

K E N D E L S E

Merrild Coffee Systems A/S
(advokat Steen Hellmann, København)

mod

Forsvarets Bygnings- og Etablissementstjeneste
(Kammeradvokaten ved advokat Laila Barslund Pedersen)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 51-083517 af 10. marts 2011 udbød indklagede, Forsvarets Bygnings- og Etablissementstjeneste, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale om indkøb af varme drikkevarer til Forsvarsministeriet med underliggende myndigheder.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 20. april 2011 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

- Klageren, Merrild Coffee Systems A/S
- BKI Foods A/S
- Hørkam Foodservice A/S
- Peter Larsens Kaffe A/S
- Frellsens Kaffe A/S.

Den 29. juni 2011 besluttede indklagede at indgå kontrakt med BKI Foods A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 13. oktober 2011.

Den 26. august 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over

indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 3. oktober 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have taget tilbuddene fra BKI Foods A/S og Peter Larsens Kaffe A/S i betragtning, uanset at disse tilbud ikke overholder de mindstekrav, der er fastsat i udbudsbetingelsernes pkt. 2 om levering af produktdatablade.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have taget BKI Foods A/S' tilbud i betragtning, uanset at tilbuddet indeholdt forbehold for tilbuddets vedståelsesfrist og for prisafgivelsen (referenceprisen) og dermed for grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om ligebehandling i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have taget BKI Foods A/S' tilbud i betragtning, uanset at tilbuddet for så vidt angår løbenumrene 20, 21 og 22 fraveg kravspecifikationens anviste pakningsstørrelse og mængde.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 29. juni 2011 om at indgå kontrakt med BKI Foods A/S.

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

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

Sagens nærmere omstændigheder

Indklagede har to gange tidligere – ved udbud af 2. februar 2010 og 29. oktober 2010 – iværksat udbud af rammeaftale om indkøb af varme drikkevarer til Forsvarsministeriet med underliggende myndigheder. Begge udbud blev annulleret.

Udbudsbekendtgørelsen af 10. marts 2011 indeholder følgende:

»...

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

Ordregiver, Forsvarets Bygnings- og Etablissementstjeneste (FBE), udbyder rammeaftale om indkøb af varme drikkevarer til Forsvarsministeriet med underliggende myndigheder. Indkøbene vil hovedsageligt ske i forbindelse med FBE drift af 38 kantiner, der dagligt servicerer ca. 22000 medarbejdere. Kantinernes størrelser varierer, og der vil typisk ske flere leverancer af varme drikkevarer til større etablissementer og færre til mindre etablissementer. Leveringsfrekvensen afhænger imidlertid af det enkelte etablissemments kapacitet og vareforbrug. Det skal endvidere oplyses, at Forsvaret for øjeblikket tilbyder medarbejderne en kaffe- og teordning, der indebærer, at medarbejderne i dagligdagen har adgang til fri/gratis kaffe og te. Denne ordning er et af de 66 tiltag under »Operation Bedre Hverdag«.

...

II.2.2) Optioner

Ja

... Forlængelse af rammeaftalen med op til 2 gange 1 år.

...

II.3) Kontraktens varighed eller frist for dens opfyldelse

Perioder i måneder: 24 ...

...

IV.2.1) Tildelingskriterier

det økonomisk mest fordelagtige bud ...

...

IV.3.7) Minimumsperiode, i hvilken den bydende er forpligtet af sit bud

Indtil 31.7.2011

...«

I udbudsbetingelserne er fastsat følgende underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«:

- Pris: Vægtes med 70 %
- Kvalitet: Vægtes med 25 %
- Service: Vægtes med 5 %

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a. følgende vedrørende underkriterierne »Pris« og »Kvalitet«:

»5.2.1. Pris

...

5.2.2. Prisregulering

Der henvises til udkast til rammeaftale punkt 10.2. om prisregulering.

5.2.3. Kvalitet

FBE krav til kvalitet er beskrevet i kravspecifikation/løsningsbeskrivelse. Heri er angivet de krav, som FBE stiller til tilbudsgiver indenfor de enkelte produktkategorier. FBE gør opmærksom på, at der findes flere mindstekrav, der skal kunne honoreres. Der vil blive lagt vægt på de løsningsbeskrivelser, som skal udarbejdes ifølge kravspecifikationen. Ikke alle delkriterier vægtes ens. Se nedenfor.

...«

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 8 »Forbehold og alternative tilbud«, at der ikke kan tages forbehold for bestemmelser i udkast til rammeaftale, grundlæggende vilkår eller mindstekrav til tilbuddet. Indklagede betragtede bl.a. kontraktens bestemmelser og mindstekravene som grundlæggende elementer i tilbuddet. Der står endvidere:

»...

Såfremt der tages forbehold, skal tilbudsgiver tilkendegive dette på det følgebrev, som signeres og medsendes tilbuddet. Herudover ses det gerne, at eventuelle forbehold angives ved, at tilbudsgiver anfører afsnit/punktet i udbudsmaterialet og den formulering tilbudsgiver tager forbehold for, samt anfører den ordlyd som tilbudsgiver kan acceptere. Det anbefales tillige, at eventuelle forbehold vedlægges som udbudsbilag nr. 3 i underskrevet stand.

...«

Under udbudsbetingelsernes pkt. 10.3 »Tilbudsliste og produktoplysnings-skema« er bl.a. anført:

»Der gøres opmærksom på, at de af tilbudsgiver anførte priser, i kontraktbilag 2: Tilbudsliste og produktoplysningsskema, skal tage ud-

gangspunkt i gennemsnitlige basispriser for UGE 7-10 2011.«

I kontraktbilag 1 »Kravspecifikation/løsningsbeskrivelse« fremgår under pkt. 2 »Mindstekrav og krav«:

»Udbudsmaterialet anvender følgende omkring mindstekrav og krav:

Krav, som **SKAL** være opfyldt, betegnes som mindstekrav. Såfremt ikke **ALLE** mindstekrav opfyldes for så vidt angår det/de pågældende produkter, der er omfattet af mindstekravet, vil tilbuddet ikke være konditionsmæssigt.

Der kan ikke tages forbehold for mindstekravene eller tilbydes alternative produkter, som ikke lever op til mindstekravene. Leverandøren garanterer ved afgivelsen af sit tilbud og sin underskrift, at samtlige mindstekrav kan opfyldes.

Øvrige krav **SKAL IKKE** nødvendigvis opfyldes for at deltage i konkurrencen. Øvrige krav kan således opfyldes helt, delvist eller slet ikke uden, at tilbuddet bliver ukonditionsmæssigt. Leverandørens redegørelse for graden af opfyldelse og/eller eventuelt måden for opfyldelse af ordregivers krav vil indgå i tilbudsevalueringen.«

Bilaget indeholder herefter et skema med angivelse af de mindstekrav og krav, som indklagede har fastsat. Af skemaets pkt. 3.1 er som mindstekrav fastsat:

»Produktdatablad:

Produktdatablade for samtlige produkter skal forefindes elektronisk på dansk. Ved optagelse/udskiftning af nye varer skal der straks fremsendes nyt produktdatablad.

Der skal fremsendes produktdatablad (produktbeskrivelse og billeder) på automater.«

I udkastet til rammeaftale fremgår af pkt. 10.2 »Prisregulering« bl.a.:

»De i tilbuddet oplyste priser er faste ind til 30. september 2011.

Priserne på kaffe reguleres i overensstemmelse med prisudviklingen på råkaffemarkedet med udgangspunkt i prisudviklingen på New York (NY) Kaffebørs (Arabica) og London Kaffebørs (Robusta).

Leverandørens priser i kontraktbilag 2: Tilbudslister i produktoplysningsskema afspejler den gennemsnitlige pris på New York Kaffebørs (Arabica) og London Kaffebørs (Robusta) for uge 7-10/11. Valutakursen som ligger til grund for prisreguleringen skal være på baggrund af

basiskursen den 8. april 2011.

...

Priserne kan første gang reguleres pr. 1. oktober 2011.«

Det fremgår også af tilbudslisterne, hvilken referenceprisperiode der skulle anvendes ved tilbudsafgivelsen. I indledningen i kontraktbilag 2 »Tilbudsliste og produktoplysningsskema« fremgår det således, at »Alle priser skal være eksklusive moms og tage udgangspunkt i basispriser for UGE 7-10 2011, som beskrevet i rammeaftale pkt. 10«.

Bilaget, der skulle underskrives af tilbudsgiveren, indeholder herefter varebeskrivelser og kravspecifikationer på en række forskellige produkter, som er tildelt hvert et løbenummer. Tilbudsgiverne skulle udfylde skemaet med bl.a. mærke, standardpakning pr. karton, kilopris og nettopris pr. standardpakning. For løbenummer 20 er varebeskrivelsen: »Mælkepulver i sticks, i mindre pakker«, og kravspecifikationen er: »fx pakke med ca. 100 stk. á ca. 2,5-3 g«. For løbenummer 21 er den tilsvarende beskrivelse og specifikation: »Kaffemælk 1,5 %« og »fx 100 stk. á 20 ml«. For løbenummer 22 er beskrivelsen og specifikationen: »Sukkersticks brunt sukker i mindre pakninger« og »fx pakker med 200 stk. á 5 gr.«.

Ved brev af 29. juni 2011 meddelte indklagede, at BKI Foods A/S havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at indklagede ville tildele virksomheden kontrakten. Tilbuddene fra Hørkam Foodservice A/S og Frellsens Kaffe A/S var ukonditionsmæssige.

Vedrørende tilbuddet fra BKI Foods A/S fremgår det af dokumentet »Kommentarer/besvarelser til udbudsbetingelser« pkt. 10 »Tilbuddets udformning m.v.« indledningsvis, at »alt under dette punkt accepteres«. Vedrørende pkt. 10.3 »Tilbudsliste og produktoplysningsskema« er anført:

»Tilbudslister og produktoplysningsskema er udfyldt elektronisk. Tilbuddet afleveres i 3 eksemplarer, 1 original og 2 kopier samt 1 elektronisk eksemplar.

Basispriserne tager udgangspunkt i uge 40-43/2010.«

I samme dokument under pkt. 11 »Vedståelse og modtagelse af tilbud mv.« står, at »BKI Foods A/S vedstår tilbuddet frem til den 9. maj 2011«.

BKI Foods A/S' tilbud var endvidere vedlagt et dokument med »Kommentarer/besvarelse til udkast til rammeaftale«. Dokumentet fremtræder som en gengivelse af rammeaftalen med BKI Foods A/S' anførelse af, om rammeaftalens enkelte afsnit/punkter accepteres. I pkt. 10.2 »Prisregulering« står:

»De i tilbuddet oplyste priser er faste ind til 1. 30. september 2011.

...

Leverandørens priser i kontraktbilag 2: Tilbudslister og produktoplysningsskema afspejler den gennemsnitlige pris på New York Kaffebørs (Arabica) og London Kaffebørs (Robusta) for uge 40-43/2010. Valutakursen som vil ligge til grund for prisreguleringen skal være på baggrund af basiskursen den 8. april 2011.

...

Priserne kan første gang reguleres pr. 1. oktober 2011.

...

BKI Foods A/S accepterer dette punkt.«

Med hensyn til BKI Foods A/S' tilbudsliste og produktoplysningsskema – kontraktbilag 2 – har virksomheden vedrørende løbenummer 20 anført »1000 x 2,5«, vedrørende løbenummer 21 anført »100 x 15 ml« og vedrørende løbenummer 22 anført »1000 x 3,5«.

I forbindelse med klagerens anmodning om aktindsigt sendte indklagede en liste over de produktdatablade, som klageren, BKI Foods A/S og Peter Larsens Kaffe A/S havde medsendt tilbuddene. Det fremgår heraf, at BKI Foods A/S tilsyneladende kun havde indleveret et produktdatablad ud af 11 mulige, Peter Larsens Kaffe A/S fire ud af 11, mens klageren havde indleveret alle 11 produktdatablade.

Ved brev af 9. august 2011 og e-mail af 16. august 2011 gjorde klageren bl.a. indklagede opmærksom på, at BKI Foods A/S og Peter Larsens Kaffe A/S tilsyneladende ikke havde indleveret de krævede produktdatablade, at BKI Foods A/S' referenceprisperiode var anført til uge 40-43/2010 og ikke uge 7-10/2011 som krævet, og at BKI Foods A/S alene vedstod sit tilbud til den 9. maj 2011 og ikke til den 31. juli 2011 som krævet.

Indklagede svarede ved e-mail af 22. august 2011 bl.a.:

»Fremsendelse af produktdatabladene på automater er ved en fejl blevet gjort til et mindstekrav, såvel som det er anført som et krav i kravspecifikationen i kontraktbilag 1.

...

Med hensyn til det i Deres e-post af 17.[16.] august 2011 anførte angående vedståelsesfristen og de fastsatte uger for gennemsnitspriser ved en prisregulering skal FBE anføre, at det er korrekt, at det ud fra en umiddelbar læsning af de 2 forhold, vil være at betragte som forbehold for grundlæggende elementer.

FBE mener dog, at det er evident, at der er tale om en afskrift fra tidligere tilbudsmateriale og har derfor, på baggrund af bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (navnlig § 12) indhentet svar fra BKI om, hvorvidt der er tale om en afskrift fra tidligere tilbudsmateriale, at vedståelsesfristen er angivet til den 9. maj 2011, hvor den korrekte dato er den 31. juli 2011, samt at der er tale om en afskrift for så vidt angår de anførte uger 40-43/2010, hvor de korrekte uger er uge 7-10/2011.

FBE har fra BKI Foods A/S modtaget bekræftelse på, at det er korrekt, at der er tale om en afskrift fra tidligere fremsendt tilbudsmateriale.

For god ordens skyld bemærkes på ny, at FBE forventer at indgå kontrakt med BKI Foods A/S ultimo august 2011.«

Indklagede har under klagesagen anført, at klagerens anmodning om aktindsigt i de produktdatablade, som BKI Foods A/S indleverede sammen med tilbuddet, blev misforstået, og at indklagede derfor ved en fejl ikke meddelte aktindsigt i alle de produktdatablade, som BKI Foods A/S havde indleveret. Indklagede har fremlagt en række produktdatablade fra BKI Foods A/S vedrørende automater.

Med henvisning til BKI Foods A/S' angivelse af, at vedståelsesfristen for tilbuddet var den 9. maj 2011, og at referenceprisperioden var for uge 40-43/2010 anmodede indklagede ved e-mail af 18. august 2011 BKI Foods A/S om at besvare følgende spørgsmål:

»FBE skal forespørge BKI, hvorvidt der er tale om en afskrift fra BKI tidligere tilbudsmateriale, at vedståelsesfristen er anført til den 9. maj 2011?

BKI anmodes alene om at svare ja/nej til spørgsmålet.

...

FBE skal forespørge BKI, hvorvidt der er tale om en afskrift fra BKI tidligere tilbudsmateriale, at der er anført uge 40-43 2010?
BKl anmodes alene om at svare ja/nej til spørgsmålet.«

BKI Foods A/S besvarede begge spørgsmål med »Ja«.

Indklagede har under klagesagen fremlagt BKi Foods A/S' besvarelse af udbudsbetingelserne ved et af de tidligere udbud, som blev annulleret. Det fremgår heraf, at vedståelsesfristen for det tilbud var den 9. maj 2011, og at referenceprisperioden var uge 40-43/2010.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det efter udbudsbetingelserne var et mindstekrav, at der sammen med tilbuddene blev indleveret produktdatablade for automaterne. BKi Foods A/S og Peter Larsens Kaffe A/S indleverede ikke produktdatablade for samtlige automater. Indklagede var derfor ikke berettiget til at tage tilbuddene i betragtning. Det er uden betydning, at det angiveligt var en fejl, at indklagede fastsatte et mindstekrav om, at tilbudsgiverne skulle indlevere produktdatablade for automaterne sammen med tilbuddene.

Indklagede har gjort gældende, at BKi Foods A/S indleverede produktdatablade for automaterne sammen med tilbuddet. Det var en misforståelse af klagerens anmodning om aktindsigt, der førte til, at klageren ikke fik aktindsigt i disse produktdatablade. Det indebærer dog ikke, at tilbuddet fra BKi Foods A/S var ukonditionsmæssigt. Vedrørende tilbuddet fra Peter Larsens Kaffe A/S har indklagede erkendt, at det ikke indeholdt produktdatablade på kaffeautomater, men alene på føde- og drikkevareautomater. Det var ikke indklagedes hensigt at gøre det til et mindstekrav, at produktdatablade for automater skulle medsendes tilbuddet, men blot at disse skulle være tilgængelige. Indklagede erkender dog, at kravspecifikationerne kan læses som et krav om, at produktdatabladene skulle medsendes, og at tilbuddet fra Peter Larsens Kaffe A/S på den baggrund ikke skulle have været taget i betragtning.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at BKI Foods A/S ved sit tilbud har taget forbehold over for vedståelsesfristen og referenceprisperioden. Vedståelsesfristen er i tilbuddet fastsat til den 9. maj 2011, mens den i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne var fastsat til den 31. juli 2011. Tilsvarende var referenceprisperioden i tilbuddet uge 40-43/2010, mens den i udbudsbetingelserne var fastsat til uge 7-10/2011. Da der er tale om forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, var indklagede ikke berettiget til at tage tilbuddet fra BKI Foods A/S i betragtning. Klageren har bestridt, at der er tale om en åbenbar fejlskrift fra BKI Foods A/S' side. BKI Foods A/S har taget forbehold i to adskilte dokumenter – »Kommentarer/besvarelser til udbudsbetingelserne« og »Kommentarer/besvarelser til udkast til rammeaftale«. Det kan ikke tillægges betydning, at BKI Foods A/S efterfølgende har bekræftet, at der er tale om fejlskrift. Indklagedes henvendelse i den anledning var ikke udtryk for afklaring af en formel fejl, jf. implementeringsbekendtgørelsen § 12.

Indklagede har gjort gældende, at BKI Foods A/S ikke tog forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Det var for indklagede åbenbart, at BKI Foods A/S havde skrevet af fra et tilbud, som blev afgivet i forbindelse med et tidligere udbud. Indklagede anså det således for at være en fejlskrift og ikke et forbehold over for udbudsbetingelserne, at virksomheden havde angivet vedståelsesfristen som den 9. maj 2011 og referenceprisperioden som uge 40-43/2010. BKI Foods A/S angiver da også at acceptere punktet med vedståelsesfristen og referenceprisperioden uden bemærkninger. Desuden har en repræsentant for virksomheden underskrevet kontraktbilag 2 (tilbudslisten), hvor det er anført, at referenceprisperioden er uge 7-10/2011. Efter udbudsbetingelsernes pkt. 8 skulle tilbudsgiverne anføre deres eventuelle forbehold i følgebrevet og gerne også i udbudsbilag 3. Det forhold, at BKI Foods A/S hverken i følgebrevet eller i udbudsbilag 3 anførte, at der var forbehold, bekræftede indklagede i, at der var tale om fejlskrift og ikke forbehold. Indklagede har endvidere efterfølgende fået bekræftet af BKI Foods A/S, at der var tale om fejlskrift. Indklagede har endelig bestridt, at vedståelsesfrist og referenceprisperioden er grundlæggende elementer i tilbuddet.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at BKI Foods A/S' tilbud på produkterne under løbenumrene 20, 21 og 22 fraveg kravspecifikationens anviste pakningsstørrelser og mængder. Under udbuddet i december 2010, som blev annulleret, spurgte klageren under udbuddet vedrørende løbenummer 20, om der måtte bydes med »flødesticks 600 stk. á 2,5 gram«. Dette svarede indklagede nej til. Indklagede har til trods herfor accepteret, at BKI Foods A/S under dette udbud har tilbudt standardpakninger med 1000 stk. á 2,5 gram. Tilsvarende har indklagede accepteret, at BKI Foods A/S vedrørende løbenummer 21 har tilbudt kaffe med 15 ml i stedet for 20 ml og vedrørende løbenummer 22 har tilbudt sukkersticks i pakker med 1000 stk. á 3,5 gram i stedet for pakker med 200 stk. á 5 gram. Der har ikke under udbuddet været stillet spørgsmål eller udsendt rettelsesblade med ændringer vedrørende pakkestørrelser eller pakkemængder.

Indklagede har gjort gældende, at BKI Foods A/S' afvigelser fra de angivne mængder i varebeskrivelserne og kravspecifikationerne ligger inden for rammerne, og der var derfor ikke grundlag for at afvise BKI Foods A/S' tilbud. Indklagede har i kravspecifikationerne anvendt udtrykkene »ca.« og »fx«, hvilket er en angivelse af, at det anførte ikke skal forstås snævert, men at det er eksempler. Derved sikres det, at tilbudsgiverne kan byde ind med deres standardprodukter. Der er således ikke grundlag for at anse kravspecifikationerne til de anførte løbenumre som faste og absolutte mængde- og størrelsesangivelser. Spørgsmål og svar fra det tidligere udbud er uden betydning for det aktuelle udbud. Det ville være i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, hvis oplysninger fra et tidligere udbud kunne lægges til grund i et senere udbud, uden at dette specifikt var angivet.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at karakteren og betydningen af de begåede overtrædelser indebærer, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke foreligger sådanne fejl eller mangler ved udbudsprocessen, at der er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

I kontraktbilag 1 »Kravspecifikation/løsningsbeskrivelse« fastsatte indklagede et mindstekrav om produktdatablade, nemlig:

»Produktdatablade for samtlige produkter skal forefindes elektronisk på dansk. Ved optagelse/udskiftning af nye varer skal der straks fremsendes nyt produktdatablad.

Der skal fremsendes produktdatablad (produktbeskrivelse og billeder) på automater.«

Indklagede stillede således krav om, at tilbudsgiverne fremsendte produktdatablade i form af produktbeskrivelse og billeder på automater. For øvrige produkter er det alene et krav, at produktdatabladene forefindes elektronisk og således er tilgængelige.

Indklagede har fremlagt de produktdatablade, som BKI Foods A/S har indleveret vedrørende automaterne, og som BKI Foods A/S i henhold til det fastsatte mindstekrav skulle indlevere. Klagenævnet lægger til grund, at produktdatabladene blev modtaget sammen med tilbuddet, og at det var en fejl, at klageren ikke modtog disse, da der blev meddelt aktindsigt.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge vedrørende tilbuddet fra BKI Foods A/S.

Derimod tager klagenævnet påstanden vedrørende tilbuddet fra Peter Larsens Kaffe A/S til følge, idet denne tilbudsgiver – som også erkendt af indklagede – ikke indleverede produktdatablade på alle de tilbudte automater. Da tilbuddet således ikke opfyldte det fastsatte mindstekrav, og da det ikke kan tillægges betydning, at indklagede efter det oplyste reelt ikke havde til hensigt at stille krav om indlevering af produktdatablade på automaterne, skulle indklagede ikke have taget tilbuddet i betragtning.

Ad påstand 2

Et eventuelt forbehold over for vedståelsesfristen og navnlig referenceprisperioden er et forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne og vil derfor medføre, at et tilbud ikke er konditionsmæssigt. Det

er herefter afgørende at fastslå, om BKI Foods A/S har taget sådanne forbehold.

BKI Foods A/S afgav også tilbud i forbindelse med indklagedes tidligere udbud, som blev iværksat den 29. oktober 2010 og senere annulleret. Vedståelsesfristen var da fastsat til den 9. maj 2011 og referenceprisperioden til uge 40-43/2010. Den vedståelsesfrist og referenceprisperiode, som BKI Foods A/S har anført i det aktuelle udbud i dokumenterne »Kommentarer/besvarelser til udbudsbetingelserne« og »Kommentarer/besvarelser til udkast til rammeaftale«, svarer således til oplysningerne i virksomhedens tilbud under det tidligere udbud.

Der var ikke i udbudsbetingelserne krav om, at tilbudsgiverne skulle komme med kommentarer/besvarelser i forhold til udbudsbetingelserne eller udkastet til rammeaftale. Hvis de havde forbehold over for udbudsbetingelserne, skulle disse angives i følgebrevet til tilbuddet og/eller i udbudsbilag 3. BKI Foods A/S anførte ingen forbehold i følgebrevet eller i udbudsbilag 3.

Endelig skulle tilbudsgiverne udfylde og underskrive kontraktbilag 2 »Tilbudsliste og produktoplysningsskema«, hvor det er anført: »Alle priser skal være eksklusive moms og tage udgangspunkt i basispriser for UGE 7-10 2011, som beskrevet i rammeaftale pkt. 10«. BKI Foods A/S har udfyldt og underskrevet bilaget.

Under hensyn til at BKI Foods A/S ikke anførte, at der blev taget forbehold over for vedståelsesfristen og referenceprisperioden, at kontraktbilag 2 blev udfyldt og underskrevet under den forudsætning, at der skulle tages udgangspunkt i referenceprisperioden uge 7-10/2011, og at BKI Foods A/S tidligere havde afgivet tilbud, hvor vedståelsesfristen netop var den 9. maj 2011 og referenceprisperioden uge 40-43/2010, var det en åbenbar fejl, at vedståelsesfristen og referenceprisperioden i dokumenterne »Kommentarer/besvarelser til udbudsbetingelserne« og »Kommentarer/besvarelser til udkast til rammeaftale« blev anført som sket. BKI Foods A/S tog således ikke forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 3

Indklagede har i kravspecifikationerne til produkterne under løbenumrene 20, 21 og 22 anvendt udtrykkene »ca.« og »fx«. Der blev således ikke fra indklagedes side stillet krav om faste og absolutte mængder eller størrelser. På denne baggrund, og da de tilbudsgivere, herunder klageren, der havde deltaget i det tidligere udbud, ikke har haft grundlag for at antage, at spørgsmål og svar fra det tidligere udbud ville have betydning for det aktuelle udbud, tager klagenævnet ikke påstanden til følge.

Ad påstand 4

Klagenævnet har alene taget påstand 1 til følge vedrørende tilbuddet fra Peter Larsens Kaffe A/S. Der er derfor ikke grundlag for at annullere beslutningen om at tildele BKI Foods A/S kontrakten.

Ad sagsomkostninger

Under hensyn til at indklagede i overvejende grad har fået medhold i, at klagen ikke skal tages til følge, og da den del af påstand 1, som klageren har fået medhold i må antages kun at have medført et meget begrænset mertidsforbrug ved klagens behandling, tillægger klagenævnet ikke klageren sagsomkostninger.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gensigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have taget tilbuddet fra Peter Larsens Kaffe A/S i betragtning, uanset at dette tilbud ikke overholder de mindstekrav, der er fastsat i udbudsbetingelsernes pkt. 2 om levering af produktdatablade.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 2 – 4 og delvis påstand 1.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig