

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Abena A/S
(advokat Sune Troels Poulsen, Kolding)

mod

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S
(advokat Malene Roose Bagh og Jens Bødtcher-Hansen, København)

Klagenævnet har den 28. maj 2018 modtaget en klage fra Abena A/S ("Abena").

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

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S ("SKI") 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 - 12 og svarskrift med bilag A - K.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder foruden påstanden om opsættende virkning følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 samt udbudslovens § 161 ved at fastsætte underkriteriet ”Sortimentsbredde” med en vægt på 20 % uden at have tilrettelagt en effektiv kontrol med nøjagtigheden af de oplysninger, som var indeholdt i tilbudsgivernes tilbud med hensyn til dette underkriterium.

Påstand 1 a (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at have undersøgt oplysningerne om frivilligt sortiment A i tilbuddet fra Essity Denmark A/S som grundlag for SKI’s beslutning om tildeling af rammeaftalen på delaftale 1 til Essity Denmark A/S.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 samt udbudslovens § 45, stk. 2, og § 161 ved at lade et af tilbudsgiverne tilbudt frivilligt sortiment B indgå i udbuddet og være omfattet af den på baggrund af udbuddet indgåede rammeaftale, uden at det frivillige sortiment B har indgået ved evalueringen af nogen af de ved udbuddet anvendte underkriterier ved tildelingen.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 samt udbudslovens § 160 og § 161 ved at have anvendt en evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet SKI har fastsat ikke-objektive og uigennemsigtige krav til det frivillige sortiment A.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med princippet om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 samt udbudslovens § 100, jf. udbudslovens § 98, ved at ændre den i udbudsbetingelserne beskrevne fremgangsmåde for tildelingen af ordrer i henhold til den udbudte rammeaftale og ikke at give mulighed for at genåbne konkurrencen ved kundernes anvendelse af tilslutningsmodel B

og C, selv om denne fremgangsmåde for tildelingen var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal annullere SKI's tildelingsbeslutning af 18. maj 2018 om tildeling af rammeaftale på delaftale 1, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2."

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse 2018/S 010-017751 af 12. januar 2018, berigtiget ved supplerende bekendtgørelse 2018/S 022-046086 af 30. januar 2018 og supplerende bekendtgørelse 2018/S 040-087333 af 23. februar 2018, udbød SKI som offentligt udbud 6 rammeaftaler om bleer. Rammeaftalerne var delt op i to delområder: delområde 1 "Bleer med bevilling" (delaftale 1) og delområde 2 "Bleer til børneinstitutioner og dagplejere" (delaftale 2-6).

Denne klagesag omhandler delaftale 1 – Bleer med bevilling.

I udbudsbetingelserne stod der:

" ...

3.1 Delaftale 1 - Bleer med bevilling

...

Delaftale 1 er bygget op således, at Leverandører, der byder ind med et bredt sortiment under intervallerne på de udbudte varepositioner til favorable priser, står stærkt i konkurrencen om kundernes tildeling, uanset hvilken model SKI's kunder inden offentliggørelse har tilsluttet sig jf. også punkt 5.1.1, da både Leverandørens tilbudte pris og sortiment på rammeaftalen videreføres til kundens tildeling ved model B og C.

...

4 Den udbudte genstand

4.1 Delaftale 1 - Bleer med bevilling

...

Delaftalen er opdelt i 3 tilslutningsmodeller, der på forskellig vis understøtter og imødekommer de processer, kommunerne anvender ved håndtering og organisering af bleer med bevilling.

De tilsluttede kunder har derfor inden offentliggørelse af nærværende udbud tilsluttet sig enten model A, model B eller model C jf. nærmere punkt 5.1.1. SKI tildeler rammeaftalen til maksimalt 3 leverandører jf. også punkt 8.1, sidste afsnit, hvorefter de tilsluttede kunders valg af model bliver bestemmende for, hvilken proces kunden skal anvende ved tildeling af periodekøbskontrakter på grundlag af den af SKI indgåede rammeaftale.

Kunden kan ikke efterfølgende skifte model og er forpligtiget til at anvende den tildelingsmodel, kunden inden offentliggørelse af udbuddet har tilsluttet sig.

...

Delaftalen omfatter levering af bleer, bind, fikseringstrusser og underlag til borgere med bevilling i henhold til servicelovens bestemmelser - herunder borgere med bevilling der har adresse på plejehjem, institutioner eller bosteder, og hvor kunden på vegne af bevillingshaverne køber ind til centralt depot. Leverandøren skal derfor afgive pris på produkter leveret dels til borgere med bevilling i eget hjem samt levering til depot jf. punkt 8.1.1.

...

4.1.1 Delaftale 1 – opdeling af sortiment

De produkter, som, de af udbudsmaterialets beskrevne serviceydelser, er tilknyttet, fremgår af følgende bilag:

- Bilag VII.B. Leverandørens tilbud, Bleer med bevilling

Udbuddets produktsortiment består af 9 produktundergrupper: ”Indlæg/bind til kvinder”, ”Herrebind”, ”Buksebleer”, ”Bæltebleer”, ”Tapebleer”, ”Åbne bleer”, ”Fikseringstrusser”, ”Underlag/stiklagner” og ”Bleer til Børn”, som dækker de tilsluttede kunder og disses borgere med bevillings behov inden for området. Fælles for alle produkter i de 9 produktundergrupper og i alt 75 varelinjer er, at de ofte bestilles af borgeren og afspejler det sortiment, der typisk er omfattet af kundens bevillinger.

Sortimentet er opdelt i et obligatorisk samt to frivillige sortimenter:

1. Et obligatorisk sortiment bestående af 75 varelinjer fordelt på ovenstående 9 produktundergrupper.
2. Sortiment A. Et frivilligt sortiment for supplerende produkter, hvor leverandøren kan tilbyde produkter, der er specificeret på det obligatoriske sortiment, i det tilfælde leverandøren kan tilbyde mere end ét produkt på en varelinje i det obligatoriske sortiment.

3. Sortiment B. Et frivilligt sortiment for øvrige produkter, der ikke er kravsificeret på varelinjeniveau men inddelt i produktundergrupper identisk med produktundergrupperne på det obligatoriske sortiment.

4.1.1.1 Det obligatoriske sortiment

På det obligatoriske sortiment skal leverandøren tilbyde produkter på samtlige varelinjer/positioner, der er omfattet af bilag VII.B, fanen ”2. Tilbudsliste obligatorisk sortiment”.

4.1.1.2 Sortiment A for frivillige supplerende produkter

Under det frivillige sortiment A for supplerende produkter kan leverandøren vælge at tilbyde supplerende produkter i det tilfælde, leverandøren indenfor en varelinje/position i det obligatoriske sortiment, kan tilbyde mere end ét produkt. Betingelsen for at tilbyde produkter i det frivillige A sortiment er dels, at det supplerende produkt på det frivillige sortiment A tilbydes til den identiske pris, som produktet på den tilsvarende varelinje i det obligatoriske sortiment samt dels, at det supplerende produkt lever op til varelinjens angivne proportioner og krav til eksempelvis sugeevne mv. jf. bilag VII.B, fanen ”3. Tilbudsliste supplerende produkter”, kolonne E.

4.1.1.3 Sortiment B for frivillige øvrige produkter

Under det frivillige sortiment B for øvrige produkter kan leverandøren vælge at tilbyde de produkter indenfor leverandørens sortiment, der ikke kan henføres til hverken det obligatoriske eller det frivillige sortiment A for supplerende produkter. Tilbudsgiveren kan alene tilbyde produkter, der kan placeres i de produktundergrupper, der er defineret i det obligatoriske sortiment, men som grundet de angivne proportioner og krav til eksempelvis sugeevne ikke kan placeres heri.

Tilbudsgiveren kan derfor ikke tilbyde produkter, der på baggrund af størrelser, intervaller mv. kan tilbydes under det obligatoriske sortiment eller det frivillige sortiment A som beskrevet under punkt 4.1.1.1 samt 4.1.1.2, men alene produkter der ikke kan tilføres i overensstemmelse med disse specifikationer.

Tilbudsgiveren er til enhver tid forpligtet til at tilbyde priser for produkter omfattet af rammeaftalens Sortiment B, der ikke er højere end de priser, som fremgår af tilbudsgiverens listepreiser eller af producentens vejledende udsalgspris for produktet.

Såfremt den vindende tilbudsgiver efter rammeaftalens indgåelse tilbyder lavere listepreiser, eller producenten angiver lavere vejledende udsalgspriser, end de priser der fremgår af sortiment B, forpligtes tilbudsgiveren til at nedregulere de pågældende produkter i overensstemmelse hermed, så prisen ikke overstiger hverken den vindende tilbudsgivers listepris eller producentens vejledende udsalgspris.

...

5. Udbud af en forpligtende rammeaftale

...

5.1.1 Forpligtigelsens omfang på delaftale 1

Ved tilslutning til delaftale 1 har de tilsluttede kunder på forhånd angivet hvilken af nedenstående modeller, de vil anvende ved tildeling af en 4-årig periodekøbskontrakt. Se også bilag I.A, bilag I.B og bilag I.C Kundens tildeling ved henholdsvis model A, B og C. Kunden har enten forpligtet sig til at anvende:

- Model A – Direkte tildeling,
- Model B – Tildeling på baggrund af kvalitetstest eller
- Model C – Tildeling på baggrund af kvalitetsafprøvning

Det fremgår af bilag I, hvilken af de ovenfor nævnte modeller den enkelte kunde på delaftale 1 har tilsluttet sig.

De tilsluttede kunder forpligter sig ved tilslutning til at købe de af udbuddet omfattede produkter hos den leverandør, der tildeles kontrakten efter kundens tildeling. De kommunalt tilsluttede kunder forpligtiger sig endvidere til at stille delaftale 1 til rådighed for kundens borgere med blebevilling.

Tilslutning til aftalen indeholder derfor en forpligtelse for de tilsluttede kunder til at anvende aftalen i relation til anskaffelse af produkter, når kundernes indkøbsbehov kan opfyldes af de produkter, der er omfattet af rammeaftalens obligatoriske sortiment samt det frivillige sortiment A for supplerende produkter. Kunderne har herefter ret men ikke pligt til at aftage produkter omfattet af det frivillige sortiment B for øvrige produkter.

Kunderne er ikke forpligtede til at aftage for en bestemt volumen i aftalens varighed. Den i bilag I angivne volumen er alene et estimat af den volumen, som kunderne forventer at aftage. Aftageforpligtelsen indebærer således alene en pligt for kunderne til at anvende rammeaftalen til at anskaffe produkter, i det omfang kunden faktisk skal købe produkter, der er omfattet af rammeaftalens sortiment.

...

5.2.1 Kundens tildeling på delaftale 1

Kundens tildeling af periodekøbskontrakten under rammeaftalen skal følge retningslinjerne i bilag I.A, I.B eller I.C. Kundens tildeling ved model A, B og C og foregår ved den proces, der er beskrevet for den af kunden valgte model jf. bilag I.

Efter kundens tildeling anvender kunden den indgåede periodekøbskontrakt ved at foretage et ”direkte træk”. Dette indebærer, at der blot skal foretages en simpel bestilling til den vindende leverandør, når kunden eller kundens borgere med bevilling ønsker at benytte sig af periodekøbskontrakten til at foretage køb af produkter, der er omfattet af rammeaftalens sortiment. Bestillinger skal administreres og styres igennem leverandørens bevillingshåndteringssystem. Fremgangsmåden ved bestilling og kravene til leverandøren bevillingshåndteringssystem er nærmere beskrevet i periodekøbskontrakten jf. bilag VII.

...

I samme dokument under pkt. 8 stod bl.a. følgende om tildelingskriterier og tilbudsevaluering:

”8.1 Tildeling på delaftale 1

Tilbuddene vil blive evalueret efter tildelingskriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet” med følgende underkriterier og vægtning:

...

Tildelingskriterie	Underkriterier	Vægt	Delkriterier	Vægt	Varelinjer
Bedste forhold mellem pris og kvalitet	Pris	60%	Indlæg/bind kvinder	16%	Hver produktundergruppe består af et antal varelinjer, der er vægtet i procent. Summen af varelinjernes vægte inden for en produktundergruppe er 100%, jf. Bilag VII.B Leverandørens tilbud (tilbudsliste)
			Herrebind	3%	
			Buksebleer	26%	
			Bæltebleer	16%	
			Tapebleer	14%	
			Åbne bleer	20%	
			Fikseringstrusser	1%	
			Underlag/stiklagner	2%	
			Bleer til børn	2%	
	Service	20%	Uddannelses- og udviklingstiltag	100%	
	Sortimentsbredde	20%	Indlæg/bind kvinder	16%	Antal tilbudte varelinjer pr. produktundergruppe i forhold til antal varelinjer pr. produktundergruppe indeholdt i det obligatoriske sortiment.
			Herrebind	3%	
			Buksebleer	26%	
			Bæltebleer	16%	
			Tapebleer	14%	
			Åbne bleer	20%	

			Fikseringstrusser	1%	
			Underlag/stiklagner	2%	
			Bleer til børn	2%	

...

8.1.4 Evaluering af Sortimentsbredde

Underkriteriet ”Sortimentsbredde” vægter 20 % i evalueringen, og tildelingen af point baserer sig på det totale antal tilbudte varelinjer indenfor hver underproduktgruppe i det frivillige sortiment A.

Maksimalt antal point gives til tilbudsgivere, der tilbyder 2 gange eller flere varelinjer i forhold til det antal varelinjer pr. underproduktgruppe, der indgår i det obligatoriske sortiment. Der er dog ingen begrænsning for hvor mange varer, der kan tilbydes i det frivillige sortiment A.

Produktundergruppernes vægt fra det obligatoriske sortiment overføres direkte, således produktundergrupperne vægtes identisk i forbindelse med evaluering af ”Sortimentsbredde” som i evaluering af ”Pris” i overensstemmelse med underproduktgruppens vægt i skemaet under punkt 8.1.

En tilbudsgiver, der tilbyder 0 varelinjer indenfor en underproduktgruppe, opnår lavest mulige antal tildelte point for underproduktgruppen.

Tilbudsgiverne er derfor ikke forpligtiget til at tilbyde produkter under alle produktundergrupper eller nogen produkter inden for det frivillige sortiment A.

Evalueringen af underkriteriet ”Sortiment” sker i 3 trin:

Trin 1, Evaluering pr. underproduktgruppe. På baggrund af antallet af tilbudte varelinjer tildeles tilbudsgiver point fra 1-5 ud fra følgende formel:

$$\frac{\text{Antal tilbudte varelinjer pr. underproduktgruppe i det frivillige sortiment A}}{\text{Maksimalt antal varelinjer pr. underproduktgruppe}} \times 4 + 1 = \text{Point}$$

(dog maksimalt 2 x antal varelinjer i obligatorisk sortiment)
(2 x antal varelinjer i obligatoriske sortiment)

En tilbudsgiver der tilbyder 2 gange eller flere varelinjer i forhold til det antal varelinjer pr. underproduktgruppe, der indgår i det obligatoriske sortiment tildeles 5 point.

Trin 2, Point pr. underproduktgruppe

Tilbudsgiverens point pr. underproduktgruppen udregnes ved at multiplicere antallet af point pr. underproduktgruppe jf. trin 1 med underproduktgruppens vægt.

Trin 3, samlet evaluering for underkriteriet sortimentsbredde

Tilbudsgiverens point for underkriteriet sortimentsbredde udregnes ved at summere det samlede antal point pr. underproduktgruppe jf. trin 2.

8.1.5 Samlet evaluering på delaftale 1

De opnåede point for underkriterierne ”Pris”, ”Service” og ”Sortimentsbredde” indgår med de oplyste vægte til en samlet score. De 3 tilbudsgiver, der har opnået den højest samlede score, anses for at have afgivet de økonomisk mest fordelagtige tilbud i henhold til tildelingskriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet”, og vil blive tildelt rammeaftalen.

Den tilbudsgiver, der har opnået den højeste score, vil endvidere få tildelt periodekøbskontrakter, for de kunder der inden offentliggørelse har tilsluttet sig model A, ved direkte tildeling jf. bilag I.A.”

Under pkt. 9 ”Afgivelse af tilbud” stod der:

”...

9.2.6.2 Fejl der kan føre til ukonditionsmæssighed

SKI har vurderet, at nedenstående udtømmende liste over forhold kan føre til ukonditionsmæssighed:

- Produktet opfylder ikke grundlæggende elementer.
- Tilbudsgiver har udfyldt priser med ”0”, ”0,00” eller en negativ pris
- Tilbudsgivers besvarelse i bilag VII.B er så mangelfuld, at produktet ikke kan evalueres.
- Samme vare bydes ind, under flere forskellige SKI-ID, på flere positioner.
- Der bydes ind med samme varenummer på flere positioner i det obligatoriske sortiment
- Tilbudsgivers besvarelse opfylder ikke de i indledningen til bilag VII.B angivne anvisninger for udfyldelse af tilbudslisten.
- Manglende pris på en varelinje.

...

Fejl på det frivillige sortiment

Varelinjer med fejl jf. punkt 9.2.6.2 udgår af det frivillige sortiment og vil herefter ikke indgå i opgørelsen af varelinjer indenfor den pågældende underproduktgruppe jf. punkt 8.1.4.

Henfører tilbudsgiver et produkt under det frivillige sortiment B, som kunne henføres under det obligatoriske sortiment (og herunder også det frivillige sortiment A), vil det pågældende udgå og ikke indgå i rammeaftalens endelige sortiment.

...”

SKI afholdt den 18. januar 2018 et informationsmøde om udbuddet, der blandt andet havde til formål at orientere om centrale principper i udbuddet.

På mødet fremlagde SKI bl.a. plancher med følgende oplysninger:

...”

Fane 3. Tilbudsliste frivillige supplerende produkter (Sortiment A)

...”

Her skal tilbudsgiver anføre og tilbyde supplerende produkter til positioner og intervaller i det obligatoriske sortimentet i de tilfælde, hvor tilbudsgiver har mere end et produkt, der matcher positionen i det obligatoriske sortiment, som de ønsker at tilbyde.

I kolonne A "SKI ID Positionsnr." vælger tilbudsgiver den/de positioner fra det obligatoriske sortiment, der tilbydes yderligere varianter af.

- Produkter der er tilbudt i det obligatoriske sortiment, kan ikke også tilbydes i Sortiment A.
- Produkter, der er tilbudt i det obligatoriske sortiment, men med forskelligt antal stk. indeholdt i salgsenheden kan tilsvarende ikke tilbydes i Sortiment A.
- De supplerende produkter, der tilbydes i Sortiment A skal være reelt forskellige ved for eksempel at have forskellige sugeevne, forskellig hoftevidde eller forskellig materialesammensætning.

...”

Tilbudsgiverne havde under udbudsprocessen mulighed for at stille spørgsmål til udbudsbetingelserne. Følgende spørgsmål/svar fremgik vedrørende underkriteriet ”Sortimentsbredde”:

”[Spørgsmål 1.3]

Udbudsbetingelser, s. 21-22, 8.1.4

Er det rigtigt forstået, at man får max point på "Sortimentsbredde", hvis man tilbyder 75 eller flere varelinier på frivilligt sortiment A?

[Svar 1.3]

Udbudsbetingelser, punkt 8.1.4

Maksimalt antal point gives til tilbudsgivere, der tilbyder 2 gange eller flere varelinjer i forhold til det antal varelinjer pr. underproduktgruppe, der indgår i det obligatoriske sortiment. Antallet af varelinjer, der udløser maksimum point er således afhængig af antallet af varelinjer i den enkelte produktundergruppe. Hver produktundergruppe er vægtet, som angivet i punkt 8.1.

...

[Spørgsmål 1.4]

Udbudsbetingelser, s. 21-22, 8.1.4

Accepteres det, at der på Frivilligt sortiment A bydes ind med flere forskellige produkter til samme SKI ID eller kan der kun bydes ét ekstra produkt ind pr. SKI ID?

[Svar 1.4]

Udbudsbetingelser, punkt 8.1.4

Bilag VII.B Leverandørens tilbud (tilbudsliste) Delaftale 1

Ja, det er muligt at tilbyde flere end ét supplerende produkt pr. SKI ID Positionsnr. I fanen "3. Tilbudsliste frivillige supplerende produkter (sortiment A)" i "Bilag VII.B Leverandørens tilbud (tilbudsliste), delaftale 1"

..."

I udbudsbetingelsernes bilag VII.A vedrørende kravspecifikation for Delaftale 1 var anført følgende:

”...

Formålet med denne kravspecifikation er at give Leverandøren et overblik over de krav, som Leverandørens Produkter skal opfylde på Rammeaftale 50.96 Bleer med bevilling. Kravene er defineret på baggrund af ønsker fra SKI's Kunder, således at Leverandørerne opfylder Kundernes krav og ønsker.

- Nærværende kravspecifikation er krav til forhold, der skal overholdes i Periodekøbskontraktens løbetid.
- Rammeaftalens Bilag V CSR indeholder også krav, der skal overholdes.

...”

Under pkt. ”1.2 Krav til produkter” var bl.a. indsat følgende krav:

”

		Indlæg/ bind til kvinder	Herrebind	Buksebleer	Bæltebleer	Tapebleer	Åbne bleer	Fikseringstrusser	Underlag/stiklagner	Bleer til børn
A - Lovgivning, branche og miljø										
A1	Produkterne skal være CE-mærkede.	x	X	x	x	x	x	x	x	
A2	Produkterne skal være miljømærkede med Svanemærket eller på anden vis kunne dokumentere at produkterne lever op til miljømæssige krav ved at være certificeret i henhold til ISO 14040 eller tilsvarende standard.	x	X	x	x	x	x			
A3	Produkterne skal være certificerede med Oeko-Tex eller på anden vis kunne dokumentere at produkterne er certificerede i henhold til ISO 14040 eller tilsvarende certificering.							x		
A4	Produkterne skal være miljømærkede med Svanemærket (medmindre at produktet i tilbudslisten konkret er undtaget miljømærkekravet).									x
A5	Produkterne skal være i overensstemmelse med de til enhver tid gældende love, bekendtgørelser, direktiver, forordninger og standarder.	x	X	x	x	x	x	x	x	x
A6	De tilbudte produkter må ikke indeholde parfume, duftstoffer, hudcreme eller lotion.	x	X	x	x	x	x	x	x	x
A7	De tilbudte produkter må ikke indeholde miljøskadelige stoffer, klassificeret H400, H410, H411, H4112 og H3113.	x	X	x	x	x	x	x	x	x

”

I spørgsmål/svar arket offentliggjort den 30. januar 2018 stod følgende spørgsmål vedrørende kravspecifikationen:

”[Spørgsmål 1.42]

Delaftale 1, Udbudsbetingelser, s. 8, afsnit 4.1.1

Vil SKI bekræfte, at produkter meldt ind på frivilligt sortiment A og B skal opfylde kravene i Bilag VII.A og i så fald tilrette dette i udbudsmaterialet?

[Svar 1.42]

Udbudsbetingelser, punkt 4.1.1

SKI bekræfter, at samtlige produkter i rammeaftalens sortiment skal efterleve kravene i bilag VII.A, medmindre produktet konkret er undtaget specifikke krav. Dette underbygges endvidere af Periodekøbskontraktens punkt:

- 3.1, 2. afsnit

- punkt 5.2, 1. punktum
- punkt 7, 1. afsnit.
- ... ”

Af udbudsbetingelsernes tilbudsliste vedrørende det obligatoriske sortiment hed det bl.a.:

”Tilbudte produkter skal leve op til krav indeholdt i bilag VII.A Kravspecifikation”.

Tilbudslistens faneblad 1 og 3 indeholdt bl.a. følgende oplysninger vedrørende det frivillige sortiment A:

”Tilbudsliste frivillige supplerende produkter (Sortiment A)

Har tilbudsgiver mere end ét produkt, der matcher positioner i det obligatoriske sortiment, kan de øvrige produktvarianter, der matcher positioner i det obligatoriske sortiment tilbydes som frivillige supplerende positioner i Sortiment A.

...

Produkter der er tilbudt i det obligatoriske sortiment, kan ikke også tilbydes i Sortiment A.

Produkter, der er tilbudt i det obligatoriske sortiment, men med forskelligt antal stk. indeholdt i salgsenheden kan tilsvarende ikke tilbydes i Sortiment A.

De supplerende produkter, der tilbydes i Sortiment A skal være reelt forskellige ved for eksempel at have forskellige [sugeevne], forskellig hoftevidde eller forskellig materialesammensætning.”

Af tilbudslistens faneblad 4 ”Tilbudslistens øvrige produkter” fremgik bl.a. følgende vedrørende sortiment B:

”Nedenfor kan tilbudsgiver anføre og tilbyde øvrige produkter. Produkter tilbudt under ”øvrige produkter” skal:

- ligge inden for en af de eksisterende ”Produktundergrupper”, jf. det obligatoriske sortiment
- ikke kunne tilbydes inden for de intervaller (sugeevne, størrelse, etc.), der er angivet under fanen ”2. Tilbudsliste obligatorisk sortiment”.

I kolonne A ”Produktundergruppe” vælger tilbudsgiver den undergruppe, som det tilbudte produkt hører til.

Felterne "Tilbudspris pr. salgsenhed (levering til borger)" og "Tilbudspris pr. salgsenhed (levering til depot)" skal udfyldes.

NB. Tilbydes et produkt, hvor "Sugeevne", "Produktets totalmål" eller "Produktets lækagesikring" ikke er relevant udfyldes cellen med "ikke relevant".

Fremgangsmåden for tildeling af kontrakter i henhold til model B var beskrevet som følger i udbudsbetingelsernes bilag I.B:

” ...

2 Vægtning

Ved model B ”Kvalitetstest i nedsat faggruppe” vægter underkriteriet ”kvalitet” i sammenhæng med de øvrige kriterier som illustreret i figuren nedenfor:

Model B	Bedste forhold mellem pris og kvalitet	Kvalitet 50 %	Pasform 25%
			Sugeevne 25%
			Komfort 25%
			Ergonomi og håndtering 25%
		Pris 30 %	
		Service 10 %	Uddannelses- og udviklingstiltag 100%
		Sortimentsbredde 10 %	

Resultatet af evalueringen af underkriterierne ”pris”, ”service” og ”sortimentsbredde” medtages fra evalueringen af Rammeaftalen.

...

2.1 Generelt om genåbning af konkurrencen

Kunden er forpligtet til at gennemføre kvalitetstest i nedsat faggruppe (ved genåbning af konkurrencen) i overensstemmelse med den model, som Kunden ved tilslutning har forpligtiget sig til, her model B.

Ved genåbning af konkurrencen sker der en fornyet konkurrenceudsættelse mellem de Leverandører, der er tildelt på Rammeaftale 50.96 Bleer, delaftale 1 Bleer med bevilling. Tildelingen skal ske til den Leve-

randør, der samlet opnår flest point for underkriterierne: kvalitet, pris, service og sortimentsbredde. Læs om vægtning af underkriterierne og delkriterierne i afsnit 2.

Hvordan Kunden skal foretage evaluering på baggrund af kvalitetstest i nedsat faggruppe er beskrevet i afsnit 3.2.

Kundens behov ligger til grund, når Kunden angiver, hvilke Produkter, der indgår i produkttesten. De Produkter Kunden gennemfører test på skal udgøre et repræsentativt udsnit af Leverandørens tilbudte Produkter.

Genåbning af konkurrencen ved test i nedsat faggruppe indebærer alene, at Leverandørerne skal indsende de Produkter, som Kunden har angivet skal testes.

Genåbning af konkurrencen ved kvalitetstest i nedsat faggruppe indebærer derfor IKKE, at Leverandøren skal indsende nye priser. De priser, som Leverandøren har afgivet, da de blev tildelt på Rammeaftalen videreføres og indgår i evalueringen. Dette er beskrevet i afsnit 3.2.8

Materialet, der anvendes ved kvalitetstest i nedsat faggruppe, og som skal fremsendes til Leverandørerne på Rammeaftalen består af følgende dokumenter:

- Opfordringsskrivelse (enslydende mail til Leverandørerne indeholdende oplysninger om testens forløb trin 0 til 5)
 - o Særskilt bilag med angivelse af hvilke Produkter, der skal testes, jf. trin 3
 - o Særskilt bilag med angivelse af tidsplan for testforløbet, jf. trin 4

...

2.24 Trin 3 – Produkter der skal indgå i produkttesten

Inden for aftalens sortiment af bleer skal Kunden i opfordringsskrivelsen angive, hvilke Produkter der skal testes, i overensstemmelse med Kundens behov.

...

Herudover kan Kunden eller sammenslutningen vælge at kvalitetsteste Produkter fra de øvrige produktgrupper, der er omfatte[t] af Rammeaftalens [sortiment] eller foretage test på flere end 3 varelinjer og størrelser indenfor de ovenfor angivne produktgrupper

...

2.2.8 Trin 7 – Samlet score (tildeling af Periodekøbskontrakt)

Kunden indsætter resultatet af kvalitetsevalueringen ind i et excel base-ret ark, der beregner hvilken Leverandør, der opnår den højeste samlede score. Se eksempel nedenfor:

Tildeling model B			Tilbudsgiver A		Tilbudsgiver B		Tilbudsgiver C	
Underkriterier		Vægtning	Point	Vægtet point	point	Vægtet point	point	Vægtet point
Kvalitet	Point fra test	50%	3,27	1,64				
Pris	Medtaget fra evalueringen af Rammeaftalen	30%						
Service		10%						
Sortimentsbredde		10%						
Point i alt								

”

Tildeling under model C var beskrevet i udbudsbetingelsernes bilag I.C.:

” ...

2 Vægtning

Ved model C ”Afprøvning på Borgeren med bevilling” vægter underkriteriet ”kvalitet” i sammenhæng med de øvrige kriterier som illustreret i figuren nedenfor:

Model C	Bedste forhold mellem pris og kvalitet	Kvalitet 50 %	Lækager 20%
			Pasform 20%
			Sugeevne 20%
			Komfort 20%
			Ergonomi og håndtering 20%
		Pris 30 %	
		Service 10 %	Uddannelses- og udviklingstiltag 100%
		Sortimentsbredde 10 %	

Resultatet af evalueringen af underkriterierne ”pris”, ”service” og ”sortimentsbredde” medtages fra evalueringen og tildeling af Rammeaftale.

...

3 Kvalitet – afprøvning hos Borgere med bevilling

3.1 Generelt om genåbning af konkurrencen

Kunden er forpligtet til at gennemføre produktafprøvning (ved genåbning af konkurrencen) i overensstemmelse med den model, som Kunden ved tilslutning har forpligtiget sig til, her model C.

Ved genåbning af konkurrencen sker der en fornyet konkurrenceudsættelse mellem de Leverandører, der er tildelt på Rammeaftale 50.96 Bleer, delaftale 1 Bleer med bevilling. Tildelingen skal ske til den Leverandør, der samlet opnår flest point for underkriterierne: kvalitet, pris, service og sortimentsbredde. Læs om vægtning af underkriterierne og delkriterierne i afsnit 2.

Hvordan Kundens skal foretage evaluering på baggrund af produktafprøvningen hos Borgere med bevilling er beskrevet i afsnit 3.2.

Kundens behov i form af konkrete Borgere med bevilling anvendelse af bletyper og størrelser, ligger til grund, når Kunden angiver, hvilke Produkter, der indgår i produktafprøvningen. De Produkter Kundens Borgere med bevilling foretager afprøvning på skal udgøre et repræsentativt udsnit af Leverandørens tilbudte Produkter.

Genåbning af konkurrencen ved afprøvning indebærer alene, at Leverandørerne skal indsende de Produkter, som Kunden har angivet skal afprøves.

Genåbning af konkurrencen ved produktafprøvning indebærer derfor IKKE, at Leverandøren skal indsende nye priser. De priser, som Leverandøren har afgivet, da de blev tildelt på Rammeaftalen videreføres og indgår i evalueringen. Det er beskrevet i afsnit 3.2.8.

Materialet, der anvendes ved produktafprøvning, og som skal fremsendes til Leverandørerne på Rammeaftalen består af følgende dokumenter:

- Opfordringsskrivelse (enslydende mail til Leverandørerne indeholdende oplysninger om afprøvningens forløb trin 0 til 5)
 - o Særskilt bilag med angivelse af hvilke Produkter, der skal afprøves, jf. trin 3
 - o Særskilt bilag med angivelse af tidsplan for afprøvningsforløbet, jf. trin 4

...

3.2.4 Trin 3 – Produkter der skal indgå i produktafprøvningen

Inden for aftalens sortiment af bleer, skal Kunden i opfordringsskrivelsen angive, hvilke Produkter der skal produktafprøves, i overensstemmelse med Kundens herunder Borgeren med bevillings behov.

...

Herudover kan Kunden eller indkøbsfællesskabet vælge at produktafprøve Produkter fra de øvrige produktgrupper, der er omfatte[t] af Rammeaftalens [sortiment].

...

3.2.7 Trin 7 – Samlet score (tildeling af Periodekøbskontrakt)

Kunden indsætter resultatet af kvalitetsevalueringen ind i et excel baseret ark, der beregner hvilken Leverandør, der opnår den højeste samlede score. Se eksempel nedenfor:

Tildeling model C			Tilbudsgiver A		Tilbudsgiver B		Tilbudsgiver C	
Underkriterier		Vægtning	point	Vægtet point	point	Vægtet point	point	Vægtet Point
Kvalitet	Point fra afprøvning	50%	3,27	1,64				
Pris	Medtaget fra evalueringen af Rammeaftalen	30%						
Service		10%						
Sortimentsbredde		10%						
Point i alt								

”
...

SKI modtog under udbudsprocessen bl.a. spørgsmål 1.81, 1.94 og 1.109 vedrørende tildeling af kontrakter i henhold til model B og C:

”[Spørgsmål 1.81]

Spørgsmål vedr. Delaftale 1. Det fremgår af Udbudsbetingelserne og Bilag I.B og I.C, at tildeling af Periodekøbskontrakter efter Model B og C sker ved genåbning af konkurrencen (Mini-udbud). Dog følger det både af Model B og C, at der ikke sker en genåbning af konkurrencen, hvor leverandørerne på rammeaftale skal [afgive] tilbud, men alene en

proces hvor leverandørerne skal aflevere produktprøver til test eller afprøvning. Det fremgår således både af Bilag I.B og I.C, at ”Genåbning af konkurrence ved test/afprøvning indebærer alene, at Leverandørerne skal indsende de Produkter, som Kunden har angivet skal afprøves”. I svaret på spørgsmål 1.14, 1.31 og 1.34 ændres modellerne yderligere til, at Leverandørerne ikke engang vælger hvilke relevante Produkter, der fremsendes til Kunden, hvorfor Leverandørerne ingen indflydelse har på den vurdering Kunderne foretager ved ”genåbning” af konkurrencen. Model B og C udgør således ingen reel genåbning af konkurrencen, da der alene sker en kvalitativ vurdering af allerede tilbudte Produkter og i øvrigt genbruges evalueringen fra Rammeaftalen, som udgør en væsentlig del (50 %) af den samlede vurdering.

Ovenstående vurderes ikke at være i overensstemmelse med Udbudslovens § 100 og princippet om gennemsigtighed. Vil SKI ændre Model B og C, så Leverandørerne ved mini-udbud får mulighed for at afgive tilbud, således at der kan ske en genåbning af konkurrencen og ikke bare direkte tildeling ud fra Kundens konkrete behov og den oprindelige vurdering fra Rammeaftalen?

[Svar 1.81]

Udbudsbetingelser

Bilag I.B Kundens tildeling ved model B kvalitetstest

Bilag I.C Kundens tildeling ved model C kvalitetsafprøvning

Delaftale 1

Genåbning af konkurrencen sker ved Kundens fremsendelse af opfordringsskrivelse, hvor en tidsplan herunder frister samt øvrige nødvendige oplysninger vil fremgå jf. bilag I.B, punkt 2.1. og jf. bilag I.C, punkt 3.1.

Processen og vilkårene for genåbningen af konkurrencen er herved klart beskrevet og offentliggjort med udbudsmaterialet, hvortil det alene er op til Kunden at opføre sit individuelle behov, som herefter afspejles i det repræsentative udsnit, der gøres til genstand for kvalitetsevaluering. SKI fastholder den offentliggjorte model.

Opdateret ved svar på spørgsmål 1.109

...

[Spørgsmål 1.94]

Det fremgår ikke af svaret på spørgsmål 1.81, hvori ”genåbning” af konkurrencen indgår i Model B og C. I opfordringsskrivelsen bliver Leverandørerne jo alene bedt om at fremsende præcist de tilbudte produkter fra sortimentet, som Kunden har identificeret som repræsentative.

Leverandørerne har således ingen mulighed for at påvirke eller forbedre det ”tilbud” som Kunden foretager evalueringen på. Der iværksættes således ingen fornyet konkurrence og alle vilkår (produkter, priser, implementering, levering mv.) er i forvejen fastlagt, hvilket ikke er i overensstemmelse med Udbudslovens regler omkring genåbning af konkurrencen. Model B og C svarer i øvrigt til tildelingsmodellen på SKI rammeaftale 2.17, hvor det dog angives som ”direkte tildeling”, jf. denne rammeaftales bilag B. På baggrund af ovenstående spørges der igen, om SKI vil ændre de angive processen i Model B og C, således at der reelt sker en genåbning af konkurrencen iht. den valgte tildelingsmodel for de tilknyttede Kunder?

[Svar 1.94]

Bilag I.B Kundens tildeling ved model B kvalitetstest
Bilag I.C Kundens tildeling ved model C kvalitetsafprøvning
Delaftale 1

Opfordringsskrivelse fremsendes leverandørerne ved kundens genåbning af konkurrencen. Det er klart defineret, hvilke kunder der har tilsluttet sig denne model herunder hvornår i det offentliggjorte udbudsmateriale. Heraf fremgår de nærmere rammer for gennemførelsen af enten kvalitetstest i nedsat faggruppe eller produktafprøvning på borger med bevilling.

Bilag I.B og bilag I.C angiver vilkårene for genåbningen af konkurrencen, hvor der særligt henvises til underkriteriet ”Kvalitet”, der ikke udgør et evalueringsparameter i forbindelse med tildeling på rammeaftalen.

Kunden skal basere genåbningen af konkurrencen af et repræsentativt udsnit af den for kunden konkret forventede indkøbsvolumen.

Det skal hertil bemærkes, at leverandøren har mulighed for i rammeaftalens løbetid at substituere produkter og dermed forbedre kvaliteten af de tilbudte produkter i overensstemmelse med vilkårene i bilag III forud for den enkelte kundes genåbning af konkurrencen.

Se også spørgsmål og svar 1.81

Opdateret ved svar på spørgsmål 1.109

...

[Spørgsmål 1.109]

Det er stadig uklart for os, hvordan tildelingen efter model B og særligt C gennemføres i praksis, og dermed også hvordan vi skal optimere tilbuddet på rammeaftalen. Følgende forhold er efter vores opfattelse stadig uklare;

- Hvordan bliver Leverandøren inddraget i at sikre den mest sammenlignelige og egnede produktudvælgelse til test/afprøvning, når Kunden ikke kan forventes at have de nødvendige forudsætninger herfor på baggrund af en brand-neutral tilbudsliste.
- Hvordan sikres det, at testen/afprøvningen, særligt efter model C, gennemføres lige for alle Leverandører og på en egnet måde.
- Hvordan sikrer man korrekt evaluering af delkriterierne til kvalitet.
- Hvordan kan Leverandøren forbedre sit tilbud når konkurrencen genåbnes.

For de fleste af ovenstående forhold har SKI henvist til, at det er hver Kunde, der må sikre en test/afprøvning, der overholder udbudsmaterialet og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Det vurderes uhensigtsmæssigt for såvel Kunderne som tilbudsgiverne, at ovenstående forhold ikke er blevet afklaret i udbudsprocessen, og det vurderes at der er stor risiko for, at tildeling efter model B og særligt C vil blive problematisk og præget af vilkårlighed og ugenomsigtighed.

Vil SKI, på baggrund af ovenstående og andre spørgsmål/svar i tilbudsfasen, sikre sig, at de tilsluttede Kunder til model B og C stadig vedstår og forstår den valgte model?

[Svar 1.109]

Bilag I.B Kundens tildeling ved model B kvalitetstest, Bilag I.C Kundens tildeling ved model C kvalitetsafprøvning, Udbudsbetingelser, Delaftale 1

Kommuner tilsluttet model B og C skal gennemføre kvalitetstest eller -afprøvning i overensstemmelse med retningslinjerne, der er beskrevet i henholdsvis "Bilag I.B Kundens tildeling ved model B kvalitetstest" og "Bilag I.C Kundens tildeling ved model C kvalitetsafprøvning". Retningslinjerne skal sikre at principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet overholdes.

På foranledning af spørgsmål 1.81, 1.94 samt 1.109 præciserer SKI følgende:

Bilag I.B Kundens tildeling ved model B kvalitetstest

- "Genåbning af konkurrencen" erstattes med "tildeling af Periodekøbskontrakt på baggrund af kvalitetstest" (8 steder).
- Punkt "2.2.9 Trin 8 – Indhentelse af ESPD dokumentation" udgår.

Bilag I.C Kundens tildeling ved model C kvalitetsafprøvning

- ”Genåbning af konkurrencen” erstattes med ”tildeling af Periodekøbskontrakt på baggrund af kvalitetsafprøvning” (8 steder).
- Punkt ”3.2.8 Trin 8 – Indhentelse af ESPD dokumentation” udgår

Der er således tale om tildeling på baggrund af henholdsvis kvalitetstest samt kvalitetsafprøvning, hvor Kunden i forlængelse af SKI's tildeling på rammen foretager en kvalitativ vurdering i overensstemmelse med kundens specifikke indkøbsbehov og samtidig iagttager begrundelseskravet. Præciseringen har ingen konsekvenser for de beskrevne og offentliggjorte modeller eller metoden for kundens tildeling af periodekøbskontrakter ved kvalitetstest i nedsat faggruppe eller afprøvning på borger med bevilling, men er alene et spørgsmål om anvendelsen af termer.

SKI har, forud for udbudstidspunktet, indgået tilslutningsaftaler med de kunder, der ønsker at tilslutte sig aftalen. Tilslutningsaftalen regulerer forholdet mellem SKI og kunden. I tilslutningsaftalen forpligter kunden sig over for SKI til at gøre brug af rammeaftalen til tildeling af en periodekøbskontrakt, og kunden giver herved SKI fuldmagt til at indgå den forpligtende rammeaftale for kunden. Når SKI indgår rammeaftalen på vegne af kunden, bliver denne kunde også overfor leverandøren forpligtet til at anvende rammeaftalen til tildeling af en periodekøbskontrakt, i henhold til rammeaftalens samt tilslutningsaftalens bestemmelser herom. Kunden (kommunerne) har ved tildeling ikke frit valg mellem de øvrige tildelingsmodeller.

"Forpligtigelsens omfang på delaftale 1" er beskrevet i udbudsbetingelsernes punkt 5.1.1 og "Kundens tildeling på delaftale 1" er beskrevet i udbudsbetingelsernes punkt 5.2.1.

Se også spørgsmål og svar 1.81 og 1.94

...

Udbudsbetingelsernes bilag III ”Opdatering af sortiment” indeholdt bl.a. følgende om muligheden for substitution:

”2.1 Betingelserne for end of life og substitution

Leverandøren kan alene lade et Produkt udgå af Rammeaftalens sortiment, såfremt produktet udgår af produktion og ikke længere opdateres (*end of life*).

Det er dog en betingelse for, at Produktet kan udgå af Rammeaftalens sortiment, at det samtidigt substitueres med et andet Produkt efter nedenstående betingelser. Dette gælder både det obligatoriske og det frivillige sortiment.

Substitution sker 1:1. Det vil sige, at hvis ét Produkt skal udgå, skal det samtidig substitueres med et andet. Hvis der er to Produkter, der skal udgå, skal begge Produkter substitueres med to andre Produkter osv.

Leverandøren kan lade et Produkt udgå fra det obligatoriske sortiment og erstatte dette med et Produkt fra det frivillige sortiment, og i dette tilfælde kan Produktet udgå fra det frivillige sortiment uden yderligere substitution.

Substitution i det obligatoriske sortiment med et Produkt fra det frivillige sortiment gælder dog kun, hvis Leverandøren ikke har mulighed for at substituere med et Produkt i Leverandørens produktsortiment udenfor Rammeaftalens sortiment.”

Essity Denmark A/S og Abena afgav begge tilbud på delaftale 1 inden tilbudsfristens udløb. I tilbuddet fra Essity Denmark A/S stod i følgebrevet:

”
...
Ved signering af dette følgebrev bekræfter undertegnede, at tilbuddet opfylder alle krav, vilkår og betingelser i udbudsmaterialet, og at tilbudsgiver ikke tager forbehold for krav, vilkår og betingelser i udbudsmaterialet.
...”

SKI underrettede ved mail af 18. maj 2018 Abena om, at SKI havde besluttet at tildele Delaftale 1 til Essity Denmark A/S og Abena. Af tildelingsbeslutningen fremgik, at to tilbudsgivere, Essity Denmark A/S og Abena, havde afgivet tilbud på delaftale 1, og at SKI havde vurderet de to tilbud konditionsmæssige. Om tilbudsevalueringen stod bl.a.:

”Samlet resultat af evalueringen

I tabellen nedenfor fremgår resultaterne af evalueringen af tilbuddene på Rammeaftale 50.96, delaftale 1:

Point	Abena A/S	Essity Denmark A/S
Underkriteriet ”Pris” 60 %	4,74	4,50
Underkriteriet ”Sortiments- bredde” 20 %	2,62	4,95

Underkriteriet "Service" 20 %	4,00	4,00
Samlet evaluering	4,17	4,49

Som det fremgår af tabellen ovenfor (og som uddybes i det følgende), har Essity Denmark A/S og Abena A/S afgivet de økonomisk mest fordelagtige tilbud, og SKI agter derfor at tildele Rammeaftale 50.96, del-aftale 1 til Essity Denmark A/S og Abena A/S.

Essity Denmark A/S tildeles derfor Rammeaftalen som den leverandør, der har opnået den bedste samlede score, og Abena A/S tildeles Rammeaftalen som den leverandør, der har opnået den næstbedste samlede score.

...

Evalueringresultat af underkriteriet "Sortimentsbredde":

Point	Abena A/S	Essity Denmark A/S	Vægt
Buksebleer	1,57	5,00	26 %
Bæltebleer	1,00	5,00	16 %
Herrebind	1,67	5,00	3 %
Indlæg/bind kvinder	3,33	5,00	16 %
Tapebleer	2,54	5,00	14 %
Åbne bleer	5,00	5,00	20 %
Bleer til børn	1,40	2,60	2 %
Fikseringstrusser	2,00	5,00	1 %
Underlag/stiklagner	3,00	5,00	2 %
Samlet evaluering af underkriteriet "Sortimentsbredde"	2,62	4,95	100 %

”

I forbindelse med tilbudsevalueringen har SKI udarbejdet et evalueringsskema. Af skemaet fremgik bl.a., at SKI under tilbudsevalueringen anmodede

begge tilbudsgivere om at fremsende supplerende oplysninger i form af dokumentation, jf. § 159, stk. 5, på varelinjer i det frivillige sortiment A, selv om der ikke var fejl i de indkomne tilbud

Om baggrunden herfor fremgik følgende af evalueringsnotatet:

” ...

Derfor har SKI på baggrund af det særlige kendskab til markedets producenter, som efterfølgende netop udgør de 2 tilbudsgivere på delaftale 1, valgt at foretage en udvidet kontrol af det tilbudte sortiment, da der er tilbudt en række produkter, som SKI ikke har kendskab til fra det europæiske marked, og som SKI vil sikre sig ikke udgør identiske produkter, der alene adskiller sig i forpakningstørrelse, udseende eller navn evt. begrundet parallelimportering. I henhold til SKI's vejledning til tilbudslisten er det netop ikke konditionsmæssigt, at tilbyde identiske produkter i henhold til tekstudsnittet nedenfor. Beslutningen om den indgående kontrol af de tilbudte produkter understøttes endvidere af, at evalueringen af sortimentsbredden er udslagsgivende for delaftalens resultat, herunder hvilken tilbudsgiver der opnår den højeste samlede score, og som derved får tildelt periodekøbskontrakter ved direkte tildeling fra kunder tilsluttet model A jf. punkt 5.2.3.

... ”

I SKI's mail til Essity Denmark A/S af 13. april 2018 stod der:

” ...

Vedrørende oplysninger angivet i dokumentet ”Bilag VII.B Leverandørens tilbud (tilbudsliste), v2 delaftale 1” under fanen ”3. Tilbudsliste Frivillige supplerende produkter (Sortiment A)”

I gennemgangen af Essity Denmark A/S' tilbud på 50.96 Bleer, delaftale 1 Bleer med bevilling, har SKI konstateret, at der er behov for at indhente supplerende oplysninger i form af dokumentation for at en række produkter tilbudt under ”3. Tilbudsliste Frivillige supplerende produkter (Sortiment A)” opfylder kravene, der er angivet i udbudsmaterialet.

SKI skal på denne baggrund med hjemmel i udbudslovens § 159, stk. 5 anmode Essity Denmark A/S om at fremsende supplerende oplysninger i form af dokumentation for, at de tilbudte produkter, som fremgår af vedhæftede dokument ”Essity indhentelse af supplerende oplysninger”, opfylder følgende krav i udbudsmaterialet:

Bilag VII.A Kravsspecifikation:

A1	Produkterne skal være CE-mærkede.
----	-----------------------------------

A2	Produkterne skal være miljømærkede med Svanemærket eller på anden vis kunne dokumentere at produkterne lever op til miljømæssige krav ved at være certificeret i henhold til ISO 14040 eller tilsvarende standard.
A6	De tilbudte produkter må ikke indeholde parfume, duftstoffer, hudcreme eller lotion.
C1	Relevant information og symboler/tegninger vedrørende hvordan og til hvad produktet anvendes skal være på dansk og vedlægges eller fremgå af produktets pose (inderforpakning).
C3	Alt materiale vedrørende de tilbudte produkter, f.eks. vejledninger, datablade, varedeklarationer, sikkerhedsforskrifter, brochurer m.m til såvel borger som personale skal være på dansk.
C4	Tekst på produkter og emballage skal være på dansk. Produkt-navne undtaget.

SKI skal endvidere med hjemmel i udbudslovens § 159, stk. 5 anmode Essity Denmark A/S om at fremsende supplerende oplysninger i form af dokumentation for, at de produkter, som fremgår af vedhæftede dokument ”Essity indhentelse af supplerende oplysninger”, er i overensstemmelse med de oplysninger, som Essity Denmark A/S har angivet i ”Bilag VII.B Leverandørens tilbud (tilbudsliste), v2 delaftale 1” under fanen ”3. Tilbudsliste Frivillige supplerende produkter (Sortiment A)”, i kolonnerne L, M, S og U.

De supplerende oplysninger i form af dokumentation kan eksempelvis udgøre produktblade eller lign., således SKI objektivt kan konstatere, hvorvidt kravene er opfyldt.

Såfremt SKI konstaterer, at et eller flere af de tilbudte produkter ikke efterlever kravene i udbudsmaterialet vil produktet (eller produkterne) ikke indgå i opgørelsen af varelinjer indenfor den pågældende underproduktgruppe i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes punkt 9.2.6.3 om ”Fejl på det frivillige sortiment” jf. også udbudsbetingelsernes punkt 8.1.4.

...

Det er oplyst i evalueringsnotatet, at det vedhæftede dokument ”Essity indhentelse af supplerende oplysninger” omhandlede 70 produkter i tilbuddet fra Essity Denmark A/S.

Ved mail af 24. april 2018 sendte Essity Denmark A/S en redegørelse med erklæringer vedrørende CE-mærkninger, virksomhedens miljøtiltag samt produktblade for de 70 produkter. I redegørelsen hed det:

” ...

Indledningsvis skal jeg for god ordens skyld bekræfte, at alle Essity Denmark A/S' tilbudte produkter opfylder alle krav i udbudsmaterialet samt at alle angivne oplysninger i vores tilbud er korrekte.

Som efterspurgt sendes hermed dokumentation for, at de efterspurgte produkter i det frivillige Sortiment A opfylder kravene, der er angivet i udbudsmaterialet.

Dokumentationen består af en redegørelse vedr. vores generelle overholdelse af kravet om CE-mærkning og ISO 14040 certificering, samt produktblade for produkterne.

Redegørelsen og produktbladene dokumenterer, at de tilbudte produkter i dokumentet ”Essity indhentelse af supplerende oplysninger” opfylder de fremhævede krav fra Kravspecifikationen. Produktbladene dokumenterer også, at de tilbudte produkter er i overensstemmelse med de oplysninger, som Essity Denmark A/S har angivet i ”Bilag VII.B Leverandørens tilbud (tilbudsliste), v2 delaftale 1” under fanen ”3. Tilbudsliste Frivillige supplerende produkter (Sortiment A)”, i kolonnerne L, M, S og U.

...”

SKI har i forlængelse heraf anført følgende i evalueringsnotatet:

” ...

SKI har gennemgået samtlige 70 produktblade og konkluderet, at det fremsendte materiale på tilstrækkelig vis dokumenterer, at de 70 produkter (varelinjer) efterlever de materielle krav i udbudsmaterialet, hvorfor SKI ikke har fundet anledning til at kontrollere forholdet yderligere.

...”

Til illustration af forskelligheden har SKI for klagenævnet fremlagt 3 produktblade (792336, 792335 og 792324), der indgik i de produkter, Essity Denmark A/S tilbød på sortiment A.

Produktet 792336 TENA Pants Super Value XL relaterede sig til den obligatoriske vareposition med ID. Nr. 50960117-00000020. Essity Denmark A/S tilbød på varepositionen i det obligatoriske sortiment TENA Pants Super XL, hoftevidde 120-160 cm, sugeevne 1968 ml.

Varepositionen i det obligatoriske sortiment vedrørende dette SKI-ID omfattede: Buksebleer, voksen, hoftevidde skal dække 130-160 cm. Sugeevnen skal ligge imellem 1600-2100 ml.

TENA Pants Super Value XL havde ifølge produktbladet en hoftevidde på 120-160 og en teoretisk sugeevne på 1620 ml.

Produkterne 792335 TENA Pants Plus Value XL og 792324 TENA Pants Plus Basic XL relaterede sig til den obligatoriske vareposition med ID. Nr. 50960117-00000019. Essity Denmark A/S tilbød på varepositionen i det obligatoriske sortiment TENA Pants Plus XL, hoftevidde 120-160 cm, sugeevne 1540 ml.

Varepositionen i det obligatoriske sortiment vedrørende dette SKI-ID omfattede: Buksebleer, voksen, hoftevidde skal dække 130-160 cm. Sugeevnen skal ligge imellem 1100-1599 ml.

TENA Pants Plus Value XL (792335) havde ifølge produktbladet en hoftevidde på 120-160 og en teoretisk sugeevne på 1120 ml.

TENA Pants Plus Basic XL (792324) havde ifølge produktbladet en hoftevidde på 120-160 og en teoretisk sugeevne på 1440 ml.

Af evalueringsnotatet fremgik endelig:

” ...

Abena A/S har for underkriteriet ”Sortimentsbredde” opnået 2,62 på en pointskala fra 1 -5. Abena A/S skulle for at have opnået mindst 4,27 point for underkriteriet ”Sortimentsbredde”, såfremt pointene for de øvrige underkriterier ”Pris” og ”Service” er uforandret. For at opnå den højeste samlede score skulle Abena A/S for underkriteriet ”Sortimentsbredde” have opnået 1,65 point højere end 2,62 point, hvilket svarer til, at Abena A/S skulle have tilbudt yderligere ca. 75 produkter i det frivillige sortiment A, fordelt forholdsmæssigt i underproduktgrupperne i overensstemmelse med antallet af produkter i det obligatoriske sortiment.

...”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

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

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

Særligt vedrørende påstand 1 har Abena gjort gældende, at SKI har tilrettelagt udbuddet på en sådan måde, at en tilbudsgiver ikke var forhindret i at inkludere fiktive produkter i sit tilbud vedrørende det frivillige sortiment A, der alene var en del af evalueringen i relation til, hvor mange produkter tilbudsgiveren kunne tilbyde

SKI har en særlig pligt til at påse, at der er realitet i den foretagne evaluering, herunder at en tilbudsgiver ikke afgiver tilbud med et fiktivt sortiment og dermed tiltager sig en kunstig fordel i konkurrencen på bekostning af de andre tilbudsgivere. Dette gælder så meget desto mere under de foreliggende omstændigheder, hvor en tilbudsgiver afgiver tilbud med et så stort antal produkter i det frivillige sortiment A, og hvor underkriteriet ”Sortimentsbredde” blev udslagsgivende for konkurrencen mellem de bydende.

Det er et grundlæggende princip i EU udbudsretten, at ordregiver skal tilrettelægge et udbud på en måde, så det er muligt at kontrollere tilbuddenes indhold i henhold til de opstillede tildelingskriterier, jf. bl.a. herved EU-domstolens dom C-448/01, EVN, præmis 48-50 og 52.

SKI har tilrettelagt sit udbud på en måde, hvor SKI ikke kontrollerede opfyldelsen af underkriteriet Sortimentsbredde, selv om en sådan kontrol var mulig. Herved overtrådte SKI ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Særligt vedrørende påstand 1 har SKI gjort gældende, at udbudsdesignet og udbudsmaterialet, herunder tildelingskriteriet, blev udarbejdet i overensstemmelse med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, herunder at alle tilbudsgiverne blev behandlet lige og har været i stand til at forudsige og gennemskue kriteriet for tildelingen, ligesom det har været muligt at foretage en effektiv kontrol, hvilket også skete, selv om SKI ikke var forpligtet hertil.

Det er ordregivers valg, hvordan den udbudte kontraktgenstand skal defineres, herunder hvilke krav der skal stilles til ydelserne. Det er dermed op til ordregiver at fastsætte udbudsdesignet, og ordregiver skal i den forbindelse ved beskrivelsen af kravene sikre sig, at tilbudsgiverne er i stand til at forudsige og gennemskue kriterier for tildelingen og de krav og betingelser, der vil være gældende for den senere udførelse, hvilket SKI har sikret sig med tilbuddet.

Det klare udgangspunkt er, at der ikke gælder en pligt for ordregivere til at undersøge tilbudte varer m.v. nærmere. En ordregiver er efter fast praksis berettiget til at lægge oplysninger i de afgivne tilbud oprøvet til grund, medmindre der foreligger sådanne særlige omstændigheder, som begrundes, at ordregiveren er forpligtet til at efterprøve oplysningerne, jf. bl.a. kendelse af 28. marts 2007, Fujitsu Siemens mod Finansministeriet og SKI. Kendelsen viser, at der alene sker en fravigelse i de tilfælde, hvor ”særlige omstændigheder” medfører, at oplysninger fra en tilbudsgiver er forkerte. Det skal således være tydeligt for en ordregiver, at tilbuddet ikke lever op til kravene i udbudsbetingelserne, førend der gælder en forpligtelse for ordregiver til at foretage nærmere undersøgelser af oplysningerne i tilbuddet.

En ordregiver må ved tilrettelæggelsen af sit udbudsmateriale gå ud fra, at tilbudsgiverne ikke afgiver usandfærdige tilbud, og at det ikke er et udbudsretligt krav, at udbud skal tilrettelægges på en måde, så tilbudsgiverne ikke føler sig fristet til at afgive urigtige tilbud. SKI måtte således gå ud fra, at tilbuddene ikke indeholdt fiktive produkter, hvilket heller ikke blev konstateret ved den efterfølgende kontrol. Såfremt det måtte vise sig, at de konkret tilbudte produkter var fiktive, eller på anden måde ikke opfyldte kravene i udbudsmaterialet, er der ifølge fast klagenævnspraksis desuden tale om et kontraktuelt mellemværende mellem parterne, som håndteres i henhold til den kontraktuelle regulering af misligholdelse.

Tilbudsgiverne har i dette udbud skullet byde ind med helt konkrete produkter med angivelse af produktnavn og en række tekniske egenskaber. Dette fremgik klart af udbudsmaterialet, herunder tilbudslisten. Dermed var det muligt at identificere de tilbudte produkter og om nødvendigt at foretage en kontrol af, om de levede op til de stillede krav.

Det valgte udbudsdesign har således været fuldt lovligt og i overensstemmelse med udbudsrettens grundlæggende principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet samt udbudsretlig praksis.

Særligt vedrørende påstand 1A har Abena gjort gældende, at SKI har fastsat et udbudsgrundlag, hvor hverken SKI eller SKI's kunder kan antages at kontrollere de produkter, der er tilbudt i det frivillige sortiment A.

SKI kontrollerede ikke de tilbudte produkter i det frivillige sortiment A, og det kan ikke forventes, at kommunerne foretager kontrol af, om de tilbudte produkter på det frivillige sortiment A på den ene side (i) ikke er de samme produkter, som tilbudsgiveren har tilbudt på det obligatoriske sortiment og i fornødent omfang adskiller sig fra de tilbudte produkter på det obligatoriske sortiment, og (ii) på den anden side opfylder de krav, som SKI har stillet til det obligatoriske sortiment, og som gælder tilsvarende for det frivillige sortiment A.

Kommunerne er interesserede i at have et sortiment, som dækker brugernes behov, og er visitationsmæssigt ikke i stand til at håndtere et stort frivilligt sortiment. Kommunerne kan derfor ikke forventes at ville eller kunne håndtere et så omfattende frivilligt sortiment som 200 % af det obligatoriske sortiment, hvorfor det reelt er risikofrit at tilbyde ikkeeksisterende produkter som del af det frivillige sortiment.

Selv hvis en kunde mod forventning ville efterspørge et af de produkter, som Essity Denmark A/S har tilbudt inden for det supplerende sortiment, men som antages ikke at eksistere, vil det i henhold til udbudsmaterialet være muligt for Essity Denmark A/S at substituere dette produkt med et andet, jf. bl.a. spørgsmål/svar 1.94.

Særligt vedrørende påstand 1A har SKI gjort gældende, at der ikke gælder en generel pligt for ordregivere til at undersøge rigtigheden af oplysningerne i de afgivne tilbud, og at undersøgelsespligten i medfør af udbudslovens § 164, stk. 2, alene aktiveres i de tilfælde, hvor der er tvivl om oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet.

Selv om SKI ikke var forpligtet hertil, valgte SKI at undersøge begge de indkomne tilbud nærmere, herunder det tilbudte sortiment.

SKI indhentede supplerende oplysninger i henhold til udbudslovens § 159, stk. 5, fra de to tilbudsgivere i form af dokumentation for, at en række produkter tilbudt i det frivillige sortiment A opfyldte kravene i udbudsmaterialet og var i overensstemmelse med de oplysninger, som tilbudsgiverne havde angivet i tilbuddene. SKI modtog fra Essity Denmark A/S en erklæring, der bekræftede, at samtlige produkter var i overensstemmelse med kravene i udbudsmaterialet, og at de i tilbudslisten anførte oplysninger var korrekte. Videre modtog SKI 70 produktblade samt erklæringer om henholdsvis CE-mærkning og Essity Denmark A/S' miljøtiltag. SKI gennemgik de 70 produktblade fra Essity Denmark A/S og konkluderede, at det fremsendte materiale på tilstrækkelig vis dokumenterede, at de 70 produkter (varelinjer) efterlevede de materielle krav i udbudsmaterialet. Samtidig konstaterede SKI, at de tilbudte produkter var forskellige, når man så på de tekniske egenskaber, og at de tilbudte produkter således ikke havde identiske tekniske egenskaber. SKI foretog den samme undersøgelse vedrørende produkterne tilbudt af Abena.

Særligt vedrørende påstand 2 har Abena gjort gældende, at SKI, ved at lade den udbudte rammeaftale omfatte et frivilligt sortiment B, har overtrådt udbudslovens principper om ligebehandling og gennemsigtighed. SKI har således givet kommunerne mulighed for frit at indkøbe et sortiment af en uvis bredde, værdi og omfang, som ikke har været konkurrenceudsat eller kravspecificeret. En sådan udformning af udbudsgrundlaget med et frivilligt sortiment B er helt grundlæggende i strid med og en omgåelse af udbudslovens princip om, at offentlige kontrakter over en vis værdi skal udbydes og er dermed også i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Særligt vedrørende påstand 2 har SKI overordnet gjort gældende, at udbudsdesignet og den anvendte evalueringsmetode, herunder i relation til håndteringen af det frivillige sortiment B, blev udarbejdet i overensstemmelse med udbudslovens § 160, og i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

SKI har nærmere anført, at det frivillige sortiment B alene indeholdt produkter, der var defineret i det obligatoriske sortiment, men som på grund af proportioner og krav til fx sugeevne ikke kunne placeres i det obligatoriske sortiment. I sortiment B kunne alene tilbydes produkter, som holdt sig indenfor produktundergrupper i det obligatoriske sortiment.

Sortiment B var bundet op på det obligatoriske sortiment for så vidt angår de kvalitative krav, ligesom der var fastsat mindstekrav til priserne, som ikke måtte være højere end tilbudsgiverens listepriser eller producentens vejledende udsalgspris for produktet. Hertil kom, at sortiment B ikke var omfattet af kundernes aftageforpligtelse. Der var således tale om en ”styret vareliste”.

Det var tydeligt beskrevet i udbudsmaterialet, hvordan tilbudsevalueringen ville finde sted, og at sortiment B ikke ville indgå i evalueringen. Det fremgår ikke af udbudsloven eller praksis fra EU-domstolen eller klagenævnet, at alle dele af en udbudt kontrakt skal indgå i evalueringen for at ydelsen kan anses for at have været konkurrenceudsat. Det er eksempelvis anerkendt, at optioner ikke nødvendigvis skal indgå i prisevalueringen, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 30. marts 2017, Euro Therm A/S mod Hinnerup Fjernvarme A.m.b.a.

I forbindelsen med forberedelsen af udbuddet undersøgte SKI, i hvor høj grad tilbudslistens positioner på det obligatoriske sortiment og det frivillige sortiment A matchede det faktiske forbrug hos kommunerne. Undersøgelsen viste, at de fastlagte positioner på det obligatoriske sortiment og sortiment A (intervaller) i særdeles høj grad matchede kommunernes forbrug. Kun ganske få produkter, som kommunerne anvendte, kunne ikke placeres inden for de fastlagte intervaller på det obligatoriske sortiment og det frivillige sortiment A. Disse produkter var typisk karakteriseret ved at være specialprodukter, som ikke alle markedsaktører kunne levere, og de var derfor ikke omfattet af de fastlagte intervaller. Frivilligt sortiment B blev alene medtaget for at sikre borgernes valgfrihed. At der også reelt var tale om et marginalt antal produkter, der var omfattet af sortiment B, blev bekræftet under tilbudsgennemgangen, hvor sortiment B udgjorde 0 % af Essity Denmark A/S’ sortiment og mindre end 3 % af Abenas samlede sortiment.

Det følger af udbudslovens § 45, stk. 2, og bemærkningerne hertil, at der ikke skal evalueres på alle dele af et sortiment, så længe der evalueres på baggrund af et ”repræsentativt udsnit”, særligt når der som her er tale om, at beskrivelsen af kontraktens genstand sker via produktkategorier. I nærværende udbud er der sket en konkurrenceudsættelse af mere end et repræsentativt udsnit, og selv hvis det frivillige sortiment B havde været en del af evalueringsgrundlaget, ville det på grund af de få produkter ikke have haft

nogen konkret betydning for udbuddets udfald eller konkurrencen som sådan.

Endelig har SKI anført, at produkterne på det frivillige sortiment B har et sådant omfang, at de – såfremt de ikke havde været en del af udbuddet – ville kunne købes uden udbud efter delydelsesreglen i udbudslovens § 8.

Det var derfor fuldt lovligt, at SKI tilrettelagde udbudsmodellen således, at konkurrencen og evalueringen blev gennemført på det obligatoriske sortiment og frivillige sortiment A, der udgjorde langt den største del af volumen og det estimerede indkøb.

Særligt vedrørende påstand 3 har Abena gjort gældende, at SKI har fastsat krav til det frivillige sortiment A, som ikke var objektive og dermed uigenomsigtige.

Det fremgår ikke på nogen måde, hvor små eller store forskelle som var tilstrækkelige til, at produktet adskilte sig fra det obligatoriske sortiment og dermed kunne tilbydes i sortiment A. SKI havde opbygget tilbudslisten med angivelse af intervaller ud fra de forskellige produkttyper. En tilbudsgiver ville derfor kunne tilbyde produkter i sortiment A, som reelt var det samme produkt, man havde tilbudt under det obligatoriske sortiment, men hvor forskellen alene bestod i, at produkterne lå i hver sin ende af et angivet interval for eksempelvis sugeevne. Som udbudsmaterialet var udformet, ville SKI i en sådan situation ikke være i stand til at afvise, at produktet kunne indgå i sortiment A.

SKI har således ved udformningen af udbudsmaterialet handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, idet tilbudsgiverne kunne afgive tilbud med helt eller delvist identiske produkter på det obligatoriske og frivillige sortiment A, uden at SKI eller SKI's kunder kunne kontrollere, om produkterne reelt var forskellige, jf. kendelse af 1. december 2017, Sanistål A/S mod Københavns Kommune, ad påstand 4.

Særligt vedrørende påstand 3 har SKI gjort gældende, at det var entydigt fastsat i udbudsmaterialet, at de tilbudte produkter under sortiment A skulle have en identisk pris som produkterne på den tilsvarende varelinje i det obligatoriske sortiment, og at de skulle leve op til de samme krav, som var gældende for det obligatoriske sortiment. Desuden var det fastsat, at pro-

dukterne skulle være reelt forskellige. Dette var ikke udtryk for et udbudsretligt krav om forskellighed, men et krav indsat af SKI med henblik på at sikre, at man ikke som tilbudsgiver ville kunne få point flere gange for det samme produkt.

I sortimentsudbud er ordregiver indrømmet en særlig adgang til at kravspecificere de efterspurgte varer med henvisning til produktkategorier, jf. bemærkningerne til udbudslovens § 45, stk. 1. SKI's udbudsmateriale levede til fulde op til udbudslovens bestemmelser herom. Beskrivelsen var tilstrækkelig klar til, at potentielle tilbudsgivere kunne vurdere, om de havde interesse i at afgive tilbud, og hvilke produkter der kunne afgives tilbud med.

Af tilbudslisten fremgik det klart, at det ikke var muligt at byde ind med helt eller delvist identiske produkter under det obligatoriske sortiment og det frivillige sortiment A. For at være sikker på, at de tilbudte produkter var reelt forskellige, foretog SKI forud for tilbudsevalueringen en faktisk kontrol af de tilbudte produkter under det frivillige sortiment A. SKI konstaterede, at de tilbudte produkter efterlevede de materielle krav, at de var reelt forskellige i forhold til de tekniske egenskaber, og at de således ikke havde sammenlignelige tekniske egenskaber.

Særligt vedrørende påstand 4 har Abena gjort gældende, at SKI oprindeligt havde anført, at der ved tildeling i henhold til udbudsbetingelsernes model B og C ville blive anvendt en fremgangsmåde med genåbning af konkurrencen. Efter offentliggørelse af udbudsgrundlaget blev det imidlertid klart, at en genåbning af konkurrencen ikke ville finde sted, idet resultatet fra tildelingen af rammekontrakten vedrørende underkriterierne ”pris”, ”service” og ”sortiment” ville blive videreført uændret ved tildelingen i henhold til model B og C. Da SKI efterfølgende blev gjort opmærksom på, at der ikke kunne antages at være konkurrence på noget element ved tildeling i henhold til udbudsbetingelsernes model B og C, ændrede SKI betegnelsen til ”periodekøbskontrakt”.

SKI har dermed ændret tildelingen af kontrakter i henhold til model B og C fra en genåbning af konkurrencen til en direkte tildeling. Dette var en ændring af et grundlæggende element af udbuddet, som alene kunne finde sted ved annullering af udbuddet og genudbud af rammeaftalen.

Særligt vedrørende påstand 4 har SKI overordnet gjort gældende, at udbudsdesignet og udbudsmaterialet, herunder fremgangsmåden for tildeling under model B og C, var i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Ski har nærmere anført, at tildelingsmodellerne ikke blev ændret under udbudsprocessen, men fastholdt i den form, de var beskrevet i udbudsbetingelserne. Selvom udtrykket ”genåbning af konkurrencen” blev benyttet i beskrivelsen af tildelingsmodellerne, fremgik det klart, at der ikke var tale om ”genåbning af konkurrencen”, men om en behovsbaseret kvalitetstest/-afprøvning på baggrund af allerede tilbudte produkter med tilhørende tilbudte priser.

SKI vurderede imidlertid efter modtagelsen af spørgsmål om tildeling efter model B og C, at udtrykket ”genåbning af konkurrencen” kunne give anledning til misforståelser og præciserede derfor udtrykket. Fremgangsmåden var mekanisk set den samme både før og efter præciseringen, da underkriteriet ”Kvalitet” både før og efter præciseringen skulle evalueres på baggrund af kvalitetstests (model B) eller kvalitetsafprøvning (model C), ligesom resultatet af evalueringen af de øvrige underkriterier blev videreført. Præciseringen udgjorde derfor ikke en ændring af et grundlæggende element eller en væsentlig ændring i øvrigt.

Særligt vedrørende påstand 5 har Abena gjort gældende, at de overtrædelser af udbudsreglerne, der følger af påstandene 1-3, såvel isoleret set som samlet set må bevirke, at tildelingsbeslutningen annulleres.

Særligt vedrørende påstand 5 har SKI gjort gældende, at det følger af det, der er anført under påstand 1-4, at SKI ikke har overtrådt udbudsreglerne som påstået af Abena. Abena skal på den baggrund ikke have medhold i påstand 5.

Ad uopsættelighed

Abena har gjort gældende, at SKI har overtrådt udbudslovens regler og principper på så grov en måde, at kravene til uopsættelighed er lempet, jf. herved EU-domstolens kendelse af 23. april 2015 i sag C-35/15 P (R), Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits.

Den udbudte kontrakt vedrørende delaftale 1 omfattede en meget betydelig del af det offentlige marked for bleer med bevilling, hvor der kun i meget begrænset omfang er et privat marked. Abena vil dermed løbe en betydelig risiko for at blive fjernet som konkurrent på dette marked som følge af SKI's overtrædelser af udbudsloven.

SKI har gjort gældende, at SKI ikke har overtrådt de udbudsretlige regler, og at de påståede forhold på ingen måde er af en så grov karakter, at kravene til uopsættelighed skal lempes, jf. kendelse af 23. april 2015 i sag C-35/15 P (R), Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits.

Det følger af fast EU-praksis og klagenævnspraksis, at det påhviler Abena at godtgøre, at Abena vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis virksomheden skal afvente afgørelsen i hovedsagen. Det følger endvidere af fast EU-praksis og klagenævnspraksis, at der ikke foreligger et sådant tab, hvis tabet er økonomisk, og der senere kan betales erstatning herfor. Et økonomisk tab kan kun anses for uopretteligt, hvis selve virksomhedens eksistens vil være truet, såfremt opsættende virkning ikke gives. Abena har ikke godtgjort, at dette skulle være tilfældet for Abenas virksomhed.

Endvidere følger det af EU-praksis, at en virksomhed, der deltager i et udbud, aldrig kan regne med at få tildelt kontrakten, og dette udgør en normal kommerciel risiko, som virksomheden må tage i betragtning.

Endvidere bør det tages i betragtning, at Abena allerede på tidspunktet før indlevering af tilbuddet i det offentlige udbud var bekendt med udbudsproceduren og udbudsmaterialet. Det bør således også af den årsag være udelukket at anse betingelsen om uopsættelighed for opfyldt, jf. klagenævnets delkendelse af 12. januar 2016, Struensee & Co. mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

Ad interesseafvejning

Abena har gjort gældende, at der ingen særlige hensyn er at tage til SKI i relation til dette kriterium. Udbuddet er i forvejen blevet forsinket i forhold til den på forhånd fastlagte tidsplan, og det må formodes, at SKI uden væsentlige gener vil kunne foretage ad hoc anskaffelser, indtil der lovligt kan indgås en rammeaftale, der dækker SKI's behov.

SKI har gjort gældende, at SKI har en betydelig interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning. SKI har på nuværende tidspunkt ingen rammeaftale på bleer, hvorfor en række af SKI's kunder, som har tilsluttet sig den udbudte rammeaftale, ikke har mulighed for at indkøbe bleer på en SKI rammeaftale på nuværende tidspunkt.

Hertil bemærkes, at SKI skal sikre forsyningssikkerheden i forhold til sine kunder, og at indkøb af bleer er nødvendigt for en særlig svag og ofte sygdomsramt gruppe af borgere, herunder ældre borgere, og at indkøbene er nødvendige for at imødekomme hensynet til disse borgernes sundhed og livskvalitet.

Disse hensyn vejer tungere end Abenas interesse i at få klagen tillagt opsættende virkning. Også en interesseafvejning tilsiger således i sig selv, at Abenas begæring om opsættende virkning ikke tages til følge.

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 følgende:

Ad påstand 1

Det er ikke et udbudsretligt krav, at ordregiveren tilrettelægger udbuddet på en sådan måde, at der faktisk gennemføres en effektiv kontrol med de oplysninger, der er indeholdt i en tilbudsgivers oplysninger i forhold til de enkelte under- eller delkriterier.

Det følger af udbudslovens § 159, stk. 3, at en ordregiver i tvivlstilfælde skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i ansøgningen eller tilbuddet.

Bemærkningerne til § 159, stk. 3, indeholder ikke nærmere fortolkningsbidrag til bestemmelsens indhold, og bestemmelsen skal ses i sammenhæng med den tilsvarende regel i lovens § 164, stk. 2. Både efter disse bestemmelser og efter hidtidig praksis er udgangspunktet, at et tilbud skal evalueres på grundlag af sit eget indhold, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 7. december 2017, Maquet Danmark A/S mod Region Midtjylland. Ordregiveren er alene forpligtet til at kontrollere oplysningerne i tilbuddet, hvis der for ordregiveren foreligger omstændigheder, som giver særlig anledning til en sådan kontrol.

I disse tilfælde skal ordregiveren foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har indsendt.

SKI har derfor ikke været forpligtet til at tilrettelægge udbuddet således, at der obligatorisk blev gennemført en effektiv kontrol med nøjagtigheden af de oplysninger, der var indeholdt i tilbudsgivernes tilbud for så vidt angår underkriteriet ”sortimentsbredde”, selv om en sådan kontrol var mulig.

Det bemærkes i øvrigt, at hvis det efter kontraktindgåelsen står klart, at den vindende tilbudsgiver ikke kan levere det, som den pågældende tilbudsgiver har tilbudt, vil en ordregiver efter omstændighederne kunne være forpligtet til at hæve kontrakten, fordi en accept af at modtage den ikke kontraktmæssige ydelse vil ændre kontraktens genstand i et sådant omfang, at udbudspligten ikke er afløftet ved det afholdte udbud.

Der er derfor på det foreliggende foreløbige grundlag ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Ad påstand 1 a

Det fremgår af evalueringsnotatet, at SKI under tilbudsevalueringen anmodede Abena og Essity Denmark A/S om at fremsende supplerende oplysninger i form af dokumentation på varelinjer i det frivillige sortiment A, jf. udbudslovens § 159, stk. 5.

Videre fremgår det af evalueringsnotatet vedrørende Essity Denmark A/S, at ”SKI har gennemgået samtlige 70 produktblade og konkluderet, at det fremsendte materiale på tilstrækkelig vis dokumenterer, at de 70 produkter (varelinjer) efterlever de materielle krav i udbudsmaterialet, hvorfor SKI ikke har fundet anledning til at kontrollere forholdet yderligere.”

SKI konkluderede tilsvarende i evalueringsnotatet for så vidt angår de 22 produktblade, som Abena havde fremsendt.

Da der således blev foretaget en undersøgelse af oplysningerne i tilbuddet fra Essity Denmark A/S for så vidt angår sortiment A, forinden SKI traf afgørelse om, til hvem rammeaftalen på delaftale 1 skulle tildeles, er der på det foreliggende foreløbige grundlag ikke udsigt til, at påstand 1 a vil blive taget til følge.

Ad påstand 2

Det udbudsretlige udgangspunkt er, at der skal foretages en evaluering af tilbuddene i forhold til hele den udbudte kontrakt.

Det følger imidlertid af udbudslovens § 45, stk. 2, at tilbudsevalueringen i medfør af lovens § 160 kan ske på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgivernes tilbudte sortiment i forbindelse med gennemførelsen af et udbud, hvor ordregiveren henviser til specifikke produktkategorier.

Ordregiveren kan således i både prismæssig og kvalitativ henseende evaluere indkomne tilbud på grundlag af et repræsentativt udsnit af tilbudsgivernes sortiment.

På baggrund af udbudsbetingelsernes pkt. 4.1.1 og pkt. 8.1.4 sammenholdt med opbygningen af tilbudslisterne har det endvidere været klart for tilbudsgiverne, at produkterne, som tilbydes i det obligatoriske sortiment og i det frivillige sortiment A – i modsætning til sortiment B – udgjorde den del af den samlede udbudte ydelse, herunder sortiment B, som ville indgå i evalueringen af tilbuddene.

Efter indholdet af kravspecifikationen og tilbudslisterne har produkterne, der var omfattet af udbuddet, været så detaljeret beskrevet, at der heller ikke kan have været tvivl om omfanget af den udbudte ydelse.

Der er derfor på det foreliggende foreløbige grundlag ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

Ad påstand 3

Det fremgik af tilbudslisten for det frivillige sortiment A, at de supplerende produkter, der tilbydes i sortiment A, skulle være reelt forskellige.

Kravet om forskellighed var eksemplificeret ved forskellig sugeevne, hoftevidde eller materialesammensætning.

Produktkravene for de tilbudte produkter i hver underproduktgruppe i det obligatoriske sortiment var også gældende for det frivillige sortiment A, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 4.1.1.2. De supplerende produkter i sortiment A

skulle således leve op til varelinjens angivne proportioner og krav til eksempelvis sugeevne.

SKI fastsatte kravet om ”reel forskellighed” mellem det obligatoriske sortiment og det frivillige sortiment A for at sikre, at tilbudsgiverne ikke ville kunne få points flere gange for samme produkt.

Det var på den baggrund ikke muligt at tilbyde helt identiske produkter under det obligatoriske sortiment og det frivillige sortiment A, hvilket heller ikke skete, jf. den faktiske kontrol af de tilbudte produkter, som SKI foretog under det frivillige sortiment A.

Beskrivelsen af produkterne i det obligatoriske sortiment findes at indeholde en tilstrækkelig klar beskrivelse til, at det har været muligt for tilbudsgiverne at vurdere, om de ønskede at afgive tilbud, herunder på sortiment A, samt hvilke produkter eller ydelser, der kunne danne grundlag for tilbuddet på de enkelte sortimenter.

Selv om der i udbudsbetingelserne ikke var anført noget om, i hvilken grad produkterne i sortiment A sugeevnemæssigt m.v. skulle adskille sig fra produkterne i det obligatoriske sortiment, har det på den baggrund været klart for tilbudsgiverne, at produkterne i sortiment A skulle adskille sig fra og ikke måtte være identiske med produkterne i det obligatoriske sortiment, og at forskelligheden skulle bero på for eksempel sugeevne, hoftevidde eller materialesammensætning.

Der er derfor på det foreliggende foreløbige grundlag ikke udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge.

Ad påstand 4

Af udbudsbetingelsernes bilag I.B vedrørende ”Kundens tildeling ved model B” fremgik oprindeligt blandt andet:

”2. Vægtning

...

Resultatet af evalueringen af underkriterierne ”pris”, ”service” og ”sortimentsbredde” medtages fra evalueringen af Rammeaftalen...

2.1 Generelt om genåbning af konkurrencen

Kunden er forpligtet til at gennemføre kvalitetstest i nedsat faggruppe (ved genåbning af konkurrencen) i overensstemmelse med den model, som Kunden ved tilslutning har forpligtet sig til, her model B.

...

Ved genåbning af konkurrencen sker der en fornyet konkurrenceudsættelse mellem de Leverandører, der er tildelt på Rammeaftale 50.96 Bleer, delaftale 1 Bleer med bevilling. Tildelingen skal ske til den Leverandør, der samlet opnår flest point for underkriterierne: kvalitet, pris, service og sortimentsbredde. Læs om vægtning af underkriterierne og delkriterierne i afsnit 2.

...

Genåbning af konkurrencen ved test i nedsat faggruppe indebærer alene, at Leverandørerne skal indsende de Produkter, som Kunden har angivet skal testes.

Genåbning af konkurrencen ved kvalitetstest i nedsat faggruppe indebærer derfor IKKE, at Leverandøren skal indsende nye priser. De priser, som Leverandøren har afgivet, da de blev tildelt på Rammeaftalen videreføres og indgår i evalueringen. Dette er beskrevet i afsnit 3.2.8.”

Der var anført tilsvarende i udbudsbetingelsernes bilag I.C vedrørende ”Kundens tildeling ved model C”.

SKI modtog under udbudsprocessen en række spørgsmål vedrørende tildeling af kontrakter i henhold til model B og C. På baggrund af de stillede spørgsmål 1.81, 1.94 og 1.109 besluttede SKI ved svar på spørgsmål 1.109 at foretage følgende sproglige ændring, der af SKI blev anført som en præcisering:

”Bilag I.B Kundens tildeling ved model B kvalitetstest

- ”Genåbning af konkurrencen” erstattes med ”tildeling af Periodekøbskontrakt på baggrund af kvalitetstest” (8 steder).
- Punkt ”2.2.9 Trin 8 – Indhentelse af ESPD dokumentation” udgår.

Bilag I.C Kundens tildeling ved model C kvalitetsafprøvning

- ”Genåbning af konkurrencen” erstattes med ”tildeling af Periodekøbskontrakt på baggrund af kvalitetsafprøvning” (8 steder).
- Punkt ”3.2.8 Trin 8 – Indhentelse af ESPD dokumentation” udgår

Der er således tale om tildeling på baggrund af henholdsvis kvalitetstest samt kvalitetsafprøvning, hvor Kunden i forlængelse af SKI's tildeling på rammen foretager en kvalitativ vurdering i overensstemmelse med kundens specifikke indkøbsbehov og samtidig iagttager begrundelseskravet. Præciseringen har ingen konsekvenser for de beskrevne og offentliggjorte modeller eller metoden for kundens tildeling af periodekøbskontrakter ved kvalitetstest i nedsat faggruppe eller afprøvning på borger med bevilling, men er alene et spørgsmål om anvendelsen af termer.

SKI har, forud for udbudstidspunktet, indgået tilslutningsaftaler med de kunder, der ønsker at tilslutte sig aftalen. Tilslutningsaftalen regulerer forholdet mellem SKI og kunden. I tilslutningsaftalen forpligter kunden sig over for SKI til at gøre brug af rammeaftalen til tildeling af en periodekøbskontrakt, og kunden giver herved SKI fuldmagt til at indgå den forpligtende rammeaftale for kunden. Når SKI indgår rammeaftalen på vegne af kunden, bliver denne kunde også overfor leverandøren forpligtet til at anvende rammeaftalen til tildeling af en periodekøbskontrakt, i henhold til rammeaftalens samt tilslutningsaftalens bestemmelser herom. Kunden (kommunerne) har ved tildeling ikke frit valg mellem de øvrige tildelingsmodeller.

"Forpligtigelsens omfang på delaftale 1" er beskrevet i udbudsbetingelsernes punkt 5.1.1 og "Kundens tildeling på delaftale 1" er beskrevet i udbudsbetingelsernes punkt 5.2.1.

Se også spørgsmål og svar 1.81 og 1.94

...

Det beror på en konkret vurdering, om et bestemt forhold udgør et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, en væsentlig ændring eller en uvæsentlig ændring.

Ved denne vurdering er det afgørende, om ændringen har haft betydning for kredsen af mulige ansøgere eller tilbudsgivere eller har forrykket konkurrencen mellem disse.

I de specielle bemærkninger til lovforslaget bag bestemmelsen i § 2 i udbudsloven (Lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015) om pligten til at overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet fremgår blandt andet:

”Ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet udgør ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres

deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Som eksempel herpå kan nævnes, at kriterier for tildeling tilføjes, fjernes eller rækkevidden heraf på andre måder ændres. Kriterierne for tildelingen og deres vægtning skal forblive stabile under hele udbudsproceduren, hvorfor de blandt andet heller ikke kan være genstand for forhandling i forbindelse med udbud med forhandling, jf. § 66, stk. 2.”

Det er ordregiver, der som udgangspunkt har bevisbyrden for saglighed, når der ændres i de offentliggjorte kriterier for tildeling.

Ved model B og C blev tilbudsgiverne alene opfordret til at fremsende de tilbudte produkter fra sortimentet, der blev identificeret som repræsentative.

Tilbudsgiverne havde derfor ingen mulighed for at påvirke eller forbedre tilbuddet, som evalueringen blev foretaget på baggrund af, og der var derfor reelt – uanset det oprindelige ordvalg – ingen fornyet konkurrence, da den kvalitative vurdering skete på baggrund af allerede tilbudte produkter, hvilket også må have stået tilbudsgiverne klart, herunder henset til indholdet af spørgsmålene/svarene under udbudsprocessen.

På den baggrund finder klagenævnet, at der med den ændrede sprogbrug alene skete en saglig præcisering, hvor terminologien blev bragt i overensstemmelse med modellens reelle indhold, og som ikke ændrede ved den fastsatte tildelingsmetode, der ubestridt lå indenfor rammerne af udbudslovens § 98.

Muligheden for substitution i henhold til udbudsbetingelsernes bilag III kan ikke føre til en ændret vurdering.

Efter karakteren af ændringen er der derfor ikke grundlag for at antage, at der var tale om en ændring, som var egnet til at påvirke potentielle tilbudsgiveres beslutning om at deltage eller til at fordreje konkurrencen mellem de faktiske tilbudsgivere.

Der er derfor på det foreliggende foreløbige grundlag ikke udsigt til, at påstand 4 vil blive taget til følge.

Ad påstand 5

På baggrund af det ovenfor under påstand 1-4 anførte er der ikke udsigt til, at SKI's tildelingsbeslutning af 18. maj 2018 vil blive annulleret.

Betingelsen om "fumus boni juris" er derfor ikke opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
fuldmægtig