

Tildelingsbeslutningen er efterfølgende annulleret af Region Hovedstaden og klagen herefter tilbagekaldt, således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Eastwest Instore ApS  
(advokat Mikala Berg Dueholm, København)

mod

Region Hovedstaden  
(advokat Henning Biil København)

Intervenient:

Abena A/S  
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

Klagenævnet har den 17. november 2021 modtaget en klage fra Eastwest Instore ApS ("Eastwest").

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

Region Hovedstaden 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 1-13, svarskrift med bilag A-H, hvoraf bilag H-I alene er fremsendt til Klagenævnet, to procesindlæg fra Abena A/S, replik og duplik.

#### Klagens indhold:

Eastwest har nedlagt følgende påstande:

- ”1. Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele delkontrakt om levering af nitril undersøgelseshandsker til Abena A/S, idet der foreligger tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at Abena A/S under udbuddet havde indgået aftale med Aktum A/S henblik på konkurrencefordrejning, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4.
2. (Subsidiær til påstand 1) Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele delkontrakt om levering af nitril undersøgelseshandsker til Abena A/S, idet Abena A/S under udbuddet havde indgået aftale med Aktum A/S med henblik på konkurrencefordrejning.
3. Klagenævnet for Udbud skal annullere Region Hovedstadens beslutning af 3. november 2021 om tildeling af delkontrakt til Abena A/S.”

Region Hovedstaden nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 19. november 2021 meddelt Region Hovedstadens kontraktpart, Abena A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Abena A/S har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 23. november 2021 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at Abena A/S intervenserer i sagen til støtte for Region Hovedstaden.

#### Andre oplysninger i sagen:

Region Hovedstaden udbød ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 112-291274 af 6. juni 2021 som offentligt udbud to delkontrakter om indkøb af nitril undersøgelseshandsker.

Region Hovedstaden varetog ifølge sagens oplysninger udbudsproceduren, hvor regionen handlede i eget navn på vegne af Styrelsen for Forsyningsikkerhed i Danmark. Udbuddet er iværksat som led i etableringen af et EU-nødlager for værnemidler (rescEU), der skal kunne bistå EU-medlemsstaterne i tilfælde af svigtende forsyninger af værnemidler til de nationale lagre.

Udbuddet var som nævnt opdelt i to delaftaler, og den enkelte tilbudsgiver kunne alene få tildelt én kontrakt. Hver delkontrakt havde en værdi af 39.736.000 kr., og tilbudsgiverne skulle afgive tilbud på den mængde handsker, som de kunne tilbyde i forhold til den på forhånd fastsatte kontraktværdi, jf. bl.a. udbudsbetingelsernes pkt. 4.1.

Af udbudsbetingelserne fremgår endvidere bl.a.:

#### ”14.1 Tildelingskriterium

Kontrakten tildeles det økonomisk mest fordelagtige tilbud, som identificeres på grundlag af kriteriet:

Bedste forhold mellem styk antal, kvalitet og initial levering.

Kriteriet bedømmes ud fra følgende underkriterier:

Underkriterierne vægter samlet 100 %:

- Styk antal vægter 50 %
- Kvalitet og funktionalitet vægter 45 %
- Initial levering vægter 5%

De point, som Ordregiver i sin tilbudsevaluering giver underkriterierne, vil i den samlede evaluering blive ganget med den oplyste vægt og lagt sammen til et samlet resultat.

Tildelingen vil foregå således, at de 2 tilbudsgivere, der opnår det højeste samlede resultat, vil hver få tildelt delkontrakter på hver 39.736.000 DKK ex. moms.

Det er ikke muligt at opnå begge kontrakter, da Ordregiver, af hensyn til forsyningsikkerhed, ønsker 2 leverandører.

Denne opdeling foretages for at sikre forsyningssikkerheden.

#### 14.2 Styk antal

Styk antal vurderes på basis af de tilbudte mængder oplyst i de modtagne tilbud til det angivne beløb jf. pkt. 4.1.

Underkriteriet ”Styk antal” evalueres efter en pointmodel på en skala fra 0-100 point med decimaler, hvor højeste styk antal (i konditionsmæssige tilbud) får maksipoint.

Den anvendte evalueringsmodel er en lineær nulpunktsmodel, hvor 0 point (”nulpunktet”) fastlægges som en fast procentsats 50 % under styk antallet for tilbuddet med det højeste styk antal, og 100 point gives til det tilbud med det højeste styk antal. Point interpoleres med 2 decimaler for de øvrige tilbud mellem det højeste styk antal og det i evalueringsmodellen angivne nulpunkt. Tilbud med styk antal lavere end nulpunktet, tildeles 0 point.

#### 14.3 Kvalitet og funktionalitet

Kvalitet og funktionalitet vurderes som angivet i kravspecifikationen.

Underkriteriet Kvalitet og Funktionalitet evalueres efter en pointmodel på en skala fra 0-100 point med decimaler. Der tildeles point for hvert kriterium (B-krav) i hele 20’ere. Hvert kriterium vægter lige, med mindre andet konkret er angivet, og der tildeles point således, at maksimumpoint svarer til den af ordregiver bedst kendte løsning/besvarelse, 60 point er tilfredsstillende og 0 point er ikke opfyldt.

Til sidst adderes (del)positionernes vægtede karakter, som således udgør karakter for Kvalitet og funktionalitet.

#### 14.4 Initial levering

Initial levering vurderes på baggrund af det styk antal handsker tilbudsgiver kan levere i den første delleverance jf. bilag 3. Jo flere handsker desto bedre.

Den anvendte evalueringsmodel er en 5-trins skala:

		<b>ANTAL STK</b>			<b>point</b>
4.000.000	til	5.000.000	<i>eller over</i>	→	100
3.000.000	til	3.999.999		→	80
2.000.000	til	2.999.999		→	60
1.000.000	til	1.999.999		→	40
500.001	til	999.999		→	20
0	til	500.000		→	0

”

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 7. juli 2021 havde Region Hovedstaden modtaget 30 tilbud, herunder tilbud fra bl.a. Eastwest Medico ApS (som er et registreret binavn for Eastwest), Abena A/S (”Abena”), Aktum A/S (”Aktum”) og OneMed A/S (”OneMed”).

Ved brev af 20. august 2021 meddelte Region Hovedstaden, at regionen havde besluttet at tildele delkontrakterne til henholdsvis Abena og Aktum.

Den 31. august 2021 indgav OneMed klage til Klagenævnet for Udbud med påstand om, at Region Hovedstaden skulle have udelukket Abena og Aktum fra udbuddet, da de havde indgået aftale med henblik på konkurrencefordrejning, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4.

Efter det oplyste indgav OneMed A/S den 15. september 2021 desuden klage til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som i den anledning gennemførte en kontrolundersøgelse på Abenas adresse i Aabenraa. Der foreligger efter det oplyste p.t. ikke afgørelse i sagen fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Den 29. september 2021 afsagde Klagenævnet for Udbud delkendelse om, at der ikke var grundlag for at tillægge klagen opsættende virkning. Om fumusbetingelsen udtalte klagenævnet blandt andet følgende:

”Det er klagenævnets foreløbige vurdering, at der på evaluerings- og tildelingstidspunktet forelå tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at Abena og Aktum havde indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, og at Region Hovedstaden burde have undersøgt dette forhold nærmere, jf. udbudslovens § 138.

Herefter og henset til de oplysninger, som er fremkommet under klagesagen, herunder ved procesindlægget fra Aktum, er der tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at det var i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, at regionen valgte at tildele aftalerne til Abena og Aktum uden at have foretaget denne undersøgelse.

På denne baggrund finder klagenævnet, at der foreløbigt vurderet i dette omfang er udsigt til, at OneMeds påstand 1 vil blive taget til følge”

Som følge af klagenævnets kendelse annullerede Region Hovedstaden den 4. oktober 2021 sin tildelingsbeslutning. Region Hovedstaden anmodede i den forbindelse tilbudsgiverne om at forlænge vedståelsesfristen til den 13. december 2021.

Ved brev af 6. oktober 2021 til Abena, et brev som efter det oplyste er sendt enslydende til Aktum, opfordrede Region Hovedstaden i medfør af udbudslovens § 138 Aktum og Abena til at fremsende dokumentation for pålidelighed.

Abena besvarede regionens henvendelse ved brev af 14. oktober 2021. Af brevet fremgår bl.a.:

”Samarbejdet mellem Abena og Aktum har medført, at Regionen har modtaget flere og ikke færre tilbud og derfor har samarbejdet ikke en konkurrencebegrænsende karakter. Den grundlæggende betingelse for anvendelse af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, er derfor ikke til stede.

Uanset ovennævnte synspunkt har Abena valgt at loyalt at fremlægge den efterspurgte dokumentation i henhold til udbudslovens § 138.

...

3.2. Ingen konkurrencebegrænsning  
[ekstraheret]

...

3.3. Dokumentation for pålidelighed

Det er i strid med Abenas politik og etiske retningslinier at indgå konkurrencebegrænsende aftaler.

...

Det fulde omfang af den tilbudsbestand, som Abena medarbejdere har ydet til Aktum i forløbet, er først afdækket for Abenas ledelse efter udbudsklagesagens anlæg. Den meget omfattende tilbudsbestand, som Abenas medarbejdere ydede til Aktum, er – uanset at samarbejdet alene øger

antallet af tilbud til gavn for regionen – ikke i overensstemmelse med Abenas værdisæt. Abena har derfor iværksat en intern gennemgang af procedurer, retningslinjer m.v. med henblik på at sikre, at der ikke kan forekomme lignende situationer.

...

Det er Abenas opfattelse, at betingelserne i udbudslovens § 138, stk. 3 derved er opfyldt, idet Abena har:

- Redegjort for de faktiske forhold og omstændigheder, samt aktivt samarbejder med undersøgelsesmyndighederne (i dette tilfælde Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen),
- Truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene.

...”

Region Hovedstaden foretog på den baggrund en fornyet evaluering og traf den 3. november 2021 en ny tildelingsbeslutning. Af tildelingsbeslutningen fremgår, at Aktum ikke havde accepteret en forlængelse af vedståelsesfristen, og at Region Hovedstaden som følge heraf havde afvist Aktums tilbud.

Af tildelingsbeslutningens ”Bilag – begrundelser” fremgår, at Abena blev tildelt 79,55 vægtede point, at OneMed blev tildelt 61,86 vægtede point, og at Eastwest blev tildelt 49,87 vægtede point. Af begrundelsen fremgår, at det hovedsageligt var antal leverede styk, der afveg markant mellem de 3 tilbud.

Af Region Hovedstadens evalueringsrapport af 3. november 2021 fremgår bl.a.:

”Abena indrømmer i sin redegørelse, at der forud for tilbudsfristen har været et samarbejde mellem Abena og Aktum, og at dette samarbejde har bestået i, [ekstraheret]

...

Det fremgår af redegørelsen, at Abena har haft viden om, at Abenas priser var billigere end Aktum A/S’. Teoretisk kan det have påvirket Abenas egen prissætning i opadgående retning, men det kan ikke konstateres, at priserne er koordinerede. På et marked med så mange aktører er det usandsynligt, at kendskabet til Aktum A/S’ priser har haft en betydning for Abenas prissætning, således at prisen er blevet hævet til skade for Ordregiver, og samarbejdet har derfor ikke været egnet til at påvirke konkurrencen.

Det er en forudsætning for iværksættelse af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, at samarbejdet mellem Abena og Aktum

A/S har haft en konkurrencebegrænsende karakter. Ordregiver finder, samarbejdet mellem parterne har forøget konkurrencen til gavn for Ordregiver.

Det er desuden en betingelse for overtrædelse af konkurrencelovgivningen, at en konkurrencebegrænsende aftale er indgået mellem konkurrenter på et marked. Det er i den forbindelse tvivlsomt, om Abena og Aktum A/S i det konkrete udbud er at betragte som konkurrenter, idet det som følge af udbudsbetingelserne ikke er muligt for hver virksomhed at vinde begge delaftaler.

Det er Ordregivers vurdering, at der ikke foreligger forhold, som er omfattet af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. På den baggrund har Ordregiver besluttet, at Abena A/S ikke udelukkes.”

Region Hovedstaden har oplyst, at der er indgået delkontrakt med OneMed A/S, idet der ikke er klaget over tildelingen til denne aktør.

#### Parternes anbringender:

##### Ad ”fumus boni juris”

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

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

Særligt vedrørende påstand 1 har Eastwest gjort gældende, at Abena var omfattet af en udelukkelsesgrund på tildelingstidspunkt. Klagenævnet fandt i sin delkendelse af 29. september 2021, at der på tidspunktet for Region Hovedstadens første tildelingsbeslutning forelå tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at Abena havde indgået aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Abena er ikke i sin redegørelse af 14. oktober 2021 fremkommet med væsentlige nye oplysninger, der kan begrunde, at Region Hovedstaden ved den anden tildelingsbeslutning vurderede, at Abena aldrig havde været omfattet af § 137, stk. 1, nr. 4. På tidspunktet for Region Hovedstadens anden tildelingsbeslutning den 3. november 2022 var der således fortsat tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at Abena har indgået aftale med Aktum med henblik på konkurrencefordrejning.



At Aktums tilbud er bortfaldet, er irrelevant for vurderingen af, hvorvidt Abena har udvist konkurrencefordrejende adfærd i strid med § 137, stk. 1, nr. 4, og/eller § 2. Det er ikke en forudsætning for disse bestemmelsers anvendelse, at den konkurrencefordrejende aftale er opretholdt. Det er ifølge § 137, stk. 1, nr. 4, end ikke er en forudsætning, at den konkurrencefordrejende aftale er indgået i relation til pågældende udbud. Det er heller ikke en forudsætning, at der kan dokumenteres en konkret konkurrencefordrejning. Afgørende er alene, at en aftale er indgået henblik herpå.

Oplysningen om, at alene Abena kendte til Aktums prissætning og ikke omvendt, betyder ikke, at der ikke har været tale om koordinering af tilbud. For det første er dette udokumenteret. Abena og Aktums prissætning lå meget tæt og adskilte sig væsentligt fra de øvrige tilbudsgiveres prissætning. Derudover var øvrige dele af tilbuddene tydeligt koordinerede. Dette taler for, at parterne har udvekslet prisoplysninger. For det andet er det ikke en forudsætning for at aktivere § 137, stk. 1, nr. 4, at udveksling af oplysninger er gået begge veje. Såfremt alene Abena har været bekendt med Aktums prissætning, er der stadig tale om en ulovlig informationsudveksling som angiveligt har påvirket Abenas prissætning.

Klagenævnet har i sin delkendelse af 29. september 2021 konstateret, at der på tidspunktet for Region Hovedstadens første tildelingsbeslutning forelå tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at Abena havde indgået aftale med henblik på konkurrencefordrejning. Abena har ikke med sin redegørelse dokumenteret, at der ikke var indgået sådan aftale. Der er således ikke grundlag for at antage, at der på tidspunktet for Region Hovedstadens anden tildelingsbeslutning ikke længere forelå tilstrækkelige indikationer til at konkludere, at Abena var omfattet af § 137, stk. 1, nr. 4, og skulle udelukkes som følge heraf.

Eastwest har videre gjort gældende, at Abena fortsat er omfattet af en udelukkelsesgrund. Region Hovedstaden har ikke lagt vægt på de af Abena gennemførte self-cleaning foranstaltninger, idet Region Hovedstaden er nået til den vurdering, at Abena ikke havde udvist konkurrencefordrejende adfærd til at begynde med. Selv hvis Region Hovedstaden havde lagt vægt på de gennemførte foranstaltninger, har Eastwest gjort gældende, at Abena ikke kan gennemføre self-cleaning i relation til det omhandlede udbud. Abenas eksisterende tilbud, der har ligget til grund for Region Hovedstadens seneste

evaluering og tildelingsbeslutning, er allerede påvirket af den konkurrencefordrejende adfærd, som Abena har udvist, dvs. det afgivne tilbud er sandsynligvis blevet stillet bedre i konkurrencen, end hvis Abena ikke havde udvist konkurrencefordrejende adfærd. Dette kan ikke repareres ved en efterfølgende self-cleaning i selvsamme udbud. Konsekvensen af eventuel korrekt self-cleaning – som anerkendes af ordregivere i fremtidige udbud – vil således alene være, at Abena ikke er udelukket fra fremtidige udbud i 2 år, jf. udbudslovens § 138, stk. 7. Eastwest har subsidiært gjort gældende, at de af Abena gennemførte tiltag, der er beskrevet i Abenas dokumentation for pålidelighed, ikke udgør tilstrækkelige og nødvendige tiltag til at udgøre self-cleaning i overensstemmelse med udbudslovens § 138. Det, som fremgår af Abenas redegørelse, udgør hverken i sig selv eller tilsammen tilstrækkelige tiltag til at genoprette Abenas pålidelighed, jf. udbudslovens § 138, idet foranstaltningerne ikke har et reelt materielt indhold, der kan betrygge en ordregiver i, at en tilsvarende konkurrencefordrejende adfærd ikke gentages. For det første har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke truffet afgørelse i sagen, og det faktum, at der har været gennemført en kontrolundersøgelse, er alene en konsekvens af, at der har været indikationer på konkurrencefordrejning. For det andet fremgår det ikke, hvilke ”konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger” Abena har truffet. Det forekommer i øvrigt selvmodsigende, at Abena påstår aldrig at have været omfattet af udelukkelsesgrunden i § 137, stk. 1, nr. 4, men alligevel har forsøgt at gennemføre foranstaltninger for at modvirke ”lignende situationer” i fremtiden.

Særligt vedrørende påstand 2 har Eastwest gjort gældende, at den af Abena udviste konkurrencefordrejende adfærd udgør en selvstændig overtrædelse af udbudslovens § 2. Abena har indgået aftale med Aktum med henblik på konkurrencefordrejning, og Region Hovedstaden skulle som følge heraf have udelukket Abena fra udbuddet. Af klagenævnets delkendelse af 29. september 2021 i sagen anlagt af OneMed fremgår, at der utvivlsomt er sket en grad af samordning af Abenas og Aktums tilbud for så vidt angår kvalitet og initiallevering. Af Region Hovedstadens evalueringsrapport af 3. november 2021 fremgår, at Abena har haft viden om Aktums priser. Som anført af klagenævnet var Abena og Aktums antal af handsker i forhold til prisen væsentligt højere end den næstkommende tilbudsgivers, hvilket også resulterede i, at Abena og Aktum blev tildelt de to delkontrakter. Der er således intet grundlag for at antage, at Abena og Aktums tilbud ikke skulle være koordinerede, og at dette ikke skulle have forrykket konkurrencen. Abena og Aktum har

således samordnet deres tilbud for så vidt angår kvalitet og initiallevering, ligesom Abena har været bekendt med Aktums priser, hvorfor det har formodningen for sig, at parterne også har samordnet disse. Dette udgør åbenbart en aftale, der har haft til formål at fordreje konkurrencen. Samarbejdet har også været egnet til at fordreje konkurrencen.

Det bestrides, at samarbejdet mellem Abena og Aktum ikke har været konkurrencefordrejende allerede af den grund, at det har resulteret i, at Region Hovedstaden modtog flere og ikke færre tilbud. Antallet af tilbud er selvsagt ikke afgørende for, hvorvidt der foreligger konkurrencefordrejende adfærd, idet flere samordnede tilbud åbenbart er egnede til at fordreje konkurrencen. Endvidere vil samordning mellem to tilbudsgivere, hvor der alene skulle tildeles to kontrakter, betyde, at ingen andre end de tilbudsgivere, der har koordineret deres tilbud, vil få kontrakt. Der er formentlig tale om, at Abena forsøger at bruge Aktum til at holde andre konkurrenter ude.

Det bestrides desuden, at Abena og Aktum ikke skulle have været at betragte som konkurrenter under udbuddet, fordi de ikke hver især kunne få tildelt begge delaftaler. Abena og Aktum var selvsagt konkurrenter, da de hver især kunne have vundet én eller ingen delkontrakt, og da Region Hovedstaden i alt modtog ni konditionsmæssige tilbud.

Særligt vedrørende påstand 1 og 2 har Region Hovedstaden gjort gældende, at der hverken forelå en aftale eller plausible indikationer af en sådan karakter, at Region Hovedstaden ved at antage Abenas tilbud, har overskredet den brede skønsmargin, der tilkommer Region Hovedstaden ved vurderingen af, om udelukkelse skal finde sted i henhold til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Da Eastwest jf. påstand 2 har gjort gældende, at det er i strid med udbudsloven at tildele Abena kontrakt, fordi der forelå en aftale mellem Aktum og Abena med henblik på konkurrencefordrejning, skal klagenævnet for at imødekomme denne påstand ikke blot finde, at der forelå plausible indikationer, men det skal være bevist, at der forelå en sådan aftale. Konkurrencefordrejning foreligger, jf. princippet i konkurrencelovens § 6, hvis tilbudsgiverne har indgået en aftale, der har til formål eller til følge, at konkurrencen begrænses. Region Hovedstaden bestrider, at der på grundlag af de informationer, som Region Hovedstaden har indhentet i forbindelse med self-cleaning processen, og på grundlag af bortfaldet af Aktums' tilbud foreligger dokumentation for en sådan aftale eller for den sags skyld plausible indikationer på en sådan aftale.

Der forelå ikke en konkurrencebegrænsende aftale mellem tilbudsgiverne på tidspunktet for evaluering og tildeling af 3. november 2021, da Aktums tilbud på dette tidspunkt var bortfaldet. På dette tidspunkt forelå der således ikke nogen aftaler mellem Abena og nogen af de øvrige tilbudsgivere, som kunne påvirke konkurrencen. Allerede af denne grund kan påstanden ikke tages til følge. Såfremt klagenævnet finder, at indholdet af samarbejdet mellem Abena og Aktum fortsat er relevant for sagens afgørelse uanset Aktums udtræden, har Region Hovedstaden subsidiært gjort gældende, at der ikke har foreligget konkurrencefordrejende adfærd.

Overordnet set er det en forudsætning, at samarbejdet mellem Abena og Aktum havde en konkurrencebegrænsende karakter. Dette var ikke tilfældet. Tværtimod har samarbejdet øget konkurrencen til gavn for Region Hovedstaden, idet antallet af tilbud blev større. Havde Abena nægtet at levere handsker til Aktum til brug for afgivelse af tilbud under udbuddet, havde Abena derimod begrænset konkurrencen. Den grundlæggende betingelse om konkurrencebegrænsning er således ikke opfyldt. Dernæst er det en betingelse for, at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale, at denne er indgået mellem konkurrenter på et og samme marked. Abena og Aktum var i det konkrete udbud ikke at betragte som konkurrenter, idet det som følge af udbudsbetingelserne ikke var muligt for hver virksomhed at vinde begge delaftaler.

Såfremt klagenævnet finder, at der forelå et konkurrencebegrænsende samarbejde, har Region Hovedstaden mere subsidiært gjort gældende, at samarbejdet ikke har haft til formål eller til følge at hæmme konkurrencen. Som det fremgår af Abenas brev af 6. oktober 2021 og Region Hovedstadens evalueringsrapport af 3. november 2021, var situationen mellem Aktum og Abena, at der fandt et vist samarbejde sted mellem parterne i forbindelse med udbuddet. Samarbejdet bestod i, at Abena har bistået Aktum med angivelse af produktoplysninger i kravspecifikationen. Dette stod allerede klart i klagenævnets omtalte sag, der var anlagt af OneMed. Dette kan isoleret set ikke have haft til formål eller til følge at hæmme konkurrencen. At initialleverancerne i begge tilbud var de samme, og at disse var et evalueringsparameter, har ikke været udslagsgivende for tildelingen. Initialleveringen vægtede således alene 5 %, og grænsen for at få topkarakter for dette kriterium var sat så lavt, at 8 ud af 9 tilbudsgivere fik 100 point på dette kriterium.

Det bestrides ikke, at Abena havde viden om, at Abenas priser var lavere end Aktums priser. Derimod har Aktum ikke forud for tilbudsfristen kendt Abenas prissætning. De indiciemæssige overvejelser, som Eastwest har anført herom, kan ikke føre til, at Region Hovedstaden skulle tilsidesætte Abenas og Aktums samstemmende oplysninger herom. Region Hovedstaden har som følge af Abenas kendskab til Aktums prissætning iværksat indhentning af dokumentation for pålidelighed, jf. udbudslovens § 138. Gennemgangen af Abenas dokumentation viser, at de af klagenævnet fremhævede omstændigheder i delkendelsen af 29. september 2021 i den klagesag, som OneMed havde anlagt, ikke er udtryk for konkurrencebegrænsning, men konkret forklares af Abena ud fra forretningsforholdet som grossist i forhold til Aktum under udbuddet.

Der kan for det første ikke opstilles en formodning for, at der skulle være et særligt håndteringstillæg i prisen til Aktum. Abena har som producent tilbudt handskerne til Aktum til en af dem valgt pris alt inklusive, og uafhængigt heraf har Abena så prissat sit eget tilbud til et lavere beløb. Konsekvensen af klagenavnets formodningsregel ville være, at jo højere en pris, Abena havde krævet til sig selv – til skade for konkurrencen – jo mere ville formodningen afkræftes.

For det andet er spørgsmålet om, hvorvidt Abena og Aktum overtrådte udbudsbetingelsernes intention om kun at tildele en tilbudsgiver én delkontrakt, et udbudsretligt spørgsmål. Synspunktet er ikke længere aktuelt, eftersom Aktums tilbud er bortfaldet. Det forhold, at Abena til trods herfor har fastholdt sit tilbud, modsiger endvidere, at Abena ved samarbejdet med Aktum skulle have haft til hensigt at kunne give en bedre pris ud fra en volumenbetragtning.

Abena kendte således Aktums priser, mens det omvendte ikke var tilfældet. Allerede af denne grund forelå der ikke nogen koordinering af prissætningen mellem de to parter. Teoretisk set kunne Abena med dette kendskab have forhøjet sin egen prissætning. Det er dog usandsynligt. For det første lå Abenas pris ganske tæt på Aktums. Dernæst er det på et marked med så mange aktører usandsynligt, at kendskabet til Aktums priser har haft den betydning, at prisen skulle være blevet hævet til skade for Region Hovedstaden. Tilbuddet blev afgivet i et marked, der var karakteriseret ved, at der var mange – og mange utraditionelle – leverandører. Abena kunne således på ingen måde føle

sig sikker på at få tildelt en kontrakt, hvis man forhøjede prisen. Priskendskabet har således ikke været egnet til at påvirke konkurrencen.

Region Hovedstaden har sammenfattende gjort gældende, at der ikke foreligger dokumentation for, at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale. Skulle klagenævnet finde, at dette var tilfældet, har Region Hovedstaden gjort gældende, at Abena med de tiltag, som er beskrevet i redegørelsen i henhold til udbudslovens § 138, har rettet for sig i en sådan grad, at Abena må betragtes som pålidelig, også i relation til det aktuelle udbud. At Region Hovedstaden ikke, i forbindelse med evalueringen den 3. november 2021, har lagt vægt på de af Abena gennemførte self-cleaning foranstaltninger, udelukker ikke Region Hovedstaden fra i denne sag subsidiært at påberåbe sig disse foranstaltninger for det tilfælde, at klagenævnet ikke giver Regionen medhold i, at der ikke forelå konkurrencefordrejning.

Særligt vedrørende påstand 3 har Eastwest gjort gældende, at den ved påstand 1 konstaterede overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet er så væsentlig, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Særligt vedrørende påstand 3 har Region Hovedstaden gjort gældende, at der ikke foreligger nogen overtrædelser af udbudsloven, hvorfor denne påstand ikke kan tages til følge.

#### Ad uopsættelighed

Eastwest har gjort gældende, at klagenævnet som følge af overtrædelsens alvorlige karakter skal tillægge klagen opsættende virkning uden at stille særlige krav til uopsættelighed.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at Eastwest ikke har godtgjort, at virksomheden vil lide en alvorlig og uoprettelig skade, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. Eastwest har intet fremført til støtte for, at manglende opsættende virkning vil bevirke en alvorlig og uoprettelig skade for Eastwest. Klagenævnet kan således lægge til grund, at dette ikke er tilfældet. Med hensyn til styrken af fumus har Region Hovedstaden henvist til, at det allerede af klagenævnets kendelse af 29. september 2021 fremgår, at der ikke foreligger så alvorlig fumus, at Eastwest ikke skal bevise, at en manglende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at virksomheden vil lide en uoprettelig skade.

### Ad interesseafvejning

Eastwest har gjort gældende, at Region Hovedstaden ikke lider et tab eller en væsentlig ulempe ved den opsættende virkning, som overstiger hensynet til Eastwests interesse i det modsatte. Da Region Hovedstaden har tildelt én af to delkontrakter til OneMed, og da denne tildeling ikke er omfattet af nærværende klagesag, har Region Hovedstaden allerede indgået kontrakt til delvis opfyldelse af sine forpligtelser til at etablere et nødlager af handsker. Region Hovedstadens interesse i et indgå kontrakt med Abena kan – særligt som følge heraf og den deraf følgende ikke-kritiske betydning af den anden kontrakt – ikke anses for at overstige Eastwests interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at regionen har en klar interesse i at gennemføre indkøbet af handsker til EU-nødlageret. Region Hovedstaden har fået til opgave at etablere et EU-nødlager for katastrofemedicinsk udstyr. Nødlageret skal udgøre ekstra EU-kapaciteter i indsatsen mod COVID-19 pandemien. Lageret skal således kunne bistå EU-medlemsstaterne i tilfælde af svigtende forsyninger af værnemidler til de nationale lagre. I henhold til aftalen med EU-Kommissionen skal EU-nødlager være fuldt implementeret inden udgangen af 2021. Den her omhandlede klage gør, at denne tidsplan bliver særdeles vanskelig at overholde for de udbudte handskers vedkommende, såfremt klagen tillægges opsættende virkning. Udbudsprocessen er gennemført i overensstemmelse med udbudslovens regler herom, og Eastwests interesse i at få tildelt kontrakten overstiger ikke regionens interesse i at indgå kontrakt. Den udbudte anskaffelse er således helt central i forhold til de forpligtelser, der er aftalt med EU-Kommissionen vedrørende etablering af RescEU-nødlageret, mens kontrakten for Eastwest – i mangel af andre oplysninger – blot må opfattes som én leverance blandt mange. Der er således ikke et særligt tungtvejende hensyn at tage til Eastwest.

### 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. 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:

Betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*"):

Klagenævnets kendelse af 29. september 2021 angik det udbudsretlige spørgsmål, om Region Hovedstaden skulle have udelukket Abena og Aktum fra udbuddet, idet der forelå ”tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere”, at Abena og Aktum havde ”indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning”.

Klagenævnet fandt på det da foreløbigt foreliggende grundlag, at der ved tildelingsbeslutningen af 20. august 2021 forelå ”tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere”, at Abena og Aktum havde indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, jf. herved udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4.



For at kunne udelukke Abena og/eller Aktum fra udbuddet som følge af den ”tilstrækkelige plausible indikation”, jf. klagenævnets kendelse af 29. september 2021, ville Region Hovedstaden, jf. udbudslovens § 138, være forpligtet til først at give de pågældende en passende frist efter tilbudsfristens udløb til at fremlægge tilstrækkelig dokumentation for deres pålidelighed, og dernæst skulle en sådan dokumentation udeblive eller blive fundet utilstrækkelig. Fordi udbudslovens § 138 ikke var fulgt, anførte klagenævnet i kendelsen, at der var udsigt til at påstand 1 ”i dette omfang” ville blive taget til følge, og at der herefter ligeledes var udsigt til, at påstand 4 om annullation af tildelingsbeslutningen ville blive taget til følge.

Det følger af udbudslovens § 138, stk. 7, at ”tilbudsgivere, der kan dokumentere deres pålidelighed i henhold til stk. 1-3, kan ikke udelukkes”. Pålidelighed er, jf. stk. 3, tilstrækkelig dokumenteret, hvis tilbudsgiveren - hvis det konkret er relevant - (1) i fornødent omfang dokumenterer, at der er eller vil blive ydet erstatning for eventuelle tab som følge af handlinger omfattet af udelukkelsesgrundene, (2) i fornødent omfang gør rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne, og (3) træffer passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene.

Af forarbejderne til bestemmelsen, jf. LFF nr. 19 af 7. oktober 2015, fremgår bl.a.:

”Det beror på en konkret vurdering fra ordregiveren, om ansøgeren eller tilbudsgiveren på tilstrækkelig vis har dokumenteret dennes pålidelighed.

...

Ved vurderingen af ansøgerens eller tilbudsgiverens dokumentation af sin pålidelighed, skal ordregiveren foretage en konkret vurdering i hver enkelt sag, og i denne vurdering kan ordregiveren - ud over hensynet til karakteren af forseelserne og de trufne foranstaltninger - tillige inddrage hensynet til de konkrete forhold ved den omhandlede kontrakttildeling. Endvidere skal foranstaltningerne vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelsen af de relevante situationer omfattet af udelukkelsesgrundene.”

I forbindelse med Region Hovedstadens tildelingsbeslutning af 3. november 2021 var Aktum ikke længere tilbudsgiver. På dette tidspunkt havde regionen indhentet en redegørelse fra Abena i overensstemmelse med udbudslovens §

138. Det fremgår ikke af regionens evalueringsrapport af 3. november 2021, at regionen har foretaget en vurdering i overensstemmelse med udbudslovens § 138, herunder om regionen har fundet, at Abenas redegørelse indeholdt tilstrækkelig dokumentation for Abenas pålidelighed.

Klagenævnet finder på den baggrund, at der på det foreløbigt foreliggende grundlag, er udsigt til, at klagenævnet vil tage påstand 1 til følge, og at påstand 3 dermed også vil blive taget til følge.

Som fastslået i flere af klagenævnets tidligere kendelser, senest kendelse af 6. juli 2021, Szczesniak Special Vehicles Ltd. mod Aarhus Kommune, har klagenævnet ikke kompetence til at tage stilling til, om konkurrencelovgivningen er overtrådt, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, jf. § 1, stk. 2 og 3. Da klagenævnet således ikke har kompetence til at tage stilling til, om en konkurrencebegrænsende aftale rent faktisk er indgået, er der ikke på det foreliggende foreløbige grundlag udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

Betingelsen om ”fumus boni juris” er dermed opfyldt.

Betingelse nr. 2 (uopsættelighed):

Selvom der foreløbigt vurderet er udsigt til, at Eastwests påstand om annul-lation vil blive taget til følge, og betingelsen om ”fumus boni juris” dermed er opfyldt, finder klagenævnet, at Eastwest ikke efter de oplysninger, som foreligger på nuværende tidspunkt, har godtgjort, at der foreligger sådan særlig alvorlig ”fumus boni juris”, at Eastwest ikke skal bevise, at en manglende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at virksomheden vil lide en uoprettelig skade.

På det foreløbige grundlag finder klagenævnet, at Eastwest ikke har sandsynliggjort, at Eastwest, som har afgivet et konditions-mæssigt tilbud, vil lide en alvorlig uoprettelig skade, hvis klagenævnet ikke tager anmodningen om opsættende virkning til følge. Der er således ikke oplysninger, der sandsynliggør, at Eastwests eventuelle tab som følge af den påståede overtrædelse ikke vil kunne godtgøres ved en økonomisk erstatning. Det, der i øvrigt er anført, kan ikke føre til en anden vurdering.

Betingelsen om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt.

Betingelse nr. 2 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen  
specialkonsulent