

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

OneMed A/S
(advokat Søren Hammer Westmark, Aarhus)

mod

Fællesudbud Sjælland v/ Slagelse Kommune
(advokat Anders Nørgaard, København)

Intervenient:
Kirstine Hardam A/S
(advokat Peter E. Stassen, København)

Klagenævnet har den 13. oktober 2023 modtaget en klage fra OneMed A/S.

OneMed A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Fællesudbud Sjælland v/ Slagelse Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-10, svarskrift med bilag A-E, replik med bilag 11-13 og duplik, samt indlæg fra intervenienten.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med udbudslovens § 159, stk. 2, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have tildelt rammeaftalen til Kirstine Hardam A/S uagtet, at Kirstine Hardam A/S’ tilbud må anses for ukonditionsmæssigt.

Påstand 2:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have udformet tilbudslisten på en sådan måde, at den foreskriver anvendelse af produkter i kombinationer med hinanden, der er indbyrdes uforenelige, med den konsekvens, at der blandt andet sker overtrædelse af gældende lovgivning samt af de i udbuddet stipulerede kontraktvilkår.

Påstand 3:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med udbudslovens § 56 og udbudslovens § 128, stk. 2, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke i udbudsbekendtgørelsens del II, pkt. II.1.5) ”Anslået samlet værdi” og udbudsbekendtgørelsens del II, pkt. II.2.6) ”Anslået værdi” at angive korrekte, præcise og entydige værdier for de indkøb af varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale.

Påstand 4:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fællesudbud Sjælland har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at have beskrevet alle dele af evalueringsmodellen i forhold til tildelingskriteriet pris.

Påstand 5:

Klagenævnet for Udbud skal annullere Fællesudbud Sjællands beslutning om at tildele den udbudte rammeaftale til Kirstine Hardam A/S.”

Fællesudbud Sjælland v/ Slagelse Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 154-490043 af 7. august 2023 udbød Slagelse Kommune på vegne af Fællesudbud Sjælland som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale med en enkelt aktør om levering af stomihjælpemidler til kommuner i Region Sjælland. Rammeaftalen var 2-årig med mulighed for forlængelse i to gange 12 måneder.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår bl.a.:

”II.1.5) Anslået samlet værdi

Værdi eksklusive moms: 300 000 000.00 DKK

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Levering af stomihjælpemidler bevilget i henhold til Servicelovens § 112. Leverandøren skal administrere ca. 3.300 - 3.600 bevillinger årligt med løbende leverancer af stomihjælpemidler.

Rammeaftalens forventede værdi udgør 300.000.000,- kr. og den maksimale værdi udgør 340.000.000,- kr.

II.2.5) Tildelingskriterier

de nedenfor anførte kriterier

Pris

II.2.6) Anslået værdi

Værdi eksklusive moms: 340 000 000.00 DKK”

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

”3 Udbuddets omfang

...

3.2 Ordregivers pligt til at anvende den udbudte rammeaftale

Denne udbudte aftale er en rammeaftale i overensstemmelse med reglerne i udbudsloven. Rammeaftalen medfører som udgangspunkt ikke pligt for ordregiver til at aftage en bestemt mængde af de produkter, der er omfattet af aftalen.

Den forventede omsætning på rammeaftalen er udregnet på baggrund af tidligere aktivitet/forbrug og forventede aktivitets-/forbrugsændringer med de forudsætninger – herunder estimerede prisreguleringer -, der kendes på udbudstidspunktet. Den forventede omsætning er således ikke bindende for ordregiver. Tilsvarende gælder for mængder angivet i tilbudslisten. Rammeaftalens samlede, forventede forbrug er estimeret til 300.000.000, - kr. eksklusive moms, og rammeaftalens maksimale forbrug udgør 340.000.000, - kr. eksklusive moms.

Det fremgår af rammeaftalen i hvilket omfang ordregiver i øvrigt har pligt til at anvende rammeaftalen, når ordregiver har behov for at købe produkter, der er omfattet af rammeaftalen.

Udbuddet gennemføres som et samlet udbud med baggrund i forventede stordriftsfordele og harmonisering af indsatser og procedurer med henblik på en lempelig og smidig aftaledrift, herunder en forventet opnået økonomiske besparelse.

...

8 Tilbuddets indhold

8.1 Tilbuddets indhold

Tilbuddet skal indeholde følgende:

- Udfyldt ESPD herunder også for eventuelle andre konsortiedeltager jf. pkt. 5
- Udfyldt tilbudsliste bilag 1

Indeholder tilbuddet ikke ovennævnte oplysninger, er ordregiver berettiget til at afvise tilbuddet som værende ukonditionsmæssigt. Ordregiver er derudover forpligtet til at afvise tilbuddet, hvis det vil være i strid med gældende lovgivning at indhente de manglende oplysninger efterfølgende, eller hvis tilbuddet ikke lovligt kan evalueres uden de manglende oplysninger.

...

9 Tilbudsevaluering

9.1 Tildelingskriterium og underkriterier

Tilbud vurderes på baggrund af tildelingskriteriet Pris og på denne baggrund tildeles rammeaftalen.

Ved vurderingen af tilbuddene anvender ordregiver følgende evalueringsmodel:

Beregningen opgøres pr. faneblad, som en sum ved et i tilbudslisten opgjort aktuelt forbrug. Summen pr. faneblad adderes og indgår i den samlede tilbudssum.

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

...”

Af kravspecifikationen fremgår bl.a.:

”4. Produktkrav:

Samtlige tilbudte vareserier og tilbehør skal opfylde de til enhver tid gældende EU- og nationale love, herunder lov om produktsikkerhed (L 1262 af 16. december 2009 om produktsikkerhed, med de ændringer, der følger af § 53 i lov nr. 1231 af 18. december 2012), gældende regler, direktiver og branchenormer, samt leve op til kravet om CE-godkendelse.

Leverandøren skal sikre, at de producenter, hvor Leverandøren gør sine indkøb, handler med ansvar for overholdelse af markedsføringsbestemmelserne i lov om medicinsk udstyr og i øvrigt overholder Sundhedsstyrelsens vejledninger på området. Leverandøren kan via Sundhedsstyrelsen få nærmere oplysninger om gældende regler på området: www.medicinskudstyr.dk

...

5. Generelle krav:

Der skal udelukkende tilbydes 2-delsposer, som passer til basispladerne.

...

6. Bestilling af stomihjælpemidler:

Bevillingshaveren skal kunne afgive sin bestilling via leverandørens website, e-mail og telefon, og det kommunale personale skal desuden kunne afgive bestilling via bevillingshåndteringssystemet.

Producentvarenumre skal altid fremgå ved bestilling på hjemmeside.

..."

Af tilbudslisten faneblad "2-dels" fremgår, at tilbudsgiverne i kolonne C skulle angive "Antal stk.", i kolonne F skulle angive "Pris pr. pakke ved mindste salgsenhed, ..." og i kolonne H skulle angive "Pris ekskl. moms pr. stk. ved 1. stk. af varen.". Det fremgår af formularen i kolonne I, "Total", at tallet her udregnes ved at gange kolonne C med kolonne H. Af tilbudslisten fremgår endvidere bl.a.:

"Hver af de i alt 5 faneblade skal udfyldes. Hver varelinje på et faneblad skal udfyldes

En vareserie er indikeret ved varenumre. Et varenummer kan kun tilbydes én gang. Et varenummer kan ikke være repræsenteret i flere vareserier.

Priser skal oplyses ekskl. moms

Fanebladet TILBUDSSUM beregner automatisk tilbuddets samlede sum

2-dels

Varelinje	Plader og pose skal tilbydes inden for samme serie/brand. Alle varenumre i en serie vil være inkluderet i serien. Priser skal oplyses ekskl. moms
56.	... Passer til basisplade varelinje 5, 6, 14, og 15
57.	... Passer til basisplade varelinje 5, 6 14, og 15
66.	... Passer til basisplade 5, 6, 14 og 15
67.	... Passer til basisplade varelinje 5, 6, 14 og 15
75.	... Passer til basisplade varelinje 5, 6, 14 og 15
82.	... Passer til basisplade varelinje 5, 6, 14 og 15
83.	... Passer til basisplade varelinje 5, 6, 14 og 15
84.	... Passer til basisplade varelinje 5, 6 14 og 15

...”

Af udkast til rammeaftale fremgår bl.a.:

”6 Kvalitet

6.1 Generelt

I tillæg til kravspecifikationen (Bilag 3) gælder følgende:

De af rammeaftalen omfattede produkter skal overholde alle gældende direktiver, love, bekendtgørelser og andre myndighedskrav på tidspunktet for indgåelse af rammeaftalen samt i aftalens løbetid således, at produkterne lovligt kan markedsføres, sælges og anvendes i Danmark.

...”

Af Kirstine Hardam A/S’ (”Kirstine Hardam”) tilbud vedrørende varelinje 88 og 92 fremgår bl.a.:

”

Varelinje	Plader og pose skal tilbydes inden for samme serie/brand. Alle varenumre i en serie vil være inkluderet i serien. Priser skal oplyses ekskl. moms	Antal stk.	Producentens varenr.

88.	1 serie med: Tekstil (ikke nonwoven) 4 posestørrelser Cirkelfilter 500 4 ringstørrelser: 35mm, 50mm, 70mm, 90mm Passer til basisplade vare- linje 46	9.300	11901, 11902, 11911, 11912, 11913, 11921, 11922, 0
92.	1 serie med: Tekstil (ikke nonwoven) 4 posestørrelser Med og uden inspektions- vindue Cirkelfilter 500 Integreret sikker lukke- mekanisme Lukning kan skjules for- diskretion 4 ringstørrelser: 35mm, 50mm, 70mm, 90 mm Passer til basisplade vare- linje 46	9.500	11951, 11952, 11954, 11961, 11962, 11963, 11965, 11971, 11972, 11974, 0

...”

Af Coloplasts produktblade fremgår bl.a.:

”

Producent varenr. på æske	Producent varenr. Fak- tura	EAN nr. salgsenhed	Beskrivelse
11901	1190101008	570893294 5431	SenSura Mio Flex luk 35mm midi
11902	1190201008	570893294 5424	SenSura Mio Flex luk 35mm maxi
11903	1190301008	570893294 5417	SenSura Mio Flex luk 35mm tran
11911	1191101008	570893294 5400	SenSura Mio Flex luk 50mm mini
11912	1191201008	570893294 5394	SenSura Mio Flex luk 50mm midi
11913	1191301008	570893294 5387	SenSura Mio Flex luk 50mm maxi

11914	1191401008	570893294 5370	SenSura Mio Flex luk 50mm tran
11921	1192101008	570893294 5363	SenSura Mio Flex luk 70mm midi
11922	1192201008	570893294 5356	SenSura Mio Flex luk 70mm maxi
11923	1192301008	570893294 5349	SenSura Mio Flex luk 70mm tran
18387	1838701008	570178025 3154	SenSura Mio Flex luk 90mm XXL

...

Producent varenr. på æske	Producent varenr. Fak- tura	EAN nr. salgsenhed	Beskrivelse
11951	1195101008	570893294 5172	SenSura Mio Flex tøm 35mm midi
11952	1195201008	570893294 5165	SenSura Mio Flex tøm 35mm maxi
11953	1195301008	570893294 5158	SenSura Mio Flex tøm 35mm tran
11954	1195401008	570893294 5141	SenSura Mio Flex tøm 35mm u/v
11961	1196101008	570893294 5134	SenSura Mio Flex tøm 50mm mini
11962	1196201008	570893294 5127	SenSura Mio Flex tøm 50mm midi
11963	1196301008	570893294 5110	SenSura Mio Flex tøm 50mm maxi
11964	1196401008	570893294 5103	SenSura Mio Flex tøm 50mm tran
11965	1196501008	570893294 5097	SenSura Mio Flex tøm 50mm u/v
11971	1197101008	570893294 5080	SenSura Mio Flex tøm 70mm midi
11972	1197201008	570893294 5073	SenSura Mio Flex tøm 70mm maxi
11973	1197301008	570893294 5066	SenSura Mio Flex tøm 70mm tran
11974	1197401008	570893294 5059	SenSura Mio Flex tøm 70mm u/v
18385	1838501008	570178025 3314	SenSura Mio Flex tøm 90mm XXL

...”

Af spørgsmål/svar dokumentet fremgår bl.a.:

”

Nr.	Dato	Spørgsmål	Svar
3	21. august 2023	Spørgsmål: Position 46 Ordregiver bedes indskrive ringstørrelse 90mm, således at det matcher kravene på pos. 88 og pos. 92	Svar: Vi har i vores svar forudsat, at det vedrører faneblad 2-dels Bilag 1: varelinje 46. Der tilføjes 90mm
11	25. august 2023	Spørgsmål: Vil ordregiver bekræfte, at der i Bilag 1 – Tilbudsliste, kolonne D, skal angives ét af ”Producentens varenr.” for at indikere serien?	Svar: Alle producent varenumre i en serie bedes oplyst i bilag 1, kolonne D

...”

Den 22. september 2023 meddelte Slagelse Kommune OneMed A/S (”OneMed”), at Fællesudbud Sjælland havde til hensigt at indgå kontrakt med Kirstine Hardam efter udløb af standstill perioden den 3. oktober 2023. I meddelelsen fremgår bl.a.:

”Vi modtog i alt 4 tilbud inden for udbuddets tidsfrist, og alle tilbuddene er nu behandlet.

Tilbudssummen i jeres tilbud udgør 41.889.792,40 kr.

Tilbuddet med den laveste pris på 41.746.943,10 kr. er afgivet af Kirstine Hardam A/S.

Vi har ved gennemgang af tilbuddene taget stilling til, hvorvidt det tilbudte sortiment modsvarer funktionsbeskrivelsen på Bilag 1.

Vi har ved gennemgangen af tilbuddene taget stilling til, hvorvidt det tilbudte sortiment modsvarer funktionsbeskrivelsen på Bilag 1.

Vi har i jeres tilbud fundet varelinjer, hvor det tilbudte fremstår ufuldstændigt for os. F.eks. har I på faneblad 1-dels, varelinje 5, budt ind med kun 1 filter, hvor funktionen beskriver 1 og 2 filtre. På 1-dels tømbare,

varelinje 27, 42 og 43, er der ikke tilbudt poser med inspektionsvindue, som foreskrevet i beskrivelsen *med og uden inspektionsvindue*, og på fanblad tilhører, varelinje 87, er der tilbudt en pose med for lille inderlumen.

Vi kan oplyse, at tildelingskriteriet for udbuddet er, at rammeaftalen vil blive tildelt den tilbudsgiver, der tilbyder det økonomisk mest fordelagtige tilbud, på grundlag af tildelingskriteriet pris.

Vi har derfor til hensigt at tildele rammeaftalen til Kirstine Hardam A/S som den tilbudsgiver, der har afgivet tilbuddet med den laveste pris.

...

Den 27. september 2023 rettede OneMed henvendelse til Coloplast med et produktspørgsmål vedrørende produktkombination af Assura og Sensura.

I forlængelse heraf udtalte Coloplast den 27. september 2023 bl.a.:

”Nedenfor er der svar på dit spørgsmål, fra vores HQ (Assura hedder Alterna uden for DK).

All of our 2-piece products are tested within the same brand. This means, we test SenSura baseplate and SenSura bag together or Alterna baseplate and Alterna Bag. This is how we test our products, and by these test generate claims, ensure quality control, etc.

This does also mean we cannot guarantee the same quality of products, should you use the brands across, meaning a SenSura baseplate and a Alterna bag.”

Den 29. september 2023 meddelte Slagelse Kommune, at standstill-perioden blev forlænget til udløbet af fredag den 13. oktober 2023.

Den 13. oktober 2023 indgav OneMed klage til Klagenævnet for Udbud.

Den 16. oktober 2023 rettede Slagelse Kommune henvendelse til to kontinenssygeplejersker fra henholdsvis Slagelse og Kalundborg med henblik på at få oplyst, hvorvidt der foreligger ordre fra borgere, der bruger en plade fra Mio og en pose fra Assura eller tilsvarende på tværs af serien. Kontinenssygeplejersken fra Slagelse oplyste, at 3 ordre havde kombinationen Assura basisplade/ Sensura Click lukket ud af en gennemgang af 50 bestillinger. Kontinenssygeplejersken fra Kalundborg oplyste, at 2 borgere i Kalundborg havde kombinationen Assura basisplade/ Sensura Click, hvor den ene borger dog ikke har bestilt Sensura Click det sidste år, men en Assura pose.

Den 25. oktober 2023 rettede en stomisygeplejerske henvendelse til Slagelse Kommune med svar på kommunens forespørgsel vedrørende Sensura Mio et-delt lukket pose xxl. Af svaret fremgår bl.a.:

”I forhold til din forespørgsel på sensura mio et-delt lukket pose xxl, nr. 18385, er det ikke en pose, vi benytter og ej heller umiddelbart har behov for at benytte. Har patienterne behov for xxl pose, vil det stort set altid være relevant med en tømbar pose fremfor en lukket.
...”

Fællesudbud Sjælland har under klagesagen modtaget en erklæring fra Kirstine Hardam vedrørende kombinationen af Assura og Sensura produkter. I tillæg til erklæringen har Kirstine Hardam fremsendt en oversigt over 59 borgere som i perioden 1. januar 2023 – 13. oktober 2023 har foretaget bestilling af flere produkter herunder både Assura og Sensura produkter. Af erklæringen fremgår bl.a.:

”[...] [Klager] henviser i [sit (medmindre ”deres” i øvrigt står i det citerede og blot er flyttet)] klageskrift til, at produkterne på tilbudslisten på specifikke nævnte varelinjer, ikke kan anvendes i kombinationer [...] med henvisning til, at de er ”indbyrdes uforenelige med hinanden”. Det drejer sig om 2-dels systemer.

[Klager] henviser også til at det efter gældende MDR lovgivning ikke er muligt at kombinerer produkterne.

...

Det kan fra vores side dokumenteres, at de tilbudte serier i dag anvendes i kombinationer, som det er efterspurgt på tilbudslisten. Det [skyldes] at nogle borgere ikke kan anvende pladen i en serie (f.eks. på grund af hudproblemer), og derfor anvendes en anden kombination end plade/pose i samme serie. Det kan også oplyses, at der er tale om 2 dele: en plade og en pose, og at disse sælges af forhandler og indkøbes af landets kommuner i separate dele, og ikke som et sæt, da en pose skiftes hyppigere, end en plade.

Der er mange eksempler på kombinationsmuligheder på tværs af serier - ikke blot inden for den enkelte produktserie, men tillige mellem forskellige producenters produkter. Alle er naturligvis 2 dels produkter, hvor man enten kobler plade og pose sammen eller klæber plade og pose sammen. Ved kobling er det en plastring, som man kobler/låser sammen (som tilfældet er for Coloplasts Assura click og Sensura Click serier), mens der ved klæbning er klæber på posen, som klæber til pladen.

Det er helt gængs praksis i markedet, at patienter kombinerer produkter fra forskellige serier eller forskellige producenter. Vi har nederst i emailen indsat en oversigt over produkter, der kan bruges i kombination. Som et par konkrete eksempler kan nævnes følgende:

- Dansac Nova2 og Dansac Novalife 2 og Novalife 2 TRE 2 dels med ringkobling. Nova er den ældste serie og bruges sammen med Novalife, som er den nyere, eller den nyeste Novalife 2 TRE.
- Convatec plader bruges sammen med Coloplast poser. Poserne fra Coloplast hedder Sensura Flex og Sensura Mio flex. (klæbes sammen)
- Salts Harmony Duo plader bruges sammen med Coloplast poser. Poserne fra Coloplast hedder Sensura Flex og Sensura Mio flex. (klæbes sammen)

For eksempel 2 og 3, hvor patienten bruger plade fra X og Coloplast pose, skyldes det oftest at bruger af produkter ikke kan anvende pladen fra Coloplast (Sensura Flex eller Sensura Mio Flex) pga. hudproblemer, da nogle patienter overfølsomme overfor Coloplast pladen og får rød og irriteret hud. De vælger derfor en plade fra Convatec eller Salts og vælger en pose fra Coloplast, fordi den for nogle patienter har nogle bedre egenskaber (navnlig filteret) end poserne fra Convatec eller Salts, der ville passe til Convatec/Salts pladerne.

...

Mærkningen af 2-dels seriers plader og poser foretages i øvrigt separat for poser og for plader. [...]"

Den 30. oktober 2023 rettede OneMed igen henvendelse til Coloplast med et produktspørgsmål vedrørende produktkombination af Assure og Sensura.

I forlængelse heraf udtalte Coloplast den 31. oktober 2023 bl.a.:

”Vedr. kombinationsanvendelse af produkter fra forskellige serier, så har jeg nedenstående spørgsmål:

Anvendelse af kombination: Assura poser/plader og Sensura poser/plader
Kan Coloplast bekræfte, at produktkombinationer på tværs af serier ikke er "intended use" og at Coloplast ikke påtager sig MDR ansvar for anvendelse af produkter i disse kombinationer? *Coloplast bekræfter at brug af produktkombinationer på tværs af serier ikke er intended use og at serierne ikke er testet på den måde hvorfor alle claims, kvalitetskontroller etc. ikke er gældende. Coloplast frasiger sig det ansvar og garantier som ellers gives under MDR og vores generelle vilkår ved off-label brug af produkterne.*”

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

OneMed har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-5, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Fællesudbud Sjælland har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1- 5, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har OneMed gjort gældende, at Kirstine Hardams tilbud ikke indeholdt alle de krævede produkter på alle varelinjer, og dermed er ukonditionsmæssigt, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 8 og tilbudslisten. Fællesudbud Sjælland har som følge heraf været forpligtet til at se bort fra Kirstine Hardams tilbud, da indhentelse af manglende oplysninger vil være i strid med gældende lovgivning.

Af Kirstine Hardams tilbudsliste fremgår, at Kirstine Hardam ikke har tilbudt alle efterspurgte produkter på varelinjerne 88 og 92. Under spørgsmål/svar blev det i svaret på spørgsmål 3 og 4 præciseret, at Fællesudbud Sjælland under varelinjerne 88 og 92 ønskede tilbud på en 90 mm ring.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 8.1 og selve tilbudslisten under fanarket ”Vejledning til udfyldelse” og støttes af svaret på spørgsmål 11, at det var et krav og ikke blot et ønske, at alle varenumre skulle angives i tilbudslisten. Dette må forstås sådan, dels at der er tale om et mindstekrav, dels at varenumre, der ikke er anført, ikke er tilbudt.

Da der er tale om et mindstekrav, er der ikke grundlag for at betragte den manglende fuldstændige udfyldelse af tilbudslisten som et forbehold – end-sige et forbehold, der kan kapitaliseres.

Hvis Kirstine Hardam får adgang til efterfølgende at tilføje de produkter til sit tilbud, som ved en fejl ikke er blevet tilbudt i første omgang, vil det svare til, at Kirstine Hardam får adgang til at indlevere et nyt tilbud, hvilket ligger klart udenfor, hvad der vil være lovligt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Fællesudbud Sjælland gjort gældende, at Kirstine Hardam har udfyldt tilbudslisten i overensstemmelse med udbudsmaterialets anvisninger herom, også for så vidt angår varelinje/position 88 og 92 i arket, ”2-dels”. Subsidiært har Fællesudbud Sjælland gjort gældende, at

Kirstine Hardams undladelse af at tilbyde det omhandlede produkt udgør et bagatelagtigt forbehold og under alle omstændigheder kan kapitaliseres forsigtigt, sagligt og objektivt.

Det er ikke korrekt, at alle varenumre skal angives i tilbudslisten, jf. tilbudslistens pkt. 14. Endvidere fremgår det af Slagelse Kommunes svar på spørgsmål 11 af 25. august 2023, at alle varenumre i en serie bedes oplyst i bilag 1, kolonne D. Med ”bedes” forstås, at det ikke er et krav, at tilbudsgiverne oplyser alle varenumre i tilbudslistens kolonne D. Dette understøttes videre af, at tilbudsgiverne anmodes om at oplyse en samlet pris og ikke en pris pr. varenummer. Formålet er at sikre, at Fællesudbud Skælland kan købe alle varenumre i en given serie.

Måtte klagenævnet lægge til grund, at Kirstine Hardam ikke har tilbudt alle efterspurgte varenumre, bestemmer udbudsmaterialet ikke, at det omhandlede forhold udgør et mindstekrav eller et grundlæggende element. Det er heller ikke en udbudsbetingelse, at tilbud, som ikke stemmer overens med det omhandlede forhold, vil blive afvist. Der er efter en konkret vurdering af forholdet heller ikke grundlag for at mene, at forholdet efter sin natur skulle udgøre et grundlæggende element. Der er der imod blot tale om et bagatelagtigt forhold. I vurderingen heraf har Slagelse Kommune lagt vægt på, at der er tale om et nicheprodukt, som i almindelighed sjældent – eller aldrig – anvendes, hvilket er bekræftet af Mave-Tarm Kirurgisk Ambulatorium i Region Sjælland (Stomiklinikken Slagelse Sygehus), at det pågældende produkt er indkøbt 90 gange i den nuværende aftale, som omfatter 13 kommuner i de forudgående 15 måneder, og forbruget udgør således 0,0025788 % af den samlede årlige volumen på den udbudte aftale, at samtlige punkter i tilbudslisten var udfyldt, og det var ikke eksplicit forudsat i udbudsmaterialet, at alle poster i tilbudslisten skulle være udfyldt for, at tilbuddet var konditionsmæssig, og at alle tilbudte vareserier er fundet i overensstemmelse med funktionsbeskrivelsen på tilbudslisten. Der henvises til klagenævnets kendelse af 19. november 2013, Gustav H. Christensen A/S mod Morsø Spildevand, samt Vestre Landsrets efterfølgende dom i U 2016.86 V.

Den tekniske tilbudssum for OneMeds tilbud udgjorde 41.880.792,40 kr. ekskl. moms. Kirstine Hardams tilbudssum udgjorde 41.764.943,10 kr. ekskl. moms, differencen udgjorde således 142.849,30 kr. ekskl. moms. En kapitalisering af de manglende produktnumre vil på grundlag af de øvrige

tilbudsgiveres enhedspriser, aktuelle priser på webshoppen og anslået forbrug ligge mellem 2.979,30 kr. og 3.977 kr. ekskl. moms. Kapitalisering af manglen ville således ikke have ført til en anden tildelingsbeslutning.

Særligt vedrørende påstand 2 har OneMed gjort gældende, at grundlaget for udbudsforretningen ikke er lovligt, da tilbudslisten er udformet på en sådan måde, at produkterne kombineres uforeneligt, hvilket medfører, at tilbudsgiver kommer til at overtræde gældende lovgivning og kommer til at handle i strid med udbuddets kontraktvilkår.

Af tilbudslisten fremgår, at Fællesudbud Sjælland har anmodet om pris på produkter til anvendelse i kombination med andre produkter, der indbyrdes er uforenelige med hinanden. Det fremgår f.eks. af fanebladet 2-dels på varelinjerne 56, 57, 66, 67, 75, 82, 83 og 84, at produkterne passer til produkter angivet på varelinjerne 5, 6, 14 og 15. Produkterne nævnt i de to grupper er imidlertid produkter fra to forskellige varemærker, og disse er fra producentens side ikke tiltænkt at skulle bruges i kombination.

Anvendes produkterne i den kombination, som fremgår af tilbudslisten, er det ikke muligt at anvende produkterne korrekt og efter f.eks. MDR-lovgivningen.

OneMed har indhentet udtalelser fra Coloplast, hvoraf det bl.a. fremgår, at producenten ikke kan opretholde sine forpligtelser i forhold til kvalitet, hvis man anvender produkterne på tværs af varemærkerne. Levering i overensstemmelse med tilbudslisten vil dermed indebære overtrædelse af de vilkår, der gælder for leverancen, både i medfør af kravspecifikationen og rammeaftalen, hvilket fører til misligholdelse af kontrakten, og tilbudsgiveren kan pådrage sig et ansvar. Endvidere er der risiko for reklamationer fra brugerne som følge af for dårlig kvalitet, og der vil ikke være den sædvanlige garanti fra producentens side.

Særligt vedrørende påstand 2 har Fællesudbud Sjælland gjort gældende, at udbuddets specifikationer ikke er til hinder for en lovlig tildelingsbeslutning.

En ordregiver indrømmes et betydeligt skøn ved fastlæggelse af krav til det udbudte, hvis kravene i øvrigt fremstår saglige og i overensstemmelse med de udbudsretlige principper. Udbuddets tilknyttede sygeplejefaggruppe har bekræftet over for Fællesudbud Sjælland, at de efterspurgte stormiprodukter

i dag anvendes i kombination og under overholdelse af samtlige de krav, som er bestemt i udbudsmaterialet.

Det kan ikke af udtalelserne fra Coloplast udledes, at de to produkter er ”indbyrdes uforenelige”, sådan som OneMed gør gældende. Mærkning efter forordning 2023/607 af 15. marts 2023 om medicinsk udstyr m.v., foretages separat for basisplade og pose. 2-dels produkter er ikke på forhånd koblet sammen, og er ikke identificerede af samme varenummer. 2-dels produkter pakkes og sælges således separat. Den omstændighed, at Coloplast ikke kan ”garantere den samme kvalitet”, kan ikke tages til indtægt for manglende interoperabilitet eller manglende overholdelse af de krav, der er fastsat i udbudsmaterialet.

OneMed sælger i dag uden indsigelser produkter, som kombineres på tværs af serie til kommuner på Sjælland. Såfremt kombinationen af produkter gav anledning til betænkelighed, er det bemærkelsesværdigt, at OneMed ikke tidligere har påberåbt sig dette forhold, herunder i relation til overholdelse af MDR-Forordningen.

Særligt vedrørende påstand 3 har OneMed gjort gældende, at rammeaftalens værdi er uklar, da udbudsbekendtgørelsen ikke indeholder korrekte, præcise og entydige angivelser af det samlede forventede og det maksimale forbrug. Fællesudbud Sjælland er ikke konsekvent i anvendelsen af begreberne og bytter derudover om på begreberne, hvorfor den foreliggende situation er sammenlignelig med de situationer, der forelå i klagenævnets kendelser af 9. november 2021, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark, af 5. maj 2022, Peab Asfalt A/S mod Øresundbro Konsortiet I/S, og af 26. september 2023, Abena A/S og Coloplast Danmark A/S mod Esbjerg Kommune m.fl.

Begrebet ”anslået samlet værdi” må forstås, som værende mere end begrebet ”anslået værdi”. Hvis ordregiver ønsker at angive to forskellige tal, skulle det tal, der anføres under pkt. II.1.5, derfor være større end tallet i pkt. II.2.6.

Særligt vedrørende påstand 3 har Fællesudbud Sjælland gjort gældende at begreberne ”forventet” og ”anslået” udtrykker lige dele momenter af usikkerhed om aftalens værdi og formodninger om, at rammeaftalens værdi vil ligge i det anslåede/forventede leje. Begreberne er således ensartede eller synonyme.

En ordregiver skal angive den anslåede værdi eller mængde af de varer, som skal leveres under rammeaftalen, i udbudsbekendtgørelsen, mens den maksimale værdi eller mængde skal oplyses i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale, jf. udbudslovens § 56 og § 128, stk. 2, og udbudslovens § 2.

Efter praksis skal en maksimal mængde eller værdi for rammeaftaler eller dynamiske indkøbssystemer angives i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.6), mens anslået mængde eller værdi kan angives under II.1.5 eller i udbudsmaterialet i øvrigt, jf. kendelse af 24. maj 2022, Netcompany A/S mod Arbejdstilsynet. Hovedspørgsmålet er, om brugen af formuleringen ”forventede værdi”, som udgør et andet ordvalg end ”anslået” eller ”maksimal” værdi, er egnet til at skabe uklarhed om, hvorvidt rammeaftalens maksimale værdi udgør 340 mio. kr. og dens anslåede værdi udgør 300 mio. kr.

Gennemsigtighedsprincippet indebærer ikke en forpligtelse til at anvende ordrette gengivelser af formuleringer i standardformularen, så længe ordregivers angivelser ikke er egnede til at så tvivl om aftalens anslåede/maksimale værdi/mængde hos den rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgiver.

Fællesudbud Sjælland har i sammenhæng med udbudsbetingelsernes pkt. 3.2 anvendt begrebet ”forbrug” frem for ”værdi”. Dette fører ikke til, at der skabes tvivl om angivelsen af forventet og maksimal værdi i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.5, II.2.4 og II.2.6. Endvidere er der ingen betydende forskel mellem den begrebsmæssige anvendelse af ”forbrug” eller ”værdi”. Det centrale er således at etablere det maksimale og anslåede forbrug/værdi, og ikke selve måleheden (værdi eller forbrug). Den omstændighed, at Fællesudbud Sjælland har anvendt begrebet ”samlede” foran ”forventede forbrug” kan ikke føre til andet resultat. Der må i den sammenhæng lægges vægt på, at ”forventede forbrug” indbefatter en usikkerhed, og at kommunen i det efterfølgende sætningsled angiver ”rammeaftalens maksimale forbrug”, som står i modsætning til det traditionelt benævnte ”anslået værdi”.

Det konkrete beskyttelseshensyn til potentielle tilbudsgiveres overvejelse om deltagelse er desuden ikke tilsidesat, uanset om OneMeds synspunkter tiltrædes. Der bør herved lægges vægt på, at kredsen af interesserede i udbudsværktøjet repræsenterer den samlede kreds af markedsaktører for levering af

stomihjælpemidler til danske kommuner, at den aktuelle tilbudsgiverkreds er identisk med kredsen i lignende og historiske udbud, og at Fællesudbud Sjællands angivelser om rammeaftalens maksimale/anslåede værdi/mængde ikke har haft betydning for kredsen af deltager under udbudsforretningen.

Særligt vedrørende påstand 4 har OneMed gjort gældende, at Fællesudbud Sjælland ikke har beskrevet alle dele af evalueringsmodellen i forhold til tildelingskriteriet.

Tildelingskriteriet for udbuddet er pris. Det fremgår af tilbudslisten, at tilbudsgiver skal oplyse en pris i kolonne F og H. Fællesudbud Sjælland kan ikke lægge til grund, at prisdannelsen på alle produkter er ens i kolonne F og H. I tilbudslisten beregnes den totale tilbudssum automatisk ud fra kolonne H. Dette medfører, at såfremt prisen i kolonne F er lavere end prisen i kolonne H (f.eks. som følge af mængderabat), vil det ikke være den laveste pris, som indgår i tilbudsevalueringen.

Det er således ikke tilstrækkeligt klart for tilbudsgiverne, hvilken pris som indgår i tilbudsevalueringen, hvilket er i strid med udbudslovens § 160. Endvidere er det ikke givet, at denne evalueringsmodel er egnet til i enhver situation at identificere det billigste tilbud, idet det afhænger af, hvilke priser der angives i kolonne F og H, samt om Fællesudbud Sjælland indkøber i pakker eller i stykvist.

Særligt vedrørende påstand 4 har Fællesudbud Sjælland gjort gældende at prisen evalueres på grundlag af de oplyste stykpriser multipliceret med Fællesudbud Sjællands forventede forbrug i rammeaftalens varighed.

Det centrale for overholdelse af gennemsigtighedsforpligtelsen er, at de matematiske mekanismer for den påtænkte evaluering – og ikke beskrivelsen af disse mekanismer – oplyses, jf. udbudslovens § 160, stk. 1, udbudslovens § 24, nr. 39, og de specielle lovbemærkninger til bestemmelserne.

Tilbudslisten er opbygget, så priserne for det enkelte ark (rækken, ”total for ark” i hvert ark) opgøres som varelinjens antal (kolonnen, ”C Antal stk.”) multipliceret med stykprisen (kolonnen ”H Pris ekskl. moms pr. stk. ved 1 stk. af varen”). Udbudsbetingelsernes pkt. 9.1 harmonerer således med opbygningen af tilbudslistens. Formålet med kolonne H er alene at kortlægge

en pakkepris (pakkeantallet er variabelt), idet borgerens forbrug opgøres på 3-måneders basis uanset pakning.

Det bør således tillægges afgørende vægt, at tilbudsevalueringen foretages på grundlag af de angivne priser i kolonne H, at tilbudsgiverne, herunder OneMed, ikke tidligere har udtrykt tvivl herom, og at tilbudsgiverne ved deres tilbudsudarbejdelse generelt ses at have forstået opbygningen af tilbudslisten i forbindelse med såvel det aktuelle som tidligere tilsvarende udbud.

Særligt vedrørende påstand 5 har OneMed med henvisning til det, der er anført ad påstand 1-4, gjort gældende, at Fællesudbud Sjællands tildelingsbeslutning af 22. september 2023 skal annulleres.

Særligt vedrørende påstand 5 har Fællesudbud Sjælland med henvisning til det, der er anført ad påstand 1-4, gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere Slagelse Kommunes tildelingsbeslutning af 22. september 2023.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Parternes anbringender ad betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) og betingelse nr. 3 (*interesseafvejning*) gengives ikke i kendelsen.

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet:

Ad påstand 1

Det fremgår af tilbudslistens indledning, at hver varelinje på et faneblad skal udfyldes. Dette er sket.

Slagelse Kommune har ved svar på spørgsmål 11 anført: "Alle producent varenumre i en serie bedes oplyst". Det er ikke anført, hvad konsekvensen er, hvis ikke alle varenumre anføres, og det er ikke anført, at angivelse af alle varenumre er et mindstekrav. Det er desuden ikke, hverken ved spørgsmålet eller i øvrigt i udbudsmaterialet, anført, at manglende angivelse af et eller flere varenumre i en serie vil blive anset som udtryk for, at dette varenummer ikke tilbydes. Tværtimod fremgår det af tilbudslistens fane "2-dels", kolonne B, bl.a., at alle varenumre i en serie vil være inkluderet i serien.

Kirstine Hardam har i sit tilbud anført producentens varenumre på varelinje 88 som 11901, 11902, 11911, 11912, 11913, 11921, 11922, 0 og på varelinje 92 som 11951, 11952, 11954, 11961, 11962, 11963, 11965, 11971, 11972, 11974, 0. På begge varelinjer har Kirstine Hardam anført producentens brand/vareserie-navn som COLOPLAST SENSURA Mio Flex, filter 500. Af de tilhørende produktbeskrivelser til varer tilbudt under varelinje 88 og 92

fremgår bl.a. varenummeret 18387, SenSura Mio Flex luk 90mm XXL og varenummeret 18385, SenSura Mio Flex tøm 90mm XXL.

Fællesudbud Sjælland var således berettiget til at anse SenSura Mio Flex tøm 90mm XXL for omfattet af Kirstine Hardams tilbud, både ved varelinje 88 og 92.

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

Ad påstand 2

Det fremgår af tilbudslistens varenumre 56, 57, 66, 67, 75, 82, 83 og 84, at der efterspørges stomiposer, som passer til basispladerne angivet på varenumrene 5, 6, 14 og 15. Det fremgår af Kirstine Hardams tilbud, at der er tilbudt både stomiposer og basisplader af bl.a. mærkerne Sensura og Assura.

Det fremgår af oplysninger fra Kirstine Hardam, fra kontinenssygeplejerske fra Slagelse og fra kontinenssygeplejerske fra Kalundborg, at bestillinger af kombinationen af Assura basisplade og Sensura stomipose aktuelt foretages. Fællesudbud Sjælland har oplyst, at mærkning efter forordning 2023/607 af 15. marts 2023 om medicinsk udstyr m.v., foretages separat for basisplade og pose.

Det fremgår af Coloplasts svar til OneMed den 27. september 2023, at Coloplast ikke kan garantere samme kvalitet ved sammensætning af produkter af forskellige mærker. Endvidere fremgår det, at Coloplast tester produkternes kombination inden for samme mærke. Det fremgår ikke specifikt heraf, at en kombination af produkterne er uforenelig. I svaret fra Coloplast af 31. oktober 2023 fremgår, at ”*Coloplast frasiger sig det ansvar og garantier som ellers gives under MDR*”, hvis produkterne anvendes på tværs. Hvorvidt dette er muligt, og om dette fremgår andre steder end i Coloplast’ svar af 31. oktober 2023 fremgår ikke.

Efter en samlet foreløbig vurdering har klagenævnet ikke fundet grundlag for at antage, at forudsætningen om kombination af de angivne basisplader og stomiposer vil gøre udbudsmaterialet uegnet til at danne grundlag for en lovlig tildeling.

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

Ad påstand 3

Ifølge artikel 1 i Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2015/1986 af 11. november 2015 om standardformularer til brug ved offentliggørelse af bekendtgørelser i forbindelse med offentlige udbud og om ophævelse af forordning (EU) nr. 842/2011 og udbudslovens § 128, stk. 3, skal udbuds bekendtgørelsen udarbejdes ved brug af Europa-Kommissionens standardformularer. Standardformularen ”Udbudsbekendtgørelse” er angivet i bilag II til gennemførelsesforordningen.

Standardformularen i bilag II indeholder en del II: Genstand, som er opdelt i rubrik II.1) Udbuddets omfang og rubrik II.2) Beskrivelse. I fodnoten til rubrik II.2) Beskrivelse er anført ”gentag så mange gange som nødvendigt”, og der er en særskilt rubrik til udfyldelse af delkontraktnummer.

Rubrik II.1.5) har overskriften ”Anslået samlet værdi”. I fodnoten hertil er anført: ”hvis relevant”. I denne rubrik skal ordregiver angive bl.a. kontraktens værdi eksklusive moms. Derudover er i parentes anført: ”I tilfælde af rammeaftaler eller dynamisk indkøbssystem – anslået værdi af kontrakterne i hele løbetiden for rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem”.

Rubrik II.2.6) har overskriften ”Anslået værdi”. I denne rubrik skal ordregiver angive bl.a. kontraktens værdi eksklusive moms. Derudover er i parentes anført: ”I forbindelse med rammeaftaler eller dynamiske indkøbssystemer – anslået samlet maksimumsværdi for hele varigheden af dette parti”.

Fællesudbud Sjælland har i udbudsbekendtgørelsen i rubrik II.1.5) anført 300 mio. kr. og i rubrik II.2.6) anført 340 mio. kr. Endvidere har Slagelse Kommune i rubrik II.2.4) anført, at rammeaftalens forventede værdi udgør 300 mio. kr., og den maksimale værdi udgør 340 mio. kr.

Fællesudbud Sjælland har dermed i udbudsbekendtgørelsen angivet den forventede og den maksimale værdi af rammeaftalen i de rigtige rubrikker.

I såvel udbudsbekendtgørelsens angivelser som i udbudsbetingelsernes angivelser er den maksimale værdi angivet til 340.000.000 kr. Ingen af stederne

er angivelsen af den maksimale værdi knyttet til begreber som ”forventet”, ”anslået”, ”estimeret” eller lignende.

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

Ad påstand 4

Det følger af udbudslovens § 160, stk. 1, at ordregiveren i udbudsmaterialet skal fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. Specifikke parametre i evalueringsmodellen kan afhænge af de indkomne tilbud, men det skal entydigt fastlægges og beskrives på forhånd, hvordan parametrene fastlægges. Endvidere følger det af bestemmelsen, at parametrene i evalueringsmodellen ikke kan afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.

Det fremgår af den oplyste evalueringsmodel, at beregningen ”opgøres pr. faneblad som en sum ved et i tilbudslisten aktuelt forbrug”. Endvidere fremgår det af formelen i tilbudslisten, ved indtastning af priser, at totalen udgøres af kolonne C, ”Antal stk.”, ganget med kolonne H, ”Pris ekskl. moms pr. stk. ved 1. stk. af varen”.

Det har således været tydeligt for tilbudsgiverne, hvilket beløb som indgik i udregningen af totalen og dermed indgik i evalueringen af tilbuddets pris.

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

Ad påstand 5

På baggrund af det, der er anført ad påstand 1-4, er der foreløbigt ikke udsigt til, at påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt. På den baggrund er betingelsen for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Louise Dissing Jensen
fuldmægtig