

K E N D E L S E

Grusterminalen.DK ApS
(advokat Niels Tiedemann, København)

mod

Fredericia Kommune
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 127-194511 af 1. juli 2010 udbød indklagede, Fredericia Kommune, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) glatførebekæmpelse og snerydning på en del af Fredericia Kommunes veje, stier og grundejerforpligtelser i 2010-2014.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 23. august 2010 havde 2 virksomheder, herunder klageren, Grusterminalen.DK ApS, afgivet tilbud på entreprise 14. Tilbuddet fra den anden tilbudsgiver anså indklagede for ukonditionsmæssigt, og indklagede meddelte derfor ved skrivelse af 31. august 2010, at man agtede at tildele entreprisen til klageren.

I den efterfølgende stand still-periode blev indklagede gjort opmærksom på, at klagerens traktor formentlig var en »gummiged«. Indklagede anmodede derpå den 3. september 2010 klageren om yderligere oplysninger. Anmodningen blev besvaret den 7. september 2010.

Indklagede meddelte derpå den 5. oktober 2010 klageren, at de yderligere oplysninger havde bekræftet, at klageren ville forestå snerydning ved hjælp

af en gummiged, at tilbuddet var afgivet med fejlagtige oplysninger, og at der ikke kunne indgås kontrakt på grundlag af tilbuddet.

Den 8. december 2010 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på et møde den 21. juni 2011.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigthedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og 44, stk. 1 og 2, ved at have anført uoverensstemmende angivelser i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne med hensyn betingelserne for deltagelse i udbuddet.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved med urette at afvise klagerens tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, ved at meddele sin beslutning om afvisning af klagerens tilbud den 5. oktober 2010 uanset, at indklagede allerede den 7. september 2010 modtog den supplerende dokumentation, som udgjorde det fulde faktuelle grundlag for beslutningen.

Påstand 4

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 512.420 kr., subsidiært et mindre beløb, med tillæg af procesrente for tiden fra den 3. december 2010, og indtil betaling sker.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 4 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 4, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 3.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen er bl.a. anført følgende:

»II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

...

Arbejdet udføres med lastbil og traktorer.

...

III.2) Betingelser for deltagelse

...

III.2.3) Teknisk kapacitet

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:

Oplysning om EURO motor norm.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves Min. EURO III motor norm.

....«

I udbudsbrevet af juli 2010 er bl.a. anført følgende:

»...

2 Bestemmelser om udbud og tilbud

Arbejdet er udbudt i offentligt udbud ved bekendtgørelse fremsendt til Kontoret for Den Europæiske Unions Officielle Publikationer den 1. juli 2010.

Arbejdet udbydes i følgende entrepriser:

...

Kørebaner - Snerydning med traktorer på timebasis

6 entrepriser til snerydning på kørebaner

Tilbudslisterne T1, T2, T3, T4, T5 og T6)

Stilleplads: Materialegården

Hver entreprise omfatter:

1 traktor med sneplov

Entreprise 9, 10, 11, 12, 13 og 14

Alle veje: hver rute: 1 stk. rute med 1 traktor til snerydning med sneplov på kørebaner m.v.

...

2.1. Udvælgelse

...

For at kunne få overdraget en entreprise skal entreprenøren i forbindelse med tilbudsafgivelsen dokumentere sin ret til at udføre erhvervet, sin økonomiske og finansielle formåen samt sin tekniske formåen ved:

...

(Teknisk og/eller faglig formåen)

- Dokumentation for materiellets egnethed til den tilbudte opgave (ved udfyldt oplysningsbilag (Bilag 2_Lastbil og bilag 3_Traktor til tilbudslisten for hvert materiel)

...

TRAKTORER til snerydning på kørebaner på timebasis (Bilag 3_Traktor)

- Dokumentation for personalets uddannelse og erfaring
- 2 chauffører skal oplyses til hver lastbil

...

Generelle krav til materiel, udkaldstid og uddannelse er anført i "Vilkår". specielle kraver anført i TBL.

...«

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Det i udbudsbrevet omtalte Bilag_3 Traktor var i klagerens tilbud udfyldt med navnet på 2 traktorførere og vedlagt en fakturakopi for snerydning i januar 2010 til dokumentation for hidtil udført vintertjeneste for indklagede.

Daglig leder hos klageren, Jens Eriksen, og ingeniør hos COWI A/S, Josef Josefsen, der har bistået indklagede med udbuddet, har afgivet skriftlige erklæringer til brug for klagenævnets behandling af klagen.

Der er mellem parterne enighed om, at den af klageren tilbudte gummiged ikke kan anses for en traktor.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede i udbudsmaterialet fastsatte andre kriterier for udvælgelse end angivet udbudsbekendtgørelsen. Dette ses ved en sammenholden af udbudsbekendtgørelse med udbudsbrevet. Indklagede afviste klagerens tilbud ved anvendelse af kriterier for udvælgelse, som ikke var angivet i udbudsbekendtgørelsen, hvilket er godtgjort indklagedes skrivelse til klageren og erkendt af indklagede. Indklagede har derved handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og 44, stk. 1 og 2.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er uoverensstemmelse mellem udvælgelseskravene anført i udbudsbekendtgørelsen og udvælgelseskrav anført i det resterende udbudsmateriale. Der er således forskel på minimumskrav til tilbudsgiveres tekniske kapacitet (udvælgelseskrav) og minimumskrav til den ydelse, der rent faktisk skal leveres, ligesom alle krav til den ydelse, der skal leveres, naturligvis ikke skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen, der kun skal angive de overordnede betingelser for udbudsforretningen. Det fremgår således også af punkt III.1.4 i udbudsbekendtgørelsen, at der i udbudsmaterialet er andre særlige vilkår, som gælder for opfyldelsen af kontrakten. At klagerens tilbud i den sidste ende ikke er taget i betragtning, skyldes manglende overholdelse af kravene til den ydelse, der skal leveres, og ikke manglende overholdelse af udvælgelseskrav.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede afviste klagerens tilbud på grundlag af kriterier for udvælgelse, som ikke er angivet i udbudsbekendtgørelsen. På baggrund af oplysninger fra indklagede kan det lægges til grund, at udbudsmaterialet alene angav kontraktkrav til udførelse af den udbudte vintertjeneste, og at indklagede ikke fastsatte udvælgelseskriterier, herunder vedrørende egnetheden og kvaliteten af tilbudsgivernes materiel. Indklagede var på grund af sin undladelse af at fastsætte udvælgelseskriterier vedrørende tilbudsgivernes tekniske formåen henvist til at påtale mangler ved klagerens ydelse, og indklagede var uberettiget til at afvise klagerens tilbud som følge af en påstået manglende opfyldelse af kontraktkrav.

Det er ukorrekt, at klageren i sit tilbud skulle have angivet »fejlagtige oplysninger«, idet klageren klar og tydeligt har oplyst om fabrikat og model for det tilbudte materiel. Indklagede er videre afskåret fra at afvise klagerens tilbud på grund af manglende konditionsmæssighed vedrørende oplysninger om uddannelse og erfaring, fordi klageren havde udfyldt punktet »Oplysning om førerne« i udbuddets bilag 3 i overensstemmelse med bilagets angivelser, og fordi udbudsmaterialet var uigennemsigtigt på grund af uoverensstemmelse mellem udbudsbrevets pkt. 2.1 og udbuddets bilag 3 med hensyn til oplysning om personalet.

Det kan ikke bebrejdes klageren, at et krav i udbuddets pkt. 1.2 ikke blev opfyldt ved en i øvrigt fyldestgørende udfyldelse af bilag 3 i overensstemmelse med bilagets angivelser, hvortil kommer, at et krav om dokumentation for uddannelse ikke gav mening, da kravet om uddannelse kunne opfyldes efterfølgende.

Indklagede kan have været berettiget til, men ikke forpligtet til, at afvise klagerens tilbud som følger af manglende oplysning om erfaring for chauffører, men indklagede afskar sig ved meddelelsen om den påtænkte tildeling af kontrakt til klageren fra efterfølgende at påberåbe sig en eventuel diskretionær ret til at afvise klagerens tilbud som følge af manglende oplysning om erfaring for chauffører.

Klageren har for det tilfælde, indklagede var berettiget til afvise klagerens tilbud på grundlag af kontraktkravet i udbudsbrevets pkt. 1. 2 og det øvrige udbudsmateriale, subsidiært gjort gældende, at indklagede i forbindelse med udbuddet undlod at fastsætte udvælgelseskriterier, som kunne begrunde fravalg af tilbudsgivere, som tilbød andet materiel end en traktor i snæver, teknisk forstand, og at det i betragtning af de meget omfattende synspunkter om traktor kontra gummihjulslæsser, som Josef Josefsen på baggrund af sin »særlige erfaring inden for udbud af vintertjeneste« har fremført i sin erklæring, må forekomme overvejende usandsynligt, at Josef Josefsen i forbindelse med evalueringen af klagerens tilbud kan have overset eller ikke forstået, at klageren klart og tydeligt havde angivet en gummihjulslæsser som materiel.

Indklagede fandt efter en evaluering med inddragelse af »særlig erfaring med udbud af vintertjeneste« ikke anledning til at afvise klagerens tilbud uanset klagerens klare og tydelige angivelse af en gummihjulslæsser som

materiel, hvilket entydigt peger på, at indklagede ikke tillagde forholdet betydning, og underbygger det synspunkt, at indklagede slet ikke specifikt efterspurgte traktorer i snæver, teknisk forstand,

Indklagede har ikke sandsynliggjort, at indklagede havde til hensigt, at opgaverne skulle løses med andet egnet materiel end det, som tidligere blev anvendt, og som i øvrigt almindeligvis anvendes til snerydning, herunder en gummi hjulslæsser, at indklagede anvendte betegnelsen »traktor« til andet end en sontring mellem de forskellige snerydningsopgaver for henholdsvis lastbil og traktor, og at indklagede specifikt efterspurgte traktorer i snæver, teknisk forstand.

Forløbet sandsynliggør en væsentlig risiko for, at uvedkommende hensyn indgik i grundlaget for indklagedes beslutning om at afvise klagerens tilbud, og at den angivne begrundelse for afvisningen af klagerens tilbud ikke var den korrekte begrundelse. Indklagede har derved handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2.

Indklagede har principalt gjort gældende, at klagerens tilbud var ukonditionsmæssigt og derfor med rette er blevet afvist. Klagerens tilbud indeholdt ikke den krævede dokumentation for opfyldelsen af indklagedes krav til chaufførernes uddannelse og erfaring, idet det af udbudsmaterialet fremgår, at tilbuddet skulle indeholde dokumentation for de tilbudte chaufførers uddannelse og erfaring, samt at de tilbudte chauffører skulle have gennemført AMU-kurset »Snerydning med traktor med kost/plov«, eller som minimum være tilmeldt kurset, inden beredskabsperiodens start, eller have erfaring som faste chauffører på en snerydningsrute eller glatførebekæmpelsesrute inden for de seneste tre år, og idet klageren som dokumentation for chaufførernes uddannelse og erfaring kun havde fremsendt en kopi af en faktura for udførelse af snerydning i begrænset omfang, som tilmed ikke angav navnene på de anvendte chauffører.

Klagerens tilbud opfyldte endvidere ikke udbudsmaterialets krav om anvendelse af traktor, idet klageren tilbød snerydning ved anvendelse af en gummi hjulslæsser i stedet for en traktor.

Indklagede har subsidiært gjort gældende, at såfremt klagerens tilbud skulle betragtes som konditionsmæssigt, var indklagede alligevel berettiget til at

afvise klagerens tilbud, fordi der i givet fald kun var afgivet et konditions-mæssigt tilbud, og indklagede var berettiget til at annullere udbuddet og dermed afvise tilbuddet fra klageren.

Indklagede var i øvrigt var berettiget til at annullere udbuddet og dermed afvise tilbuddet fra klageren, uanset at klageren i givet fald opfyldte de af indklagede stillede krav, idet indklagede ønskede en sikker og effektiv udførelse af snerydningen, hvilket efter erklæringen udarbejdet af COWI ved Josef Josefsen forudsætter, at opgaven udføres med en traktor og ikke en gummi-hjulslæsser, og da indklagede i modsat fald kunne komme til at stå i en situation, hvor indklagede ville være tvunget til at indgå kontrakt med klageren og dermed acceptere en ydelse, der ikke kunne imødekomme indklagedes reelle behov.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede anvendte oplysningerne i det supplerende materiale som grundlag for beslutningen om afvisning af klagerens tilbud. Først den 5. oktober 2010 meddelte klageren sin beslutning af afvisning af dennes tilbud, uanset at indklagede allerede den 7. september 2010 var bragt i besiddelse af de oplysninger, som angiveligt udgjorde det fulde faktuelle grundlag for beslutningen.

Indklagede handlede derved i strid med udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er sket en overtrædelse af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 1, da indklagede har overholdt de regler, der angiver, hvorledes der kan kommunikeres ved et EU-udbud.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Angivelsen i udbudsbrevets punkt 2.1 om krav til teknisk formåen er ikke omfattet af beskrivelsen i udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3 om krav til teknisk kapacitet for at deltage i udbuddet.

Klagen tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Det fremgår af udbudsmaterialet, herunder udbudsbekendtgørelsen, at den udbudte opgave skulle udføres med lastbil eller traktor. Klageren har tilbudt opgaven udført med et andet produkt end krævet, og indklagede har derfor været berettiget og forpligtet til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning.

Klagen tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Der er ikke efter sagens karakter grundlag for at antage, at indklagede har været for længe om at meddele sin beslutning om ikke at tage klagerens tilbud i betragtning.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og 44, stk. 1 og 2, ved at have anført uoverensstemmende angivelser i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne med hensyn til betingelserne for deltagelse i udbuddet.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 2 og 3.

Klagegebyret tilbagebetales.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig