

K E N D E L S E

BSN Medical AB
(advokat Jannie Laursen Bælum, København)

mod

Region Sjælland
(advokat Claus Berg, København)

Klagenævnet har den 30. august 2013 modtaget en klage fra BSN Medical AB (herefter klageren). Klageren har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Region Sjælland (herefter indklagede) har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 8, brev af 9. september 2013 fra indklagede med bilag A – R, replik med bilag 9 og brev af 17. september 2013 fra indklagede.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

»Delaftale 5

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med prin-

cipperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at erklære klagers tilbud for ukonditionsmæssigt, da det ikke er korrekt, at klager ikke tilbyder light produkter med klæbekant.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, da det er uklart i udbudsmaterialet, hvad der skal forstås ved kategorier.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 på grund af manglende klarhed i udbudsmaterialet, idet indklagede i udbudsmaterialet ikke har redegjort for, hvad der skal forstås ved konventionel og light.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, idet det ikke fremgår af udbudsmaterialet, at samme produkt ikke må tilbydes flere gange i tilbudslisten (eller i flere kategorier).

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, idet kriteriet om det økonomisk mest fordelagtige tilbud ikke opfyldes ved tildeling af delaftale 5 til Coloplast Danmark A/S.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om, at klagers tilbud vedrørende delaftale 5 er ukonditionsmæssigt.

Påstand 7

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele delaftale 5 til Coloplast Danmark A/S.

Delaftale 53

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 31, nr. 1, a og i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved indklagedes beslutning om at tildele delaftale 53 til to leverandører, Lohmann & Rauscher A/S og 3M ApS, idet indklagede i henhold til udbudsmaterialet kun har ret til at udbyde en delaftale til én leverandør.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 31, nr. 1, a og i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, da indklagede skulle have delt delaftale 53 i to delaftaler.

Påstand 10

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning i forhold til delaftale 53 om at indgå kontrakt med Lohmann & Rauscher A/S og 3M ApS.

Påstand 11

Klagenævnet anmodes om at tillægge nærværende klage opsættende virkning.«

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 083-139748 af 24. april 2013 udbød indklagede som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale om vareindkøb af sårbehandlingsprodukter. Rammeaftalen er opdelt i 55 delaftaler, som er gældende for perioden 1. november 2013 – 31. oktober 2016 med mulighed for 12 måneders forlængelse.

Klagen vedrører delaftale 5 og delaftale 53. Delaftale 5 omfatter »Skumbandage med og uden klæbekant med silikonelignende klæber«, mens delaftale 53 omfatter »Gipsbind« – både kalkgips (hvid gips) og letvægtsgips.

I udbudsbetingelserne står der:

»...

1.10 Afgivelse af tilbud og sprogkrav

...

De i tilbudslisten oplyste størrelser er vejledende og baseret på historiske data. Det påhviler tilbudsgiver selv at indbyde tilbudsgivers produkter under de relevante vejledende størrelser. Har tilbudsgiver således størrelser, der vil kunne dække flere af de af ordregiver oplyste historiske størrelser, må tilbudsgiver godt på ordregivers [tilbudsgivers] eget ansvar, indplacere samme størrelse flere steder i tilbudslisten. Ordregiver vil evaluere de indbudte produkter i forhold til den oplyste mængde under den enkelte kategori. Tilbudsgiver skal som minimum byde på 85 % af en delaftale regnet ud fra den historiske volumen på den enkelte

delaftale. Ordregiver vil da prissætte differencen mellem de indbudte produkter og en 100 % opfyldelse af delaftalen ud fra en gennemsnitspris på de ikke indbudte produkter.

...

1.17 Forhandling ikke muligt

Region Sjælland skal fremhæve, at der ikke kan forhandles med tilbudsgiverne om de afgivne tilbud ...

...

Tilbudsgiver bør derfor sikre, at indholdet af tilbuddet er således, at kontrakten i princippet vil kunne indgås uden forudgående drøftelser mellem tilbudsgiver og udbyder.

...

1.19 Aftalens karakter

Aftalen, der vil blive indgået på baggrund af dette udbud, er en rammeaftale, der agtes indgået med én leverandør pr. delaftale jf. vedlagte udkast til aftale.

...«

Udbudsbetingelserne indeholder vedrørende delaftale 5 en kravspecifikation med i alt 29 krav. Nogle af de opstillede krav er anført som mindstekrav, mens (graden af) opfyldelse af andre krav (delkriterier) ville indgå ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet »Kvalitet«. Den tilbudsliste, som tilbudsgiverne skulle udfylde, indeholder i alt 27 produkter. Produkterne er alle beskrevet som bl.a. skumbandage med silikonelignende kontaktflade eller klæbekant og efterfølgende med en nærmere anført størrelse, f.eks. 5 x 5 cm. Ved nogle af produkterne er desuden anført betegnelsen »lite« efter størrelsen på skumbandagen.

Under tilbuddet havde tilbudsgiverne mulighed for at stille spørgsmål til udbudsbetingelserne. Der blev bl.a. stillet følgende spørgsmål og givet følgende svar vedrørende *delaftale 5*:

38.	Må der bydes forskellige mærker (navne) ind på en delaftale?	Nej
...		
49.	Idet udbyder i spørgsmål og svar nummer 3 fastholder at tilbudsgiverne skal kunne byde på minimum 85 % af e[n] delaftale, og samtidig i spørgsmål	Regionen fastholder 85 %

	og svar nummer 38 begrænser tilbudsgiver i at kunne byde forskellige mærker, vil tilbudsgiver gøre udbyder opmærksom på, at dette vil betyde et yderst begrænset mængde af tilbud på delaftale 5. Da dette er en delaftale med meget stor volumen, vil tilbudsgiver opfordre udbyder til at sætte kravet om de 85 % ned til 80 % på denne ene delaftale, da dette vil åbne op for en større konkurrence, og dermed formentlig også bedre priser for Region Sjælland. Vil udbyder sætte kravet ned til 80 % for delaftale 5?	
...		
94.	Spørgsmål – svar nr. 38 Vil udbyder genoverveje dette spørgsmål, idet svaret udelukker en del producenter fra at byde på mange af delaftalerne? Især når der på den enkelte delaftale ønskes så mange forskellige produkttyper – er det ikke muligt at byde serier.	Ordregiver fastholder svaret
95.	Spørgsmål – svar nr. 38 Vil det være konditionsmæssigt at byde samme mærke, men med forskellig produktnavn på de forskellige delaftaler?	Samme mærke [mærke] med forskellige navne accepteres

Der blev bl.a. stillet følgende spørgsmål og givet følgende svar vedrørende *delaftale 53*:

68.	<u>Delaftale 53 Gipsbind – Spørgsmål – besvar spørgsmål:</u> Pkt. 2 og 5: vi mener, at gipsbind letvægts skal have sin egen delaftale, da der er tale om to vidt forskellige typer gips og derfor er der flere af minds[t]e-kravene som ikke passer på den hvide gips?	Regionen fastholder kravet.
...		
124.	... Nr. 68 Regionen fastholder kravet om ikke at dele kalk gips og letvægts gips i 2 delaftaler. Med hvilken begrundelse fastholder regionen kravet? Så vidt vi er orienteret finder der i øje-	Det er en væsentlig ændring, der ikke kan ændres på nuværende tidspunkt

	blikket kun en udbyder, der har begge typer »gips« og der er max. 2 udbydere af letvægtsgipsen. Dermed får regionen e[t] begrænset bud. Vil regionen acceptere to forskellige udbydere i denne delaftale 53?	
125.	... Vi opfylder samtlige krav til denne delaftale, men kan ikke byde grundet letvægtsgips, som er nævnt i samme delaftale som kalk gipsen, trods det jo er to vidt forskellige typer!. Vi mener derfor, at disse to gipstyper skal have hver sin delaftale!! Alternativt vil regionen acceptere, at vi kun byder på kalk gipsen – som udgør 10 ud af de 16 positioner? ...	Region Sjælland fastholder kravet

Klageren afgav tilbud på en række af delaftalerne, herunder delaftale 5, men ikke delaftale 53, da klageren ikke kunne levere et konditionsmæssigt tilbud på denne delaftale.

Udbudsbetingelsernes tilbudsliste på skumbandage – delaftale 5 – indeholder som nævnt 27 produktbeskrivelser. Produkterne, som er beskrevet i position I7, I8, I9, I10, I11, I20, I21, I22, I23 og I24, er forskellige skumbandageprodukter, der alle eksplicit har tilføjelsen »lite«. Det fremgår af klagerens tilbud, at der i position I7, I9 og I10 er tilbudt »Cutimed Siltec Lite«, mens der ikke er afgivet tilbud på produkterne i position I8, I11, I20 og I21. Vedrørende position I22, I23 og I24 har klageren afgivet tilbud med produktet »Cutimed Siltec B« (varenumrene 72631-00, 72631-05, 72631-02). Det samme produkt med de samme varenumre er tilbudt under position I12, I13 og I17, som ikke indeholder betegnelsen »lite«.

Ved brev af 20. august 2013 til klageren meddelte indklagede, hvilke tilbudsgivere indklagede havde til hensigt at indgå kontrakt med på de enkelte delaftaler. Vedrørende *delaftale 5* står:

»BSN Medical erklæres ukonditionsmæssigt, idet der tilbydes 78,44 % af tilbudslisten, da der ikke tilbydes light produkter med klæbekant. BSN har indbudt samme produkt under 2 forskellige kategorier. Delaftalen 5 er i kategorien konventionel og light. Det tilbudte produkt er af kategorien konventionelt.«

Det fremgår endvidere af brevet, at *delaftale 53* er tildelt to leverandører – Lohmann & Rauscher A/S og 3M A/S.

I forbindelse med en efterfølgende korrespondance mellem klageren og indklagede har indklagede i brev af 30. august 2013 anført:

»...

Vedrørende *delaftale 5*.

...

Konventionel sårbehandlingsprodukt og et light sårbehandlingsprodukt er to forskellige produkter. Det er i branchen anerkendte standarder og begreber, så et konventionel produkt kan ikke fungere som et light produkt pga. anvendelsesmetoden.

Af Region Sjællands udbudsmateriale følger det:

»De i tilbudslisten oplyste størrelser er vejledende og baseret på historiske data. Det påhviler tilbudsgiver selv at indbyde tilbudsgivers produkter under de relevante vejledende størrelser. Har tilbudsgiver således størrelser, der vil kunne dække flere af de af ordregiver oplyste historiske størrelser, må tilbudsgiver godt på ordregivers [tilbudsgivers] eget ansvar, indplacere samme størrelse flere steder i tilbudslisten. Ordregiver vil evaluere de indbudte produkter i forhold til den oplyste mængde under den enkelte kategori. Tilbudsgiver skal som minimum byde på 85 % af en *delaftale* regnet ud fra den historiske volumen på den enkelte *delaftale*. Ordregiver vil da prissætte differencen mellem de indbudte produkter og en 100 % opfyldelse af *delaftalen* ud fra en gennemsnitspris på de ikke indbudte produkter.[«]

Det følger heraf, at Region Sjælland tillader, at tilbudsgiver selv kan indplacere sine produkter under de forskellige historiske størrelser, også samme produkt under forskellige størrelser, hvis dette giver mening.

Tilbudsgiveren har således mulighed for [at] tilbyde produkter, hvis størrelser er anderledes end de hidtidig indkøbte størrelser.

Det følger endvidere, at det er tilbudsgiverens pligt at indplacere sine produkter således, at Region Sjælland kan evaluere mængden i forhold til den enkelte kategori.

Det følger implicit heraf, at tilbudsgiver ikke kan byde samme produkt ind under forskellige kategorier, men kun under forskellige størrelser.

Region Sjælland har opdelt delaftalen i to kategorier med hver sit anvendelsesområde.

Da jeres klient, BSN AB, ikke har budt en samlet mængde ind på 85 %, da Region Sjælland må fastholde, at det ikke kan accepteres, at samme produkt indbydes som konventionelt og light, har Region Sjælland set sig nødsaget til at erklære jeres klient for ukonditionsmæssig

Delaftale 53

Efter endt tilbudsfrist modtog Region Sjælland to tilbud på delaftale 53, fra Lohmann & Raucher A/S og 3M ApG.

Efter evaluering af begge tilbud måtte Region Sjælland konstatere, at begge tilbud var ukonditionsmæssige i forhold til 85 % kravet, hvorfor begge tilbud måtte kasseres.

Region Sjælland har efterfølgende valgt at tildele både Lohmann & Raucher A/S og 3M ApG kontrakter på levering af de produkter, der er omfattet af delaftale 53 efter udbudsdirektivets artikel 31, nr. 1, A.

Det er derfor Region Sjællands opfattelse, at Region Sjælland ikke har overtrådt udbudsbetingelserne ved at tildele kontrakter til to tilbudsgivere på de produkter, der var omfattet af delaftale 53.

...«

Indklagede har vedrørende tildelingen af delaftale 53 til Lohmann & Rauscher A/S og 3M A/S oplyst, at der kun blev afgivet tilbud af Lohmann & Rauscher A/S og 3M A/S, og at tilbuddene fra de to virksomheder var ukonditionsmæssige, idet de hver især kun afgav tilbud på det ene af delaftalens to produkter. Lohmann & Rauscher A/S og 3M A/S er blevet tildelt en rammeaftale på henholdsvis kalkgips og letvægtsgips.

Klageren har fremlagt en erklæring fra BSN medical GmbH vedrørende produktet Cutimed Siltec B:

»We, BSN medical GmbH herewith state as the legal manufacturer of the sterile medical device Cutimed Siltec B, that the product has been especially designed for the treatment of chronic wounds. The silicone wound contact layer, the fluid handling capacity and the dynamic MVTR make the dressing suitable for the treatment of wounds with low, moderate and high exudate levels.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1-5 (delaftale 5)

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have afvist klagers tilbud. Det er ikke defineret i udbudsbetingelserne, hvad der skal forstås ved et konventionelt eller et light produkt, og det er ikke defineret, hvad der skal forstås ved kategorier. Det fremgår ikke af udbudsbetingelserne, at et produkt ikke må tilbydes flere gange ved udfyldelse af tilbudslisten.

Indklagede har i brev af 30. august 2013 anført, at: *»Konventionel sårbehandlingsprodukt og light sårbehandlingsprodukt er to forskellige produkter. Det er i branchen anerkendte standarder og begreber, så et konventionel produkt kan ikke fungere som et light produkt pga. anvendelsesmetoden«*. Det fremgår ikke af udbudsbetingelserne, at delaftalen er opdelt i to kategorier – konventionel og light. Det er dog korrekt, at der ved nogle af produkterne er anført »lite«, men det er ikke præciseret, hvad der skal forstås herved, ligesom det ikke ved de øvrige produkter er anført, at der er tale om konventionelle produkter. Anvendelsesmetoden for skumbandager er, at disse skal placeres over et sår, ligesom anvendelsesområdet for disse produkter er væskende sår. Det er således ikke korrekt, når indklagede anfører, at et konventionelt produkt ikke skulle kunne fungere som et light produkt på grund af anvendelsesmetoden. Da det ikke er defineret, hvad der skal forstås ved »lite« eller »light«, må det formodes, at light produkter skal anvendes til sår, der kun udskiller begrænset væske og derfor ikke kræver så stor absorberingsevne. Produktet »Cutimed Siltec B«, som klageren har tilbudt, er egnet til behandling af *»wounds with low, moderat and high exudate levels«* og må derfor anses for at opfylde de af indklagede opstillede krav. Produktet kan dermed anvendes til de specificerede formål – konventionel og light – det vil sige sår, der væsker meget og væsker lidt.

Klageren har endvidere gjort gældende, at det ikke er almindeligt kendt i branchen, hvad der skal forstås ved »light« – hvilket i øvrigt ikke fremgår af udbudsbetingelserne, som kun nævner »lite«. I øvrigt er det indklagedes pligt at gøre udbudsbetingelserne tydelige for tilbudsgiverne, så der ikke kan opstå fortolkningstvivel. Det er ikke i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet, at tilbudsgiverne skal gætte sig til, hvad der skal forstås ved et kriterium.

Det fremgår i øvrigt ikke af udbudsbetingelserne, at et produkt ikke må tilbydes i forskellige kategorier. Tværtimod fremgår det af udbudsbetingelsernes pkt. 1.10, angående størrelser, at: *»Har tilbudsgiver således størrelser, der vil kunne dække flere af de af ordregiver oplyste historiske størrelser, må tilbudsgiver godt på ordregivers [tilbudsgivers] eget ansvar, indplacere samme størrelse flere steder i tilbudslisten. Ordregiver vil evaluere de indbudte produkter i forhold til den oplyste mængde under den enkelte kategori«.*

Indklagedes besvarelse under udbuddet på stillede spørgsmål viser, at det er uklart, om et produkt må tilbydes flere gange i tilbudslisten (eller under flere kategorier). Af svarene på spørgsmål 38, 49, 94 og 95 følger det direkte, at der ikke kan tilbydes forskellige mærker på en delaftale. Det fremgår dog ikke af udbudsbetingelserne, at et produkt ikke må tilbydes flere gange, herunder flere steder i tilbudslisten. Klageren har alene tilbudt produkter af mærket Cutimed Siltec og har derfor til fulde opfyldt kravet om ikke at tilbyde forskellige mærker inden for en delaftale. Produktet er anført flere steder i tilbudslisten, da det er egnet til at kunne anvendes til flere indikationer.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens tilbud på delaftale 5 var ukonditionsmæssigt, idet der ikke blev afgivet tilbud på 85 % af produkterne i tilbudslisten. Indklagede har anført, at der i indklagedes hensigtserklæring af 20. august 2013 har indsneget sig en åbenlys skrivefejl, idet »light« rettelig skal opfattes som »lite«. Denne skrivefejl har været åbenlys også for klageren, hvilket bl.a. illustreres af den tilbudsliste, som klageren har udfyldt. Indklagede havde i tilbudslistens position I7, I8, I9, I10, I11, I20, I21, I22, I23 og I24 stillet krav om tilbud på forskellige skumbandageprodukter, som alle eksplicit er beskrevet som »lite«. Klageren har tilbudt sit produkt »Cutimed Siltec Lite« i position I7, I9 og I10. Betegnelsen »lite« er da også velkendt af alle professionelle aktører på markedet for sårbehandlingsprodukter. Det samme er tilfældet med betegnelsen »konventionel«. Da klageren selv i egen produktportefølje anvender betegnelsen »lite« som en del af produktnavnet »Cutimed Siltec Lite«, er det overraskende, at klageren rejser tvivl om betydningen af »lite«. Klageren har mod bedre vidende i bl.a. påstand 1 anvendt terminologien »light«, og i det hele taget bragt unødigt tvivl om klarheden i udbudsbetingelserne. Klageren har da heller ikke fundet anledning til at stille spørgsmål under udbudsprocessen i relation til de

nu påståede uklarheder. Betegnelsen »light« udspringer udelukkende af den åbenlyse skrivefejl i hensigtserklæringen som nævnt ovenfor.

Det var åbenlyst for alle professionelle aktører på markedet, at der i tilbudslisten for delaftale 5 kun kunne være tale om »konventionelle« skumbandageprodukter for de positioner i tilbudslisten, hvor der ikke eksplicit var krævet »lite«. Forskellen på »lite« og de konventionelle produkter er, at »lite« sigter til tynde produkter, som kan anvendes til vanskeligt tilgængelige steder på kroppen, såsom tæer og fingre. Også dette er fuldstændigt velkendt blandt de professionelle aktører på markedet, herunder klageren. Produktafgrænsningen mellem »lite«, og andre (konventionelle) produkter går således ikke på graden af absorberingsevne, men på selve den behandlingstekniske tilgængelighed på kroppen, hvor lite-produkterne som – i kraft af deres tynde dimension – kan anvendes f.eks. på tæer og fingre. Af samme årsag var det åbenlyst for alle professionelle aktører på markedet, at tilbudslisten indeholdt de nævnte to hovedkategorier, henholdsvis »lite«, hvor denne betegnelse udtrykkeligt blev anvendt i enkelte positioner, og andre (konventionelle) produkter. Det var i konsekvens af dette også åbenlyst for alle professionelle aktører på markedet, at der i sagens natur ikke kunne tilbydes samme produkt til både lite-produkt og de andre (konventionelle) produkter.

Klagerens tilbud var således ukonditions-mæssigt, idet det af tilbudslisten i klagerens tilbud fremgår, at klageren ikke har tilbudt skumbandage – med silikonelignende klæbekant – som »lite« i position I22, I23 og I24. Klageren har ud for disse 3 positioner i tilbudslisten tilbudt »Cutimed Siltec B«, som i sagens natur ikke kan være »lite«, eftersom klager har tilbudt det samme produkt – »Cutimed Siltec B« – i tilbudslistens position I12, I13 og I17. Disse 6 positioner vedrører alle skumbandage med silikonelignende klæbekant og korresponderer i øvrigt også størrelsesmæssigt (overfladeareal) med hinanden, bortset fra den ene forskel, at der både er stillet krav om »lite« (position I22, I23 og I24) og om andre (konventionelle) produkter (position I12, I13 og I17). Produktet kan ikke på samme tid være lite og ikke-lite (konventionelt). Det fremgår af erklæringen fra BSN medical GmbH, at »Cutimed Siltec B« er et konventionelt produkt, hvis hovedegenskab er, at det er generelt egnet til »... the treatment of wounds with low, moderate and high exudate levels«. Indklagede betvivler ikke, at dette produkt har disse generelle egenskaber i relation til »exudate levels« (absorptionssevne), men det er uden relevans for sagen. Kravet om »lite« til et sårbe-

handlingsprodukt går ikke på produktets virkemåde, herunder absorption, men på om produktet er tyndt og egnet til brug vanskelige steder, f.eks. ved tæer og fingre som nævnt ovenfor. Dette er klageren utvivlsomt – ligesom alle andre professionelle aktører på markedet – fuldt ud bekendt med, idet det afspejler sig i klagerens produktportefølge, der som nævnt indbefatter »Cutimed Siltec Lite«.

Klageren har således ikke tilbudt »lite«-produkter under position I22, I23 og I24, (hvor klageren har tilbudt sit konventionelle Cutimed Siltec B-produkt) og I8 I20 og I21, (hvor klageren helt har undladt at byde). Klagerens tilbud omfattede som følge heraf kun 78,87 % af det samlede volumen på delaftale 5. Tilbuddet var derfor ukonditionsmæssigt som følge af manglende opfyldelse af mindstekravet i kravspecifikationen om 85 % som minimum af den udbudte mængde pr. delaftale, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 1.10.

I forhold til klagerens påstand 5 har indklagede gjort gældende, at klagenævnet efter sin faste praksis ikke efterprøver ordregiverens kvalitative bedømmelse af de afgivne tilbud, medmindre der er tale om åbenlyse fejlskøn.

Ad påstand 8-9 (delaftale 53)

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke kunne tildele delaftale 53 til to leverandører i henhold til udbudsdirektivets artikel 31, nr. 1, litra a. Det følger direkte af udbudsbetingelsernes pkt. 1.19, at en delaftale alene kan tilbydes til én leverandør. Indklagede har på trods heraf tildelt delaftale 53 til to leverandører, henholdsvis Lohmann & Rauscher A/S og 3M A/S. Indklagedes anvendelse af udbudsdirektivets artikel 31, nr. 1, litra a, er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Det fremgår af de stillede spørgsmål 68, 124 og 125 under tilbuddet, at der gentagne gange har været stillet spørgsmål til indklagede om, hvorvidt der kunne bydes på den ene del af delaftalen alene. Endvidere er der blevet opfordret til, at indklagede delte delaftale 53 op i to delaftaler, idet det er anført, at ingen eller meget få leverandører ville kunne afgive konditionsmæssige tilbud, hvis ikke delaftalen blev delt i to – en for kalkgips (hvid gips) og en for letvægtsgips. På trods heraf har indklagede nægtet en sådan opdeling af delaftale 53. Indklagede modtog endvidere spørgsmål om, hvorvidt indklagede accepterede to forskellige tilbudsgivere på delaftale 53. Dette gav indklagede ikke mulighed for.

Indklagede er således længe inden fristen for afgivelse af tilbud blevet gjort opmærksom på, at ingen eller kun meget få leverandører ville kunne afgive konditionsmæssigt tilbud på delaftale 53, medmindre delaftalen blev opdelt i to, eller der blev accepteret to forskellige tilbudsgivere på delaftalen.

Klageren har gjort gældende, at indklagede burde have opdelt delaftalen i to. Det er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, at indklagede efterfølgende har valgt at indgå i forhandlinger med de to leverandører, som delaftalen er blevet tildelt, efter at indklagede konstaterede, at der ikke var modtaget konditionsmæssige tilbud. Klageren kunne have afgivet konditionsmæssigt tilbud på delaftalen med kalkgips (hvid gips). Klageren kunne ikke opfylde udbudsbetingelserne vedrørende letvægtsgips. Ved ikke at afgive et ukonditionsmæssigt tilbud er klageren blevet afskåret fra få tildelt delaftale 53, kalkgips.

Indklagede har gjort gældende, at det var i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra a, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed at tildele delaftale 53 til Lohmann & Rauscher A/S og 3M A/S, som var de eneste virksomheder, der afgav tilbud på delaftalen. Begge virksomheders tilbud var i strid med udbudsbetingelserne, idet de hver især kun bød på den ene af de to produkter, som var indeholdt i delaftalen, henholdsvis kalkgips (hvid gips) og letvægtsgips. Da der således ikke var afgivet egnede tilbud, så indklagede sig nødsaget til at gå i udbud med forhandling i henhold til udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra a, med de to tilbudsgivere. Disse er herefter blevet tildelt en rammeaftale hver på henholdsvis kalkgips og letvægtsgips.

Indklagede har anført, at værdien af delaftale 53 var lavere end 80.000 Euro og under 20 % af den samlede værdi af de udbudte delaftaler. Delaftale 53 kunne derfor også indgås uden udbud i medfør af udbudsdirektivets artikel 9, stk. 5, litra b.

I forhold til klagerens påstand 9 har indklagede gjort gældende, at det er indklagedes skønsmæssige kompetence at bestemme, hvordan et udbud skal gennemføres, herunder hvorledes delaftaler skal opdeles. På udbudstidspunktet havde indklagede en klar forventning om, at begge udbudte gipsprodukter kunne leveres af en leverandør. Der er derfor ikke grundlag for,

at klagenævnet tilsidesætter indklagedes tilrettelæggelse af udbudsproceduren vedrørende gipsprodukterne i henhold til delaftale 53.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

»Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.«

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

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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Delaftale 5

Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærker klagenævnet:

Indklagede har i sine breve af 20. august 2013 og 30. august 2013 anvendt

betegnelsen »light« og ikke »lite«, som ellers fremgår af enkelte af tilbudslistens positioner. Klagenævnet anser betegnelsen »light« for en skrivefejl, således at der i brevene skulle have stået »lite«.

Udbudsbetingelsernes kravspecifikation indeholder i alt 29 krav til de udbudte produkter, hvoraf nogle få krav er betegnet mindstekrav, mens den overvejende del er delkriterier, som vil indgå i evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet »Kvalitet«. Kravspecifikationen indeholder ikke en definition af betegnelsen »lite« eller i øvrigt krav, som umiddelbart har til formål at kvalificere, hvad der ligger i betegnelsen »lite«. Tilbudslisten, som for 10 ud af de i alt 27 udbudte produkters vedkommende har betegnelsen »lite«, indeholder heller ingen definition.

Indklagede har gjort gældende, at »lite« ikke vedrører produktets virkemåde, herunder absorption, men går på, om produktet er tyndt og egnet til brug vanskelige steder, f.eks. ved tæer og fingre. Dette er ifølge indklagede almindeligt kendt for professionelle aktører på markedet.

Klageren har heroverfor gjort gældende, at »lite« vedrører produktets absorptionsevne, og at der ikke i branchen er en klar definition på, hvad der forstås ved »lite« eller »konventionel«.

Da indklagede ikke ved sine indlæg vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning har dokumenteret, at den almindelige forståelse i branchen af betegnelsen »lite« er, at produktet er tyndt og egnet til brug vanskelige steder, og at det ikke har noget med absorption at gøre, finder klagenævnet ved en umiddelbar og samlet vurdering, at betegnelsen »lite« kan have med bandagens absorptionsevne at gøre.

Klageren har i tilbudslistens position I22, I23 og I24, der indeholder betegnelsen »lite«, afgivet tilbud med produktet »Cutimed Siltec B« (varenumrene 72631-00, 72631-05, 72631-02). Det samme produkt med de samme varenumre er tilbudt under position I12, I13 og I17, som ikke indeholder betegnelsen »lite«. Selv om det ikke fremgår af udbudsbetingelserne, at et produkt ikke må tilbydes i flere positioner i tilbudslisten, har det formodningen for sig, at tilbudslistens enkelte positioner skulle udfyldes med forskellige produkter. Klagenævnet finder imidlertid, at klageren ikke har været udelukket fra at tilbyde samme produkt flere steder i tilbudslisten under den forudsætning, at samme produkt er egnet i flere positioner.

Efter de foreliggende oplysninger må det lægges til grund, at produktet »Cutimed Siltec B« kan anvendes til behandling af »wounds with low, moderate and high exudate levels«. Klageren var derfor berettiget til at tilbyde produktet i tilbudslistens position I22, I23 og I24. Det er ubestridt, at klageren dermed opfyldte kravet om at afgive tilbud på 85 % af delaftalens produkter.

Efter det anførte er det umiddelbart klagenævnets vurdering, at påstand 1, 2, 3 og 4 vil blive taget til følge, og at der således vil være grundlag for at annullere indklagedes beslutning om ikke at tage klagerens tilbud i betragtning. Under hensyn til karakteren af indklagedes overtrædelse vil der også være grundlag for at annullere beslutningen om at tildele delaftale 5 til Coloplast Danmark A/S.

Betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) for at tillægge klagen opsættende virkning vedrørende delaftale 5 er herefter opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at det ikke på det foreliggende foreløbige grundlag kan antages, at klageren vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning vedrørende delaftale 5. Klageren har således ikke sandsynliggjort, at virksomheden risikerer at lide et alvorligt tab, f.eks. i form af mistede konkurrencefordele, og at en økonomisk kompensation ikke vil udgøre fuld erstatning.

Betingelse nr. 2 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for at tillægge klagen opsættende virkning ikke opfyldt, og klagen tillægges derfor ikke opsættende virkning vedrørende delaftale 5.

Delaftale 53

Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærker klagenævnet:

Delaftalen omfatter produkterne kalkgips og letvægtsgips. Klageren undlod at afgive tilbud, idet klageren kun kunne tilbyde det ene af de to produkter, nemlig kalkgips. Indklagede modtog tilbud fra Lohmann & Rauscher A/S og 3M A/S på delaftalen, men begge virksomheder afgav kun tilbud på det ene af produkterne – den ene på kalkgips og den anden på letvægtsgips. In-

gen af tilbuddene var således konditionsmæssige. Indklagede valgte at indlede forhandling med de to tilbudsgivere i medfør af udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra 1. De to virksomheder har efterfølgende fået tildelt leverancen af hver sit af delaftalens produkter.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 1.19, at der ville blive indgået kontrakt med én leverandør pr. delaftale. Under udbuddet har indklagede besvaret spørgsmål i relation til delaftale 53 og har i den forbindelse fastholdt, at produkterne kalkgips og letvægtsgips indgår i samme delaftale, og at der ikke kunne være to leverandører.

Efter udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, litra a, kan en ordregiver bl.a. indgå kontrakter om vareindkøb ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, »når der i forbindelse med et offentligt eller et begrænset udbud ikke afgives tilbud, ikke afgives egnede tilbud eller der ikke er modtaget nogen ansøgninger, forudsat at de oprindelige aftalevilkår ikke ændres væsentligt, og forudsat at der på Kommissionens anmodning forelægges denne en rapport«.

Indklagede modtog ingen egnede tilbud, og denne betingelse for at indlede forhandling med Lohmann & Rauscher A/S og 3M A/S var derfor opfyldt. Da resultatet af forhandlingen imidlertid blev, at delaftalen uanset indholdet af udbudsbetingelsernes pkt. 1.19 og svarene på de stillede spørgsmål under udbuddet blev delt mellem Lohmann & Rauscher A/S og 3M A/S, således at den ene virksomhed skal levere kalkgips og den anden letvægtsgips, er forudsætningen i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 2, litra a, om, at de oprindelige aftalevilkår ikke ændres væsentligt, ikke opfyldt.

Det er herefter klagenævnets umiddelbare vurdering, at påstand 8 vil blive taget til følge. Under hensyn til overtrædelsens karakter vil påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen også blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) for at tillægge klagen opsættende virkning vedrørende delaftale 53 er herefter opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at klageren efter de svar, som indklagede gav på spørgsmålene om de manglende muligheder for at afgive konditionsmæssige tilbud, herunder navnlig spørgsmål 125, med rette har undladt at afgive tilbud på delaftalen. På den-

ne baggrund kan klagerens manglende tilbud ikke føre til, at betingelsen om uopsættelighed er til hinder for, at der tillægges klagen opsættende virkning. Betingelse nr. 2 er derfor også opfyldt.

Endelig bemærker klagenævnet, at en afvejning af parternes interesser fører til, at også betingelse nr. 3 for at tillægge klagen opsættende virkning er opfyldt.

Betingelse nr. 1, 2 og 3 er derfor opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for at tillægge klagen opsættende virkning opfyldt, og klagen tillægges derfor opsættende virkning vedrørende delaftale 53.

Afgørelsen om opsættende virkning betyder, at indklagede ikke må underskrive kontrakt vedrørende delaftale 53 med Lohmann & Rauscher A/S og 3M A/S.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning vedrørende delaftale 5.

Klagen tillægges opsættende virkning vedrørende delaftale 53.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig