

K E N D E L S E

Im. Stiholt A/S
(advokat Anja Piening, København)

mod

Vejdirektoratet
(Kammeradvokaten v/ advokat Kristian Hartlev, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 068-117986 af 4. april 2016 udbød Vejdirektoratet en kontrakt om levering af vintermateriel opdelt i 3 delaftaler, hvor delaftale 1 vedrører levering af kombispredere med hydraulisk drivsystem, delaftale 2 vedrører levering af fugtsaltspredere med vejhjul som drivsystem, og delaftale 3 vedrører levering af cylindriske og koniske snepløve. Denne sag vedrører udelukkende delaftale 3.

Den 13. juni 2016 indgav Im. Stiholt A/S (herefter Stiholt) klage til Klagenævnet for Udbud over Vejdirektoratet. Stiholt fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 12. juli 2016 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om ”fumus boni juris” ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet skriftligt.

Stiholt har nedlagt følgende påstand:

”Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Vejdirektoratet har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise Im. Stiholt A/S’ tilbud som ikke-konditionsmæssigt.”

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

Sagens nærmere omstændigheder:

I udbudsbetingelserne fremgår det blandt andet:

”1 Generelt

Nærværende Kravs- og ydelsesspecifikation (KYS) med tilhørende bilag beskriver mindstekrav til de ydelser, der påhviler leverandøren i forbindelse med leverancerne, herunder mindstekrav til saltspredere og sneplove.

...

5.3 Forbehold

Opmærksomheden henledes på, at udbyder vil være forpligtet til at afvise tilbud, der indeholder forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, og at udbyder vil være berettiget til at afvise tilbud, der indeholder forbehold overfor ikke-grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.”

Ifølge udbudsmaterialet, herunder ”Bestemmelser om udbud og tilbud (BUT), Levering af saltspredere og sneplove 2016-2019”, pkt. 3.6.2, var tildelingskriteriet ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet”. Underkriterium A, ”Pris”, vægtede 50 % og underkriterium B, ”Kvalitet”, vægtede 50 %. For underkriterium B var fastsat tre delkriterier: 1) enkel opbygning, 2) modstandsdygtighed overfor både sommer- og vintervej og 3) forebyggelse mod korrosion af sneploven.

Til Kravs- og ydelsesspecifikationen var vedlagt adskillige bilag, herunder bilag 3 ”Tekniske krav til sneplove”. Vedrørende sneplovenes plovblade er anført i bilaget:

”Sneplovenes plovblade skal være lavet helt eller primært af slidstærkt, slagfast plastmateriale. Såfremt leverandøren ønsker at anvende stål til plovbladet, må dette maksimalt udgøre 50 % (målt i overfladens areal).”

Bestemmelsen om anvendelse af stål i sneploven gælder for både koniske og cylindriske sneplove.

Vedrørende sneplovenes højde er blandt andet anført:

”Sneplovenes højde på venstre skal være minimum 90 cm, højre maks. 150 cm, minimum stigning 9 cm pr. meter.”

Bestemmelsen gælder for koniske sneplove.

Vedrørende sneplovenes hovedskærer er det blandt andet anført:

”Sneplovene skal minimum bestå af et hovedskær og et sjapskær, men gerne flere.

Sjapskæret skal være af gummi.

Sneplovenes hovedskæret skal enten være et gummiskær eller et kombinationsskær. Såfremt hovedskæret er af gummi, skal ploven supplerende være udstyret med et tredje skær af stål. Dette stålskær skal kunne klappes op”

I Kravs- og ydelsesspecifikationen er ”kombinationsskær” defineret således:

”Sneplovskær sammensat af tre dele – en hård forside og bagside med ismeltet gummi og kerne af hårdt materiale, der tillader rydning, der følger slidtage på vejen.”

Stiholt sendte den 10. maj 2016 sit tilbud vedrørende ”Delaftale 3: Levering af cylindriske og koniske sneplove” til Vejdirektoratet. I brevet står der blandt andet:

”Vi har i tilbuddet en cylindrisk og konisk sneplov af det tyske Bucher Municipal, der er markedsleder på sneplove til lastbiler i Europa.

De tilbudte sneplove lever til fulde op til kravene i kravs- og ydelsesspecifikation (KYS).

Vi bekræfter, at vi kan leve op til de krav beskrevet i ovennævnte udbud. Har i brug for yderligere oplysninger, er i meget velkomne til at kontakte vores eksperter på området ...”

Stiholt vedlagde som del af sit tilbud et bilag med tekniske specifikationer for de tilbudte sneplove. Det fremgår heraf blandt andet:

”1. OVERORDNET BESKRIVELSE

Énsektionsstålblad af kvalitetsstål. Bladet til A90-serien er udformet til brug ved høje hastigheder med såvel stål- som gummiskær (polyuretan). Justeringer foregår hydraulisk, både venstre- og højresving, løftning, sænkning og justering af indsatsvinklen i forhold til vejoverfladen for bedst at kunne tilpasse rydningsindsatsen til typen og mængden af sne.

...

3.1 Blad

Bladet er et énsektionsstålblad af høj kvalitet (FE 430) med koldformet rund profil og forstærkende ribber. Denne type profil sikrer perfekt sne-rydning og samtidig forhindrer snestænk på køretøjets forrude.”

Stiholt vedlagde som del af sit tilbud et bilag med ”Bestemmelser om ud-bud og tilbud (BUT)”. Det fremgår heraf blandt andet:

”Plovvinge er fremstillet af plast (Se A90, overdel i polykarbinat side 1).”

Stiholt vedlagde som del af sit tilbud databladet ”A90 Sneplov til motorve-je”. Databladet beskriver med ord og illustrationer sneplovens (A90) karakteristika, herunder tekniske data. Af tabellen nederst på databladet fremgår følgende:

”

TEKNISKE DATA:		A90.30	A90.35	A90.37
Skær bredde	mm	3000	3500	3700
Arbejdsbredde (36° max. drejning)	mm	2430	2830	3000
Plov højde som koniske	mm	991 / 1505	991 / 1505	991 / 1505
Plov højde med overbygning type F.	mm	1060	1060	1060
Plov højde med envejs overbygning.	mm	1100	1100	1100
Mindst bredde for small passage.	mm	2500	2900	3100
Standard vægt.	Kg	900	950	980

”

De i databladet anførte tekniske data viser, at højre side af den tilbudte sne-plov var 1.505 mm, eller 150,5 cm.

Vedrørende sneplovenes hovedskær fremgår af bilaget ”tekniske specifikationer”, som var en del af Stiholts tilbud, blandt andet:

”3.8 Skær

Lavet af speciel stål, monteret med bolte og nemt at udskifte. Det leveres som standard i 55 Si7 stål med en garanteret mindste tykkelse på 18 mm (se § 8 Materiale og komponenter).”

Ved e-mail af 2. juni 2016 meddelte Vejdirektoratet samtlige tilbudsgivere resultatet af tilbudsevalueringen. Vejdirektoratet meddelte i den forbindelse Stiholt, at virksomhedens tilbud på delaftale 3 ikke var konditionsmæssigt. Baggrunden for vurderingen var begrundet i e-mailen. Det fremgår blandt andet:

”I jeres tilbud fremgår det af de ”Tekniske specifikationer”, side 2, afsnit 1 (vedlagt som en del af tilbuddet), at sneploven har ”énsektionsstålblad af kvalitetsstål”.

I Kravs- og ydelsesspecifikation (KYS), Bilag 3 Tekniske krav til sneplove under emnet ”Udstyr og krav til materialer” er det fastsat, at ”Sneplovens plovblade skal være lavet helt eller primært af slidstærkt, slagsfast plastmateriale. Såfremt leverandøren ønsker at anvende stål til plovbladet, må dette maksimalt udgøre 50 % (målt i overfladens areal).” Da jeres plovblad ikke opfylder dette krav er tilbuddet ukonditionsmæssigt, og Vejdirektoratet er derfor nødt til at afvise jeres tilbud.

Det kan i øvrigt konstateres, at jeres tilbud er uklart på et par punkter. I ovennævnte Bilag 3 under emnet ”Mål og vægt” er det vedr. koniske sneplove fastsat, at ”Sneplovens højde på venstre skal være minimum 90 cm, højre maks. 150 cm, minimum stigning 9 cm pr. meter.”

I jeres tilbud fremgår det af databladet ”A90 Sneplov til motorveje” (vedlagt som en del af tilbuddet), at højden i højre side af sneploven er 1505 mm, mens det af de vedlagte tekniske tegninger fremgår højden 1500 mm. Det er således uklart, hvilken højde, den koniske sneplov leveres i. Det er således uklart, om mindstekravet til højde er overholdt.

Ligeledes er det i Bilag 3 under emnet ”Udstyr og krav til materialer” fastsat, at ”hovedskæret skal enten være et gummiskær eller et kombinationsskær.”

I jeres tilbud i det udfyldte Bilag 3 til Bestemmelser om udbud og tilbud, Delaftale 3: bedømmelse af underkriterium B oplyst, at sneploven leveres med kombinationsskær. Det fremgår af ”Tekniske specifikationer” (vedlagt som en del af tilbuddet) side 5, afsnit 3.8 at skær er ”lavet af speciel stål” og ”leveres i ”55 Si7 stål”. Det er således uklart, hvilket type skær sneplovenes leveres med, og om mindstekravet til skær er overholdt.”

Stiholt korresponderede den 9. og 10. juni 2016 med Vejdirektoratet om kvaliteten af de af Stiholt tilbudte sneplove. Stiholt skrev den 9. juni 2016 blandt andet:

”Har du fundet Bucher teleskop sneplovene som du ringede om i mandags.

Jeg så dem på pladsen i Hjørring i går.

Jeg er lidt ked af det du sagde omkring Bucher (Assaloni)sneplovene, at i ikke kunne lide dem, og at i hellere så at vi gav tilbud på A M sneplove da der er dem i vil have. Du oplyste der havde været problemer med Assaloni sneploven flere steder i Danmark, vognmænd på Sjælland var tilfredse, hvorimod vognmænd i Jylland havde problemer med plovene.

Assaloni plovene som du beretter om er ikke solgt gennem firmaet Stiholt.

Bucher sneplov er i dag en af Europas bedste, alle dårligdomme fra Assaloni er taget bort.

...”

Den 10. juni 2016 svarede Vejdirektoratet Stiholt blandt andet:

”Ang. Assaloni plove er det ikke nemt at få en vognmand/chauffør til at køre med den på nær i Hovedstaden (Det samme gælder montører). Der er noget med højden på ploven, der kommer sne op på forruden. Nogle har haft problemer med at den hopper/ryster. Der er også problemer når de skal stille den af hvis den ikke stå præcist er den meget besværlig at få på igen. Så er der mange led og stang forbindelser hvad sker der når de begynder at blive slidte?

En AM plov eller Villetton plov høre vi stort set aldrig klager over.

...”

Parternes anbringender:

Stiholt har i sit følgebrev til det fremsendte tilbud indestået for, at de tilbudte sneplove lever op til kravene i Krav- og ydelsesspecifikationen (KYS), ligesom det også fremgik af tilbudsteksten i Bestemmelser om udbud og tilbud (BUT). Tilbudsteksten havde forrang frem for eventuelle bilag.

Stiholt har medgivet, at virksomheden vedlagde sit tilbud bilaget ”Tekniske specifikationer”, hvori der findes en oplysning om, hvilket materiale en standardplovs blad er lavet af, som, hvis den lægges til grund, betyder, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt. Stiholt har imidlertid gjort gældende, at Vejdirektoratets personale, der har stor erfaring med vintermateriel, burde kunne se, at der var tale om en standardbrochure om A90-serien, og at den derfor ikke kunne antages at være udtryk for, hvad Stiholt tilbød.

Stiholt har yderligere gjort gældende, at brochuren omhandler ”Snepløve A90 serie”. Vejdirektoratet efterspurgte, at der blev vedlagt tilbuddet brochuremateriale. Af bilaget ”Tekniske specifikationer” fremgår tydeligt, at der ikke er tale om en enkelt pløve, men derimod en serie af pløve, som dokumentet beskriver. Det fremgår eksempelvis 19 gange af brochuren, at der er tale om A90-serien.

Stiholt har dertil gjort gældende, at brochuren ikke er udtømmende, og har som eksempel anført, at det af brochuren vedrørende ”hydraulikstationen” fremgår, at denne styres af et betjeningspanel, som kan være ”en af følgende modeller”, hvorefter der følger en illustration indeholdende et foto af de tre betjeningspaneler. Dette illustrerer tydeligt, at der er tale om en standardbrochure, da de tre betjeningspaneler ikke følger med, men at det ”kan” være et af betjeningspanelerne, som bruges til at styre pløven. I brochuren er der endvidere en figur, som viser dimensionerne på fem forskellige pløve i A90-serien. Dette illustrerer også, at det er en standardbrochure om A90-serien. Stiholts tilbud indeholder ”overdel i polykarbinat”, som er en standard brochure om forskellige muligheder for udstyr/opbygning af pløven. Dette viser, at overdelen ikke er lavet af metal, idet polykarbinat er plastik. Brochuren indeholder også et billede, der viser en pløve, der kan leveres med overdel i polykarbinat. Den af Stiholt tilbudte pløve består hovedsageligt af plast, idet det alene er kanterne, der består af stål, og derved kan stålet aldrig udgøre halvdelen af pløven.

Dertil kommer, at Vejdirektoratet på informationsmødet tydeligt oplyste, at det var ”Bestemmelser om udbud og tilbud”, der skulle svares på, og at Vejdirektoratet ikke ønskede, at tilbudsgiverne skulle levere en masse ekstra materiale, der beskrev, hvorledes tilbudsgivernes pløve levede op til hvert enkelt punkt i Kravs- og ydelsesspecifikationen.

Stiholt har endvidere anført, at virksomheden otte gange tidligere har deltaget i Vejdirektoratets udbud, og at virksomheden alle gange har afleveret standardbrochurer sammen med tilbuddene. Vejdirektoratet har ikke en eneste gang erklæret virksomhedens tilbud for ukonditionsmæssigt, fordi der blev vedlagt standard brochuremateriale.

Dertil kommer, at andre tilbudsgivere vedrørende andre af Vejdirektoratet afholdte udbud har medsendt standardbrochurer til Vejdirektoratet, uden at

deres tilbud er blevet afvist. Stiholt har derfor gjort gældende, at ændringen i, hvorledes Vejdirektoratet anskuer et tilbud inklusiv medsendte standard-brochurer, er en overtrædelse af udbudslovens § 2.

Stiholt har overfor Vejdirektoratets anbringende om, at Stiholts tilbud er uklart på et par punkter, gjort gældende, at højden på ploven i højre side i ”A90, overdel i polykarbinat” er oplyst til 1.505 mm. Som tidligere nævnt er dette en standard brochure, og derfor er der til tilbuddet vedlagt ”Tegning A90.35 konisk” og ”Tegning A90.37 konisk”, der begge viser, at højden på plovene er 1.500 mm og således overholder kravene i ”Kravs- og ydelses-specifikationerne”. Hovedskæret skal ifølge ”Kravs- og ydelses-specifikationerne” være et gummiskær eller kombinationsskær. Af bilaget ”Tekniske specifikationer” fremgår det, at hovedskæret er lavet af stål, men som tidligere nævnt er ”Tekniske specifikationer” en standard brochure. Stiholt beskriver i besvarelsen af ”Levering af saltspredere og sneplove 2016-2019, Bilag 3”, at ploven har kombinationsskær. Derudover er der vist en tegning med to eksempler på kombinationsskær fra skærproducenten.

Stiholt har endelig gjort gældende, at Vejdirektoratet ikke ønskede de plove, som Stiholt tilbød, hvilket bevirkede, at der skete forskelsbehandling af de indkommende tilbud i negativ retning for så vidt angik Stiholt. Dette var i strid med udbudslovens § 2.

Vejdirektoratet har gjort gældende, at Stiholts tilbud er afvist med rette. Det er tilbudsgiver, der bærer risikoen for fejl og uklarheder i sit tilbud. Dette er fastslået i omfattende klagenævnspraksis, herunder i klagenævnets kendelse af 17. juni 2014, GN ReSound Danmark A/S mod Amgros I/S, hvor tilbuddet indeholdt modstridende angivelser om opfyldelse af tekniske mindstekrav.

Vejdirektoratet har gjort gældende, at mindstekravet til sneplovens plovblade ikke er opfyldt i Stiholts tilbud, hvorfor tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Vejdirektoratet har yderligere gjort gældende, at der i Stiholts tilbud er modstridende oplysninger i forhold til opfyldelse af mindstekrav til sneplovenes højde og hovedskær som følger:

Vedrørende sneplovenes plovblade:

Det var fastsat som mindstekrav i ”Kravs- og ydelsesspecifikationen”, herunder bilag 3 ”Tekniske krav til sneplove”, at sneplovenes plovblade maksimalt måtte udgøre 50 % stål. Det fremgår af punkt 3.1 i Stiholts vedlagte bilag ”Tekniske specifikationer”, at Stiholt tilbyder ”et énsektionsstålblad af høj kvalitet (FE 430)”, hvilket må forstås som 100 % stål.

Stiholt vedlagde tilbuddet et bilag, hvor der er indsat et billede, der viser en plov med ”overdel i polykarbinat”. Det fremgår imidlertid ikke af dette billede – eller billederne i øvrigt i bilaget – at den tilbudte sneplov lever op til mindstekravet om, at plovbladet maksimalt må udgøre 50 % stål. Tilbuddet er derfor ukonditionsmæssigt.

Vedrørende sneplovenes højde:

Det var fastsat som mindstekrav i ”Kravs- og ydelsesspecifikationen”, herunder bilag 3 ”Tekniske krav til sneplove”, at sneplovenes højde i højre side maksimalt måtte være 150 cm. I Stiholts tilbud tilbydes en højde i højre side på 150,5 cm. Selvom det fremgår af de tekniske tegninger, at højden er 150 cm, er det uklart, hvorvidt mindstekravet er opfyldt.

Vedrørende sneplovenes hovedskær:

Det var fastsat som mindstekrav i ”Kravs- og ydelsesspecifikationen”, herunder bilag 3 ”Tekniske krav til sneplove”, at sneplovenes skær skulle være et gummiskær eller et kombinationsskær. Stiholt tilbød et skær af ”speciel stål”, hvilket ikke opfylder mindstekravet. Selvom det fremgår af bilag 3 til tilbuddet, at sneploven leveres med kombinationsskær, er det uklart, hvorvidt mindstekravet er opfyldt.

Adskillige oplysninger i Stiholts tilbud var således i strid med de fastsatte mindstekrav. Vejdirektoratet har derfor med rette afvist tilbuddet.

Overfor Stiholts påstand om, at Vejdirektoratet burde have vidst, at det i tilbuddet vedlagte bilag var en standardbrochure, har Vejdirektoratet gjort gældende, at dette ikke var åbenbart for Vejdirektoratet, blandt andet fordi Stiholt ikke anførte dette i sit tilbud.

Det er uden betydning, hvilken type dokument der er tale om. ”Tekniske specifikationer” var vedlagt Stiholts tilbud, hvorfor det blev læst og evalueret.

ret i forbindelse med tilbudsevalueringen og sammenholdt med de i udbuddet fastsatte mindstekrav. Det forhold, at bilaget ikke overholder kravene i udbudsmaterialet, er Stiholts risiko, ligesom det er Stiholts risiko, at der for visse krav skabes uklarhed om, hvorvidt mindstekravene er opfyldt.

Den omstændighed, at Stiholt i otte tidligere afholdte udbud har vedlagt standardbrochurer, uden at det har bevirket at virksomhedens tilbud er blevet anset som ukonditionsmæssige, er ikke relevant for denne sag. Vejdirektoratets tidligere udbud er ikke sammenlignelige med dette udbud, da hele kontraktgrundlaget og kravspecifikationerne er ændret væsentligt, herunder kravet om, at sneplovenes plovblade makismalt må udgøre 50 % stål. Det forhold, at Stiholts tilbud muligvis tidligere har kunnet opfylde de stillede mindstekrav, betyder derfor ikke nødvendigvis, at det gør det i dette udbud.

Med hensyn til Stiholts anbringende om, at tilbuddene fra to andre tilbudsgivere ligeledes var vedlagt standardbrochurer, som indeholdt ukonditions-mæssige oplysninger, uden at Vejdirektoratet har erklæret disse tilbud for ukonditions-mæssige, er det fortsat Vejdirektoratets vurdering, at alle øvrige modtagne tilbud på de 3 delaftaler var konditions-mæssige, og at Vejdirektoratet derfor heller ikke af den grund har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet. Vejdirektoratet har ikke foretaget en evaluering af Stiholts tilbud på delaftale 3, som afviger fra den evaluering, der er sket af de øvrige tilbud. Det bestrides således som udokumenteret, at Vejdirektoratet har medtaget ukonditions-mæssige tilbud i evalueringen.

Vejdirektoratet har bestridt, at direktoratet inden evalueringen havde besluttet sig for, hvilke sneplove direktoratet ønskede, og på den baggrund at have udøvet forskelsbehandling ved evalueringen af de indkomne tilbud.

Vejdirektoratet har dermed med rette afvist Stiholts tilbud som ukonditions-mæssigt, og Vejdirektoratet har i det hele handlet korrekt og i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet har i delkendelsen af 12. juli 2016 udtalt:

”Vedrørende betingelse nr. 1 (”*fumus boni juris*”) bemærker klagenævnet, at det fremgår af ”Kravs- og ydelsesspecifikationen”, at de deri fastsatte krav er mindstekrav til de ydelser, der påhviler leverandøren i forbindelse med leverancerne, herunder mindstekrav til saltspredere og sneplove. Til ”Kravs- og ydelsesspecifikationen” knytter der sig ”Tekniske krav til sneplove”, hvori er bestemt, at ”såfremt leverandøren ønsker at anvende stål til plovbladet, må dette maksimalt udgøre 50 %”. Stiholt tilbød ”et énsektionsstålblad af høj kvalitet (FE 430)”. Vejdirektoratet kunne på denne baggrund gå ud fra, at bladet var 100 % stål. Stiholts tilbud var således på dette punkt ukonditions-mæssigt. Allerede af denne grund er der ikke rimelig udsigt til, at Stiholt vil få medhold i sin klage. Det, Stiholt har anført om billedet, der viser en plov med ”overdel i polykarbinat”, ændrer ikke herved, idet det ikke i forbindelse med billedet er oplyst, at plovbladet maksimalt udgøres af 50 % stål.

Som følge heraf er det ikke nødvendigt at tage stilling til det anførte om henholdsvis sneplovenes plovblade og højde, ligesom klagenævnet ikke tager stilling til, hvorvidt der foreligger uopsættelighed, eller hvorvidt en interesseafvejning bør føre til, at klagenævnet skal tillægge klagen opsættende virkning.”

På den baggrund, og da det oplyste om de øvrige tilbudsgiveres tilbudsmateriale samt korrespondancen med Vejdirektoratet ikke kan føre til et andet resultat, tages påstand 1 ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Stiholt skal i sagsomkostninger til Vejdirektoratet betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Jeanne Schou
specialkonsulent