

K E N D E L S E

ScanPipe A/S
(selv)

mod

Nordvand A/S
(advokat Thomas Grønkjær, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 013-020130 af 15. januar 2015 udbød Nordvand A/S som offentligt udbud efter direktiv 2004/17/EF (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en 2-årig rammeaftale om rør og fittings, forbrugsmaterialer og personlige værnemidler i forbindelse med spildevand og vandforsyning med mulighed for forlængelse i 2 x 1 år. Aftalen er opdelt i to delaftaler. Delaftale 1, som denne klagesag vedrører, drejer sig om VVS-artikler, samt materialer til afløb, kloak og vandforsyning. Den anslåede værdi af den samlede rammeaftale er ifølge udbudsbekendtgørelsen 25 mio. kr.

Blandt andre ScanPipe A/S og Brødrene Dahl A/S afgav rettidigt tilbud på aftalen.

Den 22. marts 2015 meddelte Nordvand A/S pr. e-mail ScanPipe A/S, at Nordvand A/S havde besluttet at tildele kontrakten til Brødrene Dahl A/S.

Den 31. marts 2015 indgav ScanPipe A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Nordvand A/S. ScanPipe A/S fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 23. april 2015 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12,

stk. 2, 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 Nordvand A/S har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets (2004/17/EF) artikel 10 og de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at afvise tilbuddet fra ScanPipe A/S vedrørende skydeventiler Pos. 387-398 delaftale 1.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Nordvand A/S har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets (2004/17/EF) artikel 10 og de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at afvise tilbuddet fra ScanPipe A/S vedrørende koblinger og anboringer Pos. 254-325 i delaftale 1.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Nordvand A/S har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets (2004/17/EF) artikel 10 og de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at afvise tilbuddet fra ScanPipe A/S vedrørende støttebøsninger Pos. 355-363, 364-367 og 386 i delaftale 1.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Nordvand A/S har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets (2004/17/EF) artikel 10 og de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at afvise tilbuddet fra ScanPipe A/S, selvom det opfylder mindstekravet om, at der skal afgives pris på minimum 90 % af tilbudslistens varer pr. delaftale.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Nordvand A/S har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets (2004/17/EF) artikel 10 og de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at afvise ScanPipe A/S' tilbud, selvom det opfyldte mindstekrav vedrørende bestilling.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere ordregivers beslutning af 22. marts 2015 om tildeling af kontrakt til Brødrene Dahl A/S, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13. Klagenævnet skal bede Nordvand A/S om en ny evaluering, hvor ScanPipe A/S' tilbud medtages som konditionsmæssigt.

ScanPipe A/S har taget forbehold om senere at nedlægge påstand om erstatning.

Nordvand A/S har påstået, at klagen ikke skal tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Ifølge udbudsbekendtgørelsen havde Nordvand A/S ret, men ikke pligt, til at aftage produkterne omfattet af rammeaftalen. Rammeaftalen var dog eksklusiv:

”
...
...således at Nordvand, medmindre andet aftales, i det omfang de konkrete produkter skal anvendes, er forpligtet til at foretage dette køb hos leverandøren.
Udbudsmateriale kan rekvireres ved at sende mail om dette til tpo@nordvand.dk
...”

I udbudsbetingelserne står der:

”
...
4. UDBUDSMATERIALETS DOKUMENTER
Udbudsmaterialet består af følgende dokumenter:

- Udbudsbetingelser
- Tro- og loveerklæring, (skema 1)
- Nøgletalsformular, (skema 2)
- Referenceliste, (Skema 3)
- Kravspecifikation (bilag 1)
 - Tilbudsliste (skema 4 og bilag 3 til kontrakten)
 - Skema 5 – Tilbudsgivers redegørelse af bestillingsmuligheder
 - Skema 6 – Tilbudsgivers redegørelse af leverancemuligheder
 - Skema 7 – Tilbudsgivers redegørelse af faktureringsmuligheder

- Rammeaftale (samme for hver delaftale)

Tilbudsgiver er ansvarlig for at sikre, at bilagene er besvaret korrekt, idet manglende besvarelse vil kunne medføre, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt og dermed ikke vil indgå i den endelige tilbudsvurdering.

Tilbudsgiver opfordres til straks ved modtagelsen af nærværende udbudsmateriale at sikre sig, at alle de oplistede dokumenter er indeholdt.

4.1. Rammeaftale

En del af udbudsmaterialet er udkast til rammeaftale, som vil blive anvendt ved indgåelse af rammeaftalerne med den/de vindende tilbudsgiver(e). Det er samme udkast til rammeaftale, der bliver benyttet til begge delaftaler.

I rammeaftalen er anført de aftalemæssige vilkår, som gælder for udførelsen af rammeaftalerne, herunder bl.a. betalingsvilkår, tidsfrister, misligholdelsesbestemmelser og ansvar. Når rammeaftalerne skal indgås, vil de blive suppleret med konkrete oplysninger, herunder tilbudspriser.

Rammeaftalerne vil ikke være til forhandling, hvorfor tilbudsgiver skal tage højde for rammeaftalens vilkår i forbindelse med sin tilbudsafgivning.

Rammeaftalen forventes at træde i kraft den 15. april 2015 og udløbe den 15. april 2017, dog har Ordregiver mulighed for at forlænge aftalen af to omgange i 12 måneder pr. forlængelse. Forlængelserne vil ske på uændrede vilkår.

...

8. KRAV TIL TILBUD

...

8.5 Forbehold

Enhver tilsigtet eller utilsigtet uoverensstemmelse mellem udbudsmateriale og de afgivne tilbud kan af Ordregiver betragtes som forbehold, herunder uoverensstemmelser i form af manglende opfyldelse eller besvarelse af krav ifølge kravspecifikation eller rammeaftaleudkastet. Tilbudsgiver skal være opmærksom på, at beskrivelser i tilbud vil kunne konstateres som værende forbehold uagtet ordet ”forbehold” ikke fremgår. Det afgørende er indholdet af beskrivelserne.

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 prissættes. En eventuel kapitalisering af forbehold indregnes i tilbudsgivers samlede tilbud før prisevalueringen.

Mindstekrav anses altid for grundlæggende elementer, hvorfor tilbud med forbehold over for mindstekrav afvises som ukonditionsmæssigt.

Tilbudsgiver opfordres til ikke at tage forbehold, da forbehold indebærer betydelig risiko for, at tilbuddet ikke vil blive taget i betragtning. Hvis tilbudsgiver alligevel vælger at tage forbehold, bedes tilbudsgiver udtrykkeligt angive forbeholdet og redegøre for, hvorfor forbeholdet er taget.

Frem for at tage forbehold opfordres tilbudsgiver til tidligst muligt at søge eventuelle uklarheder mv. opklaret ved at stille spørgsmål.

”
...

Det i udbudsbetingelserne indeholdte udkast til rammeaftale indeholder blandt andet følgende bestemmelse:

”8. Bestilling af produkter

Bestiller skal have mulighed for at afgive bestilling pr. e-handel, e-mail, online web-bestilling og ved konsulentbesøg. Inden for leverandørens normale åbningstid skal bestiller endvidere have mulighed for at afgive bestilling pr. telefon.

Ved online web-bestilling skal Nordvand kunne se det Nordvand specifikke sortiment.

Såfremt leverandøren har restordre på de bestilte produkter og produkterne dermed ikke kan leveres inden for den aftalte tid, skal leverandøren omgående tilbyde at levere andre tilsvarende eller bedre produkter uden meromkostninger for Nordvand, jf. i øvrigt pkt. 31.”

I kravspecifikationen står der blandt andet:

”Generelle krav

...

Bestilling/Afmelding

(Husk også at se, skema 5, hvor det vægtes positivt, hvis tilbudsgiver kan tilbyde en bedre opfyldelse vedrørende bestillingsmuligheder, end de mindstekrav angivet nedenfor).

Tilbudsgiver garanterer, at kunne modtage bestilling ind til minimum kl. 17 hverdagen før ønsket levering.

Tilbudsgiver garanterer, at Nordvand kan ændre/annullere allerede oprettede ordrer ind til kl. 17 dagen før den planlagte levering.

Levering

(Husk også at se, skema 6, hvor det vægtes positivt, hvis tilbudsgiver kan tilbyde en bedre opfyldelse vedrørende leverancemuligheder, end mindstekravene angivet nedenfor, og i kontrakten).

Tilbudsgiveren garanterer at skulle på forlangende levere elektronisk rapportering (i excel) til Nordvand vedrørende:

1. Antal leverancer opdelt på almindelige leverancer og fejlleverancer.
2. Samlet indkøb fordelt på henholdsvis vareID niveau, varegruppeniveau, samt tilbudslisteniveau
3. Samlet indkøb fordelt på leveringadresse samt projektnr.”

Det første spørgsmål i tilbudsskema 5 er:

”Tilbudsgiveren bedes redegøre for, hvordan bestillings- og afbestillingsprocessen vil blive tilrettelagt, herunder en helt overordnet beskrivelse af hvilke bestillingsmuligheder Nordvand har via hjemmeside eller app.”

Om Nordvand A/S’ ønsker til besvarelsen oplyses det:

”Det vil vægte positivt for vurderingen, at tilbudsgivers tilbyder en hurtig, effektiv og driftssikker bestillingsproces, der fungerer så smidigt og optimalt som muligt.”

ScanPipe A/S’ svar i det udfyldte tilbudsskema lyder:

”Pt. kan bestillinger til os afgives enten pr telefon til 6376 3070 eller på e-mail på scanpipe@scanpipe.dk. E-mail skal blot indeholde information om hvilke varer som bestilles, hvor de skal leveres og hvornår leverancen ønskes. Så snart vi har behandlet mail kan vi sende en ordrebekræftelse til jer.

I løbet af 2015 vil vi også få en webbutik hvor man som kunde vil kunne logge på og bestille varer.”

Tilbuddet var vedlagt en støtteerklæring fra Ulefos A/S om, at Ulefos A/S – såfremt ScanPipe A/S vandt en eller flere delaftaler – ville støtte ScanPipe A/S med økonomisk og tekniske ekspertise.

I Nordvand A/S' meddelelse af 22.marts 2015 om tildelingen begrundes afvisningen af tilbuddet fra ScanPipe A/S som ukonditionsmæssigt blandt andet som følger:

- ”2. Det er et mindstekrav, at bestiller skal have mulighed for at afgive bestilling pr. online web-bestilling, jf. rammeaftalen punkt 8. Scanpipe oplyser i tilbuddet, at dette ikke er en mulighed. Dette krav overholdes derfor ikke af Scanpipe.”

Parternes anbringender

Parternes anbringender vedrørende påstand 1-4 gengives ikke.

Ad påstand 5

ScanPipe A/S har gjort gældende, at det ifølge punktet om ”bestilling/afmelding” i kravspecifikationen alene er et mindstekrav, at tilbudsgiver skulle garantere at kunne modtage bestilling ind til minimum kl. 17 hverdagen før ønsket levering, og at Nordvand A/S kunne ændre/annullere allerede oprettede ordrer ind til kl. 17 dagen før den planlagte levering.

Af kravspecifikationen fremgår desuden, at det, jf. tilbudsskema 5, vægtes positivt, hvis tilbudsgiver kan tilbyde en bedre opfyldelse vedrørende bestillingsmuligheder end mindstekravene.

Da ScanPipe A/S i tilbuddet har garanteret at kunne modtage bestilling ind til minimum kl. 17 hverdagen før ønsket levering, og at Nordvand A/S kan ændre/annullere allerede oprettede ordrer ind til kl. 17 dagen før den planlagte levering, kunne tilbuddet ikke afvises med henvisning til manglende opfyldelse af et krav om ”bestilling pr. online web-bestilling”.

Kravet om online web-bestilling i rammeaftaleudkastet var ikke formuleret i overensstemmelse med bestemmelserne i kravspecifikationen og var dermed uklart. Nordvand A/S forbeholdt sig retten til at afvise tilbud med forbehold for mindstekrav og angav samtidig, at der var mulighed for at kapitalisere forbehold. Også af denne grund var det uklart, om der reelt var tale om udbudsretlige mindstekrav til tilbuddene.

Det er på grund af uklarhederne, at ScanPipe A/S ikke i tilbuddet garantere online web-bestilling, selvom ScanPipe A/S ville have haft mulighed at tilbyde dette ved hjælp af sin samarbejdspartner, Ulefos A/S', online web-bestilling. Som følge af uklarhederne kan mindstekravet vedrørende online web-bestilling ikke håndhæves, idet Nordvand A/S som ordregiver bærer risikoen for uklarheder i udbudsbetingelser og herunder kravspecifikation.

Selve formuleringen af tilbuddet gør også, at der ikke er tale om et forbehold for mindstekravet. ScanPipe A/S har ingen steder i det afleverede materiale taget forbehold.

Endelig fremgår det direkte af udbudsbetingelsernes punkt 8.5, at åbenbart bagatelagtige forhold (som dette) ikke kan føre til, at tilbud afvises.

Nordvand A/S har gjort gældende, at bestemmelserne i udkastet til rammeaftale ifølge udbudsbetingelsernes punkt 4.1 var ufravigelige. Af punkt 8 i rammeaftalen fremgår, at der skal være mulighed for bestilling pr. e-handel, e-mail, online web-bestilling og ved konsulentbesøg. Nordvand A/S var dermed, jf. også udbudsbetingelsernes punkt 2.1, forpligtet til at afvise tilbuddet fra ScanPipe A/S som ukonditions-mæssigt, idet der var taget et klart forbehold for kravet om mulighed for online web-bestilling.

ScanPipe A/S udfyldte besvarelsen i tilbuddet om bestillingsmuligheder, herunder online web-bestilling som svar på blandt andet rammeaftalens punkt 8. Allerede derfor må det afvises, at ScanPipe A/S ikke har været opmærksom på og ikke har kunnet eller burdet kunne forstå kravet i rammeaftalens punkt 8.

For så vidt som det, ScanPipe A/S har anført om sin samarbejdspartner, skal forstås sådan, at det skulle kunne udledes af ScanPipe A/S' tilbud, at kravet i rammeaftalens punkt 8 om, at der skal være mulighed for at bestille bl.a. via online web-bestilling var opfyldt ved, at ScanPipe A/S kunne bruge en hjemmeside, som Ulefos A/S er i besiddelse af, bemærkes, at det udtrykkeligt fremgår af tilbuddet, at ScanPipe A/S ikke kunne tilbyde online web-bestilling før i løbet af 2015. Der står ikke noget om, at Nordvand A/S, indtil ScanPipe A/S havde fået opbygget sin egen hjemmeside, ville kunne bestille produkterne på Ulefos A/S' hjemmeside.

Ad påstand 6

ScanPipe A/S har ikke anført anbringender om denne påstand.

Nordvand A/S har gjort gældende, at der ikke er grundlag for annullation og pålæg som påstået af ScanPipe A/S, da afvisningen af ScanPipe A/S var berettiget.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 5

Klagenævnet udtalte i delkendelsen af 23. april 2015 om påstand 5:

”Ifølge udbudsbetingelsernes punkt 4.1 er de aftalemæssige vilkår, som gælder for udførelsen af rammeaftalerne, fastsat i rammeaftaleudkastet. Det fremgår endvidere ”Rammeaftalerne vil ikke være til forhandling, hvorfor tilbudsgiver skal tage højde for rammeaftalens vilkår i forbindelse med sin tilbudsafgivning.” Af punkt 2.1 i udbudsbetingelserne fremgår desuden, at uoverensstemmelser i form af manglende opfyldelse eller besvarelse af krav ifølge kravspecifikation eller rammeaftaleudkastet vil kunne anses for forbehold af Nordvand A/S, og at Nordvand A/S er berettiget til at afvise ethvert tilbud med forbehold til udbudsmaterialet, medmindre der er tale om et åbenbart bagatelagtigt forbehold.

Ifølge punkt 8 i udkastet til rammeaftale skal der være mulighed for bestilling pr. e-handel, e-mail, online web-bestilling og ved konsulentbesøg.

Det fremgår af ScanPipe A/S’ besvarelse af tilbudskema 5, at ScanPipe A/S ikke vil opfylde dette krav. ScanPipe A/S har dermed taget forbehold for punkt 8 i rammeaftaleudkastet.

Nordvand A/S var efter klagenævnets foreløbige vurdering på den baggrund forpligtet til at afvise ScanPipe A/S’ tilbud. Der er herefter ikke udsigt til, at påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen og om pålæg om at genoptage evalueringen, således at også Scanpipe A/S’ tilbud tages i betragtning, vil blive taget til følge.”

Af de grunde, som er anført i delkendelsen, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 1 – 4

Klagenævnet kan behandle en klage helt eller delvist. Nordvand A/S har efter det ad påstand 5 anførte været berettiget og forpligtet til at afvise tilbudet fra ScanPipe A/S. Påstand 1 – 4 vedrører bedømmelsen af selskabets tilbud og behandles ikke.

Ad påstand 6

Da Nordvand A/S med rette har afvist ScanPipe A/S' tilbud tages annullationspåstanden ikke til følge.

Sagsomkostninger

Efter udfaldet af sagen skal ScanPipe A/S betale sagsomkostninger til Nordvand A/S med 10.000 kr. Der er ved fastsættelsen af sagsomkostninger lagt vægt på sagens begrænsede omfang og forløbet, idet det bemærkes, at Nordvand A/S først har været repræsenteret af advokat, efter delkendelsen blev afsagt.

Herefter bestemmes:

Påstand 5 og 6 tages ikke til følge.

Påstand 1 – 4 behandles ikke.

ScanPipe A/S skal betale sagsomkostninger til Nordvand A/S med 10.000 kr. inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig