

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Jørgen Egholm
Thomas Facklamm Jensen)

J.nr.: 2007-0013853

14. februar 2008

K E N D E L S E

Jysk Erhvervsbeklædning ApS
(advokat Mogens Pahl Christensen, Hjørring)

mod

Hjørring Kommune
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse af 30. marts 2007 udbød Hjørring Kommune som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) levering af beklædning til Hjørring Kommunes pleje- og køkkenpersonale bestående af A. uniformsbeklædning til plejepersonale B. overtøj til udkørende plejepersonale, samt C. uniformsbeklædning til køkkenpersonale.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 30. marts 2007, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 22. maj 2007 havde 6 virksomheder afgivet tilbud på uniformsbeklædning til plejepersonale bl.a. Jyden Workwear A/S, Kvintet Hejco ApS og klageren, Jysk Erhvervsbeklædning ApS.

Den 8. juni 2007 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Jyden Workwear A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 29. juni 2007.

Den 15. august 2007 indgav klageren, Jysk Erhvervsbeklædning ApS, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Hjørring Kommune. Klagen har været behandlet på et møde den 30. oktober 2007.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtheds- og ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage et tilbud fra Jyden Workwear A/S, hvor beklædningsoverdelen til plejepersonalet var udformet som en vest i betragtning, uagtet det i tilbudslisten var anført, at overdele skulle være med $\frac{1}{4}$ eller $\frac{3}{4}$ ærmer.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 24, stk. 3, ved ikke i udbudsbetingelserne at beskrive, hvilke mindstekrav alternative bud skulle opfylde.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved ved vurderingen af tilbudene vedrørende hvert af de kvalitative underkriterier at have vurderet tilbudene i forhold til hinanden og ikke at have vurderet tilbudene i forhold til hvert enkelt kvalitativt underkriterium.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige gennemsigthedsprincip ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have angivet, at kontrakten var inddelt i tre delaftaler, uagtet der efter udbudsbetingelserne kunne afgives tilbud på en eller flere delaftaler samt samlet på alle delaftalerne.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 8. juni 2007 om at indgå kontrakt med Jyden Workwear A/S.

Påstand 6

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 169.016 kr. med procesrente fra 15. august 2007.

Indklagede har vedrørende påstand 1 erkendt overtrædelsen af udbudsreglerne og har vedrørende påstand 2 - 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 6, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 5.

Udbudsbekendtgørelsen af den 30. marts 2007 indeholder bl.a. følgende:

»II.1.5. Kortfattet beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/ene:
Beklædning til pleje og køkkenpersonale ved Hjørring Kommune bestående af uniformsbeklædning til plejepersonale og overtøj til udekørende samt uniformsbeklædning til køkkenpersonale.

...

II.1.8. Opdeling i delaftaler:
[Dette punkt er ikke udfyldt]

II.1.9. Alternative tilbud vil blive taget i betragtning:
Nej

...

IV.1.2. Begrænsning af det antal økonomiske aktører, som vil blive opfordret til at afgive tilbud eller deltage:
[Dette punkt er ikke udfyldt]

IV.2.1. Tildelingskriterier:
Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af de nedenfor anførte kriterier:

1. Pris. Vægtning: 60.
2. Funktionalitet og komfort. Vægtning: 30.
3. Kvalitet. Vægtning: 5.
4. Miljø og sundhed. Vægtning: 5.

...«

Af udbudsbetingelserne fremgår følgende:

» 2. Ordrens omfang og kvanta

Det er muligt at byde ind på én eller flere af udbudsgrupperne for beklædningsopgaven.

Hjørring Kommune forbeholder sig ret til at indgå kontrakt med flere leverandører.

Tilbuddet skal mindst omfatte en af de tre nedenstående grupper:

- A. Uniformsbeklædning til plejepersonale (plejecentre og hjemmeplejen)
- B. overtøj til udekørende (hjemmeplejen)
- C. Uniformsbeklædning til køkkenpersonale i Hjørring Kommune.

.....

Antal beklædningsstykker pr. medarbejder:

Plejepersonale (plejecentre og hjemmepleje): Pr. medarbejder tildeles 6 stk. overdele, 6 stk. t-shirts ($\frac{1}{4}$ eller $\frac{3}{4}$ ærme efter personalets eget valg), fire stk. benklæder (lange bukser, piratbukser

eller nederdel efter personalets eget valg).

3. Tilbud

Som tilbudsgrundlag ønskes tilbud på levering af uniforms- beklædning og overtøj jf. tilbudsskema

11. Alternative tilbud

Der accepteres ikke alternative tilbud«.

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud i henhold til de i pkt. 13 nævnte kriterier«, hvor der bl.a. er anført:

» 13. Tildeling af ordre

Leverandørudvælgelsen er baseret på ordrens pris samt vurdering af funktionalitet, komfort, kvalitet, miljø og sundhed.

Leverandørudvælgelsen vil ske individuelt i forhold til de tre beklædningskategorier:

- A. Uniformer plejepersonle
- B. Overtøj plejepersonale
- C. Uniformer køkkenpersonale

Prisen (vægtes med 60 %)

... Der gives 60 point for det laveste tilbud... . For hver påbegyndt % de øvrige tilbud er dyrere i den samlede kontraktspris, fratrækkes 0,6 point.

Funktionalitet og komfort (vægtes med 30 %)

... Der gives 30 point til den tilbudsgiver som efter Hjørring Kommunes vurdering har det tilbud der har den bedste funktionalitet og komfort, derefter fratrækkes point i forhold til Hjørring Kommunes vurdering af dårligere funktionalitet og komfort end tilbudet med den bedste funktionalitet og komfort.

Til denne vurdering påregner Hjørring Kommune at anvende score-skemaer der udfyldes af testpersoner fra pleje- og køkkenområdet.

Kvalitet (vægtes med 5 %)

... Der gives 5 point til den tilbudsgiver, som efter Hjørring Kommunes vurdering har det tilbud, der har den bedste kvalitet, derefter fratrækkes point i forhold til Hjørring Kommunes vurdering af dårligere kvalitet end tilbudet med den bedste kvalitet.

Vurderingen vil blive foretaget i samarbejde mellem Hjørring Kommunes indkøbsansvarlige, repræsentanter fra ældre- og køkkenområdet samt efter kommunens vurdering af behov ved indhentning af specialfaglig ekspertise.

Miljø og sundhed (vægtes med 5 %)

....Der gives 5 point til den tilbudsgiver, som efter Hjørring Kommunes vurdering har det tilbud, der er givet efter de bedste miljø- og sundhedsmæssige hensyn, derefter fratrækkes point i forhold til Hjørring Kommunes vurdering af lavere miljø- og sundhedshensyn.

Vurderingen vil blive foretaget i samarbejde mellem Hjørring Kommunes indkøbsansvarlige, repræsentanter fra ældre- og køkkenområdet samt efter kommunens vurdering af behov ved indhentning af specialfaglig ekspertise.«

I udbudsbetingelserne er bl.a. anført vedrørende punkt 22. »Kravspecifikation«:

»Beklædningen skal i funktionalitet og komfort matche de pågældende erhverv, herunder skal der tages hensyn til beklædningens helårsanvendelse:

Plejepersonalets overdel og jakker skal have lommer, der kan anvendes til opbevaring af håndholdt computer (Qtek 9100) inkl. Etui, mobiltelefon samt nøgler.«

I udbudsbetingelserne punkt 23 »Tilbud på beklædningsdele« er bl.a. anført følgende:

» Leverandøren skal som minimum tilbyde beklædningsdele som opfylder kravene i dette udbudsmateriale.

.....

Hjørring Kommune forbeholder sig ret til at fordele indkøb/leverancerne på op til tre leverandører af henholdsvis uniformer til plejepersonale, overtøj til plejepersonale samt uniformer til køkkenpersonale.«

Som bilag til udbudsbetingelserne var 3 tilbudslister, hvori blandt andet beklædningsdele var anført, og hvor priser pr. beklædningsdel ekskl. moms skulle oplyses. Der fremgår følgende af listen for »beklædningsløsning« for plejepersonale:

»Overdele

Overdel – dame, ¼ ærme...

Overdel – herre, ¼ ærme...

T-shirt, dame, ¼ ærme...

T-shirt dame, ¾ ærme...

T-shirt herre, ¼ ærme...

T-shirt herre, ¾ ærme...

...«

Den 30. april 2007 udsendte indklagede »til leverandører« »uddybende og supplerende spørgsmål og svar jf. offentligt udbud på beklædning til ældreplejen.«

Der er ikke i skrivelsen anført noget om overdelenes udformning, men det fremgår af skrivelsen blandt andet, »at kommunen har ønsket at give den enkelte leverandør størst mulig frihed til at tilbyde og argumentere for en løsning, der som udgangspunkt og betingelse opfylder udbudets konditioner (kravspecifikation punkt 22). Skulle kommunen modtage tilbud, der åbenlyst ikke opfylder udbudets konditioner, vil disse blive afvist. Eksempelvis et tilbud, hvor beklædningen er lavet i et materiale, der i forhold til slitage og udseende ikke vil kunne holde i hele aftaleperioden...«

Af skrivelsen fremgår også, at »der kan gives tilbud på mere end én model i henholdsvis jakker bukser, overdele mv. ... « såfremt de er »tydeligt markeret som adskilte tilbud på hver sin tilbudsliste.«

Potentielle tilbudsgivere stillede under udbudet forskellige skriftlige spørgsmål til indklagede vedrørende udbudet. Ingen af disse spørgsmål angik beklædningsoverdelenes udformning.

Af skrivelse af 8. juni 2007 fra Hjørring Kommune til klageren fremgår, at kommunen ud fra tildelingskriteriet har fundet, at Jyden Workwear A/S i beklædningskategorierne »uniformsbeklædning til plejepersonale« og »overtøj til udkørende« har opnået flest point, og at Kvintet Hejco ApS i kategorien »uniformsbeklædning til køkkenpersonale« har opnået flest point, og at det dermed var indklagedes hensigt at kontrahere med de to nævnte virksomheder.

I skrivelsen anføres endvidere, »at Hjørring Kommune, såfremt Jysk Erhvervsbeklædning havde fået flest point i en eller to af beklædningskategorierne, havde måttet erklære Jysk Erhvervsbeklædnings tilbud ikke-konditionsmæssigt på grund af Jysk Erhvervsbeklædnings forbehold om, at tilbudet kun gjaldt ved samlet ordre på alle 3 kategorier af beklædning...«

Af en skematisk oversigt over vurderingerne af alle tilbud fremgår vedrørende uniformsbeklædning til plejepersonale, at klageren blev tildelt 53,17 for »pris« og 0,00 for »komfort og funktionalitet« og 0,00 for både »kvalitet« og »miljø«.

Klagerens direktør, Viggo Krath Christensen, har forklaret, at klageren blandt andet sælger arbejdstøj til plejepersonale og køkkenansatte og har flere kommuner som kunder. Vedrørende overdele til plejepersonale tilbød klageren 9 forskellige overdele med $\frac{1}{4}$ ærmer. Klageren kunne også have afgivet tilbud på en vest som overdel. Han spurgte ikke kommunen, om denne var interesseret heri, da det var klart ifølge udbudsbetingelserne, at dette ikke var tilladt. Han er uforstående overfor, at klagerens produkter i pointgivningen er tildelt 0 point, da produkterne er anvendt i flere andre kommuner. For klageren var det vigtigt, at indklagede fik mange forskellige dele at vælge imellem. Klageren leverede som prøve 9 forskellige overdele, 9 forskellige par bukser og 6 forskellige par piratbukser. Klageren kædede de forskellige tilbud sammen, da klageren ikke ville tage mål af hele medarbejderstaben, hvis man f. eks kun fik entreprisen vedrørende vindjakker.

Leif Johannes Jensen, der er kontorchef hos indklagede, har forklaret, at det var indklagedes første udbud vedrørende beklædning. Udbudet blev formuleret bredt, idet indklagede ønskede forskellige valgmuligheder. Det var indklagedes hensigt, at tilbudsgiverne skulle have mulighed for bredt at præsentere forskellige produkter. Når det er anført, at overdele skulle have $\frac{1}{4}$ ærmer, stammer dette fra et tidligere udbud. Det var en fejl, at det blev gentaget i dette udbud. De enkelte produkter er tildelt points, efter at repræsentanter blandt plejepersonalet havde anvendt beklædningerne og derefter udfyldt scoreskemaer. I henhold til den indgåede kontrakt leveres alle overdele som veste.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det fremgår af indklagedes udbudsbetingelser, at tilbud skulle afgives på de af indklagede udfærdigede tilbudsliste, og det fremgår af tilbudslisten for overdele til plejepersonale, at overdele skulle være med $\frac{1}{4}$ eller $\frac{3}{4}$ ærmer. Indklagede var derfor

forpligtet til at afvise tilbud fra Jyden Workwear A/S, hvor overdelen var udformet som en vest. Klageren kunne selv have afgivet et tilbud, hvor overdelen var udformet som en vest, men afstod herfra, da udbudsbetingelserne ikke tillod dette.

Indklagede har erkendt at have overtrådt udbudsreglerne som anført i påstanden.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det fremgår af udbudsbetingelserne, at der ikke kunne afgives alternative tilbud, og såfremt indklagede mente sig berettiget til at antage et tilbud, hvor overdelen var formet som en vest, har udbudsbetingelserne været uklare. Uklarheden betyder, at indklagede har overtrådt det EU-retlige gennemsigtighedsprincip.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede først blev opmærksom på, at der var en fejl i tilbudsskemaerne, da klagen blev indgivet. Indklagede havde til hensigt at tillade de bydende at afgive tilbud så bredt som muligt for at få så meget som muligt at vælge imellem. Indklagede mente sig derfor også i henhold til kravspecifikationen berettiget til at vælge en vest som overdel.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede skulle vurdere tilbudene i henhold til de underkriterier, der er fastsat i udbudsbetingelserne »pris«, »funktionalitet og komfort« »kvalitet« og »miljø og sundhed« og ikke således, at vurdering skete i forhold til hinanden. Indklagede har derfor overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved vurderingen af tilbudene.

Indklagede har gjort gældende, at tilbudene er behandlet individuelt, og at indklagede har sammenlignet tilbudene og har tildelt hver enkelt beklædningsdel en score. Ved vurderingen af beklædningsdelene er der taget hensyn til underkriterierne i udbudsbetingelserne.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at udbudsbekendtgørelsens pkt. 2.1.8 ikke er udfyldt. Det må derfor antages, at tilbudsgiverne ikke kunne afgive tilbud på hver enkelt del. Indklagede har derfor overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved at acceptere tilbud på hver enkelt del.

Indklagede har gjort gældende, at klageren var klar over, at der kunne afgives tilbud på hver enkelt del.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at der som følge af omfanget og karakteren af indklagedes overtrædelser skal ske annullation af indklagedes tildelingsbeslutning.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for annullation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fremgår af tilbudslisten vedrørende beklædningsløsning, der var en del af udbudsbetingelserne, at overdele til plejepersonale skulle være med $\frac{1}{4}$ eller $\frac{3}{4}$ ærmer. Tilbuddet fra Jyden Workwear A/S opfyldte ikke dette krav og måtte derfor ikke tages i betragtning.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at alternative tilbud ikke ville blive taget i betragtning, hvorfor udbyderen ikke skulle angive mindstekrav for alternative tilbud.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Det fremgår af indklagedes tildeling af points til de enkelte beklædningsdele, at indklagede for så vidt angår de opstillede kvalitative underkriterier har vurderet tilbuddene i forhold til hinanden og ikke vurderet de enkelte tilbud i forhold til de opstillede kvalitative underkriterier. Herved har indklagede handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 4

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at kontrakten er inddelt i tre delaftaler, og at der kan afgives tilbud på hver enkelt delaftale. I udbudsbekendtgørelsen var dennes punkt »II.1.8 Opdeling i delaftaler« ikke udfyldt. Udbudsbekendtgørelsen er således ikke i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Indklagede har derfor overtrådt det EU-retlige gennemsigthedsprincip.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 5

En overtrædelse, som Klagenævnet har konstateret ad påstand 1, har en sådan karakter, at der er grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Jyden Workwear A/S.

Påstanden tages derfor til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har ved at antage et tilbud, hvor beklædningsoverdelen til plejepersonalet var udformet som en vest, handlet i strid med det i udbudsbetingelserne fastsatte om overdelenes udformning, idet det i tilbudslisten var anført, at overdele skulle være med $\frac{1}{4}$ eller $\frac{3}{4}$ ærmer.

Ad påstand 2

Denne påstand tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at tildele point for opfyldelse af hvert af de kvalitative underkriterier i forhold til hinanden og ved ikke at forholde de enkelte tilbud til de pågældende underkriterier.

Ad påstand 4

Indklagede har overtrådt det EU-retlige gennemsigtighedsprincip ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at have angivet, at kontrakten efter udbudsbetingelserne var inddelt i tre separate dele, hvortil der selvstændigt kunne afgives tilbud, idet indklagede i udbudsbekendtgørelsen ikke havde udfyldt punktet »II.1.8. Opdeling i delaftaler«.

Ad påstand 5

Indklagedes beslutning af 8. juni 2007 om at indgå kontrakt af 29. juni 2007 med Jyden Workwear A/S annulleres.

Indklagede, Hjørring Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Jysk Erhvervsbeklædning ApS, betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig