

K E N D E L S E

Trans-Lift ApS  
(advokat Per Dalskov, København)

mod

DSB  
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 28. december 2005 udbød DSB som udbud efter forhandling efter direktiv 2004/17/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (Forsyningsvirksomhedsdirektivet) en kontrakt vedrørende 25 eldrevne cateringtraktorer samt udførelse af service på disse i 5 år efter levering.

Følgende virksomheder blev prækvalificerede:

1. BT Danmark A/S
2. VB Trucks A/S – Boeg Thomsen
3. NP Trucks A/S
4. Trans-Lift ApS.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 14. februar 2006, og ved udløbet af fristen for afgivelse af endeligt tilbud den 15. maj 2006 havde nr. 1, 2 og 4 afgivet tilbud. Den 30. maj 2006 besluttede DSB at indgå kontrakt med nr. 2. VB Trucks A/S – Boeg Thomsen (herefter VB Trucks), og kontrakt blev herefter indgået 12. juni 2006.

Den 18. januar 2008 indgav klageren, Trans-Lift ApS, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, DSB. Klagen har været behandlet på et møde den 22. april 2008.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og ligebehandlingsprincippet ved at organisere budåbning på en sådan måde, at klagerens tilbud blev åbnet 4 timer før budfristens udløb, hvorved klagerens tilbud blev kendt uden for den kreds af personer hos indklagede, der var udpeget til at behandle udbudet efter Forsyningsvirksomhedsdirektivets fortrolighedsregler.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og ligebehandlingsprincippet ved 1) at give VB Trucks adgang til informationer ved afholdelse af separat besigtigelse og ved 2) at ændre udbudets specifikationer efter besigtigelsen til fordel for VB Trucks.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10, artikel 52, stk.1, litra a, og ligebehandlingsprincippet ved at stille krav til klageren om, at klagerens bankforbindelse som betingelse for prækvalifikationen skulle udstede hensigtserklæring om udstedelse af anfordringsgaranti for fremstilling og levering af 25 stk. cateringstraktorer, samt at klagerens bankforbindelse som betingelse for prækvalifikationen skulle udstede selve anfordringsgarantien ved kontraktindgåelse, idet et tilsvarende krav ikke blev stillet til de øvrige økonomiske aktører.

#### Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og ligebehandlingsprincippet ved at beslutte at tildele kontrakten til VB Trucks, uagtet at VB Trucks tilbud ikke opfyldte følgende obligatoriske krav i kravspecifikationen:

1. Førersædet skal kunne justeres i højde, rygvinkel og afstand.
2. Indstigningshøjden skal være max. 30 cm.
3. Cateringtraktoren skal være robust og kunne modstå påkørsel og køre ind i forhindringer uden at blive totalskadet.
4. Cateringtraktoren skal forsynes med så store og brede hjul som muligt, gerne dobbelte.

5. Gulvet i indstigningszonen skal være fri for betjeningsaggregater, hjuldæksler m.v.
6. Cateringtraktoren skal have specielt skarpt drejende styretøj.
7. Frontruden skal forsynes med solfilm eller anden antirefleks samt vinduesvisker.

#### Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 ved på den ene side ikke at udvælge »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« på grundlag af samtlige de fastsatte underkriterier og ved på den anden side at inddrage »funktionalitet og driftssikkerhed« i bedømmelsen og udvælgelsen, uanset at disse underkriterier ikke var fastsat.

#### Påstand 6

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 2.089.000 kr.

#### Påstand 6a (subsidiær til påstand 6)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et mindre beløb end 2.089.000 kr.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 6 og 6a nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 6 og 6a, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 5.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

#### Spørgsmål 7

Spørgsmålet om, hvorvidt indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og ligebehandlingsprincippet ved at tage klagerens tilbud i betragtning, uanset at klageren ikke havde stillet den krævede anfordringsgaranti inden udløbet af fristen for afgivelse af endeligt tilbud den 15. maj 2006.

#### Spørgsmål 8

Spørgsmålet om, hvorvidt indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og ligebehandlingsprincippet ved at tage

klagerens tilbud i betragtning, uanset at klagerens tilbud ikke opfyldte kravet om, at gelænderet på begge sider af læsserampen skulle være 1 meter højt.

### Spørgsmål 9

Spørgsmålet om, hvorvidt indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 ved som underkriterium til tildelingsriteriet »Det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at fastsætte »Eventuelle forbehold for kontraktudkast«.

Udbudsbekendtgørelsen af 28. december 2005 indeholder bl.a. følgende:

» III.2) Betingelser for deltagelse.

...

c) Oplysning om virksomhedens totale omsætning samt omsætning i forbindelse med sådanne leverancer, som udbuddet vedrører, inden for de sidste 2 år.

...

g) Virksomhedens sidste 2 reviderede årsregnskaber

...

IV.2.1) Tildelingskriterier: Det økonomisk mest fordelagtige tilbud vurderet på grundlag af de kriterier, der er anført i specifikationerne...

...

VI.3) Yderligere oplysninger: ...DSB ønsker at begrænse antallet af tilbudsgivere til max.6. «

Af klagerens anmodning om prækvalifikation fremgår, at klagerens resultat for 2004/2005 »udviste et resultat tæt på nul«, at klagerens egenkapital var yderst begrænset, at klagerens soliditetsgrad var 6,8 %, og at klageren havde en kortfristet gæld på 2.150.148 kr. Indklagedes Finanskontor indstillede på den baggrund, at klageren ikke blev prækvalificeret. De projektansvarlige hos indklagede ønskede imidlertid, at klageren som tidligere leverandør af cateringtraktorer skulle prækvalificeres.

Under Klagenævnets behandling af sagen har klageren fremlagt regnskabsmæssige oplysninger for så vidt angår VB Trucks.

Den udbudte vare er i udbudsbetingelserne af 14. februar 2006 beskrevet således:

- » Fremstilling og levering af 25. stk. cateringtraktorer (el-lastvogne) CVP-klassifikation 29221530 – til brug på perroner i forbindelse med lastning/losning af catering i DSB's IC3 og IC4 togsæt...«

Der henvises i udbudsbetingelserne til det vedlagte bilag 1 med kravspecifikation. Det anføres, at specifikationens krav er minimumskrav, og at alternative løsninger klart skal fremgå af tilbudet. Som bilag 2 og 3 er vedlagt Miljøkrav og Arbejdsmiljøkrav.

Om tildelingskriteriet oplyses, at tilbudene vil blive bedømt på grundlag af følgende vægtede underkriterier:

- »Prisforhold 40 %
- Tekniske krav 30 %
- Miljø- og arbejdsmiljøforhold samt sikkerhed 15 %
- Eventuelle forbehold for kontraktudkast 15 %«

Om »Behandling af tilbud« anføres:

»Ethvert tilbud og enhver henvendelse til DSB vil blive behandlet fortroligt. Det er et krav fra DSB, at tilbudsgiver iagttager ubetinget tavshed overfor uvedkommende vedrørende forhold, som måtte komme til tilbudsgivers kendskab i forbindelse med denne udbudsforretning....«

Om »Forhandlinger og indgåelse af aftale« anføres:

»Efter modtagelse af tilbud, vil DSB indbyde samtlige tilbudsgivere, som har afgivet et konditionsmæssigt tilbud, til et forhandlingsmøde. Hver tilbudsgiver får således et individuelt møde med DSB, hvor tilbudsgiveren kan præsentere sit tilbud og hvor tilbuddet indledningsvist kan forhandles. DSB vil herefter evaluere tilbudene på baggrund af de i punktet Tildelingskriterier oplyste delkriterier og evt. foretage yderligere forhandlingsrunder...

Kontrakt indgås på basis af vedlagte kontraktudkast...«

Klageren modtog samtidig med udbudsbetingelserne den 14. februar 2006 følgende meddelelse fra indklagede:

»Anmodning om tilbud på fremstilling og levering af 25 stk. cateringstraktorer (el-lastvogne) til DSB

Som aftalt telefonisk betinger DSB sig, at TRANS-LIFT Lift ApS – for at kunne komme i betragtning som tilbudsgiver – sammen med sit tilbud fremsender

- en hensigtserklæring fra selskabets bank (Den Danske Bank), hvoraf det fremgår, at banken er villig til – såfremt DSB beslutter at indgå kontrakt med selskabet om fremstilling og levering af ovennævnte cateringstraktorer (el-lastvogne) – at stille økonomisk sikkerhed (anfordringsgaranti) for fremstillingen og leveringen af nævnte cateringstraktorer (el-lastvogne).

Garantien skal i givet fald foreligge ved underskrivelse af kontrakt og være gældende indtil leverancen i henhold til kontraktens bestemmelser er gennemført.

Omkostningerne i forbindelse med udstedelse af garantien er DSB uvedkommende.«

Ved brev af 20. februar 2006 til de prækvalificerede virksomheder oplyste indklagede, at der den 23. februar 2006 kl. 11 ville være mulighed for besigtigelse af de »i dag anvendte cateringstraktorer«.

Indklagede besluttede på baggrund af dette besigtigelsesmøde at udarbejde ny funktionsspecifikation, at ændre leveringstid og at ændre tilbudsfristen. Dette blev meddelt de prækvalificerede virksomheder ved mail af 28. februar 2006.

Den 2. marts 2006 fremsendte indklagede revideret specifikation og ændret leveringsplan samt meddelelse om ændret frist for indgivelse af »forhandlingstilbud« til den 24. marts 2006 kl. 12 til de prækvalificerede virksomheder. Af den reviderede kravspecifikation fremgår bl.a.:

»...På begge sider af læsserampen skal der være et gelænder, 1 meter højt, når læsserampen er i brug og ligger i vandret stilling i døråbning på IC3, ER4 og EC4 togsæt. Når læsserampe ikke er i brug, bør gelænderet ikke optage plads....«

Såvel klagerens forhandlingstilbud som klagerens endelige tilbud opfyldte ikke dette krav. I klagerens forhandlingstilbud er det anført:

»På rampesiden (mod førerhuset) er der sikkerhedsgelænder. Højde på 1000 mm ikke muligt pga af ladfladens bredde, højde er derfor 950 mm, se bilag...«

Den 24. marts 2006 kl. 8.20 rettede Annette Jonsson fra klageren henvendelse til portvagten hos indklagede for at aflevere klagerens tilbud (»forhandlingstilbud«) til indkøbskonsulent Max Mogensen, der var den, der hos indklagede var ansvarlig for udbudet. Annette Jonsson overværede i den forbindelse, at en person tog tilbudsmapperne, angiveligt for at ville aflevere dem til Max Mogensen, bladrede i dem og kom med en kommentar. Samme formiddag klagede Annette Jonsson i en mail til Max Mogensen, der få timer efter beklagede det skete og oplyste, at de involverede ansatte hos indklagede var blevet tilrettevist.

Ved brev modtaget den 21. april 2006 indkaldte indklagede klageren til forhandling den 4. maj 2006. Det hedder i indkaldelsen:

»Deres tilbud på fremstilling og levering af 25 stk. cateringtraktorer til DSB.

Efter en grundig gennemgang af Deres tilbud på fremstilling og levering af 25 stk. cateringtraktorer til DSB anmoder vi Dem herved om et møde

torsdag den 4. maj 2006 kl. 0900 i Sølvgade 40 (henvendelse hos Portneren).

På mødet ønsker DSB – med baggrund i Deres tilbud og DSB's udbudsmateriale – bl.a. at diskutere følgende emner:

Kommercielle forhold

- Den modtagne hensigtserklæring er ikke tilstrækkelig. Hensigtserklæringen skal som tidligere nævnt omhandle en anfordringsgaranti dækkende fremstilling og levering af alle 25 stk. cateringtraktorer og ikke kun 20% af en delleverance. Selskabet skal derfor ved ovennævnte møde dokumentere en hensigtserklæring fra selskabets bank om en anfordringsgaranti dækkende fremstilling og levering af samtlige 25 cateringtraktorer.

DSB vil kræve anfordringsgaranti før en eventuel forudbetaling. DSB vil endvidere gøre opmærksom på, at afvigelser fra DSB's standard betalingsbetingelser vil blive kapitaliseret og indgå i den samlede vurdering af Deres tilbud.

- Leveringstider. Især leverancerne i 2007 ønskes drøftet.
- Leveringsbetingelser. Selskabet har tilbudt ”Ex works” som leveringsbetingelse. Selskabet bedes ved ovennævnte møde meddele eventuel merpris for ”Frit leveret København (DDP)”.
- DSB gør opmærksom på, at den i udbudet indeholdte serviceaftale skal løbe fra garantiens afslutning og ikke fra levering.

#### Tekniske forhold

- Kun alternativ 1 er interessant.
- Bemaling: tilbud inklusive 1 farve – DSB specifikation: 3 farver!

Venligst bekræft pr. e-mail modtagelsen af denne skrivelse samt Deres accept af ovennævnte møde.«

Fristen for indgivelse af endelige tilbud udløb den 15. maj 2006.

Ved mail af 8. maj 2006 til Max Mogensen anførte klageren bl.a.:

»...Vi har også en lille udfordring, da vores bankforbindelse skal på kursus...og først er tilbage den 16. maj.  
Så måske kan vi først aflevere det reviderede tilbud til jer tirsdag eftermiddag den 16. maj, det håber vi går.«

Indklagede besvarede ved mail af 9. maj 2006 henvendelsen således:

»Tilbudsfristen kan desværre ikke forlænges, for ikke at forskelsbehandle. Jeres tilbud skal således være DSB i hænde mandag den 15. maj 2006.«

Den 11. maj 2006 fremsendte VB Trucks endeligt tilbud. I fremsendelsesbrevet hedder det bl.a.:

»Med henvisning til behageligt møde d.4. maj 2006 fremsendes hermed revideret tilbud på cateringvogne.  
Som fortalt på møde blev der ved vore besigtigelse og gennemgang af maskindriften på Københavns Hovedbanegård foreslået forskellige tiltag/ændringer af den Engelske fabrikant af cateringvognene.  
Vi mener at vi i dette tilbud har tilgodeset alle ønsker og krav fra DSB, og mener at det er lykkedes at komme frem til en løsning der opfylder alle de af DSB opsatte ønsker og krav....«



Den 15. maj 2006 indgav klageren endeligt tilbud, og den 16. maj 2006 stillede klagerens bankforbindelse anfordringsgaranti på 1,5 mio. kr. svarende til en delleverance.

Den 30. maj 2006 meddelte indklagede klageren følgende:

»Deres tilbud på fremstilling og levering af ovennævnte cateringtraktorer.

Efter en grundig evaluering af de modtagne tilbud – såvel teknisk som juridisk/kommercielt – må vi desværre meddele, at vi ikke denne gang ser os i stand til at gøre brug af Deres tilbud.

Vi håber en anden gang at måtte vende tilbage.«

Den 27. juni 2006 anmodede klageren om en skriftlig redegørelse og begrundelse for indklagedes valg af en anden tilbudsgiver.

Ved brev af 30. juni 2006 oplyste indklagede bl.a.:

»Vedr. anmodning om skriftlig redegørelse og begrundelse for DSB's valg af tilbudsgiver til ordre af Cateringtraktorer, Udbudsnr. 2005/S 251 - 248380

Som tildelingskriterier for udbudet indgik følgende:

Prisforhold 40 %

Tekniske krav 30 %

Miljø- og arbejdsmiljøforhold samt sikkerhed 15 %

Eventuelle forbehold til kontraktudkast 15 %

Trans-Lift's tilbud er for de to sidstnævnte kriterier er i al væsentlighed ligestillet med det vindende tilbud fra leverandør VB Trucks A/S – Boeg-Thomsen.

DSB har på de to førstnævnte kriterier vurderet at den tildelte tilbudsgiver har givet et bedre bud end Trans-lift ApS.

Pris

Trans-Lift's tilbud indeholder som udgangspunkt den laveste pris for de modtagne tilbud for så vidt angår prisen for trucks og serviceaftale sammenlagt. Den vindende tilbudsgiver afgav den næstlaveste sammenlagte pris.

Efter tilbagemelding på besigtigelsesdagen fra samtlige tilbudsgivere, blev levering rykket til senest ultimo december 2006. Samtlige tilbudsgivere er gjort opmærksomme på dette for DSB vigtige punkt under forhandlingsrunden. Trans-Lift tilbyder den seneste levering af de modtagne tilbud. DSB's nuværende flåde af catering trucks er nedslidte og omkostningstunge i vedligehold. Derfor må der påregnes større omkostninger ved en senere levering, der strækker sig ind i 2007, end ved levering ultimo 2006. Disse omkostninger må til dels tillægges prisforholdet i Trans-Lift's tilbud.

Samlet gør dette at trans-lift ApS tilbud i samlet prisforhold bliver dyrere end tilbudet fra tildelte tilbudsgiver.

Teknisk

DSB har efter grundig gennemgang vurderet at den tekniske løsning fra tildelte tilbudsgiver ligger noget over tilbudet fra Trans-lift.

Dermed ender Trans-Lift's tilbud som samlet næstbedst ud fra DSB's behov og de i udbudet opstillede tildelingskriterier. ...«

Den 28. august 2006 anmodede klageren om at få tilsendt bedømmelseskema m.v.

Indklagede besvarede anmodningen den 29. august 2006 og fremsendte evalueringsrapport af samme dato. Rapporten indeholder en gennemgang af de 3 tilbud vurderet ud fra pris, funktionalitet, driftspålidelighed, opfyldelse af kontraktvilkår og leveringstid.

I rapporten hedder det om klagerens opfyldelse af kontraktvilkår:

»Trans-Lift har i al væsentlig accepteret DSB's kontraktudkast, og DSB vil umiddelbart kunne indgå kontrakt med Trans-Lift. Der er en række forbehold, men disse er af kommerciel karakter og kan kvantificeres og indgår i vurderingen af pris og således ikke den juridiske vurdering.«

I afsnittet »Sammenstilling og vurdering af tilbudene« hedder det:

»...Konklusion

Trans-Lift ApS har fremsendt et revideret tilbud som i alt væsentlighed kan accepteres af DSB. Trans-Lift har umiddelbart den laveste pris, men tilbudet indeholder dog en række forbehold, der medfører at den samlede pris som helhed ikke længere er den billigste.

VB Truck A/S – Boeg Thomsen har ligeledes fremsendt et revideret tilbud som i alt væsentlighed kan accepteres af DSB. VB Truck har samlet det økonomisk mest fordelagtige bud.

BT Danmark A/S fremsendte et revideret tilbud indeholdende væsentlige forbehold, f.eks. specifikationer såsom visse konstruktioner og funktioner på cateringstraktoren, som derfor ikke til fulde opfyldte DSB's kravspecifikationer. Desuden har BT Danmark taget et generelt for[be]hold overfor hele DSB's kontraktudkast.

På baggrund af dette er det valgt at gå i afsluttende forhandlinger med VB Truck A/S.«

Klageren anmodede herefter den 13. september 2006 indklagede om at få tilsendt »det bedømmelsesskema, der blev anvendt som grundlag for rapporten«.

Ved brev af 26. september 2006 oplyste indklagede, at tildelingen havde fundet sted på grundlag af den fremsendte evalueringsrapport. Der var ikke udarbejdet »vurderingsskema«.

Klageren anmodede herefter Håndværksrådet om at vurdere, om udbud og tildeling af kontrakt var sket i overensstemmelse med gældende regler. Den omfattende korrespondance i forbindelse hermed forbigås i denne kendelse. Det bemærkes alene, at indklagede den 29. januar 2007 i forbindelse med Håndværksrådets behandling af sagen fremkom med en »2. Evalueringsrapport«, der er en udbygning af rapporten af 29. august 2006 med de samme konklusioner.

Annette Jonsson, Trans-lift ApS, har forklaret, at hun havde oplevet forhandlingsmødet den 4. maj 2006 med indklagede som positivt. Der var ikke blevet stillet spørgsmål vedrørende sikkerhedsgelænderet. Hvis klageren havde vidst, at indklagede ville stille krav om bankgaranti, havde virksomheden slet ikke været interesseret i at deltage i udbudet. Under en telefonsamtale havde Thomas Søderberg tilkendegivet, at det var i orden, at garantistillelsen først blev fremsendt den 16. maj, altså dagen efter fristen for fremsendelse af det endelige tilbud.

Jens Schou, Trans-Lift ApS, har forklaret, at VB Trucks' tilbud på en lang række punkter efter hans opfattelse ikke opfyldte kravspecifikationen. Af fotografierne af cateringtraktorerne fra VB Trucks kan man således også se,

at de leverede vogne ikke lever op til kravene. Førersædet er ikke justerbart, indstigningshøjden overstiger de maksimale 30 cm, der er ikke store og brede hjul, og chassiset er ikke robust. De leverede traktorer opfylder heller ikke kravet om et skarpt drejende styretøj, og om, at forruden skulle forsynes med solfilm eller lignende. Klageren kunne uden problemer have tilbudt et 5 cm højere gelænder, hvis klageren havde vidst, at indklagede ønskede det. Indklagede har imidlertid på intet tidspunkt givet udtryk for, at det var et problem, at det tilbudte gelænder kun var 95 cm, heller ikke under mødet den 4. maj 2006.

Thomas Søderberg, DSB, har forklaret, at han husker telefonsamtalen med Annette Jonsson. Han gav ikke udtryk for, at det var muligt at udskyde fristen for klagerens fremsendelse af garantierklæringen fra banken. Det ville være en forskelsbehandling i forhold til de øvrige tilbudsgivere. Der var intet i VB Trucks' tilbud, som indikerede, at det skulle være ukonditionsmæssigt. I den reviderede kravspecifikation var der således heller intet angivet omkring den maksimale indstigningshøjde. Ib Mortensen, Max Mogensen og han selv deltog i evalueringen af de indkomne tilbud. Der havde ret hurtigt tegnet sig et billede af, at VB Trucks' tilbud var bedst ud fra de to tungtvejende underkriterier, prisen og tekniske krav. Indklagede valgte ikke at udarbejde et bedømmelsesskema. Evalueringsrapporten kunne måske godt efterlade det indtryk, at »funktionalitet« og »driftspålidelighed« var tillagt selvstændig betydning og ikke blot indgik i den samlede vurdering af de tekniske krav. Men det var ikke tilfældet.

Thomas Søderberg har ligeledes afgivet en skriftlig redegørelse. Det fremgår heraf bl.a.:

»...VB Trucks bemærkede under forhandlingerne, at de øjnede en mulighed for at styrke deres tilbud og anmodede derfor om at få forevist de lokaliteter (lokaler, gange og elevator) på Hovedbanen, hvor de leverede cateringtrucks blandt andet skulle have deres virke. Ib Mortensen fra DSB ringede derfor ved forhandlingsmødets afslutning til den relevante afdeling på Hovedbanen og aftalte med en repræsentant derfra, at VB Trucks kom forbi og kort fik forevist lokaliteterne. Hverken medarbejderne eller den pågældende afdeling på Hovedbanen havde noget at gøre med det igangværende udbud.

...

Prisfastsættelsen af klagers senere levering medførte, at tilbuddet fra VB Trucks indeholdt den billigste pris.

VB Trucks blev også vurderet som teknisk bedst. Ved bedømmelsen af delkriteriet »tekniske krav« indgik en lang række aspekter, herunder de i evalueringsrapporten nævnte driftspålidelighed, funktionalitet, batteriladetider, køretøjets bremsesystem m.m. Disse udgjorde ikke selvstændige underkriterier, men indgik i den samlede tekniske vurdering af traktorerne. Der er således tale om aspekter, der ikke nødvendigvis var opstillet som krav eller ønsker, men som yderligere kunne øge produktets værdi for DSB.

At evalueringsrapporten kom til at indeholde uheldige formuleringer, der kan opfattes som om, at driftspålidelighed og funktionalitet indgik som separate underkriterier, skyldes at rapporten var tænkt til internt brug. Det er ligeledes grunden til, at ikke alle aspekterne er specifikt nævnt i rapporten.

...«

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det er et grundlæggende princip, at ordregiver skal iagttage fortrolighed med de indkomne tilbud, som først kan åbnes samlet af særligt udpegede personer efter tilbudsfristens udløb. Klageren afleverede sit tilbud den 24. marts 2006, hvor medarbejdere hos indklagede åbnede tilbudet, læste det og kommenterede det. Indklagede har således handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Indklagede har gjort gældende, at Forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke indeholder specifikke bestemmelser, som udførligt fastlægger de procedurer, som en ordregiver skal følge i forbindelse med åbningen af tilbud. Indklagede har fastsat en procedure for åbning af tilbud, som har til formål at sikre, at tilbud åbnes dels af de relevante personer, dels på et tidspunkt efter udløbet af tilbudsfristen. Viceværten, som foranledigede klagerens tilbud åbnet i vagtstuen, handlede således i strid med interne instrukser og imod indklagedes faste procedurer. Det forhold, at klagerens forhandlingstilbud blev åbnet ca. 3 timer før tilbudsfristens udløb, har ikke haft nogen betydning for udfaldet af udbudet, idet indklagede naturligvis ikke har videregivet oplysninger om en tilbudsgivers tilbud til andre tilbudsgivere. Desuden blev VB Trucks' tilbud indleveret 2 dage før klagerens.

### Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede, der indbød de prækvalificerede virksomheder dels til besigtigelse af eksisterende cateringtraktorer, dels til oplysning om den udbudte opgaves løsning, ved at afholde separat besigtigelse med repræsentanter fra VB Trucks har tilsidesat ligebehandlingsprincippet. Ligebehandlingsprincippet er tillige tilsidesat ved de ændringer, som den engelske leverandør havde foreslået, og som førte til den reviderede specifikation. Efter klagerens opfattelse tilgodeså disse ændringer nemlig VB Trucks. VB Trucks havde via sin løbende serviceaftale med indklagede særlig adgang til og modtog information til brug for tilbudsgivningen. VB Trucks og indklagede holdt særskilt møde med besigtigelse og gennemgang af maskindriften på Københavns Hovedbanegård. VB Trucks foreslog i forbindelse med besigtigelsen indklagede forskellige tiltag/ændringer af cateringtraktorerne, og indklagede ændrede specifikationen for de udbudte traktorer. Klageren har i det hele henvist til den fremsendelsesskivelse, som var vedlagt tilbudet fra VB Trucks. Klageren har ikke henvist til specifikke ændringer til støtte for sin påstand.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke, før VB Trucks afgav forhandlingstilbud, blev afholdt nogen form for besigtigelse, hvor VB Trucks deltog, og indklagede ikke tog særlige hensyn til VB Trucks, da indklagede ændrede specifikationerne. Bortset fra henvendelsen om muligheden for besigtigelse havde indklagede ikke mellem fremsendelsen af udbudsbetingelserne til de prækvalificerede virksomheder den 14. februar 2006 og fremsendelsen af de reviderede specifikationer den 2. marts 2006 havde nogen form for kontakt med VB Trucks vedrørende den udbudte kontrakt. Specifikationerne blev alene ændret, fordi indklagede blev opmærksom på nogle åbenbare uhensigtsmæssigheder.

### Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede blandt kriterierne for egnethedsvurdering af en ansøger til prækvalifikation stillede krav om oplysning om de sidste to års omsætning samt fremsendelse af de seneste to års årsrapporter, men ikke stillede særlige krav til omsætning, egenkapital, likviditetsberedskab eller lignende relevante krav. Indklagede kunne således alene afvise en ansøger, hvis egenkapitalen var negativ, eller hvis virksomheden var afhængig af en fremtidig og usikker kapitaltilførsel for at

sikre tilstrækkelig likviditet til at gennemføre leverancen. Ingen af disse forhold gør sig gældende for klagerens vedkommende. Indklagede er således hverken berettiget til at stille krav om afgivelse af hensigtserklæring eller om anfordringsgaranti. Endvidere har indklagede handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 52, ved at stille krav om hensigtserklæring og om en anfordringsgaranti uden at stille samme krav til de øvrige ansøgere som betingelse for prækvalifikation.

Indklagede har gjort gældende, at den udbudte kontrakt omfattede levering af cateringtraktorer til en samlet skønnet værdi på 5.000.000 kr. samt en serviceaftale, som skulle løbe over 5 år. Indklagede ønskede på grund af kontraktens økonomiske og tidsmæssige omfang alene at indgå kontrakt med en virksomhed, som var økonomisk velfunderet, og krævede derfor, at ansøgerne blandt andet skulle indsende virksomhedernes seneste to årsregnskaber. Indklagedes Finansafdeling vurderede, at indklagede ikke umiddelbart ville kunne forsvare at indgå kontrakt med klageren. Indklagede var således berettiget til ikke at prækvalificere klageren. Eftersom klageren tidligere havde leveret cateringtraktorer til indklagede, ønskede man dog at modtage tilbud fra klageren og besluttede at prækvalificere klageren på betingelse af, at virksomheden stillede en betryggende sikkerhed for leverancen.

#### Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at det traktorsæde, som VB Trucks har tilbudt, ikke kan højdejusteres (4.1). Indstigningshøjden er ikke max. 30 cm som krævet, men højere, og på den leverede cateringtraktor er højden 47 cm (4.2). Den tilbudte cateringtraktor er ikke robust, men spinkel, og ladfladen er bredere end stellet (4.3). Den tilbudte cateringtraktor har smalle hjul på 375mm/109 mm og ikke store og brede hjul som krævet (4.4). Indstigningszonen er ikke fri for betjeningsagregater m.v., idet der er en kasse ved styrstang og speederboks (4.5). Der var med rette stillet krav om skarpt drejende styretøj, men den leverede traktor kan ikke dreje skarpt (4.6). Den cateringtraktor, som VB Trucks har tilbudt, havde ikke solfilm eller anden antirefleks som krævet, men kun en grøn kant med solfilter foroven (4.7). Indklagede har derfor ikke været berettiget til at tage tilbudet fra VB trucks i betragtning.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ved vurderingen af tilbudene har været berettiget til at lægge til grund, at samtlige specifikationer er overholdt, medmindre det modsatte udtrykkeligt er anført i tilbudet, og tilbudet fra VB Trucks indeholdt ikke angivelser, der gav anledning til at tro, at cateringtraktorerne ikke fuldt ud levede op til kravspecifikationen. Indklagede vurderede på tidspunktet for tildelingen af kontrakten, at tilbudet fra VB Trucks konditionsmæssigt, og klageren har da heller ikke dokumenteret, at det ikke skulle være tilfældet, herunder at tilbudet ikke opfyldte kravspecifikationen.

#### Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede, der ikke har udarbejdet et sædvanligt bedømmelsesskema, ikke har løftet bevisbyrden for, at de fastsatte underkriterier er blevet anvendt og vægtet i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Indklagede burde udvise ekstra omhu i et tilfælde som det foreliggende, hvor VB Trucks allerede havde en serviceaftale med indklagede og derfor et bedre udgangspunkt ved tilbudsgivningen. I evalueringsrapporterne gives der ikke på nogen måde udtryk for, at man har fulgt de fastsatte kriterier.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har vurderet tilbudene ud fra det fastsatte tildelingskriterium »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« og de fastsatte underkriterier, »prisforhold«, »tekniske krav«, »miljø- og arbejdsmiljøforhold samt sikkerhed« og »eventuelle forbehold for kontraktudkast«. »Funktionalitet« og »driftspålidelighed« er delkriterier til underkriteriet »tekniske krav«. Indklagede har ikke ladet andre forhold end de fastsatte underkriterier indgå i evalueringen af tilbudene. Vurderingen af tilbudene blev foretaget af sagkyndige medarbejdere hos indklagede og er udtryk for indklagedes skøn. Indklagede havde hverken behov for eller pligt til at udarbejde et detaljeret pointbaseret bedømmelsesskema, da indklagede vurderede, at tilbudet fra VB Trucks var bedre end eller ligestillet med de andre tilbud for så vidt angår samtlige underkriterier.

#### Ad spørgsmål 7

Klageren har ikke haft bemærkninger til spørgsmålet.

Indklagede har erkendt overtrædelserne.



### Ad spørgsmål 8

Klageren har gjort gældende, at det også af klagerens forhandlingstilbud fremgik, at det tilbudte gelænder ikke målte 1 m. Indklagede gjorde ikke på forhandlingsmødet indsigelse af den grund. Kravet må i øvrigt vurderes efter de arbejdsmiljøkrav, der stilles i branchen, og hvorefter gelænderet blot skal være »ca. 1 m«. Dette krav opfylder klagerens tilbud.

Indklagede har erkendt overtrædelsen.

### Ad spørgsmål 9

Klageren har ikke haft bemærkninger til spørgsmålet.

Indklagede har erkendt overtrædelsen.

### Klagenævnet udtaler:

#### Ad påstand 1

Indklagede har redegjort for, at der i forbindelse med klagerens indgivelse af forhandlingstilbud opstod en intern procedurefejl, således at klagerens tilbud blev åbnet nogle timer før budfristens udløb den 24. marts 2006 kl. 12, og har beklaget det skete. Fejlen har ikke haft praktisk betydning.

Med denne bemærkning tages påstanden til følge.

#### Ad påstand 2

Klageren støtter denne påstand på VB Trucks fremsendelsesskrivelse af 11. maj 2006. Påstanden angiver ikke – trods opfordring hertil - præcist, på hvilken måde forskelsbehandlingen skulle have givet sig udtryk, herunder hvilke ændringer i kravspecifikationen der sigtes til. Allerede fordi det møde, der omtales i fremsendelsesskrivelsen, fandt sted den 4. maj 2006 – mere end 2 måneder efter, at tilbudsgiverne havde modtaget den reviderede kravspecifikation af 2. marts 2006 – er der ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

### Ad påstand 3

Indklagede havde som betingelse for prækvalifikation stillet krav om en række oplysninger om soliditeten hos de virksomheder, der ansøgte om prækvalifikation. Såfremt en ansøger om prækvalifikation efter indklagedes opfattelse ikke var berettiget til at blive prækvalificeret, kunne indklagede undlade prækvalifikation. Efter de oplysninger, som er forelagt Klagenævnet, ville det have været sagligt velbegrundet, dersom indklagede havde undladt at prækvalificere klageren. Klagenævnet tager ikke stilling til, om indklagede tillige kunne have undladt at prækvalificere VB Trucks.

Det er imidlertid i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 52, stk. 1, litra a, at stille økonomiske krav til nogle økonomiske aktører, som ikke er stillet til andre.

Indklagedes krav til klageren – om forskellige former for bankgarantier som betingelse for prækvalifikation – er således i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Påstanden tages derfor til følge.

### Ad påstand 4

Klageren har formuleret sin påstand på grundlag af kravspecifikationen sammenholdt med VB Trucks tilbud samt tildels efter iagttagelser af den leverede cateringtraktor.

Den traktor, som VB Trucks tilbød, opfylder den del af kravspecifikationen, som ved præcise angivelser eller mål angiver, hvad der ønskes leveret. Det tilbudte traktorsæde kan således højdejusteres (4.1). Kravet til indstigningshøjden, der i kravspecifikationen er anført til »max. 30 cm trindhøjde« (4.2), er opfyldt. Der er tilbudt frontrude med grøn kant foroven som solfilter, hvorved kravet om solfilter eller anden antirefleks er opfyldt (4.7).

En del af kravspecifikationen er imidlertid formuleret på en sådan måde, at det ikke præcist fremgår, hvad der kræves. Udtryk som »robust« (4.3), »brede hjul« uden angivelse af krav til bredden (4.4) og »specielt skarpt

drejende styretøj « uden angivelse af drejeradius (4.6) er ikke velegnede i en kravspecifikation. Indklagede har imidlertid været berettiget til at gå ud fra, at det tilbudte – hvor andet ikke er angivet – opfyldte også disse relativt vage krav.

Klageren har ved besigtigelse af de leverede cateringtraktorer konstateret, at kravet om, at gulvet skal være frit for betjeningsaggregater, hjuldæksler m.m., så det er let at sætte sig i sædet, efter klagerens opfattelse ikke er opfyldt, idet en box i gulvet ved styrestang og speederbox er i vejen (4.5). Klageren mener ligeledes at have konstateret, at de leverede cateringtraktorer ikke kan dreje skarpt (4.6). Hvorvidt det leverede svarer til det tilbudte, er imidlertid ikke underlagt Klagenævnets kompetence.

Påstanden tages ikke til følge.

#### Påstand 5

Indklagede har ikke løftet sin bevisbyrde for, at tilbudene er evalueret efter de fastsatte underkriterier og kun dem.

Påstanden tages til følge.

#### Spørgsmål 7

Indklagede havde stillet krav om forskellige former for sikkerhed som betingelse for at tage klagerens tilbud i betragtning. Om berettigelsen heraf henvises til det anførte ad påstand 3.

Indklagede har imidlertid også handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og ligebehandlingsprincippet ved at tage klagerens tilbud i betragtning, når det krævede ikke forelå ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud.

#### Spørgsmål 8

Det følger af kravspecifikationen, at gelænderet på begge sider af læsserampen skulle være 1 m højt. Klagerens tilbud opfyldte ikke dette krav. Indklagede har derfor handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets

artikel 10 og ligebehandlingsprincippet ved at tage klagerens tilbud i betragtning.

### Spørgsmål 9

Indklagede har som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« bl.a. fastsat »Eventuelle forbehold for kontraktudkast«. Et sådant underkriterium giver ikke mening. Såfremt et tilbud indeholder grundlæggende forbehold, er indklagede forpligtet til at afvise det. Såfremt et tilbud indeholder forbehold for elementer, der ikke er grundlæggende, er indklagede – i denne situation, hvor det er klart, at indklagede accepterer sådanne forbehold – forpligtet til at prissætte forbeholdet, hvilket påvirker underkriteriet »pris«. Såfremt der ikke kan ske prissætning, er indklagede forpligtet til at afvise tilbudet. Underkriteriet »Eventuelle forbehold for kontaktudkast« er derfor ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og indklagede har derfor handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 ved at fastsætte det.

Herefter bestemmes:

#### Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og ligebehandlingsprincippet ved at organisere budåbningen på en sådan måde, at klagerens tilbud blev åbnet 4 timer før budfristens udløb.

#### Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og ligebehandlingsprincippet samt artikel 52, stk.1, litra a, ved at stille krav til klageren om, at klagerens bankforbindelse som betingelse for prækvalifikationen skulle udstede en hensigtserklæring/anfordringsgaranti, idet et tilsvarende krav ikke blev stillet til de øvrige økonomiske aktører.

#### Ad påstand 5

indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 ved på den ene side ikke at udvælge »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« på grundlag af samtlige de fastsatte underkriterier og ved på den an-

den side at inddrage »funktionalitet og driftssikkerhed« i bedømmelsen og udvælgelsen, uanset at disse underkriterier ikke var fastsat.

Ad spørgsmål 7

Indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og ligebehandlingsprincippet ved at tage klagerens tilbud i betragtning, uanset klageren ikke havde stillet den krævede anfordringsgaranti inden udløbet af fristen for afgivelse af endeligt tilbud den 15. maj 2006.

Ad spørgsmål 8

Indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og ligebehandlingsprincippet ved at tage klagerens tilbud i betragtning, uanset at klagerens tilbud ikke opfyldte kravet om, at gelænderet på begge sider af læsserampen skulle være 1 m højt.

Ad spørgsmål 9

Indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 ved som underkriterium til tildelingskriteriet »Det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at fastsætte »Eventuelle forbehold for kontraktudkast«.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 2 og påstand 4.

Indklagede, DSB, skal i sagsomkostninger til klageren, Trans-Lift ApS, betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach  
kontorfuldmægtig