

K E N D E L S E

Konsortiet Abena A/S og Coloplast Danmark A/S
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

mod

Esbjerg Kommune
Middelfart Kommune
Vejle Kommune
Herning Kommune
Fanø Kommune
Vejen Kommune
Varde Kommune
Billund Kommune
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Intervenient:
Kirstine Hardam A/S
(advokat Peter E. Stassen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 010-017717 af 10. januar 2022, offentliggjort den 14. januar 2022, udbød Esbjerg Kommune, Middelfart Kommune, Vejle Kommune, Herning Kommune, Fanø Kommune, Vejen Kommune, Varde Kommune og Billund Kommune (herefter ”kommunerne”) som offentligt udbud en rammeaftale om indkøb af stomiprodukter til borgere med bevilling efter servicelovens § 112 med direkte levering til borgeren.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at der på tidspunktet for udbuddet var tale om 1.691 bevillinger, og at omfanget af forbruget af produkter ville være afhængig af de til enhver tid udstedte bevillinger til borgere i henhold til servicelovens § 112. Det fremgår desuden, at borgerne som udgangspunkt ville have frit valg af leverandør, men at der på området var erfaring for, at borgerne anvendte kommunens leverandør. Der kunne derfor ikke garanteres en bestemt volumen på aftalen. Den anslåede værdi af rammeaftalen var anført til 116.016.644 mio. kr., og tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud i form af bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor pris vægtede 70 %, og kvalitet vægtede 30 %.

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud havde kommunerne modtaget tilbud fra Konsortiet Abena A/S og Coloplast Danmark A/S (herefter ”konsortiet”) og Kirstine Hardam A/S. Kommunerne besluttede den 8. marts 2022 at indgå kontrakt med Kirstine Hardam A/S.

Den 8. april 2022 indgav konsortiet klage til Klagenævnet for Udbud over kommunerne.

Konsortiet har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at kommunerne har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med § 128, stk. 2, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at oplyse de obligatoriske udelukkelsesgrunde og dokumentationskravene knyttet til udelukkelse og egnethed.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at kommunerne har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale at oplyse den maksimale værdi eller maksimale mængde af den udbudte rammeaftale.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at kommunerne har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i evalueringen af konsortiets tilbud i forhold til underkriteriet ”Kvalitet” at lægge vægt på forhold, som ikke fremgår af udbudsmaterialet.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at kommunerne har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i evalueringen af tilbuddene at kapitalisere ”fejl og mangler” i tilbudslisterne i strid med udbudsmaterialet.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at kommunerne har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at sikre, at udbudsmaterialets beskrivelse af krav til den udbudte anskaffelse er klar, nøjagtig og utvetydig.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere kommunernes tildelingsbeslutning af 8. marts 2022.

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

Klagenævnet har den 12. april 2022 meddelt kommunernes kontraktpart, Kirstine Hardam A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Kirstine Hardam A/S har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 20. april 2022 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at Kirstine Hardam A/S intervenserer i sagen til støtte for kommunerne.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen af 10. januar 2022 står bl.a. følgende:

”II.1.5) Anslået samlet værdi

Værdi eksklusive moms: 116 016 644.00 DKK

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Udbuddet vedrører indkøb af stomiprodukter til borgere med bevilling efter Servicelovens § 112 med direkte levering til borgeren. I øjeblikket er der tale om 1.691 bevillinger. Omfanget af

forbruget af produkter vil være afhængig af de til enhver tid udstedte bevillinger til borgere i henhold til Servicelovens § 112. Jf. Servicelovens § 112 har borgeren som udgangspunkt frit valg vedrørende leverandøren. Der er dog på dette område erfaring for, at borgeren anvender kommunens leverandør. Der kan derfor ikke garanteres en bestemt volumen på aftalen.

...

II.2.6) Anslået værdi

Værdi eksklusive moms: 116 016 644.00 DKK

...

Del III: Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger

III.1) Betingelser for deltagelse

III.1.2) Økonomisk og finansiel kapacitet

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskræverier:

Ordregiver vil alene indgå kontrakt med en leverandør, der besidder en tilstrækkelig økonomisk og finansiell formåen til at udføre opgaven.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

- Tilbudsgiver skal i de sidste to afsluttede regnskabsår have en positiv egenkapital.

III.1.3) Teknisk og faglig kapacitet

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskræverier:

Ordregiver vil alene indgå kontrakt med en leverandør, der besidder en tilstrækkelig teknisk og faglig formåen. Ordregiver stiller derfor krav om, at tilbudsgiver skal anføre mindst en reference.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Tilbudsgiver skal som minimum have 2 referencer, der opfylder nedenstående:

1. Referencerne skal være en kontrakt eller Rammeaftale, som er tilsvarende nærværende Rammeaftale i omfang

- Kontrakten er tilsvarende i omfang, hvis den har en værdi på mindst 4.000.000 kr. i omsætning om året pr. reference
- Rammeaftalen er tilsvarende i omfang, hvis hver reference på Rammeaftalen har en værdi på mindst 4.000.000 kr. i omsætning om året pr. reference

2. Referencerne skal være kontrakter eller Rammeaftaler, som vedrører levering af stomiprodukter eller et sammenligneligt §112 produktområde til en offentlig myndighed med levering direkte til borgers adresse. Med sammenligneligt §112- produktområde menes der et produktområde som indebærer levering direkte til borgere samt håndtering af bevillinger eksempelvis urologi, bleer etc.

3. Referencerne må ikke være ældre end 3 år, regnet fra afslutning af kontrakten og gældende fra dagen for aflevering af tilbud.

Referenceliste skal indeholde referencen, produktområde, kontaktperson (navn, tlf.nr. og e-mail), periode for udførelse af opgaven og omsætning på aftalen

...

Del VI: Supplerende oplysninger

...

VI.3) Yderligere oplysninger:

Dette udbud gennemføres af Esbjerg Kommune på vegne af 7 andre kommuner. De kommuner, der deltager i udbuddet, er angivet under pkt. I.1. De er alle at betragte som ordregivere, og de vil hver især indgå en selvstændig kontrakt med den vindende tilbudsgiver på baggrund af udbuddet. Ordregiver vil i dette udbud anvende alle de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137.

...”

I udbudsbetingelserne er bl.a. anført følgende:

”1 Indledning

Udbuddet vedrører indkøb af stomiprodukter til de 8 kommuner, som har forpligtet sig til at benytte den herved udbudte rammeaftale, jf. punkt 1.1 (herefter benævnt ordregiver).

Udbuddet gennemføres som et offentligt udbud, jf. Udbudsloven, lov nr. 1564 af 15/12/2015, hvilket betyder, at enhver kan afgive tilbud.

...

Aftale med vindende tilbudsgiver skal indgås på baggrund af den vedlagte rammeaftale.

...

2 Udbuddets omfang

...

2.2 Volumen og bevillinger

2.2 Volumen og bevillinger

Kommune:	Volumen pr. år (2020):	Bevillinger:
Billund	934.199 kr.	61
Esbjerg	7.667.796 kr.	424
Fanø	188.000 kr.	14
Herning	4.328.520 kr.	330
Middelfart	3.251.361 kr.	156
Varde	2.369.403 kr.	170
Vejen	2.863.626 kr.	171
Vejle	7.401.256 kr.	365

Forventet årlig volumen i alt:	29.004.161 kr.
--------------------------------	----------------

Ordregiver forventer ikke, at omsætningen på rammeaftalen vil overstige 140.000.000 kr.

...

2.4 Ordregivers pligt til at anvende den udbudte rammeaftale

Denne udbudte aftale er en rammeaftale i overensstemmelse med reglerne i udbudsloven.

Rammeaftalen medfører som udgangspunkt ikke pligt for ordregiver til at aftage en bestemt mængde af de produkter, der er omfattet af aftalen.

Den forventede omsætning på rammeaftalen er udregnet på baggrund af tidligere aktivitet/forbrug og forventede aktivitets-/forbrugsændringer med de forudsætninger, der kendtes på udbudstidspunktet. Den forventede omsætning er således ikke bindende for ordregiver. Tilsvarende gælder for mængder angivet i tilbudslisten.

Omfanget af forbruget af produkter vil være afhængig af de til enhver tid udstedte bevillinger til borgere i henhold til Servicelovens § 112.

Jf. Servicelovens § 112 har borgeren som udgangspunkt frit valg vedrørende leverandøren. Der er dog på dette område erfaring for, at borgeren anvender kommunens leverandør. Der kan derfor ikke garanteres en bestemt volumen på aftalen.

Det fremgår af rammeaftalens pkt. 4.1 i hvilket omfang ordregiver i øvrigt har pligt til at anvende rammeaftalen, når ordregiver har behov for at købe produkter, der er omfattet af rammeaftalen.

...

5 Udelukkelse og egnethed

Det fremgår af udbudsloven, at en ordregiver skal kræve, at en tilbudsgiver udfylder det fælles europæiske udbudsdokument, i daglig tale ESPD, i forbindelse med tilbudsafgivelse.

ESPD'et er tilbudsgivers "egen-erklæring", der fungerer som foreløbigt bevis for, at tilbudsgiver ikke er omfattet af de obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde samt opfylder egnethedskravene til udbuddet. Udelukkelsesgrundene fremgår af udbudsbekendtgørelsen og ESPD'et.

...

Opmærksomheden skal henledes på, at det til enhver tid er tilbudsgivers eget ansvar, at ESPD'et er udfyldt med de relevante oplysninger. Ordregiver forbeholder sig dog muligheden for at bringe reparationsreglen i § 159, stk. 5, i anvendelse, såfremt visse oplysninger mangler eller ikke er fyldestgørende.

5.1 Økonomisk og finansiel formåen

Tilbudsgiver skal opfylde følgende krav til økonomisk og finansiel formåen, jf. udbudslovens § 142:

- Tilbudsgiver skal i de sidste to afsluttede regnskabsår have en positiv egenkapital.

Tilbudsgiver skal afgive oplysning herom i ESPDs afsnit: "Udvælgelse".

5.2 Teknisk og/eller faglig formåen

Tilbudsgiver skal opfylde følgende krav til teknisk og faglig formåen, jf. udbudslovens § 143:

Tilbudsgiver skal som minimum have 2 referencer, der opfylder nedenstående:

1. Referencerne skal være en kontrakt eller Rammeaftale, som er tilsvarende nærværende Rammeaftale i omfang
 - Kontrakten er tilsvarende i omfang, hvis den har en værdi på mindst 4.000.000 kr. i omsætning om året pr. reference
 - Rammeaftalen er tilsvarende i omfang, hvis hver reference på Rammeaftalen har en værdi på mindst 4.000.000 kr. i omsætning om året pr. reference¹

2. Referencerne skal være kontrakter eller Rammeaftaler, som vedrører levering af stomiprodukter eller et sammenligneligt §112 produktområde til en offentlig myndighed med levering direkte til borgers adresse. Med sammenlignelig §112- produktområde menes der et produktområde som indebærer levering direkte til borgere samt håndtering af bevillinger eksempelvis urologi, bleer ect.
3. Referencerne må ikke være ældre end 3 år, regnet fra afslutning af kontrakten og gældende fra dagen for aflevering af tilbud.

Referenceliste skal indeholde referencen, produktområde, kontaktperson (navn, tlf.nr. og e-mail), periode for udførelse af opgaven og omsætning på aftalen.

Tilbudsgiver skal afgive oplysning herom i ESPDs afsnit: "Udvælgelse".

5.3 Dokumentation for udelukkelse og egnethed (ESPD)

Før beslutning om tildeling af rammeaftalen skal den tilbudsgiver, som tiltænkes tildeling af rammeaftalen, fremsende dokumentation for de oplysninger, der er afgivet i ESPD'et inden for en passende tidsfrist.

I nærværende udbud vil følgende dokumentation være tilstrækkelig som dokumentation:

- Serviceattest, som på tidspunktet for indlevering ikke er ældre end 6 måneder
 - Såfremt den vindende tilbudsgiver er en udenlandsk virksomhed, skal denne fremlægge tilsvarende dokumentation i den version og/eller fra de myndigheder, som er relevante i den vindende tilbudsgivers hjemland. En filial af en udenlandsk virksomhed betragtes som en udenlandsk virksomhed.
- Regnskaber for de seneste to afsluttede regnskabsår
- Hvis tilbudsgiver baserer sig på andre virksomheders kapacitet jf. pkt. 5.5 Støtteerklæring underskrevet af støttende enheder

Referencelisten fra ESPD'et betragtes som endelig dokumentation, jf. udbudslovens § 155, nr. 2.

Ordregiver vil give en passende frist for fremsendelsen. I det tilfælde, hvor tilbudsgiver allerede har denne dokumentation, må det gerne sendes med allerede ved tilbudsafgivelse, men dette er ikke et krav.

...

6 Tilbuddets indhold

...

6.4 Forbehold

Tilbudsgiver bør nøje overveje, om tilbuddet skal indeholde forbehold til udbudsmaterialet, idet ethvert forbehold medfører, at ordregiver er berettiget til at afvise tilbuddet. Faglige forbehold, såsom branchens standardforbehold, vil blive behandlet som ethvert andet forbehold.

Ordregiver er forpligtet til at afvise tilbud, der indeholder forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet samt forbehold, hvis økonomiske værdi ikke på sikker og saglig vis kan prissættes.

Ordregiver forbeholder sig ret til efterfølgende at indhente produktdatablade, vareprøver og/eller øvrig dokumentation på tilbudte produkter for kontrol af opfyldelse af krav.

Fejl og manglende udfyldte linjer

Tilbudsgiver må samlet set maksimalt have 15 positionsnumre tilsammen i Tilbudslisten og Varelisten med fejl, mangler eller som ikke er udfyldt, for at tilbuddet fortsat er konditionsmæssigt. Hvis en Tilbudsgiver har fejl på samme positionsnummer i både Tilbudslisten og Varelisten, vil dette tælle som én fejl eller mangel.

En fejl eller mangel skal forstås på den måde, at der er tilbudt en ikke konditionsmæssig vare, at ordregiver ikke kan identificere, hvilket produkt som er tilbudt, at der ikke er tilbudt tilstrækkeligt med varenumre til at kunne opfylde kravene på positionsnummeret, at der er budt ind med samme produkt på flere varelinjer, obligatorisk felt som ikke er udfyldt mv.

Positionsnumre med fejl eller mangler eller som ikke er udfyldt vil blive kapitaliseret.

Udbyder vil til kapitaliseringen af de ikke udfyldte positionsnumre samt varelinjer med fejl eller mangler tage udgangspunkt i den dyreste pris blandt de indkomne tilbud for det pågældende positionsnummer og tillægge denne pris 25 % af prisen ekskl. moms. Det herefter fremkomne beløb vil for det pågældende positionsnummer være prisen for positionsnummeret, som indgår i tilbudsevalueringen på lige fod med de i øvrigt udfyldte varelinjer.

Eksempel:

Der efterspørges et produkt, hvor én tilbudsgiver har tilbudt det rette produkt, som overholder kravene for positionsnummeret, men har kun anført

3 størrelser, hvilket ikke er nok til at opfylde kravene på positionsnummeret.

Det pågældende positionsnummer er derfor mangelfuldt udfyldt, hvorfor positionsnummeret vil blive kapitaliseret.

Har ingen leverandører budt ind med en konditionsmæssig pris/produkt på et positionsnummer, vil varelinjen udgå i sin helhed fra evalueringen og samtidig ikke tælle med i de positionsnumre, hvor der må være fejl eller mangler.

I det tilfælde, at der bydes ind med sammen varenr./produkt på flere linjer i tilbudslisten eller varelisten, vil dette varenr./produkt kun indgå i evalueringen én gang. Én gang vil i dette udbud være linjen med det laveste grp. Nr./ Pos. Nr. hvor varenr./produktet vil indgå, hvorefter varenr./produktet på efterfølgende højere grp. Nr./ Pos. Nr. vil blive anset som værende mangelfuld.

Eksempel:

Hvis produkt X, både fremgår af pos. Nr. 7.1.01 og 7.1.24, vil produktet indgå som en del af tilbuddet på pos. Nr. 7.1.01, hvorimod pos. Nr. 7.1.24 vil være mangelfuld.

...

8 Tildelingskriterium og underkriterier

Rammeaftale vil blive tildelt den tilbudsgiver, der afgiver det økonomisk mest fordelagtige tilbud i form af bedste forhold mellem pris og kvalitet. Der anvendes følgende underkriterier:

Underkriterier	Vægtning
Pris	70 %
Kvalitet <ul style="list-style-type: none"> • Webbaseret bevillings-/bestillings-system 	30 %

8.1 Pris

...

8.2 Kvalitet

I underkriteriet kvalitet ordregiver vil foretage en skønsmæssig vurdering af tilbudsgivers bevillingssystem. Her vil nedenstående punkter vægte positivt på evalueringsresultatet.

Ved vurderingen af systemets brugervenlighed vurderes det blandt andet positivt at systemet er intuitivt, overskueligt, hurtigt og let at navigere i. Der vil blive vurderet på hvor mange klik der skal anvendes ved oprettelse af en bevilling, ændring af en bevilling samt produktsøgning via varenummer og produktnavn. Det vægtes positivt, at det er muligt at søge på helt/delvist produktnavne, opstilling af alle bevillinger på det enkelte produkt (dvs. borgere med samme produkt) samt mulighed for bevillingsansvarlig at se aftaleprisen på produktet og om et produkt er en aftalevare.

Ordregiver vil ligeledes foretage en skønsmæssig vurdering af tilbudsgivers bestillingssystem. Her vil nedenstående punkter vægte positivt på evalueringsresultatet.

Ved vurdering af systemets brugervenlighed vurderes det blandt andet positivt at systemet er intuitivt, overskueligt, hurtigt og let kan anvendes af mange forskellige typer borgere med forskellige grader af it-færdigheder, om der skal anvendes mange klik for at anvende/komme frem til de ønskede funktioner/oplysninger, brugen af tegn og symboler, om systemet virker overskueligt (er de vigtigste elementer synlige), hvordan siderne er indrettet, om det er nemt at navigere rundt i systemet, faner, genveje mv.

Til test af bevillings- og bestillingssystem skal ordregiver selv have adgang til systemerne. Tilbudsgiver skal oprette (test)login og begge systemer skal indeholde testdata – der må gerne være tale om fiktive data.

Nedenstående pointskala anvendes til evaluering af underkriteriet kvalitet.

Point	Beskrivelse
4	Dårlig opfyldelse af kriteriet (men konditionsmæssigt tilbud)
3	Mindre tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet
2	Middel/Tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet
1	God/Mere tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet
0	Bedst mulig opfyldelse af kriteriet

Der kan gives 0 til 4 point. Ved maksimumscore på alle evalueringspunkter kan der opnås en samlet score på 0.

Ordregiver vurderer udelukkende tilbuddene på baggrund af de oplysninger, der fremgår af det fremsendte tilbud inkl. bilag samt på baggrund af den foretagne test af bevillings- og bestillingssystem. Det er således tilbudsgivers ansvar at sikre, at alt der ønskes inddraget i ordregivers evaluering, fremgår af tilbuddet.

8.3 Evalueringsmodel

Tilbud vurderes på baggrund af tildelingskriteriet bedst forhold mellem pris og kvalitet med tilhørende underkriterier og vægtninger.

Ordregiver anvender følgende evalueringsmodel. Se eksempel herpå i bilag 7 – Prismodel.

Den samlede tilbudssum vil indgå i en prismodel, hvor et omregningsbeløb anvendes til at omregne kvalitet til pris. Omregningsbeløbet beregnes som gennemsnit af ”Samlede tilbudssum” divideret med det højeste mulige antal point på pointskalaen – i dette tilfælde 4.

Dernæst omregnes opnået kvalitetspoint til pris (pointbeløb) ved at multiplicere tilbudsgivernes opnåede antal point på underkriteriet kvalitet med omregningsbeløbet.

Til sidst lægges værdien for kvalitet og tilbudssummen (vægtet jf. tildelingskriteriet) sammen. Den laveste værdi er det tilbud, som har det bedste forhold mellem pris og kvalitet.”

Følgende fremgår af udbudsmaterialets bilag 3, Kravspecifikation:

”...

2. Bestilling og levering	
2.1	Bestilling sker på baggrund af en udstedt bevilling fra ordregiver, da ordregiver har bevillingskompetencen. Leverandøren har ingen indflydelse på, hvilke produkter samt antal ordregiver vælger at visitere til. Der må kun udleveres de i bevillingen angivne produkter. Ved behov for ændring af bevilling, skal leverandøren henvise borgeren til bevillingsmyndigheden ved den aktuelle kommune. Ændringer i bevillingen sker af ordregiver, i samråd med borgeren. Ved ændring vil borger og leverandør modtage en ny bevilling.
2.2	Udformningen af og detaljeniveauet på bevillingerne vil være forskellige fra kommune til kommune. Leverandøren skal kunne håndtere disse forskelligheder. Det forventes at leverandøren ved aftale start holder opstartsmøde med hver enkelt kommune og her aftaler de nærmere detaljer.

2.3	<p>Leveringsbetingelserne er ”frit leveret” direkte til den enkelte bevil- lingshavers adresse - både i eget hjem og på midlertidig opholds- adresse (indenfor DK). Der skal efter aftale med ordregiver være mu- lighed for levering til bevillingshavers arbejdsplads.</p> <p>Levering skal ske maksimalt 3 hverdage efter afgivet bestilling - man- dag til fredag. Bestillingen skal på ordredagen være afgivet inden kl. 12.00.</p>
2.4	<p>Leverandøren må maksimalt levere produkter svarende til 3 måneders forbrug pr. leverance. Dog undtaget, hvis ordregiver har lavet en spe- cialaftale ang. en given borger.</p> <p>For nye visiterede borgere må der kun udleveres til 1 måneds forbrug i første leverance. Dog undtaget, hvis ordregiver har lavet en specialaf- tale ang. en given borger.</p>
2.5	<p>Leveres der produkter svarende til 3 måneders forbrug, må dette ikke ske hyppigere end hver 3. måned.</p> <p>Såfremt en borger ønsker at bestille mere end det tilladte, skal leverandøren enten henvise borgeren til at kontakte ordregivers bevillingsansvarlig eller selv kontakte ordregiver.</p>
2.6	<p>Sammen med den første leverance til borgere med § 112-bevilling vedlægges bestillingsseddel med frankeret svarkuvert. Herefter tager den enkelte borger individuel stilling til, hvilken bestillingsform der ønskes anvendt.</p>
2.7	<p>Tilbudsgiver garanterer, at de leverede produkter er i overensstem- melse med de tilbudte, er uden fejl og mangler samt lever op til gæl- dende standarder.</p>
3. Bevillingssystem – webløsning	
3.1	<p>Leverandøren skal stille et webbaseret system til rådighed for borgeren samt ordregiver. Systemet skal kunne tilgås af ordregiver i forbindelse med oprettelse, redigering, bestilling og afslutning af bevillinger. Det skal være muligt med forskellige adgangstyper, herunder bl.a. super- bruger, lokalansvarlige, læserettighed og borger.</p> <p>Kravet må gerne opfyldes via et bevillingssystem til ordregivers med- arbejdere samt for borgerne et log-in til leverandørens hjemmeside.</p>
3.2	<p>Ved opstart af rammeaftale skal alle produkt serier være tilgængelig via det webbaserede system.</p>
3.3	<p>Det webbaserede system skal have en brugergrænseflade, der er let at anvende. Det vil sige, at den enkelte bruger efter introduktion/oplæ- ring til systemet, kan benytte alle dele af systemet uden anden in- struktion.</p>
3.4	<p>Log-in for borgeren skal være muligt på forsiden af leverandørens hjemmeside hvorefter der er et overblik over bevilliget produkter.</p>

3.5	<p>Systemet skal som minimum kunne håndtere følgende:</p> <ul style="list-style-type: none"> • bevillingsoversigter pr. borger • forbrugsoplysninger pr. borger • kataloger med alle produkter i sortiment, som kan tilføjes eksisterende bevilling • søgefunktion indenfor enten leverandør og/eller producent varenr., på helt eller delvist navn, produktgruppe samt ref.nr. • produktbeskrivelse med information specifikt om hvert enkelt produkt. Hvis hele serien ikke fremgår af produktbeskrivelsen, skal der være produktdatablad hvor hele serien så fremgår. • synlig bestillingsdato. • telefoniske bestillinger skal registreres i borgerens bevillingsoversigt. • log-funktion med ordrehistorik – hvem har bestilt hvad, hvornår.
3.6	<p>Leverandøren skal afholde undervisning for ordregivers medarbejdere i anvendelsen af e-bevillingssystem. Dette skal foregå hos ordregiver og for leverandørens regning ved kontraktstart. Leverandøren skal have udarbejdet en vejledning til ordregivers medarbejdere, der bl.a. kan udleveres i forbindelse med undervisningen.</p> <p>Leverandøren skal ligeledes have udarbejdet en vejledning i onlinebestilling til borgerne, som skal sendes ud til borgeren ved første kontakt mellem leverandør og borger efter aftalens opstart. Vejledningen skal være udfærdiget med hensyntagen til borgere med synsnedsættelse.</p>
3.7	<p>Ved ændringer i bevillingssystem skal leverandøren orientere ordregiver herom og om nødvendigt afholde fornyet undervisning for ordregivers medarbejdere.</p>
3.8	<p>Leverandøren skal efter anmodning fra ordregiver oprette/ændre bevillinger for ordregiver i bevillingssystemet.</p>
	<p>Ny eller ændret bevilling skal være synlig i systemet max. 1 dage efter oprettelse i systemet.</p>
3.9	<p>Det elektroniske bevillingssystem skal indeholde funktioner til håndtering af bevillinger, herunder mulighed for at indsætte en bevillingsregel så bevillingsmyndighed kontaktes hvis forbrug er meget højt. Herudover skal det være muligt at kommunikere mellem bevillingsmyndighed og leverandør i systemet.</p>
4. Service	
4.1	<p>Det skal være muligt for leverandøren at sende og modtage sikker e-post, eksempelvis i forbindelse med meddelelser, der indeholder fortrolige oplysninger. Sikker e-post indebærer, at meddelelsen er krypteret, så andre ikke kan læse den samt meddelelsen er signeret, så modtager har sikkerhed, som svarer til en juridisk underskrift.</p>

4.2	<p>Til kommunens faglige personale forpligter leverandøren sig til at:</p> <ul style="list-style-type: none"> • yde sygeplejefaglig konsulentbistand til kommunernes ansatte i form af telefonisk og personlig rådgivning i stomiprodukter samt vejledning i brugen af disse. Konsulenten/konsulenterne skal have specialviden inden for stomiprodukter og være sundhedsfagligt uddannet. • Konsulenten/konsulenterne skal have kendskab til de i aftalen omfattede produkter og deres sammensætning. • afsætte fornødne konsulentressourcer til at afdække behovet for konsulentbistand iht. nærværende udbud. • tilbyde tæt samarbejde mellem leverandørens konsulenter og kommunens faglige personale ved udredning/vurdering af behov. • holde de konsulenter som bliver tilknyttet aftalen fagligt ajourført med den sidste viden på stomiområdet i Danmark • konsulenten skal vejlede neutralt i forhold til produkter på markedet. • konsulenten skal max 2 gange årligt deltage i informations-/statusmøder, hvor følgende bl.a. gennemgås: <ul style="list-style-type: none"> • forbrug / overforbrug • produktkendskab • udvikling • fremtidige fokusområder. <p>Indhold af statusmøde aftales mellem ordregiver og leverandøren.</p>
4.3	<p>Over for borgere forpligter leverandøren sig til at:</p> <ul style="list-style-type: none"> • yde sygeplejefaglig konsulentbistand, hvis en borger henvender sig for at få rådgivning i brugen af stomiprodukter. • for al henvendelse gælder - uanset om der foreligger en bevilling eller ej – at henvendelsen ikke må blive afvist. Foreligger der ikke umiddelbart en bevilling - forpligter leverandøren sig til at henvise borger til kommunes bevillingsansvarlige.
4.4	<p>Der skal i <u>sjældne tilfælde</u> være mulighed for, at borgere kan få besøg af leverandørens konsulent i borgers eget hjem. I sådanne tilfælde må der maks. gå 10 arbejdsdage fra aftale til besøg. Hjemmebesøg må alene finde sted efter aftale med ordregiver.</p>
...	

”

I udbudsmaterialets bilag 4, Tilbudsliste, står bl.a. følgende:

”

Udfyldelse af Tilbudsliste og Bilag 4.1 Vareliste
1. Tilbudsgiver skal udfylde én tilbudsliste samt én vareliste som fremgår af bilag 4.1.

2. Et varenummer/produkt må alene tilbydes én gang, dette gælder også evt. parallelimporterede varer
3. Tilbudsgiver skal udfylde alle gule felter i tilbudslisten.
4. Tilbudte serier skal indeholde alle farver og klar plast til samme tilbudte enhedspris for varelinjen.
5. Tilbudte serier skal indeholde alle størrelser (koblingsstørrelser, rumindhold) til samme tilbudte enhedspris for varelinjen.
6. Der skal tilbydes samme serie på én positionsnummer med undtagelse af positionsnumre, hvor der ved kryds-markering [x] må tilbydes mere end én serie til at opfylde positionsnummerets produktkrav. Hvis der tilbydes mere end én serie på disse positionsnumre, udfyldes felterne med informationerne på de serier som tilbydes adskilt af semikolon (;)
7. Der skal i producentvarenr. kun skrives ét varenummer. Samtlige varenumre, som tilbydes på et positionsnummer indsættes i bilag 4.1, som en komplet vareliste
8. Prisen skal angives pr. stk. dvs. ikke i sæt eller æske
9. Afvigelser fra ovenstående behandles i henhold til udbudsbetingelsernes afsnit 6.4
10. Tilbudsgiver må ikke ændre i arkenes opsætning

”

Af tilbudslisten fremgår det for så vidt angår 1-dels, lukket poser, at der ved markering med kryds (x) på det pågældende positionsnummer må tilbydes mere end én serie til at opfylde varelinjens produktkrav.

Af udkastet til rammeaftale fremgår bl.a. følgende:

”4 Rammeaftalens omfang

4.1 Omfang

Rammeaftalen vedrører indkøb af stomiprodukter til borgere med bevilling efter Servicelovens § 112 med direkte levering til borgeren.

Produkterne er nærmere beskrevet i bilag 3 – Kravspecifikation og bilag 4 – Tilbudsliste. De forbrugsmængder, der er oplyst i forbindelse med udbuddet, er alene vejledende.

Denne aftale er en rammeaftale i overensstemmelse med reglerne i udbudsloven. Rammeaftalen medfører som udgangspunkt ikke pligt for ordregiver til at aftage en bestemt mængde af de produkter, der er omfattet af aftalen. Ordregiver forpligter sig således ikke udover sit faktiske behov.

Omfanget af forbruget af produkter vil være afhængig af de til enhver tid udstedte bevillinger til borgere i henhold til Servicelovens § 112.

Jf. Servicelovens § 112 har borgeren som udgangspunkt frit valg vedrørende leverandøren. De borgere, der anvender produkterne, kan vælge en anden leverandør end leverandøren efter denne rammeaftale, og leverandøren er derfor ikke garanteret omsætning efter denne aftale. Ikke tilskudsberettigede produkter kan frit leveres efter aftale med borgeren og for dennes regning.

Borgeren har i henhold til sit frie valg også til enhver tid mulighed for at vælge et dyrere produkt end det, ordregiver bevilger som værende det bedst egnede og billigste. Benyttes det frie valg kan ordregiver højst yde støtte med prisen på bedst egnede og billigste hjælpemiddel, svarende til aftalepris på det bevilgede produkt, såfremt borgerens behov kan dækkes af et aftaleprodukt. Der vil aldrig kunne ydes større tilskud end produktets faktiske pris hos anden leverandør.”

Der blev under udbudsprocessen stillet spørgsmål til udbudsmaterialet, herunder til tilbudslisten og varianterne af de tilbudte serier. Af svaret på spørgsmål 115 fremgår det, at alle varianterne i serierne skal tilbydes. Der blev også stillet et spørgsmål (spørgsmål 4) til det maksimale forbrug på rammeaftalen. Kommunerne svarede:

”I udbudsbetingelserne er der følgende blevet tilføjet ”Ordregiver forventer ikke, at omsætningen på rammeaftalen vil overstige 140.000.000 kr.” under 2.2 Volumen og bevillinger. Version 2 af udbudsmateriale Stomi er offentliggjort.”

Af kommunernes evalueringsrapport af 8. marts 2022 fremgår bl.a. følgende:

”Pris

I henhold til udbudsbetingelsernes afsnit 6.4 Forbehold vil de positioner hvor der er fejl og mangler blive kapitaliseret.

Følgende positioner er blevet kapitaliseret i tilbuddet fra Konsortiet Abena og Coloplast:

...

- Position 4.4.01

Her henvises til spørgsmål/svar nr. 115. Svaret på spørgsmålet knytter sig direkte til farven på posen og her skal alle varianter tilbydes. Der er ikke tilbudt tilstrækkeligt med varenumre til at kunne opfylde kravene på positionsnummeret.

Følgende produkter er blevet kapitaliseret i tilbuddet fra Kristine Hardam A/S:

...

- Position 4.4.01

Her henvises til spørgsmål/svar nr. 115. Svaret på spørgsmålet knytter sig direkte til farven på posen og her skal alle varianter tilbydes. Der er ikke tilbudt tilstrækkeligt med varenumre til at kunne opfylde kravene på positionsnummeret.

...

Kvalitet

...

I det følgende er kvalitetsevaluering for Konsortiet Abena og Coloplast samt Kristine Hardam A/S oplyst:

Vurdering af bevillingssystem:
Er systemet intuitivt, overskueligt, hurtigt og let at navigere i?

Konsortiet Abena og Coloplast (karakter 2)
Nemt at få adgang til systemet. Der skal lige bruges lidt tid på et overblik, så den er ikke helt i toppen mht. intuition. Forholdsvis overskueligt når det er på plads - der mangler en kategorisering af en slags. Ville gerne have en inddeling af stomivarianter i produktmenuen fx at stomi-delen folder sig ud i 2-dels og 1-dels osv. Kataloget er uoverskueligt - intet system i det og det er svært at sammenligne produkter. Brugbar log. Siden er lidt kedelig/går ud i et.

...

Vurdering af bevillingssystem:
Brugervenlighed og antal klik ved oprettelse af en bevilling, ændring af en bevilling samt produktsøgning via varenummer og produktnavn.

Konsortiet Abena og Coloplast (karakter 3)

Det er nemt at oprette en bevilling og det er fint at siden ikke accepterer ugyldig CPR-nr. Det er svært at søge produkter frem med varenummer - der er ingen hjælp. Det er der dog når man skriver/søger på varenavnet.

Der er en god varebeskrivelse og billeder på nogle af produkter. Der er dog også forholdsvis mange produkter hvor der næsten ingen varebeskrivelse er og intet billede. Det er lidt upraktisk at det er bleer der er angivet som udgangspunkt når der oprettes en bevilling. Det burde ikke være muligt at søge stomiprodukter under blekategorien.

Der mangler uge og år i fold-up når perioder skal angives i bevillingen. Det trækker meget ned, at der ikke kan redigeres i en bevilling, da den først skal låses op - det tager unødvendig meget tid og det er besværligt at man skal huske det til et senere tidspunkt.

Notat til kundeservice fungerer godt.

Kunne være smart hvis CPR-nr. kunne autoudfylde oplysninger i bevillingsdelen.

Det er meget nemt at bestille produkter til en borger under dennes bevilling (få klik). Der mangler dog en log/oversigt over hvad borgeren tidligere har bestilt

...

Vurdering af bestillingssystem:

Er systemet intuitivt, overskueligt, hurtigt og let at navigere i?

Konsortiet Abena og Coloplast (karakter 1)

Det er meget nemt at se hvor der skal logges ind og der kan logges ind med NemId, hvilket fungerer godt.

Det er en meget overskuelig side.

Der er ingen støj på siden - meget brugervenlig, men den kunne godt se lidt smartere ud i design. Virker ikke indbydende.

...

Vurdering af bestillingssystem:

Virker systemet overskueligt (er de vigtigste elementer synlige), hvordan er siderne indrettet, om det er nemt at navigere rundt i systemet, faner, genveje mv.?

Konsortiet Abena og Coloplast (karakter 3)

Det er en meget sparsommelig side og dermed let at overskue.

Der mangler et sted hvor man kan logge ud igen. Det er en udfordring hvis man er to stomibrugere og man skal ind på forskellige bevillinger.

Der er ikke angivet kontaktoplysninger på siden.

Det trækker ned at der ikke kan købes andet ud over ens bevilling. Det er ærgerligt, da der ofte bliver købt andet som skal leveres sammen med bevillingen.

...”

Den 11. marts 2022 anmodede konsortiet om aktindsigt i Kirstine Hardam A/S’ tilbudsliste uden delpriser, Kirstine Hardam A/S’ vareliste og i det fulde evalueringsnotat om den kvalitative evaluering af konsortiets bevillingssystem. Den 16. marts 2022 meddelte kommunerne delvist aktindsigt i dokumenterne.

Den 18. marts 2022 har konsortiet henvendt sig til kommunerne med indsigelser. Af henvendelsen fremgår bl.a. følgende:

”Tilbudslisten og kapitalisering

Vi har kunnet konstatere, at Ordregiver har kapitaliseret varelinjer i strid med egne angivne retningslinjer, idet Ordregiver i Udbudsbetingelsernes punkt 12 tilkendegiver, at såfremt alle tilbud er behæftet med den samme fejl, vil disse positioner udgå i sin helhed og ikke tælle med.

Det undrer os derfor, at position 4.4.01 er blevet kapitaliseret hos både Konsortiet, såvel som Kirstine Hardam. Denne kapitalisering er efter Konsortiets opfattelse en klar fejl og i strid med udbudsbetingelserne, som betyder, at den samlede vægtede tilbudssum er forkert.

...

Ordregiver tilkendegiver i spørgsmål 115, at såfremt der bydes ind med serier, skal der bydes ind med den komplette serie. Denne argumentation har Ordregiver selv anvendt over for Konsortiet ifm. kapitaliseringen af positioner (kapitaliseringer som vi jf. ovenstående mener er uberettigede). Vi er bekendt med, at det i Bilag 4 – Tilbudsliste, fanen 1-dels system – er angivet, at der må bydes ind med blandede serier, men vi må her gøre opmærksom på, at Ordregiver i spørgsmål/svar selv har anført, at der skal bydes med komplette serier. Det er således Konsortiets konklusion, at såfremt der bydes ind med blandede serier, skal dette fortsat være komplette serier, altså 2 eller flere komplette serier.

Vi gør Ordregiver opmærksom på, at De har afholdt Konsortiet fra at foretage en rimelig kontrol af tilbudslisten, hvorfor vi på det kraftigste må henstille til at Ordregiver på egen hånd foretager en kontrol af ovenstående forhold. Vi har en formodning om, at Kirstine Hardam ikke er blevet kapitaliseret på eventuelle positioner, hvor de har budt ind med blandede serier.

Det er således Konsortiets klare overbevisning, at Ordregiver har handlet i strid med den offentliggjorte evalueringsmetode, såfremt Ordregiver ikke har handlet i overensstemmelse med den proces, som Ordregiver selv har angivet.

Der er dog via aktindsigt i Bilag 4.1 mulighed for at identificere antallet af varenumre, som Kirstine Hardam har tilbudt på de enkelte positioner, samt producent.

Konsortiet har gennemgået positionerne og har følgende bemærkninger:

Position 1.2.10

Kirstine Hardam har tilbudt 9 varenumre, Konsortiet 10. Konsortiet har tilbudt produktserien ”SenSura Mio Flex 2-dels Kolo”, producent Coloplast. Det drejer sig om en position, hvor det har været muligt at tilbyde filter 430 eller filter 500 produktserier. Filter 500 produktserien sælges i Danmark af Coloplast Danmark A/S og er den, Konsortiet har tilbudt. Filter 430 produktserien sælges i nogle europæiske lande. Coloplast har skriftligt bekræftet følgende:

- SenSura Mio Flex 2-dels Kolo, filter 500, indeholder 10 varenumre
- SenSura Mio Flex 2-dels Kolo, filter 430, indeholder 10 varenumre

Hvis Kirstine Hardam har tilbudt produktserien ”SenSura Mio Flex 2-dels Kolo” med 9 varenumre, er det dermed en fejl som skal kapitaliseres. Dokumentation fra Coloplast er vedlagt denne skrivelse.

Position 1.2.16

Kirstine Hardam har tilbudt 12 varenumre, Konsortiet 16. Konsortiet har tilbudt produktserien ”SenSura Mio Click 2-dels ileo”, producent Coloplast. Det drejer sig om en position, hvor det har været muligt at tilbyde filter 430 eller filter 500 produktserier. Filter 500 produktserien sælges i Danmark af Coloplast Danmark A/S og er den, Konsortiet har tilbudt. Filter 430 produktserien sælges i nogle europæiske lande. Coloplast har skriftligt bekræftet følgende:

- SenSura Mio Click 2-dels ileo, filter 500, indeholder 16 varenumre.
- SenSura Mio Click 2-dels ileo, filter 430 indeholder 15 varenumre

Hvis Kirstine Hardam har tilbudt produktserien ”SenSura Mio Click 2-dels ileo” med 12 varenumre, er det dermed en fejl som skal kapitaliseres. Dokumentation fra Coloplast er vedlagt denne skrivelse.”

Den 24. marts 2022 besvarede kommunerne henvendelsen af 18. marts 2022 fra konsortiet. I besvarelsen står bl.a. følgende:

”Tilbudslister og kapitalisering

I de tilfælde, hvor begge tilbudsgivere har lavet fejl på en position, men disse ikke er samme fejl, er positionerne kapitaliseret i overensstemmelse med hvad der fremgår af udbudsbetingelserne.

At sende et følgebrev er ikke det samme som at have udfyldt tilbudslisten rigtigt, hvorfor mangler i tilbudslisten, vil føre til kapitalisering af de aktuelle positioner. Her er udbudsbetingelserne ordlyd om fejl og håndtering heraf fulgt.

Hvis en tilbudsgiver har tilbudt flere serier, er det vurderet at være tilstrækkeligt, hvis én hel serie er tilbudt. Alt herover vurderes at være overopfyldelse. Der stilles således ikke krav om flere hele serier.

I forhold til positionsnummer 1.2.10 og 1.2.16 har vi kontaktet vindende tilbudsgiver, som bekræfter, at de har budt ind med hele serien, da deres leverandør har henholdsvis 9 og 12 varer i deres serie. At der er forskel i antallet af varer ved anvendelse af parallelimport kontra køb i Danmark ændrer ikke på, at hele serien er tilbudt.

Helt overordnet kan vi oplyse, at selv uden kapitalisering af nogen af konsortiets positioner, ville konsortiet ikke opnå det bedste forhold mellem pris og kvalitet og dermed blive tildelt aftalen. Vi mener dog, at evalueringen er foretaget korrekt.”

Konsortiet henvendte sig på ny til kommunerne den 5. april 2022 med supplerende indsigelser. Denne henvendelse besvarede kommunerne den 6. april 2022 og oplyste bl.a., at de fastholdt tildelingsbeslutningen.

Kommunerne har under klagesagen fremlagt et udsnit af varelisterne fra konsortiet og Kirstine Hardam A/S med position 4.4.01 for klagenævnet, men ikke for konsortiet. Udsnittet indeholder kommunernes kapitalisering af positionen. Den højeste af de priser, som henholdsvis konsortiet og Kirstine Hardam A/S har tilbudt på positionen, er tillagt 25 %, svarende til den kapitaliserede pris. Den kapitaliserede pris er således ens for begge tilbud.

Parternes anbringender

Ad udbudspligt

Kommunerne har gjort gældende, at den udbudte aftale ikke har karakter af en "offentlig kontrakt" som defineret i udbudslovens § 24, nr. 24.

Udbudsloven finder alene anvendelse, når offentlige ordregivere indgår "offentlige kontrakter". For at der er tale om en "offentlig kontrakt", skal der i henhold til definitionen i udbudslovens § 24, nr. 24, være tale om, at kontrakten er "gensidigt bebyrdende". Det følger af praksis fra EU-Domstolen og klagenævnet, at ordregiveren skal have en "direkte økonomisk interesse" i de pågældende ydelser/leverancer. Dette er også fremhævet i lovforarbejdernes specielle bemærkninger til udbudslovens § 2.

Klagenævnet har i flere kendelser slået fast, at der ikke foreligger en direkte økonomisk interesse for kommuner, når de gennemfører processer, der alene skal medvirke til at realisere de støtteordninger, der følger af servicelovens bestemmelser, herunder servicelovens § 112. Der kan henvises til kendelse af 21. august 2013, Bandagist-Centret A/S m.fl. mod Haderslev Kommune m.fl., kendelse af 16. december 2014, Handicare Auto A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune, kendelse af 30. marts 2016, OneMed A/S mod Københavns Kommune, kendelse af 10. januar 2017, Kirstine Hardam A/S mod Køge Kommune, kendelse af 28. marts 2017, Langhøj ApS mod KomUdbud v/Ikast-Brande Kommune, og kendelse af 6. januar 2022, Mediq Danmark A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune.

Der har ikke foreligget en direkte økonomisk interesse for kommunerne i de ydelser/leverancer (stomiprodukter), som skal leveres i henhold til den aftale, der er indgået på baggrund af den gennemførte udbudsproces. Kommunerne har med direkte henvisning til servicelovens § 112 og de deri indeholdte fritvalgsregler indhentet priser på stomiprodukter til brug for fastsættelse af den støtte, der skal ydes til borgere med bevilling. Kommunerne har desuden i udbudsmaterialet begrænset rammeaftalens anvendelsesområde til leverancer til borgere med bevilling til stomiprodukter, og der er således ikke tale om, at kommunerne selv kan købe stomiprodukter på aftalen til egen beholdning. Det er borgerne, der indgår endelig aftale med leverandøren om levering af de relevante stomiprodukter til borgernes adresser på baggrund af borgernes bestillinger, og det er borgerne og ikke kommunerne, der opnår ejerskabet til stomiprodukterne. Desuden har de betalinger, der foretages fra kommunerne til leverandøren på baggrund af borgernes bestillinger, alene karakter af en praktisk mekanisme for at realisere den støtte, som borgerne er berettigede til som følge af den opnåede bevilling.

Det er også – i overensstemmelse med klagenævnets praksis i disse sager vedrørende støtteordninger i henhold til servicelovens regler – uden betydning for spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en gensidigt bebyrdende kontrakt, om der bliver indgået en egentlig bindende aftale mellem ordregiveren/kommunen og leverandøren indeholdende sædvanlige aftalebestemmelser.

Uanset om en kommune vælger, at et hjælpemiddel skal leveres af bestemte leverandører, jf. servicelovens § 112, stk. 2, eller kommunen vælger at anvende fremgangsmåden i henhold til servicelovens § 112, stk. 3, sidste punktum, er der tale om en støtte-/tilskudsordning, hvor borgeren vil kunne udnytte sin ret til selv at vælge leverandør.

Kommunerne har ikke fundet det relevant at angive i udbudsmaterialet, om den udbudte ordning relaterer sig til servicelovens § 112, stk. 2, eller § 112, stk. 3, sidste punktum. Tilsvarende syntes at være tilfældet ved det udbud, der dannede grundlag for klagenævnets kendelse af 6. januar 2022, Mediq Danmark A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune, hvor klagenævnet blot under henvisning til servicelovens § 112, stk. 3, konstaterede, at der ikke forelå den fornødne ”direkte økonomiske interesse” for kommunen i borgernes aftaler om indkøb af de relevante diabetesprodukter.

Kommunerne har derfor ikke en ”direkte økonomisk interesse” i de aftaler, som de bevillingshavende borgere indgår med leverandøren om stomiprodukter. Kravet om, at der skal foreligge en ”gensidigt bebyrdende kontrakt”, er derfor ikke opfyldt, og der er herefter ikke tale om en offentlig kontrakt omfattet af udbudsloven. At kommunerne i forbindelse med den gennemførte proces har valgt at henvise til og iagttage reglerne i udbudslovens afsnit II, ændrer ikke herpå, jf. klagenævnets kendelse af 6. januar 2022, Mediq Danmark A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune.

Kommunerne anser ikke den udbudte aftale for at have karakter af en leverandøraftale i henhold til servicelovens § 112, stk. 2. Der er derimod tale om, at udbudsprocessen er gennemført med henblik på at identificere de støttebeholdninger, som kommunerne er forpligtede til at yde til borgere, der har opnået bevilling til stomiprodukter, jf. servicelovens § 112, stk. 3, sidste punktum. Kommunerne har ikke anvendt betegnelsen ”leverandøraftale” i udbudsmaterialet, og det er ikke angivet, at aftalen udbydes med henblik på at udpege

en fast leverandør til kommunerne i henhold til servicelovens § 112, stk. 2. Kommunerne har heller ikke forpligtet sig til at levere stomiprodukterne via ”kommunernes leverandør” over for borgere, der ikke udnytter deres frie valg. Som servicelovens § 112 er udformet og formuleret, er det en forudsætning, for at der foreligger en leverandøraftale i henhold til servicelovens § 112, stk. 2, at det er den enkelte kommune, der køber ind på aftalen, og dermed opnår ejerskabet til de produkter, som er omfattet af aftalen.

Rammerne for borgernes frie valg af stomiprodukter er i udbudsmaterialet, herunder i rammeaftaleudkastet, detaljeret beskrevet, og der kan således ikke for potentielle tilbudsgivere have hersket tvivl om, at kommunerne med den udbudte aftale ikke gav tilbudsgiverne nogen sikkerhed for et specifikt leveranceomfang eller nogen form for bestillingsforpligtelse fra kommunernes side.

Kommunerne har med den udbudte aftale heller ikke anskaffet sig it-systemer i form af et bevillingssystem og bestillingssystem, der skal tilpasses til kommunernes behov. Der er alene stillet krav om, at rammeaftaleindehaveren skal kunne give adgang til et bevillingssystem og et bestillingssystem, således at det er muligt at realisere den etablerede støtteordning over for borgere.

I den aftale, der blev udbudt af Ringkøbing-Skjern Kommune, og som klagenævnet altså konkluderede ikke havde karakter af en offentlig kontrakt omfattet af udbudsloven, indgik også krav om bevillingssystem, bestillingssystem og konsulentbistand over for kommunens medarbejdere. Det udbud, som blev gennemført af Ringkøbing-Skjern Kommune, og som klagenævnet efterfølgende fastslog ikke vedrørte en offentlig kontrakt omfattet af udbudsloven, er efter kommunernes opfattelse fuldt sammenligneligt med det udbud, der blev gennemført af kommunerne, bortset fra at kommunerne ikke som Ringkøbing-Skjern Kommune havde givet sig selv mulighed for at købe stomiprodukter ind på rammeaftalen. Denne forskel peger i sagens natur i endnu højere grad i retning af, at der ikke foreligger en offentlig kontrakt.

Heller ikke ved det udbud, der blev gennemført af Ringkøbing-Skjern Kommune, var det – som udbuddet er beskrevet i kendelsen – anført, at udbuddet reelt vedrørte en prisindhentning i henhold til servicelovens § 112, stk. 3, sidste punktum. Klagenævnet lagde ikke desto mindre til grund, at dette var tilfældet, således som udbudsmaterialet var sammensat af kommunen. Der

var også ved Ringkøbing-Skjern Kommunes udbud tale om, at kommunen agtede at indgå en juridisk bindende rammeaftale med en udpeget leverandør, som i udbudsmaterialet blev omtalt som den af kommunen ”valgte leverandør”.

Kommunerne skal desuden henvise til klagenævnets kendelse af 30. marts 2016, OneMed A/S mod Københavns Kommune, hvor faktum i realiteten svarer til denne sag. Også her kom klagenævnet frem til, at der ikke var tale om en offentlig kontrakt omfattet af udbudsreglerne.

Uanset at der ikke er tale om indgåelse af en leverandøraftale, er det nødvendigt for kommunerne at indgå en egentlig juridisk bindende prisaf­ta­le med sædvanlige aftalevilkår, herunder i forhold til løbetid og ophør. En sådan af­ta­le er således en forudsætning for, at det reelt er muligt at fastlægge de støt­te­beløb, der skal ydes til borgerne i henhold til servicelovens § 112, stk. 3, sidste punktum, på et vedvarende grundlag, hvor der ikke skal foretages en ny konkret beregning af støttebeløbets størrelse i hver eneste sag.

Det forhold, at det i vejledning nr. 10324 af 14. december 2017 om støtte til hjælpemidler og forbrugsgoder er angivet, ”at indgåelse af leverandøraftaler skal ske i overensstemmelse med gældende udbudsretlige regler”, kan ikke tages som udtryk for, at enhver leverandøraftale dermed per definition opfylder betingelsen om, at der skal foreligge en ”offentlig kontrakt”, som den ordregivende myndighed skal have en direkte økonomisk interesse i. Om der foreligger en ”offentlig kontrakt” i udbudsretlig forstand beror på en udbudsretlig vurdering, som der ikke er taget stilling til med den pågældende vejledning, der er udarbejdet af Social- og Indenrigsministeriet.

Da konsortiets påstande efter deres ordlyd vedrører overtrædelse af udbudsloven, kan klagenævnet allerede af denne grund ikke give konsortiet medhold i klagen.

Konsortiet har gjort gældende, at kommunerne har udbudt en leverandøraftale i medfør af servicelovens § 112, stk. 2, at kommunerne har en direkte økonomisk interesse i leverandøraftalen, og at den udbudte kontrakt er omfattet af udbudsreglerne.

Leverandøraftaler er i henhold til servicelovens § 112, stk. 2, et aftaleretligt instrument, som implementerer en kommunes beslutning om, at et hjælpemiddel skal leveres af bestemte leverandører. Leverandøraftaler afskærer ikke borgerens frie valg, men indebærer, at kommunen – over for de borgere, som ikke udnytter deres frie valg – forpligter sig til at levere hjælpemidlet, idet selve leverancen sker direkte til borgeren af kommunens leverandør. Derved adskiller leverandøraftaler sig fra prisindhentninger efter § 112, stk. 3, sidste punktum, idet en kommune, som ikke anvender leverandøraftaler, over for borgeren alene er forpligtet til at yde et økonomisk støttebeløb, men ikke sikre levering af et hjælpemiddel.

Den kontrakt, som kommunerne har udbudt, skal kategoriseres som en leverandøraftale i medfør af servicelovens § 112, stk. 2, idet det af udbudsmaterialet følger, at kommunerne forpligter sig til at anvende den udbudte rammeaftale til at dække det faktiske behov, ligesom der konsekvent henvises til ”kommunens leverandør”.

Det fremgår ikke af udbudsmaterialet, at der skulle være tale om en prisindhentning i medfør af servicelovens § 112, stk. 3, sidste punktum, og derved adskiller omstændighederne sig fra det faktum, som blev lagt til grund af klagenævnet i kendelse af 6. januar 2022, Mediq Danmark A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune.

Hvis kommunerne reelt havde iværksat en prisindhentning i medfør af servicelovens § 112, stk. 3, sidste punktum, ville formålet, jf. lovbestemmelsen, være at identificere prisen på det ”bedst egnede og billigste hjælpemiddel”. Da kommunerne har designet udbuddet på en måde, så tilbudsgiverne i prissætningen af de enkelte hjælpemidler skulle indregne omkostningerne forbundet med bevillingssystem, bestillingssystem og konsulentbistand til kommunerne, kan prissætningen pr. definition ikke afspejle bedst egnede og billigste hjælpemiddel, således som dette begreb forstås i henhold til servicelovens § 112, stk. 3, sidste punktum. Desuden indebærer kommunernes udbudsdesign, at evalueringen af underkriteriet ”Pris” blev baseret på totalprisen (dvs. summen af alle tilbudte enhedspriser) og således ikke prisen på hvert hjælpemiddel. Kommunerne har derved ikke identificeret prisen på det bedst egnede og billigste hjælpemiddel.

Endelig indgik bevillings- og bestillingssystemet som de eneste delkriterier i den kvalitative evaluering (vægtning 30 %), hvilket underbygger, at det reelle

formål med udbuddet var at identificere den leverandør, som skulle levere alle hjælpemidler, medmindre borgerne udnyttede deres frie valg i medfør af servicelovens § 112, stk. 3, første punktum. Selve udbudsdesignet undergraver således kommunernes anbringende om, at der ikke er udbudt en leverandøraftale i henhold til servicelovens § 112, stk. 2.

Det er konsortiets oplevelse, at der i langt de fleste kommuner har været en tydelig sondring mellem prisindhentninger efter servicelovens § 112, stk. 3, sidste punktum, og leverandøraftaler i henhold til servicelovens § 112, stk. 2. Både processuelt og indholdsmæssigt har der været skelnet mellem de to instrumenter under servicelovens § 112, idet prisindhentninger gennemføres på et langt mere simpelt grundlag og uden udbud, mens leverandøraftaler udbydes i EU-udbud med egentlige aftaleforpligtelser mv.

Hensynet til udbudsreglernes effektive håndhævelse må indebære, at der påhviler ordregiveren en ganske streng bevisbyrde, hvis ordregiveren vil hævde, at de faktuelle forhold er anderledes, end det må forstås af et offentliggjort udbudsmateriale. Kommunerne har ikke løftet denne bevisbyrde, og klagenævnet må på den baggrund lægge til grund, at den udbudte kontrakt afspejler en leverandøraftale efter servicelovens § 112, stk. 2.

Udbudsloven definerer offentlige kontrakter som ”Gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivere, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser”, jf. udbudslovens § 24, nr. 24. Forarbejderne til denne bestemmelse indeholder bl.a. følgende bemærkninger:

”Det er således kun gensidigt bebyrdende aftaler, hvor parterne forpligter sig til at gengælde ydelse mod ydelse, der er omfattet af begrebet. Modydelsen fra ordregiveren behøver ikke at være et pengebeløb, men skal kunne opgøres i penge.

Det følger af retspraksis fra EU-Domstolen, at det er et krav, at ordregiveren skal have en direkte økonomisk interesse i den ydelse, som ordregiveren modtager mod ordregiverens vederlag. Bliver ordregiveren ejer af genstanden for kontrakten, vil den økonomiske interesse f.eks. være godtgjort.

Det er imidlertid ikke et krav, at det er ordregiveren selv der modtager leverancen. Indgår en ordregiver eksempelvis aftale med en vognmand

om transport af handicappede borgere, vil der være tale om en gensidigt bebyrdende og dermed offentlig kontakt. Det er borgeren, der er den umiddelbart begunstigede, men ydelsen er leveret på kommunens vegne, fordi kommunen er forpligtet til at sikre borgerne bestemte ydelser. Her vil ordregiveren også have den fornødne økonomiske interesse...”

I EU-Domstolens dom af 15. juli 2010 i sag C-271/08, Kommissionen mod Tyskland, præmis 75, formulerede Domstolen sig således:

”Betingelsen om den gensidigt bebyrdende karakter af de omhandlede aftaler indebærer endelig en undersøgelse af, hvorvidt disse aftaler er af direkte økonomisk interesse for de kommunale arbejdsgivere, der indgår dem (jf. analogt dom af 25.3.2010, sag C-451/08, Helmut Müller, Sml. I, 2673, præmis 48 og 49).”

EU-Domstolen henviste i dommens præmis 77 til, at ordregiverne i henhold til den anvendelige lovgivning var ”ansvarlig for tildeling af de ydelser, der er givet tilsagn om, selv om gennemførelsen ikke direkte forestås af den pågældende”.

Ordregiveren var således ansvarlig for, at den ydelse, som ”slutbrugeren” var berettiget til, faktisk blev leveret (leveringsforpligtelse). Samtidig opnåede ordregiveren gennem sin kontrakt med leverandøren ”de tjenesteydelser, der var en del af dens forpligtelse...”, jf. dommens præmis 79.

Domstolen fastholdt derved den linje, som blev udstukket i Müller-dommen, og hvorefter en aftale mellem ordregiveren og leverandøren er gensidigt bebyrdende, hvis ordregiveren i kraft af aftalen frigøres for en forpligtelse til at sikre levering af en ydelse (leveringsforpligtelse). Dette gælder også i de tilfælde, hvor levering skal ske direkte til en slutbruger (borger). Samme tilgang har klagenævnet anlagt i en række kendelser, bl.a. kendelse af 10. februar 2012, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Frederiksberg Kommune, kendelse af 21. august 2013, Bandagist-Centret A/S m.fl. mod Haderslev Kommune m.fl., og kendelse af 16. december 2014, Handicare Auto A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune.

Det følger af lovgrundlaget og ovenstående retspraksis, at en ordregiver, som indgår en aftale med det formål at sikre levering af en ydelse til borgeren, har en direkte økonomisk interesse i aftalen, hvis ordregiveren over for borgeren er forpligtet til at sikre, at ydelsen faktisk leveres (leveringsforpligtelse). Ordregiverens økonomiske interesse i aftalen er i den situation en naturlig følge

af, at ordregiveren uden aftalen med leverandøren selv skulle opfylde sin forpligtelse over for borgeren. Ordregiveren bliver altså frigjort for sin forpligtelse over for borgeren i kraft af leverandøraftalen og opnår derved en (økonomisk) fordel.

Af lovbemærkningerne til lov nr. 407 af 21. april 2010, hvor servicelovens § 112, stk. 3, fik sin nuværende formulering, fremgår følgende af de almindelige bemærkninger:

”Kommunalbestyrelsen kan efter servicelovens § 112, stk. 2, bestemme, at et hjælpemiddel skal leveres af en bestemt leverandør, som kommunen har indgået leverandøraftale med. Hjælpemidler ydes dertil som altovervejende hovedregel i form af udlån fra kommunen. Dette betyder i praksis, at kommunen udleverer et bestemt hjælpemiddel til borgeren, når denne er visiteret til et hjælpemiddel. Borgeren har således ingen indflydelse på valg af leverandør eller af det pågældende hjælpemiddel.

Undtaget herfra er servicelovens § 112, stk. 3, om særligt personlige hjælpemidler, hvor borgeren, hvis den pågældende ønsker at benytte en anden leverandør end den, som kommunalbestyrelsen har valgt, kan vælge selv at indkøbe hjælpemidlet og få udgifterne hertil refunderet. Der kan dog højst refunderes udgifter med et beløb svarende til den pris, kommunen kunne have erhvervet hjælpemidlet til hos sin leverandør. Har kommunalbestyrelsen ikke indgået leverandøraftale, kan borgeren vælge leverandør, og støtten ydes efter regning til det bevilgede hjælpemiddel...”

Det følger også af Social- og Indenrigsministeriets vejledning nr. 10324 af 14. december 2017 om støtte til hjælpemidler og forbrugsgoder, punkt 37, at der ”med leverandøraftaler sigtes til aftaler, som regulerer en kommunes hjælpemiddelsortiment eller antal af leverandører. Bestemmelsen omfatter hjælpemiddelområdet generelt og ikke alene de situationer, hvor hjælpemidlet udleveres til borgeren direkte af leverandøren.”

En kommune påtager sig – lidt forenklet udtrykt – en leveringsforpligtelse over for borgeren ved at udbyde en leverandøraftale i medfør af servicelovens § 112, stk. 2, og det er netop denne leveringsforpligtelse, som gør, at konstruktionen er gensidigt bebyrdende og derved udbudspligtig.

Det er på ovennævnte baggrund konsortiets opfattelse, at leverandøraftaler i henhold til servicelovens § 112, stk. 2, er gensidigt bebyrdende og derfor udbudspligtige. Dette er også tidligere lagt til grund af klagenævnet, jf. kendelse af 30. marts 2016, OneMed A/S mod Københavns Kommune, og af

Retten i Roskilde i dom af 1. december 2017 i sag nr. BS 2A-379/2017, Kirstine Hardam A/S mod Køge Kommune.

Hvis klagenævnet følger kommunernes synspunkt, vil realiteten blive, at ordregiverne kan påtvinge tilbudsgiverne de transaktionsomkostninger, som følger af et ”rigtigt udbud”, mens ordregiverne samtidig – når der bliver klaget, fordi tilbudsgiverne har indrettet sig i tillid til, at udbudsreglerne respekteres – kan fjerne tilbudsgivernes rettigheder ved at ”omdefinere” udbuddets genstand på bagkant. Hensynet til tilbudsgiverne og udbudsreglernes effektive håndhævelse må som nævnt indebære, at der påhviler ordregiveren en streng bevisbyrde, hvis ordregiveren vil hævde, at de faktuelle forhold er anderledes end det, som må forstås af et offentliggjort udbudsmateriale. Dette er også lagt til grund af klagenævnet i kendelse af 6. januar 2022, Mediq Danmark A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune.

Ad påstand 1

Konsortiet har gjort gældende, at kommunerne har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med § 128, stk. 2, ved ikke at offentliggøre de grundlæggende oplysninger om udbuddet i udbudsbekendtgørelsen.

Det følger af udbudslovens § 128, stk. 2, at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde de oplysninger, der er anført i bilag V, del C, til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF. Vedrørende udelukkelsesgrunde fremgår det af bilag V, del C, punkt 11, litra c, at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde ”en liste over og kort beskrivelse af kriterier vedrørende de økonomiske aktørers personlige forhold, som kan føre til deres udelukkelse, og af udvælgelseskriterier; eventuelle specifikke minimumstærskelkrav; angivelse af krævede oplysninger.” Der sondres ikke i bilaget mellem de obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde, og det følger således, at udbudsbekendtgørelsen skal oplyse om både de obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde.

Kommunerne har ikke i udbudsbekendtgørelsen givet alle de oplysninger om udelukkelsesgrunde, som det efter udbudslovens § 128, stk. 2, påhviler en

ordregiver. Udbudsbekendtgørelsen indeholder ingen oplysninger om dokumentation for udelukkelse og egnethed. Disse oplysninger fremgår alene af udbudsbetingelserne.

Denne fremgangsmåde er i strid med både udbudslovens § 128, stk. 2, og de særskilte bestemmelser i lovens § 142, stk. 1, og § 143, stk. 1, hvorefter udbudsbekendtgørelsen skal indeholde oplysning om den dokumentation, som kræves for tilbudsgiverens opfyldelse af egnethedskravene.

Kommunerne har gjort gældende, at de ikke har handlet i strid med udbudsreglerne som anført af konsortiet, og at det ikke udgør en overtrædelse af udbudsreglerne, at kommunerne alene oplyste om dokumentationskravene til egnethed og udelukkelse i udbudsbetingelserne og ikke i udbudsbekendtgørelsen.

Kommunerne angav i udbudsbekendtgørelsens punkt VI.3, at alle de frivillige udelukkelsesgrunde fandt anvendelse ved udbuddet, og har derved iagttaget enhver forpligtelse til at oplyse om udelukkelsesgrundene i udbudsbekendtgørelsen.

Ordregiveren har ikke valgfrihed i relation til de obligatoriske udelukkelsesgrunde. Der er derfor en forskel i oplysningspligten i forhold til henholdsvis de obligatoriske og de frivillige udelukkelsesgrunde, hvilket også fremgår af udbudslovens §§ 135-137. De obligatoriske udelukkelsesgrunde finder således altid anvendelse ved udbud i henhold til udbudslovens afsnit II, og det må alle tilbudsgivere antages at være bekendte med.

Bilag V til udbudsdirektivet, der angiver, hvilke oplysninger en udbudsbekendtgørelse skal indeholde, må i sagens natur fortolkes i overensstemmelse med reguleringen i udbudsloven. I bilag V, del C, nr. 11, litra c, henvises der alene til økonomiske aktørers personlige forhold, ”som kan føre til deres udelukkelse”. Da der står ”kan”, er der ikke tvivl om, at det alene er de frivillige udelukkelsesgrunde, der henvises til, og ikke de obligatoriske.

Der stilles i bilag V alene krav om en ”kort beskrivelse”, hvilket indebærer, at lovgiver har overladt det til ordregiveren at vurdere, hvad der er relevant at anføre i udbudsbekendtgørelsen i relation til udelukkelsesgrundene.

Kommunerne angav i udbudsbekendtgørelsen, hvilke egnethedskrav der var gældende ved udbuddet, herunder at tilbudsgiveren i de sidste to år skulle have en positiv egenkapital, og at tilbudsgiveren skulle have to referencer. Der var hertil angivet, hvilke oplysninger referencelisten skulle indeholde og en beskrivelse af referencekravet.

Der er desuden ikke afsnit eller punkter i Europa-Kommissionens standardformular for udbudsbekendtgørelser, som vedrører oplysninger om de obligatoriske udelukkelsesgrunde og dokumentation for egnethed og udelukkelse. Havde det været hensigten, at udbudsbekendtgørelsen skulle indeholde de pågældende oplysninger, havde det været naturligt, at udbudsbekendtgørelsen var indrettet, så det var muligt for en ordregiver at give oplysningerne under specifikke afsnit eller punkter på tilsvarende måde, som det gør sig gældende i forhold til f.eks. tilbudsfrist, tildelingskriterier og mindstekrav til egnethed.

Der har ikke for tilbudsgiverne været tvivl om, hvilke egnethedskrav der var gældende ved udbuddet, ligesom det for enhver tilbudsgiver har stået klart, at de pågældende oplysninger ved tilbudsafgivningen skulle dokumenteres foreløbigt i form af udfyldt ESPD, og at den endelige dokumentation for oplysningerne i ESPD'et ville bestå i dokumentation for tilbudsgiverens seneste to regnskabsår og referencelisten, som kommunerne eksplicit havde henvist til som en del af selve egnethedskravet.

Det kan ikke anses for at være en overtrædelse af udbudsreglerne, at en ordregiver ikke eksplicit oplyser om dokumentationskravene knyttet til egnethed og udelukkelse, hvis det på baggrund af selve mindstekravene til egnethed og de tilvalgte frivillige udelukkelsesgrunde står klart for tilbudsgiverne, hvad der skal til for at være egnet og ikke-udelukket ved det konkrete udbud, jf. klagenævnets kendelse af 29. maj 2020, NORRECCO A/S mod HOFOR A/S. Ved kommunernes udbud var det ubestridt angivet i udbudsbekendtgørelsen, hvilke mindstekrav til egnethed og hvilke frivillige udelukkelsesgrunde der var gældende ved udbuddet. Kommunerne har på den baggrund opfyldt enhver forpligtelse i den henseende.

Alle oplysninger i relation til dokumentationskravene var i øvrigt angivet i de bagvedliggende udbudsbetingelser, og ingen potentielle tilbudsgivere har sat spørgsmålstegn ved dokumentationskravene.

Ad påstand 2

Konsortiet har gjort gældende, at kommunerne har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale at oplyse den maksimale værdi af den udbudte rammeaftale.

EU-Domstolen har i dom af 17. juni 2021 i sag C-23/20, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark, og klagenævnet i kendelse af 9. november 2021 mellem parterne fastslået, at det påhviler en ordregiver i udbud af rammeaftaler at oplyse et retligt bindende maksimalt forbrug, idet hensynet bag dette krav dels er at sikre, at tilbudsgiverne på forhånd kan vurdere egne evne til at opfylde den udbudte rammeaftale, dels at sikre den vindende tilbudsgiver, idet denne ikke kan forpligtes ud over det maksimum, som ordregiveren har oplyst.

Den udbudsbekendtgørelse, som kommunerne har offentliggjort, indeholder alene oplysninger om den anslåede værdi.

Forud for tilbudsfristen anmodede en tilbudsgiver kommunerne om at oplyse et maksimalt forbrug på rammeaftalen, hvortil kommunerne svarede, at omsætningen på rammeaftalen ikke forventes at overstige 140.000.000 kr. Kommunernes svar vedrørende omsætningen på rammeaftalen er efter sin ordlyd ikke retligt bindende, idet svaret ikke forpligter kommunerne til at respektere den udmeldte værdi. Heller ikke efter svaret på tilbudsgiverens spørgsmål har kommunerne således oplyst en maksimal værdi, som dette begreb må forstås i henhold til retspraksis.

Kommunerne har gjort gældende, at de har iagttaget den udbudsretlige forpligtelse til at angive en maksimal værdi af rammeaftalen eller en maksimal mængde af produkter, der kan anskaffes på rammeaftalen.

Kommunerne har udfyldt udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.5 og II.2.6 og har under begge punkter anført beløbet 116.016.644,00 kr.

Der var ikke andre steder i udbudsmaterialet – hvilket der heller ikke kan anses at være en forpligtelse til – foretaget en særskilt regulering af spørgs-

målet om maksimalværdi, og det kan derfor lægges til grund, at maksimalværdien af rammeaftalen oprindeligt har været 116.016.644 kr., svarende til den anslåede værdi af aftalen, som var angivet i udbudsbekendtgørelsen.

Det kan ikke udledes af EU-Domstolens og klagenævnets praksis, at der består en forpligtelse til at operere med en maksimalværdi, der afviger fra den anslåede værdi i udbudsbekendtgørelsen, og det har således også tidligere været helt sædvanligt, at ordregivere alene har angivet en rammeaftales anslåede værdi i udbudsbekendtgørelsen.

Europa-Kommissionens standardformular for udbudsbekendtgørelser indeholder desuden ikke et afsnit eller punkt, der eksplicit angår rammeaftalens maksimalværdi eller maksimalmængde, og derfor kan den værdi, der anføres under punkt II.2.6, sidestilles med maksimalværdien, hvilket også er i overensstemmelse med det, der er anført i parentes under standardformulærens punkt II.2.6: ”I forbindelse med rammeaftaler eller dynamiske indkøbssystemer – anslået samlet maksimumsværdi for hele varigheden af dette parti”, jf. også klagenævnets kendelse af 24. maj 2022, Netcompany A/S mod Arbejdstilsynet.

Under udbudsprocessen blev der specifikt stillet et spørgsmål, der relaterede sig til det maksimale forbrug på rammeaftalen. Kommunerne revurderede herefter, hvad det maksimale forbrug på rammeaftalen skulle sættes til, og som svar blev der i udbudsbetingelserne tilføjet, at ordregiveren ikke forventer, at omsætningen på rammeaftalen vil overstige 140.000.000 kr.

På baggrund af det afgivne svar er maksimalværdien af rammeaftalen 140.000.000 kr. Den begrænsede ændring af maksimalværdien fra 116.016.644 kr. til 140.000.000 kr., som der reelt blev foretaget ved kommunernes besvarelse af spørgsmål 4, kan ikke anses for en ændring, der har påvirket feltet af tilbudsgivere og konkurrencesituationen ved udbuddet. Der har derfor ikke været tale om en ændring af grundlæggende elementer i udbuddet.

Hvis rammeaftalen er omfattet af udbudslovens regler, vil kommunerne naturligvis iagttage det udbudsretlige krav om, at der ikke bliver indkøbt ud over maksimalværdien på rammeaftalen. Det er i den forbindelse uden betydning, at kommunerne ikke har indsat et mere formelt og bindende kontraktkrav om maksimalværdien i rammeaftalen, idet kommunerne, der som

offentlige myndigheder er underlagt et generelt saglighedskrav, vil afstå fra at udnytte rammeaftalen i videre udstrækning end denne udbudsretligt giver mulighed for.

Kommunerne har begrænset omfanget af rammeaftalen klart og tydeligt, idet det enslydende i udbudsbekendtgørelse, udbudsbetingelser og udkast til rammeaftale er anført, at rammeaftalen kun omfatter levering af stomiprodukter til borgere i kommunerne med bevilling efter servicelovens § 112. Kommunerne har således også på dette grundlag reelt angivet den maksimale mængde, der kan anskaffes på rammeaftalen. Der foreligger den særlige situation, at det er borgerne, og ikke kommunerne, der foretager anskaffelser i henhold til rammeaftalen.

Ad påstand 3

Konsortiet har gjort gældende, at kommunerne har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i evalueringen af konsortiets tilbud i forhold til underkriteriet ”Kvalitet” at lægge vægt på forhold, som ikke fremgår af udbudsmaterialet.

Ved evalueringen af konsortiets tilbud i forhold til delkriteriet ”Er systemet [bevillingssystemet] intuitivt, overskueligt, hurtigt og let at navigere i?” har kommunerne bl.a. anført, at ”Siden er lidt kedelig/går ud i et.” Delkriteriet er i udbudsmaterialet beskrevet som knyttet til systemet og ikke til det designmæssige layout af den testhjemmeside, som tilbudsgiverne skulle stille til rådighed til brug for kommunernes evaluering af tilbuddene. Kommunernes bemærkning falder derfor uden for rammerne af det konkurrenceparameter, som er beskrevet i udbudsmaterialet.

Kommunerne har ved evalueringen af konsortiets tilbud i forhold til delkriteriet ”Brugervenlighed og antal klik ved oprettelse af en bevilling, ændring af en bevilling, samt produktsøgning via varenummer og produktnavn” bl.a. bemærket, at ”Der er dog også forholdsvis mange produkter, hvor der næsten ingen varebeskrivelse er og intet billede”. Kommunerne har således inddraget, at de viste produkter i konsortiets system ikke fremgår med fuld varebeskrivelse og billede. Det fremstår uklart, hvordan denne bemærkning skulle være knyttet til delkriteriet. Desuden har kommunerne i udbudsbetingelsernes punkt 8.2 specificeret, at det system, der skulle stilles til rådighed for

kommunernes evaluering, alene skulle indeholde testdata, hvilket efter en naturlig sproglig forståelse må indebære, at tilbudsgiverne ikke skulle vise fuldt varesortiment eller -beskrivelser. Kommunerne har derfor ikke været berettiget til at lade det ”trække ned” i evalueringen, at et tilbudt system ”kun” kunne vise testdata.

Delkriteriet ”Er systemet [bestillingssystemet] intuitivt, overskueligt, hurtigt og let at navigere i?” er i udbudsmaterialet klart beskrevet som knyttet til systemet og ikke det designmæssige layout af den testhjemmeside, som tilbudsgiverne skulle stille til rådighed. Kommunerne har ved evalueringen af konsortiets tilbud i forhold til dette kriterium bl.a. bemærket: ”... den kunne godt se lidt smartere ud i design. Virker ikke indbydende”. Bemærkningen er knyttet til det designmæssige udtryk på hjemmesiden, hvilket falder uden for rammerne af det konkurrenceparameter, som er beskrevet i udbudsmaterialet. Tilbudsgiverne kunne desuden ikke ud fra beskrivelserne i udbudsmaterialet have forudset, at kommunerne ved evalueringen af testsystemet ville lægge vægt på, om systemet ”virkede indbydende”.

Endelig har kommunerne ved evalueringen af konsortiets tilbud i forhold til delkriteriet ”Virker systemet overskueligt (er de vigtigste elementer synlige), hvordan er siderne indrettet, om det er nemt at navigere rundt i systemet, faner, genveje mv.?” bl.a. noteret, at det trækker ned, at der ikke kan købes andet ud over bevillingen, og at det er ærgerligt, da der ofte bliver købt andet, som skal leveres sammen med bevillingen. Kommunerne har derved lagt vægt på, at konsortiets tilbudte system ikke giver mulighed for at købe produkter, der ikke er omfattet af den enkelte borgers bevilling, hvorved kommunerne i evalueringen inddrager tilbudsgiverens mulighed for at levere et sortiment, som ikke er omfattet af udbuddet. Det kan ikke udledes af det offentliggjorte delkriterium, at kommunerne ville evaluere tilbuddene i forhold til et sortiment, som ikke kan indkøbes på den udbudte rammeaftale, ligesom en sådan fremgangsmåde er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtig i udbudslovens § 2.

Kommunerne har gjort gældende, at det har ligget inden for kommunernes skønsmæssige beføjelser at vurdere konsortiets tilbud, som det er sket, og at der ikke ved tilbudsevalueringen i forhold til det kvalitative underkriterium er blevet inddraget forhold, som har ligget uden for rammerne af de anførte delkriterier i udbudsbetingelserne.

Det følger af klagenævnets praksis, at nævnet alene kan tilsidesætte det skøn, som en ordregiver har udøvet ved bedømmelsen af tilbudsgiverens opfyldelse af et kvalitativt kriterium, hvis ordregiveren har overskredet den grænse, der gælder for ordregiverens evalueringsskøn, eller har handlet usagligt, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 17. januar 2020, NAV CANADA mod Naviair, og kendelse af 25. april 2018, Bilbutikken A/S mod Randers Kommune.

Klagenævnet har desuden i flere kendelser, bl.a. kendelse af 20. oktober 2015, Joca A/S mod Holbæk Affald A/S, og kendelse af 2. december 2015, Houlberg Instrumentering A/S mod Skat, fremhævet, at det i forhold til rækkevidden af et kvalitativt under- eller delkriterium er af betydning, hvad en almindelig oplyst tilbudsgiver kunne forvente, der ville blive lagt vægt på.

Kommunerne har i evalueringsrapporten redegjort for de vurderinger, kommunerne har foretaget vedrørende begge tilbud i forhold til underkriteriet ”Kvalitet” og de underliggende delkriterier. Alle de elementer, der er fremhævet i evalueringsrapporten i relation til konsortiets tilbud, har sammenhæng med underkriteriet ”Kvalitet” med underliggende delkriterier.

Angående kommunernes bemærkning: ”Siden er lidt kedelig/går ud i et” er det kommunernes vurdering, at det har en naturlig sammenhæng med delkriteriet: ”Er systemet [bevillingssystemet] intuitivt, overskueligt, hurtigt og let at navigere i?”. Et tilbudt bevillingssystems design kan have betydning for, om systemet virker intuitivt, hvilket kommunerne også konkret har vurderet har været tilfældet i relation til konsortiets bevillingssystem.

Det har ligget inden for rammerne vedrørende delkriteriet ”Brugervenlighed og antal klik ved oprettelse af en bevilling, ændring af en bevilling, samt produktsøgning via varenummer og produktnavn” at lægge vægt på, at der i relation til konsortiets bevillingssystem er forholdsvis mange produkter med yderst begrænsede varebeskrivelser og uden billeder. Det er vigtigt for kommunerne, at brugeren ved oprettelse af en bevilling kan læse sig frem til, hvilket produkt borgeren skal have bevilliget. Det er derfor vigtigt for kommunerne, at beskrivelsen af det enkelte produkt i bevillingssystemet er fyldestgørende og retvisende. Det var i udbudsbetingelsernes punkt 8.2 fremhævet, at kommunerne udelukkende ville vurdere tilbuddene på baggrund af de oplysninger, der fremgik af det afgivne tilbud inkl. bilag og på baggrund af den foretagne test af tilbudsgiverens bevillings- og bestillingssystem. Det var således tilbudsgiverens ansvar at sikre, at alt det, som tilbudsgiveren ønskede

inddraget i kommunernes evaluering, fremgik af tilbuddet og af det bevillings- og bestillingssystem, som kommunerne skulle teste som led i evalueringen. At tilbudsgiverne som led i kommunernes test af systemet kunne vælge at gøre brug af fiktive data, ændrer ikke på, at det har været sagligt og inden for rammerne af kommunernes skøn at lægge vægt på, at der i relation til mange af produkterne i konsortiets bevillingssystem kun var yderst begrænsede varebeskrivelser og ingen billeder.

For så vidt angår bemærkningen: ”Der er ingen støj på siden - meget brugervenlig, men den kunne godt se lidt smartere ud i design. Virker ikke indbydende” har denne en naturlig sammenhæng med delkriteriet ”Er systemet [bestillingssystem] intuitivt, overskueligt, hurtigt og let at navigere i?”. Som ligeledes anført i relation til bevillingssystemet kan et bestillingssystems design have betydning for, om systemet virker intuitivt, hvilket kommunerne også konkret har vurderet har været tilfældet ved konsortiets bestillingssystem.

Kommunerne har i evalueringsrapporten angående delkriteriet ”Virker systemet [bestillingssystemet] overskueligt (er de vigtigste elementer synlige), hvordan er siderne indrettet, om det er nemt at navigere rundt i systemet, faner, genveje mv.?” angivet følgende i relation til konsortiets tilbud: ”Det trækker ned at der ikke kan købes andet ud over ens bevilling. Det er ærgerligt, da der ofte bliver købt andet som skal leveres sammen med bevillingen”. Denne bemærkning har naturlig sammenhæng med delkriteriet, idet delkriteriet overordnet knytter sig til en ”Vurdering af bestillingssystem”, jf. overskriften på delkriteriet. Det har i forhold til elementet ”hvordan er siderne indrettet” været naturligt at lægge vægt på, at borgerne i systemet har mulighed for at anskaffe sig produkter, der rækker ud over de produkter, som borgerne har opnået bevilling til.

Det er helt sædvanligt, at borgere i forbindelse med bestillinger, der ligger inden for en bevilling, kan have behov for og ønsker om at anskaffe sig supplerende produkter. En professionel tilbudsgiver som konsortiet, der er vant til at afgive tilbud ved udbud af stomiprodukter, har således med rette kunnet forvente, at der ville blive lagt vægt på det pågældende forhold, også selv om dette ikke var eksplicit beskrevet i udbudsbetingelserne.

Kommunerne er uforstående over for konsortiets synspunkt om, at kommunerne ved evalueringen har inddraget tilbudsgiverens mulighed for at levere

et sortiment, som ikke er omfattet af udbuddet. Konsortiet overser i den forbindelse, at der ikke er tale om kommunernes muligheder for at anskaffe sig øvrige produkter, men om de bevillingshavende borgeres muligheder for at købe produkter ud over dem, der er direkte omfattet af bevillingen. Det var i øvrigt direkte anført i udbudsmaterialet, at der var mulighed for at levere produkter ud over den konkrete bevilling. Under rammeaftaleudkastets punkt 4.1 fremgår det således: "Ikke tilskudsberettigede produkter kan frit leveres efter aftale med borgeren og for dennes regning."

Ad påstand 4

Konsortiet har gjort gældende, at kommunerne ikke har respekteret den fremgangsmåde, der er beskrevet i udbudsmaterialet, hvilket er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2.

Kommunerne har i forhold til tilbuddet fra konsortiet og tilbuddet fra Kirstine Hardam A/S med enslydende begrundelse kapitaliseret tilbudslistens position 4.4.01, hvilket er i strid med udbudsbetingelsernes punkt 6.4.

Det står ikke klart, hvordan kommunerne har kunnet kapitalisere de pågældende positioner, idet kommunerne ikke har modtaget en konditionsræssig pris, der kan danne udgangspunkt for kapitaliseringen. Hvis ingen tilbudsgivere har tilbudt konditionsræssigt på et positionsnummer, følger det af udbudsbetingelsernes punkt 6.4, at en varelinje vil udgå i sin helhed fra evalueringen og samtidig ikke tælle med i de positionsnumre, hvor der må være fejl eller mangler.

Det fremgår således klart af udbudsmaterialet, at hvis alle tilbudsgivere har tilbudt ukonditionsræssigt på den samme position, vil den pågældende position udgå af evalueringen og ikke blive kapitaliseret.

Kommunerne har gjort gældende, at der er tale om et forhold, der ikke har haft nogen indvirkning på udbuddet og evalueringsresultatet, og der kan derfor ikke foreligge en overtrædelse af udbudsreglerne.

Kommunerne har valgt ikke at lade position 4.4.01, hvor begge tilbudsgivere har tilbudt ukonditionsræssigt, udgå af evalueringen. Kommunerne har i stedet valgt at kapitalisere den pågældende position efter udbudsbetingelsernes

”hovedregel” som angivet i punkt 6.4, således at positionen for begge tilbudsgiveres vedkommende blev prissat til den højeste indkomne tilbudspris på positionen tillagt 25 %. Baggrunden for dette var, at der var tale om forskellige fejl fra tilbudsgiverne på den pågældende position.

Positionen er blevet prissat ens for de to tilbudsgivere, og det har således ingen betydning, at prisen er blevet sat til et positivt ens beløb for de to tilbudsgivere frem for 0 kr., som ville have været realiteten, hvis kommunerne havde ladet den pågældende position/varelinje udgå helt af evalueringen.

Det var efter udbudsbetingelsernes punkt 6.4 tilladt for en tilbudsgiver at have op til 15 fejlbehæftede positionsnumre, uden at det gjorde tilbuddet ukonditionsmæssigt. Ingen af tilbudsgiverne var i nærheden af dette antal.

Ad påstand 5

Konsortiet har gjort gældende, at kommunerne ikke har sikret, at det udbudte er nøjagtigt beskrevet, og således har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2.

Udbuddet er et sortimentsudbud med mange tilbudspositioner, idet der på hver position blev tilbudt produktserier. Det følger af tilbudslisten, at de tilbudte serier skal indeholde alle størrelser, herunder koblingsstørrelser og rumindhold, til samme tilbudte enhedspris.

Der blev under udbuddet stillet spørgsmål til forståelsen af tilbudslisten og særligt til sammenhængen mellem beskrivelserne af de enkelte tilbudspositioner og kravet om, at tilbudte serier skal indeholde alle størrelser. Kommunerne bekræftede med svaret på spørgsmål 115, at alle varianterne i serierne skal tilbydes. Svaret må forstås således, at en tilbudsgiver skulle tilbyde alle størrelser, farver mv. inden for enhver given serie. Udbudsmaterialet indeholder ingen beskrivelse af, hvordan ”serie” og ”varianter” nærmere skulle afgrænses.

Kommunerne har som svar på konsortiets indsigelse af 11. marts 2022 bl.a. oplyst, at hvis en tilbudsgiver har tilbudt flere serier, har kommunerne vurderet, at det er tilstrækkeligt, hvis én hel serie er tilbudt, og at alt derover er overopfyldelse. Der er derfor ikke stillet krav om flere hele serier. Desuden

har kommunerne oplyst, at Kirstine Hardam A/S er kontaktet og har bekræftet, at virksomheden har budt ind med hele serien på positionsnummer 1.2.10 og 1.2.16, idet virksomhedens leverandør har henholdsvis 9 og 12 varer i serierne. Dertil har kommunerne tilføjet, at forskellen i antallet af varer ved anvendelse af parallelimport kontra køb i Danmark ikke ændrer på, at hele serien er tilbudt.

Kommunerne har således oprindeligt fastsat et krav om, at tilbudsgiverne skulle tilbyde alle varianter i alle serier, men har efter tilbudsfristen fortolket dette krav således, at det er op til hver enkelt tilbudsgiver at definere antallet af varianter i hver serie. Det bliver på denne måde reelt op til den enkelte tilbudsgiver at fastlægge antallet af varianter i hver serie, og det er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, da det så er tilbudsgiverne – og ikke kommunerne – som afgrænser udbuddets genstand.

Klagenævnet har i flere kendelser slået fast, at det i sortimentsudbud påhviler ordregiveren at fastlægge rammerne for det sortiment, som kan tilbydes af tilbudsgiverne. Det gælder, uanset om sortimentet indgår direkte i evalueringen eller ej. Argumentationen er, at det er ordregiveren, der entydigt skal fastlægge det sortiment, som kan indkøbes under den udbudte rammeaftale, jf. kendelse af 3. oktober 2011, ØGT ApS Økologisk Grønne Torv mod Ishøj Kommune.

Som det fremgår af kommunernes svar på konsortiets indsigelser, har kommunerne accepteret en udokumenteret erklæring fra Kirstine Hardam A/S om antallet af varianter i ”leverandørens serie”. Kommunerne har ingen objektiv afgrænsning af, hvor mange varianter der skal tilbydes i en serie, for at denne serie er fuldstændig.

Kravet om, at alle varianter i alle serier skulle tilbydes, er derved i bedste fald indholdsløs og i værste fald konkurrencefordrejende, da tilbudsgiverne ikke afgiver tilbud på et sammenligneligt grundlag. For begge de to muligheder gælder imidlertid, at udbudsdesignet indebærer, at kommunerne har ladet det være op til tilbudsgiverne at afgrænse det sortiment, som kan indkøbes på den udbudte aftale, hvorved kommunerne har forsømt at sikre, at kravene til det udbudte er beskrevet på en klar, nøjagtig og utvetydig måde.

Kommunerne har gjort gældende, at de udbudte stomiprodukter har været tilstrækkeligt klart og entydigt beskrevet i udbudsmaterialet i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Kommunerne har ikke overskredet deres skøn i forhold til beskrivelsen af de udbudte stomiprodukter. En ordregiver fastsætter således inden for de rammer, der følger af udbudsreglerne, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, skønsmæssigt, hvordan de udbudte ydelser skal beskrives, hvilke krav der skal stilles til ydelserne og prisstrukturen, jf. klagenævnets kendelse af 21. december 2011, Ortos A/S mod Odense Kommune.

Kommunerne har ikke accepteret, at den enkelte tilbudsgiver selv kunne fastsætte antallet af varianter inden for en tilbudt serie. Det fremgår af tilbudslisten, at en tilbudt serie på en konkret varelinje i tilbudslisten skulle indeholde alle varianter i form af alle farver og klar plast og størrelser (koblingsstørrelser, rumindhold) til samme enhedspris. Tilbudsgiverne har således ikke haft nogen valgfrihed i forhold til, hvor mange varianter (størrelser og farver) inden for en tilbudt serie der kunne tilbydes.

Kommunerne har i forbindelse med tilbudsevalueringen håndhævet tilbudslistens krav i relation til tilbudte varianter, hvilket dokumenteres ved, at kommunerne efter at have modtaget en indsigelse fra konsortiet valgte nærmere at undersøge forholdet om antallet af Kirstine Hardam A/S' tilbudte varianter på tilbudslistens position 1.2.10.

Det er således forkert, når konsortiet gør gældende, at kommunerne reelt har ladet det være op til tilbudsgiverne at beslutte, hvor mange varianter de ville tilbyde ind med inden for en serie. At der i relation til de to specifikke positioner i tilbudslisten var tale om, at de to tilbudsgivere havde tilbudte et forskelligt antal varianter, var begrundet i særlige forhold.

Der har heller ikke været tale om, at tilbudsgiverne har skullet definere noget selv. Tilbudsgiverne har blot skullet tilbyde minimum en enkelt fuld serie – indeholdende alle varianter – på de varelinjer, hvor det var relevant. Det har således ikke været op til den enkelte tilbudsgiver at ”fastlægge antallet af varianter” i hver serie. Tilbudsgiverne har som en forudsætning for at leve op til kravene på de relevante varelinjer skullet tilbyde alle eksisterende varianter inden for minimum én serie. At der med de fastlagte krav kunne opstå en situation, hvor de to tilbudsgivere tilbød et forskelligt antal varianter på en

konkret varelinje, har ikke udgjort et ligebehandlingsproblem, idet det har været et krav, at alle tilbudte varianter skulle tilbydes til den samme enhedspris, og at kravene til de tilbudte produkter på en varelinje skulle opfyldes, uanset hvor mange varianter der blev tilbudt.

Ad påstand 6

Konsortiet har gjort gældende, at kommunernes tildelingsbeslutning af 8. marts 2022 er behæftet med sådanne retlige mangler, at beslutningen ikke kan opretholdes og derfor skal annulleres.

Kommunerne har bevisbyrden for, at de manglende oplysninger, jf. det anførte ad påstand 1 og 2, ikke har haft betydning for konkurrencefeltet. Denne bevisbyrde har kommunerne ikke løftet, og overtrædelserne skal derfor føre til annullation af kommunernes tildelingsbeslutning, jf. klagenævnets kendelse af 24. juli 2018, Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune, og kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark.

Kommunerne har anvendt en evalueringsmetode, hvorefter hvert kvalitetspoint er ”prissat” med afsæt i en gennemsnitspris baseret på de tilbudte priser og kommunernes efterfølgende kapitalisering. Hvis kommunerne har begået fejl i kapitaliseringen af fejl og mangler i tilbuddene, herunder hvis kommunerne har ladet positioner uretmæssigt indgå i evalueringsgrundlaget, vil det derfor have direkte betydning for evalueringsresultatet. Under hensyn til karakteren og konsekvensen af de overtrædelser, som følger af påstand 1-5, skal kommunernes tildelingsbeslutning annulleres.

Kommunerne har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen af 8. marts 2022.

Særligt for så vidt angår påstand 1 er der tale om et formelt forhold, som ikke har haft betydning for feltet af tilbudsgivere og konkurrencesituationen ved udbuddet.

Vedrørende påstand 4 har dette forhold heller ikke haft betydning for evalueringen ved udbuddet, idet påstand 4 alene angår spørgsmålet om, hvorvidt et positionsnummer skulle udgå fra evalueringen for begge tilbudsgiveres

vedkommende, eller om positionsnummeret skulle kapitaliseres til det samme positive beløb for begge tilbudsgiveres vedkommende.

Klagenævnet udtaler

Ad udbudspligt

Kommunerne har den 10. januar 2022 udbudt en rammeaftale om levering af stomiprodukter som offentligt udbud i henhold til udbudslovens regler. Det fremgår af det offentliggjorte udbudsmateriale, at udbuddet vedrører indkøb af stomiprodukter til borgere med bevilling efter servicelovens § 112.

Sagen vedrører, om kommunerne har overtrådt udbudslovens bestemmelser. Det er herefter afgørende, om den udbudte rammeaftale er en gensidigt bebyrdende aftale og dermed en offentlig kontrakt i udbudslovens forstand og derfor underlagt udbudslovens bestemmelser.

Leverandøraftaler efter servicelovens § 112, stk. 2, er gensidigt bebyrdende aftaler og dermed udbudspligtige, hvis de angår en udbudspligtig ydelse og har en værdi, der overstiger tærskelværdien for udbud. At leverandøraftaler i henhold til servicelovens § 112, stk. 2, er udbudspligtige, har klagenævnet også tidligere udtalt, jf. bl.a. kendelse af 21. august 2013, BandagistCentret A/S m.fl. mod Haderslev Kommune m.fl.

Det er ubestridt, at kommunerne har offentliggjort et udbudsmateriale indeholdende en udbudsbekendtgørelse, udbudsbetingelser, kravspecifikation, tilbudsliste og udkast til rammeaftale, og at udbuddet er gennemført som et offentligt udbud i henhold til udbudslovens bestemmelser. Det er ligeledes ubestridt, at den udbudte ydelse har en værdi, der overstiger tærskelværdien. Det må således antages, at formålet med processen har været at indgå en leverandøraftale, hvor de borgere, der ikke benytter sig af deres frie valg, skal benytte den indgåede aftale.

Det fremgår af udbudsmaterialet, at leverandøren foruden levering af stomiprodukterne skal stille et bevillingssystem til rådighed, som kommunerne skal kunne tilgå i forbindelse med oprettelse, redigering, bestilling og afslutning af bevillinger. Leverandøren skal også undervise kommunernes medarbejdere i anvendelsen af systemet ved kontraktstart og udarbejde en vejled-

ning i brugen af systemet. Desuden er leverandøren forpligtet til at yde sygeplejefaglig konsulentbistand til kommunernes ansatte i aftaleperioden i form af telefonisk og personlig rådgivning i stomiprodukter og i vejledning i brugen af disse. Bevillingssystemet og de dertil knyttede ydelser fra leverandøren og den sygeplejefaglige konsulentbistand skulle ikke særskilt prissættes i tilbudslisten, og omkostningerne hertil indregnes derfor i leverandørens tilbudte stomiprodukter.

Offentlige kontrakter i udbudslovens forstand er defineret i udbudslovens § 24, nr. 24. I lovbemærkningerne til denne bestemmelse står bl.a., at det kun er aftaler, hvor parterne forpligter sig til at gengælde ydelse mod ydelse, der er omfattet af begrebet. Det er ikke nødvendigt, at modydelsen består i pengebeløb. Kommunerne har forpligtet leverandøren til at levere sygeplejefaglige konsulentbistand til kommunernes ansatte og afholde undervisning for kommunernes medarbejdere i bevillingssystemet ved kontraktstart, og kommunerne modtager dermed en ydelse fra leverandøren i aftaleperioden, som kommunerne alt andet lige har en økonomisk interesse i. Hertil kommer kommunens økonomiske interesse i, at leverandøren stiller et bevillingssystem til rådighed.

Efter det anførte har kommunerne ikke løftet bevisbyrden for, at udbuddet er iværksat i medfør af servicelovens § 112, stk. 3, sidste punktum. Der er derimod tale om et udbud af en leverandøraftale efter servicelovens § 112, stk. 2, der er gensidigt bebyrdende og dermed udbudspligtig.

Ad påstand 1

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens punkt VI.3, at de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137 finder anvendelse. I punkterne III.1.2 og III.1.3 står indledningsvis ”Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier” for henholdsvis økonomisk og finansiel kapacitet og for teknisk og faglig kapacitet, og det er anført, at tilbudsgiveren i de sidste to afsluttede regnskabsår skal have en positiv egenkapital, og at tilbudsgiveren skal have minimum to referencer. Til referencerne er det beskrevet, hvilke kriterier disse skal opfylde, og hvilke oplysninger der skal fremgå af referencelisten.

Det følger af udbudslovens § 137, at en ordregiver i udbudsbekendtgørelsen skal anføre, hvis en tilbudsgiver eller ansøger vil blive udelukket fra at del-

tage i en udbudsprocedure, hvis en af de frivillige udelukkelsesgrunde i bestemmelsen finder anvendelse. Tilsvarende fremgår ikke af udbudslovens §§ 135 og 136 om de obligatoriske udelukkelsesgrunde.

Af bilag V til udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU), del C, punkt 11, litra c, fremgår, at ordregiveren skal angive ”en liste over og kort beskrivelse af kriterier vedrørende de økonomiske aktørers personlige forhold, som kan føre til deres udelukkelse, og af udvælgelseskriterier; eventuelle specifikke minimumstærskelkrav; angivelse af krævede oplysninger (egenerklæringer, dokumentation).” Det fremgår således ikke, at ordregiveren tillige skal angive en liste og kort beskrivelse af forhold, der *skal* føre til tilbudsgiverens udelukkelse.

På denne baggrund, og da det også må antages, at enhver oplyst og påpasselig tilbudsgiver ikke kan være i tvivl om, at de obligatoriske udelukkelsesgrunde finder anvendelse i et offentligt udbud, der er gennemført efter udbudslovens afsnit II, er der ikke grundlag for at konstatere, at kommunerne har handlet i strid med udbudslovens § 2 og § 128, stk. 2.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

I udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.6 har kommunerne som anslået værdi anført 116.016.644 kr. Tilsvarende oplysning fremgår af udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.5, Anslået samlet værdi.

Kommunerne har på baggrund af besvarelse af spørgsmål 4 anført i udbudsbetingelserne, at omsætningen på rammeaftalen ikke forventes at overstige 140.000.000 kr. Videre fremgår det af udbudsbetingelserne, at rammeaftalen som udgangspunkt ikke medfører en pligt for ordregiveren til at aftage en bestemt mængde af de produkter, der er omfattet af aftalen. I udbudsmaterialets tilbudsliste fremgår tillige en kolonne med det estimerede årlige forbrug pr. varelinje.

EU-Domstolen har i dom af 17. juni 2021 i sag C-23/20, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark, slået fast, at ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale skal angive

en maksimal mængde eller maksimal samlet værdi af de varer, der skal leveres i henhold til rammeaftalen, og at en manglende overholdelse heraf er i strid med udbudsdirektivets artikel 49, som er implementeret i dansk ret ved udbudslovens § 56 og § 128, stk. 2, og artikel 18, som svarer til udbudslovens § 2.

EU-Domstolen har også i dommen (præmis 61) anført, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, således at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige tilbudsgivere kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde.

En forventet maksimal værdi og et estimeret årligt forbrug er ikke en fikseret maksimal grænse og kan derfor ikke anses som en angivelse af den maksimale mængde eller maksimale samlede værdi af de varer, der skal leveres.

Det har væsentlig betydning for potentielle tilbudsgivere, at ordregiveren angiver en maksimal mængde eller maksimal samlet værdi af de varer, der skal leveres i henhold til en rammeaftale, idet de pågældende tilbudsgivere på grundlag heraf skal være i stand til at vurdere deres evne til at opfylde forpligtelserne i henhold til rammeaftalen. Klagenævnet finder på denne baggrund, at kommunerne ikke har levet op til kravet om, at der i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale skal angives en maksimal mængde eller maksimal værdi af de varer, der skal leveres i henhold til rammeaftalen.

Det, som kommunerne har anført i forbindelse med klagesagen om, at de vil overholde den oplyste – forventede – maksimale samlet værdi, kan ikke føre til et andet resultat.

Påstanden tages herefter til følge.

Ad påstand 3

Det følger af udbudsbetingelserne, at kommunerne i forhold til det kvalitative underkriterium ”Kvalitet” vil foretage en skønsmæssig vurdering af tilbudsgiverens bevillingssystem og bestillingssystem.

Kommunerne har om vurderingen af bevillingssystemet beskrevet, hvilke forhold der ville vægte positivt ved vurderingen af systemets brugervenlighed, bl.a. at systemet er intuitivt, overskueligt, hurtigt og let at navigere i. Til dette har kommunerne som delkriterier fastsat, at der vil blive vurderet på, hvor mange klik der skal anvendes ved oprettelse af en bevilling, ændring af en bevilling samt produktsøgning via varenummer og produktnavn, og om det er muligt at søge helt eller delvist på produktnavne, opstilling af alle bevillinger på det enkelte produkt (dvs. borgere med samme produkt) samt mulighed for bevillingsansvarlig at se aftaleprisen på produktet, og om et produkt er en aftalevare.

Vedrørende kommunernes vurdering af bestillingssystemet står der i udbudsbetingelserne, at det bl.a. vil blive vurderet positivt, at systemet er intuitivt, overskueligt, hurtigt og let kan anvendes af mange forskellige typer borgere med forskellige grader af it-færdigheder. Desuden vil brugen af tegn og symboler, om der skal anvendes mange klik for at anvende eller komme frem til de ønskede funktioner/oplysninger, og om systemet virker overskueligt, herunder om de vigtigste elementer er synlige, hvordan siderne er indrettet, og om det er nemt at navigere rundt i systemet, faner, genveje mv., blive vurderet positivt ved evalueringen.

For at kommunerne kunne evaluere tilbudsgivernes systemer, skulle tilbudsgiverne give kommunerne adgang til systemerne. Tilbudsgiverne skulle i den forbindelse oprette et testlogin for kommunerne, og begge systemer skulle indeholde testdata. Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 8.2, at disse data gerne måtte være fiktive.

Efter fast praksis kan klagenævnet alene tilsidesætte det skøn, som ordregiveren har udøvet ved bedømmelsen af tilbudsgivernes opfyldelse af de kvalitative kriterier, hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregivers evalueringskøn, eller har handlet usagligt.

Ved en gennemgang af kommunernes evaluering har klagenævnet ikke grundlag for at konstatere, at kommunerne har foretaget en evaluering i strid med de fastsatte vilkår i udbudsmaterialet. Klagenævnet kan således ikke fastslå, at kommunerne har overskredet grænserne for deres skøn eller i øvrigt har handlet usagligt. Kommunerne har herefter ikke handlet i strid med udbudslovens § 2.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 6.4, at positionsnumre med fejl eller mangler, eller som ikke er udfyldt, vil blive kapitaliseret, og at en fejl eller mangel skal forstås på den måde, at der er tilbudt en ukonditionsmæssig vare, at ordregiver ikke kan identificere, hvilket produkt der er tilbudt, at der ikke er tilbudt tilstrækkeligt med varenumre til at kunne opfylde kravene på positionsnummeret, at der er budt ind med samme produkt på flere varelinjer, at et obligatorisk felt ikke er udfyldt mv. Videre står der, at hvis ingen leverandører har budt ind med en konditionsmæssig pris/produkt på et positionsnummer, vil varelinjen udgå i sin helhed fra evalueringen og samtidig ikke tælle med i de positionsnumre, hvor der må være fejl eller mangler.

Det fremgår af kommunernes evalueringsrapport, at både konsortiet og Kirstine Hardam A/S' tilbud var ukonditionsmæssige på position 4.4.01, og at kommunerne har kapitaliseret den pågældende position for begge tilbudsgivere. Kapitaliseringen er foretaget ud fra udbudsbetingelsernes punkt 6.4, hvor positionen for begge tilbudsgiveres vedkommende er blevet prissat til den højeste indkomne tilbudspris på positionen tillagt 25 %.

Både konsortiets og Kirstine Hardam A/S' tilbud var ukonditionsmæssige på position 4.4.01, og varelinjen skulle derfor være udgået af evalueringen af begge tilbud. Da kommunerne valgte i stedet at evaluere varelinjen ved at kapitalisere denne, har kommunerne handlet i strid med udbudslovens § 2.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 5

I udbudsbetingelsernes punkt 2.1 står der, at udbuddet vedrører indkøb af stomiprodukter, og at en nærmere beskrivelse af de udbudte produkter og varegrupper, herunder de krav varerne skal opfylde, fremgår af udbudsmaterialets spørgsmål, svar og ændringer til udbudsmaterialet (bilag 2), kravspecifikation (bilag 3) og tilbudsliste (bilag 4).

Af kravspecifikationen fremgår en række krav, som de tilbudte varer skal overholde. Af tilbudslisten fremgår det indledningsvis, at de tilbudte serier

skal indeholde alle farver og klar plast til samme tilbudte enhedspris for varelinjen, og at de tilbudte serier skal indeholde alle størrelser (koblingsstørrelser, rumindhold) til samme tilbudte enhedspris for varelinjen. Kommunerne har ved besvarelse af spørgsmål 115 tillige bekræftet, at alle varianterne i serierne skal tilbydes.

Det har således ikke været uklart, hvilke krav de tilbudte varer skulle opfylde, eller at tilbudsgiverne skulle tilbyde alle varianter i de tilbudte serier, og kommunerne har dermed ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 6

Kommunernes overtrædelse ad påstand 4 kan ud fra en konkret væsentlighedsvurdering ikke føre til annullation. Klagenævnet har i den forbindelse lagt vægt på, at begge de modtagne tilbud var ukonditionsmæssige på position 4.4.01, og positionen blev kapitaliseret ens i begge tilbud. Kapitaliseringen har således ikke haft nogen betydning for udfaldet af evalueringen. Udfaldet ville have været det samme, hvis kommunerne havde valgt at lade positionen udgå af evalueringen.

Konsortiet har fået medhold i påstand 2, og kommunerne har ikke løftet bevisbyrden for, at den manglende angivelse af en maksimal mængde eller maksimal samlet værdi af de varer, der skal leveres i henhold til rammeaftalen, ikke har bevirket, at potentielle tilbudsgivere har afholdt sig fra at afgive tilbud.

Påstanden om annullation af kommunernes tildelingsbeslutning af 8. marts 2022 tages derfor til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Kommunerne har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale at angive en maksimal mængde eller maksimal værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale.

Ad påstand 4

Kommunerne har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i evalueringen af tilbuddene at kapitalisere ”fejl og mangler” i tilbudslisterne i strid med udbudsmaterialet.

Kommunernes beslutning af 8. marts 2022 om at indgå kontrakt med Kirstine Hardam A/S annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1, 3 og 5.

Esbjerg Kommune, Middelfart Kommune, Vejle Kommune, Herning Kommune, Fanø Kommune, Vejen Kommune, Varde Kommune og Billund Kommune skal solidarisk inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 40.000 kr. i sagsomkostninger til Konsortiet Abena A/S og Coloplast Danmark A/S.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent