

K E N D E L S E

Mediq Danmark A/S
(advokat Mikkel Taanum og cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen,
København)

mod

Jysk Fællesindkøb
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 191-463607 af 1. oktober 2019 udbød Jysk Fællesindkøb som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale om indkøb af stomi- og urologiprodukter, der er bevilliget i henhold til lov om social service § 112 med direkte levering til borgere og i mindre omfang levering til sygeplejehospitalet i Jysk Fællesindkøb, hvor Viborg, Favrskov, Mariagerfjord, Rebild, Skanderborg, Skive, Syddjurs og Norddjurs kommuner indgår. Viborg Kommune var repræsentant for alle kommunerne under udbuddet.

Udbuddet omfattede 2 delaftaler – delaftale 1 om stomiprodukter og delaftale 2 urologiprodukter. Der ville blive indgået en rammeaftale med en leverandør for hver delaftale. Rammeaftalernes varighed var 2 år med mulighed for forlængelse i 2 x 12 måneder. Den anslåede værdi pr. år for delaftalerne var henholdsvis 26.360.000 kr. og 16.670.000 kr. Denne klagesag vedrører kun delaftale 2 om urologiprodukter.

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud den 5. november 2019 havde Jysk

Fællesindkøb modtaget tre tilbud, herunder fra Mediq Danmark A/S (herefter Mediq) og Abena A/S (herefter Abena). Den 3. december 2019 besluttede Jysk Fællesindkøb at indgå kontrakt med Abena.

Jysk Fællesindkøb forlængede den 13. december 2019 frivilligt standstill-perioden til udløb den 18. december 2019 kl. 12.00. Den 18. december 2019 kl. 12.02 indgav Mediq klage til Klagenævnet for Udbud over Jysk Fællesindkøb, og klagen var således ikke indgivet i standstill-perioden og havde dermed ikke automatisk opsættende virkning.

Mediq anmodede om, at klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1. Jysk Fællesindkøb oplyste i den forbindelse, at seks af de deltagende kommuner i Jysk Fællesindkøb havde indgået kontrakt med Abena den 19. og 20. december 2019, mens de sidste to kommuner havde indgået kontrakt den 7. og 8. januar 2020.

Klagenævnet meddelte ved brev af 12. februar 2020 parterne, at nævnet ikke tog stilling til spørgsmålet om opsættende virkning, da klagen fra Mediq ikke var indgivet i standstill-perioden, og da de deltagende kommuner i Jysk Fællesindkøb havde indgået kontrakter med Abena.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Mediq har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Jysk Fællesindkøb har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved 1) at indhente dokumentation fra Mediq for opfyldelse af et mindstekrav, selv om det ikke var et krav i udbudsmaterialet, og 2) ved ikke at acceptere fremlagt dokumentation fra Mediq for opfyldelse af et mindstekrav, selv om dokumentationen lever op til de krav, som Jysk Fællesindkøb havde opstillet.

Påstand 2

Klagenævnet skal i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1 nr. 2, annullere Jysk Fællesindkøbs beslutning af 3. december 2019 om at tildele kontrakten på delaftale 2 til Abena.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Jysk Fællesindkøb ikke var berettiget til at tillægge Mediqs tilbudspris for positionsnumrene 8, 9 og 10 et tillæg på 15 % over det dyreste tilbud, da Mediqs tilbudte produkter lever op til kravspecifikationen.

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

Klagenævnet har den 18. december 2019 meddelt Jysk Fællesindkøbs kontraktpart, Abena, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3. Abena har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder:

I udbudsbetingelserne står vedrørende urologiprodukter følgende:

”...

7 Tildelingskriterium og underkriterier

...

7.2 Delaftale 2 - urologiprodukter

Rammeaftale vil blive tildelt den tilbudsgiver, der tilbyder det økonomisk mest fordelagtige tilbud, ud fra tildelingskriteriet laveste pris.

Tilbud skal afgives ved udfyldning af tilbudslisten ud fra den tilknyttede vejledning, jf. bilag 3. De tilbudte produkter skal ved tilbudsafgivelse opfylde samtlige mindstekrav.

Priser afgives i danske kr. ekskl. moms og inkl.:

- alle forbundne omkostninger og afgifter
- omkostninger i forbindelse med konsulentbistand og serviceydelser, herunder kørsel
- omkostninger i forbindelse med undervisning, herunder kørsel
- omkostninger i forbindelse med levering af produkter til borgere og sygeplejedepoter

Priser skal angives i stykpriser (ikke pris pr. æske, pose mv.).

Enhedspriserne evalueres ud fra den samlede tilbudssum beregnet ud fra tilbudsgivers tilbudte priser ganget med estimerede mængder, jf. bilag 3

tilbudsliste.

Tilbudsgiveren med den laveste samlede tilbudssum vil blive tildelt rammeaftale på delaftale 2.

...

10. Tilbudsevaluering

Efter tilbudsfristens udløb undersøges det, om tilbuddene indeholder de krævede oplysninger og dokumentation, jf. pkt. 9.1.

10.1 Tildelingskriterium og underkriterier

Konditionsmæssige tilbud vurderes på baggrund af tildelingskriteriet, jf. pkt. 0, og på denne baggrund træffes beslutning om tildeling af rammeaftale pr. delaftale.

Ordregiver vurderer udelukkende tilbuddene på baggrund af de oplysninger, der fremgår af det fremsendte tilbud inkl. bilag.

Ordregiver forbeholder sig ret til efterfølgende at indhente produktdatablade, vareprøver og/eller øvrige dokumentation på tilbudte produkter, for kontrol af opfyldelse af mindstekrav.

Ordregiver forbeholder sig endvidere retten til at afprøve tilbudte produkter, hvis det er nødvendigt for evalueringprocessen. Vareprøver skal stemme over[ens] med det tilbudte produkt i tilbudslisten.

Ordregiver forbeholder sig retten (men ikke pligten) til at lade en tilbudsgiver berigtige en forkert eller mangelfuld udfyldelse af tilbudslisten, f.eks. hvis en tilbudsgiver ikke har udfyldt et obligatorisk felt i tilbudslisten. ...

...

Hvis der er fejl eller mangler i et positionsnummer, som ikke kan berigtiges, vil Ordregiver rent evalueringsteknisk fastsætte den tilbudte pris til 15 % højere end den dyreste pris blandt de andre tilbudsgivere for det pågældende positionsnummer.

Samlet set må der maksimalt være følgende antal fejl eller mangler, som ikke kan berigtiges, for at tilbuddet fortsat er konditionsmæssigt.

- ...
- For delaftale 2 – Urologi: fejl eller mangler i maksimalt 5 positionsnumre.

Positionsnumre med fejl eller[/]og mangler vil Ordregiver prissætte 15 % højere end den dyreste pris blandt de andre tilbudsgivere.

Har ingen leverandører budt ind med en konditionsmæssig pris/produkt på et positionsnummer, vil varelinjen udgå i sin helhed fra evalueringen og samtidig ikke tælle med i de positionsnumre, hvor der må være fejl eller mangler.

Tilbudsgivere får dermed ikke muligheden for at berigtige positioner, hvis ordregiver ikke kan identificere produktet, der er budt ind med, ligesom en tilbudsgiver ikke får mulighed for at berigtige en manglende pris på en positionslinje (den fastsættes af ordregiver i tilbudsevalueringen jf. ovenfor).

...”

Den tilbudsliste, som tilbudsgiverne skulle udfylde, var under kategorien ”engangskatetre” bl.a. opdelt i hydrofile coatede sterile katetre, hvor vandet hældes ved særskilt (position 1-6), hydrofile coatede sterile katetre, som er klar til brug/liggende i vand (position 7-14) og hydrofile coatede sterile katetre, som er klar til brug umiddelbart efter vandtilsætning for pose i lukket system (position 15-21).

Udbudsmaterialets bilag 4 ”Generel kravspecifikation” indeholder en beskrivelse af de mindstekrav, som leverandøren skal opfylde. Tilbudslisterne indeholder de produktspecifikke krav for henholdsvis urologi og stomi, dvs. de særlige krav til hvert enkelt produkt på varelinjeniveau. I dette tilfælde må de generelle krav fraviges. Af bilaget fremgår i øvrigt:

”...

Ved afgivelse af tilbud er det således indforstået, at leverandøren har gjort sig bekendt med alle de mindstekrav, som der stilles til opgaven samt har erklæret sig indforstået med, at leverandøren vil overholde samtlige mindstekrav i hele kontraktens løbetid.

...

...	
2 Produktkrav	
...	...
2.4	De tilbudte produkter skal have været anvendt kontinuerligt af borgere/patienter i min. 4 måneder. Tilbudsgiver skal kunne dokumentere dette, såfremt Ordregiver anmoder om det.
...	...

...”

Tilbudsgiverne havde mulighed for at stille spørgsmål under udbudsprocessen, og der blev bl.a. stillet – og besvaret – følgende spørgsmål:

”

Nr.	Spørgsmål til Bilag 4 – Kravspecifikation generelt	Svar	Dato for besvarelse
B4-1	<p>Bilag 4 Generel kravspecifikation</p> <p>Det fremgår, at de tilbudte produkter skal have været solgt kontinuerligt til brugere gennem mindst fire måneder. Samtidig efterspørges et produkt (position xx), som producenten ikke har introduceret på markedet endnu. Det er således ikke muligt for tilbudsgivere både at tilbyde et produkt, der lever op til kravspecifikationen på den pågældende position OG tilbyde et produkt, som har været anvendt af brugere gennem en periode på minimum fire måneder. Vil ordregiver venligst fjerne kravet, eller på anden måde bringe overensstemmelse mellem de to krav?</p>	<p>Ordregiver fastholder kravet.</p> <p>Det at produktet ikke er introduceret på det danske marked, udelukker ikke, at produktet kan være solgt kontinuerligt til brugere gennem mindst fire måneder. Yderligere vil Ordregiver gerne præcisere, at de fire måneder kun er gældende for nye produkter. Udvikling er eksisterende produkter er altså ikke omfattet af de 4 måneder. Såfremt et produkt består af flere enkelt-produkter som fx kateterisationssæt, skal de enkelte produkter overholde kravet til de 4 måneder, men produktet som sæt vil ikke være omfattet af kravet. De 4 måneder regnes fra tilbudsfristen.</p> <p>Tilbudsgiver bedes specificere hvilket positionsnumre, som ikke lever op til kravene.</p>	10.10.2019

	<p>Opfølgning spørgsmål/svar B4-1 Bilag 4 Generel kravspecifikation</p> <p>Det er fortsat uklart, hvordan vi skal forholde os til kravet om, at nye produkter skal være solgt kontinuerligt gennem mindst 4 måneder. Hvad menes i denne sammenhæng med ”nye produkter”? Eksempelvis er de produkter, som efterspørges på position 2.1.24 i tilbudslisten vedr. stomi, en helt ny serie, med en række egenskaber som ikke findes i andre produkter/serier fra samme producent, og den erstatter heller ikke direkte en eksisterende serie. Vil den skulle betragtes som et nyt produkt?</p> <p>Der er samtidig krav om at vi som tilbudsgiver skal kunne dokumentere salget. Hvordan skal vi kunne dokumentere dette, hvis vi ikke selv har haft salg på varen, og hvis dette salg er foregået i andre lande?</p>	<p>Med nye produkter menes der, at serien er helt ny indenfor produktkategorien. Hvis der allerede eksisterer en serie i samme produktkategori fra samme producent, anses dette som en produktudvikling.</p> <p>Ordregiver anser serien i pos.nr. 2.1.24 som en produktudvikling af en allerede eksisterende serie, da serierne dækker samme formål, blot med forbedrede egenskaber.</p> <p>Tilbudsgiverne har ansvaret for at dokumentere, at produktet lever op til mindstekravet. Denne dokumentation kan indhentes fra producenterne, herunder om salget er foregået i andre lande.</p>	10.10.2019
--	---	---	------------

...”

Ved brev af 8. november 2019 anmodede Jysk Fællesindkøb Mediq om at fremsende specificerede vareprøver og produktblade samt dokumentation for, at Mediqs tilbudte produkter på position 8, 9 og 10 (LentisCath) opfyldte mindstekrav 2.4 om, at de tilbudte produkter havde været anvendt kontinuerligt af borgere/patienter i mindst 4 måneder.

Ved brev af 11. november 2019 med tilhørende bilag sendte Mediq de efterspurgte oplysninger til Jysk Fællesindkøb, herunder en udtalelse fra distributøren af LentisCath, som dokumentation for, at produktet havde været anvendt kontinuerligt af borgere/patienter i mindst 4 måneder. Af udtalelsen fremgår følgende:

”To whom it may concern,

Herein we confirm that, Medika Company (Wholesale distributor of medical equipment), have had been purchasing urinary intermittent hydrophilic catheters significantly longer than 4 months from Lentismed

ltd.

We have been cooperating with Lentismed ltd. since its founding, whereby during that period we successfully delivered far more than million of hydrophilic catheters, LentisCath Plus included, for the thousands of patients.

...”

Jysk Fællesindkøb meddelte den 3. december 2019, at kontrakten om delaftale 2 ville blive tildelt Abena. Af tildelingsbeslutningen fremgår:

”...

På baggrund af tilbudsevalueringen har Abena A/S afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Resultatet fremgår af nedenstående tabel:

	Delaftale 2, urologi	
	Abena	Mediq Danmark A/S
Underkriterier		
Pris	17.102.642,09 kr.	14.981.341,38 kr.
Evalueringspris fra ukonditionsmæssige pos.nr.	68.344,50 kr.	2.631.833,19 kr.
Pris (evalueringssum)	17.170.986,59 kr.	17.613.174,57 kr.
Placering	1	2

Ved evaluering af underkriteriet pris er der foretaget en gennemgang af de tilbudte produkter. For de pos.nr., hvor der er tilbudt et produkt, som ikke lever op til kravspecifikationen, er der rent evalueringsteknisk fastsat en pris, som er 15 % højere end den dyreste pris blandt de andre tilbudsgivere for det pågældende pos.nr.

For Mediq Danmarks vedkommende drejer dette sig om pos.nr. 8, 9 [o]g 10, hvor Mediq Danmark ikke lever op til følgende mindstekrav:

2.4 *De tilbudte produkter skal have været anvendt kontinuerligt af borger/patienter i min. 4 måneder. Tilbudsgiver skal kunne dokumentere dette, såfremt Ordregiver anmoder om det.*

Da fremsendte dokumentation *ikke* dokumentere *kontinuerligt anvendelse* hos en borger/patient i min. 4 måneder, vurderes ovenstående positioner som ikke konditionsmæssige.

På de pågældende pos.nr. er der derfor lagt et evalueringsteknisk beløb oven i den samlede tilbudssum. Dette beløb fremgår af ovenstående skema.

Jysk Fællesindkøb agter således at indgå kontrakt på delaftale 2 med Abena A/S.
 ...”

Mediq henvendt sig efterfølgende til Jysk Fællesindkøb, idet Mediq var uforstående over for, at den fremsendte dokumentation ikke var tilstrækkelig.

Mediq har under klagesagen fremlagt en udtalelse af 17. januar 2020 fra Lentismed Ltd., der er producenten af produkterne LentisCath og LentisCath Plus, som Mediqs tilbød. Af udtalelsen fremgår følgende vedrørende LentisCath:

”...

LentisCath is the improved version of the LentisCath+ catheter, intended to be used by the same group of patients from the medical standpoint, such as in cases of patients with Neurogenic bladder, a blockage in the urethra, injury to the urethra, a enlarged prostate in males, birth defects affecting the urinary tract, kidney, ureter, or bladder stones, bladder weakness or damage and tumours within the urinary tract or reproductive organs.

Furthermore the doctors use both LentisCath+ and LentisCath to accurately measure urine output in critically ill people, to the bladder before, during, or after a person has surgery, during childbirth, to drain the women’s bladder after an epidural anaesthetic and to deliver medication directly into a person’s bladder.

The purpose is the same for both product types, and that is urine drainage.

To summarise LentsCath product is improved comparing to the LentisCath+, as it shortens the time needed to perform the catheterisation, decreasing the possibility for Catheter-related urinary tract infection.

...”

Jysk Fællesindkøb har i forbindelse med klagesagen indhentet en udtalelse fra en anden producent af katetre, Coloplast Danmark A/S. Af udtalelsen fremgår bl.a. følgende:

”Det danske marked for engangskatetre kan helt overordnet opdeles i to forskellige kategorier:

1. Overfladebehandlede katetre, som *ikke leveres klar til brug*
2. Overfladebehandlede katetre, som leveres *klar til brug*

1) Overfladebehandlede katetre, som *ikke leveres klar til brug*
 Overfladebehandlede katetre, som ikke leveres klar til brug, skal aktiveres i en eller anden form, inden produktet kan anvendes på patienten; alternativt af patienten selv. Dette gøres eksempelvis ved at vand hældes ned i emballagen og således kommer i kontakt med overfladebehandlingen; som aktiveres efter et antal sekunder, og herefter bliver glat. Alternativt pakkes disse former for katetre med en mindre vandampul, som skal brydes, hvorefter vandet kommer i kontakt med overfladebehandlingen, som herefter aktiveres (efter et antal sekunder) og bliver glat. For begge varianter vedkommende gælder det, at katetret skal anvendes umiddelbart efter aktivering, idet denne type overfladebehandling ikke kan holde til at ligge i vand i længere tid, hvorefter den vil miste sin performance. Disse typer af katetre efterspørges selvstændigt i diverse udbud; det være sig i både i region og i kommune.

2) Overfladebehandlede katetre, som leveres *klar til brug*
 Overfladebehandlede katetre, som leveres klar til brug, har ikke brug for nogen aktivering, inden produktet kan anvendes på patienten; alternativt af patienten selv. Det overfladebehandlede kateter ligger således fra producentens side nedsvælget i en særlig væske, og er klar til brug så snart emballagen brydes. Detaljerne omkring udviklingen og produktionen er et sådan produkt adskiller sig væsentligt fra første generation af engangskatetre, idet både råkateteter, coating og sterilisationsproces er ganske anderledes, ganske simpelt for at det overfladebehandlede kateter kan tåle at ligge i væsken og over tid bevare sin performance i form af en glat overflade. Disse typer af katetre efterspørges således også selvstændigt i både region og kommune.

Har LentisMed ret i deres påstand kræver det således at de kan dokumentere at følgende komponenter vil være uændrede fra produktet LentisCath Plus til LentisCath:

- At råkateteret ikke er ændret (fx at rå-katetret ikke er ændret fra det gamle PVC til det nyere ikke PVC)
 - At coatingen ikke er ændret
 - At sterilisationsprocessen ikke er ændret
- ...”

Der er under sagen fremlagt en mailkorrespondance mellem Mediq og udbudskonsulenten i Viborg Kommune i perioden 2. juli – 10. september 2019. Korrespondancen drejer sig om, at Mediq skal levere nogle vareprøver på LentisCath. Mediq var ikke i stand til at levere vareprøverne, da der var pro-

blemer med folien, som anvendes til emballagen. I Mediqs mail af 10. september 2019 står:

”...

Vi har desværre ikke fået en eksakt dato [fra Lentismed på levering af vareprøverne]. Den nye emballage / folie opførte sig uventet ifm sterilisationen. Man har derfor steriliseret med en anden type stråler, og det er gået fint. Men der skal gennemføres en ”accelerated aging” proces, før man vil sende dem på markedet. Den er afsluttet om 1-2 uger, og så forventer vi at katetrene er på vej til os. Men jeg tør ikke love en præcis dato.

...”

Jysk Fællesindkøb har under sagen fremlagt skærmprent fra Lentismed Ltd.’s hjemmeside. Af hjemmesiden fremgår, at LentisCath Plus har følgende ”key features”:

”...

- In-pack sterile water sachet to activate the hydrophilic coating
- Discreetly packaged and foldable and easy to carry in your pocket
- Adhesive tab for vertical placement during hand washing and preparation
- No-touch handling strip protects the catheter from any touch and contamination
- Coated smooth polished eyelets prevent irritation during insertion
- Tube made of PVC – medical grade, free from the aggressive softening agent phthalates
- Ready to use within 25 sec.
- Free from latex

...”

Af hjemmesiden fremgår, at LentisCath har følgende ”key features”:

”...

- Comes with well-lubricated surface – Hydrophilic coating
- Coated smooth polished eyelets for comfort and safety
- No-touch handling strip can be held to help avoid touching the catheter
- Enhanced grip of the flexible funnel helps in easier handling
- Tube made of TPU – medical grade
- Ready to use
- Free from PVC, latex, free from the aggressive softening agent phthalates
- Eco friendly materials

...”

Endelig har Jysk Fællesindkøb fremlagt mailkorrespondance af 19. og 20. december 2019 mellem udbudskonsulenten i Viborg Kommune og Indkøbs- og udbudschefen i Fællesindkøb Fyn. Fællesindkøb Fyn havde tidligere gennemført et udbud af urologiprodukter, og i henvendelsen til Fællesindkøb Fyn skriver Jysk Fællesindkøb, at man er vidende om, at Mediq har tilbudt et nyt produkt, LentisCath, som man har nogle spørgsmål til i forhold til leveringen. Der stilles følgende spørgsmål og gives følgende svar (kursiv):

”...

- Hvornår er kontraktstart ifølge jeres kontrakt - altså leveringsstart: *15.05.2019*
- Har Mediq kunne levere ovenstående produkter til denne dato? *Der har efter kontraktstart vist sig leveringsproblemer med Lentiscath, hvormed Mediq har opfyldt kontrakten med et erstatningsprodukt.*
- Såfremt de ikke kunne, hvornår har de så kunnet levere? *Det forventes at produkterne ligger klar på lager hos Mediq, inden udgangen af december måned 2019.*

...”

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

Mediq har gjort gældende, at Jysk Fællesindkøb har behandlet tilbudsgiverne forskelligt i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2. Desuden har Jysk Fællesindkøb i strid med gennemsigtighedsprincippet ikke behandlet Mediq i overensstemmelse med det anførte i udbudsmaterialet, idet Jysk Fællesindkøb har anmodet om dokumentation for de tilbudte produkter på position 8, 9 og 10, selv om produkterne på disse positioner ikke er nye produkter, men en produktudvikling af allerede eksisterende produkter. Dertil kommer, at selv om Jysk Fællesindkøb måtte have været berettiget til at indhente dokumentation for, at positionerne 8, 9 og 10 opfylder mindstekrav 2.4, har Mediq dokumenteret, at mindstekravet er opfyldt.

Ad position 8, 9 og 10

Mediq har tilbudt produktet LentisCath på position 8, 9 og 10. LentisCath er en videreudvikling af LentisCath Plus. LentisCath Plus ligger ikke i vand, men indpakningen indeholder i stedet en pose med vand, der skal brydes, så

katetret bliver vådt. Denne konstruktion har været nødvendig, fordi en metode, hvor kateteret har ligget i vand, har været beskyttet af et patent, som nu er udløbet. Det har gjort det muligt at videreudvikle LentisCath Plus til LentisCath, der ligger i vand. Dette patent knytter sig til metoden ”klar til brug/liggende i vand” og ikke til produktet. Metodepatentet har ingen relevans i forhold til, om der er tale om et nyt produkt eller om en videreudvikling af et eksisterende produkt.

LentisCath vil kunne anvendes til nøjagtigt samme formål som LentisCath Plus og af nøjagtigt de samme patienter/borgere, som i dag anvender LentisCath Plus, da der er tale om et produkt, som opfylder samme behov, og blot er forbedret i forhold til brugervenligheden. LentisCath er således klar til brug med det samme, mens LentisCath Plus kræver, at patienten trykker på en vandpose, inden emballagen åbnes.

Det helt grundlæggende er, hvornår der er tale om et nyt produkt, og hvornår der er tale om en videreudvikling af et eksisterende produkt. Dette skyldes mindstekrav 2.4 og den præcisering, som Jysk Fællesindkøb har foretaget ved sin besvarelse af spørgsmål under udbuddet.

At kravet om kontinuerligt brug i mindst 4 måneder kun er gældende for nye produkter blev yderligere præciseret ved svar på det opfølgende spørgsmål B4-1. Selv hvis mindstekrav 2.4 skal forstås sådan, at der for nye produkter skal dokumenteres brug i mindst 4 måneder, er det ikke tydeligt, hvad kravet er for eksisterende produkter. Hvis kravet er længere tid end 4 måneder, er det uklart, hvor længe det skal være. Et så uklart og skønspræget mindstekrav ville have været i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og således ulovligt.

En videreudvikling vil blive markedsført som en ny/forbedret version. Det, som Jysk Fællesindkøb har anført om angivelsen af ”key features”, har ikke noget at gøre med, om der er tale om et nyt produkt eller en videreudvikling. En producent er berettiget til at ændre/forbedre sit produkt og sin markedsføring af en videreudvikling af et produkt. Indholdsmæssigt er der i øvrigt tale om ganske få ændringer, som skyldes, at der er tale om en videreudvikling og dermed en forbedring af et eksisterende produkt. Hvis en videreudvikling ikke indebærer en forbedring, er der ingen grund til at videreudvikle produktet.

Det, som Jysk Fællesindkøb har anført om, at materialerne i LentisCath og LentisCath Plus er forskellige, kan ikke tages til indtægt for, om der er tale om et nyt produkt eller en videreudvikling. Jysk Fællesindkøb har ikke anført i udbudsmaterialet, at det ikke var tilladt i en videreudvikling at ændre materialevalget. En videreudvikling kan indebære ændring af materialet.

Det fremgår endvidere af producentens bekræftelse, at LentisCath er en videreudvikling af det eksisterende produkt LentisCath Plus. Jysk Fællesindkøb kan således ikke anse LentisCath som andet end en videreudvikling af LentisCath Plus.

Hvis en ordregiver skal kunne beslutte, om et produkt er nyt eller en videreudvikling, og at dette skal være udslagsgivende for, om et mindstekrav er opfyldt, er mindstekravet uklart og skønspræget, og det er dermed uegnet og i strid med gennemsigtighedsprincippet.

LentisCath og LentisCath Plus tilhører begge produktkategorien ”engangs-katetre”. Der er altså ikke tale om et nyt produkt, men om en produktudvikling. Jysk Fællesindkøb var derfor ikke berettiget til at efterspørge dokumentation for opfyldelse af mindstekrav 2.4 for disse produkter.

Det er Jysk Fællesindkøbs ansvar, at et mindstekrav er formuleret klart og tydeligt. Enhver uklarhed må i den forbindelse ikke komme tilbudsgiverne til skade.

Ad mindstekrav 2.4

Hvis Jysk Fællesindkøb var berettiget til at efterspørge dokumentationen, opfylder den fremsendte dokumentation mindstekrav 2.4. Mediq sendte en udtalelse fra distributøren, hvor det er bekræftet, at hydrofile katetre har været solgt i mere end 4 måneder, i mere end 1 million eksemplarer og til mere end 1.000 patienter.

Jysk Fællesindkøb kan ikke afvise den fremsendte dokumentation under henvisning til, at den ikke dokumenterer, at produktet har været anvendt kontinuerligt af borgere/patienter i mindst 4 måneder. Det fremgår således ikke, at der skal kunne identificeres enkelte konkrete borgere, som har anvendt katetret kontinuerligt, og det er uklart, hvad der menes med ”kontinuerligt” – er det hver dag eller flere gange dagligt, og betyder det, at borgeren ikke

må anvende andre katetre i samme periode. Kravet må forstås sådan, at tilbudsgiveren skal dokumentere salget, da det ikke kan lade sig gøre at dokumentere brugen.

I forbindelse med besvarelse af spørgsmål under udbudsprocessen har Jysk Fællesindkøb forsøgt at præcisere mindstekrav 2.4, så kravet vedrørte, at produktet har "været solgt kontinuerligt til brugere gennem mindst fire måneder". Det synes da også at være den eneste måde at forstå kravet på, da det ikke er muligt at dokumentere den faktiske brug hos en borger. Det må således lægges til grund, at hvis produktet er solgt, bliver det også brugt.

En dokumentation, der viser, hvem der er den "endelige modtager" af et produkt, dokumenterer ikke kontinuerligt brug, ligesom bevillingslister ikke dokumenterer kontinuerligt brug. Begge dele dokumenterer kun salget, hvilket Jysk Fællesindkøb før evalueringen har accepteret som tilstrækkeligt.

Jysk Fællesindkøb har gjort gældende, at Mediqs tilbudte produkt LentisCath på position 8, 9 og 10 ikke kan betragtes som en videreudvikling af produktet LentisCath Plus, og at Mediq ikke har dokumenteret, at LentisCath opfylder mindstekrav 2.4, hvorefter det tilbudte produkt skal have været anvendt kontinuerligt af borgere/patienter i mindst 4 måneder.

Ad position 8, 9 og 10

Jysk Fællesindkøb modtog under udbudsprocessen spørgsmål B1-4 med opfølgende spørgsmål til, hvordan mindstekrav 2.4 skulle fortolkes i forhold til produkter, som endnu ikke var introduceret på markedet. Med besvarelsen af spørgsmålene præciserede Jysk Fællesindkøb, at en videreudvikling af et eksisterende produkt ikke betragtes som et nyt produkt, og at et produkt er nyt, hvis produktet indgår i en ny serie inden for produktkategorien. Det produkt, LentisCath, som Mediq tilbød, kan ikke anses for en videreudvikling af produktet LentisCath Plus. Som det er præciseret ved Jysk Fællesindkøbs opfølgning på spørgsmål B4-1, kan et produkt ikke betragtes som en videreudvikling af et eksisterende produkt, hvis produktet indgår i en serie, som er helt ny inden for produktkategorien.

Den relevante produktkategori er "engangskatetre". Jysk Fællesindkøb efterspørger i denne produktkategori flere produktserier, herunder hydrofile coatede sterile katetre, hvor vandet hældes ved særskilt (position 1-6), og

hydrofile coatede sterile katetre, som er klar til brug/liggende i vand (position 7-14) og hydrofile coatede sterile katetre, som er klar til brug umiddelbart efter vandtilsætning for pose i lukket system (position 15-21).

Allerede fordi der i forbindelse med udbuddet efterspørges både engangskatetre, hvor vandet hældes ved særskilt, og engangskatetre, hvor katetret er klar til brug/liggende i vand, kan LentisCath ikke betragtes som en videreudvikling af LentisCath Plus. Dette understøttes af, at Lentismed Ltd. markedsfører LentisCath Plus og LentisCath som to separate produktserier.

I forhold til produktserien LentisCath indeholder denne serie varianterne neonkateter, børnekateter, kvindekaterer og tiemannkateter i forskellige størrelser.

Det fremgår entydigt af producenten Lentismed Ltd.'s beskrivelse af de to produktserier, at der er så betydelige forskelle på de to produktserier, at produktserien LentisCath ikke efter en naturlig forståelse af begrebet "videreudvikling" kan betragtes som en videreudvikling af produktserien LentisCath Plus. Forskellen mellem de to produktserier indebærer i sagens natur forskellige krav til brugerne af katetrene, særligt i forbindelse med indsættelsen af katetret. Brugerne af de to produktserier er derfor heller ikke nødvendigvis de samme.

Hertil kommer, at materialerne i de to produktserier er forskellige. Blandt andet er røret i LentisCath Plus-produktserien lavet af PVC, mens røret i LentisCath-produktserien er lavet af "TPU" (Termoplastisk polyuretan) og fri for PVC. Desuden er indpakningen og kravene til indpakning af de to produktserier forskellige som følge af, at katetret i produktserien LentisCath ligger i vand.

Til yderligere belysning af forskellene på de to produktserier henvises desuden til udtalelse af 9. marts 2020 fra Coloplast Danmark A/S, som i lighed med Lentismed Ltd. producerer katetre. I lyset af Coloplast Danmark A/S' udtalelse kan udtalelsen fra producenten af LentisCath Plus og LentisCath, Lentismed Ltd., ikke tillægges vægt. Lentismed Ltd. har således som producent af de tilbudte produkter en direkte økonomisk interesse i klagen.

Det fremgår desuden af mailkorrespondancen mellem Mediq og Jysk Fæl-

leskøb v/Viborg Kommune, at Jysk Fællesindkøb forud for udbuddet ønskede at foretage en afprøvning af LentisCath og i den forbindelse anmodede om at modtage vareprøver fra Mediq. Endelig fremgår det af mailkorrespondancen, at årsagen til, at Mediq ikke kunne levere de aftalte vareprøver, var udfordringer med emballagen/folien, og at der skulle gennemføres en ”accelerated aging” proces, før produktet sendes på markedet.

Den omstændighed, at produktserien LentisCath først kan sendes på markedet, når der er gennemført en ”accelerated aging” proces støtter, at LentisCath ikke kan anses for en videreudvikling af produktserien LentisCath Plus. Forholdet understøttes yderligere af, at en udvikling af produktserien LentisCath Plus efter det oplyste tidligere har været udelukket som følge af et ikke nærmere beskrevet patent. LentisCath er således ikke en videreudvikling af Lentismed Ltd.’s eget produkt, men i stedet en videreudvikling af et eksisterende patenteret produkt fra en anden producent.

Ad mindstekrav 2.4

Som dokumentation for, at produktserien LentisCath har været anvendt kontinuerligt af borgere/patienter i mindst 4 måneder og således opfylder mindstekrav 2.4, har Mediq fremlagt en udtalelse fra en distributør. Det fremgår udelukkende af udtalelsen, at distributøren har købt ”hydrophilic catheters” fra producenten Lentismed Ltd. i mere end 4 måneder. Det fremgår imidlertid ikke af udtalelsen, at distributøren har købt produkter fra produktserien LentisCath fra producenten Lentismed Ltd.

Kravet om, at produktet ”skal have været anvendt kontinuerligt af borgere/patienter”, kan ikke forstås således, at produktet skal have været solgt og/eller markedsført i den krævede periode på 4 måneder. Hverken ”salg”, som ikke er sket direkte til borgere, eller ”markedsføring” kan således rummes inden for en ordlydsfortolkning af ”anvendt kontinuerligt af borgere/patienter”.

Hvordan en tilbudsgiver vil dokumentere, at tilbudsgiveren opfylder mindstekravene, beror i sagens natur på den pågældende tilbudsgiver, men kravet vil f.eks. kunne dokumenteres ved at fremlægge bevillinger fra borgere, der har anvendt produktet, skriftlige udtalelser fra borgere, der har anvendt produktet, eller skriftlige udtalelser fra kommuner, sundhedspersonale mv., der

har anvendt produktet i forhold til konkrete borgere i den krævede 4 måneders periode. Mindstekrav punkt 2.4 har således ikke været uklart.

Allerede som følge heraf har Mediq ikke dokumenteret, at de tilbudte produkter på positionerne 8, 9 og 10 opfylder mindstekrav 2.4 om, at produktet skal have været anvendt kontinuerligt af borgere/patienter i mindst 4 måneder.

Til yderligere dokumentation for, at produktserien LentisCath ikke opfylder mindstekrav 2.4, er mailkorrespondance af 19. og 20. december 2019 fremlagt i sagen, hvoraf det fremgår, at Mediq pr. 20. december 2019 fortsat ikke kunne levere LentisCath til Fællesindkøb Fyn og de kommuner, der indgår i deri.

At LentisCath ikke har været anvendt kontinuerligt af borgere/patienter i mindst 4 måneder, understøttes endelig af Mediqs udmelding til Jysk Fællesindkøb af 10. september 2019 om, at der skal gennemføres en ”accelerated aging” proces, før produktet kan sendes på markedet.

Ad påstand 2

Mediq har gjort gældende, at Jysk Fællesindkøb ikke har tildelt delaftale 2 til tilbudsgiveren med det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da Mediq har afgivet tilbuddet med den laveste pris. Jysk Fællesindkøbs tildelingsbeslutning for delaftale 2 skal derfor annulleres.

I forbindelse med Jysk Fællesindkøbs tilbudsevaluering blev Mediqs tilbud på delaftale 2 tillagt et beløb for positionsnumrene 8, 9 og 10 på 2.631.833,19 kr. Mediqs tilbudssum var ellers 14.981.341,38 kr.

Det fremgår af Jysk Fællesindkøbs tildelingsbeslutning, at Mediqs tilbudssum før straffen for ukonditionsmæssige poster, var 2.121.300,71 kr. (17.102.642,09 – 14.981.341,38) lavere end Abenas tilbud, men at prisen efter tillæg for ukonditionsmæssige poster er 442.187,98 kr. højere (17.613.174,57 – 17.170.986,59). Dette skete udelukkende på grund af, at Jysk Fællesindkøb har skønnet, at mindstekrav 2.4 ikke har været opfyldt.

Som redegjort for under påstand 1 har Jysk Fællesindkøb ikke været berettiget til at forlange denne dokumentation, og selv hvis Jysk Fællesindkøb

kunne kræve det, var den fremsendte dokumentation tilstrækkelig. Mediqs tilbud skulle derfor ikke have været tillagt et ”strafbeløb”, og Mediqs tilbud havde herefter den laveste pris og var dermed det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Jysk Fællesindkøb har gjort gældende, at gennemførelsen af udbuddet, herunder vurderingen af konditionsmæssigheden af Mediqs tilbud på delaftale 2, i det hele er sket i overensstemmelse med reglerne i udbudsloven.

Da Mediq ikke har dokumenteret, at det tilbudte produkt LentisCath på position 8, 9 og 10 opfylder mindstekrav 2.4, har Jysk Fællesindkøb i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes punkt 10 været berettiget til i forbindelse med evalueringen af Mediqs tilbud at fastsætte en pris for de pågældende positioner svarende til den dyreste tilbudte pris med tillæg af 15 %.

Ad påstand 3

Mediq har gjort gældende, at hvis klagenævnet giver Mediq medhold i påstand 1, vil det resultere i, at Mediqs tilbudte produkter lever op til kravspecifikationen, og at Jysk Fællesindkøb dermed ikke har været berettiget til at tillægge Mediqs tilbudspris for positionsnumrene 8, 9 og 10 et tillæg på 15 % over det dyreste tilbud.

Konsekvensen af dette er, at Mediqs tilbud havde den laveste pris og dermed var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Mediq skulle derfor have været tildelt delaftale 2.

Jysk Fællesindkøb har gjort gældende, at påstand 3 ikke skal tages til følge, idet der henvises til det, der er anført ad påstand 1 og 2.

Hvis Jysk Fællesindkøb ikke var berettiget til at lægge 15 % over det dyreste tilbud til Mediqs tilbudspriser på positionsnumrene 8, 9 og 10 med den konsekvens, at Jysk Fællesindkøb i forbindelse med tilbudsvurderingen skulle identificere Mediqs tilbud som det økonomisk mest fordelagtige, ville Jysk Fællesindkøb have været nødsaget til at annullere udbuddet, fordi der ikke foreligger den tilstrækkelige erfaring med de tilbudte produkter fra produktserien ”LentisCath”.

Formålet med mindstekravet i kravsspecifikationens punkt 2.4 er at sikre, at

borgerne i Jysk Fællesindkøbs kommuner ikke bliver forsøgskaniner på nye produkter, som ikke har været anvendt på markedet.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Ad position 8, 9 og 10

Bilag 4 "Generel kravspecifikation" indeholder de fastsatte mindstekrav, som tilbuddene skulle opfylde.

Af mindstekrav 2.4 fremgår, at produkterne skulle have været anvendt kontinuerligt af borgere/patienter i mindst 4 måneder, og det skulle tilbudsgiveren kunne dokumentere, hvis Jysk Fællesindkøb anmodede om det. Det blev i svar på spørgsmål B4-1 præciseret, at kravet om de 4 måneder kun var gældende for nye produkter.

Jysk Fællesindkøb har i sin besvarelse af det opfølgende spørgsmål til spørgsmål B1-4 desuden anført, at nye produkter skulle forstås sådan, at serien er helt ny inden for produktkategorien. Hvis der allerede eksisterede en serie i samme produktkategori fra samme producent, ville dette blive anset som en produktudvikling.

Det er ubestridt, at LentisCath og LentisCath Plus hører under produktkategorien engangskatetre.

Mediq har oplyst, at LentisCath er produceret af Lentismed Ltd. efter udløbet af et patent, der ikke har gjort det muligt at producere produktet før. LentisCath har i forhold til LentisCath Plus en ny funktion, der gør det muligt at anvende produktet med det samme, idet katetret ligger i vand, hvorimod der ved LentisCath Plus først skal brydes en pose med vand, så katetret bliver tilsat vand, inden katetret er klar til brug. Det fremgår af produktdatabladet til LentisCath, at dette produkt findes til mænd, kvinder og børn og i nelaton og tiemann.

Efter indholdet af Lentismed Ltd.'s hjemmeside lægger klagenævnet til grund, at LentisCath og LentisCath Plus ikke markedsføres sammen.

Klagenævnet finder det sandsynliggjort, at LentisCath er en ny produktserie ”klar til brug” inden for produktkategorien engangskatetre og dermed ikke er en videreudvikling af produktet LentisCath Plus, der ikke er klar til brug. Klagenævnet har særlig lagt vægt på, at LentisCath er et produkt, der er klar til brug og sælges i flere forskellige varianter og dermed fremstår som en serie for sig selv, at serien ikke markedsføres som en videreudvikling af LentisCath Plus eller sammen med LentisCath Plus og ikke er et tilføjende produkt til en allerede eksisterende produktserie.

Mediqs tilbudte produkter på position 8, 9 og 10 var herefter en ny produktserie, og Jysk Fællesindkøb var derfor berettiget til at indhente dokumentation, jf. udbudsmaterialets bilag 4 ”Generel kravspecifikation” pkt. 2.4.

Ad dokumentation for opfyldelse af mindstekrav 2.4

I forbindelse med evalueringen af tilbuddene har Jysk Fællesindkøb anmodet Mediq om dokumentation for opfyldelse af mindstekravet 2.4 i kravspecifikationen for position 8, 9 og 10, hvor Mediq har tilbudt LentisCath. Som dokumentation indleverede Mediq en udtalelse fra en distributør af Lentis-med Ltd.’s produkter. Af brevet fremgår, at distributøren, Medika Company, har købt hydrofile katetre af Lentis-med Ltd. i betydeligt længere tid end 4 måneder, og at Medika Company har samarbejdet med Lentis-med Ltd., siden virksomheden blev oprettet. Desuden har Medika Company ifølge udtalelsen leveret mere end en million hydrofile katetre til tusindvis af patienter, herunder katetret LentisCath Plus. Det fremgår ikke af udtalelsen, om Medika Company har solgt og/eller leveret LentisCath kontinuerligt til borgere/patienter i mere end 4 måneder. Udtalelsen fra Mediqs distributør opfylder derfor ikke kravet til dokumentation for opfyldelse af mindstekrav 2.4.

Klagenævnet tager herefter ikke påstand 1 til følge.

Ad påstand 3

Da Mediqs tilbudte produkt efter det, som er anført ad påstand 1, ikke levede op til kravspecifikationen, var Jysk Fællesindkøb berettiget til at tillægge Mediqs tilbudspris et beløb svarende til 15 % over det dyreste tilbud for positionsnumrene 8, 9 og 10.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 3 til følge.

Ad påstand 2

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1 og 3 til følge, er der ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Mediq Danmark A/S skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 40.000 kr. i sagsomkostninger til Jysk Fællesindkøb ved Viborg Kommune, Favrskov Kommune, Mariagerfjord Kommune, Rebild Kommune, Skanderborg Kommune, Skive Kommune, Syddjurs Kommune og Norddjurs Kommune.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent