

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Sahva A/S
(advokat Andreas Christensen og advokat Anders Jacobsen, København)

mod

Fællesudbud Sjælland v/Solrød Kommune
(advokat Anders Nørgaard og advokat Nick Bronstein, København)

Klagenævnet har den 24. oktober 2022 modtaget en klage fra Sahva A/S.

Sahva A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Fællesudbud Sjælland v/Solrød Kommune 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 - 7, svarskrift med bilag A - G, replik med bilag 8 - 14 og duplik.

Klagens indhold

Sahva A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at kommunen har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, og i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, idet kommunen ikke har beskrevet, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen af underkriteriet ”Kvalitet”.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at kommunen har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, ved ikke at have beskrevet evalueringsmodellen og ved at have ændret evalueringsmodellen efter åbningen af tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at kommunen har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have anvendt en evalueringsmodel for underkriteriet ”Pris”, der var uegnet til at identificere tilbuddet med ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet”.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at kommunen har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at ændre grundlæggende elementer under udbuddet, idet kommunen har frafaldet et mindstekrav, ændret et mindstekrav samt ændret tildelingskriteriet ”Service”.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at kommunen har handlet i strid med udbudslovens § 163, stk. 1, ved at have lagt vægt på fejlprocenten ved levering og reklamationer i forbindelse med evalueringen af underkriteriet ”Service”.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at kommunen har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at give Sahva en fyldestgørende begrundelse for tildelingsbeslutningen.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal annullere kommunens beslutning om at tildele den udbudte kontrakt til ReaMed A/S.

Fællesudbud Sjælland v/Solrød Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 148-422845 udbød Solrød Kommune på vegne af Fællesudbud Sjælland (herefter ”Solrød Kommune”) som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale med en enkelt aktør om levering af kompressionsprodukter til ben, hænder og arme med mulighed for tilkøb af opmåling og hjælpemidler. Den anslåede samlede værdi var i pkt. II.1.5 anført til 78 mio. kr. Den anslåede værdi var i pkt. II.2.6 anført til 113 mio. kr.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 7 fremgår, at tildelingskriteriet var ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” med underkriterierne ”Pris” (50 %), ”Kvalitet” (25 %) og ”Service” (25 %).

Underkriteriet ”Kvalitet” skulle ”vurderes på baggrund af fremsendte vareprøver.”

Tilbudslisten indeholder følgende i relation til vareprøver:

Vareprøver	
A) Ben - Standard - Rund	
nr. 1	Èt stk. AD med selvhold - den dyreste klasse II der tilbydes
nr. 2	Èt stk. AD med selvhold - den billigste klasse I der tilbydes
B) Ben - Special - Rund	
nr. 3	Èt stk. AG med selvhold - den dyreste klasse III der tilbydes
nr. 4	Èt stk. AG med selvhold - den billigste klasse II der tilbydes
C) Ben - Special - Flad	
nr. 5	Èt stk. AD - den dyreste klasse I der tilbydes
nr. 6	Èt stk. AD - den billigste klasse II der tilbydes
E) Arm + Hånd - Special - Rund	
nr. 7	Èt stk. CG - den dyreste klasse II der tilbydes
nr. 8	Èt stk. CG - den billigste klasse I der tilbydes
F) Arm + Hånd - Special - Flad	
nr. 9	Èt stk. AC1 uden fingre - den dyreste klasse II der tilbydes
nr. 10	Èt stk. AC1 uden fingre - den billigste II der tilbydes
I) Hjælpemidler	
nr. 11	Èt stk. handske til påtagning st. XL
nr. 12	Èt stk. af- og påtager til strømper i glidefolie str. XXL

Underkriteriet ”Service” skulle vurderes ”som en samlet sideordnet vurdering på baggrund af”:

”Udfyldte Bilag 1 – Tilbudsliste

Antal serier

Antal varianter

Udvalget af Hjælpemidler

Undervisnings omfang

Bilag 2 – Virksomhedsbeskrivelsen

Ventetid for såvel borgere som personale

Digitale løsninger til f.eks. opmålingsskemaer og reklamationshåndtering

Leveringstid og kontinuerlig opfølgning på levering generelt

Fejl-% for hhv. leveringer og reklamationer

Håndtering af reklamationer og fejlliveringer

Bilag 3 - Beskrivelse af opmåling

Uddannelsesniveau af personalet tilknyttet aftalen

Antal opmålingslokationer, der er relevante for FUS

Opmålingslokationernes tilgængelighed

Åbningstider.”

Det fremgik af udbudsbetingelsernes pkt. 10, at der ville blive anvendt en skala fra 1 til 10 ved evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet ”Kvalitet” og underkriteriet ”Service”.

Om underkriteriet ”Pris” var anført:

”Den laveste pris vil give maksimumkarakteren 10 og de øvrige priser pointgives efter en gearret pointmodel.

I det tilfælde, at prisforskellen mellem den laveste indkomne tilbudspris og den højeste indkomne tilbudspris, viser sig at være større end 50%, vil ordregiver øge spændet i 25% intervaller, indtil alle priser kan indeholdes i point-modellen.”

Som svar på spørgsmål 6 anførte kommunen under udbudsprocessen (ad påstand 4, underkriteriet ”Service”):

”Tilbudsgiver er velkommen til at beskrive den del af undervisningen der ligger ud over minimumskravene i Kravspecifikationen.
En sådan beskrivelse skal anføres i Bilag 2 – Virksomhedsbeskrivelse.

Som det fremgår af Bilag 1 – Tilbudslisten, vil undervisningen blive økonomisk vægtet på baggrund af priserne i I11 og I12 samt Erfamøder I13.”

Som svar på spørgsmål 7 anførte kommunen under udbudsprocessen (ad påstand 4):

”Krav til kompressionsprodukter Punkt 3 ”er fremstillet af RAL godkendte materialer” udgår herefter”.

Som svar på spørgsmål 14 anførte kommunen under udbudsprocessen vedrørende ”Kravspecifikation 10.2 Ærmer og –handsker”, at kravet blev ændret således (ad påstand 4):

”Specielt for Fladstrik gælder:

Det er et krav at der, på tværs af alle serier, som minimum tilbydes to serier inden for hhv. svær venøs insufficiens samt let, moderat og svær lymfødem. [...]”

Ved tilbudsfristens udløb havde Kommunen modtaget tilbud fra Sahva A/S (herefter ”Sahva”) og ReaMed A/S.

Tildelingsnotatet viser følgende pointtildelinger:

	Vægt	Sahva		ReaMed	
		Point	Score	Point	Score
Pris	50	7	350	10	500
Kvalitet	25	7	175	7	175
Service	25	8	200	7	175
Total	100		725		850

Tildelingsnotatet viser vedrørende underkriteriet ”Service” følgende (samstillingen er foretaget af kommunen, men er taget direkte fra notatet):

Sahva	ReaMed
34 serier	40 serier
Mere end 8000 varianter	Mere end 8000 varianter
20 forskellige hjælpemidler	20 forskellige hjælpemidler
Omfattende og velbeskrevet uddannelsesprogram	Omfattende og velbeskrevet uddannelsesprogram
Ventetid på telefonen, statistik baseret 0-98 sek. (borger) 0-17 sek. (personale)	Ventetid på telefon, statistik baseret mellem 0-30 sek.
Digital løsning til PC, tablet og mobiltelefon (Apple og Android)	Digital løsning til pc, mobil og tablet
	Bestilling, beskrivelse af funktionaliteter, billeder, vejledninger.

<p>Samme platform for samtlige producenter Måltagning til såvel standard som specialstrikk. Mulighed for aftalevarer eller samlet sortiment Ingen borgerrelaterede data på enbeden Prisoverslag er tilgængelig ved ordreoprettelse Guide der sikrer den rette bestilling til borgeren Leveringstid, statistik baseret, standard 8 dag, mål 11 dag Fej i Kundeservice, opmåling og produktion, statistik baseret – 0,4% Reklamation, statistik baseret – 0% Fejllieferinger, statistik baseret – 2% Velbeskrevet håndtering af reklamationer og fejllieferinger Veldokumenteret og højt fagligt uddannelses- og erfaringsniveau hos personalet Velbeskrevet opmålingsprocedure og omkring liggende services</p>	<p>Produktblade og vejledninger i pdf til print Elektroniske måleskema til direkte indtastning Størrelsesvejguide Standardstrømper vælges ud fra omkreds- og længdemål. Guide til tilvalg på den valgte strømpe Måleskema kan trækkes ud i pdf Digital løsning til reklamationer: Vurderes af den kompressionsansvarlige der evt. indhenter billede dokumentation eller produktet. Leveringstid, statistik baseret, standard 2,84 dag, special 3,03 dag Velbeskrevet procedure af opfølgning Fej i Kundeservice, opmåling og produktion, statistik baseret – 0,0071% Reklamation, statistik baseret – 0,108% Fejllieferinger, statistik baseret – 0,158%</p>
---	---

Den 23. september 2022 meddelte Solrød Kommune Sahva, at kommunen havde til hensigt indgå kontrakt med ReaMed A/S efter udløb af standstill-perioden den 3. oktober 2022. Meddelelsen var vedlagt tildelingsnotatet. Kommunen anførte:

”...

I forhold til kriteriet pris ligger sammenligningsprisen i det vindende tilbud mere end 15% under sammenligningsprisen i Sahva A/S tilbud.

I forhold til kriteriet kvalitet, der er vurderet på baggrund af de fremsendte vareprøver, er der ingen målbar kvalitetsforskel mellem de to tilbud.

I forhold til kriteriet service, der er vurderet på baggrund af de fremsendte bilag, er tilbuddet fra Sahva vurderet til at ligge ét point højere end det vindende tilbud

....”

Standstill-perioden blev efter det oplyste senere forlænget til den 10. oktober 2022. Sahva gjorde den 7. oktober 2022 indsigelse mod kommunens tildelingsbeslutning, og kommunen forlængede herefter standstill-perioden til den 25. oktober 2022. Den 20. oktober 2022 oplyste kommunen, at tildelingsbeslutningen blev fastholdt.

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

Sahva har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-6, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Solrød Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-6, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Sahva gjort gældende, at ordregiveren i udbudsmaterialet skal fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen, jf. udbudslovens § 160, stk. 1. Selvom det ikke længere fremgår direkte af ordlyden i § 160, at ordregiver skal beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen, fremgår det dog af bemærkningerne til udbudslovens § 160, at indholdet af alle dele af evalueringsmodellen skal beskrives i udbudsmaterialet.

Det følger af klagenævnets faste praksis, at en ordregiver er forpligtet til at angive i udbudsmaterialet, hvad der tillægges positiv vægt mv. ved evalueringen, jf. bl.a. kendelse af 13. december 2019, Iron Mountain A/S mod Lægemiddelstyrelsen, og kendelse af 6. september 2022, Remondis A/S mod I/S AffaldPlus.

I udbudsbetingelsernes pkt. 7 har Solrød Kommune alene angivet, at underkriteriet ”Kvalitet” vægter 25 %, og at ”kvaliteten vurderes på baggrund af de fremsendte vareprøver.” Kommunen har derfor ikke i udbudsmaterialet angivet, hvad der lægges vægt på ved evalueringen af underkriteriet, og hvilke konkrete forhold der udgør egentlige konkurrenceparametre.

Af tildelingsbrevet af 6. oktober 2022 fremgår alene, at ”i forhold til kriteriet kvalitet, der er vurderet på baggrund af de fremsendte vareprøver, er der ingen målbar kvalitetsforskel mellem de to tilbud”. I tildelingsnotatet har Solrød Kommune ikke angivet, hvad kommunen nærmere har lagt vægt på ved evaluering af underkriteriet.

Sahva har i de seneste år afgivet tilbud i forbindelse med udbud, hvor ”kvalitet” er indgået som underkriterium. I lignende udbud af kompressionsprodukter, det vil sige, hvor den kvalitative vurdering sker på baggrund af vareprøver, fremgår tydeligt af udbudsmaterialet, hvad der lægges vægt på i vurderingen, og at det kan være væsentligt forskelligt, hvad der lægges vægt på. Aarhus Kommune, Silkeborg Kommune og KomUdbud-kommunerne har således i deres vurdering af underkriteriet ”Kvalitet” lagt vægt på ”Komfort” og ”Funktionalitet”, mens Randers Kommune samt Fredericia Kommune og Middelfart Kommune yderligere har lagt vægt på henholdsvis ”Brugerven-

lighed” og ”Holdbarhed”. Under hvert under-/delkriterium har alle kommunerne desuden udførligt beskrevet, hvad der tillægges positiv vægt i forhold til det enkelte under- eller delkriterium. Det er således ikke helt entydigt, hvad en ordregiver forstår ved ”Kvalitet”, idet der ikke er tale om helt entydige og ens kriterier og parametre. Ordregiveres beskrivelse, eller manglende beskrivelse heraf, vil derfor have væsentlig betydning for, hvad der indgår i det tilbudte sortiment, og ingen normalt oplyst og påpasselig tilbudsgiver kan på forhånd vide, hvad ordregiver lægger vægt på i den kvalitative evaluering.

Sahva var ikke forpligtet til at gøre indsigelse over for kommunen vedrørende den manglende beskrivelse af ”Kvalitet” under udbuddet.

Kommunen har ikke gjort det klart over for tilbudsgiverne, hvad kommunen har haft til hensigt at lægge vægt på, eller hvad kommunen reelt har lagt vægt på ved evalueringen af underkriteriet. Herved har kommunen haft en ubetinget valgfrihed mellem tilbuddene, og tilbudsgiverne har ikke haft mulighed for at optimere deres tilbud, ud fra hvad der var beskrevet i udbudsmaterialet.

Den anvendte evalueringsmodel er derfor i strid med udbudslovens §§ 2 og 160, stk. 1.

Særligt vedrørende påstand 1 har Solrød Kommune gjort gældende, at kvalitetskriteriet er tilstrækkeligt beskrevet.

Ordregivere er ikke forpligtet til at angive delkriterier til et givet kvalitativt underkriterium, forudsat at der er parametre, som kan danne grundlag for kvalitetsvurderingen; disse parametre udgjordes i den konkrete sag af vareprøver.

Det fremgår af såvel de specielle bemærkninger til udbudslovens § 160 som af hidtidig praksis, at det ikke er et krav, at ordregiveren giver en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af de kvalitative under- og eventuelle delkriterier, og ordregiveren har derfor et vidt skøn til at foretage tilbudsevalueringen inden for rammerne af det beskrevne i udbudsmaterialet samt principperne i § 2.

Beskrivelsen af ”kvalitet” må imidlertid ikke indrømme ordregiveren et ubetinget frit valg ved evalueringen og skal være så tilstrækkelig præcis, at ri-

meligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere ud fra en naturlig læsning kan forstå indhold og omfang heraf, jf. klagenævnets kendelse af 15. juni 2015, Grøn Sol A/S mod Aarhus Kommune, og kendelse af 18. august 2015, BabySam A/S mod Jysk Fællesindkøb v/Viborg Kommune.

Kompressionsstrømper er et relativt ukompliceret produkt, og den kvalitative vurdering af disse produkter begrænses i hovedsagen til de taktile egenskaber.

Sahva burde som rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver kunne udlede, at en vurdering af vareprøvernes kvalitet naturligt ville kunne vurderes på grundlag af vareprøvens fysiske egenskaber, herunder ”stiffness”, ”behagelighed mod huden” og ”holdbarhed” som sket.

Sahva har i øvrigt på sin hjemmeside – ved sin egen beskrivelse af produkternes kvalitet – selv fremhævet kvalitative egenskaber med formuleringer som ”Kort stræk / høj stiffness”, ”Anvendelig til sart hud”, samt at ”Belsana Classic Cotton er meget robust og slidstærk”.

Den fremlagte række udbudsbetingelser fra lignende udbud med krav om vareprøver til opfyldelse af underkriteriet ”Kvalitet” viser relativt entydigt, at der – til trods for forskelligartede begrebsanvendelser og indplaceringer af delkriterier til underkriterier – i væsentligt omfang er tale om ensartede evalueringsgrundlag.

Det er således et nærværende undtagelsesfrit fællestræk, at kompressionsstrømpernes kvalitative egenskaber defineres ved pasform, komfort, påføringsletted og holdbarhed.

Disse temaer spejler de parametre, som kommunen netop har lagt vægt på ved den kvalitative evaluering af vareprøverne, navnlig ”stiffness”, ”Behagelighed mod huden” og ”holdbarhed”. Der kan i øvrigt med styrke argumenteres for, at ”stiffness” også omfatter ”pasform”.

Ingen af tilbudsgiverne fandt under udbudsprocessen anledning til at afklare forståelsen af underkriteriet ”kvalitet”.

Endelig har kvalitetskriteriet ikke haft nogen betydning for tildelingsbeslutningen, idet der ”ingen målbar kvalitetsforskel [var] mellem de to tilbud.”

Begge tilbud opnåede således i alt 7 point, idet både Sahvas 6,8 point og ReaMed A/S' 6,92 point blev oprundet til 7.

Særligt vedrørende påstand 2 har Sahva gjort gældende, at ordregiveren i udbudsmaterialet skal fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen, jf. udbudslovens § 160, stk. 1. Bemærkningerne til udbudslovens § 160 understøtter, at det entydigt skal fastlægges og beskrives på forhånd i udbudsmaterialet, hvordan der evalueres i forhold til pris, og at evalueringsmodellen skal være anvendt præcist som beskrevet i udbudsmaterialet.

Af tildelingsbrevet og tildelingsnotatet fremgik det, at ReaMed har fået karakteren 10, og Sahva har fået karakteren 7. Det fremgår dog ikke, hvorfor Sahva har fået karakteren 7, hvilket efter den oplyste evalueringsmodel må betyde, at Sahva afgav en samlet tilbudspris på præcis 4.912.865 kr., hvilket imidlertid ikke var tilfældet, da Sahva afgav en samlet tilbudspris på 4.918.338 kr. Kommunen har således foretaget en afrunding, idet det beregnede point efter den oplyste evalueringsmodel rettelig var 6,98.

Det fremgik ikke af den oplyste evalueringsmodel, at der ville blive foretaget en afrunding, ligesom det ikke fremgik, hvordan afrundingen ville blive foretaget, herunder om der ville blive rundet op eller ned. Det bemærkes, at den oplyste evalueringsmodel almindeligvis må forstås således, at point skulle afgives med decimaler, jf. klagenævnets kendelse af 8. januar 2019, Finmann VVS/Entreprise ApS mod Udviklingselskabet By og Havn, hvorfor evalueringsmodellen var usædvanlig og allerede af den grund burde være beskrevet i udbudsbetingelserne.

Det følger af klagenævnets kendelse af 27. juli 2022, Edora A/S mod Københavns Kommune, at der kun kan ske afrunding af pointtal, hvis det klart fremgår af udbudsmaterialet, da afrunding kan føre til et forkert resultat.

Den manglende beskrivelse af, at der ville blive foretaget afrunding, samt hvordan afrunding ville blive foretaget, gav ikke tilbudsgiverne mulighed for at optimere tilbuddene, hvilket er formålet med bestemmelsen i udbudslovens § 160.

Hertil kommer, at kommunen ikke har anvendt den evalueringsmodel, der var beskrevet i udbudsbetingelsernes pkt. 10, men – ved at foretage afrunding – ændrede evalueringsmodellen efter åbningen af tilbud. En sådan ændring

er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2, jf. EU-Domstolens dom i sag C-6/15, TNS Dimarso mod Vlaams Gewest, præmis 31.

Særligt vedrørende påstand 2 har Solrød Kommune gjort gældende, at afrunding til hele tal eksplicit var forudsat i udbudsbetingelserne, at Sahva fejlagtigt slutter modsætningsvist ud fra den foreliggende kendelsespraksis, og at forholdet under alle omstændigheder ikke har indvirket på tilbudsbedømmelsens udfald.

Sahvas indsigelse må forstås sådan, at Sahva ikke bestrider den fastsatte evalueringsmodel, men alene anvendelsen heraf.

Allerede derfor bliver det afgørende for bedømmelsen af forholdet, om afrundingen har haft konkret betydning for tildelingsbeslutningen. Dette gør Sahva ikke gældende, og det er heller ikke tilfældet.

Særligt vedrørende påstand 3 har Sahva gjort gældende, at kommunen ved i forbindelse med evalueringen at afgive point i hele tal efter afrunding har anvendt en evalueringsmodel, der ikke var egnet til at identificere tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

En afrunding af pointtildelingen betyder således – udover at det ikke er evaluering med anvendelse af lineær interpolation som angivet i udbudsbetingelserne – at to tilbud ville kunne opnå karakteren 10 for underkriteriet ”Pris”, selvom det ene tilbud ikke var tilbuddet med den laveste pris. Den anvendte evalueringsmodel har således ikke været egnet til at tage højde for de forskelle, der var i prisen, hvormed evalueringen har resulteret i, at den fastsatte vægtning er tilsidesat.

Særligt vedrørende påstand 3 har Solrød Kommune henvist til det, kommunen har gjort gældende ad påstand 4.

Særligt vedrørende påstand 4 har Sahva gjort gældende, at det af udbudsbetingelsernes pkt. 3.1 fremgik, at ”For nærmere beskrivelse af de udbudte ydelser, herunder de mindstekrav der skal opfyldes, henvises til Kravspecifikationen og Bilag 1 - Tilbudslisten, samt eventuelle rettelser og besvarelse af

spørgsmål”, idet det dog ikke var angivet i kravspecifikationen, om alle kravene udgjorde mindstekrav, eller hvilken karakter kravene i modsat fald så havde.

Ordregiveren har ansvaret for at sikre, at udbudsmaterialet er klart og tydeligt formuleret, herunder om et krav har karakter af at være et mindstekrav eller ej, jf. klagenævnets kendelse af 8. april 2019, Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb v/ Billund Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune.

Eftersom udbudsbetingelserne alene henviser til mindstekrav i kravspecifikationen, og det ikke fremgår af kravspecifikationen, at ikke alle krav er mindstekrav, må alle krav i kravspecifikationen udgøre mindstekrav.

At alle kravene i kravspecifikationen var mindstekrav, understøttes af kommunens svar på spørgsmål 6, hvor kommunen anførte, at: ”Tilbudsgiver er velkommen til at beskrive den del af undervisningen der ligger ud over minimumskravene i Kravspecifikationen.”

Kommunens argument om, at ”begrebet ”mindstekrav” ikke fremgår nogetsteds i udbudsbetingelserne eller i de øvrige udbudsdokumenter, herunder kravspecifikationen”, er irrelevant, da det netop var angivet, at hele kravspecifikationen var mindstekrav.

I forbindelse med spørgsmål/svar under udbuddet ændrede/frafaldt kommunen to af mindstekravene i kravspecifikationen og ændrede underkriteriet ”Service” således:

For det første anførte kommunen som svar på spørgsmål 7 vedrørende krav til kompressionsprodukter, at kravet om ”RAL godkendte materialer udgår herefter”.

Kommunen frafaldt således mindstekravet om, at de tilbudte kompressionsprodukter skulle være fremstillet af RAL-godkendte materialer. Ved at frafalde mindstekravet havde tilbudsgiverne mulighed for at tilbyde produkter, der var væsentligt billigere, end hvad der var tilfældet, hvis mindstekravet var opfyldt.

At der var tale om en fejl, at kompressionsprodukterne skulle være fremstillet af RAL-godkendte materialer, er uden betydning. Frafald af kravet er en væsentlig ændring, som kræver fornyet udbud, jf. klagenævnets kendelse af 15. oktober 2021, Verdo Teknik A/S mod Københavns Kommune.

For det andet ændrede svaret på spørgsmål 14 ligeledes det oprindelige krav 10.2 til ærmer og handsker, der indebar, at der som minimum skulle ”tilbydes to serier inden for hhv. mild, moderat og svær venøs insufficiens.” Det vil sige, at kommunen tilføjede ”samt let, moderat og svær lymfødem”. Med ændringen blev minimumskravet skærpet betydeligt, da tilbuddene herefter også skulle indeholde to serier inden for lymfødem.

Sahva bestrider, at lymfødem skulle være en ”almindelig lidelse”, idet kun 24 % af brugerne af kompressionsprodukter til ben lider af lymfødem. Besvarelsen af spørgsmål 14 var således reelt en ændring af kravet, da det ikke allerede fremgik, at kompressionsbehandling også omfattede ben med let, moderat eller svær lymfødem. Det bemærkes hertil, at selvom spørgsmål 14 alene omhandlede ærmer og handsker, tilføjede kommunen ved besvarelsen ”ben” til kravet.

Konkret har det betydet, at Sahva har været nødt til at tilbyde produkter af en højere kvalitet, hvilket også har haft betydning for tilbuddets samlede pris.

For det tredje ændrede kommunen i forbindelse med spørgsmål/svar under udbuddet desuden underkriteriet ”Service” ved svaret på spørgsmål 6. I udbudsbetingelsernes pkt. 7 var det angivet for ”Service”, at der ville blive lagt vægt på ”undervisningens omfang”. Kommunen ændrede således underkriteriet ”Service” til, at der udelukkende skulle lægges vægt på økonomien og ikke undervisningens omfang.

Frafaldet af mindstekrav 8, ændringen af mindstekrav 10.2 og ændringen af underkriteriet ”Service” har haft betydning for tilbudsgivernes valg af produkter og dermed været egnet til at forrykke konkurrencen både mellem de deltagende tilbudsgivere, men også i forhold til potentielle tilbudsgiveres interesse. I dette udbud, hvor prisforskellen reelt var afgørende, kan det derfor ikke udelukkes, at ændringen af mindstekravene og tildelingskriteriet har haft en betydning for udbuddets udfald. De foretagne ændringer/frafald var således ændringer af grundlæggende elementer i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Kommunen har bevisbyrden for, at ændringen af mindstekravene konkret ikke har været en ændring af et grundlæggende element, og der skal meget til at løfte denne bevisbyrde, jf. blandt andet klagenævnets kendelse af 15. oktober 2021, Verdo Teknik A/S mod Københavns Kommune.

Særligt vedrørende påstand 4 har Solrød Kommune gjort gældende, at der ikke er tale om mindstekrav.

Formuleringen af kommunens besvarelse af spørgsmål 6 i spørgsmål/svar runden beror i den henseende på en fejl. Det er centralt at bemærke, at besvarelsen af spørgsmål 6 ikke henviser til noget specifikt ”minimumskrav” i kravspecifikationen. Der er ikke fortolkningsmæssige holdepunkter til støtte for, at samtlige kravspecifikationens krav af denne årsag må forstås som mindstekrav.

”Minimumskrav” benyttes sædvanligvis om de ufravigelige krav, der stilles til tilbudsgivernes generelle egnethed i medfør af udbudslovens §§ 154 og § 155, mens ”mindstekrav” anvendes om de ufravigelige krav til den konkret præsterede ydelse.

Begrebet ”mindstekrav” fremgår ikke nogetsteds i udbudsbetingelserne eller i de øvrige udbudsdokumenter, herunder kravspecifikationen, og udbudsmaterialet indeholder ikke nogen angivelse af, at manglende overholdelse af en given betingelse/et givent krav vil medføre afvisning.

Samlet set er der derfor ikke holdepunkter for, at de omhandlede krav skulle udgøre mindstekrav.

I tilslutning hertil har kommunen gjort gældende, at de tre nedenfor beskrevne krav, som Sahva støtter sin påstand på, ikke er ændret.

1.

Kommunen blev under udbudsproceduren gjort bekendt med, at formuleringen i kravspecifikationens pkt. 8, ”[...] er fremstillet af RAL godkendte materialer [...]”, er en åbenlys fejl, idet der ikke findes RAL godkendt materiale til kompressionsprodukter. RAL er en tysk certificering, som anvendes til færdige produkter og ikke de heri indeholdte materialer.

Selv, hvis RAL-kravet for materialer måtte anses for et mindstekrav, ville det ikke kunne håndhæves som følge af dets uanvendelige karakter, jf. eksempelvis kendelse af 7. oktober 2015, Stadsing A/S mod Herning Kommune.

Kommunen havde – parallelt med det frafaldne RAL-krav for materialer – fastsat et RAL-certificeringskrav specifikt for strømper og ærmer, hvorefter disse skal være "[...] RAL certificerede RAL-GZ 387/1 eller RAL-GZ 387/2".

Dette krav skal under alle omstændigheder anses for strengere end det frafaldne, hvorfor Sahvas betragtninger om, at frafaldet af materialekravet gav tilbudsgiverne mulighed for at tilbyde billigere produkter, må forkastes.

2.

Spørgsmål 14 vedrører krav 10.2, Ærmer og –handsker. Sahva overser i den forbindelse, at det i kravspecifikationens pkt. 10.2 (første sætning) forudsættes, at

"[...] Der skal tilbydes et sortiment der samlet set kan dække alle almindelige behov for ærmer-strømper og handsker [...]"

Dette overordnede krav 10.2 rummer således alle lidelser, der er almindelige i forbindelse med kompressionsbehandling af henholdsvis ben og arme, herunder også svær venøs insufficiens, samt let, moderat og svær lymfødem, hvorfor besvarelsen af spørgsmål 14 udelukkende har præciserende karakter.

3.

Det, som Sahva har anført vedrørende underkriteriet "Service" er oplagt forkert.

Undervisningen indgik i separate underkriterier på forskellig vis:

<i>Underkriteriet, "Pris"</i>	<i>Underkriteriet, "Service"</i>
<i>Pris vurderes på baggrund af sammenligningsprisen. [...] Fanen "Evalueringspris" opsummerer de vægtede sammenligningspriser fra de øvrige faner, og er den total, der vil blive anvendt til vurdering af Pris hvor: [...] Opmåling og undervisning vægter 30%</i>	<i>Service vurderes, som en samlet sideordnet vurdering, på baggrund af:</i> <ul style="list-style-type: none"> • Udfyldte Bilag 1 - Tilbudsliste • Antal serier • Antal varianter • Udvalget af Hjælpe midler • Undervisnings omfang

Spørgsmål 6 relaterer sig til tvivl om, hvor tilbudsgiver bør beskrive undervisningens omfang, som indgår som delkriterium til underkriteriet, ”Service”:

Sahas udlægning er forkert og støttes heller ikke af besvarelsens ordlyd.

Formuleringen, ”[...] den del af undervisningen der ligger ud over minimumskravene i Kravspecifikationen [...]”, betyder, at den efterspurgte beskrivelse ikke må kollidere med udbudsmaterialets krav. Derfor vil beskrivelsen definatorisk indgå i den kvalitative evaluering, idet den implicite sontring i svaret ellers savner mening.

Særligt vedrørende påstand 5 har Sahva gjort gældende, at underkriterier skal være forbundet med kontraktens genstand, jf. udbudslovens § 163, stk. 1. Det følger af udbudslovens § 163, stk. 2, at underkriterier er forbundet med kontraktens genstand, når de relaterer sig til:

”de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten, for så vidt angår ethvert aspekt og ethvert trin i deres livscyklus, herunder faktorer, der indgår i 1) den specifikke proces med fremstilling eller levering af eller handel med de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser eller 2) en specifik proces for en anden fase i deres livscyklus.”

De valgte underkriterier skal således gøre det muligt at foretage en vurdering af de enkelte tilbud i forhold til kontraktens genstand. Underkriterier må derfor ikke relatere sig til tilbudsgivernes generelle egnethed, jf. blandt andet klagenævnets kendelse af 12. april 2018, Lekolar Leika A/S mod Fællesudbud Sjælland ved Køge Kommune

Det fremgik af udbudsbetingelsernes pkt. 7, at underkriteriet ”Service” vurderes som en samlet sideordnet vurdering på baggrund af blandt andet ”Fejl-% for hhv. leveringer og reklamationer”.

Det fremgår hverken af udbudsmaterialet eller af kontrakten, at kommunen har bestemte krav til antallet af fejlliveringer og reklamationer, som skulle fremgå af tilbudsgivernes tilbud. De oplyste procentsatser har med andre ord ingen betydning for, hvad tilbudsgiverne forpligter sig til, og er dermed ikke forbundet med kontraktens genstand, men er derimod en vurdering af tilbudsgivers generelle egnethed.

Kommunen har derfor handlet i strid med udbudslovens § 163, stk. 1, ved at have lagt vægt på fejlprocenten ved levering og reklamationer i forbindelse med evalueringen af underkriteriet ”Service”.

Såfremt klagenævnet måtte finde, at data om fejlprocenten for leveringer og reklamationer indgik som en del af tilbuddet, var de efterspurgte data historiske og generelle for virksomheden og derfor i udbudsretlig henseende et egnethedskriterium, idet kriteriet alene er egnet til at klarlægge tilbudsgiverens almindelige egnethed. Derfor kan kriteriet ikke anvendes som under- eller delkriterium, jf. bl.a. EU-Domstolens dom i sag C-532/06, Lianakis.

Særligt vedrørende påstand 5 har Solrød Kommune gjort gældende, at de fastsatte delkriterier til servicekriteriet alle har direkte indvirkning på den konkrete udførelse af kompressionsstrømpeleveringen i henhold til den indgåede aftale.

Tilbudsgiverne forpligter sig således til at tilbyde de rammer – eksempelvis proceduren for opmåling i bilag 3, håndtering af reklamationer og fejlleveringer, eller uddannelsesniveau af personalet tilknyttet aftalen – som oplyses i tilbuddet.

Kommunen efterspørger således, at tilbudsgiveren med sit tilbud selv præsenterer en barre for eksempelvis ”Fejl-% for hhv. leveringer og reklamationer [...]”.

Opfylder tilbudsgiveren ikke de løfter, som afgives i tilbuddet ved besvarelsen af de omtalte delkriterier, vil dette kunne håndhæves aftalemæssigt ved anvendelse af misligholdelsesbestemmelsen i rammeaftalens punkt 11.

Det er i denne sammenhæng ikke en betingelse, at et givet konkurrencekriterium er udtrykkeligt håndteret i rammeaftalens bestemmelser; det centrale er, at tilbudsgiverens tilbudsbesvarelser konstituerer en forpligtelse under rammeaftalen, når den indgås.

Klagenævnets kendelse af 12. april 2018, Lekolar Leika A/S mod Fællesudbud Sjælland, er derfor ikke relevant.

Særligt vedrørende påstand 6 har Sahva gjort gældende, at kommunens begrundelse for tildelingsbeslutningen skal ”angive det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud og navnet på den vindende tilbudsgiver eller parterne i rammeaftalen”, jf. udbudslovens § 171, stk. 4.

Der fremgår ikke nogen nærmere begrundelse i tildelingsbrevet til Sahva for, hvorfor ReadMed har vundet kontrakten fremfor Sahva.

I forhold til underkriteriet ”Kvalitet” har kommunen kun angivet pointscore og ingen nærmere begrundelse for tildelingen af point, hvilket er utilstrækkeligt til at opfylde begrundelseskravet, jf. klagenævnets kendelse af 13. juni 2019, Joca Trading A/S mod Allerød Kommune, Hørsholm Kommune og Rudersdal Kommune samt Fredensborg Affald A/S.

For så vidt angår underkriteriet ”Service” har Kommunen oplyst indholdet af de to tilbud, uden nærmere at angive hvorfor ReaMeds tilbud har været bedre set i forhold til Sahvas tilbud. Kommunen har derfor ikke begrundet over for tilbudsgiverne, hvad der har været udslagsgivende ved bedømmelsen af tilbuddene i forhold til ”Service”.

Kommunen har derved handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at give Sahva en fyldestgørende begrundelse for tildelingsbeslutningen.

Særligt vedrørende påstand 6 har Solrød Kommune gjort gældende, at påstanden fremstår chikanøs: Sahva har netop indgivet klage over tildelingsbeslutningen, hvorfor beskyttelseshensynet ved begrundelsespligten i § 171, stk. 4, nr. 2, er opfyldt.

Underretningsforpligtelsen efter § 171, stk. 4, nr. 2, omfatter angivelse af det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud.

Da der som anført ikke er målbar kvalitetsforskel mellem tilbuddet fra Sahva og tilbuddet fra ReaMed, ville være umuligt at oplyse nærmere herom.

Underretningen om tildelingsbeslutning var ledsaget af et tildelingsnotat, som i relation til servicekriteriet gengav de to tilbuds indhold.

Efter bestemmelsen skal ordregiver oplyse om de forhold, der er tillagt vægt ved evalueringen. De oplysninger, som opregnes, er for langt størstedelen kvantificerbare og opgjort systematisk. Eksempelvis fremstår det oplagt, at ReaMeds ”40 tilbudte serier” er objektivt bedre end Sahvas ”34 tilbudte serier”.

Kommunen har desuden beskrevet de positive egenskaber ved tilbuddene, som var mindre kvantificerbare, eksempelvis

”[...] Veldokumenteret og højt fagligt uddannelses- og erfaringsniveau hos personalet Velbeskrevet opmålingsprocedure og omkring liggende services [...] Velbeskrevet håndtering af reklamationer og fejllieferinger [...]”

Særligt vedrørende påstand 7 har Sahva gjort gældende, at kommunens overtrædelser hver for sig eller tilsammen har haft betydning for tilbudsgivernes udformning af tilbud, for udbuddets forløb og kan have påvirket udfaldet af tilbudsbedømmelsen, idet tildelingskriterier, ændring/fracald af mindstekrav og anvendt evalueringsmodel notorisk har betydning for en udbudsproces.

Herudover er det fast praksis, at ulovlige underkriterier medfører annullation af tildelingsbeslutningen.

Påstanden skal derfor tages til følge.

Særligt vedrørende påstand 7 har Solrød Kommune gjort gældende, at annullation af tildelingsbeslutningen forudsætter, at beslutningen er behæftet med en væsentlig, retlig mangel.

Ingen af de påståede overtrædelser udgør retlige mangler, sådan som det også er gjort gældende for hver enkelt påstand.

Dersom klagenævnet anser de påståede overtrædelser for at være retlige mangler, er manglerne under alle omstændigheder ikke væsentlige. Ved ”væsentlig” forstås, at manglen skal have haft konkret væsentlig indflydelse på den afgørelse, der blev truffet.

Påstanden skal derfor ikke tages til følge.

Ad uopsættelighed

Sahva har gjort gældende, at udbudsmaterialet har været af sådan en karakter, at det ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Der er tale om en særligt alvorlig overtrædelse af udbudsreglerne, som gør, at Sahva bør fritages for at skulle bevise, at der foreligger uopsættelighed, jf. EU-Domstolens dom i sag C-35/15 P(R), Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits og klagenævnets kendelser af 12. juli 2019, Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden, af 4. oktober 2019, VITRONIC - Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH mod Sund & Bælt Holding A/S, og af 15. oktober 2021, Verdo Teknik A/S mod Københavns Kommune.

Det vil være umuligt for Sahva at opnå fuld kompensation efter de erstatningsretlige regler, hvis kontrakten tildeles på grundlag af det gennemførte udbud.

Kravet om uopsættelighed er derfor opfyldt, da Sahva vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Solrød Kommune har gjort gældende, at Sahva har ikke sandsynliggjort, at Sahva vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning:

Ad interesseafvejning

Sahva har gjort gældende, at en interesseafvejning mellem kommunen og Sahva må falde ud til fordel for Sahva.

Solrød Kommune har gjort gældende, at interesseafvejningen bør falde ud til kommunens fordel. Rameaftalen omhandler kritiske velfærdsprodukter til helbredsmæssigt udsatte borgere, og som fordrer leveringssikkerhed uden ophold.

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:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet om de enkelte påstande, der behandles nedenfor:

Ad påstand 1

Underkriteriet "Kvalitet" skulle alene bedømmes ud fra de indleverede vareprøver.

Kompressionsstrømper m.v. er et relativt ukompliceret produkt, og Sahva kunne som rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver gå ud fra, at en vurdering af vareprøvernes kvalitet naturligt ville ske på grundlag af vare-

prøvernes fysiske egenskaber, herunder ”stiffness”, ”behagelighed mod huden” og ”holdbarhed”. Ingen af de anvendte parametre falder uden for forståelsen af begrebet ”Kvalitet” i den givne sammenhæng, ligesom andre termer, som er anvendt i andre udbud af kompressionsmidler til beskrivelse af ”Kvalitet”, ligeledes forekommer oplagte. Som påvist af kommunen lapper begreberne i betydelig grad over hinanden.

Kommunen kan på den baggrund ikke anses for at have haft et ubetinget frit valg ved evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet ”Kvalitet”, og det fremgår af tildelingsbeslutningen, at kommunen har skønnet, at der ingen målbar kvalitetsforskel var mellem de to tilbud.

På den baggrund er der ikke på det foreløbigt foreliggende grundlag udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Ad påstand 2 og 3

Sahva har anfægtet lovligheden af den foretagne afrunding af de tildelte point i henhold til underkriteriet ”Pris”.

Det fremgik ikke af den oplyste evalueringsmodel, at der ville blive foretaget en afrunding, og kommunen har ved i forbindelse med evalueringen at afgive point i hele tal efter afrunding anvendt en evalueringsmodel, der ikke som fastsat var udtryk for en lineær interpolation.

Uanset, at afrundingen efter det oplyste ikke har indvirket på tildelingsbeslutningen, er der derfor på det foreliggende grundlag udsigt til, at påstandene i det beskrevne omfang vil blive taget til følge.

Ad påstand 4

Påstanden bygger på Solrød Kommunes besvarelse af spørgsmål 6, 7 og 14.

At Solrød Kommune i svaret på spørgsmål 7 frafaldt kravet om RAL-certificering, der efter det oplyste er udtryk for en misforståelse, er ikke udtryk for en grundlæggende ændring af udbudsbetingelserne, som ikke kunne ske uden nyt udbud.

Krav 10.2 blev ændret ved besvarelsen af spørgsmål 14 ved tilføjelsen af ”let, moderat og svær lymfeødem”.

I kravspecifikationens pkt. 10.2 var der stillet krav om ”et sortiment der samlet set kan dække alle almindelige behov for ærmer-strømper og handsker.”

På det foreløbige grundlag, som foreligger, tiltræder klagenævnet derfor, at besvarelsen af spørgsmål 14 udelukkende har haft præciserende karakter.

Endelig har besvarelsen af spørgsmål 6, der vedrørte forståelsen af kravene til undervisning i forbindelse med underkriteriet ”Service”, ikke på nogen måde kunnet karakteriseres som en grundlæggende ændring, der skulle kunne give anledning til nyt udbud.

På det foreliggende grundlag er der derfor ikke udsigt til, at påstand 4 vil blive taget til følge.

Ad påstand 5

Efter kommunens redegørelse for baggrunden for ønsket om tilbudsoplysning om fejlprocenter er der ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 6

Efter fast klagenævnspraksis kan medhold i en påstand om begrundelsesmangler ikke i sig selv føre til annullation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet tager derfor ikke stilling til påstanden i denne kendelse.

Ad påstand 7

På baggrund af det, der er anført ad påstand 1-5, er der foreløbig ikke udsigt til, at påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nadia Reichenbach Bodentien
Kontorelev