

K E N D E L S E

Jensen Denmark A/S
(advokat Maria Gartenmann, København, og advokat Jeppe Lefevre Olsen,
Aarhus)

mod

Region Sjælland
(advokat Claus Berg, København)

Intervenient:
Girbau SA.
(advokat Rikke Munk Rye Andersen, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 122-345712 af 23. juni 2022, offentliggjort den 28. juni 2022, udbød Region Sjælland som udbud med forhandling efter udbudsloven bl.a. en totalentreprise om udførelse af maskinentreprisen i forbindelse med Region Sjællands opførelse af et nyt sygehusvaskeri i Tuse ved Holbæk. I entreprisen indgik bl.a. levering og installation af maskiner til sygehusvaskeriet, test og idriftsætning af vaskeriet samt undervisning af personale.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 19. august 2022 besluttede Region Sjælland at prækvalificere Jensen Denmark A/S ("Jensen") og Girbau SA. ("Girbau").

Efter afholdelsen af et fælles spørgemøde samt forhandlingsmøder afgav både Girbau og Jensen endelige tilbud. Girbau afgav to tilbud, mens Jensen afgav fem tilbud.

Den 19. januar 2023 besluttede Region Sjælland at tildele kontrakten til Girbau.

Efter at standstill-fristen var blevet forlænget til den 17. februar 2023, indgav Jensen den 17. februar 2023 klage til Klagenævnet for Udbud over Region Sjælland. Jensen fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle tillægges opsættende virkning. Den 17. marts 2023 besluttede klagenævnet, at klagen ikke skulle tillægges opsættende virkning, da betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt.

Jensen har nedlagt følgende endelige påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med udbudslovens § 160 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, idet (a) Region Sjælland ikke i udbudsmaterialet på forhånd havde fastsat tilstrækkeligt klare retningslinjer for regionens anvendelse af den sekundære pointmodel i forbindelse med evaluering af de indkomne tilbud for så vidt angår det økonomiske underkriterium, og idet (b) den sekundære pointmodel, som regionen konkret har anvendt i forhold til evalueringen af det økonomiske underkriterium, har givet regionen valgfrihed og har ført til et vilkårligt udfald af evalueringen.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med udbudslovens § 53 samt principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudslovens § 2 ved ikke i udbudsmaterialet at have opstillet nærmere krav til samt retningslinjer for håndtering af sideordnede tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med udbudslovens § 160 samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed

i § 2 ved at lægge vægt på ”test, idriftsætning og indkøring af vaskerianlægget” og ”tidsplan”, idet disse forhold ikke kunne udledes eller rummes af udbudsmaterialets beskrivelser af de kvalitative underkriterier.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Sjællands udbudsmateriale ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, idet (a) Region Sjælland ikke har fastsat de egenskaber, der kræves af ydelsen ”service og vedligehold”, hvilket er i strid med udbudslovens § 40, stk. 1 og 2, og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, idet (b) Region Sjælland ikke har fastsat kriterier for den kvalitative evaluering af ydelsen ”service og vedligehold”, hvilket er i strid med udbudslovens § 160 og § 164 og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, og idet (c) Region Sjælland sammenlignede væsentligt forskellige ydelser vedrørende service og vedligehold uden hensyntagen til de kvalitative forskelle, hvilket er i strid med udbudslovens § 160 og § 164 og gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, og lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 2, idet datoen for standstill-periodens udløb ikke var angivet i Region Sjællands underretning om tildelingsbeslutning af 19. januar 2023.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Sjælland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at afvise Girbaus tilbud som ukonditionsmæssigt, idet Girbau ikke opfyldte udbudsmaterialets krav om, at tilbuddene skulle indeholde CV’er for de tilbudte nøglepersoner.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal annullere Region Sjællands beslutning af 19. januar 2023 om at tildele den udbudte kontrakt til Girbau.

Region Sjælland har erkendt overtrædelsen i påstand 2 og 5 samt delvist overtrædelsen i forhold 1 (påstand 1(a)). Regionen har nedlagt påstand om, at påstand 1(b), 3, 4, 6 og 7 ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 20. februar 2023 meddelt Region Sjællands kontrakt-part, Girbau, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Girbau har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen, men har ikke afgivet processkrift.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 23. juni 2022 indeholder bl.a. følgende:

”II.1.1) **Betegnelse:**

Nyt sygehusvaskeri for Region Sjælland. Entreprise 2 - maskinentreprise.

Totalentreprise

...

II.1.4) **Kort beskrivelse:**

Bygherren, Region Sjælland, har besluttet at der skal opføres et nyt sygehusvaskeri, som erstatning for det vaskeri i Holbæk der nedbrændte i 2018.

Beslutningen er truffet på regionsråds[m]ødet den 8. marts 2022, hvor henholdsvis sagsfremstillinger og beslutninger fremgår af referat fra regionsrådsmødet.

Vaskeriet placeres i Tuse ved Holbæk, i den nordvestlige del af Regionen. Vaskeriet skal supplere regionens vaskeri i Nykøbing Falster, ud fra den hensigt at disse to vaskerier kan det vasketøj der genereres på regionens hospitaler.

Vaskeriet skal servicere regionens hospitaler og dimensioneres til en daglig produktion af minimum 15 tons vasketøj.

II.1.5) **Anslået samlet værdi**

Værdi eksklusive moms: 30 000 000.00 DKK

II.1.6) **Oplysninger om delkontrakter**

Kontrakten er opdelt i delkontrakter: nej

...

II.2.4) **Beskrivelse af udbuddet:**

Projektet er opdelt i 2 totalentrepriser. Entreprise 1, bygningsentreprisen og entreprise 2, maskinentreprise. Herudover er der en samlet bygherreleverance på energicentralen.

Byggeopgaven for entreprise 2, Maskinentreprise omfatter i hovedtræk følgende: Projektering og installation af et samlet vaskerianlæg til en daglig produktion af 15 tons vasketøj.

Projektering og installation af de tilhørende tekniske installationer. Totalentreprisen, entreprise 2, omfatter ikke etablering af

selve bygningen eller tilhørende udearealer, dette henhører under entreprise 1.

Totalentreprisen, entreprise 2, omfatter ikke leverance af energicentralen til brug for vaskeproduktionen, dette henhører udføres som en bygherreleverance.

I entreprise 2 indgår som en del af ydelsen, projekteringsledelse og koordinering med etape 1 og bygherreleverancen vedr. energicentralen.

II.2.5) **Tildelingskriterier**

Prisen er ikke det eneste tildelingskriterium og alle kriterier er udelukkende anført i udbudsdokumenterne.

...

II.2.10) **Oplysninger om alternative tilbud**

Alternative tilbud vil blive taget i betragtning: nej”

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

”3.4 Tilbuddets omfang og form

Tilbuddet skal indeholde udfyldt og underskrevet tilbudsliste, funktionsbeskrivelse, beregninger, stykliste, indretning af vaskeriinstallationen, tidsplan, organisationsdiagram, CV’er mv. og udtalelser, som nærmere beskrevet i de følgende afsnit.

...

3.7 Alternative og sideordnede tilbud

Alternative tilbud accepteres ikke.

Det tillades de bydende at aflevere sideordnede tilbud.

Eventuelle sideordnede tilbud bedømmes hver især efter bestemmelserne i kapitel 4.

...

4. Bedømmelse af tilbud

4.1 Tildelingskriterier

Kontrakten tildeles den tilbudsgiver, der afgiver det økonomisk mest fordelagtige tilbud, vurderet på grundlag af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Ved bedømmelsen anvendes følgende underkriterier med den her angivne vægtning:

Underkriterium 1 – Vaskeriproduktionen, bæredygtighed, funktionel og teknisk værdi	Vægtet 50 %
Underkriterium 2 – Organisation og kompetencer	Vægtet 10 %
Underkriterium 3 – Pris	Vægtet 40 %

4.2 Bedømmelse

Under de enkelte underkriterier foretages vurderingen som beskrevet nedenfor i punkt 4.2.1-4.2.3.

4.2.1 Underkriterium 1 – Vaskeriproduktionen, bæredygtighed, funktionel og teknisk værdi

På grundlag af det projektmateriale tilbudsgiver afleverer og tilbuddets omfang og indhold i henhold til , vurderes forslaget arkitektoniske, funktionelle og tekniske værdi. Der foretages en helhedsvurdering, hvor der lægges særlig vægt på følgende:

- At produktionsflowet i vaskeriet er tilpasset Regions Sjællands behov for opretholdelse af en daglig produktion på 15 tons vasketøj
- At vaskeriet er udlagt til at kunne håndtere de krav og ønsker fra regionens sygehuse – herunder bla. hotelpakker fra Køge Sygehus
- At der er en overkapacitet i vaskeriet som sikrer at daglige hindringer, nedbrud o.l sikrer at vaskeriet kan opretholde en daglig produktion på min 15 tons vasketøj
- At der er en høj grad af automatiseringsgrad i vaskeriproduktionen som sikrer en smidig produktion
- At antallet af vaskeriarbejdere minimeres som følge af manuelt fysisk arbejde minimeres.
- At det fysiske arbejdsmiljø for vaskeriarbejdere tilgodeses i høj grad
- At energiforbruget til produktion af 1 kg færdigt vasketøj er så lavt som muligt som følge af vaskerimaskinernes genbrugsgrad af vand, varme m.v. er optimeret så meget som [muligt]
- At der kan opnås en høj grad af bæredygtig vaskeriprocess
- At kvaliteten af tilbudte anlæg og materialer er høj og den forventede levetid for vaskerimaskinerne og det samlede anlæg er lang.
- At drifts- og vedligeholdelsesmæssige forhold så som betjeningsvenlighed, tilgængelige for rengøring og vedligeholdelse er så høj som mulig
- At der er en høj grad af driftssikkerhed.

4.2.2 Underkriterium 2 – Organisation og kompetencer

På grundlag af fremsendte organisationsdiagram og 1 supplerende beskrivelse, CV'er og udtalelser foretages en samlet vurdering, hvor der især vil blive lagt vægt på:

- at bemanningen i teamet matcher opgaven,
- at medarbejderne i teamet har gode personlige referencer for projektering og installering af erhvervsvaskeri med høj kompleksitet, samt leverance af erhvervsvaskeri i totalentreprise/totalleverance
- at især projekteringslederen og koordinatoren der skal varetage koordineringen og samarbejdet mellem entreprise 1 og entreprise 2, har god erfaring i netop denne disciplin

- at de tilbudte nøglemedarbejders udtalelser dokumenterer høj faglighed og gode samarbejdsevner

4.2.3 Underkriterium 3 – pris

Tilbuddet fastsættes som den af tilbudsgivers tilbudte pris med tillæg af værdien af eventuelle forbehold, der kan og må kapitaliseres.

4.3 Tildeling af point og samlet resultat

Ved bedømmelsen under hvert af underkriterierne 1 og 2 tildeles tilbuddet points fra 0 til 10 efter følgende skala:

9-10: Rigtig god til fremragende løsningsbeskrivelse

7-9: God til rigtig god løsningsbeskrivelse

4-7: Tilfredsstillende til god løsningsbeskrivelse

2-4: Netop acceptabel til tilfredsstillende løsningsbeskrivelse

0-2: Ringe løsningsbeskrivelse med mangler og/eller væsentlige usikkerheder til netop acceptabel løsningsbeskrivelse.

Ved bedømmelsen under underkriterium 3, Pris, tildeles tilbuddene point fra 0 til 10.

Evalueringsmodel – primær model

Tilbuddet med den laveste pris, beregnet som beskrevet under pkt. 4.2.3, tildeles 10 points.

Laveste tilbudssum tillagt 35% gives 0 point. Øvrige tilbud pointgives ved en retlinet interpolation afrundet med 2 decimaler.

Priser der er 35% højere end lavestbydendes pris, gives 0 point. Der gives ikke negative point.

Point tildelt under dette kriterium vægtes i den samlede bedømmelse som angivet under pkt. 4.1

Som vinder af konkurrencen kåres den tilbudsgiver, der efter bedømmelse under ovennævnte underkriterier har opnået det højeste samlede antal vægtede points. Sammenlagte vægtede point angives med 2 decimaler.

Sekundær Evalueringsmodel, pristilbud.

I tilfælde af at pristilbuddene fordeler sig u hensigtsmæssigt i forhold til den i den primære evalueringsmodel opgivne procentsats på 35 %, forbeholder bygherren sig ret til at justere i denne procentsats, for at opnå en mere rimelig bedømmelse af pristilbuddet fra de bydende.

Procentsatsen vil blive justeret i op eller nedadgående retning med interval på 5% point”.

Af et referat fra forhandlingsmøde den 28. november 2022 mellem Jensen og Region Sjælland fremgår om sideordnede tilbud:

”Sideordnede tilbud.

Såfremt tilbudsgiver ønsker at tilbyde flere løsninger, åbner udbudsbetingelserne op for dette. Hvert sideordnede tilbud skal dog være helt entydigt som selvstændigt tilbud, og alle sideordnede tilbud vil blive bedømt efter kriterierne i Udbudsbetingelserne.”

Jensen har fremlagt en ekstraheret løsningsoversigt over Jensens enkelte tilbud (tilbud 1-5), hvoraf fremgår, hvilke løsninger hvert tilbud indeholder. Jensen har endvidere fremlagt en ekstraheret oversigt over, hvad Jensens tilbud i relation til ”Service & Vedligehold” består af. Klagenævnet har modtaget ikke-ekstraherede versioner. Disse oversigter gengives ikke i kendelsen.

Den 19. januar 2023 oplyste Region Sjælland over for tilbudsgiverne, at Girbau havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Af underretningsbrevet fremgår bl.a.:

”Ved tilbudsfristens udløb den 3. januar 2023 var der indkommet tilbud fra 2 tilbudsgivere, som vi nu har gennemgået og vurderet som følger:

Indledningsvist er det konstateret, at alle tilbuddene opfylder de formelle krav i udbudsmaterialet. Dernæst er der foretaget en bedømmelse af de indkomne tilbud med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af bedste forhold mellem pris og kvalitet som nærmere angivet i udbudsmaterialet.

Efter en samlet bedømmelse på grundlag af de i udbudsbetingelserne angivne kriterier, er det vores vurdering, at GIRBAU SA, har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der er tale om sideordnet tilbud 2 – extended.

Resultatet af bedømmelsen under de enkelte kriterier, det samlede resultat og individuelle begrundelser fremgår af vedhæftede bedømmelsesrapport.”

Af bedømmelsesrapporten fremgår om ”Vurdering af prisen”:

”Vurdering af prisen

I forbindelse med de indkomne tilbud, har det vist sig at der er stor spredning i pristilbuddet. Spredningen er så stor at den primære evalueringsmodel ikke kan rumme spredningen.

Udbyder har derfor valgt at anvende den sekundære evalueringsmodel, og har justeret den således at laveste tilbudssum tillagt 75% gives 0 point. Øvrige tilbud pointgives ved en retlinet interpolation afrundet med 2 decimaler.”

Af evalueringsskemaet af de indkomne tilbud fremgår:

”

Karaktergivning:

Placering	Tilbudsgiver	1. Vaskerip. Beredydighed			2. Organisation og kompetence			3. Pris				Samlet karakter				
		Vægtning	Karakter	vægtet karakter	Vægtning	Karakter	vægtet karakter	Tilbudssum	Højere i %	Karakter	Vægtning		vægtet karakter			
Billigste	GIRBAU, tilbud 1. Standard tilbud	50%	4	2												
2. Billigste	JENSEN tilbud 2.1	50%	5	2,5				10%	2,5	0,25	75.085.000,00	27,92	6,28	40%	2,51	5,26
3. Billigste	GIRBAU tilbud 2, sideordnet, extended	50%	7,5	3,75				10%	1,5	0,15	75.497.865,00	28,62	6,18	40%	2,47	6,37
4. Billigste	JENSEN tilbud 2.2, sideordnet	50%	7	3,5				10%	2,5	0,25	81.080.000,00	38,13	4,92	40%	1,97	5,72
5. Billigste	JENSEN tilbud 2.3, sideordnet	50%	8	4				10%	2,5	0,25	91.390.000,00	55,70	2,57	40%	1,03	5,28
6. Billigste	JENSEN tilbud 2.4, sideordnet	50%	9	4,5				10%	2,5	0,25	95.690.000,00	63,02	1,60	40%	0,64	5,39
7. Billigste	JENSEN tilbud 2.5, sideordnet	50%	9,5	4,75				10%	2,5	0,25	102.325.000,00	74,33	0,09	40%	0,04	5,04

”

Parternes anbringender (anbringender vedrørende påstand 3, 4 og 6 er udeladt)

Ad påstand 1

Jensen har gjort gældende, at Region Sjællands model for evaluering af underkriteriet ”Pris” er fastlagt og anvendt i strid med udbudslovens § 160 og princippet om gennemsigtighed i udbudslovens § 2, idet regionen ikke på forhånd har fastlagt retningslinjerne for anvendelsen af den sekundære evalueringsmodel.

Det er uklart, hvornår Region Sjælland kunne vælge at gøre brug af den sekundære evalueringsmodel, og hvor meget regionen kunne vælge at justere procentsatsen (hældningen) på 35 % med, herunder i enten op- eller nedadgående retning. Regionen har således ladet anvendelsen af den sekundære evalueringsmodel bero på en subjektiv vurdering frem for objektive kriterier.

Region Sjælland havde i udbudsbetingelserne lagt op til anvendelse af to gensidigt udelukkende evalueringsmodeller for så vidt angik underkriteriet ”Pris” (en primær og en sekundær model). Alle tilbud kunne rummes inden for den primære model, herunder også tilbud med en pris, der var 35 % højere end lavestbydendes pris, idet disse tilbud blot ville blive tildelt 0 point.

I forhold til anvendelsen af den sekundære model er det ikke nærmere beskrevet i udbudsmaterialet, hvornår pristilbuddene fordelte sig uhensigtsmæssigt, ligesom det ikke var beskrevet, hvad der skulle betragtes som en mere rimelig bedømmelse. Dermed fik regionen mulighed for at beslutte, hvornår spændet skulle udvides eller indskrænkes, og hvor meget det i givet fald skulle udvides eller indskrænkes med.

Det har således ikke været muligt for tilbudsgiverne at kontrollere, hvorvidt Region Sjælland har overholdt den evalueringsmetode, som var fastsat i udbudsbetingelserne. Det har heller ikke været muligt at efterprøve, om pristilbuddene har fordelt sig uhensigtsmæssigt, og det kan ikke efterprøves, om udvidelsen af spændet til 75 % har medført en mere rimelig bedømmelse.

Region Sjællands anvendelse af den sekundære evalueringsmodel har konkret haft betydning for identifikationen af det vindende tilbud fra en model med et absolut spænd til et spænd, der er vilkårlig fastsat af regionen, som tydeligt ses ved at sammenholde resultatet af evalueringen efter de to pointmodeller:

	Spænd 35 %	Spænd 65 %	Spænd 75 %	Spænd 165 %
Girbau tilbud 1	6,15	6,15	6,15	6,15
Jensen tilbud 2.1	3,56	4,89	5,26	6,07
Girbau tilbud 2	4,63	5,99	6,37	7,21
Jensen tilbud 2.2	3,75	5,21	5,72	6,83
Jensen tilbud 2.3	4,25	4,54	5,28	6,90
Jensen tilbud 2.4	4,75	4,75	5,39	7,22

Jensen tilbud 2.5	5,00	5,00	5,04	7,20
--------------------------	------	------	------	------

Girbaus tilbud 1 ville således have vundet udbuddet ved anvendelse af den primære pointmodel (spænd 35 %). Girbaus tilbud 2 vandt dog udbuddet ved anvendelse af den sekundære pointmodel. Var spændet derimod eksempelvis blevet udvidet til 165 % eller derover, ville Jensens tilbud 2.4 have vundet.

Region Sjællands anvendelse af den sekundære pointmodel har konkret haft betydning for tildelingsbeslutningen, idet udfaldet af evalueringen ved regionens anvendelse af den sekundære pointmodel blev et andet, end hvis regionen alene havde anvendt den primære model. Det har ingen betydning, at den vindende tilbudsgiver er den samme. Afgørende er, at det vindende tilbud ikke er det samme, og at regionen således ved sin ulovlige anvendelse af den sekundære pointmodel har tildelt aftalen til et tilbud, som er ca. 30 % dyrere end det tilbud, som ville have vundet, hvis regionen havde anvendt den primære pointmodel.

Region Sjælland har erkendt at have handlet i strid med udbudslovens § 160 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 som følge af, at der ikke var fastsat tilstrækkeligt klare retningslinjer i udbudsmaterialet for regionens anvendelse af den sekundære pointmodel ved evaluering af tilbudspriserne og som følge af den valgfrihed, som den sekundære pointmodel indebar for regionen.

Region Sjælland har dog bestridt, at den sekundære pointmodel ikke var saglig og har ført til et vilkårligt udfald af evalueringen. Det følger af den sekundære model, at der ikke var tale om et vilkårligt udfald til trods for den valgfrihed, som udbudsbetingelserne lagde op til. Tilpasningen af bedømmelsesintervallet på 35 % blev ifølge den primære pointmodel blot rent matematisk ekstrapoleret, sådan at samtlige tilbud blev placeret inden for pointskalaen. Det var således alene tilbud, der indeholdt den højeste pris, som ramte nulpunktet i den lineære pointskala. Den primære evalueringsmodel indebar, at fire ud af de fem sideordnede tilbud afgivet af Jensen faldt uden for bedømmelsesintervallet på 35 % og ville have fået 0 point. Jensens fire sideordnede tilbud uden for bedømmelsesintervallet på 35 % var således henholdsvis 38,13 %, 55,70 %, 63,02 % og 74,33 % højere end laveste tilbudssum. Ved anvendelsen af den sekundære model opnåede Jensen rent faktisk point.

Girbau ville have vundet udbuddet efter den primære evalueringsmodel, uanset om kun de ordinære eller tillige de sideordnede tilbud indgik i tilbudsbedømmelsen. Girbau ville også efter den sekundære pointmodel under alle omstændigheder vinde udbuddet. En mulig hypotetisk alternativ, sekundær pointmodel ville under ingen omstændigheder kunne medføre, at Jensen vandt udbuddet, idet dette ville have krævet en forøgelse af bedømmelsesintervallet fra 35 % til 164 %. En så betydelig udvidelse af bedømmelsesintervallet ville utvivlsomt have været i strid med udbudslovens § 165 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, idet en så flad hældningskurve på priskriteriet ville have gjort priskriteriet og vægtningen deraf illusorisk.

Ad påstand 2

Jensen har gjort gældende, at det ikke var gennemsigtigt i udbudsmaterialet, hvordan tilbudsgiverne skulle afgive sideordnede tilbud, og at brugen af sideordnede tilbud gav mulighed for spekulation og konkret medførte en meget stor påvirkning af evalueringsmodellen i strid med udbudslovens § 53 og principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudslovens § 2.

En ordregiver, der anvender sideordnede tilbud i et udbud, skal beskrive de krav, som de forskellige sideordnede tilbud skal opfylde. Region Sjællands udbudsmateriale indeholdt ikke sådanne beskrivelser, herunder om hvor mange sideordnede tilbud en tilbudsgiver måtte afgive og om, hvordan tilbuddene skulle adskille sig fra hinanden. Tilbudsgiverne kunne således afgive forskellige tilbud efter egne ønsker. Konkret medførte det, at flere tilbud fra samme tilbudsgiver påvirkede evalueringsmodellen i ekstrem grad.

Jensen forsøgte under udbudsprocessen at få Region Sjælland til at forklare eller beskrive, hvad regionen ønskede at indkøbe. Det fik Jensen ikke entydigt svar på, hvilket også afspejler sig i Jensens fem tilbud, hvor der var vedlagt en ”løsningsoversigt over de enkelte tilbud”, hvoraf det fremgår, at Jensen havde tilbudt fem forskellige løsninger med forskelligt fokus. De mange tilbud er udtryk for, at det for Jensen ikke har været tydeligt, hvad regionen konkret ønskede at købe, herunder om regionen f.eks. ville gå på kompromis med kvalitet mod en højere pris.

En model, hvor tilbudsgivere kan afgive flere, selvafgrænsede tilbud med meget forskellig kvalitet og pris, og som alle evalueres i den samme model,

giver stor risiko for spekulation i modellen eller for, at tilbuddenes kvalitative forskelle påvirker evalueringen af kriteriet ”pris” uhensigtsmæssigt. En tilbudsgiver kan således afgive både et billigt og et meget dyrt tilbud og derved øge spredningen på priserne i et forsøg på at flade prisevalueringskurven ud, således at pris får mindre betydning i evalueringen, end det burde have. En sådan model er uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud og er dermed i strid med de grundlæggende udbudsretlige principper, når udbudsmaterialet mangler beskrivelser og rammer for både afgivelsen og evalueringen af sådanne sideordnede tilbud.

Region Sjælland har erkendt overtrædelsen.

Ad påstand 5

Jensen har gjort gældende, at Region Sjælland ved tildelingsbeslutningen af 19. januar 2023 har tilsidesat sin begrundelsespligt ved ikke præcist at have angivet en dato for, hvornår standstill-perioden udløb, jf. udbudslovens § 171, stk. 4, 1. pkt., og lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 2, 2. pkt.

Det fremgår alene af Region Sjællands tildelingsbeslutning, at standstill-perioden udløb 10 kalenderdage efter udsendelsen af ”nærværende meddelelse.”

Jensen har henvist til klagenævnspraksis, herunder bl.a. kendelse af 13. december 2019, Iron Mountain A/S mod Lægemiddelstyrelsen.

Region Sjælland har erkendt overtrædelsen.

Ad påstand 7

Jensen har overordnet gjort gældende, at overtrædelserne i påstand 1-4 og 6 medfører, at Region Sjællands tildelingsbeslutning skal annulleres, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Overtrædelserne har haft direkte indflydelse på Region Sjællands tildelingsbeslutning, da de har bevirket, at evalueringen er foretaget på en uigennemsigtig måde og på en anden måde end det, der var oplyst i udbudsmaterialet, og som en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver kunne forvente.

Evalueringen er endvidere ikke foretaget på en måde, der er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Overtrædelsen i påstand 1 må anses som en væsentlig overtrædelse, der har haft konkret betydning for tildelingsbeslutningen. I overensstemmelse med fast praksis fra Klagenævnet for Udbud vil ordregivers anvendelse af en uegnet og dermed ulovlig evalueringsmodel føre til, at ordregivers beslutning om tildeling må annulleres, jf. herved bl.a. kendelse af 9. januar 2019, Wedel Installation ApS mod Københavns Kommune. Det er objektivt konstaterbart, at Region Sjællands evalueringsmodel og den dertilhørende vilkårlighed og valgfrihed har haft betydning for regionens tildelingsbeslutning.

Overtrædelsen i påstand 2 har ligeledes været væsentlig og har konkret haft betydning for tildelingsbeslutningen. Region Sjællands faktiske udbudsmodel, hvor tilbudsgiverne har afgivet flere tilbud, har i sammenhæng med regionens sekundære pointmodel ført til, at tilbuddene blev vilkårlige og blev evalueret vilkårligt. Konsekvensen af denne vilkårlighed, som er udtryk for et uigennemsigtigt og uhensigtsmæssigt indkøb, må være, at Region Sjællands tildelingsbeslutning annulleres.

En annullation af tildelingsbeslutningen vil ikke kunne medføre betydelige sundhedsmæssige, logistiske og økonomiske skadevirkninger for Region Sjælland.

Region Sjællands henvisning til de udbudsretlige regler som en hindring for, at den midlertidige ordning hos den eksterne leverandør kan fortsætte, kan ikke føre til, at regionen kan indgå en ulovlig aftale. Der findes adskillige private aktører, der kan varetage vaskeriopgaverne fremadrettet indtil et genudbud er på plads. Tilsvarende gør sig gældende i relation til risikoen for driftsnedbrud grundet overbelastning af vaskeriet i Nykøbing Falster. Både Region Nordjylland, Region Syddanmark, Region Midtjylland og Region Hovedstaden (de to sidstnævnte delvist) har udliciteret deres sygehusvaskeriopgaver til private aktører. I øvrigt giver tidsperspektivet for gennemførelsen af vaskeriydelser på det nye vaskeri rigeligt tid til at gennemføre et sædvanligt udbud.

Det er regionen selv, der har valgt at udbyde to særskilte entrepriser (en bygnings- og en maskinentreprise), der er gensidigt afhængige. Det kan derfor også alene være regionens risiko, hvis et af tilbuddene ikke går som planlagt.

Derudover bør problemstillingen relateret til en udskydelse af igangsættelsen af maskinentreprise lavpraktisk kunne håndteres med tidsplansmæssige rammer eller med en pause til bygningsentreprenøren.

Selv om en mindre udskydelse af den planlagte kontraktunderskrivelse angiveligt vil medføre en betydelig økonomisk skadevirkning for regionen, kan dette ikke føre til, at regionen skal have mulighed for at indgå en ulovlig aftale. Det er altid ordregivers egen risiko at være ude i ”god nok tid”. Jensen blev først i juni 2022 kontaktet med henblik på at komme med input i markedsdialogen, dvs. fire år efter branden.

Region Sjælland har overordnet bestridt, at der er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

For det første følger det af overtrædelsernes karakter, at der ikke skal ske annullation af tildelingsbeslutningen. For det andet bør annullation afvises som følge af, at Jensens tilbud var ukonditionsmæssigt både som følge af manglende indlevering af CV’er og manglende aflevering af tidsplan og derfor hverken kunne eller burde have været taget i betragtning.

Særligt overtrædelserne vedrørende påstand 2 (om sideordnede tilbud) kan ikke anses for så alvorlige, kvalificerede eller væsentlige efter en konkret vurdering, at de kan danne grundlag for en annullation af tildelingsbeslutningen. Overtrædelserne er uden konkret betydning for valget af vinder, idet Girbau efter såvel den primære som den sekundære evalueringsmodel ville vinde udbuddet både for så vidt angår de ”ordinære” tilbud og de afgivne ”sideordnede” tilbud. Beskrivelsen af sideordnede tilbud i udbudsbetingelserne og de afgivne sideordnede tilbud har i realiteten karakter af alternative tilbud, og tilbudsgiverne har de facto opfattet det som en mulighed for at afgive alternative tilbud.

Herudover bør annullation af tildelingsbeslutningen afvises, da annullation af tildelingsbeslutningen vil medføre betydelige sundhedsmæssige og økonomiske skadevirkninger.

Siden branden af vaskeriet i Holbæk i 2018 har Region Sjælland løst opgaven vedrørende sygehusvaskeriet midlertidigt ved, at produktionen på regionens eget vaskeri i Nykøbing Falster er øget udover den reelle kapacitet og ved køb af vaskeriydelser hos ekstern leverandør.

Denne midlertidige løsning kan af flere grunde ikke længere opretholdes. For det første er det grundet udbudsretlige regler ikke muligt at fortsætte den midlertidige ordning hos den eksterne leverandør. Desuden er der opstået en væsentlig risiko for driftsnedbrud grundet overbelastning af vaskeriet i Nykøbing Falster. Hertil kommer, at Region Sjællands nye sygehusvaskeri skal servicere det nye SUH Køge (Sjællands Universitetshospital) med vaskeripartikler. Logistiksystemet, der etableres på det nye SUH Køge, skaber behov for at øge antallet af leverede bure og skabe, da disse er betydeligt mindre end de standardvaskerivogne, der benyttes i branchen og i det øvrige Region Sjælland. Ligeledes vil de særlige skabe/bure, som logistikkonceptet kræver, kræve en særskilt produktions-/pakkelinje. Disse særlige krav på det nye sygehus kan hverken varetages af det eksisterende og overbelastede vaskeri i Nykøbing Falster eller af den private midlertidige leverandør.

Det vil derudover ikke være muligt at igangsætte bygningsentreprisen uden samtidig igangsætning af vaskerientreprisen (maskinentreprisen). Det skyldes, at bygningsentreprisen ikke kan udføres, uden at der på forhånd ved projekteringen af denne er taget højde for en række grænseflader mellem bygningen og vaskerimaskinerne. De centrale dele af bygningsentreprenørens projektering og udførelse er helt afhængig af den specifikke maskinløsning, som vinderen af maskinudbuddet har tilbudt.

Selv en mindre udskydelse af den planlagte kontraktunderskrivelse med såvel bygningsentreprenøren som maskinleverandøren vil medføre en betydelig økonomisk skadevirkning for Region Sjælland. Det hænger sammen med, at det for udbetaling af den fulde forsikringssum i forlængelse af branden i 2018 er en betingelse, at opførelsen af det nye vaskeri er fysisk igangsat senest den 12. juni 2023. Sker det ikke, vil forsikringssummen blive reduceret med knap 14 mio. kr. Hertil kommer, at refleksforsinkelsen for kontrahering om bygningsentreprisen som følge af et eventuelt genudbud af maskinentreprisen kan medføre, at regionen vil være forpligtet til også at foretage genudbud af bygningsentreprisen.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

Påstanden angår, om Region Sjælland i udbudsmaterialet på forhånd havde fastsat tilstrækkeligt klare retningslinjer for regionens anvendelse af den sekundære pointmodel ved evalueringen af de indkomne tilbud i relation til underkriteriet ”pris”. Påstanden angår endvidere, om regionens faktiske anvendelse af den sekundære pointmodel har givet regionen valgfrihed med et vilkårligt udfald af evalueringen til følge.

Regionen har erkendt overtrædelsen for så vidt angår påstandens første led (påstand 1a).

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.

Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår bl.a. (lovforslag nr. L 125 af 12. december 2018):

”Formålet med den foreslåede bestemmelse er at styrke den forudgående gennemsigtighed, herunder tilbudsgiveres mulighed for at optimere tilbud. Samtidig understøttes hensynet til ligebehandling af tilbudsgiverne. Med den foreslåede bestemmelse har ordregivere fortsat et vidt skøn i forhold til at fastlægge evalueringsmodellen, men indholdet af alle dele af evalueringsmodellen skal beskrives i udbudsmaterialet.

...

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.

Med parametre forstås eksempelvis hældningsgraden. Hvis ordregiver vælger at lade eksempelvis hældningsgraden i en pointmodel med lineær interpolation være afhængig af de indkomne tilbud, skal det entydigt fastlægges og beskrives på forhånd i udbudsmaterialet, hvordan den endelige hældningsgrad afhænger af de indkomne tilbud.”

Region Sjælland har i udbudsbetingelsernes pkt. 4.1. angivet, at det økonomiske underkriterium ”pris” vægtes med 40 %. I udbudsbetingelsernes pkt. 4.3 er derudover beskrevet evalueringsmetoden for det økonomiske underkriterium. Den primære pointmodel er beskrevet således, at ”laveste tilbuds-sum tillagt 35 % gives 0 point. Øvrige tilbud pointgives ved en retlinet interpolation afrundet med 2 decimaler. Priser, der er 35% højere end lavestbydendes pris, gives 0 point. Der gives ikke negative point.” Derudover fremgår det, at regionen vil anvende en sekundær pointmodel ”I tilfælde af at pristilbuddene fordeler sig uhensigtsmæssigt i forhold til den i den primære evalueringmodel opgivne procentsats på 35 %”. I de tilfælde vil regionen justere i procentsatsen for at opnå en mere rimelig bedømmelse af tilbuddene. Procentsatsen vil blive justeret i op eller nedadgående retning med et interval på fem procentpoint.

Regionen valgte ved evalueringen af underkriteriet ”pris” at anvende den sekundære pointmodel og justerede procentsatsen (hældningen) fra 35 % til 75 %, således at samtlige tilbud blev placeret inden for pointskalaen.

Klagenævnet finder, at der ikke er grundlag for at anse den anvendte hældningsgrad for usaglig eller usædvanlig. Region Sjælland har imidlertid hverken i udbudsbetingelserne eller i udbudsmaterialet i øvrigt angivet noget nærmere om, hvad der lå i udtrykket ”uhensigtsmæssig” i forhold til fordelingen af tilbuddene, eller hvad regionen i givet fald ville lægge vægt på ved fastlæggelsen af hældningsgraden for at opnå en ”mere rimelig bedømmelse”.

Uanset at den valgte hældningsgrad ikke kan anses for usaglig eller usædvanlig, finder klagenævnet, at evalueringsmetoden ikke er beskrevet på en tilstrækkelig klar og gennemsigtig måde således, at det entydigt er fastlagt, hvordan den endelige hældningsgrad ville afhænge af de indkomne tilbud. Region Sjælland har herved haft hel eller delvis valgfrihed ved evalueringen

af tilbuddene i relation til det økonomiske underkriterium ”pris”, idet udfaldet afhang af, hvordan regionen valgte at fastsætte hældningsgraden. Dette understøttes endvidere af de beregninger, som Jensen har foretaget under det anførte ad påstand 1.

Ved den manglende beskrivelse af evalueringsmetoden har Region Sjælland endvidere ikke sikret potentielle ansøgere og tilbudsgivere muligheden for på et præcist grundlag at vurdere, om de ønskede at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud, og hvordan tilbudsgiverne kunne optimere deres tilbud.

Klagenævnet tager på den baggrund påstanden til følge.

Det forhold, at den vindende tilbudsgiver endte med at være den samme – dog med et andet tilbud – kan ikke føre til et andet resultat, idet udbudsbetingelserne for så vidt angår anvendelsen af den sekundære pointmodel ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildeling.

Det ændrer heller ikke på resultatet, at Jensens tilbud eventuelt måtte være ukonditionsmæssigt, eller at Jensen under udbudsprocessen ikke anfægtede den manglende beskrivelse af den sekundære pointmodel i udbudsmaterialet.

Påstand 2 og 5

Region Sjælland har erkendt at have overtrådt udbudslovens § 53 og § 2 (påstand 2) samt udbudslovens § 171, stk. 4, 1. pkt., og lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 2, 2. pkt. (påstand 5).

Klagenævnet tager på den baggrund påstand 2 til følge.

Da sagen ikke angår et udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2014/25/EU), tages påstand 5 alene til følge for så vidt angår udbudslovens § 171, stk. 4, 1. pkt.

Påstand 7

Under henvisning til det anførte under påstand 1 og 2, og da udbudsmaterialet således ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, tages påstanden om annullation til følge. Det, som Region Hovedstaden har anført

om de sundhedsmæssige, logistiske og økonomiske skadevirkninger af en annullation, kan ikke føre til et andet resultat.

Ad påstand 3, 4 og 6

Klagenævnet kan efter lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2, afgøre en sag helt eller delvis. Under hensyn til det, der er anført under påstand 1, 2, 5 og 7, tager klagenævnet ikke stilling til påstand 3, 4 og 6.

Herefter bestemmes

Ad påstand 1

Region Sjælland har handlet i strid med udbudslovens § 160 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, idet (a) Region Sjælland ikke i udbudsmaterialet på forhånd havde fastsat tilstrækkeligt klare retningslinjer for regionens anvendelse af den sekundære pointmodel i forbindelse med evaluering af de indkomne tilbud for så vidt angår det økonomiske underkriterium, og idet (b) den sekundære pointmodel, som regionen konkret har anvendt i forhold til evalueringen af det økonomiske underkriterium, har givet regionen valgfrihed og har ført til et vilkårligt udfald af evalueringen.

Ad påstand 2

Region Sjælland har handlet i strid med udbudslovens § 53 samt principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudslovens § 2 ved ikke i udbudsmaterialet at have opstillet nærmere krav til samt retningslinjer for håndtering af sideordnede tilbud.

Ad påstand 5

Region Sjælland har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, idet datoen for standstill-periodens udløb ikke var angivet i Region Sjællands underretning om tildelingsbeslutning af 19. januar 2023.

Ad påstand 7

Region Sjællands beslutning af 19. januar 2023 om at indgå kontrakt med Girbau SA. annulleres.

Ad påstand 3, 4 og 6

Klagenævnet tager ikke stilling til påstandene.

Region Sjælland skal i sagsomkostninger til Jensen Denmark A/S betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Jesper Jarnit

Genpartens rigtighed bekræftes.

Randi Uhrenholt Johnsen
Kontorfuldmægtig