

K E N D E L S E

Lely Turfcare DK A/S  
(advokat Jens Peter Henriksen, Odense)

mod

Københavns Kommune  
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 206-364440 af 22. oktober 2014 udbød Københavns Kommune som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en 2-årig rammeaftale med mulighed for forlængelse i 2x1 år opdelt i 10 delaftaler om levering af græsklippere, herunder delaftale 5 ”Græsklipper Stor” og delaftale 6 ”Græsklipper Maxi”. Tildelingskriteriet var ”laveste pris”.

Ved tilbudsfristens udløb den 2. december 2014 havde 3 virksomheder, herunder Lely Turfcare DK A/S, afgivet tilbud.

Den 5. december 2014 meddelte Københavns Kommune de virksomheder, der havde afgivet tilbud, at kommunen havde besluttet at tildele delaftale 5 og 6 til Svenningsens Maskinforretning A/S.

Den 9. marts 2015 indgav Lely Turfcare DK A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Københavns Kommune. Klagen angår delaftale 5 og 6.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Lely Turfcare DK A/S har, ud over en påstand om erstatning, som foreløbig er udskilt, nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Københavns Kommune handlede i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise det vindende tilbud fra Svenningsens Maskinforretning A/S som ikke konditionsmæssigt, uagtet at dette tilbud vedrørende delaftale 5 og 6 ikke opfyldte punkt 14.11 og punkt 15.11 i kravspecifikation om, at ”maskinen skal have et selvrensende kølesystem som hindrer at urenheder sætter sig i køleren”.

#### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Københavns Kommunens beslutning af 5. december 2014 om at tildele delaftale 5 og 6 til Svenningsens Maskinforretning A/S.

Københavns Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

#### Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelserne af 22. oktober 2014 er bl.a. anført:

##### ”7. Forbehold

Enhver tilsigtet eller utilsigtet uoverensstemmelse mellem udbudsmaterialet og et tilbud har karakter af forbehold, herunder uoverensstemmelser i form af manglende opfyldelse eller besvarelse af krav ifølge kravspecifikationen eller aftaleudkastet samt tilbudsgivers eventuelle øvrige kontraktbestemmelser.

Ordregiver er berettiget til at afvise ethvert tilbud med forbehold til udbudsmaterialet, medmindre der er tale om et åbenbart bagatelagtigt forbehold.

Ordregiver er forpligtet til at afvise tilbud med forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet eller andre forbehold, der ikke af Ordregiver kan prisfastsættes med den fornødne sikkerhed eller er bagatelagtigt. Mindstekrav anses altid for grundlæggende elementer, hvorfor tilbud med forbehold overfor mindstekrav afvises som ukonditionsmæssigt.

...

...

22. Ydelsens egnethed

- 22.1. For at et tilbud kan accepteres skal tilbudsgiver vedlægge data, fotos eller beskrivelser der angiver det produkt de tilbyder.”

Af kravspecifikationen af 22. oktober 2014 fremgår bl.a.:

”1. Indledning

- 1.1. Nærværende bilag beskriver de tekniske specifikationer for Københavns Kommune, Teknik- og Miljøforvaltningens udbud af Græsklippere (herefter ”Køretøjet”).
- 1.2. Alle mindstekrav i kravspecifikation og optioner på tilbudslisten skal kunne opfyldes, for at deltage i budrunden. Det er tilladt kun at byde ind på nogle delaftaler.
- 1.3. For at tilbud kan accepteres skal tilbudsgiver vedlægge data, fotos eller beskrivelser der angiver det produkt de tilbyder.

2. Levering

- 2.1. Græsklipper skal leveres fabriksny.

...

14. Delaftale 5 Diesel Græsklipper stor

- ...
- 14.11. Maskine skal have et selvrensende kølesystem, som hindrer at urenheder sætter sig i køleren

...

15. Delaftale 6 Diesel Græsklipper maxi

- ...
- 15.11 Maskine skal have et selvrensende kølesystem, som hindrer at urenheder sætter sig i køleren”

Af tilbuddet fra Svenningsens Maskinforretning A/S på delaftale 5 fremgår, at virksomheden har tilbudt en græsklipper af mærket Kubota 3890. Af virksomhedens tilbud på delaftale 6 fremgår, at virksomheden har tilbudt en græsklipper af mærket Ransomes MP493D. Det fremgår herudover af begge tilbud bl.a.:

”Svenningsens Maskinforretning opfylder alle kravspecifikationer stillet af Københavns Kommune og har ingen forbehold.

...

- Svenningsens opfylder alle beskrevne minimums/generelle/individuelle krav i indeværende udbud. Svenningsens har ingen forbehold ihh. til udbudsmaterialet og har læst alle ”spørgsmål-svar” publiceret på KK’s hjemmeside.  
Alle ”Græsklippere” opfylder mindste krav stillet af Københavns Kommune. (Brochure materiale er vejledende på standard maskinen. Eventuelle afvigelser på brochure materiale, vil være rettet til på maskinen ved levering for at opfylde alle KK’s mindste krav).”

Af tilbuddenes oversigter over kravspecifikationens krav, fremgik desuden:

”

|                                                                                             |         |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| Maskine skal have et selvrensende kølesystem, som hindrer at urenheder sætter sig i køleren | Opfyldt |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|---------|

”

Det fremgår ikke specifikt af det medsendte brochuremateriale, om de tilbudte græsklippere har et selvrensende kølesystem, som hindrer at urenheder sætter sig i køleren.

Af tilbuddet fra Lely Turfcare DK A/S på delaftale 5 fremgår, at virksomheden har tilbudt en græsklipper af mærket TORO Groundsmaster 4500-D 4WD 30873. Af virksomhedens tilbud på delaftale 6 fremgår, at virksomheden har tilbudt en græsklipper af mærket TORO Groundsmaster 4000-D 4WD. Det fremgår herudover af begge tilbud bl.a.:

”SMART FAN COOLING SYSTEM som automatisk vender retning på blæsevinge for at holde køleren ren og eliminere overophedning.”

Af det medsendte brochuremateriale benævnt ”Groundsmaster 4000-D /4100-D” fremgår bl.a.:

”Forbliver altid kølig.

Her er det seneste fremskridt i vores utrættelige bestræbelser på at stoppe down time. Groundsmaster 4000-D og 4100-D er konstrueret med vores eksklusive SmartCool-teknologi, så systemet kortvarigt vender kølevingen og blæser græs og andet snavs fra luftindtagsskærmene væk,

når tingene begynder at blive overophedet under hjelmen. Resultatet er vedvarende produktivitet.”

Af det medsendte brochuremateriale benævnt ”Groundsmaster 4500-D /4700-D” fremgår bl.a.:

”FEATURES

- ...
- SmartCool system with autoreversing cooling fan”

Af Københavns Kommunes evalueringsrapporter for delaftale 5 og 6 fremgår, at alle tilbud indeholdt de dokumenter, som var krævet i udbudsbetingelserne, og at ingen af tilbuddene indeholdt forbehold.

Af et produktspecifikationsblad vedrørende TORO maskinerne i serien Groundmaster 4000, som Lely Turfcare DK A/S har fremlagt under sagen, fremgår bl.a.:

|                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|-------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>”<u>Power Shedding</u></p> | <p><u>New Feature – Smart Power Fan (available at a later date)</u></p> <p>Before slowing down the ground speed, the fan cuts out to give the engine more power as long as the coolant and hydraulic temperature are low enough. This gives the operator some temporary power to get through a tough situation at full speed.”</p> |
|-------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Lely Turfcare DK A/S har gjort gældende, at tilbuddene afgivet af Svenningsens Maskinfabrik A/S vedrørende delaftale 5 og 6 ikke er konditionsmæssige, idet den tilbudte maskine på de pågældende delaftaler ikke er forsynet med et selvrensende kølesystem, som hindrer, at urenheder sætter sig i køleren. Det er i punkt 7 i udbudsbetingelserne præcist angivet, hvorledes ordregiver skal forholde sig, når der foreligger uoverensstemmelse mellem udbudsmaterialet og det tilbud, der er indkommet fra Svenningsens Maskinforretning A/S. De maskiner, som Svenningsens Maskinforretning A/S har tilbudt, mangler et grundlæggende element, nemlig at maskinen skal have et selvrensende kølesystem, som hindrer, at urenheder sætter sig i køleren. Der

er ikke tale om et åbenbart bagatelagtigt forhold, men derimod et mindstekrav. Københavns Kommune har som følge heraf været forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt. At maskinerne tilbudt af Svenningsens Maskinforretning A/S er ukonditionsmæssigt fremgår klart af de tekniske specifikationer, der var vedlagt tilbuddet.

Det må på grundlag af udbudsbetingelserne lægges til grund, at de tilbudte maskiner skulle opfylde kravspecifikationerne og udbudsbetingelserne på tidspunktet for tilbudsafgivelsen for at være konditionsmæssige. Hvis det ikke var nødvendigt for tilbudsgiverne, at de tilbudte maskiner overholdt kravspecifikationerne og udbudsmaterialet på tidspunktet for tilbuddets afgivelse, er dette et så usædvanligt vilkår, at det skulle være fremgået klart og præcist af udbudsbetingelserne, således at der var lige vilkår for alle tilbudsgivere. En naturlig sproglig forståelse af udbudsbetingelserne og kravspecifikationen fører ikke til en sådan forståelse, og Københavns Kommune har ikke været berettiget til at indfortolke, at afgivne tilbud er konditionsmæssige, selvom de tilbudte maskiner ikke opfylder kravene i kravspecifikationen på tidspunktet for tilbudsfristens udløb.

Københavns Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tildele delaftale 5 og 6 til Svenningsens Maskinforretning A/S. Tilbuddene fra Svenningsens Maskinforretning A/S indeholdt ikke nogen udtrykkelige forbehold eller afvigelser fra udbudsmaterialet. Der var ikke i kravspecifikationen stillet krav om, at tilbudsgiverne på tidspunktet for udløb af tilbudsfristen skulle have produkter, der opfyldte alle de opstillede krav i deres sortiment. Det var udtrykkeligt i tilbuddene fra Svenningsens Maskinforretning A/S angivet, at kravspecifikationens krav om et selvrensende kølesystem var eller i hvert fald ville blive opfyldt, og at de standardmodeller, der fremgik af brochurematerialet, ville blive tilpasset inden levering. Tilbuddene fra Svenningsens opfyldte derfor alle de i forbindelse med udbuddet stillede krav, og tilbuddene var dermed konditionsmæssige.

Selv hvis tilbuddene fra Svenningsens Maskinforretning A/S skulle have været betragtet som ukonditionsmæssige, kunne en sådan ukonditionsmæssighed, dvs. afvigelse mellem kravspecifikationen og brochure på standardmaskinerne, ikke udledes af tilbuddene. En ordregivende myndighed har som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af en tilbudsgivers oplysninger, medmindre det er åbenbart, at oplysningerne er forkerte.

Det var på baggrund af tilbudsmaterialet ikke åbenbart, hvis de tilbudte klippemaskiner ikke – som det ellers er angivet i tilbudslisterne – er i overensstemmelse med udbudsmaterialet, og der var ikke omstændigheder, der gav eller burde have givet anledning til, at kommunen af egen drift iværksatte undersøgelser af, om alle krav nu også kunne efterleves.

Tilbudsgiverne har ikke været forpligtet til sammen med tilbuddet at fremsende dokumentation for, at de tilbudte maskiner opfyldte kravene i udbudsmaterialet. Et sådant krav kan ikke udledes af udbudsmaterialet, og følger ikke af udbudsretlige regler eller praksis.

Der er ikke i sagen forhold, der understøtter, at kommunen i relation til kravet om et selvrensende kølesystem har fejlfortolket tilbuddet fra Svennings Maskinforretning A/S, eller at Svennings Maskinforretning A/S i forbindelse med tilbudsafgivelsen har afgivet ukorrekte oplysninger, idet Svennings Maskinforretning A/S i tilbuddet udtrykkeligt om netop kravet om et selvrensende kølesystem havde anført, at kravet var ”opfyldt” ligesom Svennings Maskinforretning A/S i tilbuddet herudover anførte, dels at ”[a]lle ”Græsklippere” opfylder mindste krav stillet af Københavns Kommune”, dels at ”[b]rochure materiale er vejledende på standard maskinen. Eventuelle afvigelser på brochure materiale, vil være rettet til på maskinen ved levering for at opfylde alle KK’s mindste krav”.

#### Ad påstand 2

Lely Turfcare DK A/S har gjort gældende, at annulation af tildelingen er en naturlig konsekvens, såfremt klagenævnet tager påstand 1 til følge.

Københavns Kommune har gjort gældende, at kommunens gennemførelse af udbudsforretningen i det hele er sket i overensstemmelse med reglerne i udbudsdirektivet. Der er derfor ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningerne vedrørende delaftale 5 og 6.

#### Klagenævnet udtaler:

##### Ad påstand 1

En ordregiver har som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af de oplysninger, som fremgår af et tilbud, jf. bl.a. klagenævnets kendelse

af 30. september 2014, Hass & Berg A/S mod Erhvervsakademi Aarhus, ad påstand 2. Dette gælder også en tilbudsgivers bekræftelse af, at et mindstekrav er overholdt. Hvis det er åbenbart, at oplysninger fra en tilbudsgiver herom er forkerte, kan det imidlertid være i strid med princippet om ligebehandling, hvis ordregiveren lægger de pågældende oplysninger til grund ved sin vurdering af tilbuddet.

Københavns Kommune har i udbudsbetingelserne som mindstekrav fastsat, at den tilbudte maskine på delaftale 5 og 6 skal have ”et selvrensende kølesystem, som hindrer at urenheder sætter sig i køleren”. Der var ligeledes stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle vedlægge deres tilbud ”data, fotos eller beskrivelser der angiver det produkt de tilbyder”.

Det er ubestridt, at tilbuddene fra Svenningsens Maskinforretning A/S opfyldte kravet om, at tilbuddene skulle vedlægges ”data, fotos eller beskrivelser der angiver det produkt de tilbyder” i form af brochuremateriale. Materialet indeholder ikke oplysning om, at de tilbudte maskiner har ”et selvrensende kølesystem, som hindrer at urenheder sætter sig i køleren”.

I tilbuddene fra Svenningsens Maskinforretning A/S er det imidlertid udtrykkeligt anført, at virksomheden ”opfylder alle kravspecifikationer stillet af Københavns Kommune og har ingen forbehold”. Det er yderligere anført, at ”Svenningsens opfylder alle beskrevne minimums/generelle/individuelle krav i indeværende udbud. Svenningsens har ingen forbehold ihh. til udbudsmaterialet og har læst alle ”spørgsmål-svar” publiceret på KK’s hjemmeside. Alle ”Græsklippere” opfylder mindste krav stillet af Københavns Kommune.” Endelig er det i tilbuddenes oversigter over kravspecifikationens krav ud for kravet om et selvrensende kølesystem anført, at dette krav er ”opfyldt”.

På den baggrund kan det ikke anses for åbenbart, at de maskiner, Svenningsens Maskinforretning A/S havde tilbudt, ikke opfylder kravet om at have et selvrensende kølesystem. Det forhold, at Svenningsens Maskinforretning A/S i sine tilbud anførte, at ”[b]rochure materiale er vejledende på standard maskinen. Eventuelle afvigelser på brochure materiale, vil være rettet til på maskinen ved levering for at opfylde alle KK’s mindste krav” ændrer ikke herved.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.



Ad påstand 2

Efter udfaldet af klagenævnets afgørelse vedrørende påstand 1 er der ikke grundlag for at tage påstand 2 til følge.

Påstand 2 tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Lely Turfcare DK A/S skal i sagsomkostninger til Københavns Kommune betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard  
fuldmægtig