

K E N D E L S E

Mediq Danmark A/S  
(advokat Rikke Lange Slavensky, København)

mod

Høje-Taastrup Kommune,  
Brøndby Kommune,  
Køge Kommune  
og  
Odsherred Kommune  
(advokat Kurt Helles Bardeleben, København)

Intervenient:  
DanuCare ApS  
(advokat Mikala Berg Dueholm, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 128-363969 af 1. juli 2022, offentliggjort den 6. juli 2022, udbød Høje-Taastrup Kommune, Brøndby Kommune, Køge Kommune og Odsherred Kommune ("Kommunerne") som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II en rammeaftale med en enkelt leverandør vedrørende indkøb af klinisk ernæring og utensilier.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 8. august 2022 havde Kommunerne modtaget tilbud fra tre leverandører: Mediq Danmark A/S, DanuCare ApS og Nutricia A/S. Den 30. august 2022 besluttede Kommunerne at

indgå kontrakter med DanuCare ApS, og Kommunerne har herefter indgået kontrakter.

Den 9. september 2022 indgav Mediq Danmark A/S ("Mediq") klage til Klagenævnet for Udbud over Kommunerne. Mediq fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 7. oktober 2022 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

Mediq har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Kommunerne har handlet i strid med principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, da udbudsmaterialet ikke var gennemsigtigt, herunder at den udbudte genstand ikke var klart beskrevet, hvorfor udbudsmaterialet ikke er egnet til at danne grundlag for tildeling af den udbudte rammeaftale.

#### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Kommunerne har handlet i strid med udbudslovens § 45, udbudslovens § 160 og principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have anvendt en evalueringsmodel for underkriteriet Pris, der er uigennemsigtig og reelt giver Kommunerne et frit valg ved valget af tilbudsgiver, og dermed ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

#### Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Kommunerne har handlet i strid med udbudslovens § 49 og principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i udbudsbekendtgørelsen at have oplyst, at udbuddet vedrørte én rammeaftale, mens det af udbudsmaterialet fremgik, at der ville blive indgået 4 rammeaftaler, hvorfor udbudsmaterialet er uklart og dermed ikke egnet til at danne grundlag for tildeling af den udbudte rammeaftale.

#### Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Kommunerne har handlet i strid med principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved hverken at have oplyst om anslået mængde/værdi eller maksimal mængde/værdi for hver af de udbudte delkontrakter i udbudsmaterialet.

#### Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Kommunerne har handlet i strid med udbudslovens § 42 og principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have angivet specifikke varemærker i udbudsmaterialets bilag C – Statistik over historisk forbrug.

Subsidiært skal Klagenævnet for Udbud konstatere, at angivelserne af varemærker skulle have været efterfulgt af formuleringen ”eller tilsvarende”, jf. § 42, stk. 2.

#### Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2, annullere Kommunernes beslutning af 30. august 2022 om at tildele rammeaftale til DanuCare.

#### Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2, annullere Kommunernes udbud af klinisk ernæring og utensilier offentliggjort ved udbudsbekendtgørelse 2022/S 128-363969 den 6. juli 2022.

#### Påstand 8

Klagenævnet for Udbud skal i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 3, påbyde Kommunerne at bringe de indgåede rammeaftaler til ophør, jf. udbudslovens § 185, stk. 2.

Mediq har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Klagenævnet har den 12. september 2022 meddelt DanuCare, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

DanuCare har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 20. september 2022 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at DanuCare intervenerer i sagen til støtte for Kommunerne.

#### Sagens nærmere omstændigheder

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 128-363969 af 1. juli 2022, offentliggjort den 6. juli 2022, udbød Høje-Taastrup Kommune, Brøndby Kommune, Køge Kommune og Odsherred Kommune som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II en rammeaftale med en enkelt aktør vedrørende indkøb af klinisk ernæring og utensilier.

Der var tale om et genudbud. Det første udbud af rammeaftalen blev offentliggjort den 21. marts 2022 ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 056-146162.

Ved brev af 10. maj 2022 gjorde Mediq indsigelse over for det første udbud og opfordrede Kommunerne til at annullere udbuddet.

Den 20. maj 2022 annullerede Kommunerne udbuddet.

Kommunerne genudbød rammeaftalen ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 128-363969 offentliggjort den 6. juli 2022.

I udbudsbekendtgørelsen står der:

” ...

I.2) Information om fælles indkøb  
Kontrakten omfatter fælles udbud

...

II.1.4) Kort beskrivelse:

Følgende kommuner (herefter samlet benævnt Ordregiver) er gået sammen om at udbyde klinisk ernæring og utensilier: Brøndby Kommune Høje-Taastrup Kommune Køge Kommune Odsherred Kommune

II.1.5) Anslået samlet værdi

Værdi eksklusive moms: 1 900 000.00 DKK

II.1.6) Oplysninger om delkontrakter  
Kontrakten er opdelt i delkontrakter: nej

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet  
Følgende kommuner (herefter samlet benævnt Ordregiver) er gået sammen om at udbyde klinisk ernæring og utensilier: Brøndby Kommune Høje-Taastrup Kommune Køge Kommune Odsherred Kommune

...

II.2.6) Anslået værdi  
Værdi eksklusive moms: 1 900 000.00 DKK

...

II.2.11) Oplysninger om optioner  
Optioner: ja  
Beskrivelse af optioner:  
Rammeaftalen er fireårig. Rammeaftalen træder i kraft 1. oktober 2022 ved underskrift. Rammeaftalen udløber to (2) år efter ikrafttræden med mulighed for option 2 x 12 måneder.

...

II.2.14) Yderligere oplysninger  
Det er Ordregiveres forventning, at det samlede årlige indkøb på Rammeaftalen vil være ca. 1.900.000 DKK og højst 2.300.000 DKK.  
..."

I udbudsbetingelserne står der:

”...

Den ordregivende myndighed, på vegne af 4 kommuner, under dette udbud er:

Høje-Taastrup Kommune  
(...)

Følgende kommuner (herefter samlet benævnt Ordregiver) er gået sammen om at udbyde klinisk ernæring og utensilier:

Brøndby Kommune Høje-Taastrup Kommune Køge Kommune  
Odsherred Kommune

Ordregiver er den ansvarlige for udbuddets tilrettelæggelse og gennemførelse, og kontrakterne vil skulle indgås med hver kommune individuelt.

...

## 2.1 Kort beskrivelse af kontrakten

Ordregiver udbyder Rammeaftale om anskaffelse af klinisk ernæring og utensilier.

Rammeaftalen omfatter anskaffelse af varer indenfor følgende 12 kategorier:

1. Ernæringssæt
2. Pumper
3. Sonder
4. Tilbehør til ernæringssonder
5. Nasalsoner
6. Fiksering
7. Sondeernæring
8. Drik
9. Engangsprøjter
10. Flergangsprøjter
11. Gebyr
12. Stativer

Rammeaftalen gælder kommunernes indkøb af klinisk ernæring og utensilier.

Leverandøren, der tildeles Rammeaftalen, vil således skulle kunne håndtere og levere til et stort antal enheder, som er beliggende på mange forskellige adresser primært inden for Kommunernes grænser. Der vil blive udarbejdet en kontrakt pr. kommune, der efterfølgende selv administrerer kontrakten.

Kommune	Forventet leveringer
<b>Brøndby Kommune</b>	300
<b>Høje-Taastrup Kommune</b>	550
<b>Køge Kommune</b>	600
<b>Odsherreds Kommune</b>	250

For nærmere beskrivelse af de udbudte ydelser, herunder de mindstekrav ydelserne skal opfylde, henvises til Bilag 1 - Teknisk specifikation, Bilag B - Tilbudslisten samt eventuelle rettelser og besvarelse af spørgsmål.

Ordregivers krav til kontraktvilkår fremgår af udkast til Rammeaftale (bilag A).

Den udbudte aftale er en rammeaftale i overensstemmelse med reglerne i udbudsloven. Rammeaftalen indebærer, at Ordregiver ikke har pligt til at aftage en bestemt mængde varer eller ydelser.

Det er Ordregiveres forventning, at det samlede årlige indkøb på Rammeaftalen vil være ca. 1.900.000 DKK og højst 2.300.000 DKK.

## **2.2 Delkontrakter**

Ordregiver har ikke opdelt kontrakten i delkontrakter, idet Ordregiver vurderer at kunne opnå stordriftsfordele ved ikke at opdele kontrakten samt at en opdeling vil vanskeliggøre den efterfølgende kontraktadministration uforholdsmæssigt meget.

## **2.3 Antal økonomiske aktører på kontrakten**

Ordregiver ønsker at indgå aftale med én økonomisk aktør.

...

## **3.2 Udbudsform**

Udbuddet gennemføres som offentligt udbud, hvilket indebærer, at enhver økonomisk aktør kan afgive tilbud.

Udbuddet gennemføres som et sortimentsudbud, således at Ordregiver i Tilbudslisten (Bilag B) har anført de udbudte produktkategorier i overensstemmelse med udbudslovens § 45 samt en beskrivelse af hver af disse. Tilbudsgiver skal byde ind med samtlige varer i sit sortiment, som kan kategoriseres som hørende under de i Tilbudslisten oplyste produktkategorier.

Ordregiver har i Bilag C – Statistik over det historiske forbrug angivet Ordregivers indkøb af klinisk ernæring og utensilier i hele 2020 og 2021. Som følge af datakvalitet i historiske fakturaer, har det alene været muligt at opgøre ca. 70 % af Ordregivers forbrug, men det er Ordregivers vurdering, at størstedelen af det forbrug, der ikke har kunnet opgøres, har været inden for samme produkter, der er anført i Bilag C.

Bilag C har alene til formål at skabe overblik over Ordregivers historiske forbrug (varer og mængder) for på enkelt vis at illustrere for tilbudsgiverne, hvilke produkttyper Ordregiver også fremadrettet forventer at have behov for at aftage og dermed ønsker er en del af tilbudsgivernes sortiment opført i Tilbudslisten (bilag B) indenfor de udbudte produktka-

tegorier. Bilag C er en opstilling af Ordregivers historiske indkøb og indeholder derfor både produktnavne og mængder, hvilket ikke er udtryk for, at Ordregiver foretrækker bestemte produktnavne/varemærker/fabrikater e.l.

...

#### 4.1.2 Dokumenter til brug for tildeling af kontrakt

Tilbudsgiver **skal** i sit tilbud vedlægge en udfyldt Tilbudsliste – Rabattsats og priser (Bilag B).

Ordregiver har i Tilbudslisten (Bilag B) oplyst 12 kategorier. Tilbudsgiver skal udfylde Tilbudslisten ved at angive **samtlig**e varer fra sit sortiment, som kan kategoriseres som hørende under de i Tilbudslisten oplyste produktkategorier.

Det er Tilbudsgivernes egen vurdering, hvilken produktkategori en given vare tilhører. Der er ikke forbud mod, at den samme vare placeres under mere end én produktkategori, hvis Tilbudsgiver vurderer, et produkt er hørende under flere produktkategorier.

Det er et krav, at tilbudsgiver tilbyder varer inden for hver af de i Tilbudslisten (Bilag B) oplyste produktkategorier.

Yderligere informationer om, og vejledning til, hvordan Tilbudslisten skal udfyldes, findes i Tilbudslisten (Bilag B).

...

## 6. Tildeling af kontrakt

### 6.1 Kriterier for tildeling

Ordregiver vil tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvilket identificeres på grundlag af bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Ordregiver vil anvende følgende underopdeling i tildelingskriterierne:

<u>Tildelingskriterium</u>	<u>Priser</u>	<u>Vægtning</u>
Pris	Varekurv på klinisk ernæring og utensilier	50 %
Kvalitet/service	Jf. kravene i Rammeaftalebilag 1	50 %
<b>I alt</b>		<b>100 %</b>



## 6.2 Evalueringsmetode

### 6.2.1 Varekurv på klinisk ernæring og utensilier

På baggrund af Ordregivers historiske indkøb (Bilag C), har Ordregiver forud for offentliggørelsen af udbudsmaterialet fastlagt en repræsentativ varekurv (Bilag 3), som skal danne udgangspunkt for evalueringen. Varekurven er forud for offentliggørelsen af udbudsmaterialet blevet ”låst” og vedhæftet materialet i EU-Supply (Mercell). Varekurven benyttes alene ved Ordregivers evaluering af de indkomne tilbud. Tilbudsgiver **kan** udfylde varekurven med forslag til **sammenlignelige** produkter med varenummer, producentens varenummer, beskrivelse samt pris. Ordregiver vil efterfølgende verificere produkterne samt lægge prisen ind i skemaet såfremt dette mangler. **Det er Ordregivers ansvar** at plukke andre varer, såfremt varen ikke er verificeret af Ordregiver. Sammenlignelige varer, er varer der opfylder de samme krav som dem i Bilag C Statistik. F.eks. Drik, 2 kcal, 200 ml skal leveres i 200 ml.

Såfremt Ordregiver skifter den af Tilbudsgiver foreslåede vare ud i Tilbudslisten, **skal** der være pris på den vare Ordregiver vælger. Såfremt der ikke er priser på samtlige plukkede varer i webshoppen/Tilbudslisten, vil Tilbudsgiver være ukonditionsmæssig. Såfremt der i pakker / æsker ikke er lige mange, vil Ordre omregne, så prisen bliver 1:1. Det er Ordregivers ansvar at verificere, at produkterne er sammenlignelige og at Ordregiver vurderer dem sammenlignelige.

Varekurven indeholder i alt 41 varer. Der er varer fra samtlige produkt-kategorier i Tilbudslisten (Bilag B). Varekurven indeholder et bredt udvalg af varer, herunder varer Ordregiver historisk har købt mange af, men også varer inden for niche-kategorier. Varekurven indeholder ingen henvisninger til varemærker, men udelukkende Ordregivers generiske angivelse og beskrivelse af varerne, herunder type, størrelse, dimensioner materiale, farve, holdbarhed, formål mm. For hver vare i varekurven, har Ordregiver på baggrund af sit bedste skøn angivet sit estimerede forbrug.

Ordregiver vil i forbindelse med tilbudsevalueringen foretage et fiktivt standardindkøb ved at udvælge varer fra tilbudsgivers Tilbudsliste, der er sammenlignelige med varerne i varekurven. Ordregiver udvælger tilbudsgivernes billigste, sammenlignelige varer uden hensyn til varenavn, varemærke, fabrikat e.l.

Såfremt én eller flere tilbudsgivere ikke tilbyder en vare, der er sammenlignelig med en given vare i varekurven, vil dette anses for en form for tilladt forbehold og vil blive prissat af Ordregiver. Ikke-sammenlignelige varer, der anses for forbehold af Ordregiver, vil blive prissat efter følgende formel:

*Højeste tilbudte pris for en tilsvarende, sammenlignelig vare  
blandt de andre Tilbudsgivere + 15%*

Prissætningen af ikke-sammenlignelige varer hos en tilbudsgiver har til formål at sikre, at der evalueres på flest mulig antal varer i varekurven, og at Tilbudsgivere uden sammenlignelige varer i deres tilbud, ikke har en evalueringsmæssig fordel i forhold til de andre tilbudsgivere.

Formelen tager udgangspunkt i det tilfælde, at Ordregiver bliver nødt til at dække sit køb hos en anden og forventeligt dyrere tilbudsgiver, samt eventuelle omkostninger der er forbundet med sådanne transaktioner, såsom leveringsomkostninger og intern håndtering af separate ordrer og fakturerer.

...

Hvis ingen Tilbudsgiver tilbyder en vare i deres sortiment, som er sammenlignelig med en given vare i varekurven, vil den pågældende vare udgå af evalueringen.

Det er Ordregivers hensigt at evaluere flest mulig varer i varekurven. Som følge af ovenstående forbeholder Ordregiver sig dog retten til at lade et antal varer og/eller enkelte produktkategorier udgå af evalueringen.

Den evalueringstekniske pris vil være prisen for det fiktive standardindkøb - hvor der er taget højde for Ordregivers estimerede forbrug som anført i Bilag C- på baggrund af Tilbudsgivers listepreiser fratrukket de af Tilbudsgiver tilbudte rabatsatser.

#### **6.2.1.1 Ordregivers udvælgelse af sammenlignelige varer**

Det fiktive standardindkøb vil blive foretaget af en af Ordregiver nedsat arbejdsgruppe bestående af udbudskonsulenter og fagpersoner, der er ansatte i kommunerne.

Ved det fiktive standardindkøb vil arbejdsgruppen sikre, at tilbudsgivernes varer er sammenlignelige med varerne i varekurven. Ved sin vurdering vil arbejdsgruppen lægge vægt på de tilbudte varers type, størrelse, vægt, dimensioner, materiale, holdbarhed, justerbarhed, og formål. Det er arbejdsgruppens faglige skøn der afgør, hvorvidt de tilbudte varer er sammenlignelige med varerne i varekurven. Mindre afvigelser i eksempelvis varernes størrelse (længde, diameter, vægt mv.) udelukker ikke, at varerne er sammenlignelige.

Grundlaget for arbejdsgruppens vurdering vil udelukkende være de oplysninger, der fremgår af tilbudsgivernes fremsendte tilbud. Ordregiver forbeholder sig dog retten til at foretage teknisk afklaring i overensstemmelse med udbudslovens § 159, stk. 5.

Ved ikke sammenlignelige pakningsstørrelser vil der blive foretaget en omregning, så pakkestørrelserne er sammenlignelige.”

I udkast til rammeaftale er det på første side angivet:

**”Rammeaftale  
Om levering af Klinisk ernæring og utensilier**

**mellem**

[xx] Kommune

[adresse]

[postnr., by]

[CVR.nr.]

(herefter benævnt Kommunen)

**og**

[Leverandør]

[Adresse]

[Postnr., by]

[CVR.nr.]

(herefter benævnt Leverandøren)

(Kommunen og Leverandøren herefter under et benævnt ”Parterne” og enkeltvis ”Part”)

I udkast til rammeaftale står der derudover bl.a.:

**”1. Formål og omfang**

Parterne har indgået denne rammeaftale om Klinisk ernæring og utensilier med tilhørende bilag (herefter samlet benævnt Rammeaftalen).

Rammeaftalen baserer sig således på et fællesudbud foretaget i rammen af klyngesamarbejdet med deltagelse af Brøndby Kommune, Høje-Taastrup Kommune, Køge Kommune samt Odsherred Kommune.

Formålet med Rammeaftalen er at regulere forholdet mellem Parterne i relation til levering af Klinisk ernæring og utensilier til Kommunerne.

Rammeaftalen omfatter de kategorier som fremgår af Bilag B Tilbudsliste samt de produkter som må have været tilføjet senere, jf. afsnit 9.

## **2. Definitioner og terminologier**

...

Rammeaftale      Nærværende rammeaftale inkl. bilag med alle senere ændringer og tillæg.

...

## **6. Leverandørens generelle forpligtelser**

Leverandørens ydelser og forpligtelser er beskrevet i nærværende Rammeaftale. Leverandøren skal levere ydelser i overensstemmelse hermed.

Leverancernes omfang bestemmes af de bestillinger, som foretages af Bestillerne, og Leverandøren er forpligtet til, til enhver tid, at være leveringsdygtig i samtlige varer, der er omfattet af Rammeaftalen.

...

## **15. Leveringsbetingelser**

Leverandøren skal præstere Leverancen på Opfyldelsesstedet og Opfyldelsestidspunktet jf. pkt. 6 i den teknisk specifikation (bilag 1).

Opfyldelsesstedet for Leverancen er den eller de adresse(r), som Kunden angiver i Ordren. Den tekniske specifikation (bilag 1) og Leverandørens tilbud (bilag 2) kan fastsætte nærmere vedrørende Opfyldelsesstedet.

...

Leverancen skal leveres vederlagsfrit ved ordrer på minimum 500 DKK ekskl. moms.

Ved Leverancer under 500 DKK ekskl. moms kan leverandøren tillægge et leveringsgebyr på 50 kr. ekskl. moms.

Levering er ikke sket, førend Leverancen fysisk er leveret på den angivne adresse, og en af Kunden ansat har kvitteret for modtagelsen.

...”

I rammeaftalens bilag 1, Teknisk Specifikation, er der fastlagt mindstekrav til de tilbudte produkter. I bilag 1, Teknisk Specifikation, står der:

”...

#### 1. Elektronisk varekatalog

Kommunerne benytter sig af elektroniske varekataloger (Rakat/Mercell 4 kommuner). Varekataloget indlæses via Bizzisland.

Tilbudsgiveren er forpligtet til, senest 14 dage før aftalens ikrafttrædelse, at stille elektronisk varekatalog til rådighed for Køberen, således at Ordre kan afgives elektronisk gennem Køberens elektroniske indkøbssystem.

Det elektroniske varekatalog skal indeholde alle varer og de hertil gældende priser, inklusive varenavn, varenummer jf. Aftalen, salgsenheder, fyldestgørende varebeskrivelse og konkret produktbillede.

Ændring af priser og/eller sortiment kan kun ske efter aftale med Køberen. Ved ændringer af priser og/eller sortiment er det Tilbudsgiverens ansvar, at et godkendt elektronisk varekatalog gøres tilgængeligt for Køberen straks ved ændringens ikrafttræden.

...

#### 2. Tekniske specifikationer (MK)

Nedenstående mindstekrav skal opfyldes af Tilbudsgiveren. Ordregiver er forpligtet til at afvise ethvert tilbud som uantageligt, hvis tilbuddet indeholder forbehold, der vedrører grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, herunder forbehold vedrørende mindstekrav. Ordregiver kan ikke foretage ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, herunder ændringer af mindstekrav.

Nr.	Hoved-gruppe	Beskrivelse	Bekræft ved X
...	...	...	...
6.	Service	Tilbudsgiveren <b>skal</b> kunne tilbyde dag-til-dag- levering direkte til borgerens dør eller plejecenters indgang - ved bestilling inden kl. 14.00 sendes samme dag på hverdage. Ved afsendelse senere end samme dag vil der blive opkrævet bod jf. kontrakten pkt. 22.	
...	...	...	...

10.	Service	<p>Tilbudsgiveren <b>må kun</b> fremsende klinisk ernæring og utensilier, til 1 måneds forbrug ad gangen. Ved Nyopstartede Borgere vil der blive oplyst et månedsforbrug, dette forbrug må ikke overskrides, dette afklares med diætisten/fagpersonalet. Det skal forstås således, at Tilbudsgiver skal informere Borgeren eller Ordregiver såfremt der bestilles mere.</p> <p>Forbruget er ikke betinget af Leverandørens antal i kasser, så det skal være muligt at Leverandøren kan anbryde en kasse. Dette krav</p> <p>Ved levering til mere end en måned vil der blive opkrævet bod jf. kontrakten pkt. 22.</p>	
...	...	...	...
14.	Service	<p>Tilbudsgiveren <b>skal</b> kunne håndtere splitfakturering, hvor kliniske ernæringsprodukter betales af borgeren og utensilier betales af Ordregiver, samt § 122 hvor Kommunen betaler en del af fakturaen (40%) og Regionen betaler den anden del (60%).</p>	
15.	Grøn ordination	<p>Tilbudsgiveren <b>skal</b> sikre, at der foreligger en grøn ordination inden produkterne leveres.</p> <p>Såfremt Borgeren / Ordregiver får en regning på 100 % af udgiften dvs. uden tilskud fra Regionen, vil der blive opkrævet bod af Tilbudsgiveren jf. kontrakten pkt. 22.</p>	
...	...	...	...
17.	Generelt	<p>De tilbudte produkter <b>skal</b> til enhver tid opfylde alle relevante myndighedsforskrifter, love og EU-direktiver gældende i Danmark, herunder miljøforhold og CE-mærkning.</p>	
...	...	...	...

...

### 3. Tekniske specifikationer (KK)

Nedenstående krav bør opfyldes af Tilbudsgiveren og evalueres af Ordregivers fagpersoner.

Nr.	Hoved-gruppe	Beskrivelse	Bekræft ved X
...	...	...	...
16.	Service	Tilbudsgiver bedes beskrive, hvordan Tilbudsgiver håndtere grøn ordination.  Det vægtes positivt, at Tilbudsgiver sikre sig at der foreligger en grøn ordination før fremsendelse af produkter.	

...”

Udbudsmaterialets bilag B indeholder en tilbudsliste, som tilbudsgiverne skal udfylde. Tilbudslisten indeholder en fane med overskriften ”Produktkategorier/Definitioner”. Af fanen fremgår:

”...

1	Ernærings sæt	<i>Ved denne produktkategori forstås et ernærings sæt</i>
2	Pumper	<i>Ved denne produktkategori forstås mindst 2 pumper</i>
3	Sonder	<i>Ved denne produktkategori forstås sonder i alle størrelser.</i>
4	Tilbehør til ernæringssonder	<i>Ved denne produktkategori forstås alt tilbehør til ernæringssonder.</i>
5	Nasalsonder	<i>Ved denne produktkategori forstås nasalsonder.</i>
6	Fiksering	<i>Ved denne produktkategori forstås plastre der kan fikserer sonder.</i>
7	Sondeernæring	<i>Ved denne produktkategori forstås sondeernæring i alle størrelser og varianter.</i>
8	Drik	<i>Ved denne produktkategori forstås drikke, herunder med ekstra energi og protein tilskud.</i>
9	Engangssprøjter	<i>Ved denne produktkategori forstås sprøjter egnet til ernæring.</i>
10	Flergangssprøjter	<i>Ved denne produktkategori forstås flergangssprøjter til ernæring.</i>
11	Gebyr	<i>Ved denne produktkategori forstås tilbehør til gebyr</i>
12	Stativer	<i>ved denne produktkategori forstås bord og gulvstativer</i>

...”

Rammeaftalen indeholder som bilag 3 en varekurv med 41 varelinjer. Af bilag 3 fremgår for eksempel:

”...

Kategori	Produktkategori	Anonymiseret/generisk beskrivelse	Basis-enhed	Antal opgjort 70 %	Antal (max anslået) 30 %	Vægtning I alt 100 %

...	...	...	...	...	...	...
Ernærings-sonder og tilbehør	Tilbehør til ernæringssonder	Bolusadaptor ENFit	Stk.	2032	610	2642
Pumper	Pumper	Ernæringspumpe 1	Stk.	40	12	52
Pumper	Pumper	Ernæringspumpe 2	Stk.	35	11	46
Forbindsstoffer	Fiksering	Fiksering, næse (plaster) børn, 100 stk. i æske	Æsk	7	2	9
Forbindsstoffer	Fiksering	Fiksering, næse (plaster) voksen, 100 stk. i æske	Æsk	130	39	169
...	...	...	...	...	...	...

...”

Den endelige sammensætning af varekurven er således oplyst i udbudsmaterialet.

I udbudsmaterialets bilag C er angivet Kommunernes historiske forbrug. Ifølge bilaget er der tale om en ”repræsentativ oversigt over det historiske forbrug i Brøndby Kommune, Høje-Taastrup Kommune, Køge Kommune samt Odsherred Kommune i perioden hele 2019 – 2020”. Af bilaget fremgår bl.a. produktnavne på de produkter, som Kommunerne har brugt i perioden.

Under udbudsprocessen blev der stillet og besvaret bl.a. følgende spørgsmål:

”Spørgsmål 208312:

Det fremgår af Bilag 1 – Teknisk specifikation, at udbuddet muligvis omfatter levering af klinisk ernæring og utensilier. Ordregiver bedes præcisere, om udbuddet omfatter levering af klinisk ernæring og utensilier omfattet af sundhedslovens § 159 og servicelovens § 122 eller ej, og i givet fald omfanget af denne levering.

Svar:

Udbuddet omfatter klinisk ernæring og utensilier hvor Ordregiver har en økonomisk interesse.

...

Spørgsmål 208313:

Ordregiver har ikke angivet en fordeling mellem levering af klinisk ernæring og utensilier til kommunernes egne plejecentre mv. henholdsvis levering til borgere i eget hjem. Det fremgår ej heller af den historiske oversigt. Dette er af afgørende betydning for tilbudsgiverne – både for at



indregne reelle fragt og leveringsomkostninger i tilbuddet og for tilbudsgivernes kendskab til den reelle fordeling af leveringer med mere eller mindre tilskud fra kommunen/regionen. De manglende oplysninger herom må anses for at være i strid med udbudslovens § 2, da nuværende leverandør har en åbenlys fordel i kendskabet til ordregivers hidtidige forbrug, som øvrige tilbudsgivere ikke er blevet gjort bekendt med. Ordregiver bedes angive fordelingen mellem levering til kommunernes egne plejecentre mv. hhv. levering til borgere i eget hjem.

Svar:

Ordregiver har i udbudsbetingelserne pkt. 2.1 angivet cirka antal af borgere. Borgere der bor på plejecentre / plejehjem er ligeledes defineret som borgere i eget hjem. Der er ikke yderligere oplysninger om fordelingen mellem borgere i eget hjem og borgere på plejecentre, da de alle skal betragtes som borgere i eget hjem.

Spørgsmål 208314:

I udbudsbetingelsernes pkt. 6.2.1 fremgår det, at ordregiver har mulighed for at udskifte produkter i hver tilbudsgivers varekurv med de produkter, de finder sammenlignelige. Dette er efter tilbudsgivers klare overbevisning i strid med udbudslovens § 160, idet tilbudsgiver på forhånd ikke ved, hvordan de indkomne tilbud evalueres af ordregiver. I nærværende udbud har ordregiver angivet en evalueringsmetode, hvor ordregiver reelt selv kan sammensætte hver tilbudsgivers varekurv med de produkter ordregiver finder sammenlignelige (uden at dette er nærmere defineret), hvorfor ordregiver efter tilbudsgivers klare overbevisning har frit valg ved evalueringen af de indkomne tilbud. Ordregiver anmodes om at beskrive en evalueringsmetode, der er i overensstemmelse med udbudslovens § 160.

Svar:

Evalueringen er beskrevet i punkt. 6.2.1. Tilbudsgiver KAN vælge at udfylde varekurven men det er ikke krav. Det er som beskrevet Ordregivers ansvar at varekurven er sammenlignelig og ikke Tilbudsgivers.

...

Spørgsmål 208501:

Af mindstekrav nr. 10 fremgår det, at "Forbruget ikke er betinget af Leverandørens antal i kasser, så det skal være muligt at Leverandøren kan anbryde en kasse."

Tilbudsgiver anmoder ordregiver om at angive, hvorfor mindstekrav 10 er indføjet, idet kravet efter tilbudsgivers klare overbevisning er i strid med det medicinske direktiv. Og såfremt mindstekravet fastholdes, bedes

ordregiver angive, hvorledes denne vil sikre, at tilbudsgiver har rette certificeringer til at anbryde/ompakke en kasse.

Svar:

Det er Tilbudsgiver uvedkommende hvorfor Ordregiver har angivet kravet. Ordregiver fastholder kravet.

Tilbudsgiver kan i krav 14 uddybe, hvordan de arbejder på mere anvendelige volumer.”

Ved tilbudsfristens udløb den 8. august 2022 havde Kommunerne modtaget tilbud fra tre leverandører: Mediq, DanuCare og Nutricia A/S.

Den 30. august 2022 meddelte Kommunerne, at det var blevet besluttet at tildele kontrakten til DanuCare. Af meddelelsen fremgår endvidere:

### ”3. Evalueringen

Tilbuddene er evalueret efter den i Udbudsbetingelsernes punkt 6.1 oplyste tildelingsmodel.

Tilbudsgiver	Tilbudspris	Pris vægtet	Kvalitet vægtet
<b>DanuCare</b>	Kr. 728.312,92	Kr. 364.156,46	Kr. 411.453,22
<b>Mediq Danmark A/S</b>	Kr. 2.563.312,82	Kr. 1.281.656,41	Kr. 3.497.352,35

Høje-Taastrup Kommune har ændret i den af Mediq Danmark udfyldte varekurv, da Mediq Danmark har udfyldt priser i kasser og ikke styk. Der er endvidere skiftet et par produkter ud der gør, at den samlede pris for Medig Danmark blev billigere.”

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Mediq har gjort gældende, at det følger af de grundlæggende principper i udbudslovens § 2, herunder særligt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, at ordregiver skal beskrive rammeaftalens genstand. Det følger heraf, at Kommunerne skal sikre, at alle relevante oplysninger om den udbudte rammeaftale er tilgængelige for tilbudsgiverne. Oplysninger af relevans for tilbudsgivernes afgivelse af tilbud, som den eksisterende leverandør har kendskab til, skal ligeledes stilles til rådighed, således at den naturlige

konkurrencefordel, den eksisterende leverandør har, bliver udlignet i videst muligt omfang.

De udbudte produkter er ikke detailspecificeret i udbudsmaterialet. De udbudte produkter er ganske kort beskrevet som klinisk ernæring og utensilier i både udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelsernes punkt 2.1. Ud af 41 mindstekrav til den udbudte ydelse vedrører højt sat kun 5 af mindstekravene produktspecifikke krav. Blandt disse 5 mindstekrav er bl.a. mindstekrav 23, der siger, at produkterne skal være godkendt til fødevarer og medicinsk brug i Danmark. Resten af mindstekravene vedrører service, miljøkrav, emballage mv. Ud af de 18 evalueringskrav beskriver alene ét af kravene specifikke produktkrav, nemlig krav 18. Resten vedrører alene forhold om service.

Klinisk ernæring efter sundhedslovens § 159 og servicelovens § 122 og klinisk ernæring efter frit-valgs ordningen har ikke samme målgruppe, og håndteres normalt ikke i samme aftale.

Det er uklart, til hvilke formål Kommunerne kan anvende den udbudte rammeaftale. Af mindstekrav nr. 14 ses, at tilbudsgiveren skal kunne håndtere splitfakturering mellem borger og kommune og mellem kommune og region. Ud fra denne formulering tyder det på, at udbuddet omfatter levering af klinisk ernæring og utensilier til borgere, der har en grøn ordination efter sundhedslovens § 159 eller en terminal bevilling efter servicelovens § 122, uagtet dette ikke klart fremgår af Kommunernes beskrivelse af rammeaftalen i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne. Det er uklart, om rammeaftalen tillige omfatter klinisk ernæring og utensilier til de borgere, der er omfattet af frit valgs-ordningen, men har en egenbetaling på 100 %. Kommunernes svar på spørgsmål 208312 gør det ikke mere gennemsigtigt, da Kommunerne jo har økonomisk interesse i klinisk ernæring inden for forskellige normalt adskilte områder. I udbudsmaterialets bilag C om det historiske forbrug fremgår heller ikke oplysninger, der gør dette klart for tilbudsgiverne.

Den manglende klarhed i rammeaftalens afgrænsning af, til hvilke borgere rammeaftalen kan anvendes, indebærer en høj risiko for Kommunernes misbrug af rammeaftalen til indkøb med andet formål. Det er afgørende for tilbudsgivers prissætning, at afgrænsningen af rammeaftalens omfang er klart og tydeligt angivet i udbudsmaterialet.

Mange borgere har tilmeldt sig den kommunale madserviceordning gennem servicelovens § 91 og ønsker så at ”bytte” den normale mad i ordningen ud med klinisk ernæring. Kommunerne har åbenbart tænkt sig, at den udbudte rammeaftale også kan anvendes til borgernes anskaffelse af klinisk ernæring gennem frit valgs-ordningen i servicelovens § 91 – uagtet at dette ikke klart fremgår af udbudsmaterialet. Borgerne, der ikke er ordineret klinisk ernæring med en grøn ordination, får således en økonomisk fordel af, at Kommunerne tilsyneladende har medtaget dette i rammeaftalen, uagtet at det er borgeren, der skal betale for ydelsen – ikke Kommunerne. At Kommunerne tilsyneladende har indrettet den kommunale leverandør af madserviceordningen efter servicelovens § 91, således at borgerne frit kan vælge mellem almindelig mad og klinisk ernæring til samme månedlige pris for borgeren, er leverandørerne uvedkommende. Klinisk ernæring leveret gennem servicelovens § 91 er ikke udtrykkeligt nævnt i udbudsmaterialet, men grundet uklarheder og manglende præciseringer i udbudsmaterialet er udbuddets genstand heller ikke på dette punkt klart beskrevet i udbudsmaterialet.

Kommunerne har ved genudbuddet oplyst antal forventede leveringer i udbudsbetingelsernes punkt 2.1. Det fremgår dog ikke af udbudsbetingelserne, om dette er forventede leveringer pr. år eller samlet for rammeaftaleperioden. Hertil kommer yderligere, at Kommunerne ved svar på spørgsmål 208313 oplyser, at oplysningerne i udbudsbetingelsernes punkt 2.1 er antallet af borgere – ikke leveringer. Det fremgår af bl.a. mindstekrav 10, at hver borger skal modtage levering flere gange om året, så Kommunernes beskrivelse af den udbudte genstand mangler også på dette punkt klarhed af væsentlig relevans for tilbudsgivernes tilbudsafgivelse. Oplysningerne om omfanget og frekvensen af leverancer er også af afgørende betydning for, at tilbudsgiverne kan indregne reelle fragt- og leveringsomkostninger i tilbuddet.

Mediq gjorde allerede Kommunerne opmærksom på de manglende oplysninger om rammeaftalens genstand i forbindelse med den høringsrunde, Kommunerne gennemførte forud for det første udbud. Mediq har ligeledes gjort opmærksom på forholdet ved indsigelsen af 10. maj 2022 over det første udbud og ved spørgsmål til genudbuddet, men trods gentagne forsøg på at få Kommunerne til at rette op på disse mangler i det endelige udbud, er dette ikke sket.

Udbudsmaterialet er således uklart og uigennemsigtigt for tilbudsgiverne og har ikke givet tilbudsgiverne mulighed for at afgive tilbud på et gennemsigtigt grundlag og lige vilkår. Udbudslovens § 2 er dermed klart overtrådt i udbuddet.

Dertil kommer, at det er åbenlyst i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, at de nuværende leverandører i de forskellige kommuner omfattet af udbuddet har et indgående kendskab til de enkelte kommuners forbrug og fordelingen af dette mellem de forskellige grupper af borgere i kommunerne, uden at disse oplysninger er gjort tilgængelige for alle tilbudsgiverne. Kommunerne har derved ikke opfyldt sin forpligtelse til at udligne de eksisterende leverandørers konkurrencefordele. Kommunernes manglende beskrivelse af væsentlige forhold ved rammeaftalens genstand er således åbenlyst i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigthed i udbudslovens § 2, hvorfor udbudsmaterialet ikke er egnet til at danne grundlag for en tildeling.

Kommunerne har gjort gældende, at udbudsmaterialet og udbudsgenstanden er beskrevet i et sådant omfang, at det bør være klart for enhver almindelig oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver, hvad der er omfattet af rammeaftalen. Udbudsmaterialet og beskrivelsen af den udbudte genstand lever derfor op til principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigthed i udbudsloven § 2.

Udbudsreglerne regulerer som udgangspunkt ikke, hvilke krav ordregiver stiller til den udbudte ydelse. Kommunerne har valgt at lave et simpelt udbud, hvor produkterne er ganske kort beskrevet som klinisk ernæring og utensilier i både udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, men hvor produkter og ydelser på sædvanlig vis er yderligere specificeret i bilag 1, Teknisk specifikation, og i tilbudslisten. Af bilag 1, Teknisk specifikation, fremgår en lang række detaljerede krav til ydelsen, herunder f.eks. mindstekrav 14 vedrørende splitfakturering mellem borger og kommune og mellem kommune og region, og mindstekrav 15 vedrørende grøn ordination.

Kommunerne har vurderet, at en detaljeret beskrivelse af det underliggende hjemmelsgrundlag for borgerens ret til tilskud/fuld betaling af klinisk ernæring og utensilier ikke er relevant for udbudsgrundlaget, da det underliggende hjemmelsgrundlag ikke ændrer på ydelsens karakter eller leverandørens forpligtelser under aftalen. Leverandøren skal således levere de produkter og

ydelse inden for klinisk ernæring og utensilier, som er omfattet af rammeaftalen, uanset borgerens hjemmelsgrundlag for hel eller delvis ret til betaling heraf. Det fremgår hverken af skriftvekslingen for klagenævnet eller udbudsgrundlaget, at madserviceordningen efter servicelovens § 91 er omfattet af rammeaftalen, da dette ville udløse bod efter kontraktens pkt. 22.

Det økonomiske omfang af rammeaftalen er i udbudsbekendtgørelsen klart veldefineret og afgrænset. Aftalens omfang – både for så vidt angår produkter, ydelser, mængde og værdi – er klart beskrevet, og udbudsmaterialet og beskrivelsen af den udbudte genstand lever derfor op til principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed i udbudsloven § 2.

### Ad påstand 2

Mediq har gjort gældende, at det skal beskrives entydigt og klart, hvilken fremgangsmåde der vil blive anvendt til at udvælge varerne i en varekurv, således at den endelige sammensætning af varekurven vil være en direkte konsekvens af beskrivelsen. De enkelte parametre i Kommunernes evalueringsmodel skal bero på en objektiv konstatering og må ikke – medmindre dette er klart og entydigt fastlagt og beskrevet i udbudsmaterialet – afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på Kommunernes valg eller vurdering efter åbningen af de indkomne tilbud. Hertil kommer, at Kommunernes evalueringsmodel skal være saglig og overholde principperne i udbudslovens § 2.

Kommunerne har i udbudsbetingelsernes punkt 6.2.1 og 6.2.1.1 beskrevet en evalueringsmodel for sortimentsudbuddet, hvor Kommunerne på forhånd har oplyst sammensætningen af den varekurv, der vil indgå i Kommunernes evaluering af underkriteriet Pris. I tilfælde af at tilbudsgiver har udfyldt varekurven med de produkter, som efter tilbudsgivers vurdering på billigste og mest sammenlignelige vis svarer til det efterspurgte produkt, kan Kommunerne dog uden videre af egen drift udskifte det tilbudte produkt i varekurven med et andet produkt fra tilbudsgivers tilbudsliste. Kommunerne afgør dermed egenhændigt tilbudsgivernes samlede evalueringspriser. Sammensætningen af hver enkelt tilbudsgivers varekurv – og dermed tilbudsgiverens evalueringspris – afhænger af arbejdsgruppens faglige skøn. Det er således klart, at udvælgelsen af varer ikke sker på et objektivt grundlag. Hertil kommer, at

tilbudsgiverne ikke på forhånd har kendskab til, hvilke kriterier Kommunerne vil anvende ved udvælgelsen af sammenlignelige produkter. Den i udbudsbetingelsernes punkt 6.2.1.1 oplyste ”definition” er ikke klar og entydig og efterlader Kommunerne med et utilbørligt skøn ved udvælgelsen af hele essensen i konkurrenceudsættelsen; nemlig tilbudsgivers mulighed for at tilbyde de produkter, der efter tilbudsgivers vurdering giver det bedste tilbud i forhold til de udmeldte underkriterier.

Varekurven vil blive anvendt ved Kommunernes evaluering af underkriteriet Pris. Der har derfor i princippet ikke skullet finde en egentlig kvalitativ evaluering sted i forbindelse med evalueringen af dette underkriterium. Evalueringsmodellen forudsætter imidlertid, at der foretages en kvalitativ vurdering af de tilbudte produkter med henblik på at konstatere, hvilke der er ”sammenlignelige”. Evalueringsmodellen giver således ikke tilbudsgiverne mulighed for på forhånd at vide, hvilken evalueringssum der ville indgå i evalueringen, og dermed har tilbudsgiverne ikke på forhånd mulighed for at vide, hvordan de indkomne tilbud ville blive evalueret af Kommunerne.

Den beskrevne fremgangsmåde giver dermed reelt Kommunerne et frit valg i strid med udbudslovens § 160 og principperne i udbudslovens § 2.

Kommunerne har gjort gældende, at de varer, der indgik i evalueringen af sortimentsudbuddet, var tilstrækkeligt entydigt og objektivt fastlagt på forhånd. Udbudsbetingelsernes pkt. 6.2.1 beskriver en objektiv metode for at fastlægge de varer, der vil indgå i evalueringen. Tilbudsgiverne kunne i et ”låst” excel-ark udfylde 41 varelinjer med sammenlignelige varer, og det er disse 41 varer, der som udgangspunkt indgår i evalueringen af underkriteriet Pris. De varer, der indgår i evalueringen, er således entydigt fastlagt og objektivt beskrevet på følgende parametre: a) hvor mange sammenlignelige varer der indgår i varekurven, b) Hvilke produktkategorier der indgår i varekurven, c) hvilke produktkategorier de enkelte varer hører til, d) hvor mange varer der skal tilbydes under den enkelte produktkategori og e) anslået mængde for hver varer. Evalueringsmetoden beskriver, at det som udgangspunkt er tilbudsgiver, der kan udfylde varekurven, men at Kommunerne har påtaget sig ansvaret for at verificere, at varekurven faktisk er udfyldt korrekt – altså udfyldt med sammenlignelige varer.

Hvis Kommunerne konstaterer, at en konkret vare ikke er sammenlignelig, vil denne blive udskiftet med en vare, der opfylder de konkrete krav. Der er altså tale om objektivt konstaterbare tekniske eller fysiske krav.

I praksis har tilbudsgiverne i deres tilbud selv udfyldt varekurven med de produkter, som tilbudsgiverne vurderede var sammenlignelige. Kommunerne har derfor kun i meget begrænset omfang været nødt til at udskifte de varer, som tilbudsgiverne med deres tilbud selv have tilføjet varekurven. Udskiftning er sket efter processen angivet i udbudsbetingelsernes pkt. 6.2.1.1. Kommunerne har udskiftet følgende varer i varekurven for de to konditionsmæssige tilbud:

Leverandør	Varenummer	Økonomisk betydning af ændring
DanuCare	14, 22 og 25	38.431,68 kr.
Mediq	4, 20, 23 og 28	- 810.856,28 kr.

Det fremgår således, at evalueringen i langt overvejende omfang er sket på baggrund af de varer, som tilbudsgiverne selv har lagt i varekurven, og at de marginale udskiftninger, der er foretaget, ensidigt har været til fordel for Mediq. Hvis udskiftningen af varer ikke var sket, ville en kontrafaktisk evaluering vise, at DanuCare havde vundet udbuddet med en endnu større margin, end det rent faktisk var tilfældet. De faktiske udskiftninger af varer i varekurvene, eller Kommunernes ret eller pligt til at gennemføre disse som beskrevet i udbudsbetingelserne, har således ikke haft konkret betydning for udfaldet af udbuddet, da tilbudsgiverne selv havde udfyldt varekurvene med deres tilbud, og da udskiftning af varer alene er sket til fordel for den tabende tilbudsgiver. Kommunerne har således ikke handlet i strid med udbudslovens § 160 eller principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2.

### Ad påstand 3

Mediq har gjort gældende, at Kommunerne har anført i udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.6), at der udbydes én rammeaftale og ikke flere delkontrakter. Kommunerne har også i udbudsbetingelsernes punkt 1, 2.1 og 2.2 anført, at rammeaftalen ikke er opdelt i delkontrakter.



Det fremgår dog tydeligt af udbudsbetingelsernes punkt 2.2 og udkast til rammeaftale, at kontrakterne vil skulle indgås med hver kommune individuelt. Der udbydes således ikke én rammeaftale, men fire rammeaftaler; én for hver af kommunerne omfattet af udbuddet.

Dette understøttes ligeledes af, at udkast til rammeaftale ikke på nogen måde er betinget af opfyldelsen af ”rammeaftalen” i de øvrige kommuner, at misligholdelsesbeføjelserne i hver af de fire rammeaftaler kan anvendes af hver enkelt kommune uafhængigt af opfyldelsen i de øvrige kommuners rammeaftale, og at hver kommune således også har mulighed for at anvende muligheden for forlængelse af rammeaftalens varighed uafhængig af de øvrige kommuners valg herom.

Der er således klart tale om fire individuelle rammeaftaler. Kommunerne har således reelt udbudt fire delkontrakter opdelt efter geografisk område (pr. kommune), men med identisk indhold.

Da der er uoverensstemmelser mellem det, der er oplyst i udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.6) og udbudsbetingelsernes punkt 1, 2.1 og 2.2, og det der er oplyst om kontraktindgåelsen og rammeaftalens vilkår i udbudsbetingelsernes punkt 1 og 2.2 og udkast til rammeaftale, er udbudsmaterialet således uklart og dermed ikke egnet til at danne grundlag for tildeling af den udbudte rammeaftale.

Kommunerne har gjort gældende, at det fremgår tydeligt af udbudsbekendtgørelsen, at udbuddet gennemføres af Brøndby Kommune, Høje-Taastrup Kommune, Køge Kommune og Odsherred Kommune, og det fremgår tydeligt af udbudsbetingelserne, at rammeaftalen vil skulle indgås med hver kommune individuelt.

Kommunerne vurderede, at rammeaftalen ikke skulle udbydes i delkontrakter, og begrundede dette med, at Kommunerne kunne opnå stordriftsfordele ved ikke at opdele kontrakten, og at en opdeling ville vanskeliggøre den efterfølgende kontraktadministration uforholdsmæssigt meget. Opdeling af rammeaftalen i delkontrakter, hvor en tilbudsgiver kan tildeles ”en, flere eller alle delkontrakter”, vil således stride mod Kommunernes saglige formål om at opnå stordriftsfordele og lettere efterfølgende administration. Kommu-

nerne har et vidt skøn i vurderingen af, om en kontrakt skal opdeles i delkontrakter, og der er ikke holdepunkter for, at Kommunerne har overskredet dette skøn.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 2.2, 4.6, 4.7 og 6.1, at tilbudsgiverne skulle give ét tilbud dækkende hele rammeaftalen, og at aftalen ville blive tildelt én tilbudsgiver. Opdeling af udbuddet i delaftaler ville have indikeret det modsatte, altså at der kunne afgives flere tilbud, og ville dermed have medført en betydelig grad af uklarhed i udbudsmaterialet.

#### Ad påstand 4

Mediq har gjort gældende, at Kommunerne reelt har udbudt fire delkontrakter opdelt efter geografisk område (pr. kommune), hvorfor Kommunerne var forpligtet til at oplyse om anslået mængde/værdi og maksimal mængde/værdi for hver af de fire delkontrakter, jf. EU-Domstolens afgørelse af 17. juni 2021 i sag C-23/20, *Simonsen & Weel A/S*, hvilket Kommunerne ikke har gjort. Forpligtende maksimale mængder eller maksimale værdier for hver enkelt af de fire udbudte rammeaftaler fremgår således ikke af udbudsbekendtgørelsen, udbudsbetingelserne eller andet sted i udbudsmaterialet. Da Kommunerne hverken i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale har angivet en maksimal mængde/maksimal værdi for hver af de fire udbudte rammeaftaler, har Kommunerne tilsidesat pligten til at fastsætte klare grænser for, hvad (og herunder hvor meget) der kan anskaffes på hver enkelt rammeaftale. Kommunerne har dermed overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2.

Kommunerne har gjort gældende, at da Kommunerne ikke var forpligtet til at opdele udbuddet i delkontrakter, jf. det ad påstand 3 anførte, kan der ikke være en pligt til at oplyse om anslået mængde/værdi eller maksimal mængde/værdi for disse.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 2.1 fremgår i øvrigt oplysninger om antal forventede leveringer i de enkelte kommuner, og Mediq kunne således ved simpel hovedregning have udregnet den anslåede værdi for hver af de fire kommuner.

#### Ad påstand 5

Mediq har gjort gældende, at Kommunerne har angivet specifikke varemærker i udbudsmaterialets bilag C – Statistik over historisk forbrug i strid med udbudslovens § 42 og principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2. Kommunerne har inddelt det udbudte sortiment i 12 produktkategorier. De enkelte produkter under produktkategorierne er konkretiseret og specificeret med henvisning til bilag C – Statistik over historisk forbrug. Kommunerne har tydeligt anført varemærker og fabrikater i bilag C – Statistik over historisk forbrug. Kommunernes anførelse af varemærker skal ses som udtryk for den kvalitet, Kommunerne efterspørger og ønsker at købe. Dette understøttes af Kommunernes oplysninger i udbudsbetingelsernes punkt 3.2. At der er anført varemærker og fabrikater medfører, at visse produkter (fabrikater/varemærker) favoriseres frem for andre, hvilket er i strid med § 42, stk. 1, nr. 2. Dette gør sig særligt gældende, når underkriteriet Pris evalueres, og Kommunerne i den forbindelse vil udvælge de billigst sammenlignelige produkter og således ikke blindt kan gå efter varemærker/fabrikater, da det medfører, at varemærker/fabrikater favoriseres. Kommunerne har således anvendt varemærker/fabrikater som ”kvalitetskrav” til produkterne, uagtet at kvaliteten af de efterspurgte produkter kunne have været angivet generisk.

Subsidiært har Mediq gjort gældende, at de anførte varemærker og fabrikater som minimum skulle have været efterfulgt af formuleringen ”eller tilsvarende”, jf. udbudslovens § 42, stk. 2. Dette er ikke sket, hvorfor Kommunerne har handlet i strid med bestemmelsen.

Kommunerne har gjort gældende, at Kommunerne ikke har angivet de tekniske specifikationer ved anførelse af varemærker, og at udbudsmaterialet derfor er i overensstemmelse med udbudsreglerne, herunder udbudslovens § 42, samt principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed. Kommunerne har inddelt det udbudte sortiment i 12 produktkategorier. Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 2.1, at der for nærmere beskrivelse af de udbudte ydelser henvises til Bilag 1, Teknisk specifikation, og Bilag B, Tilbudslisten, samt eventuelle rettelser og besvarelse af spørgsmål. Af Bilag 1, Teknisk specifikation, og Bilag B, Tilbudslisten, fremgår ingen henvisninger til varemærker eller fabrikater.

For at skabe yderligere gennemsigtighed for tilbudsgiverne har Kommunerne valgt at udarbejde en oversigt over Kommunernes historiske forbrug af ydel-

ser omfattet af rammeaftalen (varer og mængder). Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 3.2., at formålet med oversigten alene er at skabe overblik over Kommunernes historiske forbrug for på enkel vis at illustrere for tilbudsgiverne, hvilke produkttyper Kommunerne også fremadrettet forventer at have behov for at aftage og dermed ønsker er en del af tilbudsgivernes sortiment. Bilag C er en opstilling af Kommunernes historiske indkøb og indeholder derfor både produktnavne og mængder, hvilket ikke er udtryk for, at ordregiver foretrækker bestemte produktnavne/varemærker/fabrikater e.l.

Af samme grunde gøres det i forhold til Mediqs subsidiære anbringender gældende, at de specifikke varemærker i udbudsmaterialets bilag C (Statistik over historisk forbrug) ikke skulle have været efterfuldt af ”eller tilsvarende”, jf. udbudsloven § 42, stk. 2, da oplysningerne ikke er anvendt til at angive de tekniske specifikationer for produkterne.

#### Ad påstand 6

Mediq har gjort gældende, at de ad påstand 1-5 gennemgæede overtrædelser af udbudsreglerne er af en sådan karakter, at Kommunernes tildelingsbeslutning af 30. august 2022 skal annulleres.

Kommunerne har gjort gældende med henvisning til det ad påstand 1-5 anførte, at der ikke foreligger forhold, der kan begrunde en annullation af tildelingsbeslutningen af 30. august 2022.

#### Ad påstand 7

Mediq har gjort gældende, at de ad påstand 1-5 gennemgæede overtrædelser af udbudsreglerne er af en sådan karakter, at Kommunernes udbud af klinisk ernæring og utensilier offentliggjort ved udbudsbekendtgørelse 2022/S 128-363969 den 6. juli 2022 skal annulleres.

Kommunerne har gjort gældende med henvisning til det ad påstand 1-5 anførte, at der ikke foreligger forhold, der skulle begrunde en annullation af udbudsproceduren.

#### Ad påstand 8

Mediq har gjort gældende, at såfremt Kommunerne har indgået rammeaftaler med DanuCare, skal Kommunerne bringe disse til ophør i overensstemmelse med udbudslovens § 185, stk. 2, da Kommunerne efter påstand 1-5 har begået kvalificerede overtrædelser af udbudsloven, som skal medføre annullation af tildelingsbeslutningen og udbuddet, jf. påstand 6 og 7.

Kommunerne har gjort gældende, at den indgåede rammeaftale under henvisning til det, der er anført ad påstand 1-5, ikke skal bringes til ophør efter udbudslovens § 185, stk. 2.

Klagenævnet udtaler:

#### Ad påstand 1

Udbudslovens § 45, stk. 1, har følgende ordlyd:

”§ 45. En ordregiver kan henvise til produktkategorier i udbudsmaterialet, når henvisningen gør det klart for de potentielle tilbudsgivere, hvilke konkrete produkter inden for de omfattede produktkategorier der efterfølgende kan blive omfattet af kontrakten eller rammeaftalen.”

Bestemmelsen omhandler sortimentsudbud. I lovbemærkningerne til bestemmelsen, jf. lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015, er bl.a. anført:

”...

Det fastslås i bestemmelsens stk. 1, at ordregiveren kan henvise til specifikke produktkategorier ved et påtænkt køb. Dette kan være relevant ved udbud af offentlige kontrakter, der indeholder et stort antal forskellige varer eller ydelser, også kaldet sortimentsudbud. Ved sortimentsudbud kan antallet af varelinjer have en sådan størrelse, eller indkøbet kan have en sådan karakter, at det vil være uproportionalt i et økonomisk henseende at foretage en udtømmende beskrivelse af kontraktens genstand ved angivelse af funktionsdygtighed eller funktionskrav og/eller ved henvisning til standarder m.v., jf. § 41, stk. 1.

Baggrunden for bestemmelsen er, at der i praksis fra Klagenævnet for Udbud har været konstateret en række udfordringer med sortimentsudbud, og at disse udfordringer har medført, at de udbud der gennemføres og de kontrakter og rammeaftaler, der bliver resultatet af disse udbud, ofte er unødigt komplicerede, unødigt begrænsende i markedet eller ikke sikrer den ønskede kvalitet af de omfattede varer.

Ved spørgsmål om, hvorvidt ordregiveren er berettiget til at benytte sig af denne bestemmelse, er det afgørende, hvorvidt beskrivelsen ved anvendelse af produktkategorier af det påtænkte indkøb udgør en tilstrækkelig klar beskrivelse, således at potentielle tilbudsgivere er i stand til at vurdere, om de har interesse i at afgive tilbud og hvilke produkter eller ydelser, der kan afgives tilbud med.

Ved produktkategorier forstås en betegnelse, der kendetegner, ikke et specifikt produkt, men en flerhed af produkter eller varianter heraf med de samme grundlæggende karakteristika. En produktkategori kunne eksempelvis være »kuglepenne«. Kuglepenne findes i mange forskellige varianter mht. farver, materialer, etc. Men har alle nogle fælles grundlæggende træk, som er klart for alle, hvorfor der ved henvisning til en sådan produktkategori ikke kan være tvivl om, hvilke typer af produkter eller varianter heraf, der vil være omfattet af den indgåede kontrakt eller rammeaftale. En produktkategori kan dog godt være så bred, at det bliver uklart, hvilke produkter eller varianter heraf, der kan blive omfattet af kontrakten eller rammeaftalen. Produktkategorien »kontorartikler« vil for eksempel oftest omfatte en for stor gruppe af produkter til, at det er klart for tilbudsgiverne, hvad de kan afgive tilbud på.

Det er hensigten med bestemmelsen at gøre det lettere for ordregiveren at beskrive de egenskaber, som kræves af kontraktens genstand, hvis resourceforbruget til beskrivelsen af samtlige produkter eller ydelser, der påtænkes indkøbt, ville være uforholdsmæssig stor eller en udtømmende beskrivelse i realiteten ikke er mulig på grund af det påtænkte indkøbs karakter. Det er ikke hensigten med bestemmelsen at indføre et minimumskrav til, hvor mange forskellige produkter eller ydelser et udbud skal omfatte, før man kan gøre brug af bestemmelsen.”

Kommunerne har i udbuddet ikke beskrevet hver enkelt vare, der skal være omfattet af rammeaftalen, men har i stedet i udbudsbetingelserne og tilbudslisten (udbudsmaterialets bilag B) beskrevet, at udbuddet omfatter klinisk ernæring og utensilier og har henvist til specifikke produktkategorier. Af tilbudslisten fremgår således 12 specifikke produktkategorier inden for området klinisk ernæring og utensilier, og der er for hver enkelt af de 12 produktkategorier en kort beskrivelse af, hvad der forstås ved kategorien. Derudover har Kommunerne i bilag 3 til rammeaftalen oplyst selve varekurven med eksempler på varer i alle 12 produktkategorier.

Klagenævnet finder, at Kommunerne i tilstrækkelig grad har beskrevet det påtænkte indkøb i udbudsmaterialet.

Klagenævnet bemærker dog hertil, at det ikke kan anses som et krav, at ordregiveren har offentliggjort varekurven, idet offentliggørelsen af varekurven forud for tilbudsfristen kan have negative konsekvenser for den samlede pris og kvalitet i tilbuddene. Der henvises herved til lovforarbejderne til udbudslovens § 160, jf. betænkning over forslag til lov om ændring af udbudsloven (Lovforslag nr. 125 af 12. december 2018) afgivet af Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget den 31. januar 2019, som er gengivet nedenfor under klagenævnets behandling af påstand 2.

Det fremgår ikke udtrykkeligt af udbudsmaterialet, om rammeaftalen omfatter Kommunernes indkøb i henhold til sundhedslovens § 159, servicelovens § 122 og/eller servicelovens regler om frit valg. Det kan dog af mindstekrav nr. 14 og 15 udledes, at rammeaftalen omfatter i hvert fald Kommunernes indkøb i henhold til sundhedslovens § 159 og servicelovens § 122. Kommunerne har ved besvarelsen af spørgsmål 208312 anført, at udbuddet ”omfatter klinisk ernæring og utensilier hvor Ordregiver har en økonomisk interesse”. Kommunernes besvarelse giver ikke nogen nærmere klarhed over, om Kommunerne også forventer at indkøbe klinisk ernæring og utensilier på rammeaftalen med henvisning til servicelovens regler om frit valg, jf. servicelovens §§ 89 og 91.

Udbudsmaterialet beskriver således ikke udtrykkeligt hjemmelsgrundlaget for indkøbet af varer under rammeaftalen. Den manglende angivelse af hjemmelsgrundlaget har imidlertid ikke afgørende betydning for leverandørens forpligtelse i henhold til rammeaftalen, når Kommunerne i øvrigt i udbudsbetingelsernes pkt. 2.1 som korrigeret ved besvarelsen af spørgsmål 208313 har oplyst forventet antal borgere, der skal leveres til, samt oplyst en maksimal værdi. Det er således ikke godtgjort, at den manglende hjemmelsangivelse i udbudsmaterialet fører til, at udbudsmaterialet er i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling. Tilsvarende er det heller ikke godtgjort, at manglende oplysninger om fordelingen af de enkelte kommuners forbrug mellem de forskellige grupper af borgere har medført, at den eksisterende leverandør har en uretmæssig konkurrencefordel i strid med ligebehandlingsprincippet.

Klagenævnet tager herefter ikke påstand 1 til følge.

#### Ad påstand 2

Udbudslovens § 45, stk. 2, har følgende ordlyd:

”Stk. 2. En ordregiver kan i forbindelse med gennemførelsen af udbud, hvor ordregiveren henviser til specifikke produktkategorier, gennemføre tilbudsevalueringen, jf. § 160, på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgivernes tilbudte sortiment.”

Det følger således af udbudslovens § 45, stk. 2, at tilbudsevalueringen kan gennemføres på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i det tilbudte sortiment.

I lovbemærkningerne til bestemmelsen, jf. lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015, er bl.a. anført:

”...

Det fastsættes i bestemmelsens stk. 2, at ordregiveren, i forbindelse med gennemførelsen af sortimentsudbud, kan gennemføre evalueringen, jf. § 160, på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgivernes sortiment.

Hvad der udgør et repræsentativt udsnit baseres på en vurdering af de konkrete forhold, der gør sig gældende i det enkelte tilfælde.

Baggrunden for bestemmelsen er, at det i praksis ikke vil være muligt for ordregiveren at evaluere samtlige varelinjer, hvis ordregiveren har beskrevet kontraktens genstand ved henvisning til produktkategorier af varer eller varianterne heraf.”

Udbudslovens § 160, stk. 1, har følgende ordlyd:

”§ 160. En ordregiver skal i udbudsmaterialet fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. Specifikke parametre i evalueringsmodellen kan afhænge af de indkomne tilbud, men det skal entydigt fastlægges og beskrives på forhånd, hvordan parametrene fastlægges. Parametrene i evalueringsmodellen kan ikke afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.”

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

”Evalueringemetoden skal være fastlagt på forhånd og være beskrevet klart i udbudsmaterialet. Hermed menes, at ordregiveren skal beskrive



metoden på en måde, der gør det klart for de potentielle ansøgere og tilbudsgivere, hvordan ordregiveren vil anvende metoden, således at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen, og således at de potentielle ansøgere og tilbudsgivere ved at sammenholde oplysningerne om evalueringsmetoden med de givne oplysninger om under- og delkriterier har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud, og hvordan tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud. Endvidere medfører offentliggørelsen af evalueringsmetoden, at tilbudsgiverne efterfølgende kan kontrollere, at evalueringen er sket i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringsmetode.”

Bestemmelsen fik sin nuværende formulering ved lov nr. 204 af 5. marts 2019 om ændring af udbudsloven.

Af lovbemærkningerne, jf. lovforslag nr. 125 af 12. december 2018, fremgår om den generelle anvendelse af udbudslovens § 160, stk. 1, bl.a.:

”Beskrivelsen af evalueringsmodellen medfører i forhold til evalueringen af de økonomiske kriterier, at det efter gennemførelsen af udbuddet og på baggrund af de indkomne priser er muligt at konstatere om evalueringsmodellen er anvendt præcis som beskrevet i udbudsmaterialet. Ordregiver kan ikke anvende dele af en evalueringsmodel, der ikke har været beskrevet i udbudsmaterialet. Omvendt kan parametre i en evalueringsmodel afhænge af de indkomne tilbud, men det skal entydigt fastlægges og beskrives på forhånd i udbudsmaterialet, hvordan det vil ske. Parametrene kan ikke afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene. Dette udelukker eksempelvis en beskrivelse i udbudsmaterialet, der indebærer, at ordregiver vurderer, eksempelvis under hensyntagen til visse kriterier, hvordan et parameter i en evalueringsmodel endeligt udformes efter åbning af tilbud. Parametrenes i evalueringsmodellen skal bero på en objektiv konstatering.”

I forbindelse med lovforslagets behandling i Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget anmodede erhvervsministeren om, at de specielle bemærkninger til § 160, stk. 1, 1. pkt., blev præciseret således, jf. udvalgets betænkning af 31. januar 2019 til lovforslag nr. 125:

”Ved sortimentsudbud kan ordregiveren vælge kun at inddrage en (repræsentativ) delmængde af varesortimentet, i det følgende betegnet som varekurv, til at foretage en evaluering af f.eks. tilbuddenes samlede kvalitet. Hvis tilbudsgiverne i disse tilfælde, inden tilbuddene afgives, ikke kun har kendskab til, hvordan denne varekurv udvælges, men også har

kendskab til den endelige sammensætning af varekurven, kan det have negative konsekvenser for den samlede pris og kvalitet i tilbuddene. Hvis tilbudsgiverne således på forhånd ved, hvilke varer der vil indgå i evalueringen af den samlede kvalitet, er der – stik imod hensigten med at gennemføre et udbud – incitament til kun at afgive tilbud med f.eks. god kvalitet på den del af varerne, der indgår i evalueringen, og billigere varer med en dårlig kvalitet på den del af varerne, der ikke indgår i evalueringen. Det skal på den baggrund præciseres, at det i forbindelse med sortimentsudbud, hvor f.eks. kvalitetsvurderingen foretages på baggrund af en udvalgt varekurv, således ikke er hensigten med den foreslåede bestemmelse i § 160, stk. 1, 1. pkt., at ordregiveren på forhånd skal oplyse om, hvilke varer der vil danne grundlag for evalueringen ved at indgå i en eventuel varekurv. Bestemmelsen stiller i sådanne situationer alene krav om, at ordregiveren entydigt og klart har beskrevet, hvilken fremgangsmåde der vil blive anvendt til at udvælge varerne i varekurven, således at den endelige sammensætning af varekurven blot vil være en direkte konsekvens af beskrivelsen uden mulighed for efterfølgende ændringer af denne fremgangsmåde. Fremgangsmåden til at sammensætte varekurven skal i øvrigt være egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, overholde de forvaltningsretlige principper, overholde udbudslovens øvrige regler mv. Såfremt fremgangsmåden til at sammensætte varekurven afhænger af de indkomne tilbud, henvises til lovforslagets § 160, stk. 1, 2. pkt.”

Det fremgår af den evalueringsmetode, der er beskrevet i udbudsmaterialet, at ordregiver i forbindelse med tilbudsevalueringen vil foretage et fiktivt standardindkøb ved at udvælge varer fra tilbudsgivers Tilbudsliste, der er sammenlignelige med varerne i varekurven, og at prisen for det fiktive standardindkøb vil udgøre den evalueringstekniske pris.

Denne fremgangsmåde er i overensstemmelse med udbudslovens § 45, stk. 2.

Det er i udbudsmaterialet endvidere beskrevet bl.a., at afgørelsen af, om en vare er sammenlignelig med varen i varekurven, vil ske på baggrund af en vurdering af de tilbudte varers type, størrelse, vægt, dimensioner, materiale, holdbarhed, justerbarhed og formål.

Det er således i udbudsmaterialet præcist beskrevet, ud fra hvilke specifikke parametre sammenligningen vil blive foretaget. Disse parametre er objektivt beskrevet og afhænger ikke af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.

Det forhold, at ordregiver ved udvælgelsen af sammenlignelige produkter på baggrund af i forvejen fastsatte parametre skal foretage et fagligt skøn, medfører ikke, at selve fastsættelsen af parametrene/fremgangsmåden til at sammensætte varekurven afhænger af de indkomne tilbud.

Den beskrevne evalueringsmodel er således fastlagt i overensstemmelse med udbudslovens § 45, stk. 2, og § 160, stk. 1.

Klagenævnet tager herefter ikke påstand 2 til følge.

### Ad påstand 3

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen punkt I.2), at ”kontrakten omfatter fælles udbud”, og i udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.4) er navnene på samtlige deltagende ordregivere oplyst i overensstemmelse med udbudslovens § 123, stk. 3. Derudover henvises der i udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.11) til ”Rammeaftalen”, og i punkt II.2.14) oplyses en anslået værdi og en maksimal værdi for ”Rammeaftalen”. Ordlyden af udbudsbekendtgørelsen og det forhold, at der kun er oplyst én anslået værdi og én maksimal værdi, peger i retning af, at der er tale om udbud af én fælles rammeaftale med flere ordregivere.

I udbudsbetingelsernes pkt. 2.1 omtales ”Den udbudte aftale” og flere steder ”rammeaftalen” og i punkt 6.1 omtales ”kontrakten”, mens det i punkt 2.1 på den anden side anføres, at der vil blive ”udarbejdet en kontrakt pr. kommune, der efterfølgende selv administrerer kontrakten”. Formuleringen af udbudsbetingelserne peger således flere steder i retning af, at der er tale om udbud af én fælles rammeaftale, mens det modstridende hermed samtidig oplyses, at der vil blive indgået flere kontrakter.

Endelig er udkastet til rammeaftale klart opbygget således, at det forudsættes, at der indgås en rammeaftale med hver kommune, altså fire separate rammeaftaler.

Klagenævnet finder, at de modstridende oplysninger mellem udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne/udkastet til rammeaftale og de indbyrdes modstridende oplysninger i udbudsbetingelserne gør udbudsmaterialet uigennemsigtigt og dermed ikke egnet til at danne grundlag for en tildeling.

Der er ikke grundlag for at anse udbudslovens § 49 om delkontrakter for overtrådt.

Klagenævnet tager herefter påstand 3 til følge, dog således at Kommunerne ikke har overtrådt udbudslovens § 49.

#### Ad påstand 4

Da det som anført ad påstand 3 er uklart, om der er tale om udbud af én eller af fire rammeaftaler, tager klagenævnet ikke stilling til påstand 4.

#### Ad påstand 5

Det følger af udbudslovens § 42, stk. 1, at en ordregiver ikke i de tekniske specifikationer må angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, som kendetegner de produkter eller de tjenesteydelser, som en bestemt økonomisk aktør leverer, eller henvise til et bestemt varemærke eller patent eller en bestemt type, oprindelse eller produktion med det resultat, at visse økonomiske aktører eller varer favoriseres eller elimineres.

Kommunerne har i udbudsmaterialets bilag C opgjort deres historiske forbrug. Bilag C indeholder oplysninger om bl.a. bestemte fabrikater og varemærker. Af udbudsbetingelsernes pkt. 3.2 fremgår, at ”Bilag C er en opstilling af Ordregivers historiske indkøb og indeholder derfor både produktnavne og mængder, hvilket **ikke** er udtryk for, at Ordregiver foretrækker bestemte produktnavne/varemærker/fabrikater e.l.”

Henset til formålet med at inkludere bilag C i udbudsmaterialet og den udtrykkelige angivelse i bilaget om, at opstillingen af det historiske indkøb ikke er udtryk for, at ordregiver foretrækker bestemte produktnavne/varemærker/fabrikater eller lignende, finder klagenævnet, at indholdet af bilag C ikke favoriserer eller eliminerer visse økonomiske aktører eller varer. Det kan heller ikke udledes af bilaget eller af udbudsmaterialet i øvrigt, at ordregiver foretrækker bestemte produktnavne mv. frem for andre. Da der er tale om en opgørelse over det historiske forbrug, vil det ikke give mening i bilaget at anføre ”eller tilsvarende”.

Angivelserne i bilag C er således ikke i strid med udbudslovens § 42, stk. 1.

Klagenævnet tager herefter ikke påstand 5 til følge.

#### Ad påstand 6

Klagenævnet har ad påstand 3 fundet, at udbudsmaterialet er uklart og dermed ikke egnet til at danne grundlag for en tildelingsbeslutning.

Betingelserne for at annullere tildelingsbeslutningen er derfor opfyldt.

Klagenævnet tager herefter påstand 6 til følge.

#### Ad påstand 7

Klagenævnet for Udbud har i § 13, stk. 1, nr. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud hjemmel til at annullere ordregiverens udbudsforretning. Klagenævnet for Udbud har i kendelse af 7. november 2007, SJ AB mod Trafikstyrelsen for jernbane og færger, udtalt, at formålet med et udbud er at tilvejebringe et grundlag for den offentlige ordregivers beslutning om, hvem der skal indgås kontrakt med. Når en offentlig ordregiver under et udbud på grundlag af udbudsbetingelserne og de afgivne tilbud har truffet beslutning om, hvem der skal indgås kontrakt med, er hovedformålet med udbuddet derfor opfyldt. Når beslutningen om, hvem der skal indgås kontrakt med, er truffet, vil den relevante sanktion for klagenævnet være med hjemmel i § 13, stk. 1, nr. 2, at annullere beslutningen om at indgå kontrakt med den pågældende tilbudsgiver. Da Kommunerne ikke herefter kan fortsætte eller genoptage udbuddet, har det ikke nogen mening, at klagenævnet annullerer det afsluttede udbud.

Klagenævnet afviser derfor påstand 7.

#### Ad påstand 8

Klagenævnet har alene i de tilfælde, der er omfattet af lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 2, hjemmel til at påbyde en ordregiver at bringe en kontrakt til ophør.

Forpligtelsen til at bringe en kontrakt til ophør i de tilfælde, hvor en tildelingsbeslutning er annulleret ved endelig afgørelse eller dom, jf. udbudslovens § 185, stk. 2, følger direkte af bestemmelsen, og Mediq har allerede

derfor ingen selvstændig retlig interesse i at opnå klagenævnets påbud om, at Kommunerne skal følge denne bestemmelse.

Klagenævnet afviser derfor påstand 8.

Herefter bestemmes:

Høje-Taastrup Kommune, Brøndby Kommune, Køge Kommune og Odsherred Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i udbudsbekendtgørelsen at have oplyst, at udbuddet vedrørte én rammeaftale, mens det af udbudsmaterialet fremgik, at der ville blive indgået fire rammeaftaler, hvorfor udbudsmaterialet er uklart og dermed ikke egnet til at danne grundlag for tildeling af den udbudte rammeaftale.

Høje-Taastrup Kommune, Brøndby Kommune, Køge Kommune og Odsherred Kommunes beslutning af 30. august 2022 om at tildele kontrakt til Danu-Care ApS annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1, 2 og 5.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 4.

Klagen afvises vedrørende påstand 7 og 8.

Høje-Taastrup Kommune, Brøndby Kommune, Køge Kommune og Odsherred Kommune skal i sagsomkostninger til Mediq Danmark A/S betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig