

K E N D E L S E

Abena A/S
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

mod

Region Nordjylland
Region Midtjylland
Region Syddanmark
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 194-438272 af 5. oktober 2018, offentliggjort den 9. oktober 2018, udbød Region Nordjylland, Region Midtjylland og Region Syddanmark (herefter ”regionerne”) som offentligt udbud en rammeaftale vedrørende anskaffelse af operationsbeklædning bestående af 22 delaftaler, herunder delaftale 11 vedrørende ”Kitler beskyttelse engangs usteril”.

Regionerne modtog 8 tilbud på delkontrakt 11, herunder fra den vindende tilbudsgiver, Mediq Danmark A/S, og Abena A/S (herefter ”Abena”). Abenas tilbud blev vurderet ukonditionsmæssigt.

Den 4. februar 2019 meddelte regionerne, at de havde besluttet at tildele rammeaftalen på delaftale 11 til Mediq Danmark A/S.

Den 5. februar 2019 anmodede Abena om aktindsigt i blandt andet det vindende tilbud på delkontrakt 11. Regionerne besvarede denne aktindsigtsanmodning den 13. februar 2019.

Den 11. marts 2019 gjorde Abena over for regionerne gældende, at regionerne ikke var berettigede til at forkaste Abenas tilbud på delaftale 11, og Abena anmodede i den forbindelse om yderligere aktindsigt, herunder dokumentation for vurderingen af vareprøver fra alle tilbudsgivere samt supplerende dokumenter vedrørende evalueringen af tilbuddene. Regionerne besvarede henvendelsen den 20. marts 2019.

Den 12. april 2019 indgav Abena klage til Klagenævnet for Udbud over regionerne vedrørende delaftale 11.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Abena har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at regionerne har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at kræve opfyldelse af mindstekravene MK4 og/eller MK5, idet disse mindstekrav var så skønmæssigt prægede, at kriterierne ikke var egnede som mindstekrav.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at regionerne har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at forkaste Abenas tilbud på delkontrakt 11, idet regionerne – som følge af beskaffenheden af mindstekravene MK4 og/eller MK5, jf. påstand 1 – ikke var berettigede til at håndhæve opfyldelsen af disse mindstekrav.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at regionerne har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at basere deres beslutning om at forkaste Abenas tilbud på delkontrakt 11 på de fremsendte vareprøver, uagtet at (i) det af udbudsgrundlaget ikke fremgik, at vareprøvers manglende opfyldelse af mindstekrav ville betyde, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt, ligesom (ii) regionerne ikke har sikret dokumentation for deres afprøvning af Abenas vareprøver.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere regionernes beslutning af 4. februar 2019 om at tildele delkontrakt 11 til Mediq Danmark A/S.

Hvis Abena får medhold i påstand 4, har selskabet endvidere nedlagt påstand om, at klagenævnet afgiver udtalelse om, hvorvidt der foreligger særlige forhold, som tilsiger, at den indgåede kontrakt (rammeaftale) videreføres, jf. § 14 a i lov om Klagenævnet for Udbud [Påstand 5].

Regionerne har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 15. april 2019 meddelt regionernes kontraktpart på delaftale 11, Mediq Danmark A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Mediq Danmark A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 5. oktober 2018 indeholder blandt andet følgende:

” ...

II.1.4) Kort beskrivelse:
Fællesudbud af en rammeaftale vedr. anskaffelse af Operationsbeklædning.

Udbuddet gennemføres for Region Nordjylland, Region Midtjylland, Region Syddanmark. Region Nordjylland er tovholder for selve udbudsproceduren. Region Syddanmark deltager på option.

II.1.5) Anslået samlet værdi

Værdi eksklusive moms: 87 000 000.00 DKK

II.1.6) Oplysninger om delkontrakter

Kontrakten er opdelt i delkontrakter: ja

Der kan afgives bud på alle delaftaler

...

II.2.1) Betegnelse:

Kitler beskyttelse engangs usteril

Delkontraktnr.: 11

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Fællesudbud af en rammeaftale vedr. indkøb af Operationsbeklædning for Region Syddanmark, Region Midtjylland og Region Nordjylland. Udbuddet gennemføres som et offentligt udbud.

- II.2.5) Tildelingskriterier
de nedenfor anførte kriterier
Kvalitetskriterium - Navn: Kvalitet / Vægtning: 50
Pris - Vægtning: 50
- II.2.6) Anslået værdi
- II.2.7) Varighed af kontrakten, rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem
Varighed i måneder: 48
Denne kontrakt kan forlænges: nej
- II.2.10) Oplysninger om alternative tilbud
Alternative tilbud vil blive taget i betragtning: nej
- ...”

I udbudsbetingelserne er følgende blandt andet anført:

”1.6 Brugergruppe

Ordregiver har i forbindelse med udbuddet etableret en brugergruppe. Brugergruppen er sammensat af repræsentanter for brugerne af de produkter, som er omfattet af udbuddet. Brugergruppen er bl.a. medansvarlig for udarbejdelse af kravspecifikation, fastsættelse af tildelingskriterium og underkriterier samt evaluering af tilbud.

...

8 Vareprøver og evt. afprøvning

8.1 Vareprøver

Vareprøver skal fremsendes til følgende adresse:

Region Nordjylland

...

Vareprøver skal være Ordregiver i hænde senest på den i tidsplanen angivne frist for modtagelsen af vareprøver, jf. pkt. 4.

Tilbudsgiver skal desuden være opmærksom på følgende:

- Ordregiver har i Udbudsbilag 2 angivet, hvilke vareprøver Tilbudsgiver skal fremsende.
- Der skal fremsendes 3 ens eksemplarer af hver vareprøve.
- Ordregiver forbeholder sig ret til efterfølgende at rekvirere flere vareprøver, hvis det er nødvendigt for processen.

- Vareprøver fremsendes for Tilbudsgivers regning og leveres i øvrigt uden beregning.
- Vareprøver skal mærkes tydeligt med Tilbudsgivers navn, delkontrakt nummer, positionsnummer og varenummer i henhold til Udbudsbilag 2.
- Såfremt Tilbudsgiver giver tilbud på flere delkontrakter, bedes vareprøver pakket særskilt for hver delkontrakt.
- Vareprøver, herunder emballering og mærkning, skal stemme overens med det tilbudte.
- Tilbudsgiver bedes oplyse, om ubrugte vareprøver ønskes returneret.
- Tilbudsgiver skal udfylde og fremsende Udbudsbilag 2 sammen med vareprøverne.
- Vareprøverne vil – om muligt – blive anvendt til at kontrollere, om mindstekrav mv. opfyldes.
- Vareprøverne vil endvidere blive anvendt i bedømmelsen af underkriteriet kvalitet i forbindelse med tilbudsevalueringen.

Vareprøverne skal fremsendes, således at vareprøverne er Ordregiver i hænde senest ved udløbet af tilbudsfristen, jf. pkt. 4.

...

8.2 Afprøvning

Ordregiver forbeholder sig ret til at gennemføre en afprøvning af de tilbudte produkter med henblik på Ordregivers vurdering af tilbud, herunder til konstatering af opfyldelse af mindstekrav og i forbindelse med tilbudsevaluering, såfremt de fremsendte vareprøver ikke i sig selv giver Ordregiver tilstrækkelig grundlag for sådan vurdering. Ordregiver afgør i forbindelse med tilbudsevalueringen, om og i hvilket omfang afprøvning er fornøden, og Tilbudsgiver skal derfor imødekomme Ordregivers ønske om at få rådighed over et antal vareprøver til dette formål.

Ordregiver forbeholder sig i den forbindelse ret til at afprøve alle eller enkelte af de tilbudte produkter på et eller flere af Ordregivers brugssteder i perioden fra tilbudsfristens udløb til tidspunktet for tildeling af kontrakt.

Ordregiver afholder udgifterne til en eventuel afprøvning. Der vil alene blive afregnet for anvendte produkter i afprøvningsperioden og således ikke for antal bestilte produkter. Eventuelle overskydende produkter vil blive returneret til Tilbudsgiver for Ordregivers regning. Afregningen for de afprøvede/anvendte produkter vil ske til den af Tilbudsgiver tilbudte pris.

Såfremt brugergruppen før eller under afprøvning af et produkt vurderer, at det ikke er fagligt forsvarligt at anvende, forbeholder Ordregiver

sig ret til ikke at iværksætte afprøvning eller at afbryde afprøvningen tidligere end aftalt.

...

12 Tildelingskriterium

12.1 Generelt

...

Identificering af det økonomiske mest fordelagtige tilbud for rammeaftalens delkontrakt 5 - 22 vil ske ved anvendelse af tildelingskriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet” på baggrund af følgende underkriterier og vægtninger:

Underkriterier	Vægtning
Økonomi, jf. pkt. 12.2	50 %
Kvalitet, jf. pkt. 12.3	50 %

Evalueringen af de enkelte tilbud i forhold til de kvalitative underkriterier vil ske som anført nedenfor under pkt. 12.3 ... ved benyttelse af nedenstående pointskala:

Beskrivelse af trin	Point
Bedst mulige opfyldelse af kriteriet	0
Glimrende/fortrinlig opfyldelse af kriteriet	1
God/meget tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	2
Over middel i opfyldelse af kriteriet	3
Middel/tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	4
Under middel i opfyldelse af kriteriet	5
Mindre tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	6
Utilstrækkelig opfyldelse af kriteriet	7
Dårlig opfyldelse af kriteriet	8

Den endelige evaluering vil ske ved brug af en prismodel. Ved anvendelse af en prismodel, vil en afvigelse fra bedst mulige opfyldelse af Ordregivers konkurrencekrav blive vurderet som en meromkostning, som vil blive tillagt Tilbudsgivers samlede tilbudssum i evalueringen. Der tillægges altså en evalueringsteknisk omkostning for hvert point, der opnås på ovenstående skala for de kvalitative underkriterier. Størrelsen af denne omkostning bestemmes ud fra et omregningsbeløb, som er beskrevet i det nedenstående. Beregningen sker som følger:

- Et omregningsbeløb identificeres ved at tage gennemsnittet af tilbudspriserne og dividere det med 8 (det maksimale antal point, som kan tildeles på de kvalitative underkriterier).
- For hvert kvalitativt underkriterium ganges de tildelte point (på skalaen fra 8-0) med omregningsbeløbet.
- Dette beløb indgår herefter i det samlede evalueringsbeløb med den vægtning, som fremgår i skemaet ovenfor ud for det pågældende underkriterium.
- Den samlede tilbudspris indgår i det samlede evalueringsbeløb med den vægtning, som fremgår i skemaet ovenfor.
- De vægtede beløb for alle underkriterierne lægges sammen, og tilbuddet (tilbuddene), som herefter har de(t) samlede laveste evalueringsbeløb, er de(t) vindende tilbud og tildeles en kontrakt.

...

12.3 Kvalitet

”Kvalitet” vurderes ud fra de konkurrencekrav, der i henhold til angivelserne i Kontraktbilag 2, specifikt angår ”kvalitet”.

I Kontraktbilag 2 har Ordregiver angivet, hvad der lægges vægt på i forbindelse med denne vurdering.

Tilbudsgiver skal ved sin besvarelse følge vejledningen i Kontraktbilag 2 (Kravspecifikation og løsningsbeskrivelse).

Udover Tilbudsgiverens besvarelse i Kontraktbilag 2, vil ”kvalitet” blive vurderet ud fra de fremsendte vareprøver og den eventuelle gennemførte afprøvning. Afprøvning vil kun blive gennemført, såfremt de fremsendte vareprøver ikke i sig selv giver Ordregiver tilstrækkelig grundlag for at foretage vurdering af ”kvalitet”.

Tilbuddene evalueres for så vidt angår underkriteriet ”kvalitet” særskilt i forhold til en absolut standard.

...

13 Grundlag for udelukkelse af Tilbudsgivere

13.1 Generelt

Ordregiver vil som udgangspunkt være forpligtet til at se bort fra et tilbud, som ikke nøje overholder forskrifterne i udbudsmaterialet. Ordregiver anbefaler derfor, at Tilbudsgiver sætter sig grundigt ind i udbudsmaterialet og udarbejder sit tilbud i overensstemmelse hermed.

Det er som udgangspunkt ikke lovligt for Ordregiver at tillade Tilbudsgiver at korrigere et fejlbehæftet tilbud efter tilbudsfristen, idet dette

kun lader sig gøre inden for de snævre rammer, der følger af Udbudslovens § 159, stk. 5.

13.2 Forbehold

Ordregiver er forpligtet til at afvise tilbud med forbehold over for udbuddets grundlæggende elementer. Ordregiver er endvidere berettiget til at afvise tilbud med forbehold over for ikke- grundlæggende elementer i udbuddet.

...

Afgivelse af tilbud indebærer automatisk, at Tilbudsgiver garanterer, at samtlige mindstekrav opfyldes. Dette gælder dog ikke, såfremt det af tilbuddet i øvrigt konkret kan udledes, at et eller flere mindstekrav ikke opfyldes.

13.3 Udelukkelse som følge af ikke-tilfredsstillende opfyldelse af konkurrencekrav

Evalueringen af underkriterierne ”Kvalitet”, vil blive foretaget af Ordregivers brugergruppe ud fra en skala fra 0 til 8 jf. pkt. 12.1. Der er angivet stopkarakter ved enkelte konkurrencekrav på enkelte delkontrakter. Det er angivet i Kontraktbilag 2, hvilke konkurrencekrav, på hver enkelt delkontrakt, der har en stopkarakter på 6,0. Tilbud der ikke opnår stopkarakteren på 6,0 på ét eller flere af konkurrencekravene på den enkelte delaftale, hvor der er angivet en stopkarakter, vil blive udelukket fra den videre konkurrence på den pågældende delkontrakt.

...”

Af Kontraktbilag 2, Kravspecifikation, fremgår blandt andet følgende:

”...

Terminologi

Udbudsmaterialet anvender følgende terminologi:

- Mindstekrav
- Konkurrencekrav

...

Mindstekrav

Der kan ikke tages forbehold for mindstekrav.

Ved afgivelse af tilbud anses alle mindstekrav som opfyldt.

Såfremt ét eller flere mindstekrav ikke er opfyldt, vil Kunden være forpligtet til at afvise tilbuddet som ikke-

Konkurrencekrav

Konkurrencekrav er udtryk for kundens ønske om en bestemt egenskab eller et bestemt vilkår. Konkurrencekrav kan opfyldes helt eller delvist.

Manglende opfyldelse af et konkurrencekrav medfører ikke, at tilbuddet bliver ikke-konditionsmæssigt. Tilbudsgivers beskrivelse af konkurrencekrav indgår i evalueringen, jf. Udbudsbetingelserne ...

Delaftale 11 – Kitler beskyttelse engangs usteril						
...						
Oversigt over mindstekrav og konkurrencekrav				...		
Afgivelse af tilbud indebærer automatisk, at tilbudsgiver garanterer, at samtlige mindstekrav opfyldes. Der skal ikke afgives besvarelse på mindstekrav.						
Kravstype	Nr	Krav	Tekst	Vægtning	Stopkarakterer	...
...
MK	4	Kvalitet	Det er et mindstekrav, at bindebåndene eller lignende er holdbare og kan tåle normal håndtering. Det vil sige, at de ikke kan rives af kitlen ved binding/lukning.
MK	5	Kvalitet	Det er et mindstekrav, at kitlerne er antistatiske.
...						
KK	8	Kvalitet	Det vægtes positivt, at kitlerne er lavet af et holdbart materiale og er behagelige og komfortable at have på, herunder at materialet for de væskeafvisende kitler er blødt, behageligt og åndbart, samt at kitlerne har en god facon, som giver en god bevægelighed. Punktet evalueres på baggrund af til-		Stopkarakterer på 6,0	

			budsgivernes be- svarelse, vareprøver og eventuel klinisk afprøvning.			
--	--	--	--	--	--	--

...”

Af spørgsmål og svar fremgår blandt andet følgende:

”Spørgsmål

38263

...

Emne

”Antistatisk” – delaftale 1 og 2

Spørgsmål

Vil ordregiver beskrive den funktionelle effekt af ”antistatisk” (MK 5 i delaftale 1 og 2 samt MK 4 i delaftale 3)?

Svar

Ordregiver har beskrevet den funktionelle effekt af antistatisk vil være, at der ikke opstår gener under brug. Ved gener forstås, at brugeren får stød og at produktet klæber til kroppen.

...”

Af følgebrevet til Abenas tilbud fremgår blandt andet følgende:

” ...

Abena A/S har hermed fornøjelsen at tilbyde Region Nordjylland, Region Midtjylland og Region Syddanmark på option en løsning og et sortiment på delaftalerne ... 11 ..., der til fulde lever op til de krav- og produktspecifikationer, som er stillet i udbudsmaterialet og vi bekræfter, at mindstekrav opfyldes.

...”

Af regionernes underretningsbrev af 4. februar 2019 fremgår blandt andet følgende om evalueringen af Abenas tilbud:

” ...

Tilbuddet er vurderet ukonditionsmæssig, da det under evalueringen ikke levede op til MK 4, omkring holdbarhed på bindebånd ved alm. brug, samt MK 5, omkring antistatisk.

Produkternes bindebånd knækkede over ved alm. brug.
Produkterne blev oplevet som statiske ved alm. brug.

Tilbuddet indgår derfor ikke i evalueringen.
...”

Den 11. marts 2019 henvendte Abena sig til regionerne vedrørende tildelingsbeslutningen. Af henvendelsen fremgår blandt andet:

” ...

I forlængelse af underretning af 4. februar 2019 har Abena A/S bedt mig om at vurdere grundlaget for Regionernes afgørelse vedrørende delkontrakt 11 (Kitler beskyttelse engangs usteril) i ovennævnte udbud.

...

Efter at have gennemgået udbudsgrundlaget er det min opfattelse, at Regionerne ikke lovligt har kunnet forkaste tilbuddet fra Abena A/S på delkontrakt 11. Det er herved min opfattelse, at MK4 og MK5 er så skønsprægede, at disse kriterier ikke lovligt kan anvendes som mindstekrav. Konsekvensen heraf er, at Regionerne ikke lovligt kan håndhæve mindstekravene over for Abena, hvilket indebærer, at beslutningen om at forkaste tilbuddet fra Abena A/S ikke kan opretholdes.

...

Derudover bemærker jeg, at Regionerne i udbudsgrundlaget ikke klart har beskrevet (i) at vareprøverne skulle opfylde alle mindstekrav, og (ii) at konsekvensen af en vareprøves manglende opfyldelse af et mindstekrav var, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

...

Det er som følge af ovenstående min opfattelse, at Regionerne ikke har været berettiget til at forkaste tilbuddet fra Abena A/S som ukonditionsmæssigt.

...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Abena har gjort gældende, at det i klagenævnets praksis er fastslået, at håndhævelsen af mindstekrav forudsætter, at det klart fremgår, hvilke krav der skal opfyldes, for at tilbuddet kan tages i betragtning, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 27. september 2012, Responce A/S mod Region Midtjyl-

land, samt senest kendelse af 8. april 2019, Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb v/ Billund Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune.

Regionerne har forkastet Abenas tilbud med den begrundelse, at de tilbudte kitler ikke opfyldte mindstekrav MK4 og MK5.

Abena afgav tilbud i tillid til, at de tilbudte produkter ville opfylde alle mindstekrav, herunder MK4 og MK5. Abena havde således intet grundlag for at tro, at tilbuddet ikke skulle være konditionsmæssigt.

Regionernes underretning efterlod Abena med det indtryk, at regionernes vurdering af mindstekravenes opfyldelse hviler på et udpræget skønsmæssigt grundlag. Samtidig må Abena konstatere, at regionernes forståelse af mindstekravene ikke stemmer overens med Abenas.

Efter sin ordlyd indebærer MK4, at bindebåndene eller lignende skal være ”holdbare”, hvilket ”vil sige, at de ikke kan rives af kitlen ved binding/lukning”. Det er Abenas opfattelse, at det for ethvert produkt gælder, at bindebånd eller lignende kan rives af kitlen, hvis der trækkes hårdt nok. Regionerne har derved ikke formuleret mindstekravet, så det på objektive grundlag, f.eks. ved at beskrive krav til trækstyrke/holdbarhed målt i Newton, var muligt for tilbudsgiverne at forudse, om de tilbudte produkter opfyldte kravet.

Abena har med den valgte formulering ikke haft mulighed for på forhånd at forudse, om de tilbudte produkter opfyldte MK4 eller ej, idet vurderingen heraf beroede på regionernes skønsmæssige vurdering.

Tilsvarende gælder for MK5, hvorefter kitlerne skal være ”antistatiske”. Forståelsen af ”antistatisk” inden for rammerne af delkontrakt 11 er ikke uddybet i udbudsgrundlaget.

Regionerne har forud for tilbudsfristen besvaret den funktionelle effekt af ”antistatisk” i relation til MK5 i delkontrakt 1 og 2 samt MK4 i delkontrakt 3, jf. regionernes svar på spørgsmål 38263, hvoraf det fremgår, at effekten vil være, at der ikke opstår gener under brug, og at der ved gener forstås, at brugeren får stød, og at produktet klæber til kroppen.

En tilsvarende forståelse kan ikke nødvendigvis anlægges i forhold til delkontrakt 11, som omfatter produkter lavet med ganske andre materialer end de, som omfattes af delkontrakt 1-3. Selv hvis en tilsvarende forståelse kunne anlægges i forhold til delkontrakt 11, er mindstekravet skønspregt i en sådan grad, at kravet er uegnet som mindstekrav.

MK4 og MK5 er derfor til dels uklare og skønsmæssigt prægede i en sådan grad, at kravene ikke er egnede som mindstekrav, jf. herved klagenævnets kendelse af 2. marts 2011, Wel-Med/Scanbio ApS mod K-17 Indkøbsfællesskabet, samt kendelse af 8. april 2019, Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb v/ Billund Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune.

Det er ikke afgørende for vurderingen af et mindstekravs lovlighed, om kravet er vigtigt for ordregiver. Abena betvivler ikke, at regionerne anser begge mindstekrav for at være af væsentlig betydning. Vurderingen af mindstekravenes opfyldelse er imidlertid så skønspregt, at kravene ikke lovligt kan anvendes som mindstekrav.

Der var en glidende overgang mellem evalueringen af produkterne og vurderingen af, om de tilbudte produkter opfyldte udbudsgrundlagets mindstekrav. Indledningsvist blev der ikke foretaget en afprøvning af produkterne med henblik på en konstatering af, om produkterne opfyldte mindstekravene. Regionerne iværksatte i stedet en evaluering af tilbuddene, herunder de fremsendte vareprøver, med henblik på at kunne foretage en evaluering i forhold til de kvalitative kriterier – en evaluering, som i sagens natur er skønspregt. Hvis det som led i denne skønspregede evaluering af produkterne blev ”konstateret”, at et produkt ikke opfyldte et mindstekrav, blev ”dette noteret og herefter særskilt kontrolleret”. Abena må forstå dette således, at der i forhold til Abenas produkter ikke blev foretaget en klinisk afprøvning med henblik på at efterprøve, om mindstekravene faktisk var overholdt.

Det forhold, at regionerne og Abena forud for tilbudsafgivelsen ikke har haft samme forståelse af, hvad der skulle til for at opfylde mindstekravene, underbygger blot, at mindstekravene har været skønspregede i en sådan grad, at kriterierne ikke er egnede som mindstekrav. Det er således essensen af uklare/skønspregede mindstekrav, at en tilbudsgiver (her Abena) ikke på forhånd kan vide, om et tilbudt produkt opfylder det opstillede mindstekrav.

Regionerne har gjort gældende, at der i MK4 er beskrevet, hvad der menes med holdbarhed og normal håndtering. Dette identificeres ved andet led i MK4, hvoraf fremgår ”Det vil sige, at de ikke kan rives af kitlen ved binding/lukning”.

De udbudte produkter skal anvendes til klinisk brug. Ud fra ordlyden af MK4 er der således ikke tvivl om, hvad regionerne mener med, at bindebåndene skal være holdbare og tåle normal håndtering. Det er tydeliggjort, at bindebåndene ikke må kunne rives af ved binding og lukning. Abena har anført, at ethvert produkts bindebånd kan rives af kitlen, hvis der trækkes hårdt nok. MK4 har imidlertid ikke betydning for, hvorvidt bindebåndene skal kunne rives af/over i andre situationer, da MK4 kun omhandler den situation, hvor kitlen bindes/lukkes og anvendes i arbejdet efterfølgende, og dermed ikke når brugeren af produktet har besluttet sig for at rive kitlen af efter brug.

Regionerne har endvidere gjort gældende, at der ikke er tale om et krav, der er baseret på en skønsbaseret vurdering, men et krav, der ved afprøvning kan konstateres opfyldt eller ej. Under afprøvningen af produkterne har det således også været objektivt konstaterbart for brugergruppen, om bindebåndene kan holde til at blive bundet/lukket uden at blive revet af eller revet i stykker i en klinisk sammenhæng. Det, at evalueringen af konkurrencekravene er sket samtidig med konstatering af, om mindstekravene er opfyldt, gør ikke mindstekravene skønsmæssige, idet det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 8.1, at opfyldelse af mindstekrav kun vil blive kontrolleret, såfremt der findes anledning hertil.

I forbindelse med evalueringen af Abenas vareprøver blev det konstateret, at bindebåndene knækkede allerede ved binding/lukning. Det er i den forbindelse væsentligt at fremhæve, at afprøvningen er foretaget af klinikere, der er vant til at håndtere og anvende lignende produkter. Der blev ikke foretaget en klinisk afprøvning af Abenas produkter, idet brugergruppen vurderede, at der ikke var et sådant behov, da Abenas produkter ikke kunne opfylde MK4 og MK5.

Regionerne har bestridt, at Abena ikke på forhånd kunne forudse, om Abenas produkter opfyldte MK4, idet MK4 er et skønsmæssigt mindstekrav. Ved almindelig afprøvning er det muligt objektivt at konstatere, om binde-

båndene knækker/går i stykker allerede ved binding/lukning, hvorfor der således ikke kan være tvivl om, hvilke krav Abenas produkter skulle opfylde.

Abena har tillige anfægtet, at MK5 er egnet som mindstekrav, idet kravet er skønsmæssigt præget. MK5 indeholder krav om, at "(...) kitlerne er antistatiske". Kravet er objektivt og er således ikke baseret på, hvor statiske kitlerne må være, men kun at kitlerne ikke må være statiske. Det vil således være objektivt konstaterbart, hvorvidt kitlen opfylder MK5. Det bemærkes i den forbindelse, at kravets opfyldelse ikke er begrænset til specifikke omgivelser, hvorunder kitlen skal anvendes eller afprøves.

Det har ikke nogen betydning i forhold til opfyldelsen af MK5, at evalueringen er sket i et mødelokale. Produkterne skal leve op til mindstekravene, uanset i hvilket rum afprøvningen foretages, idet produkterne skal kunne bruges i forskellige sammenhænge og på forskellige steder. Brugergruppen konstaterede under afprøvningen af kitlerne, at "kitlerne er meget statiske og klæber sig fast til kroppen ved alm. brug af vareprøverne, især de væske-tætte, hvilket giver begrænset bevægelighed og dårlig komfort og generende". Brugergruppen konstaterede dermed, at Abenas produkter ikke opfyldte MK5.

Under udbudsprocessen blev der stillet spørgsmål til forståelsen af begrebet antistatisk. Regionerne præciserede sit mindstekrav ved besvarelse af spørgsmål 38263: "Ordregiver har beskrevet den funktionelle effekt af antistatisk vil være, at der ikke opstår gener under brug. Ved gener forstås, at brugeren får stød og produktet klæber sig til kroppen". Uagtet at Abena har gjort gældende, at der er forskel på materialet, er definitionen af mindstekravet det samme. Det er samtidigt Abenas risiko at sikre, at de tilbudte produkter, uanset materialevalg, lever op til de angivne mindstekrav.

Forståelsen af MK5 blev således yderligere klarlagt under spørgsmål/svarprocessen, hvilket burde have skærpet Abenas opmærksomhed på, om mindstekravet kunne opfyldes.

På baggrund af det ovenfor anførte har regionerne gjort gældende, at MK4 og MK5 ikke var skønsprægede og uegnede som mindstekrav. Regionerne har i den forbindelse endvidere henvist til klagenævnets kendelse af 2. marts 2011, Wel-Med/Scanbio ApS mod K-17 indkøbsfællesskabet.

I udbudsretlige sammenhænge er det nødvendigt at kunne fastlægge den omhandlende type krav som mindstekrav for at kunne konstatere, om et produkt er egnet til anvendelse i klinisk sammenhæng. Det er således ikke muligt, som Abena har anført, at knytte kravenes opfyldelse op på eksempelvis trækraft målt i Newton, idet de afgørende kriterier består i, at produkterne har de anførte egenskaber ved "... almindelig håndtering", og ikke ved en kontrolleret statisk belastningstest.

Det fremgår klart og tydeligt i udbudsmaterialet, hvorledes MK4 og MK5 skal forstås, og de to krav ikke kan betragtes som skønsmæssige. Som følge heraf har regionerne haft ret til at fastholde MK4 og MK5 i forbindelse med tilbudsevalueringen samt at forkaste Abenas tilbud som ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 2

Abena har gjort gældende, at konsekvensen af, at MK4 og MK5 er uegnede som mindstekrav, er, at regionerne ikke var berettigede til at håndhæve disse mindstekrav over for Abena, jf. herved klagenævnets kendelse af 26. september 2017, G4S Security Services A/S mod Region Hovedstadens Psykiatri.

Regionerne har således handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at forkaste Abenas tilbud som ukonditionsmæssigt, idet regionerne som følge af mindstekravenes beskaffenhed ikke var berettigede til at håndhæve opfyldelsen heraf.

Regionerne har med henvisning til det, der er anført under påstand 1, gjort gældende, at regionerne har haft ret til at fastholde MK4 og MK5 i forbindelse med tilbudsevalueringen samt at forkaste Abenas tilbud som ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 3

Abena har gjort gældende, at det gentagne gange fremgår af udbudsmaterialet, at tilbudsgiverne ved afgivelsen af tilbud samtidigt erklærede at opfylde alle mindstekrav. Af samme årsag skulle tilbudsgiverne ikke i tilbuddet afgive en beskrivelse eller bekræftelse i relation til mindstekravene, jf. Kontraktbilag 2, Kravspecifikation.

Abenas tilbud indeholder ingen forbehold over for udbudsgrundlaget. Tværtimod fremgår det af tilbuddets følgebrev, at Abenas tilbud til fulde lever op til de krav- og produktspecifikationer, som er stillet i udbudsmaterialet, samt at Abena bekræfter, at mindstekrav er opfyldt.

Udbudsgrundlaget foreskriver, at der på en række produkter, herunder på delkontrakt 11, skal afleveres vareprøver. Det fremgår klart af udbudsgrundlaget, at disse vareprøver vil blive anvendt i bedømmelsen af underkriteriet ”Kvalitet”.

Samtidig fremgår det, at ”vareprøverne vil – om muligt – blive anvendt til at kontrollere, om mindstekrav mv. opfyldes”, jf. udbudsbetingelserne afsnit 8.2. Det er ikke i udbudsgrundlaget uddybet, i hvilke tilfælde det til være ”muligt” at kontrollere, om mindstekrav er opfyldt.

Det forhold, at udbudsgrundlaget ikke klart beskriver formålet med vareprøverne, ligesom regionerne tilsyneladende ikke har foretaget en egentlig afprøvning af alle tilbudsgiveres vareprøver og i øvrigt ikke er i stand til at dokumentere dette forløb, er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Afvisning af et tilbud med henvisning til manglende opfyldelse af et mindstekrav må for det første kræve, at mindstekravet ikke er så skønsmæssigt præget, at kriteriet er uegnet som mindstekrav, jf. påstand 1.

I det omfang, der indrømmes ordregiveren et skøn med henblik på at kunne vurdere et mindstekravs opfyldelse, må det påhvile ordregiveren at dokumentere udøvelsen af dette skøn, idet det ellers vil være umuligt for en tilbudsgiver at efterprøve grundlaget for regionernes vurdering, herunder om produktet er anvendt korrekt og under de korrekte betingelser.

Henset til at de tilbudte produkter skulle anvendes til klinisk brug, må det være en rimelig betingelse at opstille, at vurderingen af mindstekravenes opfyldelse sker i overensstemmelse med den forudsatte brug. Det beskrives, at kitlerne blev ”afprøvet” i et mødelokale, og regionerne er tilsyneladende af den opfattelse, at dette forhold ikke har haft betydning for produkternes opfyldelse af mindstekravene, hvilket imidlertid er en udokumenteret påstand. Det er efter Abenas opfattelse ganske oplagt, at omgivelserne kan

påvirke vurderingen af vareprøver, herunder disses opfyldelse af mindstekravene. Således kan opfyldelsen af begge mindstekrav (MK4 og MK5) påvirkes af den beklædning, som fagpersonerne bærer, ligesom vurderingen af, om kitlerne er antistatiske, kan påvirkes af, om der er tæpper eller stofbelagte møbler i rummet.

Dertil kommer, at det ikke af udbudsgrundlaget fremgår, at vareprøverne skulle opfylde alle mindstekrav, ligesom det intetsteds fremgår, at vareprøvers manglende opfyldelse af mindstekrav ville føre til, at tilbuddet blev anset for ukonditionsmæssigt.

Abena har i den forbindelse henvist til klagenævnets kendelse af 4. marts 2016, Biblioteksmedier A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S.

Henset til den uklare formulering i udbudsgrundlaget vedrørende vareprøver og regionernes efterfølgende håndtering heraf, er det Abenas opfattelse, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 er overtrådt.

Regionerne har gjort gældende, at udbudsbetingelserne er særdeles gennemsigtige i forhold til, (i) at vareprøverne skulle stemme overens med det tilbudte, (ii) at vareprøverne ville blive brugt til at kontrollere, om mindstekrav kunne opfyldes, (iii) at afprøvning i forhold til opfyldelse af mindstekrav kunne foretages under den kvalitative evaluering af vareprøverne, (iv) at afprøvningsstedet ikke var fastlagt på forhånd, men at regionerne også forbeholdte sig at afprøve vareprøverne på et eller flere af regionernes brugssteder, og (v) at afprøvning i forhold til mindstekrav kunne foretages, uanset om tilbudsgiverne ved at indgive tilbud havde erklæret, at mindstekravene kunne opfyldes.

Situationen i denne sag adskiller sig således også væsentligt fra den påberåbte kendelse af 4. marts 2016, Biblioteksmedier A/S mod SKI, hvor det var uklart, hvorvidt vareprøverne skulle overholde mindstekrav. Regionernes proces i forhold til afprøvning af vareprøverne hænger i øvrigt godt sammen med en ordregivers forpligtelser i henhold til udbudslovens § 164, stk. 2, hvorefter ordregiver i tvivlstilfælde skal "... foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet".

Regionerne har været både berettigede og forpligtede til at afvise Abenas tilbud som ukonditionsmæssigt ved konstateringen af, at de tilbudte vareprøver ikke opfyldte MK4 og MK5, ligesom dette burde have stået Abena klart ved indgivelse af tilbud og vareprøver. Ydermere har det været Abenas risiko at sikre sig, at indleverede vareprøver kunne opfylde de stillede mindstekrav.

Alle tilbud blev evalueret og prøvet under brugergruppemøde den 28. november samt den 13. december 2018, jf. også udbudsbetingelserne punkt 1.6, hvorefter ”Brugergruppen er medansvarlig for udarbejdelse af kravspecifikation, fastsættelse af tildelingskriterium og underkriterier samt evaluering af tilbud”. Under afprøvningerne blev alle indkomne tilbuds vareprøver således evalueret og kontrolleret af brugergruppen. Afprøvningen bestod i at have kitlerne i hænderne og prøve dem på for at kunne vurdere produktet.

Regionerne har således behandlet Abenas vareprøver på samme måde som øvrige tilbudsgiveres vareprøver i forbindelse med brugergruppemødet og den gennemførte tilbudsevaluering. Ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 er således overholdt.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 8.2, at det er ordregiver og dennes brugergruppe, som vurderer, om der skal afholdes afprøvning og i hvilket omfang med henblik på at vurdere tilbud, herunder konstatere om mindstekrav er opfyldt. Den kliniske afprøvning iværksættes kun i det tilfælde, brugergruppen finder det nødvendigt for vurderingen af tilbuddet og dets opfyldelse af mindstekravene.

Brugergruppen har ikke for de konkrete produkter vurderet, at det var nødvendigt at lave en klinisk afprøvning, da det blev skønnet, at afprøvning under særlige kliniske forhold ikke ville påvirke resultaterne for evalueringen samtidig med, at en afprøvning under kliniske forhold ikke fandtes proportional i forhold til formålet.

Regionerne har herved løftet bevisbyrden for, at evalueringen er sket i henhold til udbudsbetingelserne, og at der ikke i forbindelse hermed er sket brud på ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

På den baggrund nedlægges der påstand om, at påstand 3 ikke tages til følge.

Ad påstand 4

Abena har under henvisning til det anførte under påstandene 1-3 gjort gældende, at tildelingsbeslutningen er behæftet med sådanne retlige mangler, at beslutningen skal annulleres.

Regionerne har anført, at Abenas tilbud, selv hvis det ikke var blevet forkastet som ukonditionsmæssigt, ikke ville have opnået stopkarakteren 6,0 og derfor under alle omstændigheder ikke ville have været i spil til at vinde den udbudte rammeaftale.

Regionerne har ved evalueringen af Abenas tilbud i forhold til underkriteriet ”Kvalitet” inddraget opfyldelsen af de to mindstekrav. I evalueringsnoten fremgår således bl.a., at ”Kitlerne er meget statiske, især væsketætte”, og ”bindebåndene er ikke holdbare, og går i stykker ved alm. brug. utilstrækkelige.” Begge forhold er omfattet af mindstekravene, henholdsvis MK4 og MK5.

Opfyldelsen af mindstekravene var imidlertid ikke en del af det pågældende konkurrenceparameter. Regionerne har således handlet i strid med deres egne udbudsbetingelser og udbudsreglerne i øvrigt ved at inddrage opfyldelsen af mindstekravene i evalueringen af tilbuddet i forhold til det kvalitative underkriterium. Der er derfor intet belæg for at antage, at Abenas tilbud ikke ville have opnået stopkarakteren 6,0, såfremt evalueringen var blevet foretaget i overensstemmelse med udbudsgrundlaget.

Af samme grund er den ”korrigerede” prisevaluering, som regionerne har fremlagt, irrelevant, idet resultatet er baseret på de faktiske tildelte point i forhold til det kvalitative underkriterium. Disse point afspejler imidlertid ikke en korrekt evaluering i forhold til det offentliggjorte konkurrenceparameter.

Dertil kommer, at Abena har tilrettelagt sit tilbud med henblik på at kunne opfylde udbudsgrundlaget bedst muligt. Abena råder således over en bred vifte af produkter, som imødekommer forskellige mindstekrav. Såfremt Abena havde vidst, at regionerne ville erklære de tilbudte produkter ukonditionsmæssige, havde Abena selvsagt valgt at tilbyde andre produkter.

Regionernes overtrædelse af udbudsreglerne har således haft afgørende betydning for Abenas indretning af sit tilbud.

Af ovenstående grunde må klagenævnet lægge til grund, at regionernes overtrædelser har haft konkret betydning for tildelingsbeslutningen, som derfor skal annulleres.

Regionerne har gjort gældende, at regionernes tildelingsbeslutning ikke er behæftet med retlige mangler, og at regionernes udbudsgrundlag var egnet til at danne grundlag for en lovlig tildeling.

En manglende diskvalificering af Abenas tilbud i forhold til MK4 og MK5 ville under alle omstændigheder ikke have haft betydning for udfaldet af udbuddet, idet Abenas tilbud også var ukonditionsmæssigt som følge af manglende opfyldelse af stopkravet for konkurrencekrav nr. 8, ligesom Abenas samlede evalueringstekniske pris oversteg det vindende tilbuds evalueringstekniske pris.

Regionerne har bestridt, at de under evalueringen af Abenas tilbud har inddraget opfyldelse af de to mindstekrav, samt at regionerne har handlet i strid med deres egne udbudsbetingelser. Af konkurrencekrav 8 fremgår, at ”Det vægtes positivt, at kitlerne er lavet af et holdbart materiale og er behagelige og komfortable at have på, herunder at materialet for de væskeafvisende kitler er blødt, behageligt og åndbart, samt at kitlerne har en god facon, som giver en god bevægelighed. Punktet evalueres på baggrund af tilbudsgivers besvarelse, vareprøver og eventuel klinisk afprøvning”.

Regionerne har dermed i beskrivelsen af konkurrencekrav 8 beskrevet, hvilke forventninger der er til vareprøverne, og hvad der vægtes positivt. Regionerne har efterfølgende i tilbudsevalueringen vurderet de førnævnte forhold, hvortil brugergruppen er kommet med sine bemærkninger og konstateringer, som løbende er blevet noteret under afprøvningen.

Regionerne har bemærket, at Abenas kitler generelt ikke har en god holdbarhed, og dernæst har regionerne konstateret, at bindebåndene går i stykker. Det samme gør sig gældende for bemærkninger omkring de statiske egenskaber. Brugergruppen har konstateret, at kitlerne var statiske og dernæst vurderet, at kitlerne havde begrænset bevægelighed.

Brugergruppen har i sin samlede vurdering af vareprøverne fundet dem utilstrækkelige, fordi kitlerne ikke var behagelige og komfortable, de var generende, havde en dårlig åndbarhed, og brugergruppen vurderede generelt, at holdbarheden ikke var god.

Ved den anvendte pointskala, jf. udbudsbetingelserne punkt 12.1, er der en beskrivelse, der passer til hver karakter. Det fremgår tydeligt, at der gives karakteren 7 for det produkt, der ved evalueringen har været utilstrækkelig, hvilket netop er det forhold, der er angivet i regionernes evaluering af konkurrencekrav 8 for så vidt angår Abena.

MK4 og MK5 er derfor ikke fra regionernes side blandet sammen med evalueringen af konkurrencekrav 8, og evalueringen er sket i overensstemmelse med udbudsgrundlaget.

Abena har ligeledes anført, at Abena kunne have tilbudt andre produkter. Det påhviler Abena at vurdere, hvilke produkter der fremsendes i forbindelse med et tilbud, og det er dermed Abenas risiko.

Som anført ville Abena ikke have vundet tilbuddet, selvom regionerne havde medtaget Abena i evalueringsprocessen med karakteren 7, og der er på den baggrund ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Uanset om Abena måtte få helt eller delvis medhold i påstandene 1, 2 og 3, bør dette således ikke føre til annullation af tildelingsbeslutningen, idet Abena af ovennævnte grunde under alle omstændigheder var afskåret fra at få tildelt kontrakten. Der henvises i den forbindelse til klagenævnets kendelse af 8. april 2019, Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb, kendelse af 23. maj 2018, Colo Plast Danmark A/S mod Region Hovedstaden, og kendelse af 20. april 2018, Lattanzio Advisory S.p.A m.fl. mod Udenrigsministeriet.

På den baggrund nedlægges der påstand om, at Abenas påstand 4 ikke tages til følge.

Ad påstand 5

Ingen af parterne har fremsat anbringender vedrørende denne påstand.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Påstand 1 angår, om regionerne har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at kræve opfyldelse af mindstekrav MK4 og MK5, idet disse var så skønsmæssigt prægede, at de ikke egnede sig som mindstekrav.

For så vidt angår mindstekrav MK4, fremgår det af Kontraktbilag 2, Kravspecifikationen, at det er et krav, at ”bindebåndene eller lignende er holdbare og kan tåle normal håndtering. Det vil sige, at de ikke kan rives af kitlen ved binding/lukning.”. Regionerne har i udbudsmaterialet således klart beskrevet de forhold, som vurderingen af mindstekravet foretages ud fra. Henset til formuleringen af kravet og formålet hermed er der ikke grundlag for at fastslå, at mindstekravet MK4 har været så skønsmæssigt præget, at det ikke var egnet som mindstekrav.

For så vidt angår mindstekrav MK5, fremgår det, at kitlerne skal være antistatiske. Det er ikke i mindstekravet beskrevet, hvordan antistatisk nærmere skal forstås. Dette har regionerne ved besvarelsen af spørgsmål 38263 forholdt sig til og har oplyst, at ”Ordregiver har beskrevet den funktionelle effekt af antistatisk vil være, at der ikke opstår gener under brug. Ved gener forstås, at brugeren får stød og produktet klæber sig til kroppen”. Spørgsmålet vedrørte delaftale 1, 2 og 3, og regionerne har ikke i besvarelsen anført, om mindstekravet MK5 i delaftale 11 skulle forstås på tilsvarende vis. Henset til, at produkterne i alle delaftalerne er operationsbeklædning og derved har samme anvendelsesformål sammenholdt med ordlyden af mindstekravene i henholdsvis delaftalerne 1, 2 og 3 (”Det er et mindstekrav, at produktet er antistatisk”) og MK5 i delaftale 11 (”Det er et mindstekrav, at kitlerne er antistatiske”) må det under de foreliggende omstændigheder lægges til grund, at forståelsen af ”antistatisk” ligeledes gælder for delaftale 11. At der er tale om andre materialer i delaftale 1, 2 og 3, kan ikke føre til en anden fortolkning af ordet antistatisk. Herefter, og da det er muligt at kontrollere og konstatere, om kitlerne er antistatiske, finder klagenævnet ikke grundlag for at fastslå, at mindstekravet MK5 har været så skønsmæssigt præget, at det ikke var egnet som mindstekrav.

Det kan – hverken for så vidt angår MK4 eller MK5 – føre til et andet resultat, at afprøvningen af vareprøverne er foretaget i et mødelokale.

Påstand 1 tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Påstand 2 angår, om regionerne ikke var berettigede til at håndhæve opfyldelsen af mindstekravene MK4 og MK5 og derved har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at forkaste Abenas tilbud.

Idet mindstekravene MK4 og MK5 i delaftale 11 – som fastslået under påstand 1 – ikke var så skønmæssigt prægede, at de ikke var egnede som mindstekrav, har regionerne ikke overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at forkaste Abenas tilbud under henvisning til manglende opfyldelse af mindstekravene MK4 og MK5.

Påstand 2 tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Påstand 3 angår, om regionerne har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at basere deres beslutning om at forkaste Abenas tilbud på de fremsendte vareprøver og ved ikke at have sikret sig dokumentation for afprøvningen af Abenas vareprøver.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 8.1, at tilbudsgiver skal være opmærksom på, at ”vareprøver ... skal stemme overens med det tilbudte”, og at ”vareprøver vil – om muligt – blive anvendt til at kontrollere, om mindstekrav mv. opfyldes”. Endvidere fremgår det af udbudsbetingelsernes punkt 8.2, at ”Ordregiver forbeholder sig ret til at gennemføre en afprøvning af de tilbudte produkter med henblik på Ordregivers vurdering af tilbud, herunder konstatering af opfyldelse af mindstekrav”. Det kan således efter udbudsbetingelsernes punkt 8.1 og 8.2 lægges til grund, at vareprøverne skal opfylde mindstekravene, idet vareprøverne skal stemme overens med det tilbudte, og at regionerne under afprøvning kan anvende vareprøverne til at vurdere, om mindstekravene er opfyldt. Det kan af udbudsbetin-

gelseerne således udledes, at vareprøvers manglende opfyldelse af mindstekrav ville betyde, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

Regionerne har redegjort for, hvordan brugergruppen har afprøvet vareprøverne, og resultaterne heraf er indført i et evalueringsskema. Der er efter det foreliggende ikke grundlag for at fastslå, at regionerne ikke har sikret sig tilstrækkelig dokumentation for afprøvningen af vareprøverne. Herefter, og da der heller ikke er grundlag for at fastslå, at regionerne ikke har været berettigede til at foretage evalueringen/afprøvningen i et mødelokale, tages påstand 3 ikke til følge.

Ad påstand 4 og 5

Da påstand 1-3 ikke tages til følge, tages påstand 4 heller ikke til følge. Der er herefter ikke grundlag for, at klagenævnet forholder sig til påstand 5.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Abena A/S skal i sagsomkostninger til Region Nordjylland, Region Midtjylland og Region Syddanmark betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Hanne Aagaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent