

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor
klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Plandent A/S
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, Aarhus)

mod

Indkøbscirkel Øst v/Gentofte Kommune
(advokat Andreas Christensen og advokat Sidsel Marcussen, Hellerup)

Intervenient:
Dansk Nordenta A/S
(selv)

Klagenævnet for Udbud har den 15. marts 2024 modtaget en klage fra Plandent A/S (herefter ”Plandent”).

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

Indkøbscirkel Øst v/Gentofte Kommune (herefter ”ICØ”) har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på grundlag af klageskriftet med bilag 1-8, svarskrift med bilag A-F, replik med bilag 9-10 og duplik.

Klagens indhold

Klageskriftet og replikken indeholder foruden anmodningen om opsættende virkning følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at ICØ har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved uberettiget at have afvist Plandents tilbud som ukonditionsmæssigt med begrundelsen, at tilbuddet indeholdt et forbehold for et grundlæggende element, idet forbeholdet ikke vedrørte grundlæggende elementer, og idet ICØ i udbudsmaterialet havde fastsat i videst muligt omfang at ville søge ikke-grundlæggende elementer kapitaliseret.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at ICØ har overtrådt principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have angivet forskellige og modstridende angivelser af, om der vil blive indgået én eller fem rammeaftaler, hvorfor udbudsmaterialet er uklart og ikke egnet til at danne grundlag for tildeling af den udbudte rammeaftale.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at ICØ har handlet i strid med principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, § 56 og § 128, stk. 2, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have oplyst den anslåede mængde/værdi for hver af de udbudte (del)rammeaftaler.

Påstand 4 a

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at ICØ i udbudsbekendtgørelsen har stillet krav til, at vindende tilbudsgiver skal fremsende en serviceattest, der udgør et ulovligt egnethedskrav til udøvelse af det pågældende erhverv i strid med udbudslovens § 140, stk. 1, nr. 1, sammenholdt med § 141, og ligebehandlingsprincippet i § 2 og forbuddet mod nationalitetsdiskrimination i § 3.

Påstand 4 b (subsidiær til påstand 4 a)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at ICØ i udbudsbekendtgørelsen fejlagtigt har angivet som egnethedskrav, at der skal fremsendes en service-attest i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal annullere ICØ's beslutning af 27. februar 2024 om at erklære Plandents tilbud for ukonditionsmæssigt, jf. § 13, stk. 1, nr. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal annullere ICØ's tildelingsbeslutning af 27. februar 2024 om at tildele kontrakten til Dansk Nordenta A/S, jf. § 13, stk. 1, nr. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.

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

Klagenævnet har den 15. marts 2024 meddelt Dansk Nordenta A/S (herefter "Nordenta"), at det er muligt at indtræde i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Nordenta er den 27. marts 2024 fremkommet med bemærkninger i sagen til støtte for ICØ. Nordenta har ikke udtalt sig om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning.

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 784548-2023 af 21. december 2023, der blev offentliggjort den 22. december 2023, udbød ICØ "rammeaftale om indkøb og levering af dentale forbrugsartikler til 5 kommuner i Indkøbscirkel Øst".

Forud for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen havde ICØ kontaktet potentielle leverandører med henblik på at invitere til indledende dialog til brug for en afdækning af markedet. Som en del af markedsdialogen fik de virksomheder, som deltog i markedsdialogen, herunder Plandent, udbudsmaterialet i høring. Ved mail af 7. december 2023 fremsendte Plandent sine bemærkninger til ICØ.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår blandt andet:

” 2.1. Procedure

Titel: Offentligt udbud af rammeaftale om indkøb og levering af dentale forbrugsartikler til 5 kommuner i Indkøbscirkel Øst

Beskrivelse: Ballerup Kommune, Frederiksberg Kommune, Gentofte Kommune, Gladsaxe Kommune, og Rudersdal Kommune udbyder herved i fællesskab én rammeaftale om indkøb og levering af dentale forbrugsartikler til alle kommunale tandklinikker i de tilsluttede kommuner, der alle er at betragte som ordregivere. Der udbydes således fem enslydende 2-årige rammeaftaler og med option på forlængelse i op til 2 x 12 måneder. Ved anvendelse af alle optioner om forlængelse af aftalen (samlet 4 år) anslås kontrakterne til at have en samlet anslået værdi på 15 mio. kr. Aftalen omfatter Leverandørens fulde sortiment af dentale forbrugsartikler som nærmere defineret i Bilag 2. Kravspecifikation. Leverandøren skal som minimum have 10.000 produkter fordelt på de 64 generiske produktgrupper som Ordregiver har angivet i kravspecifikationen krav nr. 11.1 - 11.64.

...

Type af procedure: Åben

...

2.1.3. Værdi

Anslået værdi eksklusiv moms: 15 000 000,00 DKK

Rammeaftalens maksimumværdi: 20 000 000,00 DKK

...

5. Delkontrakt

...

5.1. Delkontrakt. LOT-0000

Titel: Offentligt udbud af rammeaftale om indkøb og levering af dentale forbrugsartikler til 5 kommuner i Indkøbscirkel Øst

Beskrivelse: Ballerup Kommune, Frederiksberg Kommune, Gentofte Kommune, Gladsaxe Kommune, og Rudersdal Kommune udbyder herved i fællesskab én rammeaftale om indkøb og levering af dentale forbrugsartikler til alle kommunale tandklinikker i de tilsluttede kommuner, der alle er at betragte som ordregivere. Der udbydes således fem enslydende 2-årige rammeaftaler og med option på forlængelse i op til 2 x 12 måneder. Ved anvendelse af alle optioner om forlængelse af aftalen (samlet 4 år) anslås kontrakterne til at have en samlet anslået værdi på 15 mio. kr. Aftalen omfatter Leverandørens fulde sortiment af dentale forbrugsartikler som nærmere defineret i Bilag 2. Kravspecifikation. Leverandøren skal som minimum have 10.000 produkter fordelt på de 64 generiske produktgrupper som Ordregiver har angivet i kravspecifikationen krav nr. 11.1 - 11.64.

...

5.1.5. Værdi

Anslået værdi eksklusiv moms: 15 000 000,00 DKK

5.1.6. Generelle oplysninger

Dette er et tilbagevendende udbud

Beskrivelse: Der forventes nyt udbud ca. december 2027

Reserveret deltagelse: Deltagelse uden forbehold.

Indkøbsprojekt, der ikke finansieres med EU-midler

Udbuddet er omfattet af aftalen om offentlige udbud (GPA)

...

5.1.9. Udvalgelseskriterier

Kriterium:

Type: Økonomisk og finansiell formåen

Navn: Gennemsnitlig årsomsætning

...

Kriterium:

Type: Egnethed til at udøve det pågældende erhverv

Navn: Serviceattest

Beskrivelse: Vindende tilbudsgiver vil blive bedt om at fremsende serviceattest som dokumentation vedrørende udelukkelsesgrunde. Serviceattesten må ikke være udstedt tidligere end 6 måneder før tilbudsfristen.

Anvendelse af dette kriterium: Anvendt

...

Kriterium:

Type: Teknisk og faglig formåen

Navn: Levering af leverancer af den anførte type: Referencer

...

5.1.10. Tildelingskriterier

Beskrivelse af den metode, der skal anvendes, hvis vægtningen ikke kan udtrykkes ved hjælp af kriterier: Ordregiver vil foretage evalueringen, som har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet "Pris". Tildelingskriteriet "Pris" evalueres via en på forhånd udvalgt og "låst", men ikke offentliggjort, repræsentativ produktliste (i det følgende kaldt Produktliste) og opgaven tildeles, den tilbudsgiver, der kan tilbyde den laveste evalueringstekniske pris for det fiktive indkøb af produkterne på Produktlisten. Den evalueringstekniske pris for hvert produkt beregnes ved "tilbudsgivers pris* volument for forventede årligt indkøb" af hver varelinje, hvorved der foretages en implicit vægtning af den evalueringstekniske

pris for hvert varelinje. Den evalueringstekniske pris vil være prisen for det samlede fiktive indkøb - af produkterne på Produktlisten - på baggrund af de af Tilbudsgiver tilbudte priser.

...

5.1.12. Udbudsvilkår

...

Frist for modtagelse af tilbud: 22/01/2024 12:00:00 (UTC+1).

...

5.1.15. Teknikker

Rammeaftale: Ingen rammeaftale”

Af udbudsbetingelserne fremgår blandt andet:

”Generelt om Indkøbscirkel Øst – ordregivende myndighed

Ballerup Kommune, Frederiksberg Kommune, Gentofte Kommune, Gladsaxe Kommune, og Rudersdal Kommune udbyder herved i fællesskab rammeaftale(r) om indkøb og levering af dentale forbrugsartikler til kommunerne, herefter benævnt ”Udbud af dentale forbrugsartikler”.

Gentofte Kommune gennemfører det fælles udbud på vegne af alle kommunerne, der samlet benævnes ”Ordregiver”.

...

Baggrund

...

Ordregiver anser det ikke for hensigtsmæssigt at gennemføre et totalvarelinjeudbud, fordi en sammenligning af alle produkter ville kræve unødvendigt meget tids- og ressourceforbrug hos potentielle leverandører og af ordregiver. Ressourceforbruget ville ikke være proportionelt i forhold til økonomien i udbuddet.

Ordregiver har derfor valgt at udbyde indkøb og levering af dentale forbrugsartikler efter udbudslovens § 45 som en repræsentativ produktliste, der er ”låst” forud for offentliggørelse af udbudsmaterialet.

1. Generel beskrivelse af udbuddet

Dette udbud vedrører rammeaftale om indkøb og levering af dentale forbrugsartikler til Frederiksberg Kommune, Gentofte Kommune, Gladsaxe Kommune, Ballerup Kommune og Rudersdal Kommune (herefter ”Ordregiver”).

Ovenstående kommuner, som deltager i udbuddet, er også angivet i Udbudsbekendtgørelsens pkt. I.1. De er alle at betragte som ordregivere og vil hver især indgå en selvstændig rammeaftale med den vidende tilbudsgiver på baggrund af udbuddet.

...

Der udbydes således fem enslydende 2-årige rammeaftaler til ikrafttræden 01.05.2024 og med option på forlængelse i op til 2 x 12 måneder. Formålet med nærværende udbudsproces er at identificere den tilbudsgiver, der løbende kan tilbyde og levere dentale forbrugsartikler, der indgår i driften af de kommunale tandklinikker og behandlingen af patienter, til lavest mulig pris.

Ved anvendelse af alle optioner om forlængelse af aftalen (samlet 4 år) anslås kontrakterne til at have en samlet anslået værdi på 15 mio. kr. Leverandørens vederlag i aftaleperioden vil dog blive fastsat på baggrund af de af leverandøren tilbudte priser og kommunernes faktiske forbrug af Leverandørens ydelser.

Som følge af udvidelsen af den kommunale tandplejemålgruppe fra 18 til 22 år forventes det, at værdien af kontrakten kan være højere end den anslåede værdi. Desuden opleves omfanget af tandbehandlinger at svinge, ligesom der har været højere inflation de seneste år end tidligere. Ved anvendelse af alle optioner om forlængelse på alle fem aftaler (samlet 4 år) vurderes kontraktens maksimale samlede værdi til at være på 20 mio. kr.

Værdien af den enkelte kommunes rammeaftale (samlet 4 år) er angivet nedenfor:

Kommune	Anslået værdi for kontraktperioden i kr.	Maksimal værdi for kontraktperioden (kr.)
Ballerup	2.200.000	3.000.000
Frederiksberg Kommune	4.800.000	6.400.000
Gentofte Kommune	3.600.000	4.800.000
Gladsaxe Kommune	2.400.000	3.200.000
Rudersdal	2.000.000	2.600.000

...

2. Aftalens omfang

Aftalen omfatter indkøb og levering af dentale forbrugsartikler til alle kommunale tandklinikker i de tilsluttede kommuner, jf. bilag 4. Kommunespecifik information. Ordregiver kan udvide og indskrænke antallet af leveringssteder i rammeaftalens løbetid, rammeaftalens afsnit 3.1. Omfang.

2.1. Aftalens sortiment

Aftalen omfatter Leverandørens fulde sortiment af dentale forbrugsartikler som nærmere defineret i Bilag 2. Kravspecifikation krav 10 og 11 med underpunkter, s. 8-28.

...

5. Tilbuddets indhold og formkrav

...

5.1. Tilbuddets indhold

Tilbudsgiverne skal i deres tilbud fremsende:

...

- Bilag 2. Leverandørens tilbudsliste (Udfyldt). Dvs. Tilbudsgivers fulde sortiment af dentale forbrugsartikler som falder inden for de i Bilag 1. Kravspecifikation defineret 64 produktgrupper, jf. krav nr. 11.1-11.64. Tilbudsgiver er dog ikke forpligtet til at opdele sit sortimentskatalog i de angivne 64 produktgrupper.

...

7. Forbehold

Hvis Tilbudsgiver anser specifikke krav eller vilkår i det samlede udbudsmateriale som uacceptable, eller hvis Tilbudsgiver af anden grund ikke kan eller vil opfylde den udbudte rammeaftale i fuld overensstemmelse med det samlede udbudsmateriale, kan Tilbudsgiver tage forbehold.

Tilbudsgiver bedes i givet fald benytte skabelonen i Tilbudsblanket og beskrive forbehold så præcist som muligt.

Da forbehold indebærer, at tilbud afgives på et grundlag, der adskiller sig fra udbudsgrundlaget, vil Ordregiver behandle tilbudsgivers forbehold på følgende måde:

- Tilbud med forbehold over for grundlæggende elementer, herunder mindstekrav, vil blive betragtet som ukonditionsmæssige og kan dermed ikke danne grundlag for en tildeling.
- Forbehold over for ikke-grundlæggende elementer i udbudsmaterialet vil af Ordregiver så vidt muligt blive kapitaliseret og lagt til den eller de relevante tilbudte priser. Er en kapitalisering imidlertid konkret ikke mulig, kan Ordregiver være forpligtet til at anse tilbuddet for ukonditionsmæssigt.

Tilbudsgiver bærer risikoen for, at forbehold i det afsluttende tilbud kan indebære, at tilbuddet afvises som ukonditionsmæssigt, eller at tillæg

til evalueringsprisen eventuelt måtte være afgørende for, at rammeaftalen ikke bliver tildelt Tilbudsgiver. Tilbudsgiver bærer i sammenhæng hermed risikoen for, at Ordregiver på grund af uklarheder eller lignende eventuelt måtte tillægge et givet forbehold en mere vidtgående betydning end tiltænkt af Tilbudsgiver.

...

9. Tildelingskriterium og evalueringsmodel

9.1. Tildelingskriterium

Ordregiver vil foretage evalueringen, som har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet "Pris".

9.2. Evalueringsmetode

Tildelingskriteriet "Pris" evalueres via en på forhånd udvalgt og "låst", men ikke offentliggjort, repræsentativ produktliste (i det følgende kaldt Produktliste) og opgaven tildeles, den tilbudsgiver, der kan tilbyde den laveste evalueringstekniske pris for det fiktive indkøb af produkterne på Produktlisten.

Den evalueringstekniske pris for hvert produkt beregnes ved "tilbudsgivers pris* volumen for forventede årligt indkøb" af hver varelinje, hvorved der foretages en implicit vægtning af den evalueringstekniske pris for hvert varelinje.

Den evalueringstekniske pris vil være prisen for det samlede fiktive indkøb - af produkterne på Produktlisten - på baggrund af de af Tilbudsgiver tilbudte priser.

9.2.1. Udvalgelse af Produktlisten

Til brug for evaluering af pris har Ordregiver udvalgt og beskrevet produkter på Produktlisten ud fra:

- Økonomisk repræsentativitet (produkter som kommunerne har købt meget af (volumen og pris i år 2022). Det er ordregivers forventning, at det fremtidige indkøb vil afspejle det hidtidige forbrug jf. Bilag 3. Kommunernes historiske forbrug.
- Nicheprodukter (produkter som kommunerne har købt få af i 2022), jf. Bilag 3.
- Enkelte produkter som ikke indgår i 2022-forbrug, men som Kommunerne har købt tidligere (2019-2021. Medtagelsen af disse varer har til formål at sikre, at hele Leverandørens sortiment konkurrenceudsættes. Varerne repræsenterer de ændringer i det historiske forbrug, som vil kunne finde sted i

kontraktperioden. Varerne bliver tillagt et estimeret forbrugstal på baggrund af tidligere års indkøb., medfører at varerne forbrugsmæssigt udgør ca. 1,4 % af kommunernes samlede indkøb i 2022.

Produktlisten er således baseret på kommunernes indkøb i 2022, jf. bilag 3, bortset fra enkelte produkter, men indeholder ingen henvisninger til varemærker, men udelukkende Ordregivers generiske angivelse og beskrivelse af produkterne, herunder type, størrelse, dimensioner, materiale, farve, holdbarhed eller formel mm. Ordregiver har efter bedste skøn estimeret forventet forbrug for hvert produkt baseret på gennemsnitlig historisk indkøb i 2019-2022 og forventet stigning i indkøb som følge af udvidelsen af målgruppen for kommunale tandpleje fra 18 til 21 år.

...

9.2.3 Ordregivers udvælgelse af sammenlignelige produkter

...

Hvis ikke mindst to Tilbudsgivere tilbyder et produkt i deres sortiment, som er identiske eller sammenlignelige og lever op til produktbeskrivelsen af et produkt på en varelinje på Produktlisten, vil det pågældende produkt udgå af evalueringen.

Hvis Tilbudsgiver har væsentlig mangelfuld information på en varelinje, fx manglende varenummer, producentvarenummer, pris pr. pakning, forpakkingsstørrelse e.l. der medfører Ordregiver ikke kan udfylde Produktlisten korrekt, anses det pågældende produkt ikke som en del af tilbuddet og vil ikke kunne medtages i Produktlisten.”

Af ”Bilag 1 Kravspecifikation” fremgår blandt andet følgende:

”2. Krav til sortiment samt vejledning til at læse krav 11 og underpunkter,

Kommunen har opdelt det af kontrakten omfattede sortiment af dentale forbrugsartikler i 64 generiske produktgrupper.

Formålet med denne opdeling er at definere kontraktens genstand dvs. gøre det klart, hvilke konkrete produkter, der er omfattet af kontrakten. Alle produkter i Leverandørens sortiment, der kan fordeles under de angivne 64 generiske produktgrupper, er omfattet af kontrakten.

Den valgte opdeling afspejler den sortimentsdybde og -bredde som Kommunen ønsker og det forventede indkøb hos alle fem kommuner, der er en del af udbuddet. For at skabe klarhed om hvilke produkter der er omfattet af produktgrupperne, er der angivet konkrete produktteksempler i krav 11 og underpunkter; samtidig henvises også til bilag 3.

Kommunernes historiske forbrug, som er fordelt på de 64 produktgrupper.

...

Krav nr. 10	Sortiment (generelt)
10.1	Minimumskrav: Leverandøren er i rammeaftalens levetid forpligtet til at have og opretholde et sortiment på minimum 10.000 produkter fordelt på de 64 generiske produktgrupper, der er angivet under krav 11.
10.2	Leverandøren er forpligtet til at levere alle de Produkter, der måtte findes i Leverandørens til enhver tid gældende sortiment, som falder inden for de i denne aftale definerede produktgrupper, som anført under krav 11 i hele aftaleperioden. Ved <i>leverandørens sortiment</i> forstås: Alle produkter, som Leverandøren sælger til såvel private som offentlige institutioner og klinikker, som både kan være lagerført eller som skaffevare. Der er tale om alle varenumre, der findes i Leverandørens sortiment både på tidspunktet for afgivelsen af tilbuddet, samt den efterfølgende aftaleperiode.

...

Krav nr. 11. Produktgruppebeskrivelser og krav

1. Produktgr.nr. og -navn	2. Produktgruppebeskrivelse	3. Kravsbeskrivelse
...	...	...
11.60. Tilbehør til røntgen	F.eks. Bidomslagskumpude og forforplader til digitale enorale røntgenoptagelser	Fosforplader: • Forskellige størrelser til Bite-Wings og til enorale optagelser. Disse skal være: • Fleksible med stærk overflade • Have indikator for om billedet er vendt korrekt • Have op/ned indikator

”

Der er mellem parterne enighed om, at Plandent i sin tilbudsliste ikke har angivet varer vedrørende produktgruppe nr. 11.60.

Af udbudsmaterialets udkast til rammeaftale fremgår følgende på forsiden om aftalens parter:

”Rammeaftale

...

mellem

[x] Kommune

[Adresse]

[Post. nr.] [by]

CVR-nr.: xx xx xx xx

(herefter benævnt Kommunen)

og
 [Vindende tilbudsgiver]
 [Adresse]
 [Post. nr.] [by]
 CVR-nr.: xx xx xx xx
 (herefter benævnt Leverandøren)
 ...

Pkt. 1 Aftalegrundlag

Rammeaftalen er indgået på baggrund af et udbud i overensstemmelse med udbudsloven, LBK nr. 10 af 6. januar 2023, gennemført af Ballerup Kommune, Frederiksberg Kommune, Gentofte Kommune, Gladsaxe Kommune og Rudersdal Kommune i fællesskab, herefter "Indkøbsfællesskabet". Der er indgået enslydende rammeaftaler mellem Leverandøren og hver enkelt kommune."

Nordenta blev ved tildelingsbeslutning af 27. februar 2024 udpeget som vindende tilbudsgiver. Ved brev af samme dato blev Plandents tilbud afvist som ukonditionsmæssigt. Af ICØ's afvisningsbrev fremgår blandt andet:

"Jeres tilbud vurderes at leve op til de formelle krav samt minimumskravene til egnethed.

Vi har dog konstateret, at jeres tilbud er mangelfuld i forhold til kravene til kontraktens genstand, som følge af, at jeres tilbud ikke indeholder produkter, som er kravsificeret under krav nr. 11.60 s. 26 i Bilag 1. Kravspecifikationen. Det er derfor vores vurdering, at I har taget forbehold for et grundlæggende element i udbuddet, hvorved jeres tilbud vurderes at være ukonditionsmæssigt og kan ikke danne grundlag for en tildeling.

Ved vurdering er der bl.a taget i betragtning, at det er produkttypen fosforplader, og ikke kun enkelte produkter, der mangler i tilbuddet samt at tilbuddet ikke kunne repareres via teknisk afklaring uden at det ville medføre en forbedring af tilbuddet.

Vi har samtidig vurderet, at det andet tilbud er konditionsmæssigt. Vi påtænker derfor at indgå kontrakt med Nordenta A/S efter udløb af standstill, jf. § 3 i lov om Klagenævnet for Udbud.

For god ordens skyld kan vi nævne, at vi også evalueret jeres tilbud i henhold til de evalueringskriterier der fremgår af udbudsmaterialet (evalueringstekniske pris), jf. vedlagte bilag 1. Heraf kan vi samtidig

konstatere, at I ikke har afgivet det for Ordregiver økonomisk mest fordelagtige tilbud, da I ikke har opnået den laveste evalueringstekniske pris.”

Standstill-periodens udløb blev i underretningsbrevet til Plandent fastsat til den 8. marts 2024. Som følge af Plandents indsigelser besluttede ICØ at forlænge denne frist til den 15. marts 2024 kl. 12.

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

Plandent har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4 b, gjort gældende, at betingelsen om ”fumus boni juris” er opfyldt.

ICØ har under henvisning til det, som er anført ad påstandene 1-4 b, gjort gældende, at betingelsen om ”fumus boni juris” ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Plandent gjort gældende, at krav nr. 11.60 med rette må anses som ikke-opfyldt af Plandent, hvilket udbudsretligt skal håndteres som et forbehold. Den manglende kravopfyldelse skyldtes, at Plandent overså, at fosforplader fremgik af tilbudslisten. Det bestrides imidlertid, at forbeholdet vedrører et grundlæggende element, da krav nr. 11.60 ikke udgør et mindstekrav. Det eneste krav, der i udbudsbetingelserne er angivet som mindstekrav, er nr. 10.1 om det samlede sortiment. Kravspecifikationen udgør ICØ's behov, der gennem udbuddet skal opfyldes af tilbudsgivernes produkter, og som i det efterfølgende samarbejde og kontraktforhold vil sætte rammen for et evt. misligholdelsesforløb. Det følger dog ikke heraf, at alle krav kan eller skal anses som at udgøre udbudsretlige mindstekrav. I en udbudsretlig sammenhæng er der således stor forskel på ”krav” og ”mindstekrav”, idet fravigelser og forbehold til ”krav” kan indgå i en evaluering, herunder eventuelt ved kapitalisering, mens forbehold for ”mindstekrav” typisk vil føre til en pligtmæssig afvisning. Efter praksis udgøres grundlæggende elementer typisk af forhold, hvorved økonomiske risici eller risikoen for produktets anvendelighed overvæltet på ordregiveren, jf. U 2011.1955 og U 2012.2952 H, eller at konkurrencen væsentligt fordrejes mellem tilbudsgiverne, hvis forbeholdet tillades, jf. f.eks. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. juni 2022, Krüger A/S mod Tønder Spildevand A/S. Krav nr. 11.60 vedrører ikke et grundlæggende element men angår alene ét produktkrav ud

af et sortimentsudbud opdelt på 64 produktgrupper. Når der ikke er tale om et grundlæggende element, har ICØ efter den udbudsretlige forbeholdslære ikke en pligt til at afvise tilbudsgiverens tilbud som ukonditionsmæssigt men kan i stedet kapitalisere det, og lade det indgå i den prismæssige evaluering. ICØ har imidlertid påtaget sig en skærpet håndtering af forbehold i udbudsbetingelserne, og havde som følge heraf været forpligtet til ”så vidt muligt” at søge forbeholdet kapitaliseret, hvilket ICØ imidlertid ikke har gjort, selv om dette havde været nemt, idet der er tale om indkøb af standardvarer. ICØ tillod endvidere ved evalueringen, at et produkt ville udgå heraf, såfremt mindre end to tilbudsgivere tilbød et produkt, der levede op til kravene i produktbeskrivelsen. ICØ er således selv af den opfattelse, at såfremt flere tilbudsgivere havde taget et forbehold – der tilsyneladende altid ville være et forbehold for et ”grundlæggende element” – ville man kunne lade produkterne udgå i evalueringen og i øvrigt se bort fra disse forbehold, og i sidste ende tildele rammeaftalen til en tilbudsgiver, der har taget forbehold for et grundlæggende element. ICØ har derfor uberettiget afvist Plandents tilbud som ukonditionsmæssigt i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2.

Særligt vedrørende påstand 1 har ICØ gjort gældende, at ICØ både var berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet fra Plandent, idet det indeholdt et forbehold for et grundlæggende element i udbudsmaterialet. Det fremgik således udtrykkeligt af både udbudsbetingelser og kravspecifikation, at tilbudsgiver skulle byde ind med sit fulde sortiment af dentale forbrugsartikler, som faldt inden for de i udbudsmaterialet oplistede 64 generiske produktgrupper. Fosforplader var udtrykkeligt nævnt under krav nr. 11.60 ”Tilbehør til røntgen” og var dermed omfattet af en af de 64 oplistede produktgrupper. Det må derfor have stået Plandent klart, at der under denne produktgruppe i hvert fald skulle tilbydes fosforplader, hvilket imidlertid ikke skete, selvom Plandent fører fosforplader i sit sortiment. Ved ikke at tilbyde fosforplader har Plandent ikke budt ind med sit fulde sortiment inden for de 64 oplistede produktgrupper og har dermed taget et forbehold over for et grundlæggende element, hvorfor ICØ i overensstemmelse med pkt. 7 i udbudsbetingelserne ikke har været forpligtet til at kapitalisere forbeholdet. Fosforplader er nogle af de dyreste produkter i det udbudte sortiment, og den omstændighed, at denne produktgruppe ikke var indeholdt i tilbuddet, ville påføre ICØ en betydelig økonomisk risiko, idet ICØ reelt ikke ville vide, hvad fosforplader ville koste i det efterfølgende kontraktforhold, hvilket ville medføre en risiko for konkurrenceforvridning. Selv hvis forbeholdet kunne betragtes som et forbehold

over for et ikke-grundlæggende element, har det ikke været muligt for ICØ at kapitalisere forbeholdet på et tilstrækkeligt sikkert grundlag, idet der var udeladt en hel produktkategori indeholdende en lang række produktlinjer. Det er tilbudsgivers risiko, at tilbuddet er udformet, så det lever op til kravene i udbudsmaterialet. Udbudsbetingelsernes angivelse af, at et produkt ville udgå af tilbudsevalueringen, hvis mindre end to tilbudsgivere tilbød det pågældende produkt, vedrører den situation, hvor flere eller alle tilbudsgivere ikke har en konkret produktlinje i deres sortiment. ICØ har således ønsket at tage det hensyn, at der i et udbud med mange varenumre kan være enkelte produkter, som man ikke kan tilbyde (fx en specifik størrelse), og at dette ikke pr. automatik skal føre til afvisning. Den nævnte situation vedrører således ikke tilfælde, hvor en tilbudsgiver har en produktgruppe i sit sortiment, men ikke byder ind med den, som det er tilfældet i denne sag.

Særligt vedrørende påstand 2 har Plandent gjort gældende, at det efter udbudsmaterialet er uklart, om der tilbydes én samlet rammeaftale eller flere individuelle delrammeaftaler. De udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 er herved overtrådt. I udbudsbekendtgørelsens afsnit 1 er hver kommune under ICØ angivet som ordregiver, og ICØ har derudover i titlen på udbuddet angivet, at det vedrører et "offentligt udbud af rammeaftale om indkøb og levering af dentale forbrugsartikler til 5 kommuner i Indkøbscirkel Øst". "Rammeaftale" er angivet i ental og med fem kommuner som ordregivere. Af udbudsbekendtgørelsens afsnit 2.1 fremgår tillige, at der i fællesskab udbydes "én rammeaftale om indkøb og levering af dentale forbrugsartikler til alle kommunale tandklinikker i de tilsluttede kommuner, der alle er at betragte som ordregivere". Videre er det angivet, at "Ved anvendelse af alle optioner om forlængelse af aftalen (samlet 4 år) anslås kontrakterne til at have en samlet anslået værdi på 15 mio. kr. Aftalen omfatter Leverandørens fulde sortiment af dentale forbrugsartikler som nærmere defineret i Bilag 2". ICØ har således også her brugt begrebet "aftalen" i ental. Derudover fremgår det klart, at "aftalen" omfatter alle de underliggende kontrakter, som har en anslået værdi på 15 mio. kr. Ud fra almindelige udbudsretlige termer må "kontrakter" i denne henseende forstås som de kontrakter, der indgås på baggrund af en rammeaftale. Ligeledes har ICØ i udbudsbekendtgørelsens afsnit 2.1.3 alene angivet én anslået og maksimal værdi for forbruget hos alle kommuner, uden at sondre mellem, at der er tale om flere forskellige rammeaftaler. I udbudsbetingelserne anvendes betegnelsen "rammeaftale(r)", hvilket giver indtrykket af, at ICØ på samme tid indgår én og flere rammeaftaler. Senere i beskrivelsen anvendes "aftale" og

”aftalerne”. Udbudsbekendtgørelsen og det øvrige udbudsmateriale indeholder således modstridende formuleringer om, hvorvidt der er udbudt én fælles eller flere individuelle rammeaftaler, hvilket udgør en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. januar 2023, Mediq mod Høje-Taastrup Kommune m.fl. Det har en væsentlig betydning for markedets økonomiske aktører, om der indgås én rammeaftale med fem underskrivere eller fem forskellige rammeaftaler med hver sin medkontrahent, hvilket forstærker kravet til gennemsigtigheden. Derudover har ICØ i udbudsbekendtgørelsens pkt. 5.1.15. fejlagtigt angivet, at udbuddet ikke vedrører en rammeaftale. Denne fejl kan betyde, at en udenlandsk aktør ved en overordnet gennemgang af bekendtgørelsen ikke finder udbuddet interessant og dermed ikke får udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet oversat for derved at finde ud af, at det faktisk angår en/flere rammeaftale(r). Som følge af de modstridende oplysninger i udbudsmaterialet, har dette ikke været egnet til at danne grundlag for tildelingen.

Særligt vedrørende påstand 2 har ICØ gjort gældende, at der ikke er modstridende oplysninger i udbudsbekendtgørelsen, udbudsbetingelserne og udkast til rammeaftale eller indbyrdes modstridende oplysninger i de enkelte dokumenter. Det fremgår udtrykkeligt af udbudsbekendtgørelsens pkt. 2.1, at udbuddet omfatter fem enslydende rammeaftaler, og at alle de tilsluttede kommuner er at betragte som ordregivere. Herved adskiller faktum sig på et afgørende punkt fra Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. januar 2023, Mediq mod Høje-Taastrup Kommune m.fl., hvorfor sagerne ikke er sammenlignelige. Det er korrekt, at det i udbudsbekendtgørelsens afsnit 2.1 indledningsvist er anført, at kommunerne i fællesskab udbød én rammeaftale. Denne sætning blev dog umiddelbart efterfuldt af oplysningen om, at alle de nævnte kommuner var at betragte som ordregivere, og at man derfor udbød fem enslydende rammeaftaler. Det var således tydeligt, at den indledende sætning ikke er i modstrid med det efterfølgende men alene har handlet om, at ICØ sprogligt ville tilkendegive, at der var tale om ét aftaledokument, som ville være enslydende for de fem kommuner i form af individuelle aftaler. Oplysningen i udbudsbekendtgørelsens pkt. 2.1 er endvidere helt i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes pkt. 1, hvoraf det fremgår, at ”Aftale med den vindende tilbudsgiver ville blive indgået med hver kommune på grundlag af det vedlagte udkast til rammeaftale”, ligesom det fremgår af udkast til rammeaftale, at denne har to parter; leverandøren og (X) Kommune. Den omstændighed, at rammeaftalen indeholder en bestemmelse om, at de

fem kommuner har valgt en tovholderkommune, som bl.a. varetager spørgsmål om prisregulering og eventuelle ændringer til rammeaftalen, kan ikke føre til, at det ikke med tilstrækkelig klarhed fremgår af udbudsmaterialet, at udbuddet vedrører fem individuelle, men helt enslydende, rammeaftaler. Når det i udbudsmaterialet er anført, at ”aftale vil blive indgået med hver kommune”, kan Plandent ikke have været i tvivl om, at der er tale om fem separate aftaler. Der blev da heller ikke under udbudsprocessen stillet spørgsmål til aftaleformen eller den juridiske ramme, som Plandent nu anfægter.

Det er korrekt, at ICØ fejlagtigt i udbudsbekendtgørelsens pkt. 5.1.15 har angivet, at der ikke er tale om en rammeaftale. Det bestrides dog, at dette har haft betydning for, om potentielle udenlandske virksomheder havde interesse i at deltage i udbuddet. Den markedsdialog, som ICØ indledningsvist gennemførte, viste, at dét, der for de udenlandske aktører var afgørende for, at man ikke ønskede at deltage i udbuddet, var de krav, som ICØ stillede, herunder særligt kravet om en dansk webshop. Den manglende afkrydsning i feltet i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsbekendtgørelsen har således ikke medført, at udbudsgrundlaget dermed er blevet uigennemsigtigt, og der er ikke grundlag for at konstatere, at dette potentielt har afholdt udenlandske leverandører fra at afgive tilbud.

Særligt vedrørende påstand 3 har Plandent gjort gældende, at ICØ ikke har angivet den anslåede værdi for de fem enslydende rammeaftaler i udbudsbekendtgørelsen, hvilket er i strid med udbudslovens § 56 og § 128, stk. 2, samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2. Udbudsbekendtgørelsen skal indeholde de oplysninger, der anført i bilag V, del C, til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud. Ifølge praksis fra EU-Domstolen og Klagenævnet for Udbud skal en ordregiver angive den anslåede værdi af rammeaftalen i selve udbudsbekendtgørelsen, jf. f.eks. C-23/20, Simonsen & Weel, præmis 75-80, og f.eks. kendelse af 24. maj 2022, Netcompany A/S mod Arbejdstilsynet. Det er derimod ikke tilstrækkeligt, at den anslåede værdi angives i udbudsbetingelserne. Oplysningerne om den anslåede værdi eller volumen for hver delrammeaftale skulle således have været angivet i udbudsbekendtgørelsen, såfremt der er tale om fem aftaleindgåelser. Såfremt fem forskellige kommuner indgår én samlet rammeaftale, gælder dette krav ligeledes, idet gennemsigtighedshensynet bag forpligtelsen gælder på tilsvarende vis, når

der konkret skal ske levering til og samarbejde med fem forskellige kommuner med forskellige behov, kontraktstyring mv.

Særligt vedrørende påstand 3 har ICØ bestridt, at det efter EU-Domstolens praksis er et krav, at ordregiver ved udbud af flere rammeaftaler er forpligtet til at angive den anslåede og maksimale værdi for hver rammeaftale i udbudsbekendtgørelsen. Af EU-Domstolens dom i C-23/20, Simonsen & Weel, præmis 75-80, fremgår, at ordregiver gerne må underinddele den samlede anslåede værdi af den udbudte rammeaftale på de enkelte deltagende ordregivere, men der kan ikke af dommen udledes en forpligtelse til at gøre det. ICØ har derfor ikke handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og udbudslovens § 56 og § 128, stk. 2, ved i udbudsbekendtgørelsen at angive den samlede anslåede værdi og den samlede maksimale værdi af de deltagende ordregiveres rammeaftaler.

Særligt vedrørende påstand 4 a og 4 b har Plandent gjort gældende, at ICØ har anvendt et ulovligt egnethedskrav om udøvelsen af det pågældende erhverv, jf. udbudslovens § 140, stk. 1, nr. 1, jf. § 141, hvilket er i strid med forbuddet mod nationalitetsdiskrimination og ligebehandlingsprincippet i § 2. Ved at stille krav om, at den vindende tilbudsgiver skal fremsende en serviceattest som dokumentation vedrørende udelukkelsesgrundene, har ICØ *de facto* afskåret udenlandske leverandører fra at deltage i udbuddet. For at kunne bestille en serviceattest af Erhvervsstyrelsen, skal virksomheden have et dansk CVR-nummer med tilknyttet MitID. Kravet er således et skjult etableringskrav, der udgør direkte diskrimination i strid med EU-rettens frie bevægeligheder og forbuddet mod ligebehandling i udbudslovens § 2. Selv hvis egnethedskravet ikke er gyldigt, da det ikke er gentaget i udbudsbetingelserne, vil de udenlandske tilbudsgivere i deres overordnede screening næppe få det øvrige udbudsmateriale oversat og på den måde få konstateret, at det var en fejlangivelse, at det var angivet i udbudsbekendtgørelsen. Angivelsen vil dermed i det mindste *de facto* have afskåret udenlandske tilbudsgivere.

Såfremt Klagenævnet for Udbud finder, at kravet i udbudsbekendtgørelsen er en åbenlys fejl, der ikke medfører, at der et fastsat et egnethedskrav, gør Plandent subsidiært gældende, at denne fejlangivelse er uigennemsigtig for potentielle tilbudsgivere, hvilket er i strid med gennemsigtighedsprincippet i § 2.

Særligt vedrørende påstand 4 a og 4 b har ICØ gjort gældende, at det er korrekt, at ICØ ved en beklagelig fejl i forbindelse med udfyldelsen af udbudsbekendtgørelsen i det nye e-forms under udbudsbekendtgørelsen pkt. 5.1.9 vedrørende ”Egnethed til at udøve det pågældende erhverv” har angivet, at den vindende tilbudsgiver vil blive bedt om at fremsende serviceattest som dokumentation vedrørende udelukkelsesgrunde. Det er naturligvis ikke korrekt, at kravet om den vindende tilbudsgivers indsendelse af serviceattest udgør et egnethedskrav i forhold til at udføre det pågældende erhverv. Det må imidlertid have stået en almindelig påpasselig tilbudsgiver klart, at der er tale om en åbenbar fejl, idet indholdet af teksten på ingen måde stemmer overens med feltets overskrift. Det fremgår således udtrykkeligt, at kravet om indsendelse af serviceattest alene gælder for den vindende tilbudsgiver, og at der altså er tale om et dokumentationskrav efter udbudslovens § 152, og dermed ikke et egnethedskrav efter § 140. Det bestrides, at en almindelig påpasselig tilbudsgiver ikke vil kunne gennemskue, at det ikke er et mindstekrav til egnethed. Det er da heller ikke noget, som Plandent eller Nordenta har sat spørgsmålstegn ved under udbuddet, ligesom det ikke er noget, der har afholdt begge tilbudsgivere fra at deltage fuldt ud i udbuddet. ICØ har ikke afvist tilbudsgivere under henvisning til, at der ikke er indsendt en serviceattest, og dermed har den fejlagtige angivelse heller ikke konkret påvirket de af udbuddet omfattede tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren. Det bestrides, at der er tale om nationalitetsdiskrimination, idet ICØ som ordregiver ifølge udbudslovens § 153 under alle omstændigheder havde været forpligtet til at acceptere dokumentation fra den myndighed, der er relevant for den pågældende virksomhed.

Parternes anbringender ad betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) og betingelse nr. 3 (*interesseafvejning*) gengives ikke i kendelsen.

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelse 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:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet:

Ad påstand 1

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 5.2, at tilbudsgivere i deres tilbud skulle fremsende bl.a. udfyldt "Bilag 2. Leverandørens tilbudsliste" indeholdende tilbudsgivers fulde sortiment af dentale forbrugsartikler, som falder inden for de i "Bilag 1. Kravspecifikation" definerede 64 produktgrupper.

Det fremgår af udbudsmaterialets kravspecifikation under krav nr. 10.1, at leverandøren i rammeaftalens levetid er forpligtet til at have og opretholde et sortiment på minimum 10.000 produkter fordelt på de 64 generiske produktgrupper, der er angivet under krav nr. 11. Kravet er angivet som et mindstekrav. Som krav nr. 11.60 er angivet produktgruppen "Tilbehør til røntgen",

der omfatter fosforplader i forskellige størrelser til Bite-Wings og enorale optagelser.

Tilbudslisten fra Plandent indeholdt på grund af en fejl ikke fosforplader, og Plandent havde helt undladt at tilbyde produkter i produktgruppe 11.60. Plandents tilbud opfylder således ikke kravet om, at tilbudsgiverne skulle tilbyde produkter i alle produktgrupper, ligesom Plandent ikke har budt ind med sit fulde sortiment af de produktgrupper, der var omfattet af udbuddet. Da Plandent havde udeladt en hel produktkategori med en række produktlinjer, var det ikke muligt for ICØ at foretage en tilstrækkelig sikker og objektiv pris-sætning af den manglende produktgruppe.

Det er herefter på det foreliggende foreløbige grundlag klagenævnets vurdering, at ICØ under de foreliggende omstændigheder ikke havde pligt til at prissætte den manglende produktgruppe, og at ICØ således har været berettiget til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Der er efter det anførte ikke grundlag for at fastslå, at ICØ har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, og der er derfor på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 2

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens punkt. 2.1., at der udbydes ”rammeaftale om indkøb og dentale forbrugsartikler til 5 kommuner i Indkøbscirkel Øst”. Videre fremgår det, at ”Ballerup Kommune, Frederiksberg Kommune, Gentofte Kommune, Gladsaxe Kommune, og Rudersdal Kommune udbyder herved i fællesskab én rammeaftale om indkøb og levering af dentale forbrugsartikler til alle kommunale tandklinikker i de tilsluttede kommuner, der alle er at betragte som ordregivere. Der udbydes således fem enslydende 2-årige rammeaftaler og med option på forlængelse i op til 2 x 12 måneder”. De fem kommuner er under punkt 1.1. angivet som ordregivere. I punkt 2.1.3 oplyses én anslået og én maksimal værdi for ”Rammeaftalen”.

I udbudsbetingelserne er indledningsvist angivet, at ”Ballerup Kommune, Frederiksberg Kommune, Gentofte Kommune, Gladsaxe Kommune, og Rudersdal Kommune udbyder herved i fællesskab rammeaftale(r) om indkøb og levering af dentale forbrugsartikler til kommunerne ...”. Af punkt. 1 fremgår

det, at ”Ovenstående kommuner, som deltager i udbuddet, er også angivet i Udbudsbekendtgørelsens pkt. I.1. De er alle at betragte som ordregivere og vil hver især indgå en selvstændig rammeaftale med den vidende tilbudsgiver på baggrund af udbuddet” og ”Der udbydes således fem enslydende 2-årige rammeaftaler til ikrafttræden 01.05.2024 og med option på forlængelse i op til 2 x 12 måneder”. Der fremgår endvidere en anslået værdi for den enkelte kommunes rammeaftale.

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

Det er klagenævnets vurdering, at det trods uoverensstemmelserne i benævnelsen af udbuddets genstand i udbudsbekendtgørelsen, hvor der anvendes betegnelsen ”én rammeaftale” ligesom der er angivet én samlet anslået værdi og én maksimal værdi, med den tilstrækkelige tydelighed fremgår af udbudsmaterialet, at der udbydes fem separate rammeaftaler, der indgås mellem leverandøren og den enkelte kommune. Udbudsmaterialet indeholder således samlet set ikke sådanne modstridende oplysninger, at materialet har været uigennemsigtigt og uegnet til at danne grundlag for en tildeling.

Den omstændighed, at ICØ ved en fejl i udbudsbekendtgørelsens punkt 5.1.15 har angivet, at udbuddet ikke vedrører en rammeaftale, vurderes under hensyn til de øvrige oplysninger, der fremgår af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, ikke at kunne føre til et andet resultat.

Der er derfor på det foreløbigt foreliggende grundlag ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 3

EU-Domstolen har i dom af 17. juni 2021 i sag C-23/20, Simonsen og Weel, fastslået, at en ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen skal angive den anslåede mængde og/eller den anslåede værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale. Manglende overholdelse heraf udgør en overtrædelse af udbudsdirektivets artikel 49, som er implementeret i dansk ret ved udbudslovens § 56 og § 128, stk. 2 og 3, og artikel 18, som svarer til udbudslovens § 2.

Videre fremgår det af dommen, at oplysninger i udbudsbekendtgørelsen om den anslåede værdi eller mængde af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte aftale, må anses for et centralt element i potentielle tilbudsgiveres indledende screening af, om de ønsker at foretage en nærmere vurdering af, om de skal afgive tilbud, og at der intet er til hinder for, at en ordregivende myndighed med henblik på at supplere oplysningerne til tilbudsgiverne og sætte dem i stand til bedst muligt at vurdere, om det er hensigtsmæssigt at afgive tilbud, fastsætter supplerende krav og underinddeler den samlede anslåede mængde eller den samlede anslåede værdi af de varer, der skal leveres i henhold til rammeaftalen. EU-Domstolen har endvidere i dommen anført, at såvel ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling som det deraf afledte gennemsigtighedsprincip indebærer, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, således at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige tilbudsgivere kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde.

Ifølge udbudsdirektivets artikel 49 og udbudslovens § 128, stk. 2, skal udbudsbekendtgørelsen indeholde de i bilag V, del C, anførte oplysninger. Bilag V, del C, opregner som oplysninger, der skal angives i udbudsbekendtgørelser, jf. artikel 49, bl.a.:

”7. Beskrivelse af kontrakten: arbejdets art og omfang, arten og mængden eller værdien af værdi af de varer, der skal leveres, tjenesteydelseernes art og omfang. Når kontrakten er opdelt i dellerancer, anføres disse oplysninger for hver dellerance. I givet fald beskrivelse af løsningsmuligheder.

8. Det anslåede samlede omfang af kontrakten eller kontrakterne. Når kontrakten er opdelt i dellerancer, anføres disse oplysninger for hver dellerance.”

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens punkt 2.1., at udbuddets genstand er fem enslydende rammeaftaler, der indgås mellem den vindende tilbudsgiver og de fem ordregivere. Endvidere fremgår det, at ”[v]ed anvendelse af alle optioner om forlængelse af aftalen (samlet 4 år) anslås kontrakterne til at have en samlet anslået værdi på 15 mio”. I punkt 2.1.3. oplyses én anslået værdi på 15 mio. kr. og én maksimal værdi for ”Rammeaftalen” på 20 mio. kr.

Klagenævnet vurderer, at udbudsbekendtgørelsen under disse omstændigheder indeholder de oplysninger, der er nødvendige for potentielle tilbudsgiveres indledende screening af, om de ønsker at foretage en nærmere vurdering af, om de skal afgive tilbud, og at udbudsbekendtgørelsen i lyset af gennemsigtighedsprincippet lever op til kravet i bilag V, uanset at der i udbudsbekendtgørelsen ikke er angivet en anslået værdi for hver rammeaftale for sig.

Der er derfor på det foreløbigt foreliggende grundlag ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 4 a og 4 b

ICØ har i udbudsbekendtgørelsens punkt 5.1.9. vedrørende ”Egnethed til at udøve det pågældende erhverv” angivet, at den vindende tilbudsgiver vil blive bedt om at fremsende serviceattest som dokumentation. Videre fremgår det, at ”Vindende tilbudsgiver vil blive bedt om at fremsende serviceattest som dokumentation vedrørende udelukkelsesgrunde”.

Udbudsbetingelserne indeholder ikke et tilsvarende egnethedskrav, og ICØ har oplyst, at det beror på en fejl, at kravet om fremsendelse af serviceattest i udbudsbekendtgørelsen er angivet som et generelt minimumskrav til egnethed, idet der rettelig er tale om et dokumentationskrav vedrørende udelukkelsesgrunde efter udbudslovens § 152, der alene gælder for den vindende tilbudsgiver.

Klagenævnet vurderer på det foreløbige grundlag, at det efter beskrivelsen af kravet må have stået en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver klart, at der rettelig er tale om et dokumentationskrav vedrørende udelukkelsesgrunde, jf. udbudslovens § 152, og at ICØ ved den fejlagtige angivelse ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2.

Der er derfor på det foreløbigt foreliggende grundlag ikke udsigt til, at påstandene vil blive taget til følge.

Ad påstand 5 og 6

Under henvisning til det, der er anført vedrørende påstand 1-4 b, er der på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at påstandene 5 og 6 vil blive taget til følge.

Den første betingelse om *fumus boni juris* er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Johann Herzog

Genpartens rigtighed bekræftes.

Randi Uhrenholt Johnsen
Kontorfuldmægtig