

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets
endelige afgørelse

K E N D E L S E

Nestlé Danmark A/S
(selv)

mod

Region Midtjylland
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Intervenient:
Danone A/S
(advokat Anders Nørgaard, København)

Klagenævnet har den 19. februar 2024 modtaget en klage fra Nestlé Danmark A/S ("Nestlé").

Klagen er indgivet i standstill-perioden, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2.

Region Midtjylland har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-11 og svarskrift med bilag A.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder følgende påstand:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele Nestlé Danmark A/S en uproportionelt høj straf i delaftale 5 vedrørende emballage.”

Nestlé har herefter anført, at ”Klagenævnet for Udbud anmodes om at annullere Ordregiverens beslutning af 7. februar 2024 om at tildele den udbudte delaftale til Danone, derefter skal Ordregiver genevaluere karaktergivningen af Nestlé Danmark A/S’ tilbudte produkt i delaftale 5, og sidst bedes ordregiver om at genberegne udfaldet ud fra ny karaktergivning.”

Klagenævnet har forstået dette som følgende påstand om annullation:

”Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Region Midtjyllands beslutning af 7. februar 2024 om at tildele den udbudte delaftale til Danone.”

Region Midtjylland har nedlagt påstand om, at påstand 1 ikke tages til følge, og at påstand 2 afvises, subsidiært ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 22. februar 2024 meddelt Danone A/S (”Danone”), at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Danone har den 7. marts 2024 anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen, hvilken tilladelse blev meddelt ved klagenævnets brev af samme dato. Danone har ikke udtalt sig vedrørende spørgsmålet, om klagen skal tillægges opsættende virkning.

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 694973-2023 af 13. november 2023, offentliggjort den 15. november 2023, udbød Region Midtjylland som offentligt

(gen)udbud efter udbudslovens afsnit II en rammeaftale med 33 delaftaler om klinisk ernæring og tilhørende utensilier.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår vedrørende delaftale 5, som klagen angår, bl.a.:

”5.1. Delkontrakt: LOT-0007

Titel: 5) Ernæringsdrik, proteinrig og særlig energirig, til voksen
Beskrivelse: Ernæringsdrik, proteinrig og særlig energirig, til voksen

Intern identifikator: 1-23-4-101-8-22

5.1.1. Formål

Kontraktens art: Varer

Yderligere om kontraktens art: Tjenesteydelser

Primær klassificering (cpv): 15882000 Diætetiske produkter

Mængde: 4 liter

5.1.3. Anslået varighed

Varighed: 48 Måned

...

5.1.10. Tildelingskriterier

Kriterium:

Type: Kvalitet

Navn: Kvalitet og funktionalitet

Vægtning (procentdel, præcis): 20

Kriterium:

Type: Kvalitet

Navn: Emballage

Vægtning (procentdel, præcis): 20

Kriterium:

Type: Kvalitet

Navn: Miljø og bæredygtighed

Vægtning (procentdel, præcis): 20

Kriterium:

Type: Pris

Navn: Økonomi

Vægtning (procentdel, præcis): 40”

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

”1.3 Den udbudte genstand og omfang

Udbuddet vedrører Ordregivers indkøb af klinisk ernæring og tilhørende utensilier.

Udbuddet vedrører indkøb af:

- Ernæringsdrikke og sondeernæring: Fuldgyldige præparater, som kan erstatte normalkost eller hospitalskost eller supplerende præparater, som supplerer normalkost eller hospitalskost, herunder standard og special/sygdomsspecifikke præparater,
- utensilier, der anvendes til sondeernæring (sonder, ernæringssæt, sprøjter m.v.)
- duodenal- og mavesonder

operationssæt til anlæggelse af ernæringssonder samt service og konsulentbistand i forbindelse med brugen [af] forannævnte produkter.

Kravspecifikationen, jf. Kontraktbilag 2, indeholder en uddybende beskrivelse af de udbudte produkter.

Udbuddet er opdelt i delkontrakter. Se yderligere pkt. 1.3.1 og 11.3. Det bedes bemærket, at Kontraktbilag 2 indeholder både generelle mindstekrav gældende for alle delkontrakter og specifikke mindstekrav gældende for den enkelte delkontrakt.

...

1.6 Brugergruppe

Ordregiver har i forbindelse med udbuddet etableret en brugergruppe. Brugergruppen er sammensat af repræsentanter for brugerne af de produkter, som er omfattet af udbuddet. Brugergruppen er bl.a. medansvarlig for udarbejdelse af kravspecifikation, fastsættelse af tildelingskriterium og underkriterier samt evaluering af tilbud.

...

8.1 Vareprøver

Vareprøver skal fremsendes til følgende adresse ...

8.2 Afprøvning

Ordregiver forbeholder sig ret til at gennemføre en afprøvning af de tilbudte produkter med henblik på Ordregivers vurdering af tilbud, herunder til konstatering af opfyldelse af mindstekrav og i forbindelse med tilbudsevaluering, såfremt de fremsendte vareprøver ikke i sig selv giver Ordregiver tilstrækkeligt grundlag for sådan vurdering. Ordregiver afgør i forbindelse med tilbudsevalueringen, om og i hvilket omfang afprøvning er fornøden, og Tilbudsgiver skal derfor imødekomme Ordregivers ønske om at få rådighed over et antal vareprøver til dette formål.

...

12 Tildelingskriterium

12.1 Generelt

Identificering af det økonomiske mest fordelagtige tilbud vil ske ved anvendelse af tildelingskriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet” på baggrund af følgende underkriterier og vægtninger:

Delkontrakt 1 - 6.A og 13-15

Underkriterier	Vægtning
Økonomi, jf. pkt. 12.2	40 %
Kvalitet og funktionalitet, jf. pkt. 12.3	20 %
Emballage, jf. pkt. 12.4	20 %
Miljø og bæredygtighed, jf. pkt. 12.5	20 %

...

Evalueringen af de enkelte tilbud i forhold til de kvalitative underkriterier vil ske som anført nedenfor under pkt. 12.3-12.5 ved benyttelse af nedenstående pointskala:

Beskrivelse af trin	Point
Bedst mulige opfyldelse af kriteriet	0
Glimrende/fortrinlig opfyldelse af kriteriet	1
God/meget tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	2
Over middel i opfyldelse af kriteriet	3
Middel/tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	4
Under middel i opfyldelse af kriteriet	5
Mindre tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	6
Utilstrækkelig opfyldelse af kriteriet	7

Der tildeles point for hvert konkurrencekrav i overensstemmelse med ovenstående pointskala. Konkurrencekravene under hvert delkriterium vægter med den angivne vægt. Der beregnes på denne baggrund et pointtal for hvert underkriterium. Pointtallet vil således være et beregnet tal med decimaler.

Den endelige evaluering vil ske ved brug af en prismodel. Ved anvendelse af en prismodel, vil en afvigelse fra bedst mulige opfyldelse af Ordregivers konkurrencekrav blive vurderet som en meromkostning, som vil blive tillagt Tilbudsgivers samlede tilbudssum i evalueringen. Der tillægges altså en evalueringsteknisk omkostning for hvert point, der opnås på ovenstående skala for de kvalitative underkriterier. Størrelsen af denne omkostning bestemmes ud fra et omregningsbeløb, som er beskrevet i det nedenstående. Beregningen sker som følger:

- Et omregningsbeløb identificeres ved at tage gennemsnittet af tilbudspriserne og dividere det med 8 (det maksimale antal point, som kan tildeles på de kvalitative underkriterier).
- For hvert kvalitativt underkriterium ganges de tildelte point (på skalaen fra 8-0) med omregningsbeløbet.
- Dette beløb indgår herefter i det samlede evalueringsbeløb med den vægtning, som fremgår i skemaet ovenfor ud for det pågældende underkriterium.
- Den samlede tilbudssum indgår i det samlede evalueringsbeløb med den vægtning, som fremgår i skemaet ovenfor.
- De vægtede beløb for alle underkriterierne lægges sammen, og tilbuddet [tilbuddene], som herefter har de[t] samlede laveste evalueringsbeløb, er de[t] vindende tilbud og tildeles en kontrakt.

...

12.1.1 Særligt vedrørende tildeling af delkontrakter

Tildelingsvurderingen foretages for hver enkelt delkontrakt for sig.

...

12.4 Emballage

”Emballage” vurderes ud fra de konkurrencekrav, der i henhold til angivelserne i Kontraktbilag 2, specifikt angår ”emballage”.

I Kontraktbilag 2 har Ordregiver angivet, hvad der lægges vægt på i forbindelse med denne vurdering.

Tilbudsgiver skal ved sin besvarelse følge vejledningen i Kontraktbilag 2 (Kravspecifikation).

Udover Tilbudsgiverens besvarelse i Kontraktbilag 2, vil ”emballage” blive vurderet ud fra de fremsendte vareprøver, jf. pkt. 8.1.

Det er angivet i Kontraktbilag 2, hvor tilbudsgiver bedes angive en besvarelse, som indgår i evalueringen. Hvor det er angivet, at evalueringen vil ske på baggrund af vareprøve skal tilbudsgiver ikke afgive en besvarelse (disse celler er låste).

Af Kontraktbilag 2 fremgår af kolonnen ”Vægt” ifm. underkriteriet ”emballage” med hvilken vægt det enkelte konkurrencekrav indgår i den samlede vurdering af ”emballage”.

Af kravspecifikationen (kontraktbilag 2) under fanebladet ”Delkontrakt 5” fremgår bl.a.:

”

PKT.	MK/KK	BESKRIVELSE AF KRAV	TILBUDSGI-VERS BESVA-RELSE	UNDERKRI-TERIUM	VÆGT
...					
KRAV VEDR. EMBALLAGE					
4	KK	Det vægtes positivt, hvis: - Emballagen er nem at åbne og håndtere. Herunder skrue låg af og fjerne folie.	Vurderes på baggrund af vareprøver	Emballage	100,0%

”

Ved tildelingsbeslutning af 7. februar 2024 meddelte Region Midtjylland, at delkontrakt 5 var blevet tildelt Danone. Af det udarbejdede evalueringsnotat af samme dato fremgår vedrørende evalueringen af Nestlés tilbud på delkontrakt 5 bl.a.:

”Region Midtjylland har i relation til underkriteriet Emballage lagt vægt på følgende:

Pkt. 4: Middel opfyldelse af krav.

Det vægter negativt at emballagen er svær og håndtere, da emballagens udformning medfører, at indholdet løber ned af siden efter hældning
- Karakter: 4”

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

Nestlé har ikke fremsat en særskilt anmodning om, at klagen skal tillægges opsættende virkning og har ikke gjort noget gældende til støtte herfor.

Nestlé har imidlertid efter indholdet af det, som er anført ad påstand 1, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Region Midtjylland har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Nestlé gjort gældende, at Region Midtjyllands vurdering og tildeling af 4 point ud af 8 udgør en uproportional negativ bedømmelse af det produkt, som Nestlé havde tilbudt vedrørende delaftale 5, når evalueringskriteriet er, om produktet er nemt at åbne og håndtere.

Det fremgår alene af evalueringsnotatet, at indholdet ”løber lidt”, men der er ikke ved tilbudsevalueringen i øvrigt beskrevet problemer med at skrue låg af, fjerne folie eller andet i forbindelse med håndteringen af emballagen.

Derudover er karaktergivningen ikke konsistent, da Region Midtjylland har givet 3 point til et tilbudt produkt med samme emballage på delkontrakt 2, mens andre lignende flasker får 0 point.

Særligt vedrørende påstand 1 har Region Midtjylland gjort gældende, at proportionalitetsprincippet indebærer, at en ordregivende myndighed ikke i sit udbudsmateriale må opstille krav, der går videre, end hvad der er nødvendigt for at opnå det, der er formålet med kravet. Proportionalitetsprincippet har betydning for den ordregivende myndigheds fastsættelse af egnethedskrav, eksempelvis krav til egenkapital eller omsætning, eller mindstekrav til den udbudte ydelse. En ordregivende myndigheds specifikke karaktergivning i forhold til et kvalitativt underkriterium kan imidlertid ikke udgøre en overtrædelse af proportionalitetsprincippet.

En ordregivende myndighed har et vidt skøn ved evalueringen af tilbud i relation til de kvalitative underkriterier, jf. udbudslovens § 160 og klagenævnets praksis på området. Den ordregivende myndigheds skøn kan kun tilsidesættes, hvis det kan dokumenteres, at skønsudøvelsen er foretaget på et uoplyst eller usagligt grundlag.

Region Midtjylland har angivet i konkurrencekrav 4 for delkontrakt 5 i kravspecifikationen, at det ville indgå i vurderingen af underkriteriet ”Emballage”, om produktets emballage var nem at åbne og håndtere.

Evalueringen af de tilbudte produkter i forhold til det pågældende underkriterium blev foretaget af en brugergruppe bestående af ni personer med sundhedsfaglig baggrund og med erfaring inden for området klinisk ernæring. Brugergruppen konstaterede ved undersøgelse af vareprøven fra Nestlé, at emballagen på produktet var udformet således, at indholdet (en ernæringsdrik) løb ned ad siden efter hældning. Det var relevant og sagligt at inddrage dette ved tilbudsevalueringen.

Nestlé har ikke bestridt, at det tilbudte produkts emballage har den uhensigtsmæssighed, som er blevet inddraget af Region Midtjylland ved evalueringen,

men at uhensigtsmæssigheden ikke har haft en betydning, der skulle resultere i, at Nestlé fik tildelt 4 point svarende til middel/tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet.

Det lå inden for regionens skønsmæssige beføjelser at beslutte, at den uhensigtsmæssige udformning af emballagen på Nestlés produkt skulle resultere i, at Nestlé fik tildelt 4 point i forhold til underkriteriet ”Emballage”. I den anvendte pointskala svarer 4 point til det midterste trin, og vurderingen har ikke været udtryk for en karakter i den dårlige ende af pointskalaen.

Nestlé har oplyst, at den samme emballage er anvendt til de ernæringsdrikke, der er blevet tilbudt på delkontrakt 2 og delkontrakt 5.

Ved tilbudsevalueringen vedrørende delkontrakt 2, som Nestlé fik tildelt, konstaterede brugergruppen, at emballagens udformning medførte, at indholdet løb en smule ned ad siden efter hældning. Nestlé fik tildelt 3 point, svarende til over middel i opfyldelse af underkriteriet ”Emballage” for delkontrakt 2.

De to typer tilbudte ernæringsdrikke på henholdsvis delkontrakt 2 og delkontrakt 5 har forskellig konsistens. Det tilbudte produkt på delkontrakt 2 er en ”saftlignende” ernæringsdrik med en lav viskositet, mens det tilbudte produkt på delkontrakt 5 er en proteinrig og særlig energirig ernæringsdrik med en høj viskositet.

Årsagen til, at brugergruppen tildelte Nestlé forskellige karakterer for underkriteriet ”Emballage” på de to delkontrakter, var en vurdering af, at problemet, med at indholdet løb ned ad siden efter hældning, ikke var lige så stort ved det tilbudte produkt på delkontrakt 2 som ved det tilbudte produkt på delkontrakt 5.

Nestlé blev endvidere for sit tilbudte produkt på delkontrakt 1 tildelt 4 point for underkriteriet ”Emballage”, og dette produkt svarede konsistensmæssigt til det tilbudte produkt for delkontrakt 5.

Brugergruppen har ikke tildelt 0 point til produkter, for hvilke emballagen har uhensigtsmæssigheder tilsvarende dem, som brugergruppen vurderede i forhold til emballagen for det produkt, som Nestlé tilbød på delkontrakt 5.

Tilbudsevalueringen af Nestlés produkt på delkontrakt 5 er foretaget på et sagligt og fuldt oplyst grundlag. Den konkrete tilbudsevaluering er begrundet i et forhold, som har direkte sammenhæng med det kriterium, der er beskrevet i kravspecifikationen vedrørende ”Emballage”. Der er således intet grundlag for, at klagenævnet skal tilsidesætte det vide skøn, som Region Midtjylland har været tillagt ved evalueringen af tilbuddet fra Nestlé i forhold til det kvalitative underkriterium ”Emballage”.

Særligt vedrørende påstand 2 har Nestlé med henvisning til det, der er anført ad påstand 1, gjort gældende, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Nestlé har endvidere anført, at Region Midtjylland efter en annulation skal genevaluere karaktergivningen af Nestlés produkt og foretage genberegning af udfaldet ud fra den nye karaktergivning.

Særligt vedrørende påstand 2 har Region Midtjylland gjort gældende, at klagenævnet ikke har kompetence til at pålægge Region Midtjylland at genevaluere karaktergivningen af Nestlés produkt, ligesom klagenævnet ikke har kompetence til at pålægge Region Midtjylland at genevaluere tilbuddet. Klagenævnet skal derfor afvise påstanden.

Endvidere har Region Midtjylland med henvisning til det, der er anført under påstand 1, gjort gældende, at der ikke er grundlag for annulation af tildelingsbeslutningen.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

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

Klagenævnet udtaler

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

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

opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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

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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

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

Ad Påstand 1

Efter udbudslovens § 160, stk. 1, skal en ordregiver 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.

En evalueringsmetode, der er beskrevet i udbudsmaterialet i overensstemmelse med stk. 1, kan ikke tilsidesættes af klage- og retsinstanter, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet, jf. § 160, stk. 2.

Af forarbejderne til udbudslovens § 160 fremgår bl.a. (jf. lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015):

”Når det gælder vurderingen af, hvor godt tilbuddene opfylder et bestemt under- eller delkriterium, har ordregiveren inden for rammerne af det i udbudsmaterialet oplyste et vidt skøn. Ordregiverens vide skøn kan ikke tilsidesættes, med mindre grænserne for skønnet er overskredet, eller ordregiveren har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. § 2.”

I overensstemmelse hermed har en ordregiver efter klagenævnets faste praksis et vidt skøn ved den kvalitative evaluering af de enkelte tilbud og tildelingen af point, og klagenævnet tilsidesætter alene ordregiverens skønsmæssige vurdering, hvis skønnet er usagligt, hviler på et objektivt forkert grundlag, eller hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens skøn.

Det fremgår af kravspecifikationens pkt. 4 for delkontrakt 5 (angående kravene til emballagen), at det ved evalueringen af de modtagne tilbud ville blive vægtet positivt, hvis produktets emballage var ”nem at åbne og håndtere”, herunder ”skrue låg af og fjerne folie”.

I Region Midtjyllands evalueringsnotat er det om begrundelsen for de tildelte point til Nestlé ved evalueringen af tilbuddet i forhold til underkriteriet ”Emballage” anført, at regionen lagde vægt på, at emballagen på Nestlés produkt var svær at håndtere, da emballagens udformning medførte, at indholdet løb ned ad siden efter hældning.

På baggrund af det anførte om en ordregivers generelt vide skøn ved den kvalitative evaluering sammenholdt med oplysningerne om udbuddets kravspecifikation vedrørende emballage og den gennemførte evaluering, finder klagenævnet, at Region Midtjylland – på det foreløbige foreliggende grundlag – ved sin evaluering af Nestlés tilbud ikke har handlet i strid med proportionalitetsprincippet eller ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2. Det, som Nestlé har anført om evalueringen af delaftale 2, kan ikke føre til en anden vurdering, idet der efter det oplyste er tale om produkter med forskelligt indhold og viskositet. Nestlé er endvidere ikke fremkommet med nærmere oplysninger til støtte for anbringendet om, at ”andre lignende flasker” er blevet tildelt karakteren 0.

Der er herefter ikke på det foreløbige foreliggende grundlag udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Ad påstand 2

Klagenævnet har forstået påstand 2 som en påstand, der alene indebærer, at klagenævnet skal pålægge Region Midtjylland at annullere tildelingsbeslutningen af 7. februar 2024. Der er herefter ikke grundlag for at afvise påstanden.

Under henvisning til det, der er anført vedrørende påstand 1, er der ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

Betingelsen om *fumus boni juris* er derfor ikke opfyldt, og klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jesper Jarnit

Genpartens rigtighed bekræftes.

Mia Cecilie Jørgensen
fuldmægtig