

K E N D E L S E

Oluf Brønnum & Co. A/S
(Steen Jensen)

mod

Københavns Kommune
(advokat Michael Klöcker, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 006-008253 af 9. januar 2017, offentliggjort den 10. januar 2017, udbød Københavns Kommune som offentligt udbud efter udbudsloven anskaffelse af storkøkkenudstyr, rådgivning, service og diverse isenkram til kommunens skolemadsboder (EAT boder). Udbuddet er et genudbud, idet et tidligere udbud af samme ydelse blev annulleret. Kontraktens anslåede værdi er 6,5 mio. kr.

Ved tilbudsfristens udløb den 22. februar 2017 havde kommunen modtaget tilbud fra Hotri Storkøkken A/S (herefter Hotri), fra Ken Storkøkken A/S og fra Oluf Brønnum & Co. A/S (herefter Brønnum).

Efter evaluering af tilbuddene anmodede kommunen Hotri om at fremsende dokumentation for oplysningerne i ESPD'et.

Den 13. marts 2017 meddelte Københavns Kommune tilbudsgiverne, at kommunen agtede at tildele kontrakten til Hotri. Efter en henvendelse fra Brønnum foretog kommunen en fornyet vurdering af det vindende tilbuds konditionsmæssighed og anmodede i den forbindelse Hotri om at fremsende yderligere dokumentation for, at de tilbudte produkter opfyldte mindstekra-

vene. Hotri fremsendte den 27. marts 2017 bilag med tekniske specifikationer og leverandørerklæringer.

Kommunen har herefter den 30. marts 2017 indgået kontrakt med Hotri.

Den 14. maj 2017 indgav Brønnum klage til Klagenævnet for Udbud over Københavns Kommune. Klagen har været behandlet skriftligt.

Brønnum har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have foretaget en utilstrækkelig og ukorrekt vurdering af Hotris tilbud i forhold til tilbuddets manglende opfyldelse af udbudsmaterialets produktmæssige mindstekrav.

Påstand 1a

Klagenævnet skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have anvendt udbudslovens § 159, stk. 5, og anmodet Hotri om at fuldstændiggøre Hotris tilbud, uden at kommunen gav Brønnum samme mulighed.

Påstand 1b

Klagenævnet skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og § 159, stk. 5, ved at have tilladt Hotri at fremsætte et nyt tilbud efter udløb af tilbudsfristen.

Påstand 2

Udgår.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Københavns Kommunes tildelingsbeslutning af 13. marts 2017 om at indgå kontrakt med Hotri.

Påstand 4

Klagenævnet skal pålægge Københavns Kommune, jf. udbudslovens § 185 stk. 2, at bringe kontrakten med Hotri til ophør med et passende varsel.

Københavns Kommune har nedlagt påstand om, at påstand 4 afvises, og at klagen i øvrigt ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbetingelserne fremgår, at tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud identificeret på grundlag af pris, og at ordregiveren vil vurdere tilbuddene på grundlag af de anførte priser i den udfyldte tilbudsliste.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 6.2 fremgår:

”Det er Tilbudsgivers ansvar, at tilbyde produkter der lever op til kravspecifikationen. I forbindelse med vurderingen af de indkomne tilbud forbeholder Ordregiver sig retten til, at bede om yderligere dokumentation for, at produkternes konditionsmæssighed er overholdt.

Tilbuddet skal vedlægges produktinformation, om alle de tilbudte produkter indeholdende varenummer, produktnavn og billede, f.eks. i form af et Hovedkatalog eller anden samling af informationer.

I Tilbudsskema (Bilag C) i kolonne K, skal der henvisning til side i Tilbudsgivers Hovedkatalog/samling af informationer.”

Tilbudslisten indeholder for hver produktkategori bl.a. en beskrivelse af mindstekravene.

Af kravspecifikationens punkt. 16.1 fremgår, at størrelsesangivelserne ”i tilbudsskemaet må afvige med +/- 10 % undtaget i de tilfælde, hvor der er opgjort et interval. I dette tilfælde skal varen ligge inden for intervallet.”

Af en udtalelse af 15. august 2017 fra Hoszisasi Danmark, som producerer de køleskabe, som Hotri har tilbudt, fremgår bl.a.:

”Volumenindhold

...

Jeg skal hermed bekræfte mine tidligere oplysninger i brev af 17. marts 2017 om volumenindholdet i Gram køle- og fryseskabe.

Jeg skal dog præcisere definitionerne af de tre udtryk:

Bruttovolumen: Det totale rumindhold i et skab når man fylder det med vand.

Nettovolumen: Bruttovolumen fratrukket rumindhold af hylder, vægskinner, bæreskinner osv.

Nytteindhold: Beregning af skabets volumen i henhold til ECO-Design direktiv EN 16825 hvor nytteindhold beregnes bl.a. ved anvendelse af specielle testblokke.

Det svar jeg sendte på min mobil til [Brønnum] den 17. juni 2017 var udelukkende baseret på et spørgsmål fra [Brønnum] om hvordan Hoshizaki Danmark definerer ”nyttevolumen” i vores prisliste 2017, hvor vi har udeladt begrebet ”nettovolumen” og udelukkende oplyser ”rumindhold, brutto” og ”nettonyttevolumen”.

...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Brønnum har gjort gældende, at Hotris lave tilbud må skyldes, at Hotri har tilbudt produkter, der ikke er konditionsmæssige, og at følgende af Hotris tilbudte produkter ikke overholder de fastsatte mindstekrav som beskrevet under pkt. A-E:

A. Køleskab 1 + 2

Kommunen havde fastsat et mindstekrav om minimum 530 liter nettoindhold.

De køleskabe, Hotri tilbød, havde efter det oplyste et bruttoindhold på 614 liter (køleskab 1) og 610 liter (køleskab 2).

Tilbuddet fra Hotri skulle alene af den grund have været afvist, da det kun indeholder oplysning om et bruttoindhold og ikke et nettoindhold.

Af et produktblad vedrørende et Gram superior TWIN K 84 CCG L2 45 køleskab fremgår, at dette køleskab har et ”Netto nyttevolumen” på kun 462 liter, hvilket er langt under mindstekravet på mindst 530 liter. Hoshizaka Danmark har den 17. juni 2017 over for Brønnum bekræftet, at ”Netto nyttevolumen er det samme som nettovolumen jf. EUs EcoDesign regler”.

Tilbuddet fra Hotri A/S er derfor ukonditionsmæssigt, da det ikke opfylder mindstekravet om et nettoindhold på 530 liter.

At kommunen er i besiddelse af underbilag, som viser det modsatte, er udo-kumenteret over for Brønnum.

B. Fryseskab

For fryseskab er fastsat et mindstekrav om minimum 530 liter nettoindhold.

Det fryseskab, som Hotri har tilbudt, har et bruttoindhold på 609 liter.

Tilbuddet fra Hotri skulle alene af den grund have været afvist, da tilbuddet indeholder oplysning om et bruttoindhold og ikke et nettoindhold.

Af en beskrivelse af fryseskab "Inventus C7 & F7" fra producenten fremgår under "Brutto-/Netto anvendelig volumen", at "netto anvendelig volumen" er 489 liter. Tilbuddet opfylder derfor ikke mindstekravet om et minimum nettoindhold på 530 liter.

Det var tillige et mindstekrav, at fryseskabet skal have et udvendigt mål i mm på B840 x D785 x H2125 (alle mål +/- 50 mm).

Det fremgår af producentens beskrivelser, at det udvendige mål på Porkka Inventus C7 i mm udgør B730 x D870 x H2100. Det, som Hotri har tilbudt, opfylder derfor ikke mindstekravet for bredden og dybden om mål i mm, uagtet målene kan variere +/- 50 mm.

Tilbuddet fra Hotri er derfor også af den grund ukonditionsmæssigt.

C. El-varmeskab

For el-varmeskab er fastsat et mindstekrav til "rumfanget af selve el-varmeskabet i mm L540 x B810 x H1040 (alle mål +/- 50 mm)".

Det el-varmeskab, som Hotri har tilbudt, har ifølge produktkataloget et udvendigt mål på B500 x D770 x H1380.

Med hensyn til højden er dette en afvigelse, som overskrider den tilladte afvigelse på +/- 50 mm.

Da der er tale om et mindstekrav vedrørende målforhold, skulle tilbuddet fra Hotri alene af den grund have været afvist.

Kommunen har efter det oplyste lavet en teknisk afklaring af målene. Det er imidlertid ikke over for Brønnum dokumenteret, at det ikke er mål, der er "opfundet" til lejligheden.

D. Opvaskemaskine

Der er bl.a. fastsat et mindstekrav til den tilbudte opvaskemaskine, som skal have indbygget en pumpe, der sikrer, at der maksimalt benyttes 2 liter vand pr. kurv.

Af en producentspecifikation fra Winterhalter fremgår et vandforbrug på 2,4 liter pr. vask.

Kommunens oplysning om, at ”den tilbudte opvaskemaskine [kan] indstilles i intervallet 0,5 - 3,4 liter, og [den] kan derfor indstilles til et maksimalt vandforbrug på to liter pr. kurv. Der henvises til, at den af Kommunen indhentede erklæring fra producenten (bilag B- 3A)” ikke er tilgængelig for Brønnum.

E. Rullebord med kørebøjle

Hotri har taget forbehold for maksimalvægten pr. hylde på 40 kg.

Kommunen har ganske vist ikke angivet en øvre eller nedre vægt, som hver hylde skal kunne ”holde til”, men Hotri tilbyder et produkt, der maksimalt kan ”holde til” 40 kg, hvilket er et forbehold for udbudsmaterialet, der medfører, at tilbuddet fra Hotri er ukonditionsmæssigt.

Københavns Kommune har gjort gældende, at der ikke er fastsat krav om, at tilbudsgiveren i tilbuddet dokumenterer opfyldelsen af samtlige mindstekrav. Den vindende tilbudsgiver har afgivet tilbud ved som krævet at udfylde tilbudsskemaet og vedlægge varekatalog, hvoraf de tilbudte produkter fremgår. I tilbudsskemaet har Hotri i kolonnen ”Tilbudsgivers bemærkninger” anført ”ingen”, og virksomheden har derved bekræftet at opfylde mindstekravene. Hotri har ved kommunens tekniske afklaring fremsendt den krævede dokumentation og har således afgivet tilbud i overensstemmelse med udbudsmaterialet.

Kommunen bestrider, at Hotris tilbud skulle være ukonditionsmæssigt, fordi det indeholder oplysninger om bruttovolumen og ikke udtrykkeligt nævner nettovolumen. Af udbudsbetingelserne pkt. 4.1.2 fremgår, at tilbudsgiveren i forbindelse med afgivelse af tilbud skal udfylde og uploade i) udfyldt tilbudsskema, ii) udfyldt ESPD, og iii) katalog, der relaterer sig til de produkter, der er efterspurgt. Af udbudsbetingelserne pkt. 6.3 fremgår endvidere, at ”Det er Tilbudsgivers ansvar, at tilbyde produkter der lever op til kravspecifikationen. I forbindelse med vurderingen af de indkomne tilbud forbeholder Ordregiver sig retten til, at bede om yderligere dokumentation for, at produkternes konditions-mæssighed er overholdt.”

Københavns Kommune har om Brønnums enkelte indsigelser A-E nærmere gjort gældende:

A. Køleskabe 1 og 2.

De tilbudte køleskabe er specialproducerede, og der findes derfor endnu ikke en præcis oversigt over de tekniske specifikationer. De tilbudte køleskabe er imidlertid sammenlignelige med køleskabet GRAM Superior Twin K 84 CCG L2 4S, men indeholder dog fem hylder.

Begrebet ”nettonyttetvolumen” er ikke identisk med begrebet ”nettovolumen”. I udbudsmaterialet stilles alene krav til nettovolumen. Af bilag B-1A fremgår, at køleskabet Superior Twin K84 CCG L2 4S, som er sammenligneligt med de tilbudte, specialproducerede køleskabe, har en nettovolumen på 538 liter, henholdsvis 536 liter. Det tilbudte overholder således mindstekravet om nettovolumen på minimum 530 liter.

B. Fryseskab

Af bilaget fra PORKKA fremgår fryseskabets indvendige bredde, dybde og højde angivet i millimeter. Fryseskabets nettovolumen er beregnet ved at multiplicere de indvendige mål og udgør 535 liter. Fryseskabet opfylder således mindstekravet til nettovolumen uden at udnytte den tilladte margen på +/- 10%.

Fryseskabets udvendige mål er B850 x D758 x H2100, som det også fremgår af det produktkatalog, som Brønnum er i besiddelse af. Fryseskabet opfylder således mindstekravene til mål. Oplysninger, som Brønnum har fundet på Hotris hjemmeside, og som ikke indgår i tilbuddet, er ikke relevante. Det bemærkes, at tilbudsgivers hjemmeside er under ombygning og derfor ikke er opdateret. Informationer på hjemmesiden er ikke validerede og er uden betydning i denne sag.

C. El-varmeskab

De mål, som er angivet i produktkataloget, afspejler el-varmeskabets samlede, ydre mål inklusive hjul. Kommunen foretog i forbindelse med vurderingen af tilbuddet en teknisk afklaring af målene. El-varmeskabets reelle mål uden kørestel er L540 x B770 x H1090, og de ligger således inden for den tilladte margen på +/- 50mm.

D. Opvaskemaskine

Brønnum har under henvisning til Hotris hjemmeside gjort gældende, at den tilbudte opvaskemaskine ikke opfylder mindstekravene på L600 x B603 x H905. Da målene for opvaskemaskinen ikke er angivet som et interval, må størrelsen afvige med +/- 10%.

Af Hotris tilbud og produktkataloget fremgår, at den tilbudte opvaskemaskine måler L600 x B603 x H905. Kommunen kan på baggrund af den tekniske afklaring bekræfte, at denne oplysning er korrekt. Den tilbudte opvaskemaskine opfylder således mindstekravene uden at udnytte den tilladte margen på +/- 10%. Oplysninger, som Brønnum har fundet på den vindende tilbudsgivers hjemmeside, og som ikke indgår i tilbuddet, er ikke relevante.

Den tilbudte opvaskemaskine kan indstilles i intervallet 0,5 – 3,4 liter, og maskinen kan derfor indstilles til et maksimalt vandforbrug på to liter pr. kurv, som det også fremgår af den erklæring fra producenten, som kommunen har indhentet. Den tilbudte opvaskemaskine overholder således mindstekravet til vandforbrug.

E. Rullebord

Den vindende tilbudsgiver har ikke afgivet tilbud med forbehold, eftersom kommunen ikke har angivet mindstekrav til rullebordets bæreevne.

Ad påstand 1a og 1b

Brønnum har gjort gældende, at en ordregiver kun kan anvende udbudslovens § 159, stk. 5, under overholdelse af principperne i udbudslovens § 2, og at anmodningen til tilbudsgiveren ikke må føre til, at tilbudsgiveren fremsætter et nyt tilbud. Hotri har foretaget en væsentlig ændring af sit tilbud, og dermed har kommunen overtrådt udbudslovens § 2 ved at acceptere det nye tilbud, som Hotri har afgivet efter tilbudsfristens udløb.

Kommunen har ikke anmodet Brønnum om at præcisere de mangler, som angiveligt har været ved Brønnums tilbud. Kommunen har derved forskelsbehandlet Brønnum og Hotri.

Navnlig vedrørende køle/fryseskabenes brutto- og nettoindhold har anvendelsen af udbudslovens § 159, stk. 5, i den konkrete situation medført, at Hotri har fremsat et nyt tilbud, da brutto- og nettoindhold ikke er identiske

begreber, men det kræver en matematisk formel at omregne fra brutto- til nettoindhold.

Oplysningerne i Hotris produktkatalog vedrørende opvaskemaskinens vandforbrug afviger ubestridt fra udbudsmaterialets mindstekrav. Anvendelsen af § 159, stk. 5, har i den konkrete situation medført, at Hotri har fremsat et nyt tilbud, da den indhentede erklæring fra producenten vedrører væsentligt nye oplysninger, som udgør en markant og væsentlig forskel fra tilbuddets oprindelige oplysninger, og som dermed må anses for at være en væsentlig ændring af tilbuddet. Kommunen har dermed overtrådt udbudslovens § 2 ved at acceptere Hotris nye tilbud efter tilbudsfristens udløb.

Københavns Kommune har gjort gældende, at Brønnums tilbud var ukonditionsmæssigt, bl.a. fordi det omfattede køle- og fryseskab i energiklasse henholdsvis B og C, mens kommunen i kravspecifikationen havde stillet krav om energiklasse henholdsvis A og B. Da det tydeligt fremgik af Brønnums tilbudsskema, var der ikke grund til at foretage en teknisk afklaring af tilbuddet.

Kommunen har efter henvendelse fra Brønnum i marts 2017 fortaget en fornyet vurdering af det vindende tilbuds konditions-mæssighed inden kontraktindgåelsen. Kommunen anmodede i den forbindelse Hotri om at fremsende yderligere dokumentation for, at de tilbudte produkter lever op til mindstekravene. Kommunen modtog dokumentationen, som består af tekniske specifikationer på de tilbudte produkter samt producentens bekræftelse af, at produkterne opfylder mindstekravene. Hotri har således alene fremlagt dokumentation for oplysninger, som allerede fremgik af tilbuddet, og som vedrørte de tilbudte produkter. Hotri har ikke tilbudt nye produkter efter tilbudsfristens udløb.

Ad påstand 3

Brønnum har gjort gældende, at de påviste overtrædelser skal medføre, at klagenævnet skal annullere tildelingsbeslutningen.

Københavns Kommune har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 4

Brønnum har gjort gældende, at kommunen har handlet i strid med udbudslovens § 2 ved at have accepteret tilbuddet fra Hotri, der skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfylder en række mindstekrav. Klagenævnet skal derfor pålægge kommunen at bringe kontrakten med Hotri til ophør med et passende varsel, jf. udbudslovens § 185 stk. 2.

Københavns Kommune har gjort gældende, at klagenævnet ikke har kompetence til at ophæve kontrakten med Hotri, jf. udbudslovens § 185, stk. 2, sammenholdt med lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 2.

Klagenævnets reaktions- og sanktionsmuligheder fremgår udtømmende af lovens § 13, og klagenævnet kan kun i tilfælde, hvor der fastslås, at en kontrakt er uden virkning, udstede påbud om, at kontrakten bringes til ophør. Da påstanden således indebærer et påbud, som klagenævnet ikke har hjemmel til at udstede, skal påstanden afvises.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Påstand 1 må forstås således, at Brønnum ønsker fastslået, at Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have taget tilbuddet fra Hotri i betragtning, uanset at de tilbudte produkter ikke opfyldte en række mindstekrav.

Efter den tekniske afklaring, som er foretaget i overensstemmelse med udbudslovens § 159, stk. 5, er der ikke grundlag for at fastslå, at Hotris tilbud var ukonditionsmæssigt. Heller ikke oplysningerne om de tilbudte produkters bruttoindhold eller oplysningen om bæreevne for så vidt angår hylderne i rullebordet fører til, at tilbuddet ikke er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, som opstillede mindstekrav til nettoindhold og ikke indeholdt mindstekrav til hylernes bæreevne.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 1a og 1b

Kommunen kunne ikke uden at handle i strid med udbudslovens § 2 have opfordret Brønnum til efter udbudslovens § 159, stk. 5, at ”supplere, præcisere eller fuldstændiggøre” sit tilbud, som klart var ukonditionsmæssigt, bl.a. fordi de tilbudte køle- og fryseskabe ikke opfyldte mindstekravene til energiklasse.

Den tekniske afklaring, som i overensstemmelse med udbudslovens § 159, stk. 5, har fundet sted efter tilbudsfristens udløb vedrørende Hotris tilbud, har indebåret, at Hotri har fremsendt supplerende dokumentation om de tilbudte produkters tekniske specifikationer. Hotri har ikke dermed tilbudt andre produkter, i øvrigt ændret tilbuddet eller på anden vis fremkommet med et nyt tilbud.

Påstandene tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Det følger af det, som er anført ovenfor, at påstanden ikke tages til følge.

Ad påstand 4

Klagenævnet har alene i de tilfælde, der er omfattet af lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 2, hjemmel til at påbyde en ordregiver at bringe en kontrakt til ophør.

En sådan forpligtelse kan imidlertid under visse omstændigheder (men ikke i det konkrete tilfælde) følge direkte af bestemmelsen i udbudslovens § 185, stk. 2, og klageren har allerede derfor ingen selvstændig retlig interesse i at opnå klagenævnets påbud om, at København Kommune skal følge denne bestemmelse. Som påstanden er formuleret angår den ikke spørgsmålet om, hvorvidt Københavns Kommune har overtrådt bestemmelsen i udbudslovens § 185, stk. 2.

Påstanden afvises.

Herefter bestemmes:

Påstand 4 afvises.

I øvrigt tages klagen ikke til følge.

Oluf Brønnum & Co. A/S skal i sagsomkostninger til Københavns Kommune betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig