



RETEN I GLOSTRUP DOM

afsagt den 9. december 2022

Sag BS-4342/2021-GLO

Ringkøbing-Skjern kommune
(advokat Henrik Askholm Oldenhoff Holtse)

mod

De Forenede Dampvaskerier A/S
(advokat Jesper Fabricius)

Denne dom er afsagt af dommer Helga Lund Laursen.

Sagens baggrund og parternes påstande

Retten har modtaget sagen den 1. februar 2021.

Sagen vedrører, hvorvidt Ringkøbing-Skjern kommune overtrådte udbudsloven ved at anse et tilbud fra De Forenede Dampvaskerier A/S for at være ukonditionsmæssigt og derfor afviste tilbuddet, og hvorvidt Ringkøbing-Skjern kommune på denne baggrund har pådraget sig erstatningsansvar over for De Forenede Dampvaskerier A/S.

Ringkøbing-Skjern kommune har nedlagt følgende påstande:

1. De Forenede Dampvaskerier A/S tilpligtes at anerkende, at Ringkøbing-Skjern kommune ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at afvise De Forenede Dampvaskerier A/S' tilbud som ukonditionsmæssigt.

2. De Forenede Dampvaskerier A/S tilpligtes at anerkende, at Ringkøbing-Skjern kommune ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, og med udbudslovens §§ 161 og 162, stk. 1, ved at tildele den i sagen omhandlede rammeaftale til Berendsen Textil Service A/S.
3. De Forenede Dampvaskerier A/S tilpligtes at anerkende, at Ringkøbing-Skjern kommunes beslutning af 28. marts 2019 om at indgå rammeaftale med Berendsen Textil Service A/S ikke skal annulleres.

Subsidiær påstand til påstand 1 - 3:

De Forenede Dampvaskerier A/S tilpligtes at anerkende, at Ringkøbing-Skjern kommunens udbud af en tjenesteydelseskontrakt vedrørende levering af vask og lejeløsning af beklædning til Sundhed & Omsorg i kommunen, jf. udbudsbekendtgørelse af 22. januar 2019, ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

4. De Forenede Dampvaskerier A/S tilpligtes at anerkende, at Ringkøbing-Skjern kommune ikke skal betale erstatning til De Forenede Dampvaskerier A/S med kr. 2.500.000 tillagt procesrenter fra 8. april 2019, subsidiært at der kun skal betales erstatning af et af retten fastsat mindre beløb.

Over for de af De Forenede Dampvaskerier A/S selvstændigt nedlagte påstande 1 og 2 påstås frifindelse.

De Forenede Dampvaskerier A/S har nedlagt påstand om frifindelse overfor de af sagsøgeren Ringkøbing-Skjern kommune nedlagte påstande 1-4.

De Forenede Dampvaskerier A/S har endvidere nedlagt følgende selvstændige modpåstande:

1. Ringkøbing-Skjern kommune tilpligtes til De Forenede Dampvaskerier A/S at betale kr. 4.136.884 kr., subsidiært et af retten fastsat mindre beløb, med procesrente fra den 8. april 2019, subsidiært fra et senere tidspunkt fastsat af retten, til betaling sker.
2. Ringkøbing-Skjern kommune tilpligtes at bringe sin kontrakt af 3. juni 2019 med Berendsen Textil Service A/S til ophør med en måneds varsel fra dommens dato, subsidiært med et andet af retten fastsat varsel.

Dommen indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling, jf. retsplejelovens § 218 a.

Oplysningerne i sagen

Sagens tvist har været behandlet ved Klagenævnet for Udbud, der afsagde kendelse den 15. maj 2020, hvoraf fremgår:

" ...

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 015-031391 af 18. januar 2019 og supplerende udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 032-072726 af 12. februar 2019 udbød Ringkøbing-Skjern Kommune som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale om levering af vask og lejeløsning af beklædning til "Sundhed & Omsorg" i kommunen. I beskrivelsen af udbuddet i udbudsbekendtgørelsen er det bl.a. anført, at udbuddet omfatter levering af vask og lejeløsning af tøj til sundhedsfagligt personale i Ringkøbing-Skjern Kommune, og at "Sidste års forbrug var ca. 2 600 000 DKK". Rammeaftalen skulle indgås med en enkelt aktør og havde en varighed på 6 år. Tildelingskriteriet var "Pris".

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 22. februar 2019 havde De Forenede Dampvaskerier A/S (herefter DFD) og Berendsen Textil Service A/S (herefter Berendsen) afgivet tilbud. Den 28. marts 2019 besluttede Ringkøbing-Skjern Kommune at indgå kontrakt med Berendsen, og kontrakten blev indgået den 3. juni 2019.

Den 8. april 2019 indgav DFD klage til Klagenævnet for Udbud over Ringkøbing-Skjern Kommune. DFD fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 8. maj 2019 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om "fumus boni juris" ikke var opfyldt.

...

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbetingelserne fremgår, at kommunen ville tildele rammeaftalen på grundlag af tildelingskriteriet "Pris":

" ...

Pris

Ordren vil blive givet til den tilbudsgiver, som afgiver det billigste tilbud- laveste pris

Såfremt tilbudsgiver står lige, vil der ske lodtrækning med deltagelse af de tilbudsgivere, der har afgivet ens priser.

..."

Ringkøbing-Skjern Kommune fastsatte en række mindstekrav til det tøj, der skal leveres i udbudsbetingelserne:

" ...

2. Krav

2.1 Generelt

...

- Alle produkter skal kunne leveres i standardmål fra str. S - XXXXL.
- Der må ikke forekomme afvigelser i størrelser, der ligger uden for tolerance og krymp op til 3 %). Tolerance er op til +/- 4 cm. Såfremt afvigelser derudover forekommer, skal der ske udskiftning for den enkelte medarbejder.
- Det valgte tøj skal kunne leveres i tilsvarende udgaver til gravide medarbejdere
- Den enkelte medarbejder sammensætter sin egen beklædningspakke ud fra det samlede, valgte sortiment. Det er derfor ikke et krav, at alle medarbejdere skal have en ensartet beklædningspakke.

...

2.4 T-shirts

- Der ønskes t-shirts af blandingsmateriale - bomuld/polyester (60/40) for at bibeholde pasform og størrelse efter mange gange vask
- Farver: der skal være mulighed for valg af to farver uden ekstra beregning
- Der skal være harmoni mellem t-shirtstørrelser og længde, således at t-shirts i store størrelser har en relativ mindre forøgelse i længden.
- T-shirts'ene skal være med korte ærmer (over albue/lige over albue)
- T-shirt må ikke være gennemsigtige.
- T-shirt skal være åndbare.
- Trænings t-shirt skal være svedtransporterende.

2.5 Busseronne

- ...
- Der skal være mulighed for justering af vidde i ryggen
- ...
- Der skal ligeledes være mulighed for valg af unisex-model med samme krav til farve, bevægelsesfrihed, lommer og krave, og i passende længde.

2.6 Jakke

- ...

- Jakken skal have elastiksnøre i bunden
- ...
- ...”

Følgende fremgår desuden af udbudsbetingelserne:

” ...

2.26 IT-system

Tilbudsgiver skal tilbyde et webbaseret It system som samtlige beklædningsansvarlige i Ringkøbing-Skjern Kommune hurtigt kan få adgang til. Tjenesten skal tilbydes som en integreret del af aftalen og skal indgå uden omkostninger for Ringkøbing-Skjern Kommune uanset antallet af brugere. ...

Systemet skal gøre det muligt for Ringkøbing-Skjern Kommunes institutioner at overskue og overvåge samtlige beklædningsprodukter og hvilke medarbejdere, der indgår i løsningen.

...

Systemet skal som minimum kunne håndtere følgende:

Beklædningsansvarlig skal kunne til og afmelde medarbejdere og tøj.

Beklædningsansvarlig skal kunne overvåge tøj i cirkulation.

Beklædningsansvarlig skal kunne kontrollere og justere beholdning.

Beklædningsansvarlig skal kunne se information om tøjet

Beklædningsansvarlig skal have mulighed for at printe en samlet oversigt over tilmeldte medarbejdere samt den enkelte medarbejders beklædningspakke.

Beklædningsansvarlig skal kunne trække statistik over hvad der over en given periode er blevet bestilt, afmeldt mm. Perioden skal kunne fastsættes af den enkelte beklædningsansvarlige (gælder dog ikke afmeldte medarbejdere).

Se leverance steder og leveringstidspunkt.

Få et overblik over bortkommet tøj på hver enkelt medarbejder eller afdeling/institution.

2.27 Fremvisning af tøj og IT-system.

For at kunne vurdere at tøjet/IT-systemet opfylder kravene, vil der inden tilbudsevaluering blive holdt fremvisning af det tilbudte tøj/IT-system. Ordregiver ønsker at se og prøve tøj, der er vasket min 10 gange, og i forskellige størrelser.

...”

Under udbuddet blev der stillet en række spørgsmål, og kommunen svarede bl.a. på følgende:

"Spørgsmål 4:

Fremvisning af IT og tøj

Er det korrekt forstået, at der ved fremvisning af tøj og IT system, alene vurderes på konditions-mæssighed?

Svar:

Dette er korrekt.

...

Spørgsmål 33:

Vil Ordregiver uddybe punkt 2.27 fremvisning af tøj og IT-system. Hvor lang tid afsættes der pr. tilbud [...] til hhv. fremvisning af tøj og præsentation af IT-system?

Svar:

Der afsættes ca. 1 time til fremvisning og præsentation - 45 min. Til tøjet og 15 til systemet."

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud den 12. marts 2019 havde DFD og Berendsen afgivet tilbud. Den 28. marts 2019 besluttede Ringkøbing-Skjern Kommune at tildele kontrakten til Berendsen. Af underretningen fremgår:

"...

Ringkøbing-Skjern kommune erklærer De Forenede Dampvaske-rier's tilbud for ukonditions-mæssigt, idet tøjet ved gennemsyn / afprøvning ikke levede op til minimumskrav i kapitel 2.

Minimums krav som ikke er opfyldt:

På busseronne er der ikke mulighed for justering af vidde i ryggen, samt at hvide t-shirts er gennemsigtige.

Derudover er der problemer med proportions forholdene, der er forkerte, og der er ingen harmoni i forholdene. Tøjet er generelt for småt i størrelserne.

Evalueringsens udfald medfører, at Ringkøbing-Skjern Kommune agter at indgå kontrakt med:

Berendsen A/S.

Den totale varesum for det vindende tilbud er 2.515.362,20 kr. Stand-still periode på 10 dage i perioden 29.3. - 9.4.2019."

DFD afgav et tilbud på 2.211.172,60 kr., der således var 304.189,60 kr. billigere end Berendsens tilbud

DFD fremsatte den 2. april 2019 indsigelser mod, at virksomhedens tilbud var erklæret ukonditionsmæssigt, og opfordrede til, at kommunen omgjorde tildelingsbeslutningen.

Ringkøbing-Skjern Kommune fastholdt ved brev af 8. april 2019 tildelingsbeslutningen og henviste til den tidligere meddelte begrundelse for, at DFD's tilbud var ukonditionsmæssigt.

DFD har oplyst, at virksomhedens fremvisning af tøj og it-system blev afholdt den 18. marts 2019. DFD afleverede vareprøverne til kommunens brugergruppe, og DFD var efter kommunens ønske ikke selv til stede, da brugergruppen gennemgik vareprøverne med henblik på at konstatere, om DFD's tilbud var konditionsmæssigt. DFD præsenterede it-systemet "Mit DFD" for brugergruppen. DFD fik efter fremvisningen besked om at tage sine vareprøver med hjem igen.

Kommunen har bekræftet, at brugergruppen afholdt møde den 18. marts 2019, hvor DFD's tilbudte tøj blev gennemgået, og it-systemet blev fremvist. Det var brugergruppens vurdering, der efterfølgende dannede grundlag for kommunens beslutning om at afvise tilbuddet fra DFD. Der blev senere afholdt et andet brugergruppemøde, hvor det tilbudte tøj fra Berendsen blev gennemgået. Konklusionen fra denne gennemgang var, at dette tilbud opfyldte alle mindstekrav. Kommunens tildelingsbeslutning er således baseret på, at der kun var ét konditions-mæssigt tilbud.

[...]

Teknologisk Institut har den 29. april 2019 afgivet en udtalelse på foranledning af DFD:

"...

Vurdering af udbud på t-shirt

I forbindelse med EU-udbuddet på vask/lejeløsning af beklædning til Ringkøbing- Sig em Kommune har De Forenede Dampvaskerier bedt Teknologisk Institut om en faglig udtalelse i forhold til kravet om at den pågældende T-shirt ikke må være gennemsigtig. Hermed følger vores vurdering af kravformuleringen:

Der findes os bekendt ikke nogen standard eller fastlagt norm for, hvordan en T-shirts gennemsigtighed vurderes. Gennemsigtheden afhænger af flere elementer som f.eks. strikmetode, masketæt-

hed og kvadratmetervægt. En hvid T-shirt i normal udførelse vil ofte være gennemsigtig i en eller anden udstrækning (mere eller mindre gennemsigtig). På den baggrund er et krav om, at en T-shirt ikke må være gennemsigtig, ikke egnet som et absolut krav. Man kunne i stedet have opstillet en række målbare kriterier som sammenlagt ville kunne give en mere konkret og faglig vurdering af et tekstils gennemsigthed som nævnt ovenfor.
..."

DFD har fremlagt skærmpoint fra virksomhedens it-system, som efter det oplyste viser, at systemet opfylder mindstekravene om, at "Beklædningsansvarlig skal have mulighed for at printe en samlet oversigt over tilmeldte medarbejdere samt den enkelte medarbejders beklædningspakke" og "Se leverancesteder og leveringstidspunkt", jf. udbudsbetingelsernes pkt. 2.26.

Den 26. april 2019 anmodede DFD om aktindsigt i dele af Berendsens tilbud, herunder den fysiske vareprøve af den tilbudte T-shirt. Ringkøbing-Skjern Kommune gav afslag på aktindsigtsanmodningen. DFD klagede over denne afgørelse til klagenævnet, der den 24. juni 2019 traf afgørelse om, at DFD skulle meddeles fuld aktindsigt i de anmodede oplysninger, herunder de fysiske vareprøver.

Efter modtagelsen af den fysiske vareprøve af T-shirten fra Berendsen har DFD den 31. juli 2019 bedt Teknologisk Institut om at undersøge de to T-shirts og besvare følgende spørgsmål:

"...

2 KVADRATMETERVÆGT

2.1 Teknologisk Institut bedes kort beskrive, hvad et tekstils kvadratmetervægt viser?

2.2 Teknologisk Institut bedes oplyse DFD's T-shirts kvadratmetervægt?

2.3 Teknologisk Institut bedes oplyse Berendsens T-shirts kvadratmetervægt?

2.4 Hvis der er en forskel på kvadratmetervægten for de to T-shirts, bedes Teknologisk Institut uddybe, (i) hvad denne forskel kan skyldes (fx fejlkilde, vask, almindeligt slid, størrelsesforskel mv.) samt (ii) om forskellen efter et fagligt skøn kan antages at betyde, at den ene T-shirt - alt andet lige - er mere gennemsigtig end den anden samt i givet fald hvilken der er mest gennemsigtig?

3. MASKETÆTHED

3.1 Teknologisk Institut bedes beskrive, hvad et tekstils masketæthed viser?

3.2 Teknologisk Institut bedes oplyse DFD's T-shirts masketæthed?

3.3 Teknologisk Institut bedes oplyse Berendsens T-shirts masketæthed?

3.4 Hvis der er en forskel på masketætheden for de to T-shirts, bedes Teknologisk Institut uddybe, hvad denne forskel kan skyldes (fx fejkilde, vask, almindeligt slid, størrelsesforskel mv.) samt (ii) om forskellen efter et fagligt skøn kan antages at betyde, at den ene T-shirt - alt andet lige - er mere gennemsigtig end den anden samt i givet fald hvilken der er mest gennemsigtig?

4 FIBERINDHOLD

4.1 Teknologisk Institut bedes beskrive, hvad et tekstils fiberindhold viser?

4.2 Teknologisk Institut bedes oplyse DFD's T-shirts fiberindhold?

4.3 Teknologisk Institut bedes oplyse Berendsens T-shirts fiberindhold?

4.4 Hvis der er en forskel på fiberindhold i de to T-shirts, bedes Teknologisk Institut uddybe, (i) hvad denne forskel kan skyldes (fx fejkilde, vask, almindeligt slid, størrelsesforskel mv.) samt (ii) om forskellen efter et fagligt skøn kan antages at betyde, at den ene T-shirt - alt andet lige - er mere gennemsigtig end den anden samt i givet fald hvilken der er mest gennemsigtig?

5 STRIKKEMETODE

5.1 Teknologisk Institut bedes beskrive, hvad et tekstils strikkemetode viser?

5.2 Teknologisk Institut bedes oplyse DFD's T-shirts strikkemetode?

5.3 Teknologisk Institut bedes oplyse Berendsens T-shirts strikkemetode?

5.4 Hvis der er en forskel på strikkemetoden for de to T-shirts, bedes Teknologisk Institut uddybe, (i) hvad denne forskel kan skyldes (fx fejkilde, vask, almindeligt slid, størrelsesforskel mv.) samt (il) om forskellen efter et fagligt skøn kan antages at betyde, at den ene T-shirt - alt andet lige - er mere gennemsigtig end den anden samt i givet fald hvilken der er mest gennemsigtig?

6 SAMMENFATTENDE VURDERING OG EVT. ØVRIGE FORHOLD

6.1 Er det sammenfattende Teknologisk Instituts faglige vurdering ud fra besvarelsen af de ovenfor anførte spørgsmål, at DFD's T-

shirt og Berendsens T-shirt er udført i samme stof eller i hvert fald stof med samme egenskaber i relation til de undersøgte parametre?

6.2 Er det Teknologisk Instituts faglige vurdering ud fra besvarelsen af de ovenfor anførte spørgsmål og en fagmæssig bedømmelse af de to T-shirts, at DFD's T-shirt og Berendsens T-shirt er lige gennemsnitlige, eller er det Teknologisk Instituts faglige vurdering, at den ene er mere gennemsnitlig end den anden og - i sidstnævnte fald - hvilken er mest gennemsnitlig?

Den 6. august 2019 har Teknologisk Institut udtalt følgende:

" ...

2. Kvadratmetervægt

2.1 Det angiver vægten af en kvadratmeter stof

2.2 224 g/m²

2.3 221 g/m²

2.4 Forskellen kan skyldes, at den ene T-shirt er vasket flere gange end den anden, men det vurderes, at forskellen ligger inden for den variation, som naturligt vil kunne være mellem to T-shirts fra samme produktion. Efter vores faglige vurdering vil forskellen ikke give anledning til nogen synbar forskel i relation til gennemsnitligheden.

3. Masketæthed

3.1 Dette angiver hvor tæt T-shirten er strikket.

3.2 Maskestave = 130 per 10 cm, Maskerækker= 220 per 10 cm

3.3 Maskestave = 126 per 10 cm, Maskerækker= 216 per 10 cm

3.4 Forskellen kan skyldes, at den ene T-shirt er vasket flere gange end den anden, men det vurderes, at forskellen ligger inden for den variation, som naturligt vil kunne være mellem to T-shirts fra samme produktion. Efter vores faglige vurdering vil forskellen ikke give anledning til nogen synbar forskel i relation til gennemsnitligheden.

4. Fiberindhold

4.1 Dette angiver andelen af hver fiber.

4.2 40,66 % polyester, 59,34 % bomuld

4.3 43,17 % polyester, 56,83 % bomuld

4.4 Forskellen kan skyldes at den ene T-shirt er vasket flere gange og noget af bomulden kan være vasket ud og derfor giver det en højere andel af polyester ved analysen. Men det vurderes, at forskellen ligger inden for den variation, som naturligt vil kunne være mellem to T-shirts fra samme produktion. Efter vores faglige vurdering vil forskellen ikke give an-

ledning til nogen synbar forskel i relation til gennemsligtigheden.

5. Strikkemetode

5.1 Strikkemetode fortæller hvordan konstruktionen er på varen altså hvordan den er strikket.

5.2 Single Jersey

5.3 Single Jersey

5.4 Ikke relevant da strikkemetoderne er identiske.

6. Sammenfattende vurdering og evt. Øvrige forhold

6.1 Ud fra vores vurdering har de 2 T-shirt de samme egenskaber

6.2 Så vidt vi er bekendt findes der ikke nogen standard til måling af gennemsligtighed. Efter vores bedst faglige skøn er de konstaterede forskelle mellem de to T-shirts så minimale, at de ikke bør bevirke nogen synbar forskel i relation til gennemsligtighed.

..."

Under klagesagen har DFD indhentet følgende erklæring fra den medarbejder hos DFD, der forestod præsentationen af it-systemet for kommunen. Medarbejderen er efter det oplyste ikke længere ansat hos DFD og var det heller ikke, da erklæringen blev afgivet:

"Jeg var med til DFD's fremvisning af tøj og IT-system for Ringkøbing-Skjern Kommune den 18. marts 2019, hvor jeg havde ansvaret for at præsentere det tilbudte IT-system til kommunens brugergruppe.

Under fremvisningen brugte brugergruppen meget længere tid på afprøvning af tøjet end kommunen på forhånd havde planlagt, hvorfor der kun blev afsat 10 minutter til præsentationen IT-løsningen mod oprindelige lovede 15 minutter. Præsentationen blev derfor meget presset som følge af kommunens ændring af den afsatte tid. Det var endvidere under præsentationen svært for, at få lov til at give en sammenhængende præsentation af det tilbudte IT-system, idet kommunens brugergruppe primært stillede stærkt kritiske spørgsmål til den bestående beklædnings- og IT-løsning, som DFD på daværende tidspunkt leverede til kommunen, og ikke til den nye løsning, der var omfattet af tilbuddet.

Til brug for præsentationen havde jeg log-in med til hhv. Fredericia Kommunes og Esbjerg Kommunes IT-systemer, som svarer til den

løsning, som var indeholdt i vores tilbud. På grund af den meget pressede tidsramme og de mange kritiske spørgsmål til den tidligere leverede beklædnings- og IT-løsning nåede jeg dog aldrig at demonstrere hele systemet, eller alle de funktioner, som Kommunen havde stillet krav om, og som er indeholdt i den tilbudte løsning.

Jeg erindre ikke, at jeg under præsentationen skulle have givet udtryk for, at jeg ikke kunne demonstrere samtlige funktioner, som systemet skulle indeholde, eller at systemet ikke på tidspunktet for præsentationen indeholdt de krævede funktioner.

..."

Den pågældende medarbejder indlagde desuden en kort beskrivelse af forløbet i DFD's kontaktrapport den 19. marts 2019. Af beskrivelsen fremgår:

"...

Da de har prøvet tøjet i over 55 minutter, 10 mere end ønsket af kommunen, stikker [...] hovedet ind til mig og ytre at: Det er meget skidt, der er alt for lidt tid til at de alle kan nå at prøvet alt tøjet - om det er okay, at de bruger yderligere noget tid. Jeg fortæller hende igen, at det havde vi jo fortalt dem, men tilføjer at jeg ikke nogen bagkant har, så det skal bare tage den tid de har behov for, hvortil hun ytre at ellers må vi bare springe mitDFD delen over. Jeg understreger, at det vil jeg være frygteligt ked af, så det skal vi finde tid til.

Efter de [tøj udvalget] har prøvet tøjet i henved 1 time og 10 minutter, kommer de endelig ind for en gennemgang af mitDFD med hovedvægt på ressourcestyringsdelen, samt de ønsker de har stillet. Det viser sig dog hurtigt, at det blot bliver en 10 minutters gennemgang, hvor 5 minutter bliver brugt på de, for dem, nye redskaber i en kommende aftale resten af tiden går med, at stille spørgsmål til deres nuværende løsninger og problemer dermed. Jeg prøver to til tre gange og henstille til, at vi ikke skal tale gammel aftale, dog uden held... suk.

..."

[...]

Kommunen har oplyst, at der var enighed i brugergruppen om, at den T-shirt, som DFD tilbød, var gennemsigtig og derfor uanvendelig. Det er desuden oplyst, at en medarbejder fra kommunens indkøbsafdeling deltog i møderne, hvor brugergruppen vurderede tøj og it-systemer, og

medarbejderen skrev brugergruppens bemærkninger ned til brug for vurderingen af, om det tilbudte var konditionsmæssigt.

Parternes anbringender:

[...]

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1a

Klagenævnet har i delkendelse af 8. maj 2019 udtalt følgende:

"Ad påstand 1

[...]

Hvide T-shirts - gennemsigtige

Efter udbudsbetingelsernes pkt. 2.4 var det et mindstekrav, at T-shirts ikke måtte være gennemsigtige.

Klagenævnet lægger til grund, herunder efter den fremlagte udtalelse fra Teknologisk Institut, at der ikke findes en standard eller norm for, hvordan en T-shirts gennemsigtighed vurderes, og at gennemsigtigheden afhænger af flere elementer som f.eks. strikmetode, masketæthed og kvadratmetervægt.

Et krav om, at T-shirts ikke må være gennemsigtige, er sagligt, og når et tilbuds opfyldelse af kravet vurderes ved besigtigelse af en vareprøve, kan det fastsætte mindstekrav ikke anses for at have et uklart indhold eller at overlade ordregiveren et frit skøn med den konsekvens, at det strider mod principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Ringkøbing-Skjern Kommunes brugergruppe, der evaluerede tilbuddene med de indleverede vareprøver, vurderede, at de hvide T-shirts var gennemsigtige, og den manglende opfyldelse af mindstekravet indgik i kommunens begrundelse for at anse DFD's tilbud for ukonditionsmæssigt. Klagenævnet har ikke grundlag for at tilsidesætte denne vurdering.

Efter de foreløbigt foreliggende oplysninger var DFD's tilbud herefter ukonditionsmæssigt, da det ikke opfyldte mindstekravet om, at T-shirts ikke måtte være gennemsigtige.

Mindstekrav til it-system og elastiksnøre i bunden af jakken

Ringkøbing-Skjern Kommune har hverken i underretningen om til-delingsbeslutningen eller i den senere korrespondance med DFD i standstill-perioden tilkendegivet, at tilbuddet fra DFD også var ukonditionsmæssigt, fordi mindstekrav til it-systemet og til jakken ikke var opfyldt. Kommunen har derfor bevisbyrden for, at mindstekravene ikke var opfyldt, herunder at DFD til demonstrationen oplyste, at de påståede mangler i it-systemet først ville være opfyldt om 6 måneder.

Bevisbyrden er ud fra de foreliggende oplysninger ikke løftet, og klagenævnet har i den forbindelse lagt vægt på de skærmpoint fra it-systemet og det eksemplar af jakken, som DFD har fremlagt.

Ud fra en foreløbig vurdering er der herefter ikke grundlag for at konstatere, at DFD's tilbud ikke opfyldte de anførte mindstekrav.

Konklusion

Da DFD's tilbud efter en foreløbig vurdering var ukonditionsmæssigt, fordi det ikke opfyldte mindstekravet om, at T-shirts ikke måtte være gennemsigtige, er der ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Som følge af det anførte er der heller ikke efter en foreløbig vurdering udsigt til, at DFD's påstand om annullation vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 om "fumus boni juris" er derfor ikke opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt, og klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning."

[...]

Hvide T-shirts – gennemsigtige

Som fastlagt i delkendelsen er det et sagligt mindstekrav, at de tilbudte T-shirts ikke må være gennemsigtige.

Klagenævnet har ikke grundlag for at konstatere, at den T-shirt, som DFD har fremlagt i sagen, ikke svarer til den T-shirt, som blev præsenteret for brugergruppen. Efter de foreliggende oplysninger, herunder

udtalelsen fra Teknologisk Institut, lægger klagenævnet til grund, at de tilbudte T-shirts fra DFD og Berendsen er fra samme producent og har samme modelnummer. De har desuden samme garnnumre, kvadratmetervægt, masketæthed, fiberindhold og strikkemetode, som det kan forventes inden for samme produktion.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at efterbehandlingen af T-shirtene har en effekt på gennemsigtheden. Kommunen har således oplyst, at "Berendsen har ... oplyst, at deres efterbehandling ikke blot er 10 vaske, som var minimumskrav, men de gør noget yderligere netop for at sikre, at den tilbudte T-shirt ikke er gennemsigtig". DFD har anført, at Berendsen og DFD - og øvrige aktører i branchen - i det væsentlige anvender samme fremgangsmåder til efterbehandling, nemlig de fremgangsmåder som er gængse i branchen. Det er anført, at "efterbehandling" er et brancheudtryk for den tørring, der sker af tøjet efter endt vask - enten tørring i tørretumbler eller tørring i en såkaldt "steamer", hvor der tørres med varme og damp. En efterbehandling er derfor efter DFD's vurdering ikke relevant for gennemsigtheden af T-shirtene.

Kommunen anfører, at Berendsens T-shirt har fået en særlig efterbehandling, som har betydning for, om den er gennemsigtig, men der foreligger ikke i sagen en udtalelse fra Berendsen om, at den tilbudte T-shirt har fået en sådan behandling eller en antydning af, hvad efterbehandlingen skulle bestå i. Klagenævnet kan derfor ikke lægge til grund, at Berendsens T-shirt har fået en efterbehandling, som har betydning for, om den er gennemsigtig.

Efter udtalelsen fra Teknologisk Institut om, at de undersøgte T-shirts i realiteten er ens, har Ringkøbing-Skjern Kommune bevisbyrden for, at det ikke var tilfældet, da de blev undersøgt af brugergruppen. Klagenævnet finder, at bevisbyrden ikke er løftet alene ved kommunens oplysning om, at der var enighed i brugergruppen om, at den T-shirt, som DFD tilbød, var gennemsigtig og derfor uanvendelig, mens Berendsens T-shirt ikke var gennemsigtig.

Da Ringkøbing-Skjern Kommune vurderede, at Berendsens tilbudte T-shirt ikke var gennemsigtig, og da DFD's T-shirt efter de foreliggende oplysninger var magen til Berendsens T-shirt, er der ikke grundlag for at konstatere, at DFD's tilbud var ukonditionsræssigt på dette punkt. [...]

Mindstekrav til it-system

Mindstekravene til it-systemet fremgik af udbudsbetingelsernes punkt 2.26 og 2.27. Heraf fremgik, at kommunen på baggrund af fremvisningen af it-systemet ville vurdere, om systemet opfyldte mindstekravene.

Som anført i delkendelsen tilkendegav Ringkøbing- Skjern Kommune hverken i underretningen om tildelingsbeslutningen eller i den senere korrespondance med DFD i standstill-perioden, at tilbudet fra DFD også var ukonditionsmæssigt, fordi mindstekrav til it-systemet ikke var opfyldt. Kommunen har derfor bevisbyrden for, at mindstekravene ikke var opfyldt, herunder at DFD til demonstrationen oplyste, at de påståede mangler i it-systemet først ville være opfyldt 6 måneder senere.

På opfordring fra Ringkøbing-Skjern Kommune har DFD indhentet en erklæring fra den medarbejder, der fremviste it-systemet, og klagenævnet lægger herefter til grund, at ikke alle relevante funktioner, som kommunen havde stillet krav om, blev fremvist.

Efter erklæringen og den pågældende medarbejders beskrivelse af forløbet dagen efter i DFD's kontaktrapport var årsagen til den manglende fremvisning af alle funktioner, at der som følge af kommunens forhold var meget kort tid til at fremvise systemet. Herefter, og da det er ubestridt, at de fremlagte skærmpoint viser, at it-systemet opfylder de mindstekrav, som kommunen først under klagesagen har gjort gældende ikke var opfyldt, har kommunen ikke bevist, at mindstekravene til it-systemet ikke var opfyldt.

DFD's tilbud har efter det anførte ikke været ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet tager herefter påstanden til følge.

Ad påstand 2

I underretningen til DFD om tildelingsbeslutningen anførte Ringkøbing-Skjern Kommune, at der i øvrigt var "problemer med proportions forholdene, der er forkerte, og der er ingen harmoni i forholdene. Tøjet er generelt for småt i størrelserne".

Tildelingskriteriet var laveste pris, og da der ikke var fastsat et mindstekrav, som generelt stillede krav til tøjets proportioner, havde Ringkøbing-Skjern Kommune ikke anledning til at tage stilling til, om det tilbudte tøj havde de rette proportioner.

Med formuleringen "Derudover er der problemer med proportions forholdene..." finder klagenævnet ikke grundlag for at konstatere, at Ring-

købing-Skjern Kommune tillagde proportionsforholdene betydning ved vurderingen af, om tøjet i øvrigt opfyldte de fastsatte mindstekrav.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 3

Efter det, som er anført ad påstand 1a, var DFD's tilbud konditionsmæssigt, og da DFD havde afgivet tilbuddet med den laveste pris, tager klagenævnet påstanden til følge.

Ad påstand 4

Af forarbejderne til udbudslovens § 171, stk. 4, fremgår, at ordregiverens underretning til tilbudsgivere, som har afgivet et uantageligt tilbud, skal indeholde en begrundelse for, hvorfor deres tilbud er afvist, og at ordregiveren kun er forpligtet til at anføre, hvad der har ført til afvisningen af tilbudsgiverens eget tilbud og derved for forholdet til de krav, som ordregiveren har stillet i udbudsmaterialet.

Ringkøbing-Skjern Kommune angav i tildelingsbeslutningen af 28. marts 2019, at DFD's tilbud ikke levede op til minimumskrav, da busseronnen ikke havde mulighed for justering af vidde i ryggen, og da de hvide T-shirts var gennemsigtige.

Som anført ad påstand 2 er der ikke grundlag for at konstatere, at kommunen tillagde proportionsforholdene betydning ved vurderingen af, om tøjet i øvrigt opfyldte de fastsatte mindstekrav. Ringkøbing-Skjern Kommune anførte de mindstekrav, som DFD's tilbud efter kommunens vurdering ikke opfyldte.

Kommunen har herefter ikke henvist til forhold, der ikke lovligt kunne tillægges betydning ved tildelingsbeslutningen, og har i øvrigt anført det, som kommunen har lagt vægt på ved beslutningen.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 6

Efter det, som er anført ad påstand 1a, var DFD's tilbud ikke ukonditionsmæssigt. Klagenævnet tager derfor påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen til følge.

Ad påstand 5

Klagenævnet kan efter klagenævnslovens § 10, stk. 2, afgøre en sag i realiteten helt eller delvist. Hvis klagenævnet kun behandler en klage del-

vist, tager klagenævnet ikke stilling til alle de påstande, som klageren har nedlagt.

Under hensyn til, at klagenævnet har taget påstand 1a til følge, og at klagenævnet på dette grundlag har bestemt, at tildelingsbeslutningen skal annulleres, tager klagenævnet ikke stilling til påstand 5.

Herefter bestemmes:

Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at afvise DFD's tilbud som ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 3

Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, og med udbudslovens §§ 161 og 162, stk. 1, ved at tildele rammeaftalen til Berendsen, selv om Berendsen ikke har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af det fastsatte tildelingskriterium i udbudsbetingelsernes punkt 1.12.

Ringkøbing-Skjern Kommunes beslutning af 28. marts 2019 om at indgå kontrakt med Berendsen Textil Service A/S annulleres.

Klagenævnet tager ikke påstand 2 og 4 til følge.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 5.

Ringkøbing-Skjern Kommune skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 50.000 kr. i sagsomkostninger til De Forenede Dampvaskerier A/S.

Klagegebyret tilbagebetales.

..."

Den 17. december 2020 afsagde Klagenævnet for Udbud kendelse vedrørende erstatning. Af denne kendelse fremgår blandt andet:

" ...

Supplerende oplysninger

Ringkøbing-Skjern Kommune har under erstatningssagen fremlagt følgende udtalelse fra Berendsen Tekstil Service A/S (herefter Berendsen):

" ...

Erklæring vedrørende Efterbehandling / Tørreproces

...

På jeres foranledning vil jeg her prøve at belyse de forskelle, der kan opstå på tekstiler, der håndteres på vores industri vaskerier generelt.

I forbindelse med udbuddet på vask og lejeløsning til jeres medarbejdere i ældreplejen, har i ønsket at se tøj der "er vasket minimum 10 gange". Jeg går ud fra at begge tilbudsgiveres vareprøver, har været vasket og tørret 10 gange og ikke udover dette. Bemærk dog, at antallet af vaske alene kan være årsagen til at brugergruppen på baggrund af en tøjprøvning kan opleve artikler, der inden vask og tørring har været identiske, som forskellige.

Vores undersøgelser har været rettet mod efterbehandlingen (tørreprocessen), da det vil være i denne fase, vi vurderer, at der kan opstå de største forskelle fra vaskeri til vaskeri.

I industriel vask anvender vi som udgangspunkt to tørremetoder: Tørretumbler og Steamer (tunneltørrer)

I test mellem disse to metoder, kan vi ved en manuel personlig vurdering konstatere forskelle i tekstilets visuelle udtryk, og hvordan det føles mellem hænderne efter endt proces.

Af de to ovennævnte metoder, er det i tørretumbleren, at vi kan påvise de største afvigelser indenfor samme tørremetode. Forhold der her gør sig gældende er:

- Temperatur
- Tørretid
- Mekanisk bearbejdning af tekstilet
- Fyldningsgraden af tumbleren

Selv små ting, som at fnugfilteret har været rensset inden fyldning af maskinen, og restfugtigheden i tekstilerne efter tørring, kan give et forskelligt resultat.

Vores konklusion er på baggrund af gennemførte tests i et af vores vaskerier, samt den erfaring som lederne af vores produktioner besidder: Afhængig af hvilken tørremetode, temperatur, mekaniske bearbejdning, tørretid og fyldningsgrad af vores maskiner der benyttes efter endt vask, vil de beklædningsgenstande, der forlader vores vaskeri, kunne fremstå med forskelligt udtryk. Dette både visuelt og den måde de føles mellem hænderne - uanset om der er tale om identiske tekstiler fra processens start.

Udbuddets krav om minimum 10 forudgående vaske af vareprøverne, vil kun forstærke de forskelle, vi har registreret i vores test. Vores vurdering er derfor, at man med rimelighed kan antage, at med mindre begge tilbudsgivere har ramt nøjagtig samme forhold gennem vask og efterbehandlingerne af udbuddets vareprøver, vil jeres brugergruppe ved tøjprøvningen kunne opleve at selv t-shirt fra samme producent og batch, føles forskellige og ligeledes visuelt fremstår forskellige.

..."

Ringkøbing-Skjern Kommune har bestridt DFD's opgørelse i forhold til positiv opfyldelsesinteresse. DFD har på den baggrund indhentet en erklæring fra virksomhedens revisor om rigtigheden af tallene i opgørelsen.

Ad erstatningsgrundlaget:

Ved kendelsen af 15. maj 2020 konstaterede klagenævnet, at Ringkøbing-Skjern Kommune under udbuddet har overtrådt udbudsloven således:

"Ad påstand 1a

Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at afvise DFD's tilbud som ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 3

Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, og med udbudslovens §§ 161 og 162, stk. 1, ved at tildele rammeaftalen til Berendsen, selv om Berendsen ikke har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af det fastsatte tildelingskriterium i udbudsbetingelsernes punkt 1.12.

Ringkøbing- Skjern Kommunes beslutning af 28. marts 2019 om at indgå kontrakt med Berendsen Textil Service A/S annulleres."

[...]

Klagenævnet udtaler:

Ad erstatningsgrundlaget:

Klagenævnet har ved kendelse af 15. maj 2020 konstateret, at Ringkøbing-Skjern Kommune handlede i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at afvise

DFD's tilbud som ukonditionsmæssigt, og at Ringkøbing-Skjern Kommune handlede i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, og med udbudslovens §§ 161 og 162, stk. 1, ved at tildele rammeaftalen til Berendsen, selv om Berendsen ikke har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af det fastsatte tildelingskriterium i udbudsbetingelserne.

Ringkøbing-Skjern Kommune har herved handlet ansvarspådragende over for DFD.

Ad årsagssammenhæng og erstatningskravet:

Ad påstand 7

DFD har krævet erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse. Efter klagenævnets praksis er det en betingelse for en sådan erstatning, at det er bevist, at den forbigåede tilbudsgiver ville have fået kontrakten, hvis ordregiveren ikke havde overtrådt udbudsreglerne.

Selv om det lægges til grund, at DFD afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, var Ringkøbing-Skjern Kommune ikke forpligtet til at indgå kontrakt med DFD. En ordregiver har således ikke kontraheeringspligt ved et udbud og kan derfor vælge at annullere udbuddet, forudsat at annullationen ikke forfølger et formål, der er i strid med princippet om ligebehandling eller i øvrigt må anses for usaglig. Dette forudsætter dog, at Ringkøbing-Skjern Kommune påviser forhold, som gør det overvejende sandsynligt, at kommunen ville have annulleret udbuddet, hvis det var erkendt, at tilbuddet fra DFD var konditionsmæssigt.

Ringkøbing-Skjern Kommune har blandt andet gjort gældende, at kommune ville have annulleret udbuddet, fordi en enig brugergruppe anså DFD's tilbudte T-shirt for at være gennemsigtig og dermed ubrugelig for kommunen, og der var desuden andre forhold, der gjorde sig gældende, herunder at tøjet generelt var småt i størrelserne, og at der var problemer med proportionsforholdene. Derudover fik brugergruppen ikke forevist alle de krævede funktioner i DFD's it-system, og det var derfor uvist, om systemet opfyldte mindstekravene. Desuden har kommunen anført, at brugergruppen, selv om de nævnte forhold udbudsretligt ikke kunne danne grundlag for at anse DFD's tilbud for ukonditionsmæssigt, ikke ville have accepteret, at kommunen indgik rammeaftalen med DFD, og det var derfor ikke en realistisk mulighed at tildele rammeaftalen til DFD og tvinge de ansatte til at anvende noget tøj, som de helt åbenbart anså for at være ubrugeligt til dets formål.

Klagenævnet kunne ikke ved kendelsen af 15. maj 2020 lægge til grund, at Berendsens T-shirt havde fået en efterbehandling, som havde betydning for, om den var gennemsigtig. Selv om Ringkøbing-Skjern Kommune nu under erstatningssagen har fremlagt en udtalelse fra Berendsen om virksomhedens tests med tørringsmetoder, ændrer det ikke klagenævnets afgørelse. Da Ringkøbing-Skjern Kommune således vurderede, at Berendsens tilbudte T-shirt ikke var gennemsigtig, og da DFD's T-shirt var magen til Berendsens T-shirt, lægger klagenævnet til grund, at DFD's T-shirt heller ikke var gennemsigtig.

Det er ubestridt, at DFD i øvrigt afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og da Ringkøbing-Skjern Kommune ikke efter de foreliggende oplysninger har sandsynliggjort, at udbuddet ville være blevet annulleret, hvis det var erkendt, at DFD's tilbud var konditionsmæssigt, har DFD krav på erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse.

Da klagenævnet lægger til grund, at DFD's T-shirt ikke var gennemsigtig, er der ikke grundlag for at antage, at Ringkøbing-Skjern Kommune ville have opsagt rammeaftalen med DFD inden udløbet af kontraktperioden på 6 år.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at klagenævnet til brug for tabsopgørelsen som et absolut maksimum skal anvende en overskudsgrad svarende til gennemsnittet for de (seneste) 5 regnskabsår. I overensstemmelse med sædvanlig klagenævns- og retspraksis fastsættes erstatningen dog på grundlag af det forventede dækningsbidrag.

DFD har opgjort dækningsbidraget til 4.137.884 kr., i kontraktperioden. DFD har i den samlede omsætning medregnet et beløb på 766.000 kr., der udgør et forventet tab for bortkommet tøj. Klagenævnet er enig med Ringkøbing-Skjern Kommune i, at dette beløb ikke er en omsætning, men et erstatningsbeløb, og det skal derfor ikke indgå ved tabsopgørelsen.

På denne baggrund og i øvrigt under hensyn til den usikkerhed, der altid vil være ved indtægter og udgifter over en fremtidig 6-årig periode, pålægger klagenævnet Ringkøbing-Skjern Kommune at betale en skønsmæssig fastsat erstatning på 2.500.000 kr. med procesrente som fastsat nedenfor.

Sagsomkostninger

Efter sagens udfald skal Ringkøbing-Skjern Kommune betale yderligere omkostninger til DFD som fastsat nedenfor.

Herefter bestemmes:

Ringkøbing-Skjern Kommune skal til De Forenede Dampvaskerier A/S betale 2.500.000 kr. med procesrente fra den 8. april 2019.

Ringkøbing-Skjern Kommune skal i yderligere sagsomkostninger til De Forenede Dampvaskerier A/S betale 25.000 kr.

Beløbene skal betales inden 8 uger, efter at denne afgørelse er meddelt parterne.

..."

Forklaringer

Vidne A har forklaret blandt andet, at hun er divisionsdirektør hos De Forenede Dampvaskerier A/S (herefter "DFD"). Hun er ansvarlig for aktiviteterne i forhold til det offentlige marked, herunder produktionsenheder, salg, service og udvikling af nye løsninger.

De fleste kommuner vælger en samlet beklædningsløsning til pleje/omsorgsmedarbejderne, der består af både det fysiske tøj, vask, levering, opmåling af medarbejdere, it-system mv. Det er tilbudsgiveren, der ejer beklædningsgenstandene og lejer dem ud til kommunen i kontraktperioden. Tilbudsgiveren lægger udgifter til vask, opmåling, leverancer mv. ind i en lejepris, der afregnes pr. uge pr. stk. tøj i beholdningen. Produkterne vælges ud fra kravsspecifikationerne og skal være pænt, brugbart og overholde hygiejnekravene fra Statens Seruminstitut.

Det er typisk Berendsen Textil Service A/S (nu Elis) (herefter "Berendsen"), der er DFD's konkurrent. Der er endvidere enkelte mindre aktører på det kommunale område. Berendsen og DFD byder altid på denne type udbud.

I udbuddet i denne sag var tildelingskriteriet 100% pris. Hun kan ikke erindre andre kommuner, hvor pris tæller 100% i et beklædningsudbud. Pris plejer at tælle 40-60 %, men resten er kvalitative parametre. Pasform, design og funktionalitet plejer at indgå med 10-20 %, men det er i faldende grad, da tilbudsgiverne som oftest får tøjet fra den samme leverandør. Miljø og service plejer at være de kvalitative parametre. Ved vurderingen af kvalitative parametre plejer en brugergruppe at gå med tøjet i en periode og give point.

DFD var den tidligere leverandør til kommunen. Da de fik at vide, at tilbuddet ikke var konditionsmæssigt, undersøgte hun med vaskeriet i Vejen, som serverede Ringkøbing-Skjern kommune, og der var ikke noget, der tydede på utilfredshed fra kommunens side.

Bilag O blev indleveret ved tilbudsafgivelsen.

Kravet om, at T-shirten ikke måtte være gennemsigtig, var opfyldt med den T-shirt, DFD leverede. Det er den T-shirt, der findes på markedet til plejesektoren i en kvalitet med 40% polyester, som der var stillet krav om. Det er den T-shirt, der bruges overalt i plejesektoren. Det kan godt være, at en bh kan anes under den. Hun kan ikke forestille sig, at der vil være forskel på, om en T-shirt er håndteret hos DFD eller Berendsen. Hun har aldrig hørt om det. Processen omkring håndtering af tøj er bygget nogenlunde ens op i henhold til krav og standarder for hygiejne. Hun kan ikke forestille sig, at Berendsen gør noget anderledes end DFD. De to firmaer bruger de samme maskinleverandører.

Foreholdt erklæringen fra Berendsen af 17. juni 2020, bilag 7, er hun enig i, at der kan være forskel på en T-shirt afhængigt af, hvordan den behandles. Der kan ses og mærkes forskel afhængigt af vask- og tørremetode. Tørretumbler giver nok den største forskel, da det er sværere at styre end flowet gennem en tunnel. Det kan også give farveforskelle, men ikke forskel i gennemsigtighed. Hun har ikke kendskab til, at Berendsen har særlige metoder til efterbehandling, hvilket hun heller ikke mener beskrives i erklæringen. Der er de to beskrevne metoder – tørretumbler og tunnel.

Funktionerne i it-systemet til print af samlet oversigt over medarbejdere og den enkeltes beklædningspakke, som fremgår af screenprintet i bilag D, og til at kunne se leverancesteder og leveringstidspunkt, som fremgår af screenprintet i bilag E, blev begge udviklet i 2017 i forbindelse med udviklingen af et nyt system, mitDFD. Funktionerne var således i systemer i 2019, da tilbuddet blev afgivet. Hun ved ikke, om funktionen med print af oversigt og beklædningspakke indgik i det gamle system, som Ringkøbing-Skjern kommune brugte. Ringkøbing-Skjern kommunes gamle aftale var fra 2013 eller 2014, og mit DFD blev udviklet i 2017. Funktionerne var med i mitDFD som basisfunktioner.

Foreholdt bilag G med opgørelse af DFD's krav har hun forklaret, at post 1 er omsætningen fra tilbudsskema ganget med de 6 år, som tilbuddet kontrakten løber. Post 2 er erstatningsbeløb ganget med 6 år. Alle kontrakter indeholder en passus om, at tøj, der bliver væk i kommunen, skal erstattes. Det er en påregnelig del, og der regnes med relativt faste procentsatser af det, der faktureres. DFD benyttede tallene fra det sidste kontraktår på den gamle kontrakt, gangede dette med 6, og tillagde 245.000 kr. for ikkereturneret tøj ved kontraktophør. Det er en helt normal procentmæssig fordeling for kommunale kunder, ikke

kun Ringkøbing-Skjern kommune. Mistet tøj erstattes med den værdi, som det mistede tøj har i forhold til nedskrivning. I alle kommunale kontrakter er der aftaler om erstatning af mistet tøj. Det ekstratøj, der købes hjem til erstatning, ligger som vareforbrug under produktionsomkostningerne. Det er ikke givet, at de genafskaffer alle mistede tekstiler. De 766.000 kr. svarer til værdien af det mistede tøj plus noget avance. Post 4 og 5 er baseret på afdelingsregnskabet hos vaskeriet i Vejen. Post 6 er omkostninger pr. kørt kilometer på baggrund af tal fra Vejen, beregnet ud fra antal kørte kilometer for kommunen. Post 10 er afskrivningen på tøjet. Genopfyld er DFD's indkøb af nyt tøj i løbet af kontraktperioden.

Hvis DFD havde fået kontrakten med Ringkøbing-Skjern kommune og den havde kørt i 6 år, mener hun, at de ville have fået dækningsbidraget på 4.137.000 kr. Men det er et forsigtigt skøn, da hygiejnekravene blev væsentligt forhøjede på grund af Corona. I andre kommuner var det i 2020 8% ekstra og i 2021 5% ekstra. Deres energiudgifter ville også have været væsentligt højere, men det ville priserne også have været på grund af reguleringen i forhold til nettoprisindekset. Det, mener hun, ville være blevet dækket ind i forhold til Vejen.

Vareprøverne gemmes så vidt muligt, men de sender ikke prøverne retur til afdelingen. Det kan på grund af leveringsomkostninger, vask mv. ikke betale sig. Vareprøverne er derfor tabt. Der kommer også nye ting på markedet løbende, så det er ikke sikkert, at de ville tilbyde 2019-varer i 2022. Det er for omkostningstungt at håndtere så få genstande. Prøverne blev leveret fra Skovlunde til Ringkøbing-Skjern kommune i varebil. De genbruger vareprøverne til andre udbud, hvis det kan lade sig gøre. Det er meget forskelligt, om de efterlader prøverne hos kunden eller tager dem med tilbage. Så vidt hun kan se, bad Ringkøbing-Skjern kommune dem om at tage dem med igen. De gemmer vareprøverne i en rum tid, hvis der kommer spørgsmål, eller hvis der er noget, der kan genbruges ved andet udbud.

Vidne B har forklaret blandt andet, at hun er udbudskonsulent i Ringkøbing-Skjern kommune og er ansvarlig for gennemførelsen af udbud.

Hun håndterede udbuddet i 2019. Der var nedsat en brugergruppe, der skulle vurdere, om tøjet levede op til kravene i udbudsmaterialet. Det var kun brugergruppen, der skulle vurdere dette. Det var kun DFD, der blev inviteret til brugergruppen, da de havde budt den laveste pris. Bertelsen blev først inviteret, efter de havde vurderet, at DFD's tilbud var ukonditionelt. De to præsentationer af vareprøver og it-systemer foregik på samme måde. Det var ikke helt den samme brugergruppe, men basisgruppen var den samme, idet der var cirka 10 personer, der gik igen.

Kommunen havde ingen reservationer i forhold til indgå kontrakt med DFD. DFD havde leveret ydelsen til kommunens siden 2008 og var kendt og værdsat i kommunen. Kommunen har siden 2019 haft andre udbud, hvor DFD og Berendsen har budt, og hvor DFD har vundet kontrakten.

Hun overvågede brugergruppens prøvning af T-shirts fra DFD, og hun kan huske, hvad der blev sagt om dem. Brugergruppen var fortørnet over, at T-shirten var gennemsigtig, da dette var et vigtigt parameter for personalet. Da brugerne afprøvede tøjet fra Berendsen, var hun også til stede. Brugergruppen vurderede, at T-shirten fra Berendsen ikke var gennemsigtig

Hun tog imod Vidne G fra DFD, som præsenterede it-systemet. Han havde udfordringer med at logge på, hvilket tog en del tid. Da det var løst, gik han i gang. På et tidspunkt måtte de stoppe, da der ikke var mere tid. Vidne G bad ikke om ekstra tid. Hvis han havde bedt om 5-10 minutter ekstra, havde det bestemt været muligt. Han havde fortalt, at de to funktioner ikke var udviklet endnu. De to funktioner var muligheden for at printe oversigt over beklædningspakke og se leveringssteder. Det var funktioner, som de manglede i det gamle system, og som derfor var et krav i det nye. Det var hendes indtryk, at det var lidt svært at styre de mange kvinder i brugergruppen, men ikke at dette var noget, der gik ud over hans tid. Med "svært at styre" mener hun, at det kan være svært at styre sådan en flok begejstrede kvinder. De var gode til at snakke, men faldt også til ro, når de blev bedt om det. Hun kan ikke huske, at der skulle være blevet snakket om det gamle system på mødet. Hun kan huske, at Vidne G sagde, at der var funktioner, der endnu ikke var udviklet, men som ville blive udviklet inden for et halvt år.

Hun nævnte ikke noget om it-systemet i afslagsbrevet til DFD, bilag 4, fordi hun vurderede, at det med T-shirts'ne var tilstrækkeligt. Det var efter vejledning fra kommunens advokat. Det med it-systemet var skrevet i referatet fra mødet, men ikke i brevet. Hun ved ikke, om det var et internt referat. Referater fra brugergrupper er offentlige.

Kommunen ville ikke have tildelt kontrakten til DFD, selvom tilbuddet ikke havde kunnet afvises. I så fald ville udbuddet være blevet annulleret, da det var mange mennesker, der ville skulle bruge tøjet. Kommunen måtte i så fald være startet med et nyt udbud for at sikre, at de fik T-shirts, der ikke var gennemsigtige, samt det ønskede it-system. Normalt beregner de tre måneder til at køre et EU-udbud, fra de går i gang til tildeling af kontrakt. Så det ville have været realistisk at nå at gennemføre et nyt udbud. Ikrafttrædelsesdatoen for kontrakten afhænger af området. Det tager normalt lidt længere for tøj. Ikrafttrædelse ca. otte-ni måneder fra tildelingen er meget normalt på tøjområdet.

Hvis ikke det havde været muligt at gennemføre et nyt udbud, og det havde været nødvendigt at kontrahere med DFD, ville de have opsagt kontrakten så snart, det var muligt. Hun mener, at de ville have haft et problem i forhold til Berendsen, hvis de på trods af brugergruppens tilbagemelding, havde accepteret DFD's tilbud.

Det er som udgangspunkt normalt ved genudbud i Ringkøbing-Skjern kommune, at pris tæller 100%. De valgte dette for mange år siden i forbindelse med en ny indkøbspolitik for at holde det nemt og simpelt for tilbudsgivere. I andre kommuner bruges der en blanding af pris og kvalitative kriterier.

Hun ved ikke, hvor i udbudsmaterialet det står, at man kun vil have fremvisning fra tilbudsgiver med laveste pris. Det var hele tiden meningen, at begge tilbudsgivere skulle fremvise. De startede bare med den ene. Oprindeligt var det meningen, at begge tilbudsgivere skulle fremvise den 4. marts 2019. Det blev så rykket, så det blev på to forskellige dage, da de ikke kunne holde begge på en gang på grund af pladsproblemer, og da det var samme brugergruppe, der skulle vurdere. Det var hende, der stod for ændring af datoerne. Det var det muliges kunst, hvornår det kunne ske. Det var ikke muligt at få dem tættere på hinanden. Fremvisningerne foregik den 18. og den 27. marts 2019.

Hun var med til fremvisningen, men var ikke en del af brugergruppen. Brugergruppen var udvalgt af ledelsen. På det første møde fik gruppen et notat om brugergruppens rolle, hvor deres og hendes opgaver var beskrevet. Da de skulle se tøjet, sagde hun til dem, at de skulle se, om tøjet levede op til kapitel 2. Hvis de ikke mente, at det gjorde det, skulle de tilkalde hende. Prøvningen foregik i et større rum, hvor medlemmerne af brugergruppen cirkulerede rundt og prøvede. Der var ikke anden tjekliste end kapitel 2. Det var de krav, der var de vigtigste for dem. Hun gennemgik efterfølgende kapitel 2 med brugergruppen og tjekkede om, kravene var opfyldt. Brugergruppen skulle skal nok sige til, hvis der var noget, de ikke var enige i.

Gennemsigtigheden blev afprøvet ved, at kvinderne i brugergruppen tog T-shirten på med bh under, og man så, om den kunne ses under. Den ene bh var off-white, og den anden var sort. Man kunne se begge bh'er. Som hun husker det, var det de samme to kvinder, der prøvede Berendsens T-shirts. Det var på samme lokation.

Det var brugergruppens opfattelse, at busseronnen ikke kunne justeres i ryggen. Hun ved ikke, om klagenævnet vurderede, at busseronnen godt kunne justeres. Hun mener, at minimumskravet om "harmoni" relaterer sig til proportionsforholdene. Tøjet fra DFD var generelt for småt i størrelserne.

Hun ved ikke, hvem der bestemte, at vareprøverne skulle tages med igen. Det var Person I fra DFD, der sagde, at de ikke måtte beholde dem, da de skulle bruges igen. Hun ville gerne have beholdt dem. Det er korrekt, at der i udbudsbetingelsernes pkt. 1.8 står, at materialet er kommunens ejendom, men Person I ville have dem med tilbage. Både Person I og Vidne G fra DFD deltog i fremvisningen.

Det var et stort krav, at det skulle være en hvid t-shirt, så det havde ikke været muligt at udskifte med en anden farve. Hun ved ikke, om det havde været muligt at udskifte med en anden hvid t-shirt. Det hænder, at der sker udskiftning af enkelte varer pga. f.eks. leveringsproblemer. Det er korrekt, at der blev udsendt en pressemeddelelse om ny uniform i blå. Formålet med meddelelsen var at informere borgerne om, at man skiftede fra bordeaux til navyblå. Det er korrekt, som der står i PM, at der kom et øget forbrug på grund af Corona. De lejer i dag hvide T-shirts fra Berendsen. Hun ved ikke hvor mange, men det er nok over 10.000 om året.

Vidne C har forklaret blandt andet, at hun er ansat i Ringkøbing-Skjern kommune på et bosted for senhjerneskedede borgere. Hun sad i brugergruppen sammen med andre ansatte i Ringkøbing-Skjern kommune. De skulle alle bruge tøjet i deres arbejde. Hun havde ikke forud for udbuddet fået noget at vide noget om utilfredshed med DFD, eller at man ikke ønskede, at DFD vandt kontrakten. De fik at vide, at det sandsynligvis ville være DFD, der vandt, da de var billigst.

Prøvningen af tøjet fra DFD foregik i et stort rum, hvor der hang en masse tøj. De prøvede tøjet. En fra brugergruppen prøvede en hvid T-shirt, og de stimlede sammen om hende, da T-shirten var helt gennemsigtig på trods af, at kvinden havde hvid bh under. Den var så gennemsigtig, at man ikke kunne gå på arbejde med den. De afprøvede tøjet fra Berendsen på samme måde. T-shirten fra Berendsen var ikke gennemsigtig.

Hvide t-shirts bruges meget, da det for mange af de borgere, de arbejder med, ikke er godt med skrigende farver.

Det var hele brugergruppen, der deltog i præsentationen af it-systemet. Vidne G, der demonstrerede it-systemet, virkede meget distraet. Der var også mange spørgsmål til ham. Det var vigtigt for dem at kunne følge tøjet. I forhold til det og til et andet vigtigt krav, som hun ikke lige kan huske, sagde han, at det kunne han ikke vise, men at det var på vej. Hun ved ikke, om det ville være om lang tid. Han var i stand til at svare på de andre ting, de spurgte om. Det kan godt passe, at der var spørgsmål til det gamle system. Mest til om han kunne vise de nye funktioner, men da han ikke kunne det, var det naturligt, at der så var snak om det gamle system. Hun mener ikke, at han blev afbrudt på grund af tiden, men de havde mange spørgsmål til ham. Han bad ikke om mere

tid, fordi der var mere, han ville vise. Hun tænker, at det havde været muligt at få mere tid, hvis han havde bedt om det.

Det ville have været dumt af Ringkøbing-Skjern kommune at indgå kontrakt med nogen, hvis T-shirts af brugergruppen var vurderet som værende gennem-sigtige. Hun gik ud fra, at Ringkøbing-Skjern kommune ville høre på brugergruppen, da det var idéen med den. Der ville have været et ramaskrig, hvis de skulle gå med gennemsigtige T-shirts. I så fald tænker hun, at folk ville have bestilt T-shirts i andre farver. Der var bred enighed om, at T-shirten fra DFD var gennemsigtig. Det syntes hun også.

Hun mener ikke, at de fik udleveret en tjekliste over kravene. Vidne B var med under prøvningerne. Hun husker ikke, om Vidne B skrev ned undervejs. De satte sig ikke sammen bagefter og gennemgik resultaterne eller stemte. De prøvede tøjet og så præsentationen, og det var så det. Brugergruppen havde indtryk af, at det var prisen, der var afgørende.

Vidne D har forklaret blandt andet, at han er salgsdirektør i Berendsen. Han har skrevet erklæringen af 17. juni 2020, bilag 7.

Tørretumbling er, som man kender det fra hjemmet, med en tromle, der opvarmes med gas, og hvor tøjet tromles rundt. Ved tørring i steamer hænger tøjet på bøjler, der føres gennem en tunnel opvarmet med gas, så tøjet tørres uden egentlig mekanisk bearbejdning. Finishen kan blive forskellig afhængigt af tørremetode. Tøjet får en glattere finish med tunnel, mens overfladen ser mere nusset ud med tumbler. Tøj tørret i tørretumbler krymper mere end med tunnel. Det gør en forskel, hvor mange gange tøj er tørret. Når det tørretumbles flere gange, er der øget krymp og øget slid på tøjet. Steamer er mere skønsom på overfladen af tøjet. Ved krymp vil der fortsat være den samme mængde fibre, men på et mindre areal, hvorfor tøjet vil fremstå tættere. En ny T-shirt vil fremstå mere gennemsigtig end en tørretumblet T-shirt, særligt hvis den er tumblet ti gange. I en tumbler vil den få en tættere struktur end i steamer. Forskellen vil dog ikke så stor som mellem en ny og tørret t-shirt.

Når han i erklæringen skriver "tekstiletts visuelle udtryk", går det på, at det ser anderledes ud med en anden overflade og finish. Hvis tøj tørretumbles, bliver det mindre stift. En brugergruppe kan godt have opfattet tøjet forskelligt afhængigt af tørremetode. Der findes ham bekendt ikke nogen metoder til at vurdere gennemsigtighed.

Da han fik at vide, at det handlede om ens T-shirts, tænkte han, at der var flere faktorer, der kunne være årsag til dette. De fire punkter i erklæringen er de faktorer, som vurderes at have betydning. Han drøftede det med en tekniker. T-shirts fra den samme producent er ikke nødvendigvis ens. Der kan være forskel

på, om de er fra samme batch, herunder om de er fra samme sted på metervaren. Inden for nogle små tolerancer kan der være forskelle.

Det er sandsynligt, at alle relevante leverandører har både tumbler og steamer til rådighed. Der er så vidt han ved ikke nogen forskel på Berendsens og DFD's faciliteter og maskinpark. De kan det samme.

Forespurgt til erklæringens side 2, sidste afsnit, hvor der står "...visuelt fremstår forskellige" har han forklaret, at hvis T-shirts har fået 10 efterbehandlinger kan en brugergruppe godt vurdere dem forskelligt. Kravet om vask 10 gange er ikke nødvendigvis det samme som, at de er tørret 10 gange. Hvis de er vasket 10 gange, men kun tørret én gang til slut, vil det give mindre krymp, end hvis de er tørret 10 gange.

Løgumgårde vaskeri, som leverer til Ringkøbing-Skjern kommune, har kun tumbler, men ikke steamer, så det er sandsynligt, at vareprøverne til brugergruppen var tørretumblert. Deres vareprøver hænger altid på bøjle, så hvis den har hængt på bøjle siden 2019, vil den kunne strække sig.

Han kan se forskel på bilag 12 og 13. Kraven på bilag 12 er mere krøllet. Han kan også se forskel på bilag 11 og 13. Bilag 11 er ikke krympet, og der er ingen peeling. Bilag 13 ser mere brugt ud. Forevist bilag 11, 12 og 13 med en blå genstand lagt under, mener han, at den nye er mere gennemsigtig, men at der ikke er forskel på de to andre. Det pågældende T-shirt er almindeligt brugt. Berendsen havde i mange år deres egen model, men de overgik til id-standarder før Ringkøbing-Skjern kommune-tilbuddet. Det er den T-shirt, de tilbyder til markedet, og han mener ikke, at den er gennemsigtig. Det er ikke noget, de hører fra brugerne. Det forhold, at der evt. kan ses en farvet genstand, der lægges under, er ikke det samme som, at den er gennemsigtig. Det relevante er, om T-shirten er tækkelig, når man har den på.

Medarbejderne, der var med til fremvisningen, fik vareprøverne med retur. Disse er indgået i Berendsens cirkulation. Det er derfor ikke den samme T-shirt, som var med fremvisningen, der blev afleveret i forbindelse med aktindsigten, men det er den samme type, med samme masketæthed mv. og identisk varenummer fra samme leverandør. Han deltog ikke i fremvisningen hos Ringkøbing-Skjern kommune, men han drøftede den med sine medarbejdere.

Det er sjældent ved denne type udbud, at pris er 100% afgørende, da der oftest er en brugergruppe, der vurderer kvalitative parametre. Det er forskelligt, om de kvalitative parametre er udvælgelses- og eller tildelingskriterier.

I mailen, han sendte til advokat Henrik Holtse den 18. maj 2021, bilag L s. 2, står der det samme, som han skrev i erklæringen, dvs. at det vil være gættteri at ud-

tale sig om, hvordan de fremviste t-shirts har været behandlet, at han vil undlade at vurdere på gennemsigtigheden, og at T-shirts'ne fremstår visuelt forskelligt.

Det er ordregiver, der må lave den kvalitative vurdering. Det antager han, at brugergruppen har gjort, da de skal gå i tøjet i seks år. Han ved ikke, om en for lille T-shirt har betydning for gennemsigtigheden, men det kan godt være, da stoffet bliver strakt mere. Berendsen leverer oftest blå t-shirts til Ringkøbing-Skjern kommune. De vil helst levere blå, da hvide bliver hurtigere beskidte. Udnyttelsesgraden af tøjet blev større under Corona. Der skulle leveres tøj til flere afløsere, hvilket gav øget omsætning. Hvis en kunde leverer en T-shirt retur med oplysning om, at den er gennemsigtig, vil han tage en dialog med kunden. Hvis kunden er helt firkantet omkring det, vil han tilbyde en anden T-shirt til kunden og lægge den leverede på hylden.

Hvis Ringkøbing-Skjern kommune havde oplyst, at de havde tildelt kontrakten til DFD på grund af den lavere pris, selvom T-shirten var vurderet gennemsigtig, ville han ikke være overrasket eller have set det som et problem, da DFD leverer T-shirts fra samme producent som Berendsen. Han ville ikke være gået videre med det.

Vidne E har forklaret blandt andet, at hun er miljø- og teknisk chef i DFD. Hun kvalitetssikrer indkøb af maskiner og anlæg. DFD og Berendsen har de samme maskiner fra de samme leverandører. Der findes kun ganske få leverandører til markedet. Det er de samme processer og funktioner, der er i maskinerne. Hun er enig med Berendsens erklæring om, at tøj kan fremstå med forskelligt udtryk afhængigt af behandlingsmetoden. Hun mener bestemt ikke, at behandlingsmetoden har betydning for gennemsigtigheden, men mere for om tøjet krøller mv.

Vidne F har forklaret blandt andet, at hun er produktspecialist og designer hos DFD. Hun har ansvaret for valg af tøjløsninger og er med til at udvælge, hvilke varer der passer til tilbud i forbindelse med udbud.

Hun var med til fremvisningen hos Ringkøbing-Skjern kommune sammen med **Vidne G. Person I** var ikke med. Normalt har de en dialog med brugerne i forbindelse med fremvisningen og står til rådighed for spørgsmål fra brugergruppen. Ved dette udbud var det anderledes, idet de ikke fik lov til at have dialog med brugergruppen. De regnede med at bruge 45 minutter til tøjfremvisningen. De blev bedt om at vente i et kælderrum, indtil brugergruppen var færdig. Efter 45 minutter gik hun op i kantinen for at pakke tøjet ned. Der var stadig brugere i gang, og **Vidne B** bad hende gå igen og oplyste, at hun ville hente hende, når brugergruppen var færdig. Efter ca. yderligere 30

minutter hentede Vidne B hende og bad hende pakke tøjet sammen og tage det med.

Hun og Vidne G ankom samtidigt. Det er lang tid siden, så hun er ikke sikker på, om præsentationen af it-systemet var før eller efter tøjprøvningen. Hun var fokuseret på beklædningsdelen og ikke så meget på det, Vidne G skulle. Men Vidne G gav udtryk for, at han havde meget lidt tid til sin del med.

Den pågældende T-shirt er den mest tilbudte T-shirt til kommunemarkedet. DFD har tilbudt den i 15 år med stor succes. En hvid T-shirt vil altid være en smule gennemsigtig. Det vil hvidt tøj altid være på grund af manglende farvepigment. Hun er enig i, at det forhold, at der kan anes en farvet genstand gennem stoffet, ikke gør en hvid T-shirt gennemsigtig.

Vareprøverne var vasket og tørret det antal gange, som udbudsgiver bad om. Hun kan ikke huske, om Ringkøbing-Skjern kommune bad om 5 eller 10 gange, men prøverne var behandlet i overensstemmelse med udbudsgiverens anmodning. Vareprøver bliver altid vasket og tørret inden fremvisning, da hverken DFD eller brugerne er interesseret i, at det kryber efterfølgende. DFD mærker altid vareprøver og arkiverer dem i et aflåst rum i udbudsperioden. Hun tog vareprøverne med retur til Skovlunde, hængte dem på bøjler i klædeposer mærket "Ringkøbing-Skjern kommune" i et aflåst rum. Bilag M er således det eksemplar, der blev forevist for Ringkøbing-Skjern kommune.

Hun kan ikke huske, hvilket størrelser der skulle fremvises til Ringkøbing-Skjern kommune. Men hvis udbudsgiver har ønsket forskellige størrelser, har de fremvist dem. Bilag M er størrelse medium. Hun mener, at der blev fremvist flere størrelser til Ringkøbing-Skjern kommune end denne, men hun kan ikke huske præcist hvilke. Hun mener, at de fremviste størrelse medium og large. Det er korrekt, at der var krav om, at de skulle kunne levere størrelse S-XXXXL, men vareprøverne er typisk et mindre størrelsesudvalg.

Hun er enig med Berendsens erklæring om, at der kan være en lillebitte forskel afhængigt af typen af behandling. Det er absolut ikke noget, der kan føre til forskelle i gennemsigtighed.

Vidne G har forklaret blandt andet, at han var kundechef i DFD i marts 2019.

Kontaktrapporten, som han skrev den 19. marts 2019, bilag F, er en korrekt gengivelse af, hvordan han oplevede situationen. Da han skrev mailen til Person I, bilag 6, var han ikke længere hos DFD. Han kan ikke huske, hvornår han fratrådte. Mailen gengiver korrekt hans erindring af fremvisningen.

Det var ham og Vidne F der var med til fremvisningen. Person I var ikke med. Han forsøgte at styre mødet ved fremvisningen til brugergruppen. Han mener, at der fra DFD's side var en agenda med punkter, som de helst skulle igennem. Der var hos brugergruppen meget fokus på det gamle it-system og utilfredsheden med dette, og det var svært at få dem til at parkere dette og kigge på det nye system i stedet. Han gav ikke udtryk for, at der var funktioner, der manglede, eller som ikke kunne præsenteres. Det var ikke ham, der afsluttede mødet, da han havde tid nok og godt kunne være blevet længere. Det var Vidne B, der sluttede mødet. Han fik ikke de lovede 15 minutter.

Funktionerne til at printe liste over samtlige medarbejdere og funktionen med leverancesteder og leveringstidspunkter var i systemet. Det er enkelt at bruge disse funktioner. De tager hver især ca. 30 sekunder og vil umiddelbart kunne fremvises lige så hurtigt.

Han havde forud for fremvisningen sat sig ind i udbuddet og betingelserne for den del, han havde noget med at gøre. Det var it-delen. Han havde ikke sat sig ind i det til mindste detalje. Han har sandsynligvis læst spørgsmål svar, men kan ikke huske det. Det er korrekt, som det også fremgår af hans mail til Person I, at han ikke nåede at fremvise alle de krævede funktioner i mitDFD. Det er standard, at han laver en kontaktrapport som den i bilag F. Den lå i DFD's system.

Mailen til Person I, bilag 6, skrev han efter en samtale med denne. De talte om sagen, og Person I bad ham om at skrive mailen. Han kan ikke huske den præcise ordlyd, men Person I har sandsynligvis sagt, at kommunen sagde, at der var funktioner, som systemet ikke indeholdt. Derfor skrev han sidste afsnit. De to funktioner var i hvert fald i det nye system. Han kan ikke huske, om de var i det gamle system. Det har han ikke beskæftiget sig så meget med. På tidspunktet for forevisningen var der ikke planer om, at han skulle stoppe hos DFD. Det kom først bagefter. Hans fratræden havde ikke noget med udbuddet i Ringkøbing-Skjern kommune at gøre.

Vidne H har forklaret blandt andet, at han er revisor for DFD.

Han afgav ISRS 4400-erklæringen i bilag H om faktiske resultater DFD. Han afgav erklæringen i relation til opgørelsen i bilag G. Indholdet af erklæringen er korrekt. De historiske tal for 2019, der blev brugt i bilag G, bekræfter tallene fra årsregnskabet. I forbindelse med årsregnskabet sker der en sammenlægning af afdelingernes regnskab til et samlet regnskab, dvs. Vejen-regnskabet er en del af det samlede regnskab. Afdelingsregnskabet for Vejen er så sammenholdt med årsregnskab. Man ville kunne opnå det samme ved at fremlægge afdelingsregnskabet.

Forbeholdet på side 2 i erklæringen knytter sig ikke specifikt til denne erklæring, men er en standardtekst, som er et krav ved ISRS 4400-erklæringer. Det betyder ikke, at man ikke kan regne med det, der står i erklæringen.

Han vurderer, at opgørelsen i bilag G er en korrekt måde at lave en opgørelse af tabt dækningsbidrag på. Dækningsbidraget er det, man omsætter, fratrukket de variable omkostninger. Der skal også fragå en række faste omkostninger. Når disse fragår dækningsbidraget, får man overskuddet.

Det er sædvanligt i branchen, at der er ekstrafaktureringer som anført i post 2 i bilag G. Der vil opstå svind hos kunden, hvilket vil medføre ekstraindkøb, som vil blive faktureret hos kunden. Man opgør indkøbsværdien af det, der skal erstattes, og ombogfører omkostningen fra aktivbeholdningen til produktionsomkostningerne. I post 7 i bilag G vil der således også ligge omkostninger til erstatningsindkøb. Der kan også være svind, der ikke opdages, hvilket vil ligge i afskrivninger.

Forespurgt, hvordan erstatningsindkøb svarende til 766.000 kr. kan være indeholdt i post 7 på 645.000 kr. har han forklaret, at der ikke er tale om 1:1 faktureringer af artikler. Kunden skal erstatte tøjets værdi på det tidspunkt, hvor det forsvinder. Hvis det er gammelt, så det er nedskrevet, skal der erstattes mindre. Regnskabsmæssigt omkonterer man en del af erstatningsbeløbet, og omkostningen vil typisk være 30-40% af det beløb, der erstatningsfaktureres. Hvis genstanden er nedskrevet til f.eks. 30 kr., og erstatningsværdien er 100 kr., vil der blive faktureret 100 kr. og konteret 30 kr. Omkostningen ved at inddække tabet kan være mindre end den nedskrevne værdi. Erstatningsindkøb vil indgå i posten produktionsomkostninger. Han ved ikke, hvorfor det ikke er nævnt i teksten i bilag G. Det er ikke ham, der har lavet bilag G.

Han mener, at han er uafhængig, selvom han er revisor for DFD. Man kan ikke ud fra bilag H se, at han er revisor for DFD, men det er helt gængs at lave en ISRS 4400-erklæring for et selskab, som man er revisor for.

Med hans kendskab til Vejen-afdelingen er tabsopgørelsen en fornuftig og retvisende vurdering af, hvordan det ville have været. Det er ikke et best-case scenarie.

Han har ikke i erklæringen indregnet risikoen for bod i tabsopgørelsen. En eventuel sparet risiko for at ifalde bod er en teoretisk spekulation, da man ikke ved, om bod ville være blevet ifaldet. Det ville efter hans opfattelse ikke være korrekt at medtage noget spekulativt som bod i opgørelsen. Det er ikke ofte, at man ser bod i denne branche i modsætning til f.eks. byggebranchen, hvor det er sædvanligt.

Parternes synspunkter

Ringkøbing-Skjern kommune har i sit påstandsdokument anført blandt andet:

" ...

Om overtrædelse af udbudsloven (påstand 1 -3)

...

Det var et krav, at de fremviste T-shirts skulle have været efterbehandlet mindst 10 gange.

...

Det gøres gældende, at denne efterbehandling havde afgørende betydning for, om de fremviste T-shirts fremstod som gennemsigtige eller ej, og den fremlagte erklæring fra Berendsen understøtter dette, jf. bilag 7, hvor følgende er anført (Ekstrakt, side 189-190):

...

Der var netop en årsag til, at Kommunen ikke ville se nyt tøj, men kun tøj der havde været vasket mindst 10 gange, hvorfor det er uden betydning, at den af DFD tilbudte T-shirt som ny var ens med den af Berendsen tilbudte T-shirt.

Der er derfor en teknisk forklaring på, at brugergruppen vurderede de to T-shirts forskelligt, uanset de oprindeligt var ens, og derfor er der ikke grundlag for at tilsidesætte brugergruppens vurdering.

Det var således berettiget, at Kommunen afviste tilbuddet fra DFD, fordi de fremviste T-shirts blev vurderet ikke at opfylde mindstekravet om, at de ikke måtte være gennemsigtige.

Det andet forhold vedrører it-systemet.

Kommunen gør gældende, at det var et krav, at alle de krævede funktioner skulle demonstreres, for at tilbuddet kunne antages...

...

Det er ubestridt, at DFD ikke præsenterede alle de krævede funktioner, herunder følgende to funktioner, som var mindstekrav, jf. udbudsbetingelserne, bilag 1 (Ekstrakt, side 154-155):

- Beklædningsansvarlig skal have mulighed for at printe en samlet oversigt over tilmeldte medarbejdere samt den enkelte medarbejders beklædningspakke
- Se leverancesteder og leveringstidspunkt

Det gøres gældende, at alene fordi kravet om fremvisning af alle de op-listede it-funktioner ikke var opfyldt, kunne Kommunen ikke tage DFD's tilbud i betragtning.

...

Det gøres gældende, at der ikke er grundlag for at bebrejde Kommunen den manglende fremvisning af DFD's it-funktioner.

Uanset hvad årsagen er til den manglende fremvisning, kunne Kommunen ikke tildele kontrakten til DFD, uden at have set alle de krævede it-funktioner, hvorfor DFD's forklaring om, at de blev forhindret i fremvisningen, ikke kan ændre på, at afvisningen af tilbuddet var korrekt.

Vedrørende erstatning (påstand 4)

...

Kommunen gør i den forbindelse gældende, at det kontrafaktiske forløb ville have været, at Kommunen havde annulleret udbuddet.

DFD ville derfor under ingen omstændigheder have fået tildelt kontrakten, hvorfor der ikke er årsagssammenhæng mellem de påståede overtrædelser af udbudsloven og det forhold at DFD ikke fik kontrakten.

...

Hvis Kommunen havde vurderet, at brugergruppens vurdering ikke var tilstrækkelig til at afvise tilbuddet fra DFD, ville Kommunen i stedet have annulleret udbuddet og startet forfra for at få et antageligt tilbud med tøj, som brugerne ville acceptere, og et it-system, hvor alle funktioner var fremvist.

Derfor er DFD ikke berettiget til erstatning for positiv opfyldelsesinteresse, men alene for negativ kontraktinteresse i form af de udgifter, som de forgæves har afholdt ved at afgive tilbud. Dette krav er fremlagt som bilag J, og udgør kr. 133.430 (Ekstrakt, side 218). I det beløb er imidlertid medtaget et tab forbundet med vareprøver på kr. 45.000, hvilket bestrides, da DFD fik sine vareprøver retur. Derfor gøres det gældende, at tab for negativ kontraktinteresse ikke kan udgøre mere end kr. 80.660.

Hvis Retten ikke er enig i, at det er urealistisk, at Kommunen uagtet brugergruppens indstilling ville have tildelt kontrakten til DFD, skal en erstatning for positiv opfyldelsesinteresse opgøres på grundlag af de rettigheder, som kontrakten ville have tillagt DFD.

Det fremgår af kontrakten, at den de første 6 måneder kunne opsiges med 1 måneds varsel, og derefter med 6 måneders varsel...

...

Det følger heraf, at den maksimale periode, som DFD kan have en berettiget forventning om, at kontrakten ville have været i kraft, hvis de vandt udbuddet, er 6 måneder.

Det gøres derfor gældende, at DFD's tab for tabt avance maksimalt kan opgøres til værdien af en kontrakt, der ville være blevet opsagt af Kommunen med 6 måneders varsel, hvorfor tab for positiv opfyldelsesinteresse skal beregnes på grundlag af 6 måneders tabt omsætning.

Det fremgår af DFD's egen tabsopgørelse i bilag G (Ekstrakt, side 204), at den mistede omsætning over 6 måneder udgør kr. 1.105.586, og ved brug af et dækningsbidrag på 29,5% udgør tabet kr. 326.148.

Det gøres ydermere gældende, at DFD ikke har dokumenteret i tilstrækkelig grad, hvilken omsætning eller overskud der ville have været forbundet med kontrakten.

Det gøres specifikt gældende, at en post for erstatning for bortkommet tøj på i alt kr. 766.000 ikke kan indgå i en erstatningsopgørelse.

Der anvendes et dækningsbidrag på 29,5%, men dette overstiger langt det normale, jf. DFD's årsrapport, bilag 10 (Ekstrakt, side 177), der viser en overskudsgrad gennemsnitligt over 5 år på cirka 8 %. Det gøres derfor gældende, at det anvendte dækningsbidrag er udokumenteret og sat for højt.

Endelig gøres det gældende, at renter først skal beregnes fra tidspunktet for kravets fremsættelse, den 3. juni 2020.

Vedrørende DFD's selvstændige påstande

I relation til DFD's påstand 1 om betaling af erstatning kr. 4.136.884 gøres de samme anbringender gældende, som vedrørende påstand 4, hvorefter der maksimalt er grundlag for betaling af erstatning i form af negativ kontraktinteresse på kr. kr. 80.660.

Vedrørende DFD's påstand 2 om ophør af kontrakten med Berendsen gøres det gældende, at forpligtelsen til at bringe en kontrakt til ophør efter udbudslovens § 185, stk. 2, først gælder, når der er afsagt en endelig dom om, at Kommunen har overtrådt udbudsloven, og at forpligtelsen i henhold til forarbejderne ikke gælder, hvis der betales erstatning til DFD.

Vedrørende den subsidiære påstand

Det er kendetegnede for denne retssag, at Kommunen ikke er besiddelse af de T-shirts, der blev fremvist for brugergruppen, eller en lydoptagelse eller videooptagelse af fremvisningen af it-systemet.

Det gælder derfor for begge parter, at bevisførelsen er baseret på andre T-shirts, erklæringer og forklaringer.

DFD har gjort gældende, at Kommunen har overtrådt udbudslovens § 5, stk. 3, ved ikke at sikre dokumentation for fremvisningen.

Det bestrides, at det er tilfældet, idet forpligtelsen efter udbudslovens § 5, stk. 3, kun gælder ved en tilbudspræsentation, hvilket der ikke var tale om, da tildelingskriteriet var laveste pris, som blev vurderet af andre end brugergruppen.

Fremvisningen skete med henblik på at påse, at mindstekravene til tilbuddet var opfyldt, og tilbuddet således var konditionsmæssigt og kunne indgå i tilbudsevalueringen.

Hvis Retten desuagtet finder, at den manglende dokumentation udgør en overtrædelse af udbudslovens § 5, stk. 3, er konsekvensen det som Klagenævnet for Udbud ofte betegner, at udbuddet ikke var egnet til at danne grundlag for en tildelingsbeslutning.

Det betyder, at Kommunen ikke var berettiget til at tildele en kontrakt på grundlag af udbuddet som følge af den manglende dokumentation af fremvisningen af tøj og it-system.

I så fald kunne Kommunen ikke have tildelt kontrakten til DFD, og dermed er der ikke noget grundlag for positiv opfyldelsesinteresse men alene negativ kontraktinteresse.

..."

De Forenede Dampvaskerier A/S har i sit påstandsdokument anført blandt andet:

"...

2.1 Ad sagsøgers påstand 1

Klagenævnet for Udbud har ved sin kendelse af 15. maj 2020 afgjort, at sagsøgeren har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at afvise DFD's som ukonditionsmæssigt, da DFD's tilbud ikke var ukonditionsmæssigt.

Der er ikke grundlag for at tilsidesætte Klagenævnets afgørelse på dette punkt, og afgørelsen er fuldt materielt korrekt og velbegrunnet. Sagsøgeren har således ikke været berettiget til at afvise sagsøgte tilbud som ukonditionsmæssigt, og sagsøgte skal derfor frifindes for sagsøgerens påstand.

Til støtte for sin påstand gør sagsøgeren gældende, at den af DFD tilbudte T-shirt var gennemsigtig, og at DFD ikke præsenterede alle krævede funktioner ved DFD's IT-system for sagsøgeren.

...

1) *Ad argumentet om, at den af DFD tilbudte T-shirt var gennemsigtig*

...

Sagsøgte bestrider, at den af sagsøgte tilbudte T-shirt var gennemsigtig i en sædvanlig og naturlig forståelse af dette krav, eller at den var gennemsigtig i nogen grad, der kunne berettige sagsøger til at afvise sagsøgte tilbud som ukonditionsmæssigt, når den samme af Berendsen tilbudte T-shirt ikke blev anset for gennemsigtig.

Sagsøgte bestrider ikke, at sagsøger kan stille et mindstekrav om, at T-shirts ikke må være gennemsigtige, men et sådant mindstekrav må fortolkes i overensstemmelse med den i markedet sædvanlige forståelse af begrebet gennemsigtig og kan navnlig ikke danne grundlag for en skønspræget forskelsbehandling, hvor en T-shirt anses gennemsigtig og en anden ikke, uden at der er væsentlige forskelle på de to T-shirts.

...

Sagsøgeren kan ikke påberåbe sig den ordregivende myndigheds skøn som grundlag for at evaluere to identiske genstande forskelligt, og det er klart i strid med udbudslovens principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, hvis man tillader en ordregivende myndighed at behandle to tilbudsgivere markant forskelligt, selvom deres tilbud er identiske. Under de foreliggende omstændigheder, hvor det ligger fast, at DFD og Berendsen har tilbudt identiske T-shirts, påhviler der sagsøgeren en særligt streng bevisbyrde med hensyn til at godtgøre, at der er en så væsentlig forskel mellem de to tilbud, at forskellen giver grundlag for at behandle de to tilbudsgivere så forskelligt, at det ene tilbud anses konditionsmæssigt og det andet ikke. Denne bevisbyrde er ikke løftet.

Sagsøgte bestrider,

- at de tilbudte T-shirts var efterbehandlet forskelligt på nogen måde,
- at efterbehandlingen – selv hvis den måtte have været forskellig – har haft eller kan have nogen virkning, som gjorde det berettiget for sagsøger at anse sagsøgte T-shirt for gennemsigtig og

ukonditionsmæssig, når den af Berendsen tilbudte identiske T-shirt ikke blev anset for gennemsigtig men tværtimod blev anset for konditionsmæssig; og

- at de tilbudte T-shirts var forskellige og fremstod så forskellige for sagsøgerens brugergruppe, at det var berettiget at forskelsbehandle DFD og Berendsen i relation til kravet om gennemsigthed.

Sagsøger har bevisbyrden for alle de nævnte forhold, og for, at der foreligger en sådan forskel på den af DFD tilbudte T-shirt og den af Berendsen tilbudte T-shirt, at denne forskel kan begrunde, at DFD's tilbud erklæres ukonditionsmæssigt som følge af den tilbudte T-shirts gennemsigthed, når Berendsens tilbud erklæres konditionsmæssigt, selvom Berendsen ubestridt har tilbudt samme T-shirt. Under de foreliggende omstændigheder (herunder også henset til at de to T-shirts ikke blev bedømt samtidig men med 9 dages mellemrum, at de blev bedømt af delvis forskellige brugergrupper, og at sagsøger ikke har sikret sig dokumentation for udseendet af de T-shirts, der blev bedømt) må der stilles strenge krav til bevisbyrden. Denne bevisbyrde er ikke løftet.

2) Ad argumentet om, at DFD ikke præsenterede alle krævede funktioner ved DFD's IT-system for sagsøgeren

...

Sagsøgeren gør nærmere gældende, at sagsøgtes tilbud var ukonditionsmæssigt, fordi sagsøgtes IT-system ikke på tilbudstidspunktet opfyldte følgende mindstekrav:

- 1) Beklædningsansvarlig skal have mulighed for at printe en samlet oversigt over tilmeldte medarbejdere samt den enkelte medarbejders beklædningspakke samt
- 2) Se leverancesteder og leveringstidspunkt

...

Sagsøgte bestrider, at sagsøgeren udbudsretligt er berettiget til at stille krav om, at de nævnte funktioner var udviklet allerede på tilbudstidspunktet/fremvisningstidspunktet. Allerede af denne grund ville sagsøgeren være uberettiget til at afvise sagsøgtes tilbud af denne årsag.

Men sagsøgte gør under alle omstændigheder gældende, at alle krævede funktioner, herunder de to ovenfor nævnte funktioner, som er helt standardprægede for et IT-system i denne branche, var indeholdt i det tilbudte IT-system, jf. de som bilag D og E fremlagte skærmpoint fra sagsøgtes IT-system.

I den udstrækning ikke alle funktioner blev demonstreret under tilbudspræsentationen kan det under alle omstændigheder ikke bevirke, at sagsøgtes tilbud erklæres ukonditionsmæssigt.

Såfremt der måtte være funktioner, som ikke blev demonstreret under tilbudspræsentationen, kan dette alene henføres til sagsøgerens tilrettelæggelse og afvikling af tilbudspræsentationen, og dette kan således ikke bevirke, at sagsøgtes tilbud erklæres ukonditionsmæssigt.

...

Sagsøgte finder det nærliggende, at sagsøgeren som følge af sagsøgerens kaotiske tilrettelæggelse og det overordentlig pressede tidsforløb af tilbudspræsentationen har sammenblandet forhold vedrørende det gamle IT-system og den nye løsning. Sagsøgeren har under alle omstændigheder ikke på tilstrækkelig vis dokumenteret, hvad der rent faktisk blev sagt under tilbudspræsentationen, og kan herefter ikke efterfølgende påberåbe sig, at udsagn under tilbudspræsentationen skulle kunne bevirke tilbuddets ukonditionsmæssighed, og der er da heller intet grundlag herfor.

Sagsøgte bestrider i øvrigt, at udbudsbetingelserne skal fortolkes således, at et tilbud skal forkastes som ukonditionsmæssigt, såfremt ikke alle de funktioner, som sagsøgeren havde stillet krav om udbudsmaterialet, blev demonstreret under demonstrationen, og dette fremgår da heller ikke udtrykkeligt af udbudsbetingelserne, hvilket ville være et udbudsretligt krav, såfremt det skulle kunne føre til udelukkelse. Om og hvordan sagsøgeren i forbindelse med demonstrationen vil efterprøve IT-systemets overholdelse af kravene, er op til sagsøgeren, og det kan ikke af udbudsbetingelserne udledes, at et tilbud skal forkastes som ukonditionsmæssigt alene som følge af, at ikke alle krævede funktioner blev demonstreret under demonstrationen.

Sagsøgte gør endelig også gældende, at det under alle omstændigheder ville være i strid med udbudslovens § 5, stk. 3, såfremt sagsøgeren i relation til spørgsmålet om konditionsmæssigheden af sagsøgtes tilbud udelukkende lægger vægt på en mundtlig tilbudspræsentation, uden at have sikret sig fornøden dokumentation for, hvad der rent faktisk foregik under mødet. Der påhviler sagsøgeren en streng bevisbyrde for, at noget, der er foregået under en ikke nærmere dokumenteret mundtlig præsentation, kan danne grundlag for afvisning af DFD's tilbud som konditionsmæssigt, og denne bevisbyrde er ikke løftet.

...

2.2 Ad sagsøgers påstand 2

...

Det gøres gældende, at sagsøgeren har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, og udbudslovens §§ 161 og 162, stk. 1, ved at tildele rammeaftalen til Berendsen, uagtet at Berendsen ikke afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af det tildelingskriterium, som sagsøgeren havde fastsat i pkt. 1.12 i sagsøgerens udbudsbetingelser for det omhandlede udbud.

Sagsøgeren havde i udbudsbetingelsernes punkt 1.12 oplyst, at sagsøgeren ville identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet "Pris". Sagsøgeren har herved forpligtet sig til at tildele rammeaftalen til den tilbudsgiver, som har afgivet det billigste tilbud.

...

Sagsøgte afgav et tilbud på DKK 2.211.172,60, jf. bilag 3. Sagsøgtes tilbud var således DKK 304.189,60 billigere end Berendsens tilbud, som sagsøgeren i sin tildelingsbeslutning af 28. marts 2019 udråbte som det vindende tilbud.

På det grundlag, og idet sagsøger ikke har haft grundlag for at erklære sagsøgtes tilbud ukonditionsmæssigt, jf. det ad sagsøgerens påstand 1 anførte, gøres det gældende at sagsøgte afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud og dermed skulle have været tildelt kontrakten.

...

2.3 Ad sagsøgers påstand 3

...

Det følger af danske forvaltningsretlige regler såvel som af fast praksis fra Klagenævnet for Udbud, at en tildelingsbeslutning, som er truffet af en ordregiver, skal annulleres, såfremt beslutningen er behæftet med væsentlige fejl eller mangler, eller fejl eller mangler, der bevirker, at beslutningen enten ville eller kunne have fået et andet udfald, såfremt ordregiver havde overholdt de udbudsretlige regler.

Klagenævnet for Udbud har i denne sag i overensstemmelse med sin helt faste praksis afgjort, at sagsøgerens tildelingsbeslutning skulle annulleres. Der er ikke grundlag for at tilsidesætte Klagenavnets afgørelse på dette punkt, og afgørelsen er fuldt materielt korrekt og velbegrundet.

Med henvisning til Klagenavnets kendelse af 15. maj 2020 og de forhold, som er anført ovenfor ad sagsøgerens påstand 1 og 2, skal sagsøgte derfor frifindes for denne påstand.

2.4 Ad sagsøgerens subsidiære påstand til påstand 1-3

...

Der er ikke påvist fejl eller mangler i udbudsmaterialet, som medfører, at dette ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Det forhold, at sagsøger har begået fejl under sin interne håndtering af evalueringen af de indkomne tilbud, medfører ikke, at udbuddet som sådan ikke kunne have dannet grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Sagsøger kunne således have undgået at begå de nævnte fejl - som ikke fremgik af udbudsmaterialet men alene kan henføres til sagsøgers interne håndtering - og kunne således have truffet en lovlig tildelingsbeslutning på baggrund af udbuddet.

Det er i øvrigt ikke enhver fejl eller uklarhed i udbudsmaterialet, der medfører, at udbuddet ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Der skal være tale om sådanne åbenbare og grundlæggende fejl, som ikke ville kunne rettes under udbudsprocessen. Det gælder også, selvom den pågældende fejl eller uklarhed bevirker, at den faktisk truffne tildelingsbeslutning annulleres, jf. Klagenævnets kendelse af 2. april 2020, MBG Entreprise A/S mod Københavns Kommune.

Det bemærkes supplerende, at uanset om sagsøger måtte få medhold i påstanden eller ej, så er dette konkret uden betydning for, om sagsøgte har ret til erstatning eller ej.

2.5 Ad sagsøgers påstand 4

...

2.6 Ad sagsøgte selvstændige modpåstand 1

...

Da sagsøgte havde afgivet det laveste tilbud og ikke var ukonditions-mæssig, skulle sagsøgte have været tildelt kontrakten, og sagsøgte ville være blevet tildelt kontrakten, såfremt sagsøgeren ikke havde overtrådt udbudsreglerne.

Sagsøgte har herefter krav på en erstatning, der stiller sagsøgte, som om sagsøgte var blevet tildelt kontrakten (positiv opfyldelsesinteresse).

...

Sagsøgte havde for Klagenævnet nedlagt påstand om en erstatning på 4.136.884 kr., jf. bilag G og H.

Sagsøgte gør gældende, at sagsøgte skal tilkendes erstatning i overensstemmelse med denne dokumentation, således at sagsøgte har krav på en erstatning på 4.136.884 kr.

Der er tale om en stærkt standardiseret ydelse, som sagsøgte er dybt specialiseret i at udføre, og som sagsøgte løbende udfører for en lang række kunder. Sagsøgte oplever derfor ikke de udsving, som man oplever ved f.eks. byggeprojekter eller andre projektleverancer.

Hertil kommer, at sagsøgte ovenikøbet har udført fuldt tilsvarende ydelser for sagsøgeren under den hidtidige kontrakt og derfor har helt særlige forudsætninger for fortsat at udføre den på en standardiseret, specialiseret og påregnelig måde.

Der er derfor intet reelt grundlag for at foretage et fradrag i det af klager opgjorte tab som følge af usikkerhed om, hvorvidt dækningsbidraget ville kunne realiseres, eller med henvisning til, at sagsøgte skulle være frigjort fra nogen risiko ved ikke at få tildelt kontrakten.

...

Sagsøgte gør derfor gældende, at Klagenævnet for Udbuds kendelse er materielt korrekt og velbegrundet for så vidt angår ansvarsgrundlaget og erstatningsbetingelserne, og at sagsøgte derfor bør frifindes for sagsøgerens påstand 4, men at den af Klagenævnet tilkendte erstatning bør forhøjes, jf. sagsøgtes selvstændige modpåstand 1.

Subsidiært gøres det gældende såvel i relation til sagsøgerens påstand 4 som sagsøgtes selvstændige modpåstand 1, at erstatningen bør fastsættes til et af retten skønsmæssigt fastsat lavere beløb i positiv opfyldelsesinteresse end anført i sagsøgtes selvstændige modpåstand 1.

Mere subsidiært gøres det gældende såvel relation til sagsøgerens påstand 4 som sagsøgtes selvstændige modpåstand 1, at erstatningen bør fastsættes til et af retten skønsmæssigt fastsat lavere beløb i negativ kontraktinteresse, dvs. dækning af sagsøgtes forgæves afholdte tilbudsomkostninger på kr. 133.430, jf. bilag J.

Tabet er en kausal og påregnelig følge af sagsøgerens overtrædelser af udbudsreglerne, idet sagsøgte ikke ville have afholdt de pågældende omkostninger, hvis sagsøgte havde vidst, at sagsøgeren ville have overtrådt udbudsreglerne som sket, uden at sagsøgte havde mulighed for at få erstattet sin positive opfyldelsesinteresse.

Det bestrides, at sagsøgeren har godtgjort, at sagsøgeren ville have annulleret udbuddet, såfremt sagsøgeren havde overholdt udbudsreglerne, da sagsøgeren ikke havde reel mulighed for at få de ansatte til at anvende en arbejdsbeklædning, som de anså for at være gennemsigtig.

Det er sagsøgeren, der har bevisbyrden for, at dette ville have været tilfældet, og denne bevisbyrde må under de foreliggende omstændigheder, hvor sagsøgeren rent faktisk har indgået kontrakt med en dyrere tilbudsgiver, være særdeles streng, og bevisbyrden er ikke løftet af sagsøgeren. Tværtimod forekommer det helt usandsynligt, at sagsøgeren ville have aflyst udbuddet i den konkrete situation.

...

Det er også usandsynligt, at sagsøgeren ville have indgået kontrakt med sagsøgte for dernæst at opsigte den med 6 måneders varsel, således at erstatningen skal begrænses til tabet i denne periode. Der kan herved henvises til de netop ovenfor anførte grunde, og det bemærkes yderligere, at det savner enhver begrundelse, at kommunen skulle have ønske om først at have alt besværet med implementering af nyt tøj under den nye kontrakt og dernæst opsigte denne, gennemføre nyt udbud og gennemgå samme besvær én gang mere under en efterfølgende kontrakt inden for få måneder.

Sagsøgeren har heller ikke i øvrigt løftet bevisbyrden for, at en kontrakt med sagsøgte ville være bragt til ophør før tid, og det fremgår udtrykkeligt af kontrakten i udbudsbetingelsernes pkt. 3.1, at "Kontrakten forudsættes indgået for en periode på 6 år i tidsrummet 1.12.2019 – 30.11.2025." Også den kontrakt, som den her omhandlede kontrakt skulle erstatte, forløb i hele den oprindeligt forudsatte kontraktperiode på 5 år (og blev herudover forlænget med nogle måneder til 31. marts 2020). En ordregiver bør ikke ved at indsætte en diskretionær opsigelsesadgang i en udbudt kontrakt, kunne fastsætte et "erstatningsmaksimum" for overtrædelser af udbudsreglerne.

...

Det fastholdes, at der bør beregnes rente fra tidspunktet for første klageskrift for Klagenævnet. Sagsøger har ikke under sagens behandling for Klagenævnet gjort indsigelse herimod, og Klagenævnets kendelse er derfor fuldt korrekt, jf. lov om Klagenævnet for Udbud, § 10, stk. 1, og bør stadfæstes.

Den erstatningspådragende fejl kunne sagsøger i øvrigt konstatere senere på tidspunktet for indlevering af første klageskrift, hvor det endvidere klart fremgik, at sagsøgte forbeholdt sig erstatning. Den eneste grund til, at afgørelsen om erstatning først blev truffet senere, er at Klagenævnet for Udbud i sin praksis konsekvent udskiller erstatningskrav til senere pådømmelse. Retten har under alle omstændigheder beføjelse til at pålægge rente fra det anførte tidspunkt.

...

2.7 Ad sagsøgtes selvstændige modpåstand 2

...

Det følger af udbudslovens § 185, stk. 2, at når en tildelingsbeslutning er annulleret ved endelig afgørelse eller dom, skal ordregiveren bringe en kontrakt eller rammeaftale, som er indgået på grundlag af beslutningen, til ophør med et passende varsel, medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende. Frifindes sagsøgte for sagsøgerens påstand 3, foreligger der en afgørelse om annullation fra Klagenævnet for Udbud, og sagsøgeren skal følgelig bringe kontrakten til ophør.

Det gøres i øvrigt gældende, at uanset om betingelserne i § 185, stk. 2, er opfyldt, følger det af retspraksis, at sagsøger under hensyn til de begåede overtrædelser af udbudsreglerne og muligheden for opsigelse i udbudsbetingelsernes pkt. 3.11 bør tilpligtes at bringe kontrakten til ophør.

..."

Parterne har under hovedforhandlingen nærmere redegjort for deres opfattelse af sagen.

Rettens begrundelse og resultat

Det er ubestridt, at tildelingskriteriet ved udbuddet var pris. Det er endvidere ubestridt, at DFD var den tilbudsgiver, der afgav det laveste tilbud.

Ringkøbing-Skjern kommunes påstand 1 og 2:

T-shirts:

Det var et mindstekrav, at de tilbudte hvide T-shirts ikke måtte være gennem-sigtige.

Retten lægger efter bevisførelsen til grund, at de T-shirts, som henholdsvis DFD og Berendsen tilbød, var fremstillet af samme producent i samme metervare og med samme type- og modelnr., og at der således var tale om identiske T-shirts. Retten lægger endvidere til grund, at begge tilbudsgivere fremviste T-shirts, der var vasket og tørret det antal gange, som var fastsat i udbudsmaterialet. Der må herefter være en formodning for, at de to T-shirts – uanset de meget små variationer, som der ifølge erklæringen fra Teknologisk Institut kan være inden for samme produktion – har de samme egenskaber, herunder i forhold til gennem-sigtighed.

Ringkøbing-Skjern kommune har gjort gældende, at den af Berenden tilbudte T-shirt var mindre gennemsigtig end DFD's som følge af en særlig efterbehandling, hvilket var grunden til, at brugergruppen vurderede de to T-shirts forskel-

ligt. Der er ikke under sagen fremkommet nærmere oplysninger om en sådan særlig efterbehandling.

Vidne C har forklaret, at brugergruppen vurderede den af DFD tilbudte T-shirt til at være så gennemsigtig, at den ikke kunne bruges.

Det fremgår af erklæringen fra Berendsen af 17. juni 2020, at forskellige tørremetoder kan få tøj til at fremstå forskelligt, både i forhold til tøjets udseende, og hvordan overfladen føles at røre ved. Erklæringen udtaler sig ikke om tørremetodens eventuelle indvirkning på gennemsigtigheden af tøjet. På baggrund af forklaringerne fra Vidne A, Vidne D, Vidne E og Vidne F må det imidlertid lægges til grund, at forskelle i tørremetoden ikke har betydning for gennemsigtigheden af T-shirts'ne. Dette understøttes tillige af en besigtigelse af de fremlagte bilag 12 og 13, som efter rettens opfattelse ikke adskiller sig i gennemsigtighed.

På denne baggrund finder retten ikke, at kommunen, uagtet forklaringen fra Vidne C, har godtgjort, at T-shirts'ne fra de to tilbudsgivere over for brugergruppen fremstod så forskellige i relation til gennemsigtighed, at kommunen var berettiget til at anse den ene for konditionsræssig og den anden for ikke konditionsræssig.

DFD's tilbud var således ikke ukonditionsræssigt i relation til de hvide T-shirts.

IT-systemet

Det var et mindstekrav, at det tilbudte IT-system blandt andet skulle give den beklædningsansvarlig mulighed for at printe en samlet oversigt over tilmeldte medarbejdere samt den enkelte medarbejders beklædningspakke, og at man skulle kunne se leverancesteder og leveringstidspunkt.

Ringkøbing-Skjern kommune har gjort gældende, at det var et krav, at alle de krævede funktioner blev demonstreret, og at DFD's tilbud således ikke var konditionsræssigt, idet disse to funktioner ikke blev demonstreret ved fremvisningen.

Det er ubestridt, at ikke alle funktionerne i IT-systemet blev demonstreret ved fremvisningen for brugergruppen.

Ringkøbing-Skjern kommune har ikke i underretningen til DFD om afslag anført, at tilbuddet var ukonditionsræssigt på grund af forhold vedrørende IT-systemet. Kommunen har herefter bevisbyrden for, at mindstekravene ikke var opfyldt, og at det ved fremvisningen blev oplyst, at ikke alle funktioner var udviklet endnu.

Retten finder ikke, at kommunen har løftet denne bevisbyrde, idet det bemærkes, at kommunen ikke har sikret sig tilstrækkelig dokumentation af fremvisningen, jf. udbudslovens § 5, stk. 3.

Retten har således lagt vægt på forklaringen fra Vidne G og den kontakt-rapport, han udfærdigede umiddelbart efter fremvisningen, hvoraf det fremgår, at den manglende fremvisning af disse funktioner skyldtes tilrettelæggelsen af fremvisningen, herunder de tidsmæssige forhold, hvilket kommunen som ordregiver havde ansvaret for. Dette støttes tillige af Vidne F's forklaring om de generelle forhold omkring fremvisningen og forklaringen fra Vidne A vedrørende tidspunktet for udviklingen af de nævnte IT-funktioner.

Vidne B's og Vidne C's forklaringer om, hvad der blev sagt ved fremvisningen kan ikke føre til andet resultat. Retten har i denne forbindelse lagt vægt på, at Vidne B's forklaring generelt fremstod vag og til dels som udtryk for efterrationaliseringer, og at Vidne C ikke kunne huske, hvilke IT-funktioner der var tale om.

DFD's tilbud var således ikke ukonditionsmæssigt i relation til IT-systemet.

Retten finder herefter, at Ringkøbing-Skjern kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1.

Da tildelingskriteriet var pris, og DFD var den tilbudsgiver, der afgav det laveste tilbud, har Ringkøbing-Skjern kommune endvidere handlet i strid med udbudslovens § 161 og § 162, stk. 1, ved at tildele kontrakten til Berendsen.

Ringkøbing-Skjern kommunes påstand 1 og 2 tages derfor ikke til følge.

Ringkøbing-Skjern kommunes påstand 4 og De Forenede Dampvaskerier A/S' selvstændige modpåstand 1:

Erstatning

Idet Ringkøbing-Skjern kommune har overtrådt udbudslovens § 2, stk. 1, § 161 og § 162, stk. 1, har kommunen handlet ansvarspådragende over for DFD.

Kommunen har gjort gældende, at udbuddet ville være blevet annulleret, hvis det var erkendt, at DFD's tilbud var konditionsmæssigt.

Det må som anført ovenfor lægges til grund, at de fremviste T-shirts fra de to tilbudsgivere var identiske og ikke adskilte sig i forhold til gennemsigtighed.

Det må endvidere lægges til grund, at IT-systemet indeholdt de krævede funktioner.

Retten finder det herefter ikke sandsynliggjort, at kommunen ville have annulleret udbuddet i stedet for at kontrahere med DFD, der således har krav på erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse.

Af de samme grunde finder retten det heller ikke sandsynliggjort, at kommunen ville have opsagt rammeaftalen med DFD inden udløbet af kontraktperioden på 6 år. Retten har i denne forbindelse også lagt vægt på de økonomiske, administrative og tidsmæssige omkostninger, der er ved at lave et nyt udbud, hvorfor det også af denne grund er usandsynligt, at kommunen ville have opsagt aftalen efter 6 måneder og have gennemført et nyt udbud.

Erstatningen skal derfor fastsættes på grundlag af det forventede dækningsbidrag i den samlede 6-årige kontraktperiode.

DFD har opgjort det samlede dækningsbidrag for perioden til 4.136.884 kr. Indeholdt i dette beløb er 766.000 kr. til dækning af bortkommet tøj. Retten lægger på baggrund af bilag H, bilag G og forklaringen fra Vidne H til grund, at dette beløb omfatter genanskaffelsesværdien af tøj, der bortkommer hos ordregiver, tillagt avance. Det må efter bevisførelsen lægges til grund, at det er sædvanligt og påregneligt, at der i løbet af en kontrakt som den foreliggende bortkommer en vis mængde tøj, som ordregiveren er ansvarlig for. Retten finder herefter, at dette er en del af den forventede omsætning, som bør indgå i tabsopgørelsen. Henset til at beløbet er fastsat på baggrund af DFD's fakturaer til kommunen under den tidligere kontrakt, finder retten beløbets størrelse tilstrækkeligt godtgjort.

Idet retten efter bevisførelsen ikke finder, at der ved beregningen af dækningsbidraget bør tages højde for risikoen for at ifalde bod, og idet beløbet i øvrigt er ubestridt, skal Ringkøbing-Skjern kommune betale erstatning til DFD A/S på 4.136.884 kr.

Beløbet forrentes fra tidspunktet for nedlæggelsen af kravet, dvs. fra den 3. juni 2020.

Ringkøbing-Skjern kommunes påstand 3 og DFD's selvstændige modpåstand 2:

Det følger af udbudslovens § 185, stk. 1, at er en tildelingsbeslutning annulleret ved endelig afgørelse eller dom, skal ordregiveren bringe en kontrakt eller rammeaftale, som er indgået på grundlag af beslutningen, til ophør med et passende varsel, medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende.

Berendsen og DFD var de eneste tilbudsgivere ved udbuddet, og det må lægges til grund, at Berendsen skulle være tildelt kontrakten, såfremt DFD ikke havde afgivet tilbud. På denne baggrund, og idet DFD har fået erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, finder retten, at der foreligger sådanne særlige forhold, der tilsiger videreførelsen af kontrakten med Berendsen.

Ringkøbing-Skjern kommunes påstand 3 tages herefter til følge, således at kontrakten med Berendsen ikke skal annulleres.

Sagsomkostninger:

Efter sagens udfald skal Ringkøbing-Skjern kommune betale sagsomkostninger til DFD. Sagsomkostningerne er efter sagens værdi, forløb og udfald fastsat til dækning af advokatudgift med 200.000 kr. og af retsafgift med 4.000 kr., i alt 204.000 kr. DFD er momsregistreret.

THI KENDES FOR RET:

Ringkøbing-Skjern kommune skal til De Forenede Dampvaskerier A/S betale 4.136.884 kr. med procesrente fra den 3. juni 2020 til betaling sker.

De Forenede Dampvaskerier A/S skal anerkende, at Ringkøbing-Skjern kommunes beslutning af 28. marts 2019 om at indgå rammeaftale med Berendsen Textil Service A/S ikke skal annulleres.

Ringkøbing-Skjern kommune skal til De Forenede Dampvaskerier A/S betale sagsomkostninger med 204.000 kr.

Beløbene skal betales inden 14 dage.

Sagsomkostningerne bliver forrentet efter rentelovens § 8 a.



Vejledning

Retten har afsagt dom i sagen.

Hvis du er utilfreds med afgørelsen, kan du som udgangspunkt anke (klage over) dommen til landsretten. Hvis du kun er utilfreds med dommens afgørelse om sagsomkostninger, kan du kære (klage over) denne del af afgørelsen til landsretten.

Ikke alle afgørelser kan ankes eller kæres

Du kan kun anke dommen, hvis forskellen mellem byrettens dom og det resultat, du ønsker at opnå i landsretten, er over 20.000 kr. Hvis forskellen er mindre, skal du have tilladelse fra Procesbevillingsnævnet for at anke.

Landsretten kan afvise at behandle en ankesag, hvis landsretten vurderer, at der ikke er udsigt til, at sagen vil få et andet udfald i landsretten.

Du kan kun kære afgørelser om sagsomkostninger, hvis omkostningsbeløbet er fastsat til mere end 20.000 kr., eller hvis retten har bestemt, at ingen af parterne skal betale sagsomkostninger, og du kræver, at modparten skal betale mere end 20.000 kr. I andre situationer kan du kun kære omkostningsafgørelsen, hvis du får tilladelse fra Procesbevillingsnævnet.

Frister for at anke og kære

Fristen for at anke er **4 uger** fra dommens dato. Hvis du ikke kan anke uden en tilladelse fra Procesbevillingsnævnet, skal du indlevere en ansøgning til Procesbevillingsnævnet inden **4 uger**.

Fristen for at kære omkostningsafgørelsen er **2 uger** fra dommens dato. Hvis du ikke kan kære afgørelsen uden tilladelse fra Procesbevillingsnævnet, skal du indlevere en ansøgning til Procesbevillingsnævnet inden **2 uger**.

Sådan gør du, hvis du vil anke eller kære

Du kan anke dommen på minretssag.dk ved at trykke på knappen "Opret appel" og derefter vælge "Anke" og følge vejledningen. Hvis du vil kære omkostningsafgørelsen, skal du vælge "Kære" og følge vejledningen.

Hvis du søger om tilladelse til anke eller kære hos Procesbevillingsnævnet, skal du indlevere din ansøgning til Procesbevillingsnævnet. Du kan ikke indlevere

ansøgningen på minretssag.dk.

Du kan læse mere på domstol.dk.

Publiceret til portalen d. 09-12-2022 kl. 13:01

Modtagere: Sagsøgte De Forenede Dampvaskerier A/S, Sagsøger
Ringkøbing-Skjern kommune, Advokat (H) Henrik Askholm Oldenhoff
Holtse, Advokat (L) Jesper Fabricius