

K E N D E L S E

Oluf Brønnum & Co. A/S
(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

mod

KomUdbud v/Vejle Kommune
(advokat Maria Haugaard, København)

KomUdbud v/Vejle Kommune (herefter KomUdbud) udbød ved udbudsbe-
kendtgørelse nr. 2015/S 212-384966 af 29. oktober 2015 i medfør af ud-
budsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF) et
offentligt udbud om en rammeaftale om indkøb af storkøkkenudstyr til
kommuner, der er medlemmer af KomUdbud. Rammeaftalen var opdelt i to
delaftaler om levering af henholdsvis isenkram (delaftale 1) og maskiner og
opvask (delaftale 2). Tildelingskriteriet vedrørende delaftale 2 var fastsat til
”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.

Tilbudsfrist var den 14. december 2015.

Ved bekendtgørelse nr. 2015/S 249-453898 af 24. december 2015 meddelte
KomUdbud, at ingen af de afgivne tilbud var konditionsmæssige, og at
KomUdbud derfor overgik til udbud med forhandling uden forudgående of-
fentliggørelse af en ny udbudsbeholdning, jf. udbudsdirektivets artikel
30, stk. 1, litra a.

Blandt de indbudte tilbudsgivere var Bent Brandt A/S (herefter Bent
Brandt) og Oluf Brønnum & Co. A/S (herefter Oluf Brønnum).

KomUdbud underrettede den 12. februar 2016 Bent Brandt om, at man på delaftale 2 havde modtaget tre tilbud, og at KomUdbud havde besluttet at indgå aftale med Oluf Brønnum.

Bent Brandt indgav den 19. februar 2016 klage til Klagenævnet for Udbud. Klagenævnet traf den 20. januar 2017 afgørelse om, at tilbuddet fra Oluf Brønnum var ukonditionsmæssigt, og klagenævnet annullerede på denne baggrund KomUdbuds tildelingsbeslutning.

KomUdbud har oplyst, at der ikke har været indgået en aftale med Oluf Brønnum på baggrund af den annullerede tildelingsbeslutning.

Ved brev af 3. februar 2017 meddelte KomUdbud blandt andet, at KomUdbud efter en fornyet evaluering havde besluttet at tildele delaftale 2 til Bent Brandt.

Den 1. juni 2017 indgav Oluf Brønnum klage til Klagenævnet for Udbud over KomUdbud.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Oluf Brønnum har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at KomUdbud har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele delaftale 2 til Bent Brandt, uagtet at dette tilbud var ukonditionsmæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere KomUdbuds tildelingsbeslutning af 3. februar 2017 om at tildele delaftale 2 til Bent Brandt.

KomUdbud har vedrørende påstand 1 og 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsmaterialet

Af udbudsbekendtgørelsen af 29. oktober 2015 fremgik blandt andet følgende om rammeaftalens Delaftale 2:

”Betegnelse: Levering af Storkøkkenudstyr til KomUdbud, delaftale 2: Maskiner og opvask”.

Udbuddet blev annulleret ved bekendtgørelse af 24. december 2015, hvorpå KomUdbud iværksatte et udbud med forhandling. De indbudte tilbudsgivere modtog nyt udbudsmateriale i forbindelse med overgangen til forhandlingsudbud. Det nye udbudsmateriale var med få ændringer identisk med materialet i det forudgående offentlige udbud. Den nye tilbudsfrist var fastsat til den 26. januar 2016.

I udbudsbetingelsernes pkt. 1.7 om ”Formkrav” stod der:

”...

Tilbuddet skal fremsendes skriftligt i et fysisk eksemplar. Supplerende materiale som, prislister og varekataloger skal ligeledes kun fremsendes i ét fysisk eksemplar.

Det samlede tilbud skal desuden fremsendes i et eksemplar på USB.

...”

I udbudsbetingelsernes punkt 1.19 ”Tilbudsgivers forbehold” var fastsat, at forbehold ikke ville blive accepteret.

Information om KomUdbuds e-handelssystem fremgik af udbudsbetingelsernes pkt. 1.21. Herom stod bl.a.:

”1.21 Ordregivers e-handelssystem

Ordregiver anvender e-handel på det udbudte område.

...

De nærmere praktiske procedurer samt vejledninger vil tilgå kontrakt-haver umiddelbart efter tildeling. Herefter skal kontrakt-haver udarbejde et elektronisk vare- og priskatalog til ordregivers ehandelssystem på de aftalte produkter samt varebeskrivelser, billeder og informationer om produkterne i øvrigt. Kataloget skal være godkendt og tilgængeligt i systemet senest i forbindelse med aftalens ikrafttræden.”

Det fremgik af udbudsbetingelsernes pkt. 1.24 ”Tildelingskriterium”, at delaftalen ville blive tildelt den tilbudsgiver, der afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af følgende underkriterier:

”

Underkriterier	Vægtning i procent
1. Pris (prisen pr. vare totalt (den samlede omsætning) Fragt	85 %
2. TCO på gruppe I og J (køl og frys)	15 %

”

Udbudsbetingelsernes pkt. 1.24 fastsatte videre følgende:

” ...

For begge delaftaler gælder:

Der skal afgives tilbud på minimum 90 % af varelinjerne pr. delaftale i tilbudslisten. I modsat fald er tilbuddet at betragte som **ikke-konditionsmæssigt**.

...

Det er tilbudsgivers ansvar, at alle de tilbudte produkter lever op til de beskrevne krav i tilbudslisten samt kravspecifikationen. Udbyder forbeholder sig dog retten til at anmode om yderligere dokumentation for at sikre, at udbuddets krav er opfyldt. Såfremt de tilbudte produkter ikke opfylder udbudsmaterialets krav, vil tilbuddet blive betragtet som ukonditionsmæssigt og tilbuddet vil således blive afvist.

...”

...

I dokumentet ”Udvidet vejledning til tilbudslisten, delaftale 2” stod der:

” ...

Hvis tilbudslisten ikke udfyldes som beskrevet/korrekt vil tilbuddet blive betragtet som ukonditionsmæssigt og vil ikke deltage i tilbudsevalueringen.

...”

...

Om den nærmere opbygning af tilbudslisten var i samme dokument anført følgende:

” ...

Kolonne A: I feltet "Positionsnr." er angivet et unikt positionsnummer pr. varelinje. Felterne i kolonnen er skrivebeskyttede og skal ikke udfyldes af tilbudsgiveren.

Kolonne B: I feltet "Produktbeskrivelse" er angivet ordregivers produktbeskrivelse, der suppleres af beskrivelserne i udbudsmaterialets kravspecifikation. BEMÆRK at varer, der fremgår selvstændigt på tilbudslisten, samtidig med at de indgår i en anden vare jf. kravspecifikationen, er at betragte som reservedele, der skal prissættes som sådan. Felterne i kolonne B er skrivebeskyttede og skal ikke udfyldes af tilbudsgiveren.

...

Kolonne D: I feltet "Produktnavn" angives det serienavn, som produktet har hos tilbudsgiver. Desuden skal angives det navn eller den beskrivelse, som produktet har hos tilbudsgiver, dvs. det navn/produktbeskrivelse, der vil komme til at stå i et efterfølgende givet e-katalog, med mindre oplysningerne er angivet andre steder ud for positionen.

...

Kolonne F: I feltet "Producentens varenr." angives det varenummer, som producenten af produktet har på produktet.

...

Kolonne G: I feltet "Tilbudsgiver varenr." angives det varenummer, som tilbudsgiver har oprettet varen under.

...

Kolonne H:

I feltet "Kataloghenvisning/link til hjemmeside" angives billedhenvisning til et katalog eller et URL-link med den tilbudte vare.

Hvis billedet fraviger det tilbudte, skal det fremgå af tilbudslistens bemærkningsfelt (kolonne [O]). Den tilbudte vare skal opfylde alle de krav, der stilles i udbudsmaterialet, uanset hvad der fremgår af billedet.

...

Kolonne O: I feltet "Bemærkninger" kan angives kommentarer, som fuldstændiggør den tilbudte varelinje. Ved tilbudsgivning skal eksakte mål angives for samtlige produkter, der afviger fra tilbudslistens produktbeskrivelse (kolonne B), under bemærkninger. Felterne i kolonne [O] er lysegrå og skal derfor kun udfyldes, såfremt det er relevant. Jf. ovenstående skal feltet dog udfyldes i visse situationer.

...

Andre forhold ved tilbudsafgivelsen

Der må afviges med de nedenfor angivne % på de mål, der angives på en varelinje - undtagen er de tilfælde, hvor der er beskrevet et interval, der skal den tilbudte vare ligge indenfor intervallet.

Delaftale 1: +/- 10%".

Under overskriften Pkt. 1.26 ”Kravsspecifikation – Produkt” fremgik blandt andet følgende krav til køle, fryseskabe og køleborde:

”Støj, Køleborde: max. 53 dB

...

Rustfrit stål indvendig og udvendig, også hylder mv. (ved G /N)”.

Om krav til hæve/sænkeborde stod der:

”Hæve/sænkeborde (alle typer):

Energiforbrug i standby: max. 0,5 W

Tid fra justering af bordhøjde til elforbruget igen svarer til standby-forbruget: max. 1 minut.

...”

Om pålægsmaskiner stod der, at de skulle være udstyret med gearmotor.

Yderligere produktkrav fremgik af tilbudslisten. Heri var anført følgende krav til køleskabe og blender/grøntsagsskærer:

”

Positionsnr.	Produktbeskrivelse
...	...
I1	Køleskab, 550-599 l brutto, 4-6 hylder i rustfrit stål
...	...
P13	Blender/grøntsagsskærer i rustfri stål, 4-4,5l, 700-1500 omdrej/minut, pulsfunktion, inkl. Grøntsagstil-sats/grøntskærertop

”

Tilbuddet fra Bent Brandt

Ved tilbudsfristens udløb den 26. januar 2016 afgav blandt andre Bent Brandt og Oluf Brønnum tilbud på Delaftale 2.

Tilbuddet fra Bent Brandt indeholdt en udfyldt tilbudsliste vedlagt oplysninger om de tilbudte produkter. Bent Brandt havde henvist til produktoplysningerne ved brug af links til hjemmesider med produktblade. Der var ikke vedlagt et fysisk varekatalog

Af tilbudslisten fremgik blandt andet:

”

Postitionsnr.	Produktbeskrivelse		Produktnavn	Producentens varenr.	Tilbudsgivers varenr.
E4	Bestikkurv med 8 rum, 500x250 mm, assorterede farver		Bestikkurv grå 1/2 str H6,7cm	HFR258-151	81351042
...					
H1	Kølebord, 2GN, hæve-/sænk		kølebord TR2 EVO1 2GN S	TR2 EVO1 Komudbud	804011019
H1A	Bæreskinnesæt til kølebord		skinner til kølebord S	920739 Komudbud	804021019
H1B	Hylde til kølebord		hylde til kølebord RS S	990025 Komudbud	804021029
H2	Kølebord, 3GN, hæve-/sænk		kølebord TR3 evo1 3GN S	TR3evo1 Komudbud	804011029
H2A	Bæreskinnesæt til kølebord		skinner til kølebord S	920739 Komudbud	804021019
H2B	Hylde til kølebord		hylde til kølebord RS S	990028 Komudbud	804021029
H3	Kølebord, 4GN, hæve-/sænk		kølebord TR4 EVO1 4GN S	TR4evo1 Komudbud	804011039
H3A	Bæreskinnesæt til kølebord		skinner til kølebord S	920739 Komudbud	804021019
H3B	Hylde til kølebord		hylde til kølebord RS S	990028 Komudbud	804021029
...					
	KØLESKABE UDEN GN-MÅL				
I1	Køleskab, 550-599 l brutto, 4-6 hylder i rustfrit stål		køleskab K610 LG L2	866100061Komudbud	802600019
...					
P13	Blender/grønsagsskærer i rustfri stål, 4-4,5l, 700-1500 omdrej/minut, pulsfunktion, inkl. Grønsagstilsats/grøntskærertop		Motordel/cutter/grøntskærer R502 S	2483	63474220
...					
Q4	Pålægsmaskine, klinge ø 25 cm hårdtforchromet og hulslebet, slæde højglanspoleret og eloxoleret, aluminium, 250-300 w, skivetykkelse: 0-15 mm, selv-kørende, inkl. slibeapparat, skråtstillet, snitlængde min. 30 cm.		Pålægsmaskine OG30E aut. S	OG30E auto	61150526

I produktbladet for de tilbudte køleborde var beskrevet følgende egenskaber:

”The counter is dimensioned to work in a tropical climate (+43°) (...). It is equipped with fully automatic defrosting condensate water evaporation devices.

...

Click-in rung supports and telescopic guides that can be extracted without using tools. Self-closing doors with a magnetic seal on all 4 sides to ensure perfect closing.

...

2" diameter stainless steel feet, height adjustable up to 200 mm.

...

Electronic control with display of internal refrigerated cell temperature. Equipped with basic HACCP alarm function with buzzer. Automatic electric defrosting".

Produktoplysninger for bestikkurven fandtes på Bent Brandts hjemmeside. Der var på siden afbildet en grå bestikkurv med et rum under titlen "Cambro bestikkurv grå 1/2 str. H 6,7" samt oplyst en pris og varenummeret 81351042.

I produktbladet for den tilbudte blender/grøntsagsskærer stod blandt andet:

"Produktbeskrivelse:

Rustfrit stål. Dobbeltkniv.

2 hastigheder: 750 og 1.500 omdr./min.

Ekskl. skiver. Kapacitet 5,5 ltr."

"

KomUdbuds tildelingsbeslutning

Ved tildelingsbeslutning af 12. februar 2016 meddelte KomUdbud, at tilbuddet fra Oluf Brønnum var det økonomisk mest fordelagtige, jf. tildelingskriteriet, og at KomUdbud derfor agtede at tildele delaftale 2 til Oluf Brønnum.

Den 3. februar 2017 tilbagekaldte KomUdbud tildelingsbeslutningen på baggrund af klagenævnets kendelse af 20. januar 2017. I underretningsbrevet til Bent Brandt stod der:

" ...

Da Oluf Brønnum & Co. A/S havde fået tildelt ovenstående delaftale, var der begået en fejl ved den oprindelige vurdering af de tre indkomne tilbud, hvorfor Kom Udbud hermed skal tilbagekalde den tidligere udmeldte tildelingsbeslutning. Begrundelsen kan ses i vedlagte kendelse fra Klagenævnet for Udbud

Da kontrakten endnu ikke var indgået har Kom Udbud i forlængelse heraf genoptaget tilbudsevalueringen.

På delaftale 2 modtog vi 3 tilbud. Et tilbud er erklæret ikke-konditionsmæssig.

Vi kan meddele jer, at vi har valgt jeres tilbud da dette indeholdt det bedste tilbud jf. tildelingskriteriet: det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

...”

Oluf Brønnum anmodede den 1. februar 2017 om aktindsigt i de to øvrige tilbudsgiveres tilbud. Den 8. februar 2017 traf KomUdbud afgørelse om aktindsigt, hvorved Oluf Brønnums anmodning blev delvist imødekommet, idet Oluf Brønnum fik aktindsigt i Bent Brandts tilbudsliste i ekstraheret form.

Ved e-mails af 20. februar 2017, 24. februar 2017, 25. februar 2017, 2. marts 2017 og 18. marts 2017 gjorde Oluf Brønnum KomUdbud opmærksom på, at Bent Brandts tilbud efter Oluf Brønnums opfattelse på flere punkter ikke levede op til udbudsmaterialets krav.

I mailen af 24. februar 2017 gjorde Oluf Brønnum indsigelse vedrørende de af Bent Brandt tilbudte køleborde. I mailen hed det blandt andet:

”... ”

WEB link virker ikke.

Brochure søgt på andenvis, og fundet ud fra lev.dør va.nr.

Brochure viser ikke hæve-sænke funktion.

Der er ikke oplyst energiforbrug på hæve/sænk.

...”

KomUdbud besvarede henvendelserne fra Oluf Brønnum, men fastholdt tildelingsbeslutningen.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Oluf Brønnum har navnlig gjort gældende, at tilbuddet fra Bent Brandt er ukonditionsmæssigt på flere punkter, hvorfor KomUdbud har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele delaftale 2 til Bent Brandt. Kravene til pågældende produkter var alle stillet som mindstekrav. KomUdbud var derfor

forpligtet til at afvise ethvert tilbud, hvis produkter ikke levede op til de stillede krav. Hvor der er tale om fravigelser fra mindstekrav, er en proportionalitetsafvejning ikke relevant, uanset om den manglende opfyldelse af et eller flere mindstekrav efterfølgende vurderes at være af mindre betydning for kontraktens gennemførelse. Oluf Brønnum gjorde i flere mails KomUdbud opmærksom på, at tilbuddet fra Bent Brandt fraveg de stillede mindstekrav for flere produkter, og at Bent Brandts tilbud af den grund var ukonditionsmæssigt. Mails herom blev sendt til KomUdbud forud for kontraktindgåelsen med Bent Brandt. Den viden, som KomUdbud herved kom i besiddelse af, medførte en udvidet undersøgelsespligt, jf. blandt andet klagenævnets kendelse af 27. maj 2015, Annelise Küseler mod Morsø Kommune. Ved ikke at have foretaget nærmere undersøgelser af Bent Brandts tilbud på baggrund af de givne oplysninger har KomUdbud handlet i strid med ligebehandlingsprincippet.

Oluf Brønnum har nærmere anført, at tilbuddet fra Bent Brandt var ukonditionsmæssigt på følgende punkter:

1. Tilbudslistens position E4 – bestikkurv

Bent Brandt har tilbudt en ”bestikkurv grå 1/2 str. H6,7 cm” med produktnummeret 81351042. Information om produktet findes i produktbladet, hvortil der linkes i tilbudslistens kolonne G. Det følger af udbudsbetingelserne, at det var et krav, at bestikkurven skulle have 8 rum. Af produktbladet for den tilbudte bestikkurv fremgår, at bestikkurven ingen rumopdeling har, idet bestikkurven alene har ét rum. Ved bestilling på Bent Brandts hjemmeside af en bestikkurv med produktnummeret 81351042, modtager man en bestikkurv med ét rum og ruminddeler-indsats medfølger ikke. Bestikkurven opfylder dermed ikke det nævnte mindstekrav. Bent Brandt har ikke anført bemærkninger i tilbudslistens kolonne O ”Bemærkninger” om den tilbudte bestikkurv. Det må derfor lægges til grund, at den i produktbladet afbildede bestikkurv er den bestikkurv, som Bent Brandt tilbød. På dette grundlag var KomUdbud forpligtet til at afvise tilbuddet fra Bent Brandt som ukonditionsmæssigt.

2. Tilbudslistens position H1, H1A, H1B, H2, H2A, H2B, H3, H3A, H3B – køleborde

Bent Brandt har tilbudt kølebordene ”TR2 EVO1 2GN”, ”TR3 EVO1 3GN S” og ”TR4 EVO1 4GN S” med Bent Brandts produkt-

numre 804011019, 804011029, 804011039. Af udbudsbetingelserne fremgår, at det for køleborde var et mindstekrav, at de skulle have hæve/sænke funktion, at støjniveauet maksimalt måtte udgøre 53 dB, og at de skulle være i rustfrit stål indvendigt og udvendigt, herunder også kølebordets hylder. Af produktkataloget fremgår imidlertid ikke oplysning om hæve/sænke funktion, støjniveau, eller hvorvidt kølebordets hylder er udført i rustfrit stål. Det fremgik således ikke tilstrækkeligt klart af Bent Brandts tilbud, om kølebordene faktisk levede op til de stillede produktkrav. Det kan betragtes som normal standard, at et kølebord har indbygget hæve/sænke-funktion. Det må derfor kunne lægges til grund, at et produktkatalog for et kølebord specifikt vil tydeliggøre, såfremt det pågældende kølebord faktisk har indbygget hæve/sænkefunktion. Det havde derfor formodningen mod sig, at de tilbudte køleborde faktisk havde indbygget hæve/sænke-funktion. Den usikkerhed, der foreligger for de nævnte punkter, må påhvile tilbudsgiveren, således at det ikke kan lægges til grund, at kølebordene opfylder de krav, hvorom der foreligger usikkerhed.

Leverandøren af de tilbudte køleborde har ved mail af 21. juni 2017 bekræftet overfor Oluf Brønnum, at de af Bent Brandt tilbudte køleborde ikke af producenten leveres med hæve/sænkefunktion, en oplysning, som KomUdbud i kraft af sin undersøgelsespligt burde have fremskaffet. KomUdbud har efterfølgende oplyst, at Bent Brandt sammen med kølebordene vil levere ”*en platform, hvorpå kølebordet placeres, og dette kan så elektrisk hæves og sænkes...*”. Kølebordene, som Bent Brandt tilbød, opfyldte derved ikke alle de krav, der blev stillet i udbudsmaterialet, hvilket KomUdbud således selv har bekræftet. Hertil kommer, at Bent Brandt i så fald i tilbudslistens kolonne H var forpligtet til at anføre, at de tilbudte køleborde reelt afveg fra de køleborde, som fremgik af det billede, som Bent Brandt linkede til, jf. bilag 6. Bent Brandts tilbudsliste indeholdte ikke en angivelse herom.

3. Tilbudslistens position I1 – køleskab

Bent Brandt har tilbudt køleskab ”K610 LG L2” med produktnummer 802600019 og producentvarenummer GRAM-866100061.

Af udbudsbetingelserne følger, at køleskabet skulle være af rustfrit stål, indvendigt og udvendigt, herunder også køleskabets hylder.

Af en generel internetsøgning på varenummeret GRAM-866100061 fremgår, at køleskabet leveres med ”grå trådhylder”.

Varenummeret er unikt, således at det altid er knyttet til det samme produkt. De oplysninger, som kommer frem ved en internetsøgning på køleskabets producentvarenummer, kan således lægges til grund ved vurderingen af, om det pågældende køleskab lever op til de i udbudsbetingelserne fastsatte krav. Da køleskabet ikke lever op til mindstekravet i udbudsbetingelserne, var KomUdbud forpligtet til at afvise tilbuddet fra Bent Brandt som ukonditionsmæssigt.

4. Tilbudslistens position P13 –Blender/Grøntsagsskærer

Bent Brandt har tilbudt blender ”R502 S” med Bent Brandts produktnummer 63474220.

Af udbudsbetingelserne følger, at det for blenderen var et mindstekrav, at blenderen skulle leveres i rustfrit stål, og at den skulle have en kapacitet på 4 – 4,5 liter. Af det vedlagte produktblad og produktkatalog for den tilbudte blender fremgår, at blenderen har en kapacitet på 5,5 l, og at blenderens motorhus ikke er udført i rustfrit stål.

Det følger af vejledningen til tilbudslisten, at hvor der i tilbudslisten er beskrevet et interval, skal den tilbudte vare ligge inden for intervallet. Blenderens kapacitet ligger uden for det interval, som KomUdbud anførte i tilbudslisten. Den tilbudte blender levede således ikke op til de af KomUdbud fastsatte mindstekrav, og tilbuddet fra Bent Brandt var derfor ukonditionsmæssigt.

5. Tilbudslistens position Q4 - Pålægsmaskine

Bent Brandt har tilbudt pålægsmaskinen ”OG30E aut. S” med Bent Brandts produktnummer 61150526. Det var i udbudsbetingelserne et mindstekrav, at maskinen skulle have en gearmotor. Det vedlagte produktkatalog indeholder en oversigt over pålægsmaskinens nærmere tekniske specifikationer. Heraf fremgår det utvetydigt, at maskinen er remtrukket med angivelsen ”Drive: Belt”. En pålægsmaskine, der er remtrukket, adskiller sig væsentligt fra en pålægsmaskine, der er geartrukket, og lever ikke op til KomUdbuds krav. Tilbuddet var således også af denne grund ukonditionsmæssigt.

6. Fysisk version af tilbuddet fra Bent Brandt

Oluf Brønnum har om formkravene gjort gældende, at Bent Brandt alene fremsendte det samlede tilbud elektronisk. Dette strider imod udbudsbetingelsernes pkt. 1.7, hvoraf det fremgår, at tilbud skal fremsendes i både et fysisk eksemplar og i et eksemplar på USB. Manglende overholdelse af formkravene er et forhold, der i sig selv medfører, at Bent Brandts tilbud skulle anses for ukonditionsmæssigt.

KomUdbud har navnlig gjort gældende, at KomUdbud ikke har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele delaftale 2 til Bent Brandt.

KomUdbud har nærmere anført, at det er tilbudsgivernes ansvar, at de tilbudte varer levede op til kravene i tilbudslisten og kravsspecifikationen. En ordregiver må helt overordnet kunne lægge til grund, at de tilbudte varer lever op til de stillede mindstekrav, jf. herved klagenævnets kendelse af 23. juni 2017, MultiLine A/S mod Furesø Kommune.

KomUdbud gennemførte ved tilbuddenes modtagelse en konditionsmæssighedsvurdering og sikrede herunder, at der var fremsendt et fysisk tilbud samt tilbud på USB. Herudover sikrede KomUdbud sig, at tilbuddene indeholdt de nødvendige erklæringer og skemaer samt oplysning om nøgletal. KomUdbud sikrede sig endvidere, at tilbuddene indeholdt en udfyldt tilbudsliste, og at der var afgivet tilbud på minimum 90% af positionerne.

Komudbud har nærmere anført følgende vedrørende de enkelte indsigelser fra Oluf Brønnum:

1. Tilbudslistens position E4 – bestikkurv

Bent Brandt har overfor KomUdbud bekræftet, at den tilbudte bestikkurv med 8 rum opfylder kravsspecifikationen derved, at den leveres med ruminddeler-indsats til 8 rum, men at bestikkurven er afbilledet uden tilbehør, herunder ruminddeler-indsats. Billedhenvielsen fraviger ikke det tilbudte, men indeholder blot ikke billede af en ruminddeler-indsats. Den tilbudte vare lever op til kravsspecifikationen og leveres med rumdeler-indsats, da det er den bestikkurv,

hvis producentvarenummer er anført i tilbudslisten, som vil blive leveret. Bestiller man på Bent Brandts hjemmeside en bestikkurv, grå ½ størrelse, vil man modtage bestikkurven uden ruminddeler-indsats. KomUdbuds medlemskommuner skal imidlertid ikke bestille deres produkter gennem Bent Brandts hjemmeside, men gennem andre e-handelssystemer, jf. udbudsmaterialet. En medlemskommune, der bestiller en bestikkurv på baggrund af den indgåede aftale, vil således modtage en bestikkurv med 8 rum.

2. Tilbudslistens position H1, H1A, H1B, H2, H2A, H2B, H3, H3A, H3B – køleborde

Bent Brandt har i tilbudslisten anført, at der tilbydes kølebordene TR2 EVO12GN S, TR3 EVO13GN og TR4 EVO14 GN. Der linkes i tilbudslisten til bordene EVO1, EVP2 og H900. Udbudsbetingelsernes pkt. 1.24 fastslår, at *”det er tilbudsgivernes ansvar, at alle de tilbudte produkter lever op til de beskrevne krav i tilbudslisten samt kravsspecifikationen”*. Dette skal alene forstås således, at KomUdbud ikke gennemgår hver enkelt tilbudte vare for sikre, at den lever op til kravene, da dette ville være helt uproportionalt. Det forventes, at tilbudsgiverne har sikret, at de tilbudte produkter lever op til udbudsmaterialets krav. Hæve/sænke-funktionen leveres ikke af producenten af kølebordene, men fabrikeres i Danmark og er konstrueret som en platform, hvorpå kølebordet placeres, og dette kan elektrisk hæves og sænkes. Kølebordenes udseende ændres ikke derved. KomUdbud anser eftermonteringen for at være konditionsmæssigt, så længe bordene har den krævede funktion, når de leveres til medlemskommunerne.

De tilbudte køleborde har i tilbudslisten producentnumrene "TR2evo1 Komudbud", "TR3evo1 Komudbud" og "TR4evo1 Komudbud". Når "Komudbud" indgår i producentvarenumrene, var det tydeligt for KomUdbud, at der er tale om produkter, som er specialtilpasset med henblik på at sikre, at produkterne lever op til kravspecifikationen. KomUdbud kan ikke tilslutte sig Oluf Brønnums opfattelse af, at Bent Brandt var forpligtet til at anføre i tilbudslistens kolonne H, at de tilbudte køleborde afveg fra de køleborde, som fremgik af det billede, der blev linket til. Den tilbudte tilpasning af kølebordene vil ikke fremgå af et billede, og de tilbudte køleborde

adskiller sig derfor ikke udseendemæssigt fra de borde, som er afbildet på producentens hjemmeside. Således var Bent Brandts billedhenvisning korrekt.

KomUdbud har ud fra de foreliggende oplysninger sikret sig, at de tilbudte produkter lever op til udbudsmaterialets krav, ligesom KomUdbud har konstateret, at billederne, som der i tilbuddet er henvist til, ikke fraviger fra det tilbudte. Det gøres således gældende, at Bent Brandt har tilbudt køleborde, som opfylder alle de stillede krav i udbudsmaterialet.

3. Tilbudslistens position I1 – køleskab

Bent Brandt har tilbudt køleskabet ”k610 LG L2”. Oluf Brønnum har ved en generel internetsøgning søgt sig frem til, at køleskabet leveres med grå trådhylder. Dette er ikke det samme som, at de af Bent Brandt tilbudte hylder ikke skulle være i rustfrit stål. Hylde i rustfrit stål kan også være grå. Det fremgår endvidere af kravsspecifikationen, at kravet om "rustfrit stål indvendig og udvendig, også hylder mv." alene gælder ved skabe med G/N-mål. Det fremgår imidlertid af tilbudslisten, at I1 er et køleskab uden G/N-mål, hvorfor der ikke gælder et krav om, at dette køleskab skal være i rustfrit stål både indvendigt og udvendigt.

4. Tilbudslistens position P13 - Blender/Grøntsagsskærer

Bent Brandt har tilbudt blender/grøntsagsskærer R502 S, som blandt andet har en kapacitet på 5,5 liter. Oluf Brønnum har gjort gældende, at produktet ikke lever op til kapacitetskravet, som ifølge tilbudslisten var fastsat til 4-4,5 l. Bent Brandt har overfor KomUdbud oplyst, at den tilbudte maskine kan håndtere 4-4,5 liter, og at den dermed opfylder udbudsmaterialets krav. Oplysningen om, at mængder måtte afvige med +/- 10 % i forhold til målene angivet på tilbudslistens varelinjer, bortset fra mængder, hvor der var beskrevet et interval, medfører ikke, at en blender med kapacitet på 5,5 liter er ukonditionsmæssig. Med en kapacitet på 5,5 liter kan blanderen netop godt opfylde kravet om at kunne håndtere 4-4,5 liter. Sekundært gøres det gældende, ud fra en proportionalitetsafvejning, at tilbuddet ikke bliver ukonditionsmæssigt alene på baggrund af en overopfyldning af et krav.

Hensigten med kravet om, at blenderen skulle leveres i rustfrit stål, var ikke, at hele blenderens motorhus skulle være udført i rustfrit stål. Udbudsmaterialet indeholdt ikke krav herom, da det ikke er muligt at skabe en A/C motor, der udelukkende består af stål, blandt andet fordi der skal kunne skabes et magnetfelt for at få en motor til at fungere. Det relevante er, at de dele, der er i kontakt med madvarer, og som løbende skal aftørres, er i rustfrit stål.

5. Tilbudslistens position Q4 – Pålægsmaskine

Bent Brandt har tilbudt pålægsmaskinen ”OG30E aut. S” med varenummeret 61150526. Af det fremlagte bilag 28 fremgår: ”It is equipped with two different motors, one for the blade and one for the carriage”. Det fremgår således ikke, at den tilbudte maskine ikke lever op til kravet om en gearmotor. Oluf Brønnum har endvidere ikke fremlagt dokumentation for, at pålægsmaskinen skulle være remtrukket eller ikke opfylder kravet om at være geartrukket. Tilbuddet fra Bent Brandt er således heller ikke på dette punkt ukonditionsmæssigt.

6. Fysisk version af tilbuddet fra Bent Brandt

KomUdbud har gjort gældende, at Bent Brandt har opfyldt formkravene, som beskrevet i udbudsmaterialet. Bent Brandt havde ikke vedlagt alle datablade i fysisk form, men havde henvist hertil med ”link til hjemmeside”, som der stod i den udvidede vejledning til tilbudslisten, at tilbudsgiverne gerne måtte. Udbudsmaterialet indeholdt ikke krav om, at alle datablade skulle være tilsendt KomUdbud i en fysisk udgave. Det fremgik af punkt 1.7 om formkrav, at tilbuddet skulle fremsendes skriftligt i ét fysisk eksemplar, samt at supplerende materiale som prislister og varekataloger ligeledes kun skulle fremsendes i ét fysisk eksemplar. Dette krav vedrørte alene, at KomUdbud kun ønskede ét fysisk eksemplar, og skulle en tilbudsgiver vælge også at fremlægge øvrigt materiale, skulle dette også kun være i ét fysisk eksemplar.

Endvidere fremgik af den udvidede vejledning til udfyldelse af tilbudslisten i forhold til kolonne H, at der skulle indsættes en katalog-

henvisning eller link til en hjemmeside. Vejledningen til dette felt understreger, at tilbudsgiverne som en del af deres tilbud kunne vælge at fremsende et katalog og dermed i tilbudslisten henvise til sider i dette katalog, hvor der var et billede af den tilbudte vare. Alternativt kunne indsættes et link til en hjemmeside med et billede af den tilbudte vare. Der var ikke krav om, at der skulle være både kataloghenvisning og link til hjemmeside og således ikke krav om at aflevere et fysisk varekatalog for, at tilbuddet var konditionsmæssigt.

Således var det ikke afgørende for konditionsmæssighedsvurderingen, at Bent Brandt ikke fremsendte et fysisk varekatalog.

Det afgørende er, at Bent Brandt efterlever kravet i udbudsbetingelsernes punkt 1.21 om efterfølgende fremsendelse af elektronisk vare- og priskatalog.

Ad påstand 2

Oluf Brønnum har gjort gældende, at tilbuddet fra Bent Brandt som følge af det anførte er ukonditionsmæssigt, og at tildelingsbeslutningen af 3. februar 2017 skal annulleres.

KomUdbud har gjort navnlig gjort gældende, at KomUdbud ikke har handlet i strid med udbudsdirektivets regler eller almindelige udbudsretlige principper, og at der derfor ikke er grundlag for at annullere KomUdbuds beslutning om at tildele delaftale 2 til Bent Brandt.

KomUdbud har nærmere anført, at der ikke er grundlag for at fastslå, at der under udbuddet er sket overtrædelser, endsige væsentlige eller grove overtrædelser af udbudsreglerne. Det er klar praksis fra klagenævnet, at der skal foretages en konkret væsentlighedsvurdering af grundlaget for en annullation af en tildelingsbeslutning. Selv hvis klagenævnet skulle nå frem til, at der var sket en overtrædelse, som beskrevet i påstand 1, vil dette enkelte forhold være uvæsentligt i forhold til det samlede billede, ligesom det ikke ville resultere i en anden vinder af udbuddet og således ikke kunne begrunde en annullation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det var i udbudsbetingelsernes pkt. 1.19 fastsat, at forbehold fra tilbudsgivernes side ikke ville blive accepteret. I udbudsbetingelsernes pkt. 1.24 var endvidere fastsat, at det var ”tilbudsgivers ansvar, at alle de tilbudte produkter leve[de] op til de beskrevne krav i tilbudslisten samt kravspecifikationen”, og at ”[s]åfremt de tilbudte produkter ikke opfylder udbudsmaterialets krav, vil[le] tilbuddet blive betragtet som ukonditionsmæssigt og tilbuddet vil[le] således blive afvist.”

Det påhvilede på den baggrund KomUdbud ud fra de foreliggende oplysninger at sikre sig, at de tilbudte produkter levede op til udbudsmaterialets krav.

Den tilbudte bestikkurv

Bent Brandt tilbød i tilbudslistens position E4 en bestikkurv under beskrivelsen ”bestikkurv grå 1/2 str H6,7 cm”. I tilbudslistens kolonne H var linket til produktoplysninger om bestikkurven med varenummer 81351042 på Bent Brandts hjemmeside. Det lægges til grund, at det fremlagte billede er identisk med det, der fremgik af linket ved tilbuddets afgivelse. I linket er afbilledet en grå bestikkurv under navnet ”Cambro bestikkurv grå 1/2 str. H6,7cm”. Bestikkurven på billedet er uden ruminddeler-indsats og således kun med ét rum. Af den udvidede vejledning fremgår vedrørende kolonne H blandt andet, at hvis ” billedet fraviger det tilbudte, skal det fremgå af tilbudslistens bemærkningsfelt (kolonne[O]).” Det fremgår ikke under varens oplysninger, at den leveres med ruminddeler-indsats, og der er ikke i tilbudslisten anført yderligere oplysninger om egenskaberne ved bestikkurven. Bent Brandt har ikke tilføjet bemærkninger om, at den vare, der er vist på hjemmesiden, skulle afvige fra den tilbudte vare.

KomUdbud har anført, at Bent Brandt overfor KomUdbud ved tilbuddets afgivelse og efterfølgende har bekræftet, at det tilbudte lever op til det krævede. KomUdbud har dog ikke nærmere dokumenteret eller uddybet dette under klagesagen. Oplysningen om, at Bent Brandt ved tilbuddets afgivelse har bekræftet, at det tilbudte lever op til kravet, fremgår ikke af tilbuddet. KomUdbud kunne ikke inden for ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, lægge vægt på Bent Brandts efter-

følgende oplysninger herom, da dette ville give Bent Brandt mulighed for efter tilbudsfristens udløb at forbedre tilbuddet.

Risikoen for usikkerhed vedrørende indholdet af et tilbud påhviler tilbudsgiveren. KomUdbud måtte på den baggrund gå ud fra, at Bent Brandt tilbød den i kolonne H afbildede vare, som kun havde ét rum og dermed ikke levede op til kravet om 8 rum som anført i tilbudslistens kolonne B.

Tilbuddet var således på dette punkt ukonditionsmæssigt.

De tilbudte køleborde

I det vedlagte produktblad fra producenten af de tilbudte køleborde, Friulinox, fremgår en detaljeret beskrivelse af kølebordets egenskaber. Der fremgår ikke heraf noget om, at det tilbudte kølebord skulle have en hæve/sænkefunktion. KomUdbud måtte på den baggrund, uanset om en hæve/sænkefunktion måtte kunne anses for en standardfunktion, lægge til grund, at det tilbudte bord ikke indeholdt denne funktion. Det forhold, at producentvarenumrene i tilbudslisten var angivet med tilføjelsen ”... KomUdbud” kunne ikke føre til, at det kunne lægges til grund, at funktionen ville blive tilføjet inden levering.

Bent Brandt har efterfølgende oplyst, at det er muligt at efterinstallere en hæve/sænkefunktion, således at produktet opfylder kravene på leveringstidspunktet. Denne oplysning samt oplysning om, at Bent Brandt ville levere en sådan hæve/sænkefunktion i de tilbudte borde, fremgik imidlertid ikke af tilbuddet. KomUdbud kunne dermed ikke inden for ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, lægge vægt på Bent Brandts efterfølgende oplysninger herom, da dette ville give Bent Brandt mulighed for efter tilbudsfristens udløb at forbedre tilbuddet.

KomUdbud måtte således lægge til grund, at kølebordet fra Friulinox ikke indeholdt den krævede hæve/sænkefunktion.

Tilbuddet var også på dette punkt ukonditionsmæssigt.

Den tilbudte blender/grøntsagsskærer

Bent Brandt har i tilbudslistens position P13 tilbudt en blender med en kapacitet på 5,5 liter. Tilbudslistens krav til kapacitet var 4-4,5 liter.

Det var i den udvidede vejledning til tilbudslisten anført, at der kunne varieres fra de i kravsspecifikationen og tilbudslisten anførte mængder med +/- 10 %, bortset fra de punkter, hvor der er anført et interval, da skulle mængderne ligge inden for intervallet. Denne formulering sammenholdt med udbudsbetingelsernes pkt. 1.24 samt forbuddet mod at tage forbehold i pkt. 19, medfører, at kravet til mængder var et mindstekrav.

Samtlige af tilbudslistens mængdeangivelser anført i interval skulle ligge inden for det pågældende intervals øvre og nedre grænse. Det havde således ingen betydning, at blenderens kapacitet alene overskred intervallet med 1 liter, og at blenderen kunne rumme mere, end hvad der fremgik af intervallet.

På den baggrund, og da det er ubestridt, at blenderens kapacitet var 5,5 liter, levede maskinen ikke op til udbudsmaterialets mindstekrav.

Tilbuddet fra Bent Brandt var herefter også af den grund ukonditionsmæssigt.

Ad de øvrige klagepunkter i påstand 1

Klagenævnet kan efter § 10, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud afgøre en sag i realiteten helt eller delvist. Henset til de overtrædelser, der er konstateret, tager klagenævnet ikke stilling til de øvrige klagepunkter i påstand 1.

Ad påstand 2

Klagenævnet har vedrørende påstand 1 fastslået, at den tilbudte bestikkurv, de tilbudte køleborde og den tilbudte blender ikke levede op til udbudsmaterialets mindstekrav. Tilbuddet fra Bent Brandt var derfor ukonditionsmæssigt, og det skulle således efter de regler, KomUdbud havde fastsat i udbudsbetingelserne, have været afvist.

Klagenævnet tager på den baggrund påstand 2 om annullation af tildelingsbeslutningen til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

KomUdbud v/Vejle Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele delaftale 2 til Bent Brandt A/S, uagtet at dette tilbud var ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 2

KomUdbud v/Vejle Kommunes tildelingsbeslutning af 3. februar 2017 om at indgå kontrakt med Bent Brandt A/S annulleres.

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

Klagegebyret tilbagebetales.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
fuldmægtig