

Klagenævnet for Udbud

(N. Feilberg Jørgensen, Trine Heidemann Garde)

J.nr.: 2012-032327

18. januar 2013

K E N D E L S E

Pedersen & Nielsen Automobilforretning A/S
(advokat Torsten Viborg Pedersen, Randers)

mod

Mariagerfjord Kommune
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 80-131417 af 21. april 2012 udbød indklagede, Mariagerfjord Kommune, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en kontrakt på operationel leasing af 41 fabriksnye biler til Mariagerfjord Kommunes hjemmepleje og andre institutioner.

Ved udløbet af fristen for ansøgning om deltagelse den 13. juni 2012 havde blandt andre Toyota Hadsund/Toyota Hobro og Pedersen & Nielsen A/S (klageren) ansøgt om deltagelse.

Den 25. juni 2012 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Toyota Hadsund/Toyota Hobro, og kontrakt blev herefter indgået den 3. august 2012.

Den 5. juli 2012 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. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 2. august 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende

virkning, idet betingelsen om »fumus boni juris« ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper, herunder udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 23, stk. 2, ved ikke i udbuddet at have fastsat krav om teknisk dokumentation for, at testkøretøjer overholdt kravspecifikationerne herunder for så vidt angår minimumssædehøjde 60 cm fra jorden til laveste punkt på sædet.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper, herunder udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 23, stk. 2, ved i forbindelse med efterfølgende forespørgsel fra klageren om overholdelse af kravspecifikationen vedrørende sædehøjde ikke i udbuddet at have indhentet teknisk dokumentation for, at de anvendte testkøretøjer overholdt kravspecifikationerne herunder for så vidt angår minimumssædehøjde 60 cm fra jorden til laveste punkt på sædet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper herunder udbudsdirektivets artikel 2 jf. artikel 23, stk. 2, jf. artikel 23, stk. 5, ved ikke i udbuddet at have fastsat krav om teknisk dokumentation for, at testkøretøjer overholdt kravspecifikationerne herunder for så vidt angår minimumssædehøjde 60 cm fra jorden til laveste punkt på sædet.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere at udbuddet var i strid med udbudsreglerne og skal herefter suspendere udbudsprocessen.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. juni 2012 om at indgå kontrakt med Toyota Hadsund/Toyota Hobro.

Påstand 6

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 2.290.140,34 kr. med procesrente fra den 5. juli 2012.

Indklagede har vedrørende påstand 1-5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 6 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 6, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1-5.

Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne 1. Pris 60% og 2. Kvalitet 40%.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbetingelserne fremgår blandt andet:

»...

1.6 Formkrav

...

Kravspecifikationen er minimumskrav, som skal opfyldes. Er dette ikke tilfældet, vil tilbuddet blive afvist som ikke konditionsmæssigt.

...

1.23 Test af de tilbudte biler

Der afholdes en testdag, som er en del af udbudsforretningen. Konditions-mæssige tilbudsgivere skal den 21. juli 2012 mellem kl. 8.00 og kl. 9.00 stille en demo bil af den tilbudte model til rådighed for et udvalgt personale hos Mariagerfjord Kommune, som efterfølgende vil teste bilerne.

Testen er en del af tildelingskriterierne og vil derfor indgå i vurderingen og evalueringen af tilbuddet.

...

2. Udvalgelses- og Tildelingskriterier

...

2.2 Tildelingskriterium

...

Kontrakten vil blive tildelt den tilbudsgiver, der afgiver det for Mariagerfjord økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet følgende delkriterier, med angivelse af vægtning, lægges til grund ved tilbudsvurderingen.

Delkriterium	Vægtning i procent
Pris - Årlig TCO	60 %
Kvalitet - Ergonomi og køreegenskaber	40 %

...

Delkriteriet »kvalitet« vurderes og evalueres på ergonomi og køreegenskaber, som vurderes på baggrund af testen af de tilbudte biler.

I forbindelse med testen af de tilbudte bilmodeller, vil der blive tildelt en score pr. bilmodel, som vil danne grundlag for evalueringen af delkriteriet »kvalitet«.

Det er de udvalgte medarbejderes forvaltningsretlige skøn, der vil afgøre, hvilken score de testede bilmodeller får, ud fra nedenstående målepunkter.

Testen vil indeholde vurderinger og skøn af følgende målepunkter pr. tilbudt bil:

Generelle køreegenskaber
Førersædekomfort/justering af førersædet
Ind- og udstigning
Udsyn
Kabinestøj
Instrumentering
Smidigheden i gearskiftet

3. Kravspecifikation

Kravspecifikationen er ikke en del af tildelingskriterierne og vil derfor ikke indgå i evalueringen af tilbuddet. Kravspecifikationen er minimumskrav, som skal efterleves – dette skal bekræftes i tilbuddet. Er dette ikke tilfældet, vil tilbuddet blive afvist som værende ikke-konditionsmæssigt.

Mindstekrav gældende for alle biler til Mariagerfjord Kommune:

...

Hvis det i givet fald skulle vise sig, at bilerne ikke kan leve op til ovenfor nævnte krav, anses det som væsentlig mislighold og udbyder har ret til at ophæve kontrakten.

...

3.4 Udstyr

Mindstekrav til udstyr:

...

Ind- og udstigning:

Det skal være let at komme ind og ud af bilen

Høj indstigning. Afstand fra jorden til laveste punkt på sædet skal minimum være 60 cm.

...

4. Tilbudsdisposition

...

Kravspecifikation punkt 3:

Bekræft i tilbuddet, at minimumskravene i kravspecifikationen kan overholdes, og beskriv gerne hvordan.

...«

Under udbudsforretningen blev der stillet forskellige spørgsmål, herunder:

»Spørgsmål 13: Ad. Tilbudsdisposition, afsnit 6

Der ønskes en bekræftelse på, at alle krav overholdes. Endvidere en specifikation på, hvordan kravene overholdes. Kan denne specifikation være i form af datablade med tekniske specifikationer?»

Indklagede svarede således:

»Mariagerfjord Kommune ønsker en bekræftelse på at alle minimumskrav overholdes uden yderligere uddybning. Mariagerfjord Kommune kræver ikke tekniske datablade, men dette er en mulighed.«

Spørgsmål 18:

»Fastholdes kravet om laveste punkt på sædet skal være 60 cm. over jorden?»

Indklagede svarede således:

»Mariagerfjord Kommune fastholder kravet.«

Den vindende tilbudsgiver har i sit tilbud bekræftet, »at alle minimumskrav i henhold til udbudsmaterialet og med tillæg af ændringer i svar på spørgsmål, er opfyldt i de tilbudte biler.«

Den 18. juni 2012 sendte indklagede til klageren sålydende mail:

»...

Det er ved gennemgang af tilbud af 13. juni 2012 blevet konstateret, at der ved testkørslen leveres biler, som ikke er identisk med tilbudsmaterialet. Mariagerfjord Kommune skal hermed gøre opmærksom på, at det kun er biler, som er identisk med tilbudsmaterialet, som vil blive afprøvet.

...«

I skrivelse af 25. juni 2012 meddelte indklagede tilbudsgiverne, blandt andet:

»På baggrund af en objektiv vurdering af de indkomne tilbud i forhold til det i udbudsmaterialet opstillede tildelingskriterium med tilhørende underkriterier agter Mariagerfjord Kommune at tildele kontrakt til Toyota Hadsund/Toyota Hobro.

...«

I skrivelsen oplyses, at den vindende tilbudsgiver havde fået en score på 4,66, mens klageren havde fået en score på 4,64.

Den vindende tilbudsgiver anførte i »Resume af tilbud« blandt andet:

»Kravspecifikation: Tilbudsgiver bekræfter, at alle minimumskrav i henhold til udbudsmaterialet og med tillæg af ændringer i svar på spørgsmål, er opfyldt i de tilbudte biler.«

Klageren har fremlagt fotos, som angiveligt skal dokumentere, at sædehøjden i den af indklagede valgte bil (Toyota Yaris Hybrid H2 Touch) ikke opfylder det i udbudsbetingelserne anførte krav om, at afstand fra jorden til laveste punkt på sædet minimum skal være 60 cm.

Indklagede har betvivlet, at de optagne fotos hidrører fra en bil, der er identisk med den bil, indklagede har valgt.

Klageren har spurgt Teknologisk Institut, hvilken sædehøjde der er i den biltype, som indklagede valgte. Teknologisk Institut har i erklæring af 11. september 2012 oplyst, at »Opmålingen viser at afstanden fra jorden (plant underlag) til laveste punkt på sædet ikke er som i kommissorium fastsat 600 mm, men blot 546 mm.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det af kravspecifikationerne fremgår, at det var en betingelse, at køretøjet og herunder testkøretøjet overholdt kravet om mindstesædehøjde på 60 cm. fra jorden til laveste punkt sæde. Dette har indklagede bekræftet i sit svar ad spørgsmål 18 til udbudsbetingelserne. Test af et køretøj, som ikke overholdt kravet om mindste sædehøjde på 60 cm var derfor i strid med udbudsbetingelserne og et brud på ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne.

Da indklagede har brudt disse principper ved ikke at fastsætte krav om teknisk dokumentation for, at også testkøretøjet og dermed det centrale besluthingsgrundlag overholdt kravspecifikationen, foreligger der et brud på udbudsreglerne.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke havde pligt til at kræve teknisk dokumentation for overholdelsen af de stillede mindstekrav, ligesom indklagede ikke havde pligt til at kontrollere, at de af tilbudsgiverne tilbudte produkter opfyldte disse mindstekrav, medmindre oplysningerne fremstod som åbenbart forkerte. Den af indklagede anvendte fremgangsmåde, hvorefter opfyldelsen af de stillede mindstekrav dokumenteres af tilbudsgiverne ved at bekræfte disses opfyldelse, er helt sædvanlig. Indklagede har for så vidt angår udbudsdirektivets artikel 23, stk. 2, og artikel 23, stk. 5, gjort gældende, at disse bestemmelser angår, hvilke krav ordregiveren kan stille, samt hvilken dokumentation en ordregiver kan kræve til opfyldelse heraf.

Indklagede har bestridt, at tilbuddet fra Toyota Hadsund/Toyota Hobro var ukonditionsmæssigt. Denne tilbudsgiver har i sit tilbud bekræftet, at alle minimumskrav m.v. i henhold til udbudsbetingelserne var opfyldt, ligesom tilbuddet var afgivet uden forbehold. Tilbudsgiveren var derfor forpligtet til

at levere biler, der lever op til mindstekravene i kravspecifikationerne. Ingen oplysninger i tilbuddet har givet indklagede anledning til at betvivle, at tilbudsgiveren ved løsningen af opgaven ville leve op til de i kravspecifikationen fastsatte mindstekrav til bilerne. Der var heller ikke noget i tilbuddet, der skulle give indklagede anledning til eventuelt at foretage nogen nærmere kontrol af tilbuddet. Endelig har spørgsmålet, om tilbudsgiverens efterfølgende opfyldelse af kontraktuelle krav ikke sammenhæng med de udbudsretlige regler, og de kan ikke efterprøves af klagenævnet. Dertil kommer, at indklagede i indledningen til kravspecifikationen havde oplyst, at minimumskravene i kravspecifikationen ikke ville indgå i evalueringen af tilbuddene, hvorfor indklagede heller ikke af denne grund foretog en kontrol heraf i forbindelse med testen af bilerne. Ordregiveren skal, når der ikke er indikation for, at tilbuddet ikke opfyldte mindstekravene, ikke foretage nogen prøvelse af, hvorvidt kravene var opfyldt.

Ad påstand 2

Klageren har vedrørende denne påstand gjort de samme anbringender gældende som ad påstand 1, 1. afsnit.

Klageren har yderligere gjort gældende, at indklagede har brudt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne ved ikke i forbindelse med det efterfølgende spørgsmål at have stillet krav om teknisk dokumentation for, at også testkøretøjet og dermed det centrale beslutningsgrundlag overholdt kravspecifikationen.

Indklagede har gjort de samme synspunkter gældende som anført ad påstand 1.

Ad påstand 3

Klageren har gjort de samme anbringender gældende som ad påstand 1, 1. afsnit.

Klageren har yderligere, jf. udbudsdirektivets artikel 23, stk. 5, jf. stk. 3, gjort gældende, at test og vurdering af funktionen af et ikke kravspecifikt køretøj, som ikke overholder kravet om mindste sædehøjde på 60 cm var i strid med udbuddets krav og udgør et brud på ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne. Da indklagede har overtrådt disse regler ved ikke at

fastsætte krav om teknisk dokumentation for, at også testkøretøjet og dermed det centrale beslutningsgrundlag overholder kravspecifikationen, foreligger der et brud på udbudsreglerne.

Indklagede har gjort de samme synspunkter gældende som anført ad påstand 1.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at da indklagede har overtrådt udbudsdirektivets regler som anført i påstanden, skal klagenævnet suspendere udbudsprocessen.

Indklagede har gjort gældende, at beslutningen om at tildele kontrakten til Toyota Hadsund/Toyota Hobro var lovlig, hvorfor der ikke er grundlag for at suspendere udbudsprocessen.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet som følge af indklagedes overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne skal annullere tildelingsbeslutningen.

Indklagede har gjort gældende, at beslutningen om at tildele kontrakten til Toyota Hadsund/Toyota Hobro var lovlig, hvorfor der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1-3

Toyota Hadsund/Toyota Hobro bekræftede i sit tilbud, »at alle minimums-krav i henhold til udbudsmaterialet og med tillæg af ændringer i svar på spørgsmål, er opfyldt i de tilbudte biler.« Denne tilbudsgiver opfyldte med afgivelse af denne erklæring udbudsbetingelsernes mindstekrav, idet indklagede ikke havde stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle dokumentere, at mindstekravene var opfyldt. Idet det ikke var åbenbart for indklagede, at oplysningerne måtte være forkerte, og at tilbuddet ikke overholdt minde-

kravet vedrørende bilernes indstigningshøjde, var indklagede ikke forpligtet til kontrollere rigtigheden heraf.

Påstand 1-3 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4 og 5

Under hensyn til det anførte ad påstand 1-3 er der hverken grundlag for at suspendere udbudsprocessen eller for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Påstand 4 og 5 tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

N. Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
Fuldmægtig