

K E N D E L S E

Mediq Danmark A/S
(advokat Thomas Thorup Larsen og advokat Cecilie Ørgaard Hald,
København)

mod

Sydjysk Kommuneindkøb v/ Billund Kommune, Varde Kommune og
Vejen Kommune
(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 135-307652 af 13. juli 2018 udbød Sydjysk Kommuneindkøb v/ Billund Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune (herefter Sydjysk Kommuneindkøb) en 4-årig rammeaftale om levering af diabetesartikler. Tildelingskriteriet var angivet som bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor pris på produkter vægtede 60 %, og sortimentsbredde vægtede 40 %.

Ved udløbet af tilbudsfristen havde Sydjysk Kommuneindkøb modtaget 3 tilbud, herunder fra Mediq Danmark A/S og OneMed A/S, og den 28. september 2018 meddelte Sydjysk Kommuneindkøb, at man havde til hensigt at tildele kontrakten til OneMed A/S.

Den 8. oktober 2018 indgav Mediq Danmark A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Sydjysk Kommuneindkøb. Mediq Danmark A/S 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. november 2018 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om ”fumus boni juris” ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet skriftligt.

Mediq Danmark A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Sydjysk Kommuneindkøb har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at afvise tilbud fra OneMed A/S på rammeaftale om levering af diabetesartikler som ukonditionsmæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Sydjysk Kommuneindkøbs tildelingsbeslutning på rammeaftale om levering af diabetesartikler, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Sydjysk Kommuneindkøb har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at definere den ordregivende enhed på en uigennemsigtig måde.

Påstand 4

[Gengives ikke - påstand om opsættende virkning.]

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Sydjysk Kommuneindkøb har handlet i strid med princippet om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have udbudt en uklar kravspecifikation, som er uegnet til at danne ramme for afgivelse af tilbud.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Sydjysk Kommuneindkøb har handlet i strid med princippet om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have stillet mindstekrav, som efter deres beskaffenhed ikke er egnede som mindstekrav.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal annullere Sydjysk Kommuneindkøbs udbudsforretning for rammeaftale om levering af diabetesartikler som helhed, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Påstand 1-4 udgør de påstande, som Mediq Danmark A/S nedlagde forud for klagenævnets delkendelse af 7. november 2018, hvorimod påstand 5-7 er nye.

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

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen står der blandt andet:

”I.1) Navn og adresser

Officielt navn

Billund Kommune

CVR-nummer

29189765

Postadresse

Jorden rundt 1

By

Grindsted

...

Internetadresse for køberprofilen

<http://www.billund.dk>

...

II.1.4) Kort beskrivelse

Sydjysk Kommuneindkøb udbyder hermed Rammeaftale på køb af urologiprodukter til borgere med bevilling. Sydjysk kommuneindkøb består af Billund, Varde og Vejen Kommuner...”

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. I.2) vedrørende Fælles udbud fremgår, at kontrakten ikke omfatter fælles udbud.

Udbudsmaterialet indeholder et samlet dokument, der indeholder en beskrivelse af udbudsforretningen og udbudsproceduren, kravspecifikation og rammeaftale. Af dokumentet fremgår blandt andet:

”1. Indledning

Udbuddet vedrørende levering af diabetesprodukter til Sydjysk Kommuneindkøb gennemføres som et offentligt EU udbud.

Udbudsmaterialet består af:

- Udbudsbekendtgørelse
- Udbudsmateriale, herunder ESPD
- Tilbudsliste
- Udkast til rammeaftale med bilag

Aftale med den vindende Tilbudsgiver skal indgås på baggrund af udkastet til rammeaftale.

...

1.1 Generelt om Sydjysk Kommuneindkøb

Sydjysk Kommuneindkøb er et indkøbssamarbejde mellem Billund, Varde og Vejen Kommuner.

Følgende kommuner ønsker at deltage i udbuddet:

Billund Kommune, indbyggertal ca. 26.500

Varde Kommune, indbyggertal ca. 50.200

Vejen Kommune, indbyggertal ca. 42.800

Herefter kaldet Udbyder.

1.2 Udbudsansvarlig

Billund Kommune, udbudskonsulent Susanne Hansen er tovholder i forbindelse med gennemførelsen af udbuddet, og varetager indtil aftaleskrivning al kommunikation vedrørende udbuddet.

Efter udbuddets afslutning handler de i udbuddet deltagende kommuner med den valgte Leverandør som individuelle juridiske parter. Det betyder, at hver deltagende kommune er en selvstændig juridisk myndighed, hvilket medfører, at der skal indgås særskilt aftale med hver af de deltagende kommuner. Det betyder ligeledes, at hver kommune selv træffer afgørelse om man ønsker at gøre brug af eventuelle optioner.

Tovholderkommunen fortsætter efter aftaleskrivning som koordinator for den indgåede indkøbsaftale. Alle forhold vedrørende indkøbsaftalen, som har relevans for alle de tilsluttede kommuner, forsøges kommunikeret via tovholder. Tovholderkommunen koordinerer prisreguleringer samt stillingtagen til eventuel forlængelse.

1.4 Aftalens omfang

...

Det samlede forbrug af produkter omfattet af udbuddet, kan ses i nedenstående tabel. Der er alene tale om et skøn, som ikke er bindende for Udbyder.

Kommune	Forbrug i dk	Bevillinger
<i>Billund</i>	<i>Ca. kr. 1.4 mio.</i>	<i>Type 1 – 576 Type 2 – 419</i>
<i>Varde</i>	<i>Ca. kr. 2.5 mio.</i>	<i>Type 1 – 898 Type 2 – 542</i>
<i>Vejen</i>	<i>Ca. kr. 2.6 mio.</i>	<i>Type 1 - 1063 Type 2 - 355</i>

...

2.4 Tildelingskriterium

Rammeaftalen vil blive tildelt den Tilbudsgiver, der afgiver det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Underkriterium	Vægtning
Økonomi: Pris på produkter	60 %
Sortimentsbredde	40 %

2.4.1 Evaluering

Tilbud vurderes på baggrund af ovenstående kriterier, og på denne baggrund træffes beslutning om tildeling af rammeaftale.

...

Vurdering af sortimentsbredde:

Sortimentsbredde vil blive vurderet ud fra Tilbudsgivers tilbudte øvrige sortiment. Tilbudsgiver kan max byde ind med 5 produkter pr. varegruppe på ”øvrige sortiment”. Rabatsatsen er fastsat til 15% på det øvrige sortiment. Rabatsatsen skal beregnes af den offentlige listepriis, der kan søges på Tilbudsgivers hjemmeside.

De tilbudte produkter i ”øvrige sortiment” skal naturligvis leve op til de opstillede krav i kravspecifikationen. Den tilbudte rabatsats i bilag 1 Tilbudsliste, som er afgivet under hver varegruppe, skal være gældende for det tilbudte øvrige sortiment under hver varegruppe. Udbyder skal kunne identificere de tilbudte produkter ud fra Tilbudsgivers oplyste varennummer eller producentvarennummer.

Der evalueres ikke på priserne, men på antal tilbudte varelinjer. Der gives point fra 0 – 5. Til støtte for pointgivningen anvendes følgende absolute pointskala:

Antal tilbudte produkter pr. varegruppe	Antal point
5 stk.	5 point
4 stk.	4 point
3 stk.	3 point
2 stk.	2 Point
1 stk.	1 Point
0 stk.	0 Point

Der gives karakter for hver varegruppe. Herefter regnes gennemsnittet af de givne karakterer, til en samlet karakter for øvrigt sortiment.

Udbyder gør opmærksom på, at et tilbud på eksempelvis 5 stk. af samme produkt, hvor eneste forskel er, at de blot er i forskellige farver, vil dette kun indgå som ét produkt i forhold til vurderingen af sortimentsbredde. Desuden vil pakninger med forskellige størrelser af samme produkt kun kunne indgå som to produkter i forhold til vurderingen af sortimentsbredde. Tilbudsgiver vil i sådanne tilfælde ikke blive dømt ukonditionsmæssige, men antallet af tilbudte øvrige sortiment vil blive reduceret i bilag 1 – Tilbudsliste fane - Øvrige sortiment.

For oplysninger omkring det tilbudte øvrige sortiment, skal Tilbudsgiver udfylde tilbudsskemaet bilag 1 faneblad 2 ”Øvrig sortiment”.

Udbyder gør opmærksom på, at ekstra tilbudte produkter under faneblad 1 ”tilbudsliste” ikke tæller med som øvrigt sortiment, og vil derfor ikke blive medregnet i ovenstående skema.

3. Kravspecifikation

Udbyder lægger vægt på et godt samarbejde med den kommende Leverandør, hvor løbende dialog, og overholdelse af nedenstående mindstekrav er en selvfølge.

...

Samarbejdet med den kommende Leverandør skal foregå i en gensidig positiv og professionel ånd, hvor fleksibilitet og høj faglighed er kernen.

3.1 Generelt

...

Emballagen skal være forsynet med dansk tekst. Evt. symboler skal være let forståelige og diskrete...

3.2 Blodsuktermåleapparater

Der skal som minimum afgives tilbud på 5 typer apparater inkl. tilhørende fingerprikker og teststrimler:

1. Blodsuktermåleapparat, der skal kunne måle blodsukker. Apparatet skal kunne bruges af hovedparten af alle diabetikere. Teststrimler skal kunne isættes apparatet på en enkel måde for Borgere med nedsat følelsens og nedsat kraft i fingre/hænder. Skal have ekstra store og tydelige tal, så svagtseende kan tyde dem.
2. Blodsuktermåleapparat, der skal kunne måle blodsukker og ketonstoffer i blodet. Apparatet kan bruges af hovedparten af alle diabetikere
3. Blodsuktermåleapparat, der skal have integrerede teststrimler. Det skal være muligt at læse tallene i mørke.
4. Apparat som anvender samme teststrimmel, som de apparater der er kompatibelt med insulinpumpe.
5. Talende blodsukkerapparat til blinde og svagsynede diabetiker.

...

3.4 Penkanyler

...

Penkanylen skal have et flow, så den forventede mængde insulin problemfrit kan indsprøjtes.

Nålelængden skal være fra 4, 5, 6, 8 og 12 - 12,7 mm, og med varierende tykkelse og slibning.

...

3.5 Fingerprikker

Der skal afgives tilbud på 2 typer fingerprikkere - flergangs og engangs.

...

3.5.1 Flergangs

...

Fingerprikkeren skal være nem at betjene med en udformning, der giver et sikkert greb.

Det skal være muligt at indstille til forskellige stikdybder.

Fingerprikkeren med tromle skal være udstyret med en teknologi der medfører høj præcision og hastighed.

...

3.5.2 Engangs

...

Engangs fingerprikkeren skal være nem at betjene med en udformning, der giver et sikkert greb.

Engangs fingerprikkeren skal være udstyret med en teknologi der medfører høj præcision og hastighed.

...

3.5.2.2 Engangs fingerprikker variant 2

Denne variant skal være med variabel indstiksdybde

...

3.7 Kundeservice

...

Det skal være nemt for Borgeren at blive oprettet på Tilbudsgivers hjemmeside/web-shop.

...

3.8 Bevillinger

...

Tilbudsgiver skal kontrollere den enkelte Borgers forbrug. Konstateres et unormalt stort forbrug, skal den bevilgende kommune gøres opmærksom herpå af Tilbudsgiver.

...

3.9 Bevillingshåndteringssystem

Tilbudsgiver skal ved kontraktstart have implementeret IT-system til håndtering af bevillinger.

...

Systemet skal være på dansk, og have danske hjælpe funktioner/vejledninger. Derudover skal samtlige fejlmeddelelser være dansk-sprogede, kontekstrelevante, handlingsanvisende samt umiddelbare forståelige og anvendelige for Borgere.

...”

Tilbudslistens post 6 omhandler de i pkt. 3.2, nr. 3, nævnte blodsukkermåleapparater (”Blodsukkermåleapparat, der skal have integrerede teststrimler. Det skal være muligt at læse tallene i mørke”). I tilbudslisten er der som krav til post 6 anført ”Speciel – Apparat med teststrimmel i kassette.”

Tilbudslistens post 8 (og 9) vedrører de i pkt. 3.2, nr. 4, nævnte apparater ("Apparat som anvender samme teststrimmel, som de apparater der er kompatibelt med insulinpumpe"). I tilbudslisten er der som krav til post 8 (og 9) anført "Speciel – Apparat hvis teststrimler også kan anvendes til apparater der kan overføre data trådløst til en insulinpumpe."

Under udbuddet blev der stillet en række spørgsmål, herunder spørgsmål 18, der lød således:

"I tilbudslisten øvrige sortiment kan der tilføjes flere produkt af type Lancetter i tromle. Så vidt vi er bekendt med findes der p.t. kun 1 produkt af denne type da Accu-Chek Multiclix lancetter er udgået af markedet. Der kan dog findes en lille restlager hos enkelte leverandører. Må disse bydes ind under øvrige produkter."

Sydjysk Kommuneindkøb besvarede spørgsmålet således:

"Nej. Der må ikke bydes ind med udgået produkter."

Ved udløbet af tilbudsfristen havde Sydjysk Kommuneindkøb modtaget 3 tilbud, herunder fra Mediq Danmark A/S og OneMed A/S, og den 28. september 2018 meddelte Sydjysk Kommuneindkøb, at man havde til hensigt at tildele kontrakten til OneMed A/S.

Efter at have fået aktindsigt i dele af OneMed A/S' tilbud rettede Mediq Danmark A/S den 5. oktober 2018 henvendelse til Sydjysk Kommuneindkøb og anførte, at OneMed A/S' tilbud måtte anses for ukonditionsmæssigt, idet OneMed A/S på tilbudslistens post 6 og 8 havde tilbudt produkter, som ikke levede op til udbuddets kravspecifikation. Vedrørende produktet på tilbudslistens post 6 anførte Mediq Danmark A/S, at det produkt, som OneMed A/S havde tilbudt (Betachek C50 Blodsukkerapparat), ikke opfylder kravet om, at det skal være muligt at læse tallene i mørke. Vedrørende produktet på tilbudslistens post 8 anførte Mediq Danmark A/S, at det produkt, som OneMed A/S havde tilbudt (MyLife Unio Neva Blodsukkerapparat), ikke opfylder kravet om, at det skal kunne overføre data trådløst til en insulinpumpe, idet overførslen med det tilbudte apparat skal gå via en app.

Efter at have forelagt Mediq Danmark A/S' indsigelser for OneMed A/S besvarede Sydjysk Kommuneindkøb den 8. oktober 2018 henvendelsen og oplyste:

” ...

OneMed bekræfter at det tilbudte blodsukkerapparat på position 6, Betachek lever op til alle krav i udbudsmaterialet og på tilbudslisten. Kontrasten i displayet gør, at tallene kan læses i mørke omgivelser. Desuden har OneMed medsendt brugermanuale for apparatet, og her noteres, at man ikke skal benytte blodsukkerapparatet i direkte sol, men at man skal finde skygge. OneMed har derudover testet blodsukkerapparatet på opfordring fra os og testet om det var muligt at læse skærmen i mørke. Her bestod blodsukkerapparatet.

...

OneMed bekræfter, at det tilbudte blodsukkerapparat på position 8, My-life Unio Neva lever op til alle krav i udbudsmaterialet og på tilbudslisten. OneMed bekræfter, at blodsukkerapparatet kan overføre data trådløst til insulinpumpe. I kravspecifikationen står der skrevet at blodsukkerapparatet skal kunne overføre data trådløst til en insulinpumpe. Vi vurderer, at dette krav er opfyldt med dette produkt.

...”

Efter Mediq Danmark A/S' indgivelse af klage til klagenævnet har Sydjysk Kommuneindkøb anmodet OneMed A/S om en uddybende erklæring vedrørende de tilbudte produkters konditionsmæssighed. Af erklæringen fremgår blandt andet:

”Vedr. Position 6 – Betachek:

...

Betacheck C50 er et nyt apparat på det danske marked og Sydjysk Kommuneindkøb er blandt de første kommuner, som vi har tilbudt produktet til. Produktet er et prisgunstigt alternativ til et lignende produkt på markedet, og vi tilbød det derfor for på bedst mulige vis at give Sydjysk Kommuneindkøb et produkt, der både levede op til udbuddets kvalitative mindstekrav og samtidig gav de bedst mulige betingelser for at møde evalueringskriterierne om laveste pris og bredeste sortiment.

Betacheck C50 har ikke baggrundsbelysning. Det var dog vores vurdering, at produktets tal kunne aflæses i mørke omgivelser. Vi erkender, at

det ikke er muligt at læse tallene, når det er helt mørkt, men mener også at dette heller ikke er indeholdt i kravet, når man ser på de lysmæssige forhold, som blodsuktermålinger normalt foretages under. Vi vurderede, at det at måle blodsukker i fuldstændigt mørke er en situation som ikke opstår, da man normalt vil skulle anvende en vis mængde lys i forbindelse med blodsuktermålingen – bl.a. i forbindelse med at prikke hul på huden for at få blod til målingen og for at påføre blod på teststrimlen. Vores opfattelse af kriteriet om mørke var derfor, at det skulle kunne aflæses under gængse lysbetingelser, som man må forvente ved blodsuktermåling – hvilket maksimalt vil sige mørkere omgivelser, men ikke totalt mørke. Dette understøttes af, at mindstekravet ikke indeholdt betingelser om baggrundsbelysning.

... OneMed har forstået mindstekravet vedr. aflæsning af tallene i mørke, således at man skal kunne aflæse tallene f.eks. i et dunkelt rum, uden lyset er tændt, f.eks. at man skal kunne aflæse tallene på apparatet udenfor i halvmørke i forbindelse med måling af blodsukker.

... Som beskrevet ovenfor er Betachek C50 et prisgunstigt alternativ til et lignende produkt på markedet, og vi tilbød det for på bedst mulige vis at give Sydjysk Kommuneindkøb et produkt, der både levede op til udbuddets kvalitative mindstekrav og samtidig gav de bedst mulige betingelser for at møde evalueringskriterierne om laveste pris og bredeste sortiment.

Vedr. Position 8 – MyLife Unio Neva:

...
OneMed har forstået mindstekravet om trådløs overføring af data til en insulinpumpe, som krav om at data fra blodsuktermålingerne skal kunne overføres til insulinpumpen uden brug af en ledningsforbindelse.

... MyLife Unio Neva er et nyt apparat på det danske marked og Sydjysk Kommuneindkøb er blandt de første kommuner, som vi har tilbudt produktet til. Apparatet og de tilhørende teststrimler er et prisgunstigt alternativ til andre produkter på markedet, og vi tilbød det derfor for på bedst mulige vis at give Sydjysk Kommuneindkøb produkter, der både levede op til udbuddets kvalitative mindstekrav og samtidig gav de bedst mulige betingelser for at møde evalueringskriterierne om laveste pris og bredeste sortiment.

MyLife Unio Neva blodsukkerapparatet overfører data til insulinpumpen via en app. Generelt anvender de fleste danskere, herunder diabetikere, rigtig mange apps til forskellige formål i dagligdagen. F.eks. anvender mange diabetikere også en app som diabetesdagbog. Overførslen af data via en app er således ingen hindring for brugeren, det kan derimod være en fordel for brugeren, da data vedrørende brugerens diabe-

tes samles i appen, og dermed skabes der er et bedre overblik over brugerens diabetes både for brugeren og evt. for relevant sundhedspersonale.”

Sydjysk Kommuneindkøb har oplyst, at Sydjysk Kommuneindkøb den 12. oktober 2018 selv har testet Betachek C50 Blodsukkerapparat med det formål at efterprøve produktets opfyldelse af kravet om, at det ”skal være muligt at læse tallene i mørke”. Det er oplyst, at testen blev foretaget i et mørkt lokale med begrænset lys udefra, svarende til et mørkt soveværelse, og at tallene her kunne aflæses.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Mediq Danmark A/S har gjort gældende, at Sydjysk Kommuneindkøb ikke har været berettiget til at tildele kontakten til OneMed A/S, da to af de produkter, som OneMed A/S har tilbudt (Betachek C50 og Mylife Unio Neva) ikke overholder de mindstekrav, som er fastsat i udbudsmaterialet. I kravspecifikationen er indledningsvist anført, at ”overholdelse af nedenstående mindstekrav er en selvfølge”, og da det ikke i udbudsmaterialet er anført, at de omstridte krav ikke er mindstekrav, må udbudsmaterialet forstås således, at kravene har karakter af mindstekrav.

OneMed A/S’ tilbudte produkt Betachek C50 overholder ikke mindstekravet om, at tallene skal kunne aflæses i mørke. Et mindstekrav må ikke kunne fortolkes forskelligt eller lægge op til en vilkårlig bedømmelse af, om mindstekravet konkret er opfyldt. Mindstekravet indebærer, at tallene skal kunne læses ”i mørke”, og OneMed A/S har erkendt, at det ikke er muligt at læse tallene, når det er helt mørkt. Sydjysk Kommuneindkøb er ikke berettiget til at gradbøje begrebet ”i mørke”, og det er således ikke tilstrækkeligt til at opfylde mindstekravet, at tallene kan læses ”i mørke omgivelser”, ”i et dunkelt rum, uden lyset tændt, f.eks. at man skal kunne aflæse tallene på apparatet udenfor i halvmørke i forbindelse med måling af blodsukker” eller ”i et mørkt lokale med begrænset lys udefra, svarende til et mørkt soveværelse”.

OneMed A/S’ tilbudte produkt Mylife Unio Neva opfylder ikke mindstekravene, således som disse må forstås efter kravspecifikationen sammen-

holdt med tilbudslistens post 8 og 9, idet produktet ikke kan overføre data trådløst til en insulinpumpe, men forudsætter brug af en smartphone gennem en app eller en computer. Produktet deler heller ikke teststrimmel med et apparat, der er kompatibelt med insulinpumpen.

Mindstekrav skal være klare og utvetydigt beskrevet, og det indebærer, at der ikke kan indlægges en forudsætning, som OneMed A/S har gjort, om, at der i "kompatibiliteten" kan forventes anvendelse af smartphones eller computere. Selv hvis en sådan løsning skulle kunne accepteres, måtte den som det mindste skulle kapitaliseres i evalueringen, idet man for hver bruger måtte indkalkulere køb af en computer eller smartphone ved siden af den tilbudte pris for produktet. En sådan kapitalisering er ikke sket.

Sydjysk Kommuneindkøb kan ikke i god tro indgå kontrakten, når der inden indgåelsen er fremsendt entydig dokumentation for produktets manglende konditionsmæssighed. Indgåelse af kontrakt vil være i strid med ligebehandlingsprincippet, herunder som dette må læses i lyset af den generelle undersøgelsespligt, der gælder, når en ordregiver inden kontraktunderskrivelsen bliver opmærksom på problemer i det vindende tilbud.

Efter klagenævnets delkendelse af 7. november 2018 har Mediq Danmark A/S vedrørende denne påstand yderligere gjort gældende, at Sydjysk Kommuneindkøb har accepteret et udgået produkt fra den vindende leverandør, OneMed A/S, uagtet at Sydjysk Kommuneindkøb ganske klart har anført, at man ikke vil acceptere udgåede produkter, jf. herved svaret på spørgsmål 18 omkring muligheden for at tilbyde produkter, som findes på restlager, og hvor Sydjysk Kommuneindkøb har anført: "Nej. Der må ikke bydes ind med udgået produkter".

OneMed A/S har under fanen "øvrigt sortiment", "insulinpenne" (position 21.2 i Excel arket), tilbudt "ClikSTAR blå Insulinpen 1-80 IE".

Mediq Danmark A/S er vidende om, at det tilbudte produkt er udgået, idet producenten i april 2018 oplyste, at produktet CLIKSTAR (ClickSTAR® injektionspen) erstattes med AllStar® PRO injektionspen.

Udover at denne viden er kendt blandt samtlige leverandører, var også Sydjysk Kommuneindkøb bekendt hermed allerede inden tilbudstidspunktet. Mediq Danmark A/S har således i sin egenskab af leverandør på den tidli-

gere udbudte aftale og i overensstemmelse med dennes bestemmelser ved mail af 29. august 2018 oplyst Sydjysk Kommuneindkøb om, at netop dette produkt er udgået og erstattet. Mailen blev sendt til indkøberne hos henholdsvis Vejen Kommune, Billund Kommune og Varde Kommune. Netop fordi Sydjysk Kommuneindkøb havde fået oplysningen om det udgåede produkt inden opstart af udbuddet, burde Sydjysk Kommuneindkøb have taget højde for oplysningen i sin vurdering af de indkomne tilbud.

Det savner mening, når Sydjysk Kommuneindkøb anfører, at fejl i udfyldelsen af tilbudslisten alene skal føre til en reduktion af omfanget af det øvrige sortiment. Udbudsbetingelsernes pkt. 2.4.1, fastlægger en konkret fremgangsmåde for, hvordan samme produkt i forskellige *farver* indgår i det øvrige sortiment, og beskriver således på ingen måde, hvordan Sydjysk Kommuneindkøb vil håndtere *udgåede produkter*. Det fremgår klart af spørgsmål 18 og svaret herpå, at Sydjysk Kommuneindkøb ikke vil acceptere angivelse af udgåede produkter i tilbudslisten.

Sydjysk Kommuneindkøb har herefter handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra OneMed A/S som ukonditionsmæssigt, idet Sydjysk Kommuneindkøb bevidst har fraveget sit krav om ikke at ville acceptere udgåede produkter.

Sydjysk Kommuneindkøb har gjort gældende, at kravet om, at det ”skal være muligt at læse tallene i mørke”, ikke er et mindstekrav. Kravspecifikationens sætning om, at ”[o]verholdelse af nedenstående mindstekrav er en selvfølge”, betyder ikke, at alle efterfølgende krav i kravspecifikationen skal betragtes som mindstekrav. Sætningen er alene en beskrivelse af, at de krav, som *er* mindstekrav, skal overholdes.

Kravet (”Det skal være muligt at læse tallene i mørke”) er beskrevet tilstrækkeligt klart. At der ikke er tale om reelle uklarheder understøttes af, at ingen af tilbudsgiverne har spurgt ind til kravet under udbudsprocessen, ligesom der heller ikke blev spurgt ind til kravet, da udbudsmaterialet inden offentliggørelsen var i høring. Det er ikke i kravet beskrevet, at tallene skal kunne læses i total mørke. Med ”mørke” menes, at borgerne skal kunne læse tallene i mørke i forbindelse med blodsuktermåling. Ved en blodsuktermåling skal der prikkes hul på huden og påføres blod på en teststrimmel. En sådan måling kan ikke foretages i total mørke. Denne forståelse må have

været klar for tilbudsgiverne, som kender til proceduren for blodsukkermåling.

Kravet kan opfyldes på flere forskellige måder, f.eks. ved at tilbyde et apparat, der har baggrundsbelysning, eller et apparat med en kontrast i displayet, der gør det muligt at se tallene i mørke, ligesom det apparat, som OneMed A/S har tilbudt på tilbudslistens post 6.

OneMed A/S har to gange bekræftet, at Betachek C50 blodsukkerapparatet opfylder kravet. Derudover har Sydjysk Kommuneindkøb testet apparatet og bekræftet, at det opfylder kravet.

Selv hvis kravet skulle betragtes som uklart, fremgår det af klagenævnets praksis, at uklare mindstekrav ikke skal komme tilbudsgiver til skade og derfor ikke kan danne grundlag for afvisning af et tilbud som ukonditions-mæssigt, jf. herved klagenævnets kendelse af 2. marts 2018, AV Form A/S mod Fællesindkøb Fyn m.fl., og kendelse af 25. marts 2015, ZENZO Group ApS mod Horsens Kommune.

Med hensyn til det produkt, som OneMed A/S har tilbudt på tilbudslistens post 8 (Mylife Unio Neva), har Sydjysk Kommuneindkøb anført, at kravet om ”apparater der kan overføre data trådløst til en insulinpumpe” ikke er et mindstekrav. Kravet fremgår ikke af kravspecifikationen, men af tilbudslisten og kan allerede derfor ikke anses for et mindstekrav. I kravspecifikationen er alene anført ”Apparat som anvender samme teststrimmel, som de apparater der er kompatibelt med insulinpumpe”, og dette krav indeholder ikke noget krav om trådløs overføring.

Kravet i tilbudslistens post 8 (”Speciel – Apparat hvis teststrimler også kan anvendes til apparater der kan overføre data trådløst til en insulinpumpe”) er beskrevet tilstrækkeligt klart. At der ikke er tale om reelle uklarheder understøttes af, at ingen af tilbudsgiverne har spurgt ind til kravet under udbudsprocessen. Kravet angiver klart, at overførslen af data skal ske trådløst. Ifølge Den Danske Ordbog skal trådløs forstås som ”fungerer uden elektriske ledninger.” Ordet ”trådløs” kan derfor direkte erstattes med ”uden elektriske ledninger”.

Der er således ikke noget krav om, at overførslen skal være direkte, og kravet indebærer dermed kun, at blodsukkerapparatet kan overføre data til en

insulinpumpe uden en ledningsforbindelse. Der er derfor intet i kravet, som forhindrer, at dataoverførslen kan ske via en app på en smartphone eller en computer. Hvis Sydjysk Kommuneindkøb havde ønsket et apparat, der kun kunne overføre data trådløst direkte til en insulinpumpe, skulle det derimod have været klart angivet.

OneMed A/S har to gange bekræftet, at Mylife Unio Neva blodsukkerapparatet opfylder kravet.

Selv hvis kravet skulle betragtes som uklart, fremgår det af den ovennævnte praksis fra klagenævnet, at uklare mindstekrav ikke skal komme tilbudsgiver til skade og derfor ikke kan danne grundlag for afvisning af et tilbud som ukonditionsmæssigt.

Det, som Mediq Danmark A/S har anført vedrørende kapitalisering, er irrelevant, allerede fordi Mylife Unio Neva, som OneMed A/S har tilbudt, opfylder kravet. Endvidere ville en kapitalisering ikke have nogen betydning for tildelingsbeslutningen, da alle 3 tilbudsgivere har tilbudt produkter med samme egenskaber på post 8 (og 9) i tilbudslisten.

Efter klagenævnets delkendelse af 7. november 2018 har Sydjysk Kommuneindkøb vedrørende denne påstand yderligere gjort gældende, at det hverken af udbudsmaterialet eller af de stillede spørgsmål og svarene herpå fremgår, at tilbud, som indeholder "udgåede produkter", vil føre til, at tilbuddet skal erklæres for ukonditionsmæssigt. Det klare udgangspunkt må derfor være, at tilbud indeholdende "udgåede produkter" ikke af denne grund kan forkastes som ukonditionsmæssige.

Af udbudsmaterialets pkt. 2.4.1 fremgår tydeligt, at beskrivelsen deri afspejler et eksempel. Fremgangsmåden beskrevet i udbudsmaterialets pkt. 2.4.1 er korrekt anvendt i tilfælde af "udgåede produkter".

Fejl i tilbudslistens øvrige sortiment vil således ikke føre til, at tilbuddet fra OneMed A/S skal erklæres ukonditionsmæssigt, men blot føre til en reduktion af antallet af tilbudte produkter under det øvrige sortiment og dermed en dårligere evaluering.

At fejl i tilbudslisten ikke skal føre til ukonditionsmæssighed, fremgår også af klagenævnets kendelse af 3. marts 2017, Mediq A/S mod Aalborg Kommune, Brønderslev Kommune og Læsø Kommune.

Det var kun priserne på fanen "Tilbudsliste", der indgik i evalueringens pris, Prisen på "ClikStar blå Insulinpen 1-80 IE" er således ikke indgået i evalueringen af prisen, da produktet blev tilbudt på det øvrige sortiment.

Mediq Danmark A/S har ikke under selve udbuddet gjort Sydjysk Kommuneindkøb opmærksomme på, at " ClikStar blå Insulinpen 1-80 IE" var udgået. Dette skete før udbuddet, og Sydjysk Kommuneindkøb var derfor ikke bevidste om, at produktet skulle udgå fra OneMed A/S' tilbud under selve udbudsprocessen.

Selv hvis produktet "ClikStar blå Insulinpen 1-80 IE" udgik fra vindende tilbudsgivers tilbud, havde det ikke ændret på Sydjysk Kommuneindkøbs tildelingsbeslutning. Den vindende tilbudsgiver fik 40 point for de 9 varegrupper under underkriteriet "sortimentsbredde". Dette giver et gennemsnit på 4,440 og en vægtet score på 1,776, jf. udbudsmaterialets pkt. 2.4. Hvis "ClikStar blå Insulinpen 1-80 IE" udgik fra evalueringen, ville den vindende tilbudsgiver få 39 point. Det giver et gennemsnit på 4,333 og en vægtet score på 1,733.

Da Mediq Danmark A/S' tilbud fik en vægtet score på 3,386, og vindende tilbudsgivers tilbud fik en vægtet score på 4,776, ville det ikke have ændret på Sydjysk Kommuneindkøbs tildelingsbeslutning, hvis "ClikStar blå Insulinpen 1-80 IE" udgik fra evalueringen.

Ad påstand 2

Mediq Danmark A/S har gjort gældende, at Sydjysk Kommuneindkøb som anført under påstand 1 og 5-7 har begået en række fejl, herunder fejl som medfører, at udbudsmaterialet ikke har kunnet danne grundlag for en lovlige udbudsproces, hvorfor det heller ikke har kunnet danne grundlag for en lovlige tildeling. Der er ikke blot tale om mindre og ubetydelige fejl, og det har ikke været muligt for tilbudsgiverne at afgive tilbud på et ligeværdigt og klart grundlag. Henset til de konkrete overtrædelser bør tildelingsbeslutningen annulleres.

Sydjysk Kommuneindkøb har gjort gældende, at Mediq Danmark A/S ikke har godtgjort, at tildelingsbeslutningen er behæftet med sådanne væsentlige retlige mangler, at den skal annulleres.

Sydjysk Kommuneindkøb havde ikke forud for tildelingsbeslutningen anledning til at betvivle, at tilbuddet fra OneMed A/S opfyldte udbudsgrundlaget. Foranlediget af Mediq Danmark A/S' indsigelser har Sydjysk Kommuneindkøb foretaget en undersøgelse og kan derfor dokumentere, at Mediq Danmark A/S' indsigelser ikke er berettigede.

Mediq Danmark A/S har endvidere ikke godtgjort, at de påståede uklarheder har haft konkret betydning for tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 3

Mediq Danmark A/S har gjort gældende, at det er i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, at der ikke i udbudsmaterialet er overensstemmelse mellem udbudsbekendtgørelsens og udbudsmaterialets angivelse af den ordregivende myndighed.

I udbudsbekendtgørelsens pkt. I.1) er den ordregivende enhed defineret som "Billund Kommune", og der er i udbudsbekendtgørelsens pkt. I.2) afkrydset i, at kontrakten ikke vedrører et fælles udbud. Derudover er det angivet i pkt. II.1.4), at "Sydjysk Kommuneindkøb udbyder hermed Rammeaftale på køb af urologiprodukter til borgere med bevilling. Sydjysk kommuneindkøb består af Billund, Varde og Vejen Kommuner..." Samtidig fremgår det af udbudsmaterialets pkt. 1, at "Udbuddet vedrørende diabetesprodukter til Sydjysk Kommuneindkøb...", og det fremgår af pkt. 1.2, at "Efter udbuddets afslutning handler de i udbuddet deltagende kommuner med den valgte Leverandør som individuelle juridiske parter."

Det fremgår således ikke klart af udbudsbekendtgørelsen, hvilken konstellation ordregiver udbyder kontrakten i.

Det fremgår af udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014) i bilag V, del C, pkt. 4, at "*Det anføres i givet fald, hvis den ordregivende myndighed er en indkøbscentral, eller at der er tale om en anden form for fælles udbud.*" Dette krav i direktivets bilag V, del C, henviser helt åbenbart til det fastdefinerede punkt i udbudsbekendtgørelsens pkt. I.2) benævnt

"Fælles udbud", hvor ordregivende myndigheder netop er forpligtet til at oplyse, hvorvidt der er tale om et fælles udbud, samt om der tildeles fra en indkøbscentral.

Sydjysk Kommuneindkøb har i udbudsbekendtgørelsen angivet, at der ikke er tale om et fælles udbud, hvilket er i strid med det øvrige materiales indhold. Det er således ikke tilstrækkelig klart beskrevet i udbudsbekendtgørelsen, at der er tale om et fælles udbud, og angivelsen er ikke overensstemmende med udbudsmaterialet i øvrigt, hvilket er i strid med gennemsigtsprincipperne i udbudslovens § 2.

Sydjysk Kommuneindkøb har anført, at formålet med udbudsbekendtgørelsen er at sikre, at alle interesserede virksomheder har mulighed for at få kendskab til anskaffelsen og dermed også for at overveje, om den udbudte anskaffelse har en sådan størrelse og karakter, at virksomheden er interesseret i at deltage i udbudsprocessen.

Bilag V, del C, til udbudsdirektivet indeholder en liste over de oplysninger, som skal indeholdes i udbudsbekendtgørelsen. Henset til formålet med dette bilag, må det antages, at en ordregivers opfyldelse af bilaget i udgangspunktet indebærer, at den pågældende ordregivers forpligtelser vedrørende gennemsigtsprincipperne er opfyldt.

Sydjysk Kommuneindkøb har i udbudsbekendtgørelsen medtaget alle de oplysninger, som fremgår af ovennævnte bilag til udbudsdirektivet.

Udbudsgrundlaget, herunder udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.4) og udbudsmaterialets pkt. 1.2 og 1.4, afspejler entydigt, at udbuddet gennemføres i regi af indkøbsfællesskabet Sydjysk Kommuneindkøb, at Sydjysk Kommuneindkøb består af Billund, Varde og Vejen kommuner, og at den vindende tilbudsgiver indgår kontrakt med hver af de tre kommuner

Der har således ikke været nogen tvivl hos tilbudsgiverne om, hvem der var rette ordregiver.

Selv hvis Sydjysk Kommuneindkøb ikke har udfyldt udbudsbekendtgørelsen i overensstemmelse med punkt 4 i udbudsdirektivets bilag V, del C, følger det af praksis fra klagenævnet, at en sådan fejl i udbudsbekendtgørelsen ikke kan føre til annullation af en tildelingsbeslutning, når der hos til-

budsgiverne ikke har været nogen reel tvivl om, hvem der var rette ordregiver, jf. klagenævnets kendelse af 6. februar 2013, Droskeselskabet Odense Taxa a.m.b.a. mod Midttrafik, FynBus og Sydtrafik.

At påstand 3 ikke kan føre til annullation af tildelingsbeslutningen synes også forudsat af Mediq Danmark A/S, som i sin påstand om annullation ikke henviser til påstand 3.

Idet udbudsgrundlaget ikke har efterladt tilbudsgiverne med en reel tvivl om, hvem de ordregivende myndigheder var, kan Mediq Danmark A/S' påstand 3 ikke tages til følge.

Ad påstand 5

Mediq Danmark A/S har gjort gældende, at kravspecifikationen samlet set er uklar og i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2.

Af klagenævnets delkendelse af 7. november 2018 kan det udledes, at i hvert fald krav, som i kravspecifikationen indeholder en forpligtende ordlyd såsom "skal være muligt" eller lignende, må forstås som mindstekrav, når dette læses sammen med indledningen af kravspecifikationen, hvorefter "... og overholdelse af nedenstående mindstekrav er en selvfølge". Denne fortolkning af kravspecifikationen indebærer, at kravspecifikationen indeholder en lang række mindstekrav, idet kravspecifikationen i det store hele er udarbejdet med forpligtende sprogbrug ved anvendelse af ord som "skal", "skal foregå", "skal være" osv.

Sydjysk Kommuneindkøb har ikke i sin kravspecifikation specifikt angivet, hvilke elementer der konkret er mindstekrav, og hvilke der blot er krav til anskaffelsen. Det er sædvanlig udbudsretlig praksis, at mindstekrav skal være klart konstaterbare og identificerbare, dvs. mindstekrav skal være objektive, og det skal fremgå udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at der er tale om et mindstekrav.

I denne sag indeholder kravspecifikationen på ingen måde en klar angivelse af, hvilke krav der anses som mindstekrav.

Dette gælder eksempelvis forståelsen af kravet i pkt. 3.2 "Det skal være muligt at læse tallene i mørke", hvor materialets uklarhed fremstår helt åbenbart, idet Sydjysk Kommuneindkøb på dette punkt er ganske uenig med klagenævnets vurdering.

Sydjysk Kommuneindkøb har for så vidt angår kravet om læsbarhed i mørke, som klagenævnet i sin delkendelse karakteriserer som et mindstekrav, i såvel svarskrift som duplik kategorisk fastholdt, at Sydjysk Kommuneindkøb ikke mener, at dette er et mindstekrav.

Når ikke engang Sydjysk Kommuneindkøb, der som ordregiver har formuleret kravspecifikationen og dennes indledende krav om, at "... og overholdelse af nedenstående mindstekrav er en selvfølge", selv er i stand til at gennemskue, hvilke krav der i lyset heraf må anses som mindstekrav, er det ganske åbenlyst, at det for tilbudsgiverne må være endnu sværere.

Dette gælder en lang række af krav, som alle anvender en forpligtende ordlyd ("skal" eller lignende), jf. også påstand 6 nedenfor, og hvor det må antages, at Sydjysk Kommuneindkøb også her vil mene, at der ikke er tale om mindstekrav, hvorfor den naturlige fortolkning set fra tilbudsgivers (og dermed Mediq Danmark A/S' side) derfor må anses som endnu mere usikker.

Der er i den konkrete sag derfor stor tvivl om, hvilke krav og ønsker ordregiver konkret har haft, og hvad der er karakteriseret som mindstekrav.

Udbudsretten foreskriver, at udbudsmaterialet skal være klart og konsekvent opbygget og tydeligt i sit indhold, og såfremt det ikke er tilfældet, vil udbudsmaterialet ikke være egnet til at danne grundlag for en lovlig tilde-ling.

De udbudsretlige krav til udbudsmaterialet i forhold til klarhed fremgår af en række afgørelser, herunder i sag T-299/11, European Dynamics m.fl. mod Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked, hvor Retten fandt, at ligebehandlingsprincippet medfører, at ordregiver skal sikre ligebehandling af tilbudsgiverne på ethvert stadie af udbudsproceduren, og at det betyder, at tilbudsgiverne skal stilles lige, såvel når de forbereder deres tilbud, som når tilbuddene evalueres. Herved må forstås, at udbudsmaterialet skal udformes på en måde, hvor det er tilstrækkeligt klart for tilbudsgiverne, hvad

udbudsmaterialet indeholder, og dermed sikre, at der afgives tilbud, der konkret kan sammenholdes i forhold til at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvilket ikke har været tilfældet i den konkrete sag.

Selv om kravspecifikationens krav, herunder eventuelle mindstekrav, er gældende for alle tilbudsgivere, er den anvendte fremgangsmåde i strid med ligebehandlingsprincippet, idet kravene fastsat i kravspecifikationen i den konkrete situation kan opfattes og er blevet opfattet forskelligt. Der er dermed udarbejdet tilbud på ulige grundlag, der både er i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet.

Det er korrekt, at der ikke er en bestemmelse i udbudsloven om, at mindstekrav skal være eksplicit angivet som sådan, men i henhold til både ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, er det afgørende for tilbudsgiver, at det fremgår klart af udbudsmaterialet, hvilke dele der kan anses som mindstekrav, og hvilke dele der blot er almindelige krav.

Sydjysk Kommuneindkøbs præmis om, at dette er uden betydning, da alle tilbudsgivere har tilbudt produkter, der ikke gav anledning til yderligere undersøgelser, kan ikke anses som holdbar. Der er netop budt ind med vidt forskellige produkter, herunder produkter med store prisforskelle, idet kravene er opfattet forskelligt fra tilbudsgivernes side.

Sydjysk Kommuneindkøb har gjort gældende, at kravene i kravspecifikationen gælder for alle, hvorfor kravene ikke er i strid med ligebehandlingsprincippet. Alle tilbudsgiverne har haft lige adgang til udbudsmaterialet, herunder til at stille spørgsmål til dette, og der er derfor ikke afgivet tilbud på ulige grundlag.

Der findes endvidere ikke retspraksis som viser, at mindstekrav skal være eksplicit angivet for, at udbudsmaterialet kan danne grundlag for afgivelse af tilbud. Uanset om kravene i kravspecifikationen skal anses som mindstekrav eller krav til anskaffelsen, skal kravene opfyldes. Det kan endvidere konstateres, at kravene i udbuddet har været tilstrækkeligt klare for tilbudsgiverne, idet alle tilbudsgiverne har tilbudt produkter, der ikke har givet Sydjysk Kommuneindkøb anledning til yderligere undersøgelser.

Endvidere har flere tilbudsgivere, herunder Mediq Danmark A/S, afgivet tilbud, og ingen af tilbudsgiverne har stillet spørgsmål til forståelsen af

kravspecifikationens krav, hvilket underbygger, at kravspecifikationen ikke var så uklar, at den er uegnet til at danne ramme for afgivelse af tilbud. De påståede uklarheder vedrørende kravenes karakterisering har dermed ikke haft indflydelse på tilbudsgivernes tilbudte produkter. Tilbuddene har således været sammenlignelige i forhold til at finde det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Det forhold, at tilbudsgiverne har budt ind med forskellige produkter og forskellige priser, er under ingen omstændigheder ensbetydende med, at kravspecifikationen er uklar. Det er således helt sædvanligt (og vel også ønskeligt), at tilbudsgivere byder ind med forskellige produkter, som endvidere er prissat forskelligt og uafhængigt. Der er endvidere intet til hinder for at udbyde en kravspecifikation, som kan opfyldes på forskellig vis, herunder ved brug af funktionskrav.

Mediq Danmark A/S har ikke ført bevis for, hvordan de påståede uklarheder har påvirket selskabets tilbud og Sydjysk Kommuneindkøbs tildelingsbeslutning.

Ad påstand 6

Mediq Danmark A/S har gjort gældende, at en række af de angivne mindstekrav i kravspecifikationen er i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, idet disse har et subjektivt og skønmæssigt præg og dermed ikke er egnede som mindstekrav, ligesom der er brugt uklare mindstekrav, som på samme måde ikke er egnede.

Udbudsmaterialet indeholder en række krav, der har en forpligtende ordlyd, og i sammenhæng med indledningen af kravspecifikationen må disse således forstås som mindstekrav, jf. argumentationen ovenfor ad påstand 5 og klagenævnets delkendelse af 7. november 2018.

En række af de stillede mindstekrav i kravspecifikationen har imidlertid karakter af at være skønsprægede, dvs. der er i ordlyden indlagt et subjektivt element i forhold til, hvordan mindstekravet konkret opfattes og opfyldes.

Det følger af praksis fra klagenævnet, at mindstekrav ikke må have et skønmæssigt præg, jf. herved f.eks. klagenævnets kendelse af 16. november 2017, Berendsen Textil Service A/S mod Fredericia Kommune, kendel-

se af 2. marts 2011, Wel-Med/Scanbio ApS mod K-17-Indkøbsfællesskabet, kendelse af 12. januar 2012, Dansk Flygtningehjælp mod Roskilde Kommune, og kendelse af 6. august 2009, Conva Tec Ltd mod Region Hovedstaden. Klagenævnets kendelser illustrerer en klar linje i forhold til, at mindstekrav skal være præcist formulerede, samt at vurderingen af, om tilbudsgiverens produkt lever op til de i mindstekravene angivne tekniske specifikationer, ikke må bero på ordregiverens skøn.

Det forudsættes således, at ordregiveren fastlægger nogle objektive krav, hvorefter ordregiveren objektivt vil kunne konstatere, om den enkelte tilbudsgiver overholder det enkelte mindstekrav eller ej.

Mediq Danmark A/S har herefter henvist til 15 steder i kravspecifikationen, hvor der efter selskabets opfattelse er tale om skønspregede mindstekrav. Det drejer sig om følgende (understregninger fremhævet her):

- 1) "*Samarbejdet med den kommende Leverandør skal foregå i en gensidig positiv og professionel ånd, hvor fleksibilitet og høj faglighed er kernen.*", jf. pkt. 3, sidste afsnit.

Fleksibilitet og høj faglighed er ikke konkretiseret yderligere i kravspecifikationen, og det kan ikke anses som værende objektivt konstaterbart, hvornår mindstekravet er opfyldt. Det er uklart, hvad der ligger i mindstekravets ordlyd, herunder hvordan det opfyldes, og vurderingen af, hvordan mindstekravet opfyldes vil bero på ordregivers skøn.

I klagenævnets kendelse af 12. januar 2012 blev anvendelsen af "fleksibel undervisning" og "høj progression" underkendt som egnet mindstekrav, hvilket underbygger påstanden om, at nærværende mindstekrav er uegnet.

- 2) "*Evt. symboler skal være letforståelige og diskrete.*", jf. pkt. 3.1, afsnit 9.

Mindstekravet er subjektivt og skønspregt, idet det er uklart, hvad der skal lægges i fortolkningen af, at symboler er letforståelige og diskrete, og opfyldelsen af mindstekravet vil derfor bero på ordregivers skøn.

Anvendelsen af betegnelsen "*diskrete*" er desuden identisk med en af problemstillingerne i klagenævnets kendelse af 16. november 2017, hvor betegnelsen "diskret" blev vurderet uegnet som mindstekrav.

3) "*Apparatet skal kunne bruges af hovedparten af alle diabetikere. Teststrimler skal kunne isættes apparatet på en enkel måde for Borgere med nedsat følesans og nedsat kraft i fingre/hænder.*", jf. pkt. 3.2, nr. 1.

Mindstekravet er subjektivt og skønspræget på flere fronter, idet det både er uklart, hvad der forstås med "*hovedparten*" og "*på en enkel måde*", og opfyldelsen vil bero på ordregivers skøn.

Anvendelsen af betegnelsen "*hovedparten*" kan sammenlignes med anvendelsen af "*tilstrækkelig*", jf. klagenævnets kendelse af 16. november 2017 og kendelse af 12. januar 2012, idet betegnelsen lægger op til et skøn hos ordregiver.

Endvidere er betegnelsen "*på en enkel måde for Borgere*" upræcis og skønspræget i en sådan grad, at mindstekravet ikke er egnet, hvilket modsvarer klagenævnets kendelse af 2. marts 2011, hvorefter anvendelse af "*komfortabelt (...) at ligge på*" blev underkendt som egnet mindstekrav.

4) "*Apparatet kan bruges af hovedparten af alle diabetikere.*", jf. pkt. 3.2, nr. 2.

Det gøres gældende, at mindstekravet er subjektivt og skønspræget, idet det er uklart, hvad der forstås med "*hovedparten*", og opfyldelsen vil bero på ordregivers skøn.

Anvendelsen af betegnelsen "*hovedparten*" kan sammenlignes med anvendelsen af "*tilstrækkelig*", jf. klagenævnets kendelse af 16. november 2017 og kendelse af 12. januar 2012, idet betegnelsen lægger op til et skøn hos ordregiver.

5) "*Det skal være muligt at læse tallene i mørke.*", jf. pkt. 3.2, nr. 3.

Mindstekravet er subjektivt og skønspræget, idet det er uklart, hvad der forstås med "*mørke*", og opfyldelsen vil bero på ordregivers skøn.

Det fremgår klart af skriftvekslingen i klageskrift, svarskrift, replik og duplik, at mindstekravet opfattes på forskellig vis. Kravet er, jf. klagenævnets delkendelse, uklart formuleret, hvilket i sig selv gør mindstekravet uegnet og vilkårligt. Dette illustreres ved, at den vindende leverandør har tilbudt et markant billigere produkt, der indeholder et display, der ikke kan ses i komplet mørke, mens Mediq Danmark A/S har tilbudt et produkt med et display, der lyser op og kan aflæses i alle former for mørke.

Kravets udformning har således specifikt medført, at Mediq Danmark A/S og de øvrige tilbudsgivere har udledt vilkårene i udbudsmaterialet på forskellige måder og dermed har afgivet tilbud på baggrund af forskellige opfattelser af udbudsmaterialets indhold og krav, hvilket Sydjysk Kommuneindkøb, jf. klagenævnets delkendelse, bærer ansvaret for.

Udover at være uklart er kravet også skønsmæssigt præget, idet vurderingen af, om mindstekravet er opfyldt, i det hele beror på ordregivers skøn over, hvad "mørke" her dækker over.

6) "*Penkanylen skal have et flow, så den forventede mængde insulin problemfrit kan indsprøjtes.*", jf. pkt. 3.4, afsnit 2.

Mindstekravet er subjektivt og skønspæret, idet det er uklart, hvad der forstås med "*problemfrit*", og opfyldelsen vil bero på ordregivers skøn.

7) "*... med varierende tykkelse og slibning.*", jf. pkt. 3.4, afsnit 3.

Mindstekravet er subjektivt og skønspæret, idet det er uklart, hvad der forstås med "*varierende tykkelse og slibning*", og opfyldelsen vil bero på ordregivers skøn.

8) "*Fingerprikkeren skal være nem at betjene med en udformning, der giver et sikkert greb.*", jf. pkt. 3.5.1, afsnit 2.

Mindstekravet er subjektivt og skønspæret, idet det er uklart, hvad der forstås med "*nem at betjene*", og opfyldelsen vil bero på ordregivers skøn.

Betegnelsen "*nem at betjene*" er upræcis og skønspæret i en sådan grad, at mindstekravet ikke er egnet, og modsvarer opfattelsen, der følger af klagenævnets kendelse af 2. marts 2011, hvorefter "*komfortabelt (...) at ligge på*" blev underkendt.

9) "*Fingerprikkeren med tromle skal være udstyret med en teknologi der medfører høj præcision og hastighed.*", jf. pkt. 3.5.1, afsnit 3.

Mindstekravet er subjektivt og skønspæret, idet det er uklart, hvad der forstås med "*høj præcision og hastighed*", og opfyldelsen vil bero på ordregivers skøn.

I klagenævnets kendelse af 12. januar 2012 blev anvendelsen af "*høj progression*" underkendt som egnet mindstekrav, hvilket underbygger påstanden om, at nærværende mindstekrav er uegnet.

10) "*Denne variant skal være med variable indstiksdybde.*", jf. pkt. 3.5.2.2. Mindstekravet er subjektivt og skønspræget, idet det er uklart, hvad der forstås med "*variable indstiksdybde*", og opfyldelsen vil bero på ordregivers skøn.

11) "*Fingerprikkeren skal være nem at betjene med en udformning, der giver et sikkert greb.*", jf. pkt. 3.5.2, afsnit 2. Mindstekravet er subjektivt og skønspræget, idet det er uklart, hvad der forstås med "*nem at betjene*", og opfyldelsen vil bero på ordregivers skøn.

Betegnelsen "*nem at betjene*" er upræcis og skønspræget i en sådan grad, at mindstekravet ikke er egnet, og modsvarer opfattelsen, der følger af klagenævnets kendelse af 2. marts 2011, hvorefter "*komfortabelt (...) at ligge på*" blev underkendt.

12) "*Engangs fingerprikkeren skal være udstyret med en teknologi der medfører høj præcision og hastighed.*", jf. pkt. 3.5.2, afsnit 3. Mindstekravet er – ligesom kravet anført under nr. 9 – subjektivt og skønspræget, idet det er uklart, hvad der forstås med "*høj præcision og hastighed*" og opfyldelsen vil bero på ordregivers skøn.

13) "*Det skal være nemt for Borgeren at blive oprettet på Tilbudsgivers hjemmeside/web-shop.*", jf. pkt. 3.7, afsnit 3. Mindstekravet er subjektivt og skønspræget, idet det er uklart, hvad der forstås med "*nemt*", og opfyldelsen vil bero på ordregivers skøn.

Betegnelsen "*nemt*" er upræcis og skønspræget i en sådan grad, at mindstekravet ikke er egnet, og modsvarer opfattelsen, der følger af klagenævnets kendelse af 2. marts 2011, hvorefter "*komfortabelt (...) at ligge på*" blev underkendt.

14) "*Konstateres et unormalt stort forbrug, skal den bevilgende kommune gøres opmærksom herpå af Tilbudsgiver.*", jf. pkt. 3.8, 5. afsnit, 2. punktum.

Mindstekravet er subjektivt og skønspræget, idet det er uklart, hvad der forstås med "*unormalt stort forbrug*", og opfyldelsen vil bero på ordregivers skøn.

Anvendelsen af betegnelsen "*unormalt stort forbrug*" kan sammenlignes med anvendelsen af "*tilstrækkelig*", jf. klagenævnets kendelse af 16. november 2017 og kendelse af 12. januar 2012, idet betegnelsen lægger op til et skøn hos ordregiver.

15) "*Derudover skal samtlige fejlmeddelelser være dansksprogede, kontekstrelevante, handlingsanvisende samt umiddelbart forståelige og anvendelige for Borgere.*", jf. pkt. 3.9, 3. afsnit.

Mindstekravet er subjektivt og skønspræget, idet det er uklart, hvad der forstås med "*umiddelbart forståelige og anvendelige*", og opfyldelsen vil bero på ordregivers skøn.

Anvendelsen af betegnelsen "*umiddelbart forståelige og anvendelige*" kan sammenlignes med brugen af mindstekrav i klagenævnets kendelse af 12. januar 2012, hvor betegnelserne lægger op til et skøn hos ordregiver.

Sammenholdt med praksis fra klagenævnet er de ovennævnte 15 mindstekrav uegnede som mindstekrav, idet de alle forudsætter en subjektiv, skønsmæssig vurdering i en sådan grad, at de ikke er egnede som mindstekrav.

De nævnte mindstekrav burde i stedet have været inkluderet i udbudsmaterialet under det kvalitative underkriterium, hvor Sydjysk Kommuneindkøb netop kunne have gennemført den subjektive og skønsmæssige vurdering, som ordlyden af mindstekravene lægger op til.

Sydjysk Kommuneindkøbs argumentation om, at anvendelse af "*skal*" i kravspecifikationen både kan vedrøre et mindstekrav og en hensigtserklæring, skaber stor uklarhed om, hvordan kravspecifikationen konkret skal opfattes, og hvordan tilbud specifikt skal udarbejdes, samt hvad der konkret skal forstås ved en hensigtserklæring.

Sammenholdt med klagenævnets delkendelse må den forpligtende ordlyd anvendt i kravspecifikationen dog indebære, at de påpegede elementer med forpligtende sprogbrug må anses som mindstekrav. Dette gælder således,

uanset om kravspecifikationens elementer skal anses som konkrete krav til ydelsen eller som Sydjysk Kommuneindkøbs såkaldte hensigtserklæringer.

Når der er tale om mindstekrav, skal disse være objektivt konstaterbare. Dette forhold gælder tilsvarende for de såkaldte hensigtserklæringer, når disse er formuleret med forpligtende sprogbrug. På den baggrund gøres det gældende, at hensigtserklæringerne heller ikke må være skønsmæssigt prægede, hvilket gælder, uanset hvornår kravet skal være opfyldt i kontraktens varighed.

Klagenævnets kendelse af 24. oktober 2013, Duba-B8 A/S mod Region Hovedstaden, og kendelse af 2. marts 2011, Wel-Med/Scanbio ApS mod K-17-Indkøbsfællesskabet, som Sydjysk Kommuneindkøb har henvist til, er på ingen måde sammenlignelige med de 15 mindstekrav, som Mediq Danmark A/S har påpeget.

Den vejledning fra Lægemiddelstyrelsen, som Sydjysk Kommuneindkøb har henvist til, kan ikke anses for gældende mellem parterne, idet vejledningen ikke har været en del af udbudsmaterialet, ligesom den ikke kan anses som udtryk for gældende præceptive regler på området eller regler, som i øvrigt er vedtaget som gældende i aftaleforholdet. Der er således tale om en vejledning, som på ingen måde kan anvendes til at underbygge eller forklare kravene i en uklar kravspecifikation.

Mediq Danmark A/S har samlet gjort gældende, at en række af de angivne mindstekrav i kravspecifikationen er i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, idet disse har et subjektivt og skønsmæssigt præg og dermed ikke er egnede som mindstekrav, ligesom der er brugt uklare mindstekrav, som på samme måde ikke er egnede.

Sydjysk Kommuneindkøb har gjort gældende, at ikke enhver anvendelse af ordet ”skal” medfører, at et krav må forstås som et mindstekrav. Anvendelsen af ordet ”skal” kan også indgå i en sammenhæng, hvor der er tale om en hensigtserklæring.

”Skal” *må* kunne bruges i en sammenhæng, hvor der er tale om en hensigtserklæring vedrørende udførelseskrav, uden at kravene skal opfattes som mindstekrav. Sådanne krav knytter sig til kontraktens udførelse og kan derfor først med mening efterprøves og dokumenteres under kontraktens udfø-

relse og ikke på tidspunktet for afgivelse af tilbuddet. Eksempelvis, når "skal" bruges i en sammenhæng, der ikke vedrører tilbudsgivernes produkter, men alene samarbejdet mellem Sydjysk Kommuneindkøb og den vindende tilbudsgiver.

Krav skal opfyldes, uanset om der er tale om et mindstekrav eller "almindelige" krav. Det har derfor for tilbudsgiverne i realiteten ikke gjort nogen forskel. Det må også have været klart for tilbudsgiverne, at alle krav – hvad enten kravet er omfattet af betegnelsen mindstekrav eller ej – skal opfyldes. Det er dermed ikke uklart, at der stilles krav til tilbudsgivernes produkter og til samarbejdet med Sydjysk Kommuneindkøb i form af hensigtserklæringer.

Sætningen "Overholdelse af nedenstående mindstekrav er en selvfølge" betyder ikke, at alle efterfølgende krav i kravspecifikationen skal betragtes som mindstekrav. Sætningen er således alene en beskrivelse af, at de krav, som *er* mindstekrav, skal overholdes.

Det er endvidere ikke alle af de nedenstående krav, som er uegnede som mindstekrav. Flere af dem må have været klare for Mediq Danmark A/S og de andre tilbudsgivere. Dette understøttes af, at alle tilbudsgiverne har tilbudt produkter, der ikke har givet Sydjysk Kommuneindkøb anledning til yderligere undersøgelser.

I klagenævnets kendelse af 24. oktober 2013, Duba-B8 A/S mod Region Hovedstaden, kom klagenævnet frem til, at et krav om, at et bord skulle være "stabilt", ikke kunne anses som et uegnet mindstekrav. Ved et krav om stabilitet kan der opstå tvivl om, hvorvidt kravet sigter til bordpladen eller bordbenene, og hvornår noget er stabilt.

I klagenævnets kendelse af 2. marts 2011, Wel-Med/Scanbio ApS mod K-17-Indkøbsfællesskabet, kom klagenævnet frem til, at følgende mindstekrav vedrørende "glidelagner" ikke var uegnede: *"Skal kunne nedsætte friktion ved glid fra side til side i sengen"* og *"Skal være mærket med op/ned eller lignende, hvis det har betydning for placeringen"*.

Praksis fra klagenævnet viser således, at krav, der indeholder en vis usikkerhed, såsom hvornår noget er stabilt, samt hvornår der foreligger nedsættelse af friktion ved glid, kan være egnede mindstekrav.

For så vidt angår de 15 punkter, som Mediq Danmark A/S har problematiseret, har Sydjysk Kommuneindkøb indledningsvist anført, at der reelt kun er tale om 12 forskellige punkter, idet nr. 3 og 4 er delvist identiske. Det samme gør sig gældende vedrørende nr. 8 og 11 samt nr. 9 og 12.

Vedrørende de enkelte punkter har Sydjysk Kommuneindkøb anført følgende:

- 1) "*Samarbejdet med den kommende Leverandør skal foregå i en gensidig positiv og professionel ånd, hvor fleksibilitet og høj faglighed er kernen.*", jf. pkt. 3, sidste afsnit.

Dette er ikke et mindstekrav, men en hensigtserklæring vedrørende samarbejdet mellem Sydjysk Kommuneindkøb og den kommende leverandør. Hensigtserklæringen har endvidere ingen konkret betydning for egenskaberne af tilbudsgivernes tilbudte produkter. Der er således tale om et udførelseskrav, som ikke kan dokumenteres på tidspunktet for afgivelsen af tilbuddet, og som knytter sig til kontraktens udførelse.

Anvendelsen af betegnelsen "*fleksibilitet og høj faglighed*" kan ikke sammenlignes med anvendelsen af "*fleksibel undervisning*" og "*høj progression*" som fremhævet i klagenævnets kendelse af 12. januar 2012, Dansk Flygtningehjælp mod Roskilde Kommune.

Dette understøttes af, at kravet om "*fleksibilitet og høj faglighed*" ikke knytter sig til egenskaberne af de tilbudte produkter, men samarbejdet mellem Sydjysk Kommuneindkøb og leverandøren. I klagenævnets kendelse af 12. januar 2012, Dansk Flygtningehjælp mod Roskilde Kommune, var der tale om et krav til egenskaberne af den udbudte ydelse, som var danskundervisning.

- 2) "*Evt. symboler skal være letforståelige og diskrete.*", jf. pkt. 3.1, afsnit 9.

Der tale om symboler på medicinske produkter. På dette område er der krav til, hvordan symboler skal fremgå af produkter. Dette må også have været klart for Mediq Danmark A/S og de andre tilbudsgivere.

Det er et krav fra Lægemiddelstyrelsen, at symboler skal være forståelige, jf. Lægemiddelstyrelsens vejledning om mærkning og brugsanvisning for medicinsk udstyr.

Anvendelsen af ordet "*diskret*" afskiller sig fra anvendelsen i klagenævnets kendelse af 16. november 2017, Berendsen Textil Service A/S mod Fredericia Kommune. I denne kendelse blev ordet anvendt om et krav til mærkninger på tøj, hvorimod det i denne sag omhandler symboler på medicinsk udstyr, som er reguleret. Dette må også have været klart for Mediq Danmark A/S og de andre tilbudsgivere.

Anvendelsen af "*diskret*" kan sammenlignes med anvendelsen af "*stabil*" i klagenævnets kendelse af 24. oktober 2013, Duba-B8 A/S mod Region Hovedstaden.

Mindstekravet har således den fornødne klarhed til at være egnet som mindstekrav.

3) "*Apparatet skal kunne bruges af hovedparten af alle diabetikere. Teststrimler skal kunne isættes apparatet på en enkel måde for Borgere med nedsat følesans og nedsat kraft i fingre/hænder.*", jf. pkt. 3.2, nr. 1.

Dette er ikke et mindstekrav til egenskaberne af produktet, men en hensigtserklæring vedrørende borgernes brug.

Anvendelsen af betegnelsen "*hovedparten*" kan ikke sammenlignes med anvendelse af "*tilstrækkeligt tøj tilgængeligt, men samtidig ikke opstå stort lager*" som fremhævet i klagenævnets kendelse af 16. november 2017, Berendsen Textil Service A/S mod Fredericia Kommune, da ordene har forskellig betydning.

I klagenævnets kendelse af 16. november 2017 var der tale om et krav til egenskaberne af den udbudte ydelse, som var vask og leje af beklædning til plejen i kommunen.

Anvendelsen af betegnelsen "*på en enkelt måde for borgerne*" kan ikke sammenlignes med anvendelsen af "*komfortabel (...) at ligge på*" som fremhævet i klagenævnets kendelse af 2. marts 2011, Wel-Med/Scanbio ApS mod K-17-Indkøbsfællesskabet, da ordene har forskellig betydning.

I klagenævnets kendelse af 2. marts 2011, Wel-Med/Scanbio ApS mod K-17-Indkøbsfællesskabet, var der tale om et krav til egenskaberne af det udbudte produkt, som var glidelagner.

Selv hvis klagenævnet skulle komme frem til, at kravet er et mindstekrav, er det ikke uklart. Der er tale om et medicinsk produkt, hvor borgerne skal prikke hul på huden. Derfor er kravet til anvendeligheden for alle diabetikere et krav, som alle medicinske produkter af denne type skal opfylde. Dette må også have været klart for Mediq Danmark A/S og de andre tilbudsgivere. Der er således tale om en efterrationalisering. Hvis der er tale om et mindstekrav, har mindstekravet haft den fornødne klarhed til at være egnet som mindstekrav.

4) "*Apparatet kan bruges af hovedparten af alle diabetikere.*", jf. pkt. 3.2, nr. 2.

Der henvises til bemærkningerne under nr. 3.

5) "*Det skal være muligt at læse tallene i mørke.*", jf. pkt. 3.2, nr. 3.

Alle tilbudsgiverne ved, at apparatet skal anvendes i forbindelse med en blodsuktermåling. Ved en blodsuktermåling skal der prikkes hul på huden og påføres blod på en teststrimmel. En sådan måling kan ikke foretages i total mørke. Denne forståelse af kravet må have været klar for tilbudsgiverne, som kender til proceduren for blodsuktermåling.

Anvendelsen af "*mørke*" kan sammenlignes med anvendelsen af "*stabil*" i klagenævnets kendelse af 24. oktober 2013, Duba-B8 A/S mod Region Hovedstaden.

Mindstekravet har den fornødne klarhed til at være egnet som mindstekrav.

6) "*Penkanylen skal have et flow, så den forventede mængde insulin problemfrit kan indsprøjtes.*", jf. pkt. 3.4, afsnit 2.

Selv hvis klagenævnet skulle komme frem til, at der er tale om et mindstekrav, vil kravet ikke være uklart, da "*problemfrit*" skal forstås som, at produktet skal virke uden problemer.

Da der er tale om et medicinsk produkt, hvor borgerne skal prikke hul på huden, er kravet om "*problemfrit flow*" et krav, som alle medicinske produkter af denne type skal opfylde. Dette må også have været klart for

Mediq Danmark A/S og de andre tilbudsgivere. Der er således tale om en efterrationalisering.

Anvendelsen af "*problemfrit*" kan sammenlignes med anvendelsen af "*stabilitet*" i klagenævnets kendelse af 24. oktober 2013, Duba-B8 A/S mod Region Hovedstaden.

Mindstekravet har den fornødne klarhed til at være egnet som mindstekrav.

7) "... med varierende tykkelse og slibning.", jf. pkt. 3.4, afsnit 3.

Dette krav er ikke uklart. "*Varierende*" betyder, at tykkelsen og slibningen på penkanylerne skal være forskellig.

Så længe tykkelsen og slibningen er forskellig, vil kravet være opfyldt. Dette er objektivt konstaterbart.

Mindstekravet har den fornødne klarhed til at være egnet som mindstekrav.

8) "*Fingerprikkeren skal være nem at betjene med en udformning, der giver et sikkert greb*.", jf. pkt. 3.5.1, afsnit 2.

Kravet er ikke uklart. Da der er tale om et medicinsk produkt, hvor borgerne skal prikke hul på huden, er kravet om nem betjening et krav, som alle medicinske produkter af denne type skal opfylde. Dette må også have været klart for Mediq Danmark A/S og de andre tilbudsgivere. Der er således tale om en efterrationalisering.

Anvendelsen af "*være nem at betjene med en udformning, der giver et sikkert greb*." kan sammenlignes med anvendelsen af "*Skal kunne nedsætte friktion ved glid fra side til side i sengen*" i klagenævnets kendelse af 2. marts 2011, Wel-Med/Scanbio ApS mod K-17-Indkøbsfællesskabet.

Mindstekravet har den fornødne klarhed til at være egnet som mindstekrav.

9) "*Fingerprikkeren med tromle skal være udstyret med en teknologi der medfører høj præcision og hastighed*.", jf. pkt. 3.5.1, afsnit 3.

Kravet er ikke uklart. Da der er tale om et medicinsk produkt, hvor borgerne skal prikke hul på huden, er kravet til præcision og hastighed et krav, som alle medicinske produkter af denne type skal opfylde. Dette må også

have været klart for Mediq Danmark A/S og de andre tilbudsgivere. Der er således tale om en efterrationalisering.

Anvendelsen af *"teknologi der medfører høj præcision og hastighed."* kan sammenlignes med anvendelsen af *"Skal kunne nedsætte friktion ved glid fra side til side i sengen"* i klagenævnets kendelse af 2. marts 2011, Wel-Med/Scanbio ApS mod K-17-Indkøbsfællesskabet.

Mindstekravet har den fornødne klarhed til at være egnet som mindstekrav.

10) *"Denne variant skal være med variable indstiksdybde."*, jf. pkt. 3.5.2.2. Dette krav er ikke uklart. *"Variabel"* betyder, at indstiksdybden skal være forskellig, således at indstiksdybden ikke må være konstant.

Så længe indstiksdybden kan justeres, uanset forskellene i dybden, vil kravet være opfyldt. Dette er objektivt konstaterbart.

Mindstekravet har den fornødne klarhed til at være egnet som mindstekrav.

11) *"Fingerprikkeren skal være nem at betjene med en udformning, der giver et sikkert greb."*, jf. pkt. 3.5.2, afsnit 2.

Der henvises til bemærkningerne under nr. 8.

12) *"Engangs fingerprikkeren skal være udstyret med en teknologi der medfører høj præcision og hastighed."*, jf. pkt. 3.5.2, afsnit 3.

Der henvises til bemærkningerne under nr. 9.

13) *"Det skal være nemt for Borgeren at blive oprettet på Tilbudsgivers hjemmeside/web-shop."*, jf. pkt. 3.7, afsnit 3.

Dette er ikke et mindstekrav, men en hensigtserklæring vedrørende samarbejdet mellem Sydjysk Kommuneindkøb og den kommende leverandør vedrørende borgernes køb af produkterne. Kravet har endvidere ingen konkret betydning for egenskaberne af tilbudsgivernes tilbudte produkter. Der er således tale om et udførelseskrav, som ikke kan dokumenteres på tidspunktet for afgivelsen af tilbuddet, og som knytter sig til kontraktens udførelse.

Anvendelsen af betegnelsen *"nemt"* kan ikke sammenlignes med anvendelsen af *"komfortabel (...) at ligge på"* som fremhævet i klagenævnets ken-

delse af 2. marts 2011, Wel-Med/Scanbio ApS mod K-17-Indkøbsfællesskabet, da ordene har forskellig betydning.

Dette understøttes af, at kravet om "*nemt*" ikke knytter sig til egenskaberne af de tilbudte produkter, men samarbejdet mellem Sydjysk Kommuneindkøb og leverandøren vedrørende borgernes køb af produkterne. I klagenævnets kendelse af 2. marts 2011, Wel-Med/Scanbio ApS mod K-17-Indkøbsfællesskabet, var der tale om et krav til egenskaberne af det udbudte produkt, som var glidelagner.

14) "*Konstateres et unormalt stort forbrug, skal den bevilgende kommune gøres opmærksom herpå af Tilbudsgiver.*", jf. pkt. 3.8, 5. afsnit, 2. punktum.

Dette er ikke et mindstekrav, men en hensigtserklæring vedrørende samarbejdet mellem Sydjysk Kommuneindkøb og den kommende leverandør vedrørende afrapportering. Kravet har endvidere ingen konkret betydning for egenskaberne af tilbudsgivernes tilbudte produkter. Der er således tale om et udførelseskrav, som ikke kan dokumenteres på tidspunktet for afgivelsen af tilbuddet, og som knytter sig til kontraktens udførelse.

Anvendelsen af betegnelsen "*unormalt stort forbrug*" kan ikke sammenlignes med anvendelse af "*tilstrækkeligt tøj tilgængeligt, men samtidig ikke opstå stort lager*" som fremhævet i klagenævnets kendelse af 16. november 2017, Berendsen Textil Service A/S mod Fredericia Kommune, da sætningerne har forskellig betydning.

Dette understøttes af, at kravet om "*unormalt stort forbrug*" ikke knytter sig til egenskaberne af de tilbudte produkter, men samarbejdet mellem Sydjysk Kommuneindkøb og den kommende leverandør vedrørende afrapportering. I klagenævnets kendelse af 16. november 2017 var der tale om et krav til egenskaberne af den udbudte ydelse, som var vask og leje af beklædning til plejen i kommunen.

15) "*Derudover skal samtlige fejlmeddelelser være dansksprogede, kontekstrelevante, handlingsanvisende samt umiddelbart forståelige og anvendelige for Borgere.*", jf. pkt. 3.9, 3. afsnit.

Dette er ikke et mindstekrav, men en hensigtserklæring vedrørende samarbejdet mellem Sydjysk Kommuneindkøb og den kommende leverandør vedrørende bevillingshåndteringssystemet. Kravet har endvidere ingen kon-

kret betydning for egenskaberne af tilbudsgivernes tilbudte produkter. Der er således tale om et udførelseskrav, som ikke kan dokumenteres på tidspunktet for afgivelsen af tilbuddet, og som knytter sig til kontraktens udførelse.

Den eneste del af denne sætning, der kan forstås som et mindstekrav, er kravet til sproget af fejlmeddelelserne. Dette krav er dog ikke uklart.

Klagenævnets kendelse af 12. januar 2012, Dansk Flygtningehjælp mod Roskilde Kommune, omhandlede følgende mindstekrav 1) om undervisningsmaterialet er *tidssvarende*, 2) hvor mange lokaler, der er *tilstrækkelige*, 3) hvor meget der skal til, før der er tale om *høj progression*, og 4) hvornår der er tale om en *fleksibel uddannelse*.

Dette krav kan derfor ikke som påstået af Mediq Danmark A/S sammenlignes med mindstekravene i ovennævnte kendelse fra klagenævnet, da ordene har forskellig betydning.

Ad påstand 7

Mediq Danmark A/S har gjort gældende, at mængden af ulovlige forhold i udbuddet samlet set bør medføre, at udbudsmaterialet må anses som uegnet, jf. nærmere anbringenderne til påstand 1, 5 og 6. Der er således tale om et udbudsmateriale, som i sig selv er uklart i forhold til, hvad der udgør mindstekrav (påstand 5), og som i stor stil i øvrigt baserer sig på en lang række mindstekrav, som alle må anses som uegnede (påstand 6).

Usikkerheden om kravenes status, deres uklare formulering samt ikke mindst den gentagne brug af skønsmæssigt prægede uegnede mindstekrav medfører i det hele, at det ikke har været muligt for tilbudsgiverne at afgive tilbud på et ligeværdigt og klart grundlag.

Der er ingen tvivl om, at kravspecifikationens udformning har haft en konkret betydning i forhold til tilbudsgivernes udarbejdelse af tilbud, herunder har det især haft en stor prismæssig betydning, idet tilbudsgiverne har opfattet kravene forskelligt og dermed har tilbudt vidt forskellige produkter.

Sydjysk Kommuneindkøbs beregning af, hvorvidt det har haft en konkret betydning, fremstår i øvrigt utilstrækkelig, idet Sydjysk Kommuneindkøb

alene har medtaget prissætningen af de tilbudte apparater, men mangler at inddrage omkostningerne for selve teststrimlerne, der prismæssigt udgør en meget stor del af anskaffelsen. Apparaterne kan ikke anvendes uden netop de teststrimler, som passer til, og en beregning med henblik på at vurdere konsekvensen af at tilbyde et billigt apparat bør således inkludere prisen på de tilhørende (billige) teststrimler. Prisforskellen i teststrimler (sammenholdt med volumen) anslås at udgøre flere hundredetusinde kroner. Det vurderes dermed ikke at være sandsynliggjort, at den uklare kravspecifikation ikke har haft konkret betydning for udfaldet af udbuddet.

Den uklare kravspecifikation har haft en konkret betydning i forhold til valg af de tilbudte produkter – ikke blot hos Mediq Danmark A/S, men tilsvarende for den vindende tilbudsgiver OneMed A/S og for tilbudsgiveren ReaMed, der blev vurderet næstbedst i vurderingen.

Sydjysk Kommuneindkøb har gjort gældende, at praksis fra klagenævnet viser, at en klager skal bevise, hvordan mindstekravene har haft konkret betydning for ordregiverens tildelingsbeslutning, jf. herved klagenævnets kendelse af 16. november 2017, Berendsen Textil Service A/S mod Fredericia Kommune, kendelse af 12. januar 2012, Dansk Flygtningehjælp mod Roskilde Kommune, kendelse af 2. marts 2011, Wel-Med/Scanbio ApS mod K-17-Indkøbsfællesskabet, og kendelse af 6. august 2009, Conva Tec Ltd mod Region Hovedstaden.

Det er ikke Sydjysk Kommuneindkøb, der skal løfte bevisbyrden for, om kravspecifikationen har haft konkret betydning for udfaldet af udbuddet. Det er Mediq Danmark A/S' påstand, at kravspecifikationen har været uklar, og dermed også selskabet, der skal løfte denne bevisbyrde.

Ved 14 af de punkter, som Mediq Danmark A/S har fremhævet under påstand 6, har selskabet ikke godtgjort, hvordan kravene har haft konkret betydning for selskabets tilbud og Sydjysk Kommuneindkøbs tildelingsbeslutning. Det kan endvidere konstateres, at kravene i kravspecifikationen har været tilstrækkeligt klare for tilbudsgiverne, idet alle tilbudsgiverne har tilbudt produkter, der ikke har givet Sydjysk Kommuneindkøb anledning til yderligere undersøgelser.

Mediq Danmark A/S har kun fremhævet ét krav, som ifølge selskabet har haft konkret betydning for, hvilket produkt selskabet har tilbudt. Det drejer

sig om pkt. 5 under påstand 6 vedrørende kravet "*Det skal være muligt at læse tallene i mørke*".

Mediq Danmark A/S har på denne varelinje i tilbudslisten tilbudt et produkt og en pris, der var ca. 40 kr. dyrere end vindende tilbudsgiver. Det årlige forbrug af det indkøbte produkt er angivet til 29 stk., og forskellen i tilbudsprisen er dermed ca. 1.160 kr.

Mediq Danmark A/S' vægtede tilbudssum var 660.417,29 kr. Vindende tilbudsgivers vægtede tilbudssum var 334.367,06 kr.

Mediq Danmark A/S' vægtede score for tildelingskriteriet pris var 1,518, og vindende tilbudsgivers vægtede score for pris var 3. Mediq Danmark A/S' samlede vægtede score var 3,386, og vindende tilbudsgivers samlede vægtede score var 4,776.

Hvis Mediq Danmark A/S havde tilbudt nøjagtigt samme blodsukkerapparat på tilbudslistens position 6 og de nøjagtigt samme teststrimler til blodsukkerapparatet på position 21 som vindende tilbudsgiver, ville Mediq Danmark A/S' vægtede tilbudssum stadig være mere end 200.000 kr. højere end vindende tilbudsgiver. Sydjysk Kommuneindkøbs tildelingsbeslutning ville således ikke have været anderledes.

Dermed har den påståede forskellig opfattelse af kravet ikke haft konkret betydning for Sydjysk Kommuneindkøbs tildelingsbeslutning.

Samlet set har Mediq Danmark A/S ikke godtgjort, at de påståede overtrædelser under påstand 1-6 har haft konkret betydning for tilbudsafgivelsen og Sydjysk Kommuneindkøbs tildelingsbeslutning.

Mediq Danmark A/S har endvidere ikke godtgjort, at udbudsmaterialet er behæftet med sådanne væsentlige retlige mangler, at Sydjysk Kommuneindkøbs udbudsforretning skal annulleres.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Klagenævnet har i delkendelsen af 7. november 2018 om påstand 1 udtalt:

”Påstand 1 angår, om tilbuddet fra OneMed A/S var ukonditionsmæssigt – og dermed skulle have været afvist – med hensyn til to af de tilbudte produkter, nemlig Betachek C50 Blodsukkerapparat og Mylife Unio Neva Blodsukkerapparat.

For så vidt angår Betachek 50 er spørgsmålet nærmere, om dette apparat opfylder kravet i kravspecifikationens pkt. 3.2, nr. 3, om at det skal være muligt at læse tallene i mørke, herunder om dette krav har karakter af et mindstekrav.

I kravspecifikationen er det anført, at ”overholdelse af nedenstående mindstekrav er en selvfølge”. Der er ikke andetsteds i kravspecifikationen eller i udbudsmaterialet i øvrigt anført en mere detaljeret angivelse af, om de enkelte krav har eller ikke har karakter af mindstekrav. Herefter, og da selve formuleringen af kravet (”skal være muligt”) også taler herfor, finder klagenævnet, at udbudsmaterialet må forstås således, at kravet må anses for et mindstekrav.

Mindstekravet i kravspecifikationens pkt. 3.2, nr. 3, stiller krav om, at det skal være muligt at læse tallene ”i mørke”. Det er ikke angivet, at der ved ”i mørke” forstås ”i total mørke”, eller at der skal være ”helt mørkt” eller lignende. Kravet indeholder således en vis uklarhed, og en sådan uklarhed er ordregiverens risiko. Henset hertil og til de omstændigheder, som apparatet i øvrigt skal anvendes under (en persons måling af blodsukker, hvor der skal prikkes hul på huden og påføres blod på en teststrimmel), sammenholdt med det, som er oplyst om det omtvistede blodsukkerapparat, finder klagenævnet på det foreløbige grundlag, der foreligger, at Sydjysk Kommuneindkøb ikke har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra OneMed A/S som ukonditionsmæssigt.

Med hensyn til Mylife Unio Neva Blodsukkerapparat er spørgsmålet nærmere, om det er et mindstekrav, at teststrimlen også kan anvendes til apparater, der kan overføre data trådløst til en insulinpumpe, herunder om det er et krav, at overførslen skal ske direkte mellem blodsukkerapparatet og insulinpumpen uden brug af en app.

Som kravet er formuleret i kravspecifikationen sammenholdt med tilbudslisten, er der ikke grundlag for at fastslå, at Sydjysk Kommuneindkøb har stillet et mindstekrav om, at der skal ske trådløs overførsel direkte mellem blodsukkerapparatet og insulinpumpen, og således at overførslen ikke må ske via en app. Efter det foreliggende foreløbige grundlag har Sydjysk Kommuneindkøb således ikke handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra OneMed A/S som ukonditionsmæssigt.

Der er derfor ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge. Som følge heraf er der heller ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.”

Sydjysk Kommuneindkøb har under udbuddet ved besvarelsen af spørgsmål nr. 18 tilkendegivet, at der under ”øvrigt sortiment” ikke må bydes ind med udgåede produkter.

Mediq Danmark A/S har anført, at et af de produkter (ClikSTAR blå Insulinpen 1-80 IE), som OneMed A/S har tilbudt, er udgået, hvilket ikke er bestridt af Sydjysk Kommuneindkøb.

Spørgsmålet er herefter, om dette forhold kan føre til, at tilbuddet fra OneMed A/S var ukonditionsmæssigt og dermed skulle have været afvist.

I udbudsmaterialets pkt. 2.4.1 er det nærmere beskrevet, hvordan ”sortimentsbredde” vil blive vurderet, og det fremgår heraf bl.a., at et tilbud ikke vil blive erklæret ukonditionsmæssigt, hvis der f.eks. tilbydes 5 stk. af samme produkt i forskellige farver. I sådan en situation vil antallet af tilbudte produkter i stedet blive reduceret til et.

Klagenævnet er enig med Sydjysk Kommuneindkøb i, at en tilsvarende fremgangsmåde i den foreliggende situation vil finde anvendelse i forhold til udgåede produkter. Det kan således ikke føre til ukonditionsmæssighed, at der vedrørende ”øvrigt sortiment” er tilbudt et udgået produkt.

Herefter og af de grunde, der er anført i delkendelsen af 7. november 2018, tages påstand 1 ikke til følge.

Ad påstand 3

I udbudsbekendtgørelsens pkt. I.1) er den ordregivende enhed defineret som "Billund Kommune", og der er i udbudsbekendtgørelsens pkt. I.2) afkrydset i, at kontrakten ikke vedrører et fælles udbud. Derudover er det angivet i pkt. II.1.4), at "Sydjysk Kommuneindkøb udbyder hermed Rammeaftale på køb af urologiprodukter til borgere med bevilling. Sydjysk kommuneindkøb består af Billund, Varde og Vejen Kommuner...". Samtidig fremgår det af udbudsbetingelsernes pkt. 1.1, at "Sydjysk Kommuneindkøb er et indkøbs-

samarbejde mellem Billund, Varde og Vejen Kommuner...", og at de nævnte "kommuner ønsker at deltage i udbuddet". Endvidere fremgår det af pkt. 1.2, at "Efter udbuddets afslutning handler de i udbuddet deltagende kommuner med den valgte Leverandør som individuelle juridiske parter."

Disse modsatrettede oplysninger indebærer, at det ikke fremgår entydigt af udbudsmaterialet, hvilken konstellation ordregiver udbyder kontrakten i, hvilket er i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Påstand 3 tages derfor til følge.

Ad påstand 5

En ordregiver skal sikre, at udbudsmaterialet er klart og konsekvent opbygget og skrevet. Kriterierne for tildeling skal formuleres i udbudsmaterialet på en sådan måde, at alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere har mulighed for at forstå deres præcise rækkevidde og fortolke dem på samme måde. Dette indebærer bl.a., at det af udbudsmaterialet klart skal fremgå, om et krav har karakter af mindstekrav eller ej.

I kravspecifikationen er det anført, at "overholdelse af nedenstående mindstekrav er en selvfølge". Der er ikke andetsteds i kravspecifikationen eller i udbudsmaterialet i øvrigt anført en mere detaljeret angivelse af, om de enkelte krav har eller ikke har karakter af mindstekrav.

Sydjysk Kommuneindkøb har anført, at den nævnte sætning om overholdelse af mindstekrav ikke indebærer, at alle de krav, der efterfølgende er angivet i kravspecifikationen, skal anses som mindstekrav, og at en anvendelse af ordet "skal" i forbindelse med et krav ikke i sig selv gør kravet til et mindstekrav.

Skriftvekslingen i klagesagen viser, at Sydjysk Kommuneindkøb – i hvert fald indtil klagenævnet afsagde delkendelse – har været af den opfattelse, at f.eks. kravet i kravspecifikationens pkt. 3.2, nr. 3, om, at "det skal være muligt at læse tallene i mørke", ikke er et mindstekrav. Som fastslået ved delkendelsen må kravet anses for et mindstekrav, og den forudgående uenighed om, hvorvidt kravet har karakter af mindstekrav eller ej, illustrerer således i sig selv, at kravspecifikationen ikke har været tilstrækkeligt klart formuleret i relation til, hvilke krav der er mindstekrav.

Den pågældende uklarhed indebærer en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, og denne del af påstand 5 tages derfor til følge.

Påstand 5 angår endvidere spørgsmålet om, hvorvidt overtrædelsen af udbudslovens § 2 indebærer, at kravspecifikationen må anses for at have været uegnet til at danne ramme for afgivelse af tilbud.

Udbuddet har været tilrettelagt således, at tildelingskriteriet var ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”, hvor ”pris” vægtede 60 % og ”sortimentsbredde” vægtede 40 %. Ved evalueringen af det kvalitative kriterium ville der således alene blive lagt vægt på antallet af tilbudte varelinjer under ”øvrigt sortiment”, hvorimod der ikke ville ske nogen evaluering af, i hvor høj grad de tilbudte produkter levede op til de stillede krav.

Sydjysk Kommuneindkøb har oplyst, at alle tilbudsgiverne har tilbudt produkter, der ikke har givet Sydjysk Kommuneindkøb anledning til yderligere undersøgelser. Det er således vurderet, at alle tilbuddene opfyldte kravene i kravspecifikationen, uanset om kravet har skullet betragtes som et mindstekrav eller ej.

Som udbuddet har været opbygget og forløbet, finder klagenævnet, at den skitserede uklarhed ikke har haft konkret betydning, og at kravspecifikationen konkret ikke har været uegnet. Denne del af påstand 5 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 6

Som anført i klagenævnets delkendelse indeholder mindstekravet i kravspecifikationens pkt. 3.2, nr. 3, om at det skal være muligt at læse tallene ”i mørke” en vis uklarhed. Det er således ikke angivet, om der ved ”i mørke” forstås ”i total mørke” eller lignende, eller om ”i mørke” svarer til ”i et dunkelt rum uden tændt belysning” eller lignende.

Kravspecifikationen indeholder en række yderligere krav, som efter kravspecifikationens indledende angivelse af, at ”overholdelse af nedenstående mindstekrav er en selvfølge”, sammenholdt med kravenes formulering, må anses for mindstekrav. Dette gælder f.eks. kravene om, at ”fingerprikkeren

skal være nem at betjene med en udformning, der giver et sikkert greb”, og ”fingerprikkeren med tromle skal være udstyret med en teknologi der medfører høj præcision og hastighed.”

Efter kravenes beskaffenhed og under hensyn til den subjektivitet, der er knyttet til at bedømme, om fingerprikkeren er ”nem at betjene”, og om teknologien medfører ”høj præcision og hastighed”, er det klagenævnets vurdering, at Sydjysk Kommuneindkøb har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. Der er derimod ikke grundlag for at fastslå, at der er handlet i strid med ligebehandlingsprincippet.

Påstand 6 tages allerede på dette grundlag til følge i det anførte omfang, og klagenævnet finder herefter ikke anledning til at tage stilling til hvert af de 15 krav, som Mediq Danmark A/S har påberåbt sig til støtte for påstanden.

Ad påstand 2

Allerede fordi påstand 3 ikke er påberåbt som grundlag for påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen, kan den konstaterede overtrædelse ad påstand 3 ikke føre til, at der skal ske annullation af Sydjysk Kommuneindkøbs beslutning om at tildele rammeaftalen til OneMed A/S.

Det er oplyst, at alle tilbudsgivere opfyldte kravspecifikationens krav, herunder mindstekrav. Herefter, og da der ikke i øvrigt er grundlag for at antage, at de overtrædelser, som klagenævnet har konstateret ad påstand 5 og 6, har haft konkret betydning for Sydjysk Kommuneindkøb tildelingsbeslutning, tager klagenævnet ikke påstanden til følge.

Ad påstand 7

Efter det, som klagenævnet har anført vedrørende påstand 2, er der ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 3

Sydjysk Kommuneindkøb har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at definere den ordregivende enhed på en uigennemsigtig måde.

Ad påstand 5

Sydjysk Kommuneindkøb har handlet i strid med princippet om ligebehandling- og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have udbudt en uklar kravspecifikation.

Ad påstand 6

Sydjysk Kommuneindkøb har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have stillet mindstekrav, som efter deres beskaffenhed ikke er egnede som mindstekrav.

Klagenævnet tager ikke den del af påstand 5, som vedrører kravspecifikationens uegnethed til at danne ramme for afgivelse af tilbud, og den del af påstand 6, der vedrører ligebehandlingsprincippet, samt påstand 1-2 og 7 til følge.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til modparten.

Klagegebyret tilbagebetales.

Hanne Aagaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Dorthe Hylleberg
kontorfuldmægtig