

Klagenævnet for Udbud

(Erik Kjærgaard, Trine Heidemann Garde og Knud Erik Busk)

J.nr.: 05-113.281/

2005-0002380

13. marts 2006

K E N D E L S E

Kirudan A/S

(Advokatfirmaet Bender, von Haller og Dragsted
ved specialkonsulent, cand. merc. jur. Peter Dann Jørgensen, København)

mod

1. Kolding Kommune
 2. Christianfeldt Kommune
 3. Gram Kommune
 4. Haderslev Kommune
 5. Hedensted Kommune
 6. Juelsminde Kommune
 7. Lunderskov Kommune
 8. Nørre-Rangstrup Kommune
 9. Rødding Kommune
 10. Vejen Kommune
 11. Vejle Kommune
 12. Vojens Kommune
- (advokat Lotte Hummelshøj, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 26. oktober 2004 udbød Kolding Kommune på egne vegne og på vegne af Christianfeldt Kommune, Gram Kommune, Haderslev Kommune, Hedensted Kommune, Juelsminde Kommune, Kolding Kommune, Lunderskov Kommune, Nørre-Rangstrup Kommune, Rødding Kommune, Vejen Kommune, Vejle Kommune og Vojens Kommune som begrænset udbud efter direktiv 93/36/ØEF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb af varer i Den Europæiske Union, som ændret ved direktiv 97/52/EF og direktiv 2001/78/EF (Indkøbsdirektivet), indkøb af almindeligt forekommende sygeplejeartikler til plejecentre og hjemmesygepleje i de nævnte kommuner.

Tildelingskriteriet var fastsat som »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Ved udløbet af fristen herfor havde følgende virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. 3M A/S
2. Abbot Vascular Divices
3. B. Braun Medical A/S
4. Danpleje A/S
5. Gothia Medical AB
6. Kirudan A/S
7. OPCO A/S
8. Sækko A/S (senere Abena A/S)

Indklagede besluttede at prækvalificere de under nr. 4, 6, 7 og 8 anførte virksomheder.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 9. december 2004, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 31. januar 2005 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 1. marts 2005 besluttede indklagede at kontrahere med Danpleje A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 4. marts 2005.

Den 15. marts 2005 indgav klageren, Kirudan A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Kolding Kommune. Klagen har været forhandlet mundtligt den 25. november 2005.

Under den mundtlige forhandling er der afgivet partsforklaringer af produktchef hos klageren Bjarne Olsen og logistikchef hos indklagede Kolding Kommune Karsten Andrup Pedersen samt af vidnerne salgskonsulent, sygeplejerske Christel Prein, hjemmesygeplejerske Anne Marie Varming, ledende distriktssygeplejerske Karen Dan Hansen og miljøkonsulent Bente Møller Jensen.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne at have fastsat fremgangsmåden ved vurderingen

af tilbudene i overensstemmelse med de underkriterier for tildelingen af kontrakten, som er fastsat i udbudsbetingelserne.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7, og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ved vurderingen af tilbudene efter underkriterium »Pris« at have tildelt tilbudene fra Abena A/S og Danpleje A/S 69 point, uanset at disse tilbudsgiveres tilbud skulle være tildelt et lavere pointtal.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte »Service, herunder sygeplejefaglig assistance« som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, uanset at kriteriet »Service, herunder sygeplejefaglig assistance« er et kriterium for kvalitativ udvælgelse.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7, og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ved vurderingen af tilbudene efter underkriterium »Service, herunder sygeplejefaglig assistance« at have tildelt klagerens tilbud 16 point, uanset at tilbudet skulle være tildelt et højere pointtal.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7, og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ved vurderingen af tilbudene efter underkriterium »Leverings- og bestillingssystem« at have tildelt klagerens tilbud 4 point, uanset at tilbudet skulle være tildelt et højere pointtal.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte »Miljø og arbejdsmiljø« som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, uanset at kriteriet »Miljø og arbejdsmiljø« er et kriterium for kvalitativ udvælgelse.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 8, stk. 6, ved i udbudsbetingelserne at fastsætte tekniske specifikationer, der nævner varer af et bestemt fabrikat, uanset at indklagede havde mulighed for at beskrive kontraktgenstanden ved hjælp af specifikationer, som uden at nævne varer af et bestemt fabrikat er tilstrækkeligt nøjagtige og forståelige for alle interesserede.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 8, stk. 6, og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved i udbudsbetingelserne ikke at have anført bemærkningen »eller dermed ligestillet« eller tilsvarende bemærkning i forbindelse med, at der er fastsat specifikationer, som nævner varer af et bestemt fabrikat.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 9, stk. 4, og det EU-udbudsretlige gennemsigthedsprincip ved i udbudsbetingelsernes »Kravspecifikation« side 11 at fastsætte, at der er mulighed for forlængelse i yderligere et år, uanset at det i udbudsbekendtgørelsen af 26. oktober 2004 punkt II.2.1., punkt II.2.2. og punkt III.3 ikke er anført, at der er option på forlængelse i et år.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 9, stk. 4, og det EU-udbudsretlige gennemsigthedsprincip ved at fastsætte i udbudsbetingelsernes »Kravspecifikation« side 5-6, at kontrakten omfatter tjenesteydelserne konsulentbistand og uddannelse, uanset at det i udbudsbekendtgørelsen af 26. oktober 2004 punkt II.1.6. og punkt II.1.8.1. ikke er anført, at kontrakten omfatter disse tjenesteydelser.

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om ligebehandling og effektivitet ved den 1. marts 2005 både at underskrive og fremsende kontrakt til Danpleje A/S og samme dag at underrette de tilbudsgivere, hvis tilbud ikke blev antaget, om tildelingsbeslutningen.

Påstand 12

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 1, litra b, ved den 1. marts 2005 at beslutte at indgå kontrakt med Danpleje A/S, uanset at denne tilbudsgiver ikke havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud.

Påstand 13

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 1. marts 2005 om at indgå kontrakt med Danpleje A/S.

Påstand 14

Indklagede skal til klageren at betale 1.609.449 kr. med procesrente fra den 21. marts 2005.

Påstand 15 (subsidiær i forhold til påstand 14)

Indklagede skal til klageren at betale et beløb mindre end 1.609.449 kr. med procesrente fra den 21. marts 2005.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 13 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 14 og 15 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 14 og 15, indtil nævnet har taget stilling til påstand 1 – 13.

Sagens omstændigheder

I udbudsbetingelserne er bl.a. fastsat:

»Tildelingskriterier

Aftalen vil blive indgået med den leverandør, der ud fra en helhedsbetragtning afgiver det økonomisk fordelagtige tilbud vurderet på grundlag af følgende kriterier i prioriteret orden:

- Pris: 70 %
- Service, herunder sygeplejefaglig assistance: 20 %
- Leverings- og bestillingssystem: 5%
- Miljø og arbejdsmiljø: 5%«

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 31. januar 2005 havde de 4 prækvalificerede tilbudsgivere afgivet bud. OPCO A/S havde dog alene afgivet bud på en del af den udbudte ydelse.

I sagens bilag I, der er en udateret notits benævnt »Evalueringsoversigt – samlet«, er anført:

»	Danpleje	Kirudan	Sækko [Abena]	OPCO
Pris 70 %	69	70	69	0
Service, herunder sygeplejefaglig assistance 20 %	20	16	18	0
Leverings- og bestillingssystemer 5 %	5	4	3	0
Miljø og arbejdsmiljø 5 %	3,1	3,8	4,7	0
I alt	97,1	93,8	94,7	0«

Ved brev af 1. marts 2005 meddelte indklagede klageren, at ordren var gået til anden side. Brevet var vedlagt evalueringsoversigten.

Ved brev af 3. marts 2005 anmodede klageren om en begrundelse for pointfordelingen.

I brev af 9. marts 2005 svarede indklagede bl.a.:

»På baggrund af tidligere fremsendte evalueringsoversigt bekræfter vi herved, at Deres firma opnåede maximum point for prisen. Det skal dog bemærkes, at variationen i priserne i de indkomne tilbud var minimal. De bedes være opmærksom på, at tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, med de i udbudsmaterialet nævnte underkriterier, og ikke tildelingskriteriet »laveste pris«.

Som svar på de stillede spørgsmål kan herved oplyse følgende:

Vedr. service, herunder sygeplejefaglig assistance:

Fradrag i point er givet ved service, sygeplejefaglig bistand, da der ikke er fuld sygeplejefaglig dækning af kommunerne, idet ikke alt personale der besøger kommunerne er uddannet sygeplejerske. Det er således ikke alle de deltagende kommuner der kan forvente konsulentbesøg udelukkende af en sygeplejerskeuddannet konsulent.

Der er ligeledes givet fradrag i point på service, konsulentbistand, aften – idet De i deres tilbud har anført at der kun er mulighed for bistand i aftentimerne, hvis der er aftalt på forhånd.

Vedr. leverings- og bestillingssystem

Der gives fradrag for en leveringstid på 1-2 arbejdsdage fra ordremodtagelse, da andre tilbudsgivere tilbød dag-til-dag levering, hvilket ud fra et forvaltningsretligt skøn er optimalt i forhold til opgaveløsningen.

Vedr. miljø

Miljøskemaerne er udarbejdet og bedømt af vor Miljøafdeling, som oplyser:

Kirudan har valgt at beskrive deres interne miljøarbejde i det fremsendte materiale, hvilket er utroligt positivt og giver indtryk af at de arbejder seriøst med miljøet. De virker således meget troværdige. Vi har valgt at fratække point i besvarelse i spørgsmålene til emballage, da de i miljøskemaet har svaret ja til fire ud af fem spørgsmål til emballagen, men gør opmærksom på, at deres svar kun gælder for deres egen emballage. Da der i varesortimentet er produkter, der emballeres af andre, er vores vurdering, at de afgivne ja'er ikke kan tælle 100 %.

Ad påstand 1

Det fremgår, at indklagede forud for det i sagen omhandlede udbud gennemførte et udbud af en tilsvarende kontraktgenstand. I bekendtgørelse af 18. juni 2004 om tildeling af ordrer er bl.a. anført:

- »I.1) Den ordregivende myndigheds officielle navn og adresse:
Kolding Kommune
.....
- II.5) Kort beskrivelse:
Successive leveringer af almindelige forekommende sygeplejeartikler til plejecentre og hjemmesygepleje i følgende kommuner: Christiansfeld, Gram, Haderslev, Hedensten, Juelsminde, Kolding, Lunderskov, Nørre-Rangstrup, Rødding, Vejen, Vejle og Vojens.
.....
- IV.2) Ordretildelingskriterier:
Det økonomisk mest fordelagtige tilbud vurderet på grundlag af:
Pris: 70 %
service: 20 %
leverings- og bestillingssystem: 5%

miljø: 5 %

.....

- V.1.1) Navn og adresse på den leverandør, entreprenør eller tjenesteyder, der har fået tildelt ordren:
Danpleje A/S«

Ifølge bekendtgørelse af 17. september 2004 om tildeling af ordrer blev udbudet annulleret. Aftalen med Danpleje A/S blev opsagt pr. 28. februar 2005.

Ad påstand 2

Indklagedes beregninger til brug for vurderingen af tilbudene efter underkriteriet »Pris« fremgår af sagens bilag H, der er undtaget fra aktindsigt, jfr. Klagenævnets afgørelse i skrivelse af 20. maj 2005.

Ad påstand 3 og 4

I udbudsbekendtgørelsen af 26. oktober 2004 er bl.a. fastsat:

- »III.2.1.) Oplysninger om leverandørens/entreprenørens/tjenesteyderens egne forhold og de nødvendige oplysninger og formaliteter til vurdering af den krævede minimumskapacitet af økonomisk, finansiel og teknisk art:
Tjenesteyders erfaring med tilsvarende ydelser inden for de tre seneste år. Generelle oplysninger om tjenesteyders virksomhed, ejerforhold, antal ansatte og uddannelsesmæssige/faglige kvalifikationer. (Bedes fremsendt sammen med deltagelsesansøgningen).«

I udbudsbetingelserne er bl.a. fastsat:

»Service

Der skal tilbydes gratis konsulentbistand, både i dag- og aftentimer.

Tilbudsgiver forpligter sig til at hjælpe med råd og vejledning i de situationer, hvor hjælpemidlet ikke findes i sortimentet. I det tilfælde, hvor det ikke er muligt at dække behovet, kan en anden leverandør benyttes.

Det påhviler leverandøren at holde det sygeplejefaglige personale informeret om produktnyheder i et omfang, der ligger på linie med leverandørens egne sygeplejefaglige konsulenter.

.....

Uddannelse

Tilbudsgiver skal minimum 1 gang årligt være villig til, uden udgift for kommunerne, at afholde temadage for medarbejderne i kommunerne. Emnerne skal være udvalgte og af interesse for forskellige målgrupper. Temadage hvor man mødes med personale fra andre kommuner, hvorved der skabes erfaringsudveksling/udvikling.

Der skal også minimum 3 gange årligt, på foranledning af den enkelte kommune være mulighed for at afholde temadage, undervisningstimer lokalt.

.....

Udkast til rammeaftale

.....

Aftaletype og formål

.....

Sælger forventes at have specialuddannet personale, som kan bistå med råd og vejledning når kommunernes personale har behov for det.

.....

Service

Sælger yder konsulentbistand dag og aften efter nærmere aftale med det enkelte forbrugssted.

Sælger forpligter sig til at yde råd og vejledning i de situationer, hvor hjælpemidlet ikke umiddelbart findes i sortimentet. I det tilfælde, hvor det ikke er muligt at dække behovet, kan en anden leverandør benyttes.

Det påhviler sælger at holde det sygeplejefaglige personale informeret om produktnyheder i et omfang, der ligger på linie med sælgers egne konsulenter.....«

I klagerens tilbud af 26. januar 2005 er bl.a. anført:

»Ad Service

Afsnittet accepteret, idet eventuel konsulentbistand i aftentimer skal aftales på forhånd.

I vor Kundeserviceafdeling til modtagelse af ordrer og personlig rådgivning har vi medarbejdere med sygeplejemæssig baggrund og specialviden om sygeplejeartikler. Deres opgave er også at vejlede i produktindkøb og de vil altid være behjælpelige med personlig rådgivning og neutral produktvejledning.

.....

Herudover vil vor distriktschef Niels Chr. Nielsen, der er sygehjælperuddannet og vor salgskonsulent, sygeplejerske Christel Prein være tilknyttet som faste konsulenter, således at De løbende vil blive orienteret om kampagner, nye produkter der optages i Kirudans sortiment m.v.

Eventuel undervisning af relevant personale kan aftales med vore sygeplejefaglige salgskonsulent, der udover sin sygeplejemæssige baggrund har erfaring i rådgivning og undervisning indenfor sundhedssektoren. Vore konsulents indgående kendskab til produkterne sikrer en seriøs orientering og brugervejledning.

.....«

Klagerens tilbud af 26. januar 2005 var vedlagt et kort med angivelse af, hvilke kommuner henholdsvis distriktschef Niels Chr. Nielsen og salgskonsulent, sygeplejerske Christel Prein havde ansvaret for.

Danpleje A/S' tilbud af 28. januar 2005 – bilag E – er efter Klagenævnets beslutning unddraget klagerens aktindsigt, jf. nævnets skrivelse af 20. maj 2005.

Ad påstand 5

I udbudsbetingelserne er bl.a. fastsat:

»Pris

.....

Varerne skal leveres uden nogen form for gebyrer og fragttillæg på de anviste forbrugssteder. Tilbudsgiver skal i akutte tilfælde være i stand til at levere fra dag til dag.

.....

Udkast til rammeaftale

.....

Leveringstid

Leveringstiden er indenfor maksimalt 5 arbejdsdage.

I hastetilfælde skal sælger dog være køber behjælpelig med levering fra dag til dag.«

I klagerens tilbud af 26. januar 2005 er bl.a. anført:

»Hurtig levering

Til institutioner leveres normalt 1-2 arbejdsdage fra ordremodtagelse. I hastetilfælde kan leverancen afsendes samme dag, når bestilling er modtaget inden kl. 12.00.«

Ad påstand 6

I udbudsbetingelserne er bl.a. fastsat:

»Krav til tilbudsgiver

Sammen med tilbudet skal tilbudsgiver endvidere medsende:

- Beskrivelse af miljø- og arbejdsmiljøforhold ved at returnere vedlagte miljøskeema i udfyldt og underskrevet stand.«

I »Miljø- og arbejdsmiljøspørgeskema – Sygeplejeartikler 2004«, der var vedlagt udbudsbetingelserne, er stillet 4 »Generelle spørgsmål«, herunder om virksomhedens miljøpolitik er offentligt tilgængelig, om der udarbejdes grønne regnskaber, miljøredegørelser o.lign. og om virksomhedens kørselspolitik, 4 »Generelle arbejdsmiljøspørgsmål«, herunder om virksomheden er arbejdsmiljøcertificeret, om virksomheden udarbejder en offentlig tilgængelig arbejdsmiljøredegørelse, 5 spørgsmål om »Emballage« samt 9 spørgsmål om »Produkt«.

Ad påstand 7 og 8

I udbudsbetingelserne er bl.a. fastsat:

»Udbudets udgangspunkt

Der ønskes tilbud et bredt sortiment af produkter i henhold til vedlagte bilag nr. 1-6. Der kan i enkelte tilfælde være anført navngivne produkter. I disse tilfælde kan der naturligvis tilbydes synonymprodukter/tilsvarende produkter«

I de nævnte bilag 1-6 er fastsat, at tilbudsgiverne skal give pris på ca. 80 produkter, der er beskrevet med betegnelser som »injektionsmateriale«, værnemidler m.v. I udbudsbetingelserne er det endvidere fastsat, at tilbudsgiverne skal give pris på:

- »Manovette urinprøvesæt«
- »Steristrips suturtape«
- »4-lags kompressionsbandagesystem (profore)«
- »Drain-fix til fixering af katetre og sonder«
- »Selvklæbende skumplade (Reston)«
- »Lugtfjerner R 10«.

Ad påstand 9

I udbudsbekendtgørelsen af 26. oktober 2004 er bl.a. fastsat:

- »II.2) Ordrens mængde eller omfang

- II.2.1) Samlet mængde eller omfang
Fremgår af udbudsmaterialet
- II.2.2) Optioner. Angiv, hvornår de kan gøres gældende:
- II.3) Kontraktens varighed eller frist for dens udførelse:
Startdato: 1.3.2005 – Slutdato: 31.12.2006.«

I udbudsbetingelserne er bl.a. fastsat følgende:

»Udbudets omfang

Der forventes indgået en aftale for perioden 1. marts 2005 til 31. december 2006. De første tre måneder er at betragte som prøvetid. Såfremt de nye kommunestrukturer ikke betyder ændring i indkøbs-samarbejdet ønskes mulighed for forlængelse af aftalen med yderligere 1 år.

.....

Udkast til rammeaftale

.....

Aftalens gyldighed

Nærværende aftale er gyldig i perioden fra 1. marts 2005 til 31. december 2006, med mulighed for forlængelse i yderligere 1 år.«

Ad påstand 10

I udbudsbekendtgørelsen af 26. oktober 2004 er bl.a. fastsat:

- »II.1.6) Beskrivelse/kontraktens genstand:
Successive leveringer af almindelige forekommende syge-plejeartikler til plejecentre og hjemmesygepleje i de kommuner der er omfattet af udbuddet. Følgende er ikke omfattet af udbuddet: Bleer, stomiprodukter og diabetes.

.....

- II.1.8.1) CPV-klassifikation (Common Procurement Vocabulary):
33140000.«

Ad påstand 11

Som anført ovenfor meddelte indklagede ved brev af 1. marts 2005 klageren, at ordren var gået til anden side.

Samme dag underrettede indklagede Danpleje A/S om, at virksomheden havde fået ordren og vedlagde rammeaftalen i underskrevet stand. Den 4. marts 2005 tilbagesendte Danpleje A/S den underskrevne rammeaftale til indklagede.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede, allerede da udbudsbekendtgørelsen blev afsendt den 26. oktober 2004, må have fastlagt den fremgangsmåde, herunder evalueringsmodel og beregningsmetoder, som indklagede ville anvende ved vurderingen af tilbudene efter underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«. I september 2004 annullerede indklagede således et udbud af sygeplejeartikler, og for det pågældende udbud var fastsat ganske de samme underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« som ved det foreliggende udbud. Underkriterierne var vægtet ens i de to udbud. Klageren har endvidere gjort gældende, at indklagede efter det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip har haft pligt til i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne at fastsætte fremgangsmåden for vurderingen af tilbudene efter underkriterierne. Det følger således af EF-domstolens dom af 12. december 2002 i sag C 470/99, *Universale-Bau AG*, præmis 100, at Bygge- og anlægsgenotivet skal fortolkes således, at den ordregivende myndighed, såfremt den i forbindelse med et begrænset udbud på forhånd har fastsat reglerne for afvejning af kriterierne for udvælgelse af de ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive bud, er forpligtet til at angive disse i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede efter de EU-udbudsretlige regler ikke har haft pligt til at fastsætte den fremgangsmåde, der ville blive anvendt ved vurderingen af tilbudene efter de enkelte underkriterier, i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne. Dette gælder, uanset om udbyderen har bestemt sig for anvendelsen af en bestemt evalueringsmodel forud for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne. Det følger således af Klagenævnet for udbuds kendelse af 13. januar 2004, *E. Pihl & Søn*, at fastlæggelsen af en evalueringsmodel forud for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne kun har betydning, hvis udbyderen vælger at offentliggøre evalueringsmodellen i udbudsmaterialet, idet udbyderen derved i henhold til det EU-udbuds-

retlige gennemsigtighedsprincip bliver bundet til at anvende den offentliggjorte evalueringsmodel. Indklagede har endvidere gjort gældende, at den af klageren påberåbte EF-dom ikke er relevant, idet sagen vedrørte udvælgelsesprocessen og ikke tildelingsprocessen, og idet dommen blev afsagt før den nævnte kendelse af 13. januar 2004.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at modellen for evaluering af tilbudene efter underkriteriet »Pris« ikke har ført til et objektivt og sagligt resultat, som afspejler underkriteriets vægt på 70 %. Der burde således have været en langt større spredning i pointtildelingen efter underkriteriet »Pris«. Modellen for evaluering af tilbudene efter underkriteriet »Pris« er uigennemsigtig, idet indklagede i udbudsbetingelserne har undladt at fastsætte, hvordan de enkelte produktgrupper ville blive vægtet ved evalueringen af tilbudene efter underkriteriet »Pris«.

Indklagede har gjort gældende, at modellen for evaluering af tilbudene efter underkriteriet »Pris« er lovlig og saglig, og at den ringe spredning i pointtildelingen ved vurderingen af tilbudene efter underkriteriet »Pris« skyldes, at tilbudenes priser lå meget tæt. Prisevalueringen blev foretaget ved at sammenholde prisen på sammenlignelige produkter inden for de produktkategorier, der fremgik af udbudsmaterialet. Prisen blev herefter vægtet i forhold til den hyppighed, hvormed vedkommende produkt anvendes af indklagede. Klageren, hvis pris var lavest, fik de maksimale 70 point, og de øvrige tilbudsgivere fik tildelt point, således at der blev fratrukket 0,7 point for hver procent, hvormed deres pris oversteg klagerens pris.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at det af udbudsbekendtgørelsen af 26. oktober 2004 fremgår, at virksomhederne skulle fremsende generelle oplysninger om bl.a. uddannelsesmæssige/faglige kvalifikationer sammen med anmodningen om deltagelse i udbudet. Da indklagede sendte udbudsbetingelserne til virksomhederne, må indklagede have vurderet, at virksomhederne havde de fornødne faglige kvalifikationer. Indklagede har på den baggrund handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte »Service, herunder sygeplejefaglig assistance«

som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, da indklagede allerede ved prækvalifikationen foretog en vurdering af tilbudsgivernes uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer.

Indklagede har bestridt, at »Service, herunder sygeplejefaglig assistance« er anvendt som et kriterium for kvalitativ udvælgelse ved prækvalifikationen. Dette fremgår ved at sammenholde udbudsbekendtgørelsen og anmodningerne om deltagelse i udbudet med udbudsbetingelserne og tilbudene. I udbudsbekendtgørelsen er fastsat, at der skal gives generelle oplysninger om bl.a. uddannelsesmæssige/faglige kvalifikationer. Ved prækvalifikationen har indklagede vurderet de generelle oplysninger om uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer, som virksomhederne har anført i deres anmodninger om deltagelse i udbudet. I udbudsbetingelserne er fastsat krav til bl.a. service, og ved vurderingen af tilbudene efter underkriteriet »Service, herunder sygeplejefaglig assistance« bedømte indklagede den service og sygeplejefaglig assistance ved den konkrete levering, som var indeholdt i tilbudet. Der er således ikke foretaget den samme vurdering af tilbudene efter underkriteriet »Service, herunder sygeplejefaglig assistance« som ved prækvalifikationen. Indklagede har endvidere gjort gældende, at indklagede lovligt har kunnet fastsætte »Service, herunder sygeplejefaglig assistance« som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk meste fordelagtige bud«. Det fremgår således udtrykkeligt af Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 1, litra b, at den ordregivende myndighed kan lægge vægt på »kundeservice«, når tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige bud«. For så vidt angår sygeplejefaglig assistance fremgår det endvidere af Retten i Første Instans dom af 25. februar 2003 i sag T-4/01, Renco SpA mod Rådet, navnlig præmis 68 og 69, at den ordregivende myndighed kan lægge vægt på de evner, som besiddes af de medarbejdere, som en tilbudsgiver konkret tilbyder til løsning af en bestemt opgave.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at det ikke er sagligt begrundet, at tilbudene fra Danpleje A/S og klageren blev tildelt henholdsvis 20 og 16 point ved vurderingen af tilbudene efter underkriteriet »Service, herunder sygeplejefaglig assistance«. For så vidt angår adgangen til aftenkonsultation har klageren gjort gældende, at der efter klagerens erfaring ikke er behov for konsulentbistand i aftentimerne, og at det derfor er usagligt at lægge vægt

på, om der kan ydes en sådan bistand i aften timerne uden forudgående aftale. Dertil kommer, at indklagede ikke har defineret, hvad der præcist skal forstås ved »aften timerne«. Indklagede har således ikke vurderet tilbudene sagligt. For så vidt angår omfanget af sygeplejefaglig assistance har klageren gjort gældende, at indklagede ikke nærmere har præciseret, at der ved »sygeplejefaglig assistance« skal forstås som assistance fra en person, der som minimum er uddannet sygeplejerske. Indklagede har heller ikke dokumenteret eller sandsynliggjort, at konsulentbistand ikke skulle kunne ydes af en person med sygehjælperuddannelse. Dertil kommer, at omfanget af sygeplejefaglig assistance ifølge klagerens tilbud var høj, idet der blev tilbudt en sådan assistance gennem klagerens kundeserviceafdeling samt af både klagerens sygeplejerske i området og klagerens distriktschef. Til sammenligning indeholdt tilbudet fra Danpleje A/S kun sygeplejefaglig assistance fra én enkelt person.

Indklagede har gjort gældende, at ordregivende myndigheder ved afgørelsen af, hvilket bud der er det økonomisk mest fordelagtige, er berettiget til at udøve et skøn, der ikke skal efterprøves i alle enkeltheder. Ved vurderingen af tilbudene efter underkriteriet »Service, herunder sygeplejefaglig assistance« blev tilbudet fra Danpleje A/S tildelt 20 point og klagerens tilbud 16 point, fordi indklagede fandt, at tilbudet fra Danpleje A/S var bedre end klagerens tilbud med hensyn til adgangen til aftenkonsultation og omfanget af sygeplejefaglig assistance. For så vidt angår adgangen til aftenkonsultation havde Danpleje A/S således anført i sit tilbud, at kunder i dag- og aften timer telefonisk kan kontakte salgskonsulent, sygeplejerske Pia Jensen, mens klageren i sit tilbud havde anført, at udbudsbetingelsernes afsnit om service er accepteret, idet eventuel konsulentbistand i aften timer dog skal aftales på forhånd. Indklagede vurderede på den baggrund, at klagerens tilbud var mindre fleksibelt end tilbudet fra Danpleje A/S. For så vidt angår omfanget af sygeplejefaglig assistance fremgår det af tilbudet fra Danpleje A/S, at salgskonsulent, sygeplejerske Pia Jensen, ville blive tilknyttet samtlige kommuner, der er omfattet af udbudet. Ifølge klagerens tilbud vil distriktschef Niels Chr. Nielsen blive tilknyttet nogle kommuner, og salgskonsulent, sygeplejerske Christel Prein andre kommuner. Sygeplejefaglig assistance omfatter i fagsproget assistance fra en person, der som minimum er uddannet sygeplejerske. Da Niels Chr. Nielsen er sygehjælperuddannet, vil en række kommuner efter klagerens tilbud ikke få tilknyttet en konsulent med sygeplejefaglig ud-

dannelse, og klagerens tilbud blev derfor vurderet som ringere end tilbudet fra Danpleje A/S.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at det ikke er sagligt begrundet, at der blev tildelt tilbudene fra Danpleje A/S og klageren henholdsvis 5 og 4 point ved vurderingen af tilbudene efter underkriteriet »Leverings- og bestillings-systemer«. I udbudsbetingelserne er således ikke fastsat, at der ville blive lagt vægt på leveringstiden, og der er i øvrigt ingen praktisk forskel på leveringstiden ifølge de to tilbud. Danpleje A/S har ikke garanteret dag-til-dag levering, men kun at varerne vil blive afsendt samme dag, hvis bestilling modtages inden kl. 12.00.

Indklagede har anført, at indklagede ved vurderingen af tilbudene efter underkriteriet »Leverings- og bestillingssystem« har tildelt klagerens tilbud og tilbudet fra Danpleje A/S forskellige point, idet indklagede fandt, at tilbudet fra Danpleje A/S var bedre end klagerens tilbud for så vidt angår leveringstid. Det fremgår klart af udbudsbetingelserne, at der ved vurderingen vil blive lagt vægt på leveringstid, og alle tilbudsgiverne har da også oplyst deres leveringstid i tilbudene. Det er således anført i klagerens tilbud, at leveringer til institutioner kan ske normalt 1-2 arbejdsdage fra ordremodtagelse og i hastetilfælde afsendes samme dag, forudsat at bestilling er modtaget inden kl. 12.00. Ifølge tilbudet fra Danpleje A/S har Danpleje A/S dag-til-dag levering, således at ordren afsendes samme dag, den modtages, hvis bestillingen er modtaget inden kl. 12.00 – i praksis inden kl. 14.00. På den baggrund har indklagede vurderet, at klagerens generelle leveringstid var levering 1-2 dage fra ordremodtagelse, mens Danpleje A/S' generelle leveringstid var dag-til-dag levering.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at de »Generelle spørgsmål« i »Miljø- og arbejdsmiljøspørgeskema – Sygeplejeartikler 2004« vedrører virksomhedens miljøprofil og de »Generelle arbejdsmiljøspørgsmål« virksomhedens arbejdsmiljømæssige profil. »Miljø- og arbejdsmiljøspørgeskema – Sygeplejeartikler 2004« indeholder elementer, der vedrører tilbudsgivernes kvalifikationer og således ikke vedrører den udbudte kontraktsgenstand. Underkriteriet »Miljø og arbejdsmiljø« er på den baggrund uegnet til at

identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, og indklagede har derfor handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 1, litra b, ved at fastsætte »Miljø og arbejdsmiljø« som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Indklagede har gjort gældende, at miljømæssige forhold er et egnet underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, da de miljømæssige forhold ved sygeplejeartiklerne, herunder emballagen, er relevante. Indklagede er enig i, at enkelte af de mere generelle spørgsmål er uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Dette er imidlertid uden betydning for vurderingen af tilbudene efter underkriteriet »Miljø og arbejdsmiljø«, idet klageren og Danpleje A/S besvarede spørgsmålene ens. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 1, litra b, ved at fastsætte »Miljø og arbejdsmiljø« som underkriterium.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 8, stk. 6, ved i udbudsbetingelserne i 6 tilfælde at have fastsat tekniske specifikationer med henvisning til bestemte fabrikater. Indklagede har således ikke sandsynliggjort, at det var umuligt at beskrive produkterne ved hjælp af tekniske specifikationer, som uden at nævne et bestemt fabrikat er tilstrækkeligt nøjagtige og forståelige for alle interesserede.

Indklagede har heroverfor anført, at der i udbudsbetingelserne kun er fastsat tekniske specifikationer med angivelse af bestemte fabrikater for 6 produkter af mere end 80 udbudte produkter, og at disse 6 produkter kun anvendes i begrænset omfang af indklagede. For så vidt angår »selvklæbende skumplader (Reston)« og »Manovette urinprøvesæt« var disse de eneste varer på markedet på tidspunktet for udfærdigelsen af udbudsbetingelserne. »Lugtfjerner R10« og »Drain-Fix« er produkter, som normalt anvendes af patienter i særlig behandling. Leveringer til sådanne patienter sker ved aftale om anvendelse af inkontinens/kateder-artikler, der har været særskilt udbudt.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at det i udbudsbetingelserne er fastsat, at der i enkelte tilfælde kan være anført navngivne produkter, og at der i sådanne tilfælde naturligvis kan tilbydes synonymprodukter/tilsvarende produkter. Denne bemærkning svarer ikke til bemærkningen »eller dermed ligestillet«, og indklagede har derfor handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 8, stk. 6.

Indklagede har gjort gældende, at bemærkningen om, at der kan tilbydes synonymprodukter/tilsvarende produkter, svarer til bemærkningen »eller dermed ligestillet«, og at indklagede derfor har fastsat de tekniske specifikationer i overensstemmelse med Indkøbsdirektivets artikel 8, stk. 6.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at det ikke fremgår af udbudsbekendtgørelsen af 26. oktober 2004, at der er en option på forlængelse i et år. Kontraktens varighed er i udbudsbekendtgørelsen angivet med startdato den 1. marts 2005 og slutdato den 31. december 2006. I udbudsbetingelserne er derimod fastsat, at der forventes indgået en aftale for perioden fra den 1. marts 2005 til den 31. december 2006, og at der, hvis de nye kommunestrukturer ikke medfører ændring i indkøbssamarbejdet, ønskes mulighed for forlængelse af aftalen med yderligere 1 år. Indklagede har således handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 9, stk. 4, det EU-udbudsretlige gennemsigthedsprincip og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at udvide kontraktperioden for den udbudte kontrakt efter offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen. Klageren har henvist til Klagenævnets kendelse af 7. juni 1996, Det Danske Handelskammer mod Horsens Kommune.

Indklagede har erkendt, at optionen på forlængelse skulle have været anført i udbudsbekendtgørelsen.

Ad påstand 10

Klageren har gjort gældende, at det ikke fremgår af udbudsbekendtgørelsen af 26. oktober 2004 punkt II.1.6., at kontraktens genstand omfatter tjenesteydelserne konsulentbistand og uddannelse, og at der i udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.8.1. kun er henvist til CPV-koden 33140000,

der er specificeret som »Medicinske forbrugsvarer af ikke-kemisk natur og hæmatologiske forbrugsvarer«. Det er fastsat i udbudsbetingelserne, at kontraktens genstand omfatter tjenesteydelser, herunder konsulentbistand og uddannelse. Det fremgår endvidere af de underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, der er fastsat i udbudsbetingelserne, og vurderingen af tilbudene, at indklagede har lagt vægt på de tjenesteydelser, der er omfattet af tilbudene. Indklagede har således handlet i strid med Indkøbsdirektivet, det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved efter offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen at udvide kontraktsgenstanden.

Indklagede har gjort gældende, at det er i overensstemmelse med branchens sædvanlige praksis, at levering af sygeplejeartikler omfatter de tjenesteydelser, der er fastsat i udbudsbetingelserne. Det bestrides derfor, at indklagede skulle have handlet i strid med Indkøbsdirektivet.

Ad påstand 11

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved brev af 1. marts 2005 har meddelt klageren, at ordren var gået til anden side, og at indklagede ved brev ligededes af 1. marts 2005 har fremsendt en rammeaftale, som er underskrevet af indklagede den samme dag, til Danpleje A/S. Ved denne fremgangsmåde har indklagede gjort det praktisk umuligt for klageren at hindre indklagede i at indgå kontrakt med Danpleje A/S ved at indgive klage til Klagenævnet med anmodning om, at klagen blev tillagt opsættende virkning efter lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2. Efter kontraktsindgåelsen kan Klagenævnet således ikke bringe overtrædelsen af EU-udbudsreglerne effektivt til ophør, da Klagenævnet kun kan annullere en ulovlig tildelingsbeslutning, men ikke en indgået kontrakt. Ved at undlade at underrette klageren om tildelingsbeslutningen inden kontraktindgåelsen og at sikre sig, at der forløb et passende tidsrum fra meddelelsen om tildelingsbeslutningen til kontraktindgåelsen, har indklagede handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om effektivitet og ligebehandling som EF-domstolen har fastslået i sin praksis, navnlig i kendelse af 9. april 2003 i sag C-424/01, CS Communications & Systems Austria GmbH mod Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, og EF-domstolens dom af 24. juni 2004 i sag C-212/02, Kommissionen mod Østrig, især præmis 21 og 23.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede i overensstemmelse med cirkulæreskrivelse nr. 149 af 19. december 2003 om samtidig underretning af ansøgere og tilbudsgivere ved breve af 1. marts 2005 har underrettet alle tilbudsgivere om tildelingsbeslutningen samtidigt. Det bestrides, at indklagede har indgået kontrakt med Danpleje A/S samtidigt med underretningen af tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen. Indklagede bestrider endvidere, at den valgte fremgangsmåde har afskåret klageren fra at påberåbe sig foreløbige forholdsregler, da klageren som fastslået ved flere kendelser afsagt af klagenævnet efter dansk ret ikke er forhindret i at nedlægge påstand om annulation af tildelingsbeslutningen efter kontraktindgåelsen. Den af klageren påberåbte EF-dom af 24. juni 2004 i sag C-212/02 skal fortolkes i overensstemmelse med dommens præmis 14, hvoraf det fremgår, at de nationale bestemmelser, som fandt anvendelse, medførte, at enhver mulighed for at anlægge sag om annulation af beslutningen om tildeling af kontrakten var udelukket.

Ad påstand 12

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved en saglig vurdering af tilbudene efter de enkelte underkriterier skulle have tildelt klageren et højere pointtal og konstateret, at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige bud. Indklagede har derfor handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 1, litra b, ved at beslutte at indgå kontrakt med Danpleje A/S.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede efter bedømmelsen af tilbudene kunne konstatere, at Danpleje A/S havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at indklagede på dette grundlag besluttede at indgå kontrakt med denne tilbudsgiver.

Ad påstand 13

Klageren har gjort gældende, at indklagedes beslutning af 1. marts 2005 om at indgå kontrakt med Danpleje A/S indebærer en væsentlig overtrædelse af de EU-udbudsretlige regler, idet indklagede som anført ovenfor ad påstand 1-13 har handlet i strid med Indkøbsdirektivet samt de EU-udbudsretlige gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincipper ved gennemførelsen af udbudet. Klagenævnet skal derfor annullere indklagedes beslutning af 1. marts 2005 om at indgå kontrakten.

Indklagede har i første række gjort gældende, at indklagede som anført ad påstand 1-13 ikke har handlet i strid med de EU-udbudsretlige regler, Klagenævnet har derfor ikke grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Danpleje A/S. Indklagede har i anden række gjort gældende, at Klagenævnet – hvis det antages, at indklagede har handlet i strid med de EU-udbudsretlige regler – ikke har grundlag for at annullere beslutningen om at indgå kontrakt, da overtrædelserne ikke er væsentlige.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagede har i udbudsbetingelserne fastsat 4 underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, og indklagede har i udbudsbetingelserne vægtet de 4 underkriterier. Indklagede har derved overholdt bestemmelsen i Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 1, litra b, og stk. 2.

Det er ikke foreskrevet i Indkøbsdirektivet eller i øvrigt i EU-udbudsretten, at udbyderen i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne skal fastsætte den fremgangsmåde, herunder evalueringsmodeller eller beregningsmetoder, som vil blive anvendt ved vurderingen af tilbudene efter underkriterierne. Indklagede har derfor ikke haft pligt til i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne at fastsætte fremgangsmåden for vurderingen af tilbudene efter underkriterierne.

Det, EF-domstolen har fastslået ved dom af 12. december 2002 i sag C 470/99, Universale-Bau AG, kan ikke føre til et andet resultat.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Efter en gennemgang af sagens bilag H (»Skema 2: oversigt over udvalgte priser på sygeplejeprodukter udbud 2005«), der er undtaget fra aktindsigt,

finder Klagenævnet, at indklagede ikke har godtgjort, at de foretagne beregninger fører til et retvisende og sagligt resultat. Klagenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at vægningen af de enkelte produktgrupper, herunder ved beregning af posten »Pris pr. stk. vægtet i forhold til pris«, er gennemført på en i EU-udbudsretlig forstand uigennemsigtig måde.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 3

I udbudsbekendtgørelsen af 26. oktober 2004 punkt III.2.1. er fastsat, at virksomhederne skal meddele generelle oplysninger om bl.a. uddannelsesmæssige/faglige kvalifikationer sammen med deltagelsesanmodningen.

I udbudsbetingelserne er »Service, herunder sygeplejefaglig assistance« fastsat som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Indklagede har således anvendt faglige kvalifikationer både som et kriterium for kvalitativ udvælgelse ved prækvalifikationen og som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Det er efter EU-udbudsreglerne ikke udelukket, at et forhold, som i udbudsbekendtgørelsen er fastsat som en kvalifikationsbetingelse ved prækvalifikationen, efter sin beskaffenhed kan fungere både som en minimumsbetingelse, der skal være opfyldt, for at en virksomhed kan prækvalificeres, og tillige i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne kan fastsættes som et af flere underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, således at det efterfølgende lovligt kan anvendes som underkriterium ved beslutningen om, hvilket tilbud der skal antages. Dette forudsætter imidlertid, at det pågældende forhold efter sit indhold – ud over at være egnet til at udskille virksomheder, som ikke skal prækvalificeres – på grund af beskaffenheden af den vare, der skal indkøbes, tillige er egnet til at kvalificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Efter de oplysninger, der er forelagt Klagenævnet om det anførte spørgsmål, tages påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Det er anført i klagerens tilbud, at eventuel konsulentbistand i aften-timer skal aftales på forhånd, medens det af tilbudet fra Danpleje A/S fremgår, at kunder i dag- og aften-timer telefonisk kan kontakte en sygeplejerske - uddannet salgskonsulent. Indklagede har på den baggrund haft grundlag for at vurdere tilbudet fra Danpleje A/S således, at konsulentbistand i aften-timerne kunne ydes uden forudgående aftale.

Det er anført i klagerens tilbud, at der i Kundeserviceafdelingen er ansat medarbejdere med sygeplejemæssig baggrund og specialviden om sygeplejeartikler, som har til opgave dels at vejlede om produktindkøb og dels at være behjælpelige med personlig rådgivning og neutral produkt-vejledning. Det fremgår, at distriktschef Niels Chr. Nielsen, der er syge-hjælperuddannet, og salgskonsulent, sygeplejerske Christel Prein vil være tilknyttet som faste konsulenter, hver med ansvar for forskellige kommuner, der er omfattet af udbudet. Indklagede har på denne baggrund haft grundlag for at vurdere klagerens tilbud således, at nogle kommuner udelukkende vil få den sygehjælperuddannede distriktschef tilknyttet som konsulent. Derudover vil samtlige kommuner have mulighed for at kontakte klagerens Kundeserviceafdeling.

Af tilbudet fra Danpleje A/S fremgår, at salgskonsulent, sygeplejerske Pia Jensen vil blive tilknyttet samtlige kommuner, der er omfattet af udbudet, ligesom samtlige kommuner vil kunne rette henvendelse til kundeservice hos Danpleje A/S.

Efter det oplyste om klagerens tilbud og tilbudet fra Danpleje A/S har Klagenævnet ikke grundlag for at fastslå, at den pointtildeling, som indklagedes vurdering af tilbudene efter underkriteriet »Service, herunder sygeplejefaglig assistance« resulterede i, indebærer en overtrædelse af EU-udbudsreglerne.

Indklagedes vurdering af det økonomisk mest fordelagtige bud beror således på et skøn, og Klagenævnet finder det godtgjort, at indklagede ved vurderingen af tilbudene efter underkriteriet »Service, herunder sygeplejefaglig assistance« har tillagt det betydning til skade for klageren, at konsulentbistand i aften-timerne efter klagerens tilbud krævede forudgående

aftale, og at flere kommuner ville få tilknyttet en konsulent uden sygeplejerskeuddannelse.

Klagenævnet finder ikke grundlag for at fastslå, at indklagede ved vurderingen af tilbudene efter underkriteriet »Service, herunder sygeplejefaglig assistance« har forfulgt usaglige hensyn. Klagenævnet skal tværtimod bemærke, at det i den foreliggende sag må anses for sagligt at lægge vægt på konsulenternes faglige kvalifikationer, herunder uddannelsesmæssige baggrund, idet kontraktsgenstanden udover indkøb af sygeplejeartikler omfatter tjenesteydelserne konsulentbistand og uddannelse. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

Det er anført i klagerens tilbud, at levering til institutioner kan ske normalt 1-2 arbejdsdage efter ordremodtagelse, og at leverancen kun i hastetilfælde kan afsendes samme dag, forudsat at bestilling er modtaget inden kl. 12.00. Ifølge tilbudet fra Danpleje A/S har denne tilbudsgiver derimod dag-til-dag levering, således at ordren afsendes samme dag, ordren modtages, hvis bestillingen er modtaget inden kl. 12.00 – i praksis inden kl. 14.00.

Efter det oplyste om klagerens tilbud og tilbudet fra Danpleje A/S har Klagenævnet herefter ikke grundlag for at fastslå, at den pointtildeling, som indklagedes vurdering af tilbudene efter underkriteriet »Leverings- og bestillingssystemer« resulterede i, indebærer en overtrædelse af EU-udbudsreglerne.

Klagenævnet finder, at indklagede ved vurderingen af tilbudene efter underkriteriet »Leverings- og bestillingssystemer« har haft et tilstrækkeligt sagligt grundlag for at tillægge det betydning til skade for klageren, at klagerens generelle leveringstid var levering 1-2 dage efter ordremodtagelse.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 6

Det er en betingelse for at fastsætte et forhold som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, jf. Indkøbs-

direktivets artikel 26, stk. 1, litra b, at det pågældende forhold er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

I udbudsbetingelserne er »Miljø og arbejdsmiljø« fastsat som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, ligesom det er fastsat, at tilbudsgiverne skal besvare »Miljø- og arbejdsmiljøspørgeskema – Sygeplejeartikler 2004«, der indeholder 4 »Generelle spørgsmål«, 4 »Generelle arbejdsmiljøspørgsmål«, 5 spørgsmål om »Emballage« samt 9 spørgsmål om »Produkt«.

Klagenævnet finder, at »Miljø og arbejdsmiljø« i det foreliggende tilfælde er uegnet til at kvalificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet de fleste af de »Generelle spørgsmål« og de »Generelle arbejdsmiljøspørgsmål« udelukkende vedrører tilbudsgivernes forhold og ikke egenskaber ved den udbudte kontraktsgenstand.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 7

Tekniske specifikationer i et udbudsmateriale, der nævner produkter af et bestemt fabrikat, er efter Indkøbsdirektivets artikel 8, stk. 6, alene tilladt i tilfælde, hvor det – undtagelsesvis – ikke er muligt for den ordregivende myndighed at beskrive kontraktens genstand ved hjælp af specifikationer, der er tilstrækkeligt nøjagtige og forståelige for alle berørte parter.

Ved indklagedes udbud af sygeplejeartikler er flere produkter beskrevet med henvisning til referenceprodukter. Indklagede har i udbudsbetingelserne fastsat, at der i enkelte tilfælde kan være anført navngivne produkter, og at der i disse tilfælde kan tilbydes synonymprodukter/tilsvarende produkter. Denne indledende generelle bemærkning fritager imidlertid ikke indklagede for i hvert enkelt tilfælde at overveje, om kontraktsgenstanden kunne beskrives tilstrækkeligt nøjagtigt og forståeligt uden henvisning til referenceprodukter.

Indklagede har ikke givet en konkret begrundelse for, hvorfor det var umuligt at beskrive de 6 produkter uden at henvise til referenceprodukter. Indklagede har således – hvad indklagede har erkendt under den mundtlige forhandling - ikke godtgjort, at det var udelukket at beskrive

kontraktsgenstanden ved hjælp af specifikationer, som var tilstrækkeligt nøjagtige og forståelige for alle interesserede. Der findes herved at være handlet i strid med Indkøbsdirektivet.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 9

Efter det oplyste lægger Klagenævnet til grund, at indklagede på tidspunktet for udbudsbekendtgørelsens udarbejdelse havde besluttet, at der skulle være mulighed for forlængelse i et år, og at denne option på forlængelse i et år ikke blev angivet i udbudsbekendtgørelsen. Indklagede har under den mundtlige forhandling erkendt, at dette beror på en fejl.

Bekendtgørelserne skal udformes i overensstemmelse med modellerne i bilag IV og skal indeholde de deri krævede oplysninger, jf. Indkøbsdirektivets artikel 9, stk. 4, 1. pkt. Det er fastsat i bilag IV »Udbudsbekendtgørelse« punkt II.2.1., at den ordregivende myndighed skal oplyse »Samlet mængde eller omfang (i givet fald inklusiv alle delaftaler og optioner)«, og i punkt II.2.2., at den ordregivende myndighed skal oplyse »Optioner (i givet fald). Angiv, hvornår de kan gøres gældende (hvis dette er muligt)«.

Indklagede har herefter handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 9, stk. 4, 1. pkt., ved at undlade at anføre muligheden for forlængelse af aftalen i udbudsbekendtgørelse af 26. oktober 2004.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 10

Efter det oplyste lægger Klagenævnet til grund, at indklagede på tidspunktet for udbudsbekendtgørelsens udarbejdelse havde besluttet, at kontraktens genstand skulle omfatte tjenesteydelser, herunder konsulentbistand og uddannelse.

Sådanne bekendtgørelser skal udformes i overensstemmelse med modellerne i bilag IV og skal indeholde de deri krævede oplysninger, jf. Indkøbsdirektivets artikel 9, stk. 4, 1. pkt. Det fremgår af bilag IV »Ud-

budsbekendtgørelse« punkt II.1.8.1., at den ordregivende myndighed skal oplyse »Beskrivelse/kontraktens genstand«. Det er endvidere fastsat i bilag IV »Udbudsbekendtgørelse« punkt II.1.6., at den ordregivende myndighed kan oplyse »CPV-klassifikation (Common Procurement Vocabulary)«, idet punkt II.1.8.1. med en stjerne er markeret som et »Ikke-uundværligt felt med henblik på offentliggørelse«.

Klagenævnet finder, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 9, stk. 4, 1. pkt., ved i udbudsbekendtgørelsen af 26. oktober 2004 punkt II.1.6. at undlade at anføre, at kontraktgenstanden omfatter tjenesteydelserne konsulentbistand og uddannelse. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at en præcis beskrivelse af kontraktens genstand er afgørende for, at virksomheder kan afgøre, om de vil deltage i udbuddet, at det ikke er en uvæsentlig oplysning, at kontraktgenstanden omfatter tjenesteydelserne konsulentbistand og uddannelse, samt at indklagede uden vanskeligheder kort og præcist kunne angive, at kontraktgenstanden omfatter tjenesteydelserne konsulentbistand og uddannelse.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 11

Indklagede meddelte ved breve af 1. marts 2005 de tilbudsgivere, hvis tilbud ikke blev antaget, at ordren var gået til anden side. Indklagede fremsendte endvidere ved brev af 1. marts 2005 en rammeaftale, som er underskrevet af indklagede samme dag, til Danpleje A/S.

Klagenævnet for Udbud finder, at indklagede i hvert fald ved samme dag både at fremsende underskrevet kontrakt til Danpleje A/S og at underrette de forbigåede tilbudsgivere om tildelingensbeslutningen har tilsidesat de EU-udbudsretlige principper om ligebehandling og effektivitet.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 12

Efter det oplyste, herunder navnlig det, der er anført ad påstand 2, finder Klagenævnet, at indklagede ikke har godtgjort, at tilbudet fra Danpleje A/S var det økonomisk mest fordelagtige bud. Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 13

Klagenævnet for Udbud finder, at de konstaterede overtrædelser af Indkøbsdirektivet m.v. – hverken bedømt enkeltvis eller samlet – har en sådan karakter, at Klagenævnet har grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Danpleje A/S.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7, og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved vurderingen af tilbudene efter underkriterium »Pris« at have tildelt tilbudene fra Abena A/S og Danpleje A/S 69 point, uanset at disse tilbudsgiveres tilbud skulle være tildelt et lavere pointtal.

Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte »Miljø og arbejdsmiljø« som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, uanset at kriteriet »Miljø og arbejdsmiljø« er et kriterium for kvalitativ udvælgelse.

Ad påstand 7

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 8, stk. 6, ved i udbudsbetingelserne at fastsætte tekniske specifikationer, der nævner varer af et bestemt fabrikat, uanset at indklagede havde mulighed for at beskrive kontraktsgenstanden ved hjælp af specifikationer, som uden at nævne varer af et bestemt fabrikat var tilstrækkeligt nøjagtige og forståelige for alle interesserede.

Ad påstand 9

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 9, stk. 4, og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i udbudsbetingelsernes »Kravspecifikation« side 11 at fastsætte, at der var mulighed for for-

længelse i yderligere et år, uanset at dette ikke var anført i udbudsbekendtgørelsen af 26. oktober 2004 punkt II.2.1., punkt II.2.2. og punkt III.3.

Ad påstand 10

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 9, stk. 4, og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at fastsætte i udbudsbetingelsernes »Kravspecifikation« side 5-6, at kontrakten omfatter tjenesteydelserne konsulentbistand og uddannelse, uanset at det i udbudsbekendtgørelsen af 26. oktober 2004 punkt II.1.6. og punkt II.1.8.1. ikke er anført, at kontrakten omfatter tjenesteydelser.

Ad påstand 11

Indklagede har handlet i strid med de EU-udbudsretlige principper om ligebehandling og effektivitet ved den 1. marts 2005 både at underskrive og fremsende kontrakt til Danpleje A/S og at underrette de tilbudsgivere, hvis tilbud ikke blev antaget, om tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 12

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 1, litra b, ved den 1. marts 2005 at beslutte at indgå kontrakt med Danpleje A/S, uanset at denne tilbudsgiver ikke havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud.

De indklagede, Kolding Kommune, Christianfeldt Kommune, Gram Kommune, Haderslev Kommune, Hedensted Kommune, Juelsminde Kommune, Kolding Kommune, Lunderskov Kommune, Nørre-Rangstrup Kommune, Rødding Kommune, Vejen Kommune, Vejle Kommune og Vojens Kommune, skal in solidum i sagsomkostninger til klageren, Kirudan A/S, betale 60.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1, 3, 4, 5 og 13.

Klagegebyret tilbagetales.

Erik Kjærgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig