

Udbuddet er efterfølgende annulleret af kommunen og klagen herefter tilbagekaldt. Kendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Sanistål A/S
(advokat Gitte Holtsø, København)

mod

Københavns Kommune
(advokat Mikala Berg Dueholm, Hellerup)

Klagenævnet har den 2. november 2017 modtaget en klage fra Sanistål A/S (herefter Sanistål).

Sanistål har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Københavns Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-12, svarskrift med bilag A-B, supplerende klageskrift ad spørgsmålet om opsættende virkning med bilag 13-14 og Københavns Kommunes supplerende bemærkninger om opsættende virkning.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder foruden anmodningen om opsættende virkning følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 162 samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i relation til rammeaftalen om indkøb af arbejdsbeklædning til gårdmænd, gartnere, vagter og håndværkere m.fl. samt generel- og fluorescerende arbejdsbeklædning (delaftale 1) at have ladet indgå i tilbudsevalueringen under underkriteriet "Sortimentsbredde", antallet af øvrige varer af relevans for udbuddet, som tilbudsgiver har i sortiment, uagtet at tilbudsgiver ikke skulle afgive tilbud på disse produkter, og disse produkter således ikke har været en del af den udbudte ydelse.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i relation til rammeaftalen om indkøb af arbejdsbeklædning til gårdmænd, gartnere, vagter og håndværkere m.fl. samt generel- og fluorescerende arbejdsbeklædning (delaftale 1) at anmode tilbudsgiverne om at oplyse eventuelle rabatter på tilbudsgivers supplerende sortiment, dvs. sortiment ud over de produkter, der er omfattet af det obligatoriske sortiment, uagtet at disse produkter ikke har været en del af den udbudte ydelse, og rabatterne endvidere i udbudsbetingelserne var angivet ikke ville indgå i Indklagedes tilbudsevaluering.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 160 samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i relation til rammeaftalen om indkøb af arbejdsbeklædning til gårdmænd, gartnere, vagter og håndværkere m.fl. samt generel- og fluorescerende arbejdsbeklædning (delaftale 1) at have inddraget de oplyste rabatter på tilbudsgivers supplerende sortiment i tilbudsevalueringen af det obligatoriske sortiment i relation til underkriteriet "Pris", uagtet at det fremgår af udbudsbetingelserne, at rabatterne ikke vil indgå i evalueringen.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 160 og § 164 samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i relation til rammeaftalen om indkøb af arbejdsbeklædning til gårdmænd, gartnere, vagter og håndværkere m.fl. samt generel- og fluorescerende arbejdsbeklædning (delaftale 1) ikke at have foretaget en evaluering af underkriteriet "Sortimentsbredde" i overensstemmelse med det i udbudsbetingelserne angivne.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet udbudslovens § 2 ved i relation til rammeaftalen om indkøb af arbejdsbeklædning til gårdmænd, gartnere, vagter og håndværkere m.fl. samt generel- og fluorescerende arbejdsbeklædning (delaftale 1) ikke at have evalueret underkriteriet "Sortimentsbredde" på samme måde over for Orloff Firmatøj A/S ("Orloff"), som Indklagede har evalueret kriteriet overfor Klager.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i relation til rammeaftalen om indkøb af arbejdsbeklædning til gårdmænd, gartnere, vagter og håndværkere m.fl. samt generel- og fluorescerende arbejdsbeklædning (delaftale 1) at have stillet som mindstekrav, at de tilbudte beklædningsdele skal være "fri for ujævnheder, generende sømme, skarpe kanter, syninger, spidser osv., der kan medføre irritation", uagtet at dette krav efter dets beskaffenhed ikke er egnet som mindstekrav.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i relation til rammeaftalen om indkøb af arbejdsbeklædning til gårdmænd, gartnere, vagter og håndværkere m.fl. samt generel- og fluorescerende arbejdsbeklædning (delaftale 1) at have stillet som mindstekrav, at form og farve ikke må bære "tydelig præg af at blive anvendt", uagtet at dette krav efter dets beskaffenhed ikke er egnet som mindstekrav.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i relation til rammeaftalen om indkøb af arbejdsbeklædning til gårdmænd, gartnere, vagter og håndværkere m.fl. samt generel- og fluorescerende arbejdsbeklædning (delaftale 1) at have stillet som mindstekrav, at delene efter vask skal "bibeholde farven, som det kan forventes", uagtet at dette krav efter dets beskaffenhed ikke er egnet som mindstekrav.

Påstand 9

Klagenævnet skal annullere Indklagedes beslutning af 23. oktober 2017 om at tildele rammeaftalen om indkøb af arbejdsbeklædning til gårdmænd, gartnere, vagter og håndværkere m.fl. samt generel- og fluorescerende arbejdsbeklædning (delaftale 1) til Orloff, jf. § 13, stk. 1, nr. 2, i lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 om Klagenævnet for Udbud.”

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse 2017/S 123-248924 af 30. juni 2017 iværksatte Københavns Kommune et offentligt udbud i henhold til udbudslovens afsnit II. Udbuddet omfattede tre delaftaler, hvoraf klagen vedrører delaftale 1, som er en 2-årig rammeaftale for indkøb af arbejdsbeklædning til gårdmænd, gartnere, vagter og håndværkere m.fl. samt generel- og fluorescerende arbejdsbeklædning. Rammeaftalen for delaftale 1 har en værdi af 48.000.000 kr. ekskl. moms.

Det økonomisk mest fordelagtige tilbud skulle identificeres på grundlag af ”Det bedste forhold mellem pris og kvalitet”. Tildelingskriteriet var delt op i underkriterierne ”pris” med en vægtning på 40%, ”kvalitet” med en vægtning på 30%, ”service og implementering” med en vægtning på 20% og ”sortimentsbredde” med en vægtning på 10%.

I udbudsbetingelser står der blandt andet:

”2.4 Udbudstype

Udbuddet karakteriseres ved at udgøre et sortimentsudbud, hvilket indebærer, at der er tale om anskaffelse af et stort antal varenumre indenfor en eller flere varekategorier. For nærværende udbud er der fastsat forskellige varekategorier, som hver især består af et antal yderligere underliggende varegrupper med specificerede varelinjer.

Obligatorisk tilbudsliste og supplerende sortiment

Foruden disse specificerede varer indgår i udbuddet tillige tilbudsgivers øvrigt tilbudte sortiment (supplerende sortiment) pr. specificeret varekategori.

Disse specificerede varelinjer udgør udbuddets obligatoriske sortiment, jf. Bilag 2 – Tilbudsliste og tilbudsbesvarelse (Fanen: ”4. OBL. TILBUD”). Ordregiver har således udfærdiget en repræsentativ tilbudsliste, som dækker over ca. 80 % af det historiske forbrug i DKK for de pågældende varer. Tilbudsgiver udfylder tilbudslisten i overensstemmelse med den tilknyttede vejledning i bilaget. Det bemærkes, at der er sepa-

rate filer med tilbudsliste tilknyttet de respektive delaftaler. Tilbudsgiver skal således være opmærksom på at udfylde de for tilbudsgiveren relevante filer ved afgivelse af tilbud, samt korrekt upload i Mercell.

Tilbudsgivers øvrige tilbudte sortiment pr. specificerede varekategori indføres i Bilag 2 – Tilbudsliste og tilbudsbesvarelse (fanen: "5 supplerende tilbud") jf. beskrivelsen i dette bilag. Dette sortiment udgøres af alle øvrige varer i tilbudsgivers sortiment af relevans for nærværende udbud og som derfor kan indpasses under de specificerede varekategorier. Der gøres i den forbindelse særsomt opmærksom på, at disse varer ikke vil indgå i vurderingen af pris, men alene vil have betydning for vurderingen af underkriteriet Sortimentsbredde. Priskonkurrencen vil således alene vedrøre prisen på de tilbudte varer i Bilag B – Tilbudsliste og tilbudsbesvarelse (Fane 4).

Generelt for udfyldelse af tilbudslisten vedrørende det obligatoriske sortiment gælder, at der skal udfyldes en pris pr. varelinje i fane 4. Obligatorisk tilbud.

Herudover skal der udfyldes en fast rabatsats pr. underliggende varegruppe i fane 3. produktkategorier. Denne rabatsats gælder for de produkter, der indføres i det supplerende sortiment, jf. bilag hertil. Rabatsatsen og de heraf afledte priser for det supplerende sortiment har ikke betydning for prisvurderingen, jf. beskrivelsen ovenfor. For yderligere forhold vedrørende udfyldes af de omtalte bilag henvises til vejledningerne tilknyttet hertil.

...

6.1.1 Pris

Evalueringen af underkriteriet "Pris" sker ud fra oplysningerne i det af Tilbudsgiver udfyldte Bilag 2 – Tilbudsliste og tilbudsbesvarelse (fane 4)

For tilbud på Delaftale 1 anvendes: Bilag 2.1 Tilbudsliste og tilbudsbesvarelse

...

Prisen evalueres i henhold til den estimerede mængde i Bilag 2 – Tilbudsliste og tilbudsbesvarelse, således at den samlede evalueringssum er summen af alle priser for alle estimerede mængder.

...

6.2 Vurdering af kvalitative kriterier for tildelingen

...

6.2.4 Sortimentsbredde

Ved vurdering af Sortimentsbredde vil der blive lagt vægt på:

- Ved bedømmelse af underkriteriet "Sortimentsbredde" vil der blive vurderet på de af tilbudsgiver anførte varer i Bilag 2 – Tilbudsliste og tilbudsbesvarelse (Fane 5 Supplerende tilbud). Det er antallet af unikke varer tilbudt sammenholdt med den fastsatte vægtning som vil være afgørende for vurderingen. I bilaget er således angivet de overordnede varekategorier, hvorunder tilbudsgiver kan indføre sit relevante yderligere supplerende sortiment.

Det vurderes positivt, at tilbudsgivers supplerende sortiment giver adgang til et bredt sortiment inden for delaftalens produktområde, således at Ordregiver har adgang til et relevant og attraktivt sortiment.

Tilbudsgiver opnår maksimal score ved at kunne tilbyde faktor 50, dvs. at hvis der eks. er angivet 100 varer i delaftalens obligatoriske sortiment, vil en tilbudsgiver opnå en maksimal score ved at tilbyde $50 \times 100 = 3.000$ [5.000] varer i sit supplerende sortiment.

Tilbudsgiver udfylder Bilag 2 – Tilbudsliste og tilbudsbesvarelse i overensstemmelse med vejledningen hertil.

Evalueringen vil blive foretaget på grundlag af de nedenfor anførte dokumenter.

- Bilag 2 – Tilbudsliste og tilbudsbesvarelse (Fane 7)

6.3 Evalueringsmetode

...

De givne point ved prisevalueringen og den kvalitative vurdering (inkl. sortimentsbredde) lægges sammen til en én samlet score, og tilbudsgiveren med den højeste score vil have tilbuddet med bedste forhold mellem pris og kvalitet.

...

6.3.2 Point skala til bedømmelse af kvalitative kriterier

Ved vurderingen af kvalitative kriterier, jf. afsnit 6.2, gives der point på nedenstående objektive skala fra minimum 0 point til maksimum 8 point for hvert kriterium.

Opfyldelse af kriteriet	Point
Bedst mulige opfyldelse af kriteriet	8

Glimrende opfyldelse af kriteriet	7
Meget god opfyldelse af kriteriet	6
God opfyldelse af kriteriet	5
Tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	4
Jævn opfyldelse af kriteriet	3
Mindre tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	2
Ringe opfyldelse af kriteriet	1
Dårlig opfyldelse af kriteriet (opfylder kun mindstekrav)	0

...

Som bilag 1 til udbudsbetingelserne indgik en teknisk specifikation vedrørende indkøb af arbejdsbeklædning, hvoraf følgende var anført i indledningen for så vidt angår mindstekrav:

”Nærværende tekniske specifikation er opbygget med beskrivelser af behov, som er klassificeret i følgende typer:

Mindstekrav (MK)

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

Den tekniske specifikation indeholdt en liste over krav til produkterne, hvoraf blandt andet fremgik:

Nr.	Hovedgruppe	Delaftaler	Kategori	Beskrivelse
2.3	Generelt	Alle	MK	Beklædningsdelene skal være frit for ujævnheder, generende sømme, skarpe kanter, syninger, spidser osv., der kan medføre irritation.
2.24	Kvalitet	Alle	MK	Den tilbudte arbejdsbeklædning skal være af en kvalitet, der kan tåle hyppig brug og vask. Tøjet skal således være af en kvalitet, der holder til at blive brugt – uden at blive ødelagt af normal brug, eller form og farve på tøjet bærer tydeligt præg af at blive anvendt. Såfremt, at der ved et produkt i tilbudslisten (bilag 2) er anført, at produktet skal tåle at blive vasket et antal gange uden at miste sine oprindelige egenskaber, er dette et mindstekrav til det konkrete produkt.
2.26	Kvalitet	Alle	MK	Alle de anvendte materialer skal

				kunne tåle vask ved 40°C efterfulgt af hængetørring samt rensning i perchlorethylen (primært for delaf-tale 2). Bemærk at muligvis kun enkelte steder i kommunen anvender perchlorethylen, hvorfor der højst sandsynligt vil anvendes andre bakteriedræbende midler. Dog skal beklædning, som skal renses specielt, kunne tåle rens i perchlorethylen. Hvis materialer af bomuld undtagesvis ikke kan tåle høj vasketemperatur (80 grader) skal beklædningsdelen kunne behandles med andet bakteriedrædende men miljøgodkendt middel. Alle produkter skal kunne vaskes rene ved den anvisning, som følger med produktets anvisning. Tøjet skal efter vask forsat overholde de angivne krav (eks. sikkerhedsklasse) og være hensigtsmæssige at anvende til den angivne funktion. Tøjet skal ydermere beholde farven, som det kan forventes.
2.30	Kvalitet	Alle	MK	Alle produkterne skal tilbydes i standardstørrelser. Ved standardstørrelser forstås følgende: For bukser, shorts, knickers og overalls, livvidde 72 cm – 128 cm. For jakker, T-shirts, poloshirts med krave og brystlomme, skjorter, trøjer: str. X-small til 4XL. Fluorescerende T-shirts skal være produceret af mindst 50 % bomuld. For sko: størrelse 35-48 Ved specifikke produkter, kan det være anført i tilbudslisten at et produkt, skal tilbydes i andre størrelser end standardstørrelser. Herudover skal der være mulighed for at få leveret enkelte beklædningsdele specialsyet til medarbejdere udenfor standardmål. Den specialsyede beklædning skal svare til den beklædning, som de øvrige medarbejdere bærer.

Udbudsmaterialets bilag 2 indeholdt en vejledning til udfyldelse af bilag 2.1, tilbudslisten og tilbudsbesvarelse til delaftale 1. Af vejledningen fremgik, at

”Tilbudsgiver besvarer i dette bilag 2 de oplyste kriterier for tildeling, jf. Udbudsbetingelsernes pkt. 6.1. Kriterierne består af:

Pris: Udfyldes i Fanebladene 4.

Sortimentsbredde: Udfyldes i Faneblade 5

...”

Indholdet af fanebladene var i vejledningen nærmere beskrevet som følger:

”Faneblad 3: Produktkategorier

Fanebladet indeholder forudsætningerne for tilbudsafgivelse:

- 1) Oplyse produktkategoriens betegnelse
Betegnelsen anvendes ved afgivelse af tilbud i faneblad 4.
- 2) Angivelse af rabatsats gældende for produktkategorien.

Se evt. faneblad 8 for inspiration til beskrivelse af produktkategorier.

Faneblad 4: Obligatorisk tilbud

Fanebladet indeholder det obligatoriske sortiment, som tilbudsgiver skal tilbyde. Tilbudsgiver skal udfylde 6 felter i kolonne O-T:

- 1) Oplyse navn på producent
- 2) Oplyse produktnavn
- 3) Oplyse tilbudsgivers varenummer
- 4) Angive en produktbeskrivelse
- 5) Oplyse om produktkategori
Feltet indeholder et rullefelt med oplysninger som angivet i faneblad 3.
- 6) Oplyse en listepriis pr. stk. i DKK ekskl. moms

Øvrige felter er enten forudfyldt eller beregnes automatisk og må ikke ændres/redigeres.

Faneblad 5: Supplerende tilbud

Fanebladet indeholder skabelonen til at tilbudsgiver kan indføre det supplerende sortiment, som tilbudsgiver tilbyder foruden det obligatoriske sortiment.

Tilbudsgiver skal udfylde 7 felter i kolonne B-H:

- 1) Oplyse navn på producent
- 2) Oplyse produktnavn
- 3) Oplyse tilbudsgivers varenummer

- 4) Angive en produktbeskrivelse
- 5) Evt. link til produktbeskrivelse
- 6) Oplyse om produktkategori
Feltet indeholder et rullefelt med oplysninger som angivet i faneblad 3.
- 7) Oplyse en listepriis pr. stk. i DKK ekskl. moms

Øvrige felter er enten forudfyldt eller beregnes automatisk og må ikke ændres/redigeres.

...

Faneblad 8: Varegrupper

Ordregivers beskrivelse af delaftalerne ift. hvilke varer der udgør varegruppen/delaftalen.”

Faneblad 8 er benævnt ”Delaftale 1 – Generel arbejdsbeklædning”. Af fanen fremgår:

”

Beskrivelse af varer:	Beskrivelse af brugere (Eksempler):	Generel anvendelse:
Varegruppe indeholder den generelle arbejdsbeklædning: - Normal beklædning - Fodtøj - Grov beklædning (flammehæmmende, skære mv.) - Fluorescerende - Regntøj - Undertøj - Profil - Skjorter Farve: sort, marine, kaki, grøn, blå, hvid, grå, fluorescerende Logo: i høj grad	Traditionelle håndværksfag (tømrer, elektriker, gartner, malere, tilsyn, vagt mv.) <i>Eksempler på grupper:</i> - <i>Gårdmandskorpset BUF</i> - <i>Ejendomsdrift &Service KFF</i> ...	Arbejdsbeklædningen skal være egnet ilt og understøtte brugerens professionelle funktioner gennem hele arbejdstiden. Arbejde, der finder sted både inden- og udendørs. Tøjet er et vigtigt redskab og skal funktionelt understøtte det fysiske arbejde og modså det tilhørende slid på beklædningen

”

Af spørgsmål og svar til udbuddet, der indgik som fortolkningsbidrag til udbudsmaterialet vedrørende delaftale 1, fremgår følgende af spørgsmål 76:

”Hvad er tanken med fanebladet "Supplerende tilbud"? Erfaringsmæssigt er Bilag 2 Tilbudslisten ikke dækkende for behovet og det vil ikke være praktisk muligt at opliste produkter under "Supplerende tilbud", som i aftalens løbetid kunne forventes ønsket af de forskellige brugergrupper.”

Kommunen svarede hertil:

”Ordregiver ønsker et bredt sortiment, hvorfor dette udbud er et såkaldt sortimentsudbud, hvor der er et fastsat obligatorisk sortiment, samt et supplerende sortiment, hvor tilbudsgiver bestemmer hvilke produkter som skal bydes ind med. Sortimentsbredden (antallet af varer i det supplerende sortiment) evalueres for at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.”

Spørgsmål 77 lød som følger:

”Er der krav til at rabatter er enslydende indenfor de samme produkt-kategorier i "Obligatorisk tilbud" og "Supplerende tilbud"?

Eller kan der indenfor kategorierne differentieres i forhold mærker?

Forhandlerens betingelser vil typisk være meget forskellige indenfor de forskellige mærker og dermed vil der ikke kunne tilbydes samme rabat til Københavns Kommune på alle mærker indenfor en kategori. Forslag: Felter med Produktkategorierne udfyldes med f.eks. "Mærke A/Buks" eller "Mærke C/jakke".

Kommunen svarede hertil:

”Rabatsatsen inde for de samme produktkategorier skal være den samme på tværs af det obligatoriske og supplerende sortiment. Dvs. at den rabatsats på en varegruppe, som tilbydes i det obligatoriske sortiment, skal overføres til det supplerende sortiment.”

Den 2. oktober 2017 meddelte Københavns Kommune Sanistål, at Sanistål var blevet tildelt rammeaftalen.

Kommunen tilbagekaldte imidlertid den 11. oktober 2017 tildelingsbeslutningen vedrørende rammeaftalen under henvisning til udbudslovens § 170 og oplyste i den forbindelse, at der var begået fejl ved den oprindelige vurdering af tilbuddene. Kommunen anførte videre, at evalueringen ville blive genoptaget umiddelbart efter, og at kommunen ville træffe en ny tildelingsbeslutning, jf. udbudslovens § 170, stk. 2.

Den 23. oktober 2017 meddelte Københavns Kommune Sanistål, at Sanistål ikke var blevet tildelt rammeaftalen.

Af underretningsbrevet fremgik, at Sanistål i den samlede vurdering havde afgivet det ”næstmest økonomisk fordelagtige tilbud”. Af brevet fremgik vedrørende kriteriet ”Sortimentsbredde” følgende:

”Ved bedømmelse af underkriteriet ”Sortimentsbredde” blev der vurderet på de af tilbudsgiver anførte varer i tilbudslisten. Det var antallet af unikke varer tilbudt sammenholdt med den fastsatte vægtning som var afgørende for vurderingen.

Ved unikke varer menes varer, som adskiller sig i bredden og ikke i dybden. Dvs. at tilbudsgiver skal tilbyde en 'ny' vare for hver unik varelinje, ikke en ny størrelse eller farve af samme vare. Der gøres hertil opmærksom på, at alle tilbudte varer i det supplerende sortiment skal overholde alle mindstekrav i den tekniske specifikation, herunder mindstekrav til størrelser og farver.

Det blev vurderet positivt, at Tilbudsgivers supplerende sortiment giver adgang til et bredt sortiment inden for delaftalens produktområde, således at Ordregiver har adgang til et relevant og attraktivt sortiment.

Tilbudsgiver kunne opnå en maksimal score ved at kunne tilbyde faktor 50, dvs. at hvis der eks. er angivet 100 varer i delaftalens obligatoriske sortiment, vil en tilbudsgiver opnå en maksimal score ved at tilbyde $50 \times 100 = 5.000$ varer i sit supplerende sortiment.

...

Udelukkende unikke varelinjer i det supplerende sortiment I Sanistål A/S supplerende sortiment er lagt til grund for evalueringen. Producentens varenummer i varelinjebeskrivelsen er benyttet til at lave denne sortering.”

I underretningsbrevet af 23. oktober 2017 var videre oplyst ”ad underkriteriet ”Sortimentsbredde””, at Saniståls tilbud indeholdt 647 unikke varelinjer, mens Orloff Firmatøj A/S, som var blevet tildelt rammeaftalen, havde 182 unikke varelinjer. Sanistål var på den baggrund tildelt 0,74 point for ”Sortimentsbredde”, hvor Orloff Firmatøj A/S var tildelt 0,21 point.

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Sanistål har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 – 9 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Københavns Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-9 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Ad påstand 1

Sanistål har gjort gældende, at det alene er de produkter, som tilbudsgiverne skal afgive tilbud på, og som indgår i tilbudsevalueringen, der udgør en del af udbuddet, mens øvrige produkter er udbuddet uvedkommende. Sanistål har herved henvist til klagenævnets kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud. Sanistål har videre anført, at de eneste priser, som ifølge udbudsbetingelserne pkt. 2.4 og 6.1.1 ville indgå i evalueringen, var priserne på produkterne i det obligatoriske sortiment. Da hverken rabatten eller prisen på det supplerende sortiment indgik i evalueringen af kriteriet ”pris”, kan det supplerende sortiment ikke anses for en del af det gennemførte udbud, og er derfor udbuddet uvedkommende. Fastsættelsen af mindstekrav for det supplerende sortiment kan ligeledes ikke medføre, at produkterne anses for en del af udbuddet, og Københavns Kommune har derfor ikke lovligt kunne inddrage tilbudsgivernes supplerende sortiment i tilbudsevalueringen under kriteriet ”Sortimentsbredde”. Kommunen har ved at inddrage de øvrige varer i sortimentet anvendt et kriterium, som ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og Københavns Kommune har følgelig handlet i strid med udbudslovens § 162 og ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i § 2.

Københavns Kommune har bestridt, at det supplerende sortiment ikke var en del af den udbudte ydelse og har blandt andet henvist til udbudsbetingelsernes pkt. 2.4, 6.1 og 6.4.2. Kommunen har anført, at klagenævnets kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud ikke vedrørte en sammenlignelig situation, og har gjort gældende, at det supplerende sortiment indgik i evalueringen af kriteriet ”Sortimentsbredde”, hvilket var klart beskrevet i udbudsmaterialet. Kommunen har på den baggrund bestridt, at udbudslovens § 162 og ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i § 2 er overtrådt.

Ad påstand 2

Sanistål har gjort gældende, at rabatter for andre produkter end de produkter, der indgik i prisevalueringen, er udbuddet uvedkommende, uanset at det anføres, at rabatsatserne ikke vil blive inddraget i evalueringen. Sanistål har

i den forbindelse henvist til klagenævnets kendelse af 22. april 2015 Mediq Danmark A/S mod KomUdbud og klagenævnets kendelse af 7. oktober 2015 Stadsing A/S mod Herning Kommune og anført, at selve anmodningen om rabatter på tilbudsgivers supplerende sortiment er tilstrækkelig til at skabe tvivl om, hvilken betydning rabatterne har. Københavns Kommune har derved handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Københavns Kommune har gjort gældende, at udbuddet adskiller sig markant fra sagen Stadsing A/S mod Herning Kommune, da der ikke er anmodet om selvstændige rabatter for det supplerende sortiment. Det har end ikke teknisk været muligt at angive selvstændige rabatter, da rabatsatserne fra faneblad 3 blev overført automatisk for hver produktkategori til fanebladene vedrørende ”Obligatorisk tilbud” henholdsvis ”Supplerende tilbud”. Det bestrides derfor, at Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Ad påstand 3

Sanistål har gjort gældende, at det følger af udbudsbetingelsernes pkt. 2.4, at rabatsatsen i faneblad 3 skulle gælde for det supplerende sortiment, og at rabatsatsen og de heraf afledte priser på produkterne i det supplerende sortiment ikke indgik i prisevalueringen. Det var derimod ikke anført, at rabatsatsen tillige skulle have betydning for evalueringen af det obligatoriske sortiment. Da Københavns Kommune desuagtet har inddraget rabatsatsen i tilbudsevalueringen af det obligatoriske sortiment ved en automatisk overførsel til faneblad 4, har kommunen ikke overholdt de regler, som kommunen har tilkendegivet over for tilbudsgiverne. Sanistål har videre anført, at det ikke kan føre til et andet resultat, at den automatiske overførsel var synlig for tilbudsgiverne, da udbudsbetingelserne i hvert fald var ugenomsigtige. Ved at inddrage rabatsatsen i forhold til det obligatoriske sortiment har Københavns Kommune handlet i strid med udbudslovens § 160 og ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Københavns Kommune har gjort gældende, at kommunen har evalueret i overensstemmelse med udbudsmaterialet, og at Sanistål har misforstået udbudsbetingelserne. Kommunen har henvist til, at det fremgik af vejledningen til tilbudslisten og fanebladene 3, 4 og 5, at rabatsatsen ville blive overført, og at der for det obligatoriske sortiment fremgik en ”listepriis pr. stk. i DKK”, en rabatsats og herefter en ”Nettopriis pr. stk. i DKK” på tilbudsli-

sten. Københavns Kommune har videre henvist til besvarelsen af spørgsmål 77 og har anført, at det dermed klart fremgik af udbudsmaterialet, at rabattsatsen indgik som en del af evalueringen af underkriteriet ”Pris”. Kommunen har derfor bestridt, at den har overtrådt udbudsloven som anført i Saniståls påstand 3.

Ad påstand 4

Sanistål har gjort gældende, at det ikke fremgår af udbudsbetingelserne, hvad der forstås ved ”unikke varer”, og da det følger af udbudsbetingelsernes pkt. 6.2.4, at bedømmelsen af underkriteriet ”Sortimentsbredde” ville ske på baggrund af antallet af unikke varer, var udbudsbetingelserne ugensigtige på dette punkt. Dette bestyrkes af, at Københavns Kommune ved sin første evaluering lod hver udfyldt varelinje i tilbudslistens faneblad 5 indgå i evalueringen, således at også hver farve og størrelse udgjorde en unik vare. Ved den følgende tilbudsevaluering ombestemte kommunen sig imidlertid og oplyste i underretningsbrevet af 23. oktober 2017, at en unik vare ikke omfattede en ny farve eller størrelse. Da udbudsbetingelserne har været uklare, har de ikke været egnede til at danne grundlag for en lovlig tildeling, og Københavns Kommune har på den baggrund handlet i strid med udbudslovens § 160, § 164 og ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Københavns Kommune har bestridt, at kommunen har handlet i strid med udbudslovens § 160, § 164 og ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. Kommunen har henvist til den tekniske specifikations pkt. 2.30, hvoraf blandt andet som mindstekrav fremgik, at alle produkter skulle tilbydes i alle standardstørrelser, og kommunen har herefter gjort gældende, at det måtte være klart for tilbudsgiverne, at angivelse af forskellige størrelser for et produkt inden for de angivne standardstørrelse ikke udgjorde et andet produkt. Kommunen har bestridt, at den nye tilbudsevaluering ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, således som de måtte forstås af en ”sædvanlig påpasselig tilbudsgiver”.

Ad påstand 5

Sanistål har for det tilfælde, at kommunen får medhold i påstand 4, gjort gældende, at Københavns Kommune ikke har været konsekvent i sin evaluering af under kriteriet ”Sortimentsbredde”. Sanistål har henvist til, at tilbudslisten fra Orloff Firmatøj A/S omfattede flere produkter, som alene ad-

skilte sig på farven, og Københavns Kommune har ved ikke at foretage samme vurdering af det supplerende sortiment fra Orloff Firmatøj A/S, som der er foretaget af det supplerende sortiment fra Sanistål, handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2.

Københavns Kommune har gjort gældende, at der er foretaget evaluering på samme grundlag i forhold til alle tilbudsgivere, og at kommunen ikke har tolket betydningen af unikke varer forskelligt i forhold til tilbudsgiverne. Københavns Kommune har anerkendt, at der er foretaget en fejl for så vidt angår evalueringen af to skjorter og to termojakker, som alene differentierede sig på farven, men har samtidig anført, at disse fejl er uden betydning for evalueringen, da et fratræk i antal unikke varer som følge af de anførte fejl ikke vil føre til en ændret pointgivning. Københavns Kommune har derfor bestridt, at evalueringen af underkriteriet ”Sortimentsbredde” er sket i strid med ligebehandlingsprincippet.

Ad påstand 6

Sanistål har gjort gældende, at mindstekravet i den tekniske specifikations pkt. 2.3, hvoraf fremgår, at beklædningsdelene skal være fri for ”ujævnheder, generende sømme, skarpe kanter, syninger, spidser osv., der kan medføre irritation”, ikke er egnet som mindstekrav, da det indeholder et betydeligt element af subjektiv og skønsmæssig karakter. Sanistål har videre anført, at det, uanset at der tilkommer kommunen et vidt skøn, skal være muligt objektivt at konstatere, hvorvidt et mindstekrav er opfyldt. Det kan ikke fastslås objektivt, hvornår noget er generende for den enkelte medarbejder, og kommunen har ved fastsættelsen af mindstekravet overtrådt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Københavns Kommune har bestridt, at mindstekravet i den tekniske specifikations pkt. 2.3 er uegnet som mindstekrav. Kommunen har henvist til forarbejderne til udbudslovens § 2, og har gjort gældende, at kommunen har et vidt skøn ved fastlæggelsen af mindstekrav, der kan vurderes objektivt. Kommunen har videre henvist til klagenævnets kendelse af 24. oktober 2013 i sagen Duba-B8 A/S mod Region Hovedstaden, og har anført, at mindstekravet i pkt. 2.3 er forhold, der kan vurderes objektivt på stort set samme måde som et ”stabilt bord” i den nævnte kendelse. Københavns Kommune har derfor bestridt at have handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. Endeligt har kommunen henvist til, at mindstekravet under alle omstændigheder ikke har

haft materiel betydning, da ingen af tilbuddene blev afvist som ukonditionsmæssige som følge af manglende overholdelse af mindstekravet.

Ad påstand 7

Sanistål har under henvisning til de grunde, som er anført vedrørende påstand 6, gjort gældende, at mindstekravet i den tekniske specifikations pkt. 2.24 om ”at det ikke må være således, at ”form og farve på tøjet bærer tydeligt præg af at blive anvendt””, også indeholder et betydeligt element af subjektiv og skønsmæssig karakter, hvorfor det ikke er muligt objektivt at konstatere, om mindstekravet er opfyldt. Kravet er derfor ikke egnet som mindstekrav.

Københavns Kommune har gjort gældende, at mindstekravet i sin helhed er egnet til at blive prøvet ved en objektiv vurdering, og kommunen har derfor bestridt Saniståls påstand og har henvist til det, som er anført vedrørende påstand 6.

Ad påstand 8

Sanistål har under henvisning til de grunde, som er anført vedrørende påstand 6, gjort gældende, at mindstekravet i den tekniske specifikations pkt. 2.26 om, at beklædningsdelene efter vask ”skal bibeholde farven, som det forventes”, indeholder et betydeligt element af subjektiv og skønsmæssig karakter, hvorfor det ikke er muligt objektivt at konstatere, om mindstekravet er opfyldt. Kravet er derfor ikke egnet som mindstekrav.

Københavns Kommune har bestridt det, som Sanistål har anført, og har henvist til den fulde ordlyd af mindstekravet. Herefter har kommunen gjort gældende, at mindstekravet er tydeligt beskrevet, og at det har været klart for tilbudsgiverne, på hvilket grundlag de tilbudte produkters opfyldelse af mindstekravet ville blive vurderet. Endeligt har kommunen henvist til det, som den har anført vedrørende påstand 6.

Ad påstand 9

Sanistål har gjort gældende, at Københavns Kommune har begået alvorlige overtrædelser af udbudsreglerne, og har anført, at der er flere forhold i udbudsbetingelserne, der indebærer, at disse har en sådan karakter, at de ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Kommunen har der-

udover foretaget en tilbudsevaluering i strid med udbudsbetingelserne, og der er på den baggrund grundlag for at annullere Københavns Kommunes tildelingsbeslutning af 23. oktober 2017.

Københavns Kommune har bestridt, at den gennemførte udbudsproces og evaluering er sket i strid med udbudsloven. Kommunen har gjort gældende, at en overtrædelse skal have konkret betydning for udbuddets udfald, hvilket ikke har været tilfældet i sagen. Der er herefter ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen af 23. oktober 2017.

Ad uopsættelighed

Sanistål har gjort gældende, at Sanistål vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis anmodningen om opsættende virkning ikke imødekommes henset til rammeaftalens omfang med en værdi på ca. 100.000 kr. Sanistål har videre henvist til, at kravet til uopsættelighed skal lempes under hensyn til karakteren af kommunens overtrædelse, og har anført, at der foreligger særlig alvorlig ”fumus boni juris”, jf. klagenævnets kendelse af 26. juni 2017, Eitel Networks A/S mod Region Syddanmark. Endelig har Sanistål anført, at det efter klagenævnets praksis er usikkert, hvorvidt Sanistål vil kunne få erstatning for sit tab, da udbudsmaterialet har været af en sådan karakter, at det ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Københavns Kommune har gjort gældende, at Sanistål ikke vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, da Sanistål vil kunne få erstatning, hvis klagenævnet måtte finde, at der foreligger en overtrædelse af udbudsreglerne. Kommunen har anført, at der under alle omstændigheder ikke foreligger en sådan særlig alvorlig ”fumus boni juris”, at der er grundlag for at lempe på uopsættelighedsvurderingen.

Ad interesseafvejning

Sanistål har gjort gældende, at overtrædelserne har en sådan karakter, at Københavns Kommune har pligt til at bringe kontrakten til ophør, jf. udbudslovens § 185, stk. 2, hvorfor det er i alle parter interesse at forhindre kontraktindgåelse. Sanistål har videre gjort gældende, at Saniståls interesse i, at kontrakt ikke indgås, vejer tungere end Københavns Kommunes. Sanistål har henvist til, at Kommunen selv har bragt sin nuværende kontrakt om indkøb af arbejdstøj til ophør per 31. december 2017 uden sikkerhed for, at der samme dato ville være indgået en ny kontrakt, og at kommunen i

øvrigt kan foretage indkøb under den eksisterende kontrakt frem til den 31. december 2017, i hvilken forbindelse kommunen kan bestille de forventede indkøb på baggrund af erfaringer fra tidligere år.

Københavns Kommune har gjort gældende, at Sanistål ikke har anført grunde til støtte for, at Saniståls interesse vejer tungere end kommunens, og har henvist til, at de nugældende kontrakter udløber den 31. december 2017, hvorefter kommunen har et umiddelbart behov for løbende at kunne anskaffe arbejdstøj til mere end 10.000 medarbejdere i Københavns Kommune. Kommunen har henvist til, at de to af kommunen opsagte kontrakter alene dækkede en del af den beklædning, som er omfattet af rammeaftalen, og har oplyst, at de opsagte aftaler havde værdier på 8,5 mio. kr. henholdsvis 4,5 mio. kr., mens den reelle kontraktværdi for rammeaftalen vedrørende delaftale 1 udgør 88,9 mio. kr. Kommunen har videre anført, at de eksisterende kontrakter blev opsagt den 5. september 2017, efter udbuddet var igangsat, og hvor kommunen havde føje til at tro, at nye kontrakter kunne være indgået med ikrafttræden 1. januar 2018. Der er derfor ikke tale om en selvforskyldt situation for Københavns Kommune, og kommunen har udbudt rammeaftalen med starttidspunktet 1. januar 2018 under hensyntagen til en forsvarlig økonomisk forvaltning.

Klagenævnet udtaler:

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

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

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

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.

2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Ad påstand 4

Efter udbudsbetingelsernes pkt. 6.2.4 skulle underkriteriet ”Sortimentsbredde” bedømmes på baggrund af ”antallet af unikke varer tilbudt sammenholdt med den fastsatte vægtning”. Det er ikke nærmere beskrevet i udbudsmaterialet, hvad der forstås ved ”unikke varer”, og kommunen har efter det oplyste ved første evaluering medregnet samtlige varelinjer i faneblad 5, mens kommunen i følge underretningsbrevet af 23. oktober 2017 ændrede denne evalueringsmetode ved at beskrive en anden forståelse af ”unikke varer”. Uanset det anførte om standardstørrelser i den tekniske specifikations pkt. 2.30, er det herefter på det foreliggende, foreløbige grundlag klagenævnets vurdering, at evalueringen som følge af udbudsbetingelsernes uklarhed på dette punkt ikke respekterede principperne om ligebehandling og gennemsigtig.

På den baggrund og under hensyntagen til den ikke ubetydelige ændring i evalueringen af tilbudsgiverne fra første til anden evaluering er der udsigt til, at påstand 4 og 9 tages til følge.

Betingelsen om ”fumus boni juris” er derfor opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at selvom der foreløbigt vurderet er udsigt til, at klagerens påstand om annullation vil blive taget til følge, og betingelsen om ”fumus boni juris” dermed er opfyldt, finder klagenævnet, at Sanistål ikke efter de oplysninger, som foreligger på nuværende tidspunkt, har godtgjort, at der foreligger sådan særlig alvorlig ”fumus boni juris”, at Sanistål ikke skal bevise, at en mang-

lende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at klageren vil lide en uoprettelig skade.

Sanistål er ikke fremkommet med nærmere oplysninger om et eventuelt tab udover en henvisning til rammeaftalens mulige værdi. På den baggrund kan det ikke fastslås, at Sanistål vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Betingelsen om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt. Da betingelserne for opsættende virkning herefter ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Charlotte Hove Lasthein

Genpartens rigtighed bekræftes.

Dorthe Hylleberg
kontorfuldmægtig