

K E N D E L S E

Abena A/S
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

mod

Slagelse Kommune
(advokat Povl Nick Bronstein, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 195-336027 af 3. oktober 2013 udbød indklagede, Slagelse Kommune, på vegne af Fællesudbud Sjælland som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) to delaftaler om levering af henholdsvis stomihjælpemidler (delaftale 1) og kateterhjælpemidler (delaftale 2) til borgere i 16 kommuner i Region Sjælland. Denne kendelse vedrører delaftale 2.

Udbudsbetingelserne blev udsendt i oktober 2013, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 18. november 2013 havde indklagede modtaget tre tilbud på delaftale 2, herunder fra Abena A/S og OneMed A/S. Den 2. december 2013 besluttede indklagede at indgå kontrakt med OneMed A/S.

Den 12. december 2013 indgav klageren, Abena A/S, 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 6. januar 2014 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klageren havde erkendt at have afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud og risikerede således ikke at lide et uopretteligt tab, der-

som klagen ikke blev tillagt opsættende virkning. Betingelsen om uopsættelighed var derfor ikke opfyldt.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved under udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.3) at anføre, at »Bekendtgørelsen vedrører en offentlig kontrakt«, uanset at den aftale, der indgik i indklagedes udbudsmateriale, har karakter af en rammeaftale som defineret i udbudsdirektivets artikel 1, stk. 5.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra OneMed A/S i relation til rammeaftalens delaftale 2, uanset at tilbuddet ikke opfyldte mindstekravet i udbudsbetingelserne om, at der skulle tilbydes 70 % af produktsortimentet svarende til 127 produktserier.

Påstand 2a (subsidiær i forhold til påstand 2)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra OneMed A/S i relation til kontraktens delaftale 2, uanset at tilbuddet ikke opfyldte mindstekravet i udbudsbetingelserne om, at der skulle tilbydes 70 % af produktsortimentet svarende til 127 produktserier.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 1, ved ikke i sit brev af 2. december 2013 at oplyse, hvilken beslutning der var truffet med hensyn til tildeling af rammeaftalens delaftale 2.

Påstand 3a (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 1, ved ikke i sit brev af 2. december 2013 at oplyse, hvilken beslutning der var truffet med hensyn til tildeling af kontraktens delaftale 2.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 2. december 2013 om at tildele rammeaftalens delaftale 2 til OneMed A/S.

Påstand 4a (subsidiær i forhold til påstand 4)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 2. december 2013 om at tildele kontraktens delaftale 2 til OneMed A/S.

Indklagede har vedrørende påstand 1, 2 og 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har erkendt overtrædelsen ad påstand 3.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen står der blandt andet:

»

...

II.1.3) Oplysninger om offentlig kontrakt, rammeaftale eller dynamisk indkøbssystem

Bekendtgørelsen vedrører en offentlig kontrakt.

II.1.4) Oplysninger om rammeaftale

II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

Udbud vedrørende leverancer af stomi- og kateterhjælpemidler til borgere i 16 kommuner i Region Sjælland.

...

II.1.8) Delaftaler

Kontrakten er opdelt i delaftaler: ja

Der kan afgives bud på en eller flere delaftaler

...

II.2) Kontraktens mængde eller omfang

II.2.1) Samlet mængde eller omfang

2-årig kontrakt på direkte leverancer af stomi- og kateterhjælpemidler til ca. 7 000 bevillingshavere i 16 kommuner på Sjælland.

...

«

I udbudsbetingelserne af oktober 2013 er blandt andet anført:

»1 Indledning

... FUS er en indkøbscentral, der består af 16 kommuner, der i samarbejde gennemfører fællesudbud og skaber fælles rammer for indkøb. ...

...

3 Ordregivende myndighed

...

Efter udbuddets afslutning handler de deltagende kommuner med de(n) valgte kontrakt(haver)(e) som individuelle juridiske parter, og forhold knyttet til implementering og brug af aftalen i den enkelte kommune vil ligeledes være forankret her.

Det gælder således også, at spørgsmål om eventuel misligholdelse som udgangspunkt håndteres i forhold til den enkelte kommune. Med mindre der er tale om en generel problemstilling, har dette således ikke betydning for de øvrige deltagende kommuners kontraktlige forhold med aftaleleverandøren.

4 Udbuddets omfang

...

Det anførte forbrug inden for de enkelte forbrugstyper er skønnede mængder, udregnet på baggrund af tidligere aktivitet og forventede aktivitetsændringer. Det forventede årlige forbrug er således alene et estimat, som ikke er bindende for ordregiver, ligesom antallet af bevillinger vil variere fra år til år.

...

12 Aftalegrundlag

Aftale om levering af de af udbuddet omfattede produkter indgås på grundlag af vedlagte udkast til rammekontrakt. Kontrakten fastlægger de forpligtelser og rettigheder, der vil være gældende mellem parterne i forbindelse med opfyldelse af kontrakten.

Valg af leverandør er ikke afsluttet før rammekontrakten er underskrevet af begge parter.

...

15 Forbehold

De i bilag A og B anførte volumener er cirkatal, der har baggrund i statistiske oplysninger fra en historisk periode og forventede aktivitetsændringer på kort sigt.

Der gøres opmærksom på, at bevillingshavere har frit leverandørvalg inden for Servicelovens § 112. Dette betyder, at bevillingshaver frit kan vælge at handle hos en anden leverandør, end den af kommunerne valgte, dog refunderes maksimalt det beløb, kommunerne har indgået indkøbsaftale om for det pågældende, bevilgede produkt. Der kan således

ikke gives garanti for at alle borgere med en bevilling, vil benytte nærværende aftale. Tilbudsgiver er derfor ikke garanteret nogen mindsteomsætning.

...

19 Tildelingskriterier

For at afgive et konditionsmæssigt tilbud, skal der tilbydes 80% af produktsortiment på bilag A [delaftale 1]– svarende til minimum 261 produktserier, og 70% af produktsortimentet på bilag B [delaftale 2]– svarende til 127 produktserier.

Tildelingskriteriet for tildeling af en kontrakt er lavest pris pr. delaftale.

I beregningen af laveste pris indgår en tilbudt vares pris ved 1 stk. på en varelinje i en kolonne, hvor alle tilbudsgivere har afgivet et tilbud. De på bilagene A og B anførte forbrugsoplysninger vil indgå i udregningen af laveste pris.«

I kravspecifikationen af oktober 2013 er blandt andet anført:

»3 Nye produkter

Hvis tilbudsgiver ved produktudvikling eller på anden vis udvider sit sortiment med nye produkter, som kvalitetsmæssigt svarer til produkterne i kontraktens sortiment, kan tilbudsgiver efter aftale med den bevilgende kommune, tilbyde bevillingshaverne disse produkter.

...

Produkter i nye emballager, længder, diametre, tykkelser m.m. vil af kommunerne blive betragtet som supplerende produkter og vil ikke være at opfatte som nye produkter, hvorfor tilbudsgiver skal tilbyde dem til samme pris, som er afgivet i produktserien på pris- og produktliste bilag A og B.

...

16 Pris- og produktliste...

Pris og produktlisten er opbygget således, at tilbudsgivere i varelinje 1, 2 osv. kan tilbyde 4 produkter. Varens egenskaber er beskrevet i varelinjen. Der er en rubrik til at udfylde vare nr. 1, vare nr. 2, vare nr. 3 og vare nr. 4. Den tilbudte vareserie på en varelinje kan kun tilbydes 1 gang, og skal være forskellig fra de tilbudte vareserier i rubrik 2, 3 og 4.

...

Bilag B: Tilbudsgiver skal udfylde mindst 70% af varelisten, svarende til 127 produkter.

Princippet for opbygning af pris- og produktlisten (bilag A og B):

Forbrug	Varenummer	Serie (beskrivelse)	E-katalog	Pris pr. pakke	Stk. pr. pakke	Pris pr. stk. ved 1
---------	------------	---------------------	-----------	----------------	----------------	---------------------

...

Serie: Produktseriens fulde størrelser fra mindste str. til største str. oplyses, samt varens handelsnavn.«

Af indklagedes kontraktudkast, der var »en integreret del af det samlede udbudsmateriale«, fremgår, at kontrakten skulle indgås mellem »Slagelse Kommune på vegne af Fællesudbud Sjælland« og den valgte tilbudsgiver. Af kontraktens § 2 fremgår, at »De i udbudsmaterialet anførte oplysninger om historisk og forventet forbrug på aftalen er estimeret, og oplysningerne om art og mængde er vejledende og uden bindende virkning for udbyder«. Af § 23 fremgår om »Konkurs m.v.«, at såfremt boet har ret til at indtræde i rammeaftalen i medfør af konkurslovens bestemmelser, skal boet efter forespørgsel inden 5 arbejdsdage give skriftlig meddelelse om, hvorvidt boet indtræder.

Af tilbudslisten fremgår blandt andet følgende [idet CH angiver diameter]:

[Varelinje nr.]	Produkt	Specifikation
...		
3	... Alle længder / alle CH	...
...		
7	... Alle CH	...
...		
12	Sterile katetre til intermitterende katerisation, der sikrer fuldstændig blæretømning ...	Hydrofil coatede, med sterilt pakket vand... Frigøres fra emballagen uden at selve katetret kontamineres ...
13	Sterile katetre til intermitterende katerisation, der sikrer fuldstændig blæretømning ...	Hydrofil coatede, med sterilt pakket vand... Frigøres fra emballagen uden at selve katetret kontamineres ...
14	Sterile katetre til intermitterende katerisation, der sikrer fuldstændig blæretømning ...	Hydrofil coatede, med sterilt pakket vand... Frigøres fra emballagen uden at selve katetret kontamineres ...
...		
17	... Alle længder / alle CH	...
18	Sterile katetre til intermitterende katerisation, der sikrer fuldstændig blæretømning ...	Hydrofil coatede, med sterilt pakket vand... Frigøres fra emballagen uden at selve katetret kontamineres ...
...		
20	... Alle længder / alle CH	...

...		
27	... Alle længder / alle CH	...
...		
36	...	... Hydrokollorid ... Skal kunne åbnes og lukkes flere gange uden tab af klæbeevne
37	...	... Semipermeablet non-woven ...

OneMed A/S angav i følgebrevet til sit tilbud:

»OneMed bekræfter at leve op til kravene, jf. udbudsbetingelserne, kravspecifikationen samt kontraktudkastet«.

Af OneMed A/S' besvarelser til tilbudslisten fremgår blandt andet følgende:

Varelinje nr.	Varenummer	Serie (beskrivelse)	E-katalog
3 (vare 1)	203738	Cure kvindekate- ter ch8...	...
7 (vare 1)	203762 203764	Cure Tiemannka- teter 40 cm ch12... Cure Tiemannka- teter 40 cm ch14...	...
12 (vare 1)	...	...	Curan Advantage Plus hydrofilcoated kate- ter er klar til brug vha. den vedlagte pose med sterilt vand. ... Curan Advantage Plus katetre til mænd har et unikt blå greb, som sikrer en hygiejnisk indføring og kontrol af katetret uden at berøre det. ...
13 (vare 1)	...	...	Curan Advantage Plus hydrofilcoated kate- ter er klar til brug vha. den vedlagte pose med sterilt vand. ... Curan Advantage Plus katetre til mænd har et unikt blå greb, som sikrer en hygiejnisk indføring og kontrol af katetret uden at berøre det. ...
14 (vare 1)	...	...	Curan Advantage Plus hydrofilcoated kate- ter er klar til brug vha. den vedlagte pose med sterilt vand. ... Curan Advantage Plus katetre til mænd har et unikt blå greb, som sikrer en hygiejnisk indføring og kontrol af katetret uden at berøre det. ...
17 (vare 1)	50239	Lofric primo kvinde kateter	...

	203956	ch06... Lofric primo kvinde kateter ch08...	
18 (vare 1)	...	...	Curan Advantage Plus hydrofilcoated kateter er klar til brug vha. den vedlagte pose med sterilt vand. ... Curan Advantage Plus katetre til mænd har et unikt blå greb, som sikrer en hygiejnisk indføring og kontrol af katetret uden at berøre det. ...
20 (vare 1)	942113 942114 942115 942116 942117 942118	Lofric hydro-kit nelaton,ch 08... Lofric hydro-kit nelaton,ch 10... Lofric hydro-kit nelaton,ch 12... Lofric hydro-kit nelaton,ch 14... Lofric hydro-kit nelaton,ch 16... Lofric hydro-kit nelaton,ch 18...	...
27 (vare 1)	940757 940758 940759	Folysil silikonekat vindekateter barn, ch 6... Folysil silikonekat vindekateter barn, ch 8... Folysil silikonekat vindekateter barn, ch 10...	...
36 (vare 1)	205002 205003	Secu-tape strips til sonde o.a nr 2 Secu-tape strips til sonde o.a nr 3	Secu-tape strips er beregnet til fiksering af katetre, sonder o.l. Strippen har velcro så slangen kan reguleres eller udskiftes uden at Secu-tapen skal skiftes. Har en meget hudvenlig klæbemasse og er hurtigt, sikkert og enkelt at anvende. Fremstillet af polypropylenefilm belagt med acrylatklæber. Latex og PVC-fri. Nr. 2 er 2,5 cm bred. Nr. 3 er 3,8 cm bred.
36 (vare 2)	942098 942099 942100	Transafix, kateter- fix tape nr. 1 Transafix, kateter- fix tape nr. 2 Transafix, kateter- fix tape nr. 3	Transafix fikseringsplaster anvendes til fiksering af sonder, katetre m.v. Har genlukkelig velcro. Transafix tilpasser sig let til alle kroppens kurver og rundinger. Plasteret holdes sikkert på plads af en hypoallergisk vandafvisende acrylklæber. Latex- og pvc-fri.
37 (vare 1)	205018	Flexi trak 3.8 cm x 10 cm usteril	Flexi-Trak anvendes til fiksering af dræn, sonder og katetre. Den er fremstillet af polyurethanskum belagt med hudvenlig acrylat

			klæber. Kan åbnes og lukkes mange gange.
--	--	--	--

«

I en produktbeskrivelse af de katetre, som OneMed A/S tilbød, anføres:

»De Curan Advantage hydrofile overfladebehandlede katetre er klar til brug takket være den ekstra element: Den integrerede vand lomme. Denne lækage-frit vand lomme fyldt med sterilt vand, kan aktiveres med et let tryk«.

Ved breve af 2. december 2013 underrettede indklagede tilbudsgiverne om resultatet af tilbudsevalueringen.

I brevet til klageren, der havde tilbudt 129 produktserier, er blandt andet anført:

»I forbindelse med gennemgangen af tilbudslisten på kateterhjælpemidler er det blandt fagrepræsentanterne konstateret, at nedenstående varer er tilbudt mere end en gang og derfor udgår. Desuden vurderer fagrepræsentanterne, at enkelte produkter ikke modsvarer de specifikationer, der er opstillet i tilbudslisten.

Det drejer sig om følgende varelinjer

- Varelinje 2 - vare 3 udgår, da den er tilbudt dobbelt. Alle Ch+længder i en serie udgør én vareserie jf. varebeskrivelsen og beskrivelsen i kravspecifikationens pkt. 16. (alle størrelser i en serie)
- Varelinje 3 - vare 2 [ditto]
- Varelinje 5 - vare 2 [ditto]
- Varelinje 6 - vare 2 [ditto]
- Varelinje 13 - vare 2 [ditto]
- Varelinje 36 - vare 1 og 2 udgår, da produktet ikke kan anvendes til fiksering KAD
- Varelinje 37 - vare 1 kan ikke accepteres, da den ikke kan åbnes og lukkes flere gange uden at tabe klæbeevne.

...

Ved optællingen af tilbudslisten og fratrasket de produkter, som fagrepræsentanterne ikke har accepteret, er tilbuddet vurderet til at indeholde 121 produktserier, hvilket er 7 produktserier under det niveau, der fremgår af kravspecifikationens afsnit 16 – pris- og produktliste.

...

Det er dermed med meget stor beklagelse, at vi er nødsaget til at se bort fra tilbuddet på kateterhjælpemidler, idet det ikke opfylder betingelserne for en tilbudsvurdering, da det afgivne tilbud ikke opfylder kravet om minimum 127 tilbudte vareserier.«

Indklagede oplyste i sin underretning til OneMed A/S bl.a. følgende:

»Tilbuddet fra OneMed levede op til kravet om minimum 127 produktserier, dog med nedenstående bemærkninger fra fagrepræsentanter i henhold til kravspecifikationens afsnit 16.

...

-Varelinje 22 - vare 2 udgår, da alle slangelængder udgør en serie (alle ch og alle længder)

-Varelinje 41 - vare 2 og 3 udgår, da alle slangelængder i en serie udgør én tilbudt vareserie, jf. produktbeskrivelsen.

-Varelinje 48 - vare 2 udgår, da den er tilbudt dobbelt, jf. kravspecifikationens pkt. 16 (alle str. i en serie)

-Varelinje 49 - vare 2 udgår [ditto]

...«

Efter at have fået aktindsigt i tilbudslisten fra OneMed A/S gjorde klageren den 11. december 2013 indklagede opmærksom på, at heller ikke tilbuddet fra OneMed A/S efter klagerens opfattelse opfyldte mindstekravet om, at der skulle tilbydes 127 produktserier svarende til 70 % af produktsortimentet. Indklagede havde i forbindelse med evalueringen fastslået, at 5 af de 135 produktserier, som OneMed A/S havde tilbudt, ikke var konditionsmæssige. Klageren var imidlertid af den opfattelse, at yderligere 12 varelinjer ikke opfyldte de krav, der var fastsat.

Den 12. december 2013 sendte klageren en supplerende e-mail vedrørende tilbuddet fra OneMed A/S. Heraf fremgår følgende:

»FUS OneMED tilbudsliste – dokumentation for ikke-konditionsmæssige varepositioner

1. Varelinje 3 – vare 1: jf. kravspecifikation pkt. 16, er der ikke budt en fuld vareserie – fra mindste til største størrelse.
- Ifølge Udbudslisten skal byder tilbyde »Alle længder/alle CH«, ligesom det af Kravspecifikationen pkt. 16 fremgår »Serie: Produktseriens fulde størrelser fra mindste str. til største str. oplyses, samt varens handelsnavn«.
- OneMED har tilbudt »Cure kvindekaterer ch8 15/18cm hydrofilcoated«, men af producenten curan's eget markedsføringsmateriale der vedlægges som bilag 1, fremgår at produktet tilbydes i CH (diameter) 8, 10, 12, 14 og 16 og ikke kun CH 8.
2. Varelinje 7 - vare 1: jf. kravspecifikation pkt. 16, er der ikke budt en fuld vareserie – fra mindste til største størrelse.

- Abena er i færd med at indhente dokumentation. Dette vil blive eftersendt.
3. Varelinje 12 – vare 1: varen lever ikke op til kravspecifikationerne, hvor posen skal være sterilt pakket i kassen.
- Ifølge Udbudslisten skal de tilbudte produkter være »med sterilt pakket vand« - Abena er i færd med at indhente vareprøver der vil dokumentere at de krævede poser ikke ligger i et sterilt miljø.
4. Varelinje 13 – vare 1: varen lever ikke op til kravspecifikationerne, hvor posen skal være sterilt pakket i kassen.
- Ifølge Udbudslisten skal de tilbudte produkter være »med sterilt pakket vand« - Abena er i færd med at indhente vareprøver der vil dokumentere at de krævede poser ikke ligger i et sterilt miljø.
5. Varelinje 14 - vare 1: varen lever ikke op til kravspecifikationerne, hvor posen skal være sterilt pakket i kassen.
- Ifølge Udbudslisten skal de tilbudte produkter være »med sterilt pakket vand« - Abena er i færd med at indhente vareprøver der vil dokumentere at de krævede poser ikke ligger i et sterilt miljø.
6. Varelinje 17 – vare 1: jf. kravspecifikation pkt. 16, er der ikke budt en fuld vareserie – fra mindste til største størrelse.
- Ifølge Udbudslisten skal byder tilbyde »Alle længder/alle CH«, ligesom det af Kravspecifikationen pkt. 16 fremgår »Serie: Produktseriens fulde størrelser fra mindste str. til største str. oplyses, samt varens handelsnavn«. - OneMED har tilbudt »Lofric primo kvinde kateter ch06 20cm pvc fri« i CH 6 og 8 men af producenten Wellspects's eget markedsføringsmateriale der vedlægges som bilag 2 fremgår at produktet også tilbydes i CH 10.
7. Varelinje 18 – vare 1: varen lever ikke op til kravspecifikationerne, hvor posen skal være sterilt pakket i kassen.
- Ifølge Udbudslisten skal de tilbudte produkter være »med sterilt pakket vand« - Abena er i færd med at indhente vareprøver der vil dokumentere at de krævede poser ikke ligger i et sterilt miljø.
8. Varelinje 20 – vare 1: jf. kravspecifikation pkt. 16, er der ikke budt en fuld vareserie – fra mindste til største størrelse.
- Ifølge Udbudslisten skal byder tilbyde »Alle længder/alle CH«, ligesom det af Kravspecifikationen pkt. 16 fremgår »Serie: Produktseriens fulde størrelser fra mindste str. til største str. oplyses, samt varens handelsnavn«. Det er desuden et krav vedrørende denne position at der skal tilbydes: »Nelaton til mænd, kvinder og børn« - OneMED har tilbudt »Lofric hydra-kit nelaton,1000ml, 40 cm, pvc fri« I CH 8, 10, 12, 14, 16 g 18, men af producenten Well-

spects's eget markedsføringsmateriale der er vedlagt som bilag 2 fremgår at det samme produkt også findes i længden 20 cm som henvender sig til kvinder. Den tilbudte længde 40 cm er til mænd. Der er ikke tilbudt produkter til børn.
9. Varelinje 27 – vare 4: jf. kravspecifikation pkt. 16, er der ikke budt en fuld vareserie – fra mindste til største størrelse.
- Ifølge Udbudslisten skal byder tilbyde »Alle længder/alle CH«, ligesom det af Kravspecifikationen pkt. 16 fremgår »Serie: Produktseriens fulde størrelser fra mindste str. til største str. oplyses, samt varens handelsnavn«. - OneMED har tilbudt »Rochester silikonekateter ch10,3/5ml,25cm,m/intgr.bollon«, men af hjemmesiden fra forhandleren Mediq der vedlægges som bilag 3 fremgår at produktet også tilbydes i CH 6 og CH 8.
10. Varelinje 36 – vare 1: varen lever ikke op til kravspecifikationerne, hvor varen skal være med hydrokolloid klæber.
- Af Kravspecifikationen fremgår bl.a. at produktet skal have en »Hydrokollorid« klæber - OneMED har i varelinje 1 tilbudt »Secu-tape strips til sonde«, men det fremgår af OneMED's egen hjemmeside, der vedlægges som bilag 4, at produktet er »belagt med akrylatklæber«.
11. Varelinje 36 – vare 2: varen lever ikke op til kravspecifikationerne, hvor varen skal være med hydrokolloid klæber.
- Af Kravspecifikationen fremgår bl.a. at produktet skal have en »Hydrokollorid« klæber - [Klageren har efterfølgende ændret sine bemærkninger til varelinje 36 – vare 2 til følgende: OneMED har i varelinje 2 tilbudt Transafix fikseringsplaster, men det fremgår af distributørens Apudan Nordics eget markedsføringsmateriale der er vedlagt som bilag 5 at »Plastret holdes på plads af en hypoallergisk olieafvisende acrylklæber«]
12. Varelinje 37 – vare 1: varen lever ikke op til kravspecifikationerne, hvor varen skal være af semipermeabel NonWoven .
- Af Kravspecifikationen fremgår bl.a. at produktet skal være af et »Semipermeabelt non-woven« materiale. - OneMed har i varelinje 1 tilbudt produktet »Flexi trak 3,8cmx10cm usteril«, men angiver selv herom i tilbudsarket at dette »er fremstillet af polyurethanskum belagt med hudvenlig acrylat klæber«, og det samme fremgår af OneMeds egen hjemmeside: ...

«

I erklæring af 28. januar 2014 fra produktchef, sygeplejerske Stine Fenger Grondin, der er ansat hos klageren, står der blandt andet:

»4) I den tilbudsliste, som OneMed fremsendte som en del af sit tilbud, fremgik det i relation til beskrivelsen af det tilbudte produkt på position 36, vare 1, at produktet er »Fremstillet af polypropylenefilm belagt med acrylatklæber«. Tilsvarende fremgik det af beskrivelsen af det tilbudte produkt på position 36, vare 2, at »Plasteret holdes sikkert på plads af en hypoallergisk vandafvisende acrylklæber«.

Opfylder de to produkter hermed kravet om »Hydrokollorid«, som anført af Slagelse Kommune i tilbudslistens specifikation?

Svar: Nej, det gør de ikke. Et plaster har enten »hydrokollorid« eller »akryl/akrylat« klæber. FUS har for så vidt angår fikseringsplastrene under position 36 angivet, at klæberen skal være »hydrokollorid«. Dette krav opfyldes ikke af OneMed, der direkte anfører i tilbudslisten, at man tilbyder acrylatklæber i relation til de to tilbudte varer under position 36.

5) Har det efter din opfattelse været nødvendigt at foretage en kemisk/teknisk undersøgelse af de produkter, OneMed tilbød på position 36, for at fastslå, om kravet om hydrokollorid klæber var opfyldt?

Svar: Nej, det har ikke været nødvendigt at foretage nærmere undersøgelser. Med OneMed's angivelse i tilbudslisten af, at man anvendte akryl/akrylatklæber har Slagelse Kommune blot kunne slutte modsætningsvist, at produkterne ikke var med hydrokollorid klæber.

6) På position 37 tilbød OneMed et produkt, der ifølge OneMeds beskrivelse er »fremstillet af polyurethanskum belagt med hudvenlig acrylat klæber«. Opfyldte OneMed hermed kravet i Slagelse Kommune specifikation om, at produktet skulle være i et »Semipermeablet non-woven« materiale?

Svar: Nej, det gør det ikke. Det produkt, OneMed tilbød på position 37, er ikke fremstillet af et semipermeablet non-woven materiale.

7) Har det efter din opfattelse været nødvendigt at foretage en kemisk/teknisk undersøgelse af det produkt, OneMed tilbød på position 37, for at fastslå, om kravet om »Semipermeablet non-woven materiale« var opfyldt?

Svar: Nej, det har ikke været nødvendigt at foretage nærmere undersøgelser. Slagelse Kommunes sygeplejefaglige personale har på baggrund af OneMed's egen produktbeskrivelse, hvor det var angivet, at plastrene er »fremstillet af polyurethanskum belagt med hudvenlig acrylat klæber« uden videre kunnet fastslå, at kravet ikke var opfyldt.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at den udbudte aftale efter sit indhold har karakter af en rammeaftale som defineret i udbudsdirektivets artikel 1, stk. 5. Indklagede har selv anvendt betegnelsen rammeaftale/rammekontrakt, og det følger klart af udbudsbetingelserne, at der på baggrund af udbuddet ikke indgås bindende leveranceaftaler, men at der alene etableres en ramme for efterfølgende aftaler om konkrete leverancer.

Indklagede har gjort gældende, at den udbudte kontrakt er en offentlig kontrakt i henhold til udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a, idet det udtrykkeligt er anført i udbudsbekendtgørelsen, og da kontrakten fastlægger retligt bindende vilkår for levering af katetre til de enkelte kommuner. Bestillingerne foretages på grundlag af de vilkår, der er anført i kontrakten, og der indgås ikke underliggende kontrakter. Kontrakten regulerer alle dele af ydelsesudvekslingen med undtagelse af volumen, og kommunen vil uomtvisteligt foretage indkøb i henhold til kontrakten.

Ad påstand 2 og 2a

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke i alle tilfælde er forpligtet til at foretage en nærmere undersøgelse af, om de tilbudte produkter opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbetingelserne. Dersom indklagede har foretaget nærmere undersøgelser af, om ét tilbud er i overensstemmelse med et fastsat krav, følger det imidlertid af ligebehandlingsprincippet, at indklagede skal foretage tilsvarende undersøgelser af de andre tilbud. Indklagede kan ikke med rette henvise til, at OneMed A/S har erklæret at opfylde udbudsbetingelserne, allerede fordi indklagede for 5 varelinjers vedkommende har fastslået, at tilbuddet fra OneMed A/S ikke opfyldte kravene.

For så vidt angår de tilbudte produkter i *varelinje 3 (vare 1)*, *varelinje 7 (vare 1)*, *varelinje 17 (vare 1)*, *varelinje 20 (vare 1)* og *varelinje 27 (vare 4)* tilbød OneMed A/S ikke alle længder og diametre i relation til den givne produktserie, uanset at dette var et krav.

De tilbudte produkter i *varelinje 12 (vare 1)*, *varelinje 13 (vare 1)*, *varelinje 14 (vare 1)* og *varelinje 18 (vare 1)* opfylder ikke kravet om at være »Hy-

drofil coatede, med sterilt pakket vand«, samt at katetret skal kunne »Frigøres fra emballagen uden at selve katetret kontamineres«.

Det følger direkte af de oplysninger, som OneMed A/S gav om de tilbudte produkter i *varelinje 36 (vare 1 og 2)*, at de ikke var med hydrokollorid klæber, men med akrylatklæber. For så vidt angår det tilbudte produkt i *varelinje 37 (vare 1)* kunne det tilsvarende udledes direkte af OneMed A/S' beskrivelse, at det ikke opfyldte kravet om »Semipermeablet non-woven«.

OneMed A/S opfyldte derfor ikke mindstekravet om, at der skulle afgives tilbud på mindst 70 % af produktsortimentet svarende til 127 produktserier.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke var forpligtet til at afvise tilbuddet fra OneMed A/S. En ordregiver er nemlig som hovedregel ikke forpligtet til at kontrollere rigtigheden af tilbudsgivernes oplysninger, men er berettiget til at lægge oplysningerne til grund ved tilbudsbedømmelsen, medmindre de fremstår åbenbart urigtige, hvilket ikke var tilfældet for OneMed A/S, der oplyste, at selskabet opfyldte alle krav i udbudsbetingelserne. Indklagede har prøvet tilbuddet fra OneMed A/S i samme omfang som tilbuddet fra klageren.

Indklagede har ikke haft praktisk mulighed for at undersøge, om hele produktserien var angivet i *varelinje 3 (vare 1)*, *varelinje 7 (vare 1)*, *varelinje 17 (vare 1)*, *varelinje 20 (vare 1)* og *varelinje 27 (vare 4)* i tilbuddene. Kravet om, at produktseriens fulde størrelse fra mindste til største størrelse skal oplyses, er begrundet i, at indklagede har ønsket at foretage en samlet prissætning af alle produkter i en tilbudt serie. Tilbudsgiverne vil således ikke kunne undlade at tilbyde specifikke produkter i en produktserie og derefter sælge dem uden for tilbudslistens sortiment og til mindre fordelagtige priser end det tilbudte under udbuddet. Den blotte angivelse af enkelte produkter inden for en produktserie fører derfor, som udbuddet er tilrettelagt, til, at hele produktserien omfattes af prissætningen for den enkelte vare. Kravet hænger ligeledes sammen med bestemmelsen i kravspecifikationens pkt. 3 om nye produkter.

Kravet til de tilbudte produkter i *varelinje 12 (vare 1)*, *varelinje 13 (vare 1)*, *varelinje 14 (vare 1)* og *varelinje 18 (vare 1)* om »sterilt pakket vand« vedrører ikke steriliteten af den ydre emballering. Ved »sterilt pakket vand« forstås, at vandet er sterilt pakket.

Kravet om »hydrokollorid« klæber og kravet om, at fikseringsplastre skal »kunne åbnes og lukkes flere gange uden tab af klæbeevne« til produkter i *varelinje 36* udgør separate krav. Plastrenes klæbeevne blev kontrolleret ved en simpel praktisk prøve, som indklagede foretog i forhold til alle tilbud. Indklagede har således været berettiget til at kontrollere, om klagerens tilbud vedrørende denne varelinje opfyldte det nemt kontrollerbare krav om åbning uden tab af klæbeevne, uden samtidig at kontrollere, om tilbuddet fra OneMed A/S opfyldte kravet om »hydrokollorid-klæber«. »Hypoallergisk vandafvisende acrylklæber« er en teknisk betegnelse, der ikke gav indklagede anledning til at betvivle, at kravet var opfyldt. Erklæringen fra indklagedes medarbejder har ingen selvstændig bevismæssig værdi.

Formuleringen i *varelinje 37 (vare 1)* fremstod ikke åbenbart i strid med det kravspecificerede og gav derfor ikke indklagede anledning til at betvivle, at kravet var opfyldt.

Ad påstand 3 og 3a

Klageren har gjort gældende, at indklagedes underretning af 2. december 2013 ikke indeholdt oplysninger om, hvorvidt indklagede havde besluttet at tildele delaftale 2, og i givet fald til hvilken tilbudsgiver.

Indklagede har erkendt, at underretningen ikke var i overensstemmelse med lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 2, stk. 1.

Ad påstand 4 og 4 a

Klageren har gjort gældende, at indklagedes tildelingsbeslutning af 2. december 2013 om at tildele rammeaftalens delaftale 2 til OneMed A/S skal annulleres som følge af overtrædelserne ad påstand 1 – 3.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning, herunder da den erkendte overtrædelse ad påstand 3 ikke har haft betydning for tilbudsgivernes udformning af tilbud, udbuddets forløb eller udfaldet af tilbudsbedømmelsen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a, definerer »offentlige kontrakter« som »gensidigt bebyrdende aftaler...og som vedrører ...levering af varer...«. Ved en »rammeaftale« forstås i henhold til artikel 1, stk. 5, en »aftale ... med det formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal indgås i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mængder«.

I udbudsbetingelsernes punkt 12, »Aftalegrundlaget«, anføres direkte, at aftale om levering indgås på grundlag af det vedlagte udkast til rammekontrakt, og at valg af leverandør ikke er afsluttet, før rammekontrakten er underskrevet af begge parter.

Af udbudsbetingelsernes punkt 15 fremgår, at tilbudsgiveren ikke er garanteret nogen mindsteomsætning.

Af kontraktudkastets § 2 fremgår, at »De i udbudsmaterialet anførte oplysninger om historisk og forventet forbrug på aftalen er estimeret, og oplysningerne om art og mængde er vejledende og uden bindende virkning for udbyder«.

Den udbudte aftale er derfor ikke en aftale om køb af varer som anført i udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a, men fastsætter alene vilkårene for de aftaler, som senere skal indgås, jf. artikel 1, stk. 5.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 2

En ordregiver er efter fast praksis på den ene side ikke uden nærmere anledning forpligtet til at undersøge, om et tilbudt produkt lever op til mindstekrav i udbudsbetingelserne.

Ordregiveren kan på den anden side ikke uden at handle i strid med ligebehandlingsprincippet underkaste tilbuddene en forskellig prøvelse i henseende til, om det tilbudte er konditions-mæssigt, medmindre der er særlig anledning til en sådan undersøgelse.

Den prøvelse af tilbuddene fra OneMed A/S og klageren, som er beskrevet i brevene af 2. december 2013, og som har resulteret i, at klageren ansås for at have tilbudt 121 (og ikke 129) produktserier, og at OneMed A/S ansås for at have tilbudt 130 (og ikke 135) produktserier, har alene bestået i en udelukkelse af dobbelttilbud o.l. samt – vedrørende varelinje 36 - en enkel prøvelse af det tilbudte fikseringsplasters klæbeevne, som har kunnet foretages uden videre, og som efter det oplyste også rent faktisk blev foretaget af alle tilbudte plastre. Indklagede har således ikke allerede med henvisning til ligebehandlingsprincippet handlet i strid med udbudsreglerne ved ikke at foretage den prøvelse af tilbuddet fra OneMed A/S, som klageren efterfølgende har foretaget.

Hvor der i tilbudslistens kolonne »Produkt« var angivet »Alle længder« og/eller »Alle CH«, skulle tilbudsgiverne tilbyde alle produkter (længder og/eller diametre (CH)) i den pågældende produktserie. Som anført af indklagede må dette forstås i sammenhæng med prisfastsættelsen, hvorefter alle produkter i en given produktserie ansås for tilbudt til samme pris, idet indklagede ønskede at imødegå, at enkelte produkter i en produktserie blev holdt uden for udbuddet.

OneMed A/S oplyste i sit tilbud, at selskabet opfyldte alle krav i udbudsbetingelserne, og selskabet havde i *varelinje 3 (vare 1)*, *varelinje 7 (vare 1)*, *varelinje 17 (vare 1)*, *varelinje 20 (vare 1)* og *varelinje 27 (vare 4)* angivet produkter med en række længder og diametre (CH).

Indklagede var herefter berettiget til ved tilbudsevalueringen at gå ud fra, at OneMed A/S havde tilbudt de fulde produktserier, mens indklagede ikke havde anledning til - og derfor heller ikke var berettiget til - at foretage en nærmere undersøgelser af oplysningerne i tilbudslisten, som ikke også blev foretaget i forhold til de øvrige tilbud, herunder klagerens. Da OneMed A/S efter det anførte heller ikke efterfølgende ville kunne tilbyde produkter i de omhandlede produktserier uden for prissætningen under udbuddet, tages påstanden om, at OneMed A/S' tilbud for så vidt angår disse varelinjer var ukonditions-mæssigt, ikke til følge.

I henhold til indklagedes tilbudsliste skulle produkterne i *varelinje 12, 13, 14 og 17* have »sterilt pakket vand«. Dette krav må forstås således, at vandet skulle være sterilt pakket, hvorimod der ikke heraf følger et krav om, at ikke blot vandet, men også indpakningen til det »sterilt pakke[de] vand«

skulle være sterilt pakket. OneMed A/S opfyldte herefter kravene vedrørende disse varelinjer.

Da indklagede i relation til delaftale 2 havde stillet krav om, at »Tilbudsgiver skal udfylde mindst 70% af varelisten, svarende til 127 produkter«, har det følgelig ikke betydning for pådømmelsen af klagerens påstand 2, hvorvidt de af OneMed A/S i *varelinje 36 (vare 1 og 2)* og *varelinje 37 (vare 1)* tilbødte produkter opfyldte udbudsbetingelserne.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Indklagede har erkendt at have handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 1, ved ikke i sit brev af 2. december 2013 til klageren at oplyse, hvilken beslutning der var truffet med hensyn til tildeling af rammeaftalens delaftale 2.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 4

Efter karakteren af overtrædelserne ad påstand 1 og 3 er der ikke grundlag for at tage påstanden om annullation af indklagedes tildelingsbeslutning til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved under udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.3) at anføre, at »Bekendtgørelsen vedrører en offentlig kontrakt«, uanset at den aftale, der indgik i indklagedes udbudsmateriale, har karakter af en rammeaftale som defineret i udbudsdirektivets artikel 1, stk. 5.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 1, ved ikke i sit brev af 2. december 2013 til klageren at oply-

se, hvilken beslutning der var truffet med hensyn til tildeling af rammeaftalens delaftale 2.

Indklagede, Slagelse Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Abena A/S, betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 2 og 4.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig