

K E N D E L S E

Scania Danmark A/S
(advokat Henrik Holtse, København)

mod

I/S REFA
(advokat Mikkel Taanum og cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen,
København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 101-279143 af 20. maj 2022 udbød I/S REFA (herefter REFA), som offentligt udbud efter udbudsloven, en kontrakt om levering af 7 stk. renovationsbiler samt servicering og reparation af renovationsbilerne til Guldborgsund og Lolland kommuner. Af udbudsbetingelserne fremgår, at kontrakten startede den 2. januar 2023 og slutter den 31. januar 2031 uden mulighed for forlængelse. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på bedste forhold mellem pris og kvalitet med underkriterierne ”Tilbudt pris” (50 %), ”Leveringstid på renovationsbiler” (25 %), ”Kvalitet og service – service og reparation af renovationsbiler” (5 %), ”Miljø og arbejdsmiljø – service og reparation af renovationsbiler” (10 %) og ”Renovationsbilernes ydre indretning” (10 %).

REFA modtog tilbud fra Ejner Hessel A/S (herefter Hessel) og Scania Danmark A/S (herefter Scania). Den 26. juni 2022 meddelte REFA, at kontrakten ville blive tildelt Hessel.

Den 1. august 2022 indgav Scania klage til Klagenævnet for Udbud over REFA. Klagen har været behandlet skriftligt.

Scania har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at REFA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, samt udbudslovens § 159, stk. 2 og stk. 3, ved at tildele kontrakten til Hessel, på trods af at Hessel skulle udelukkes som tilbudsgiver, da Hessel ikke opfyldte mindstekravet vedrørende faglig og teknisk formåen om mindst 4 referencer vedrørende tilsvarende opgaver.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at REFA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Hessel, på trods af at tilbuddet fra Hessel skulle afvises som ukonditionsmæssigt, fordi der er taget forbehold for kontraktens betalingsbetingelser.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at REFA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Hessel, på trods af at tilbuddet fra Hessel skulle afvises som ukonditionsmæssigt, fordi der er taget forbehold for mulighed for at regulere prisen.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at REFA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Hessel, på trods af at tilbuddet fra Hessel skulle afvises som ukonditionsmæssigt, fordi der er taget forbehold for kravspecifikationens garantibestemmelse.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at REFA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Hessel, på trods af at tilbuddet fra Hessel skulle afvises som ukonditionsmæssigt, fordi der er taget forbehold for vedståelsesfristen.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at REFA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Hessel, på trods af at tilbuddet fra Hessel skulle afvises som ukonditionsmæssigt, fordi der var tilbudt halogenlygter i stedet for det krævede LED lys.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at REFA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 samt udbudslovens § 159, stk. 3, ved uden en forudgående afklaring at tildele kontrakten til Hessel, på trods af at tilbuddet fra Hessel er uanvendeligt som grundlag for indgåelse af kontrakt, idet det er adresseret til en anden modtager og vedrører et andet antal køretøjer end udbuddet.

Påstand 8

Klagenævnet for Udbud skal annullere REFAs beslutning af 26. juni 2002 om tildeling af kontrakten til Hessel.

Scania har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

Klagenævnet har den 1. august 2022 meddelt REFAs kontraktpart, Hessel, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Hessel har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

REFA er et kommunalt fællesskab ejet bl.a. af Lolland og Guldborgssund kommuner og er stiftet efter reglerne i § 60 i den kommunale styrelseslov. Efter vedtægterne har REFA fået kompetenceoverdraget en lang række opgaver, som ellers påhviler kommunerne, herunder navnlig indsamling og transport af affald samt efterfølgende håndtering af det indsamlede affald med henblik på at fremme genbrug, genanvendelse og sortering.

Af udbudsbekendtgørelsen af 20. maj 2022 fremgår bl.a. følgende:

”II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Der ønskes indkøbt 4 stk 2-akslede renovationsbiler med 1-kammer komprimeringsenhed samt 3 stk. 3-akslede renovationsbiler med 1-kammer komprimeringsenhed til indsamling af den fraktionen plast/mad- og drikkekartoner, som opsamles i husstandene i beholdere på hjul eller i plast-sække. Renovationsbilerne vil blive anvendt i Guldborgsund og Lolland kommuner. Derudover ønskes service og reparationsaftale for bilerne i en 8 årig periode. Bilerne ønskes leveret fra 1/1-2023.

...

III.1.3) Teknisk og faglig kapacitet

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

Krav om referencer

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Tilbudsgiver har erfaringer med tilsvarende opgaver med levering af renovationsbiler og servicering og reparation af renovationsbiler fra mindst 4 referencer på levering af færdige renovationsbiler inkl. service og reparation af chassiser fra de seneste 3 år regnet fra udbuddets offentliggørelse, og at Tilbudsgiver kan dokumentere referencerne med beskrivelse for hver referenceangivelse af, hvilke leverancer Tilbudsgiver har haft, herunder angive kontraktperiode, leverede antal renovationsbiler og hvilke kommuner/selskaber/virksomheder, der har været kunde”

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a. følgende:

”7. AFGIVELSE AF TILBUD**7.1 Generelt**

Afgivelse af tilbud er ensbetydende med accept af udbuddets vilkår, herunder kontraktudkast og minimumskrav.

Tilbudsgiver skal besvare alle punkter i tilbudsbesvarelsen, da vurderingen vil blive foretaget på grundlag af disse. Er alle punkter i Tilbudslisten ikke udfyldt, vil Ordregiver afvise tilbuddet som værende ikke-konditionsmæssigt.

Ordregiver kan jf. udbudslovens regler indhente manglende oplysninger efterfølgende, hvis der er tale om rettelse af uvæsentlige mangler ved tilbuddet.

Tilbudsgiver skal klart og entydigt i tilbuddet angive, hvilken juridisk person, der er tilbudsgiver og dermed ansvarlig over for Ordregiver.

Tilbuddet skal indeholde

- Udfyldt ESPD som dokumentation for, at Tilbudsgiver opfylder betingelserne for deltagelse.
- Udfyldt tilbudsliste.
- Tilbudsgivers redegørelse for ”Kvalitet og service – service og reparation”.
- Tilbudsgivers redegørelse for ”Miljø og arbejdsmiljø – service og reparation”.
- Tilbudsgivers redegørelse for ”Renovationsbilernes ydre indretning”.
- Evt. øvrige oplysninger (uploades på udbudsportalen i det omfang, oplysningerne ikke er afgivet på tilbudslisten).

Alle Tilbuddets dokumenter og bilag skal uploades i PDF-format eller tilsvarende format på udbudsportalen inden tilbudsfristens udløb.

7.2 ESPD

...

ESPD’et fungerer som foreløbigt bevis for, at Tilbudsgiver ikke er omfattet af de obligatoriske og de af Ordregiver valgte frivillige udelukkelsesgrunde samt opfylder egnethedskravene til udbuddet. Oplysningerne danner grundlag for Ordregivers vurdering af, om Tilbudsgiver er udelukket fra at deltage i udbuddet, og om Tilbudsgiver er egnet til at udføre den udbudte opgave.

...

7.3 Tilbudslisten

Alle nødvendige ydelser i henhold til udbudsmaterialet skal være indeholdt i de tilbudte enhedspriser. Ordregiver yder således ingen yderligere betaling ud over den tilbudte pris, herunder f.eks. olietillæg, miljøtillæg, omkostninger til attester, eller fakturagebyr.

Hvis Tilbudsgiver vedlægger egne salgs- og leveringsbetingelser, vil disse ikke blive betragtet som en del af tilbuddet og vil ikke indgå i aftalegrundlaget.

Alle priser skal angives i DKK ekskl. moms.

...

9.3 Teknisk og faglig kompetence

Tilbudsgiver skal i ESPD’et bekræfte, at

- Tilbudsgiver har erfaringer med tilsvarende opgaver med levering af renovationsbiler og servicering og reparation af renovationsbiler fra mindst 4 referencer på levering af færdige renovationsbiler inkl. service og reparation af chassiser fra de seneste 3 år regnet fra udbuddets offentliggørelse, og at Tilbudsgiver kan dokumentere referencerne med beskrivelse for hver referenceangivelse af, hvilke leverancer Tilbudsgiver har haft, herunder angive kontraktperiode, leverede antal renovationsbiler og hvilke kommuner/selskaber/virksomheder, der har været kunde.

...

11. VURDERING AF TILBUD

Efter tilbudsfristens udløb undersøger Ordregiver, om tilbuddet indeholder de krævede oplysninger, samt om Tilbudsgiver opfylder de stillede krav i relation til udelukkelse samt til egnethed.

...

12. ORIENTERING OM TILDELING

Inden der træffes endelig beslutning om tildeling af kontrakten, vil Ordregiver underrette den påtænkt vindende Tilbudsgiver og give denne en frist til at fremskaffe dokumentation for, at oplysningerne udfyldt i ESPD'et er korrekte.

...

13. FORBEHOLD

Forbehold accepteres ikke.

Eventuelle uklarheder og usikkerheder i udbudsmaterialet skal afklares ved, at Tilbudsgiver stiller spørgsmål til udbudsmaterialet eller ved at anmode om supplerende oplysninger forud for afgivelse af tilbud.

Ordregiver gør opmærksom på, at Tilbudsgivers almindelige salgs- og leveringsbetingelser ikke finder anvendelse i forhold til levering af renovationsbiler og udførelse af ydelser i henhold til nærværende udbud.

14. VEDSTÅELESFRIST

Tilbuddet er bindende for Tilbudsgiver indtil 4 måneder efter udløb af tilbudsfristen.

Tilbudsgiver er bundet af sit tilbud, indtil Ordregiver har indgået kontrakt, dog senest indtil vedståelsesfristens udløb. Orientering om tildelingsbeslutningen indebærer således ikke, at Tilbudsgiver allerede på orienteringstidspunktet er frigjort fra sit tilbud.

Hvis der ved en administrativ myndighed træffes afgørelse om, at en eventuel klage over det gennemførte udbud tillægges opsættende virkning, vil Ordregiver kunne forlænge vedståelsesfristen med yderligere 6 mdr.”

Af kravspecifikationen fremgår bl.a. følgende:

”3. RENOVATIONSBIKER

3.1 Generelle krav

...

Efterfølgende er anført Ordregivers minimumskrav til renovationsbilernes forskellige funktioner og dele.

3.2 Chassis

	Renovationsbiler	Små	Store
Alt lys skal være LED lys		X	X

...

3.9 Garanti – renovationsbiler

Tilbudsgiver skal give funktionsgaranti på konstruktions-, fabrikations- og materialefejl på renovationsbilerne (chassis og komprimeringsenhed). Denne garanti skal være indeholdt i tilbudsprisen. Tilbudsgiver skal give garanti for fejl og mangler på selve bilen (chassis, motor, hjælpesystemer (el, hydraulik m.m.), styrehus) og komprimeringsenheden i en periode på 2 år fra godkendt overtagelsesdag eller maksimalt op til 100.000 kørte km.

Nye dele, der i garantiperioden på de 2 år leveres til udskiftning af mangelbehæftede dele, er undergivet en tilsvarende garanti mod fejl og mangler i en periode på 2 år fra udskiftningen.”

Af kontraktudkast fremgår bl.a. følgende:

”2. Grundlag for kontrakten

Kontrakten er indgået på baggrund af Ordregivers EU-Udbud 2022/XXXXX om levering af renovationsbiler samt servicering og reparation af renovationsbiler.

Levering af renovationsbiler omfatter følgende

- 3 stk. 3-akslede renovationsbiler med komprimerringsaggregat og
- 4 stk. 2-akslede renovationsbiler med komprimeringsenhed

Servicering og reparation af renovationsbiler omfatter alle renovationsbiler, men ikke komprimeringsenheden på renovationsbilerne.

Kontraktens grundlag er følgende dokumenter i prioriteret rækkefølge:

1. Denne kontrakt.
2. Tilføjelser og rettelser til udbudsdokumentet (3) offentliggjort på udbudsportalen inden tilbudsfristens udløb.
3. Udbudsdokumentet ”Kravspecifikation. Indkøb og servicering af renovationsbiler. I/S REFA – Maj 2022”.
4. Kontrakthavers tilbud.

Bestemmelser og vilkår fastlagt i et dokument med lavere nummer sætter de tilsvarende bestemmelser og vilkår i det/de efterfølgende dokumenter ud af kraft.

De nævnte dokumenter er bilag til Kontrakten.

...

10. Betaling

Fakturering af leverede renovationsbiler sker månedsvis bagud. Fakturering af leverede serviceydelser (service og reparation af renovationsbiler og komprimeringsenheder) sker ligeledes månedsvis bagud.

Faktura for leverede renovationsbiler og leverede serviceydelser sendes umiddelbart efter et månedsskifte til det af Ordregiver anviste EAN-nummer, 5798007150341, inden den 10. i måneden. [...]

Faktura for leverede serviceydelser bilægges logbog over service og reparationer gennemført på de pågældende renovationsbiler den seneste måned som fastlagt i kravspecifikationen.

Faktura forfalder til betaling sidste bankdag i den måned, hvor fakturaen er fremsendt.

Efter kontraktens udløb sender Kontraktøver senest 20 arbejdsdage efter kontraktudløb en endelig og fuldstændig opgørelse. Efter at Ordregiver har modtaget denne slutopgørelse, kan Kontraktøver ikke fremsætte yderligere krav - bortset fra sådanne, der er taget specificeret forbehold for i slutopgørelsen.

Hvis slutopgørelsen ikke er kommet frem til Ordregiver inden 20 arbejdsdage efter kontraktperiodens ophør, kan Ordregiver skriftligt kræve opgørelsen fremsendt inden 10 arbejdsdage. Sendes opgørelsen herefter ikke til Ordregiver inden udløbet af denne frist, fortaber Kontraktøver sine eventuelle krav.

Kontraktøvers tilgodehavende i forbindelse med kontraktophør forrentes ikke. Betalingsfristen er 20 arbejdsdage fra modtagelse af anmodningen.

11. Prisregulering

11.1 Renovationsbiler

De tilbudte priser reguleres ikke.

11.2 Service og reparation af renovationsbiler

Tilbudte priser reguleres 1 gang hvert kvartal på baggrund af udviklingen i Danmarks Statistiks Nettoprisindeks (Pris 114 - 00 Nettoprisindeks i alt):

Prisreguleringen baseres på følgende formel:

$r = t \times \text{Indeks2} / \text{Indeks1}$, hvor

r = den regulerede pris

t = den tilbudte pris

Indeks2 = indeks for seneste måned forud for reguleringsdagen

Indeks1 = juni indeks 2022.

Regulering sker første gang pr. 1. april 2023 efter følgende formel:

$r = t \times \text{indeks marts 2023} / \text{indeks juni 2022}$

Alle regulerede priser afrundes til 2 decimaler.”

Hessel afgav tilbud den 21. juni 2022, hvor ESPD, to tilbudsdokumenter og en tilbudsliste blev indleveret til REFA.

Af Hessels ESPD fremgår bl.a. følgende:

»

Teknisk og faglig formåen			
For så vidt angår vareindkøbskontrakter: levering af leverancer af den anførte type			
Kun for så vidt angår offentlige vareindkøbskontrakter: I referenceperioden har den økonomiske aktør leveret følgende betydelige leverancer af den anførte type. Ordregivende myndigheder kan kræve op til tre års erfaring og tillade, at der tages hensyn til erfaring, som ikke er indhøstet inden for de seneste tre år.			
Minstekrav til udvælgelseskriteriets opfyldelse			
<i>Tilbudsgiver har erfaringer med tilsvarende opgaver med levering af renovationsbiler og servicering og reparation af renovationsbiler fra mindst 4 referencer på levering af færdige renovationsbiler inkl. service og reparation af chassiser fra de seneste 3 år regnet fra udbuddets offentliggørelse, og at Tilbudsgiver kan dokumentere referencerne med beskrivelse for hver referenceangivelse af, hvilke leverancer Tilbudsgiver har haft, herunder angive kontraktperiode, leverede antal renovationsbiler og hvilke kommuner/selskaber/virksomheder, der har været kunde.</i>			
Beskrivelse	Levering af 2 Kammer Skraldebiler efter vundet udbud - På MB Eonic		
Beløb	11.000.000,00		DKK
Startdato	01-03-2021	Slutdato	14-10-2021
Modtagere	Frederikshavn Forsyning		
Beskrivelse	Levering af 1&2 Kammer Skraldebiler efter vundet udbud - På MB Eonic		
Beløb	15.000.000,00		DKK
Startdato	01-09-2020	Slutdato	23-07-2021
Modtagere	Helsingør Forsyning		
Beskrivelse	Levering af 1&2 Kammer Skraldebiler efter vundet udbud - På MB Eonic		
Beløb	15.000.000,00		DKK
Startdato	06-11-2020	Slutdato	01-09-2021
Modtagere	ETK Køge Kommune		
Er disse oplysninger gratis tilgængelige for myndighederne fra en EU-medlemsstats database?	Nej		

»

Hessel indleverede et tilbudsdokument vedrørende 3-akslede renovationskøretøjer. Tilbudsdokumentet er adresseret til REFA. Af tilbudsdokumentet fremgår bl.a. følgende:

”Idet vi takker for behagelig samtale, har vi hermed fornøjelsen at tilbyde følgende

3.stk.fabriksnye Mercedes Benz Eonic 2630 L ENA 6x2/ 4 3900

...

Pris

Prisen for køretøjet i ovenstående udførelse udgør i alt:

Der tages endvidere forbehold for prisændringer uden for vores kontrol herunder alm. force majeure.

...

Betaling

Netto kontant ved levering.

...

Garanti

Mercedes-Benz Diesel lastbiler:

Der ydes 1 års fabriksgaranti på bilen som helhed i henhold til fabrikkens alm. garantibestemmelser. Desuden ydes yderligere 2 års drivliniegaranti (3 år i alt), dog med begrænsning i kilometertallet jf. bestemmelserne i tilbuddet. [...]"

Hessel indleverede endvidere et tilbudsdokument vedrørende 2-akslede renovationskøretøjer. Tilbudsdokumentet er ikke adresseret til REFA men derimod til Urbaser A/S. Af tilbudsdokumentet fremgår bl.a. følgende:

"Urbaser AS
Erhvervsparken 17
4621 Gadstrup

Tilbud

Idet vi takker for behagelig samtale, har vi hermed fornøjelsen at tilbyde følgende:

5 stk. fabriksnye Mercedes Benz Econic 1827 4x2/3900

...

Elektronik

[...]
L1H Halogen-tågeforlygter

...

Gyldighed

Tilbuddet er gældende i 30 dage fra dags dato."

Det fremgår af den tilbudsliste, som Hessel udfyldte og indleverede med tilbuddet, at Hessel tilbød 4 "små" renovationsbiler og den samlede pris var angivet til 17.962.807,28. Endvidere fremgik det af tilbudslisten, at Hessel havde afkrydset, at de leverede renovationsbiler opfyldte kravspecifikationens minimumsbestemmelser.

I underretningen af 26. juni 2022 om tildelingen meddelte REFA, at kontrakten blev tildelt Hessel, som havde opnået 8,86 point. Scania havde opnået 6,10 point.

Efter udløb af standstill-perioden indgik REFA den 8. juli 2022 kontrakt med Hessel.

Ved brev den 13. juli 2022 til REFA anmodede Scania bl.a. om REFAs bemærkninger til, om Ejner Hessel opfyldte mindstekravet til antal referencer. I brevet fremgår bl.a. følgende:

”For det første fremgår det af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, at tilbudsgiver skal dokumentere tilstrækkelig teknisk og faglig kompetence, og at der som et mindstekrav gælder, at der skal medsendes minimum 4 referencer fra de seneste 3 år.

I tilbud fra Ejner Hessel er der i det modtagne materiale kun oplyst 3 referencer; nemlig fra Frederikshavn Forsyning, Helsingør Forsyning og ETK Køge Kommune.

Jeg vil gerne modtage jeres bemærkninger til, om Ejner Hessel opfylder mindstekravet til antal referencer.”

REFA har oplyst, at REFA og Hessel den 14. juli 2022 afholdt et møde, hvor Hessel redegjorde for de fremlagte referencer samt yderligere relevante referencer.

Ved mail den 14. juli 2022 oplyste Hessel følgende til REFA:

”Vedr. udbuddet til Refa Guldborgsund

Referenter til udbuddet :

Hvidovre kommune / 4 udbud vundet

ETK Køge / 2 udbud vundet

Urbaser Gadstrup / mindst 50 handler , har købt biler siden år 2000 , og har ca. 350 Mercedes Eonic

City Container København / også en kunde med ca. 150 Eonic, som er handlet over 10 gange”

Ved brev den 15. juli 2022 besvarede REFA bl.a. følgende til Scania:

”REFA betragter tilbuddet fra Hessel som konditionsmæssigt og skal bemærke følgende til de af dig fire rejste spørgsmål:

Dokumentation for tilstrækkelig teknisk og faglig kompetence:

ESPD’et er et foreløbigt bevis for, at Tilbudsgiver opfylder de stillede krav vedrørende obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde samt egnethed.

REFA har kontrolleret ESPD’ets oplysninger via serviceattesten og regnskabsoplysninger fra CVR og har fra branchen kendskab til Hessels levering og servicering af renovationsbiler til både private og offentlige kunder indenfor de seneste tre år.

Udover de i ESPD’et oplyste har Hessel erfaring med med tilsvarende opgaver fra eksempelvis private aktører som Harm Mammen og Sønner A/S og Urbaser Danmark A/S, ligesom anførslen af ETK Køge kommune dækker flere udbud og dermed flere særskilte kontrakter. Mindstekravet anses derfor for opfyldt.”

Ved mail den 19. august 2022 til Hessel anmodede REFA om supplerende oplysninger om referencer. Hessel blev bedt om at fremkomme med oplysninger om kontraktperiode, leverede antal renovationsbiler samt kontraktpart ved hver reference.

Ved mail den 19. august 2022 oplyste Hessel bl.a. følgende til REFA angående Hessels referencer:

”Bemærk af udbuddet til Hvidovre er der tale om en række optionsbiler mv. på samme kontrakt.

Jeg har taget udgangspunkt i leveringsdatoen på bilerne, og dem kan jeg også samle, og fremsende, måtte dette være aktuelt.

Ift. til Både Køge og Hvidovre kan Køge ikke bruges 2 gange, da det ene udbud falder på 3 års grænsen.

Ift. til Hvidovre er der tale om leveringer er sket som følge af options muligheder fra kontrakten.

Urbaser og City container er ikke offentlige kontrakter med derimod indkøb imellem private virksomheder. Derfor er jeg i tvivl om disse er gældende ?

Yderligere Referencer, til supplement, OG som sagt har vi MANGE ! – men herunder 3 stk. Hvoraf de 2 stk. var benævnt i ESPD. (Helsingør og Frederikshavn, og ligeså var KØGE, som er på listen herunder)

Renovest Vesthimmerland

Kontrakt fra 2020.

Aftaleperioden gælder på yderligere 2 stk. optionsbiler, som er bestilt.

Dvs. 3 køretøjer

Helsingør Forsyning

Kontrakt fra 2020

Indkøb af 10 stk komprimator biler + optioner.

Kontrakten på biler forløber over 2 år.

Frederikshavn Forsyning

Kontrakt fra 2020 om levering af komprimator biler på de efterfølgende 4 år.

Biler leveret 8 stk.

Biler på vej 8/10 stk.

...

Reference/kontraktpart	Kontraktperiode	Leverede antal renovaitonsbiler	Eventuelle bemærkninger
ETK Køge (1)	2 ÅR	1	LEVERET 2020
ETK Køge (2)	2 ÅR	3	Leveret i Februar 2019
Hvidovre (1)	2 ÅR	2	Leveret 2022
Hvidovre (2)	2 ÅR	2	LEVERET I 2020
Hvidovre (3)	2 ÅR	8	Leveret i 2019
Hvidovre (4)	2 ÅR	1	Leveret i 2021
Urbasser Gadstrup		62	Leveret i [2020-2022] – NB ej Udbud
City Container		33	Leveret i 2020/2022 NB: ej udbud

...

”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Scania har gjort gældende, at det fremgår af udbudsbekendtgørelsen pkt. III.1.3 og udbudsbetingelserne pkt. 9.3, at REFA stillede mindstekrav om, at der skulle oplyses 4 referencer. Hessel oplyste 3 referencer i ESPD og opfyldte dermed ikke mindstekravet.

En ordregiver kan ikke træffe en tildelingsbeslutning, før den valgte tilbudsgiver har fremlagt den krævede dokumentation. Ordregiveren skal kontrollere, at mindstekravet vedrørende egnethed er opfyldt, jf. udbudsloven § 152. REFA kunne alene tildele kontrakt, såfremt Hessel opfyldte mindstekravet, inden der blev truffet en tildelingsbeslutning, jf. udbudslovens § 159, stk. 2. REFAs forsøg på kontrol fandt sted, efter kontrakten var underskrevet. På det tidspunkt var udbuddet afsluttet. Det fremgår af lovbemærkningerne, at ordregivers kontrol af oplysninger om egnethed tidsmæssigt skal udføres før tildeling af kontrakten. Det følger af udbudslovens § 159, stk. 3, at REFA i tvivlstilfælde skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne i tilbuddet. REFA oplyste i sit svar til Scania den 15. juni 2022, at den reference om ETK Køge, som Hessel har anført, dækker over flere udbud og dermed flere særskilte referencer. Der er imidlertid ikke grundlag for REFAs udlægning i det, som Hessel har anført i ESPD, da det fremgår, at det omhandlede én reference med én kontraktsum på 15 mio. kr. og én leveringsperiode vedrørende levering af en renovationsbil.

En ordregiver kan være berettiget til efter tilbudsfristen at indhente en yderligere reference fra en tilbudsgiver, for derved at gøre dette tilbud konditionsmæssigt, jf. Retten på Frederiksbergs dom af 30. juni 2022, Gentofte Kommune mod Eksponent ApS. REFA har ikke indhentet yderligere referencer fra Hessel, og REFA har truffet en tildelingsbeslutning uden, at der var indhentet yderligere referencer.

REFA har gjort gældende, at det var berettiget at lade tilbuddet fra Hessel indgå i tilbudsevalueringen. Hessel levede op til mindstekravet om teknisk og faglig formåen, hvorfor Hessel ikke skulle udelukkes som tilbudsgiver. REFA var berettiget til at indhente supplerende oplysninger herom efter kontraktindgåelsen, jf. udbudslovens § 159, stk. 5.

Der var intet i tilbuddet fra Hessel, der medførte, at REFA havde grund til at antage, at de stillede krav til egnethed ikke var opfyldt. Der er heller ikke tvivl om, at både Scania og Hessel lever op til egnethedskriteriet om erfaring.

Egnethedsvurderingen havde ingen indflydelse på evalueringen af de modtagne tilbud. Hessels tilbud blev ikke forbedret, og Hessel opnåede ikke nogen konkurrencefordel ved indhentelsen af den yderligere reference, heller ikke selvom indhentelsen fandt sted efter kontraktunderskrift.

En ordregiver kan under overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre sin ansøgning eller sit tilbud, hvis de oplysninger, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har indsendt i forbindelse med en ansøgning eller et tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter, blot denne anmodning ikke fører til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud, jf. udbudslovens § 159, stk. 5. Tre betingelser skal være opfyldt for, at en ordregiver kan indhente supplerende oplysninger i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5, jf. forarbejderne til bestemmelsen og jf. EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/2012, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S. Det skal dreje sig om historiske oplysninger, som objektivt kan kontrolleres, og som forelå forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud. Tilbudsgiver må desuden ikke opnå en konkurrencemæssig fordel ved fremsendelse af oplysningerne efter tilbudsfristen. Endelig må det ikke have været et krav i udbudsmaterialet, at manglende oplysning ville føre til udelukkelse.

REFA og Hessel afholdt den 14. juli 2022 et møde, hvor Hessel redegjorde for de fremlagte referencer samt yderligere relevante referencer – på foranledning af Scantias henvendelse af 13. juli 2022. REFA har for fuldstændighedens skyld den 19. august 2022 anmodet Hessel om yderligere at supplere beskrivelsen.

Referencelisten angår leveringer, som er udført inden for de seneste 3 år. Listen forelå forud for udløbet af tilbudsfristen. Hessel har ikke ved fremsendelsen af referencelisten opnået en konkurrencemæssig fordel. Der var ikke tvivl om, at Hessel levede op til kravene til teknisk og faglig formåen. Referencerne havde ingen indflydelse på tilbuddet og ændrede hverken på evalueringen eller den indgåede kontrakt. Hessels indsendelse af referencelisten indebærer således ikke en indholdsmæssig, væsentlig ændring af det oprindelige tilbud.

Ifølge udbudsmaterialet var det et krav, at tilbudsgiveren skulle bekræfte, at denne kunne dokumentere at opfylde det pågældende mindstekrav til teknisk og faglig formåen. Det er i udbudsmaterialet ikke nævnt, at manglende fremsendelse vil føre til udelukkelse, hvorfor bestemmelsen i § 159, stk. 5, finder anvendelse. REFA har indhentet supplerende oplysninger efter tildelingsbeslutningen og efter kontraktunderskrift. Der er ikke væsentlige hensyn, der taler for, at når en indhentelse af supplerende oplysninger kan ske efter tildelingen, at denne indhentelse ikke også kan ske efter kontraktindgåelsen. Det er historiske oplysninger og oplysninger, som ikke har ført til afgivelse af et nyt tilbud, forbedring af tilbuddet eller har flyttet den økonomiske balance i kontrakten. Indhentelsen af de supplerende oplysninger har således ikke haft betydning for udbuddets udfald.

Ad påstand 2

Scania har gjort gældende, at det af kontraktens bestemmelser fremgik, at betalingen skulle ske månedsvis bagud, hvilket indebærer en betalingsfrist for REFA på op til en måned. Betalingsbetingelserne for Hessels tilbud var alene omtalt i tilbudsdokumenterne, hvor Hessel angav, at betalingen skulle ske netto kontant ved levering.

REFA meddelte den 15. juli 2022 Scania, at REFA ikke anså det for et forbehold, fordi det fremgik af udbudsbetingelserne, at tilbudsgivernes standardvilkår ikke ville blive taget i betragtning, samt at der ikke kunne tages forbehold. Forbeholdet er imidlertid integreret i selve teksten i tilbuddet og ikke i et særskilt dokument betegnet som standardvilkår. Derudover var det ikke muligt at se bort fra Hessels forbehold, blot fordi REFA anførte, at forbehold ikke accepteres. Et udbud er en opfordring til at afgive tilbud, og et tilbud skal vurderes efter sit indhold, og en eventuel uoverensstemmelse med udbudsmaterialet udgør et forbehold. Det betyder, at tilbuddet fra Hessel skulle vurderes ud fra, hvad der står i tilbuddet, og det gælder, uanset REFA på forhånd oplyste at ville se bort fra standardvilkår, og at forbehold ikke accepteres. REFA skulle have vurderet det anførte ud fra det materielle indhold og ikke have tillagt det betydning, at Hessel ikke udtrykkeligt havde benævnt det som et forbehold over for kontrakten. Hessel bærer risikoen for uklarheder som følge af uoverensstemmelser mellem kontraktens vilkår og tilbuddets indhold. Forbeholdet medfører, at tilbuddet ikke kunne tages i betragtning.

REFA har gjort gældende, at det var berettiget at tildele kontrakten til Hessel, da tilbuddet ikke indeholdt et forbehold over for kontraktens betalingsbetingelser.

Af kontraktens pkt. 10 fremgik bl.a., at faktureringen skulle ske månedsvist bagud, at faktura sendes umiddelbart efter et månedsskifte, og at faktura forfalder til betaling sidste bankdag i den måned, hvor fakturaen er fremsendt. Scania's påstand baserer sig udelukkende på angivelser i databladene fra Hessel, hvori der under overskriften betaling var anført netto kontant ved levering.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 13 fremgik, at tilbudsgivers almindelige salgs- og leveringsbetingelser ikke skulle finde anvendelse. Af kontraktens afsnit 2 fremgik, at den har forrang, herunder at den anvendte tilbudsliste har forrang frem for tilbudsgivers tilbud. Tilbuddet fra Hessel indeholder datablade, som var udformet af Hessel. Standardvilkårene angår ombygningen af de tilbudte renovationsbiler. Databladene kan sidestilles med "standard leveringsbetingelser", der ikke fandt anvendelse og ikke ville indgå i aftalegrundlaget, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 7.3.

I databladene fra Hessel var udtrykket "netto kontant ved levering" anvendt. Udtrykket er i praksis uden indhold og er udtryk for det generelle princip i købeloven om samtidighed for et køb, hvis ikke andet er aftalt. REFA har ikke på noget tidspunkt været i tvivl om, at der var tale om en irrelevant angivelse i et datablad. Udtrykket kan ikke betragtes som et forbehold. Det anførte i databladet har ikke givet tilbudsgiver en fordel i evalueringen eller har flyttet økonomien i aftalen, da hverken tilbudsgiver eller ordregiver har betragtet det angivne som et forbehold.

Ad påstand 3

Scania har gjort gældende, at det fremgik af kontrakten, at prisen ikke kunne reguleres. I tilbuddet fra Hessel var det anført, at prisen reguleres som følge af forhold, som er uden for Hessels kontrol. Af tilbudsdokumenterne fremgik det, at der ikke kun henvises til situationer, der kan karakteriseres som force majeure, da termen 'herunder' var anvendt. Det anførte omfattede således alle forhold, som er uden for Hessels kontrol. REFA svarede Scania den 15. juli 2022, at der skulle ses bort fra det, der var anført i tilbuddet, med samme begrundelse som forbeholdet vedrørende betalingsbetingelserne. REFA var

forpligtet til at vurdere tilbuddet ud fra dets indhold og derfor betragte det anførte som et forbehold, jf. det der er anført ad påstand 2. Forbeholdet angik et grundlæggende element, allerede fordi forbehold slet ikke accepteres i dette udbud. Derudover er der tale om et forbehold for prisen, som altid anses for et grundlæggende element, og det vil være umuligt at prissætte dette, da der ikke er begrænsninger i, hvordan prisen kan reguleres, som følge af forhold Hessel ikke har kontrol over. Der er intet, der indikerer, at der forelå en fejl. Forbeholdet er gentaget i begge tilbudsdokumenter og fremstår klart og tydeligt. REFA var derfor ikke berettiget til at se bort fra dette forbehold.

REFA har gjort gældende, at det var berettiget at tildele kontrakten til Hessel, da tilbuddet ikke indeholdt et forbehold for at regulere prisen. Af kontraktens pkt. 11 fremgik nærmere om prisregulering. I databladene vedrørende pris har Hessel bl.a. anført, at der tages forbehold for prisændringer uden for selskabets kontrol, herunder almindelig force majeure. Det påståede forbehold fremgik ingen andre steder i tilbuddet. Det som Hessel har anført i databladene vedrørende pris, er uklart og kan ikke anses som et forbehold. Der foreligger en åbenlys fejl, som ordregiveren var berettiget til at se bort fra. Prisen for de 7 renovationsbiler fremgik således af tilbudsgivers tilbudsliste og ikke af databladet. Der er hverken i tilbudslisten eller i den indgåede kontrakt indeholdt et forbehold for kontraktens betalingsbestemmelser.

Ad påstand 4

Scania har gjort gældende, at det fremgik af kravspecifikationerne, at der skulle tilbydes en 2-årig funktionsgaranti. Hessel har i tilbudsdokumenterne tilbudt en 1-årig fabriksgaranti, mens det i tilbudslisten er anført, at tilbuddet opfylder kravspecifikationernes mindstekrav, hvilket omfatter den deri anførte 2-årige garanti. Derudover var den tilbudte garanti begrænset til fabrikkens almindelige garantibestemmelser. Det må antages, at der menes Mercedes-Benz fabrikken, hvor fabriksgarantien er suppleret med en drivlinjegaranti, men den omfatter kun de specifikt oplistede forhold. Det forhold, at Hessel et sted i tilbuddet har anført, at kravspecifikationen overholdes, mens det andetsteds er beskrevet, hvilken garanti Hessel tilbyder, udgør som et minimum en uoverensstemmelse, som REFA var forpligtet til at få afklaret, inden der blev truffet en tildelingsbeslutning. Hessel bærer risikoen for, at der er uoverensstemmelser i tilbuddet, hvorfor afkrydsningen i tilbudslisten om, at kravspecifikationen overholdes, ikke medfører, at der kan ses bort fra, hvad

der står i tilbudsteksten, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. juli 2019, Semi-Stål A/S mod Region Hovedstaden.

REFA var ikke berettiget til at vælge, hvilke dele af Hessels tilbud der skulle være gældende, herunder at f.eks. afkrydsningen i tilbudslisten var gældende, men ikke teksten i tilbudsdokumentet. REFA var heller ikke berettiget til at bortfortolke dele af Hessels tilbud for på den måde at se bort fra angivelser, der helt oplagt udgør forbehold. Forbeholdet om garantibestemmelsen udgør et forbehold for et grundlæggende element, allerede fordi forbehold slet ikke accepteres i udbuddet, og fordi et forbehold for en garantibestemmelse ikke kan prissættes.

REFA har gjort gældende, at det var berettiget at tildele kontrakten til Hessel, da tilbuddet ikke indeholdt et forbehold for kontraktens garantibetingelser.

Der er ikke en særskilt bestemmelse i kontrakten om garanti. Kravspecifikationen er en del af kontrakten, der, jf. kontraktens afsnit 2, har forrang for tilbudsgivers tilbud. Scantias påstand baserer sig udelukkende på angivelser i databladene. REFA har lagt til grund, at databladene indeholder åbenlyse fejl, hvilket er beskrevet under REFAs anbringender ad påstand 2. Hvis det anførte skulle være en del af tilbuddet, er der givet garanti på dele, som ikke er efterspurgt. Formuleringen er uklar, endda i en sådan grad, at der muligvis ikke er tale om et forbehold, men nærmere en præcisering af, hvordan garantiforpligtelsen opfyldes. Der er tale om en helt åbenlys fejl, der ikke er tiltænkt et selvstændigt indhold.

I forhold til det anførte i databladet under overskriften ”Garanti”, var der angivet 1 års fabriksgaranti på lastbilen, der udgør basis for renovationsbilen. Derudover er der angivet en udvidet garanti – fra to år, der er kravet, jf. kravspecifikationen, til tre år – for drivlinien, dog med visse begrænsninger, f.eks. i forhold til kørte kilometer. Kravet i kravspecifikationen er 2 år/100.000 km, og i databladet er angivet 3 år/250.000 km. I øvrigt er der i databladene angivet garantien X3Z Drivliniegaranti, 3 år/250.000 km, som efter sin ordlyd er en udvidelse af garantien i forhold til den garanti, der er indeholdt i kravspecifikationen.

REFA har i øvrigt henvist til sine anbringender ad påstand 2 vedrørende standard leveringsbetingelser, kontrakten og tilbudslistens forrang, reglerne for

forbehold samt det anførte under påstand 8 om åbenlyse fejl i databladene, som ligeledes er gældende her.

Ad påstand 5

Scania har gjort gældende, at REFA var forpligtet til at afvise tilbuddet fra Hessel, da tilbuddet indeholdt en vedståelsesfrist på 30 dage og dermed ikke opfyldte kravet om en vedståelsesfrist på 4 måneder.

Det eneste sted i tilbuddet, hvor vedståelsesfristen er omtalt, er i det ene tilbudsdokument om de 5 renovationsvogne, hvoraf fremgik, at tilbuddet er gældende i 30 dage. Et forbehold vedrørende en vedståelsesfrist anses for et forbehold over for et grundlæggende element, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelser af 14. september 2012, Merrild Coffee Systems A/S mod Forsvarets Bygnings- og Etablissementstjeneste, og af 12. januar 2010, Børge Jakobsen & Søn A/S mod Sorø Kommune. Vedståelsesfristen er relevant for tilbudsgiverne og kan i visse situationer være afgørende for, om der afgives tilbud. Det gælder især under markedsvilkår, hvor omkostningerne kan variere betydeligt i løbet af kort tid som følge af ændringer i transportomkostninger, forsyningsudfordringer, stigende råvarepriser osv. Det kan ikke udelukkes, at der har været en eller flere potentielle tilbudsgivere, som har afholdt sig fra at afgive tilbud, fordi de ikke kunne acceptere en vedståelsesfrist på 4 måneder. Det har derfor betydning, om de tilbudte priser skal være gældende i 4 måneder, som angivet i udbudsbetingelserne, eller i 30 dage som angivet i tilbuddet fra Hessel.

REFA har bestridt at have handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed og har gjort gældende, at REFA var berettiget til at tildele kontrakten til Hessel, da tilbuddet ikke indeholdt et forbehold for vedståelsesfristen.

Når et datablad, der udgør et bilag til et tilbud, aktivt er indsendt via en udbudsportal med i) en forkert modtager og ii) en forkert antalsangivelse, der i sig selv anses som værende åbenlyse fejl, jf. argumenterne under påstand 2, og indeholder en forkert vedståelsesfrist – 30 dage i stedet for udbuddets krævede 4 måneder – vil en ordregiver være berettiget til at betragte dette som en ubetydelig, åbenlys fejl.

Det fremgik af udbudsbetingelsernes pkt. 14, at tilbuddet er bindende for tilbudsgiver indtil 4 måneder efter udløb af tilbudsfristen. Af Hessels datablade fremgår det under afsnittet om gyldighed, at tilbuddet er gældende i 30 dage fra dags dato. REFA har henvist her til anbringenderne vedrørende blandt andet åbenlyse fejl under påstand 2. At der foreligger åbenlyse fejl, underbygges yderligere af, at denne angivelse om vedståelsesfristen kun fremgår af et datablad fra Hessel.

Ad påstand 6

Scania har gjort gældende, at REFA var forpligtet til at afvise tilbuddet fra Hessel, fordi det ikke opfyldte det tekniske mindstekrav til LED-lys.

Af kravspecifikationernes pkt. 3.2 fremgik et teknisk mindstekrav om, at alt lys skulle være LED lys. Yderligere fremgik det, at dette mindstekrav gælder både de små og store biler. Af tilbudsdocumentet fra Hessel vedrørende 5 ”små” renovationsbiler fremgik, at de ”små” renovationsbiler er med halogenlys, hvilket er strid med kravspecifikationens mindstekrav om, at alt lys i chassis skulle være LED lys.

REFA har bestridt at have handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed og har gjort gældende, at REFA var berettiget til at tildele kontrakten til Hessel.

Det sekundære tilbudsdocument skal læses i sin rette kontekst. Tilbudslisten, som er det primære tilbudsdocument, indeholdt en bekræftelse af, at der ikke var taget forbehold for kontrakten. Derudover blev alle lastbiler, der var omfattet af kontrakten, leveret i overensstemmelse med kravspecifikationerne. Der var en uklarhed i kravspecifikationen om, hvorvidt alle lyskilder skulle være LED lys, da det nogle steder fremgik eksplicit, at det skulle være LED lys, mens det andre steder ikke fremgik. En sådan uklarhed bør ikke komme tilbudsgiverne til skade.

Der henvises endvidere til REFAs anbringende under påstand 2 vedrørende standard leveringsbetingelser, kontrakten og tilbudslistens forrang, reglerne for forbehold samt det anførte under påstand 8 om åbenlyse fejl i databladene, som ligeledes er gældende ved REFAs anbringender til denne påstand.

Ad påstand 7

Scania har gjort gældende, at REFA ikke var berettiget til at tildele kontrakten på grundlag af tilbudsdocumentet vedrørende de ”små” renovationsbiler uden en forudgående berigtigelse, da tilbudsdocumentet ikke indeholdt et brugbart tilbud vedrørende 4 ”små” renovationsbiler og derfor skulle anses for ukonditionsmæssigt.

Af tilbudsdocumentet vedrørende de ”små” renovationsbiler fremgik, at tilbuddet var adresseret til Urbaser A/S og ikke til REFA. Derudover var det angivet, at det vedrørte 5 renovationsbiler i stedet for 4 renovationsbiler. Der var intet i dokumentet, som viste, at det var tiltænkt REFA. REFA kunne muligvis have opfattet det som åbenlyse fejl. Hvis REFA mente, der forelå en fejl i tilbuddet, skulle REFA have foretaget en effektiv kontrol heraf, f.eks. ved at anmode Hessel om at tilrette dokumentet i henhold til udbudslovens § 159, stk. 5. Den mulighed er imidlertid forpasset, idet der er truffet en tildelingsbeslutning og indgået kontrakt.

REFA har bestridt at have handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet og har gjort gældende, at REFA var berettiget til at tildele kontrakten til Hessel.

Der var tale om helt åbenlyse fejl i tilbuddet. REFA var berettiget til at berigtige fejlene i medfør af udbudsloven § 159, stk. 5. En ordregiver kan i tilfælde af helt åbenbare fejl i en ansøgning eller et tilbud se helt bort herfra uden at rette henvendelse til en ansøger eller tilbudsgiver, jf. bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelser af 6. februar 2019, Brande Buslinjer ApS mod Midttrafik, og af 23. marts 2022, Iveco Danmark A/S mod Fælles Affaldsindsamling A/S.

Når det i et datablad, der udgjorde et bilag til et tilbud, der er indsendt via en udbudsportal, angives en forkert modtageradresse, vil en ordregiver være berettiget til at betragte dette som en ubetydelig, åbenlys fejl. Databladene er bilag til tilbuddet, der bestod af tilbudslisten med en række bilag, herunder databladene. Hele tilbuddet blev indsendt til REFA via en udbudsportal, hvorfor der ikke har været nogen tvivl om, at den forkerte modtageradresse i databladet var udtryk for en åbenlys fejl. Dette tydeliggøres yderligere af, at tilbudslisten indeholder den korrekte modtager. Den åbenlyse fejl underbygges yderligere af, at angivelsen af forkert modtageradresse kun fremgår af

databladet vedrørende de 5 ”små” renovationsbiler og ikke af databladet vedrørende de 3 ”store” renovationsbiler. Der var således ikke noget i tilbuddet fra Hessel, der indikerede, at den forkerte modtageradresse i databladet var udtryk for, at tilbuddet ikke var til REFA.

Ad påstand 8

Scania har gjort gældende, at tildelingsbeslutningen skal annulleres, fordi REFA ikke var berettiget til at tildele kontrakten til Hessel, enten fordi Hessel ikke havde dokumenteret opfyldelse af krav til egnethed i relation til minimum 4 referencer, eller fordi Hessel i tilbuddet anførte et eller flere forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Hvis tildelingsbeslutningen ikke annulleres, uanset REFA ikke overholdt sin forpligtelse til at verificere, om Hessel opfyldte udelukkelsesgrundene, er det ensbetydende med, at en ordregiver kan begå alle tænkelige overtrædelser af udbudsloven uden en konsekvens, hvis blot de foretagne dispositioner førte til samme resultat, uanset at grundlaget var ulovligt, jf. Klagenævnets for Udbuds kendelse af 22. februar 2018, Axxess A/S mod Region Hovedstaden.

Det skal tillægges væsentlig betydning, at REFA ikke sikrede, at Hessel opfyldte kravene til egnethed, inden der blev truffet en tildelingsbeslutning og underskrevet kontrakt. REFA skulle have afvist tilbuddet fra Hessel, fordi mindstekravet til antal referencer ikke var opfyldt, eller som minimum havde sørget for at få supplerende oplysninger om referencer, inden der blev truffet tildelingsbeslutning og indgået kontrakt. REFA burde ikke ignorere sit mindstekrav og tildele kontrakten til Hessel for så efter igangsætning af klagesagen at forsøge at argumentere for, at Hessel havde det fornødne antal referencer. Hvis klagenævnet finder, at denne overtrædelse ikke kan danne grundlag for annullation af tildelingsbeslutningen, gøres det gældende, at overtrædelser som anført i påstand 2 - 5 vedrørende forbehold i Hessels tilbud medfører, at tilbuddet skulle have været afvist. Det forhold, at REFA har set bort fra forbeholdene, har helt åbenbart haft en konkret væsentlig betydning for resultatet af udbuddet, hvorfor disse forhold hver især udgør tilstrækkeligt grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

REFA har bestridt, at der er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen, jf. det anførte ad påstand 1-7.

REFA har subsidiært gjort gældende, at selv hvis klagenævnet måtte tage en eller flere af Scantias påstande til følge, vil det være uproportionalt at annullere tildelingsbeslutningen, da ingen angivelser i databladene har medført ændringer til kontrakten.

REFAs ageren kan ikke have haft betydning for potentielle tilbudsgivere. Der er ikke konstateret fejl i udbudsmaterialet. Det kontraktudkast, der var vedlagt udbudsmaterialet, er den kontrakt, der er indgået med Hessel. Selv hvis klagenævnet måtte finde, at de åbenlyse og ubetydelige fejl var forbehold, har de ikke haft nogen betydning. Der er derfor ikke et hensyn at tage til potentielle tilbudsgivere.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

”...

Udbudslovens § 151, stk. 1, § 152, stk. 1, og § 155, nr. 2, har følgende ordlyd:

”§ 151. Før ordregiverens beslutning om tildeling af kontrakten skal en ordregiver kræve, at den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, fremlægger dokumentation i henhold til § 152 for de oplysninger, der er afgivet i det fælles europæiske udbudsdokument i henhold til § 148, jf. dog stk. 3 og 5. Ordregiveren skal fastsætte en passende tidsfrist for tilbudsgiveren til at fremlægge dokumentationen.

...

§ 152. En ordregiver skal, jf. § 151, stk. 1 eller 2, som bevis for, at der ikke er grundlag for udelukkelse, jf. § 135, stk. 1 eller 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 6, og for, at minimumskravene til egnethed er opfyldt, jf. § 140, kræve den dokumentation, der henvises til i §§ 153-155, 157 og 158.

...

§ 155. En ordregiver kan kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren dokumenterer sin tekniske og faglige formåen. Dette skal ske på en eller flere af følgende måder:

1) ...

2) En liste over de betydeligste leveringer af varer eller tjenesteydelser, der er udført inden for de seneste 3 år, med angivelse af beløb og tidspunkter og den offentlige eller private modtager. Hvor det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence, kan ordregiveren angive, at der ligeledes vil blive taget hensyn til dokumentation for relevante leveringer af varer eller tjenesteydelser, der er leveret eller udført mere end 3 år tidligere.
 ...”

Af forarbejderne til udbudslovens § 151, jf. de særlige bemærkninger i lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015, fremgår:

”§ 151 gennemfører direktivets artikel 59, stk. 4 og 5, og er ny i forhold til den gældende ret.

Bestemmelsens *stk. 1* medfører, at ordregiveren før tildelingen af kontrakten er forpligtet til at kræve, at den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, fremlægger den egentlige dokumentation. Denne forpligtelse indtræder for alle de oplysninger, som ordregiveren anmoder ansøgere og tilbudsgivere om i det Fælles europæiske udbudsdokument vedrørende udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 eller 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7, samt opfyldelse af minimumskravene til egnethed og hvordan de objektive og ikkediskriminerende minimumskrav til egnethed opfyldes. [...]

Ordregiveren skal, hvor tilbudsgiveren ikke fremlægger dokumentation inden udgangen af en passende fastsat frist, udelukke tilbudsgiveren fra udbudsproceduren, jf. § 136, nr. 3. Det fremgår af § 136, nr. 3, at ordregiveren skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, der har tilbageholdt oplysninger eller ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter vedrørende udelukkelsesgrundene, § 135, stk. 1 eller 3, samt, hvis relevant, § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7, minimumskravene til egnethed, jf. §§ 140-144 eller udvælgelsen, jf. § 145.

Forpligtelsen i denne bestemmelse ligger forud for tildelingen. Som følge heraf kan ordregiveren ikke tildele en kontrakt, før ordregiveren har krævet, at den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, fremlægger den endelige dokumentation. [...].”

Udbudslovens § 159, stk. 2 og 3, har følgende ordlyd:

”...

Stk. 2. En ordregiver kan alene tildele kontrakten, hvis ordregiveren har verificeret, at tilbuddet opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale. Ordregiveren skal desuden

have verificeret på grundlag af det fælles europæiske udbudsdokument, jf. §§ 148-151, dokumentation indhentet i medfør af § 152, stk. 1, og e-Certis, jf. § 152, stk. 3, at tilbuddet er afgivet af en tilbudsgiver,

1) ...

2) der opfylder de minimumskrav til egnethed, som ordregiveren har fastsat i henhold til §§ 140-143, og

3) ...

Stk. 3. Ordregiveren skal i tvivlstilfælde foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i ansøgningen eller tilbuddet.”

Af forarbejderne til bestemmelsen, jf. de særlige bemærkninger i lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015, fremgår:

”Bestemmelsens *stk. 2* fastslår, at tilbudsgiveren, der skal tildeles kontrakten, skal opfylde nogle grundlæggende krav.

For det første skal ordregiveren verificere, at tilbuddet opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale.

...

Dernæst skal ordregiveren verificere, at tilbudsgiveren ikke er udelukket i henhold til §§ 135-137, at tilbudsgiveren opfylder de af ordregiveren fastsatte minimumskrav til egnethed i henhold til §§ 140-143, og at tilbudsgiveren, hvis det er relevant, er udvalgt gennem en udvælgelse i henhold til § 145 til at afgive tilbud. Ordregiveren godkender tilbudsgiveren på baggrund af de oplysninger, der fremgår af det fælles europæiske udbudsdokument, jf. §§ 148-151, samt dokumentation, der er indhentet, jf. § 152 og §§ 157 og 158.

Ordregiverens pligt skal ses i sammenhæng med § 151, hvorefter en ordregiver før tildelingen af en kontrakt skal kræve, at den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten, fremlægger dokumentation i henhold til § 152, for de oplysninger, der er afgivet i det fælles europæiske udbudsdokument jf. § 148. I forlængelse af pligten i § 151, skal ordregiveren i henhold til denne bestemmelse i den indhentede dokumentation verificere, at tilbudsgiveren ikke burde være udelukket i henhold til §§ 135-137, at tilbudsgiveren opfylder de af ordregiveren fastsatte minimumskrav til egnethed i henhold til §§ 140-143, og at tilbudsgiveren, hvis det er relevant, er udvalgt i henhold til § 145 til at afgive tilbud.

Ordregiveren kan alene benytte det fælles europæiske udbudsdokument, jf. §§ 148-151 som et foreløbigt bevis, og det følger af § 152, stk. 1, at ordregiveren inden kontrakten tildeles skal kræve, at tilbudsgiveren, som ordregiveren har besluttet at tildele kontrakten, skal fremlægge dokumentation, jf. § 152.

...

I forhold til bestemmelsen *stk. 2, nr. 2*, kan ordregiveren ikke tildele en udbudt kontrakt til en tilbudsgiver, der ikke opfylder minimumskravene til egnethed. Minimumskravene til egnethed udtrykkes, jf. § 140, som minimumskrav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen. Såfremt en tilbudsgiver ikke lever op til disse krav, har tilbudsgiveren ikke den fornødne økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen til at løfte den udbudte opgave, hvorfor denne ikke kan tildeles den udbudte kontrakt.

...

Bestemmelsens *stk. 3* medfører, at ordregiveren i tvivlstilfælde skal foretage en effektiv kontrol af de oplysninger og dokumentation, som ansøger eller tilbudsgiveren har afgivet.

Denne bestemmelse skal ses i sammenhæng med § 164, stk. 2, hvorefter ordregiveren har en pligt til i tvivlstilfælde at foretage en effektiv kontrol af oplysninger og dokumentation i tilbuddet. § 164 angår kriterierne for tildeling, og derfor er § 164, stk. 2, knyttet til tilbudsvurderingen, således ordregiveren i forbindelse med tilbudsvurderingen har en pligt til at foretage en effektiv kontrol af oplysninger og dokumentation i tilbuddet i tvivlstilfælde.

Denne bestemmelse angår såvel ansøgninger og tilbud. Det betyder, at der vedrørende udelukkelsesgrundene, egnethedsvurderingen og udvælgelsen, kan være en pligt til at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen. Dette kan eksempelvis være relevant, hvis der opstår tvivl om oplysningerne afgivet i det fælles europæiske udbudsdokument. [...]”

Udbudslovens § 159, stk. 2, må efter dens ordlyd og forarbejder, sammenholdt med bestemmelserne i § 151, stk. 1, § 152, stk. 1, og § 155, nr. 2, forstås således, at ordregiveren har pligt til at verificere, at tilbuddet opfylder de minimumskrav til egnethed, som ordregiveren har fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale, før ordregiveren tildeler kontrakten.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, at REFA stillede krav til tilbudsgivernes faglige og tekniske formåen.

Tilbudsgiverne skulle således ifølge udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.3) have erfaringer med tilsvarende opgaver med levering af renovationsbiler og servicering og reparation af renovationsbiler fra mindst 4 referencer på levering af færdige renovationsbiler inkl. service og reparation af chassiser fra de seneste 3 år regnet fra udbuddets offentliggørelse. Tilbudsgiverne skulle kunne dokumentere referencerne med beskrivelse for hver referenceangivelse af, hvilke leverancer tilbudsgiver havde haft, herunder angive kontraktperiode, leverede antal renovationsbiler, og hvilke kommuner/selskaber/virksomheder der havde været kunde.

I forbindelse med indlevering af tilbud, skulle tilbudsgiverne ifølge udbudsbetingelsernes pkt. 7.1 og 9.3 udfylde et ESPD, hvori tilbudsgiverne skulle bekræfte, at de havde erfaringer med tilsvarende opgaver med levering af renovationsbiler og servicering og reparation af renovationsbiler fra mindst 4 referencer på levering af færdige renovationsbiler inkl. service og reparation af chassiser fra de seneste 3 år regnet fra udbuddets offentliggørelse. Tilbudsgiverne skulle tillige bekræfte, at de kunne dokumentere referencerne med beskrivelse for hver referenceangivelse af, hvilke leverancer tilbudsgiver havde haft, herunder angive kontraktperiode, leverede antal renovationsbiler, og hvilke kommuner/selskaber/virksomheder der har været kunde.

Ifølge udbudsbetingelsernes pkt. 7.2 ville oplysningerne i ESPD'et danne grundlag for kommunernes vurdering af, om tilbudsgiveren var egnet til at udføre den udbudte opgave.

Det fremgår derudover af udbudsbetingelsernes pkt. 11, at kommunerne efter tilbudsfristens udløb ville undersøge, om tilbuddet indeholdt de krævede oplysninger, samt om tilbudsgiver opfyldte de stillede krav til egnethed.

Hessel indleverede i forbindelse med tilbudsafgivningen et ESPD, der ikke opfyldte kravene i udbudsbetingelsernes pkt. 9.3, idet der alene var angivet 3 referencer.

REFA har oplyst, at anmodningen til Hessel angående referencerne først fandt sted efter kontraktindgåelsen, fordi REFA først blev gjort opmærksom på de manglende oplysninger på det tidspunkt.

Klagenævnet lægger på baggrund heraf samt indholdet af den efterfølgende mailkorrespondance mellem REFA og Hessel til grund, at REFA ikke inden tildelingsbeslutningen og kontraktindgåelsen verificerede, at tilbuddet opfyldte de minimumskrav til egnethed, der var fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale.

REFA har dermed handlet i strid med udbudslovens § 159, stk. 2, ved at tildele og efterfølgende indgå kontrakt med Hessel.

Klagenævnet tager derfor påstand 1 til følge.

Ad påstand 2-5

Klagenævnet kan i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2, afgøre en sag i realiteten helt eller delvist. Hvis klagenævnet alene afgøre sagen delvist, tager nævnet ikke stilling til alle de påstande, som klageren har nedlagt.

Klagenævnet har besluttet ikke at tage stilling til påstand 2-5.

Ad påstand 6

Af REFAs kravspecifikationer pkt. 3.1. vedrørende generelle krav, var der bl.a. anført, at der efterfølgende er anført ordregivers minimumskrav til renovationsbilernes forskellige funktioner og dele. Endvidere fremgår det af kravspecifikationernes pkt. 3.2. vedrørende chassis bl.a. at alt lys i renovationsbilerne skal være med LED lys. På baggrund heraf lægges det til grund, at det var et mindstekrav, at alle renovationsbilerne skulle være med LED lys.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 7.7 fremgik, at tilbudsgiver ud over den vedhæftede tilbudsliste skulle uploade bl.a. en bekræftelse på, at tilbudsgiver opfyldte kravspecifikationens mindstekrav for chassis og komprimeringsenhed. Hessels tilbudsdokumenter skulle danne grundlag for opfyldelse af kravspecifikationernes mindstekrav. Af Hessels tilbudsdokument vedrørende 5 ”små” renovationsbiler fremgik bl.a., at tågeforlygterne var med halogenlys og ikke med LED lys. Hessel har derfor taget forbehold for mindstekravet om, at alle lys skulle være LED lys.

Afvigelse fra mindstekravet om, at alt lys skal være LED lys er i strid med grundlæggende elementer i REFAs udbudsmateriale, hvorfor Hessels tilbud ikke skulle have været taget i betragtning, og REFA har derfor handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Hessel.

Klagenævnet tager derfor påstand 6 til følge.

Ad påstand 7

Det fremgik af Hessels tilbudsliste, at tilbuddet omhandlede 4 ”små” renovationsbiler. Efter det, som klagenævnet har anført ad påstand 2-5 og 6, var det en åbenbar fejl, at tilbudsdokumentet anførte 5 ”små” renovationsbiler, hvorfor tilbuddet fra Hessel ikke anses for at være i strid med udbudsbetingelserne på dette punkt.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 7 til følge.

Ad påstand 8

Efter karakteren af de overtrædelser, som klagenævnet har konstateret under påstand 6, tages påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen til følge.

Klagenævnet tager ikke stilling til, om tillige overtrædelserne konstateret ad påstand 1 skal medføre, at tildelingsbeslutningen annulleres, eller om REFAs efterfølgende forsøg på at indhente yderligere referencer sammenholdt med sagens øvrige omstændigheder giver grundlag for at undlade at annullere tildelingsbeslutningen, jf. udbudslovens § 159, stk. 5.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

REFA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, samt udbudslovens § 159, stk. 2 og stk. 3, ved at tildele kontrakten til Hessel, uden forinden tildelingen at verificere om Hessel opfyldte minimumskravene til egnethed.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 2-5.

Ad påstand 6

REFA har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Hessel, på trods af at Hessel ikke opfyldte mindstekravet om, at alle lys skulle være LED lys.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 7.

Ad påstand 8

REFAs beslutning af 26. juni 2022 om at tildele kontrakten til Hessel annulleres.

I/S REFA skal i sagsomkostninger til Scania Danmark A/S betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Louise Dissing Jensen
fuldmægtig