

K E N D E L S E

Volvo Busser Danmark A/S
(advokat Torkil Høg, København)

mod

Bornholms Regionskommune
Trafikselskabet BAT
(advokat Erik Hørlyck, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse af 28. oktober 2011 udbød indklagede, Bornholms Regionskommune, Trafikselskabet BAT, som udbud efter forhandling efter direktiv 2004/17/EF (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en offentlig kontrakt om indkøb af 12 – 22 to-akslede laventre busser med minimum 40 sidepladser til buskørsel på Bornholm i perioden 2012 – 2015 med option på levering af yderligere 13 – 23 laventrebusser.

Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige bud« med vægtede tildelingskriterier pris (34 %), drift/service (33 %) og kvalitet (33 %).

Fristen for ansøgning om deltagelse var 18. november 2011. Den 24. november 2011 besluttede indklagede at prækvalificere 5 selskaber, herunder klageren, Volvo Busser Danmark A/S og Busimport.dk ApS (i det følgende Busimport.dk). Klageren indleverede den 15. december 2011 inden tilbudsfristens udløb et tilbud og deltog den 30. december 2011 i en forhandling med indklagede. Klageren fik at vide, at klageren senest den 3. januar 2012 skulle fremsende et opdateret tilbud. I en mail af 3. januar 2012 blev klageren underrettet om, at indklagede havde valgt Busimport.dk som

leverandør, da denne tilbudsgiver havde »afgivet et bud, der samlet set er økonomisk mere fordelagtigt for BRK/BAT end det af [klageren] afgivne.«

Den 13. januar 2012 klagede klageren til Klagenævnet for Udbud med påstand om, at klagenævnet skulle konstatere, at indklagede havde handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, ved ikke at have givet en begrundelse for tildelingsbeslutningen og ved at have undladt at oplyse, hvornår standstill-perioden, jf. håndhævelseslovens § 3, stk. 1, udløb. Klageren anmodede samtidig om, at der blev tillagt klagen opsættende virkning.

I brev af 18. januar 2012 erkendte indklagede, at den underretning, indklagede gav klageren i e-mailen af 3. januar 2012 om indklagedes tildelingsbeslutning, ikke opfyldte begrundelseskravet og kravet om angivelse af standstill-periode, jf. håndhævelseslovens § 2, stk. 2.

Klagenævnet traf afgørelse om klagerens anmodning om opsættende virkning i kendelse af 3. februar 2012. Klagen blev ikke tillagt opsættende virkning.

Klageren har under sagens videre behandling nedlagt følgende endelige påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, ved ikke i e-mail af 3. januar 2012 til klageren (bilag 8) at have givet en begrundelse for tildelingsbeslutningen og ved at have undladt at oplyse, hvornår standstill-perioden, jf. håndhævelseslovens § 3, stk. 1, udløber.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincip, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 10, ved at tildele kontrakten til Busimport.dk ApS, der havde afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Busimport.dk.

Indklagede har erkendt overtrædelsen i klagerens påstand 1, men har påstået, at klagerens øvrige påstande ikke tages til følge.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelserne indgår bl.a. uddybende kravspecifikationer og bilag 1 og bilag 2. Bilag 1 indeholder en tilbudsliste og krav om oplysninger om bl.a. forsikring, kvalitet og drift.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at finansierings- og handelsbetingelser ville blive fastlagt under forhandlingerne. Af udbudsbetingelsernes punkt 2.13 og 2.14 fremgår, at der ikke kan tages forbehold og ikke afgives alternative tilbud.

Udbudsbetingelserne indeholder i øvrigt følgende:

» ...

3. Generelle krav

...

3.1.

Leveringstid

Leveringsterminen for busserne er for de første 12 stk. ultimo 2012, men leveringsterminen aftales endeligt under forhandlingen om en aftale.

...

3.3. Betalingsbetingelser

Betalingsvilkår aftales i forbindelse med forhandlingerne om en aftale.

...

3.5. Reparationer, reservedele og brændstofforbrug

...

Reservedelsprisliste i prisindeks 4. kvartal 2011 skal vedlægges tilbuddet og eventuelle rabatter skal fremgå. ... Brændstofforbruget for de tilbudte busser skal angives, og de angivne tal skal dokumenteres, idet forbruget af brændstof (diesel) indgår som et væsentlig kriterium i valget af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

...

3.10. Erhvervs- og produktansvarsforsikring

Det er et krav, at tilbudsgiver har en erhvervsproduktansvarsforsikring, og tilbudsgiver skal opgive størrelse og

selskab, hvor forsikringen er tegnet samt forsikringstypen. Desuden skal forsikringssummen opgives for både ting- og personskaade.

...

4.4. Forhandlingstilrettelæggelse

Der vil efter modtagelsen af tilbuddene blive gennemført et forhandlingsforløb, eventuelt med flere forhandlingsrunder, før det vindende tilbud bliver valgt.

Tilrettelæggelsen af forhandlingsforløb og –temaer vil blive meddelt ved indkaldelsen til eller i forbindelse med den første forhandlingsrunde.

...«

I de »uddybende kravspecifikationer til levering af busser 2012 – 2015« hedder det:

»1. Uddybende kravspecifikationer

Nedenfor fremgår ønsker og minimumskrav til de busser, der ønskes leveret til BAT.

...

1.2. 4. Andre bustyper

BRK/BAT forbeholder sig ret til i forhandlingsfasen at efterspørge tilbud med andre bustyper fra alle prækvalificerede tilbudsgivere.

...

1.4. Sidde- og ståpladser

1.4.1. Kapacitet

BAT ønsker flest mulige siddepladser samt højest mulig totalkapacitet.

Der gælder følgende minimumskrav til totalkapacitet, antallet af siddepladser samt antallet af fremadvendte siddepladser.

Totalkapacitet	70
Siddepladser (eksklusive klapsæder)	40
Fremadvendte siddepladser (eksklusive klapsæder)	36

...

1.4.3. Sædeafstand

...

Sædeafstanden skal være mindst 70 cm målt uden sammentrykning af sædepolstret. Afstanden måles i en højde af 60 cm over gulvet fra fronten af sæderyggen og frem til ryggen af det foregående sæde.

...

Der ønskes minimum 4 siddepladser i den lave del af bussen med en sædeafstand på minimum 80 cm. Disse sæder forbeholdes til gangbesværede. ...

1.6. Midtergang og gulvareal

...

Eventuelle podester må maksimalt være 22 cm høje.

...

1.13. Sikkerhedsforhold

...

1.13.4. Forbindingskasse

Busserne skal leveres med forbindingskasse med opdateret indhold.

...

1.16. Destinations- og linjenummerskilte

...

1.16.2. Placering

På bussernes front skal placeres et destinations- og linjenummerskilt højest muligt med et samlet diodeareal på minimum 300 x 1580 mm.

...

1.17. Udvendt design

Det er endnu ikke besluttet i hvilken farve busserne skal fremstå. Farve aftales under forhandlingsforløb.

...

1.18. Indvendigt design og interiør

...

Ved placering af stole med ryggen mod kørselsretning skal der placeres bord mellem de retvendte og bagudvendte stole. ...

Hvis der indrettes med stole med ”ryg mod ryg” skal arealet mellem stolerygge være indrettet til at afsætte bagage.

...«

Tilbudslisten indeholder rubrikker til prisangivelser og til priser på tillægs/alternative ydelser. Det hedder videre:

»1.5 Forsikring

Forsikringssum for henholdsvis person- og tingsskade skal oplyses.

...

3 Drift

BAT ønsker oplysninger/bilag til belysning/dokumentation af:

- Driftsomkostninger
 - Der ønskes vedlagt reservedelsprisliste i prisindeks 4. kvartal 2011
 - ...
 - Der ønskes angivelse af brændstofforbruget (diesel) pr. bus. De angivne forbrugs tal skal dokumenteres.

...

5. Forbehold

Der må ikke tages forbehold.«

Busimport.dk afgav tilbud, dateret 14. december 2011. Det fremgår af tilbuddet, at de tilbudte busser som informationssystem er udstyret med LED Destinationsskilte (System Hannover), og at podesten på de tilbudte busser er ca. 28 cm høje ved de to forreste sidepladser bag føreren.

Indklagede har oplyst til klagenævnet, at Busimport.dk til opfyldelse af kravet om reservedelsprisliste sammen med tilbuddet fremsendte et tilbud, dateret 11. august 2011, fra Busimport.dk på »filter på Iveco Iris Crossway (netto pris)«, omfattende 9 forskellige filtre, gearkasse og frontrude, et rabatskema og en fakturakopi af 14. april 2011 fra Vejstruprød Busimport ApS til »diverse debitorer dk« samt en udateret bonusaftale med Vejstruprød Busimport ApS. Til opfyldelse af kravet om dokumentation for brændstofforbrug blev der fremsendt en »engineering report« af 1. december 2011 fra busproducentens Testing Departement, og kravet om forsikringsforhold blev søgt opfyldt ved fremsendelse af en mail af 11. august 2011 fra Tryg.

Indklagede afholdt forhandlingsmøde med Busimport.dk den 29. december 2011. Af mailkorrespondance af 2. og 3. januar 2012 mellem indklagede og Busimport.dk fremgår, at Busimport.dk den 2. januar 2012 fremsendte en ny tegning af de tilbudte bussers indretning (bestolingen), en revideret specifikation af busserne og en tegning af Hannover System. I specifikationen er under »specielle kundekrav« anført:

»

- Podesthøjde mellem for- og bagaksel max. 200 mm (dog 250 mm v/forreste dobbeltsæde bag chauffør).
- Installation Hanover Infosystem (Alle dele leveres af Busimport)«

Af bestolingsplanen fremgår, at Busimport.dk har tilbudt busser med 45 sæder (mindstekravet 40), hvoraf 37 sæder er fremadrettede (mindstekravet 36).

Det fremgår endvidere af specifikationerne, at busserne leveres med holdere til førstehjælpskasse.

Indklagede har anført, at indretningen af busserne viser, at kravet om 4 pladser til gangbesværede med sædeafstand 80 cm er opfyldt ved de 4 pladser i 4. stolerække. Af en tegning (sagens bilag 11, som klageren har fået aktindsigt i som en del af tilbuddet fra Busimport.dk) fremgår, at Hannover System har et udvendigt (front) display med et areal på 1626 x 209 (mindstekravet var minimum 1580 mm x 300 mm). Indklagede har oplyst, at klageren sammen med tilbuddet fra Busimport.dk har modtaget et ikke efterspurgt uddybende materiale vedrørende Hannover skiltesystem, herunder en tegning benævnt »Wiring diagram for Danish LED Sign System.pdf.«, som alene viser, hvorledes man kabler et sådant system.

Ved evalueringen i relation til underkriteriet »kvalitet«, delkriteriet »siddepladser« er Busimport.dk tildelt karakteren 10 (for 45 stole, heraf 8 bagudvendte), hvor de andre tilbudsgivere er tildelt karakteren 9 for 41 stole (en enkelt tilbudsgiver dog 40½), heraf 4 bagudvendte.

Indklagede indgik kontrakt med Busimport.dk den 7. marts 2012. Det anføres i kontrakten:

» ...

Købet sker i henhold til nedennævnte vedhæftede udbudsmateriale samt i henhold til nedennævnte vedhæftede tilbudsmateriale.

I tilfælde af uoverensstemmelser går udbudsmaterialet forud for tilbudsmaterialet, medmindre andet udtrykkeligt fremgår af denne kontrakt.

... «

Parternes anbringender

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra Busimport.dk var ukonditionsmæssigt, fordi det ikke opfyldte følgende mindstekrav i udbudsbetingelserne:

- a) Reservedelsprisliste og oplysning om brændstofforbrug manglede
- b) Oplysning om forsikringsforhold manglede
- c) De tilbudte busser manglede pladser til gangbesværede
- d) De tilbudte busser manglede forbindingskasse

- e) De tilbudte bussers destinations- og linjenummerskilt opfyldte ikke de størrelsesmæssige krav
- f) De tilbudte bussers podester ved forreste dobbeltsæde bag chaufføren opfyldte ikke minimumskravet på 22 cm.

Klageren har nærmere anført, at bilagene vedrørende reservedelspriserne, brændstofforbruget og forsikringsforhold, som indklagede fremlagde sammen med svarskriftet, ikke er indgået som en del af det udbudsmateriale fra Busimport.dk, som klageren har fået aktindsigt i. Oplysningerne om reservedelspriser levede heller ikke op til udbudsbetingelsernes krav om en reservedelsprisliste pr. 4. kvartal 2011. Busimport.dk har ikke og kunne heller ikke tage noget forbehold. De busser, som Busimport.dk har tilbudt, er ikke udstyret med 4 siddepladser med sædeafstand 80 cm. De 4 sæder, indklagede har omtalt, er såkaldte vis-a-vis sæder, hvor sædeafstanden må måles fra forside af stoleryg til midten af arealet mellem sæderne. De tilbudte busser opfylder ikke minimumskravet til podester for så vidt angår podesten ved forreste dobbeltsæde bag chaufføren. Da mindstekravet var 36 fremadvendte siddepladser, opfyldes kravet i al fald ikke for så vidt angår det ene af de 2 forreste sæder. Da Busimport.dk's tilbud er blevet evalueret på baggrund af det samlede antal tilbudte stole, kan man ikke blot se bort fra nogle af stolene. Det fremgår af tilbuddet fra Bilimport.dk, at der leveres holder for førstehjælpskasser, men ikke forbindingskasser. Endelig opfylder de busser, som Busimport.dk tilbød, ikke de størrelsesmæssige krav til destinations- og linjenummerskiltene. Når mindstekravene, der ikke har været til forhandling, ikke opfyldes, er tilbuddet ikke konditionsmæssigt. Bemærkningen i kontrakten er udtryk for, at forbeholdene er blevet bortforhandlet inden kontraktindgåelsen.

Indklagede har anført, at Busimport.dk i sit tilbud har opfyldt de stillede minimumskrav. Bilagene vedrørende reservedelspriserne, brændstofforbruget og forsikringsforhold er indgået som en del af udbudsmaterialet fra Busimport.dk. Det er ikke anført i udbudsbetingelserne, hvilke reservedele prislisterne skulle omfatte, og Busimport.dk har fremsendt reservedelsprislistor og rabatoplysninger og har meddelt oplysninger om brændstofforbrug. Der er også afgivet erklæring om forsikringsforhold. Det er en fejl, hvis klageren ikke fik aktindsigt i disse bilag sammen med aktindsigten i Busimport.dk's tilbud. Busimport.dk har ikke taget – og kunne heller ikke tage – forbehold over for de krav, som indklagede har fastsat i udbudsbetingelserne til den ydelse, der skulle

leveres, herunder til siddepladser til gangbesværede, til forbindingskasse og størrelsesmæssige krav til destinations- og linjenummerskilte. De reservedelspriser, som fremgår af de dokumenter, Busimport.dk har vedlagt tilbuddet, er vurderet til at være de priser, der er gældende i 4. kvartal 2011. Bussernes brændstofforbrug er dokumenteret ved officielle sortmålinger og oplysninger om driftskørselsforbrug. Den målemetode, indklagede har benyttet, ved målingen af afstanden mellem stolerækkerne, svarer til den, der fremgår af udbudsbetingelserne. Når andet ikke fremgår, hører der en forbindingskasse til en forbindingskasseholder. Det materiale, som indklagede har modtaget fra Busimport.dk vedrørende skiltesystemet, viser kun, hvorledes systemet skal kables, og ikke systemets dimensioner.

Særligt med hensyn til minimumskravet om podesterhøjde har indklagede anført, at tilbuddet fra Busimport.dk indebar 37 fremadvente siddepladser, hvoraf de 2 pladser lige bag chaufførpladsen står på en 25 cm podest. Indklagede har accepteret, at podesten ved disse 2 stole er højere end maksimumskravet, da det giver flest mulige siddepladser i busserne. Hvis det 37. sæde fjernes, står det tilbageværende sæde nr. 36 ikke på en podest, men ved et trin på 25 cm. Der er i udbudsbetingelserne intet forbud mod trin ved midtergangen, og mindstekravet for antallet af fremadvendte siddepladser er opfyldt.

Den indgåede kontrakt indeholder ingen bestemmelser, der afviger fra udbudsbetingelserne, da det er aftalt, at udbudsbetingelserne går forud for tilbudsmaterialet. Det må derfor lægges til grund, at de krav, indklagede i udbudsbetingelserne har opstillet til busserne, vil blive opfyldt. Leveres der faktisk ikke busser, der er i overensstemmelse med de fastsatte betingelser, vil der foreligge en misligholdelse af leveringspligten, der kan udløse misligholdelsesbeføjelser for indklagede.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at tildeling af en kontrakt til en tilbudsgiver, der har afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud, er en alvorlig overtrædelse af udbudsreglerne, der kan begrunde annullation af tildelingsbeslutningen.

Indklagede har anført, at spørgsmålet om annullation er uaktuelt, da Busimport.dk's tilbud ikke er ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Som erkendt af indklagede led underretningen af 3. januar 2012 om indklagedes tildelingsbeslutning af en formel mangel ved ikke at indeholde en tilstrækkelig begrundelse for tildelingsbeslutningen og ved ikke at indeholde oplysning om standstill-periode. Klagerens påstand tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Indklagede har i udbudsbetingelserne opstillet en række krav til den ydelse, der ønskes tilbud på. Der er dels tale om minimumskrav, dels »ønsker«. Om de forhold, som klageren har fremdraget, bemærkes:

ad a) Reservedelsprisliste og oplysning om brandstofforbrug

Kravet om, at reservedelsprisliste i prisindeks 4. kvartal skal vedlægges, er i udbudsbetingelsernes punkt 3.5 formuleret som et minimumskrav, mens det i bilag 1, Tilbudslisten, er formuleret som et ønske. Denne uoverensstemmelse må medføre, at et tilbud, der ikke vedlagt en reservedelsprisliste, ikke kan anses for ukonditionsmæssigt.

Oplysninger om brændstofforbruget er i udbudsbetingelserne formuleret som et minimumskrav, og det lægges til grund, at de foreliggende oplysninger om brændstofforbruget har været fremsendt sammen med tilbuddet fra Busimport.dk.

b) Oplysning om forsikringsforhold

Det kan efter indklagedes oplysning lægges til grund, at oplysningerne om forsikringsforhold har været fremsendt som en del af tilbuddet fra Busimport.dk.

c) De tilbudte busser manglede pladser til gangbesværede

I punkt 1.4.3 i de uddybende kravspecifikationer er kravet om 4 siddepladser, der forbeholdes gangbesværede, ikke formuleret som et minimumskrav. Hertil kommer, at der ikke i udbudsbetingelserne er anført

noget om, hvorledes sædeafstanden skal måles ved vis-a-vis sæder, selv om det forudsættes, at busserne kan forsynes med denne slags sæder.

d) De tilbudte busser manglede forbindingskasse

Kravet om forbindingskasse er et minimumskrav. Det fremgår af specifikationen af de tilbudte busser, at der (kun) er installeret holder til førstehjælpskasse. På dette punkt må Busimport.dk anses for at have taget et forbehold over for udbudsbetingelserne.

e) De tilbudte bussers destinations- og linjenummerskilt

De busser, som Busimport.dk har tilbudt, udstyres med det såkaldte Hannover System som destinations- og linjenummerskilt. Tegningen med specifikationer af dette system viser, at de størrelsesmæssige krav, som udbudsbetingelserne opstiller som minimumskrav, ikke er opfyldt. Også på dette punkt må Busimport.dk anses for at have taget et forbehold over for udbudsbetingelserne.

f) Højden af podester

Efter udbudsbetingelserne er det et minimumskrav, at podesterne i busserne ikke er højere end 22 cm. Som også erkendt af indklagede er dette krav ikke opfyldt ved forreste dobbeltsæde bag chaufføren. Også på dette punkt må Busimport.dk anses for at have taget et forbehold over for udbudsbetingelserne.

Da der efter udbudsbetingelserne ikke må tages forbehold, var det tilbud, som Busimport.dk afgav, ukonditionsmæssigt for så vidt angår de under d), e) og f) anførte forhold, der i udbudsbetingelserne er anført som minimumskrav, og som efter udbudsbetingelserne ikke kunne gøres til genstand for forhandling. Indklagede har derfor været forpligtet til at afvise tilbuddet, og klagerens påstand 2 tages til følge.

Det tilføjes, at kontraktsbestemmelsen om udbudsmaterialets forrang frem for tilbuddet ingen betydning har for bedømmelsen af, om tilbuddet opfylder udbudsbetingelserne.

Ad påstand 3

Efter karakteren og betydningen af den konstaterede overtrædelse, tages påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen til følge, jf. håndhævelseslovens § 13, nr. 2.

Herefter bestemmes:Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, ved ikke i e-mail af 3. januar 2012 til klageren at have givet en begrundelse for tildelingsbeslutningen og ved at have undladt at oplyse, hvornår standstill-perioden, jf. håndhævelseslovens § 3, stk. 1, udløber.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 10, ved at tildele kontrakten til Busimport.dk ApS, der havde afgivet et ukonditionsmæssigt tilbud.

Ad påstand 3

Indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Busimport.dk ApS annulleres.

Klagegebyret tilbagebetales.

Indklagede, Bornholms Regionskommune, Trafikselskabet BAT, skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse i sagsomkostninger til klageren, Volvo Busser Danmark A/S, betale 20.000 kr.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig