

K E N D E L S E

Sunrise Medical ApS
(advokat Anja Piening og
advokatfuldmægtig Allan Kakasur, København)

mod

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

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 722137/2023 af 27. november 2023 udbød Fællesudbud Sjælland v/Holbæk Kommune (herefter: Fællesudbud Sjælland) som offentligt udbud efter udbudslovens § 56 en rammeaftale om indkøb og levering af genbrugshjælpemidler. Udbuddet omfattede 20 delaftaler, og klagesagen vedrører delaftale 5 – Kørestol aktiv krydsramme.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 7. december 2023 havde Sunrise Medical ApS, Invacare A/S og Etac A/S afgivet tilbud på delaftale 5. Den 12. februar 2024 besluttede Fællesudbud Sjælland at indgå kontrakt med Etac A/S.

Den 18. marts 2024 indgav Sunrise Medical ApS klage til Klagenævnet for Udbud over Fællesudbud Sjælland.

Sunrise Medical ApS har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i udbudsmaterialet at have gjort brug af mindstekrav, der er så skønsprægede, at de er uegnede som mindstekrav.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 samt udbudslovens § 160 ved at have anvendt en evalueringsmodel, der er uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i forbindelse med evalueringen af de indkomne tilbud at lægge vægt på erfaringer med produkter, der ikke var en del af tilbuddet, hvorved evalueringen ikke kan danne grundlag for en lovlig tildeling.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have oplyst maksimal værdi pr. ordregiver.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have offentliggjort et uigennemsigtigt udbudsmateriale, som dermed ikke kan danne grundlag for en lovlig udbudsprocedure.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 samt udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, ved at fremsende en begrundelse, der ikke er fyldestgørende.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2, annullere udbuddet.

Påstand 8

Klagenævnet for Udbud skal i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2, annullere Fællesudbud Sjællands beslutning af 12. februar 2024 om at tildele den udbudte kontrakt til Etac A/S.

Sunrise Medical ApS har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

Klagenævnet har den 20. marts 2024 meddelt Fællesudbud Sjællands kontraktpart, Etac A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Etac A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Fællesudbud Sjælland offentliggjorde den 28. november 2023 efter udbudslovens § 56 et offentligt udbud vedrørende rammeaftale om indkøb og levering af genbrugshjælpemidler. Udbuddet blev offentliggjort ved udbudsbekendtgørelse nr. 722137/2023.

Udbuddet vedrørte en rammeaftale opdelt i 20 delaftaler. Klagen vedrører alene delaftale 5 – Kørestol aktiv krydsramme.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår blandt andet følgende:

”Delaftale 5 – Kørestol aktiv krydsramme

Description: Delaftalen omfatter levering af kørestole aktiv krydsramme. Tilsluttede kommuner: Slagelse, Vordingborg, Sorø, Køge, Faxe, Næstved, Solrød, Kalundborg, Lejre, Roskilde, Ringsted, Guldborgsund, Stevns, Holbæk, Odsherred. Den anslåede omsætning på rammeaftalen forventes at udgøre årligt DKK 875.000. Den maksimale værdi, som kan anskaffes på rammeaftalen i dens løbetid, er DKK 4.200.000.”

Det fremgår af udbudsbetingelsernes afsnit 8, Tildelingskriterium og underkriterier, at de indkomne tilbud ville blive evalueret på baggrund af bedste

forhold mellem pris og kvalitet, hvor pris vægtede 60 pct., og kvalitet vægtede 40 pct.

Det blev endvidere oplyst, at der ville blive indgået aftale med én leverandør pr. delaftale/rammeaftale.

Af udbudsbetingelsernes afsnit 11, Tilbudsevaluering, fremgår blandt andet følgende:

”11 Tilbudsevaluering

Evaluering gennemføres separat for hver enkel delaftale, og ordregiver evaluerer udelukkende tilbuddene på baggrund af de oplysninger, der fremgår af det fremsendte tilbud inkl. bilag samt resultaterne for afprøvning af produkterne.

Tilbudsgivernes tilbudte priser ganges i tilbudslisterne med en vægtning svarende til et historisk forbrug jf. tilbudslisterne. Det er tilbudsgivernes vægtede priser der er genstand for evalueringen. De forventede mængder er udregnet på baggrund af tidligere aktivitet, og er således ikke bindende for ordregiver. Det historiske forbrug i tilbudslisterne er baseret på en 4-årig periode. Ordregiver anvender en pointmodel til at evaluere de indkomne konditionsmæssige tilbud. Tilbudsgivernes vægtede priser omregnes til point, som sammenstilles med point for kvalitet, når ordregiver evaluerer hvilket tilbud der har det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

I det følgende fremgår en beskrivelse af hvorledes ordregiver vil evaluere underkriterierne pris og kvalitet ved hjælp af pointmodellen med henblik på, at identificere det tilbud der har det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

...

Kvalitet

Til brug for evaluering af tilbuddene på underkriteriet kvalitet anvender ordregiver en absolut pointskala, med 100 point for den bedst mulige opfyldelse af kvalitetskriteriet og 0 point for den dårligst mulige, men konditionsmæssige.

Ordregiver anvender følgende pointskala til evaluering af kvalitetskriteriet:

...

Afprøvning

Til brug for vurdering af underkriteriet kvalitet for de indkomne tilbud, skal tilbudsgiver levere vareprøver til afprøvning.

Tilbudsgiver skal stille et eksemplar af hvert af de tilbudte produkter, hvorpå der afgives pris, til rådighed for ordregiver i Boxen, Østre Havnevej 11, 4300 Holbæk. Afprøvning foretages alene for selve produktet, der foretages ikke afprøvning for tilbehør og reservedele tilhørende produktet. Tilbehør og reservedele der er angivet i de enkelte kravspecifikationer til delaftalerne skal derfor ikke leveres til afprøvning.

Vareprøverne skal stemme overens med det tilbudte og være mærket med tilbudslistens delaftalenummer samt tilbudsgivers varenummer. Der skal endvidere vedlægges produktdatablad sammen med vareprøven.

Produkterne opstilles af tilbudsgiver i Boxen til fagpersonernes nærmere afprøvning, vurdering og pointtildeling af de enkelte produkter. Det er tilbudsgivers ansvar, at produkterne lever op til minimumskravene som beskrevet i kravspecifikationerne.

Afprøvningen finder sted d. 12. og 13. december 2023 i Boxen, Østre Havnevej 11, 4300 Holbæk. Aflevering og opsætning af vareprøver skal finde sted mandag d. 11. december 2023 på ovennævnte adresse i tidsrummet 12.00-16.00. Efter afprøvningen kan vareprøverne afhentes d. 14. december 2023, på ovennævnte adresse, i tidsrummet 8.00-12.00. Det vil ikke være muligt for tilbudsgiver at være til stede ved selve afprøvningen.

Teknisk afklaring

Såfremt ordregiver i forbindelse med tilbudsevalueringen har behov for præcisering af tilbud eller ønsker supplerende oplysninger hertil, vil ordregiver gennemføre teknisk afklaring med de relevante tilbudsgivere.

Teknisk afklaring vil kun ske i det omfang og på en måde, der ikke strider mod forhandlingsforbuddet.”

Evalueringen var yderligere beskrevet i kravspecifikationen vedrørende delaftale 5, hvoraf fremgår følgende:

”...

Ved afprøvning af produktet eller ved granskning af dokumentationen vil der blive lagt vægt på (Vurderingsparametre)	
Betjeningsvenlighed for bruger, herunder <ul style="list-style-type: none"> - bremses - armlæn - benstøtter - tipsikring - skubbehåndtag 	Indstillingsmuligheder, herunder: <ul style="list-style-type: none"> - bremses - armlæn - benstøtter - fodplade - tipsikring - skubbehåndtag - sædebredde justering - sædedybde - sædehøjde - ryghøjde - rygvinkel - rygstrøpper
Komfort for bruger, herunder <ul style="list-style-type: none"> - bremses ikke i vejen - siddekomfort 	Køreegenskaber for bruger og hjælper
Brugervenlighed for hjælper og depotpersonale, herunder <ul style="list-style-type: none"> - indstillingsfunktioner, herunder både tilgængelighed og brug af værktøj - sammenklapning - skubbehåndtag - tipsikringer - vægt 	Antal varianter af sædedimensioner
	Mulighed for montering af hjælpemotor og eller montering på trappekører
	Almindelig vedligeholdelse
	Rengøringsvenlighed

ISO-nr. (inkl. dansk 4. niveau)

12 22 03 (-08)

Beskrivelse af og krav til hjælpemidlet (Mindstekrav)

Kørestol, baghjulsdrevet, aktiv, krydsramme til voksne. Kørestolen skal kunne køres af borger selv eller skubbes af hjælper. Stolen skal have mange indstillingsmuligheder, herunder indstilling af balancepunkt, for at kunne skabe en funktionel siddestilling og god køreergonomi.

Sædestørrelser	Kørestolen skal kunne fås i flere bredder, der dækker området fra 36 – 50 cm og skal være i interval max. 3 cm. Kørestolen skal kunne fås i flere dybder, der dækker området fra 36 – 50 cm og skal være i interval max 3 cm. Højden skal kunne justeres fra 36–50 cm uden pude.
Ryg	Kørestolen skal være forsynet med justerbar stroppryg og justerbar rygvinkel. Der skal være mulighed for forskellige ryghøjder. Ryghøjden skal kunne justeres i området min. 38–45 cm. Der skal være mulighed for montering af anden type ryg. Ryggens stof skal være slidstærkt og have lav strækevne.
Armlæn	Højdeindstillelige. Let aftagelige uden brug af værktøj. Højdeindstillingen skal være i intervallet max. 2½ cm. Højde over sæderør fra 15,5–32,5 cm. Armlænene skal være med plastsidestykker eller anden type frakkeskåner. Armlænsbolstring skal være af et ikke absorberende slidstærkt materiale. Armlæn skal både kunne leveres korte og lange.

Benstøtter	Skal være ikke-eleverbare, svingbare, aftagelige og justerbare i forhold til benlængde. Skal kunne justeres i højden fra 35–50 i et interval af max. 2½ cm. Standard vinkel på benstøtten skal være 75–80 grader, men gerne med flere indstillingsmuligheder. Skal kunne indstilles med minimalt brug af værktøj.
Fodplader	Opklappelige fodplader med antiskrid overflade, med vinkeljustering og gerne med mulighed for dybdejustering. Skal kunne holde sig oppe i opslået tilstand. Det skal være muligt at montere en dybdejusterbar hælrem.
Hjul	Drivhjul med drivringe 20”–24”, med massive dæk eller luftfyldte dæk, monteret på drivhjul. Mulighed for justering af drivhjulets placering både i længde og højderetning. Mulighed for cambring i 0–2 grader. Drivringene skal kunne afmonteres og afstandsstykkerne skal kunne justeres. Hjulene skal være med quick-release aksel. Svinghjul skal være massive. Justerbare forhjulsophæng. Dæk må ikke kunne smitte af på underlaget.
Bremser	Håndgrebet må ikke være i vejen for hænderne under kørsel og må ikke være i vejen ved sideværts forflytninger. Bremsen må ikke øge totalbredden på stolen. Skal være lette at justere, og der skal være et brugervenligt håndgreb. Let at udskifte.
Skubbehåndtag	Højdejusterbare uden brug af værktøj. Skal være højdeindstillelige minimum i niveau med øverste kant på stropryg – 110 cm over gulv. Udskiftelige. Udformet så hånden ikke glider og i et ikke absorberende materiale.
Tipsikring	Kørestolen skal være monteret med 2 tipsikring og mulighed for trædepedal. Tipsikring skal kunne indstilles og deaktiveres uden brug af værktøj. Tipsikringen skal kunne justeres i højde og /eller længde.
Vægt netto	Vægt ekskl. aftageligt udstyr max. 12 kg.
Vægt med hjul	Vægt med hjul og ekskl. alt øvrigt aftageligt udstyr max.16 kg.
Brugervægt	Bæreevne min. 125 kg. og max. brugervægt skal være tydeligt mærket på kørestolen.
Rengøring	Kørestolen skal kunne tåle at rengøres i henhold til Statens Serum Instituts retningslinjer for MRSA i hhv. hjemmepleje og plejeboliger. Hele stolen skal kunne tåle vaskemaskine. Evt. hulrum eller forsænkninger, hvor væske kan samles, skal være forsynet med drænhul.
Øvrigt	Kørestolen skal være enkel og nem at indstille og klappe sammen. Det skal være muligt at få kvalificeret konsulentbistand til at indstille kørestolen. Kørestolen skal kunne benyttes med ledsagerbetjent trappekører. Kørestolen skal være beregnet til fastspænding under transport i bil, og anbefalede fastspændingssteder skal være tydeligt afmærket på stolen. Mulighed for montering af seler, gerne uden brug af værktøj. Stolen skal kunne indstilles med færrest antal forskelligt værktøj.
Leveringstid	Max.5 hverdage (både hjælpemiddel og reservedele).

...”

I løbet af tilbudsperioden blev der stillet 120 spørgsmål til det samlede udbud. Af ”Spørgsmål og svar” fremgår bl.a.:

Spørgsmål:

”I kravspecifikationerne stilles der krav til forskellige oplysninger, som skal medsendes tilbuddet, men der står ikke anført under tilbuddets indhold!

Vil ordregiver oplyse, hvordan disse oplysninger ønskes leveret - er det f.eks i et separat bilag pr. delaftale eller en evt. anden løsning?”

Svar:

”Hvis tilbudsgiver mener i kravspecifikationerne hvor ordregiver skriver: Der skal medsendes dokumentation. Så menes der at disse nævnte oplysninger skal medsendes vareprøverne, da de skal bruges under evaluering.”

...

Spørgsmål:

Kravspecifikation Delaftale 6 , Punkt Indstilling af sædet: Accepteres det at ryggen følger med når sædet kippes frem, når brugeren efterfølgende kan benytte ryggrebet til at indstille rygvinklen uafhængigt af sædets vinkel? Dermed er der gode muligheder for at tilpasse sædet og ryggen præcist til den enkelte bruger.

Svar:

Ja, det accepteres.”

Ved tilbudsfristens udløb den 7. december 2023 havde Sunrise Medical ApS afgivet tilbud på delaftalerne 5, 7, 18 og 20.

På delaftale 5 blev der endvidere afgivet tilbud fra Invacare A/S og Etac A/S.

Den 12. februar 2024 fremsendte Fællesudbud Sjælland afslagsbrev til Sunrise Medical ApS, hvoraf fremgår blandt andet følgende:

”Vedrørende udbud på genbrugshjælpemidler til FUS-kom-munerne

Delaftale 5:

Ved tilbudsfrist var der indkommet tilbud fra 3 tilbudsgivere hvoraf alle 3 var konditions-mæssige.

Tilbuddene fordeler sig som følgende:

- Etac A/S

- Invacare A/S
- Sunrise Medical ApS

FUS har besluttet at tildele kontrakten til følgende virksomhed, som blev vurderet til at have afgivet det bedste bud i forhold til tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”:

- Etac A/S

FUS kommunerne vurderede på underkriterierne:

Underkriterier	Vægtning i procent
Pris	60 %
Kvalitet	40 %

Jeres placering (ranking) er følgende:

Under- krite- rier	Etac A/S	Inva- care A/S	Sunrise Medical ApS
Pris	61,61	56,05	100,00
Kvalitet	90,00	60,00	30,00
Total	72,97	57,63	72,00

Sunrise Medicals kørestol er vurderet med følgende kommentar:

Bremser:

Fordele: at bremsegreb flugter med stel. Er ikke i vejen ved forflytninger.

Bremser godt.

Ulemper, stram at bremse. Mindre tilgængelig at komme til at indstille, da skruen sidder på indersiden.

Alu matriale, som har tendens til at blive slidt.

Armlæn:

Fordele: Nemme at tage af, blød armlæns pude, højdejustering nem at tilgå og mulighed for at justere frakkeskåner højde. Højdejustering fra 17-29 cm med 2 forskellige armlæns spyd.

Ulemper: Løst ved forflytninger fordi armlæn sidder løst og kan give sig ved forflytninger. Kanten fortil er sårbar.

Hvis armlænet sættes modsat på, så sætter det sig fast, da skruen går på stellet.

Benstøtter:

Fordele: Nem at udløse. Kan svinges under stol ved forflytninger.
Nem at vinkel regulere i knævinkel. Fordel at der er vingeskrue
Opfylder krav i forhold til højde justering og vinkel justering

Ulemper: Kan ikke bevare højde, selvom fingerskrue er strammet.

Tipsikring:

Fordele: Stabile og opfylder krav. Fingerskrue i højdejustering

Siddekomfort:

Fordele: God skum polstring

Ulemper: Polstring ved rygrør er utilstrækkelig. Materialet føles stift

Enkel kryds, som gør at stolen virker mindre stabil.

Sædedybde:

Fordele: kan justeres trinløst i sædedybde.

Ulempe sædegjordes bageste stykke kan flytte sig fremefter, så sædet mister stabilitet bagtil.

Har erfaring med at sædegjorde kan sætte sig fast, så dybde ikke kan justeres. Det vurderes at materialet i sædet kan give sig for meget over tid, så der dannes en hængekøje i sædet.”

Den 13. februar 2024 søgte Sunrise Medical ApS om aktindsigt i evalueringen vedrørende Etac A/S. Sunrise Medical ApS rykkede den 20. februar 2024 for svar på anmodningen om aktindsigt og anmodede samtidig om forlængelse af standstill-perioden.

Fællesudbud Sjælland besvarede den 20. februar 2024 aktindsigtsanmodningen med følgende:

”Vedrørende aktindsigt i kvalitativ bedømmelse omhandlende delaftale 5

Som svar på jeres henvendelse af 13. februar fremsendes hermed den kvalitative evaluering vedr. vindende tilbudsgiver (Etac) – se nedenstående.

Der hvor Sunrises stol særligt score lavt og adskiller sig er på benstøtterne og polstring af ryg.

Benstøtterne på afprøvede stol kunne ikke strammes tilstrækkeligt til at benstøtterne bevarede højden. Fingerskruerne sikrer ikke tilstrækkeligt greb, hvilket er mere gældende jo færre fingerkræfter

man har – det lykkes ingen af fagpersonerne under afprøvning at stramme skruerne nok til at benstøtten ikke mistede højde. Ovenstående forhold vurderes som værende på grænsen til, at stolen ikke lever op til de stillede krav.

Rygpolstringen ved rygrør på Sunrises stol vurderes utilstrækkelig.

Etac – kvalitative evaluering deltale 5:

Etacs kørestol er vurderet med følgende kommentar:

Bremser: Bruger venligt håndgreb. Bremser godt.

Armlæn: Nemme at tage af/på. Armlæn er stabilt. Højdejustering nem at tilgå med fingre skruer. Ulempe at frakkeskånere kan ikke justeres alene og ikke mulighed for dybde justering af frakkeskånere på udbudte model.

Benstøtter: Nem at af og påmontere. Kan svinges ud og ind under stol ved forflytninger. Benstøtte virker robust. Ulempe at der ikke kan dybdejusteres i fodpladen.

Tipsikring: Nem at indstille i dybde uden brug af værktøj og i højde med værktøj.

Antitip er ikke i vejen for hjælper under gang. Nem at udløse.

Siddekomfort: God skumpolstring, som dækker rygrør i begge sider, så de ikke så let føles generende. Rygrøret udformning bidrager til god siddestilling. Rygpolstring er blødt og ikke stift. Dobbel kryds som gør at stolen virker stærkere og mere stabil.

Bremser: Indstilles med 1 skrue oppefra og udefra og er dermed tilgængelig at indstille, mens bruger sidder i stolen.

Sædedimension: Det er en fordel at man kan forlænge sædedybden ved at flytte ryggen. Derved kan en stol tilpasses flere typer borgere.”

Sunrise Medical ApS anmodede den 22. februar 2024 om yderligere oplysninger vedrørende evalueringen af det vindende tilbud:

”Tak for fremsendte. Jeg vil meget gerne have indsigt i hvorledes I er kommet frem til at Etac opnår 90 point på kvalitet og at vi opnår 30 point. 30 point er jf. udbudsbetingelserne = "Under middel opfyldelse af kriteriet" hvilket jeg formoder er en fejl.

Hvis jeres metode for point tildeling skal være objektiv og sammenlignelig går jeg ud fra at I har tildelt vurderingsparametrene fra kravspecifikationen underlæggende point eller på anden måde har estimeret den kvalitative vurdering.

Jeg ser frem til at modtage yderligere materiale fra jeres kvalitetsvurdering.”

Fællesudbud Sjælland svarede samme dag følgende:

”I vores kravspecifikation, har vi angivet følgende ”Ved afprøvning af produktet eller ved granskning af dokumentation vil der blive lagt vægt på (vurderingsparametre)”. De vurderingsparametre som er nævnt i kravspecifikationen, er en liste over de parametre som indgår i den samlede bedømmelsen af jeres produkt. Hvert parameter er vurderet og evalueret, således at vi objektivt og sammenligneligt kunne give de afprøvede produkter point.

Pointene på henholdsvis 90 og 30 er givet ud fra en samlet vurdering af samtlige vurderingsparametrene for hver stol.

Ved afprøvningen af jeres stol, har der været en opmærksomhed omkring benstøtterne og dette forhold vurderes særdeles afgørende for brugen af den afprøvet stol. Som angivet i vores imødekommelse af din aktindsigt af 20. februar 2024, så kunne benstøtterne på den afprøvede stol ikke strammes tilstrækkeligt til at benstøtterne bevarede højden. Fingerskruerne sikrer ikke tilstrækkeligt greb, hvilket er mere gældende jo færre fingerkræfter man har. Det lykkes ingen af fagpersonerne under afprøvning, at stramme skruerne nok til at benstøtten ikke mistede højde.

Ovenstående forhold vurderes som værende på grænsen til, at stolen ikke lever op til de stillede krav.

Derudover har polstring af ryg samt enkelt kryds været vurderet utilstrækkelige, hvilket gør at stolen scorer 30 point.

Det betyder at den samlede evaluering ud fra samtlige vurderingsparametre af jeres produkt ender som ”Under middel opfyldelse af kriteriet”. Der er foretaget objektive vurderinger af de tilbudte stole, og de forhold som er beskrevet i hensigtserklæringerne, er de kommentarer som er fremhævet ifm. evalueringen, og som begrundet scoren for hver enkelt stol.”

Sunrise Medical ApS anmodede den 27. februar 2024 Fællesudbud Sjælland om at revurdere evalueringen eller annullere udbuddet.

Det er oplyst, at Fællesudbud Sjælland endnu ikke har indgået kontrakten.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Sunrise Medical ApS har gjort gældende, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i udbudsmaterialet at have gjort brug af mindstekrav, der er så skønsprægede, at de er uegnede som mindstekrav.

Det fremgår af forarbejderne til udbudslovens § 2, at mindstekrav er centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika, som alle tilbud skal opfylde.

Når mindstekrav anvendes i forbindelse med udbud, er det afgørende, at disse krav er objektivt konstaterbare. Det betyder, at mindstekravene skal være klart formuleret og præcise. De skal beskrive specifikke kriterier, som leverandørerne skal opfylde. Derudover skal mindstekravene kunne verificeres uden tvivl. Ordregiveren og tilbudsgiverne skal kunne afgøre, om kravene er opfyldt eller ej. Dette gør det muligt for alle potentielle leverandører at konkurrere på lige vilkår.

På den baggrund kan der ikke anvendes mindstekrav, der er baseret på subjektive eller skønsmæssige vurderinger, idet mindstekravene således skal være klare, målbare og objektive for at sikre en retfærdig og gennemsigtig udbudsproces.

Det følger af fast praksis fra Klagenævnet for Udbud, at mindstekrav ikke må have et skønsmæssigt præg. Klagenævnet har blandt andet taget stilling til dette i kendelse af 8. april 2019, Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb v/Billund Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune, kendelse af 16. november 2017, Berendsen Textil Service A/S mod Fredericia Kommune, kendelse af 2. marts 2011, Wel-Med/Scanbio ApS mod K-17 indkøbsfællesskabet, kendelse af 12. januar 2012, Dansk Flygtningehjælp mod

Roskilde Kommune og kendelse af 6. august 2009, Conva Tec Ltd. mod Region Hovedstaden.

Det fremgår tydeligt af denne praksis, at mindstekrav ikke må være skønsprægede, men derimod skal være klare og præcise, og at opfyldelsen heraf skal være objektivt konstaterbar.

For at sikre udbudsmaterialets overholdelse af de grundlæggende principper i udbudslovens § 2 er det afgørende, at der er en utvetydig sondring mellem mindstekrav, der skal opfyldes, og konkurrenceparametre, der kan konkurreres om, og hvor Fællesudbud Sjælland netop kan foretage en subjektiv og skønsmæssig vurdering inden for de fastsatte rammer.

Fællesudbud Sjælland har i kravspecifikationen gjort brug af en lang række skønsprægede mindstekrav. At armlænet skal være ”let aftageligt”, at armlænsbolstringen skal være af et ”ikke absorberende slidstærkt materiale”, og at armlæn både skal kunne leveres ”korte” og ”lange”, er ikke objektivt konstaterbart, og kravene lever derfor ikke op til definitionen af et anvendeligt mindstekrav.

I kendelse af 6. august 2009, Conva Tec Ltd. mod Region Hovedstaden, fandt Klagenævnet for Udbud, at et krav om, at en bandage skulle være ”let at udskifte”, ikke var egnet som mindstekrav.

Heller ikke kravene om, at benstøtter skal være ”ikke-eleverbare”, at der ”gerne” skal være flere indstillingsmuligheder, og at de skal kunne indstilles ”med minimalt brug af værktøj”, er egnede som mindstekrav.

Ordet ”gerne” efterlader et indtryk af, at tilbudsgiverne har et valg i forhold til, om de vil tilbyde et produkt med flere indstillingsmuligheder, men samtidig indgår ordet som led i et krav, der udtrykkeligt er kategoriseret som et mindstekrav. Et krav om minimalt brug af værktøj kan heller ikke betragtes som objektivt konstaterbart, eftersom det er uklart, hvad definition af ”minimal” er. Det samme gælder kravene om, at bremserne skal være ”lette at justere” med ”brugervenligt håndgreb” samt ”let at udskifte”.

Det bemærkes, at klagenævnet tog stilling til netop kravet ”let at udskifte” i kendelse af 6. august 2009, Conva Tec Ltd. mod Region Hovedstaden, hvor klagenævnet fandt, at kravet var uegnet som mindstekrav.

Ligeledes er kravene til kørestolen skønsprægede og ikke objektivt konstaterbare. ”Enkel og nem at indstille” bærer præg af, at opfyldelsen af kravet kræver en subjektiv vurdering. At fastspændingssteder skal være ”tydeligt” afmærket på stolen er igen skønspræget, eftersom det ikke er objektivt konstaterbart, hvad der er ”tydeligt”. Der stilles endvidere krav om, at montering af seler ”gerne” skal ske uden brug af værktøj, hvilket giver indtryk af valgfrihed i forhold til, om kravet skal opfyldes eller ej. Kravet om, at ”stolen skal kunne indstilles med færrest antal forskelligt værktøj”, lægger op til en konkurrencepræget vurdering, giver associationer til en konkurrence og baserer sig til dels på en vurdering, men også en sammenligning, med de øvrige tilbud.

Det forekommer uklart, at der ved opfyldelsen af mindstekravet om tilbehør og reservedele ”evt.” skal leveres stropsæde. Formuleringens ordlyd lægger op til, at det er en mulighed for tilbudsgiver at levere disse, om end denne mulighed er defineret som et mindstekrav. Det er modstridende, uklart og i strid med udbudslovens § 2.

Omkring en tredjedel af de opstillede mindstekrav er således skønsprægede og dermed ikke objektivt konstaterbare krav. Ved at gøre brug af denne type mindstekrav er udbudsmaterialet ikke alene i strid med gennemsigtighedsprincippet, men er ligeledes egnet til at fordreje konkurrencen, idet det i høj grad er op til den enkelte tilbudsgiver at tolke på ordregivers hensigt med og betydningen af det enkelte mindstekrav. Dermed har det ikke være muligt for tilbudsgiverne at udarbejde et tilbud, der med sikkerhed var konditionsmæssigt i forhold til de stillede mindstekrav.

Fællesudbud Sjælland har gjort gældende, at det vil bero på en samlet vurdering af, hvordan mindstekravets indhold med rimelighed må antages at blive forstået af en almindeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver, om et mindstekrav er skønspræget eller uklart i strid med udbudsreglerne.

Denne vurdering indbefatter også en kontekstuel fortolkning af mindstekravet, sådan at mindstekravet ikke blot skal forstås efter sin ordlyd, men skal fortolkes i lyset af det foreliggende udbudsmateriale, tilbudsgivernes rimeligt formodede markedskendskab og faglige forudsætninger i øvrigt. Den omstændighed, at et mindstekrav er formuleret sådan, at der er skabt rum for et skøn, bevirker ikke, at mindstekravet er uforeneligt med udbudsreglerne.

I kendelse af 22. september 2023, EG Danmark A/S mod Frederikshavn Kommune, udtalte klagenævnet da også, at anvendelsen af rummelig terminologi såsom ”herunder”, ”bl.a.” eller ”fx”, ikke nødvendigvis er ulovmedholdelig.

Hertil kommer, at et mindstekrav – selv hvor dette må betegnes som uklart – ikke nødvendigvis får indvirkning på udbudsgrundlagets samlede lovlighed, fordi det i disse situationer ikke kan håndhæves. Dette gælder navnlig, hvor mindstekravet ikke konkret er håndhævet.

Der er da heller ikke stillet spørgsmål til den overordnede problemstilling, som Sunrise Medical ApS rejser til de omhandlede krav, og ingen af de produkter, som tilbudsgiverne har tilbudt på delaftale 5, har resulteret i afvisning som følge af manglende konditionsmæssighed.

Hverken ud fra udbudsgrundlaget, kredsen af interesserede virksomheder i udbudsværktøjet eller kredsen af tilbudsgivere i øvrigt er der holdepunkter for, at de fremdragne mindstekravs beskaffenhed har haft nogen indvirkning på deltagelsesvilje eller udbuddets udfald. Der bør i denne sammenhæng lægges særlig vægt på den omstændighed, at kredsen af deltagere er forventelig og sædvanlig, og at de omhandlede mindstekrav ikke konkret har medført, at en tilbudsgiver er afvist, jf. også klagenævnets kendelse af 8. april 2019, Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb v/ Billund Kommune m.fl., og endelig at tilbudsgiverne ikke ses at have problematiseret den endelige forståelse af de mindstekrav, som nu problematiseres, jf. også klagenævnets kendelse af 10. juli 2012, GE Healthcare Danmark A/S mod Region Midtjylland, forudsætningsvist.

Kravspecifikationen læner sig generelt op ad Socialstyrelsens indkøbsskabelon til kravspecifikation af manuel kørestol, aktiv, sideværts sammenklappelig, jf. klassifikationskode 12 22 03 (-08) (Version: September 2017). Kravspecifikationen gengiver de krav, som er anført i vejledningen, og som har dannet grundlag for mange tilsvarende udbud af genbrugshjælpemidler i regionalt og kommunalt regi. Hertil kommer, at de omhandlede krav i vidt omfang er anvendt i tidligere udbud af genbrugshjælpemidler uden indsigelser.

Ad armlænenes egenskaber

Kravet om ”let aftagelighed” skal læses i sammenhæng med det umiddelbart følgende sætningsled ”uden brug af værktøj”. Kravet vil således være opfyldt under den forudsætning, at armlænet kan aftages uden brug af værktøj.

”Ikke-absorberende” udtrykker en absolut, negativ egenskab, som ikke efterlader noget skøn. Allerede af denne årsag overlader kravet ikke plads til fortolkning.

Mindstekravet i sin oprindelige formulering er hverken uklart eller skønspræget i en sådan grad, at dets indhold er uforståeligt for en almindeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver.

Endvidere er der branchekonformitet om forståelsen af ”korte” og ”lange” armlæn til kørestole. Dette kan konstateres blandt andet på grundlag af de indkomne tilbudslister.

Ad benstøtternes egenskaber

Forholdet er ikke problematiseret under udbudsproceduren. Derimod er der stillet et spørgsmål, hvor spørgeren efterspørger en lempelse af kravet om justeringsmulighed af benstøtten. Spørgsmålet forudsætter, at spørgeren har forstået justeringskravet, og Fællesudbud Sjællands fastholdende svar herpå blev ikke ledsaget af opfølgning. Den omstændighed, at Fællesudbud Sjælland anvender ordet ”gerne”, bevirker ikke, at udbudsbetingelsen dermed indgår i tildelingskriteriet, som er entydigt afgrænset i udbudsbetingelserne. Hertil kommer, at der for så vidt angår benstøtten anvendes såkaldte ”fingerskruer”, som ikke forudsætter brug af værktøj.

Ad bremsernes egenskaber

Håndgrebets brugervenlighed og udskiftelighed skal læses i en terapeutfaglig kontekst, navnlig således at en handicappet person kun vil kunne manipulere bremsehåndgrebet med en minimal belastning.

Ad kørestolenes indstillelighed

Mindstekravene er ikke udformet på en måde, som er uklare eller skønsprægede i en sådan grad, at deres indhold ikke lader sig forstå af en almindeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver.

Konkret bemærkes det i relation til kørestolens indstillelighed og sammenklappelighed, at dette forhold var genstand for spørgsmål/svar:

”Kravspecifikation Delaftale 6, Punkt Indstilling af sædet: Accepteres det at ryggen følger med når sædet kippes frem, når brugeren efterfølgende kan benytte ryggrebet til at indstille rygvinklen uafhængigt af sædets vinkel? Dermed er der gode muligheder for at tilpasse sædet og ryggen præcist til den enkelte bruger.”

Ad reservedele

Klagenævnet har eksempelvis i kendelse af 22. september 2023, EG Danmark A/S mod Frederikshavn Kommune, accepteret, at et mindstekrav formuleres på en måde, som medvirker til at bibringe yderligere klarhed om, hvad mindstekravet omfatter. Det bemærkes i denne sammenhæng, at et ”stropsæde” blot udgør et alternativ til den sædebund, som en flerhed af kørestole som udgangspunkt leveres med.

Ad påstand 2

Sunrise Medical ApS har gjort gældende, at evalueringsmodellen var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Udbudslovens § 160 tydeliggør de pligter, der er indeholdt i de grundlæggende principper i udbudslovens § 2. Kravet til forudgående offentliggørelse af evalueringsmodellen skal sikre, at tilbudsgiverne ved præcis, hvad der lægges vægt på, og dermed at de får en mulighed for at vurdere, om de vil afgive tilbud, og så de kan optimere deres tilbud mest muligt. Samtidig er det et hensyn, at tilbudsgiverne skal kunne kontrollere, at ordregiverne har evalueret de indkomne tilbud på den måde, de havde sagt, de ville.

Det er ikke i udbudsbetingelserne gjort klart, hvad der konkret tillægges betydning i forbindelse med de enkelte tilbud, hvilket antageligvis skyldes, at udbudsbetingelserne skal kunne rumme 20 forskellige delaftaler. Det er derfor i stedet beskrevet i kravspecifikationen til de enkelte delaftaler, hvad der vurderes på, når de indkomne tilbud skal evalueres. Det står klart, at tilbudsgivernes tilbud i forhold til underkriteriet ”Kvalitet” evalueres på de vareprøver, som tilbudsgiverne har leveret i forbindelse med tilbudsafgivelse. Herudover fremgår det af spørgsmål/svar, at den efterspurgte dokumentation ligeledes vil blive inddraget i evalueringen af de tilbudte produkter.

Det er ikke beskrevet i kravspecifikationen til delaftale 5, hvad der vægter positivt, eller hvad der mere præcist evalueres på under de enkelte punkter.

Det er derfor ikke muligt for tilbudsgiverne at optimere deres tilbud herefter. Evalueringsmodellen efterlader ordregiver med et ubetinget frit valg.

På samme måde efterlader evalueringsmodellen ikke tilbudsgiverne med en reel mulighed for at efterprøve evalueringen.

Hertil kommer, at Fællesudbud Sjælland i kravspecifikationen har krævet, at der i forbindelse med tilbudsafgivelsen ligeledes skal fremsendes en række nærmere oplysninger. Det fremgår af overskriften til vurderingsparametrene samt i svaret på spørgsmålet om, hvad dokumentationen skal bruges til, at Fællesudbud Sjælland vil inddrage disse oplysninger og dokumentation i evalueringen, men der er ingen oplysninger om, hvad der vægter positivt eller negativt. Også her er der altså tale om total uklarhed i forhold til, hvordan evalueringen vil foregå.

Endvidere er der flere sammenfald med de beskrevne mindstekrav, hvilket blot bidrager yderligere til den samlede uklarhed. Som vurderingsparameter er f.eks. angivet ”Rengøringsvenlighed”. Dette kan næppe kategoriseres som et gennemsigtigt vurderingsparameter, da det ikke giver noget billede af, hvad der skal opfyldes, hvordan det skal opfyldes, og hvad der bliver lagt vægt på i forbindelse med opfyldelse af dette. Samtidig er der risiko for sammenfald med mindstekravet ”Rengøring”, som er beskrevet på følgende måde: ”Kørestolen skal kunne tåle at rengøres i henhold til Statens Serum Instituts retningslinjer for MRSA i hhv. hjemmepleje og plejeboliger. Hele stolen skal kunne tåle vaskemaskine. Evt. hulrum eller forsænkninger, hvor væske kan samles, skal være forsynet med drænhul.” At kørestolen kan komme i vaskemaskinen, må kunne defineres som rengøringsvenlighed. Dermed er der sket en sammenblanding af mindstekrav og vurderingsparametre.

På samme måde har Fællesudbud Sjælland som vurderingsparameter anført ”Komfort for bruger, herunder: Bremsene ikke i vejen, Siddekomfort”. Dette er direkte sammenfaldende med mindstekravet ”Bremsen”, der er defineret som:

”Håndgrebet må ikke være i vejen for hænderne under kørsel og må ikke være i vejen ved sideværts forflytninger. Bremsen må ikke øge totalbredden på stolen. Skal være lette at justere, og der skal være et brugervenligt håndgreb. Let at udskifte.”

Dermed efterlader dette vurderingsparameter alene spørgsmålet om siddekomfort, uden at dette er defineret nærmere.

Tilsvarende er der sammenfald mellem vurderingsparameteret ”Brugervenlighed for hjælper og depotpersonale” og det stillede mindstekrav ”Øvrigt”. Det er svært at se, hvad i det opstillede vurderingsparameter der ikke allerede er dækket af det noget mere omfattende (og ligeledes skønsprægede) mindstekrav vedrørende samme.

Sammenfattende har Fællesudbud Sjælland således tilrettelagt udbuddet og evalueringen heraf på en sådan måde, at mindstekrav og vurderingsparametre er uklare og i øvrigt flyder sammen, hvor mindstekrav er subjektive og skønsprægede, og hvor vurderingsparametrene synes at være udtryk for evaluering af de opstillede mindstekrav.

Det er Fællesudbud Sjælland, der bærer ansvaret for, at udbudsmaterialet i sin helhed er gennemsigtigt og utvetydigt formuleret og dermed i overensstemmelse med udbudslovens § 2. Ligeledes opfylder den valgte evalueringsmodel ikke kravene i udbudsloven § 160.

Fællesudbud Sjælland har gjort gældende, at følgende fremgår af udbudsbetingelserne i afsnittet ”Afprøvning”:

”Til brug for vurdering af underkriteriet kvalitet for de indkomne tilbud, skal tilbudsgiver levere vareprøver til afprøvning.”

I udbuds-betingelserne fremgår følgende:

”Beskrivelse af og krav til hjælpemidlet (Mindstekrav)”

De to ovenstående afsnit fremstår sprogligt og strukturelt adskilt, og Sunrise Medical ApS ses da også alene at problematisere skønsmæssigheden i de fastsatte mindstekrav, men ikke konkurrencegrundlaget. Dette taler i sig selv for, at Sunrise Medical ApS har forstået, at afprøvningsafsnittet ikke udgør mindstekravene, men konkurrencegrundlaget.

Klagenævnet for Udbud har blandt andet i kendelse af 18. august 2015, BabySam A/S mod Jysk Fællesindkøb ved Viborg Kommune, konstateret, at udbudsreglerne ikke stiller krav om, at udbuds-betingelserne i alle enkeltheder fastsætter et kvalitativt underkriterium. Klagenævnet konstaterede endvidere,

at konkurrencegrundlaget kan indrettes i nær tematisk tilknytning til fastsatte krav eller mindstekrav, navnlig hvor disse ikke har en sådan entydighed, at det udelukker, at disse kunne opfyldes på forskellige måder, der i sig selv kunne være udtryk for en bedre eller dårligere kvalitet.

Det må i denne sammenhæng afvises, at evalueringsgrundlaget har indrømmet Fællesudbud Sjælland et ubetinget frit valg. I fraværet af anden oplysning har tilbudsgiverne efter fast udbudsretlig praksis med rette kunnet gå ud fra, at hvert delkriterium indgik med ensartet vægt, og at tilbuddene ville blive vurderet på grundlag af vareprøver og ud fra de delkriterier, som var anført i udbudsbetingelserne.

Klagenævnets praksis fastslår entydigt, at ordregiver er berettiget til at evaluere den måde, hvorpå et mindstekrav opfyldes, jf. f.eks. kendelse af 13. oktober 2022, Gavdi A/S mod Banedanmark.

Sunrise Medical ApS' henvisning til "krav til dokumentation" i kravspecifikationen har ingen strukturel eller kontekstuel sammenhæng med vurderingsparametrene, som fremgår af et andet dokument, og som tjener et andet formål (konkurrencegrundlaget).

Der er ingen holdepunkter for, at "rengøringsvenlighed" er et ulovligt kriterium. Sunrise Medical ApS ses da heller ikke konkret at bestride forståelsen af begrebet eller dets relevans for et handicaphjælpemiddels kvalitative egenskaber. Efter en naturlig sproglig forståelse vil Fællesudbud Sjælland ved sin vurdering af de tilbudte produkters "rengøringsvenlighed" forholde sig til dets udformning og tilgængelighed, således at der ikke aflejres væske eller efterlades snavs.

Denne forståelse er i øvrigt afspejlet i tilbudsgivernes respektive besvarelser, som bekræfter, at tilbudsgiverne har forstået kriteriet på samme måde.

Mindstekravet omhandlende "rengøring" udhuler ikke delkriteriet "rengøringsvenlighed". Den blotte omstændighed, at et mindstekrav har tematisk sammenfald med et kvalitativt underkriterium, bevirker ikke, at forholdet ikke kan tillægges evalueringsteknisk betydning, jf. også kendelse af 18. august 2015, BabySam A/S mod Jysk Fællesindkøb ved Viborg Kommune.

Endelig bemærkes, at den anvendte evalueringsmodel er almindelig og sædvanlig i tilsvarende udbud.

Ad påstand 3

Sunrise Medical ApS har gjort gældende, at Fællesudbud Sjælland i forbindelse med evalueringen af de indkomne tilbud har lagt vægt på erfaringer med produkter, der ikke var en del af tilbuddet, hvorved evalueringen ikke kan danne grundlag for en lovlig tildeling.

Af afslagsbrev af 12. februar 2024 fremgår, at hvis armlænet sættes modsat på, sætter det sig fast, da skruen går på stellet, hvilket trækker ned. Det er imidlertid ikke beskrevet under vurderingsparametrene, at kørestolen også skal kunne samles forkert og stadig fungere optimalt, hvilket en normalt oplyst tilbudsgiver heller ikke kan forvente. Dette er således udtryk for en usaglig evaluering af Sunrise Medical ApS' tilbud.

Af brevet fremgår også, at en ulempe ved sædedybde er, at sædegjordes bagste stykke kan flytte sig fremefter, så sædet mister stabilitet bagtil, og at der er erfaring med, at sædegjorde kan sætte sig fast, så dybde ikke kan justeres, og at det vurderes, at materialet i sædet kan give sig for meget over tid, så der dannes en hængekøje i sædet.

Det er i strid med de grundlæggende principper i udbudslovens § 2 at lægge vægt på erfaring med et tidligere produkt, idet det efter princippet om ligebehandling alene er tilladt at vurdere på det tilbud, der er indleveret i forbindelse med tilbudsafgivelsen. Alle tilbudsgivere har afleveret produkter til afprøvning, som er identiske med de produkter, som de har tilbudt og afgivet pris på i tilbudslisten, og dermed må der ikke for nogle tilbudsgiveres vedkommende lægges vægt på andre ting, end hvad der kan konstateres på det konkrete indleverede produkt. Endvidere har Fællesudbud Sjælland tydeligvis slet ikke vurderet det tilbudte produkt, idet sædegjorde ikke er en del af de tilbudte stole.

Evalueringen har dermed ikke været saglig og korrekt, idet det ikke kan afvises, at Sunrise Medical ApS' tilbud havde fået en bedre evaluering end den vindende tilbudsgiver, hvis der påviseligt var blevet evalueret på de faktisk tilbudte produkter.

Fællesudbud Sjællands evaluering kan således ikke danne grundlag for en lovlig tildeling og må i det hele afvises som usaglig og fejlbehæftet.

Fællesudbud Sjælland har gjort gældende, at underkriteriet ”Kvalitet” består af de anførte vurderingsparametre. Fællesudbud Sjælland har i denne sammenhæng oplyst at ville lægge vægt på blandt andet ”betjeningsvenlighed”, ”brugervenlighed” og ”indstillingsmuligheder”. Disse delkriterier vurderes ved afprøvning og således i en normal anvendelsessituation, herunder hvor forskelligt personale med varierende erfaring og fysiske forudsætninger foretager den samme handling med et produkt flere gange.

Sunrise Medical ApS anfører, at faggruppen skulle basere sig på konkrete erfaringer med konkrete produkter fra Sunrise Medical ApS. Dette er imidlertid ikke tilfældet. Faggruppen består af personer med bred erfaring omfattende en flerhed af produkter. Den omtalte erfaring er således ikke produkt-specifik, men udtryk for en generel faglig vurdering af et givet løsningsprincips brugbarhed. Dette er ikke uforeneligt med udbudsreglerne.

Det af Sunrise Medical ApS anførte om evalueringen af kørestolen, hvorom der er gjort bemærkninger i relation til stolens sædegjord, beror på en misforståelse, idet begrebet ”sædegjord” i den konkrete sammenhæng skal forstås som det stof, som udgør sædebunden på stolen og ikke de indstillelige stropper under sædet, som nogle kørestole har. Det er en kendsgerning, at Sunrise Medical ApS’ kørestol er leveret og afprøvet med sædegjord.

For så vidt angår Sunrise Medical ApS’ tilbuds pointmæssige indplacering bemærkes, at samtlige produkter er underkastet en grundig faglig vurdering i henhold til udbuddets betingelser.

Ad påstand 4

Parternes anbringender gengives ikke.

Ad påstand 5

Parternes anbringender gengives ikke.

Ad påstand 6

Parternes anbringender gengives ikke.

Ad påstand 7

Sunrise Medical ApS har anført, at Klagenævnet for Udbud i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2, skal annullere Fællesudbud Sjællands udbud for så vidt angår delaftale 5, i det omfang Fællesudbud Sjælland endnu ikke endeligt har afsluttet udbudsproceduren.

Fællesudbud Sjælland har anført, at ingen af de påståede overtrædelser udgør retlige mangler. Hvis klagenævnet anser de påståede overtrædelser for at være retlige mangler, er disse under alle omstændigheder ikke væsentlige.

Der er ikke under udbudsproceduren stillet spørgsmål til – eller i tilbuddene taget forbehold for – de forhold, som Sunrise Medical ApS nu problematiserer, og som derfor forekommer at udgøre efterrationaliseringer.

For så vidt angår påstand 1 gøres det supplerende gældende, at de fastsatte mindstekrav ikke har udmøntet sig i afvisning af indkomne tilbud.

Såfremt klagenævnet måtte konstatere, at mindstekravene har en karakter, som gør dem uegnede, og derfor ikke kan håndhæves, vil dette derfor ikke kunne føre til annullation.

For så vidt angår **Fejl! Henvisningskilde ikke fundet.** gøres det gældende, at det samlede marked for levering af genbrugshjælpemidler har tilgået udbudsmaterialet, såvel udbudsbekendtgørelse som udbudsmateriale i øvrigt. Det kan efter en sammenholdelse af udbuddet i 2019 med det aktuelle udbud i 2023 konstateres, at der i 2023 var 41 virksomheder, som rekvirerede materialet i udbudsværktøjet, mens 21 af disse afgav tilbud. I 2019 udgjorde antallet af interesserede 46 virksomheder, mens 30 afgav tilbud. Antallet af delaftaler i 2019 var 38, mens der i 2023 var 20 delaftaler. Der er herefter ikke holdepunkter for, at de af Sunrise Medical ApS rejste temaer har påvirket kredsen af aktuelle eller potentielle deltagere på en måde, som har begrænset konkurrencen.

Ad påstand 8

Sunrise Medical ApS har henvist til det ad påstand 1-6 anførte.

Fællesudbud Sjælland har ikke anført særskilte anbringender til støtte for påstanden om, at påstand 8 ikke tages til følge.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

Det følger af princippet om gennemsigtighed i udbudslovens § 2, at mindstekrav skal være udformet på en sådan måde, at det entydigt og objektivt kan fastslås, om kravet er overholdt eller ej, og det skal være muligt for en velinformeret og normalt påpasselig tilbudsgiver at forstå, hvordan kravet opfyldes.

Der er i udbudsmaterialet stillet en række mindstekrav til kørestolen. Det fremgår heraf blandt andet om armlæn, at disse skal være ”let aftagelige uden brug af værktøj”, og de skal kunne leveres både ”korte og lange”. Om benstøtter fremgår blandt andet, at disse ”gerne” skal have flere indstillingsmuligheder, og at de skal kunne indstilles ”med minimalt brug af værktøj”. Om bremses fremgår blandt andet, at disse skal være ”lette at justere” og ”let at udskifte”. Endelig fremgår under ”Øvrigt” blandt andet følgende:

”Kørestolen skal være enkel og nem at indstille og klappe sammen.

...

Mulighed for montering af seler, gerne uden brug af værktøj.
Stolen skal kunne indstilles med færrest antal forskelligt værktøj.”

Klagenævnet finder, at de anførte mindstekrav forudsætter et betydeligt skønsmæssigt element i bedømmelsen, og at de derfor ikke er egnede som mindstekrav. Ved at have gjort brug af disse i udbudsmaterialet har Fællesudbud Sjælland overtrådt princippet om gennemsigtighed i udbudslovens § 2. Klagenævnet finder det ikke godtgjort, at også princippet om ligebehandling derved er overtrådt.

Påstanden tages derfor til følge i det anførte omfang.

Ad påstand 2 og 3

Det fremgår af udbudsbetingelsernes afsnit 11, at evalueringen gennemføres separat for hver delaftale og udelukkende på baggrund af de oplysninger, der

fremgår af det fremsendte tilbud inklusive bilag samt resultater ved afprøvning af produkterne. Det er videre beskrevet, hvordan de vægtede priser udregnes og omregnes til point, som sammenstilles med point for kvalitet. Det er herefter anført, at der til brug for evaluering af tilbuddene i forhold til underkriteriet kvalitet anvendes en absolut pointskala, som er nærmere angivet. Det er endelig beskrevet, hvordan der vil ske afprøvning af indleverede vareprøver. Endelig er det i kravspecifikationen beskrevet, hvilke vurderingsparametre der konkret vil blive lagt vægt på i forbindelse med afprøvning af produkterne under delaftale 5 – kørestole, aktiv krydsramme.

Klagenævnet bemærker, at der ved udbudslovens § 160 er tillagt ordregiver et vidt skøn med hensyn til fastlæggelse af evalueringsmodel, så længe alle dele af modellen er beskrevet i udbudsmaterialet.

Klagenævnet finder, at den beskrevne udbudsmodel er udformet i overensstemmelse med principperne i udbudslovens § 160 og princippet om gennemsigthed i udbudslovens § 2. Påstand 2 tages derfor ikke til følge.

Det fremgår af afslagsbrev af 12. februar 2024 til Sunrise Medical ApS, at virksomhedens tilbud scorede højst af tilbuddene fra de tre tilbudsgivere på underkriteriet pris og lavest på underkriteriet kvalitet.

Det fremgår af afslagsbrevet om ”sædedybde”, at det er en ulempe, at ”sædegjordes bageste stykke kan flytte sig fremefter, så sædet mister stabilitet bagtil”. Endvidere fremgår: ”Har erfaring med at sædegjorde kan sætte sig fast, så dybde ikke kan justeres.”

Sunrise Medical ApS har oplyst, at den tilbudte kørestol ikke havde sædegjorde, men at der findes andre modeller med sædegjorde. Fællesudbud Sjælland har anført, at det af Sunrise Medical ApS anførte beror på en misforståelse, idet begrebet ”sædegjord” i den konkrete sammenhæng skal forstås som det stof, der udgør sædebunden på stolen, og ikke de indstillelige stropper under sædet, som nogle kørestole har.

Klagenævnet bemærker, at ”sædegjord” efter en naturlig, sproglig forståelse må forstås i betydningen ”rem” eller ”strop”. Efter det af parterne anførte lægges det til grund, at der findes kørestole med ”sædegjorde” i betydningen ”rem”, og at det tilbudte produkt ikke var forsynet med sådanne sædegjorde.

Klagenævnet finder på den baggrund, at det anførte i evalueringen må forstås således, at der ved afprøvningen er lagt vægt på erfaringer med andre modeller end den tilbudte kørestol. Det bemærkes endvidere, at ordet ”sædegjord” ikke ses at fremgå andetsteds i udbudsmaterialet som betegnelse for kørestolens sædestof.

Klagenævnet finder det herefter godtgjort, at der ved evalueringen af Sunrise Medical ApS’ tilbudte produkt er lagt vægt på usaglige hensyn, og at Fællesudbud Sjælland derved har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2.

Påstand 3 tages herefter til følge.

Ad påstand 4-6

Klagenævnet kan efter lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2, afgøre en sag helt eller delvis. Under hensyn til det, der er anført under påstand 1 og 3, tager klagenævnet ikke stilling til påstand 4-6.

Ad påstand 8

For så vidt angår den konstaterede overtrædelse under påstand 1 bemærker klagenævnet, at ingen af de tre tilbud er fundet ukonditionsmæssige. De uegnede mindstekrav har derved ikke haft indflydelse på udbudsprocessen og kan derfor ikke føre til annullation af tildelingsbeslutningen.

For så vidt angår den konstaterede overtrædelse under påstand 3 bemærkes, at det fremgår af afslagsbrevet, at Sunrise Medical ApS’ tilbud har opnået 100,00 point på underkriteriet pris, mens vindende tilbudsgivers tilbud har opnået 61,61 point. På underkriteriet kvalitet har Sunrise Medical ApS’ tilbud opnået 30,00 point, mens vindende tilbudsgivers tilbud har opnået 90,00. Samlet har Sunrise Medical ApS’ tilbud opnået 72,00 point, mens vindende tilbudsgivers tilbud har opnået 72,97.

Klagenævnet finder på den baggrund, at den omstændighed, at Fællesudbud Sjælland i evalueringen af Sunrise Medical ApS’ tilbudte kørestol har lagt vægt på usaglige hensyn vedrørende underkriteriet kvalitet som konstateret under påstand 3, kan have været afgørende for udfaldet af evalueringen og

derfor må anses som væsentlig. Klagenævnet tager derfor påstand 8 om annullation af tildelingsbeslutningen til følge, jf. herved lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Ad påstand 7

Efter en samlet vurdering af karakteren af de konstaterede overtrædelser og det ad påstand 8 anførte tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes

Ad påstand 1

Fællesudbud Sjælland v/Holbæk Kommune har handlet i strid med princippet om gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i udbudsmaterialet at have gjort brug af mindstekrav, der er så skønsprægede, at de er uegnede som mindstekrav.

Ad påstand 3

Fællesudbud Sjælland v/Holbæk Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i forbindelse med evalueringen af de indkomne tilbud at lægge vægt på erfaringer med produkter, der ikke var en del af tilbuddet, hvorved evalueringen ikke kan danne grundlag for en lovlig tildeling.

Ad påstand 8

Fællesudbud Sjælland v/Holbæk Kommunes beslutning af 12. februar 2024 om at indgå kontrakt med Etac A/S annulleres.

Påstand 2 og 7 tages ikke til følge.

Klagenævnet træffer ikke afgørelse vedrørende påstand 4-6.

Fællesudbud Sjælland v/Holbæk Kommune skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 30.000 kr. i sagsomkostninger til Sunrise Medical ApS.

Klagegebyret tilbagebetales.

Ane Røddik Christensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig