

K E N D E L S E

Nutricia A/S
(advokat Carsten Sommer Andersen, København)

mod

Høje-Taastrup Kommune,
Brøndby Kommune,
Køge Kommune
og
Odsherred Kommune
(advokat Kurt Helles Bardeleben, København)

Intervenient:
DanuCare ApS
(advokat Mikala Berg Dueholm, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 128-363969 af 1. juli 2022, offentliggjort den 6. juli 2022, udbød Høje-Taastrup Kommune, Brøndby Kommune, Køge Kommune og Odsherred Kommune ("Kommunerne") som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II en rammeaftale med en enkelt aktør vedrørende indkøb af klinisk ernæring og utensilier.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 8. august 2022 havde Kommunerne modtaget tilbud fra tre leverandører: Mediq Danmark A/S, DanuCare ApS ("DanuCare") og Nutricia A/S ("Nutricia"). Den 30. august 2022

beslattede Kommunerne at indgå kontrakter med DanuCare, og Kommunerne har herefter indgået kontrakter.

Den 9. september 2022 indgav Nutricia klage til Klagenævnet for Udbud over Kommunerne. Nutricia fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 7. oktober 2022 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

Nutricia har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Kommunerne har handlet i strid med udbudslovens § 160 samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i udbudsmaterialet at fastlægge og beskrive en evalueringsmodel, hvor parametrene i evalueringsmodellen afhænger af de indkomne tilbud på en måde, der beror på Kommunernes valg eller vurderinger efter åbningen af tilbuddene.

Påstand 2

[Frafaldet]

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere Kommunernes udbudsprocedure.

Påstand 4 (subsidiær til påstand 3)

Klagenævnet for Udbud skal annullere Kommunernes beslutning af 30. august 2022 om at tildele den udbudte kontrakt til DanuCare ApS.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Kommunerne har handlet i strid med udbudslovens § 134 samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have ændret mindstekrav nr. 35 i den tekniske specifikation, så tertiær emballage og beskyttelsen rundt om produkterne skal være af 100 % genbrugsmateriale, da dette udgør ændringer af grundlæggende elementer, jf. udbudslovens § 24, nr. 37.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Kommunerne har handlet i strid med udbudslovens § 159, stk. 2, samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til DanuCare ApS, uanset tilbuddet fra DanuCare ApS ikke var konditionsmæssigt, da tilbuddet omfatter produkter, som ikke opfylder mindstekrav nr. 17 og nr. 35 i den tekniske specifikation, hvorefter de tilbudte produkter skal opfylde alle myndighedsforskrifter mv., og tertiær emballage og beskyttelsen rundt om produkterne skal være af 100 % genbrugsmateriale.

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

Klagenævnet har den 12. september 2022 meddelt DanuCare, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

DanuCare har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 20. september 2022 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at DanuCare intervenserer i sagen til støtte for Kommunerne.

Sagens nærmere omstændigheder

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 128-363969 af 1. juli 2022, offentliggjort den 6. juli 2022, udbød Kommunerne som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II en rammeaftale med en enkelt aktør vedrørende indkøb af klinisk ernæring og utensilier.

Den anslåede samlede værdi er i udbudsbekendtgørelsen opgjort til 1,9 mio. kr., og det er anført, at det er Kommunernes forventning, at det samlede årlige indkøb på rammeaftalen vil være ca. 1,9 mio. kr. og højst 2,3 mio. kr.

Udbuddet er gennemført som et sortimentsudbud.

I udbudsbetingelserne står der:

”...

2.1 Kort beskrivelse af kontrakten

Ordregiver udbyder Rammeaftale om anskaffelse af klinisk ernæring og utensilier.

Rammeaftalen omfatter anskaffelse af varer indenfor følgende 12 kategorier:

1. Ernæringsæt
2. Pumper
3. Sonder
4. Tilbehør til ernæringssonder
5. Nasalsoner
6. Fiksering
7. Sondeernæring
8. Drik
9. Engangssprøjter
10. Flergangssprøjter
11. Gebyr
12. Stativer

Rammeaftalen gælder kommunernes indkøb af klinisk ernæring og utensilier.

...

6. Tildeling af kontrakt

6.1 Kriterier for tildeling

Ordregiver vil tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvilket identificeres på grundlag af bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Ordregiver vil anvende følgende underopdeling i tildelingskriterierne:

<u>Tildelingskriterium</u>	<u>Priser</u>	<u>Vægtning</u>
Pris	Varekurv på klinisk ernæring og utensilier	50 %
Kvalitet/service	Jf. kravene i Rammeaftalebilag 1	50 %
I alt		100 %

6.2 Evalueringsmetode

6.2.1 Varekurv på klinisk ernæring og utensilier

På baggrund af Ordregivers historiske indkøb (Bilag C), har Ordregiver forud for offentliggørelsen af udbudsmaterialet fastlagt en repræsentativ varekurv (Bilag 3), som skal danne udgangspunkt for evalueringen. Varekurven er forud for offentliggørelsen af udbudsmaterialet blevet "låst" og vedhæftet materialet i EU-Supply (Mercell). Varekurven benyttes alene ved Ordregivers evaluering af de indkomne tilbud. Tilbudsgiver

kan udfylde varekurven med forslag til **sammenlignelige** produkter med varenummer, producentens varenummer, beskrivelse samt pris. Ordregiver vil efterfølgende verificere produkterne samt lægge prisen ind i skemaet såfremt dette mangler. **Det er Ordregivers ansvar** at plukke andre varer, såfremt varen ikke er verificeret af Ordregiver. Sammenlignelige varer, er varer der opfylder de samme krav som dem i Bilag C Statistik. F.eks. Drik, 2 kcal, 200 ml skal leveres i 200 ml.

Såfremt Ordregiver skifter den af Tilbudsgiver foreslåede vare ud i Tilbudslisten, **skal** der være pris på den vare Ordregiver vælger. Såfremt der ikke er priser på samtlige plukkede varer i webshoppen/Tilbudslisten, vil Tilbudsgiver være ukonditionsmæssig. Såfremt der i pakker / æsker ikke er lige mange, vil Ordre omregne, så prisen bliver 1:1. Det er Ordregivers ansvar at verificere, at produkterne er sammenlignelige og at Ordregiver vurderer dem sammenlignelige.

Varekurven indeholder i alt 41 varer. Der er varer fra samtlige produkt-kategorier i Tilbudslisten (Bilag B). Varekurven indeholder et bredt udvalg af varer, herunder varer Ordregiver historisk har købt mange af, men også varer inden for niche-kategorier. Varekurven indeholder ingen henvisninger til varemærker, men udelukkende Ordregivers generiske angivelse og beskrivelse af varerne, herunder type, størrelse, dimensioner materiale, farve, holdbarhed, formål mm. For hver vare i varekurven, har Ordregiver på baggrund af sit bedste skøn angivet sit estimerede forbrug.

Ordregiver vil i forbindelse med tilbudsevalueringen foretage et fiktivt standardindkøb ved at udvælge varer fra tilbudsgivers Tilbudsliste, der er sammenlignelige med varerne i varekurven. Ordregiver udvælger tilbudsgivernes billigste, sammenlignelige varer uden hensyn til varenavn, varemærke, fabrikat e.l.

Såfremt én eller flere tilbudsgivere ikke tilbyder en vare, der er sammenlignelig med en given vare i varekurven, vil dette anses for en form for tilladt forbehold og vil blive prissat af Ordregiver. Ikke-sammenlignelige varer, der anses for forbehold af Ordregiver, vil blive prissat efter følgende formel:

Højeste tilbudte pris for en tilsvarende, sammenlignelig vare blandt de andre Tilbudsgivere + 15%

Prissætningen af ikke-sammenlignelige varer hos en tilbudsgiver har til formål at sikre, at der evalueres på flest mulig antal varer i varekurven, og at Tilbudsgivere uden sammenlignelige varer i deres tilbud, ikke har en evalueringsmæssig fordel i forhold til de andre tilbudsgivere.

Formelen tager udgangspunkt i det tilfælde, at Ordregiver bliver nødt til at dække sit køb hos en anden og forventeligt dyrere tilbudsgiver, samt eventuelle omkostninger der er forbundet med sådanne transaktioner, såsom leveringsomkostninger og intern håndtering af separate ordrer og fakturerer.

...

Hvis ingen Tilbudsgiver tilbyder en vare i deres sortiment, som er sammenlignelig med en given vare i varekurven, vil den pågældende vare udgå af evalueringen.

Det er Ordregivers hensigt at evaluere flest mulig varer i varekurven. Som følge af ovenstående forbeholder Ordregiver sig dog retten til at lade et antal varer og/eller enkelte produktkategorier udgå af evalueringen.

Den evalueringstekniske pris vil være prisen for det fiktive standardindkøb - hvor der er taget højde for Ordregivers estimerede forbrug som anført i Bilag C- på baggrund af Tilbudsgivers listepreiser fratrukket de af Tilbudsgiver tilbudte rabatsatser.

6.2.1.1 Ordregivers udvælgelse af sammenlignelige varer

Det fiktive standardindkøb vil blive foretaget af en af Ordregiver nedsat arbejdsgruppe bestående af udbudskonsulenter og fagpersoner, der er ansatte i kommunerne.

Ved det fiktive standardindkøb vil arbejdsgruppen sikre, at tilbudsgivernes varer er sammenlignelige med varerne i varekurven. Ved sin vurdering vil arbejdsgruppen lægge vægt på de tilbudte varers type, størrelse, vægt, dimensioner, materiale, holdbarhed, justerbarhed, og formål. Det er arbejdsgruppens faglige skøn der afgør, hvorvidt de tilbudte varer er sammenlignelige med varerne i varekurven. Mindre afvigelser i eksempelvis varernes størrelse (længde, diameter, vægt mv.) udelukker ikke, at varerne er sammenlignelige.

Grundlaget for arbejdsgruppens vurdering vil udelukkende være de oplysninger, der fremgår af tilbudsgivernes fremsendte tilbud. Ordregiver forbeholder sig dog retten til at foretage teknisk afklaring i overensstemmelse med udbudslovens § 159, stk. 5.

Ved ikke sammenlignelige pakningsstørrelser vil der blive foretaget en omregning, så pakkestørrelserne er sammenlignelige.”

I rammeaftalens bilag 1, Teknisk Specifikation, er der fastlagt mindstekrav til de tilbudte produkter. I bilag 1, Teknisk Specifikation, står der:

”...

2. Tekniske specifikationer (MK)

Nedenstående mindstekrav skal opfyldes af Tilbudsgiveren. Ordregiver er forpligtet til at afvise ethvert tilbud som uantageligt, hvis tilbuddet indeholder forbehold, der vedrører grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, herunder forbehold vedrørende mindstekrav. Ordregiver kan ikke foretage ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, herunder ændringer af mindstekrav.

Nr.	Hoved-gruppe	Beskrivelse	Bekræft ved X
...
17.	Generelt	De tilbudte produkter skal til enhver tid opfylde alle relevante myndighedsforskrifter, love og EU-direktiver gældende i Danmark, herunder miljøforhold og CE-mærkning.	
...
35.	Miljø	Tetiær emballage skal være af genbrugsmateriale. Beskyttelsen omkring produkterne skal endvidere være af genbrugsmateriale. Tilbudsgiveren skal fremsende dokumentation på dette sammen med udbuddet.	

...”

Under udbudsprocessen blev der stillet følgende spørgsmål/svar:

”Spørgsmål 208214:

Ordregiver skiver i punkt 35. at: Tetiær emballage skal være af genbrugsmateriale. Beskyttelsen omkring produkterne skal endvidere være af genbrugsmateriale. Tilbudsgiveren skal fremsende dokumentation på dette sammen med udbuddet. Vil Ordregiver specificere hvor stor en del af emballagen der forventes at være af genbrugsmateriale?

Svar:

Genbrugsmaterialet skal være 100 %

...

Spørgsmål 208216:

Ordregiver skriver i punkt 35. at: Tertiær emballage skal være af genbrugsmateriale. Beskyttelsen omkring produkterne skal endvidere være af genbrugsmateriale. Tilbudsgiveren skal fremsende dokumentation på dette sammen med udbuddet. Vil Ordregiver specificere hvad der menes med Beskyttelsen omkring produkterne?

Svar:

Den er den emballage der beskytter produkterne, såfremt der er behov for at pakke produkterne yderligere ind.”

Ved tilbudsfristens udløb den 8. august 2022 havde Kommunerne modtaget tilbud fra tre leverandører: Mediq Danmark A/S, DanuCare og Nutricia.

I tilbuddet fra DanuCare indgår flere produkter, herunder ernæringsset, sonder og nasalsonder, der er produceret af Nutricia.

Af DanuCares dokumentation (produktdatablade) for opfyldelse af mindstekrav nr. 35 fremgår, at forskellige typer emballage har en genbrugsandel på 100 %. Derudover fremgår, at oplysningerne i produktdatabladene er baseret på oplysninger fra DanuCares underleverandør, og at ”Da betingelserne for anvendelse er uden for vores kontrol, giver [leverandørnavn udeladt] ingen garantier hverken udtrykkelige eller stiltiende, og vi påtager os intet ansvar i forbindelse med enhver brug af denne information.”

Den 30. august 2022 meddelte Kommunerne, at det var blevet besluttet at tildele kontrakten til DanuCare. Af meddelelsen fremgår endvidere, at tilbuddet fra Nutricia var blevet vurderet ukonditionsmæssigt med følgende begrundelse:

”2.3 Konditionsmæssighed

Høje-Taastrup Kommune har erklæret Nutricia A/S for ukonditionsmæssig på følgende punkter:

- Nutricia har kun tilbudt én pumpe der opfylder mindstekrav 24 i den tekniske specifikation om at indgivelseshastigheden skal være på 1-600 ml/t i 1 ml intervaller. Pumpen Infinity (varenummer 35682) som er medsendt har en hastighed på 1-400 ml/time, og opfylder dermed ikke mindstekravet.
- Jf. punkt 35 i den tekniske specifikation skal der sammen med tilbuddet afleveres dokumentation for at den tilbudte emballage er lavet af genbrugsmaterialer. Denne dokumentation er ikke vedhæftet hverken i digitalt format eller ved afleveringen af produkterne.

- Nutricia har jf. krav 41 ikke medsendt dokumentation for anbefalede brugstid af forlængerslanger.
- I dokumentet "Bilag B – Tilbudsliste (rabatsat og priser)" er der følgende mangler:
Jf. følgende tekst: "Tilbudsgiver skal udfylde varenavn, -nummer, -**producentens varenummer**, -beskrivelse, mængde samt listepriis for hele mængden" skal der udfyldes relevant information til selve tilbudsarket. Dette er ikke sket i kolonne F, som beskrevet i fanerne vejledning samt sortiment.

Høje-Taastrup Kommune (HTK) ville have handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med § 159, stk. 5, ved at anmode Nutricia, efter tilbudsfristen, om at fremsende den manglende dokumentation samt udfylde kolonne F i tilbudslisten, der var fastsat som mindstekrav for at sikre Nutricia opfyldelse af mindstekravene til teknisk og faglig formåen."

DanuCare har efter, at klagen blev indgivet, indhentet en erklæring fra deres underleverandør af emballage, hvorefter fremgår:

"Vi tilbagekalder hermed vores disclaimer på datablade for produkterne [varenummer og navn undtaget], idet disclaimeren aldrig har været møntet på genbrugsprocenten.

Jeg kan ydermere tilføje, at produkterne er gennemgået med vores underleverandører, som endnu en gang bekræfter, at produkterne er fremstillet af 100% genbrugsmateriale."

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Nutricia har gjort gældende, at den fremgangsmåde, der er beskrevet i udbudsmaterialet, hvor de sammenlignelige varer udvælges på baggrund af arbejdsgruppens faglige skøn, og hvor der i nogle tilfælde også vil kunne være mindre afvigelser, ikke er entydigt fastlagt og beskrevet i udbudsmaterialet, og evalueringsmodellen kan derfor ikke anvendes. Den fastlagte fremgangsmåde for udvælgelse af varer til varekurven er baseret på Kommunernes faglige skøn, og tilbudsgiverne kan hverken på forhånd fastlægge de produkter, som vil indgå i evalueringen, eller efterfølgende kontrollere, hvordan udvælgelsen af produkter er sket. Selvom Kommunerne har "låst" varekurven, så beror evalueringsmodellen på Kommunernes vurderinger af produkterne i de indkomne tilbud, da beskrivelserne i varekurven er så overordnede, at de kan

omfatte mange forskellige produkter. Kommunernes udskiftning af varer bekræfter, at det ikke har været entydigt fastlagt og beskrevet, hvilke produkter der ville indgå i evalueringen. Den valgte fremgangsmåde er ikke i overensstemmelse med udbudslovens § 160 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2. Udbudsmaterialet kan som følge heraf ikke lovligt danne grundlag for en tildeling af kontrakt, og udbuddet bør derfor annulleres.

Kommunerne har gjort gældende, at de varer, der indgik i evalueringen af sortimentsudbuddet, var tilstrækkeligt entydigt og objektivt fastlagt på forhånd. Udbudsbetingelsernes pkt. 6.2.1 beskriver en objektiv metode for fastlæggelse af de varer, der vil indgå i evalueringen. Tilbudsgiverne kunne i et "låst" excel-ark udfylde 41 varelinjer med sammenlignelige varer, og det er disse 41 varer, der som udgangspunkt indgår i evalueringen af underkriteriet "Pris". De varer der indgår i evalueringen, er således entydigt fastlagt og objektivt beskrevet på følgende parametre: a) hvor mange sammenlignelige varer der indgår i varekurven, b) hvilke produktkategorier der indgår i varekurven, c) hvilke produktkategorier de enkelte varer hører til, d) hvor mange varer der skal tilbydes under den enkelte produktkategori og e) anslået mængde for hver vare. Evalueringsmetoden beskriver, at det som udgangspunkt er tilbudsgiver, der kan udfylde varekurven, men at Kommunerne har påtaget sig ansvaret for at verificere, at varekurven faktisk er udfyldt korrekt. Det er entydigt fastlagt og beskrevet i udbudsbetingelserne, at Kommunerne er forpligtet til at verificere, at de forslag til produkter, som tilbudsgiverne har fyldt i varekurven, er sammenlignelige, og at eventuel udskiftning af varer vil basere sig på objektive kriterier som type, størrelse, dimensioner, materiale, farve, holdbarhed og formål. Tilbudsgiverne har derfor haft mulighed for at optimere deres tilbud.

I praksis har Kommunerne kun i meget begrænset omfang været nødt til at udskifte de varer, som tilbudsgiverne med deres tilbud selv har tilføjet varekurven. Udskiftning er sket efter processen angivet i udbudsbetingelsernes pkt. 6.2.1.1. Kommunerne har udskiftet følgende varer i varekurven for de to konditionsmæssige tilbud:

Leverandør	Varenummer	Økonomisk betydning af ændring
DanuCare	14, 22 og 25	38.431,68 kr.

Mediq	4, 20, 23 og 28	- 810.856,28 kr.
-------	-----------------	------------------

Det fremgår således, at evalueringen i langt overvejende omfang er sket på baggrund af de varer, som tilbudsgiverne selv har lagt i varekurven. Hvis udskiftningen af varer ikke var sket, ville en kontrafaktisk evaluering vise, at DanuCare havde vundet udbuddet med en endnu større margin, end det rent faktisk var tilfældet. Kommunerne har således ikke handlet i strid med udbudslovens § 160 eller principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2.

Ad påstand 3

Nutricia har gjort gældende, at hvis der gives medhold i påstand 1 og/eller påstand 5 om Kommunernes evalueringsmodel og overtrædelserne af de grundlæggende principper i udbudslovens § 2, skal konsekvensen være, at udbuddet skal annulleres, da der ikke er mulighed for lovligt at tildele kontrakt i henhold til udbuddet, og da der ikke er mulighed for at lovliggøre udbuddet.

Kommunerne har gjort gældende, at Nutricia ikke har angivet forhold, der skulle begrunde en annulation af Kommunernes udbudsprocedure, hvorfor påstanden ikke skal tages til følge.

Ad påstand 4

Nutricia har gjort gældende, at Kommunernes overtrædelser af udbudsreglerne konkret har haft betydning for Kommunernes beslutning om tildeling af kontrakt til DanuCare.

Kommunerne har gjort gældende, at Nutricia ikke har angivet forhold, der skulle begrunde en annulation af tildelingsbeslutningen af 30. august 2022, hvorfor påstanden ikke skal tages til følge.

Ad påstand 5

Nutricia har gjort gældende, at Kommunerne ved besvarelsen af spørgsmål 208214 har foretaget ændringer af grundlæggende elementer i strid med udbudslovens § 134, nr. 3, og udbudslovens § 2, idet Kommunerne har svaret, at mindstekrav nr. 35 i den tekniske specifikation skal forstås sådan, at der

skal anvendes 100 % genbrugsmateriale. Kommunernes svar skærper mindstekravet i så væsentlig grad, at det kan påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet.

En almindelig sproglig forståelse af mindstekrav nr. 35 er, at emballagen skal indeholde genanvendt materiale eller materiale fra bæredygtige kilder. Nutricia henviser i den forbindelse til ”Nordiske kriterier for mere bæredygtig emballage til produkter i sundhedssektoren”, februar 2022, udgivet af Regionernes Fælles Indkøb, hvor minimumskriteriet fastsættes til 50 % for genanvendt plast og 50-90 % for genanvendt fiberbaseret materiale (pap). De nordiske kriterier for mere bæredygtig emballage illustrerer, hvad en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver kan udlede af mindstekrav nr. 35, og at et krav om 100 % genbrugsmateriale ikke er markedskonformt eller følger naturligt af formuleringen af mindstekravet. Der er således tale om en væsentlig skærpelse af andelen af genanvendt materiale, hvilket ikke er markedskonformt og går ud over, hvad der anses for at være ”Frontløberkriterier” og på forkant i branchen. Ændringen af mindstekrav nr. 35 medførte, at det ikke var muligt for Nutricia at fremlægge den krævede dokumentation, hvorfor Nutricias tilbud blev afvist som ikke-konditionsmæssigt. Kommunernes ændring af udbudsmaterialet har været egnet til både at påvirke potentielle tilbudsgivere og konkret Nutricias muligheder for at blive tildelt kontrakten, hvorfor ændringen af mindstekrav nr. 35 udgør en ændring af grundlæggende elementer.

Kommunerne har gjort gældende, at Kommunerne ikke har ændret mindstekrav nr. 35 i løbet af udbudsprocessen, og at der således ikke er foretaget en ændring af et grundlæggende element i strid med udbudsreglerne. De nordiske kriterier for mere bæredygtig emballage, som Nutricia henviser til, er udviklet af regionerne og ikke af Kommunerne som et ”bibliotek” over mulige kriterier, der kan tilvælges i et konkret udbud. Der er ikke i formuleringen af mindstekrav nr. 35 eller i udbudsmaterialet i øvrigt henvist til kriterierne, ligesom kriterierne heller ikke er vedlagt som bilag. Kommunerne har valgt ikke at henvise til kriterierne i udbuddet, men i stedet at stille skrappe krav til andelen af genanvendt materiale (100 %). Det står Kommunerne frit for at stille disse krav i udbuddet, uanset at Nutricia angiver, at de ikke ønsker ”Frontløberkriterier” på området for genanvendt materiale.

En ordlydsfortolkning af mindstekrav nr. 35 indebærer, at både den tertiære emballage og den yderligere beskyttelse omkring produkterne skal være af

100 % genbrugsmateriale. Der anvendes således ordene ”skal være” og ”skal endvidere være” af genbrugsmaterialer. Der efterlades således ikke noget rum for delvis opfyldelse af kravet. Opfyldelse af kravet er således objektivt konstaterbart og indeholder ikke nogen subjektive elementer. Kravet er således egnet som mindstekrav.

Såfremt klagenævnet alligevel måtte lægge til grund, at Kommunerne ved spørgsmål/svar nr. 208214 har ændret i mindstekrav nr. 35, er der alene tale om en specificering af andelen af genbrugsmateriale. Kommunerne har ikke derved ændret et grundlæggende element ved udbuddet. Nutricia har ikke godtgjort, at ændringen i sig selv kunne have påvirket feltet af potentielle tilbudsgivere.

Ad påstand 6

Nutricia har gjort gældende, at Kommunerne er forpligtet til at afvise tilbuddet fra DanuCare som ikke-konditionsmæssigt, fordi DanuCare tilbyder flere produkter, som ikke opfylder mindstekrav nr. 35 i den tekniske specifikation om anvendelse af 100 % genbrugsmateriale. Flere af de produkter, som DanuCare tilbyder, er produceret af Nutricia og markedsføres i steril tilstand. DanuCare kan således kun ompakke Nutricias produkter, der markedsføres i steril tilstand, hvis DanuCare påtager sig de forpligtelser, som påhviler Nutricia, jf. herved artikel 16, stk. 1 og 2, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/745 af 5. april 2017 om medicinsk udstyr, om ændring af direktiv 2001/83/EF, forordning (EF) nr. 178/2002 og forordning (EF) nr. 1223/2009 og om ophævelse af Rådets direktiv 90/385/EØF og 93/42/EØF. Tilbuddet fra DanuCare er ikke-konditionsmæssigt, fordi DanuCare har ompakket Nutricias produkter til 100 % genbrugsmateriale uden at have påtaget sig alle forpligtelser, som påhviler Nutricia (som fabrikant), da produkterne så ikke vil opfylde mindstekrav nr. 17 i den tekniske specifikation. Alternativt har DanuCare ikke ompakket Nutricias produkter, og produkterne vil derfor ikke opfylde mindstekrav nr. 35.

Primær emballage er den beholder eller indpakning, som en vare kommer i. Når emballagen brydes, nås det endelige produkt. Sekundær emballage kaldes også multipakemballage. Det er emballage, som samler et antal produktenheder i en større enhed, som gør det nemmere at håndtere i forretningen. Fjernes den sekundære emballage ændrer det ikke noget ved varen eller pro-

duktet. Tertiær emballage eller transportemballage, er emballage, som benyttes ved håndtering af varer i transport for at gøre transporten nemmere eller beskytte varen. En rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver må forstå formuleringen ”beskyttelse omkring produkterne” i mindstekrav nr. 35 som en del af den primære emballage, da produkter med behov for yderligere beskyttelse ikke bliver markedsført uden denne beskyttelse i sin indpakning. ”Beskyttelse omkring produkterne” omfatter den emballage, der er nødvendig for at bevare den sterile tilstand for produkter, der markedsføres i steril tilstand.

Dokumentationen fra DanuCare indeholder et forbehold i forhold til mindstekrav nr. 35 i den tekniske specifikation, når det specifikt er anført, at DanuCares underleverandør ikke giver garantier og ikke påtager sig ansvar i forbindelse med brugen af dokumentationen. Det ville være uproblematisk for DanuCares underleverandør at påtage sig ansvar for brugen af dokumentationen, hvis oplysningerne var korrekte. Den modtagne dokumentation fra DanuCare kan ikke udgøre dokumentation for opfyldelse af mindstekrav nr. 35 i den tekniske specifikation, når dokumentationen indeholder det angivne forbehold.

Kommunerne skulle i det mindste have foretaget en effektiv kontrol af oplysningerne i den modtagne dokumentation fra DanuCare, jf. udbudslovens § 159, stk. 3, da angivelsen i den modtagne dokumentation som minimum skaber tvivl om, hvorvidt tilbuddet opfylder mindstekrav nr. 35 i den tekniske specifikation. Kommunerne har således overtrådt udbudslovens § 159, stk. 2, samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til DanuCare uden at have verificeret, at tilbuddet fra DanuCare opfylder de krav, som Kommunerne har fastsat i udbudsmaterialet.

Kommunerne har gjort gældende, at det fremgår af mindstekrav nr. 35, at kravet til genbrugsmaterialer alene omfatter a) den tertiære emballage og b) eventuel yderligere beskyttelse omkring produkterne, hvis der er behov for at pakke produkterne yderligere ind. Mindstekravet anvender betegnelsen ”tertiær emballage”. Mindstekravet omfatter dermed ikke produkternes primære emballering og påvirker ikke produkternes sterile tilstand. Når Kommunerne i svar nr. 208216 henviser til ”den emballage der beskytter produkterne, såfremt der er behov for at pakke produkterne yderligere ind”, kan der ikke meningsfyldt være tale om yderligere primær emballage, da produktet

ikke vil blive markedsført uden den nødvendige beskyttelse i sin indpakning. Der er således ikke nogen konflikt mellem mindstekrav nr. 35 og artikel 16 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/745 af 5. april 2017 om medicinsk udstyr, da reguleringen vedrører forskellige typer af emballering, der ikke har direkte indflydelse på hinanden. Det fremgår af mindstekrav nr. 35, at dokumentation for opfyldelse af kravet skal fremsendes med tilbuddet. Der fremgår ikke noget dokumentationskrav for opfyldelse af mindstekrav nr. 17. DanuCare har i bilag 1, Teknisk specifikation, angivet, at begge krav opfyldes, og har medsendt den krævede dokumentation for opfyldelse af mindstekrav nr. 35. Idet DanuCare i tilbuddet bekræfter opfyldelse af mindstekravene, herunder både mindstekrav nr. 17 og mindstekrav nr. 35, og da de fremlagte produktblade tydeligt dokumenterer, at mindstekrav nr. 35 er opfyldt med en genbrugsandel på 100 %, har Kommunerne ikke haft særlig lejlighed til at foretage en yderligere kontrol af opfyldelsen af mindstekrav nr. 17. Såfremt Klagenævnet vurderer, at Kommunerne har handlet i strid med udbudsloven § 159, stk. 3, har dette ikke haft nogen konkret betydning for udfaldet af udbuddet, da Kommunerne ved en kontrol af oplysningerne ville have fået verificeret, at oplysningerne, som oprindeligt vurderet af Kommunerne, var korrekte.

Retsgrundlaget:

Udbudslovens § 45, stk. 2, har følgende ordlyd:

”Stk. 2. En ordregiver kan i forbindelse med gennemførelsen af udbud, hvor ordregiveren henviser til specifikke produktkategorier, gennemføre tilbudsevalueringen, jf. § 160, på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgivernes tilbudte sortiment.”

Det følger således at udbudslovens § 45, stk. 2, at tilbudsevalueringen kan gennemføres på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i det tilbudte sortiment.

I lovbemærkningerne til bestemmelsen, jf. lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015, er bl.a. anført:

”...

Det fastsættes i bestemmelsens stk. 2, at ordregiveren, i forbindelse med gennemførelsen af sortimentsudbud, kan gennemføre evalueringen, jf. §

160, på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgivernes sortiment.

Hvad der udgør et repræsentativt udsnit baseres på en vurdering af de konkrete forhold, der gør sig gældende i det enkelte tilfælde.

Baggrunden for bestemmelsen er, at det i praksis ikke vil være muligt for ordregiveren at evaluere samtlige varelinjer, hvis ordregiveren har beskrevet kontraktens genstand ved henvisning til produktkategorier af varer eller varianterne heraf.”

Udbudslovens § 160, stk. 1, har følgende ordlyd:

”§ 160. En ordregiver skal i udbudsmaterialet fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. Specifikke parametre i evalueringsmodellen kan afhænge af de indkomne tilbud, men det skal entydigt fastlægges og beskrives på forhånd, hvordan parametrene fastlægges. Parametrene i evalueringsmodellen kan ikke afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.”

Af lovbemærkningerne til bestemmelsen, jf. lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015, fremgår bl.a.:

”Evalueringsmetoden skal være fastlagt på forhånd og være beskrevet klart i udbudsmaterialet. Hermed menes, at ordregiveren skal beskrive metoden på en måde, der gør det klart for de potentielle ansøgere og tilbudsgivere, hvordan ordregiveren vil anvende metoden, således at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen, og således at de potentielle ansøgere og tilbudsgivere ved at sammenholde oplysningerne om evalueringsmetoden med de givne oplysninger om under- og delkriterier har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud, og hvordan tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud. Endvidere medfører offentliggørelsen af evalueringsmetoden, at tilbudsgiverne efterfølgende kan kontrollere, at evalueringen er sket i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringsmetode.”

Bestemmelsen fik sin nuværende formulering ved lov nr. 204 af 5. marts 2019 om ændring af udbudsloven.

Af lovbemærkningerne, jf. lovforslag nr. 125 af 12. december 2018, fremgår om den generelle anvendelse af udbudslovens § 160, stk. 1, bl.a.:

”Beskrivelsen af evalueringsmodellen medfører i forhold til evalueringen af de økonomiske kriterier, at det efter gennemførelsen af udbuddet og på baggrund af de indkomne priser er muligt at konstatere om evalueringsmodellen er anvendt præcis som beskrevet i udbudsmaterialet. Ordregiver kan ikke anvende dele af en evalueringsmodel, der ikke har været beskrevet i udbudsmaterialet. Omvendt kan parametre i en evalueringsmodel afhænge af de indkomne tilbud, men det skal entydigt fastlægges og beskrives på forhånd i udbudsmaterialet, hvordan det vil ske. Parametrene kan ikke afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene. Dette udelukker eksempelvis en beskrivelse i udbudsmaterialet, der indebærer, at ordregiver vurderer, eksempelvis under hensyntagen til visse kriterier, hvordan et parameter i en evalueringsmodel endeligt udformes efter åbning af tilbud. Parametrenes i evalueringsmodellen skal bero på en objektiv konstatering.”

I forbindelse med lovforslagets behandling i Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget anmodede erhvervsministeren om, at de specielle bemærkninger til § 160, stk. 1, 1. pkt., blev præciseret således, jf. udvalgets betænkning af 31. januar 2019 til lovforslag nr. 125:

”Ved sortimentsudbud kan ordregiveren vælge kun at inddrage en (repræsentativ) delmængde af varesortimentet, i det følgende betegnet som varekurv, til at foretage en evaluering af f.eks. tilbuddenes samlede kvalitet. Hvis tilbudsgiverne i disse tilfælde, inden tilbuddene afgives, ikke kun har kendskab til, hvordan denne varekurv udvælges, men også har kendskab til den endelige sammensætning af varekurven, kan det have negative konsekvenser for den samlede pris og kvalitet i tilbuddene. Hvis tilbudsgiverne således på forhånd ved, hvilke varer der vil indgå i evalueringen af den samlede kvalitet, er der – stik imod hensigten med at gennemføre et udbud – incitament til kun at afgive tilbud med f.eks. god kvalitet på den del af varerne, der indgår i evalueringen, og billigere varer med en dårlig kvalitet på den del af varerne, der ikke indgår i evalueringen. Det skal på den baggrund præciseres, at det i forbindelse med sortimentsudbud, hvor f.eks. kvalitetsvurderingen foretages på baggrund af en udvalgt varekurv, således ikke er hensigten med den foreslåede bestemmelse i § 160, stk. 1, 1. pkt., at ordregiveren på forhånd skal oplyse om, hvilke varer der vil danne grundlag for evalueringen ved at indgå i en eventuel varekurv. Bestemmelsen stiller i sådanne situationer alene krav om, at ordregiveren entydigt og klart har beskrevet, hvilken fremgangsmåde der vil blive anvendt til at udvælge varerne i varekurven, således at den endelige sammensætning af varekurven blot vil være en direkte konsekvens af beskrivelsen uden mulighed for efterfølgende ændringer af denne fremgangsmåde. Fremgangsmåden til at sammensætte varekurven skal i øvrigt være egnet til at identificere det økonomisk mest

fordelagtige tilbud, overholde de forvaltningsretlige principper, overholde udbudslovens øvrige regler mv. Såfremt fremgangsmåden til at sammensætte varekurven afhænger af de indkomne tilbud, henvises til lovforslagets § 160, stk. 1, 2. pkt.”

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fremgår af den evalueringsmetode, der er beskrevet i udbudsmaterialet, at ordregiver i forbindelse med tilbudsevalueringen vil foretage et fiktivt standardindkøb ved at udvælge varer fra tilbudsgivers Tilbudsliste, der er sammenlignelige med varerne i varekurven, og at prisen for det fiktive standardindkøb vil udgøre den evalueringstekniske pris.

Denne fremgangsmåde er i overensstemmelse med udbudslovens § 45, stk. 2.

Det er i udbudsmaterialet endvidere beskrevet bl.a., at afgørelsen af, om en vare er sammenlignelig med varen i varekurven, vil ske på baggrund af en vurdering af de tilbudte varers type, størrelse, vægt, dimensioner, materiale, holdbarhed, justerbarhed og formål.

Det er således i udbudsmaterialet præcist beskrevet, ud fra hvilke specifikke parametre sammenligningen vil blive foretaget. Disse parametre er objektivt beskrevet og afhænger ikke af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.

Det forhold, at ordregiver ved udvælgelsen af sammenlignelige produkter på baggrund af i forvejen fastsatte parametre skal foretage et fagligt skøn, medfører ikke, at selve fastsættelsen af parametrene/fremgangsmåden til at sammensætte varekurven afhænger af de indkomne tilbud.

Den beskrevne evalueringsmodel er således fastlagt i overensstemmelse med udbudslovens § 45, stk. 2, og § 160, stk. 1.

Klagenævnet tager herefter ikke påstand 1 til følge.

Ad påstand 5 og 6

Det er i kravspecifikationen fastsat som mindstekrav nr. 35, at tertiær emballage skal være af genbrugsmateriale, og at beskyttelsen omkring produkterne endvidere skal være af genbrugsmateriale.

Kommunerne har som svar på et spørgsmål om, ”hvor stor en del af emballagen der forventes at være af genbrugsmateriale”, oplyst, at ”Genbrugsmaterialet skal være 100 %”.

Kommunerne har endvidere som svar på et spørgsmål om, ”hvad der menes med Beskyttelsen omkring produkterne”, oplyst, at det er den emballage, ”der beskytter produkterne, såfremt der er behov for at pakke produkterne yderligere ind.”

Nutricia har ikke med fremlæggelsen af ”Nordiske kriterier for mere bæredygtig emballage til produkter i sundhedssektoren” eller i øvrigt godtgjort, at betegnelsen ”genbrugsmateriale” er fast defineret i markedet fx ved en fastsat standard eller branchesædvane.

Klagenævnet finder på den baggrund, at Kommunerne ved at oplyse, at ”Genbrugsmaterialet skal være 100 %” har præciseret det fastsatte mindstekrav nr. 35, og at der ikke er tale om en ændring af mindstekravet.

Det følger således af det præciserede mindstekrav nr. 35, at tertiær emballage og den emballage, der beskytter produkterne, såfremt der er behov for at pakke produkterne yderligere ind, skal være 100 % genbrugsmateriale.

Betegnelsen ”emballage, der beskytter produkterne, såfremt der er behov for at pakke produkterne yderligere ind” kan i sammenhængen ikke forstås som en betegnelse for den primære emballage, og der kan derfor ikke af udbudsmaterialet udledes et krav om, at den primære emballage skal være 100 % genbrugsmateriale.

DanuCares underleverandør har oplyst, at den tilbudte emballage lever op til kravet om at være 100 % genbrugsmateriale.

Klagenævnet finder på den baggrund, at tilbuddet fra DanuCare lever op til mindstekrav nr. 17 og mindstekrav nr. 35.

Klagenævnet tager herefter ikke påstand 5 eller påstand 6 til følge.

Ad påstand 3 og 4

Henset til det ad påstand 1, 5 og 6 anførte tager klagenævnet ikke påstand 3 eller påstand 4 til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Nutricia A/S skal i sagsomkostninger til Høje-Taastrup Kommune, Brøndby Kommune, Køge Kommune og Odsherred Kommune betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig