

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

ConvaTec Danmark A/S
(advokat Erik Kjær-Hansen, København)

mod

Region Midtjylland
Region Syddanmark
Odense Kommune
Aarhus Kommune
Holstebro Kommune
Assens Kommune
Ærø Kommune
Kolding Kommune
Sønderborg Kommune
Hedensted Kommune
Horsens Kommune
Odder Kommune
Struer Kommune
Faaborg-Midtfyn Kommune
Kerteminde Kommune
Langeland Kommune
Nordfyn Kommune
Nyborg Kommune
Ikast-Brande Kommune
Fredericia Kommune
Randers Kommune
Haderslev Kommune

Lemvig Kommune
Silkeborg Kommune
Svendborg Kommune
Favrskov Kommune
Norddjurs Kommune
Ringkøbing Skjern Kommune
Skanderborg Kommune
(advokat Mette Høgh, Aarhus)

Intervenient:
OneMed A/S
(selv)

Intervenient:
Coloplast Danmark A/S
(advokat Torkil Høg, København)

Klagenævnet har den 16. december 2022 modtaget en klage fra ConvaTec Danmark A/S.

Klageren, ConvaTec Danmark A/S ("ConvaTec"), har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Indklagede, Region Midtjylland m.fl. ("Region Midtjylland"), har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 6, svarskrift med bilag A og replik.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i relation til udbuddets delaftaler 63, 64 og 65 at basere evalueringen af Klagers tilbud på en åbenbart forkert angivet tilbudt pris.

Påstand 2:

Klagenævnet skal pålægge Indklagede at tildele Klager kontrakter i relation til hvert af udbuddets delaftaler 63, 64 og 65 og i den forbindelse i det nødvendige omfang annullere Indklagedes tildeling af Kontrakter til øvrige tilbudsgivere.

Påstand 3 – subsidiær til påstand 2:

Klagenævnet skal annullere Indklagedes tildelingsbeslutning for så vidt angår udbuddets delaftaler 63, 64 og 65.”

Region Midtjylland har for så vidt angår påstand 1 og 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. For så vidt angår påstand 2 har Region Midtjylland nedlagt påstand om afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Ved blandt andet udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 199-518505 af 13. oktober 2020 udbød Region Midtjylland, der selv var ansvarlig for udbuddets gennemførelse på vegne af de øvrige deltagere, en række rammeaftaler vedrørende produkter til stomi.

Denne klage vedrører alene delaftalerne 63 (tætningspasta), 64 (klæbefjerner) og 65 (hudbeskyttelsesfilm).

Ifølge udbudsbekendtgørelsen var den samlede værdi af de udbudte delaftaler ca. 565 mio. kr., men i øvrigt fremgår af udbudsbekendtgørelsen blandt andet:

”II.2.4) **Beskrivelse af udbuddet:**

...

Omfanget af delkontrakten er opgjort i mængder. De anslåede mængder for delkontrakterne (samlet for alle kommuner og regioner) fremgår af Kontraktbilag 3.”

Af udbudsbetingelserne fremgår, at kontrakten ville blive tildelt den tilbudsgiver, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud ved anvendelse af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet og med underkriterierne pris (vægt 50 %) og kvalitet (vægt 50 %).

I øvrigt hedder det i udbudsbetingelserne blandt andet:

”9. Prisoplysning

9.1 Generelt

Priser på de i Kontraktbilag 3 anførte produkter skal opgives i danske kroner, ekskl. moms, men inkl. evt. øvrige afgifter og told.

Obligatoriske produkter

Kontraktbilag 3 skal udfyldes i overensstemmelse med anvisningerne i bilaget. Det betyder bl.a. at alle prisfelter for obligatoriske produkter vedr. de delaftaler, der gives tilbud på, skal udfyldes med en pris, for at tilbuddet kan blive taget i betragtning. Såfremt et eller flere felter ikke er udfyldt med en pris, vil Tilbudsgivers tilbud på den pågældende delaftale være ukonditionsmæssigt.”

Udbudsbetingelserne var således vedlagt en tilbudsliste i form af et excel-ark, det omtalte kontraktbilag 3.

Region Midtjylland modtog herefter tilbud fra blandt andet ConvaTec.

For så vidt angår delaftale 63 var kolonne 7-18 i den tilbudsliste, der var vedlagt ConvaTecs tilbud, udfyldt således (kolonne 16 og 17 var udfyldt af ConvaTec, og de øvrige kolonner var udfyldt af Region Midtjylland):

” ...

7	8	9	10	11	12
Generisk Varebetegnelse	Stomitype	Estimeret forbrug pr. enhed jf. kolonne 10	Enhed	Estimeret forbrug pr. enhed (Leveret direkte til kunden)	Estimeret forbrug pr. enhed (Konsignationslager)
Tætningspa-sta	...	1.616.785	Gr.	451.817	1.164.968

13	14	15	16	17	18
Estimeret forbrug pr. stk. (Konsignationslager)	Max. antal i mindste-forpakning angivet pr. basisenhed	Basisenhed	Nettopris DKK (incl. Afgift og excl. Moms) jf. kolonne 10	Tillæg for konsignationslager DKK (excl. Moms) pr. stk.	Samlet pris for produkter
19.013	1 stk. pk. / 100 stk. kardon	Stk.	60,00	...	97.007.100

...”

Videre, for så vidt angår delaftale 64, var kolonne 7-18 udfyldt således:

” ...

7	8	9	10	11	12
Generisk Varebetegnelse	Stomitype	Estimeret forbrug pr. enhed jf. kolonne 10	Enhed	Estimeret forbrug pr. enhed (Leveret direkte til kunden)	Estimeret forbrug pr. enhed (Konsignationslager)
Klæbefjerner - servietter	...	8.674.809	Stk.	2.177.731	6.497.077
Klæbefjerner - spray	...	6.751.455	MI	860.541	5.890.914

13	14	15	16	17	18
Estimeret forbrug pr. stk. (Konsignationslager)	Max. antal i mindste-forpakning angivet pr. basisenhed	Basisenhed	Nettopris DKK (incl. Afgift og excl. Moms) jf. kolonne 10	Tillæg for konsignationslager DKK (excl. Moms) pr. stk.	Samlet pris for produkter
6.497.077	100 stk. pk. / 3.000 stk. karton	Stk.	1,75	...	15.180.915,75
#VÆRDI!	1 stk. pk. / 50 stk. karton	Stk.	25,00	...	168.786.375

...”

For så vidt angår delaftale 65, var kolonne 7-18 udfyldt således:

” ...

7	8	9	10	11	12
Generisk Varebetegnelse	Stomitype	Estimeret forbrug pr. enhed jf. kolonne 10	Enhed	Estimeret forbrug pr. enhed (Leveret direkte til kunden)	Estimeret forbrug pr. enhed (Konsignationslager)
Hudbeskyttelsesfilm - servietter	...	3.686.674	Stk.	359.821	3.326.854
Hudbeskyttelsesfilm - spray	...	1.207.680	MI	92.028	1.115.652

13	14	15	16	17	18
Estimeret forbrug pr. stk.	Max. antal i mindste-for-	Basisenhed	Nettopris DKK (incl. Afgift og excl. Moms)	Tillæg for konsignationslager DKK	Samlet pris for produkter

(Konsignationslager)	pakning angivet pr. basisenhed		jf. kolonne 10	(excl. Moms) pr. stk.	
3.326.854	100 stk. pk. / 2.000 stk. karton	Stk.	1,75	...	6.451.679,50
#VÆRDI!	1 stk. pk. / 50 stk. karton	Stk.	25,00	...	30.192.000,00

...”

I Region Midtjyllands vejledning til kolonnerne 9-18, som fremgår af tilbudslisten, hedder det blandt andet:

”...

Kolonne nr.	Kolonne på tilbudsliste	Udfyldes af	Forklaring
...
9	Estimeret forbrug pr. enhed jf. kolonne 10	Region Midtjylland (RM)	Det estimerede forbrug indgår i beregningen af den samlede tilbudssum. Det estimerede forbrug er angivet for hele kontraktperioden og omfatter både regioner og kommuner. Forbruget er angivet for hele delaftalen og tager således ikke højde for antal leverandører og serier pr. delaftale. Det estimerede forbrug er udtryk for den anslåede samlede mængde opgjort pr. forbrugsenhed, der skal oplyses i henhold til udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.5.
10	Enhed	Region Midtjylland (RM)	Enhed som det estimerede forbrug jf. kolonne 9 er angivet i.
11	Estimeret forbrug pr. enhed (Leveret direkte til kunden)	Region Midtjylland (RM)	...
12	Estimeret forbrug pr. enhed (Konsignationslager)	Region Midtjylland (RM)	...
13	Estimeret forbrug pr. stk. (Konsignationslager)	Region Midtjylland (RM)	...
14	Max. antal i mindste-forpakning angivet pr. basisenhed	Region Midtjylland (RM)	Udbyders krav om max. antal i det tilbudte produkts mindsteforpakning/salgseenhed.
15	Basisenhed	Region Midtjylland (RM)	Enhed som mindste-forpakning jf. kolonne 14 er angivet i.
16	Nettopris DKK (incl. Afgift og	Tilbudsgiver	Nettopris = Tilbudspris pr. enhed jf. kolonne 10. Prisen skal være den samme pr. position for alle tilbudte varenr. jf. kolonne 20. Såfremt

	excl. Moms) jf. kolonne 10		der er afgift på de tilbudte varer skal prisen oplyses incl. afgift.
17	Tillæg for kon-signationslager DKK (excl. Moms) pr. stk.	Tilbudsgiver	...
18	Samlet pris for produkter	Region Midtjylland (RM)	Samlet sum for produkter - til Samlet tilbuds-sum.

...”

Den 6. december 2020 meddelte Region Midtjylland, at ConvaTec var tildelt kontrakt på 20 af delaftalerne, men at virksomheden på seks delaftaler, herunder 63, 64 og 65, ikke var tildelt kontrakt. For så vidt angår delaftale 63 var kontrakt tildelt Coloplast Danmark A/S, Dansac & Hollister Danmark A/S, Focuscare Denmark ApS og Kirstine Hardam A/S. For så vidt angår både delaftale 64 og 65 var kontrakt tildelt Stotec Denmark ApS og OneMed A/S.

ConvaTec modtog Region Midtjyllands evalueringsnotat, ligeledes af 6. december 2020. Heraf fremgår blandt andet, at det samlede evalueringsbeløb vedrørende delaftale 63, som opgjort efter udbudsbetingelserne, for ConvaTec var vurderet til at være 50.054.870 kr., hvorimod det samlede evalueringsbeløb for de øvrige syv tilbudsgivere lå på mellem 2.268.183 kr. og 5.408.900 kr. Region Midtjylland har i evalueringsnotatet anført, at tilbuddet fra ConvaTec var: ”... 9570-9580 % højere end det billigste tilbud.”

For så vidt angår delaftale 64 var det samlede evalueringsbeløb for ConvaTec vurderet til at være 102.820.518 kr., hvorimod det samlede evalueringsbeløb for de øvrige fire tilbudsgivere lå på mellem 16.008.813 kr. og 29.875.852 kr. Region Midtjylland har i evalueringsnotatet herom anført, at tilbuddet fra ConvaTec var: ”... 960-970 % højere end det billigste tilbud.”

Endelig fremgår, for så vidt angår delaftale 65, at det samlede evalueringsbeløb for ConvaTec var vurderet til at være 23.356.655 kr., hvorimod det samlede evalueringsbeløb for de øvrige tre tilbudsgivere lå på mellem 7.089.326 kr. og 17.251.107 kr. Region Midtjylland har i evalueringsnotatet herom anført, at tilbuddet fra ConvaTec var: ”... 365-375 % højere end det billigste tilbud.”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

ConvaTec har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1, 2 og 3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Region Midtjylland har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1, 2 og 3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har ConvaTec gjort gældende, at Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2.

For så vidt angår gennemsigtighedsprincippet er tilbudsskemaerne udformet på en måde, der rejser tvivl om den rette angivelse af pris.

ConvaTec forstår på evalueringsnotatet, at prisen i kolonne 16 skulle angives ud fra den enhed, der fremgik af kolonne 10. Umiddelbart før kolonne 16 er imidlertid under overskriften ”basisenhed” angivet betegnelsen ”stk.,” hvilket peger i retning af, at prisen skulle angives pr. stk. af produktet – dette svarer tillige til den sædvanlige prissætningsmetode. Vejledningen til tilbudsskemaet indeholder om kolonne 10 alene følgende tekst: ”Enhed som det estimerede forbrug jf. kolonne 9 er angivet i”. Der henvises således ikke her til kolonne 16 om angivelse af priser.

Beskrivelsen i udbudsbetingelserne henviser således også til prisen på de ”anførte produkter” – ikke en pris opgjort i forhold til f.eks. hvert gram, der indgår i et produkt.

Modellen for prisangivelse i tilbudsskemaet er derfor ikke tilstrækkelig klar til at opfylde gennemsigtighedsprincippet.

For så vidt angår ligebehandlingsprincippet må det have været klart for Region Midtjylland, at ConvaTec i relation til delaftale 63, 64 og 65 havde misforstået intentionen med tilbudsskemaet og derfor angivet priser, der – når de blev multipliceret med de angivne mængder – blev urealistisk høje, både i absolutte tal og i forhold til de øvrige tilbud. Region Midtjyllands henvisninger til, at der for stomiprodukter generelt ses prisudsving, eller at der også

mellem andre tilbudsgiveres priser var væsentlige udsving, kan ikke ændre ved, at så betydelige udsving, som ConvaTecs tilbud var udtryk for, med meget stor sandsynlighed måtte anses for udtryk for fejl i tilbuddet.

Region Midtjylland havde i en sådan situation i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5, sammenholdt med blandt andet Retten i Første instans dom af 10. december 2009 i sag T-195/08 (Antwerpse Bouwwerken), pligt til at kontakte ConvaTec for at afklare forholdet.

I den foreliggende situation var fejlen åbenbar og kunne nemt rettes. Region Midtjylland havde derfor en forpligtelse til at give ConvaTec mulighed for at berigtige fejlen. Ved en henvendelse fra Region Midtjylland ville den åbenbare fejl blive rettet, og ConvaTec ville blive tildelt kontrakterne.

En ordregivende myndighed kan ikke i en så klar situation stå frit i forhold til, om adgangen efter udbudslovens § 159, stk. 5, skal benyttes. En sådan fortolkning ville tillige være i strid med de forpligtelser, der gælder for Region Midtjylland som offentlig myndighed. Det er således hverken foreneligt med den ovenfor anførte dom i Antwerpse Bouwwerken eller klagenævnets praksis, herunder kendelse af 23. marts 2022, Iveco Danmark A/S mod Fælles Affaldsindsamling A/S, at konkludere, at en ordregiver – i tilfælde af åbenbare fejl i et tilbud – alene har ret men ikke tillige pligt til at søge forholdet afklaret hos tilbudsgiver.

I øvrigt kunne det ud fra det udfyldte tilbudsskema objektivt konstateres, hvad den korrekt angivne pris skulle være, idet de relevante mængder var anført i skemaet. ConvaTec ville således ikke ved en henvendelse fra Region Midtjylland få mulighed for at afgive et nyt eller ændret bud.

Særligt vedrørende påstand 1 har Region Midtjylland gjort gældende, at udbudsmaterialets udformning ikke har haft indflydelse på, hvordan tilbudsvurderingen er foretaget, herunder hvilke priser der er indgået i vurderingen.

Det er ikke korrekt, at ConvaTec først ved modtagelsen af evalueringsnotatet er blevet bekendt med, at den pris, som tilbudsgiverne skulle tilbyde i tilbudsarkets kolonne 16, skulle være baseret på den enhed, der fremgik af kolonne 10. Teksten i kolonne 16, hvor tilbudsgiverne skulle afgive deres pris, henviser således i sig selv til kolonne 10, som under overskriften ”enhed”

indeholder en angivelse af, i hvilken enhed produktet i det pågældende positionsnummer er angivet – og skal prissættes – for eksempel gr., ml. eller stk. Det er således ikke kun i relation til prissætningen i kolonne 16, at enheden er relevant, men også det estimerede forbrug, jf. kolonne 9, er angivet i den i enhed, som for sin del er anført i kolonne 10. Som det fremgår, er det i selve rubrikken, hvor prisen skal indsættes, udtrykkeligt angivet, i hvilken enhed prisen skal angives. Dette fremgår også af vejledningen til tilbudslisten.

Der har derfor ikke været en uklarhed i udbudsmaterialet i relation til, i hvilken enhed den tilbudte pris skulle afgives.

Det stod heller ikke klart for Region Midtjylland, at prissætningen i tilbuddet var udtryk for en åbenbar fejl fra ConvaTecs side, ligesom der ikke efter ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet består nogen pligt for Region Midtjylland til at kontakte ConvaTec med henblik på en afklaring af tilbuddets indhold.

Uanset at prisspændet mellem ConvaTecs tilbud og de billigste tilbud på de tre omtvistede delaftaler isoleret set fremstår ualmindeligt store, viser udbuddet af stomiprodukterne dog, at der generelt er tale om et marked, hvor der er store prisudsving, også meget større end det sædvanligvis ses ved produktudbud inden for medicoteknikken. Også på en række af de øvrige delaftaler ses der således væsentlige prisudsving. Til eksempel var der på 16 af de udbudte 50 delaftaler prisudsving på mere end 100 %, og i mange tilfælde var der tale om en betydelig spredning også inden for intervallet. Denne spredning ses også på de tre omtvistede delaftaler. På såvel delaftale 63 som delaftale 65 ses andre tilbud, der også er mere end 210 % dyrere end det billigste tilbud.

Også på produktniveau har der været meget store prisudsving. Ud af i alt 136 udbudte positionsnumre på tværs af de 50 delaftaler ses således en spredning på mere end 1.000 % på otte af positionerne, mere end 200 % på 18 af positionerne og mere end 100 % på 50 af positionerne.

Disse spredninger i priser på såvel positionsniveau som på delaftale-niveau viser med al tydelighed, at der er tale om et marked med betydelige prisudsving. Dette hænger formentlig sammen med, at det er første gang, der sker et fælles regionalt og kommunalt udbud af stomiprodukter. På baggrund af leverandørernes strategiske overvejelser har stomiprodukter tidligere været

solgt meget billigt til regionerne, mens priserne omvendt har været kunstigt høje ved salg til kommunerne. Det fælles udbud har mindsket muligheden for at foretage en strategisk prissætning, men leverandørerne har dog tilsyneladende ikke været helt enige om, hvor den rigtige ”fælles markedspris” skulle ligge. Dette manglende kendskab til, hvor en ”fælles markedspris” for regioner og kommuner ville lande, udgjorde i øvrigt også en udfordring for Region Midtjylland ved fastlæggelsen af den anslåede og maksimale kontraktværdi, der således også blev opgjort som en mængde frem for en værdi, idet Region Midtjylland ikke havde det fornødne grundlag for at fastslå denne værdi.

Hertil kommer, at visse prisudsving formentlig fortsat kan være strategisk begrundede fra leverandørernes side. En del af rammeaftalerne er således parallelle rammeaftaler med flere leverandører, og tilbudsgiverne har ikke nødvendigvis et ønske om at afgive den laveste pris, men blot at sikre sig en plads på rammeaftalen.

Region Midtjylland havde på den baggrund ikke anledning til at fastslå, at netop priserne fra ConvaTec indeholdt åbenbare fejl, og selv hvis der havde været tale om en sådan åbenbare fejl, ville ConvaTec også have været nærmest til selv at opdage disse fejl.

Selv hvis klagenævnet vurderer, at der har været tale om en åbenbar fejl i ConvaTecs prissætning, består der ikke nogen pligt for Region Midtjylland til at rette henvendelse til ConvaTec og afklare forholdet som påstået.

Tilbudsgiveren bærer selv risikoen for udformningen af sit tilbud. Ordregivende myndigheder har alene under ganske særlige omstændigheder en ret til at indhente supplerende oplysninger eller præciseringer vedrørende fejlbehæftede tilbud, men der består ikke nogen pligt hertil. Det følger eksplicit af udbudslovens § 159, stk. 5, og forarbejderne hertil, at der udelukkende er tale om en ret og ikke en pligt til at lade en tilbudsgiver foretage en berigtigelse af et fejlbehæftet tilbud.

En sådan forpligtelse kan heller ikke udledes af dommen i Antwerpse Bouwwerken. Vurderingen af, om ordregiver konkret skal afsøge muligheden for, at tilbudsgiveren kan tillades at berigtige sit fejlbehæftede tilbud, beror efter denne dom således udelukkende på fællesskabsretlige/forvalt-

ningsretlige overvejelser omkring hensigtsmæssigheden af en sådan berigtigelse, navnlig hvis der er tale om en ”tvetydighed”, der kan ”forklares på en enkel måde og nemt kan fjernes”, hvilket der ikke er tale om i denne sag.

Det følger desuden af udbudslovens § 159, stk. 5, at en berigtigelse alene kan foretages under overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, og heri ligger en pligt til at sikre, at alle virksomheder i samme situation gives samme adgang til at foretage berigtigelse af deres tilbud, hvilket også udtrykkeligt fremgår af forarbejderne til bestemmelsen.

At lade ConvaTec berigtige sit tilbud forudsætter således, at Region Midtjylland giver samme adgang til alle de øvrige tilbudsgivere, der også har afgivet tilbud, der er behæftet med ”åbenbare” fejl. Denne vurdering af, hvornår der er tale om en åbenbar fejl, er imidlertid vanskelig at foretage, særligt når der som i den konkrete sag er tale om meget betydelige prisspænd og mange tilbud, der ligger uden for et ”sædvanligt interval”. Under alle omstændigheder hverken kan eller skal risikoen for at foretage denne vurdering af, om der er tale om skrivefejl eller en strategisk prissætning, pålægges Region Midtjylland.

Særligt vedrørende påstand 2 har ConvaTec gjort gældende, at der i delaftale 63 i tilbudsskemaet var angivet en pris på 60 kr. for produktet ”Stomahesive® pasta, med alkohol, pektinbaseret hydrokolloid”, som ifølge tilbudsskemaet har en vægt på 60 gram. Prisen skulle have været angivet pr. gram. Dermed skulle prisen have været 1 kr. pr. gram (svarende til 60 kr. for 60 gram).

I delaftale 64 var der i tilbudsskemaet angivet en pris på 1,75 kr. pr. stk. for produktet ”Niltac™ klæbe-fjerner, serviet, 100% silikone, 16 x 12 cm”. Denne pris var korrekt, idet der ifølge kolonne 10 skulle angives en pris pr. stk. For det andet produkt, som ConvaTec bød med – ”Niltac™ klæbefjerner, spray, 100% silikone” – var angivet en pris på 25 kr. Denne pris var imidlertid pr. stk. – ikke pr. ml. som anført i kolonne 10. Da produktet indeholdt 50 ml., skulle prisen være 0,50 kr. pr. ml.

I delaftale 65 var der i tilbudsskemaet angivet en pris på 1,75 kr. pr. stk. for produktet ”Sillesse™ hud-beskyttelsesfilm, serviet, 100% silikone, 16 x 12 cm”. Denne pris var korrekt, idet der ifølge kolonne 10 skulle angives en pris

pr. stk. For det andet produkt, som ConvaTec tilbød med – ”Sillesse™ hudbeskyttelsesfilm, spray, 100% silikone” – var angivet en pris på 25 kr. Denne pris var imidlertid pr. stk. – ikke pr. ml. som anført i kolonne 10. Da produktet indeholdt 50 ml., skulle prisen være 0,50 kr. pr. ml.

Hvis prisen for de nævnte produkter var blevet ændret som anført og anvendt i den samlede beregning, ville ConvaTec være blevet tildelt kontrakt på delaftale 63, 64 og 65.

Særligt vedrørende påstand 2 har Region Midtjylland gjort gældende, at klagenævnet ikke har kompetence til at pålægge en ordregiver at tildele en kontrakt, jf. klagenævnslovens § 13 modsætningsvis, og det følger da også af fast klagenævnspraksis, at sådanne påstande afvises.

Den resterende del af påstanden, hvorefter klagenævnet skal annullere Region Midtjyllands tildeling af kontrakter til de øvrige tilbudsgivere, har samme indhold som påstand 3, hvorfor også denne del af påstanden må afvises.

Særligt vedrørende påstand 3 har ConvaTec gjort gældende, at hvis påstand 2 ikke tages helt eller delvist til følge, skal klagenævnet på baggrund af det, som er anført til støtte for påstand 1, annullere Region Midtjyllands tildelingsbeslutning for så vidt angår delaftalerne 63, 64 og 65.

Særligt vedrørende påstand 3 har Region Midtjylland gjort gældende, at ConvaTecs beregninger af pointtildelingen ikke er foretaget korrekt. Uanset disse fejl i ConvaTecs alternative tilbudsvurdering vil Region Midtjylland dog ikke bestride, at såfremt de forudsatte tilbudspriser kunne lægges til grund for tilbudsvurderingen, ville ConvaTec være blevet tildelt en kontrakt på de tre delaftaler.

Ad uopsættelighed

ConvaTec har gjort gældende, at erstatningsreglerne ikke yder virksomheden et tilstrækkeligt værn i den foreliggende situation. De relevante aftaler er delaftaler, hvor der på hver delaftale tildeles to-fire kontrakter. ConvaTec ville være blevet tildelt en kontrakt på hver af de tre delaftaler, hvis Region

Midtjylland havde efterlevet udbudsreglerne. Det kan ikke forventes, at ConvaTec vil kunne opnå fuld erstatning under en eventuel efterfølgende erstatningssag.

Region Midtjylland har gjort gældende, at ConvaTec ikke har godtgjort, at ConvaTec vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Der er således ingen forhold, der taler for, at en manglende tildeling af tre af de udbudte 50 delaftaler skulle true virksomhedens eksistens eller i øvrigt ændre dens markedsposition på uoprettelig vis. ConvaTecs mulighed for at opnå erstatning som følge af Region Midtjyllands påståede fejl under udbudsprocessen er ikke anderledes i denne sag end i forbindelse med enhver anden sag om kontraktindgåelse på baggrund af et udbud.

Ad interesseafvejning

ConvaTec har gjort gældende, at virksomheden har en betydelig interesse i at få tildelt kontrakten, som vedrører væsentlige salg af de omfattede produkter, der væsentligt overstiger Region Midtjyllands mulige interesse i at undgå en mindre påvirkning af tidsplanen frem mod kontrakternes ikrafttræden.

Region Midtjylland har gjort gældende, at ConvaTec heller ikke har godtgjort endsige argumenteret for, at virksomheden har en sådan interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, at gennemførelsen af tildelingsbeslutningen skal udsættes. Derimod har Region Midtjylland en væsentlig interesse i, at kontraktindgåelsen ikke udskydes. Med de mængder af stomiprodukter, som de enkelte produktleverandører skal levere, har de som følge af den stramme tidsplan, som er forudsat i udbuddet, behov for at kende deres leveringsforpligtelser.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges

opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenevnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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

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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet, at påstand 1 dels hviler på det synspunkt, at tilbudsskemaerne er udformet på en måde, der er egnet til at skabe tvivl om den rette angivelse af pris, dels at de tilbudte priser på delaftale 63, 64 og 65 var ”urealistisk høje”, og at det må have været klart for Region Midtjylland, at de var ”åbenbart forkert angivet”. ConvaTec har i den forbindelse anført, at det skyldes, at ConvaTec ved beregningen af sine tilbud har taget udgangspunkt i andre enheder end dem, som var forudsat i Region Midtjyllands angivelse af det estimerede forbrug.

Det skal indledningsvis bemærkes, at ordregiver skal vurdere modtagne tilbud på baggrund af de oplysninger, som fremgår af tilbuddet. Hvis der er fejl og ufuldstændigheder i tilbuddet, bærer tilbudsgiver risikoen herfor. Efter

udbudslovens § 159, stk. 5, kan ordregiveren under overholdelse af principperne i § 2 dog anmode tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre tilbuddet.

Tilbudslisten er udformet således, at det i kolonne 10 direkte er anført, hvilken enhed der danner grundlag for angivelsen af det forventede forbrug af de pågældende produkter. Det forventede forbrug er anført i kolonne 9, som også indeholder en direkte henvisning til kolonne 10. Tilsvarende indeholder kolonne 16, hvori tilbudsgiver skulle angive enhedsprisen, samme henvisning til kolonne 10. På samme måde fremgår det udtrykkeligt af vejledningen til tilbudslisten, at kolonne 10 indeholder oplysninger om, hvilken enhed som det estimerede forbrug, der er anført i kolonne 9, er angivet i, og i forhold til kolonne 16 hedder det indledningsvis i vejledningen: ”Nettopris = Tilbudspris pr. enhed jf. kolonne 10.”

Det fremgår på denne måde klart af tilbudslisten, hvilke enheder tilbudspriserne skulle beregnes på baggrund af, og der er efter det foreliggende således heller ikke grundlag for at fastslå, at udformningen af tilbudslisten – eller udbudsmaterialet i øvrigt – har været årsag til eller haft betydning for, at ConvaTec har anført og anvendt forkerte enhedspriser som grundlag for beregningen af sine tilbud.

For så vidt angår spørgsmålet om Region Midtjyllands vurdering af ConvaTecs tilbudspriser, lægger klagenævnet til grund, at den pris, som ConvaTec tilbød på de omhandlede delaftaler, utvivlsomt var betydeligt højere end de øvrige tilbudsgiveres priser. Navnlig fremstår den pris, som blev tilbudt på delaftale 63, betydeligt højere end de øvrige priser. Region Midtjylland har i sit evalueringsnotat således konstateret, at den tilbudte pris var 9.570-9.580 % højere end det billigste tilbud.

Region Midtjylland måtte, som det klare udgangspunkt, dog gå ud fra, at de angivne priser var korrekte. Herudover må Region Midtjyllands vurdering af de tilbudte priser bedømmes i lyset af en række forhold. Det er ubestridt, at markedet for stomiprodukter er præget af store prisudsving, og at de priser, som er tilbudt i forbindelse med udbuddet, i sig selv har været præget af stor spredning – i flere tilfælde over 1.000 %. Det er ligeledes ubestridt, at udbuddet, som det første fælles regionale og kommunale udbud af stomiprodukter, har været præget af usikker prisdannelse, og at det ikke kan udelukkes, at tilbudsgivernes prisfastsættelse også har været præget af strategiske

overvejelser. Det anførte må i øvrigt ses i sammenhæng med, at udbuddet omfattede 50 delaftaler og et stort antal individuelle tilbud, samt at udbudsmaterialet, som anført, var klart formuleret.

På den baggrund finder klagenævnet, at det, uanset at de priser, som ConvaTec tilbød på delaftale 63, 64 og 65, fremstod høje – og for så vidt angår delaftale 65 i påfaldende grad – ikke kan anses for godtgjort, at det af den grund har været åbenbart for Region Midtjylland, at de var angivet på forkert grundlag.

Der er derfor på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

For så vidt angår påstand 2, har klagenævnet ikke kompetence til at tildele en kontrakt til en bestemt tilbudsgiver. Påstanden må derfor i sin helhed, hvis den fastholdes, forventes at blive afvist.

På baggrund af det, som er anført vedrørende påstand 1, er der heller ikke udsigt til, at påstand 3 om annullation af Region Midtjyllands tildelingsbeslutninger vil blive taget til følge.

Allerede fordi betingelse nr. 1 således ikke er opfyldt, er betingelserne for opsættende virkning heller ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Morten Juul Nielsen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig