

K E N D E L S E

Alcyon ApS
(advokat Lotte Hummelshøj, København)

mod

Region Hovedstaden
Region Midtjylland
Region Nordjylland
Region Sjælland
(advokat Henning Biil, København)

Klagenævnet har den 28. februar 2020 modtaget en klage fra Alcyon ApS ("Alcyon").

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

Region Hovedstaden, Region Midtjylland, Region Nordjylland og Region Sjælland har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 9 og svarskrift af 16. marts 2020 med bilag A - N.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2, stk. 1, samt udbudslovens § 2, stk. 2, og udbudslovens § 40, stk. 4, ved at fastsætte mindstekrav i de tekniske specifikationer, som ikke er saglige og proportionale og derfor medfører en kunstig begrænsning af konkurrencen.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2, stk. 1, ved ikke i kravspecifikationernes pkt. 4.14, 5.5, 12.2, 4.2, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7 og 3.8 tilstrækkelig klart at angive, hvad der skal til for at opfylde følgende mindstekrav:

- 1) Sengen skal kunne leveres i en lys neutral farve (Bedste match til Ral kode: 9010).
- 2) Sengen skal være udformet og konstrueret således, at der til rengøring kan anvendes metoder, som tilgodeser, at arbejdet kan tilrettelægges og udføres sikkerheds- og sundhedsmæssigt fuldt forsvarligt.
- 3) Fenderlisten skal være lavet af hård plast (PP eller lignende), som glider let på dørkarme og lignende og være til mindst mulig gene for personalet og patienten i sengen.
- 4) Liggefladen for Hospitalssenge på delaftale 2 skal være beregnet til et madrasmål på ca. 200 cm i længden og ca. 85 cm i bredden.
- 5) Patienter skal sikres et hensigtsmæssigt og bekvemt leje.
- 6) Patienter skal sikres gode ind- og udstigningsmuligheder.
- 7) Personalet skal sikres en hensigtsmæssig forflytningssituation af patienten.
- 8) Patienter skal sikres muligheden for at være selvhjulpne, når de anvender funktioner, som beregnet for patienter.
- 9) Personalet skal sikres gode arbejdsvilkår i deres arbejde med senge-liggende patienter.
- 10) Sengens udformning, design og finish skal sikre en høj hygiejnstandard.
- 11) Senge skal være udført i en høj kvalitet med en lang levetid.
- 12) Senge skal have stor slidstyrke i forhold til daglig brug. Levetiden skal være min. 10 år.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2, stk. 1, ved i de tekniske specifikationer at have fastsat følgende ufravigelige mindstekrav, som er skønsmæssigt og uklart: ”Sengen skal være konstrueret med en balanceret vægtfordeling. Tyngdepunktet skal ligge så lavt og centreret, at sengen ikke kan vippe af AGV'en ved nødopbremsning”.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2, stk. 1 samt udbudslovens § 2, stk. 2, ved at foreskrive i udbudsbetingelserne, at evalueringen sker på baggrund af en besigtigelse af tilbudsgivernes senge, uden at give tilbudsgiverne mulighed for at demonstrere den korrekte betjening af hospitalssengene.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2, stk. 1, udbudslovens § 56 samt udbudslovens § 128, stk. 2, ved ikke at angive hverken en anslået mængde, et anslået omfang eller en anslået værdi, for udbuddet samlet eller for hver af de enkelte delaftaler i udbudsbekendtgørelsen.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2, stk. 1, udbudslovens § 140 samt udbudslovens § 145, stk. 1 og stk. 2, ved at fasttætte ulovlige udvælgelseskriterier.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2, stk. 1, ved at foretage uberettiget redigering af spørgsmålene fra potentielle tilbudsgivere inden offentliggørelse af spørgsmålene, og derved ikke at gøre spørgsmålene tilgængelige for alle øvrige potentielle tilbudsgivere.

Påstand 8

Klagenævnet for Udbud skal annullere Region Hovedstadens udbud af rammeaftaler om levering af hospitalssenge udbudt ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 001-000140 af 2. januar 2020.

Regionerne har erkendt overtrædelsen i påstand 3 og har nedlagt påstand om, at påstandene 1-2 og 4-8 ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 001-000140 af 30. december 2019, offentliggjort den 2. januar 2020, udbød Region Hovedstaden på vegne sig selv samt Region Midtjylland, Region Nordjylland og Region Sjælland som offentligt udbud en rammeaftale om hospitalssenge. Rammeaftalen er opdelt i følgende fire delaftaler:

”II.2.1) Betegnelse:

Delaftale 1: Tværregionalt udbud på hospitalssenge

Delkontraktnr.: 1

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Rammeaftale på delaftale 1 vil omfatte hospitalssenge med ydre mål (L x B), der er max. 216 cm x max. 95 cm.

Liggefladen skal være beregnet til et madrasmål på ca. 82 cm i bredden og ca. 200 cm i længden (udenaktiveret liggefladeforlænger).

De tilbudte senge skal kunne anvendes til madrasser med en højde på 15 cm.

...

Region Sjælland og Region Midtjylland deltager på option.

...

II.2.1) Betegnelse:

Delaftale 2: Tværregionalt udbud på hospitalssenge

Delkontraktnr.: 2

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Rammeaftale på delaftale 2 vil omfatte hospitalssenge med ydre mål (L x B), der overstiger de anførte begrænsninger til ydre mål på delaftale 1 og samtidig er max. 221 cm x max. 99 cm.

Liggefladen skal være beregnet til madrasmål på ca. 85 cm i bredden og ca. 200 cm i længden (uden aktiveret liggefladeforlænger).

Der anvendes madrasser med en højde på 15 cm.

...

Region Sjælland og Region Midtjylland deltager på option.

...

II.2.1) Betegnelse:

Delaftale 3: Hospitalssenge til Herlev Hospital

Delkontraktnr.: 3

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Rammeaftale på delaftale 3 vil omfatte hospitalssenge til Herlev Hospital med ydre mål (L x B), der er max. 221cm x max. 100 cm.

Liggefladens madrasmål skal være ca. 85 cm (max. 86 cm) i bredden og ca. 200 cm i længden (uden aktiveret liggefladeforlænger).

De tilbudte senge skal kunne anvendes med madrasser med en højde på 15 eller 18 cm.

...

II.2.1) Betegnelse:

Delaftale 4: Hospitalssenge til Region Nordjylland med mulighed for et 5. hjul

Delkontraktnr.: 4

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Rammeaftale på delaftale 4 vil omfatte hospitalssenge til Region Nordjyllands hospitaler med ydre mål (L x B), der er max. 221 cm x max.100 cm. Liggefladens madrasmål skal være ca. 85 cm (max. 86 cm) i bredden og ca.200 cm i længden (uden aktiveret liggefladeforlænger).

De tilbudte senge skal kunne anvendes med madrasser med en højde på 15 eller 18 cm.

Hospitalssengene på delaftale 4 skal yderligere kunne leveres med 5. hjul.”

Der er tale om en rammeaftale omfattende et anslået indkøb af ca. 4.010 senge fordelt på de fire delaftaler med henholdsvis 450 stk., 2.000 stk., 360 stk. og 1.200 stk. Alcyon har i klageskriftet på baggrund af mængdeangivelserne i tilbudslisterne sammenholdt med kendskabet til prisniveauet for hospitalssenge anslået, at den anslåede værdi af udbuddet er ca. 72.087.770 kr.

De eksisterende leverandører for de ordregivende regioner er able nordic a/s (tidligere KR Hospitalsudstyr A/S) og Invacare A/S.

Ved tilbudsfristens udløb den 28. februar 2020 havde Region Hovedstaden modtaget følgende tilbud på de fire delaftaler:

Delaftale 1: able nordic a/s og Invacare

Delaftale 2: able nordic a/s, Arjo Danmark A/S, Invacare A/S og Zibo Athene

Delaftale 3: able nordic a/s, Invacare A/S og Zibo Athene

Delaftale 4: able nordic a/s, Arjo Danmark A/S, Invacare A/S og Zibo Athene

Alcyon valgte ikke at afgive tilbud, men i stedet at indgive klage ved tilbudsfristens udløb.

Region Hovedstaden har oplyst, at evalueringen af tilbuddene er sat i bero, indtil klagenævnet har truffet beslutning om opsættende virkning. Region Hovedstaden har desuden oplyst at have konstateret, at alle tilbuddene er vedlagt de krævede oplysninger, og at alle tilbudsgiverne har angivet at opfylde alle minimumskrav. Endelig har regionen oplyst, at udbuddet vedrørende delaftale 4 vil blive annulleret som følge af den erkendte overtrædelse vedrørende påstand 3. Region Hovedstaden er således enig i, at det krav, som påstand 3 omhandler, og som alene vedrører delaftale 4, ikke er egnet som mindstekrav, idet det ikke har været muligt at oplyse en nærmere specifikation af den AGV (Automated Guided Vehicle), som omtales i kravet.

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Alcyon har under henvisning til påstand 1-8 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Region Hovedstaden har under henvisning til påstand 1, 2 og 4-8 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Parternes anbringender gengives ikke i denne delkendelse.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Alcyon har gjort gældende, at virksomheden vil lide en alvorlig skade, hvis ikke klagen tillægges opsættende virkning, og at Alcyons interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, vejer tungere end regionens interesse i det modsatte.

Alcyon har som følge af de nedlagte påstande ikke mulighed for at opnå erstatning i tilfælde af, at klagenævnet giver Alcyon medhold i klagen, da der er tale om en klage over ulovlige udbudsvilkår, der har gjort det udsigtsløst at afgive tilbud, og idet sagen har en ikke ubetydelig værdi.

Det følger af fast praksis fra klagenævnet, at betingelsen om uopsættelighed normalt anses opfyldt ved klager over ulovlige udbudsvilkår, der har gjort det udsigtsløst at afgive tilbud, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 28. juli 2016, UCPlus A/S mod Esbjerg Kommune m.fl. Det bemærkes i den forbindelse, at Alcyon under spørgsmål/svar har gjort Region Hovedstaden opmærksom på de problematiske krav og opfordret Region Hovedstaden til at ændre dem.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at Alcyon ikke har angivet forklaring eller dokumentation for, at der skulle foreligge en skadevoldende situation. Allerede af den grund er betingelsen om uopsættelighed ikke opfyldt.

Alcyon hævder, at visse mindstekrav afskar virksomheden fra at afgive tilbud. Andre tilbudsgivere stillede spørgsmål til mindstekravene, men endte alligevel med at rette deres produkter til efter udbudsbetingelserne og afgive bud. Det er således ikke dokumenteret eller sandsynliggjort, at Alcyon ikke kunne opfylde udbudsbetingelserne. Situationen er dermed ikke sammenlignelig med den, der forelå i klagenævnets kendelse af 28. juli 2016, UCPlus A/S mod Esbjerg Kommune m.fl.

Væsentlige samfundsmæssige hensyn i form af kampen imod Corona virus pandemien med betydelig og dagligt stigende styrke taler derimod for nødvendigheden af en hurtig kontraktindgåelse. I sygehusvæsenet er der en akut mangel på sygehussenge. Dette gælder både kapacitetsmæssigt og materiale-mæssigt. Regionernes tekniske medarbejdere er således blevet bedt om at

klargøre samt reparere defekte hospitalssenge henset til en kommende krisesituation, fordi det frygtes, at der kommer til at mangle hospitalssenge i nær fremtid på grund af pandemien. Alcyons interesse må vige herfor.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

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

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

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 3 (*interesseafvejning*) bemærker klagenævnet, at Alcyon ikke er fremkommet med oplysninger, der kan føre til, at det fastslås, at virksomhedens interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, over-

stiger regionernes åbenbare interesse i hurtigst muligt at kunne indgå kontrakterne om hospitalssenge med henblik på at sikre den nødvendige kapacitet på hospitalerne

Det bemærkes nærmere, at der ikke på det foreløbige grundlag er udsigt til, at påstand 1, hvorefter en række minimumskrav i de tekniske specifikationer skulle være udfærdiget således, at de uretmæssigt skulle favorisere de eksisterende leverandører og i øvrigt ikke være saglige eller proportionale, ved en endelig afgørelse vil blive taget til følge. Kravene til de fastsatte ydre mål til sengene, kravet til placering af elektriske installationer i hovedenden af sengene, kravet til sengenes vægt og kravet om akustisk signal ved lavt batteriniveau fremstår således på det nu foreliggende grundlag saglige.

Det bemærkes ligeledes, at den mulige overtrædelse, som er omhandlet af påstand 5, ikke konkret har afholdt Alcyon fra at deltage i udbuddet.

De øvrige påstande sammenholdt med oplysningerne om antallet af tilbudsgivere har efter oplysningerne i svarskriftet ikke en sådan karakter, at Alcyons interesse i en afklaring heraf i den konkrete situation vejer tungere end regionernes mulighed for at kunne indgå kontrakter om indkøb af senge.

Betingelse nr. 3 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
specialkonsulent