

K E N D E L S E

Dansk Uniform/Chriswear v/Iver Sørensen
(advokat Sarah Kathrine Strøm Pedersen og advokat Thomas Grønkær,
København)

mod

Region Hovedstaden
(advokat Ea Meyer, København)

og

Region Midtjylland
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 172-413665 af 31. august 2020 udbød Region Hovedstaden og Region Midtjylland i et fællesudbud som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale om arbejdsbeklædning til akutberedskabet. Region Nordjylland og Region Sjælland deltog på option. Den anslåede værdi var angivet til 25 mio. kr. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Ved fristen for afgivelse af tilbud den 2. oktober 2020 havde regionerne modtaget tilbud fra fire tilbudsgivere, og tilbuddene fra Dansk Uniform/Chriswear v/Iver Sørensen ("Dansk Uniform") og Hoffmann Firmatøj A/S blev vurderet konditionsmæssige.

Den 12. november 2020 meddelte Region Hovedstaden, at Hoffmann Firmatøj A/S havde afgivet det for ordregiver mest fordelagtige tilbud og var blevet tildelt aftalen. Det fremgår af denne tildelingsbeslutning, at Hoffmann Firmatøj A/S havde opnået 84,85 point af 100 mulige vægtet samlet for pris og kvalitet, mens Dansk Uniform havde opnået 81,67 point.

Dansk Uniform rettede herefter den 18. november 2020 henvendelse til regionerne og gjorde gældende, dels at tilbuddet fra Hoffmann Firmatøj A/S var ukonditionsmæssigt, dels at der var fejl i evalueringen af tilbuddene.

Region Hovedstaden fastholdt, at tilbuddet fra Hoffmann Firmatøj A/S var konditionsmæssigt, men erkendte, at Dansk Uniform i forbindelse med evalueringen af et enkelt konkurrencekrav skulle have været tildelt flere point. Ved tildelingsbeslutning af 20. november 2020 fastholdt regionen imidlertid beslutningen om at tildele aftalen til Hoffmann Firmatøj A/S. Det fremgik ikke, hvilket pointtal Dansk Uniform havde opnået.

Den 23. november 2020 meddelte Region Hovedstaden ”tilbudsgiverne og de berørte aktører” følgende:

”...Vi må desværre aflyse tildeling af kontrakten da der er fundet fejl i udbudsmaterialet.

Der gennemføres en ny udbudsproces.

...”

Efter at Dansk Uniform havde anmodet om en uddybning, meddelte Region Hovedstaden den 24. november 2020:

”...Begrundelsen for aflysning af udbud om indkøb af beklædning til Akutberedskabet er, at Ordregivers kravspecifikation (bilag 1) er fejlbehæftet, således at regionerne ikke har kunnet opnå den forventet kvalitet på den tilbudte beklædning.

...”

Den 1. december 2020 meddelte Region Midtjylland Dansk Uniform, at denne region havde valgt at indgå kontrakt direkte med Hoffmann Firmatøj A/S om levering af ”uniformsgenstande til vores ny tilkommende mandskab, med opstart i primo 2021.”

Den 9. december 2020 indgav Dansk Uniform klage til Klagenævnet for Udbud over Region Hovedstaden og Region Midtjylland. Klagen har været behandlet skriftligt.

Dansk Uniform har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at regionerne har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved uden saglig grund at have annulleret udbuddet vedrørende en rammeaftale om indkøb af beklædning til akutberedskabet i Region Midtjylland og Region Hovedstaden.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere regionernes beslutning af 23. november 2020 om at aflyse udbuddet og træffe afgørelse om, at regionerne ikke kan aflyse udbuddet med den begrundelse, at der ikke er opnået tilstrækkelig konkurrence.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have indgået kontrakt med Hoffmann Firmatøj A/S uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, idet betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 5, ikke er opfyldt.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal erklære kontrakten af 18. december 2020 mellem Region Midtjylland og Hoffmann Firmatøj A/S om levering af uniformer for uden virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1.

Dansk Uniform har desuden taget forbehold for at nedlægge påstand om erstatning.

Regionerne har nedlagt påstand om, at påstand 1 ikke tages til følge, og at påstand 2 afvises, subsidiært ikke tages til følge. Region Midtjylland har vedrørende påstand 3 og 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 9. marts 2021 meddelt Hoffmann Firmatøj A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

Hoffmann Firmatøj A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Ad påstand 1 og 2

Ordregiveren er i udbudsbetingelserne anført som Region Hovedstadens Akutberedskab og Præhospitalet - Region Midtjylland v/Region Hovedstaden. Som kontaktperson er anført strategisk indkøbskonsulent Sanne Marie Hauge, Region Hovedstaden.

Af udbudsbetingelserne fremgår, at tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet, således at pris vægtede 50 % og kvalitet 50 %, fordelt således:

Holdbarhed 10 % (på baggrund af dokumentation og/eller vareprøver testet af brugere), Flexibilitet 10 % (antal, størrelser, dame/herre, vinter/sommer, mulighed for tilpasninger), Komfort 10 % (på baggrund af dokumentation og/eller vareprøver testet af brugere), Funktionalitet 10 % (på baggrund af vareprøver testet af brugere) og Udseende og pasform 10 % (på baggrund af vareprøver testet af brugere).

Til vurderingen af de kvalitative kriterier anvendtes en pointmodel på en skala fra 0-100 point med decimaler. Hvert delkriterium vægtede lige, og der blev tildelt point således, at maksimumpoint 100 svarer til den bedste løsning/besvarelse, 50 point er tilfredsstillende, og 0 point er ikke opfyldt. Der blev tildelt point for hvert krav i hele 10'ere.

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.

”

6.2.Kvalitet og funktionalitet

Generelt er det vigtigt for Ordregiver, at de produkter, som tilbydes, er egnede til formålet, opfylder gældende standarder og normer i forhold til det primære anvendelsesformål

...

De konkrete krav fremgår af nedenstående punkter samt Kravspecifikationen.

Den konkrete vægtning af kvalitet m.v. fremgår af tildelingskriterierne nævnt i pkt. 12.1

6.2.1 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. overensstemmelseserklæring eller certificeringsdokument).

...

6.2.2 Produktdatablade

Produktdatablade skal vedhæftes besvarelsen i CTM efter følgende systematik:

Produktblade uploades i CTM som pdf-filer

...

6.3 Vareprøver

Sammen med tilbuddet bedes sendt 1 sæt vareprøver af samtlige tilbudte genstande til det operative personale og 1 sæt vareprøver af samtlige tilbudte genstande til det administrative personale (i størrelser efter Tilbudsgiver eget valg) mærket med Tilbudsgivers varenummer samt udbuddets positionsnummer til brug for Ordregivers evaluering. Der skal desuden vedlægges produktdatablad sammen med vareprøven.

Der sendes et sæt til både Region Hovedstaden og Region Midtjylland.

Det forventes ikke at tilpasninger i henhold til kravspecifikationen er udført på vareprøverne, så længe tilhørende B-krav kan evalueres.

De tilsendte vareprøver vil blive afprøvet og testet af brugere i Region Hovedstaden og Region Midtjylland og danne grundlag for evaluering.

Ubrugte vareprøver vil blive sendt retur til Tilbudsgiver 3 mdr. efter evaluering og brugte vareprøver vil blive betalt fra Ordregivers side.

...

12. Tildelingskriterium (tilbudsvurdering)

...

12. 3. Kvalitet og funktionalitet

Kvalitet og funktionalitet vurderes på baggrund af vareprøver, fremsendte produktblade, Tilbudsgivers supplerende beskrivelser, jf. krav til produktbeskrivelse i pkt. 6.2 samt øvrige krav og ønsker anført i Krav.

...”

Kravsspecifikationen var inddelt i A-krav og B-krav, hvor A-krav er angivet som mindstekrav, der ”skal opfyldes for at tilbuddet kan tages i betragtning”,

mens B-krav er angivet som konkurrencekrav. Tilbudsgiverne skulle ved afkrydsning angive, om mindstekravene var opfyldt.

I kravsspecifikationen var opstillet i alt 42 konkurrencekrav, der ville blive bedømt efter den beskrevne model. Efterfølgende blev point omregnet ud fra den vægtning, de enkelte konkurrencekrav var blevet tildelt. Summen af alle point fra konkurrencekravene blev herefter lagt sammen og dannede en pointscore for underkriteriet ”Kvalitet.”

Nærmere om de omstridte krav (ad tilbuddet fra Hoffmann Firmatøj A/S)

Mindstekrav (A-krav) 5.1 (Skaljakker) lyder:

”Jakken skal senest på datoen ved første leverance være EN 343 certificeret, hvad angår vandtæthed og åndbarhed. Jakken skal være minimum DS/EN ISO 20471 klasse 2 certificeret, senest på datoen for første levering.”

Ifølge A-krav 3.4 var det et mindstekrav, at alle uniformsdele skulle kunne leveres i størrelserne XS-XXL.

Det fremgår af produktdatabladene i tilbuddet fra Hoffmann Firmatøj A/S, at produktet er certificeret i størrelserne S-5XL.

Mindstekrav (A-Krav) 7.2 (Strømper) lyder:

”Strømperne skal kunne leveres i alle størrelser mellem str. 36 og 47 (begge inkl.). Størrelserne må gerne tilbydes i et interval som f.eks. str. 38-40. Hvert interval må dog ikke spænde over mere end 4 størrelser.”

Det fremgår af produktdatabladene i tilbuddet fra Hoffmann Firmatøj A/S, at strømperne i modellen 50453-912 findes i intervallerne str. 36-38, str. 39-43 og str. 44-48. Intervallerne 39-43 og 44-48 spænder således over 5 størrelser. Strømperne i den tilbudte model 2000-75-09 findes i intervallerne 36-40 samt 40-47, svarende til et spænd på henholdsvis 5 og 8 størrelser.

Dansk Uniform rettede som nævnt den 18. november 2020 henvendelse til regionerne om den manglende opfyldelse af de to mindstekrav i Hoffmann Firmatøj A/S’ tilbud.

Regionerne besvarede henvendelsen således:

”...Hoffmann har til mindstekrav 7.2 svaret "ja" til at mindstekravet er opfyldt. Det er korrekt, at der i produktdatabladene for de nævnte positioner fremgår størrelser med intervaller, der overstiger fire størrelser. Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 12.3, at produktdatabladene skal bruges i vurderingen af "kvalitet og funktionalitet". Produktdatabladene har således ikke til formål at sikre overholdelsen af et mindstekrav. På baggrund af Hoffmanns besvarelse af mindstekrav 7.2 må ordregiver derfor gå ud fra, at mindstekravet overholdes. Dette er også bekræftet ved en teknisk afklaring, jf. § 159, stk. 5.

Konklusion:

Hoffmann opfylder således mindstekrav 7.2.

...

Hoffmann har til mindstekrav 5.1 svaret "ja" til at mindstekravet er opfyldt. Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 12.3, at produktdatabladene skal bruges i vurderingen af "kvalitet og funktionalitet". Produktdatabladene har således ikke til formål at sikre overholdelsen af et mindstekrav. På baggrund af Hoffmanns besvarelse af mindstekrav 5.1 må ordregiver derfor gå ud fra, at mindstekravet overholdes. Dette er også bekræftet ved en teknisk afklaring, jf. § 159, stk. 5.

At Dansk Uniform skønner, at Hoffmann ikke vil kunne nå at få en certificering, er en udokumenteret påstand som regionen ikke tager til følge.

Konklusion

Hoffmann opfylder således mindstekrav 5.1.

...”

Ad tilbuddet fra Dansk Uniform:

Konkurrencekrav 23.4 (Bestillingssystemet) lyder:

”Det vægtes positivt, at bestillingssystemet kan vise leveringsstatus og forventet leveringstid på varerne.”

Det fremgår hertil af Dansk Uniforms besvarelse af konkurrencekravet, at ”Der kan oplyses, hvis en vare er midlertidig udsolgt og om forventet leveringstid.”

Af evalueringsrapporten fremgår, at regionerne har givet Dansk Uniform 0 point vedrørende dette konkurrencekrav. Begrundelsen er ifølge rapporten, at ”Vi giver 0 point da det ikke fremgår af selve bestillingssystemet.”

Dansk Uniform gjorde som nævnt den 18. november 2020 regionerne opmærksom på problemstillingen, og regionerne besvarede henvendelsen den 19. november 2020 således:

”Af Dansk Uniforms besvarelse fremgår det ikke, om leveringsstatus af varer på lager fremgår af bestillingssystemet. Dermed vises leveringsstatus kun for varer, der er midlertidig udsolgt. Dansk Uniform har dermed ikke den bedst mulige besvarelse af konkurrencekravet. Ordregiver erkender, at der kan vises leveringsstatus, men de kan ikke vise den fulde leveringsstatus, hvorfor de heller ikke kan opnå den bedste score, men de bør have mere end 0. En højere score på dette krav vil ikke ændre tildelingsbeslutningen.”

Regionerne har ikke oplyst, hvilken score Dansk Uniform burde have opnået, herunder hvilken betydning den erkendte fejlbedømmelse har haft i forhold til den samlede pointscore.

Dansk Uniform har oplyst at have fået sine vareprøver retur, og at vareprøverne bærer præg af at være uåbnede.

Ad regionernes begrundelse for annullationen

Kravspecifikationens punkt 3.3., punkt 9.2. og punkt 14.1, som indeholder de mindstekrav, der indgår i regionernes efterfølgende begrundelse for annullationen under skriftvekslingen i klagenævns sagen, har følgende ordlyd:

Krav 3.3: ”Der skal i forbindelse med tilbudsafgivelse, sendes 3 stofprøver til Region Hovedstaden og Region Midtjylland, (sammen med vareprøver) på metervarerne, som er benyttet til yderbeklædning. Den ene stofprøve skal være uvasket, de to andre skal være vasket som angivet nedenfor...”

Krav 9.2: ”Der skal tilbydes 2 jakker i henholdsvis farverne marineblå/navy og fluorescerende gul.”

Krav 14.1: ”Der skal tilbydes min. 2 tubestrikkede/vævede halsedisser, henholdsvis med og uden isolerede foer af fx microfiber i farverne mørkblå/navi eller sort.”

Forud for annullationen af udbuddet blev der afholdt et møde mellem Region Hovedstaden og Region Midtjylland, hvor en mulig annullation af udbuddet blev drøftet.

Af en mailstreng af 23. november 2020 mellem medarbejdere i de to regioner, som Region Midtjylland har fremlagt, fremgår indledningsvis (kl. 9.41) af en mail fra en projektleder i Region Hovedstaden til denne regions juridiske konsulent:

”Hej...

Jeg har brug for at vide præcis hvad jeg kan skrive i annulleringen af udbuddet, for at der ikke er mulighed for et juridisk efterspil.

Desuden er jeg i tvivl om efter det du sagde i fredags om, hvem der kommer til at drive ombuddet og tænker at det måske skal stå i annulleringen?”

Det er Region Midtjyllands synspunkt, at beslutningen om annulation udelukkende blev truffet af Region Hovedstaden, der varetog rollen som ansvarlig for gennemførelsen af udbuddet, og at dette fremgår af e-mailstrengen af 23. november 2020, hvorefter en juridisk rådgiver i Region Midtjylland den 23. november 2020 kl. 11.19 skrev følgende til den juridiske rådgiver i Region Hovedstaden:

”Hej alle,

Jeg skal bare lige forstå det rigtigt. I behøver ikke et officielt ok fra RM til annulationen?”

samt dennes svarmail af 23. november 2020 kl. 11.53, hvoraf fremgår:

”Hej ...

Mailen var blot en orientering om, at udbuddet er annulleret, som vi snakkede om i fredags”

Ad påstand 3 og 4

Region Midtjylland havde den 29. januar 2020 besluttet at hjemtage en mindre del af ambulancedriften i regionen, nemlig 9 ambulancer med virkning fra 1. februar 2021, 7 ambulancer med virkning fra 1. marts 2021 og 2 ambulancer med virkning fra 1. april 2021.

I forbindelse med et udbud af ambulancedriften, der blev gennemført i 2020, har Region Midtjylland herudover besluttet at hjemtage en større del af ambulancedriften, således at 60 % af ambulancedriften i Region Midtjylland pr.

1. december 2021, hvor vinderne af det i 2020 gennemførte udbud overtager driften, foretages af Region Midtjylland selv.

Region Hovedstaden, Region Nordjylland og Region Midtjylland havde i juli 2020 ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 134-328915 foranstaltet et fælles udbud af beklædning til akutberedskabet. Dette udbud blev efterfølgende annulleret, da der kun var indkommet ét tilbud, som var 40 % dyrere, end regionerne havde forventet. Årsagen hertil var efter regionernes opfattelse blandt andet, at man i kravsspecifikationen havde fulgt branchevejledningens krav til brandhæmmende stof, som der er et begrænset antal producenter af.

Det fælles udbud af beklædning til akutberedskabet blev herefter genudbudt ved det udbud, som denne sag vedrører, og som Region Hovedstaden annullerede.

Få dage efter annullationen henvendte Dansk Uniform den 25. november 2020 sig til Region Midtjylland og anførte:

”Nu da udbuddet igen er annulleret på grund af fejl i kravsspecifikationerne, så er det hele jo lidt meget presset. Du må sige til hvis vi kan hjælpe, vi arbejder gerne både dag og nat for jer, så I kommer i mål.”

Dansk Uniform har i den forbindelse oplyst, at beklædning til akutberedskabet er en lagervare, hvorfor leveringstiden ville være yderst kort. Dansk Uniform har i gennemsnit haft en leveringstid til Region Midtjylland på 6-7 dage i perioden fra den 1. oktober 2018 til den 1. februar 2021.

Region Midtjylland og Hoffmann Firmatøj A/S indgik ved underskrifter af 17. og 18. december 2020 aftale om levering af beklædning. Kontrakten er gældende i perioden 1. december 2020 til og med den 1. april 2021.

Det fremgår af fremlagte fakturaer i den forbindelse, at Region Midtjylland havde indgået aftale med Hoffmann Firmatøj A/S om levering af ca. 70 startpakker ud af de 200 startpakker, som Region Midtjylland skulle have leveret frem til den 1. april 2021 i henhold til udbudsbetingelserne. Af en faktura af 9. februar 2021, der lyder på 916.420 kr. inkl. moms, fremgår således, at leveringsdatoen var den 7. oktober 2020. Region Midtjylland har hertil oplyst, at Region Midtjylland afgav den første bestilling i henhold til aftalen med

Hoffmann Firmatøj A/S den 11. december 2020, og at det således efter regionens opfattelse beror på en fejl, når det i Hoffmann Firmatøj A/S' faktura af 9. februar 2021 er anført, at leveringsdatoen er 7. oktober 2020.

Om omfanget af Region Midtjyllands indkøb under den kontrakt, der blev indgået med Hoffmann Firmatøj A/S, har Region Midtjylland nærmere oplyst, at Region Midtjylland har foretaget indkøb på kontrakten med Hoffmann Firmatøj A/S ud over den mindstemængde, som regionen ifølge kontrakten havde forpligtet sig til at aftage, og at regionen forventer at afgive yderligere ordrer på en mindre leverance af uniformer mv. til brug for de 2 ambulancer, som hjemtages pr. 1. april 2021.

Klagenævnet har på anmodning modtaget en opgørelse over Region Midtjyllands samlede køb på den kontrakt med Hoffmann Firmatøj A/S, som udløber den 1. april 2021. Det samlede beløb angives at være 2.040.330 kr. ekskl. moms.

Regionerne planlægger efter det oplyste at foranstalte et nyt udbud, som forventes offentliggjort i maj 2021. Region Midtjylland er tovholder på dette udbud, som ud over Region Midtjylland omfatter Region Hovedstaden, Region Sjælland og Region Nordjylland.

Parternes anbringender (idet Region Hovedstaden på regionernes vegne har fremført anbringenderne vedrørende påstand 1 og 2)

Ad påstand 1 og 2

Dansk Uniform har gjort gældende, at en ordregiver som udgangspunkt er berettiget til at annullere et igangværende udbud, medmindre annullationen er usaglig eller i strid med ligebehandlingsprincippet. Annullation er usaglig, hvis annullationen reelt har til formål at tilgodese en bestemt tilbudsgiver, jf. klagenævnets kendelser af 16. februar 2011, Dansk Glas A/S mod Christian Sogns Menighedsråd, og af 24. april 2019, Sagemcom Energy & Telecom SAS mod Vores Elnet A/S.

Regionernes annullation af udbuddet er ikke reelt begrundet i fejl i udbudsmaterialet. Regionerne oplyste således efter beslutningen om annullation, at begrundelsen for aflysningen af udbuddet var, at kravsspecifikationen var fejlbehæftet, således at regionerne ikke kunne opnå den forventede kvalitet

på den tilbudte beklædning. Regionerne har imidlertid ikke påvist et eneste sted i udbudsmaterialet, hvor kravsspecifikationen ikke giver mulighed for at opnå den forventede kvalitet. Hoffmann Firmatøj A/S' tilbud fik 84,85 point ud af 100, mens Dansk Uniform fik 81,67 ud af i alt 100. Det savner derfor mening, at regionerne pludselig ikke skulle kunne opnå den forventede kvalitet. Regionerne har modtaget vareprøver fra tilbudsgiverne for netop at kontrollere kvaliteten. Regionerne valgte på baggrund heraf to gange at tildele kontrakten til Hoffmann Firmatøj A/S. Først efter, at regionerne blev opmærksomme på, at Hoffmann Firmatøj A/S' tilbud var ukonditionsmæssigt, valgte man at annullere udbuddet.

Til støtte for, at annullationen var usaglig, har Dansk Uniform nærmere henvist til regionernes begrundelse i svarkriftet, hvorefter kravsspecifikationen ikke var tilstrækkelig præcis, ”idet tilbudsgiverne havde et manøvrerum indenfor kvalitetskravene, hvilket gav sig udslag i betydelige forskelle i tilbuddenes kvalitet og funktionalitet, uden at Regionerne havde belæg for at afvise tilbuddene som ukonditionsmæssige”, idet regionerne har henvist til krav 3.3 samt krav 9.2 og 14.1.

Om krav 3.3 har regionerne oplyst, at det ikke fremgår af kravet, at stofprøverne skulle indleveres i samtlige farver, jf. krav 4.1 og 5.2, der vedrører yderbeklædning. Ifølge regionerne medførte kravets formulering, at regionerne ikke kunne efterprøve og om fornødent afvise tilbud begrundet i manglende overholdelse af kravsspecifikationens krav 3.3. Kravet beskriver imidlertid tydeligt, at tilbudsgiverne skulle indlevere 3 stofprøver på metervarerne, der var benyttet til yderbeklædning i det indleverede tilbud. Som kravet er beskrevet, indeholder dette således en forudsætning om, at det er samtlige metervarer, der er brugt til yderbeklædningsgenstande og altså dermed også i de forskellige farver, der er blevet tilbudt. At det derudover fremgår af kravsspecifikationen i krav 4.1 og 5.2, at yderbeklædningerne skulle leveres i to forskellige farver, medfører ikke, at krav 3.3 ikke er tilstrækkeligt præcist beskrevet. Som kravet er formuleret, må det forventes, at en almindelig påpasselig og omhyggelig tilbudsgiver ville have forstået kravet. Krav 3.3 er angivet som et mindstekrav. Regionerne kunne derfor naturligvis have efterprøvet og afvist et tilbud på grund af manglende overholdelse af kravet. Såfremt et mindstekrav ikke er opfyldt, skal tilbuddet som overvejende hovedregel afvises som ukonditionsmæssigt. Det forhold, at regionerne angiver ikke at have modtaget 3 stofprøver i de anførte farver fra alle tilbudsgivere, medfører naturligvis ikke i sig selv, at kravsspecifikationen er upræcis, og at

udbuddet derfor skal annulleres. Regionernes anbringende herom svarer til at sige, at hver gang én tilbudsgiver har indleveret et tilbud, der ikke er konditionsmæssigt, skal udbuddet annulleres, fordi det nødvendigvis må betyde, at udbudsmaterialet er upræcist. Såfremt en sådan tankegang lægges til grund, ville antallet af gennemførte udbud være særdeles beskedent.

I regionernes begrundelse angives, at de påståede fejl i udbudsmaterialet medfører ”forskelle i tilbuddenes kvalitet og funktionalitet.” Dette stemmer overens med regionernes uddybende begrundelse for annullationen af 24. november 2020. Årsagen til annullationen var således ifølge både den uddybende begrundelse og svarskriftets indledning altså, at regionerne ikke kunne opnå den forventede kvalitet på den tilbudte beklædning. Opfyldelsen af krav 3.3 i kravsspecifikationen vedrører imidlertid indlevering af stofprøver i en række nærmere angivne farver. Opfyldelsen af kravet har derfor intet med kvaliteten på den tilbudte beklædning at gøre. Der er således ikke overensstemmelse mellem den oprindelige begrundelse og det anførte vedrørende krav 3.3. Kvaliteten er den samme, uanset hvilken farve stoffet er indleveret i. Henvisningen til krav 3.3 har karakter af en efterrationalisering.

Dette støttes ligeledes af, at hverken Hoffmann Firmatøj A/S eller Dansk Uniform har misforstået kravet, da begge tilbudsgivere har opnået 100 point for opfyldelsen af kravet, jf. evalueringsnotatet.

Om krav 9.2 og 14.1 i kravsspecifikationen, der sammen med krav 3.3 indgår i regionernes begrundelse for at annullere udbuddet, har Dansk Uniform henvist til, at begge krav er angivet som mindstekrav i kravsspecifikationen, som derfor skulle være opfyldt for, at tilbuddene kunne tages i betragtning. Regionerne anfører nu, at eftersom kravsspecifikationen ikke indeholdt et krav om vareprøver mv. til dokumentation for overholdelse af mindstekravene 9.2 og 14.1, kunne regionerne ikke efterprøve og afvise de pågældende tilbud som følge af, at produktblade mv. ikke levede op til mindstekravene.

Da det var et mindstekrav, at der skulle leveres 2 jakker i marineblå/navy og fluorescerende gul (krav 9.2) samt 2 tubestrikkede/vævede halsedisser med og uden isoleret foer i henholdsvis mørkblå/navy eller sort (krav 14.1) skulle mindstekravene være opfyldt, for at tilbuddet kunne tages i betragtning. Det forhold, at vareprøver og produktblade tillige kræves i forbindelse med indlevering af et tilbud, ændrer ikke herpå. Regionerne har derfor både været berettiget og forpligtet til at afvise et tilbud, hvis produktbladene viser, at

tilbuddet ikke levede op til mindstekravet, jf. klagenævnets kendelse af 31. januar 2014, Avaleo ApS mod Vejle Kommune.

Endelig har Dansk Uniform med henvisning til, at regionerne har fremlagt en branchevejledning fra 2014 om indsatsbeklædning til ambulancetjeneste, der vedrører det udstyr, som personalet ved ambulancetjenesten behøver for at kunne udføre deres arbejdsopgaver sikkerheds- og sundhedsmæssigt forsvarligt, anført, at bilaget ikke har været en del af udbudsmaterialet, og kravene i udbudsmaterialet adskiller sig på en lang række punkter fra de krav, der er anført i branchevejledningen.

Det tidligere udbud, som regionerne annullerede den 24. august 2020, blev netop annulleret med henvisning til, at der var en uhensigtsmæssighed i kravspecifikationens pkt. 3.8, hvilket havde medført manglende konkurrence og uventede høje priser. Kravspecifikationens pkt. 3.8 havde følgende ordlyd: ”Tilbuddet skal leve op til den nyeste branchevejledning om indsatsbeklædning til ambulancetjeneste udgivet af branchearbejdsmiljørådet for transport og engros i 2014...”. Regionerne udbød herefter på ny indkøbet, men nu uden henvisninger til branchevejledningen. Regionerne havde således netop konkret fravalgt denne som en del af det her omhandlede udbud på baggrund af de erfaringer, som man gjorde sig i første udbud.

Dansk Uniform har vedrørende konditionsmæssigheden af tilbuddet fra Hoffmann Firmatøj A/S nærmere gjort gældende, at det fremgår af tilbuddet, at de tilbudte strømper i modellen 50453-912 spænder over intervaller på 5 størrelser. Vedrørende modellen 2000-75-09 spænder tilbuddet over intervaller på henholdsvis 5 og 8 størrelser. Mindstekrav 7.2 er derfor ikke overholdt.

Af tilbuddet vedrørende skaljakker (mindstekrav 5.1) fremgår, at produktet er certificeret ift. størrelsen S-5XL. Ifølge A-krav 3.4 var det et mindstekrav, at alle uniformsdele skulle kunne leveres i størrelserne XS-XXL. Da størrelse XS således ikke er certificeret, og da det efter Dansk Uniforms opfattelse ikke er muligt for Hoffmann Firmatøj A/S at få en sådan certificering på jakken inden den første leverance uden at levere et helt nyt produkt, lever Hoffmann Firmatøj A/S således heller ikke op til dette mindstekrav.

Udbudslovens § 159, stk. 5, kan ikke anvendes, såfremt det udtrykkeligt af udbudsmaterialet fremgår, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at tilbuddet afvises, jf. udbudslovens § 159, stk. 6.

Alle oplysninger, der er modtaget, herunder bl.a. rapporter, produktblade osv., som er vedlagt som en del af et tilbud, skal inddrages i vurderingen af, om mindstekrav er opfyldt eller ej. Såfremt der er uklarheder i et tilbud i forhold til, hvorvidt et mindstekrav er opfyldt eller ej, skal denne uklarhed komme tilbudsgiver til skade, jf. fx. klagenævnets kendelse af 5. januar 2016, MultiLine A/S mod Århus Universitet.

Hoffmann Firmatøj A/S' tilbud var dermed ikke i overensstemmelse med de fastsatte mindstekrav 5.1 og 7.2, og regionerne skulle derfor have afvist tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Regionerne har ad påstand 1 og 2 gjort gældende, at annullationen er sagligt begrundet med fejl i udbudsmaterialet. Regionerne indså således i forbindelse med tildelingsbeslutningen og i dagene herefter, at kravspecifikationen ikke var tilstrækkelig præcis, idet tilbudsgiverne havde et manøvrerum inden for kvalitetskravene, hvilket gav sig udslag i betydelige forskelle i tilbuddenes kvalitet og funktionalitet, uden at regionerne havde belæg for at afvise tilbuddene som ukonditionsmæssige.

Som et eksempel kan nævnes kravspecifikationens krav om, at der skulle indleveres 3 stofprøver på metervarerne anvendt til yderbeklædning, jf. kravspecifikationens punkt 3.3. Yderbeklædningerne skulle i henhold til kravspecifikationens punkt 4.1 (vinterjakke) og punkt 5.2 (skaljakke) udføres i gul, mens punkt 6.1 (bukser) skulle udføres i både gul og marineblå/navy, men det fremgår ikke af punkt 3.3, at stofprøverne skulle indleveres i alle disse farver. Regionerne modtog således ikke fra alle tilbudsgivere stofprøver i de farver, som i henhold til kravspecifikationen skal anvendes til yderbeklædning, men eftersom kravspecifikationen ikke indeholdt et krav om stofprøver i de nævnte farver, kunne regionerne ikke efterprøve og om fornødent evt. afvise de pågældende tilbud begrundet i manglende overholdelse af kravspecifikationens punkt 3.3.

Af punkt 9.2 i kravspecifikationen fremgår, at der skulle tilbydes 2 soft-shell/microfleece jakker i henholdsvis farverne marineblå/navy og fluorescerende gul. Af punkt 14.1 fremgår, at der minimum skulle tilbydes 2 tubestrikede/vævede halsedisser, henholdsvis med og uden isolerende foer af fx. mi-

krofiber i farverne mørkeblå/navy eller sort. Begge disse krav er i kravspecifikationen angivet som mindstekrav. Tilbudsgiverne svarede alle ”ja” til de nævnte mindstekrav.

Regionerne vurderede imidlertid, at mindstekravene i punkt 9.2 og 14.1 ikke var formuleret tilstrækkeligt præcist, således at tilbud ikke kunne efterprøves og evt. afvises som ukonditionsmæssige, når der blev indleveret vareprøver, tegninger eller produktblade, som ikke levede op til mindstekravene, idet regionerne ikke havde stillet krav om vareprøver m.v. til dokumentation for overholdelse af mindstekravene i punkt 9.2 og 14.1. Regionerne vurderede endvidere, at de indkomne tilbud dermed var uensartede og svære at sammenligne.

Som følge af disse uhensigtsmæssigheder annullerede regionerne udbuddet med henblik på at foretage genudbud, hvor mindstekrav og kvalitative kriterier formuleres mere specifikt, og hvor der stilles krav om vareprøver svarende til alle de endelige produkter. Genudbud forventes offentliggjort i foråret 2021.

En ordregiver har som fast udgangspunkt ret til at annullere et udbud, medmindre det sker på et klart usagligt grundlag. Det følger af fast praksis fra såvel klagenævnet som EU-Domstolen, at en ordregiver ikke har en kontraheringspligt. Det følger ligeledes af fast praksis, at klageren har bevisbyrden for, at en annullation af et udbud har været usaglig. Denne bevisbyrde har Dansk Uniform ikke løftet. Tværtimod var regionernes annullation saglig og berettiget.

Forespørgslen i mailstrengen af 23. november 2020 kan ikke tjene som bevis for, at fejl i udbudsmaterialet ikke er den rigtige begrundelse for annullationen af udbuddet. Forespørgslen skal ses i lyset af, at det er Region Hovedstadens erfaring, at aflysningskrivelser skal formuleres helt korrekt og i overensstemmelse med det faktisk hændte.

I et processkrift af 17. marts 2021 har regionerne endelig gjort gældende, at annullationen var sagligt begrundet, fordi det forrige udbud, hvor brancheorganisationens krav indgik i udbudsmaterialet, blev annulleret, da der kun var indkommet ét tilbud, som overskred det forventede budget med 40 %. Baseret på erfaringerne herfra valgte man derfor ved genudbuddet at tage brancheorganisationernes krav ud af udbudsmaterialet. Denne beslutning viste sig

at være uhensigtsmæssig, da de indkomne tilbud ikke indeholdt den ønskede kvalitet, hvorfor Region Hovedstaden på ny annullerede udbuddet.

Region Midtjylland har i tilslutning til Region Hovedstadens bemærkninger i et processkrift af 19. marts 2021 sammenfattende gjort gældende, at Region Midtjylland ikke bestrider, at det ville have været hensigtsmæssigt, såfremt annullationen af udbuddet var sket på et tidligere tidspunkt. Det ændrer dog ikke ved, at annullationen er lovlig. Den uhensigtsmæssige kravsspecifikation, antallet af konditionsmæssige tilbudsgivere, herunder Dansk Uniforms indsigelser vedrørende konditionsmæssigheden af Hoffmann Firmatøj A/S' tilbud, samt den manglende inddragelse af / indarbejdelse af den fremlagte branchevejledning "Indsatsbeklædning til ambulancetjeneste" i kravsspecifikationen er således alle forhold, som viser, at kravsspecifikationen ikke er formuleret optimalt / hensigtsmæssigt.

Den omstændighed, at regionerne valgte at annullere udbuddet med henblik på at genudbyde kontrakten med en mere hensigtsmæssig kravsspecifikation i en situation, hvor der er en tvist om, hvorvidt den vindende tilbudsgiver har afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud, fører ikke til, at annullationen er usaglig.

Det anførte ændrer imidlertid ikke ved, at beslutningen om annullation i sidste instans udelukkende blev truffet af Region Hovedstaden, således som det også fremgår af den fremlagte mailkorrespondance af 23. november 2020.

Endelig har Region Midtjylland bemærket, at realiteten i den afgivne begrundelse for og lovligheden af annullationen understøttes af, at genudbuddet varetages af Region Midtjylland og ikke af Region Hovedstaden.

Vedrørende konditionsmæssigheden af tilbuddet fra Hoffmann Firmatøj A/S har regionerne gjort gældende, at kravspecifikationen er opbygget således, at de pågældende mindstekrav i pkt. 5.1 og 7.2 blot skal besvares af tilbudsgiver med et "ja" eller et "nej". Begge tilbudsgivere har svaret "ja" til begge punkter. Regionerne har ikke stillet krav om dokumentation for opfyldelse af mindstekravene i pkt. 5.1 og 7.2, men har alene i andre sammenhænge anmodet tilbudsgiverne om at indsende produktdatablade.

Om et tilbud overholder et mindstekrav, afgøres alene af en vurdering af tilbuddets indhold sammenholdt med mindstekravenes udformning i udbudsbetingelserne.

Det fremgår af udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, at en ordregiver i tvivlstilfælde skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i et tilbud, og ordregiveren må ikke indgå kontrakt med den vindende tilbudsgiver, hvis ordregiveren før kontraktindgåelsen bliver bekendt med, at tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver er ukonditionsmæssigt.

Det er fastslået i praksis, at ordregivers forpligtelse til at foretage effektiv kontrol ikke gælder i situationer, hvor en tilbudsgiver behørigt har besvaret et mindstekrav og i en anden sammenhæng har indleveret oplysninger, som kan drage opfyldelsen af mindstekravet i tvivl.

Oplysningerne i produktdatabladene hverken dokumenterer eller sandsynliggør – hverken enkeltvis eller samlet – at Hoffmann Firmatøj A/S' oplysninger er fejlagtige, ligesom det bestrides, at indsigelserne modtaget fra Dansk Uniform har skabt tvivl om rigtigheden af oplysningerne i tilbuddet. Som følge heraf har regionerne ikke haft pligt til at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne i Hoffmann Firmatøj A/S' tilbud.

Ved en teknisk afklaring, jf. udbudslovens § 159, stk. 5, blev det afklaret, at tilbuddet fra Hoffmann Firmatøj A/S overholder de mindstekrav, som regionerne har fastsat, idet firmaet over for regionerne har bekræftet, at varerne i kravspecifikationens punkt 7.2 kan leveres i intervaller af 4 størrelser i henhold til mindstekravet, og at varerne i kravspecifikationens punkt 5.1 kan klassificeres i henhold til mindstekravet.

Det bestrides, at regionerne skulle være afskåret fra at gøre brug af § 159, stk. 5. I henhold til § 159, stk. 6, kan stk. 5 ikke anvendes, hvis det af udbudsmaterialet fremgår, at en konkret fejl eller mangel vil medføre, at tilbuddet afvises. Det var dog ikke tilfældet for dette udbud. Der var således ikke fastsat et dokumentationskrav i forhold til overholdelse af mindstekravene i tilbuddet, hvorfor regionerne ikke var afskåret fra ved teknisk afklaring at stille spørgsmål til produktdatabladene.

Tilbuddet fra Hoffmann Firmatøj A/S var således ikke ukonditionsmæssigt, og dette var ikke årsag til annullationen.

Endelig har regionerne gjort gældende, at andet led i påstand 2, hvorefter klagenævnet skal ”træffe afgørelse om, at regionerne ikke kan aflyse udbuddet med den begrundelse, at der ikke er opnået tilstrækkelig konkurrence” under alle omstændigheder skal afvises. Hvis klagenævnet tager Dansk Uniforms påstand 2 til følge og annullerer regionernes beslutning, skal regionerne beslutte, hvorledes man vil lovliggøre udbuddet i den situation. Det kan ikke på forhånd fastlægges, hvorledes regionerne vil gøre dette. Påstandens andet led er en tænkt hypotetisk situation, og klagenævnet kan ikke på forhånd træffe afgørelse om sådanne hypotetiske situationer, men alene om beslutninger, som er truffet.

Ad påstand 3

Dansk Uniform har gjort gældende, at kontrakten mellem Region Midtjylland og Hoffmann Firmatøj A/S ikke kan undtages fra udbudspligten med henvisning til udbudslovens § 80, stk. 5, som er en undtagelsesbestemmelse, som udelukkende må benyttes i helt særlige tilfælde. Af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, som er implementeret ved udbudslovens § 80, fremgår, at de omstændigheder, der kan påberåbes som tvingende grunde, under ingen omstændigheder må kunne tilskrives ordregiveren. Et eksempel på brugen af undtagelsesbestemmelsen i § 80, stk. 5, er den situation, hvor naturkatastrofer kræver øjeblikkelig handling af hensyn til menneskets liv og sundhed. Udbudslovens § 80, stk. 5, finder således ikke anvendelse som led i en reparation af egne fejl. Der er under det fælles udbud fuld identitet mellem regionerne, og Region Midtjylland kan ikke blot henvise til, at den fejlagtige annullation er begået af Region Hovedstaden.

Ordregiveren bærer risikoen og ansvaret for, at der bliver tildelt en ny kontrakt inden udløbet af en tidligere kontrakt, jf. klagenævnets kendelse af 27. september 2018, Staples Denmark A/S mod Aalborg Kommune m.fl. Lykkes det ikke ordregiveren, betyder det ikke, at der blot kan foretages en direkte tildeling med hjemmel i udbudslovens § 80, stk. 5.

Regionerne annullerede udbuddet den 23. november 2020. Såfremt Region Midtjylland havde udbudt kontrakten straks herefter, kunne tilbudsfristen være sat til den 15. december 2020. Efter tilbudsevaluering og standstill-periode kunne regionen således have indgået kontrakt ultimo december 2020,

hvorefter den fornødne beklædning til personalet ville kunne være leveret i forbindelse med opstart af ambulancedriften pr. 1. februar 2021.

Region Midtjylland kunne ligeledes have valgt at foretage en direkte tildeling alene for uniformer i forbindelse med opstarten den 1. februar 2021 og herefter have foretaget et korrekt udbud for opstarten den 1. marts 2021 og den 1. april 2021. Den direkte tildeling ville i et sådant tilfælde have været under tærskelværdien og derfor have været i overensstemmelse med de udbudsretlige regler.

Regionens synspunkt om, at ambulancetjenesten skal have ens uniformer for dermed at sikre genkendelighed, sammenholdt med, at Region Midtjylland allerede har indkøbt uniformerne hos Hoffmann Firmatøj A/S, medfører således, at Hoffmann Firmatøj A/S opnår en konkurrencefordel ved det kommende udbud. Region Midtjylland har hermed reelt foretaget et produktvalg, hvilket betyder, at Dansk Uniform ikke har mulighed for at byde ind på Region Midtjyllands genudbud uden uforholdsmæssige høje omkostninger, da alene én underleverandør – Maskot, som er Hoffmann Firmatøj A/S' underleverandør – kan levere præcis den samme uniform.

Hvis Region Midtjyllands anbringende om genkendelighed lægges til grund, er Region Midtjylland nødsaget til at kassere uniformerne fra Hoffmann Firmatøj A/S, dersom Dansk Uniform og øvrige tilbudsgivere skal have en reel chance i genudbuddet, da regionen ellers ikke vil få ens uniformer.

De tvingende grunde skal være en følge af den uforudsete begivenhed, men heller ikke denne betingelse om årsagssammenhæng er opfyldt. Region Midtjylland har derfor ikke kunnet anvende udbudslovens § 80, stk. 5.

Region Midtjylland har overordnet gjort gældende, at klagenævnet ved sin vurdering af påstand 3 og påstand 4 kan lægge til grund, at Region Midtjylland på kontrakten med Hoffmann Firmatøj A/S foretager indkøb, der overstiger tærskelværdien for kontrakter omfattet af udbudspligten efter udbudslovens afsnit II. Klagenævnet kan desuden lægge til grund, at Region Midtjylland har indgået kontrakten med Hoffmann Firmatøj A/S om levering af beklædning til akutberedskabet i perioden 1. december 2020 til 1. april 2021 på baggrund af en direkte tildeling.

Region Midtjylland gør dog gældende, at Region Midtjylland har været berettiget til at indgå kontrakten med Hoffmann Firmatøj A/S om levering af beklædning til akutberedskabet i perioden 1. december 2020 til 1. april 2021 ved en direkte tildeling i medfør af udbudslovens § 80, stk. 5.

Region Midtjylland har nærmere om baggrunden for den direkte tildeling anført, at beslutningen om annullation udelukkende blev truffet af Region Hovedstaden, der varetog rollen som udbudsansvarlig for gennemførelsen af udbuddet.

På grund af det tidsmæssige pres, som Region Midtjylland var underlagt, kunne Region Midtjylland – uanset at kun 2 af de 4 tilbudsgivere var konditionsmæssige, og uanset at kravsspecifikationen kunne have været mere optimal – se en fordel i at fastholde den truffede beslutning om at tildele kontrakten til Hoffmann Firmatøj A/S.

Region Midtjylland har anført, at dette ikke er udtryk for, at Region Midtjylland ikke deler Region Hovedstadens vurdering af, at kravsspecifikationen ”kunne have været udformet mere optimalt med en deraf følgende bedre konkurrence og en mere kvalificeret tilbudsvurdering.

Ovennævnte er således alene udtryk for, at Region Midtjylland vurderede, at udbuddet – uanset at kravsspecifikationen ubestridt kunne have været formuleret mere hensigtsmæssig med en deraf følgende mere kvalificeret tilbudsvurdering – ikke umuliggjorde en lovlig tildeling af kontrakten.”

Region Midtjylland har videre anført:

”Konsekvensen af, at Region Hovedstaden og Region Midtjylland den 23. november 2020 måtte annullere udbuddet, var, at Region Midtjylland stod med betydelige udfordringer i forhold til indkøb og levering af beklædning til opstart af ambulancedriften, særligt den 1. februar 2021, men også den 1. marts 2021.

Leveringstiden for uniformspakker er således 8-10 uger, når der samtidig tages højde for, at uniformerne er specialfremstillede, og at der ved et førstegangskøb skal laves skabeloner for uniformer, tryk mv. Blandt andet vindjakker bliver således specialtilrettet med påmontering af velcro samt radiostrop og påsætning af logoer samt der bliver lavet patch, skuldermarkeringer og kompetencemærker i 5 variationer. Desuden skal alle

overdele forsynes med Region Midtjyllands logo samt kompetencemærke på ryggen. Endelig skal medarbejderne forud for bestilling af uniformerne mv. have adgang til at prøve beklædningen, således at den rigtige størrelse vælges. Der henvises i den forbindelse også til [Dansk Uniforms] egne leverings- og handelsbetingelser (bilag IID), hvoraf fremgår, at leveringstiden for uniformer til brandvæsenet er 4-6 uger, og for uniformer til musikkorpset 8-10 uger.

Med henblik på at sikre, at Region Midtjylland havde den fornødne beklædning til personalet i forbindelse med opstart af ambulancedriften den 1. februar 2021, var Region Midtjylland derfor nødsaget til meget hurtigt at finde en leverandør, som kunne levere den fornødne beklædning.”

At der forud for Region Hovedstadens annullation af udbuddet blev afholdt et møde mellem Region Hovedstaden og Region Midtjylland, hvor muligheden for at annullere udbuddet blev drøftet, ændrer imidlertid ikke ved, at beslutningen om annullation som anført i sidste instans udelukkende blev truffet af Region Hovedstaden.

Efter udbudsreglerne er der ikke hjemmel til at fastholde et i fællesskab gennemført udbud i en situation som den foreliggende, hvor den udbudsansvarlige ordregiver, Region Hovedstaden, ønsker at annullere udbuddet. Region Midtjylland har således i en sådan situation de facto ikke mulighed for at gennemtvinge en tildelingsbeslutning.

Region Midtjylland fastholder derfor, at det forhold, at regionerne måtte annullere det første udbud, der havde været offentliggjort i juli 2020, i kombination med Region Hovedstadens efterfølgende annullation af det udbud, som denne sag handler om, er så usandsynlig en begivenhed, at Region Midtjylland ikke burde og ikke kunne tage højde for en sådan situation i forbindelse med planlægningen af Region Midtjyllands indkøb af beklædningsgenstande til akutberedskabet.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Som det fremgår af EU-Domstolens og klagenævnets praksis, senest klagenævnets kendelse af 7. april 2021, Urbaser A/S mod Silkeborg Genbrug og

Affald A/S, har ordregiveren efter de udbudsretlige regler ingen kontraheeringspligt. Det følger imidlertid af udbudslovens § 171, stk. 6, jf. stk. 1, nr. 5, at en ordregiver, der annullerer en udbudsprocedure, i underretningen herom til tilbudsgiverne skal angive en begrundelse for, hvorfor udbudsproceduren er blevet annulleret. En ordregiver er berettiget til at annullere et igangværende udbud, såfremt annullationen ikke forfølger et formål, der er i strid med ligebehandlingsprincippet eller på anden måde er usagligt.

Ved bedømmelsen af, om en annullation er saglig og ikke i strid med ligebehandlingsprincippet, er udgangspunktet, at klageren har bevisbyrden for, at ordregiveren har overtrådt udbudsreglerne. I det konkrete tilfælde komplimenteres vurderingen af annullationens lovlighed af, at de to ordregivende regioner ikke har vurderet situationen på samme måde.

Det skal derfor indledningsvis fastslås, at begge regioner i fællesudbuddet er ”den ordregivende myndighed”, og at Region Midtjylland – så vidt ses også ubestridt – er bundet af Region Hovedstadens dispositioner under fællesudbuddet.

Region Hovedstaden har bestridt, at annullationen den 23. november 2020 var foranlediget af Dansk Uniforms henvendelse af 18. november 2020 om konditionsmæssigheden af Hoffmann Firmatøj A/S’ tilbud, idet tilbuddet fra Hoffmann Firmatøj A/S i øvrigt var konditionsmæssigt.

Region Midtjylland, der den 1. december 2020 har valgt at foretage direkte indkøb uden udbud hos Hoffmann Firmatøj A/S, angiveligt fordi denne region var under tidspres på grund af forhold vedrørende udbud af ambulance-driften i regionen, har fremført det synspunkt, at kravspecifikationen muligt kunne have været udformet mere ”hensigtsmæssigt”, men at der efter Region Midtjyllands opfattelse utvivlsomt kunne foretages lovlige indkøb på grundlag af udbudsbetingelserne. Region Midtjyllands synspunkt må forstås således, dels at annullationen var unødvendig, dels at tilbuddet fra Hoffmann Firmatøj A/S var konditionsmæssigt.

Klagenævnet deler ikke regionernes vurdering af tilbuddet fra Hoffmann Firmatøj A/S. De to mindstekrav, som Dansk Uniforms henvendelse drejede sig om, var ikke opfyldt ifølge de produktdatablade, som skulle ledsage tilbuddene. Alle oplysninger, der er modtaget, herunder bl.a. rapporter, produkt-

blade osv., som er vedlagt som en del af tilbudsgivers tilbud, skal efter omstændighederne inddrages i vurderingen af, om mindstekrav er opfyldt eller ej, jf. klagenævnets kendelser af 5. januar 2016, MultiLine A/S mod Aarhus Universitet, og af 31. januar 2014, Avaleo ApS mod Vejle Kommune. Regionerne var således ganske vist ikke forpligtede til at undersøge, om tilbudsgivernes ja-besvarelse med hensyn til mindstekravenes opfyldelse var korrekte, men skulle, da Dansk Uniform henledte opmærksomheden på den manglende opfyldelse af mindstekravene i tilbuddet fra Hoffmann Firmatøj A/S, have afvist tilbuddet. Den ”tekniske afklaring”, som der i øvrigt ikke er oplyst nærmere om, kan ikke føre til andet resultat, jf. udbudslovens § 159, stk. 6.

En annullation af udbuddet begrundet med henvisning til en sådan ukonditionsmæssighed, som ville medføre, at der kun var et antageligt tilbud, ville ikke som udgangspunkt være ulovlig.

Region Hovedstaden og Region Midtjylland annullerede imidlertid udbuddet den 23. november 2020 med den begrundelse, at der var fundet ”fejl i udbudsmaterialet”, og dernæst – i den uddybende begrundelse af 24. november 2020 – med den begrundelse, at regionerne ”ikke havde kunnet opnå den forventede kvalitet på den tilbudte beklædning”. Under skriftvekslingen har regionerne henvist til tre krav i kravspecifikationen, nemlig pkt. 3.3, 9.2 og 14.1, til at understøtte dette synspunkt. Efter at Dansk Uniform under skriftvekslingen havde påpeget svaghederne ved de anførte begrundelser, har Region Hovedstaden endelig den 17. marts 2021 som (ny) begrundelse for annullationen henvist til, at der havde vist sig behov for alligevel at stille krav om ”overholdelse af brancheorganisationens krav” som under et tidligere ligeledes annulleret udbud, uanset at regionerne baseret på erfaringerne fra det først annullerede udbud havde valgt at undlade at stille dette krav ved det her omhandlede genudbud. Denne beslutning viste sig at være uhensigtsmæssig, da de indkomne tilbud ikke indeholdt den ønskede kvalitet, hvorfor Region Hovedstaden på ny annullerede udbuddet, som forventes genudbudt i maj 2021. Udbudsbetingelserne for dette udbud er ikke fremlagt, muligvis fordi de endnu ikke er færdigudarbejdede, og det er således ikke klart, om de indeholder krav om ”overholdelse af brancheorganisationens krav”.

Som anført indledningsvis skal den ordregivende myndighed begrunde sin beslutning om annullation over for tilbudsgiverne. Heri ligger selvsagt, at den begrundelse, som gives, skal være den reelle begrundelse.

Efter den tidsmæssige sammenhæng mellem Dansk Uniforms henvendelse den 18. november 2020 og regionernes annullation af udbuddet den 23. november 2020, sammenholdt med at Region Midtjylland umiddelbart herefter den 1. december 2020 meddelte, at denne region ville foretage indkøb af det udbudte hos Hoffmann Firmatøj A/S, finder klagenævnet, at Dansk Uniform har løftet sin bevisbyrde for, at annullationen reelt var begrundet i den manglende konditionsmæssighed af det vindende tilbud, jf. herved klagenævnets vurdering af Dansk Uniforms indvendinger mod tilbuddet.

Klagenævnet tager derfor påstand 1 til følge, ligesom også annullationspåstanden i påstand 2, 1. led, tages til følge.

Som påstået af regionerne afvises 2. led af påstand 2.

Ad påstand 3

Som anført af Region Midtjylland kan det lægges til grund, at regionen i perioden fra den 1. december 2020 til den 1. april 2021 har foretaget direkte køb hos Hoffmann Firmatøj A/S til en værdi, der overstiger den udbudspligtige tærskelværdi.

Region Midtjylland har med henvisning til udbudslovens § 80, stk. 5, gjort gældende, at indkøbene ikke strider mod de udbudsretlige regler.

Den påberåbte bestemmelse lyder:

”Stk. 5. En ordregiver kan også anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i strengt nødvendigt omfang, hvis tvungende grunde som følge af begivenheder, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling.”

I bemærkningerne til bestemmelsen hedder det:

”Bestemmelsen i *stk. 5* fastslår, at en ordregiver også kan anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i strengt nødvendigt omfang, hvis tvungende grunde som følge af begivenheder, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling.

Tvingende grunde udgør ekstraordinære situationer, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, og som ikke kan tilskrives denne ordregiver, der gør det umuligt at gennemføre en almindelig procedure, selv med forkortede tidsfrister. Dette kan for eksempel være tilfældet, hvor naturkatastrofer kræver øjeblikkelig handling af hensyn til menneskers liv og sundhed. Ved vurdering af, om der er tale om strengt nødvendigt omfang, foretages en vurdering af arten og omfanget af den skade, som kan indtræde, og risikoen for, at den rent faktisk indtræder, hvis udbudsformen ikke anvendes. Betingelsen om, at ordregiveren ikke har kunnet forudse de pågældende tvingende grunde, skal forstås således, at ordregiveren ikke burde have kunnet forudse dette. De omstændigheder der påberåbes som tvingende grunde, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives ordregiveren.

Det er et krav, at den kontrakt, der indgås i medfør af reglen, begrænses til det nødvendige. Kan kontrakten opdeles, omfattes kun de dele af kontrakten, som de tvingende grunde regler.”

Hverken bestemmelsens klare ordlyd eller de dertil knyttede bemærkninger giver rum for en fortolkning, hvorefter Region Midtjylland i den konkrete situation lovligt skulle kunne foretage sit (samlede) indkøb, der overstiger tærskelværdien, hos vinderen af det annullerede udbud.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 4

Det følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1, at kontrakter, der er omfattet af udbudslovens afsnit II, skal erklæres for uden virkning, hvis ordregiveren i strid med EU-udbudsreglerne har indgået kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. dog § 4.

Region Midtjylland har ikke offentliggjort en bekendtgørelse i overensstemmelse med lov om Klagenævnet for Udbud § 4 om den direkte tildeling, og den indgåede kontrakt med Hoffmann Firmatøj A/S skal derfor erklæres for uden virkning.

Efter lovens § 18, stk. 1, skal en kontrakt erklæres for uden virkning for fremtiden. Da kontrakten efter det oplyste udløber den 1. april 2021, giver det ikke mening at fastsætte en skæringsdato.

Efter lovens § 18, stk. 2, nr. 3, skal der herefter fastsættes en alternativ sanktion. Under hensyn til overtrædelsens karakter og til, at kontrakten er fuldt ud gennemført, fastsættes den økonomiske sanktion til 100.000 kr., jf. forarbejderne til lovens § 19, stk. 1-3.

Beløbet skal betales til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. § 19, stk. 4.

Herefter bestemmes:

Region Hovedstaden og Region Midtjylland har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved uden saglig grund at have annulleret udbuddet vedrørende en rammeaftale om indkøb af beklædning til akutberedskabet i Region Midtjylland og Region Hovedstaden.

Regionernes beslutning af 23. november 2020 om at aflyse udbuddet annulleres.

Påstand 2, 2. led, afvises.

Klagenævnet erklærer den kontrakt, som Region Midtjylland har indgået med Hoffmann Firmatøj A/S medio december 2020 om levering af beklædning til akutberedskabet i perioden fra den 1. december 2020 til den 1. april 2021 for uden virkning.

Region Midtjylland skal betale en økonomisk sanktion på 100.000 kr. til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Beløbet skal betales inden 8 uger fra afsigelsen af denne kendelse.

Region Hovedstaden og Region Midtjylland skal in solidum i sagsomkostninger til Dansk Uniform/Chriswear v/Iver Sørensen betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Region Midtjylland skal i sagsomkostninger til Dansk Uniform/Chriswear v/Iver Sørensen betale yderligere 20.000 kr., der ligeledes betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig