

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Knud Erik Busk, Kaj Kjærsgaard)

J.nr.: 2008-0017916

4. august 2009

K E N D E L S E

Mölnlycke Health Care ApS
(advokat Jesper Fabricius, København)

mod

Region Hovedstaden
(advokat Henning Biil, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2008/S83-112753 af 25. april 2008 iværksatte Region Hovedstaden som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) sideordnede udbud af et antal rammeaftaler om vareindkøb, der skulle være gældende for perioden 1. november 2008 – 31. oktober 2010, dog således at Region Hovedstaden skal have option på at kunne forlænge kontrakten i op til 24 måneder. De udbudte produkter er i udbudsbekendtgørelsen og efterfølgende i udbudsbetingelserne beskrevet således:

Delaftale 1: Sårbehandlingsprodukter

omfattende 10 forskellige produkter, som i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne er betegnet som position 1 – position 10.

For position 1, 2, 3 og 7 ville Region Hovedstaden indgå rammeaftale med 1, 3 eller flere leverandører for hver af de 4 positioner.

For position 4-6 og 8-10 ville Region Hovedstaden indgå rammeaftale med 1 leverandør for hver af de 6 positioner.

Delaftale 2: Forbindsstoffer

omfattende 23 forskellige produkter, som i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne er betegnet som position 11 – position 33.

Region Hovedstaden ville indgå 23 rammeaftaler, nemlig en rammeaftale med 1 leverandør for hver af de 23 positioner position 11 – position 33.

Delaftale 3: Plastre

omfattende 10 forskellige produkter, som i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne er betegnet som position 34 – position 43.

Region Hovedstaden ville indgå 10 rammeaftaler, nemlig en rammeaftale med 1 leverandør for hver af de 10 positioner position 34 – position 43.

Ved en fejl var der under udbuddet ikke medtaget en position 44 »Forbinding med slides til fiksering«. Ved et rettelsesblad af 7. maj 2008 til udbudsbetingelserne blev udbuddet udvidet med et udbud af position 44, hvor der ligesom ved de øvrige 10 positioner under delaftale 3 skulle indgås en rammeaftale med 1 leverandør.

Tildelingskriteriet var for samtlige rammeaftaler fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med følgende underkriterier:

Rammeaftalerne under Delaftale 1:

A. Pris	45-55 %
B. Funktionalitet	25-35 %
C. Kvalitet	15-25 %

De 23 rammeaftaler under Delaftale 2 og de 11 rammeaftaler under Delaftale 3:

A. Pris	40-50 %	
B. Funktionalitet	20-30 %	
C. Kvalitet	25-35 %	(I udbudsbetingelserne dog ved en fejl anført som »25 - 25 %«)

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 10. juni 2008 havde 15 tilbudsgivere afgivet i alt 333 tilbud vedrørende de 44 positioner. Heraf blev afvist i alt 157 tilbud, som således ikke indgik i indklagedes evaluering af tilbuddene. Indklagedes evaluering af tilbuddene omfattede herefter i alt 176 tilbud.

Den 10. oktober 2008 besluttede Region Hovedstaden at indgå rammeaftaler således, hvilket blev meddelt tilbudsgiverne ved en skrivelse af samme dag:

Delaftale 1:

Position 1:	Coloplast A/S
Position 2:	Smith og Nephew A/S, Coloplast A/S og 3M A/S
Position 3:	3M A/S, Coloplast A/S og Smith og Nephew A/S
Position 4:	3M A/S
Position 5:	3M A/S
Position 6:	Lohmann og Rauscher A/S
Position 7:	Paul Hartmann A/S, Lohmann og Rauscher A/S og Coloplast A/S
Position 8:	Paul Hartmann A/S
Position 9:	Coloplast A/S
Position 10:	Coloplast A/S og 3M A/S

Delaftale 2:

Mölnlycke Health Care ApS:	Position 11 og 13
Lohmann og Rauscher A/S:	Position 12
Kirudan A/S:	Position 14, 17, 20, 23, 24 og 26
Abena A/S:	Position 15, 16, 18 og 25
Paul Hartmann A/S:	Position 21
3M A/S:	Position 22, 27, 30, 31 og 33
Smith og Nephew A/S:	Position 28

Delaftale 3:

3M A/S:	Position 34, 37, 38, 39, 40 og 42
Smith og Nephew A/S:	Position 35 og 44
Mölnlycke Health Care ApS:	Position 36
Lohmann og Rauscher A/S:	Position 41
Kebo Med A/S:	Position 43

Region Hovedstaden besluttede samtidig ikke at indgå kontrakt vedrørende position 19, 29 og 32.

Den 17. oktober 2008 indgav klageren, Mölnlycke Health Care ApS, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Region Hovedstaden. 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. november 2008 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 20. april 2009.

Den 7. november 2008 indgav Paul Hartmann A/S klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Region Hovedstaden.

Den 7. november 2008 indgav Conva Tec Ltd. klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Region Hovedstaden.

Den 20. oktober 2008 besluttede indklagede at tilbagekalde sin beslutning af 10. oktober 2008 om at indgå aftale om position 35 med Smith og Nephew A/S. Indklagede annullerede ikke samtidig udbuddet vedrørende rammeaftalen om position 35. Den 20. oktober 2008 besluttede indklagede i stedet at indgå en rammeaftale om position 35 med Mölnlycke Health Care ApS, uden at der forinden var gennemført et nyt udbud om denne rammeaftale.

Den 4. november 2008 besluttede indklagede at annullere udbuddet vedrørende position 10, fordi indklagede den 10. oktober 2008 havde besluttet at indgå kontrakt vedrørende denne position med to tilbudsgivere, uagtet det i udbudsbetingelserne var fastsat, at der vedrørende position 10 ville blive indgået kontrakt med én tilbudsgiver.

Den 21. november 2008 besluttede indklagede at tilbagekalde sin beslutning af 10. oktober 2008 om at indgå rammeaftalen om position 1 med Coloplast A/S. Indklagede annullerede ikke samtidig udbuddet vedrørende rammeaftalen om position 1. Den 21. november 2008 besluttede indklagede i stedet at indgå rammeaftalen om position 1 med Lohmann og Rauscher A/S, uden at der forinden var gennemført et nyt udbud om denne rammeaftale.

Den 21. november 2008 besluttede indklagede at tilbagekalde sin beslutning af 10. oktober 2008 om at indgå den ene af de 3 rammeaftaler om position 3 med Smith og Nephew A/S. Indklagede annullerede ikke samtidig udbuddet vedrørende rammeaftalen om position 3. Den 21. november 2008 besluttede indklagede i stedet at indgå denne rammeaftale om position 3 med Paul Hartmann A/S, uden at der forinden var gennemført et nyt udbud om denne rammeaftale.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53, stk. 2, ved i relation til de udbudte rammeaftaler at have evalueret tilbuddene på en sådan måde, at underkriterium »A. Pris« har fået en større vægt end den vægt, som blev fastsat på grundlag af udbudsbetingelserne:

- a. Ved delaftale 1 på 50 %
- b. Ved delaftale 2 og 3 på 45 %.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 - ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet - ved under vurderingen af tilbuddene vedrørende de udbudte rammeaftaler i relation til underkriterium »A. Pris« at have anvendt en point-model, som ikke var fastsat i udbudsbetingelserne.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 2)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 - ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet - ved under vurderingen af tilbuddene vedrørende de udbudte rammeaftaler i relation til underkriterium »A. Pris« at have anvendt en point-model, som medførte en vilkårlig og uigennemsigtig pointtildeling.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53, stk. 2, 1. og 2. afsnit, ved i udbudsbetingelserne for så vidt angår rammeaftalerne om position 11 - 44 at have vægtet underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« således: »B. Funktionalitet« 20-30 % og »C. Kvalitet« 25-35 %, hvilket indebar, at begge underkriterier under evalueringen kunne vægte 25-30 %.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 - ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet - ved ikke i udbudsbetingelserne i relation til de udbudte rammeaftaler tilstrækkeligt præcist at have anført, hvilke oplysninger indklagede ville

lægge vægt på under vurderingen af tilbuddene i relation til underkriterium »B. Funktionalitet«.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 - ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet - ved ikke i udbudsbetingelserne i relation til de udbudte rammeaftaler tilstrækkeligt præcist at have anført, hvilke oplysninger indklagede ville lægge vægt på under vurderingen af tilbuddene i relation til underkriterium »C. Kvalitet«.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 - ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet - og artikel 53 ved at have evalueret tilbuddene på en vilkårlig måde i strid med udbudsbetingelserne, idet indklagede ikke foretog evalueringen på grundlag af de oplysninger, som i udbudsbetingelserne var fastsat som grundlaget for evalueringen.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 - ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet - ved ikke under vurderingen af tilbuddene vedrørende rammeaftalerne om position 8 at have taget højde for forskelle i skiftfrekvensen, uagtet skiftfrekvensen efter ydelsens beskaffenhed er et delkriterium til underkriterium »B. Funktionalitet«.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke at afvise tilbuddene vedrørende rammeaftalerne om position 2, 3, 35 og 44 fra Smith og Nephew A/S, uagtet disse tilbud ikke opfyldte minimumskravene i udbudsbetingelserne på følgende punkter:

- a) Referenceliste som krævet til vurderingen af opfyldelsen af egnethedskriterierne manglede.
- b) Oplysninger om den samlede årsomsætning for de omfattede og tilsvarende produkter for de seneste år som krævet til vurderingen af opfyldelsen af egnethedskriterierne manglede.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke at afvise tilbuddet vedrørende rammeaftalen om position 18 fra Abena A/S, uagtet dette tilbud ikke opfyldte minimumskravene i udbudsbetingelserne, idet der ikke med tilbuddet fulgte de seneste 2 års reviderede og godkendte regnskaber.

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at tildele rammeaftalen vedrørende position 7 til Lohmann og Rauscher A/S vedrørende produktet Vliwaktiv Ag, uagtet at tilbuddet fra Lohmann og Rauscher A/S vedrørende denne position ikke indeholdt dette produkt.

Påstand 12

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke at afvise tilbuddene fra Lohmann og Rauscher A/S vedrørende rammeaftalerne om position 1, 7 og 12, uagtet disse tilbud ikke opfyldte minimumskravene i udbudsbetingelserne, idet dokumentationen for sterilisering ikke som fastsat i udbudsbetingelserne var fremsendt på dansk, men på tysk.

Påstand 13

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke at afvise tilbuddene fra Smith og Nephew A/S, Coloplast A/S og 3M A/S vedrørende rammeaftalen om position 2, uagtet at disse tilbud ikke indeholdt oplysning om klæbeevnen i Newton.

Påstand 14

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke at afvise tilbuddene fra Smith og Nephew A/S, Coloplast A/S og 3M A/S vedrørende rammeaftalen om position 2, uagtet at disse tilbud ikke opfyldte kravspecifikationens krav om genanvendelig klæbeevne.

Påstand 15

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke at afvise tilbuddet fra Paul Hartmann A/S vedrørende rammeaftalen om position 8, uagtet at tilbuddet ikke indeholdt dokumentation for, at bandagen ikke hæfter i sårbunden.

Påstand 16

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led, ved ikke efter anmodning af 23. oktober 2008 at have givet klageren en fyldestgørende redegørelse for karakteristika og relative fordele ved tilbuddene fra de tilbudsgivere, som var blevet tildelt kontrakterne vedrørende position 1-4, 7-8, 12, 14, 17-18, 30-31 og 44.

Påstand 17

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke at afvise tilbuddet fra Lohmann og Rauscher A/S vedrørende rammeaftalen om position 1, 7 og 12, uagtet dette tilbud ikke opfyldte minimumskravene i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, idet det ikke indeholdt dokumentation for, at Lohmann og Rauscher A/S har overholdt sine forpligtelser med hensyn til betaling af bidrag til sociale sikringsordninger, jf. Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra e.

Påstand 18

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 35, stk. 2, ved i udbudsbetingelserne under delaftale 3 at have udbudt position 44 (»Forbinding med slids til fiksering af IV kanyler, CVK, dialysekateter, dræn m.m.«), uagtet denne position ikke var anført i udbudsbekendtgørelsen.

Påstand 19

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutninger om at indgå følgende kontrakter:

- a. Rammeaftalen om position 1 med Lohmann og Rauscher A/S, jf. tildelingsbeslutning af 21. november 2008.
- b. Rammeaftalen om position 2 med Smith og Nephew A/S, Coloplast A/S og 3M A/S, jf. tildelingsbeslutning af 10. oktober 2008.
- c. Rammeaftalen om position 3 med 3M A/S, Coloplast A/S og Paul Hartmann A/S, jf. tildelingsbeslutning af 10. oktober 2008 og tildelingsbeslutning af 21. november 2008.
- d. Rammeaftalen om position 4 med 3M A/S, jf. tildelingsbeslutning af 10. oktober 2008.
- e. Rammeaftalen om position 7 med Paul Hartmann A/S, Lohmann og Rauscher A/S og Coloplast A/S, jf. tildelingsbeslutning af 10. oktober 2008.

- f. Rammeaftalen om position 8 med Paul Hartmann A/S, jf. tildelingsbeslutning af 10. oktober 2008.
- g. Rammeaftalen om position 12 med Lohmann og Rauscher A/S, jf. tildelingsbeslutning af 10. oktober 2008.
- h. Rammeaftalen om position 14 med Kirudan A/S, jf. tildelingsbeslutning af 10. oktober 2008.
- i. Rammeaftalen om position 17 med Kirudan A/S, jf. tildelingsbeslutning af 10. oktober 2008.
- j. Rammeaftalen om position 18 med Abena A/S, jf. tildelingsbeslutning af 10. oktober 2008.
- k. Rammeaftalen om position 30 med 3M A/S, jf. tildelingsbeslutning af 10. oktober 2008.
- l. Rammeaftalen om position 31 med 3M A/S, jf. tildelingsbeslutning af 10. oktober 2008.
- m. Rammeaftalen om position 44 med Smith og Nephew A/S, jf. tildelingsbeslutning af 10. oktober 2008.

Påstand 20 er udgået under klagesagens behandling.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 19 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 21

Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved, efter at indklagede den 10. november 2008 havde besluttet at indgå rammeaftalen om position 1 med Coloplast A/S, og efter at indklagede samme dag havde meddelt Coloplast A/S dette, herefter den 21. november 2008 at tilbagekalde denne beslutning uden samtidig i medfør af Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, at annullere udbuddet for så vidt angår rammeaftalen om position 1.

Spørgsmål 22

Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved den 21. november 2008 at beslutte at indgå kontrakt vedrørende ram-

meaftalen om position 1 med Lohmann og Rauscher A/S uden forinden at gennemføre et nyt udbud vedrørende rammeaftalen om position 1.

Spørgsmål 23

Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved, efter at indklagede den 10. november 2008 havde besluttet at indgå de 3 rammeaftaler om position 3 med 3 M A/S, Coloplast A/S og Schmidt og Nephew A/S, og efter at indklagede samme dag havde meddelt 3 M A/S, Coloplast A/S og Schmidt og Nephew A/S dette, herefter den 21. november 2008 at tilbagekalde beslutningen om at indgå kontrakt med Schmidt og Nephew A/S uden samtidig i medfør af Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, at annullere udbuddet for så vidt angår rammeaftalerne om position 3.

Spørgsmål 24

Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved den 21. november 2008 at beslutte at indgå kontrakt vedrørende rammeaftalerne om position 3 med Paul Hartmann A/S uden forinden at gennemføre et nyt udbud vedrørende rammeaftalerne om position 3.

Spørgsmål 25

Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved, efter at indklagede den 10. oktober 2008 havde besluttet at indgå rammeaftalen om position 35 med Smith og Nephew A/S, og efter at indklagede samme dag havde meddelt Smith og Nephew A/S dette, herefter den 20. oktober 2008 at tilbagekalde denne beslutning uden samtidig i medfør af Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, at annullere udbuddet for så vidt angår rammeaftalen om position 35.

Spørgsmål 26

Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved den 20. oktober 2008 at beslutte at indgå kontrakt vedrørende rammeaftalen om position 35 med Mölnlycke Health Care ApS uden forinden at gennemføre et nyt udbud vedrørende rammeaftalen om position 35.

Klageren afgav tilbud på 17 af de 44 positioner.

Det fremgår af indklagedes Evalueringsrapport af 10. oktober 2008, at underkriterierne ved vurderingen af tilbuddene blev vægtet således:

Delaftale 1:	A. Pris	50 %
	B. Funktionalitet	30 %
	C. Kvalitet	20 %
Delaftale 2 og 3:	A. Pris	45 %
	B. Funktionalitet	25 %
	C. Kvalitet	30 %

Indklagede har til brug for Klagenævnet foranlediget udarbejdet følgende erklæring:

»Redegørelse om hændelsesforløbet i forbindelse med EU-udbud nr. 2008/S 83-127531 – Sårbehandlingsprodukter i Region Hovedstaden

Herved skal undertegnede, Susan Bermark og Heidi Larsen gengive og præcisere de forklaringer, som vi afgav under den mundtlige forhandling i Klagenævnet for Udbud den 20. april 2009.

Undertegnede, Kliniske oversygeplejerske på videnscenter for sårheling på Bispebjerg hospital, Susan Bermark var formand for brugergruppen, og undertegnede, Strategisk indkøbskonsulent i Region Hovedstadens afdeling koncernindkøb, Heidi Larsen var medlem af - og tovholder for - brugergruppen.

Kravspecifikationerne, jf. bilag 4, blev udarbejdet af brugergruppen på møder den 7. december 2007 samt 30. januar og 11. februar 2008.

De enkelte krav blev defineret og fastlagt af brugergruppens sagkyndige medlemmer, Samtidig med udarbejdelsen blev det ligeledes fastlagt, hvilke af kravene, der skulle henregnes til funktionalitets-, og hvilke til kvalitetsunderkriteriet. Alle i brugergruppen var enige om opdelingen, som er logisk og konsekvent for fagkyndige.

Efter modtagelsen af tilbuddene, gennemgik og evaluerede brugergruppen tilbuddene på fem møder den 23. og 24. juni, 15. og 16. september samt den 2. oktober 2008.

Genstand for møderne var evaluering af underkriterierne kvalitet og funktionalitet. Ved denne evaluering blev der alene lagt vægt på de forhold, som er angivet i kravspecifikationen,..... Andre forhold, herunder et »tilstækkelighedsprincip«, blev ikke inddraget.

Evalueringen foregik på den måde, at brugergruppens medlemmer, position for position, gennemgik det skriftlige tilbudsmateriale, og foretog en afprøvning af to eksemplarer af hvert tilbudt produkt fra hver til-

budsgiver. Produktet, som ikke var vedlagt tilbuddene, fordi de var kendt på hospitalerne, blev rekvireret fra lagrene, således at alle produkter blev afprøvet. Afprøvningen forgik ved, at de tilbudte plastre, bandager m.v., blev anlagt på de enkelte medlemmer af brugergruppen. I den forbindelse var man meget opmærksom på, at hvert produkt blev prøvet på et »rent sted«, hvor der ikke forinden havde været anlagt andre produkter.

Resultatet af evalueringen blev sammenfattet i de som bilag Q fremlagte notater, som dannede grundlag for udarbejdelsen af evalueringsrapporten, De enkelte dokumenter i bilag Q er udarbejdet som følger:

Notatet »evaluering/noter« er udarbejdet af Heidi Larsen, og er en gengivelse af brugergruppens overvejelser på de fem møder.

Regnearkene »evaluering/noter« er for alle tre delaftalers vedkommende udarbejdet af Heidi Larsen, brugergruppens medlemmer havde tilbuddene og kunne i princippet se prisen, men har ikke set de sammenstillinger, de fremgår af regnearkene.

Regnearket »underbilag til evaluering af delaftale 1« er udarbejdet af Susan Bermark under brugergruppemøderne den 23. og 24. juni 2008, og gengiver de samlede karakterer, der blev givet for kvalitet, henholdsvis funktionalitet for de enkelte tilbud. Som det fremgår, blev der givet en samlet karakter for kvalitet, henholdsvis funktionalitet. Der blev ikke opereret med særskilte point for de enkelt krav, der indgik i kriterierne.

De øvrige dokumenter i bilag Q er udarbejdet af Heidi Larsen, og gengiver udover prisen pointgivningen vedrørende kvalitet og funktionalitet for delaftale 2 og 3.

Generelt var det brugergruppens opfattelse, at de angivne krav, ikke blot var minimumskrav, som enten kunne eller ikke kunne være opfyldt. Kravene kunne derimod udover de angivne minimumsniveauer opfyldes i større eller mindre grad. Hvor der for eksempel er angivet, at et produkt skal kunne hæfte på tør hud, eller skal være nemt at fjerne eller kunne fjernes i et stykke, kan hæftelsen således indenfor det acceptable være bedre eller dårligere, produktet kan være mere eller mindre nemt at fjerne respektive at fjerne i et stykke. Hvor det er angivet, at et produkt skal være blødt og fleksibelt, kan disse egenskaber ligeledes, indenfor det acceptable, være tilstede i større eller mindre grad. Disse varierende grader af opfyldelse blev der lagt vægt på ved evalueringen.

I nogle tilfælde gav sammenligningen af tilbuddene anledning til problemer, idet de bydende ikke havde angivet specifikationen af produk-

terne i sammenlignelige størrelser. Det gjaldt for eksempel absorptionskapacitet og fordampningsevne, som ønskedes angivet i m^1/cm^2 , og klæbeevne som ønskedes angivet i Newton. I så tilfælde kunne kun de tilbud, der var angivet i samme enhed, umiddelbart sammenlignes. Brugergruppen søgte så vidt muligt at regne sig frem til forholdet mellem de forskelligt angivne enheder. Hvor dette ikke kunne lade sig gøre, blev det pågældende forhold betragtet som neutralt ved karaktergivningen. Da det alene var et ønske, at de nævnte evner og kapaciteter blev opgivet som anført, kunne tilbud med oplysninger i andre enheder ikke kasseres som ukonditionsmæssige.

Særligt vedrørende skiftefrekvens (ad påstand 8), blev dette ikke anvendt som tildelingskriterium fordi en differentieret skriftefrekvens ikke lader sig praktisere i det daglige sårbehandlingsarbejde på hospitalerne. Det skyldes det forhold, at det er mange forskellige personer, som skifter sår.

Ved evalueringen af position 7, sølvbandager (ad påstand 11), havde Lohmann & Rauscher A/S tilbudt produktet Vliwaktiv under position 6, kulbandager. I svar på spørgsmål 9,, havde RH tilkendegivet, at alle typer produkter med sølv skulle placeres under position 7. Det var dog tillige angivet, at produkter med kul skulle angives under position 6. Vliwaktiv, som både indeholdt kul og sølv kunne således strengt taget placeret både under 6 og 7 ud fra svarets formulering.

Det var imidlertid væsentligt for RH, at alle sølvprodukter blev samlet under en post, idet mikrobiologer er bekymrede for, at der kan udvikles resistente bakterier ved overdrevent brug af sølv. På den baggrund valgte vi at evaluere Vliwaktiv med sølv under position 7, hvor det viste sig at være det økonomiske mest fordelagtige tilbud.

Vedrørende genanvendelig klæbeevne (ad påstand 14) er det for så vidt korrekt, som anført af Anette Spottag fra Mölnlycke, at den gængse opfattelse er, at kun silikoneprodukter har denne egenskab. Brugergruppen konstaterede imidlertid ved afprøvning af de fremsendte vareprøver, at flere andre produkter med andre klæbemidler havde en tilfredsstillende og genanvendelig klæbeevne, og et af disse viste sig at være det økonomiske mest fordelagtige på denne position.

Vedrørende spørgsmålet om dokumentation for, om den af Paul Hartmann under position 8 tilbødte bandage hæfter i sårbunden (ad påstand 15), har vi lagt vægt på de oplysninger, der fremgår af Paul Hartmanns tilbud, og som vi foreviste under den mundtlige forhandling.«

Særligt ad påstand 1 og 3

I udbudsbetingelserne er fastsat følgende om »Pris«:

»Prisparameteret vurderes på basis af de modtagne mængder, samt priser og rabatter oplyst i de modtagne tilbud. Optionsperioden medregnes med 90 %«.

Indklagedes Evalueringsrapport af 16. oktober 2008 indeholder følgende om evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »A. Pris«:

»Evalueringen af de indkomne tilbud, samt tildeling af point på de enkelte produkter, er foregået som to parallelle forløb. Den ene hvor prisparameteret er blevet sammenlignet og det andet hvor funktionalitet og kvalitet er blevet vurderet individuelt. Det/de for ordregiver »økonomisk mest fordelagtige tilbud« er bedømt ud fra underkriterierne: pris, funktionalitet og kvalitet.....

Pointskalaen for pris er fastlagt ud fra intervaller som følger: 5 point tildeles til intervallet (laveste pris - laveste pris op til 10 %). Herefter fratrækkes 1 point fra hver 10 % prisen forøges, dvs. at interval på 10 % vurderes til samme point. Der kan gives både 0 og minus point. I beregning af pris har vi medtaget årsomsætningen på 2 år + 90 % af optionsperioden (24 mdr.), herunder har vi således medregnet prolongationsrabat, hvor en sådan er tilbudt.«

Særligt ad påstand 5 og 6

I udbudsbetingelserne er anført følgende:

»7.2. Kvalitet og funktionalitet

Generelt er det vigtigt for ordregiver, at de produkter, som tilbydes, er egnede til formålet, opfylder gældende standarder og normer, herunder CE-mærkningskrav, såvel i forhold til det primære anvendelsesformål – klinisk eller non-klinisk – som i forhold til patient- og personalesikkerhed. Derudover tilstræbes lav miljøbelastning uden at dette sker på bekostning af patient- og personalesikkerhed og kan ske inden for realistiske økonomiske rammer. De konkrete krav fremgår af nedenstående punkter samt kravspecifikationen (bilag 1). Den konkrete vægtning af kvalitet m.v. fremgår af tildelingskriterierne nævnt i pkt. 15.

7.2.1. Produktegenskaber, standarder og normer

Tilbudsgiver skal være villig til efter anmodning at give uddybende og supplerende oplysninger om specifikationen m.v. af de tilbudte produkter i yderligere dokumentationsbilag som led i en teknisk afklaring.

Det bør fremgå af produktoplysningerne, hvilken CE-klassifikation produktet tilhører, for så vidt produktet er underlagt krav om CE-mærkning. Såfremt klassifikationen ikke fremgår, skal tilbudsgiver på ordregivers opfordring straks fremkomme med denne oplysning inkl. dokumentation for den underliggende kvalitetssikring af produktets opnåelse heraf (f.eks. tiltrædelseserklæring eller certificeringsdokument). Hvor der foreligger Dansk Standard (DS) skal dette være oplyst.

Sterile produkter

- Dokumentation for sterilitet, svarende til mikrobiel renhed på 10^{-6} , skal foreligge.
- Ingen reststoffer/udlufning, skal foreligge.
- Ved leverance skal mindst 2/3 af holdbarhedsperioden være tilbage.
- Pakken skal være nem at åbne, emnet forblive sterilt ved udpakning.
- Partikelafgift bedes oplyst.

Rene produkter

- Produkterne skal være synligt rene og have en høj mikrobiel renhed uden sygdomsfremkaldende mikroorganismer.
- Dokumentation af fremstillingsproces og kontrol af renhedsgrad pr. batch nr., skal foreligge.
- Renhedsgraden skal have en SAL-værdi 1-10.
- Partikelafgift bedes oplyst.

Mærkning af det enkelte produkt

Følgende information skal tydeligt fremgå:

- Fabrikat/leverandør.
- Indhold.
- Steril, hvis relevant.
- Batchkode eller serienummer.
- Fremstillingsdato.
- Udløbsdato, minimum måned og år.
- Til én eller flergangsbrug, hvis relevant
- CE mærket.
- Latex mærket.

7.2.2 Produktdatablade

Produktdatablade for samtlige varetyper skal forefindes. Tilbudsgiver kan vedlægge papirversion eller elektronisk version af databladene. Af databladene bedes bl.a. (hvor relevant) fremgå:

- Indholdsstoffer på kæber og blødgørende materiale, klæber må ikke fremtvinge allergisk reaktion.
- Hvorvidt produktet indeholder latex.
- Hvis der er tilsat konserveringsmidler, bedes det oplyses.

7.2.3 Miljømæssige forhold

Emballage bør ikke indeholde PVC eller farvestoffer. Kun enkeltpakning hvor relevant. Partikelafgift for inderemballage bedes oplyst. Der skal, så vidt det er muligt, tilbydes alternativer, som ikke indeholder blødgørende sundhedsskadelige phtalater som f.eks. DEHP.«

Særligt ad påstand 7, 8 og 16

I et referat af et møde den 16. oktober 2008 mellem indklagede og klageren udarbejdet af indklagede hedder det:

»(Mölnlycke Health Care ApS = M) havde anmodet om uddybning af tildeling af delaftale 1 og 2, og de relative fordele ved det vindende tilbud i forhold til Deres.

Der vil blive taget referat, der skal underskrives ved mødets afslutning.

1: Indkøbschef Kirsten Jensen gentog sin telefoniske meddelelse om at delaftale 3 givetvis skal revurderes, hvorfor denne delaftale ikke vil blive gennemgået på mødet.

2: Gennemgang af tilsendt evalueringsrapport.

M bad om aktindsigt i ovennævnte udbuds evalueringsrapport den 14. oktober 2008.

Evalueringsrapporten blev sendt til M den 15. oktober 2008.

M ønsker klarhed over tildelingskriterierne samt uddybning af tildelingen. M ser ikke at kravspecifikation, indkøbspolitik samt produktvalg stemmer overens. Ifølge M ser det ud til at pris altid vil vægte højere end kvalitet og funktionalitet i den anvendte evalueringsmodel.

KJ redegjorde kort for indkøbspolitikken og at denne baserer sig på et tilstrækkelighedsprincip og at evalueringen sker i henhold til den kravspecifikation der er udsendt.

I det konkrete udbud har Region Hovedstaden modtaget mange tilbud med gode produkter hvorfor karaktererne for kvalitet og funktionalitet på mange positioner er ganske høje og enslydende for de tilbudte produkter. Samtidig var der relativ stor prisspænd på mange positioner. Derfor vil det i det konkrete udbud på mange positioner være prisen der er det udslagsgivende.

KJ redegjorde for hvorledes point for kvalitet og funktionalitet bliver tildelt ift. kravspecifikation. Flere produkter kan få tildelt samme point. Preisevaluering: spænd på 10% således at små forskelle i prisen ikke resulterer i pointforskel. Prisen er mængde gange tilbudt pris. Cost benefit betragtninger er ikke medtaget, idet brugergruppen vurderede at en dif-

ferentieret skiftfrekvens ikke vil kunne realiseres i det daglige brug. Dvs. at en længere holdbarhed ikke har kunnet tillægges økonomisk merværdi i evalueringen. Dette undrer M.

M spurgte ind til at prisevalueringen kunne resultere i negative point. KJ redegjorde for at tilbudte høje priser bør reflekteres i pointtildelingen hvor tilsvarende ringe kvalitet, der ikke opfylder kravene ikke tildes negative point men derimod kasseres som ikke konditionsmæssige.

Brugergruppens rolle:

Brugergruppen har udarbejdet kravspecifikation og evalueret produkterne under tildelingsfasen. Indkøbskonsulenten foretager prisevalueringen, der bliver forelagt brugergruppen. Det er således brugergruppen der foretager den faglige vurdering af de enkelte produkter op mod de stillede krav. KJ betonedede at evalueringen følger det spor der er lagt ud i udbudsbetingelserne. Brugergruppen har således ikke mulighed for at ændre retning under forløbet uden at dette vil medføre at udbuddet skal gå om.

M beklagede meget at det valgte sortiment, idet det efter deres opfattelse ikke reflekterede den overordnede målsætning for regionen om at yde den bedst mulige behandling af de forskellige patientgrupper, og mener det teknologisk set er et tilbageskridt, og fremhævede at de med deres tilbud havde fortsat den trend der var i regionen og sås i de andre regioner.

M efterlyste endvidere oplysning om, hvorledes kvaliteten var blevet vurderet. KJ valgte at overlade dette spørgsmål til indkøbskonsulent Heidi Larsen, når hun vender tilbage mandag i uge 43, idet hun havde deltaget i brugergruppen.

Med afsæt i den fremsendte evalueringsrapport blev de relative fordele formidlet angående de positioner, hvor M havde afgivet tilbud. Position 7 og 30 eftersendes. «

Særligt ad påstand l2

I udbudsbetingelsernes afsnit »2.3. Sprog« er fastsat følgende: »Tilbudsmaterialet skal være på dansk, norsk, svensk eller engelsk.«

Tilbuddet fra Lohmann og Raucher A/S indeholder i afsnit 7.2.1. følgende:

»De sterile produkter er steriliseret efter normen EN 556-1, se bilag 1 b og har en renhedsgrad på 10² CfU/g. I henhold til reststoffer/udluftning følger Lohmann & Raucher ISO 10993-7.....«

Bilag 1 b er i bilagsoversigten anført som »Sterilization of Medical devices« og på bilaget forside er bl.a. anført følgende: »DIN EN 556-1« og »Sterilization of medical devices - Requirements for medical devices to be designated »STERILE« - Part 1: Requirements for terminally sterilized medical devices; German version EN-556-1:2201«.

De følgende 9 sider med titlen »Die Europäische Norm EN 556- 1:2001 hat den Status einer Deutschen Norm« indeholder denne norm på tysk.

Særligt ad påstand 17

I udbudsbetingelsernes afsnit »17. Udvalgelseskriterier (Vurdering af tilbudsgiver)« er fastsat følgende:

»Tilbudsgiveren skal fremsende nedenstående materiale i forbindelse med indsendelse af det øvrige materiale.

.....

Serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, max. 6 mdr. gammel, eller anden fuldgældig dokumentation for, at tilbudsgiveren ikke befinder sig i nogen af de i udbudsdirektivets art. 45, stk. 1 og stk. 2, litra a), b), c), e) og f) nævnte situationer.«

Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra e, er sålydende:

»Fra deltagelse i en udbudsprocedure kan udelukkes enhver økonomisk aktør:

.....

e) som ikke har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af bidrag til sociale sikringsordninger i henhold til retsforskrifterne i det land, hvor den pågældende er etableret, eller i den ordregivende myndigheds land.«

Den serviceattest af 29. maj 2008 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som Lohmann og Raucher A/S vedlagde sit tilbud, indeholdt bl.a. følgende pas-sus, men intet om bidrag til sociale sikringsordninger:

»Lohmann og Raucher A/S

.....

har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og afgifter i henhold til lovgivningen i Danmark.«

Lohmann og Raucher A/S har i en erklæring af 17. april 2009 udtalt følgende:

»Udtalelse vedr. Serviceattest for Lohmann og Raucher A/S

Det er korrekt, at der i ovennævnte attest ikke er anført, at selskabet opfylder sine forpligtelser mht. betaling af bidrag til sociale sikringsordninger iht. lovgivningen i Danmark.

Vi har været i dialog med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen flere gange om dette punkt, og så sent som i dag d. 17. april 2009, har vi fået bekræftet, at det er helt normal procedure i vores situation. Desværre vil styrelsen ikke uddybe dette skriftligt, da de i øjeblikket ikke har nogen formel svarprocedure i den slags spørgsmål. De vil dog kunne bekræfte dette ved direkte henvendelse.

Situationen i Lohmann og Raucher A/S er således, at der formelt ikke er nogen ansatte i selskabet. Siden stiftelsen i 1972 har man indgået kontrakt med et andet selskab ved navn Axel Madsen A/S om leje af arbejdskraft. Dvs. at de 7 medarbejdere som omtales i tilbuddet alle er ansat og lønnet af Axel Madsen A/S, men i praksis udlejes, i henhold til kontrakten, til Lohmann og Raucher A/S.

Kontrakten mellem selskaberne er fortrolig, men kan evt. udleveres efter særlig aftale.

Det forhold at der formelt ikke er ansatte i selskabet Lohmann og Raucher A/S betyder, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen helt udelader ovennævnte punkt om forpligtelser i forhold til sociale sikringsordninger i deres serviceattest. Hvilket naturligvis også giver mening, da der ikke [er] nogen medarbejdere at betale for.«

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at underkriteriet »A. Pris«, da der ved evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »A. Pris« kan gives både 0 point og minuspoint, mens dette ikke er tilfældet for underkriterierne »B. Funktionalitet« og »C. Kvalitet«, får en langt større virkning på den samlede bedømmelse end den, der følger af de vægtninger, som indklagede besluttede at anvende vedrørende underkriterium A på henholdsvis 50 % for delaftale 1 og 45 % for delaftale 2 og 3. Klageren har henvist til et regneeksempel for delaftale 1, som viser, at et tilbud, som opnår 0 point på prisen,

men maksimum point 5 point på funktionalitet og på kvalitet, ikke opnår samme antal point som det tilbud, som har opnået minimumspoint (1 point) for funktionalitet og for kvalitet, men maksimumspoint (5 point) for prisen, og klageren har gjort gældende, at dette skal være tilfældet, når prisen skal vægte 50 % og funktionalitet og kvalitet tilsammen skal vægte 50 %. Det samme gør sig gældende ved delaftale 2 og 3 om end ikke i samme grad som i regneeksemplet.

Indklagede har gjort gældende, at der er den grundlæggende forskel på underkriterierne »A. Pris« på den ene side og »B. Funktionalitet« og »C. Kvalitet« på den anden side, at »Funktionalitet« og »Kvalitet« har en absolut undergrænse defineret ved udbudsbetingelsernes kravspecifikationer. Når et tilbud ikke lever op til kravspecifikationernes minimumskrav skal tilbuddet afvises, og det er i overensstemmelse hermed, at tilbud, som vel lever op til minimumskravene, men gør det på laveste niveau, skal have karakteren nul. I modsætning hertil er der principielt ikke nogen grænse for, hvor høj »Prisen« kan være, og denne realitet afspejles ved, at pointskalaen for »Pris« er åben nedad, således at der ikke alene kan gives nul point, men også negative point. Efter at have modtaget tilbuddene skønnede indklagede, at en pointmodel for »B. Funktionalitet« og for »C. Kvalitet« med 5 trin og en pointmodel for »A. Pris« med 5 som maksimum og et fradrag på 1 point for hver prisforskel på 10 %, var egnet til at afspejle de fastsatte underkriterier på en korrekt måde.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det følger af Udbudsdirektivets artikel 2 - ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet - at en ordregiver, som under vurderingen af tilbuddene i relation til et underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« agter at anvende en pointmodel, i udbudsbetingelserne skal medtage en beskrivelse af denne pointmodel.

Indklagede har gjort gældende, at de oplysninger om anvendelsen af tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, som det påhviler en ordregiver at medtage i udbudsbetingelserne, udtømmende er fastlagt i Udbudsdirektivets artikel 53, og at der ikke af artikel 2 kan udledes nogen pligt for ordregiverne til i udbudsbetingelserne at medtage yderligere oplysninger vedrørende anvendelsen af tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordel-

agtige tilbud«, således heller ikke oplysning om de pointmodeller, som ordregiveren har besluttet at anvende ved vurderingen af tilbuddene.

Ad påstand 3

Klageren har for det tilfælde, at indklagede ikke har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved at anvende den pågældende pointmodel vedrørende underkriterium »A. Pris«, idet indklagede ikke var forpligtet til at medtage modellen i udbudsbetingelserne, gjort gældende, at indklagede ved sin vurdering af tilbuddene i relation til underkriterium »A. Pris« har anvendt den fastsatte pointmodel på en måde, som medførte, at pointtildelingen blev vilkårlig og vurderingen af tilbuddene i relation til dette underkriterium derfor uigennemsigtig.

Indklagede har gjort gældende, at vurderingen af tilbuddene vedrørende underkriterium »A. Pris« blev gennemført i nøje overensstemmelse med den fastsatte pointmodel, og at anvendelsen af pointmodellen ved vurderingen af tilbuddene vedrørende underkriterium »A. Pris« således hverken var vilkårlig eller uigennemsigtig, men helt i overensstemmelse med Udbudsreglerne.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 52, stk. 2, 1. og 2. afsnit, derved, at indklagede ikke i udbudsbetingelserne har vægtet de 3 fastsatte underkriterier. Da både underkriterium »B. Funktionalitet« og underkriterium »C. Kvalitet« ved den endelige fastsættelse af procenterne begge kunne vægte 25-30 %, kan det ikke af udbudsbetingelserne udledes, hvilket af underkriterierne »B. Funktionalitet« eller »C. Kvalitet«, der ved vurderingen af tilbuddene vil blive vægtet højest.

Indklagede har gjort gældende, at det fremgår af udbudsbetingelserne, at underkriterium »C. Kvalitet« vægtes højere end underkriterium »B. Funktionalitet«, og at denne rækkefølge også blev fulgt ved den endelige fastlæggelse af vægningen forud for vurderingen af tilbuddene.

Ad påstand 5 og 6

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke i udbudsbetingelserne har gjort det klart for tilbudsgiverne, hvilke forhold vedrørende de tilbudte produkter, der ville blive lagt vægt på hverken ved anvendelsen af underkriterium »B. Funktionalitet« eller ved anvendelsen af underkriterium »C. Kvalitet«. I udbudsbetingelsernes punkt 15.1. er der enslydende for begge underkriterier blot anført, at begge underkriterier »vurderes på baggrund af fremsendte produktblade, vareprøver og afprøvning, samt tilbudsgivers evt. supplerende beskrivelser, jf. krav til produktbeskrivelse i pkt. 7.2., 7.3. og 7.4.« Da der ikke findes standarder for, hvilke oplysninger der skal være indeholdt i produktblade, vareprøver m.v., henstår det som helt uklart, hvilke forhold der vil blive tillagt betydning i relation til de 2 underkriterier.

Klageren har videre gjort gældende, at det hverken i udbudsbetingelserne eller i bilag 1 til udbudsbetingelserne er anført, hvilke forhold der vil blive lagt vægt på i relation til underkriterium »B. Funktionalitet«, og hvilke forhold der vil blive lagt vægt på i relation til underkriterium »C. Kvalitet«, og det fremgår da også af indklagedes vurderingsrapport, at vurderingen i relation til disse 2 underkriterier er inkonsekvent og uden sammenhæng med udbudsbetingelsernes angivelser.

Indklagede har gjort gældende, at udbudsbetingelser indeholder en tilstrækkelig beskrivelse af, hvilke oplysninger tilbuddene skal indeholde med henblik på vurderingen af tilbuddene i relation til underkriterierne B og C.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at indklagede har foretaget vurderingen af tilbuddene på en vilkårlig måde og ikke på grundlag af de delkriterier, der i udbudsbetingelserne var fastsat for hver position.

Indklagede har gjort gældende, at vurderingen af tilbuddene ved hver enkelt position er gennemført på grundlag af alle de delkriterier, som indklagede på grundlag af den meget betydelige erfaring og sagkundskab, som indklagede råder over, havde fastsat i udbudsbetingelserne.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at det i udbudsbetingelserne specielt vedrørende position 8 »Sårkontaktlag« er fastsat, at »skiftefrekvens« er delkriterium – formentlig et delkriterium til underkriterium »B. Funktionalitet«, at det ikke af indklagedes vurderingsrapport fremgår, at indklagede ved vurderingen af tilbuddene vedrørende position 8 har taget hensyn til forskellene mellem skiftefrekvensen ved de tilbudte produkter, og at indklagede herved har handlet i strid med Udbudsdirektivet.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede, uanset at det ikke er anført i den endelige vurderingsrapport, ved vurderingen af tilbuddene har taget hensyn til den meget væsentlige egenskab »skiftefrekvens«.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at papirudgaven af tilbuddet fra Smith og Nephew A/S ikke indeholdt de 2 oplysninger, som er anført i påstanden, at det udtrykkeligt fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 2.2., at en række oplysninger skal fremgå af det underskrevne originaleksemplar af tilbuddet i papirform inkl. alle bilag, at det i udbudsbetingelsernes punkt 3.2. udtrykkeligt er bestemt, at det i tilfælde af, at indholdet i CD-rommen og indholdet i papirudgaven af tilbuddet ikke er identisk, er papirudgaven der er gældende, samt at indklagede på denne baggrund var forpligtet til at afvise tilbuddet.

Indklagede har erkendt, at de 2 oplysninger anført i påstanden ikke fandtes i papirudgaven af tilbuddet, men kun i CD-rommen, men har gjort gældende, at de pågældende 2 mangler ved tilbuddet er bagatelagtige, og at en statuering af en pligt for indklagede til under disse omstændigheder at afvise tilbuddet, vil være i klart modstrid med Klagenævnet pragmatiske og formålsbestemte praksis, »hvor der lægges vægt på ordregiverens reelle og rimelige behov for informationer og på tilbudsgiverens reelle og rimelige muligheder for at efterkomme ordregiverens ønske«.

Ad påstand 10 og 12

Klageren har gjort gældende, at de pågældende tilbud ikke opfyldte de anførte krav i udbudsbetingelserne, og at indklagede som følge heraf var forpligtet til at afvise tilbuddene.

Indklagede har ikke bestridt, at tilbuddene ikke opfyldte de anførte krav i udbudsbetingelserne, men har gjort gældende, at indklagede som følge af beskaffenheden af de pågældende mangler ved tilbuddene ikke var forpligtet til at afvise tilbuddene, og derfor var berettiget til at tage tilbuddene i betragtning som sket.

Ad påstand 11

Klageren har gjort gældende, at det fremgår af tilbuddet fra Lohmann og Raucher A/S vedrørende position 7 »Sølvbandager med / uden border«, at tilbuddet indeholdt tilbud om levering af produktet »Suprasorb Ag«, men ikke tilbud om levering af produktet »Vilwaktiv Ag«, og at indklagede derfor har været uberettiget til at indgå kontrakt med Lohmann og Raucher A/S vedrørende position 7 om levering af produktet »Vilwaktiv Ag«, da Lohmann og Raucher A/S's tilbud vedrørende denne position ikke omfatter »Vilwaktiv Ag«.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke foreligger en overtrædelse af Udbudsdirektivet, idet det var på grund af en fagligt begrundet bekymring for udvikling af resistente bakterier, hvis kroppen bliver udsat for overeksponering af sølv, at indklagede vedrørende position 7 »Sølvbandager med / uden border« valgte at indgå kontrakt med Lohmann og Raucher A/S om produktet »Vilwaktiv Ag«.

Ad påstand 13

Klageren har gjort gældende, at det i udbudsbetingelserne er fastsat, at tilbuddene skal indeholde oplysning om klæbeevnen i Newton, at tilbuddene fra Smith og Nephew A/S, Coloplast A/S og 3M A/S ikke indeholdt denne oplysning, og at indklagede, da dette krav var et ufravigeligt krav, var forpligtet at afvise de 3 tilbud.

Indklagede har i første række gjort gældende, at alle 3 tilbud indeholdt oplysning om klæbeevnen i Newton, og at påstanden derfor ikke skal tages til følge. Indklagede har i anden række gjort gældende, at det pågældende krav ikke var et ufravigeligt krav, og at indklagede derfor - trods en evt. mangel på dette punkt - ikke var forpligtet til at afvise tilbuddene.

Påstand 14

Klageren har gjort gældende, at de produkter vedrørende position 2 »Skumbandage med klæb«, som indklagede har valgt at indgå kontrakt om, ikke opfylder kravet anført i udbudsbetingelserne: »Genanvendelig klæbeevne ønskes«, som er et ufravigeligt krav, og at indklagede derfor var forpligtet til at afvise de 3 tilbud vedrørende position 2.

Indklagede har i første række gjort gældende, at »Genanvendelig klæbeevne ønskes« ikke er et ufravigeligt krav, og har i anden række gjort gældende, at de 3 tilbudte produkter - i modsætning til visse andre tilbudte produkter - opfylder kravet om genanvendelig klæbeevne. Indklagede har herved anført, at denne vurdering bygger på et fagligt skøn udøvet af indklagedes faglige brugergruppe, og at dette skøn ikke bør tilsidesættes.

Påstand 15

Klageren har gjort gældende, at det produkt vedrørende position 8 »Sårkontaktlag«, som indklagede har valgt at indgå kontrakt om, ikke opfylder følgende krav anført i udbudsbetingelserne: »Skal dokumentere at bandagen ikke hæfter i sårbunden«, som er et ufravigeligt krav, og at indklagede derfor var forpligtet til at afvise dette tilbud vedrørende position 8.

Indklagede har gjort gældende, at det tilbudte produkt opfylder kravet om, at bandagen ikke hæfter i sårbunden. Indklagede har herved anført, at denne vurdering bygger på et fagligt skøn udøvet af indklagedes faglige brugergruppe, og at dette skøn ikke bør tilsidesættes.

Ad påstand 16

Klageren har gjort gældende, at klageren flere gange efter modtagelsen af meddelelsen om tildelingsbeslutningerne - bl.a. ved en skrivelse af 23. oktober 2008 - har anmodet om at få de oplysninger, som klageren efter Ud-

budsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led, har krav på med hensyn til de 11 positioner, som klageren havde afgivet tilbud på, men at indklagede ikke på noget tidspunkt har givet klageren en fyldestgørende redegørelse for karakteristika og relative fordele ved tilbuddene fra de tilbudsgivere, som har fået rammekontrakterne om position 1-4, 7-8, 17-18, 30-31 og 44.

Klageren har nærmere anført, at det ikke er tilstrækkeligt til opfyldelse af forpligtelsen efter artikel 41, stk. 2, 3. led, at indklagede blot har fremsendt oplysninger, der viser, hvilke karakterer henholdsvis klagerens og andre tilbudsgiveres tilbud har fået i relation til de enkelte underkriterier, når det ikke nærmere anføres, hvilke forhold der har medført de anførte forskelle i karaktertildelingen.

Indklagede har gjort gældende, dels at indklagede efter anmodning fra klageren den 15. oktober 2008 afholdt et møde med klageren, hvor klageren fik udleveret evalueringsrapporten, dels at indklagede under dette møde bl.a. redegjorde for de relative fordele ved de produkter, som indklagede havde valgt at indgå kontrakt om.

Ad påstand 17

Klageren har gjort gældende, at den serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som var vedlagt tilbuddet fra Lohmann og Raucher A/S, ikke indeholder nogen erklæring om, at selskabet har overholdt sine forpligtelser med hensyn til bidrag til sociale sikringsordninger, og at indklagede derfor skulle have afvist tilbuddet fra Lohmann og Raucher A/S.

Indklagede har gjort følgende gældende:

Det fremgår af udbudsbetingelserne punkt »17. Udvalgelseskriterier (Vurdering af tilbudsgiver)«, at tilbuddene skulle være vedlagt serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller »anden fuldgyltig dokumentation« for, at tilbudsgiverne opfyldte kravene i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra e, og at sådan »fuldgyltig dokumentation« bestod i de vedlagte regnskaber for 2006 og 2007. Det fremgår nemlig af regnskaberne, at Lohmann og Raucher A/S ikke beskæftiger ansatte arbejdere og som følge heraf ikke har nogen lønudgifter. Da bidrag til sociale sikringsordninger alene kommer på tale, når selskaber har ansatte, dokumenterede de vedlagte regnskaber fuldt ud, at selskabet ikke kunne være i restance med sådanne bidrag.

Ad påstand 18

Klageren har gjort gældende, at indklagede har været uberettiget til i udbudsbetingelserne blandt de sideordnede udbud at medtage et sideordnet udbud vedrørende position 44 »Forbinding med slids til fiksering af IV kanyler, CVK, dialysekateter, dræn m.m.«, da det ikke i udbudsbekendtgørelsen var oplyst, at der skulle iværksættes et sideordnet udbud vedrørende dette produkt.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har været berettiget til under de sideordnede udbud at medtage yderligere et sideordnet udbud vedrørende en enkelt varegruppe, da denne varegruppes økonomiske værdi kun udgør en lille del af de 44 sideordnede udbuds samlede økonomiske værdi.

Ad påstand 19

Klageren har vedrørende de enkelte beslutninger om at indgå kontrakt henvist til følgende overtrædelser:

- ad a: påstand 1-3, 5-7, 12 og 16-17 samt spørgsmål 21-22.
- ad b: påstand 1-3, 5-7, 13-14 og 16.
- ad c: påstand 1-3, 5-7 og 16 samt spørgsmål 23-24.
- ad d: påstand 1-3 og 5-7.
- ad e: påstand 1-3, 5-7, 12 og 16-17.
- ad f: påstand 1-3, 5-8, 15-16.
- ad g: påstand 1-7, 12 og 16-17.
- ad h: påstand 1-7 og 16.
- ad i: påstand 1-7 og 16.
- ad j: påstand 1-7 og 10.
- ad k: påstand 1-7 og 16.
- ad l: påstand 1-7 og 16.
- ad m: påstand 1-7, 9, 16 og 18.

Indklagede har gjort gældende, at der - uanset at Klagenævnet måtte konstatere enkelte overtrædelser - ikke er grundlag for at annullere de pågældende sideordnede udbud.

Ad spørgsmål 21 - 26

Indklagede har gjort gældende, at en ordregiver, som bliver opmærksom på, at der er begået fejl under et udbud, uden at handle i strid med EU-udbudsretten uden samtidig at annullere udbuddet kan tilbagekalde den allerede trufne beslutning om, at kontrakten skal tildeles en bestemt tilbudsgiver, og at en ordregiver uden at handle i strid med EU-udbudsretten herefter kan beslutte at tildele kontrakten til en anden tilbudsgiver, uden at skulle gennemføre et nyt udbud.

Indklagedes har nærmere anført, at det i mangel af udtrykkelige regler herom, må bero på de grundlæggende udbudsretlige principper, om en ordregiver som det mindre i det mere kan tilbagekalde en tildelingsbeslutning og træffe en ny tildelingsbeslutning uden at være forpligtet til at annullere udbuddet og gennemføre ét nyt udbud. Indklagede har herved henvist til, at det ville være i strid med det proportionalitetsprincip, som er omtalt i præambel 2 i Udbudsdirektivet, hvis indklagede under det aktuelle udbud havde været afskåret fra at tilbagekalde enkelte forkerte tildelingsbeslutninger og i stedet træffe nye korrekte tildelingsbeslutninger. Indklagede har videre henvist til, at såvel ordregivere som tilbudsgivere har en interesse i, at konstaterede fejl enkelt og hurtigt kan rettes på denne måde.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet afsiger kendelse i de 3 klagesager således:

Mölnlycke Health Care ApS mod Region Hovedstaden den 4. august 2009.

Paul Hartmann A/S mod Region Hovedstaden den 5. august 2009.

Conva Tec Ltd. mod Region Hovedstaden den 6. august 2009.

Ad påstand 2

I Udbudsdirektivets artikel 53 er det fastsat, hvilke oplysninger en ordregiver, som har besluttet under et udbud at anvende tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, skal anføre i udbudsbetingelserne om,

hvordan ordregiveren agter at gennemføre vurderingen af tilbuddene med henblik på at fastlægge, hvilket af tilbuddene der er det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Artikel 53 indeholder ingen forskrift om, at ordregiveren - hvis han ved vurderingen af tilbuddene agter at anvende en evalueringsmodel - skal beskrive denne evalueringsmodel i udbudsbetingelserne.

Det kan ikke af ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet, jf. Udbudsdirektivets artikel 2, eller af EU-udbudsretten i øvrigt udledes, at en ordregiver ved gennemførelsen af et udbud, hvor tildelingskriteriet er »det økonomiske mest fordelagtige tilbud«, har pligt til at udarbejde og anvende en evalueringsmodel, og der kan heller ikke af artikel 2 eller af EU-udbudsretten i øvrigt udledes, at en ordregiver, som agter at anvende en evalueringsmodel, skal udarbejde denne evalueringsmodel på et så tidligt tidspunkt, at evalueringsmodellen kan medtages i udbudsbetingelserne, eller dog på et så tidligt tidspunkt, at evalueringsmodellen ved rettidig udsendelse af et rettelsesblad kan indføjes i udbudsbetingelserne.

Indklagede har oplyst, at evalueringsmodellen først blev udarbejdet efter udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 10. juni 2008, og Klagenævnet tager allerede som følge heraf ikke påstand 2 til følge.

Klagenævnet finder anledning til yderligere at anføre følgende:

Det tilbageværende spørgsmål er herefter, om en ordregiver, som ved vurderingen af tilbuddene ønsker at anvende en evalueringsmodel, og som faktisk har udarbejdet evalueringsmodellen så betids, at ordregiveren enten kan medtage den i udbudsbetingelserne eller dog ved rettidig udsendelse af et rettelsesblad kan indføje den som en del af udbudsbetingelserne, har pligt til at lade evalueringsmodellen indgå i udbudsbetingelserne, og om en sådan eventuel pligt består, hvad enten den tidlige udarbejdelse af evalueringsmodellen skyldes den sædvanlige tilrettelæggelse af udbud hos ordregiveren, eller den skyldes tilfældigheder.

Efter den udbygning af kravene til medtagelse af oplysninger om grundlaget for vurderingen af tilbuddene efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, der er sket ved Udbudsdirektivets artikel 53, er der imidlertid ikke grundlag for af principperne i artikel 2 at udlede, at der - ved siden af de krav der er fastsat i artikel 53 - tillige påhviler en ordregiver en pligt til at medtage evalueringsmodellen i udbudsbetingelserne i de til-

fælde, hvor den er færdiggjort, og dette gælder, hvad enten færdiggørelsen af evalueringsmodellen på det tidlige tidspunkt skyldes ordregiverens sædvanlige arbejdsgang, eller færdiggørelsen skyldes tilfældigheder.

Ad påstand 4

Knud Erik Busk og Kaj Kjærsgaard udtaler:

Indklagede har i udbudsbetingelserne vedrørende delaftale 2 og delaftale 3 fastsat, at underkriterium »A. Pris« skulle vægte 40-50 %, underkriterium »B. Funktionalitet« skulle vægte 20-30 % og underkriterium »C. Kvalitet« skulle vægte 25-35 %. Med angivelsen af disse vægte har indklagede indikeret, at »A. Pris« er det vigtigste, »C. Kvalitet« det næstvigtigste og »B. Funktionalitet« det mindst vigtige. Efter udbudsbetingelserne kunne underkriterium B og underkriterium C imidlertid begge vægte 25-30 %, hvis der blev taget hensyn til de fastsatte rammer for de nævnte underkriterier. Dette kunne indebære, at indklagedes endelige vægtning ville være ensbetydende med, at de to underkriterier skiftede plads, så »B. Funktionalitet« blev det næstvigtigste, mens »C. Kvalitet« blev det mindst vigtige.

Det er disse medlemmers opfattelse, at den prioriterede rækkefølge, som kan udledes af de angivne vægte, er et vigtigt signal til tilbudsgiverne om vigtigheden af de enkelte delkriterier. Imidlertid indebærer de faktisk anvendte vægte en yderligere præcisering af, hvordan de enkelte delkriterier indgår i den samlede evaluering. Denne information til tilbudsgiverne er væsentligere end et signal om den prioriterede rækkefølge blandt delkriterierne. Det kan således ikke af Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, 1. og 2. afsnit udledes, at en på forhånd indikeret rækkefølge skal være bindende.

Disse medlemmer stemmer derfor for ikke at tage påstanden til følge.

Carsten Haubek udtaler:

I det tidligere gældende Indkøbsdirektiv var det i artikel 36, stk. 2, påbudt ordregiverne at fastsætte de underkriterier, som vil blive anvendt ved bedømmelsen af tilbud efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, og det var endvidere bestemt, at disse underkriterier »så vidt muligt« skulle være »ordnet efter den betydning de tillægges, med de vigtigste først«. Denne bestemmelse indebar, at ordregiverne - når prioritering

var mulig - skulle anføre underkriterierne i en rækkefølge, f.eks. nr. 1, nr. 2 og nr. 3 med nr. 1 som de vigtigste og nr. 3 som det mindst vigtige, eller nr. 1, nr. 2 og 3, og nr. 4 med nr. 1 som det vigtigste, nr. 4 som det mindst vigtige og nr. 2 og 3 som lige vigtige. Dette system indebar, at tilbudsgiverne på grundlag af udbudsbetingelserne var klar over, i hvilken rækkefølge underkriterierne havde betydning ved vurderingen af tilbuddene.

I det gældende Udbudsdirektiv er det i artikel 53, stk. 2, pålagt ordregiverne altid at fastsætte, hvordan de fastsatte underkriterier under evalueringen vil blive »vægtet«, d.v.s. »procentvis vægtet«, og denne regel må opfattes som en videreførelse af den tidligere regel blot nu således, at reglen er obligatorisk, således at der altid skal »vægtes«. Ved den nye regel er der imidlertid indført den modifikation i kravet om »vægtning med en procent«, at ordregiveren i stedet for et bestemt procenttal kan fastsætte »en ramme med et passende maksimalt udsving«.

Da der disse ændrede regler i Udbudsdirektivet tilsigter at skærpe kravene til de oplysninger om vurderingen af tilbuddene, som ordregiverne skal give tilbudsgiverne, må de fortolkes således, at de ikke forringer situationen for tilbudsgiverne i forhold til situationen efter de tidligere gældende regler. Dette vil imidlertid være tilfældet, hvis det accepteres, at ordregiverne fastsætter rammer for de enkelte underkriterier med maksimale udsving, som indebærer, at tilbudsgiverne ikke - som de kunne under den tidligere retstilstand - på forhånd kan se, i hvilken rækkefølge underkriterierne ville blive anvendt.

Indklagede har i udbudsbetingelserne vedrørende delaftale 2 og delaftale 3 fastsat, at underkriterium »A. Pris« skulle vægte 40-50 %, underkriterium »B. Funktionalitet« skulle vægte 20-30 % og underkriterium »C. Kvalitet« skulle vægte 25-35 %. Ved denne vægtning har indklagede vægtet de 3 underkriterier således: »A. Pris« som det vigtigste, »C. Kvalitet« som det næstvigtigste og »B. Funktionalitet« som det mindst vigtige. Efter udbudsbetingelserne kunne underkriterium B og underkriterium C imidlertid begge vægte 25-30 %, og indklagedes endelige vægtning af disse underkriterier kunne således medføre, at disse to underkriterier kunne skifte plads, således at »B. Funktionalitet« blev det næstvigtigste, mens »C. Kvalitet« blev det mindst vigtige. Det følger heraf, at indklagede ikke som foreskrevet i Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2. 1. og 2. afsnit, i udbudsbetingelserne har

»vægtet« underkriterierne ved fastsættelse af en bestemt ufravigelig rækkefølge.

Dette medlem stemmer derfor for at tage påstanden til følge.

Der afsiges kendelse efter stemmeflertallet.

Ad påstand 1 og 3

Indklagede har forud for evalueringen af tilbuddene fastsat de to forskellige evalueringsmodeller for henholdsvis underkriterium »A. Pris« og underkriterierne »B. Funktionalitet« og »C. Kvalitet«, og indklagede har redegjort for sin begrundelse for at fastsætte forskellige evalueringsmodeller for henholdsvis underkriterium A og underkriterierne B og C. Klageren har gjort gældende, at de fastsatte evalueringsmodeller under det aktuelle udbud har medført fravigelse af den relative vægtning af underkriterierne, der i overensstemmelse med Udbudsdirektivets artikel 53, stk.2, var fastsat i udbudsbetingelserne.

Klagenævnet har foretaget en afprøvning af de to evalueringsmodeller, og det er på dette grundlag Klagenævnets vurdering, at der som følge af udformningen af evalueringsmodellerne var en risiko for, at underkriterium »A. Pris« kunne få en større vægt end fastsat i udbudsbetingelserne, og derved indebære en overtrædelse af EU-udbudsretten.

På baggrund af de tilbudspriser, som tilbuddene under det aktuelle udbud indeholdt, er det imidlertid Klagenævnets vurdering, at underkriterium »A. Pris« ikke under evalueringen af tilbuddene faktisk har fået større vægt end fastsat i udbudsbetingelserne, og Klagenævnet tager derfor ikke påstand 1 og påstand 3 til følge.

Ad påstand 5 og 6

Indklagede har i udbudsbetingelser ud for hver enkelt af de 44 positioner fastsat et antal delkriterier, som beskriver de egenskaber, som indklagede ved evalueringen af de tilbudte produkter vedrørende den pågældende position vil tillægge betydning. Indklagede har imidlertid ikke i udbudsbetingelserne anført, hvilket af de 2 underkriterier »B. Funktionalitet« eller »C. Kvalitet« de pågældende delkriterier vedrører, og tilbudsgiverne har således

ikke af udbudsbetingelserne kunnet konstatere, hvilke delkriterier der var fastsat til underkriterium »B. Funktionalitet«, og hvilke delkriterier der var fastsat til underkriterium »C. Kvalitet«. Indklagede har herved handlet i strid med Udbudsdirektivets gennemsigtighedsprincip.

Det fremgår af indklagedes redegørelse for sin begrundelse for at afvise nogle af tilbuddene som følge af, at tilbuddene ikke opfyldte et eller flere af kravene vedrørende den pågældende position, at indklagede har tilsigtet i udbudsbetingelserne at fastsætte de pågældende krav som minimumskrav. Indklagede har imidlertid i nogle af disse tilfælde ikke i udbudsbetingelserne anvendt en formulering af kravet, som klargør det for tilbudsgiverne, at det drejer sig om minimumskrav. Klagenævnet henviser til påstand 2 i Klagenævnets kendelse af 6. august 2009 i sagen Conva Tec Ltd. mod Region Hovedstaden samt til påstand 1, position 5, 24, 33, 37, 38 og 39 i Klagenævnets kendelse af 5. august 2009 i sagen Paul Hartmann A/S mod Region Hovedstaden. Klagenævnet har ikke fundet anledning til ex officio at tage stilling til alle de fastsatte delkriterier, men indklagede har ved i en række tilfælde ikke i udbudsbetingelserne på utvetydig måde at fastsætte, at krav, som ønskedes fastsat som minimumskrav, var et minimumskrav, handlet i strid med Udbudsdirektivets gennemsigtighedsprincip.

Det fremgår videre af indklagedes redegørelse for sin evaluering af tilbuddene, at indklagede i nogle tilfælde i udbudsbetingelserne utvetydigt har fastsat et delkriterium som et minimumskrav og i overensstemmelse hermed har afvist tilbud, som ikke opfyldte dette minimumskrav. Klagenævnet har imidlertid i to tilfælde fastslået, at den pågældende egenskab efter sin beskaffenhed ikke var egnet som minimumskrav. Klagenævnet henviser til påstand 1 og 3 i kendelsen af 6. august 2009 i sagen Conva Tec Ltd. mod Region Hovedstaden. Klagenævnet har ikke fundet anledning til ex officio at tage stilling til, hvorvidt alle de delkriterier, der i udbudsbetingelserne var fastsat som minimumskrav, var egnede som minimums krav eller ej, men indklagede har ved således i to tilfælde at anvende et delkriterium som minimumskrav, selvom det ikke var egnet til det, handlet i strid med Udbudsdirektivets gennemsigtighedsprincip.

På den anførte baggrund tager Klagenævnet påstand 5 og 6 til følge.

Ad påstand 7

De mangler ved udbudsbetingelserne, som Klagenævnet har konstateret ad påstand 5 og 6, indebærer, at indklagede ved vurderingen af tilbuddene ikke har haft det forsvarlige grundlag for vurderingen, som Udbudsdirektivet forudsætter, og som indklagede ville have haft, hvis udbudsbetingelserne havde indeholdt en mere fyldestgørende og hensigtsmæssig beskrivelse af kravene vedrørende underkriterium »B. Funktionalitet« og underkriterium »C. Kvalitet«.

På grundlag af de oplysninger om indklagedes vurdering af tilbuddene, som er tilvejebragt under klagesagen, er det imidlertid Klagenævnets vurdering, at indklagede på grundlag af udbudsbetingelserne, som de var, har foretaget en forsvarlig vurdering af tilbuddene, og der er intet grundlag for at fastslå, at vurderingen af tilbuddene er foretaget på »en vilkårlig måde i strid med udbudsbetingelserne«. Klagenævnet tager derfor ikke påstand 7 til følge.

Ad påstand 8

Efter de oplysninger om gennemførelsen af evalueringen af de tilbudte produkter vedrørende position 8 »Sårkontaktlag«, som er forelagt Klagenævnet, lægger Klagenævnet til grund, at indklagede – uanset der ikke er anført noget herom i den endelige evalueringsrapport – ved vurderingen i relation til underkriterium »B. Funktionalitet« har inddraget delkriteriet »skiftefrekvens«. Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 9

Det fremgår utvetydigt at udbudsbetingelsernes afsnit 3.2., at det i tilfælde af, at der er uoverensstemmelse mellem papirversionen af tilbuddet og den CD-rom, som skal indeholde det fulde tilbud, er papirversionen, der er gældende. Denne bestemmelse er bindende for tilbudsgiverne, og det følger heraf, at tilbuddet fra Smith og Nephew A/S ikke indeholdt de oplysninger, der er anført i påstand 9 under a og b. Den anførte bestemmelse i udbudsbetingelserne er imidlertid i overensstemmelse med de almindelige EU-udbudsretlige principper også bindende for indklagede som ordregiver, og indklagede kunne således ved vurderingen af, om tilbuddet fra Smith og Nephew A/S opfyldt udbudsbetingelserne, ikke tage hensyn til oplysninger,

som ikke var indeholdt i papirudgaven af tilbuddet, men som kun fandtes på den vedlagte CD-rom. Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Klagenævnet bemærker dog, at overtrædelsen efter sin beskaffenhed under de konkrete omstændigheder ikke kan medføre, at Klagenævnet annullerer indklagedes beslutninger om at indgå kontrakter med Smith og Nephew A/S, jf. påstand 20, litra b og m.

Ad påstand 10

Tilbuddet fra Abena A/S opfyldte, som det er beskrevet i påstanden, ikke kravene i udbudsbetingelserne, og indklagede var derfor berettiget til at afvise tilbuddet. Indklagede ønskede imidlertid efter det oplyste ikke at afvise tilbuddet, og det påhvilede herefter indklagede at tage stilling til, om indklagede efter Udbudsdirektivet var forpligtet til at afvise tilbuddet. Indklagede vurderede det sådan, at indklagede, da de manglende oplysninger alene vedrørte udbudsbetingelsernes krav med hensyn til udvælgelsen, men ikke udbudsbetingelsernes krav til tilbuddene, ikke var forpligtet til at afvise tilbuddet. Klagenævnet finder ikke denne afgørelse i strid med Udbudsdirektivet.

Ad påstand 11

Tilbuddet fra Lohmann og Raucher A/S indeholdt vedrørende position 6 »Kulbandager« produktet »Vliwaktiv« og produktet »Vliwaktiv Ag«. Tilbuddet indeholdt derimod ikke vedrørende position 7 »Sølvbandager med / uden border« disse produkter, men derimod et andet produkt »Suprasorp A-Ag«. Indklagede har således handlet i strid med Udbudsdirektivet ved vedrørende position 7 »Sølvbandager med / uden border« at beslutte at indgå rammeaftale med Lohmann og Raucher A/S om produktet »Vliwaktiv«.

Ad påstand 12

Tilbuddet fra Lohmann og Raucher A/S opfyldte, som det er beskrevet i påstanden, ikke kravet i udbudsbetingelserne med hensyn til sprog, og indklagede var derfor berettiget til at afvise tilbuddet. Indklagede ønskede imidlertid efter det oplyste ikke at afvise tilbuddet, og det påhvilede herefter indklagede at tage stilling til, om indklagede efter Udbudsdirektivet var forpligtet til at afvise tilbuddet. Indklagede vurderede det imidlertid sådan, at

indklagede på grund af, at det var meget begrænset del af tilbuddet, der var affattet på tysk, ikke var forpligtet til at afvise tilbuddet. Klagenævnet finder ikke denne afgørelse i strid med Udbudsdirektivet.

Ad påstand 13

I udbudsbetingelsernes »Bilag 1. Kravspecifikationer« er under position 2 anført følgende: »Klæbeevne ønskes opgivet i Newton«, og det er ud for dette krav med en stjerne anført, at det er et »skal krav«. Det er derfor ikke - som anført af indklagede - tale om »et ønske« vedrørende tilbuddenes indhold, men om et krav til tilbuddenes indhold. Der findes i tilbuddene fra de 3 tilbudsgivere, der er anført i påstand 13, og som indklagede besluttede at indgå kontrakt med vedrørende position 2, oplysninger om klæbeevnen, men i disse oplysninger er klæbeevnen ikke opgivet i Newton. Det følger heraf, at indklagede var berettiget til at afvise disse 3 tilbud, fordi de ikke opfyldte et krav, der i udbudsbetingelserne var anført som et »skal krav«. Indklagede vurderede imidlertid bl.a. på baggrund af den kendsgerning, at kun 2 af de 11 tilbudsgivere vedrørende position 2 havde opfyldt kravet i udbudsbetingelserne om angivelse af klæbeevnen i Newton, situationen således, at de manglende oplysninger om klæbeevnen i Newton i de 9 tilbud ikke indebar, at indklagede var forpligtet til at afvise disse 9 tilbud. Klagenævnet finder ikke denne afgørelse i strid med Udbudsdirektivet.

Ad påstand 14

I udbudsbetingelsernes »Bilag 1. Kravspecifikationer« er under position 2 anført følgende: »Genanvendelig klæbeevne ønskes«, og det er ud for dette krav med en stjerne anført, at dette er et »skal krav«. Klageren har på grundlag af sit branchekendskab gjort gældende, at de produkter, som de 3 tilbudsgivere anført i påstand 14 tilbød, ikke opfylder det anførte »skal krav«, og at indklagede derfor var forpligtet til at afvise tilbuddene fra disse tilbudsgivere vedrørende position 2. Efter de oplysninger, der er forelagt Klagenævnet, er der imidlertid ikke grundlag for at fastslå, at indklagede, som anført af klageren, var forpligtet til at afvise de 3 tilbud vedrørende position 2, og påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 15

I udbudsbetingelsernes »Bilag 1. Kravspecifikationer« er under position 8 anført følgende: »Skal dokumenteres at bandagen ikke hæfter i sårbunden«, og det er ud for dette krav med en stjerne anført, at dette er et »skal krav«. Klageren har på grundlag af sit branchekendskab gjort gældende, at det produkt, som Paul Drachmann A/S tilbød, ikke opfylder det anførte »skal krav«, og at indklagede derfor var forpligtet til at afvise tilbuddet fra denne tilbudsgiver vedrørende position 8. Efter de oplysninger, der er forelagt Klagenævnet, er der imidlertid ikke grundlag for at fastslå, at indklagede var forpligtet til at afvise tilbuddet vedrørende position 8, og påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 16

Forskriften i Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led, kan en ordregiver kun opfylde ved fremsendelse af en skriftlig redegørelse til de tilbudsgivere, som anmoder om at få oplysninger i overensstemmelse med denne bestemmelse, og det er hensigtsmæssigt, at ordregiverne i deres svarskrivelser til tilbudsgiverne udtrykkeligt præciserer, at de ved skrivelsen tilsigter at opfylde tilbudsgivernes anmodning. Allerede af denne grund - og iøvrigt heller ikke efter sit indhold - kan indklagedes svarskrift af 6. november 2008 (betegnet som »Foreløbigt Svarskrift«) udgøre en besvarelse, der opfylder kravene efter artikel 41, stk. 2, 3. led.

Pligten efter artikel 41, stk. 2, 3. led, kan heller ikke opfyldes ved, at ordregiveren afholder et møde med en eller flere tilbudsgivere, og dette gælder, hvad enten mødet afholdes på ordregiverens initiativ, eller mødet afholdes efter anmodning fra en eller flere tilbudsgivere, og det anførte gælder, selv om der udfærdiges referat af mødet, og selvom et sådant referat underskrives af tilbudsgiveren.

Det følger af det anførte, at Klagenævnet tager påstanden til følge.

Ad påstand 17

Under hensyn til det, som indklagede har anført, opfyldte tilbuddet fra Lohmann og Rauscher A/S udbudsbetingelsernes krav med hensyn til op-

lysning om »betaling af bidrag til sociale sikringsordninger«, og Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 18

Indklagede har i udbudsbekendtgørelsen ved hver af de 43 positioner givet en »kort beskrivelse« af det produkt, som hver af de 43 parallelle udbud vedrører, og denne detaljerede beskrivelse af de varer, som indklagede skal indgå kontrakt om køb af, giver læsere af udbudsbekendtgørelsen grundlag for at antage, at der er tale om en udtømmende angivelse af de udbudte varegrupper. Virksomheder, som forhandler det produkt, som indklagede efterfølgende medtog under de parallelle udbud, nemlig produktet i position 44 »Forbinding med slids til fiksering af IV kanyler, CVK, dialysekateter, dræn m.m.«, har således på grundlag af udbudsbekendtgørelsen kunnet slutte, at de parallelle udbud ikke omfatter denne vare, som ikke falder ind under nogen af de øvrige 43 positioner. Indklagede har således ved under de parallelle udbud yderligere at medtage position 44 og at indgå kontakt herom handlet i strid med Udbudsdirektivet. Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad spørgsmål 21 - 26

Det fremgår forudsætningsvis af Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, at en offentlig ordregiver kan annullere et udbud. En ordregiver kan bl.a. annullere et udbud, når ordregiveren konstaterer, at der er begået fejl i forbindelse med udformningen af udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, eller når der iøvrigt er begået fejl ved gennemførelsen af udbuddet. Ved at annullere et fejlbehæftet udbud får den ordregiveren mulighed for at gennemføre et nyt udbud uden fejl, og der vil som udgangspunkt ikke være grundlag for at pålægge en ordregiver, der med den anførte saglige grund annullerer et udbud, at betale tilbudsgivere erstatning beregnet som positiv opfyldelsesinteresse.

Retsvirkningen af, at en ordregiver annullerer et udbud, er primært, at der ikke på grundlag af udbuddet træffes nogen beslutning om indgåelse af kontrakt. Skal der træffes beslutning om indgåelse af kontrakt, skal der således gennemføres efter et nyt udbud.

En ordregiver kan annullere et udbud, også efter at ordregiveren har truffet beslutning om at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne, idet ordregiveren ved at annullere udbuddet automatisk samtidig tillige har annulleret denne beslutning. Det anførte gælder, selvom ordregiveren har givet den pågældende tilbudsgiver meddelelse om tildelingsbeslutningen. Eventuelle kontraktretlige spørgsmål som følge af en sådan meddelelse er ikke reguleret af EU-udbudsretten, men skal afgøres efter privatrettens regler.

På baggrund af disse almindeligt kendte regler kan tilbudsgiverne under et udbud, hvor ordregiveren har besluttet, hvem der skal indgås kontrakt med og meddelt den pågældende tilbudsgiver og de øvrige tilbudsgivere dette, gå ud fra, at ordregiveren vil handle i overensstemmelse med disse regler, og således effektuere beslutningen om at indgå kontrakt, medmindre der foreligger en saglig grund for at annullere udbuddet og dermed annullere tildelingsbeslutningen. En retstilstand, hvorefter en ordregiver i stedet for at annullere udbuddet har den mulighed at træffe en ny beslutning, hvorefter kontrakt på grundlag af udbuddet alligevel ikke skal indgås med den valgte tilbudsgiver, men derimod skal indgås med en anden tilbudsgiver, vil stride mod gennemsigtighedsprincippet, jf. Udbudsdirektivets artikel 2.

En retstilstand, hvorefter en ordregiver i stedet for som beskrevet at annullere udbuddet har mulighed for at træffe en ny beslutning om, at kontrakt på grundlag af udbuddet alligevel ikke skal indgås med den valgte tilbudsgiver, men derimod med en anden tilbudsgiver, kan endvidere forventes at føre til en praksis, hvor tilbudsgivere, som ikke har fået kontrakten, straks efter at have modtaget meddelelse om tildelingsbeslutningen retter henvendelse til ordregiveren - enten ved formel skriftlig henvendelse eller uformelt ved personlig eller telefonisk henvendelse eller ved anmodning om afholdelse af et møde - med henblik på dels over for ordregiveren at påpege fejl ved udbuddet, dels at overbevise ordregiveren om nødvendigheden af på grund af disse fejl at tilbagekalde tildelingsbeslutningen og træffe en ny beslutning. Under en sådan retstilstand kan der endvidere forventes at opstå en praksis, hvorefter også den virksomhed, som har fået kontrakten, kontakter ordregiveren med henblik på at overbevise ordregiveren om, at der ikke er begået nogen fejl, eller at der trods eventuelle fejl ikke er grundlag for at tilbagekalde tildelingsbeslutningen. En sådan praksis vil indebære en latent risiko for en usaglig påvirkning af ordregiveren i strid med EU-udbudsrettens formelle regelsæt, og en sådan praksis vil derfor være i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. Udbudsdirektivets artikel 2.

Det følger af det anførte, at Klagenævnet besvarer de 6 spørgsmål bekræftende.

Ad påstand 19

Overtrædelserne ad påstand 9, 11 og 16 kan efter deres beskaffenhed ikke begrunde, at Klagenævnet annullerer indklagedes beslutninger om tildeling vedrørende de pågældende positioner.

Klagenævnet har endvidere ad påstand 18 - uanset den alvorlige fejl vedrørende position 44 - besluttet ikke at annullere indklagedes beslutning om tildeling vedrørende denne position.

Ad påstand 5 og 6: De overtrædelser af de grundlæggende regler i Udbudsdirektivet om en klar og udtømmende beskrivelse i udbudsbetingelserne bl.a. af de minimumskrav, som de tilbudte ydelser skal opfylde, og af de egenskaber ved de tilbudte ydelser, som vil blive tillagt betydning ved vurderingen af tilbuddene, har medført, at tilbudsgiverne ikke har haft et tilstrækkeligt klart grundlag for udarbejdelse af deres tilbud, og at indklagede ikke har kunnet foretage en optimal vurdering af tilbuddene. Det er imidlertid Klagenævnets vurdering, at udbuddet trods disse mangler ved udbudsbetingelserne har kunnet gennemføres på en acceptabel måde, samt at indklagede trods manglerne ved udbudsbetingelserne bl.a. vedrørende sondringen mellem egnede minimumskrav og egenskaber relevante for vurderingen i relation til underkriterierne »B. Funktionalitet« og »C. Kvalitet« faktisk har gennemført en acceptabel vurdering af tilbuddene. Klagenævnet har derfor besluttet ikke at annullere nogen af indklagedes oprindelige 41 tildelingsbeslutninger af 10. oktober 2008.

De to spørgsmål, som Klagenævnet under denne klagesag ex officio har taget stilling til (henholdsvis spørgsmål 21, 23 og 25 og spørgsmål 22, 24 og 26), har ikke tidligere været rejst af klagere under klagesager for Klagenævnet, og Klagenævnet har ikke tidligere fundet anledning til at tage spørgsmålet op. Endvidere må det antages, at der blandt de offentlige ordregivere har hersket usikkerhed med hensyn til, om en fremgangsmåde, som den indklagede har anvendt vedrørende 3 af de aktuelle sideordnede udbud (position 1, position 3 og position 35), muligt er i strid med EU-udbudsreglerne. På denne baggrund har Klagenævnet besluttet ikke at an-

nullere de 3 efterfølgende tildelingsbeslutninger, der er anført i påstand 22, 24 og 26.

Herefter bestemmes:

Påstand 5

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 - ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet - ved ikke i udbudsbetingelserne i relation til de udbudte rammeaftaler tilstrækkeligt præcist at have anført, hvilke oplysninger indklagede ville lægge vægt på under vurderingen af tilbuddene i relation til underkriterium »B. Funktionalitet«.

Påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 - ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet - ved ikke i udbudsbetingelserne i relation til de udbudte rammeaftaler tilstrækkeligt præcist at have anført, hvilke oplysninger indklagede ville lægge vægt på under vurderingen af tilbuddene i relation til underkriterium »C. Kvalitet«.

Påstand 9

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved ikke at afvise tilbuddene vedrørende rammeaftalerne om position 2, 3, 35 og 44 fra Smith og Nephew A/S, uagtet disse tilbud ikke opfyldte minimumskraverne i udbudsbetingelserne på følgende punkter:

- a) Referenceliste som krævet til vurderingen af opfyldelsen af egnethedskriterierne manglede.
- b) Oplysninger om den samlede årsomsætning for de omfattede og tilsvarende produkter for de seneste år som krævet til vurderingen af opfyldelsen af egnethedskriterierne manglede.

Påstand 11

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at tildele rammeaftalen vedrørende position 7 til Lohmann og Rauscher A/S vedrørende produktet Vliwaktiv Ag, uagtet at tilbuddet fra Lohmann og Rauscher A/S vedrørende denne position ikke indeholdt dette produkt.

Påstand 16

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, 3. led, ved ikke efter anmodning af 23. oktober 2008 at have givet klageren en fyldestgørende redegørelse for karakteristika og relative fordele ved tilbudene fra de tilbudsgivere, som var blevet tildelt kontrakterne vedrørende position 1-4, 7-8, 12, 14, 17-18, 30-31 og 44.

Påstand 18

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 35, stk. 2, ved i udbudsbetingelserne under delaftale 3 at have udbudt position 44 (»Forbinding med slids til fiksering af IV kanyle, CVK, dialysekateter, dræn m.m.«), uagtet denne position ikke var anført i udbudsbekendtgørelsen.

Spørgsmål 21

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved, efter at indklagede den 10. november 2008 havde besluttet at indgå rammeaftalen om position 1 med Coloplast A/S, og efter at indklagede samme dag havde meddelt Coloplast A/S dette, herefter den 21. november 2008 at tilbagekalde denne beslutning uden samtidig i medfør af Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, at annullere udbuddet for så vidt angår rammeaftalen om position 1.

Spørgsmål 22

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved den 21. november 2008 at beslutte at indgå kontrakt vedrørende rammeaftalen om position 1 med Lohmann og Rauscher A/S uden forinden at gennemføre et nyt udbud vedrørende rammeaftalen om position 1.

Spørgsmål 23

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved, efter at indklagede den 10. november 2008 havde besluttet at indgå de 3 rammeaftaler om position 3 med 3 M A/S, Coloplast A/S og Schmidt og Nephew A/S, og efter at indklagede samme dag havde meddelt 3 M A/S, Coloplast A/S og Schmidt og Nephew A/S dette, herefter den 21. november 2008 at tilbagekalde beslutningen om at indgå kontrakt med Schmidt og Nephew A/S uden samtidig i medfør af Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, at annullere udbuddet for så vidt angår rammeaftalerne om position 3.

Spørgsmål 24

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved den 21. november 2008 at beslutte at indgå kontrakt vedrørende rammeaftalerne om position 3 med Paul Hartmann A/S uden forinden at gennemføre et nyt udbud vedrørende rammeaftalerne om position 3.

Spørgsmål 25

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved, efter at indklagede den 10. oktober 2008 havde besluttet at indgå rammeaftalen om position 35 med Smith og Nephew A/S, og efter at indklagede samme dag havde meddelt Smith og Nephew A/S dette, herefter den 20. oktober 2008 at tilbagekalde denne beslutning uden samtidig i medfør af Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, at annullere udbuddet for så vidt angår rammeaftalen om position 35.

Spørgsmål 26

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved efter at indklagede den 20. oktober 2008 at beslutte at indgå kontrakt vedrørende rammeaftalen om position 35 med Mölnlycke Health Care ApS uden forinden at gennemføre et nyt udbud vedrørende rammeaftalen om position 35.

Påstand 1 – 4, 7 - 8, 10, 12 – 15, 17 og 19 tages ikke til følge.

Indklagede, Region Hovedstaden, skal i sagsomkostninger til klageren, Mölnlycke Health Care ApS, betale 150.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig