutningen Region Sjællands evalueringsrapport:

”...

2 Tilbudsevaluering

...

2.3 Økonomi

Prisen har i overensstemmelse med det i udbudsbetingelserne anførte væg-
tet 29% i den samlede evaluering.

Den samlede tilbudssum er beregnet på baggrund af den udfyldte tilbuds-
liste i CTM.

”Økonomi” er i henhold til udbudsbetingelserne evalueret efter en point-
model på en skala fra 0-100. Ved evaluering af ”økonomi” er der benyttet
en lineær nulpunktmodel, hvor laveste pris har fået 100 point, og laveste
pris plus 100% har fået 0 point.

...

3 Samlet overblik over tildeling af rammeaftaler

Kontrakt	Betegnelse	Leverandør
3A	Kontrakt udstyr	Abbott Laboratories A/S
3B	Kontrakt analysesvar	Abbott Laboratories A/S

4 Evaluering af aftalen

...

Aftalen består af 2 kontrakter med 1 leverandør og der er indkommet 3
konditionsrædige tilbud på denne aftale.

Nedenstående tabel oplyser, hvor mange point det enkelte tilbud har op-
nået pr. underkriterie og samlet.

Beskrivelse	Vægt	Point	Point	Point
		Abbott Laboratories A/S	Roche Diagnostics A/S	Siemens
Pris/Økonomi	29	29,00	9,22	6,16
Kvalitet, funktionalitet og brugervenlighed	33	33,00	31,25	32,10
Installation og omfang	9	9,00	8,36	8,36
Drift og service	15	12,99	14,77	15,00
Arbejds miljø, sikkerhed og uddannelse	9	8,87	8,74	9,00
IT-krav	5	4,09	5,00	4,75
Totalt		96,95	77,34	75,38

...”

Region Sjælland har oplyst, at der blev afgivet følgende evalueringstekniske
priser:

- Abbott: 236.261.076,14 kr.
- Roche: 397.393.732 kr.

– Siemens: 422.341.679,90 kr.

Som følge af Siemens' påstand 4 har Region Sjælland under klagesagen anmodet Abbott om en nærmere redegørelse for de priser og omkostninger, der indgår i virksomhedens tilbud. Regionen har understreget, at den ikke dermed anerkender, at Abbotts tilbud forekommer unormalt lavt, men at Abbotts redegørelse for sin prissætning kan være relevant i forhold til vurderingen af, om forholdet kan anses for at have haft betydning for udfaldet af udbuddet.

Redegørelsen fra Abbott indeholder konkurrencefølsomme oplysninger, og Siemens' aktindsigt i redegørelsen har derfor været begrænset, mens klagenævnet har haft fuld indsigt i den.

Tidligere medarbejder hos Region Sjælland

Region Sjælland har oplyst, at en tidligere medarbejder hos regionen den 1. december 2021 blev ansat hos Abbott. Ifølge regionen var medarbejderen ansat som systemadministrator på en af de klinisk biokemiske afdelinger og bidrog i den forbindelse med den indledende forberedelse af dele af udbudsmaterialet. Medarbejderens bidrag relaterede sig altovervejende til de indledende arbejder forbundet med udarbejdelsen af IT-krav. Medarbejderen flyttede den 1. juni 2021 ansættelsessted internt hos regionen til afdelingen for "Koncern IT", hvorefter vedkommende ikke deltog yderligere ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet. Medarbejderen har ikke deltaget i høringer, ligesom vedkommende ikke var involveret i den endelige udarbejdelse af krav, udformningen af evalueringsmodellen eller tildelingskriterierne. Udbudsmaterialet er udarbejdet over en lang periode og med en lang række bidragydere, ligesom det endeligt er godkendt af en nedsat styregruppe.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Siemens har gjort gældende, at Region Sjælland har haft en pligt til at sikre, at alle tilbud blev afgivet på et ensartet grundlag, og regionen var derfor forpligtet til at korrigere erkendte fejl i et oprindeligt – og afgørende vigtigt – tilbudsbilag ved at udsende et korrigeret og korrekt tilbudsbilag. Kun ved at sikre sig, at alle tilbudsgivere kan gennemregne deres tilbud på det korrekte grundlag, og at alle tilbud afgives på et ensartet grundlag, kan en ordregiver

overholde principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Ved at undlade at sikre dette har Region Sjælland overtrådt udbudslovens § 2. Som konsekvens heraf må udbuddet annulleres, så et nyt udbud kan gennemføres på et korrekt og fejlfrit grundlag.

En ordregiver kan ikke påberåbe sig en ret til at korrigere egne fejl efter tilbudsfristens udløb i medfør af udbudslovens § 159. En ordregiver kan efter tilbudsfristens udløb kun rette op på konstaterede fejl i udbudsmaterialet ved at annullere udbuddet og foretage et nyt udbud. Det er alene tilbudsgivere, der kan indrømmes en mulighed for at korrigere eller supplere et tilbud efter udbudslovens § 159.

Region Sjælland har gjort gældende, at den manglende korrektion af analyseprislisten ikke indebar en overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Der var tale om åbenbare og rent ”formelle” henvisningsfejl i enkelte formler i Excel-arket. De konstaterede formelfejl blev meldt ud til tilbudsgiverne den 29. april 2022, og således i god tid inden tilbudsfristens udløb den 2. maj 2022. Tilbudsgiverne havde god tid til at rette deres tilbudsbilag i forhold til de præcise anvisninger fra Region Sjælland. Oplysninger og vejledninger til at rette fejlene blev sendt direkte til tilbudsgiverne, så det var sikret, at tilbudsgiverne modtog oplysningerne og kunne korrigere tilbudsdokumenterne.

Forholdet og oplysningerne har ikke betydning for beregningsgrundlaget eller tilbudsforudsætningerne for tilbudsgiverne, idet der alene var tale om rent formelle fejl i materialet, som let kunne rettes af tilbudsgiverne i forbindelse med færdiggørelsen af tilbuddene. Region Sjælland kontrollerede, om tilbudsgiverne havde korrigeret formlerne som anvist, og alle tilbudsgiverne uden undtagelse, herunder Abbott, havde indarbejdet alle formeltilpasninger i Excel-arket.

De formelle fejl må således anses for at have samme karakter som en simpel ”trykfejl” og må desuden anses for at være af en karakter, som Region Sjælland ville have haft mulighed for at rette op på efter udbudslovens § 159, stk. 5, i det omfang fejlene faktisk ikke var rettet af tilbudsgiverne inden tilbudsfristen. Korrektionen af analyseprislisten kunne ske uden at ændre de indføjede beløbsangivelser i listen.

Tilbudsgiverne blev således behandlet lige, og fejlen havde ingen betydning

for udarbejdelsen af tilbuddene eller for regionens evaluering af tilbuddene.

Der blev ikke konstateret yderligere formelfejl i relation til analyseprislisten end dem, som Siemens påpegede, og som Region Sjælland udsendte et rettellesblad om.

Virksomheden af Region Sjællands fremgangsmåde ved brug af et rettellesblad er den samme, som hvis der var blevet offentliggjort en ny udgave af Excel-arket. Ved fremgangsmåden sikrede regionen tilbudsgiverne mod en helt unødvendig yderligere arbejdsbyrde i form af indarbejdelse af samtlige delpriser mv. i en helt ny udgave af Excel-arket.

Der var i øvrigt ikke tale om en egentlig materiel ændring af udbudsmaterialet, men en simpel korrektion af en åbenbar formelfejl i regnearket, som Siemens også selv konstaterede i forbindelse med sin udfyldelse af analyseprislisten. Tilbudsgiverne risikerede ikke at gøre brug af det fejlbehæftede Excel-ark, da der som fremhævet af Siemens forelå åbenbare formelfejl, som gjorde, at regnearket i sin oprindelige udformning ikke kunne bruges ved tilbudsafgivelsen. Det var således umiddelbart konstaterbart for tilbudsgiverne, at regnearket viste forkerte/fejlbehæftede data.

Den omstændighed, at regionen – af hensyn til tilbudsgiverne – instruerede tilbudsgiverne i selv at foretage de nøjagtige tilpasninger i Excel-arket frem for at offentliggøre en ny udgave, indebar ikke en overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtig. Region Sjælland udsendte en klar og letforståelig liste med anvisning af de rettelser, der skulle foretages i dokumentet, og det efterlod ingen tvivl.

Ad påstand 1a

Siemens har gjort gældende, at Region Sjælland ikke har opfyldt kravet om tydelighed i tilbudsmaterialet, der følger af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Der er i udbudsbetingelserne stillet en lang række krav til det tilbudte udstyr og installation og drift heraf. En række af disse krav er mindstekrav (A-krav), jf. udbudsbetingelsernes pkt. 6.1, mens en række andre krav er konkurrencekrav (B-krav), ”hvis opfyldelse vægter positivt”, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 6.2. Der er imidlertid også i udbudsbetingelserne og den efterfølgende

spørgsmål/svar-proces formuleret en række supplerende krav til tilbuddene. Disse supplerende krav er ikke opdelt i mindstekrav eller konkurrencekrav, men derimod formuleret som ”forventninger”. F.eks. anføres der en lang række sådanne ”forventninger” i udbudsbetingelsernes pkt. 5.8 og pkt. 7.3.

Ganske vist oplyses det i udbudsbetingelsernes pkt. 1.3, ”Definitioner”, at ”I udbudsbetingelserne angiver udtrykkene ”kan”, ”bør” og ”forventes” krav, hvis manglende overholdelse ikke bevirker, at Ordregiver vil se bort fra tilbuddet. Ordregiver henstiller dog, at kravene overholdes, så vidt det overhovedet kan lade sig gøre”. Der er tale om en ”definition”, der bidrager mere til forvirring end afklaring, og en ”definition”, der i hvert fald ikke er egnet til at skabe den påkrævede juridiske sikkerhed for, om den manglende opfyldelse af ordregiverens ”forventninger” vil få konsekvenser for tilbudsvurderingen. Det er således ikke klart, om der med brugen af ordet ”forventer” er lagt op til, at Region Sjælland blot krydser fingre for, at alle tilbud indebærer, at der kan leveres svar til tiden (jf. udbudsbetingelsernes pkt. 5.8, krav nr. 1 og krav nr. 5), eller om der er tale om egentlige krav. Det er således ikke klart, om disse forventningskrav er udtryk for mindstekrav, eller om de alene er udtryk for forhåbninger eller ønsker i de forskellige henseender. Det kan eller skal ikke overlades til tilbudsgiverne at afgøre, om sådanne ”forventninger” er egentlige mindstekrav eller konkurrencekrav, eller om de blot er udtryk for noget andet, der – måske, måske ikke – tillægges en vægt ved tilbudsevalueringen.

Region Sjælland har gjort gældende, at der ikke var berettiget tvivl om, at de fastsatte ”forventninger” ikke ville blive behandlet som mindstekrav. Det var derudover klart for tilbudsgiverne, at de pågældende forventninger alene ville blive inddraget i evalueringen, i det omfang dette måtte fremgå i relation til de kvalitative underkriterier, herunder ved at have udmøntet sig i specifikke krav i kravspecifikationen.

Ud fra udbudsbetingelsernes pkt. 15 – sammenholdt med navnlig kravspecifikationen – var det klart og gennemsigtigt, hvad der nærmere ville blive inddraget i Region Sjællands evaluering af tilbuddene. Det var på baggrund af pkt. 15 klart for tilbudsgiverne, at regionens ”forventninger” alene ville indgå i evalueringen, i det omfang sådanne måtte fremgå af de dele af udbudsmaterialet, der var relevante i henhold til evalueringskriterierne, herunder i det omfang de måtte have udmøntet sig i B-krav i kravspecifikationen.

De anførte ”forventninger” til leverandøren kunne – i det omfang de ikke skulle indgå i evalueringen – være fremgået af f.eks. udkastet til kontrakt eller dens bilag. De oplyste punkter må anses for at have karakter af, eller kan i hvert fald sidestilles med, nogle – ganske vist til dels løst formulerede – kontraktuelle krav. Kontraktuelle krav har ikke karakter af mindstekrav, ligesom de ikke indgår i evalueringen, medmindre dette måtte være angivet. I tilfælde af, at en tilbudsgiver i sit tilbud har forbehold over for sådanne krav, skal det dog vurderes, om dette kan anses som et forbehold over for grundlæggende elementer eller et forbehold, som kan kapitaliseres. De anførte ”forventninger” i udbudsbetingelserne må sidestilles hermed, og tilbudsgivernes opfyldelse heraf skulle således kun påses af regionen på tilsvarende vis som beskrevet.

Region Sjælland havde ikke anledning til at betvivle Abbotts opfyldelse eller efterlevelse af de beskrevne forventninger, og regionen havde dermed heller ikke anledning til at adressere dette i forbindelse med gennemgangen og behandlingen af de modtagne tilbud.

Ad påstand 1b

Siemens har gjort gældende, at Region Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med udbudslovens § 159, stk. 2 og 3, ved at fravige tidsplanen, således at Abbott efter tilbudsfristens udløb fik tilladelse til at udskyde datoerne for den foreskrevne demonstration og inspektion, så denne først fandt sted den 23. maj 2022. Der er ikke i udbudsbetingelserne givet mulighed for at fravige tidsplanen i pkt. 3. Ved udskydelsen af det tids- og ressourcekrævende inspektionsbesøg af en større gruppe af repræsentanter fra Region Sjælland med en uge – en udskydelse, som de øvrige tilbudsgivere ikke fik tilbudt – fik Abbott således en konkurrencefordel.

Region Sjælland har gjort gældende, at udskydelsen af tidspunktet for Abbotts demonstration af udstyr/besigtigelse af referenceinstallationer ikke var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Formålet med besigtigelsen var ”blot for at få et nærmere indtryk af udstyret i praksis”, og besigtigelsen havde ”alene karakter af en teknisk afklaring”, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 13.3. Det var forventningen, at besigtigelsen skul-

le finde sted 14-16 dage efter tilbudsfristen. Bortset fra ansøgnings- og tilbudsfrister er en tidsplan som det klare udgangspunkt alene af vejledende karakter. Det er helt sædvanligt og forventeligt, at der kan opstå forskellige udfordringer i løbet af en udbudsproces, og en ordregiver er berettiget til at justere tidsplanen i relevant omfang.

Region Sjælland var således berettiget til at ændre på tidsplanen, så længe en eventuel ændring ikke ville være i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Regionen var ikke afskåret fra at ændre i tidsplanen, selv om der ikke i udbudsbetingelserne eksplicit var givet mulighed for det.

Der var afsat tre dage til besigtigelserne – én dag til besigtigelse pr. tilbudsgiver. Roche og Siemens anmodede om at afholde besigtigelserne den 16. og 18. maj 2022, og det efterlod Abbott med den 17. maj 2022. Abbott havde imidlertid i sin tilbudsbesvarelse anført, at besigtigelsen af det relevante referenceanlæg ikke ville kunne finde sted netop denne dato grundet referencestedets forhold. Tidspunktet for besigtigelsen af Abbotts installation endte med at finde sted fem dage senere end umiddelbart forudsat i tidsplanen.

Abbott opnåede ikke en fordel ved, at besigtigelsen af udstyret lå 23 dage efter tilbudsfristen i stedet for 16-18 dage efter tilbudsfristen. Siemens har ikke dokumenteret eller sandsynliggjort, at Abbott som følge af denne korte udskydelse, som var sagligt begrundet i praktiske forhold, på nogen måde fik en relevant konkurrencefordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere.

Ad påstand 2

Siemens har gjort gældende, at Region Sjælland har overtrådt udbudslovens § 2 ved at undlade at sikre en korrekt rettelse af de erkendte fejl i analyseprisen, ved at opstille ”forventninger” til tilbuddene uden i tilstrækkelig grad at præcisere karakteren og konsekvenserne af disse ”forventninger” og ved at tillade en enkelt tilbudsgiver en uges ekstra tid til at forberede demonstration og inspektion. Som konsekvens heraf må udbuddet annulleres, så et nyt udbud kan gennemføres på et korrekt og fejlfrit grundlag.

Det har i denne sammenhæng ingen betydning, om de konstaterede fejl havde afgørende indflydelse på tilbudsevalueringen eller alene ”marginal” betydning. En fejl er en fejl, og enhver udbudsproces kan og skal gennemføres i

fuld overensstemmelse med udbudsreglerne. Der er ingen tilladelig fejlmargen, når det gælder ordregivere.

Region Sjælland har gjort gældende, at der med henvisning til det, der er anført ad påstand 1, 1a og 1b ikke er grundlag for at annullere udbuddet. Regionen har desuden indgået kontrakt med Abbott den 23. august 2022, og påstanden skal allerede af den grund ikke tages til følge, da udbudsproceduren derved er afsluttet, jf. klagenævnets kendelse af 27. juli 2022, Edora A/S mod Københavns Kommune og Aalborg Kommune.

Fejlene i Excel-arket vedrørte i øvrigt en marginal del af det samlede evalueringsgrundlag. De var således ikke af en karakter, hvor de kunne have haft indflydelse på udfaldet, selv hvis de ikke var blevet korrigeret. Det er ikke rigtigt, at enhver fejl i en udbudsproces skal medføre, at udbudsproceduren må annulleres, og at der ”ingen tilladelig fejlmargen” er. Selv i det omfang der konstateres overtrædelser af udbudsreglerne, skal der foretages en konkret væsentlighedsvurdering i forhold til, hvilken retsvirkning den eller de konstaterede fejl skal have for udbuddet og tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 3

Siemens har gjort gældende, at Region Sjælland vidste, at en tidligere medarbejder ved regionen var blevet ansat hos Abbott, og regionen var derfor forpligtet til at afvise tilbuddet fra Abbott, da medarbejderen som ansat ved regionen havde udarbejdet centrale dele af udbudsmaterialet. Region Sjælland sikrede ikke, at denne uretmæssige konkurrencefordel blev afhjulpet, og regionen overtrådte dermed udbudslovens § 2 og udbudslovens § 136, nr. 1.

Region Sjælland har haft en pligt til at sikre, at ingen tilbudsgiver fik en konkurrencefordel i kraft af f.eks. et indgående kendskab til overvejelserne bag fastlæggelsen af kravspecifikationerne. Det gælder så meget desto mere, når kravspecifikationerne ikke er tilstrækkeligt klart formuleret, jf. ovenfor ad påstand 1a. Abbott har haft en konkurrencefordel ved at kunne nyde godt af medarbejderens indgående kendskab til centrale elementer i udbuddet og ikke mindst ved tilbudsevalueringen, som er illustreret ved, at medarbejderen stod som forfatteren af tilbudsbilag 18 (om tilkoblet og øvrigt analyseudstyr).

Det afgørende for, om en tilbudsgiver har opnået en uretmæssig konkurrencefordel ved at ansætte en nøglemedarbejder fra ordregiveren med indgående

kendskab til overvejelserne bag det konkrete udbud, må være, om tilbudsgiveren derved er blevet tilført en indsigt i de særlige forhold ved udbuddet, der ikke i øvrigt fremgår af udbudsmaterialet. Det har været tilfældet i dette udbud, der er meget omfattende, og hvor en lang række evalueringsparametre er af skønsmæssig karakter. Ved at kende til de forhold, der tillægges vægt ved tidligere kollegers skøn over fordele og ulemper ved de tilbudte løsnin-ger, har medarbejderen sat Abbott i stand til at afgive et tilbud, som på forhånd havde en afgørende konkurrencefordel. En sådan fordel kunne have været neutraliseret, hvis udbudsbetingelserne havde været formuleret tilstrækkeligt fyldestgørende og præcist, og hvis det mest tungtvejende tildelingskriterium ("Kvalitet, funktionalitet og brugervenlighed") havde været specificeret i en grad, der minimerede betydningen af brugergruppens skønsudøvelse. Region Sjælland ses imidlertid ikke at have taget skridt til at sikre dette trods sit kendskab til den tidligere medarbejders ansættelse hos Abbott, og regionen har dermed forsømt effektivt at afhjælpe den interessekonflikt, som bestod på udbudstidspunktet.

Region Sjælland har gjort gældende, at regionen ikke var forpligtet til at afvise tilbuddet fra Abbott, fordi en af virksomhedens medarbejdere tidligere havde arbejdet i Region Sjælland og perifært bidraget i forbindelse med den indledende udarbejdelse af en lille del af udbudsmaterialet. Der er ikke grundlag for Siemens' antagelse om, at medarbejderen skulle have haft særlig indsigt i de "forhold, der tillægges vægt ved tidligere kollegers skøn over fordele og ulemper ved de tilbudte løsninger", endsige at dette skulle have givet Abbott en afgørende konkurrencefordel. Den tidligere ansættelse i Region Sjælland gav ikke Abbott nogen relevant konkurrencefordel ved udbuddet.

Siemens' anbringende om, at udbudsbetingelserne og underkriteriet "Kvalitet, funktionalitet og brugervenlighed" efter virksomhedens opfattelse burde have været formuleret mere klart og mindre skønspræget, er ikke relevant i forhold til den nedlagte påstand. Der er under alle omstændigheder ikke grundlag for at anfægte udbudsbetingelserne og underkriteriet i denne henseende. Det var nøje beskrevet i kravspecifikationen, hvad der ville blive tillagt vægt i forbindelse med evalueringen. Der var tale om en evaluering inden for de rammer, som var beskrevet i udbudsmaterialet, herunder kravspecifikationen, og som alle tilbudsgiverne således havde samme forudsætninger for at kende til. Den omstændighed, at den nærmere evaluering af de enkelte tilbud ud fra de fastlagte rammer var behæftet med skønsmæssige elementer,

er helt sædvanlig og i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Ad påstand 4

Siemens har gjort gældende, at Region Sjælland havde pligt til at undersøge baggrunden for Abbotts usædvanligt billige tilbud nærmere, jf. udbudslovens § 169, stk. 1 og 2. Det ses ikke at være sket, og Region Sjælland har derfor handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med udbudslovens § 169, stk. 1, ved at undlade at anmode Abbott om at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i virksomhedens tilbud.

Abbotts tilbudspris lå ca. 40 % under det næstbilligste tilbud fra Roche og ca. 45 % under Siemens' tilbudspris. En så usædvanlig stor prisforskel på levering af produkter og ydelser, der er særdeles avancerede og komplekse, må anses for et tilbud med en unormalt lav pris, jf. også udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.5), hvorefter den samlede kontraktsum forventedes at udgøre 520 mio. kr.

En undersøgelse af baggrunden for et usædvanligt lavt tilbud er påkrævet og skal iværksættes af ordregiveren, hvis der er tvivl om en eller flere af ”de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet”, jf. udbudslovens § 169, stk. 1, in fine. Af bestemmelsens stk. 2 fremgår, at det tilbudte pris- eller omkostningsniveau skal kunne begrundes af tilbudsgiveren, bl.a. for så vidt angår produktionsmetoden (stk. 2, nr. 1), de anvendte tekniske løsninger eller betingelserne for at levere varen eller tjenesteydelserne eller for at udføre arbejdet (stk. 2, nr. 2).

Siemens mener at kunne konstatere, at Abbott med sin evalueringstekniske pris på i alt 236 mio. kr. må have tilbudt reagenser, forbrugsstoffer mv. til en pris, der for den samlede kontraktperiode ligger godt 150 mio. kr. under de to øvrige tilbudsgiveres priser. En forskel, der ikke kan forklares med lidt lavere produktionsomkostninger eller mindre margin, men nok alene med en forventning om et senere mersalg fra Abbott til Region Sjælland til markant højere priser end tilbudspriserne. Under alle omstændigheder var der tale om så unormalt lave priser og omkostninger, at Region Sjælland efter udbudslovens § 169, stk. 1, var forpligtet til at anmode Abbott om en redegørelse for de tilbudte priser og omkostninger.

Region Sjælland har gjort gældende, at regionen ikke var forpligtet til at anmode Abbott om nærmere at redegøre for de priser og omkostninger, der indgik i Abbotts tilbud. Det følger af udbudslovens § 169, stk. 1, at en ordregiver skal anmode en tilbudsgiver om at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet, hvis tilbuddet forekommer ”unormalt lavt”.

Det beror på et konkret skøn fra ordregiverens side, om en pris er ”unormalt lavt”. Det må dog som minimum forudsætte, at prisen er så lav, at den rejser begrundet tvivl om, at tilbudsgiveren vil være i stand til at løse den udbudte opgave. Bestemmelsen skal desuden læses i sammenhæng med § 169, stk. 3, hvorefter ordregiveren alene er forpligtet til at afvise et sådant tilbud, hvis den unormalt lave pris skyldes, at tilbudsgiveren eller dennes underleverandører ikke overholder forpligtelserne inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivningen mv.

Abbotts pris gav ikke grundlag for at betvivle, at Abbott ville være i stand til at løse den udbudte opgave. Siemens har da heller ikke påvist eller på nogen måde sandsynliggjort, at Region Sjælland havde grundlag for at rejse tvivl om Abbotts prissætning i sit tilbud. Siemens anviser ikke grundlaget for, at regionen skulle være forpligtet til at iværksætte en procedure om unormalt lavt tilbud over for Abbott.

Den evalueringstekniske pris var summen af en lang række delpriser, og tilbudsgiverne kunne vælge at prissætte de enkelte delydelser forskelligt, uden at dette i sig selv gav anledning til nærmere undersøgelser vedrørende prissætningen. Der er ikke grundlag for Siemens’ udokumenterede antagelse om, at Abbotts prissætning” nok alene [kan forklares] med en forventning om et senere mersalg fra Abbott til Region Sjælland til markant højere priser end tilbudspriserne”. Det vil som udgangspunkt ikke være muligt inden for de udbudsretlige rammer, og det er svært at se, hvordan en sådan forventning skulle have været styrende for Abbotts prissætning.

Redegørelsen fra Abbott for sin prissætning understøtter, at der ikke er grundlag for at anse tilbuddet for unormalt lavt, jf. udbudslovens § 169.

Ad påstand 5

Siemens har gjort gældende, at Region Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med

udbudslovens § 159, stk. 3, jf. § 164, stk. 2, ved at undlade at foretage en effektiv kontrol af oplysninger om Abbotts simulation af svartider og kapacitet.

Det er alment kendt, også i Region Sjælland, at Abbott ikke producerer og sælger analyseløsninger, der har en maksimumkapacitet som Roches og Siemens' analyseanlæg. Det vidste Region Sjælland i kraft af sine grundige markedsundersøgelser inden iværksættelsen af udbuddet. Region Sjælland vidste derfor også, at Abbotts tilbud med hensyn til priser på analyseanlæg og driftsmidler (reagenser og forbrugsstoffer m.v.) og den tilbudte kvalitet var for godt til at være sandt, ikke mindst i lyset af tilbuddets meget skræbete indhold af hardware (analyseanlæg). De offentligt tilgængelige sammenligninger af de tilbudte analyseanlæg viser, at Abbott ikke vil kunne sikre den krævede maksimumkapacitet. Abbott vil derfor skulle supplere de tilbudte anlæg med yderligere anlæg i kontraktperioden, hvis de afgivne kontraktlige garantier skal kunne opfyldes.

Merudgifterne til indkøb af nye og bedre anlæg end de tilbudte vil skulle afholdes af Abbott, men den meget betydelige – og omkostningstunge – indsats, det vil kræve af Region Sjællands personale på hver af de syv berørte hospitaler, når de leverede anlæg skal udskiftes med nye og større anlæg, er en skjult omkostning, som burde være tillagt Abbotts tilbudspris ved evalueringen. De nye anlæg vil kræve mere plads med deraf følgende ombygninger af laboratorier, de vil kræve yderligere personale til betjening og omprogrammering af IT-programmel hos alle brugere, og de vil kræve et større forbrug af reagenser og andre forbrugsvarer. Alt sammen med betydelige omkostninger for Region Sjælland til følge. Det samme gælder for udgifterne forbundet med spildtid og stilstand, der må forventes at blive resultatet af de tilbudte analyseanlægs manglende kapacitet og driftssikkerhed. Dertil kommer udgifterne til både intern og ekstern juridisk bistand, når konsekvenserne af den manglende opfyldelse af de afgivne garantier skal diskuteres og operationaliseres. Disse udgifter og omkostninger ville være blevet belyst og kunne være prissat, hvis Region Sjælland havde levet op til sine forpligtelser efter udbudslovens § 169, stk. 1, og havde anmodet Abbott om en redegørelse for de tilbudte priser.

Tilsvarende var Region Sjælland forpligtet til at foretage en effektiv kontrol af de oplysninger, som Abbott gav om svartider og kapacitet i sit tilbud. Region Sjælland måtte nødvendigvis i kraft af sit indgående markedskendskab

være i ond tro om lødigheden af Abbotts tilbud. En sådan kontrol kunne gennemføres ved at anmode Abbott om en redegørelse. Redegørelsen ville også kunne belyse de andre dubiøse dele af Abbotts tilbud og gøre det klart for Region Sjælland, at den usædvanligt lave tilbudspris også måtte bygge på en forventning om at kunne slippe afsted med at levere de garanterede analyse-resultater ved brug af inadækvat analyseudstyr.

Region Sjælland har gjort gældende, at regionen ikke var forpligtet til at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne om Abbotts simulation af svartider og kapacitet. En ordregiver er som det klare udgangspunkt berettiget til at lægge tilbudsgivernes oplysninger til grund for evalueringen, og der består ikke nogen generel pligt til at foretage en effektiv kontrol af disse oplysninger. Siemens har ikke påvist noget grundlag for, at Region Sjælland skulle have været forpligtet til at foretage en effektiv kontrol af Abbotts oplysninger. Siemens har alene fremsat udokumenterede postulater.

Alle tilbudsgiverne har simuleret svartider og kapacitet ved brug af egne simuleringsværktøjer i forhold til egne automatiseringsløsninger. Dette er standardprocedure for denne type udbud. En ordregiver har ikke mulighed for at kontrollere, om tilbudsgivernes beregninger er korrekte. Eftersom tilbudsgiverne er forpligtet i henhold til de afgivne estimater på svartider og kapacitet, og eftersom svigt i disse leverancer vil resultere i en udgift for den valgte leverandør, har tilbudsgiverne ikke haft et incitament til at give oplysninger, som ikke er korrekte.

Siemens har fremført det udokumenterede postulat, at ”Abbotts tilbudte priser på analyseanlæg og driftsmidler (reagenser og forbrugsstoffer mv.) og den tilbudte kvalitet var for godt til at være sandt, ikke mindst i lyset af tilbuddets meget skræbete indhold af hardware (analyseanlæg)”, og at regionen ”vidste” dette. Der er ikke grundlag for Siemens’ postulater, som ikke er rigtige.

Siemens’ postulat om, at ”de leverede anlæg skal udskiftes med nye og større anlæg”, er også udokumenteret og urigtige. Allerede af den årsag var (og er) der heller ikke grundlag for Siemens’ yderligere antagelse om, at der i forbindelse med en sådan udskiftning skulle være ”en skjult omkostning, som burde være tillagt Abbotts tilbudspris ved evalueringen.”

Siemens har gjort gældende, at Region Sjælland ”måtte nødvendigvis i kraft

af sit indgående markedskendskab være i ond tro om lødigheden af Abbotts tilbud”. Region Sjælland er ikke enig i Siemens’ synspunkt. Der er heller ikke påvist noget faktisk grundlag for Siemens’ postulater og antagelser.

Ad påstand 6

Siemens har gjort gældende, at hvis enten påstand 3, 4 eller 5 tages til følge, må konsekvensen være, at Abbotts tilbud ikke lovligt kunne tages i betragtning, og tildelingsbeslutningen må derfor annulleres.

Region Sjælland har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere regionens tildelingsbeslutning. Hvis klagenævnet måtte finde, at regionen har overtrådt udbudsreglerne, foreligger der ikke en sådan kvalificeret overtrædelse, at den har haft betydning for regionens beslutning om tildeling af kontrakt, og/eller hvilke tilbudsgivere der endeligt deltog i udbudsprocessen. En eventuel overtrædelse kan derfor ikke medføre annullation af tildelingsbeslutningen.

Særligt i forhold til Siemens’ påstand 4 har Region Sjælland gjort gældende, at selv hvis regionen havde været forpligtet til at anmode Abbott om en redegørelse vedrørende virksomhedens prissætning, burde dette ikke have ført til en afvisning af tilbuddet fra Abbott. Der er således ikke grundlag for at betvivle Abbotts prissætning. En ordregiver er alene forpligtet til at afvise et tilbud, i det omfang den lave prissætning beror på manglende opfyldelse af miljø-, social- og arbejdsmarkedsretlige regler, jf. udbudslovens § 169, stk. 3. Der er ingen holdepunkter for, at Abbotts prissætning skulle have sammenhæng med en manglende overholdelse af disse regler henset til kontraktens art og omfang mv. Selv om der måtte have været en tvivl – hvilket der ikke var – om, hvorvidt kontrakten kunne blive tabsgivende for Abbott, ville det ikke i sig selv føre til en forpligtelse for Region Sjælland til at afvise Abbotts tilbud som unormalt lavt.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

Siemens gjorde ved mail af 28. april 2022 Region Sjælland opmærksom på, at der var fejllenhvisninger i enkelte af formlerne i det Excel-ark med analyseprisliste, som tilbudsgiverne skulle udfylde og indlevere.

Region Sjælland undersøgte Excel-arket og konstaterede de fejl, som Siemens havde påpeget. Ved mail af 29. april 2022 meddelte Region Sjælland de øvrige tilbudsgivere, at der var konstateret de nævnte formelfejl i analyseprislisen, og regionen anmodede tilbudsgiverne om selv at rette dette i det dokument, som tilbudsgiverne skulle udfylde og indlevere. Regionen offentliggjorde ikke en ny udgave af Excel-arket, men udsendte alene et rettelsesblad, hvor det fremgik, hvilke linjer og kolonner der var fejl i, og hvad formelen skulle rettes fra og til.

Region Sjælland har oplyst, at regionen ved sin gennemgang af de modtagne tilbud kunne konstatere, at alle tilbudsgiverne havde korrigeret formelfejlene i analyseprislisen. Klagenævnet har herefter ikke grundlag for at konstatere, at Region Sjælland ved alene at udsende et rettelsesblad til analyseprislisen og ikke en ny analyseprisliste har overtrådt udbudsreglerne.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 1a

Af udbudsbetingelsernes pkt. 1.3, Definitioner, fremgår bl.a.:

”I udbudsbetingelserne angiver udtrykkene ”kan”, ”bør” og ”forventes” krav, hvis manglende overholdelse ikke bevirker, at Ordregiver vil se bort fra tilbuddet. Ordregiver henstiller dog, at kravene overholdes, så vidt det overhovedet lader sig gøre.”

Klagenævnet lægger herefter til grund, at de dele af udbudsbetingelserne, der indeholder udtryk som ”forventer”, ”forventes” eller ”forventninger” ikke var fastsatte mindstekrav eller kunne forstås som mindstekrav. Af udbudsbetingelsernes pkt. 6, Kravspecifikation, fremgår i øvrigt bl.a.:

”6 Kravspecifikation

6.1 A-krav (mindstekrav)

...

A-krav er mindstekrav, der skal opfyldes for at tilbuddet kan komme i betragtning. Ved afgivelse af tilbud bekræfter tilbudsgiver, at alle A-krav opfyldes.

...

6.2 B-krav (konkurrencekrav)

For hver leverance (installationssted/system) er der i Kravspecifikationen i CTM angivet en række B-krav (konkurrencekrav), hvis opfyldelse vægter positivt i Ordregivers evaluering af et tilbud i forhold til underkriterierne, jf. punkt Det er i Kravspecifikationen angivet, hvad der lægges vægt på i forhold til de enkelte B-krav.”

I udbudsbetingelsernes pkt. 15, Tildelingskriterium og underkriterier (tilbudsevaluering), fremgår, at tilbuddene vil blive bedømt på underkriterierne anført i pkt. 15.1-15.6. Pkt. 15.1 angår ”Økonomi”, mens pkt. 15.2-15.6 angår de kvalitative underkriterier ”Kvalitet, funktionalitet og brugervenlighed”, ”Installation og omfang”, ”Drift og service”, ”Arbejds miljø, sikkerhed og uddannelse” og ”IT-krav”. For hvert af de kvalitative underkriterier var det fastsat, at tilbudsgivernes besvarelse af B-krav indgik ved evalueringen af tilbuddene i forhold til de enkelte kvalitative underkriterier.

Klagenævnet lægger herefter til grund, at det klart var anført i kravspecifikationen, om et krav var et A-krav (mindstekrav) eller et B-krav (konkurrencekrav), og at eventuelle tilkendegivne forventninger alene ville blive inddraget i evalueringen, i det omfang disse indgik i specifikke krav i kravspecifikationen i forhold til de kvalitative underkriterier. Da det således var klart, hvad Region Sjælland ville inddrage i evalueringen af tilbuddene, har regionen ikke handlet i strid med udbudsreglerne.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 1b

Ifølge tidsplanen i udbudsbetingelsernes pkt. 3 var der for dagene 16.-18. maj 2022 anført: ”Eventuel periode til demonstration af udstyr/besigtigelse af referenceinstallationer.”

Af udbudsbetingelsernes pkt. 13.3, Demonstration/besigtigelse af det tilbudte udstyr, fremgår:

”Ordregiver forbeholder sig i perioden fra tilbudsfristens udløb til valg af leverandør ret til at besigtige en ”tilsvarende” automatiseret laboratorieløsning i funktion blot for at få et nærmere indtryk af udstyret i praksis. Denne besigtigelse kan evt. være virtuel. Besigtigelsesstedet skal som minimum indeholde f.eks. tilsvarende båndløsning, tilsvarende kemi- og

immunkemi og/eller tilsvarende Middleware.

Hovedparten af det tilbudte udstyr skal kunne besigtiges i funktion på tilbudstidspunktet. En evt. besigtigelse foretages af repræsentanter fra brugergruppen.

Tilbudsgiver skal anføre referenceinstallationer for besigtigelse i CTM-systemet (Referenceskemaet), jf. også pkt. 14.

...

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

Tilbudsfristen var fastsat til den 2. maj 2022 kl. 12.00, og perioden til demonstration af udstyr/besigtigelse af referenceinstallationer var fastsat til 14-16 dage senere, nemlig den 16.-18. maj 2022. Der var således afsat tre dage til besigtigelserne – én dag til besigtigelse pr. tilbudsgiver. Region Sjælland har oplyst, at Roche og Siemens anmodede om at afholde besigtigelserne henholdsvis den 16. og 18. maj 2022, og at det efterlod Abbott med den 17. maj 2022. Det var dog ikke muligt at besigtige Abbotts referenceanlæg den dag på grund af referencestedets forhold, og tidspunktet for besigtigelsen af Abbotts installation endte med at finde sted den 23. maj 2022.

Efter de foreliggende oplysninger om baggrunden for, at besigtigelsen af Abbotts referenceinstallationer ikke kunne finde sted den 16.-18. maj 2022, og under hensyn til formålet med besigtigelsen, herunder at der var tale om tekniske afklaringer, har Region Sjælland ikke ved at udskyde fristen i forhold til Abbott handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

Siemens har nedlagt påstand om, at udbuddet skal annulleres som følge af overtrædelserne i påstand 1, 1a og 1b.

Region Sjælland indgik kontrakt med Abbott den 23. august 2022, og allerede som følge heraf tager klagenævnet ikke påstanden til følge.

Ad påstand 3

Siemens har gjort gældende, at Abbott har haft en konkurrencefordel, fordi en medarbejder hos virksomheden tidligere har været ansat ved Region Sjælland, og at medarbejderen som ansat ved regionen udarbejdede centrale dele af udbudsmaterialet.

Region Sjælland har bekræftet, at en tidligere medarbejder ved regionen den 1. december 2021 blev ansat hos Abbott. Regionen har oplyst, at medarbejderen var ansat som systemadministrator på en af de klinisk biokemiske afdelinger, og vedkommende bidrog i den forbindelse med den indledende forberedelse af dele af udbudsmaterialet. Det er desuden oplyst, at medarbejderens bidrag relaterede sig til de indledende arbejder med udarbejdelse af IT-krav. Den 1. juni 2021 flyttede medarbejderen ansættelsessted internt hos regionen, hvorefter vedkommende ikke deltog yderligere ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet. Medarbejderen har ikke deltaget i høringer og har ikke været involveret i den endelige udarbejdelse af krav, af evalueringsmodellen eller af tildelingskriterierne.

Udbuddet blev iværksat ved udbudsbekendtgørelse af 2. marts 2022, og efter Region Sjællands oplysninger om den pågældende medarbejders ansættelse ved regionen lægger klagenævnet til grund, at medarbejderen ikke deltog i forberedelsen af udbudsmaterialet efter den 1. juni 2021. Efter Region Sjællands redegørelse for medarbejderens ansættelse og arbejdsopgaver ved regionen kan klagenævnet ikke lægge til grund, at medarbejderens ansættelse hos Abbott har medført en konkurrencefordel for virksomheden i forhold til udbuddet. Der er således ikke – som anført af Siemens – grundlag for at antage, at medarbejderen har haft særlig indsigt i de ”forhold, der tillægges vægt ved tidligere kollegers skøn over fordele og ulemper ved de tilbudte løsninger”, og Siemens har derfor ikke godtgjort eller sandsynliggjort, at Region Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med udbudslovens § 136, nr. 1, ved ikke at afvise tilbuddet fra Abbott.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 4

Det er oplyst, at de tre tilbudsgivere tilbød følgende evalueringstekniske priser:

- Abbott: 236.261.076,14 kr.
- Roche: 397.393.732 kr.
- Siemens: 422.341.679,90 kr.

Siemens har gjort gældende, at Region Sjælland havde pligt til at undersøge baggrunden for Abbotts lave tilbud nærmere, jf. udbudslovens § 169, stk. 1 og 2.

Det fremgår af udbudslovens § 169, stk. 1, at en ordregiver, der modtager et tilbud, som forekommer unormalt lavt, skal anmode tilbudsgiveren om inden for en passende frist at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet. Det er ikke nærmere defineret, hvornår et tilbud er ”unormalt lavt”, og det vil således bero på et konkret skøn fra ordregiverens side, om et tilbud forekommer unormalt lavt. Ordregiveren har et forholdsvist frit skøn ved denne vurdering.

Region Sjælland har anført, at Abbotts tilbud ikke forekom unormalt lavt, og regionen indhentede derfor ikke en redegørelse for prissætningen. En sådan redegørelse er indhentet fra Abbott under klagesagen, uden at regionen dermed har erkendt, at den skulle have været indhentet under udbuddet. Abbott har i redegørelsen, som Siemens ikke har fået fuld indsigt i, nærmere begrundet sin prissætning.

Den omstændighed, at Abbotts tilbudspris, der var summen af en række delpriser, var ca. 40 % lavere end Roches pris og ca. 45 % lavere end Siemens' pris, giver som følge af udbuddets karakter og Region Sjællands markeds-kendskab ikke i sig selv klagenævnet grundlag for at tilsidesætte Region Sjællands skøn over, at prisen ikke forekom unormal lav, og at regionen derfor skulle have anmodet Abbott om at redegøre for sine priser og omkostninger.

På den baggrund, og da Siemens' antagelse om, at Abbotts prissætning kan forklares ”med en forventning om et senere mersalg fra Abbott til Region Sjælland til markant højere priser end tilbudspriserne” ikke kan lægges til

grund, har Region Sjælland ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og med udbudslovens § 169, stk. 1 og 2, ved ikke at have anmodet Abbott om en redegørelse for sin prissætning.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 5

En ordregiver er som udgangspunkt berettiget til at lægge tilbudsgivernes oplysninger til grund ved evalueringen af tilbuddene, og der består således ikke nogen generel pligt til at foretage en effektiv kontrol af disse oplysninger.

Siemens' oplysninger om Abbotts manglende kapacitet er ikke nærmere dokumenteret, og klagenævnet kan derfor ikke lægge til grund, at Abbotts oplysninger om sine svartider og kapacitet ikke er rigtige.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 6

Siemens har ikke fået medhold i påstand 3, 4 og 5, og der er derfor ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Herefter bestemmes

Klagen tages ikke til følge.

Siemens Healthcare A/S skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 40.000 kr. i sagsomkostninger til Region Sjælland.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nadia Reichenbach Bodentien
Kontorelv