

K E N D E L S E

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

mod

Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S  
(Kammeradvokaten v/advokat Jens Bødtcher-Hansen, København)

Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S (SKI) udbød ved udbudsbe-  
kendtgørelse nr. 2015/S 100-182150 af 22. maj 2015 som begrænset udbud  
efter udbudsdirektivet (2004/18/EF) en 4-årig rammeaftale med en enkelt  
aktør om levering af sygeplejeartikler til primært den kommunale sund-  
hedssektor. Den forventede værdi af rammeaftalen var oplyst til mellem  
400 og 600 mio. kr. Tildelingskriteriet var fastsat til ”det økonomisk mest  
fordelagtige bud”.

Efter udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 22. juni  
2015 prækvalificerede SKI følgende 3 tilbudsgivere: Abena A/S (Abena)  
Mediq Danmark A/S og OneMed.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 7. oktober 2015, og ved udløbet af  
fristen for afgivelse af tilbud den 12. november 2015 havde alle de prækva-  
lificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 9. marts 2016 besluttede SKI at  
indgå kontrakt med Mediq Danmark A/S.

Den 21. marts 2016 indgav Abena klage til Klagenævnet for Udbud over  
SKI. Abena anmodede samtidig klagenævnet om i medfør af lov om  
Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, at tillægge klagen opsættende

virkning. Ved delkendelse af 20. april 2016 besluttede klagenævnet ikke at tage denne anmodning til følge.

Den 11. maj 2016 indgik SKI kontrakt med den vindende tilbudsgiver. Aftalen trådte i kraft den 23. maj 2016.

Den 8. juli 2016 traf klagenævnet afgørelse om Abenas ret til aktindsigt.

Abena frafaldt i en mail af 29. august 2016 en tidligere nedlagt påstand om, at det vindende tilbud skulle være ukonditionsmæssigt, således at selskabet endeligt har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 og med artikel 53 ved i forhold til underkriteriet ”Pris” at have anvendt en evalueringsmodel, der ikke baseres på realistiske forbrugsestimater og derfor ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 2:

Klagenævnet skal annullere SKI’s beslutning om at tildele rammeaftalen om levering af sygeplejeartikler til Mediq Danmark A/S.

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

Af udbudsbekendtgørelsens afsnit II.1.5 fremgik blandt andet, at der var tale om ”en forpligtende rammeaftale, som vil blive udbudt på vegne af de SKI kunder, der forud for udbuddet bindende forpligter sig til at anvende rammeaftalen”.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 3 om ”Formål og baggrund” fremgik blandt andet:

”Rammeaftalen indeholder et bredt sortiment af sygeplejeartikler. Med udgangspunkt i den enkelte behandling af borgeren giver Rammeaftalen mulighed for at vælge mellem forskellige Produkter, og dermed fabrikater og giver kunderne adgang til de Produkter, der afspejler det bedste totaløkonomiske perspektiv ud fra det konkrete behandlingsforløb og indkøbsbehov.”

Udbuddet var et sortimentsudbud og omfattede blandt andet et obligatorisk sortiment, der var specificeret på tilbudslistens bilag B. Det obligatoriske sortiment bestod af 236 produkter, der var specificeret ved 773 varelinjer.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 5.1 om ”Kundens aftageforpligtelse” fremgik blandt andet:

”Kundernes forpligtelse til at anvende Rammeaftalerne indebærer en aftageforpligtelse for den enkelte Kunde til at anvende Rammeaftalens obligatoriske sortiment, når Kundens konkrete indkøbsbehov kan opfyldes af de Produkter, der er på Rammeaftalens sortiment. Kundernes aftageforpligtelse indebærer således alene en forpligtelse for Kunderne til at anvende Rammeaftalerne i det omfang Kundernes indkøbsbehov kan dækkes af disse Produkter.

Denne aftageforpligtelse gælder dog ikke i det omfang, Kunden har fra- valgt at forpligte sig inden for én eller flere af følgende produktkatego- rier:

- ...

...

Kunderne er ikke forpligtet til at købe ind for en bestemt volumen i Rammeaftalens løbetid.

Forpligtelsen til at anvende Rammeaftalen gælder kun inden for Ram- meaftalens overordnede målgruppe. Det vil sige, at de tilsluttede Kun- der alene er forpligtet til at anvende Rammeaftalens sortiment i forbin- delse med at dække behov for indkøb af sygeplejeartikler til brug for sygepleje ... Tilsluttede professionshøjskoler er forpligtet til at anvende Rammeaftalens sortiment til undervisningsbrug...”

Af udbudsbetingelsernes pkt. 9.2 fremgik det, at rammeaftalen ville blive tildelt på grundlag af tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” med underkriterierne ”Pris” (50 %) og ”Kvalitet” (50 %).

Om evalueringsmodellen for underkriteriet ”Pris” var det i udbudsbeting- elsernes afsnit 9.2.1 blandt andet anført, at evalueringen alene ville blive fo- retaget ud fra de tilbudte priser på det obligatoriske sortiment i tilbuds- listens bilag B, og at evalueringen ville ske på en kontraksum pr. år, som kunne aflæses på en angivet position i bilaget. Herefter fremgik blandt an- det:

”Tilbudsgivers samlede kontraktsum på det obligatoriske sortimentet beregnes på grundlag af de af Tilbudsgiver udfyldte priser i bilag B Tilbudsliste, og ud fra kundernes samlede, estimerede forbrug per år (stk.), fordelt på positioner. Kundernes estimerede forbrug pr. år (stk.), pr. position baserer sig på historiske data, samt forventet forbrug. Kundernes estimerede forbrug på positioner fremgår af bilag B Tilbudsliste, kolonne H.

Det bemærkes, at det faktiske træk/forbrug kan vise sig at være højere eller lavere end, hvad estimererne angiver, ligesom forbruget kan forrykke sig fra en position til en anden, afhængig af kundernes behov...”

I tilbudslistens kolonne H havde SKI anført det estimerede årlige forbrug af produkterne på rammeaftalen. Det estimerede årlige forbrug indgik ved beregningen af den samlede tilbudspris for det enkelte produkt, hvilket fremgik af tilbudslistens kolonne P.

Under udbuddet blev der stillet i alt 250 spørgsmål til udbudsbetingelserne, hvoraf 111 spørgsmål var stillet af Abena. SKI besvarede den 3. november 2015 blandt andet spørgsmål nr. 188:

”SPØRGSMÅL:

Vedr. forbrug på tilbudslisten:

Der er ikke ændret på forbrugstallene fra høringsmaterialet og til den endelige tilbudsliste på rigtig mange positioner. Hvad er årsagen til at der ikke er ændret, når kommunerne først tilsluttede sig i august? Og hvor kommer tallene fra?

Er det muligt at få de faktiske forbrugstal fra de deltagende kommuner?”

”SVAR:

De estimerede forbrugstal oplyst i kolonne H i Bilag B Tilbudslisten er baseret på historiske indkøbsdata og estimeret fremtidig forbrug. Da ordregivers indkøbsbehov kan ændres sig er forbrugstallene derfor udelukkende et estimat. Forbrugstallene i høringsmaterialet var baseret på forventet kommunal tilslutning til aftalen, som efter Tilslutningsfrist ikke gav anledning til ændring. Se i øvrigt Bilag 1 for oversigt over Tilsluttede SKI Kunder.”

I udbudsmaterialet indgik endvidere en kundeliste med opgørelse af, at 54 navngivne kommuner og fem navngivne uddannelsesinstitutioner havde til-

sluttet sig rammeaftalen. I tilknytning hertil blev det oplyst, at den forventede samlede værdi af rammeaftalen over dens 4-årige løbetid blev anslået til 328.277.943 kr.

Ved tilbudsfristens udløb den 12. november 2015 havde SKI modtaget tilbud fra alle tre prækvalificerede selskaber.

Den 9. marts 2016 meddelte SKI som nævnt, at SKI havde besluttet at tildele ordren til Mediq.

Af underretningen fremgik blandt andet, at Abenas tilbud havde opnået 3,17 point i relation til underkriteriet ”Kvalitet”, mens Mediq og OneMed opnåede henholdsvis 3,12 og 3,07 point. I relation til underkriteriet ”Pris” opnåede Abena 5,18, Mediq 6,00 og OneMed 4,02 point.

De tilbudspriser, der havde dannet grundlag for tildelingen af points for underkriteriet ”Pris”, var følgende:

- Mediq: 29.925.413,32 kr.
- Abena: 34.012.846,22 kr.
- OneMed: 39.789.200,06 kr.

De samlede vægtede pointtal for underkriterierne ”Pris” og ”Kvalitet” var følgende:

- Mediq: 4,56
- Abena: 4,17
- OneMed: 3,55

SKI har under klagesagen blandt andet oplyst følgende om fastsættelsen af de forbrugsestimater, der er lagt til grund ved evalueringen, samt om forberedelsen af udbuddet i øvrigt:

”Udbuddet med dets fokus på sygepleje er et nyt forretningsområde for indklagede og er derfor ikke tidligere udbudt af indklagede.

Som led i forberedelsen af udbuddet etablerede indklagede et tæt samarbejde med en kommunal projektgruppe, som bestod af 15 sygeplejersker og 17 indkøbere fra følgende kommuner og indkøbsfælleskaber:

- JYFI, Jysk Fællesindkøb, (Bestående af følgende kommuner og repræsenteret af de fremhævede: Favrskov, Haderslev, Mariagerfjord, Norddjurs, Rebild, Skanderborg, Skive, Syddjurs og Viborg kommuner)
- Københavns Kommune
- FUS, Fællesudbud Sjælland,(Bestående af følgende kommuner og repræsenteret af de fremhævede: Faxe, Greve, Guldborgsund, Holbæk, Kalundborg, Køge, Lejre, Næstved, Odsherred, Ringsted, Roskilde, Slagelse, Solrød, Sorø, Stevns og Vordingborg kommuner)
- Odense Kommune
- Aalborg Kommune
- Hjørring Kommune
- Jammerbugt Kommune
- Vesthimmerlands Kommune
- FIF, Fællesindkøb Fyn (Bestående af følgende kommuner og repræsenteret af de fremhævede: Faaborg-Midtfyn, Kerteminde, Langeland, Nordfyns og Nyborg kommuner)
- Assens Kommune
- Tårnby Kommune

Indklagede afholdt første projektgruppemøde i september 2014, og frem til dele af udbudsmaterialet blev offentliggjort i form af en høring har der været afholdt 15 arbejds møder/workshops, primært med den sygeplejefaglige arbejdsgruppe og sekundært med gruppen af indkøbskonsulenter.

Til brug for udarbejdelse af evalueringstekniske estimater modtog indklagede, efter aftale med Københavns Kommune, i juni 2014 salgstal/forbrugstal fra kommunens leverandør, Mediq. Tallene viste årsforbrug for perioden juni 2013 til maj 2014 på kommunens daværende aftale om sygeplejeartikler.

Indklagede modtog tillige udbudsmateriale fra FUS (Fællesudbud Sjælland), som netop havde gennemført et udbud. Dette udbud blev vundet af klager. Som anført ovenfor består FUS af 16 kommuner, som samlet set omfatter ca. 800.000 borgere. Udbudsmaterialet indeholdt FUS' forventede forbrug på et sortiment, som er meget lig sortimentet i det påklagede udbud.

Indklagedes projektgruppe havde med de af indklagede indsamlede oplysninger et godt udgangspunkt for at fastlægge de evalueringstekniske estimater. Oplysningerne blev under arbejdsprocessen sammenholdt med projektgruppens egne forbrugstal samt sygeplejerskernes forventning til fremtidigt forbrug. Sygeplejerskerne er i praksis de reelle ind-

købere af sygeplejeartikler og har et indgående kendskab til købsbehovet.

Sygeplejerskerne blev ved første projektgruppemøde i september opdelt i arbejdsgruppe ”øst” og ”vest”. Der blev afholdt 12 workshops med sygeplejerskerne i form af fire møder i arbejdsgruppe ”øst”, fem møder i arbejdsgruppe ”vest” samt tre fællesmøder med begge arbejdsgrupper. Ved disse møder blev alle 236 produkter på tilbudslisten kravspecificeret med tilhørende 773 positioner (varelinjer). Arbejdet forløb over perioden fra 17. september 2014 til 11. december 2014, hvor det sidste arbejdsgruppemøde blev afholdt, og alle forbrugstal per varelinje var estimeret. Derudover blev der afholdt to projektgruppemøder med deltagelse af sygeplejersker og kommunale udbudskonsulenter, dvs. alle personer i den kommunale projektgruppe.

På arbejdsgruppemøderne blev produkterne specificeret med afsæt i FUS’ kravspecifikation og tilbudsliste, herunder estimeret forbrug. Inden møderne havde SKI forberedt udkast til evalueringstekniske estimater pr. varelinje med udgangspunkt i FUS’ estimerede forbrug og forbrugstal fra Københavns Kommune.

FUS’ udbudsmateriale omfattede dog ikke et sortiment af helt samme bredde som det påklagede udbud, og for en del af produkterne har forbruget afspejlet i FUS’ udbudsmateriale derfor været vurderet og fordelt over et større antal positioner (varelinjer).

På arbejdsgruppemøderne blev forbrugstallene desuden sammenholdt med sygeplejerskernes viden om egen kommunes historiske indkøbsdata for det pågældende produktområde.

Ud over det historiske forbrug foretog brugergruppen en konkret vurdering af de evalueringstekniske estimater ud fra en faglig vurdering af, om produktet i fremtiden kunne være med til at sikre, at kommunen kunne tilbyde den bedste behandling af borgeren, herunder ud fra en total omkostningsbetragtning, jf. udbudsbetingelserne pkt. 3 ...

Som eksempel på en TCO-betragtning kan nævnes, at der i udbuddet er medtaget en NPWT-pumpe samt forbrugsartikler hertil. Dette produkt er ikke med i FUS-udbuddet og er et nyt produkt i forhold til brug i kommunal sårbehandling. Produktet forkorter/booster sårhelingstiden markant (flere uger) og reducerer dermed forbruget af bandager, herunder skumbandager.

Sygeplejerskerne ønskede et bredt, relevant sortiment inden for en række produkter. Tilbudslisten er derfor udformet således, at det er muligt at vælge mellem flere forskellige produkter, hvortil der er stillet de

samme krav, men hvor der skulle tilbydes flere forskellige ”typer” af produktet. Som eksempel kan nævnes ”skumbandage m/let hæftende sårkontaktlag, u/klæbekant”, hvor kravene til produkterne er identiske ... men hvor der skulle tilbydes fem forskellige typer (produktkvaliteter), hvoraf fire har hver deres unikke behandlingsmæssige egenskaber, (jf. tilbudslistens fane B ...), i form af:

”skumbandage, let hæftende, u/klæbekant, hæftende lag af paraffinolie”  
(position 341-344)

”skumbandage, let hæftende, u/klæbekant, m/soft gel klæber”  
(position 345-349)

”skumbandage, let hæftende, u/klæbekant, m/silikoneklæber”  
(position 350-354)

”skumbandage, let hæftende, u/klæbekant, m/silikoneklæber, håndtering af tykt eller viskøst eksudat”  
(position 355-358)

”skumbandage, let hæftende, u/klæbekant”  
(position 359 – 362)

Dertil kommer, at for hver type af produktet omfatter udbuddet flere forskellige størrelser. For ”skumbandage m/let hæftende sårkontaktlag, u/klæbekant” indebærer dette, at produktet er omfattet af 22 varelinjer. For forskellige former for skumbandager er der samlet set tale om produkter, der omfattes af 114 varelinjer (position 324 – 437).

Bredden i sortimentet er udtryk for et ønske fra brugernes side og giver mulighed for at vælge mellem produkter med forskellige behandlingsegenskaber og kvalitetsniveauer. For ”skumbandage m/let hæftende sårkontaktlag, u/klæbekant” er specifikationen udtryk for, at der efter en konkret vurdering i forhold til de enkelte patienter ud fra en total omkostningsbetragtning kan vælges mellem produkter af forskellig kvalitet og med hver deres behandlingsmæssige fordele.

Hvis der var produkter, hvor projektgruppen var usikker på, i hvilken grad den ville efterspørge produktet eller en specifik størrelse af et produkt, uagtet et eventuelt historisk forbrug, blev der valgt den konservative tilgang at estimere forbruget til 1. Det drejer sig i den endelige tilbudsliste dog kun om 11 positioner ud af 773 positioner. Et lavt estimeret forbrug beror på flere hensyn:



- 1) Det kan være størrelser, som ikke i særlig grad anvendes, og som eventuelt indgår i en produktkategori med andre, mere gængse størrelser.
- 2) Det kan være nye eller ”gamle/udgående” produkter, hvor der er usikkerhed om, hvorvidt forbruget flyttes over på andre produktkategorier.
- 3) Det kan være produkter, der findes på andre aftaler, f.eks. vedrørende produkter, der er omfattet af servicelovens § 112 til borgere med permanent bevilling på et hjælpemiddel, f.eks. urologi/inkontinens og stomiprodukter. For en række af disse produkter har kommunerne aftaler, der indebærer, at indkøb til kommunens depot til f.eks. akutbrug kan købes under sådanne aftaler.

Som eksempel på disse overvejelser kan nævnes behandlerstrømper, hvor indkøbet vurderes begrænset bl.a. som følge af kommunale aftaler om kompressionsstrømper (§ 112 hjælpemidler). Behandlerstrømper er omfattet af position 636 – 679 og således også specificeret med en betydelig bredde i sortimentet (44 varelinjer). I den offentliggjorte tilbudsliste var estimatet angivet til 1, men dette blev under spørgsmål/svar-proceduren revurderet og specificeret med et differentieret – om end fortsat begrænset - forbrug på de forskellige varelinjer. De evalueringstekniske estimater beroede på en nærmere dialog med Viborg kommune, og fordelingen af forbruget mellem de enkelte positioner blev vurderet at være repræsentativt for produktkategorien.

For position 644 og 666 (to specifikke typer og størrelser af behandlerstrømper) er estimatet et forbrug på 0. Dette skyldes, at produkterne indgår i en serie, hvor kommunerne har ønsket, at den (str. large) blev tilbudt således, at de havde mulighed for at købe den på aftalevilkår i fremtiden, såfremt behovet skulle opstå. Det bemærkes, at størstedelen af estimeret forbrug på behandlerstrømper findes på mindre størrelser (str. small og medium).

Opsummerende bemærkes, at de anførte evalueringstekniske estimater er baseret på historiske tal, der er nøje bearbejdet af projektgruppen og som derefter er holdt op i mod en konkret vurdering af det forventede fremadrettede forbrug.

De estimater, som har dannet baggrund for den evalueringstekniske tilbudssum i udbuddet, er således baseret på FUS' angivne forbrugstal i forbindelse med deres udbud af sygeplejeartikler fra 2014, forbrugstal/salgstatistik fra Københavns Kommune, projektgruppens vurdering af eget forbrug samt projektgruppens kommuners forventning til et fremtidigt forbrug, herunder under hensyntagen til at udbuddet også omfattede andre og nye produkter, og at der skulle tilbydes flere forskellige typer og størrelser af produktet inden for den pågældende pro-

duktkategori. Endelig indgik TCO-betragtningen som et vigtigt element i forhold til et eventuelt ændret fremadrettet forbrugsmønster.

...

### 3.4 Forudgående markedshøring

I forbindelse med forberedelse af udbudsmaterialet til udbuddet afholdt indklagede i perioden december 2014 til april 2015 en teknisk dialog med relevante aktører i markedet.

Dialogen blev annonceret ved vejledende forhåndsmeddelelse af 14. oktober 2014...

Dialogen blev afviklet via platformen Comdia, [www.offentligprivatdialog.dk](http://www.offentligprivatdialog.dk), hvor relevante dele af det foreløbige udbudsmateriale blev gjort tilgængeligt. ...

I løbet af januar 2015 blev der i den første runde af teknisk dialog afholdt dialogmøder med de aktører, som havde kommenteret materialet. Der blev afholdt møder med følgende producenter og grossister:

- Abena
- Coloplast
- Convatec
- Lohmann & Rausher
- Mediq
- Mölnlycke
- OneMed
- Smith & Nephew

I april 2015 blev der på platformen fremlagt reviderede udgaver af kravspecifikation og tilbudslister, som relevante aktører fik endnu en mulighed for at afgive bemærkninger til.

Der var meget få nye kommentarer til anden runde af teknisk dialog, hvor følgende aktører afgav bemærkninger:

- Abena
- Convatec
- Lohmann & Rausher
- Mediq
- OneMed
- Smith & Nephew
- LogiCon Nordic

...

### 3.5 Høring af kunderne på aftalen

Efter gennemførelse af markedshøring og inden offentliggørelse af udbudsmaterialet var det samlede udbudsmateriale i høring hos kommunerne i juni 2015.

Indklagede modtog flere kommentarer til materialet, og der blev som følge af kommunikationen med kommunerne tilføjet få produkter til kravspecifikationen og tilbudslisten.

Efterfølgende i august – september 2015 blev det endelige udbudsmateriale fremlagt for kommunerne med henblik på kommunernes tilslutning til aftalen.”

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Abena har overordnet navnlig anført, at det af SKI estimerede forbrug af de enkelte produkter i betydelig grad afviger fra det forbrug, der kan forventes på den udbudte rammeaftale. Da det estimerede forbrug udgjorde en integreret del af evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet ”Pris”, har evalueringsmodellen ikke været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, og SKI har herved overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53, jf. herved klagenævnets kendelse af 22. april 2015 i sagen Mediq Danmark A/S mod KomUdbud v/Kolding Kommune (sagens påstand 1).

Abena har herved nærmere navnlig henvist til:

- SKI’s tilbudsliste indeholdt 13 produkter, hvoraf der var estimeret et årligt forbrug på 0 eller 1 stk. Dette må imidlertid være en fejl, allerede fordi Abena selv for de fleste produkters vedkommende har haft et ikke uvæsentligt salg af de pågældende produkter i Danmark. Det savner i øvrigt mening at estimere forbruget så lavt, idet det derved har været ”gratis” for tilbudsgiverne at anføre en meget høj pris i de pågældende positioner, hvorved de pågældende varer reelt ikke er blevet konkurrenceudsat.
- I en række tilfælde har SKI underestimeret forbruget. Til dokumentation herfor har Abena i første række fremlagt en opgørelse over selskabets eget salg til 16 af de 54 kommuner, der har forpligtet sig til at benytte rammeaftalen. På den baggrund har selskabet selv foretaget en forholdsmæssig beregning af det forventede salg til de 54 kommuner tilsammen. Endvidere har Abena

henvist til oplysninger om det samlede salg på nationalt plan af de samme produkter fra selskaberne Mölnlycke og Coloplast, som Abena har indhentet. Der er markante uoverensstemmelser mellem SKIs estimerede forbrug og det faktiske forbrug. F.eks. har SKI for position 351 skønnet forbruget til 2.000 stk., mens Abena alene til 16 af de 54 kommuner har solgt 12.195 stk. af det pågældende produkt i 2015, der leveres af Mölnlycke til alle tre grossister af sygeplejeartikler på det danske marked. Oplysningerne fra Mölnlycke viser, at dette selskab i 2015 solgte 55.000 stk. til 16 af de 54 kommuner, der er forpligtede aftagere efter rammeaftalen. Tilsvarende markante forskelle gør sig blandt andet gældende for positionerne 67, 217, 364, 370, 438 og 440.

- I forhold til andre positioner har SKI i betydelig grad overestimeret forbruget. Det gælder f.eks. position 366, hvor SKI har estimeret et forbrug på 10.770 stk., men hvor det faktiske forbrug er betydeligt lavere. Abena A/S har herved henvist til, at Mölnlycke har oplyst, at det nationale årlige forbrug på det kommunale marked af dette produkt, hvoraf Mölnlycke er den førende producent, blot udgjorde 744 stk. Samme markante forskelle gør sig blandt andet gældende for positionerne 363, 368 og 439.
- SKI har tilsyneladende fejlagtigt byttet rundt på estimererne for position 367 og 368, position 438 og 439 samt position 440 og 441.

SKI's opfattelse, hvorefter forbruget på en varelinje kan påvirkes af forbruget på en anden varelinje bestrides som udokumenteret og fagligt forkert. Sygeplejerfagligt kan der således kun i marginal grad ske substitution. Det mest retvisende billede på hver varelinje fås således på baggrund af en vurdering alene ud fra oplysninger om historiske forbrug af den pågældende vare. Selv hvis det lægges til grund, at der i et vist omfang kan ske substitution, vil SKI's forbrugsestimater dog fortsat være misvisende i væsentligt omfang. F.eks. har SKI, der har tre gange så mange tilsluttede kommuner som FUS, estimeret et forbrug på positionerne 367, 368 og 370 (Mepillix Border Lite), der samlet set kun udgør halvdelen af det estimerede forbrug fra FUS's udbud af de samme produkter. Abena har endvidere blandt andet henvist til, at position 363, hvor SKI har estimeret 55.282 stk., mens FUS-udbuddet anvendte et estimat på 805 stk., angår et produkt, der ikke er substituerbart.

Vedrørende grundlaget for SKI's skøn har Abena endvidere gjort gældende, at SKI fortrinsvis har baseret sine forbrugsestimater på oplysninger, der er indhentet direkte fra den (senere) vindende tilbudsgiver, Mediq Danmark A/S, om Københavns Kommunes samhandel med dette selskab uden efterfølgende verifikation hos kommunen. Det giver en nærliggende mulighed for, at tallene er påvirket til dette selskabs fordel. Blandt andet kan et kunstigt højt forbrugstal på produkter, hvor Mediq Danmark A/S havde mulighed for at byde ind med billige private label-produkter, have fået betydning for den samlede priskonkurrence. SKI har endvidere baseret sig på tal fra Fællesudbud Sjælland (FUS), men ingen af de 16 kommuner, der indgår i FUS, har tilsluttet sig rammeaftalen efter SKI's udbud, og disse tal kan derfor kun bruges med betydelig varsomhed. Dette er ikke tilfældet i relation til 70 positioner, der angår skumbandager, hvor SKI blot har ganget FUS' forbrugsestimater med 2. Udover de 54 kommuner, der har tilsluttet sig rammeaftalen, har også 5 erhvervsskoler tilsluttet sig denne. Disse skoler indgik imidlertid ikke i SKI's brugergruppe, og skolernes forbrug indgik heller ikke i SKI's beregning af forbrugstallene. For så vidt angår SKI's henvisning til oplysninger fra Viborg Kommune, har Abena gjort gældende, at denne kommunes forbrug ikke kan anses for repræsentativt i de øvrige kommuner. SKI's oplysning om, at man tillige har lagt vægt på sygeplejerskernes viden om egen kommunes historiske indkøbsdata for det pågældende produktområde er i bedste fald kun et usikkert og tilfældigt grundlag at basere sine forbrugsestimater på. Det er endvidere udokumenteret, at TCO-betragtninger skulle være relevante for fastsættelse af forbrugsestimater.

SKI har endvidere fraveget bestemmelsen i udbudsbetingelsernes pkt. 9.2.1, hvor det var fastsat, at evalueringen af underkriteriet "Pris" foretages "alene ud fra de tilbudte priser på det obligatoriske sortiment i bilag B tilbudsliste ... Tilbudsgivers samlede kontraktsum på det obligatoriske sortiment beregnes på grundlag af de af Tilbudsgiver udfyldte priser i bilag B Tilbudsliste, og ud fra kundernes samlede, estimerede forbrug." Fravigelsen består dels i, at SKI i det væsentlige baserer sine estimater fra Mediq Danmark A/S, dels at erhvervsskolernes tal ikke indgik i grundlaget.

Dertil kommer, at tilbudsgiverne har haft mulighed for at afgive strategiske tilbudspriser, hvilket er uhensigtsmæssigt. I tilfælde, hvor SKI havde angivet en urealistisk høj anskaffelsesvolumen, har tilbudsgiverne således kunne spekulere i at afgive en lav tilbudspris, således at dette ville give en bedre score i forhold til underkriteriet "Pris". Tilsvarende kunne tilbudsgiverne i

de tilfælde, hvor SKI havde angivet en urealistisk lav anskaffelsesvolumen, kunnet spekulere i at afgive en høj tilbudspris; særligt hvor der var estimeret et forbrug på 1 eller 0 stk. Dette er tillige i strid med udbudsreglerne, jf. den nævnte kendelse af 22. april 2015.

SKI har navnlig anført, at den anvendte evalueringsmodel udgjorde et lovligt grundlag for tildelingen af rammeaftalen. Ordregiver har et vidt skøn ved fastsættelse af evalueringsmodeller, og disse kan kun tilsidesættes, hvis de strider mod de grundlæggende principper om gennemsigtighed og ligebehandling, eller hvis ordregivers skøn beror på et usagligt grundlag. Der er ikke sket en tilsidesættelse af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, da de anvendte estimater klart fremgik af udbudsmaterialet, og da alle tilbudsgivere har haft den samme mulighed for at indrette sig i forhold til modellen. Det bestrides, at modellen ikke baserer sig på realistiske forbrugsestimater. Bevisbyrden for, at dette ikke skulle være tilfældet, og for, at skønnet skulle være usagligt, påhviler Abena, og den er ikke løftet. Evalueringen er repræsentativ i forhold til det forventede indkøbsbehov, der er skønnet på grundlag af en grundig proces og en faglig vurdering, hvori blandt andet salgstallene fra Købehavns Kommune og FUS-udbuddet er indgået som udgangspunkter for SKIs vurdering. Estimaterne er således udtryk for en samlet faglig og økonomisk vurdering baseret på en række input og med et fokus på det fremtidige indkøbsbehov.

Om de indsigelser, der baserer sig på Abenas salgstal, har SKI navnlig anført, at disse ikke dokumenterer, at grundlaget skulle være usagligt. Det skyldes for det første, at Abenas tal ikke tager udgangspunkt i den samme kundegruppe. For det andet er Abenas tal alene historiske, og de tager dermed ikke højde for forventede ændrede forbrugsmønstre. For det tredje tager Abenas tal ikke højde for, at der består en sammenhæng på tværs af varelinjerne, idet forbruget af en varelinje kan afhænge af forbruget på andre varelinjer i det omfang varerne er substituerbare, hvilket efter omstændighederne f.eks. kan være tilfældet for position 363-366, som er tynde skumbandager uden klæbekant, og position 367-371, som er tynde skumbandager med klæbekant. Det er ikke korrekt, at tallene fra FUS-udbuddet er anvendt ukritisk. Tværtimod er estimatet på hver enkelt varelinje udtryk for en konkret, individuel vurdering af det samlede datagrundlag.

Der gælder ikke noget krav om, at en ordregiver skal være bundet af historiske forbrugstal, og SKI var ikke forpligtet til at indhente tal fra samtlige kommuner.

Det forhold, at der er mulighed for strategisk prissætning, udgør ikke en udbudsretlig overtrædelse, medmindre tilbudsgiverne har afgivet tilbud på forskellige vilkår; dét er netop ikke tilfældet.

Efter klagenævnets praksis kan prisevaluering af et sortimentsudbud endvidere ske på grundlag af priserne for et repræsentativt udsnit af sortimentet med den virkning, at en stor del af det udbudte sortiment (op til 80 % af de udbudte varer) slet ikke indgår i evalueringen. Allerede derfor er det åbenbart, at Abenas indsigelser vedrørende få varelinjer ikke i sig selv kan føre til, at hele evalueringsmodellen skal anses for uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

#### Ad påstand 1

Abena A/S har navnlig gjort gældende, at SKI's tildelingsbeslutning skal annulleres, når der henses til karakteren af den overtrædelse af udbudsreglerne, der er anført i påstand 1.

SKI har navnlig gjort gældende, at selskabet ikke har overtrådt udbudsreglerne som anført i påstand 1, og at der derfor ikke er grundlag for at annullere selskabets tildelingsbeslutning. Dertil kommer, at selv hvis Abenas oplysninger om det historiske forbrug lægges til grund, vil dette være uden betydning for udbuddets resultat, da indsigelserne kun angår 1,3 % af de udbudte varelinjer med en helt marginal økonomisk betydning. Lægges tallene til grund for både det vindende tilbud og Abenas tilbud, ville den vindende tilbudsgivers tilbud være blevet 767.544,86 kr. dyrere, mens Abenas tilbud ville være blevet 1.670.447,45 kr. dyrere. Det, Abena har anført, understreger således blot, at det vindende tilbud var det billigste.

#### Klagenævnet udtaler:

#### Ad påstand 1

Ordregiverne har et vidt skøn ved fastsættelse af evalueringsmodeller, og de kan således kun tilsidesættes, hvis de strider mod de udbudsretlige regler,

herunder de grundlæggende principper om gennemsigtighed og ligebehandling, eller hvis ordregivers skøn beror på et usagligt grundlag.

De omtvistede forbrugsestimater var udtrykkeligt anført i udbudsmaterialet, og det var klart angivet i udbudsbetingelserne, hvordan de ville indgå i evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet ”Pris”. Det er ubestridt, at estimaterne ved evalueringen er anvendt som foreskrevet i udbudsbetingelserne.

Udbudsdirektivet indeholder ikke regler om krav til ordregivers faktuelle grundlag, herunder om særlige undersøgelser, for angivelse af forventede forbrugsestimater i sortimentsudbud som det foreliggende. De oplysninger, som SKI inddrog, herunder input og erfaringer fra den nedsatte projektgruppe, kan ikke anses for usaglige. SKI var ikke og burde heller ikke have været i besiddelse af oplysninger svarende til dem, som Abena har fremlagt under klagesagen vedrørende volumen af Abenas, Mölnlyckes og Coloplasts salg på det danske marked, og disse er herefter uden betydning for vurderingen af, om SKI har overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt artikel 53. Det gælder efter det anførte, uanset om det måtte kunne antages, at disse kunne have ført til et mere kvalificeret skøn end det, der blev oplyst i udbudsbetingelserne. Det er som altovervejende hovedregel endvidere ikke et udbudsretligt spørgsmål, om SKI ved skønnet ud fra en sygeplejerfaglig vurdering tog fejl, da SKI lagde til grund, at der vil kunne ske substitution mellem enkelte varelinjer, og at dette ville få betydning for forbruget, og klagenævnet lægger herefter blot til grund, at SKI har vurderet, at dette var tilfældet.

Det var i udbudsbetingelsernes pkt. 1.2 fastsat, at priserne ville blive beregnet ud fra de priser, tilbudsgiverne havde udfyldt, og ud fra ”kundernes samlede, estimerede forbrug”, og at kundernes estimerede forbrug ”baserer sig på historiske data samt forventet forbrug”. Der var ikke med disse vage formuleringer tilkendegivet andet end, at SKI havde foretaget et estimat over kundernes samlede forbrug, og at der heri indgik visse historiske data samt SKIs forventninger om forbruget. Det var således ikke heri fastsat, at dette estimat skulle foretages efter indhentelse af oplysninger direkte fra alle kunder eller på et andet bestemt grundlag, jf. herved tillige svaret på spørgsmål 188.



Det kan ikke lægges til grund, at de anvendte forbrugsetimater skulle have haft til formål at stille en eller flere tilbudsgivere bedre i konkurrencen, eller at dette i øvrigt har været tilfældet. Der er efter de foreliggende oplysninger – herunder oplysningerne om fremgangsmåden ved fastlæggelsen af SKI's skøn – heller ikke i øvrigt noget grundlag for at antage, at SKI ved fastsættelsen af de omtvistede estimater skulle have lagt vægt på usaglige hensyn.

Det må således antages, at de oplyste estimater er udtryk for SKI's bedste skøn over det fremtidige forbrug af det udbudte sortiment ud fra de oplysninger, der var tilgængelige, og evalueringen har således – i overensstemmelse med det, der er anført i klagenævnets kendelse af 22. april 2015 – været repræsentativ for det indkøb, SKI forventede, der ville ske på baggrund af den udbudte rammeaftale. Modellen har således været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det forhold, at en tilbudsgiver, der måtte mene at have et bedre kendskab til SKI's kunders faktiske behov, end de estimater, som SKI oplyste under udbuddet, har haft mulighed for at optimere sit tilbud, kan ikke føre til et andet resultat.

#### Ad påstand 2

Da klagenævnet ikke har taget klagen til følge i relation til påstand 1, er der heller ikke grundlag for at tage påstanden om annullation af SKI's tildelingsbeslutning til følge.

Efter klagesagens udfald, forløb og omfang skal Abena betale sagsomkostninger for klagenævnet til SKI med 50.000 kr.

#### Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Abena A/S skal i sagsomkostninger til Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig