

K E N D E L S E

DUBA-B8 A/S
(advokat Henrik Holtse, København)

mod

DONG Energy Oil & Gas A/S
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 148-247844 af 31. juli 2012 søgte Achilles Systems AS på vegne af en lang række nordiske forsyningsvirksomheder, herunder DONG Energy Oil & Gas A/S, leverandører til optagelse i et kvalifikationssystem, Sellihca. Via dette kvalifikationssystem udbød indklagede, DONG Energy Oil & Gas A/S, den 6. februar 2013 en rammeaftale med én leverandør om levering af kontormøbler inden for følgende kategorier: kontorstole, kontorarbejdsborde, opbevaringsmøbler, mødeborde/mødestole, tilbehør til kontorarbejdsplads, cafeborde og stole. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Ved tilbudsfristens udløb den 28. februar 2013 havde indklagede modtaget tilbud fra DUBA-B8 A/S og Holmrís A/S, der var blandt de 5 prækvalificerede virksomheder. Indklagede gennemførte den 7. marts 2013 den første forhandlingsrunde, og efterfølgende blev begge tilbudsgivere opfordret til at afgive et revideret tilbud. Både DUBA-B8 A/S og Holmrís A/S afgav et revideret tilbud inden udløbet af tilbudsfristen herfor den 13. marts 2013.

Ved e-mail af 21. marts 2013 oplyste indklagede, at indklagede havde besluttet at tildele kontrakten til Holmrís A/S.

Den 12. april 2013 indgav klageren, DUBA B-8 A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, DONG Energy Oil & Gas A/S.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har - på baggrund af delvist opnået aktindsigt i tilbuddet fra Holmris A/S i overensstemmelse med den afgørelse herom, som klagenævnet har truffet den 19. august 2013 - nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 51, stk. 3 samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at have taget tilbud fra Holmris A/S i betragtning, uagtet dette tilbud ikke overholdt de tekniske mindstekrav, herunder på følgende punkter:

- a) ID nr. 3.2.1 og 3.2.2, fordi det af Holmris A/S tilbudte stof kun har en slidstyrke på 50.000 slidbevægelser, mens mindstekravet er minimum 60.000 slidbevægelser.
- b) Frafaldet.
- c) Frafaldet.
- d) ID nr. 3.4.1, 3.4.8 og 3.4.12, fordi de af Holmris A/S tilbudte opbevaringsmøbler afviger fra kravspecifikationens ufravigelige dimensioner, samt for alle de af Holmris A/S tilbudte opbevaringsmøbler (ID 3.4.1 – 3.4.12), fordi de ikke som krævet er tilbudt leveret med både push-åbning og med greb.
- e) ID nr. 3.5.1, fordi den af Holmris A/S tilbudte mødestol afviger fra kravspecifikationens ufravigelige dimensioner.
- f) ID nr. 3.5.2 – 3.5.4, fordi det om de af Holmris A/S tilbudte mødeborde ikke er oplyst, om søjlens omkreds opfylder mindstekravet på Ø80, og fordi de leveres med et stel i alu lak, mens mindstekravet er poleret krom.
- g) Frafaldet.
- h) ID nr. 3.6.6, 3.6.7 og 3.6.8, fordi de af Holmris A/S tilbudte whiteboards afviger fra kravspecifikationens ufravigelige dimensioner.
- i) ID nr. 3.7.1, fordi den af Holmris A/S tilbudte caféstol afviger fra kravspecifikationens ufravigelige dimensioner.

- j) ID nr. 3.7.3 fordi den af Holmris A/S tilbudte barstol afviger fra kravet om 4-bens stel, og fordi det tilbudte ikke opfylder mindstekrav til dimensioner og materialer.
- k) ID nr. 3.6.3, 3.6.4, 3.6.5, 3.7.3 og 3.7.4, fordi de af Holmris A/S tilbudte produkter ikke er beskrevet med angivelse af varemærke mv. som krævet i udbudsmaterialet.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 51, stk. 3, samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at tillade, at den vindende tilbudsgiver kunne fravige kravspecifikationens tekniske mindstekrav.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 51, stk. 3 samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at tage tilbud fra Holmris A/S i betragtning, uanset det ikke indeholdt en tro- og love erklæring, som var et krav i udbudsmaterialet.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 10 ved at give oplysning til den ene tilbudsgiver om, hvilke produkter der forventes indkøbt flest af, mens det til den anden tilbudsgiver blev afvist at give denne oplysning, hvilket stillede den ene tilbudsgiver væsentligt bedre i konkurrencen.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36 samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at tillade, at den vindende tilbudsgiver afgav et alternativt tilbud, uagtet der ikke var mulighed for at afgive alternative tilbud.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 10 ved at tillade den ene tilbudsgiver at præsentere sine produkter, mens den anden til-

budsgiver var afskåret herfra, samt ved at gennemføre præsentationen efter tilbudsfristen.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved at foretage en åbenlys forkert evaluering af tilbuddet fra Holmrís A/S vedrørende delkriteriet »Levering«, da der er blevet tildelt maksimumpoint, uanset de tilbudte leveringsfrister langt fra er optimale.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 55 samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at have evalueret tilbuddene i forhold til hinanden, hvad angår underkriteriet »Service, garanti og levering«.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 55 samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at have evalueret tilbuddene i forhold til hinanden, hvad angår underkriteriet »Design, funktionalitet og kvalitet«.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med håndhævelsesloven § 2, stk. 2, ved at give en begrundelse for tildelingsbeslutningen med et andet indhold end indklagedes egen evalueringsrapport.

Påstand 11

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 21. marts 2013 om tildeling af kontrakten til Holmrís A/S.

Klageren har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1d for så vidt angår ID 3.4.1, 3.4.2 og 3.4.5 og påstand 8 - 9 erkendt overtrædelserne. Indklagede har endvidere erkendt, at der med henvisning til disse overtrædelser er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen, jf. påstand 11. Indklagede har nedlagt påstand om, at påstand 1-7 og påstand 10 ikke tages til følge.

Indklagede har endvidere for så vidt angår de tekniske specifikationer anført i påstand 1e), 1h) og 1i) erkendt, at tilbuddet fra Holmris A/S ikke opfylder kravene til dimensioner. Det samme er tilfældet for så vidt angår dimensionerne vedrørende ID 3.4.8 (påstand 1d, 1. led).

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelserne er anført følgende:

»...

3 Kontraktgenstanden

Ordregiver ønsker med nærværende udbud, at indgå en rammeaftale med en Leverandør vedrørende levering af kontormøbler inden for i følgende møbelkategorier:

- Kontorstole
- Kontorarbejdsborde
- Opbevaringsmøbler
- Mødeborde og mødestole
- Tilbehør til kontorarbejdsplads
- Cafeborde og stole

4 Tildelingskriterier

Kontrakten tildeles den virksomhed, som ud fra en samlet vurdering afgiver det Økonomisk Mest Fordelagtige Tilbud ud fra følgende underkriterier:

Pris 50-60 %

Ved vurderingen af underkriteriet "Priser" vil Ordregiver lægge vægt på de tilbudte priser, jf. bilag 3, og de tilbudte volumenrabatter.

Service, garanti og levering 15-20 %

Ved vurderingen af underkriteriet vil Ordregiver lægge vægt på det tilbudte servicekoncept, garantiordninger og levering, jf. Bilag 4

Design, funktionalitet og kvalitet 15-20 %

Ved vurderingen af underkriteriet vil Ordregiver lægge vægt på de tilbudte Produkters design, funktionalitet og kvalitet.

...

5.4 Alternative tilbud

Alternative tilbud, dvs. afvigelser fra den løsning, som Ordregiver efterspørger, vil ikke blive accepteret.

...

6. Forbehold

...

Såfremt [tilbuddet] indeholder forbehold overfor minimumskrav og /eller forbehold over for et væsentligt element i Udbudsdokumenterne, er ordregiver såvel berettiget som forpligtet til at afvise Tilbuddet.

...«

Kravspecifikationen var opdelt i »Inventar ID«, »Type/Dimension« og »Beskrivelse«. Under pkt. 3.4 »Opbevaringsmøbler« fremgik følgende under Inventar ID 3.4.1, 3.4.2 og 3.4.5:

»

Inventar ID	Type/Dimension	Beskrivelse	
3.4.1	Lav Rullemaie ...	Korpus	17 mm dobbelt hvidpigmenteret ahorn
		2 stk. stor skuffe	Placeret nederst m. push åbning og m. lås ...
		Hylde	...
		Lille skuffe	Placeret øverst m. push åbning - småtingsskuffe til kontorartikler m. lås
		...	...
3.4.2	Høj Rullemaie ...	Korpus	17 mm dobbelt hvidpigmenteret ahorn
		Stor skuffe	Placeret nederst m. push åbning, til hængemapper m. lås
		Åben hylde	...

		Lille skuffe	Placeret øverst m. push åbning - småtingsskuffe til kontorartikler m. lås
		...	...
3.4.5	Lav Rullemaerie ...	Korpus	17mm ahorn
		2 stk. stor skuffe	Placeret nederst m. bøjet metalgreb og m. lås ...
		Hylde	...
		Lille skuffe	Placeret øverst m. bøjet metalgreb ...
		...	...

«

Under udbudsprocessen blev der bl.a. stillet følgende spørgsmål (nr. 25) til indklagede:

»Vedr. 3.4 Opbevaringsmøbler

Pkt. 3.4.1 og 3.4.2 høj og lav rullemaerie contra punkt 3.4.5 lav rullemaerie: Ordregiver bedes præcisere, om rullemaerierne skal leveres med greb på fronterne? Eller om de skal leveres med glatte fronter, dvs. uden greb men med push åbning? Eller et mix af begge muligheder?

DONG Energy ønsker at tilbudsgiverne kan levere begge muligheder.«

Indklagede underrettede den 21. marts 2013 tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen. Af underretningen til klageren fremgik bl.a.:

»DONG Energy har vurderet at Deres tilbud med hensyn til underkriteriet »Service, garanti og levering« er mindre attraktivt for DONG Energy end tilbuddet fra Holmris A/S.

DONG Energy har vurderet at Deres tilbud for så vidt angår underkriteriet »Design, funktionalitet og kvalitet« er mere attraktivt sammenholdt med tilbuddet fra DUBA-B8 A/S.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har til støtte for påstand 1 gjort gældende, at tilbuddet fra Holmris A/S ikke opfylder de fastsatte mindstekrav i kravspecifikationen, og at tilbuddet derfor skulle have været afvist. Der findes en meget righoldig praksis fra EU-Domstolen og klagenævnet, der entydigt fastslår, at hvis et tilbud ikke opfylder blot ét mindstekrav, er tilbuddet ukonditionsmæssigt, og ordregiver er dermed forpligtet til at afvise tilbuddet.

Indklagede har erkendt overtrædelserne ad påstand 1d for så vidt angår ID 3.4.1, 3.4.2 og 3.4.5, idet der ikke af den vindende tilbudsgiver blev tilbudt både push-åbning og greb.

Indklagede har bestridt at have overtrådt forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 51, stk. 3, samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 på de øvrige anførte punkter. Indklagede har i den forbindelse gjort gældende, at i det (begrænsede) omfang, hvor Holmris A/S' tilbud i øvrigt har afvejet fra mindstekravene i udbudsbetingelserne (påstand 1d), 1.led, 1e), 1h) og 1i)), har afvigelserne været uvæsentlige.

Ad påstand 2-7 og 10

Anbringenderne om disse påstande gengives ikke.

Ad påstand 8-9

Klageren har gjort gældende, at indklagede har foretaget en sammenligning af de to tilbud og evalueret på grundlag af denne sammenligning i stedet for at sammenholde det enkelte tilbud med de krav, der er fastsat. Denne evalueringsmetode er i strid med ligebehandlingsprincippet samt artikel 55 om evaluering ved brug af tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, idet evalueringen af det ene tilbud afhænger af indholdet af det andet tilbud, hvilket medfører en ændring af den angivne vægtning. Tilbuddet fra klageren ville således have opnået en bedre evaluering, hvis det andet tilbud havde været ringere og omvendt.

Indklagede har erkendt overtrædelserne ad påstand 8 og 9.

Ad påstand 11

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra Holmris A/S ikke opfylder de tekniske mindstekrav i kravspecifikationen. Dette er tilstrækkeligt til at danne grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning. Dertil kommer overtrædelserne omfattet af påstand 8 og 9.

Indklagede har erkendt, at de begåede overtrædelser skal føre til annulation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Som også anført af klageren kan klagenævnet efter fast praksis afgøre en klagesag helt eller delvist, jf. nu tillige lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 10, stk. 2.

Indklagede har erkendt, at det vindende tilbud på en række punkter ikke opfylder de mindstekrav, som fremgår af kravspecifikationen. Indklagede har tillige erkendt, at evalueringen af tilbuddene i relation til de kvalitative underkriterier er sket i strid med udbudsreglerne som anført ad påstand 8 og 9. Indklagede har endelig erkendt, at betingelserne for at annullere tildelingsbeslutningen på dette grundlag er opfyldt.

Klagenævnet er enig med parterne i, at de erkendte overtrædelser skal medføre, at tildelingsbeslutningen annulleres som påstået.

Det bemærkes, at overtrædelserne omfattet af påstand 1 d), 1. led, 1 e), 1 h) og 1 i), ikke er så bagatelagtige, at de ikke også samlet set ville have kunnet føre til annulation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet tager ikke herudover stilling til klagen.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1d)

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 51, stk. 3 samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at have taget til-

buddet fra Holmris A/S i betragtning, uagtet dette tilbud ikke overholdt de tekniske mindstekrav ID nr. 3.4.1, 3.4.8 og 3.4.12, fordi de af Holmris A/S tilbødte opbevaringsmøbler afviger fra kravspecifikationens ufravigelige dimensioner, og fordi alle de af Holmris A/S tilbødte opbevaringsmøbler (ID 3.4.1 – 3.4.12) ikke som krævet er tilbudt leveret med både push åbning og greb.

Ad påstand 1e)

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 51, stk. 3 samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at have taget tilbuddet fra Holmris A/S i betragtning, uagtet dette tilbud ikke overholdt det tekniske mindstekrav ID nr. 3.5.1, fordi den af Holmris A/S tilbødte mødestol afviger fra de i kravspecifikationens ufravigelige dimensioner.

Ad påstand 1h)

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 51, stk. 3 samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at have taget tilbuddet fra Holmris A/S i betragtning, uagtet dette tilbud ikke overholdt de tekniske mindstekrav ID nr. 3.6.6, 3.6.7 og 3.6.8, fordi de af Holmris A/S tilbødte whiteboards afviger fra kravspecifikationens ufravigelige dimensioner.

Ad påstand 1 i)

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 51, stk. 3 samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at have taget tilbuddet fra Holmris A/S i betragtning, uagtet dette tilbud ikke overholdt det tekniske mindstekrav ID nr. 3.7.1, fordi den af Holmris A/S tilbødte caféstol afviger fra kravspecifikationens ufravigelige dimensioner.

Ad påstand 8

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 55 samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at have evalueret tilbuddene i forhold til hinanden, hvad angår underkriteriet »Service, garanti og levering«.

Påstand 9

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 55 samt ligebehandlingsprincippet i artikel 10 ved at have evalueret tilbuddene

dene i forhold til hinanden, hvad angår underkriteriet »Design, funktionalitet og kvalitet«.

Indklagedes beslutning af 21. marts 2013 om at indgå kontrakt med Holmris A/S annulleres.

Klagenævnet træffer ikke afgørelse vedrørende påstandene 2-7 og 10.

Indklagede, DONG Energy Oil & Gas, skal i sagsomkostninger til klageren, DUBA-B8 A/S, betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig