

K E N D E L S E

Mediq Danmark A/S  
(advokat Rikke Lange Slavensky, København)

mod

Ringkøbing-Skjern Kommune  
(advokat Henrik Holtse, København)

Intervenient:  
OneMed A/S

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 0253-054681 af 29. januar 2021 udbød Ringkøbing-Skjern Kommune som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale med 1 leverandør om levering af diabeteshjælpemidler til en anslået værdi af 10,5 mio. kr.

Kommunen modtog 3 tilbud, heriblandt fra Mediq Danmark A/S (Mediq) og OneMed A/S (OneMed). Den 6. april 2021 besluttede Ringkøbing-Skjern Kommune at indgå kontrakt med OneMed, og kontrakt blev herefter indgået den 13. maj 2021.

Den 16. juli 2021 indgav Mediq klage til Klagenævnet for Udbud over Ringkøbing-Skjern Kommune. Klagen har været behandlet skriftligt.

Mediq har nedlagt følgende påstande:

### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele rammeaftale til OneMed, uanset at tilbuddet fra OneMed ikke var konditionsræssigt, da tilbuddet ikke opfyldte det mindstekrav til teststrimler, der var fastsat i udbudsmaterialet til tilbudslistens position 2.6.

### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele rammeaftale til OneMed, uanset at tilbuddet fra OneMed ikke var konditionsræssigt, da tilbuddet ikke opfyldte det mindstekrav til pen, der var fastsat i udbudsmaterialets tilbudsliste position 6.1.

### Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 164, stk. 2 og principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have foretaget en effektiv kontrol af oplysningerne i tilbuddet fra OneMed, selvom Mediq gjorde Ringkøbing-Skjern Kommune opmærksom på og dokumenterede, at tilbuddet fra OneMed ikke levede op til mindstekravene i udbudsmaterialet til tilbudslistens pos. 2.6 og 6.1.

### Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 1, 2 og 3)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have tildelt rammeaftale til OneMed, uagtet at udbudsmaterialet var så uklart, at det ikke var egnet til at danne grundlag for en tildeling.

### Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale at angive en maksimal mængde eller maksimal værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal annullere Ringkøbing-Skjern Kommunes beslutning om at tildele rammeaftale til OneMed.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal erklære rammeaftale af 13. maj 2021 mellem Ringkøbing-Skjern Kommune og OneMed for uden virkning, jf. § 17, stk. 1, nr.1, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Mediq har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Ringkøbing-Skjern Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 19. juli 2021 meddelt kommunens kontraktpart, OneMed, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

OneMed har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 25. august 2021 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at OneMed intervenserer i sagen til støtte for Ringkøbing-Skjern Kommune.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 29. januar 2021 indeholder følgende:

” ...

II.1.5) Anslået samlet værdi

Værdi eksklusive moms: 10 500 000.00 DKK

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Det kan oplyses, at der pt. er ca. 1 474 type 1 bevillinger og ca. 78 type 2 bevillinger - i alt 1 552 diabetesbevillinger i Ringkøbing-Skjern Kommune.

...

II.2.6. Anslået værdi

Værdi eksklusive moms: 10 500 000.00 DKK

...

...”

Udbudsmaterialet bestod af Udbudsbetingelser (inkl. krav og handelsmæssige betingelser) af 26. februar 2021, Vedståelsesdokument, Tilbudsliste og Opgørelse over sidste års køb i stk. Dertil kommer en række spørgsmål/svar.

Den anslåede mængde oplyst i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.4) var gentaget i udbudsbetingelsernes pkt. 1.1., der havde følgende ordlyd:

”1.1 Udbudsform, omfang og mulige delaftaler

Udbud af diabeteshjælpemidler til Ringkøbing-Skjern Kommune.

Udbuddet gennemføres som et offentligt udbud, jf. udbudslovens § 56, Lov nr. 1564 af 15. december 2015, hvilket betyder, at enhver der ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene, jf. afsnit 1.6 og opfylder eventuelle mindstekrav, kan afgive tilbud.

Udbuddet omfatter levering af diabeteshjælpemidler.

...

Det kan oplyses, at der pt er ca. 1474 type 1 bevillinger og ca. 78 type 2 bevillinger – i alt 1552 diabetesbevillinger i Ringkøbing-Skjern Kommune.

Tilbudsgiver bedes bemærke, at indkøbsvolumen og dermed omsætningen på den aftale, der vil blive indgået med den valgte leverandør, vil være afhængig af de til enhver tid udsendte bevillinger til borgere, der får leveret diabetesprodukter i henhold til Servicelovens § 112.

Sidste års forbrug var ca. 2,3 mio. kr.

Om frit leverandørvalg efter serviceloven § 112:

Udbuddet omfatter levering af diabeteshjælpemidler bevilget efter servicelovens § 112 til injektions- og tabletbehandlede diabetikere, samt i mindre omfang køb til kommunernes egne depoter, som anvendes af sygeplejersker, og plejecentre og lignende til behandling af borgere efter sundhedsloven.

Køb vil primært ske på baggrund af bevillinger til borgerne. Kommunernes institutioner skal dog tillige kunne rekvirere produkter på rammeaftalen til depot, hvis der opstår eller er et behov for køb af diabeteshjælpemidler og tilknyttede serviceydelser.

Diabeteshjælpemidler er omfattet af servicelovens bestemmelser om frit leverandørvalg, jf. § 112.

Der er dog ikke reelt frit valg på alle produkter (standard produkter) mellem leverandører. Frit valg gælder kun hvis det er et andet produkt, end det man kan købe ved kommunens leverandør, jfr. Servicelovens § 112, stk. 4.

Hvor borgeren køber et produkt hos den leverandør, der har en rammeaftale med kommunen, men hvor borgeren køber ud over det, der er bevilget, skal borgeren selv erholde de udgifter, der stammer fra køb uden for bevilling. Borgeren faktureres direkte og betaler selv direkte til leverandør.

Hvor der købes et produkt hos den leverandør, der har en rammeaftale med kommunen, hvor borgeren vælger et produkt, der er uden for sortiment, men inden for bevillingen, skal borgeren selv dække merudgiften – dvs. den udgift, der overstiger omkostningerne for det bevilgede produkt, som er inden for sortimentet. Kommunen faktureres for det beløb, der svarer til det bevilgede produkt inden for sortimentet. Borgeren faktureres for merudgiften og betaler selv direkte til leverandøren.”

Tildelingskriteriet er i udbudsbetingelserne fastsat til det økonomisk mest fordelagtige tilbud bedømt på grundlag af ”laveste pris”.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 1.9.1 fremgår:

”Såfremt tilbudsgiver tager forbehold over for eller ikke opfylder et eller flere mindste krav i kravspecifikationen, vil tilbuddet blive anset for ukonditionsmæssigt og derfor forkastet af Ringkøbing-Skjern Kommune.”

I udbudsbetingelsernes pkt. 2.11 Sortiment er anført:

”Borgeren har til enhver tid ret til at anvende det frie produktvalg/leverandør valg, jf. dog § 112, stk. 4.”

Ifølge udbudsbetingelsernes pkt. 2.17 Konsulentbistand skal leverandøren yde konsulent- og sygeplejefaglig bistand i form af telefonisk og personlig rådgivning i valg af diabetesprodukter samt vejledning i brugen heraf. Tilbudsgiverens konsulenter skal stilles til rådighed for borgerne samt Ringkøbing-Skjern Kommune. Ved henvendelse fra netværkets sygeplejersker skal tilbudsgiverens konsulenter ved tilfælde af særlige behov for rådgivning kunne betjene borgerne i eget hjem. Kommunens ansatte og borgerne skal have mulighed for at kontakte tilbudsgiverens konsulenter direkte.

Udbudsbetingelserne indeholdt kommunens krav til de udbudte diabetes-hjælpemidler. Under pkt. 2.2 fremgik en lang række krav til Blodsukkerapparater, bl.a.:

”

Blodsuktermålingen skal fremgå af blodsukkerapparatets display.

...

Der skal kunne leveres teststrimler til de tilbudte apparater

Blodsukkerapparater skal afgive en lyd, når der er kommet korrekt dosis blod i teststimlen, og når resultatet er klar.”

Krav til Teststrimler fremgik af udbudsbetingelsernes pkt. 2.4:

”Den nødvendige blodmængde til en enkelt valid måling, må maks. være 1 µl. For teststrimler, der kan måle blodketoner, må blodmængden maks. være 1,5µl.

Må ikke bøje eller knække, når de kommer ud af æsken/pakken.

Restholdbarhedstiden ved udlevering af teststrimler i uåbnet emballage skal være på min. 12 mdr.

Indpakningen skal være hygiejnisk.

Der skal kunne leveres blodsukkerapparater der passer til de tilbudte teststrimler”

Tilbudsgiverne skulle afgive tilbud ved udfyldelse af tilbudslisten i udbudsmaterialet. I vejledningen til udfyldelsen af tilbudslisten stod bl.a.:

”1.3 Udfyldelse af Bilag 2

Alle priserne i nærværende bilag skal angives i danske kroner (DKK) eksklusiv moms, men inklusiv alle øvrige afgifter og told, der gælder på tidspunktet for Rammeaftalens indgåelse.

Celler, der ikke er grå skal ikke udfyldes. Såfremt et produkt er gratis (f.eks. en blodsuktermåler), skal de tilhørende grå celler på pris udfyldes med et "0".

Er en grå celle under overskriften ”pris” ikke udfyldt, eller udfyldt med andet end et tal, der er større end 0, betragtes produktet som værende gratis.

Er andre grå celler end celler, der omhandler pris, ikke udfyldt eller udfyldt med oplysninger, der ikke omhandler overskriften, er der tale om en mangel ved tilbuddet, som ikke kan berigtiges efter de gældende udbudsregler. Tilbuddet vil således være ukonditionsmæssigt.”

I selve tilbudslisten var anført:

”Alle priser skal være ekskl. moms og inkl. alle afgifter

Det er kun de grå felter der må udfyldes. Bud gives på hver enkelt linie separat. Undlader en tilbudsgiver at byde på en linie vil tilbudsgivers tilbud blive anført en pris på denne varelinie, som matcher det dyreste indkomne bud. Dette gøres da det må antages at Ringkøbing-Skjern Kommune skal ud og købe denne vare andetsteds til markedspris. Der skal dog bydes på minimum 90 % af varelinierne for at tilbuddet er konditionsmæssigt.”

Tilbudslisten var opdelt i 7 produktkategorier, bl.a. Teststrimler, Blodsukkerapparater og Penne.

Teststrimler var anført på tilbudslisten som Teststrimmel A, Teststrimmel B osv. frem til Teststrimmel H på pos. 2.1-2.8. For hver teststrimmel var angivet, om strimlen skulle anvendes til blod eller ketoner. For pos. 2.1, 2.3-2.8 var desuden angivet ”Teststrimler til det apparat, der bydes ind med”. Derudover blev der henvist til kravene i udbudsbetingelsernes afsnit 2.

Blodsukkerapparater var anført på tilbudslisten som Blodsukker apparat A, Blodsukker apparat B osv. frem til Blodsukker apparat D på pos. 4.1-4.5. Både pos. 4.4. og 4.5 betegner blodsukkeapparatet ”Blodsukker apparat D”, men der er forskellige krav til anvendelse og krav til apparaterne. Derudover blev der henvist til kravene i udbudsbetingelsernes afsnit 2.

Insulinpenne var anført på tilbudslisten på pos. 6.1-6.5. På pos. 6.1 skulle der bydes ind med en insulinpen, hvor der foruden en henvisning til kravene i udbudsbetingelsernes afsnit 2 var angivet følgende krav:

”Der skal være hukommelse i pen, der husker sidste dosis og med angivelse af tid siden injection”.

Udbudsbetingelsernes pkt. 3.13 Kontraktophør har følgende ordlyd:

”Tilbudsgiver skal garantere at der ved kontraktophør – 6 måneder før ophør – udleveres de oplysninger som Ringkøbing-Skjern kommune måtte mangle.

Tilbudsgiver skal garantere, at de ved kontraktophør udleverer alt materiale samt eventuelle systemer, som herefter er Ringkøbing-Skjern Kommunes ejendom, og som frit må benyttes i Ringkøbing-Skjern Kommune. Leverandøren skal ved udløb af aftalen overgive data på bevillingshavere til en eventuel ny leverandør eller til kommunen.”

Af udbudsbetingelsernes pkt. 3.14 Delpriser fremgår:

”Jf. Offentlighedslovens § 12, stk. 3, forbeholder ordregiver sig retten til offentliggørelse af delpriser på tilbud på diabetesprodukter, idet bevillingerne ydes efter Servicelovens § 112, stk. 3, og er omfattet af fritvalgsordningen.”

Under udbuddet modtog kommunen 18 spørgsmål. 12 af spørgsmålene vedrørte sammenhængen mellem tilbudslistens positioner for teststrimler (pos. 2.1-2.8) og blodsukkerapparater (pos. 4.1-4.5).

Som nævnt meddelte kommunen den 6. april 2021, at den agtede at indgå kontrakt med OneMed, der havde afgivet et tilbud med en samlet varesum på 1.447.306,80 kr.

Efter at Mediq havde fået aktindsigt i OneMeds tilbud, kunne virksomheden konstatere, at OneMed på pos. 2.6 havde tilbudt teststrimlen Accu-Check Aviva og på pos. 6.1 insulinpenen JuniorSTAR grå/sølv.

Mediq fremsendte herefter den 15. april 2021 indsigelse med henvisning til, at tilbuddet fra OneMed ikke var konditionsmæssigt på pos. 2.6 og pos. 6.1.

Kommunen forelagde indsigelserne for OneMed, der erkendte, at der på pos. 6.1 var tilbudt en insulinpen, som ikke opfyldte de stillede krav, men fastholdt, at den teststrimmel, der var tilbudt på pos. 2.6, var konditionsmæssig, hvilket kommunen tilsluttede sig.

Kommunen besvarede herefter Mediqs indsigelser bl.a. således:

”... Det er Ringkøbing-Skjern Kommunes vurdering, at fejlen i position 6.1 ikke fører til en ændring i tildelingsbeslutningen. Dette skyldes, at tilbudslisten alene skal udfyldes for 90 % af varelinjerne jf. nedenstående formulering fra tilbudslisten, Bilag 2...”

Den 16. april 2021 udsendte kommunen en ny meddelelse om tildeling til OneMed, nu med en samlet varesum på 1.446.122,32 kr.

I en efterfølgende korrespondance uddybede og fastholdt parterne deres synspunkter.

I bekendtgørelse nr. 2021/S 096-250664 om indgået kontrakt er udbuddets samlede værdi angivet til 9,5 mio. kr.

### Parternes anbringender

#### Ad spørgsmålet om udbudspligt

Ringkøbing-Skjern Kommune har med henvisning til fast praksis fra klagenævnet gjort gældende, at der ikke i den foreliggende sag er tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt i udbudslovens forstand mellem Ringkøbing-



Skjern Kommune og OneMed, idet kommunen ikke har en direkte økonomisk interesse i borgernes aftaler om indkøb af diabeteshjælpemidler, men alene en indirekte interesse i kraft af sin rolle som tilskudsgiver.

Derfor har den gennemførte proces ikke været underlagt udbudslovens bestemmelser, og klagen skal allerede af den grund ikke tages til følge.

Kommunen har nærmere anført, at borgerne i henhold til servicelovens § 112 har ret til tilskud til indkøb af hjælpemidler, herunder diabeteshjælpemidler. Loven er opbygget således, at borgerne har frit valg hvad angår valg af leverandør, men kommunen skal yde et tilskud, der svarer til prisen for det bedst egnede og billigste produkt.

I den forbindelse gennemfører kommuner ofte ”udbudsprocesser”, der har til formål at fastslå, hvad prisen er for det bedst egnede og billigste produkt, således at der er et oplyst grundlag for at fastsætte størrelsen af tilskuddet, som borgerne skal have.

Det er derefter op til borgerne at vælge, om de vil anvende den leverandør, kommunen anvender som målestok, eller en anden leverandør.

Hvis borgeren vælger den leverandør, kommunen anvender som målestok, dækker tilskuddet hele udgiften. Hvis der i stedet anvendes en anden og dyrere leverandør, får borgeren kun delvist dækket sin udgift svarende til prisen fra den leverandør, kommunen anvender som målestok.

Selve indkøbet foretages af den enkelte borger fra leverandøren, mens kommunens rolle er at yde et tilskud til borgeren.

Klagenævnet har i adskillige sager vurderet, hvorvidt disse ”udbudsprocesser” er omfattet af udbudsloven, idet problemstillingen er, om der er tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt mellem kommunen og leverandøren. I alle disse kendelser har klagenævnet fastslået, at der ikke var tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt.

Klagenævnets praksis er i øvrigt også i overensstemmelse med EU-praksis, jf. EU-domstolens dom af 25. marts 2010, C-451/08, Helmut Müller og EU-domstolens dom af 15. juli 2010, C-271/08, Kommissionen mod Tyskland.

Klagenævnet har således korrekt afgjort, at i de situationer, hvor der er tale om, at kommunen skal yde et tilskud til borgerne i henhold til servicelovens § 112 og i den forbindelse tester markedet for at fastsætte tilskuddets størrelse, er der ikke tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt mellem kommunen og den leverandør, der anvendes som målestok.

I de tidligere kendelser har det ikke ændret på konklusionen, at der er indgået en "kontrakt" mellem kommunen og den valgte leverandør, eller at leverandøren skal fakturere kommunen direkte.

Det afgørende har derimod været, at det er borgerne, der vælger leverandøren, og borgerne, der bliver ejer af de indkøbte produkter. Den juridiske aftale indgås derfor mellem den enkelte borger og leverandøren. Det er således ikke kommunen, der foretager bestilling eller foretager reklamation i tilfælde af forsinkelse eller mangler, idet kommunens rolle alene er at betale for hjælpemidlet i henhold til forpligtelsen efter servicelovens § 112.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at de tilbudte priser også vil kunne anvendes til kommunens eget indkøb til depoter. Dette vil dog have et meget begrænset omfang og under alle omstændigheder under 500.000 kr. målt over hele aftaleperioden.

Ringkøbing-Skjern Kommune har derfor gennemført en "udbudsproces" og indgået en rammeaftale med OneMed, der i denne proces afgav det bedste tilbud målt på pris.

Det fremgår imidlertid tydeligt af udbudsmaterialet, at borgerne har frit valg, hvorfor der ikke er nogen sikkerhed for, at OneMed bliver valgt af borgerne til at levere.

Kommunen kan ikke tvinge borgerne til at anvende en bestemt leverandør eller et bestemt produkt. Kommunen kan alene beslutte størrelsen af det tilskud, som borgerne skal have til indkøb af de pågældende hjælpemidler, og i den forbindelse kan kommunen henvise til de priser, kommunen har fået oplyst under en udbudslignende proces.

Mediq har anført, at der er afgørende forskel på, om bevillingen til hjælpemidlet ydes efter servicelovens § 112, stk. 2, hvorefter kommunalbestyrelsen kan bestemme, at hjælpemidlet skal leveres af en bestemt leverandør, eller

om bevilling ydes efter servicelovens § 112, stk. 3, hvorefter borgeren har frit valg. Mediq overser i den forbindelse, at de omhandlede hjælpemidler er bevilliget efter servicelovens § 112, stk. 3.

Mediq har gjort gældende, at kommunen hverken i forbindelse med udbuddet eller i korrespondancen med Mediq om tildelingen har gjort gældende, at det udbudte ikke var en gensidigt bebyrdende kontrakt.

Kommunen har derimod vurderet, at rammeaftalen var udbudspligtig, og i overensstemmelse hermed har kommunen offentliggjort en udbudsbekendtgørelse om indgåelse af en rammeaftale vedrørende levering af diabeteshjælpemidler efter bestemmelserne i udbudsloven.

Tilbudsgiverne må kunne lægge kommunens valg af retsgrundlag til grund ved vurderingen af, om de ønsker at deltage i konkurrencen om rammeaftalen eller ej. Kommunen er bundet af udbudslovens bestemmelser i denne situation.

Diabeteshjælpemidler er hjælpemidler, som kommunen efter servicelovens § 112 er forpligtet til at stille til borgernes rådighed.

Kommunalbestyrelsen indgår leverandøraftaler, når det i den pågældende kommune er besluttet, at hjælpemidler omfattet af servicelovens § 112, stk. 1, skal leveres af bestemte leverandører (eller én bestemt leverandør), jf. servicelovens § 112, stk. 2.

Kommunen forsøger nu at kategorisere den udbudte rammeaftale som omfattet af servicelovens § 112, stk. 3, sidste del. Dette bestrides af Mediq.

Den udbudte rammeaftale er tydeligt en leverandøraftale efter servicelovens § 112, stk. 2, uanset om rammeaftalen alene indeholder hjælpemidler, der skal leveres direkte til borgerne, eller om rammeaftalen indeholder hjælpemidler, der skal leveres direkte til kommunen.

Det er ikke nærmere defineret i udbudsmaterialet, hvilket omfang kommunens køb til egne depoter og institutioner udgør. Det kan dog konstateres, at leverandøren, der tildeles en rammeaftale med kommunen om levering af diabeteshjælpemidler, skal levere produkter til både borgere, institutioner i kommunen og til kommunens depoter.

Desuden stilles der flere steder i udbudsbetingelserne krav om ydelser, som leverandøren skal levere direkte til kommunen, jf. bl.a. pkt. 2.17.

Kommunens forpligtelse efter servicelovens § 10, stk. 4, er dermed overdraget til leverandøren.

Den omfattende regulering af kommunens og leverandørens rettigheder og forpligtelser over for hinanden viser klart, at der er tale om en leverandøraftale omfattet af servicelovens § 112, stk. 2, og dermed er rammeaftalen udbudspligtig efter udbudsloven.

Betingelsen om, at kommunen skal modtage en ydelse, er opfyldt, da kommunen (også) skal modtage diabeteshjælpemidler direkte fra leverandøren. Betingelsen er desuden også opfyldt, hvor leverandøren ikke leverer diabeteshjælpemidlet direkte til kommunen, men direkte til borgerne, idet den direkte modtager af diabeteshjælpemidlet, dvs. borgeren, på forhånd er anvist af kommunen i medfør af de leveringsvilkår, som på forhånd er nærmere fastsat i rammeaftalen.

Betingelsen om, at kommunen skal betale et vederlag for en ydelse, er derfor opfyldt, idet leverandøren ved levering af diabeteshjælpemidler til borgeren modtager betaling herfor direkte fra kommunen i medfør af de betalingsvilkår, som også på forhånd er fastsat i rammeaftalen.

Den udbudte rammeaftale er således ikke blot en tilbudsindhentning efter servicelovens § 112, stk. 3, sidste del, for at kommunen kan fastslå prisen på det bedst egnede og billigste hjælpemiddel og dermed ”størrelsen af borgernes tilskud.” Der er tale om en leverandøraftale efter servicelovens § 112, stk. 2, dvs. en gensidig bebyrdende kontrakt, hvor kommunen har en direkte økonomisk interesse i de ydelser, leverandøren skal levere.

Kommunen har henvist til flere kendelser fra klagenævnet, hvor klagenævnet efter kommunens opfattelse har fundet, at aftaler om hjælpemidler, der er omfattet af servicelovens § 112, ikke er omfattet af udbudspligten. Denne opfattelse af kendelserne bestrides af Mediq.

Både de retlige og faktiske forhold i klagenævnets kendelser er væsentligt forskellige fra denne klagesag, hvor kommunen har udbudt en rammeaftale,

der uden tvivl udgør en leverandøraftale med én leverandør efter servicelovens § 112, stk. 2.

Samlet har Mediq derfor gjort gældende, at kommunen har udbudt en rammeaftale efter udbudslovens regler, hvilket forpligter kommunen til at følge udbudslovens bestemmelser ved tildeling af rammeaftalen, og at rammeaftalen er en leverandøraftale efter servicelovens § 112, stk. 2, hvorfor det følger af både loven, vejledning til loven, klagenævnspraksis og litteraturen, at der er tale om en gensidig bebyrdende aftale, som er udbudspligtig.

### Ad påstand 1 og 2

Mediq har gjort gældende, at OneMeds tilbud var ukonditionsmæssigt på pos. 2.6 og pos. 6.1.

Det fremgik af udbudsbetingelserne, at ”Der skal kunne leveres blodsukkerapparater der passer til de tilbudte teststrimler”. Under spørgsmål/svar-fasen oplyste kommunen desuden, at ”Tilbudsgiver skal i sit sortiment have blodsukkerapparater som passer til de i tilbudslisten tilbudte teststrimler.” Kravene i udbudsbetingelserne må ubestridt forstås som mindstekrav. Tilbud, som ikke opfylder de opstillede krav i udbudsbetingelserne, må derfor anses som ukonditionsmæssige.

OneMed havde på tilbudslistens pos. 2.6 tilbudt teststrimler, som passer til blodsukkerapparatet Accu-Check Aviva. Dette blodsukkerapparat er ubestridt udgået og kan således ikke indgå i OneMeds sortiment.

OneMed har ikke i sit sortiment blodsukkerapparater, hvor de teststrimler, der er tilbudt på pos. 2.6, passede til. Tilbuddet fra OneMed er derfor ukonditionsmæssigt.

Af tilbudslistens pos. 6.1 vedrørende insulinpen A fremgik, at ”Der skal være hukommelse i pen, der husker sidste dosis, og med angivelse af tid siden injektion”.

På pos. 6.1 havde OneMed tilbudt insulinpenen JuniorSTAR grå/sølv, og kommunen har erkendt, at den tilbudte insulinpen ikke opfylder det fastsatte mindstekrav til produktet.

Tilbuddet fra OneMed er således også på det punkt ukonditionsmæssigt.

Kommunen har ganske vist gjort gældende, at tilbuddet fra OneMed er konditionsmæssigt, fordi der i tilbudslisten alene er krav om, at der afgives tilbud på 90 % af positionerne i tilbudslisten, og at tilbuddet fra Onemed opfylder dette krav, uanset der ses bort fra den tilbudte insulinpen på position 6.1. Klagenævnets kendelse af 12. maj 2020, AV Form A/S mod Jysk Fællesindkøb, som kommunen henviser til, kan imidlertid ikke anvendes til støtte for kommunens opfattelse. Procentangivelsen skal læses i sammenhæng og gælder således i situationer, hvor der slet ikke er afgivet et tilbud på en position. I denne sag er der afgivet et tilbud på positionen, men med et produkt, der ikke opfylder mindstekravene. Kommunen kan ikke med henvisning til formalitetskravet i tilbudslisten tage tilbuddet fra OneMed i betragtning, når tilbuddet ubestridt ikke lever op til mindstekravene og derfor er ukonditions-mæssigt.

Kommunen har dermed handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tildele rammeaftalen til OneMed, hvis tilbud var ukonditions-mæssigt på de to positioner.

Ringkøbing-Skjern Kommune har indledningsvis gjort gældende, at kravspecifikations bagatelgrænse på 90 % betyder, at det er unødvendigt at tage stilling til, om OneMeds tilbud er ukonditions-mæssigt for så vidt angår pos. 2.6 og pos. 6.1, jf. herved klagenævnets kendelse af 12. maj 2020, AV Form mod Skive Kommune.

Der er i udbuddet 40 varer på tilbudslisten og derfor en acceptabel fejlrate på 4 varer.

Ringkøbing-Skjern Kommune er enig i, at der er en enkelt vare i det vindende tilbud, som ikke opfylder kravene, nemlig insulinpenen på pos. 6.1, men uenig i, at den tilbudte teststrimmel på pos. 2.6 ikke opfylder kravene.

Uanset om klagenævnet måtte finde, at der er en eller to varer, som ikke opfylder kravene, er det stadig under den fastsatte bagatelgrænse, hvorfor tilbuddet fra OneMed under ingen omstændigheder kan anses for ukonditions-mæssigt.

Om teststrimlen på pos. 2.6 har kommunen nærmere gjort gældende, at blodsukkerapparater og teststrimler udvikles løbende på markedet. Der vil derfor være borgere, der har et blodsukkerapparat, som er udgået, men hvor de pågældende borgere fortsat har behov for at kunne indkøbe teststrimler, indtil deres nuværende blodsukkerapparat skal udskiftes.

Derfor er tilbudslisten opbygget således, at der er 5 blodsukkerapparater, men 8 teststrimler, idet der stadig er et behov hos borgerne for at kunne indkøbe teststrimler til brug for blodsukkerapparater, der er udgået.

Der var under udbuddet en del forvirring om sammenhængen mellem blodsukkerapparater og teststrimler. Kommunen fik dog i de sidste svar klargjort, hvad der var meningen, jf. svar på spørgsmål 14.

I henhold hertil skulle de tilbudte blodsukkerapparater og teststrimler ikke passe sammen en til en, men det skulle være muligt for borgerne at indkøbe brugbare teststrimler til de tilbudte blodsukkerapparater og omvendt brugbare blodsukkerapparater til de tilbudte teststrimler.

OneMed har tilbudt en teststimmel på position 2.6, som passer til et blodsukkerapparat, der er udgået. Det er helt som foreskrevet, idet der er borgere, der stadig har det nu udgåede blodsukkerapparat, hvorfor der fortsat er en efterspørgsel efter de pågældende teststrimler.

Kommunen har kunnet konstatere, at der findes andre blodsukkerapparater på markedet, som passer til den tilbudte teststimmel, og at borgerne kan få leveret disse blodsukkerapparater, hvis behovet skulle opstå. Dermed var alle krav opfyldt.

Det udgør derfor ikke en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, at kommunen har tildelt rammeaftalen til OneMed.

Kommunen har supplerende oplyst, at hvis det af OneMed tilbudte på pos. 2.6 anses for ukonditionsræssigt, vil konsekvensen være, at evalueringen skal være baseret på den dyreste tilbudte pris for denne position. Kommunen har for en god ordens skyld foretaget denne genberegning, og resultatet er, at tilbuddet fra OneMed stadig er det billigste.

### Ad påstand 3

Mediq har gjort gældende, at udgangspunktet i forhold til ordregiverens kontrol af tilbudsgiveres oplysninger er, at ordregiveren har ret til at lægge oplysningerne i et tilbud til grund ved evalueringen, hvis der ikke er modstridende oplysninger i tilbuddet. En ordregiver skal imidlertid i tvivlstilfælde foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i et tilbud, jf. udbudslovens § 164, stk. 2.

Det følger ligeledes af fast klagenævnspraksis, at når en ordregiver bliver mødt med en indsigelse fra en tilbudsgiver vedrørende det vindende tilbuds konditionsmæssighed, har ordregiveren pligt til at kontrollere det vindende tilbuds konditionsmæssighed.

Som følge af Mediqs indsigelser forud for kontraktindgåelse den 13. maj 2021 blev der skabt en sådan tvivl om det vindende tilbuds konditionsmæssighed, at kommunen var forpligtet til efter udbudslovens § 164, stk. 2, at foretage en effektiv kontrol af, om OneMeds tilbud var konditionsmæssigt.

Kommunen har angiveligt bedt OneMed om at bekræfte, at de tilbudte produkter lever op til kravene stillet i udbudsmaterialet, og OneMed har efter eget udsagn været i kontakt med Roche, der er eneforhandler af de omfattede blodsukkerapparater. Roche har ifølge OneMed bekræftet, at Roche kan levere blodsukkerapparater, som passer til den pågældende teststrimmel på pos. 2.6, således at der *”findes apparater på markedet, som passer til den tilbudte strimmel”*.

At andre i markedet har blodsukkerapparater, hvortil den af OneMed tilbudte teststrimmel passer, er ikke en efterlevelse af mindstekravet i udbudsbetingelsernes pkt. 2.4: *”Tilbudsgiver skal i sit sortiment have blodsukkerapparater som passer til de i tilbudslisten tilbudte teststrimler”*.

Kommunen er således ad flere omgange blevet orienteret om og har modtaget dokumentation på, at tilbuddet fra OneMed var ukonditionsmæssigt.

Mediq har derfor gjort gældende, at kommunen ikke har opfyldt forpligtelsen efter udbudslovens § 164, stk. 2.



Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at Mediq henvendte sig til kommunen vedrørende to specifikke positioner i det vindende tilbud. Kommunen tog derefter kontakt til OneMed for at afklare, om de to positioner opfyldte kravene.

Resultatet af den yderligere undersøgelse var, at det tilbudte på position 6.1 ikke ansås at opfylde kravene, mens det tilbudte på position 2.6 ansås at opfylde kravene.

Det blev yderligere tilføjet, at uanset vurderingen af de to positioner kunne kommunen ikke anse tilbuddet fra OneMed for ukonditionsmæssigt på grund af den oplyste bagatelgrænse.

Kommunen har dermed til fulde opfyldt sin forpligtelse til at foretage en nærmere undersøgelse, jf. udbudslovens § 164, stk. 2, og har løbende og detaljeret redegjort herfor over for Mediq.

Der er derfor ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

#### Ad påstand 4 (subsidiær til påstand 1-3)

Mediq har gjort gældende, at der er uklarheder i kommunens udbudsmateriale, som gør det uegnet til at danne grundlag for en tildeling.

Uklarheden vedrører sammenhængen mellem teststrimler og blodsukkerapparater. Hvis kommunens opstillede krav til teststrimlerne ikke følges af kommunen i vurderingen af de indkomne tilbud, men kommunen i stedet antager, at det ligger i tilbudslistens opbygning, at der er flere strimler end apparater, og at nogle af strimlerne ikke behøver at passe til det eller de apparat(er), der bydes ind med til trods for, at kommunen selv i udbudsbetingelserne og spørgsmål og svar har krævet, at tilbudte teststrimler skal passe til blodsukkerapparater i tilbudsgivers sortiment, er udbudsmaterialet åbenlyst uklart og dermed uegnet til at danne grundlag for en tildeling.

Der er desuden uklarhed om kommunens krav til tilbuddenes udformning. Der kan ikke ud fra ordlyden i tilbudslisten, hvorefter ”Der skal bydes ind på minimum 90 % af varelinjerne for at tilbuddet er konditionsmæssigt” sluttes, at en tilbudsgiver kan tilbyde ukonditionsmæssige produkter på op til 10 % af varelinjerne, uden at tilbuddet anses for ukonditionsmæssigt.

I forhold til tilbudslistens krav skal der sondres mellem ”tomme” positioner, altså den situation, hvor der slet ikke er afgivet et tilbud på en position, og situationer, hvor der er afgivet tilbud, men hvor det tilbudte produkt er ukonditionsmæssigt.

Udbudsmaterialet har taget stilling til, hvordan tilbud med forbehold for eller manglende opfyldelse af mindstekrav ville blive håndteret i udbudsbetingelsernes pkt. 1.9.1, således: ”Såfremt tilbudsgiver tager forbehold over for eller ikke opfylder et eller flere mindste krav i kravspecifikationen, vil tilbuddet blive anset for ukonditionsmæssigt og derfor forkastet af Ringkøbing-Skjern Kommune”.

Det er således ganske uklart i udbudsmaterialet, hvordan kommunen skal håndtere og/eller evaluere et tilbud med ukonditionsmæssige produkter. Hertil kommer, at Kommunen i tilbagemeldingerne heller ikke har oplyst, hvorledes OneMeds tilbud er blevet behandlet rent evalueringsmæssigt i forhold til det ukonditionsmæssige produkt. Det kan dog af de to meddelelser om tildeling ses, at OneMeds tilbud til trods for en kapitalisering af den manglende konditionsmæssighed på pos. 6.1 er blevet evalueret med en billigere tilbudssum under evaluering 2 end ved første evaluering.

Kommunen har derfor handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have tildelt rammeaftalen til OneMed, uagtet at udbudsmaterialet var så uklart, at det ikke var egnet til at danne grundlag for en tildeling.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at det er lovligt at tilrette udbudsmaterialet under en udbudsproces.

Under den foreliggende udbudsproces indkom der en række spørgsmål vedrørende sammenhængen mellem blodsukkerapparater og teststrimler, og besvarelsen af de første spørgsmål blev formuleret på en uhensigtsmæssig måde, hvilket afstedkom yderligere spørgsmål. Ved besvarelsen af de sidste spørgsmål fik kommunen imidlertid afklaret, hvad der var gældende. Ved samme lejlighed forlængede kommunen tilbudsfristen, således at de præciserende svar kunne nå at blive taget i betragtning af tilbudsgiverne.

Udbudsmaterialet skal bedømmes ud fra de sidst angivne svar, og der er dermed ikke uklarheder som anført af Mediq.

Bagatelgrænsen på 10 % er tydeligt og klart formuleret og svarer både materielt og formuleringsmæssigt til, hvad der var tilfældet i udbuddet fra Jysk Fællesindkøb fra 2019, jf. klagenævnets kendelse af 12. maj 2020.

Påstand 4 dækker reelt over Mediqs opfattelse af bagatelgrænsen, idet Mediq sondrer mellem, at der slet ikke afgives tilbud på en eller flere positioner, eller der afgives tilbud med et produkt, som ikke opfylder kravene på en eller flere positioner. Denne sondring er kommunen ikke enig i, jf. det anførte vedrørende påstand 3.

Der er derfor ikke grundlag for at give Mediq medhold i påstand 4.

#### Ad påstand 5

Mediq har gjort gældende, at rammeaftalens anslåede værdi i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.6 var oplyst til 10,5 mio. kr. Der var ingen yderligere beskrivelse af udbuddets værdi i udbudsbetingelserne. Sidste års forbrug var oplyst til at være ca. 2,3 mio. kr. Kommunen har således ikke angivet en maksimal værdi/mængde af rammeaftalen i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne.

I EU-domstolens dom af 17. juni 2021 i sag C-23/20, Simonsen & Weel A/S, slog Domstolen fast, at der skal angives en maksimal mængde og/eller værdi i udbudsbekendtgørelsen, og at rammeaftalen kun dækker indkøb op til denne maksimale værdi.

Kommunen er således forpligtet til at angive en maksimal værdi/mængde og har handlet i strid med udbudsreglerne ved at undlade dette.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at punkt II.1.5 i standardformularen til udbudsbekendtgørelse vedrører kontraktens anslåede værdi. I parentes er anført: "(I tilfælde af rammeaftaler eller dynamisk indkøbssystem – anslået samlet værdi af kontrakterne i hele løbetiden for rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem)". Dette felt har kommunen udfyldt med en anslået samlet værdi på kr. 10,5 mio.

Standardformularen til udbudsbekendtgørelse punkt II.2.6 vedrører også anslået værdi, men her er i parentes anført: "(i forbindelse med rammeaftaler eller dynamiske indkøbssystemer – anslået samlet maksimumværdi for hele varigheden af dette parti)". Dette felt har kommunen også udfyldt med en værdi på kr. 10,5 mio.

Kommunen har således i udbudsbekendtgørelsen både oplyst den anslåede værdi og den maksimale værdi af rammeaftalen.

Kommunen har desuden i meddelelse om indgåede aftaler punkt II.1.7 oplyst en maksimal værdi på kr. 9,5 mio.

Forskellen skyldes, at den anførte værdi i udbudsbekendtgørelsen er en anslået værdi, mens den i meddelelse om indgåede aftaler anførte værdi er baseret på det billigste tilbud fra OneMed.

Kommunen har dermed opfyldt forpligtelsen til at oplyse den maksimale værdi af rammeaftalen, hvorfor der ikke er handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2.

Påstand 5 skal derfor ikke tages til følge.

### Retsgrundlaget

Serviceovens § 112 lyder:

”Stk. 1. Kommunalbestyrelsen skal yde støtte til hjælpemidler til personer med varigt nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne...

Stk. 2. Kommunalbestyrelsen kan bestemme, at et hjælpemiddel skal leveres af bestemte leverandører. I forbindelse med kommunalbestyrelsens indgåelse af leverandøraftaler inddrages repræsentanter for brugerne ved udarbejdelse af kravspecifikationerne.

Stk. 3. Ansøgeren kan vælge leverandør af hjælpemidler, jf. dog stk. 4. Hvis kommunalbestyrelsen har indgået en leverandøraftale og ansøgeren ønsker at benytte en anden leverandør end den, som kommunalbestyrelsen har indgået leverandøraftale med, indkøber ansøgeren selv hjælpemidlet og får udgifterne hertil refunderet, dog højst med et beløb svarende til den pris, kommunen kunne have erhvervet hjælpemidlet til hos sin leverandør. Har kommunalbestyrelsen ikke indgået leverandøraftale, kan

ansøgeren vælge leverandør, og støtten ydes efter regning, dog højst med et beløb svarende til prisen på det bedst egnede og billigste hjælpemiddel.

Stk. 4. Ansøgerens ret til at vælge leverandør af hjælpemidler efter stk. 3 gælder ikke, hvis kommunalbestyrelsen kan stille et hjælpemiddel til rådighed, som er fuldstændig identisk med det hjælpemiddel, som ansøgeren ønsker at anskaffe fra en anden leverandør.

...”

#### Klagenævnet udtaler:

Udbudsreglerne regulerer indgåelse af offentlige kontrakter. Som anført i klagenævnets kendelser af 21. august 2013, Bandagist-Centret A/S m.fl. mod Haderslev Kommune m.fl., af 16. december 2014, Handicare Auto A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune, af 30. marts 2016, OneMed A/S mod Københavns Kommune, af 10. januar 2017, Kirstine Hardam A/S mod Køge Kommune, og af 28. marts 2017, Langhøj ApS mod KomUdbud v/ Ikast-Brande Kommune, og den anførte retspraksis fra EU-domstolen er det, for at der kan være tale om en gensidigt bebyrdende aftale i udbudsretlig forstand, en betingelse, at den ordregivende myndighed mod at betale et vederlag får leveret en ydelse, som myndigheden har en direkte økonomisk interesse i.

Ringkøbing-Skjern Kommune har med direkte henvisning til servicelovens § 112, stk. 3, indhentet priser på diabeteshjælpemidler til brug for fastsættelse af bevillingsstørrelsen til borgerne. Efter udfaldet af udbudsprocessen var tilbuddet fra OneMed det bedst egnede og billigste.

I den foreliggende sag er der således ikke mellem Ringkøbing-Skjern Kommune og OneMed tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt i udbudslovens forstand, idet kommunen ikke har en direkte økonomisk interesse i borgernes aftaler om indkøb af diabeteshjælpemidler, men alene en indirekte interesse i kraft af sin rolle som tilskudsgiver. Den gennemførte proces har derfor ikke været underlagt udbudslovens bestemmelser.

Kontrakten af 12. maj 2021 mellem OneMed og Ringkøbing-Skjern Kommune omfatter accessorisk også indkøb af diabeteshjælpemidler, som vil skulle indgå i kommunens depot. En ordregiver kan ikke undlade udbud i forbindelse med anskaffelser, som er udbudspligtige efter udbudsloven, ved at lade anskaffelsen indgå i sammenhæng med en tilbudsindhentning efter servicelovens § 112, stk. 3, hvor udbudslovens regler ikke finder anvendelse.

Efter oplysningerne om, at indkøbet af hjælpemidler til kommunens depot anslås til at være i størrelsesordenen 500.000 kr. i hele kontraktperioden, fører oplysningerne herom dog ikke til et andet resultat.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Mediq Danmark A/S skal i sagsomkostninger til Ringkøbing-Skjern Kommune betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig