

K E N D E L S E

Iveco Danmark A/S
(advokat Peter Sørensen, København)

mod

Fælles Affaldsindsamling A/S
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Intervenient:
Volvo Truck Center Danmark A/S
(advokat Mikala Berg Dueholm, København)

Den 29. januar 2021 udbød Halsnæs Affald A/S en kontrakt om levering af 18 komprimatorkøretøjer til affaldsindsamling. Udbuddet blev annulleret på grund af fejl i udbudsmaterialet. Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 077-196453 af 16. april 2021 udbød Fælles Affaldsindsamling A/S en kontrakt om indkøb af 20 2-kammer komprimatorkøretøjer. 2 køretøjer skulle leveres til Hillerød Affaldshåndtering A/S, og 18 køretøjer skulle leveres til Halsnæs Affald A/S.

Den 3. juni 2021 meddelte Fælles Affaldsindsamling, at kontrakten var tildelt klageren, Iveco Danmark A/S ("Iveco"). Den 4. juni 2021 tilbagekaldte Fælles Affaldsindsamling tildelingen med den begrundelse, at tildelingsbeslutningen hvilede på et fejlbehæftet grundlag, hvorefter kontrakten den 8. juni 2021 blev tildelt Volvo Truck Center A/S ("Volvo"). Det blev samme dag

meddelt Iveco, at virksomhedens tilbud var ukonditionsmæssigt, idet en reference i virksomhedens ESPD var udført af et andet selskab, hvorfor mindstekravet om referencer ikke var opfyldt.

Den 25. juni 2021 indgav Iveco klage til Klagenævnet for Udbud over Fælles Affaldsindsamling med anmodning om, at klagen blev tillagt opsættende virkning. Den 29. juni 2021 besluttede klagenævnet, at klagen ikke blev tillagt opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1. Klagenævnet har efter en fornyet anmodning fra Iveco fastholdt beslutningen.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Iveco har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Fælles Affaldsindsamling er forpligtet, subsidiært berettiget, til at tage Ivecos tilbud i betragtning ved tildelingen af kontrakt, herunder til at give Iveco tilstrækkelig mulighed for at supplere eller fuldstændiggøre oplysningerne om referencekontrakter i Ivecos tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Fælles Affaldsindsamling har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at erklære tilbuddet fra Iveco ukonditionsmæssigt alene med henvisning til mangelfulde eller ufuldstændige oplysninger om referencekontrakter uden at give Iveco tilstrækkelig mulighed for at supplere eller fuldstændiggøre oplysningerne i tilbuddet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Fælles Affaldsindsamling har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at acceptere tilbuddet fra Volvo på trods af, at Volvo ikke har afgivet det mest fordelagtige tilbud.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere Fælles Affaldsindsamlings beslutning af 4. juni 2021 om at erklære Ivecos tilbud for ukonditionsmæssigt.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere Fælles Affaldsindsamlings beslutning af 8. juni 2021 om at tildele kontrakten til Volvo med henblik på, at Fælles Affaldsindsamling træffer fornyet tildelingsbeslutning, hvor Ivecos tilbud tages i betragtning efter frist for indgivelse af supplerende oplysninger om referencekontrakterne.

Fælles Affaldsindsamling har ad påstand 1 og 5 principalt påstået afvisning, subsidiært at påstandene ikke tages til følge. Fælles Affaldsindsamling har endvidere nedlagt påstand om, at den øvrige del af klagen ikke tages til følge.

Volvo Truck Center Danmark har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Fælles Affaldsindsamling, hvilket klagenævnet ved brev af 12. juli 2021 har tilladt.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsens afsnit III.1.3 fremgår følgende mindstekrav til tilbudsgiverens tekniske og faglige kapacitet:

”Det er et mindstekrav, at tilbudsgiver inden for de sidste 3 år har leveret minimum 10 indsamlingskøretøjer pr. år af tilsvarende karakter. Ved tilsvarende karakter forstås indsamlingskøretøjer, uanset størrelse, med udstyr som i dette udbud eller tilsvarende.”

Samme mindstekrav var fastsat i udbudsvilkårenes punkt 4.3.1. Heri var endvidere fastsat:

”Såfremt tilbudsgiver henviser til andre enheders formåen med henblik på at kunne opfylde ordregivers minimumskrav i relation til den tekniske eller økonomiske kapacitet, skal dette angives i ESPD’et og der skal som en del af tilbuddet fremlægges en særskilt ESPD for den virksomhed, hvis kapacitet tilbudsgiver baserer sig på.”

I udbudsvilkårenes punkt 4.3 var herudover fastsat:

”For at være konditionsmæssigt skal et tilbud bestå af:

...

Korrekt udfyldt ESPD for alle medlemmer af et eventuel konsortium og støttende underleverandører

...”

I det ESPD, der var vedlagt tilbuddet fra Iveco, havde virksomheden svaret nej til spørgsmålet, om den baserede sig på andre enheders kapacitet for at opfylde udvælgelseskriterierne i ESPD'ets del IV og de kriterier og regler, der eventuelt var fastsat i del V.

Det fremgår endvidere af ESPD'ets del IV C om udvælgelseskriterierne med hensyn til teknisk og faglig formåen, at "Municipality of Paris (Paris kommune, Frankrig)" er påført som reference og modtager af "30 stk. Iveco Eurocargo ML160E21 /P CNG 4x2 chassis med komprimatorkasse".

Efter at Fælles Affaldsindsamling den 3. juni 2021 havde besluttet at tildele kontrakten til Iveco, oplyste virksomheden samme dag pr. mail til Halsnæs Forsyning A/S:

"...
Jeg skal hermed bekræfte, at det er korrekt, at bilerne til Paris, ikke er faktureret igennem Iveco Danmark, med CVR.Nr. 56577815."

Den 4. juni 2021 annullerede Fælles Affaldsindsamling tildelingen og genoptog evalueringen.

Den 8. juni 2021 meddelte Fælles Affaldsindsamling, at Volvo havde afgivet tilbuddet med "bedste forhold mellem pris og kvalitet" og fremlagt fyldestgørende dokumentation for de oplysninger, som var afgivet i det indleverede ESPD, og at virksomheden derfor ville blive tildelt kontrakten.

I mail af samme dato fra Halsnæs Spildevand A/S til Iveco hedder det:

"Fælles Affaldsindsamling udsendte fredag den 4. juni 2021 meddelelse om, at det var blevet besluttet at tilbagekalde den tidligere meddelte tildelingsbeslutning ved udbuddet og genoptage tilbudsevalueringen.

Fælles Affaldsindsamling har nu færdiggjort den fornyede tilbudsevaluering.

Jeres tilbud er desværre uantageligt, da I ikke opfylder følgende mindstekrav til den tekniske og faglige formåen:

”Det er et mindstekrav, at tilbudsgiver inden for de sidste 3 år har leveret minimum 10 indsamlingskøretøjer pr. år af tilsvarende karakter. Ved tilsvarende karakter forstås indsamlingskøretøjer, uanset størrelse, med udstyr som i dette udbud eller tilsvarende.”

I har ganske vist oplyst referencer i jeres ESPD, der umiddelbart fremstår som om, at I opfylder mindstekravet, men det har som bekendt senere vist sig, at referencen, der relaterer sig til Municipality of Paris (Paris kommune, Frankrig), ikke er udført af Iveco Danmark A/S, men af et koncernforbundet selskab.

Da I som anført i jeres ESPD har afgivet tilbud som selvstændig tilbudsgiver og ikke har baseret jer på andre enheders tekniske og faglige formåen, har det alene været muligt at tage referencer i betragtning, der relaterer sig til kontrakter indgået og udført af Iveco Danmark A/S selv. Referencen vedrørende Municipality of Paris (Paris kommune, Frankrig) kan derfor ikke tages i betragtning, og det står herefter klart, at I desværre ikke opfylder mindstekravet vedrørende referencer, hvorefter tilbuddet er uantageligt.
...”

Parternes anbringender

Fælles Affaldsindsamling har gjort gældende, at påstand 1 og 5 ikke er egnede til at danne grundlag for behandling af sagen, og påstandene skal derfor afvises, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, og § 10, stk. 2.

Fælles Affaldsindsamling har i relation til påstand 1 nærmere anført, at det ikke fremgår af påstanden, hvilken regel eller hvilket udbudsretligt princip der angiveligt skulle være blevet overtrådt. Derimod anføres, hvad Fælles Affaldsindsamling burde gøre i den konkrete situation.

Klagenævnet kan efter § 10, stk. 1, behandle klager om overtrædelse af udbudsreglerne, men har ikke kompetence til at fastslå eller udtale sig om, hvordan ordregivere skal disponere i konkrete situationer.

Ifølge påstand 5 skal klagenævnet – foruden at annullere tildelingsbeslutningen – pålægge Fælles Affaldsindsamling at foretage en fornyet tildeling og herved tage Ivecos tilbud i betragtning. Klagenævnet har ikke kompetence til at fastslå, hvordan ordregiveren skal disponere for det tilfælde, at tildelingsbeslutningen annulleres.

Iveco har gjort gældende, at klagenævnet er kompetent til at behandle påstandene.

Iveco har nærmere anført, at det fremgår af klageskriftet, at virksomheden påberåber sig udbudslovens § 159, stk. 5. Efter bestemmelsens forarbejder og praksis har ordregiveren pligt til at anmode tilbudsgiveren om at supplere og/eller præcisere indsendte oplysninger, hvis der er tale om fejl eller mangler, der er nemme at rette, jf. klagenævnets kendelse af 31. oktober 2014, Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. mod Vejdirektoratet, dommen i sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV (præmis 54-58), og dommen i sag T-554/08 Europaïki Dynamiki mod Kommissionen (præmis 58 ff).

Iveco har ikke indleveret nye referencer og ønsker ikke at gøre brug af nye støttende enheder efter tilbudsfristens udløb. Alle de referencer, Iveco har anvendt, opfylder mindstekravene i udbuddet. Iveco ønsker alene at rette den fejl, at Iveco har glemt at anføre Ivecos koncernselskab som en støttende enhed. Dette var ikke situationen i klagenævnets kendelse af 29. april 2020, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune, som Fælles Affaldsindsamling har henvist til.

Ad påstand 1

Iveco har gjort gældende, at Fælles Affaldsindsamling har handlet i strid med udbudslovens § 2, stk. 1, ved at afvise virksomhedens tilbud som ukonditionsmæssigt med den begrundelse, at oplysningerne i tilbuddet om referencekontrakter var mangelfulde eller ufuldstændige, og uden at have givet Iveco tilstrækkelig mulighed for at supplere eller fuldstændiggøre oplysningerne.

Iveco har nærmere anført, at ordregiveren ifølge udbudslovens § 159, stk. 5, kan anmode en tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre et tilbud ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, tilbudsgiveren har indsendt med et tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter.

Ifølge lovforarbejderne og retspraksis er ordregiveren endvidere forpligtet til at anmode tilbudsgiver om at supplere og/eller præcisere indsendte oplysning-

ger, hvis der er tale om fejl eller mangler, der er nemme at rette, jf. EU-domstolens kendelse i sag T-195/08, og klagenævnets kendelser af 31. oktober 2014 og 6. april 2010.

Iveco havde i tilbuddet oplyst om en række offentlige referencekontrakter mellem på den ene side et selskab i Frankrig, der er koncernforbundet til Iveco, og på den anden side Paris Kommune, Frankrig. Fælles Affaldsindsamling har på intet tidspunkt givet Iveco tilstrækkelig eller passende mulighed for at supplere de indsendte oplysninger, herunder uddybe eller redegøre for koncernforbindelsen og/eller referencekontrakternes relevans for det konkrete tilbud. Den tvivl, der måtte være om referencekontrakterne, kunne let have været afklaret i forbindelse med evalueringen og før tildelingen, hvis Iveco var blevet anmodet om at præcisere eller fuldstændiggøre tilbuddet.

Iveco modtog på baggrund af pointtildelingen i anden udbudsrunde tilkendegivelse om tildeling af kontrakten. Det har derfor formodningen for sig, at virksomheden ville være blevet tildelt kontrakten, hvis den havde haft tilstrækkelig mulighed for at supplere og/eller præcisere oplysningerne om de angiveligt mangelfulde referencekontrakter.

Det er uproportionalt og i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, at Fælles Affaldsindsamling har afvist Ivecos tilbud alene med henvisning til de angivelige mangler, uden at give Iveco tilstrækkelig mulighed for at supplere eller fuldstændiggøre tilbuddet.

Fælles Affaldsindsamling har gjort gældende, at ordregiveren hverken var forpligtet eller berettiget til at tage tilbuddet fra Iveco i betragtning eller til at lade Iveco supplere eller fuldstændiggøre oplysningerne om referencekontrakter i tilbuddet.

Af forarbejderne til udbudslovens § 159, stk. 5, fremgår klart, at muligheden for – under særlige omstændigheder – at indhente supplerende oplysninger med hensyn til et mangelfuldt eller fejlbehæftet tilbud alene er en ret for ordregiver og ikke en pligt. Den praksis, Iveco henviser til, er fra før udbudsloven, og ændrer ikke herved. § 159, stk. 5, implementerer udbudsdirektivets artikel 56, stk. 3, der ligeledes statuerer en ret og ikke pligt til at indhente supplerende oplysninger, jf. formuleringen ”kan de ordregivende myndigheder”. Tilsvarende fremgår det af klagenævnets kendelse af 31. oktober 2014,

Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. mod Vejdirektoratet, at ordregiveren i sagen ikke var forpligtet til at indhente supplerende oplysninger.

Den fejl i Ivecos tilbud, der består i, at Iveco har påberåbt sig en reference, der var afgørende for konditionsmæssigheden, og som ubestridt ikke er udført af Iveco selv, udgør ikke en simpel fejl, der let har kunnet afhjælpes. En afhjælpning ville således nødvendiggøre, at Iveco, der ubestridt ikke havde baseret sig på andre økonomiske aktørers tekniske og faglige formåen i tilbuddet, skulle tillades mulighed for at basere sig på (minimum) én anden økonomisk aktørs tekniske og faglige formåen efter tilbudsfristens udløb.

Det kunne ikke udledes af Ivecos tilbud, at Iveco baserede sig på en anden specifikt identificeret økonomisk aktørs tekniske og faglige formåen. Derimod havde Iveco svaret ”nej” til, at virksomheden baserede sig på andre enheders formåen/kapacitet med henblik på at opfylde udvælgelseskriterierne.

Dertil kommer, at der heller ikke i tilbuddet var fremlagt et ESPD for andre end Iveco selv, hvilket ellers var et ubetinget krav, hvis en tilbudsgiver baserede sig på andre enheders formåen, jf. ESPD-standardskabelonen samt udbudsvilkårenes punkt 1.3 og 4.3.1.

Der er således ikke tale om en åbenlys fejl, hvor det let kunne identificeres, hvad der har været hensigten med Ivecos tilbud. Det ses ingen steder i Ivecos tilbud, hvilken konkret virksomhed Iveco reelt har baseret sig på. Det er ikke oplyst, hvilket konkret selskab der har udført referencekontrakten med Paris. Det fremstår derfor fortsat uvist, hvilken virksomhed Iveco reelt har ønsket at basere sig på med henblik på at opfylde mindstekravet om referencer.

Det er en grundlæggende misforståelse af udbudslovens regulering af støttende enheder, når Iveco mener, at afhjælpning af fejlen i Ivecos tilbud alene ville være en skrivebordsekspedition bestående i, at der i Ivecos ESPD blev svaret ”ja” i stedet for ”nej” til, at Iveco baserede sig på andre økonomiske aktørers tekniske og faglige formåen.

Konsekvensen af, at en tilbudsgiver baserer sig på en anden økonomisk aktørs tekniske og faglige formåen, er dels, at den konkrete aktør skal identificeres i tilbudsgiverens eget ESPD, dels at der skal udarbejdes og som led i tilbudsafgivningen fremlægges ESPD fra den støttende enhed, der ikke må

være omfattet af de relevante udelukkelsesgrunde. Dette skal verificeres i form af fremlæggelse af reel dokumentation, hvis den tilbudsgiver, som har støttet sig på aktøren, senere står til at få tildelt den udbudte kontrakt, jf. udbudslovens § 144, stk. 4.

Efter lovens § 144, stk. 2, er det også en forudsætning for, at en støttende enheds formåen kan inddrages ved vurderingen af, om en tilbudsgiver opfylder et mindstekrav, at den støttende enhed er juridisk forpligtet over for tilbudsgiveren. Dette skal dokumenteres i løbet af udbudsforretningen i form af en støtteerklæring.

Dertil kommer, at involveringen af en støttende enhed i et tilbud har en række reelle retsvirkninger i forhold til den videre udbudsproces, herunder med hensyn til muligheden for at udskifte den pågældende enhed, jf. udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 1.

Det er derfor afgørende, at der allerede i forbindelse med tilbudsafgivningen er klarhed over, om en tilbudsgiver baserer sig på andre nærmere identificerede aktørers tekniske og faglige formåen. Det følger ikke af lovens § 159, stk. 5, eller af de generelle udbudsretlige principper, jf. udbudslovens § 2, stk. 1, at en ordregiver skulle være forpligtet til at give en tilbudsgiver mulighed for – efter tilbudsfristen – at basere sig på en økonomisk aktør, der ikke er identificeret i det allerede afgivne tilbud.

Ved EU-domstolens dom af 4. maj 2017 i sag C-387/14 (Esaprojekt) er det i øvrigt fastslået, at der er klare begrænsninger med hensyn til at lægge vægt på den tekniske og faglige formåen hos støttende enheder, der først bringes i spil efter tilbudsfristen.

Ad påstand 2

Iveco har gjort gældende, at Fælles Affaldsindsamling har handlet uproportionalt og i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at erklære Ivecos tilbud for ukonditionsmæssigt alene med henvisning til de påståede mangelfulde referencekontrakter uden at give Iveco tilstrækkelig mulighed for at supplere eller fuldstændiggøre oplysningerne, jf. udbudslovens § 159, stk. 5, når Iveco i øvrigt havde det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Fælles Affaldsindsamling har gjort gældende, at det må lægges til grund, at Iveco anerkender, at virksomhedens tilbud ikke var konditionsmæssigt efter sit indhold.

Fælles Affaldsindsamling har nærmere anført, at Iveco i forbindelse med e-mailkorrespondancen med Fælles Affaldsindsamling efter den første tilde-
ling entydigt har bekræftet, at referencen vedrørende Paris ikke er udført af Iveco.

Da referencen ubestridt er afgørende for Ivecos opfyldelse af mindstekravet vedrørende referencer, og da referencen reelt ikke kunne indgå ved vurderingen af Ivecos opfyldelse af mindstekravet, fordi den ikke er udført af Iveco selv, er der (ubestridt) tale om, at Ivecos tilbud efter sit indhold er ukonditionsmæssigt.

Som Fælles Affaldsindsamling forstår den nedlagte påstand 2, er der således ikke tale om, at Iveco bestrider, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Påstanden må derimod forstås således, at Fælles Affaldsindsamling skulle have været forpligtet til at give Iveco mulighed for at supplere eller fuldstændiggøre oplysningerne i tilbuddet for derved at gøre det ukonditionsmæssige tilbud konditionsmæssigt.

Fælles Affaldsindsamling var dog ikke i den konkrete situation forpligtet til at indhente supplerende oplysninger hos Iveco for derved at få rettet op på manglerne i tilbuddet.

Det er også uklart, hvilke supplerende oplysninger Fælles Affaldsindsamling skulle have indhentet hos Iveco. Det er således ikke oplyst, om de supplerende oplysninger skulle bestå af nye referencer fra Ivecos side, eller om Fælles Affaldsindsamling skulle have tilladt det selskab, der reelt har udført kontrakten vedrørende Paris, at indtræde som støttende enhed for Iveco og i den forbindelse have accepteret fremlæggelsen af et ESPD for det relevante selskab. Der er samtidig ikke tvivl om, at referencen vedrørende Paris ikke er udført af Iveco selv.

Bestemmelsen i udbudslovens § 159, stk. 5, giver som nævnt efter ordlyden, forarbejderne og praksis ordregiveren en ret og ikke en pligt til i visse situa-

tioner at indhente supplerende tilbudsoplysninger, jf. eksempelvis klagenævnets kendelse af 7. februar 2017, Tangsø Idrætscenter mod Lemvig Kommune.

Det afgørende er, at referencerne, som var oplyst i tilbuddet, ikke er tilstrækkelige til at opfylde mindstekravet om teknisk og faglig kapacitet for Iveco. Dommen fra Retten i Første Instans, T-195/08, angik korrektion af en simpel regnefejl. Dertil kommer, at ordregivers ”reparationsadgang” nu er entydigt fastlagt i udbudslovens § 159, stk. 5, der implementerer udbudsdirektivets artikel 56, stk. 3. Disse regelsæt er trådt i kraft efter dommen i T-195/08 fra 2009.

Fælles Affaldsindsamling kunne ikke give Iveco mulighed for at fremkomme med supplerende oplysninger i form af helt nye referencer, jf. også klagenævnets kendelse af 29. april 2020, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune.

Det ville have været i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet at tillade Iveco at lade det selskab, som reelt har udført referencen fra Paris, indtræde som støttende enhed efter tilbudsfristen. Dette ville kræve klar hjemmel, og en sådan findes ikke, jf. EU-domstolens dom af 4. maj 2017 i sag C-387/14 (Esaprojekt).

Sammenfattende var Fælles Affaldsindsamling således ikke forpligtet til at lade Iveco fremkomme med supplerende oplysninger efter tilbudsfristen med henblik på at lade Iveco rette op på de utilstrækkelige/mangelfulde referencer. Derimod var Fælles Affaldsindsamling forpligtet til umiddelbart at afvise tilbuddet fra Iveco som følge af de utilstrækkelige/mangelfulde referencer.

Ad påstand 3

Iveco har gjort gældende, at en ordregiver på objektivet grundlag skal tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet det mest fordelagtige tilbud.

Halsnæs Affald A/S tilbagekaldte tilbuddet i første udbudsrunde efter at have modtaget tilbud fra samtlige tilbudsgivere. Herefter genudbød Fælles Affaldsindsamling kontrakten med væsentlige ændringer i tildelingskriterierne og kravsspecifikationen. Vægtningen af Pris blev nedsat fra 100 % til 60 %,

hvortil kom underkriterierne Serviceaftale (20 %) og Funktionsgaranti (20%).

Iveco blev på baggrund af sit tilbud og pointtildelingen tildelt kontrakten, selvom tildelingskriterierne blev ændret. Det må derfor lægges til grund, at Iveco har afgivet det bedste tilbud. Fælles Affaldsindsamling skulle have undladt at afvise Ivecos tilbud som ukonditionsmæssigt og skulle have givet virksomheden mulighed for at supplere eller fuldstændiggøre oplysningerne, hvorefter Iveco skulle have været tildelt kontrakten.

Fælles Affaldsindsamling har henvist til det, der er gjort gældende ad påstand 2. Tilbuddet fra Iveco var ukonditionsmæssigt, da det ikke opfyldte minimumskravet til tilbudsgivernes tekniske og faglige kapacitet, og det kunne derfor ikke indgå i evalueringen. Kontrakten blev tildelt Volvo, der var den af de tre konditionsmæssige tilbudsgivere, der opnåede det højeste pointtal efter de fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” og den fastsatte evalueringsmodel.

Ad påstand 4

Iveco har gjort gældende, at det vil være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, at opretholde Fælles Affaldsindsamlings beslutning af 4. juni 2021 om at erklære Ivecos tilbud for ukonditionsmæssigt. Klagenævnet skal derfor annullere beslutningen.

Fælles Affaldsindsamling har henvist til de anbringender, som er anført ovenfor i relation til påstand 2, og har anført, at der ikke er grundlag for at annullere afvisningen af tilbuddet.

Ad påstand 5

Iveco har gjort gældende, at tildelingsbeslutningen 8. juni 2021 til fordel for Volvo skal annulleres som følge af de begåede overtrædelser med henblik på, at der træffes en ny tildelingsbeslutning, hvor Ivecos tilbud tages i betragtning.

Fælles Affaldsindsamling har gjort gældende, at udbudsreglerne ikke er overtrådt, hvorfor der ikke er grundlag for annulation.

Klagenævnet udtaler:

En klage kan i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, afvises, hvis den er uegnet til at danne grundlag for behandlingen af sagen. Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med lovens § 10, stk. 1, 2. pkt., hvorefter klagenævnet ikke kan tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og ikke kan tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende. Bestemmelsen skal tillige ses i sammenhæng med den vejledningspligt, klagenævnet har i medfør af forvaltningslovens § 7.

Påstand 1 henviser ikke til en bestemmelse eller et udbudsretligt princip, der angiveligt skulle være overtrådt. Når henses til sammenhængen mellem påstand 1 og påstand 2 og de anbringender, der er gjort gældende, finder klagenævnet imidlertid ikke tilstrækkeligt grundlag for at afvise påstand 1.

Klagenævnet har ikke kompetence til at pålægge en ordregiver at tildele en kontrakt. Den del af påstand 5, der angår, at Fælles Affaldsindsamling A/S skal pålægges at træffe en ny tildelingsbeslutning, afvises derfor.

Ad påstand 1-2

Spørgsmålet er i første række, om tilbuddet fra Iveco Danmark A/S er konditionsmæssigt.

Det er i udbudsmaterialet fastsat som et mindstekrav, at tilbudsgiveren inden for de sidste 3 år skal have leveret mindst 10 indsamlingskøretøjer pr. år af tilsvarende karakter, dvs. indsamlingskøretøjer med udstyr som efterspurgt i udbuddet eller tilsvarende.

ESPD'et i tilbuddet fra Iveco Danmark A/S indeholdt i del IV C om udvælgelseskriterierne bl.a. referencen "Municipality of Paris (Paris kommune, Frankrig)" angående levering af 30 indsamlingskøretøjer. Efter indholdet af e-mailen af 3. juni 2021 fra Iveco North Europe & Baltics A/S til Halsnæs Forsyning A/S lægges det til grund, at referencen ikke er udført af Iveco Danmark A/S. I ESPD'et, der var vedlagt Iveco Danmark A/S' tilbud, er der endvidere svaret "nej" til spørgsmålet, om virksomheden baserer sig på andre enheders kapacitet for at opfylde udvælgelseskriterierne.

Idet Iveco Danmark A/S' øvrige referencer ikke var tilstrækkelige, opfyldte virksomhedens tilbud ikke mindstekravet om levering af mindst 10 indsamlingskøretøjer pr. år inden for de sidste 3 år. Tilbuddet var derfor ukonditionsmæssigt.

Spørgsmålet er dernæst, om Fælles Affaldsindsamling A/S var forpligtet til at give Iveco Danmark A/S mulighed for at korrigere tilbuddet, således at dette herefter kunne tages i betragtning.

Det er i udbudsvilkårenes pkt. 4.3.1 fastsat, at en tilbudsgiver, der henviser til andre enheders formåen med henblik på at kunne opfylde mindstekrav om teknisk eller økonomisk kapacitet, skal angive dette i ESPD'et. Efter pkt. 4.3.1 skal der som en del af tilbuddet fremlægges et særskilt ESPD for den virksomhed, hvis kapacitet tilbudsgiveren baserer sig på.

I udbudsvilkårene pkt. 4.3 er endvidere fastsat, at et tilbud for at være konditionsmæssigt skal indeholde et korrekt udfyldt ESPD for alle medlemmer af et konsortium og støttende underleverandører samt en eventuel støtte- og/eller konsortium erklæring.

Iveco Danmark A/S har anført, at det beror på en forglemmelse og en åbenbar fejl, at tilbuddet ikke indeholdt oplysninger om, at opgaven for Paris Kommune var udført af et andet selskab i den koncern, som Iveco Danmark A/S indgår i, ligesom det var en åbenbar fejl, at det andet selskab ikke var blevet anført som støttende enhed.

Det er i udbudslovens § 159, stk. 5, fastsat, at ordregiveren under overholdelse af principperne i § 2 kan anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, som ansøgere eller tilbudsgivere har indsendt i forbindelse med en ansøgning eller tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter. Anmodningen må ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud.

Det følger således af § 159, stk. 5, 1. pkt., at ordregiveren har ret – men ikke pligt – til at indhente supplerende oplysninger, hvis der er indgivet et mangelfuldt eller fejlbehæftet tilbud, medmindre der er tale om åbenlyse fejl, der

er nemme at berigtige, jf. Rettens dom af 10. december 2009 i sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen.

Som nævnt oplyste Iveco Danmark A/S udtrykkeligt i tilbuddet, at virksomheden ikke baserede sig på andre enheders kapacitet for at opfylde udvælgelseskriterierne. Tilbuddet var heller ikke ledsaget af et ESPD fra en støttende enhed.

Klagenævnet finder, at tilbuddet fra Iveco Danmark A/S ikke for Fælles Affaldsindsamling A/S fremstod som indeholdende en åbenlys fejl, der nemt kunne berigtiges, med hensyn til spørgsmålet om støtte på en anden enheds kapacitet.

Fælles Affaldsindsamling A/S har på denne baggrund ikke overtrådt udbudsreglerne ved ikke at give Iveco Danmark A/S mulighed for at fremkomme med yderligere oplysninger om den anførte reference og om en støttende enhed.

Det tilføjes, at der ved indlevering af sådanne supplerende oplysninger til tilbuddet i den foreliggende situation ville være tale om afgivelse af et nyt tilbud fra Iveco Danmarks A/S' side. Det ville være i strid med udbudslovens § 159, stk. 5 og 6, at tage et sådant nyt tilbud i betragtning, jf. også Domstolens dom af 4. maj 2017 i sag C-387/14, Esaprojekt, navnlig præmis 41-42, og klagenævnets kendelse af 29. april 2020, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune.

Påstand 1-2 tages ikke til følge.

Ad påstand 3-5

På den anførte baggrund tages den øvrige del af klagen heller ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Den del af påstand 5, der angår, at Fælles Affaldsindsamling A/S skal pålægges at træffe fornyet tildelingsbeslutning, afvises.

Den øvrige del af klagen tages ikke til følge.

Iveco Danmark A/S skal i sagsomkostninger til Fælles Affaldsindsamling A/S betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Mona Rosenlund
specialkonsulent