

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

K E N D E L S E

OneMed A/S
(advokat Anne Bergholt Sommer, Aarhus)

mod

Region Hovedstaden
(advokat Ea Meyer, København)

Intervenient:
Aktum A/S
(advokat Mikkel Taanum, København)

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

Klagenævnet har den 31. august 2021 modtaget en klage fra OneMed A/S ("OneMed").

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

Region Hovedstaden har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-10, procesindlæg fra Aktum A/S ("Aktum"), supplerende klageskrift med bilag 11-18, svarskrift med bilag A og A3, supplerende processkrift I med bilag 19, processkrift A med bilag B og C, supplerende processkrift II og supplerende processkrift B.

Klagens indhold:

OneMed har nedlagt følgende påstande:

"Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have udelukket tilbudsgiverne Abena A/S og Aktum A/S fra udbuddet, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, subsidiært ved ikke at have afvist tilbudsgiverne Abena A/S og Aktum A/S fra udbuddet, jf. udbudslovens § 2, idet der foreligger plausible indikationer til at konkludere, at Abena A/S og Aktum A/S har koordineret deres tilbud med henblik på at fordreje konkurrencen ved udbuddet.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og derved tilsidesat udbudslovens § 2 ved ikke at afvise tilbuddene fra Abena A/S og/eller fra Aktum A/S som følge af, at aktørernes koordinerede tilbudsafgivelse indebærer en omgåelse af udbudsmaterialets begrænsning af, at en tilbudsgiver af hensyn til forsyningsikkerheden alene kunne tildeles én delkontrakt.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at afvise tilbuddene fra Abena A/S og Aktum A/S som ikke-konditionsrættede, idet tilbuddene ikke opfyldte krav nr. 44 i kravspecifikationen, som var et mindstekrav.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere Region Hovedstadens beslutning af 20. august 2021 om tildeling af kontrakten til Abena A/S og Aktum A/S, jf. klagenævnenslovens § 13, stk. 1, nr. 2, som følge af, at Region Hovedstaden

har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i henhold til påstand 1, 2 og/eller 3.”

Region Hovedstaden har vedrørende påstand 1 nedlagt påstand om afvisning, subsidiært, at påstanden ikke tages til følge. Regionen har vedrørende påstand 2-4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

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

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

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

Af udbudsbetingelserne fremgår endvidere bl.a.:

”14.1 Tildelingskriterium

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

Bedste forhold mellem styk antal, kvalitet og initial levering.

Kriteriet bedømmes ud fra følgende underkriterier:

Underkriterierne vægter samlet 100 %:

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

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

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

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

Denne opdeling foretages for at sikre forsyningsikkerheden.

14.2 Styk antal

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

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

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

14.3 Kvalitet og funktionalitet

Kvalitet og funktionalitet vurderes som angivet i kravspecifikationen.

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

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

14.4 Initial levering

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

Den anvendte evalueringsmodel er en 5-trins skala:

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

”

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

Aktum og Abena tilbød begge produktet ”undersøgelseshandske Abena Classic, blå nitril, pudderfri” i størrelse x-small til x-large. Abena er producenten af den tilbudte handske.

Tilbudsbilaget ”Kravspecifikation” fra henholdsvis Abena og Aktum indeholder bl.a. følgende kravbesvarelser [her gengivet samlet]:

Krav nr.	Kravets indhold	Abenas besvarelse af kravet	Aktums besvarelse af kravet
...			
9	Inderæsken skal være tydeligt mærket med varenummer, CE mærkning, overholdelse af EN 455-1, 2, 3, 4, og EN 374, lotnr., udløbsdato, og stk. antal.	Æsken er tydeligt mærket med varenummer, CE-mærkning, overholdelse af EN374, lot nr., udløbsdatao, og antal stk.	Æsken er tydeligt mærket med varenummer, CE-mærkning, overholdelse af EN374, lot nr., udløbsdatao, og antal stk.

15	Inderæsken skal forblive intakt, indtil alle handsker er udtaget.	Æskernes materiale forbliver intakt indtil sidste handske, ved korrekt håndtering.	Æskernes materiale forbliver intakt indtil sidste handske, ved korrekt håndtering.
20	Det vurderes positivt, at inderæsken er tydeligt mærket med forskellig farvekodning for hver størrelse på front og på begge ender.	Æskerne er alle farvekodet efter størrelse. Både på front og sider.	Æskerne er alle farvekodet efter størrelse. Både på front og sider.
21	Det vurderes positivt, at dispenseringsåbningen er nem at åbne/andbryde.	Æsken har dobbelt perforering som gør det nemt at åbne dispenserboksen. Derudover har æsken en sideåbning ved perforering som hjælper med at åbne æsken nemmere. Flappen er perforeret således at den kan fjernes med en hånd.	Æsken har dobbelt perforering som gør det nemt at åbne dispenserboksen. Derudover har æsken en sideåbning ved perforering som hjælper med at åbne æsken nemmere. Flappen er perforeret således at den kan fjernes med en hånd.
27	Handsken skal være tekstureret på fingerspidserne.	Handsken er tekstureret på fingerspidserne.	Handsken er tekstureret på fingerspidserne.
35	Det vurderes positivt, at handsken har en god pasform herunder, at manchetten sidder tæt omkring håndledet og er komfortabel at have på.	Handskernes pasform opfylder gældende EN420 standard og har en god pasform, hvor manchetten sidder tæt om håndledet. Dermed har handsken en god komfort.	Handskernes pasform opfylder gældende EN420 standard og har en god pasform, hvor manchetten sidder tæt om håndledet. Dermed har handsken en god komfort.
38	Handskens overflade skal være af en beskaffenhed, der giver brugeren	Handskens overflade imødekommer og opfylder kravene til anvendelseområdet.	Handskens overflade imødekommer og opfylder kravene til anvendelseområdet.

	mulighed for at opnå den til anvendelsesformålet fornødne gribe- og fastholdelsesevne.		
--	--	--	--

Af de udfyldte tilbudslister fremgår, at Abena tilbød 129.180.754 handsker, og Aktum tilbød 126.153.080 handsker inden for den fastsatte kontraktsum.

Af tilbudsbilag 3, Initial Levering, fra henholdsvis Abena og Aktum fremgår det endelig, at Abena og Aktum begge tilbød en initial levering på 4 mio. stk.

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

Tildelingsbeslutningen af 20. august 2021 indeholder bl.a. følgende oversigt over point m.v.:

”

Nr.	Tilbudsgiver	Styk antal-point	Kvalitet og funktionalitet – point	Initial levering – point	Vægtede point (total)	Begrundelse
1	Abena A/S	100,00	54,55	100	79,55	Bedste forhold mellem styk antal, kvalitet/funktionalitet og Initial levering.
2	Aktum A/S	95,31	54,55	100	77,20	Styk antal er lidt lavere end bedste tilbud. Tilbuddet blev tildelt 54,55 point for kvalitet og funktionalitet, hvilket er samme som vindende tilbud. Tilbuddet blev tildelt 100 point for Initial levering, hvilket er samme som vindende tilbud.
3	OneMed A/S	66,26	52,73	100	61,86	Styk antal er noget lavere end bedste tilbud. Tilbuddet blev tildelt 52,73 point for kvalitet og funktionalitet, hvilket er marginalt lavere end vindende tilbud. Tilbuddet blev tildelt 100 point for Initial

						levering, hvilket er samme som vindende tilbud.
--	--	--	--	--	--	---

”

Region Hovedstaden har fremlagt regionens evalueringsrapport og et udate-ret underbilag til rapporten. Af evalueringsrapporten fremgår det, at der blandt de 30 tilbud var 9 konditionsmæssige tilbud, og at OneMed havde tilbudt 107.390.200 handsker inden for den fastsatte sum og dermed havde afgivet det tredje mest fordelagtige tilbud. I rapporten står endvidere:

”Ordregiver får leveret samme handske fra begge vindende tilbudsgivere. Ordregiver vurderer, at der er tale om et producent/distributør forhold, som ikke forventes at påvirke forsyningssikkerheden. Undersøgelse af koordination af tekst i besvarelse i kravspecifikationen (bilag 3)”.

I underbilaget til evalueringsrapporten står der bl.a.:

”1. Reglerne:

NFOS [National Forsyning af Værnemidler] har ret og pligt, jf. udbudslovens § 2, stk. 1 og § 137, stk. 1. nr. 4, til at udelukke tilbudsgivere, som har indgået en konkurrencebegrænsende aftale. -Det kan være at samordne tilbud med hensyn til produktvalg eller priser, og man kan både forstille sig en situationer, hvor regionen selv får en mistanke eller reaktion på sag for konkurrencemyndigheder. Bevisbyrden for regionens udelukkelse er alene "plausible indikationer". Sml. Konkurrencelovens § 6: Det er forbudt for virksomheder m.v. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Dette sker under udbudsprocessen gennem dokumentation af pålidelighed, jf. udbudslovens § 138, hvor aktørerne, på regionens initiativ, skal dokumenterer at være i konkurrence med hinanden.

2. Tilbuddenes indhold

Det fremgår af materialet, at Aktum har Abena A/S som producent (regneark Abena Aktum, række 29).

Det fremgår desuden direkte og utvetydigt, at en af disse tilbudsgivere har skrevet af i forhold til hinanden i kravspecifikationen, da beskrivelser - indhentet konkret for nærværende udbud, som ikke er ren data - har samme ordlyd, jf. regneark Abena Aktum, rækkerne 15 - 23, 25 - 27 og 41 - 48. Det kan ikke være et tilfælde.

Denne afskrift er problematisk ift. forsyningssikkerhed og kvalitet (kontraktuelle hensyn), fordi hver leverandør hæfter for eget tilbud uanset producent og indholdet af eksisterende datablade. -Hvis en leverandør ikke har taget selvstændig stilling til kravspecifikationen, så er der en forøget risiko for, at misligholdelse kan ramme regionen under kontrakt.

Regionen har dog mulighed for at tjekke konditionsmæssigheden af tilbuddet gennem dokumentation og vareprøver, så at der står det samme i 2 tilbud er ikke i sig selv i strid med udbudsreglerne.

Problemet er dog, at afskrift bevidner *en grad af samordning* af tilbud. Og regionen står tilbage med et spørgsmål, om denne samordning går videre end forholdet producent - distributør (og ud over afskrift i besvarelse af kravspecifikationen).

3. Vurdering

Indledningsvis er det ikke et problem ift. udbudsloven, at flere byder med samme produkt, eller at Abena ved at Aktum vil byde på udbuddet. Se <https://www.kfst.dk/media/49764/vejledning-om-konkurrenceloven-2.pdf>, punkt 2.5 ff.

...

Nærværende udbud adskiller sig fra Regionens øvrige vareudbud ved a) at konkurrere på fremrykket delleverance i Q3 2021, b) stykantal til fast pris (omvendt lititation) samt c) at alle størrelser skal være fra samme produktlinje.

Der er efter min vurdering ikke en konkurrencebegrænsning i, at Abena indirekte kender Aktums besvarelse af leveringstider samt styk antal, jf. regneark Abena Aktum, række 62 - 63, gennem forholdet producent - distributør.

At der ikke bydes i hele paller er ikke i strid med udbudsreglerne, og jeg ser det ud fra materialet mere som et udslag af et marked, hvor "hver æske tæller", jf. tildelingskriteriet ovenfor. Altså lovlige kommercielle valg.

At prisen, på NFOS foranledning, er fast på kontrakten mv. kan tilbudsgiverne ikke eller lave konkurrencebegrænsende aftaler om.

Jeg ser ikke problemer i mærkning på vareprøver eller Aktum medarbejders CV.

Jeg har overvejet en høring jf. § 138, bare for at være på den sikre side. Men jeg vurderer at dette spørgsmål i substansen omhandler producenter som tilbudsgiver. Dette ser jeg som positivt for konkurrencen på flest

værnemidler for pengene, hvorfor svaret ikke vurderes at flytte på min vurdering. Jeg bemærker også, at NFOS valg at 2 kontrakter pga. forsyningssikkerhed, jf. udbudsbetingelserne, ikke udelukker tilbud fra samme producent, hvilket ville være vanskeligt gennemførligt i åben konkurrence.”

OneMed fik efter tildelingen aktindsigt i tilbuddene fra Abena og Aktum og henvendte sig den 30. august 2021 til Region Hovedstaden med bemærkning om indholdet af tilbuddene. I brevet fra OneMed står der bl.a.:

”På baggrund af gennemgangen af tilbuddene ønsker OneMed A/S at nedlægge påstand om, at der er sket koordinering af de fremsendte tilbud.

Ordregiver har ifølge Klagenævnet pligt til at foretage en undersøgelse af, om et tilbud er baseret på en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale i tilfælde, hvor der er anledning til tvivl herom. På denne baggrund opfordrer vi ordregiver til at gennemgå de to tilbud, og i denne forbindelse forlænge Stand-still perioden til denne undersøgelse er afsluttet.

...

Bilag 1 – Kravspecifikationen indeholder trykfejl, udtryk og bemærkninger i begge tilbud, der indikerer tilbudskoordinering mellem de to virksomheder.

...

Disse eksempler viser, at tilbuddene på mange punkter er ens, med trykfejl, udtryk og bemærkninger, hvilket vi mener er så graverende, at der i vores opfattelse ikke er tvivl om, at pennen er ført af én og samme person.

Endvidere undrer det os, at de to tilbud prismæssigt er meget tætte, særligt når den ene tilbudsgiver (Aktum A/S) er ny på dette marked, samt er en micro-virksomhed.”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

OneMed har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Region Hovedstaden har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har OneMed gjort gældende, at Region Hovedstaden havde tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at Abena og Aktum havde indgået en konkurrencebegrænsende aftale omfattet af konkurrencelovens § 6. Abena og Aktum var således omfattet af den tilvalgte udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, og skulle udelukkes fra udbuddet. Det er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, at regionen ikke har udelukket eller afvist Abena og Aktum fra udbuddet, men derimod har tildelt kontrakterne til disse tilbudsgivere.

OneMed har nærmere anført, at det ved umiddelbart at sammenholde virksomhedernes tilbud kan konstateres, at Abena har udleveret sin udfyldte kravspecifikation i sin helhed med henblik på at koordinere og samarbejde om afgivelsen af tilbud på den udbudte opgave.

Aktum har i sit procesindlæg til klagenævnet udtrykkeligt oplyst og erkendt, at virksomheden har modtaget tilbudsdokumenterne fra Abena og herefter kopieret disse og indleveret dem som del af sit tilbud. Udvekslingen er sket på baggrund af en indgået aftale herom mellem de to administrerende direktører hos Aktum og Abena.

Tilbudskoordineringen omfatter udveksling og koordinering af oplysninger og tilbudsafgivelsen i forhold til det meget væsentlige delkriterium ”kvalitet”, der beror på regionens evaluering af tilbudsgivernes indleverede kravspecifikation. Det fremgår af en gennemgang af evalueringsresultatet, at Abena og Aktum bliver tildelt den samme bedømmelse og evaluering på de angivne konkurrenceparametre for kvalitet.

Denne udveksling og koordinering af tilbuddene eliminerede dels en eventuel konkurrence mellem de to aktører i relation til udbuddet og eliminerede dels konkurrencen om den ene delekontrakt i direkte modstrid med udbudsmaterialet og forudsætningerne om spredning af delaftalerne på flere leverandører for opnåelse af forsyningssikkerhed.

Region Hovedstaden kunne ved en gennemgang af tilbuddene fra Abena og Aktum konstatere, at de to tilbudsgiveres kravspecifikationer og bilag var identiske, og at forskellen mellem tilbudsgivernes respektive antal tilbudte handsker varierede ganske minimalt, særligt sammenlignet med afvigelserne

herfra og til de syv øvrige konditionsmæssige tilbudsgivere. Ved en sammenholdning af de tilbudte antal handsker i feltet af konditionsmæssige tilbudsgivere skiller tilbuddene fra Abena og Aktum sig klart ud som tilnærmelsesvist identiske, mens alle de øvrige konditionsmæssige tilbudsgiveres tilbud ligger med en pæn og reel spredning i et felt væsentligt under tilbuddene fra Abena og Aktum.

Regionen havde dermed tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at tilbudsgiverne havde indgået en aftale om koordinering af tilbud med henblik på fordrejning af konkurrencen i forhold til de øvrige aktører på markedet, og var som minimum forpligtet til at undersøge dette nærmere.

Dette understøttes yderligere af bl.a., at Aktum ikke agerer som markedsaktør på det udbudte område, at Aktum ikke forhandler de samme handsker som dem, der blev tilbudt under udbuddet, og at Aktum kunne tilbyde handskerne til en stykpris på blot 2,4 % mere end Abena, hvilket ud fra en umiddelbar sammenligning med de øvrige gældende og fremtrædende markedsaktører på området kan konstateres at være en meget markant afvigelse fra den sædvanlige spredning mellem de tilbudte ydelser og prissætningen heraf gennem stykangivelsen.

Hvis klagenævnet måtte finde, at udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, ikke var gældende for udbuddet, gøres det subsidiært gældende, at regionen alligevel var forpligtet til at afvise tilbuddene fra Aktum og Abena med hjemmel direkte i udbudslovens § 2, jf. bl.a. herved klagenævnets kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet.

Særligt vedrørende påstand 1 har Region Hovedstaden gjort gældende, at påstanden skal afvises, idet regionen ikke har hjemmel til – og klagenævnet dermed ikke kan pålægge regionen – at afvise/udelukke tilbudsgiverne på det foreliggende grundlag.

Region Hovedstaden har anført, at såfremt klagenævnet når til det resultat, at regionen burde have konstateret eller i hvert fald havde plausible indikationer for, at der forelå en overtrædelse af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, skulle regionen i stedet i henhold til udbudslovens § 138 have givet tilbudsgiverne lejlighed til at fremlægge dokumentation for deres pålidelighed (self cleaning). Først efter vurdering af den modtagne dokumentation ville regionen

kunne udelukke/afvise tilbudsgiverne, og det kun hvis den fremsendte dokumentation ikke var tilstrækkelig.

Region Hovedstaden har subsidiært gjort gældende, at påstanden ikke skal tages til følge.

Det afgørende tidspunkt for vurderingen af, om regionen skulle agere i henhold til § 137, stk. 1, nr. 4, er evaluerings- og tildelingstidspunktet. På dette tidspunkt kunne regionen konstatere bl.a., at de to tilbudsgivere afgav tilbud på levering af det samme produkt. Dette er ikke noget særsyn, men forekommer i vid udstrækning og er navnlig set i forbindelse med anskaffelsen af værnemidler, hvor antallet af mulige producenter på verdensplan i perioder har været endog meget begrænset. Derudover kunne regionen konstatere, at kravspecifikationen var udfyldt ens af de to tilbudsgivere. Al den stund at der var tale om det samme produkt, var der ikke noget mistænkeligt eller uregelmæssigt ved det sammenfald. Situationen kan sammenlignes med udveksling af produktdatablade mellem producent og leverandør, hvilket ikke i sig selv er udtryk for konkurrencebegrænsning. Tilbudsbilag 4, Indhold af allergener, var ligeledes udfyldt helt identisk af de to tilbudsgivere, og dette måtte nødvendigvis være tilfældet, når der var tale om det samme produkt.

De to tilbud indeholdt heller ikke i øvrigt forhold, der kunne give anledning til mistanke om samordning. Stykantallet var forskelligt i de to tilbud. Antallet lå indbyrdes forholdsvis tæt i de to tilbud, men ikke tættere end andre tilbud. Desuden lå der tilbud, som i stykantal oversteg de to tilbud. Initialleverancen lå i begge tilbud på de 4 mio. styk, som udløste topkarakter på kriteriet herom. Men det var tilfældet for 8 ud af de 9 konditionsmæssige tilbud og gav dermed heller ikke anledning til mistanke.

Regionen har endvidere generelt kunnet konstatere, at adskillige nye og ultratraditionelle aktører har meldt sig på området for anskaffelse af værnemidler. Hvorvidt Aktum tidligere har forhandlet de tilbudte produkter gav på den baggrund og i den særlige kontekst af Covid-19-pandemien ikke regionen anledning til særlig mistanke og er således uden betydning for bedømmelsen af, om regionen havde pligt til at undersøge, hvorvidt der er indgået en konkurrencebegrænsende aftale mellem Abena og Aktum.

På den baggrund var der ikke på evaluerings- og tildelingstidspunktet forhold, der gav regionen tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere,

at Abena og Aktum havde handlet på en måde, som udgjorde en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1.

Regionen har endelig anført, at det er vanskeligt at se, hvorledes samarbejdet mellem Abena og Aktum skulle have haft til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. For det første kunne Abena og Aktum med 28 konkurrenter i tilbuddet ikke være sikre på, at deres tilbud ville vinde konkurrencen, uanset om de måtte have samarbejdet om udfyldelsen af kravspecifikationen eller ej. For det andet indskrænkede det ikke antallet af mulige producenter, at både Abena og Aktum tilbød at levere Abenas handsker.

Region Hovedstaden har ved svarskriftet af 15. september 2021 opfordret Aktum og Abena til at oplyse helt præcist, hvilke dokumenter de har udvekslet til brug for tilbudsgivningen.

Aktum har ved procesindlæg af 6. september 2021 udtalt sig til støtte for Region Hovedstaden. Aktum har bl.a. oplyst, at virksomheden under Covid-19-pandemien har levereret værnemidler til offentlige og private kunder, og at Abena har været Aktums primære leverandør af værnemidler, herunder undersøgelseshandsker. Under udbuddet rettede Aktum henvendelse til Abenas administrerende direktør og spurgte, om Abena ville give Aktum et tilbud på handsker til brug for udbuddet. Inkluderet i prisen skulle være den nødvendige og tilstrækkelige produktrelaterede assistance i forhold teknisk dokumentation m.v. For at minimere så mange fejl som muligt er alle Aktums tilbudsdokumenter stort set ukritisk direkte afskrevet efter de dokumenter, som Aktum har modtaget fra Abena i forbindelse med parternes korrespondance. Aktum har oplyst, at virksomheden ikke er bekendt med Abenas pris-sætning i forbindelse med udbuddet, ligesom Abena ikke har været bekendt med eller været involveret i Aktums prissætning i forbindelse med udbuddet.

Abena har ikke indsendt bemærkninger i anledning af klagen eller Region Hovedstadens opfordring, jf. ovenfor.

Særligt vedrørende påstand 4 har OneMed gjort gældende, at tildelingsbeslutning af 20. august 2021 er ulovlig og derfor skal annulleres med henblik på fornyet evaluering uden Abena og/eller Aktum.

Hvis Abena eller Aktum var blevet udelukket fra udbuddet eller i øvrigt ikke kunne få tildelt en delkontrakt, ville OneMed have opnået en af de to delkontrakter. De i påstand 1-3 omhandlede forhold har således haft direkte og klar betydning for resultatet af udbuddet.

Abenas og Aktums ulovlige tilbudskoordinerings gav begge aktører den væsentlige fordel, at de kunne tilbyde en forbedret pris, idet de kunne tage udgangspunkt i en volumen, der var dobbelt så stort som det, alle de øvrige tilbudsgivere måtte tage udgangspunkt i ved sin tilbudsafgivelse. Tilbudskoordinerings har således også i denne henseende haft en ganske afgørende betydning i forhold til udbuddets udfald.

Særligt vedrørende påstand 4 har Region Hovedstaden gjort gældende, at der ikke er sket en overtrædelse af udbudsloven, og at påstanden derfor ikke skal tages til følge.

Parternes anbringender vedrørende påstand 2 og påstand 3 gengives ikke i denne delkendelse.

Ad uopsættelighed

OneMed har gjort gældende, at kravet om uopsættelighed er opfyldt.

Gennem den konkurrencefordrejende aftale med Aktum opnår Abena mulighed for at udelukke markedets øvrige ledende aktører fra et meget væsentligt udbud og kontraktydelser med Region Hovedstaden over en længere periode. Forholdet medfører derved, at OneMed samt de øvrige markedsaktører går glip af væsentlige markedsandele, hvilket medfører en generel reduktion i deres omsætning og markedsposition i forhold til Abena. Denne uberettigede markedsposition vil Abena kunne udnytte over for de øvrige markedsaktører til at positionere sig yderligere og afgive særligt favorable tilbud på andre tilsvarende udbud, idet Abena vil kunne lukrere på den opnåede væsentlige omsætning på de to delaftaler med Region Hovedstaden. Denne konkurrencefordel kan en udbetalt erstatning til OneMed ikke imødegå. Hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, vil OneMed dermed ikke kunne stilles, som hvis regionens overtrædelse af udbudsreglerne aldrig var sket.

Region Hovedstadens overtrædelse af udbudsreglerne er endvidere klar og betydningsfuld, og kravene til uopsættelighed skal derfor ikke sættes højt, jf.

forudsætningsvist klagenævnets kendelse af 20. januar 2012, Ansaldo ST SpA mod Banedanmark.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at OneMed ikke har lidt et uopretteligt tab, idet OneMed som deltager i udbuddet har mulighed for at indtale et krav om erstatning for det tab, OneMed måtte mene at have lidt. Det, som OneMed har anført, giver ikke anledning til at fravige dette udgangspunkt.

Når en tilbudsgiver deltager i et udbud, er det en sædvanlig kommerciel risiko, at tilbudsgiveren ikke vinder udbuddet og dermed mister en omsætning. Et sådant tab af omsætning indebærer ikke et alvorligt og uopretteligt tab, medmindre der foreligger særlige omstændigheder, jf. fast praksis fra EU-Domstolen og Retten. Økonomisk tab og deraf følgende ikke-økonomisk skade er ikke en uoprettelig skade, som opfylder betingelsen om uopsættelighed.

Samlet set er der ikke noget i klagen eller i udbuddets faktiske indhold, der taler for, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt.

Subsidiært har OneMed gjort gældende, at der ikke foreligger en sådan særlig alvorlig ”fumus boni juris”, at der undtagelsesvis er grundlag for at lempe på uopsættelighedsbetingelsen, jf. princippet i EU-domstolens kendelse i sag C-35/15 P(R), Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen.

Ad interesseafvejning

OneMed har gjort gældende, at en interesseafvejning ikke kan føre til et andet resultat.

Der er tale om en økonomisk ikke uvæsentlig kontrakt, der klart overstiger tærskelværdierne i udbudsloven. Det er derfor væsentligt, at kontrakten tildeles i overensstemmelse med udbudsreglerne. Opsættende virkning i denne sag er nødvendig for at sikre overholdelsen af det EU-retlige effektivitetsprincip.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at regionens interesse i at gennemføre indkøbet af handsker til EU-nødlageret under alle omstændigheder vejer tungere end OneMeds interesse i at få den foreliggende klage prøvet.

I henhold til aftalen med EU-Kommissionen skal EU-nødlageret være fuldt implementeret inden udgangen af 2021. Hvis klagen tillægges opsættende virkning, bliver denne tidsplan særdeles vanskelig at overholde for så vidt angår de udbudte handsker.

Udbudsprocessen er gennemført i overensstemmelse med udbudslovens regler herom, og OneMeds interesse i at få tildelt kontrakten overstiger ikke regionens interesse i at indgå kontrakt. Den udbudte anskaffelse er således helt central i forhold til de forpligtelser, der er aftalt med EU-Kommissionen vedrørende etablering af RescEU-nødlager, mens kontrakten for OneMed blot må opfattes som én leverance blandt mange. Regionens potentielle tab ved opsættende virkning overstiger således klart OneMeds.

Klagenævnet udtaler:

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

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

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

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.

3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

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

Påstand 1

Region Hovedstaden, NFOS – National Forsyning af Værnemidler havde i forbindelse med udbuddet aktiveret de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1, herunder § 137, stk. 1, nr. 4, om konkurrencefordrejning.

Når ordregiveren har valgt, at den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, skal finde anvendelse, vil ordregiverens og klagenævnets prøvelse angå, om der er "tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning", jf. bl.a. herved klagenævnets kendelse af 7. april 2021, Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S (ad påstand 1 og 2), og kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen (ad påstand 1).

Vurderingen heraf skal foretages på grundlag af de oplysninger, der var tilgængelige for ordregiveren på tildelingstidspunktet. Der tilkommer ordregiveren et vist skøn ved vurderingen af, om der er sådanne indikationer, at dette bør føre til udelukkelse.

Der blev ved udbuddet afgivet 9 konditionsmæssige tilbud. For den faste tilbudssum på godt 39 mio. kr. pr. delaftale tilbød de 9 konditionsmæssige tilbud mellem ca. 129 mio. stk. og 62 mio. stk. Forskellen mellem Abenas og Aktums tilbud var på ca. 2,5%. Forskellen mellem Abenas tilbud, og tilbudet fra den 8. bedste var på ca. 79%. Mellem den 6. bedste og den 8. bedste var forskellen imidlertid kun ca. 0,5 %. Tilsvarende lå to andre tilbudsgiveres

priser meget tæt. Prisdifferencen mellem Abenas og Aktums tilbud giver således ikke grundlag for, at der er tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at disse tilbudsgivere har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.

Aktum har i sit indlæg til klagenævnet anført, at ”Inklusiv i prisen [for handskerne, som skulle købes af Abena] skulle være den nødvendige og tilstrækkelige produktrelateret assistance i forhold til teknisk dokumentation m.v. For at minimere så mange fejl som muligt, ..., så er alle dokumenter stort set ukritisk direkte afskrevet efter de dokumenter som vi modtog fra Abena”. Tilbuddene fra Abena og Aktum indeholdt flere beskrivelser, hvor bl.a. trykfejl var identiske i de to tilbud. Dette var ikke kun tilfældet i forhold til oplysninger af ren produktteknisk karakter i produktblade eller lignende, men også i forhold til individuelle besvarelser. Tilsvarende var initialleverancen også identisk. Både kvalitet (herunder visse kravbesvarelser) og initialleverance var evalueringsparametre.

Det har formodningen imod sig, at Abena har villet stille tilbudsdokumenter til rådighed for Aktum uden beregning. En betaling herfor ses imidlertid ikke afspejlet i den pris, Aktum har tilbudt handskerne til, idet prisen på henholdsvis Abenas og Aktums leverance er næsten ens. Relativt set er Abenas og Aktums priser væsentligt lavere end næstkommende tilbudsgivers, OneMeds, og væsentligt lavere end de øvrige tilbudsgiveres. Dette kan indikere, at Abenas og Aktums prissætning primært har været mulig som følge af, at en leverance på begge delaftaler – i strid med de udtalte intentioner, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 4.1 og 14.1 – vil give en volumenmæssig konkurrencefordel.

Af det udaterede underbilag til evalueringsrapporten fremgår det, at Region Hovedstaden ved tilbudsgennemgangen var opmærksom på de enslydende besvarelser i tilbuddene fra Aktum og Abena. Det er således anført, at det fremgår ”direkte og utvetydigt, at en af disse tilbudsgivere har skrevet af i forhold til hinanden i kravspecifikationen”, og at dette efter regionen opfattelse ikke kunne være et tilfælde. Regionen anfører videre, at afskriften ”bevidner en grad af samordning af tilbud”. Regionen indhentede dog ikke yderligere oplysninger til belysning af forholdet.

Det er klagenævnets foreløbige vurdering, at der på evaluerings- og tildelingstidspunktet forelå tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere,

at Abena og Aktum havde indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, og at Region Hovedstaden burde have undersøgt dette forhold nærmere, jf. udbudslovens § 138.

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

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

Påstand 4

Efter karakteren af den overtrædelse, som der foreløbigt vurderet må antages at foreligge, er der udsigt til, at påstand 4 om annullation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge ved klagenævnets endelige afgørelse af sagen.

Betingelsen om ”fumus boni juris” er dermed opfyldt.

Betingelse nr. 2 (uopsættelighed):

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

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

Betingelsen om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt.

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

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
specialkonsulent