

K E N D E L S E

Novartis Healthcare A/S
(advokat Gitte Holtsø, København)

mod

Hovedstadens Sygehusfællesskab
(advokat Henning Biil, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 7. oktober 2005 udbød Hovedstadens Sygehusfællesskab som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbs-kontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EU-udbudsdirektivet) rammeaftaler om levering af ernæringspræparater, sondeernæring og utensilier (dvs. sonder mv.).

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 1. december 2005 var der indkommet tilbud fra

1. Nutricia A/S
2. Novartis Healthcare A/S
3. Fresenius Kabi AB
4. Tyco Healthcare Denmark A/S
5. Unomedical A/S
6. Bard Denmark AB

Udbuddet omfattede leverancer inden for 73 forskellige kategorier af varer, benævnt positioner. Den 24. marts 2006 indgik indklagede kontrakt med 1. Nutricia A/S (Nutricia) vedrørende positionerne 1-59, og den 27. marts 2003 indgik indklagede kontrakt med 5. Unomedical A/S vedrørende positionerne 61-70. Sagen angår kun indklagedes tildelingsbeslutning vedrørende Nutricia og indgåelsen af kontrakt med denne tilbudsgiver.

Den 27. marts 2006 indgav klageren, 2. Novartis Healthcare A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Hovedstadens Sygehusfællesskab. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 10. april 2006 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på møder den 31. august og 11. september 2006.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU's udbudsregler om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 2 samt artikel 53, stk. 1, a ved at have vurderet de indkomne tilbud i henhold til underkriterier, som ikke stemmer overens med de i udbudsbetingelserne i punkt 4 angivne underkriterier.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de i påstand 1 nævnte regler ved at have vurderet tilbuddene på grundlag af nogle ikke nærmere angivne faglige aspekter over for nogle ikke nærmere angivne økonomiske aspekter, selvom disse kriterier ikke var egnede til at danne grundlag for valg af det økonomisk mest fordelagtige bud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de i påstand 1 nævnte regler ved at have tildelt ordren til Nutricia på grundlag af denne tilbudsgivers evne til at opfylde kravspecifikationerne og af logistiske hensyn.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de i påstand 1 nævnte regler ved at have valgt det tilbud, som blev anset for at være »det mest fordelagtige tilbud«.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU's udbudsregler og Udbudsdirektivets artikel 41 ved at have meddelt klager en begrundelse for, at dennes tilbud ikke blev antaget, som ikke stemmer overens med indklagedes begrundelse som angivet i beslutningsreferat af 2. februar 2006.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de i påstand 1 nævnte regler ved ikke i udbudsbetingelserne at have givet en klar beskrivelse af, hvad der sigtedes til med underkriterierne pris, kvalitet, funktionalitet og service.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU's udbudsregler om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 44 ved ikke at have foretaget en egnethedsundersøgelse af tilbudsgiverne i overensstemmelse med kriterierne og økonomisk og finansiel formåen, faglig og teknisk viden eller evne som omhandlet i Udbudsdirektivets artikel 47-52.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU's udbudsregler og Udbudsdirektivets artikel 24 ved i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne at have angivet at tillade alternative tilbud, men ved dernæst at undlade i udbudsbetingelserne at angive, hvilke mindstekrav alternative tilbud skulle opfylde.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU's udbudsregler om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 2 ved at udforme udbudsbetingelserne på en måde, der gjorde dem uegnede til at danne grundlag for et udbud, idet

- a. det i udbudsbetingelserne var anført, at der kunne afgives tilbud på hele leverancen eller dele deraf, uden at der var fastsat en nærmere afgrænsning heraf, og at indklagede derudover kunne vælge en leverandør til enkelte positioner,
- b. udbudsbetingelserne ikke indeholdt kontrakt eller udkast til kontrakt
- c. udbudsbetingelserne ikke opstillede angivelserne af følgende emner systematisk og hver for sig: den procedure, der ville blive fulgt, hvad til-

buddene skulle indeholde, kravspecifikationer, udvælgelseskriterier, tildelingskriterier og kontraktvilkår.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt de i påstand 9 nævnte regler ved som følge af det i påstand 9, a. anførte at have sammenlignet tilbud, der reelt ikke var sammenlignelige.

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt de i påstand 9 nævnte regler ved at vurdere tilbuddene med hensyn til alle delleverancer under ét.

Påstand 12

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige forhandlingsforbud ved først at udfærdige kontrakt efter udbuddets afslutning.

Påstand 13

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Nutricia.

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

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

I udbudsbekendtgørelsen var bl.a. anført:

»II.1.10) Vil varianter blive taget i betragtning:

Ja.«

I udbudsbetingelserne var bl.a. anført:

»4. Tildelingskriterier (Tilbudsvurdering)

Valg af leverandør sker efter følgende kriterier:

Det/de for køber økonomisk mest fordelagtige tilbud bedømt ud fra

1. Pris 45-50 %
2. Kvalitet 25-30 %
3. Funktionalitet 10-20 %
4. Service 5-15 %

5. Varer og kvantum

Sondeernæring, ernæringstilskud, sonder, ernæringssæt m.v. i henhold til tilbudslisten, jf. bilag 2.

...

Såfremt der tilbydes alternative produkter, skal der gives samme oplysninger i samme form som for øvrige produkter.

...

Der kan afgives tilbud på hele leverancen eller dele heraf. Tilsvarende forbeholder køber sig ret til at kunne dele den samlede leverance på flere tilbudsgivere, samt eventuelt udpege flere tilbudsgivere pr. position. Det skal tydeligt fremgå af Deres tilbud, på hvilken måde en deling af leverancen eventuelt kan få indflydelse på Deres tilbud.

...

6. Produktegenskaber

...

De tilbudte produkter skal til enhver tid opfylde de gældende standarder på området samt vedlagte kravspecifikation, jf. bilag 5.

...

Tilbudslisten, bilag 2 bedes suppleret med evt. yderligere smagsvarianter, der kan tilbydes inden for ernæringsdrikke samt yderligere varianter af sonder inden for sondeernæring...

...

6. 10 Ernæringspumper

Vilkår for lån af pumperne skal fremgå af tilbudet...

Såfremt der for ordregiver er udgifter forbundet med ovennævnte ydelser, skal de prissættes af tilbudsgiver i tilbudet.

...

7. 1 Konsulentbistand

Der vil blive lagt vægt på, at leverandøren kan tilbyde tilstrækkelig kvalificeret konsulentbistand...

...

7. 2 Undervisning

Tilbudet skal omfatte oplysning om tilbudsgivers mulighed og betingelser for undervisning i procedurer og produktanvendelse,

...

8. Pris

...

Tilbudspriser...ønskes opgivet som nettopriser...

Hvis en deling af leverancen vil få indflydelse på de tilbudte priser, skal dette oplyses.

...

13. Særlige ydelser

Det bedes oplyst, i hvilket omfang der i de tilbudte priser er inkluderet udstyr, service, uddannelse, rejser til kongresser og kurser og/eller rejser i forbindelse med træning i brugen af de tilbudte produkter.

Værdien af de enkelte særlige ydelser skal prissættes.

...

21. Udvælgelseskriterier (Leverandørvurdering):

...

Retlig situation

- Oplysninger om tilbudsgivers selskabsform og ejerskab
- Lovpligtig tro og love erklæring vedrørende ubetalt, forfalden gæld til det offentlige.
- Serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen...
- Seneste afsluttede årsregnskab...
- Erklæring vedrørende virksomhedens økonomiske og finansielle formåen...
- Oplysninger om relevante forsikringer...
- Samlet årsomsætning af de omfattede og tilsvarende produkter...

Teknisk kapacitet

- Virksomhedsprofil...
- Evt. referencelister...
- Beskrivelse af virksomhedens kvalitetssikring...

I udbudsbetingelserne indgik forskellige bilag, bl.a. som bilag 2 en tilbudsliste med forskellige rubrikker for hver position.

Som bilag 5 indgik i udbudsbetingelserne et dokument med overskriften »Faglig kravspecifikation«. Dette bilag indeholdt forskellige beskrivelser af de udbudte leverancer. Disse beskrivelser havde ikke karakter af nøjagtigt fastlagte specifikationer, men gik ud på opstilling af forskellige spillerum m.m. Det var således fx angivet, at visse præparater skulle indeholde energi og leveres i pakninger inden for angivne intervaller. Det var også bl.a. angivet, at indklagede ville lægge særlig vægt på, at de tilbudte præparaters virkning var klinisk dokumenteret.

I det omtalte bilag 5 var desuden bl.a. angivet:

»Udbyder er ikke forpligtet til at aftage kostprodukter og utensilier fra samme leverandør. Sonden har særlig betydning for patientens accept, og valget af sonder kan derfor blive afgørende for, hvilke tilbud af sondeernæring og overledningssæt, der vurderes nærmere.

...

I et brev af 7. november 2005 stillede klager nogle spørgsmål til indklagede om forståelsen af udbudsbetingelserne. Disse spørgsmål blev besvaret ved følgende udaterede meddelelse fra indklagede:

»Spørgsmål 1

...

Det anføres, at 'valget af sonder kan blive afgørende for, hvilke tilbud af sondeernæring og overledningssæt, der vurderes nærmere.'

Idet der henvises til ovenstående, skal XX anmode om at få oplyst, hvordan denne oplysning i den faglige kravspecifikation er forenelig med tildelingskriterierne, herunder om der er tale om et nyt separat delkriterium, eller om der er tale om en uddybende oplysning i relation til et af de i punkt 4 nævnte delkriterier.

Svar:

Som udgangspunkt er sonden det mest ubehagelige for patienten, så der vil i forbindelse med tildelingsbeslutningen vedrørende sonder blive lagt vægt på at sonderne er mindst mulig ubehagelig for patienterne...Da ikke alle sondeernæringspræparater nødvendigvis kan anvendes til alle sonder kan sondevalget påvirke tildelingenbeslutningen i forbindelse med sondeernæringspræparater.

Ovenstående skal ses som en uddybende oplysning i forbindelse med vurderingen af underkriteriet funktionalitet.

Spørgsmål 2:

...

Det anføres, at 'der lægges vægt på at tilbudsgiver kan dokumentere patientaccept af disse drikke [dvs. præparater, der ikke indeholder alle næringsstoffer] i forhold til komplette standardpræparater i form af kliniske undersøgelser, der oplyser vanligt indtag'

Idet der henvises til ovenstående, skal XX anmode om at få oplyst, hvordan denne oplysning i den faglige kravspecifikation er forenelig med tildelingskriterierne, herunder om der er tale om et nyt separat delkriterium, eller om der er tale om en uddybende oplysning i relation til et af de i punkt 4 nævnte delkriterier.

Svar:

I udbudsmaterialet pkt. 4 er angivet underkriteriet kvalitet. I forbindelse med vurderingen af dette underkriterium vil bl.a. blive lagt vægt på dokumentation af patientaccept af de tilbudte produkter. Hvis ét inkomplet

præparat kan give denne dokumentation, mens et andet ikke kan, vil præparatet med dokumentation blive foretrukket

Spørgsmål 3:

...Det er anført, at 'alt andet lige, lægges der særlig vægt på, at dokumentation er offentliggjort'.

H:S [dvs. indklagede] anmodes om at oplyse, hvorvidt dette er et delkriterium dvs. en angivelse af, hvilke oplysninger/dokumentation, der tillægges vægt og i givet fald, hvorledes dette relaterer sig til tildelingskriterierne.

Svar:

Bilag 5 pkt. 6 vedr. vurderingen af underkriteriet kvalitet. Her oplyses det at der i vurderingen lægges vægt på at virkningen er klinisk dokumenteret. I forbindelse med dokumentation lægges der særlig vægt på dokumentation offentliggjort i ordentlige tidsskrifter, også manuskripter, abstrakts etc vil blive taget i betragtning, om end vægten mindre.

Spørgsmål 4:

Bilag 5, punkt 7 og 8: Disse punkter indeholder efter XX's opfattelse til dels en beskrivelse af tilbudets opstilling, herunder angivelse af, hvorledes priser skal oplyses, og der ses ikke at være tale om egentlig angivelse af kravspecifikationer.

På den baggrund anmodes H:S om at oplyse, om ovenstående er kravspecifikationer, eller, såfremt det ikke er tilfældet, angive karakteren heraf.

Svar:

I pkt. 8.1 vedr. Priser henvises til tilbudsgiver bedes oplyse tilbudspriser i tilbudslisten bilag 2. Det er korrekt at der under pkt. 7 og 8 er anført ønske om prisoplysninger, hvilket er en fejl. Disse ønsker er dog identiske med de oplysninger, der forespørges til i tilbudslisten bilag 2.

Spørgsmål 5:

Som det fremgår af ovenstående savner XX en nærmere redegørelse for indholdet af tildelingskriterierne.

Herunder anmode H:S om at oplyse, hvorledes vægningen af de forskellige delkriterier skal forstås.

Er det således, at f.eks. højeste kvalitet vægtes med 30%, mens laveste vægtes med 25%, eller anvendes en pointskala i tilknytning til den procentvise afvejning.

Svar:

Vægtning af delkriterier er indført som et krav i forbindelse med det nye udbudsdirektiv...

Når delkriterierne skal vægtes er det for at oplyse tilbudsgivere om hvorledes kriterierne vægtes i forhold til hinanden. Et delkriterie vil ikke blive vægtes forskelligt i forbindelse med vurderingen af de forskellige produkter.

Der vil ikke blive anvendt pointsystemer i forbindelse med tildelingen.

Spørgsmål 6:

Udbudsmaterialets, punkt 13: H:S anmodes om at oplyse hvorledes indholdet af punkt 13 skal besvares i forhold til udbudsmaterialets punkt 6.10 og 7. Herudover anmodes H:S at oplyse hvorledes besvarelsen af punkt 13 vil blive anvendt i forhold til tildelingskriterierne.

Svar:

Pkt. 13 i udbudsmaterialet skal ses som særlige ydelser udover de ydelser der er direkte efterspurgt i udbudsmaterialet.

Pkt. 6.10 vil blive vurderet under underkriteriet kvalitet. Pkt. 7 samt pkt. 13 vil begge blive vurderet i forbindelse med underkriteriet service.

...«

Indklagedes vurdering af tilbuddene fandt sted ved et brugergruppemøde den 2. februar 2006. Til brug for mødet havde vidnet Jens Kondrup udarbejdet en lægefaglig vurdering af tilbuddene. I et referat fra brugergruppemødet anføres bl.a.:

»...

Jens Kondrup foreslog gennemgang af materialet som følger:

- Faglige aspekter
- Økonomiske aspekter

Jævnfør de opstillede tildelingskriterier tages udgangspunkt i de faglige aspekter. Såfremt der kun er små forskelle, bør prisen være det afgørende parameter.

Der skal tages stilling til, hvorvidt hele leverancen skal tildeles én leverandør, eller om der skal foretages en opsplitting af leverancen.

Vedrørende utensilier (sonder og overledningssæt) bør denne gruppe hænge sammen med sondeernæring, d.v.s. at sondeernæring, sonder og overledningssæt bør indkøbes fra samme firma ud fra betragtningen: hvilken sonde vælger vi, hvilken sondeernæring vil vi anvende?

Brugergruppen var enig i disse betragtninger.

...

Faglige aspekter

JK foretog en gennemgang af de opstillede parametre, såsom

- Indhold
- Klinisk dokumentation
- Patient accept

JK har endvidere vurderet de indkomne tilbud ud fra:

- Produkternes holdbarhed

- Konsulentassistance
- Undervisning
- Inspektion
- Lager
- Leveringsevne

...

Man overgik derpå til en gennemgang af de enkelte hovedgrupper.

1. og 2. Sondeernæring samt special ernæring

Nutricia lever samlet bedst op til udbudsmaterialets faglige kravspecifikation, idet deres produkter er meget veldokumenterede med hensyn til kliniske effekter..., - og Nutricia har et stort udvalg af specialprodukter...Nutricia's tilbudspris var ikke den laveste, men prisforskellen kunne ikke ophæve de anførte fordele.

3. Komplette drikkeklare præparater

Nutricia lever samlet bedst op til udbudsmaterialets faglige kravspecifikation, idet deres produkter er meget veldokumenterede med hensyn til kliniske effekter...og Nutricia har et stort udvalg i specialprodukter. Nutricia's tilbudspris er en anelse højere end prisen fra nærmeste konkurrent.

4. Inkomplette drikkeklare præparater

Fresenius Kabi, Novartis og Nutricia ligger stort set på samme niveau fagligt set... Nutricia's tilbudspris er en anelse højere end prisen fra nærmeste konkurrent, hvorfor Nutricia foretrækkes af logistiske hensyn.

5. Utensilier

[Efter nogle tekniske bemærkninger om forskellige sonder]:

Flocare sonden [dvs. den af Nutricia tilbudte sonde] er væsentligt dyrere, men forskellen er ikke stor i forhold til det samlede udbud. Flocare sonden vælges.

...

Økonomiske aspekter og konklusion

Brugergruppen diskuterede og afvejede de faglige aspekter kontra de økonomiske og der var enighed om, at firmaet Nutricia totalbetragtet har afgivet det mest fordelagtige tilbud.

...«

Den 21. februar skrev indklagede således til klageren:

»...skal vi herved meddele, at der nu er truffet afgørelse i udbudet vedr. ernæringspræparater m.v.

Med baggrund i udbudsmaterialets opstillede tildelingskriterier: pris, kvalitet, funktionalitet og service, beklager vi at måtte meddele, at vi har accepteret et mere fordelagtigt tilbud fra anden tilbudsgiver.

Præparaternes kvalitet og funktionalitet var dokumenteret i mindre grad end i konkurrerende tilfælde, hvilket i sammenhæng med tilbudets pris gjorde udslaget.

...«

I et brev af 2. marts til indklagede bad klagerens advokat om aktindsigt og om en udførlig begrundelse for antagelsen af det valgte tilbud. Advokaten henviste herved til Udbudsdirektivets artikel 41.

Indklagede svarede ved et brev af 17. marts 2006 til klagerens advokat. I brevet udtaltes:

»...

Vi kan oplyse, at H:S har modtaget 6 tilbud. Da 3 af de potentielle leverandører imidlertid udelukkende har tilbudt de tilhørende utensilier, har vi tilladt os kun at vedlægge materiale fra de to øvrige tilbudsgivere, som i lighed med Novartis A/S har tilbudt hovedprodukterne i udbudet...

...

Vi medsender endvidere...referat fra det besluttende brugergruppemøde til opfyldelse af Deres anmodning om en udførlig begrundelse for valget af tilbud. Det bemærkes, at alle 6 bydende fandtes at opfylde minimumskravene (udvælgelseskriterierne), hvorfor brugergruppemødet alene omhandlede evalueringen af tildelingskriterierne.

Hvad angår tildelingskriteriet prisen, kan vi supplerende oplyse, at alle 3 modtagne tilbud gav en betydelig prisbesparelse i.f.t. den eksisterende aftale, men prisforskellen mellem de 3 var ikke væsentlig.

Prisforskellene kunne på den baggrund ikke opveje forskellene i de faglige aspekter udtrykt i de tre øvrige kriterier, og det blev derfor sidstnævnte, som blev afgørende for det trufne valg, som angivet i brugergruppemødereferatet.

...«

Indklagedes kontrakt med Nutricia er ganske kortfattet og består ud over henvisninger til udbudsbetingelserne og til Nutricia's tilbud blot af nogle kortfattede bemærkninger om prøvetid og prisregulering ved faldende priser ol.

Der er afgivet forklaringer af Christian Lunding, Torben Christiansen, Jens Kondrup og Svens Gisselmann.

Christian Lunding, der er civiløkonom og som er ansat hos klageren som ansvarlig for klagerens afdeling for klinisk ernæring, har forklaret om forskellige spørgsmål og har bl.a. forklaret: Udbudsbetingelserne adskilte sig fra det sædvanlige, og Christian Lunding havde svært ved at forstå, hvad tilbuddene ville blive vurderet på. Efter at klageren har tabt et udbud fra Københavns Amt, er klageren gået over til at lade sin advokat se på udbuddene.

Torben Christiansen, der er indkøber hos indklagede, har forklaret om forskellige spørgsmål og har herunder bl.a. forklaret: Udbudsbetingelserne var standard-udbudsbetingelser, der er udarbejdet af regionale indkøbere og medicoindustrien (dvs. en brancheforening for leverandører af medicinsk udstyr) i fællesskab. Indklagede har ikke fra andre end klageren modtaget kritik af udbudsbetingelserne. Torben Christiansen deltog ikke i vurderingen af tilbudsgivernes egnethed, men denne vurdering må være foretaget af en medarbejder, der nu er på barselsorlov. Torben Christiansen deltog i det besluttende brugergruppemøde og udfærdigede referatet. Tilbudsvurderingen blev foretaget på grundlag af underkriterierne til tildelingskriteriet, og referatet af brugergruppemødet er et sammenfattende referat. De logistiske hensyn, der omtales i referatet, sigter til praktiske, administrative spørgsmål. Jo flere leverandører, man har, jo større er muligheden for at begå fejl. Indklagede havde ingen dialog med Nutricia før kontraktens indgåelse. Indklagede sendte blot kontrakten til Nutricia til underskrift.

Jens Kondrup, der er overlæge professor dr. med., og som bl.a. deltog i det besluttende brugergruppemøde, har forklaret om forskellige spørgsmål og har herunder bl.a. forklaret: Kravspecifikationerne var stort set de samme som ved forrige udbud, og der har ikke før været klager over uklarheder. Jens Kondrup har ikke deltaget i vurderingen af tilbudsgivernes egnethed, men har alene holdt sig til det faglige. Han udfærdigede før det besluttende brugergruppemøde en faglig vurdering af tilbuddene. Brugergruppens vurdering passede pænt med underkriterierne til tildelingskriteriet. Princippet var, at det faglige og det økonomiske skulle vægtes lige. Som følge af de logistiske hensyn skal der være gode argumenter til for at vælge en leverandør til en enkelt position.

Svend Gisselmann, der er indkøber i Århus Amt, har forklaret: Der har netop været et lignende udbud for den midtjyske region. Udbudsbetingelserne og de faglige kravspecifikationer var stort set de samme som ved det udbud, som sagen angår. Det er leverandørernes brancheforening, der har ønsket en standardisering. Alle tilbudsgiverne, herunder klageren, afleverede tilbuddene personligt og sagde, at der var tale om et godt udbudsmateriale. Udbuddet endte med, at man valgte Nutricia til alle leverancer. Udgangspunktet var, at man ønskede en enkelt leverandør.

Parterne har skriftligt og mundtligt redegjort for deres synspunkter.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagede har gjort gældende, at tilbudsvurderingen er foretaget i overensstemmelse med de underkriterier til tildelingskriteriet, der er angivet i udbudsbetingelserne, og i overensstemmelse med den angivne vægtning af underkriterierne.

Dette fremgår imidlertid ikke af den fremlagte tilbudsvurdering, dvs. referatet fra det besluttende brugergruppemøde den 2. februar 2006. Tilbudsvurderingen går efter sit indhold ikke ud på at vurdere tilbuddene i forhold til underkriterierne til tildelingskriteriet og indeholder ikke en vægtning i overensstemmelse med den vægtning, der var angivet i udbudsbetingelserne.

Klagenævnet finder det herefter ikke godtgjort, at tilbudsvurderingen er foretaget i overensstemmelse med underkriterierne og den angivne vægtning af dem, hvorfor påstanden tages til følge.

Ad påstand 2

Denne påstand er reelt dækket af påstand 1. Klagenævnet finder derfor ikke anledning til at tage selvstændig stilling til påstand 2.

Ad påstand 3

Som anført ovenfor indeholdt kravspecifikationerne forskellige spillerum, og det var derfor ikke en overtrædelse af udbudsreglerne, at indklagede ved tildelingsbeslutningen lagde vægt på Nutricia's opfyldelse af kravspecifikationerne.

Ved tildelingsbeslutningen lagde indklagede ifølge referatet af det beslutende brugergruppemøde til dels vægt på logistiske hensyn, dvs. forskellige fordele ved at have en enkelt leverandør. Dette var ikke i strid med udbuds-betingelserne, der som anført nedenfor ad påstand 11 måtte forstås sådan, at indklagede som udgangspunkt ville tildele en enkelt leverandør kontrakten. Tilbudsgiverne måtte derfor forvente, at indklagede ved tildelingsbeslutningen lagde vægt på fordele ved at have en enkelt leverandør i stedet for flere leverandører.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 4

Klagenævnet konstaterer, at indklagede har overtrådt udbudsreglerne som angivet i påstanden.

Ad påstand 5

Den begrundelse for tildelingsbeslutningen, som indklagede gav klageren i brev af 21. februar 2006, var ufuldstændig, idet brevet kun henviste til de tilbudte præparaters pris og til dokumentationen for deres kvalitet og funktionalitet, hvorimod brevet ikke henviste til de øvrige forhold, som indklagede havde lagt vægt på ifølge referatet af det besluttende brugergruppemøde.

Dette forhold var ikke en overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 41, men var i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip. Påstanden tages for så vidt til følge.

Påstand 6

Efter Klagenævnets vurdering indeholdt udbudsbetingelserne en tilstrækkelig beskrivelse af, hvad der sigtedes til med underkriterierne kvalitet, funktionalitet og service, hvorfor påstanden ikke tages til følge.

Påstand 7

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har foretaget en egnethedsundersøgelse som nævnt i påstanden, men der er ikke fremkommet nærmere oplysninger herom.

Klagenævnet finder det herefter ikke godtgjort, at indklagede har foretaget en egnethedsundersøgelse, hvorfor påstanden tages til følge.

Påstand 8

Udbudsbetingelserne angav, at der kunne tilbydes alternative produkter. Dette sigtede imidlertid tydeligvis til, at de tilbudte produkter kunne afvige fra beskrivelser af de enkelte positioner, der var indeholdt i tilbudslisten for hver position. Disse beskrivelser var korte, oversigtlige beskrivelser, og der er ikke grundlag for at forstå angivelsen om alternative produkter sådan, at alternative produkter ikke skulle overholde kravspecifikationen.

Den pågældende angivelse i udbudsbetingelserne var derfor ikke en angivelse af, at der kunne afgives alternative tilbud, dvs. tilbud, der ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes beskrivelse af det udbudte. Påstanden tages herefter ikke til følge.

Påstand 9

Angivelserne om, at der kunne gives tilbud på hele leverancen eller en del deraf, og at indklagede kunne vælge en leverandør til enkelte positioner, var ikke i sig selv i strid med udbudsreglerne (påstand 9, a.). Der kan ikke af EU-udbudsreglerne udledes en pligt til, at udbudsbetingelser skal indeholde udkast til kontrakt (påstand 9, b.). Udbudsbetingelsernes struktur medførte efter Klagenævnets vurdering ikke uklarheder (påstand 9, c.).

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Påstand 10

Allerede som følge af det ad påstand 9 anførte tages denne påstand ikke til følge.

Ad påstand 11

Udbudsbetingelserne angav, at indklagede forbeholdt sig at dele den samlede leverance på flere tilbudsgivere. Dette må forstås som en angivelse af, at indklagede som udgangspunkt ville foretage tilbudsvurderingen for alle de udbudte ydelser under ét med henblik på at indgå kontrakt med en enkelt leverandør.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 12

Som nævnt ovenfor ad påstand 9 indeholder EU-udbudsreglerne ikke et krav om, at udbudsbetingelser skal indeholde udkast til kontrakt. Der er endvidere ikke fremkommet grundlag for at antage, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige forhandlingsforbud i forbindelse med kontraktsindgåelserne.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Påstand 13

Som følge af den overtrædelse, som Klagenævnet har konstateret ad påstand 1, sammenholdt med, at klagen er indgivet kort tid efter indklagedes fremsendelse af referatet af det besluttende brugergruppemøde til klagerens advokat, tages påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede Hovedstadens Sygehusfællesskab har handlet i strid med EU's udbudsregler om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets

artikel 2 samt artikel 53, stk. 1, a ved at have vurderet de indkomne tilbud i henhold til underkriterier, som ikke stemmer overens med de i udbudsbe-
tingelserne i punkt 4 angivne underkriterier.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med de ad påstand 1 nævnte regler ved at ha-
ve valgt det tilbud, som blev anset for at være »det mest fordelagtige til-
bud«.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip
ved at have meddelt klager en begrundelse for, at dennes tilbud ikke blev
antaget, som ikke stemmer overens med indklagedes begrundelse som an-
givet i beslutningsreferat af 2. februar 2006.

Påstand 7

Indklagede har handlet i strid med EU's udbudsregler om ligebehandling og
gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 44 ved ikke at
have foretaget en egnethedsundersøgelse af tilbudsgiverne i overensstem-
melse med kriterierne og økonomisk og finansiel formåen, faglig og teknisk
viden eller evne som omhandlet i Udbudsdirektivets artikel 47-52.

Indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Nutricia A/S annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 3, påstand 6, påstand 8, på-
stand 9, påstand 10, påstand 11 og påstand 12. Klagenævnet tager ikke stil-
ling til påstand 2.

Indklagede, Hovedstadens Sygehusfællesskab, skal i sagsomkostninger til
klageren, Novartis Healthcare A/S, betale 100.000 kr., der betales inden 14
dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig