

K E N D E L S E

Stryker Danmark, filial af Stryker AB
(advokat Niels Tiedemann, København)

mod

Region Syddanmark
(advokat Hanne Padkjær Sørensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 159-262471 af 17. august 2011 udbød indklagede, Region Syddanmark, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) indkøb af forskellige typer hofteimplantater til regionens sygehuse og samarbejde om drift af et referencecenter på Vejle Sygehus om uddannelses-, forsknings- og udviklingsaktiviteter.

Udbuddet var opdelt i 8 rammeaftaler, kaldet koncept B1-B8, der hver omhandlede indkøb af særlige typer af hofteimplantater og leje af tilhørende instrumenter. Tilbudsgiverne kunne byde på et eller flere af koncepterne B1-B8, og tilbud skulle afgives på følgende måde:

- Inkl. forbrug på Vejle Sygehus
- Ekskl. forbrug på Vejle Sygehus

Herudover kunne tilbudsgiverne vælge at byde på koncept B9. Et tilbud på koncept B9 omfattede implantater (varekøb) til Vejle Sygehus samt deltagelse i et »partnerskab« om drift af referencecenter om uddannelse, forskning og udvikling. Der var tale om et »sideordnet udbud«, og indklagede kunne frit vælge, om regionen ville antage tilbud på koncept B9.

Denne klagesag vedrører først og fremmest koncept B9. Derudover vedrører klagesagen spørgsmålet om aktindsigt i tilbud, som indklagede modtog på koncept B1, B2, B5 og B6.

Udbudsbetingelserne blev offentliggjort på indklagedes hjemmeside den 18. august 2011, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 14. oktober 2011 havde Biomet Danmark ApS (herefter Biomet) og klageren, Stryker Danmark, filial af Stryker AB, afgivet tilbud på koncept B9. På koncept B1, B2, B5 og B6 havde klageren, Zimmer, Ortotech, Kebo Med, Biomet, Johnson & Johnson og Smith & Nephew afgivet tilbud.

Indklagede konstaterede, at klagerens tilbud på koncept B9 var ukonditionsmæssigt, og meddelte derfor den 10. januar 2012, at regionen ville indgå kontrakt med Biomet vedrørende koncept B9. Indklagede og Biomet indgik kontrakt den 5. marts 2012.

Den 20. januar 2012 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 17. februar 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 20. september 2012.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 2, ved i underretningen om tildelingsbeslutningen ikke at redegøre fyldestgørende for det antagne tilbud vedrørende koncept B9.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at udløbet af standstill-perioden vedrørende kontrakten om koncept B9 ikke regnes fra dagen efter den 10. januar 2012.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte mindstekrav til koncept B9, som ikke klart og præcist angiver det udbudte.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte mindstekrav til koncept B9 uden at meddele de relevante oplysninger, som ville gøre det muligt for tilbudsgiverne at optimere deres tilbud.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte et mindstekrav til koncept B9 om, at »Vejle Sygehus skal gennemføre alle de videnskabelige hofteprojekter der igangsættes af leverandøren«.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at bestemme, at det er indklagedes frie valg, om indklagede ønsker at antage tilbud på drift af referencecentret (koncept B9).

Påstand 7

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 10. januar 2012 om at tildele kontrakten vedrørende koncept B9 til Biomet.

Påstand 8

Klagenævnet skal erklære kontrakten mellem indklagede og Biomet for uden virkning i medfør af håndhævelseslovens § 16, nr. 1, eller § 17, stk. 1, nr. 2.

Påstand 9

Klagenævnet skal træffe afgørelse om, at indklagede skal imødekomme klagerens anmodning om aktindsigt i tilbud på koncept B1, B2, B5 og B6 fra Zimmer, Ortotech, Kebo Med, Biomet, Johnson & Johnson og Smith & Nephew uden undtagelse af oplysninger om de tilbudte priser.

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

Klagenævnet har den 1. juni 2012 meddelt indklagedes kontraktpart, Biomet, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 5.

Biomet har meddelt, at virksomheden ikke ønsker at intervenere i sagen.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 17. august 2011 indeholder bl.a. følgende:

»II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten ...

De udbudte rammeaftaler vedrører indkøb af hofte-implantater. I tilknytning til anskaffelserne skal der leveres instrumentarie-, lager- og logistikservice, hvori der skal være mulighed for at indkøbe service i forhold til de indkøbte produkter. ...

Udbuddet omfatter et antal rammeaftaler indenfor produktområdet hofte-implantater. Enkelte af rammeaftalerne udbydes som parallelle rammeaftaler. ...

Endelig ønskes der sideordnede tilbud på samarbejde om drift af referencecenter for hofte-implantater på Vejle Sygehus. Denne rammeaftale vil udover ovennævnte indkøb og serviceydelser også vedrøre forsknings- og udviklingssamarbejde. ...«

Indklagede har oplyst, at kontraktværdien af koncept B1-B8 (ekskl. forbruget på Vejle Sygehus) skønnes at udgøre ca. 33 mio. kr. pr. år. Kontraktværdien for koncept B9 skønnes at udgøre ca. 600.000 kr. ekskl. moms pr. måned, det vil sige ca. 7,2 mio. kr. pr. år.

I udbudsbetingelserne er anført følgende:

»...

1.6 Fortrolighed

Tilbud vil så vidt muligt blive behandlet fortroligt, men udbyders fortrolighedstilsagn må i sagens natur vige i den udstrækning, hvor lovgivningen forpligter udbyder til at videregive oplysninger til tredjemand.

...

Såfremt der er oplysninger eller elementer i tilbuddet, som ud fra forretningsmæssige overvejelser ønskes undtaget fra aktindsigt, opfordres tilbudsgiver til at angive dette i sit tilbud, gerne ved benyttelse af Tilbudsbilag 1 ... Udbyder vil dog under alle omstændigheder være berettiget og forpligtet til at give aktindsigt i det omfang, som følger af lovgivningen.

...

1.9 Besigtigelse af referencecenter på Vejle Sygehus

Der er mulighed for at besigtige faciliteter i tilknytning til referencecentret for hofte-implantater på Vejle Sygehus, jf. 1.21 Sideordnede tilbud på samarbejde om drift af referencecenter på Vejle Sygehus.

...

På mødet vil der udelukkende være mulighed for at besigtige de faciliteter, der er tilknyttet referencecentre for hofte-implantater på Vejle sygehus.

Det skal understreges, at der i forbindelse med besigtigelsen ikke vil være mulighed for at stille spørgsmål til udbudsmaterialet, da spørgsmål skal fremsendes skriftligt ... Såfremt der måtte være uoverensstemmelser mellem, hvad tilbudsgiver ser på besigtigelsen og det skriftlige udbudsmateriale, er det skriftlige udbudsmateriale gældende. ...

...

1.20 Tildelingskriterium med underkriterier

Tildeling af kontrakter vil ske ved anvendelse af tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

De efterfølgende underkriterier og delunderkriterier vil blive anvendt ved tildeling af kontrakter under følgende betingelser:

- Hvis udbyder ikke antager sideordnede bud. jf. pkt. 1.21 – vil alle kontrakter blive tildelt efter de efterfølgende underkriterier og delunderkriterier
- Hvis udbyder antager sideordnede bud – vil kontrakt i henhold til det/de sideordnede bud blive tildelt efter underkriterier og delunderkriterier anført i afsnit 1.21.1 Tildelingskriterium for referencecenter på Vejle Sygehus, mens de øvrige kontrakter vil blive tildelt efter underkriterierne og delunderkriterierne anført nedenfor

Produktgruppe	Underkriterier og delunderkriterier	Vægtning
Hofte-implantater	Medicinsk funktion: <ul style="list-style-type: none"> • Funktionalitet og brugervenlighed • kvalitet 	50 %
	Økonomi: <ul style="list-style-type: none"> • Beregnet fiktiv tilbudspris på produkt delen • Beregnet fiktiv tilbudspris på instrumentariedelen 	30 %
	Forsyningssikkerhed/service <ul style="list-style-type: none"> • Service • Samarbejde og F&U • Kompetencer 	20 %

1.20.1 Tildeling af delrammeaftaler under projektgruppen

For projektgruppen udbydes der flere delrammeaftaler (koncepter). ...
...

1.20.2.2 Økonomi

Underkriteriet Økonomi beregnes på grundlag af tilbudsgivers besvarelse i Tilbuds-Bilag 8. For hvert tilbud beregnes en samlet fiktiv tilbudspris, der anvendes i tilbudsevalueringen.

Den samlede fiktive tilbudspris for et koncept tager udgangspunkt i det forventede bruttobehov pr. år vedr. produkter/implantater og tilhørende instrumentarier for de enkelte koncepter jf. 2.5 Leveranceomfang og -periode.

Den samlede fiktive tilbudspris på produktdelen

Beregningsforudsætninger: Den samlede fiktive tilbudspris for produktdelen beregnes på basis af forbrugsmængder pr. år for konceptets delkomponenter, som er fastsat alene med henblik på den økonomiske tilbudsvurdering, og de angivne »forventede« forbrugsmængder i tilbuds-bilag 8 vil derfor ikke være bindende for udbyder. Den beregnede fiktive tilbudspris er således uden betydning for tilbudsgivers rettigheder og forpligtelser under kontrakten.

Den samlede fiktive tilbudspris på produktdelen i underkriteriet Økonomi beregnes således:

- Den samlede fiktive tilbudspris på produktdelen for hvert koncept findes ved at summere de fiktive totale komponent-tilbudspriser for de positioner/delkomponenter, hvor der skal angives en tilbudspris under konceptet og fra denne sum fratække den tilbudte mængderabat i forhold til de tilbudte konceptkomponentpriser for hvert af udbyders køb af 50 stk. koncepter udover den forventede forbrugsmængde pr. år, ...
 - Den fiktive totale komponent-tilbudspris for en position/delkomponent findes ved at gange den fiktive komponent-tilbudspris pr. styk med den forventede forbrugsmængde for delkomponenten
 - ◇ Den fiktive komponent-tilbudspris pr. styk findes ved at summere produkterne af de angivne komponent-tilbudspriser pr. styk og de tilhørende vægtningsprocenter.

Tilbudsgiver bør også angive tilbudspriser for de positioner/delkomponenter, som udbyder har stillet ønske om under de enkelte koncepter i Tilbuds-Bilag 7, hvis det er muligt. Såfremt det tilbudte koncept inde-

holder en ønsket delkomponent (f.eks. en bestemt størrelse, udformning eller materiale mv.), men tilbudsgiver ikke angiver en tilbudspris for denne delkomponent i Tilbuds-Bilag 8, vil tilbudsgiver blive bedømt til ikke at opfylde ønsket vedr. delkomponenten i tilbudsvurderingen under medicinsk funktion ...

...

Den fiktive tilbudspris på instrumentariedelen

Beregningsforudsætninger: Den samlede fiktive tilbudspris på instrumentariedelen beregnes på basis af instrumentariebehov pr. år for konceptet, som er fastsat alene med henblik på den økonomiske tilbudsvurdering, og de angivne »forventede« instrumentariebehov i tilbuds-bilag 8 vil derfor ikke være bindende for udbyder. Den beregnede fiktive tilbudspris er således uden betydning for tilbudsgivers rettigheder og forpligtelser under kontrakten.

Den fiktive tilbudspris på instrumentariedelen i underkriteriet Økonomi beregnes således:

- Den fiktive tilbudspris på instrumentariedelen for hvert koncept findes ved at beregne de fiktive tilbudspriser på korttidsleje af instrumentarier
 - Den fiktive tilbudspris på korttidsleje af instrumentarier (instrumentarier udover basissættene ...) for dette enkelte koncept findes ved at gange tilbudspriser for korttidsleje med det forventede behov for korttidsleje af instrumentarier (antal operationer).

...

Den samlede fiktive tilbudspris for et koncept i underkriteriet Økonomi beregnes ved at summere den samlede fiktive tilbudspris på produktdelen og den fiktive tilbudspris på instrumentariedelen.

Den samlede fiktive tilbudspris vil blive evalueret relativt i forhold til de øvrige tilbud.

Eventuelt tilbudt kombinationsrabat ved tildeling af flere delrammeaftaler til samme tilbudsgiver indregnes ikke i evalueringsgrundlaget.

...

1.21 Sideordnede tilbud på samarbejde om drift af referencecenter på Vejle Sygehus

Udbyder ønsker at få sideordnede tilbud, på samarbejde om drift af referencecenter for hofteimplantater på Vejle Sygehus.

Det sideordnede tilbud ... har følgende opdeling og betingelser:

	Hofte-implantater	
Konceptnr.:	B9	B1 til B8
Mulige bud	Referencecenter på Vejle Sygehus	Udbyders sygehuse eksklusiv Vejle
Skal tilbudsgivere byde?	Frivilligt om der bydes på referencecentret	Obligatorisk for hofte-koncepter, der bydes på
Omfang	Forbruget af hofte-implantater på Vejle Sygehus inkl. F&U-implantater	Forbruget af hofte-implantater på resten af udbyders sygehuse ekskl. F&U-implantater
Tildeling	Eventuel tildeling vil omfatte alle de udbudte hofte-koncepter i referencecentret	Eventuel tildeling vil ske på de enkelte hofte-koncepter
Tildelingskriterium	Eventuel tildeling vil ske efter tildelingskriteriet for referencecenter på Vejle Sygehus jf. pkt. 1.21.1	Eventuel tildeling vil ske efter tildelingskriterium beskrevet i pkt. 1.20
Antal leverandører	Ved tildeling vil 1 leverandør vinde kontrakten på alle hofte-koncepter [på Vejle Sygehus]	Ved tildeling vil 1-2 [8] leverandører vinde kontrakterne på de 2 [8] koncepter

Tilbudsgiver skal afgive bud på de tilbudte hofte-koncepter (koncept B1 til B8) med og uden forbruget på Vejle Sygehus inkluderet i det regionale forbrug, mens det er frivilligt at afgive bud på referencecentret på Vejle Sygehus (koncept B9).

Udbyder vil på baggrund af de indkomne tilbud beslutte, hvorvidt udbyder vil indgå kontrakt om samarbejde om drift af referencecentret.

Det er udbyders frie valg om der ønskes antaget tilbud på drift af referencecentret.

1.21.1 Tildelingskriterium for referencecenter på Vejle Sygehus

Tildeling af kontrakter vedrørende samarbejde om drift af referencecentre på Vejle Sygehus vil ske ved anvendelse af tildelingskriteriet det økonomiske mest fordelagtige tilbud ud fra en vurdering af de efterfølgende underkriterier og delunderkriterier:

Produktgruppe	Underkriterier og delunderkriterier	Vægtning
Hofte-implantater	Medicinsk funktion: <ul style="list-style-type: none"> • Funktionalitet og brugervenlighed • kvalitet 	30 %
	Økonomi: <ul style="list-style-type: none"> • Beregnet fiktiv tilbudspris på produktdelen • Beregnet fiktiv tilbudspris på instrumentariedelen 	30 %
	Forsyningsikkerhed/service <ul style="list-style-type: none"> • Service • Kompetencer 	20 %
	Udvikling: <ul style="list-style-type: none"> • F&U-samarbejdsbredde • F&U-strategi, handlingsplan og ressourcer • Afregning for nye F&U-implantater og instrumenter 	20 %

...

2.2 Produktgruppe

Nærværende udbud omfatter følgende produkter til Region Syddanmark:

- Hofte-implantater inkl. instrumentarier

...

Produktgruppe	Koncepter / delrammeaftaler	
Hofte-implantater	B1	Cementeret Primær cup
	B2	Cementeret glat stem med standard og bipolarart hoved
	B3	Cementeret ru/sandblæst stem med standard og bipolarart hoved
	B4	Cementeret/ucementeret double mobility cup (cup med frit flydende liner)
	B5	Ucementeret cup med cup liner
	B6	Ucementeret stem std og bipolarart hoved – Impaction fit teknik (teknik hvor knogle primært compactes som følge af rasp design)
	B7	Ucementeret stem std og bipolarart hoved – Reaming fit stem teknik (teknik hvor knogle primært fjernes som følge af rasp design)
	B8	Modulært revisionsstem – proksimal body/distal stem
	B9	Referencecenter på Vejle Sygehus (sideordnet udbud)

...

2.3 Koncepter

Udbuddet er opdelt i 9 delrammeaftaler benævnt koncepter

Det er muligt at afgive tilbud på et eller flere koncepter, jf. pkt. 2.2. Der kan ikke gives kombinationstilbud. De afgivne bud må således ikke være betinget af, at der tildes et eller flere koncepter til leverandøren. ...

...

2.3.1 Hofte-implantater

Der udbydes 9 koncepter – koncept B1 til koncept B9

Koncepter – hver vælges én leverandør pr. koncept

For koncept B1-B4, koncept B6-B7 og koncept B9 (sideordnet bud på Referencecentret på Vejle Sygehus) er der underpositioner, og inden for det enkelte koncept skal der bydes på alle underpositioner.

For koncept B1 til B4 og koncept B6 til B7 ønskes der én og kun én leverandør pr. koncept. ...

For koncept B9 kan der afgives et sideordnet bud. Tilbudene på koncept B9 vil kun blive anvendt, hvis køber antager det sideordnede bud på

samarbejde om drift af referencecentret på Vejle Sygehus. For koncept B9 kan der antages én og kun én leverandør. Der vil således blive indgået delrammeaftale vedr. hofte-referencecenter med 0 eller 1 leverandør.

Koncepter – hvor der vælges tre leverandør pr. koncept

For koncept B5 og B8 er der underpositioner, og inden for det enkelte koncept skal der bydes på alle underpositioner. Der ønskes tre og kun tre leverandør pr. koncept. Der vil således blive indgået delrammeaftaler med 3 til 6 leverandører.

...

2.4 Optioner

Køberen ønsker følgende optioner, som er markeret og benævnt med option i udbudsmaterialet:

- Option på forlængelse af kontrakten på uændrede vilkår med 12 måneder 3 gange. ...

2.5 Leveranceomfang og -periode

...

Leveranceperioden forventes at starte februar 2012. Leverandøren skal derfor som udgangspunkt være i stand til at præstere de første leverancer fra denne dato. Køberen er indstillet på en implementeringsperiode på op til 6 måneder inden alle koncepter er indarbejdet. Den samlede leveranceperiode inkl. implementeringsperiode vil være 4 – 7 år afhængigt af om Køberen udnytter sin option på at forlænge aftalen.

...

2.6.3 Tilbudspriser på sideordnede tilbud

Køberen ønsker at få sideordnede tilbud på samarbejde om drift af referencecenter for henholdsvis hofte-implantater på Vejle Sygehus, jf. pkt. 1.21 Sideordnede tilbud vedrørende samarbejde om drift af referencecenter på Vejle Sygehus.

Tilbudsgiver skal afgive bud på tilbudte hofte-koncepter uden forbruget på Vejle Sygehus inkluderet i det regionale forbrug. Tilbudspriserne herpå skal angives i Tilbuds-Bilag for koncept B1-B8.

Tilbudsgiver kan afgive bud på koncept B9 samarbejde om drift af referencecentret på Vejle Sygehus, men det er frivilligt. Hvis tilbudsgiver ønsker at afgive tilbud på samarbejde om drift af referencecentret på

Vejle Sygehus skal tilbudspriserne angives i Tilbuds-Bilag 8 for koncept B9

...«

I Udbuds-Bilag 3 »Generelle tværgående mindstekrav og ønsker« fastsatte indklagede bl.a.:

»Det er et mindstekrav, at leverandørens levering af produkter inkl. service mv. som minimum skal være i overensstemmelse med Eucomed Guidelines om Interactions with Healthcare Professionals, september 2009, eller tilsvarende.«

Af Udbuds-Bilag 5 »Specifikke mindstekrav og ønsker til samarbejde om referencecenter på Vejle Sygehus« – som på de punkter, der er relevante for klagesagen, svarer til Tilbuds-Bilag 7 »Redegørelse for den tilbudte leverance (løsningsbeskrivelse)« – fremgår:

»...

Uddannelse

Læringscenter

Leverandøren skal inddrage Vejle Sygehus i afholdelsen af hoftekurser enten på Vejle Sygehus, på andre sygehuse i Danmark eller internationalt. Vejle Sygehus' arbejde kommer til at bestå af præsentationer, deltagelse i operationer og live-transmission af operationer, der enten transmitteres eller vises på lokale konferencer.

Symposier på Vejle Sygehus eller på konferencecentre i nærheden af Vejle Sygehus.

Sammen med leverandøren skal Vejle Sygehus stå for at organisere nationale og internationale møder om fuldstændig hofteudskiftning og andre relaterede emner. Vejle Sygehus skal deltage i alle dele af planlægningen og også medvirke til at samle lægegruppen til møderne. Vejle Sygehus er ansvarlig for at sende live-transmissioner af operationer til konferencelokalet fra sygehuset.

Konsulentaktiviteter på udenlandske sygehuse

Vejle Sygehus skal deltage i superviseringsarbejde organiseret af leverandøren på udenlandske klinikker. Vejle Sygehus skal hjælpe med at uddanne lokale kirurger til at kunne foretage deres første fuldstændige hofteudskiftning, opdatere kirurger i nye teknikker eller blot demonstrere ledudskiftninger på andre klinikker.

Symposier i udlandet

Personalet og overlægen/overlægerne skal deltage i symposier arrange-

ret af leverandøren hos andre medicinske institutioner og hjælpe til med afholdelsen af workshops, deltage i forbindelse med særlige kirurgiske fremgangsmåder og afholde implantatrelaterede forelæsninger.

...

Videnskab

...

Videnskabelige projekter

Vejle Sygehus skal gennemføre alle de videnskabelige hofteprojekter, der igangsættes af leverandøren – så længe overlægen/overlægerne finder projekterne klinisk relevante, og så længe den lokale videnskabetiske komité kan godkende dem. Leverandøren, personalet eller overlægen/overlægerne på Vejle Sygehus kan stille forslag til projekter.

Præsentationer

Resultaterne af samarbejdet mellem leverandøren og sygehuset præsenteres jævnligt på møder på Vejle Sygehus. Personalet og overlægen/overlægerne skal regelmæssigt inviteres til internationale møder organiseret af leverandøren og fungere som ordstyrere, gæstetalere, gæsteforelæsere osv. Derudover skal Vejle Sygehus medvirke i en tidlig præsentation af forskning inden for implantater, fremgangsmåder osv., som Vejle Sygehus har deltaget i.

...

Samarbejdsprincipper og -krav

Principper for udviklingsmæssige, uddannelsesmæssige og videnskabelige samarbejdsprojekter

- Den lokale videnskabetiske komité skal godkende samarbejdsprojekterne
- Både leverandøren og Vejle Sygehus skal godkende samarbejdsprojekterne
- Vejle Sygehus har ret til at offentliggøre alle pålidelige resultater fra samarbejdsprojekterne

Vigtigheden og anvendelsen af Vejle Sygehus i leverandørens forsknings- og udviklingsstrategi

- Leverandøren skal årligt tage initiativ til mindst 2 og højst 4 kliniske studier på Vejle Sygehus.
- Leverandøren skal årligt præsentere mindst 25 og højst 50 medicinske gæster for Vejle Sygehus.
- Leverandøren skal årligt afholde mindst 2 og højst 4 reference- og læringscenterkurser på Vejle Sygehus med et 3-dages program på selve sygehuset for op til 12 personer fra den medicinske verden eller fra leverandøren.

- Personalet på Vejle Sygehus skal årligt afholde mindst 1 og højst 2 nationale eller internationale hoftekurser uden for Vejle Sygehus på leverandørens vegne.
- Kirurger fra Vejle Sygehus skal på leverandørens vegne årligt besøge og assistere hoftekirurger på udenlandske klinikker mindst 6 gange og højst 12 gange med henblik på hofteudskiftningsprocedurer, dog højst 5 arbejdsdage om måneden og på årsbasis højst 60 dage.
- Personale fra Vejle Sygehus skal på leverandørens vegne mødes og diskutere problemer inden for hofteudskiftning på mindst 4 og højst 8 internationale studiegruppemøder.

Vejle Sygehus' forpligtelser

- Vejle Sygehus skal stille en hofteudskiftningsklinik til rådighed med stor kapacitet og ca. 500 fuldstændige hofteudskiftninger om året. Af disse udgør ca. 15 % revisioner, ca. 50 % primær fuldstændig hofteudskiftning uden brug af cement, ca. 10 % resurfacing, mens de resterende ca. 25 % er hybrider.
- Vejle Sygehus skal stille fire fuldtidsortopædkirurger til rådighed med erfaring inden for primær fuldstændig hofteudskiftning og revision.
 - Mindst to kirurger med international erfaring inden for præsentation af data- og forskningsprojekter.
 - Mindst en kirurg med stor erfaring (+25 artikler) inden for offentliggørelse i internationale ortopædkirurgiske tidsskrifter.
- Vejle Sygehus skal stille to fuldtidsforskningssygeplejersker til rådighed til at tage sig af alt det nødvendige arbejde i forbindelse med sygehusaktiviteter på basis af lærings- og referencecentret. Mindst to kirurger inden for hofteudskiftninger med international erfaring.
- Vejle Sygehus skal råde over moderne operationsstuer af international standard og med laminar down-flow, navigationsværktøjer og udstyr til live-transmissioner af operationer til offentliggørelse på internettet.
- Vejle Sygehus skal råde over en moderne klinisk afdeling med høj patientomsætning baseret på principperne Joint Care/Fast Track.
- Vejle Sygehus skal stille en stor lokal database til rådighed med detaljerede data om hver enkelt patient indhentet inden operationen, under operationen, i løbet af sygehusopholdet efter operationen og i forbindelse med opfølgning 6 uger, 1, 6 og 10 år efter operationen.

...

Finansiering af anvendelse af og deltagelse fra Vejle Sygehus i leveran-

dørens forsknings- og udviklingsarbejde

- Leverandøren skal sponsorere Vejle Sygehus med et samlet årligt beløb på minimum 960.000 kroner til dækning af Vejle Sygehus' samarbejdsrelaterede omkostninger. ... Dette minimumsbeløb stiger i kontraktens løbetid årligt med 3 %.
- Udover ovennævnte minimumsbeløb skal leverandøren sponsorere Vejle Sygehus med et dagligt beløb på minimum 2.500 kr. pr. læge, når kirurgiske overlæger står for aktiviteter, der er arrangeret af leverandøren og baseret på samarbejdet mellem leverandøren og Vejle Sygehus. Der skal betales for samarbejdsaktiviteter på og uden for Vejle Sygehus, som medfører, at den kirurgiske overlæge ikke kan udføre sit sædvanlige arbejde med henblik på almindelig drift og produktion.
- ... Leverandøren skal desuden dække alle Vejle Sygehus' ekstraomkostninger forbundet med afrapportering af den aktivitetsbaserede finansiering.
- Leverandøren dækker alle omkostninger i forbindelse med rejse, kost og logi, når kirurgiske overlæger står for aktiviteter, der er arrangeret af leverandøren som led i samarbejdet ...
- Leverandøren dækker alle omkostninger i forbindelse med rejse, kost og logi for udenlandske gæster på Vejle Sygehus, der besøger lærings- og conferencecentreret som led i samarbejdet ...

...«

Tilbudsgiverne havde under udbuddet mulighed for at stille spørgsmål til udbudsbetingelserne. Indklagede fik bl.a. følgende spørgsmål:

Spørgsmål 45:

»Det fremgår af Udbuds-Bilag 3, de generelle tværgående krav ..., at det er et mindstekrav, at leverandørens levering af produkter inkl. service mv. som minimum skal være i overensstemmelse med Eucomed Guidelines om Interactions with Healthcare Professionals eller tilsvarende. Samtidig stilles i Udbuds-bilag 5 ... krav om at leverandøren skal sponsorere Vejle Sygehus med et samlet årligt beløb på minimum 960.000 kr. ...

Sidstnævnte krav er i sin nuværende form uforeneligt med EU-COMED's retningslinjer pkt. 9, hvoraf det bl.a. fremgår, at hvert enkelt forskningsbevilling skal ske efter en skriftlig ansøgning fra ansøger/modtager, med angivelse af art og formål med forskningsaktiviteten. Hvis dette krav opretholdes, vil ingen leverandør dermed kunne overholde EU-COMED's retningslinjer og dermed vil samtlige tilbud, der lever op til det specifikke krav være ukonditionsmæssige, da man så som leverandør ikke kan leve op til det tværgående krav i bilag 3 ... Medico-

industrien skal på denne baggrund spørge ordregiver, om man vil bringe kravet i overensstemmelse med EUCOMED og Medicoindustriens retningslinjer således at tilbudsgiverne kan afgive konditionsmæssige tilbud?»

Indklagede svarede:

»Ordregiver er ikke enig i, at der er modstrid på det pågældende punkt, da der ved Koncept B9 (referencecentret) udbydes en kontrakt af en særlig karakter, nemlig en forpligtende og længerevarende F&U-kontrakt. Derfor fastholdes mindstekravet til Finansiering af anvendelse af og deltagelse fra Vejle Sygehus i leverandørernes forsknings- og udviklingsarbejde ...

Under hensyn til at undgå enhver mulig tvivl om modstrid skal ordregiver herved dog præcisere, at på de punkter hvor mindstekravene til Koncept B9 (referencecentret) måtte være uforenelige med EUCOMED's retningslinjer, bortfalder tilbudsgivers forpligtelse til at levere i overensstemmelse med Eucomed Guidelines i forhold til tilbudsgivers tilbud på Koncept B9. Med andre ord skal forpligtelsen til at levere i overensstemmelse med Eucomed Guidelines forstås med de undtagelser, som af hensyn til forholdets natur vil være nødvendige i forhold til at gennemføre kontrakten om referencecentret.«

Spørgsmål 47:

»Hvordan bør værdien af mindstekrav 4 og 5 i »Tilbudsbilag 7 - Koncept B9 Referencecenter for hofteimplantater« kvantificeres? For eksempel, hvordan bør værdien af følgende krav kvantificeres: »Sammen med leverandøren skal Vejle Sygehus stå for at organisere nationale og internationale møder om fuldstændig hofteudskiftning og andre relaterede emner«?»

Indklagedes svarede:

»Såfremt intervallet for mindstekravsaktiviteter ikke specifikt er kvantificeret i mindstekrav #6 under »Vigtigheden og anvendelsen af Vejle Sygehus i leverandørens forsknings- og udviklingsstrategi« i Tilbudsbilag 7 og Udbuds-Bilag 5 på side 100 i udbudsmaterialet, skal tilbudsgiver som minimum tilbyde 2 mindstekravsaktiviteter.

Antallet af mindstekravsaktiviteter, der tilbydes, bør anføres under punktet F&U-samarbejdsbredde under ID-K B9-5 i Tilbudsbilag 7 for Koncept B9, som vil indgå i udbyders vurdering af delunderkriteriet udvikling under tildelingskriteriet for B9 (referencecentret).«

Spørgsmål 49:

»Ifølge mindstekrav 5 i Tilbuds-Bilag 7 under Koncept B9 skal leverandøren placere alle videnskabelige hofteprojekter på Vejle Sygehus. Betyder det, at Vejle Sygehus skal have fortrinsret til at gennemføre alle videnskabelige hofteprojekter, som leverandøren igangsætter?»

Indklagede svarede:

»Nej, men tilbudsgiver skal opfylde mindstekravsaktiviteterne, som er kvantificeret i mindstekrav #6 under »Vigtigheden og anvendelsen af Vejle Sygehus i leverandørens forsknings- og udviklingsstrategi« i Tilbuds-Bilag 7 og Udbuds-Bilag 5 på side 10 [100] i udbudsmaterialet.

Der menes, at alle de videnskabelige hofteprojekter, der i gang sættes af leverandøren på Vejle Sygehus vil blive gennemført – så længe overlægen/overlægerne finder projekterne klinisk relevante, og så længe den lokale videnskabsetiske komité kan godkende dem.«

Tilbudsgiverne skulle udfylde Tilbuds-Bilag 8, som var udbudsbetingelsernes prisbilag. Bilaget er opbygget således, at det indledes med en vejledning til udfyldelsen. Herefter indeholder bilaget skemaer med mulighed for at angive priser, der er opdelt i pris på produkt del og pris på instrumentariedel for hvert koncept. Det fremgår endvidere af bilaget, at der for hvert produkt/instrumentarium skal afgives et ordinært bud (inkl. forbruget på Vejle Sygehus) og et sideordnet bud (ekskl. forbruget på Vejle Sygehus).

Til brug for prisevalueringen har indklagede anført den forventede forbrugsmængde pr. år (stk.) på produkt delen og det forventede behov for instrumentariedelen pr. år. Den fiktive pris udgøres således af den tilbudte pris x den anførte volumen. Det fremgår endvidere, at »den samlede fiktive tilbudspris« for et koncept beregnes ved at summere den samlede fiktive tilbudspris på produkt delen og den fiktive tilbudspris på instrumentariedelen. Det var »den samlede fiktive tilbudspris«, der indgik i indklagedes evaluering.

Indklagede meddelte sin tildelingsbeslutning ved brev af 10. januar 2012 til klageren. Klageren blev tildelt kontrakt på koncept B1 og koncept B8. Vedrørende koncept B9 meddelte indklagede, at klagerens tilbud var vurderet som ukonditionsmæssigt. Indklagede anførte følgende vedrørende koncept B9:

»...

Region Syddanmark har valgt at antage det sideordnede tilbud på hofte-referencecentret. ...

...

Ved fastlæggelse af den samlede vurdering (vægtet samlet point) er underkriterierne og delunderkriterierne vægtet som anført nedenfor. Nedenfor ... vises den sammenfattende vurdering af de konditionsmæssige tilbud på hofte-referencecentret ...

Koncept B9				
Leverandør	Point			
	Økonomi 30 %	Medicinsk funktion 30 %	Service 20 %	Udvikling 20 %
Biomet		3,83	4,45	3,00

Resultatet af denne vurdering er, at Region Syddanmark har til hensigt at indgå kontrakt med Biomet, da Biomet har afgivet et konditionsmæssigt tilbud på dette koncept. Strykers tilbud på koncept B9 er blevet vurderet til at være ukonditionsmæssigt. Begrundelsen for denne vurdering fremgår af den efterfølgende oversigt

Delaftale	Begrundelse for at Jeres tilbud ikke er vurderet konditionsmæssigt
Koncept B9	Tilbudsgiver tager – i den medsendt dokumentation for tilbudsgivers F&U-strategi under Tilbudsbilag 9 – forbehold for flere af mindstekravene under samarbejds-emner i referencecentret og samarbejdsbetingelser i referencecentret, jf. Tilbudsbilag 7 og Udbudsbilag 5 I henhold til udbudsbetingelserne punkt 1.19.1 kan der ikke tages forbehold overfor mindstekrav. I henhold til udbudsbetingelsernes punkt 1.19.2 vil forbehold blive behandlet i overensstemmelse med udbudsreglerne. Af udbudsreglerne fremgår at den ordregivende myndighed har pligt til at forkaste et tilbud, som indeholder forbehold, hvis myndigheden i udbudsbetingelserne har bestemt, at forbehold ikke accepteres.

Standstill

Region Syddanmark er forpligtet til at overholde en standstill-periode på 10 dage, regnet fra dagen efter afsendelse af nærværende meddelelse. Standstill-perioden udløber altså den 20.01.2012. Det vil sige, at Region Syddanmark tidligst kan underskrive kontrakterne med jer / Stryker den 21.01.2010 [2012].

...«

Klageren anmodede ved brev af 18. januar 2012 indklagede om aktindsigt i de øvrige tilbudsgiveres tilbud på koncept B1, B2, B5 og B6.

Efter at have hørt de tilbudsgivere, hvis tilbud klageren ønskede aktindsigt i, meddelte indklagede ved brev af 1. februar 2012, at anmodningen om akt-

indsigt blev taget til følge med en række undtagelser i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, og § 13, stk. 1, nr. 5, på baggrund af en konkret vurdering, hvorefter »der ved offentliggørelse i den konkrete situation foreligger en tilstedeværende og nærliggende risiko for økonomiske tab, både for virksomhederne og for Regionen«.

Prisoplysninger var blandt de oplysninger, som indklagede undtog fra aktindsigt. Indklagede begrundede dette med, at samtlige prisoplysninger i tilbud og evalueringsrapporter var undtaget fra aktindsigt af konkurrencemæssige hensyn efter § 12, stk. 1, nr. 2, og af hensyn til det offentlige økonomiske interesser, jf. § 13, stk. 1, nr. 5. Indklagede anførte således, at det var »af hensyn til den fortsatte konkurrencesituation på området samt den væsentlige risiko for økonomiske skadevirkninger for virksomhederne samt risikoen for at skade Region Syddanmarks økonomiske interesser«.

Klageren anmodede om en uddybning af de omstændigheder, som lå til grund for indklagedes vurdering.

Ved brev af 22. februar 2012 uddybede indklagede sin afgørelse og anførte bl.a.:

»Vi har konkret vurderet, at oplysninger om de enkelte koncepter og positioner vil være til skade for de tilbudsgivere der afgav tilbud ... Oplysninger om delpriser vurderes således at kunne forringe konkurrenceevnen hos den enkelte tilbudsgiver eller at kunne medvirke til at ensarte prisniveauet i fremtidige udbud.

...

Dertil kommer, at hensynet til det offentlige interesser skal ses i et bredere perspektiv end blot Region Syddanmarks udbud af hofteimplantater. Vi har oplysninger om, at Region Sjælland er i færd med at udbyde hofteimplantater, hvorfor en fuldstændig offentliggørelse af de tilbudte priser forventeligt vil kompromittere deres mulighed for at opnå fair konkurrence i deres udbud.

Da kredsen af tilbudsgivere på de øvrige ortopædkirurgiske implantatområder stort set er sammenfaldende med tilbudsgiverne i nærværende udbud af hofteimplantater vil en offentliggørelse af enkeltpriiser på koncepter og positioner kunne have skadelig indvirkning på regionens mulighed for at opnå fair konkurrence på de ortopædkirurgiske implantatområder, som Region Syddanmark skal i gang med at konkurrenceudsætte.«

Indklagede fandt det dog muligt at oplyse den samlede sum af de tilbudte fiktive tilbudspriser på de fire koncepter – koncept B1, B2, B5 og B6 – fra i alt syv tilbudsgivere.

Klageren fik således ikke aktindsigt i

- tilbudspriser pr. styk for det produkt og tilhørende instrumenter, som det enkelte koncept omfatter
- beregnede fiktive tilbudspriser for henholdsvis produktdelen og instrumentariedelen for hvert koncept (den samlede pris for konceptet).

Virksomhederne Zimmer Danmark ApS, Biomet, Kebo Med A/S og Orto-tech har efterfølgende over for indklagede fastholdt, at tilbudspriserne er undtaget fra aktindsigt. Zimmer Danmark ApS anførte bl.a. i brev af 21. marts 2012:

»En offentliggørelse af priser pr. koncept vil føre til, at konkurrenter uden udfoldelse af særlige bestræbelser vil kunne udregne priser for de enkelte produkter. Den praktiske forklaring herpå er, at Zimmer Danmarks konkurrenter kender det tilbudte antal proteser, og har den viden, at alle stem kommer med hoved og cup. Samtidig så fungerer de enkelte produkter kun med produkter fra samme producent. Resultatet er, at produkterne de facto hænger sammen, og der således er en enhedspris for de samlede produkter.

På den baggrund vil det være meget enkelt for Zimmer Danmarks konkurrenter at udregne enkeltpriser. ...«

I brev af 9. juli 2012 fra Biomet Danmark ApS står bl.a.:

»Hvis Stryker modtager aktindsigt i Biomets og konkurrenternes tilbudspriser kan Stryker udlede Biomets enkeltpriser samt tilbuds- og prisstrategi. ...

...

Hvis de forventede mange aktindsigtsbegæringer, som Strykers aktindsigt kan give startskuddet til, fører til »fuld gennemsigtighed«, er Biomet ikke enig i Strykers antagelse om, at det vil føre til »fuldkommen konkurrence« ... Der er alene 5-7 konkurrenter i markedet og fuld gennemsigtighed vil føre til en fastlåsning af prisniveauet på et marked, hvor prisen er et af de to væsentligste konkurrenceparametre. ...

Hvis konkurrenterne alle kender hinandens priser og prissammensæt-

ning, vil der helt naturligt skabes et fast prisniveau. ...

Indklagede har i et notat af 23. marts 2012 redegjort for »Markedsstruktur og konkurrence på ortopædkirurgiske implantater«, som efter indklagede vurdering viser, at en offentliggørelse af den samlede tilbudspris for et af de udbudte koncepter ville betyde en offentliggørelse af priserne på markedet for hofteimplantater. Af notatet, der er udarbejdet af indklagedes indkøbsområdeansvarlige, Karsten Kirkegaard, fremgår:

»Det danske marked for ortopædkirurgiske implantater

Det danske marked for ortopædkirurgiske implantater er domineret af følgende store globale virksomheder Biomet, Johnson & Johnson (Depuy), Zimmer, Smith & Nephew og Stryker. Der findes desuden en række mindre innovative virksomheder med fokus på løsninger til enkelte produktområder indenfor ortopædkirurgiske implantater.

De store globale virksomheder har gennem tiden opkøbt flere af de mindre innovative virksomheder for at styrke deres markedsposition. ...

Et oligopol er den markedsform, der bedst karakteriserer det danske marked for ortopædkirurgiske implantater. Der er en høj markedsconcentration, som fastholdes gennem høje adgangsbarrierer samt oligopolisters (de store globale leverandørers) løbende opkøb af innovative konkurrenter.

Konkurrenceparametrene på det danske marked for ortopædkirurgiske implantater er kendetegnet ved at der generelt stilles høje krav til medicinsk funktion af ortopædkirurgiske implantater, hvor den kliniske dokumentation af de ortopædkirurgiske implantater, produktfunktionalitet og brugervenlige instrumenter spiller en meget væsentlig rolle.

Forskning og udvikling i nye eller forbedrede løsninger til ortopædkirurgiske patienter er også en vigtig parameter for sygehusene i Danmark. Der er i dag flere steder et tæt samarbejde mellem de ortopædkirurgiske afdelinger og leverandørerne omkring udvikling og/eller test af bedre løsninger til ortopædkirurgiske patienter.

De ortopædkirurgiske afdelinger stiller desuden høje krav til kvaliteten af den tilbudte service i forhold til instrumentarier, konsignationslagre, akutleverancer; lager og logistik; produkter, implementering, rådgivning og support, uddannelse og recalls.

Økonomi/pris er blevet en væsentlig konkurrenceparameter på det danske marked for ortopædkirurgiske implantater i takt med de enkelte

produktområder konkurrenceudsættes af de 5 danske regioner.

Da salget af ortopædkirurgiske implantater til danske private hospitaler er meget begrænset, er der således også en meget høj koncentration på købersiden på det danske marked for ortopædkirurgiske implantater.

Konsekvenser af offentlige priser på det oligopolistiske marked for ortopædkirurgiske implantater

På grund af de få konkurrenter på danske marked for ortopædkirurgiske implantater forventes hver virksomhed at være opmærksom på de andre virksomheders handlinger. Oligopolistiske markeder er typisk interaktive. Hvilket vil sige, at det ene virksomheds beslutninger påvirker, og er påvirket af, de andre virksomheders beslutninger.

Region Syddanmarks erfaringer fra sine udbud af ortopædkirurgiske implantater viser, at det oligopolistiske marked for ortopædkirurgiske implantater er kendetegnet ved en høj grad af priskonkurrence på trods af og på grund af at tilbudspriserne på de enkelte koncepter holdes fortrolige.

Region Syddanmark har konkret vurderet, at fortrolige tilbudspriser på det danske marked for ortopædkirurgiske implantater vil være med til at forhindre følgende skadesvirkninger:

- De mindre virksomheder underbydes på kort sigt af de store globale virksomheder med tab af konkurrenceintensitet på det danske marked for ortopædkirurgiske implantater på lidt længere sigt, da de mindre virksomheder må lukke eller trække sig ud af det danske marked for ortopædkirurgiske implantater
- De innovative virksomheder underbydes på kort sigt af de store globale virksomheder med tab af nye/forbedrede løsninger til patienterne samt tab af konkurrenceintensitet på danske marked for ortopædkirurgiske implantater på lidt længere sigt, da de innovative virksomheder må lukke eller trække sig ud af det danske marked for ortopædkirurgiske implantater
- De innovative virksomheder underbydes på kort sigt af de store globale virksomheder med tab af muligheder for forskning og udvikling i nye/forbedrede løsninger til de ortopædkirurgiske patienter på sygehusene i Danmark.
- De store globale virksomheder erkender det u hensigtsmæssige i priskonkurrencen, når tilbudspriserne på de enkelte koncepter er tilgængelige med et øjeblikkeligt tab af konkurrenceintensitet på

danske marked for ortopædkirurgiske implantater.

Det er Region Syddanmarks overbevisning, at offentliggørelsen af tilbudspriser på det danske marked for ortopædkirurgiske implantater vil få negative konsekvenser for de tilbudte løsninger under fremtidige udbud på de ortopædkirurgiske implantatområder i Region Syddanmark samt de øvrige 4 danske regioner.

Region Syddanmarks udbud af ortopædkirurgiske implantater

Konkurrencesituationen på det syddanske marked for ortopædkirurgiske implantater er kendetegnet ved at der på de enkelte implantatområder har været 5 – 9 tilbudsgivere. Nedenstående oversigt viser tilbudsgiverne i forbindelse med Region Syddanmarks udbud af implantater på de enkelte produktområder.

Tilbudsgivere	B. Braun	Biomet	Creamer Medical	Keibomed	NMS / Zimmer	Johnson & Johnson	Medtronic	Ossano Scandinavia	Ortotech	Smith & Nephew	Stryker	Synthes	Swemac
Produktområde													
Skulder-implantater		X			X	X							X
Ryg-implantater	X	X	X		X	X	X	X			X	X	
Osteosyntese materialer		X		X		X				X	X	X	X
Hofte-implantater		X		X	X	X			X	X	X		
Knæ-implantater		X			X	X			X	X	X		

Som det fremgår af ovenstående oversigt har de store globale virksomheder Biomet, Johnson & Johnson (Depuy), Zimmer, Smith & Nephew og Stryker også fyldt meget blandt tilbudsgivere på Region Syddanmarks udbud af ortopædkirurgiske implantater

Markedets oligopolistiske karakter har gjort at tilbudsgiverne i høj grad har kendt og kunnet efterleve mindstekravene til medicinsk funktion og service som de ortopædkirurgiske afdelinger på regionens sygehuse har stillet.

I forbindelse med udbudene af ortopædkirurgiske implantater har Region Syddanmark på de fleste delproduktområder valgt en strategi med 1 leverandør pr. rammeaftale. Denne strategi har gjort økonomi til en endnu væsentligere parameter på det syddanske marked for ortopædkirurgiske implantater. Region Syddanmark har på de udbudte produktområder opnået gennemsnitlige besparelser på +30 procent uden at give

køb på den medicinske funktion af de ortopædkirurgiske implantater og den tilhørende service.

Offentliggørelsen af tilbudte priser på ortopædkirurgiske implantater må således forventes at have en negativ indvirkning på tilbudte priser under fremtidige udbud på området ikke alene i Region Syddanmark men også i andre danske regioner med en strategi med 1 leverandør pr. rammeaftale på dette område.

Den samlede fiktive tilbudspris pr. koncept ifm. udbudene af ortopædkirurgiske implantater

Den samlede fiktive tilbudspris

Den samlede fiktive tilbudspris for et koncept beregnes ved at summere den samlede fiktive tilbudspris på produktdelen og den fiktive tilbudspris på instrumentariedelen.

Den fiktive tilbudspris på produktdelen har erfaringsmæssigt udgjort 95 - 100 procent af den samlede fiktive tilbudspris pr. koncept, mens den fiktive tilbudspris på instrumentariedelen på det enkelte koncept erfaringsmæssigt har udgjort nul til 5 procent af den samlede fiktive tilbudspris pr. koncept.

Prisen på et komplet koncept

Den reelle konkurrenceenhed på markedet for ortopædkirurgiske hofteimplantater er et komplet koncept.

Et komplet koncept består af en, to eller tre komponenter, som er nødvendige for, at konceptet er klinisk anvendeligt. Det er ikke muligt at kombinere komponenter fra f.eks. Stryker på koncept B2 med komponenter fra Zimmer på samme koncept.

Koncept	Nødvendige komponenter til et komplet koncept
Koncept B1	Cup
Koncept B2	Stem med metalhoved, keramikhoved eller bipolarhoved
Koncept B5	Cup shell med cup liner og evt. skruer
Koncept B6	Stem med metalhoved, keramikhoved eller bipolarhoved

Den samlede fiktive tilbudspris for produktdelen beregnes ud fra de forventede forbrugsmængder pr. år i Region Syddanmark. De forventede forbrugsmængder pr. år fremgår af udbudsmaterialets Tilbudsbilag 8.

Da den fiktive tilbudspris på instrumentariedelen på et enkelt koncept udgør fra nul til 5 procent af den samlede fiktive tilbudspris, vil en leverandør i branchen for ortopædkirurgiske implantater med kendskab til

den samlede fiktive tilbudspris og de forventede forbrugsmængder pr. år meget nemt kunne regne sig tilbage til prisen på et komplet koncept for en konkurrent.

De enkelte leverandører i branchen for ortopædkirurgiske implantater har desuden et stort kendskab til deres konkurrenters service. Derfor vil de med stor sandsynlighed vide hvilke konkurrenter der har givet en fiktiv tilbudspris på instrumentariedelen lig nul.

De enkelte leverandører i branchen for ortopædkirurgiske implantater vil også med stor sandsynlighed vide, at deres konkurrenter meget sjældent differentierer deres tilbudspriser og heller ikke hvis der friholdes volumen til F&U, da dette er en del af markedsvilkårene på dette område.«

Af en »Fact Book« for 2010-2011 fra klageren fremgår, at virksomhederne Zimmer, Biomet, Johnson & Johnson, Smith & Nephew og klageren tilsammen har 88 % af det globale marked for ortopædkirurgiske implantater,

Klageren har i forhold til de fastsatte mindstekrav i Udbuds-Bilag 5 »Specifikke mindstekrav og ønsker til samarbejde om referencecenter på Vejle Sygehus« anført, at der navnlig er uklarhed vedrørende følgende krav, hvor leverandøren skal:

»... inddrage Vejle Sygehus i afholdelse af hoftekurser ...

... sammen med Vejle Sygehus organisere nationale og internationale møder ...

... dække alle ekstraomkostninger forbundet med afrapportering ...

... sponsorere Vejle Sygehus med et dagligt beløb på minimum 2.500 kr. pr. læge [når kirurgiske overlæger som følge af samarbejdet er forhindret i udførelse af arbejde på Vejle Sygehus] ...

... afholde alle omkostninger i forbindelse med rejse, kost og logi ...«

og hvor Vejle Sygehus (på leverandørens foranledning og for dennes regning) skal:

»... deltage i superviseringsarbejde organiseret af leverandøren på udenlandske klinikker ...

... hjælpe med at uddanne lokale kirurger ...

... deltage i symposier arrangeret af leverandøren ...

... gennemføre alle videnskabelige projekter [på visse betingelser, som kun Vejle Sygehus kontrollerer] ...

... regelmæssigt inviteres til internationale møder arrangeret af leverandøren ...«

Indklagede har under klagesagen udarbejdet bilag K: »Redegørelse for kvantificering af de af Klageren fremhævede mindstekrav til referencecentret for hofte-implantater i udbudsmaterialet inkl. Spørgsmål & Svar til udbudsmaterialet«. I bilaget gennemgår indklagede de punkter, som klageren har fremhævet, jf. ovenfor, og har anført de steder i udbudsbetingelserne, hvor antallet af den enkelte aktivitet og indholdet heraf fremgår.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede i sin underretning efter håndhævelseslovens § 2, stk. 2, ikke gav oplysning om den pris, som Biomet tilbød. Klageren var som tilbudsgiver en »berørt part«, selv om tilbuddet var ukonditionsmæssigt, og havde derfor krav på at blive underrettet om tildelingsbeslutningen. Underretningen skal indeholde en redegørelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen. De relevante grunde er det antagne tilbuds karakteristika, som i den konkrete situation bl.a. omfattede den tilbudte pris. Der var ikke grundlag for at undlade at oplyse tilbudsprisen fra Biomet. Efter det anførte var indklagedes underretning til klageren om tildelingsbeslutningen ikke fyldestgørende i forhold til kravene i håndhævelseslovens § 2, stk. 2.

Indklagede har gjort gældende, at den underretning, som indklagede gav ved meddelelsen om tildelingsbeslutningen, var fyldestgørende. Underretningen indeholdt således en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. Når der er tale om et ukonditionsmæssigt tilbud, som klagerens tilbud var, er det afgørende, at den pågældende tilbudsgiver får en begrundelse for, hvorfor tilbuddet var ukonditionsmæssigt, og hvem kontrakten indgås med. Det fremgår af forarbejderne til håndhævelseslovens § 2, stk. 2, at bestemmelsen følger af kontroldirektiverne, og at de relevante grunde,

som ordregiveren som minimum skal angive ved underretningen ifølge kontroldirektiverne, findes i udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2. Efter artikel 41, stk. 2, er det kun tilbudsgivere, der har afgivet antagelige tilbud, der skal have meddelelse om »karakteristika og relevante fordele« ved det antagne tilbud. Tilbuddet fra Biomet var konditionsmæssigt, og den begrundelse, som indklagede gav klageren i meddelelsen om tildelingsbeslutningen, var i overensstemmelse med den vurdering, indklagede foretog af Biomets tilbud. Klageren havde under alle omstændigheder ikke krav på at få oplyst Biomets tilbudspris.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagedes underretning til klageren om tildelingsbeslutningen var mangelfuld som følge af den manglende oplysning om Biomets tilbudspris, og standstill-perioden skal derfor ikke regnes fra dagen efter meddelelsen af tildelingsbeslutningen. Perioden kan tidligst regnes fra det tidspunkt, hvor tilbudsgiverne har modtaget de relevante og nødvendige oplysninger.

Indklagede har gjort gældende, at underretningen indeholdt en fyldestgørende begrundelse, og standstill-perioden på 10 dage skal derfor regnes fra dagen efter den 10. januar 2012. Desuden henviser håndhævelseslovens § 3, stk. 1, ikke til lovens § 2, stk. 2, men derimod til § 2, stk. 1, nr. 2 og 3. Det er derfor uden betydning for standstill-periodens udløb, hvornår indklagede har givet en kort redegørelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 3 og 4

Klageren har gjort gældende, at Udbuds-Bilag 5 »Specifikke mindstekrav og ønsker til samarbejde om referencecenter på Vejle Sygehus« (koncept B9) ikke indeholder en tilstrækkelig klar og præcis angivelse af det udbudte, og indklagede har derved handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet. Fælles for de mindstekrav, som klageren har fremhævet, er, at det ikke klart og præcist er angivet, hvad indklagede udbød. I stedet for egentlige mindstekrav er der tale om en programbeskrivelse for referencecentret ved Vejle Sygehus. Det præcise indhold af mindstekravene kan ikke udledes, hverken kvalitativt eller kvantitativt. Der var derved risiko for, at tilbudsgiverne ikke fortolkede mindstekravene på samme måde. Den manglende

klarhed og præcise angivelse af indholdet af mindstekravene indebar, at tilbudsgiverne ikke kunne opgøre de udgifter, som var forbundet hermed og dermed optimere deres tilbud, herunder tilbudsprisen. Mere detaljerede oplysninger om mindstekravene ville have muliggjort en opgørelse af udgifterne og dermed en optimering af de tilbudte priser.

Indklagede har gjort gældende, at beskrivelsen af mindstekravene i udbudsbetingelserne ikke var i strid med gennemsigtighedsprincippet. Kravet efter gennemsigtighedsprincippet er, at ordregiveren skal beskrive den udbudte ydelse så præcist, at tilbudsgiverne har samme forståelse af, hvad der skal gives tilbud på, og at det er muligt for ordregiveren at foretage en evaluering af tilbuddene på grundlag af det valgte tildelingskriterium. Det er indklagede, der skønsmæssigt fastsætter, hvordan ydelsen skal beskrives. Dette skøn kan klagenævnet ikke tilsidesætte. Mindstekravene var under alle omstændigheder tilstrækkeligt beskrevet i udbudsbetingelserne og gennem spørgsmål/svar under udbuddet. Rammerne for antallet af aktiviteter, der skal tilbydes, og indholdet af aktiviteterne er beskrevet i udbudsbetingelsernes Udbuds-Bilag 5. Tilbudsgiverne kunne endvidere på grundlag af de fastsatte mindstekrav optimere deres tilbud, idet udbudsbetingelserne indeholdt fyldestgørende oplysninger om kravene.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet ved at fastsætte et mindstekrav vedrørende koncept B9 om, at »Vejle Sygehus skal gennemføre alle de videnskabelige hofteprojekter der igangsættes af leverandøren«. De forpligtelser, som følger af mindstekravet, vil omfangsmæssigt være forskellige for hver tilbudsgiver afhængig af størrelsen af deres respektive videnskabelige programmer. Den tilbudsgiver, som har mange videnskabelige hofteprojekter, skal placere flere projekter i referencecentret end den tilbudsgiver, som har få videnskabelige hofteprojekter.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet. Mindstekravet »Vejle Sygehus skal gennemføre alle de videnskabelige hofteprojekter der igangsættes af leverandøren« blev kvantificeret i udbudsbetingelserne under »Vigtigheden og anvendelsen af Vejle Sygehus i leverandørens forsknings- og udviklingsstrategi«, hvor det bl.a. fremgår, at »Leverandøren skal årligt tage initiativ til mindst 2 og højst

4 kliniske studier på Vejle Sygehus«. Der var således fastsat en ramme for antallet af projekter, som skulle indgå i tilbuddet. Mindstekravet blev endvidere præciseret ved indklagedes svar på spørgsmål 47 og 49. Der var således ikke tale om en pligt for leverandøren til at placere alle videnskabelige hofteprojekter på Vejle Sygehus, men en ret for leverandøren til at placere hofteprojekterne på sygehuset og en pligt for sygehuset til at bistå. Antallet af videnskabelige hofteprojekter, der blev igangsat, kunne dog kun være 2, 3 eller 4.

Påstand 6

Klageren har gjort gældende, at indklagede handlede i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at forbeholde sig et frit valg med hensyn til, om tilbud på koncept B9 ville blive antaget og ved ikke at fastsætte kriterierne for dette valg. Den praksis, der foreligger om »sideordnede bud«, vedrører alene licitationer efter tilbudslovens afsnit I og kan ikke overføres til udbud efter udbudsdirektivet.

Indklagede har gjort gældende, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ikke er overtrådt. Der er en mangeårig praksis for sideordnede udbud. Indklagede handlede sagligt i forbindelse med tilrettelæggelsen og håndteringen af de sideordnede tilbud. Der er ikke noget begrundelseskrav ved antagelse af et sideordnet tilbud, når der er tale om en saglig håndtering af tilbuddene. Sideordnede udbud er ikke reguleret i udbudsdirektivet, men er udtryk for en mangeårig udbudsretlig praksis, som har været benyttet navnlig inden for entrepriseudbud. Et af karakteristikaene ved et sideordnet udbud er, at ordregiveren kan forbeholde sig retten til at afvise de sideordnede tilbud og dermed ikke indgå en kontrakt. Praksis viser, at ordregiveren ikke har pligt til i udbudsmaterialet at angive en begrundelse for valget af modellen om sideordnet udbud, ligesom der heller ikke af praksis kan udledes et »begrundelseskrav« i forhold til at antage et sideordnet tilbud. Baggrunden for det sideordnede udbud var, at indklagede ville sikre sig, at koncept B9 om drift af referencecenter på Vejle Sygehus ikke ville få en fordyrende effekt i forhold til leveringen af hofteimplantater til regionens øvrige sygehuse. Anvendelsen af det sideordnede udbud var desuden begrundet i, at indklagedes markedsundersøgelse havde vist, at flere potentielle tilbudsgivere ikke ville være interesserede i koncept B9. Det sideordnede udbud var således hensigtsmæssigt for at kunne inkludere samarbejde om drift af referencecenteret i tilbuddet og for at undersøge, om regionen økonomisk

ville have mulighed for at antage koncept B9. Under hensyn til den betydelige kontraktsum for koncept B9 var der endvidere tale om en løsning af væsentlig økonomisk betydning. Ud fra en saglig økonomisk vurdering fandt indklagede, at det var muligt at antage tilbud på koncept B9 og koncept B1-B8 ekskl. forbruget på Vejle Sygehus.

Påstand 7

Klageren har gjort gældende, at navnlig indklagedes overtrædelse ad påstand 6 begrundes, at klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 10. januar 2012 om at tildele kontrakten vedrørende koncept B9 til Biomet. Den omstændighed, at klagerens tilbud på koncept B9 var ukonditionsmæssigt, er uden betydning, idet klagerens tilbud på de øvrige koncepter var konditionsmæssige, og indklagedes overtrædelse ad påstand 6 havde betydning for klagerens mulighed for at få tildelt andre rammeaftaler inkl. forbruget på Vejle Sygehus. Overtrædelserne ad påstand 3-5 kan ligeledes begrundes annullation.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning vedrørende koncept B9.

Påstand 8

Klageren har i første række gjort gældende, at overtrædelserne ad påstand 2 og 3 medfører, at indklagedes kontrakt med Biomet er indgået i standstill-perioden. På denne baggrund og som følge af overtrædelsen ad påstand 6 skal kontrakten erklæres for uden virkning, idet betingelserne i håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 2, er opfyldt. I anden række har klageren gjort gældende, at betingelsen for, at kontrakten kan erklæres for uden virkning efter håndhævelseslovens § 16, nr. 1, er opfyldt.

Indklagede har gjort gældende, at betingelserne for anvendelse af håndhævelseslovens § 16, nr. 1, og § 17, stk. 1, nr. 2, ikke er opfyldt. Kontrakten mellem indklagede og Biomet blev indgået efter udløbet af standstill-perioden, og efter klagenævnet havde truffet afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Det vil under alle omstændigheder være uproportionalt at anvende sanktionen uden virkning i en situation som den foreliggende.

Påstand 9

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke har godtgjort, at der foreligger konkrete omstændigheder, som helt undtagelsesvis kan begrunde, at betingelserne for ikke at give aktindsigt i den samlede tilbudspris på de enkelte koncepter er opfyldt. Klageren har ikke anmodet om aktindsigt i delpriser, men alene i den samlede tilbudspris. En sådan aktindsigt vil ikke medføre en u hensigtsmæssig konkurrencesituation ved senere udbud. Det er udokumenteret, at gennemsigtighed i tilbudspriserne vil hæmme konkurrencen på et marked med 5-7 producenter. Retten til aktindsigt tilkommer enhver, jf. offentlighedslovens § 4, stk. 1. Meddelelse af aktindsigt er derfor ikke betinget af, at den, der anmoder om aktindsigt, oplyser et legitimt formål eller selv har afgivet et konditionsmæssigt tilbud i det udbud, anmodningen vedrører. Det kan ikke tillægges betydning, at de tilbudsgivere, hvis tilbud klageren ønsker aktindsigt i, har tilkendegivet, at prisoplysningerne er fortrolige.

Indklagede har gjort gældende, at både enkeltpriser/delpriser og de samlede fiktive tilbudspriser i tilbudsgivernes prisbilag skal undtages fra aktindsigt i henhold til forvaltningslovens § 15, stk. 1, jf. offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, om »forretningshemmeligheder« og i henhold til forvaltningslovens § 15, stk. 1, nr. 5, jf. offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 5, om hensynet til det offentlige økonomiske interesser, herunder udførelsen af det offentlige forretningsvirksomhed. Indklagede har foretaget et sagligt begrundet, korrekt skøn i forbindelse med vurderingen af klagerens anmodning om aktindsigt, og indklagede inddrog de relevante og rigtige forhold i sin afgørelse, herunder efter en høring af de tilbudsgivere, hvis tilbud klageren ønsker aktindsigt i. Hensynet til disse tilbudsgivere og de offentlige indkøbere, herunder indklagede, vejere tungere end hensynet til klageren, der ikke har godtgjort, at virksomheden har en interesse i at kunne benytte kendskab til prisoplysningerne til at varetage sit tarv. Der skal tages hensyn til markeds- og konkurrencesituationen som beskrevet i notatet af 23. marts 2012.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1, 2 og 8

Efter håndhævelseslovens § 2, stk. 2, skal bl.a. underretningen om tildelingsbeslutningen være ledsaget af »en kort redegørelse for de relevante

grunde for beslutningen«. Det fremgår af forarbejderne til § 2, stk. 2, at formålet med bestemmelsen er, at »give de ... berørte tilbudsgivere en bedre indsigt i ordregiverens beslutninger om tildeling af en kontrakt ... Dermed får de involverede virksomheder bedre mulighed for at vurdere, om der er grundlag for at klage over de truffe beslutninger«. Det fremgår endvidere, at »de relevante grunde«, som ordregiveren som minimum skal angive ved underretningen, findes i udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2. Efter udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, skal ordregiveren meddele

»...

- alle forbigåede tilbudsgivere, hvorfor deres tilbud er forkastet, ...
- alle tilbudsgivere, der har afgivet et antageligt tilbud, om det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele og meddeler dem navnet på den tilbudsgiver, hvis bud er antaget.

...«

Det er ubestridt, at klagerens tilbud på koncept B9 var ukonditionsmæssigt. Klagerens tilbud blev således ikke evalueret i forhold til de fastsatte underkriterier.

Ved indklagedes meddelelse af 10. januar 2012 modtog klageren en begrundelse for, hvorfor virksomhedens tilbud på koncept B9 var ukonditionsmæssigt. Klageren modtog samtidig oplysning om, at rammeaftalen ville blive tildelt Biomet, der var eneste tilbudsgiver på koncept B9 foruden klageren. Klageren fik også oplysninger om de point, som tilbuddet fra Biomet opnåede i forhold til de kvalitative underkriterier, men fik ikke oplyst Biomets tilbudspris på konceptet. Det blev anført, at standstill-perioden udløb den 20. januar 2012.

Klageren har som en berørt tilbudsgiver, jf. håndhævelseslovens § 2, stk. 1, således modtaget indklagedes underretning om tildelingsbeslutningen. Efter både en formålsfortolkning og udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, indeholder underretningen en kort redegørelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen, nemlig at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt, og at tilbuddet fra Biomet, som den eneste tilbudsgiver i øvrigt, var konditionsmæssigt og ville blive antaget. Klageren var i den situation i stand til at vurdere, om virksomheden ville klage til klagenævnet. En oplysning om Biomets tilbudspris er i det tilfælde uden betydning.

Indklagedes underretning om tildelingsbeslutningen var efter det anførte

derfor ikke mangelfuld.

Standstill-perioden regnes fra dagen efter den dag, hvor indklagede har afsendt underretning, jf. håndhævelseslovens § 3, stk.1, uanset om denne underretning var begrundet, det vil sige den 10. januar 2012, og den udløb derfor den 20. januar 2012 som også angivet af indklagede. Der er derfor ikke grundlag for at tage klagerens påstand om at erklære kontrakten mellem indklagede og Biomet for uden virkning.

Klagenævnet tager efter det anførte ikke påstand 1, 2 og 8 til følge.

Ad påstand 3, 4 og 5

Indklagede har som ordregiver et betydeligt skøn ved tilrettelæggelsen af udbuddet, herunder ved beskrivelsen af de udbudte produkter i udbudsbetingelserne.

Klageren har anført, at en række fastsatte mindstekrav i Udbuds-Bilag 5 »Specifikke mindstekrav og ønsker til samarbejde om referencecenter på Vejle Sygehus« er uklare og ikke fyldestgørende og tilstrækkeligt beskrevet i udbudsbetingelserne. Da udbudsbetingelserne – og til dels spørgsmål/svar under udbuddet – indeholder beskrivelser af de fastsatte mindstekrav, herunder med antal/ramme for den enkelte aktivitet og indholdet heraf, på en gennemskuelig måde, tager klagenævnet ikke påstandene til følge.

Ad påstand 6

Indklagede fastsatte i udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne kunne byde på et eller flere af koncepterne B1-B8, og tilbuddene skulle afgives med og uden forbruget på Vejle Sygehus

Hverken udbudsdirektivet eller tilbudsloven indeholder bestemmelser om sideordnet udbud, men fremgangsmåden har i praksis navnlig været anvendt på bygge- og anlægsområdet, hvor ordregiveren typisk har ønsket at få tilbud på forskellige tekniske løsninger eller opnå kendskab til den pris-mæssige forskel mellem forskellige løsninger. Der er dog ikke grundlag for at antage, at sideordnet udbud er udelukket ved udbud af andet end bygge- og anlægsarbejder efter udbudsdirektivet. Et sideordnet udbud skal tilrettelægges, så det overholder de udbudsretlige principper om ligebehandling og

gennemsigtighed.

Både udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne indeholder en klar beskrivelse af de sideordnede udbud. I udbudsbetingelserne er tildelingskriteriet og underkriterierne fastsat både vedrørende koncept B1-B8 og vedrørende koncept B9, hvis indklagede valgte at antage tilbud på referencecentret. Indklagede kunne efter udbudsbetingelsernes pkt. 1.21 frit vælge, om et sådant tilbud skulle antages. Indklagede har oplyst, at baggrunden for det sideordnede udbud var, at indklagede ville sikre sig, at koncept B9 om drift af referencecenter på Vejle Sygehus ikke ville få en fordyrende effekt i forhold til leveringen af hofteimplantater til regionens øvrige sygehuse.

Det har efter udbudsbetingelserne været tydeligt, dels hvad grundlaget for det sideordnede udbud var, dels at indklagede frit kunne vælge, om tilbud på referencecentret skulle antages, dels hvad tildelingskriteriet og underkriterierne for tildelingen af rammeaftalen på referencecentret herefter var.

Klagenævnet finder, at indklagede tilrettelagde udbuddet på en saglig og objektiv måde, og at det var hensigtsmæssigt at inddrage udbuddet af samarbejdet om drift af et referencecenter på Vejle Sygehus i udbuddet af hofteimplantater mv. for at få fastlagt, om indklagede økonomisk ville have mulighed for at antage tilbud på koncept B9. På denne baggrund, og da det ikke var uklart fastlagt, hvordan tilbuddene vil blive sammenlignet, nemlig med og uden forbruget på Vejle Sygehus afhængig af, om indklagede valgte at antage tilbud på referencecentret, har indklagede ikke overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge

Ad påstand 7

Klagenævnet har ikke taget påstand 3-6 til følge. Der er herefter ikke grundlag for at annullere indklagedes beslutning af 10. januar 2012 om at tildele kontrakten vedrørende koncept B9 til Biomet.

Påstand 9

Klagerens anmodning om aktindsigt vedrører koncepterne B1, B2, B5 og B6, og klageren har ikke klaget over det gennemførte udbud på disse kon-

cepter. Afgørelsen om aktindsigt skal herefter afgøres efter offentlighedslovens bestemmelser.

Klageren har i et vist omfang modtaget aktindsigt i tilbuddene fra Zimmer, Ortotech, Kebo Med, Biomet, Johnson & Johnson og Smith & Nephew, og påstanden er begrænset til de samlede tilbudspriser på de enkelte koncepter.

Efter offentlighedslovens § 4, stk. 1, og § 5 har enhver med de undtagelser, der følger af lovens §§ 7-14, ret til aktindsigt i bl.a. alle dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed. Retten til aktindsigt efter de nævnte bestemmelser er ikke betinget af, at den, der anmoder om aktindsigt, kan godtgøre en bestemt interesse i sagen.

Retten til aktindsigt omfatter bl.a. ikke oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold eller lignende, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, oplysningen angår, at begæringen ikke imødekommes, jf. offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2. Bestemmelsen kan kun anvendes, hvis der efter en konkret vurdering må antage at være en nærliggende risiko for, at der påføres den, oplysningerne vedrører, et økonomisk tab.

Efter bestemmelsen i offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 5, kan retten til aktindsigt endvidere begrænses i det omfang, det er nødvendigt til beskyttelse af væsentlige hensyn til det offentliges økonomiske interesser, herunder udførelse af det offentliges forretningsvirksomhed.

Der er ikke grundlag for som hovedregel under en udbudssag at gå ud fra, at der ikke er ret til aktindsigt i de afgivne tilbud. Udgangspunktet er snarere, at der skal gives fuld indsigt i alle dokumenter.

Oplysninger om tilbudsgivernes delpriser og enhedspriser under et udbud vil efter fast klagenævnspraksis ofte kunne undtages fra aktindsigt i medfør af bestemmelsen i offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, idet en konkurrerende virksomheds kendskab til en tilbudsgivers prissætning efter omstændighederne vil kunne indebære en nærliggende risiko for at skade tilbudsgiverens konkurrenceevne i forhold til fremtidige udbud eller andre aftaler.

Tilbudsgiverne skulle udfylde Tilbuds-Bilag 8, som var udbuddets prisbilag. Bilaget indeholder bl.a. indklagedes estimerede forbrug af de enkelte

produkter, og tilbudsgiverne skulle anføre stykpriserne. Da det efter de foreliggende oplysninger må lægges til grund, at instrumentariedelen erfaringsmæssigt udgør en lille del af den samlede tilbudspris på det enkelte koncept, vil det være muligt med stor sikkerhed at beregne stykprisen, hvis den samlede tilbudspris bliver oplyst. På denne baggrund og efter indholdet af indklagedes notat af 23. marts 2012 og indsigelserne fra de tilbudsgivere, hvis tilbud klageren ønsker aktindsigt i, er betingelserne for at undtage de samlede tilbudspriser på de enkelte koncepter fra aktindsigt opfyldt, jf. offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, og § 13, stk. 1, nr. 5.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina Kønig Mejl
fuldmægtig