

K E N D E L S E

FMB Oxford LMT
(selv)

mod

Aarhus Universitet
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 121965-2024, som blev offentliggjort den 28. februar 2024, udbød Aarhus Universitet som offentligt udbud efter udbudsloven en kontrakt om ”X-ray Optical Components for the SINCRYS Beam-line”. Det blev oplyst, at universitetet havde et estimeret budget på 6.600.000 kr. Tildelingskriteriet var bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor pris vægtede 60 % og kvalitet vægtede 40 %. Kontrakten havde tidligere været udbudt ved udbudsbekendtgørelse nr. 774101-2023.

Ved tilbudsfristens udløb den 5. april 2024 havde Aarhus Universitet modtaget tilbud fra FMB Oxford LMT (herefter ”FMB”) og JJ X-Ray A/S. Den 13. maj 2024 meddelte Aarhus Universitet tilbudsgiverne, at universitetet havde til hensigt at indgå kontrakt med JJ X-Ray A/S.

Den 25. juni 2024 indgav FMB klage til Klagenævnet for Udbud over Aarhus Universitet.

FMB har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Universitet har handlet i strid med udbudslovens § 29, stk. 1, om kontraktens værdi ved at fastsætte et ”anslået

budget” og ikke overholde denne i evalueringsperioden.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at JJ X-RAY A/S af de grunde, som er anført i påstand 1, har overskredet budgettet og derfor skal udelukkes fra udbuddet i henhold til udbudsdirektivets artikel 26.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Aarhus Universitets beslutning af 13. maj 2024 om at indgå kontrakt med JJ X-Ray A/S.

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

Klagenævnet har den 26. juni 2024 meddelt Aarhus Universitets kontrakt-part, JJ X-Ray A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

JJ X-Ray A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 774101-2023, som blev offentliggjort den 20. december 2023, udbød Aarhus Universitet som offentligt udbud første gang en kontrakt om ”X-ray Optical Components for the SINCRYS Beamline”. Udbuddet havde et anslået budget på 6.000.000 kr. Tilbudsfristen var den 28. februar 2024.

Under udbuddet modtog Aarhus Universitet flere spørgsmål til de tekniske krav, og spørgsmålene medførte, at Aarhus Universitet valgte at annullere udbuddet. Aarhus Universitet offentliggjorde den 12. februar 2024 bekendtgørelse nr. 88604-2024 om annulation af udbuddet. Af bekendtgørelsen fremgår bl.a.:

”Results

Award information

Result of the procedure

A winner was chosen: No winner was chosen and the competition is closed.

The reason why a winner was not chosen: Decision of the buyer, because of a change in needs

...

Aarhus Universitet har oplyst, at universitetet efter annullationen gennemførte møder med de tre tilbudsgivere, der havde vist interesse under udbudet, og at tilbudsgiverne i den forbindelse gjorde Aarhus Universitet opmærksom på, at forventningen til kontraktens økonomiske omfang var for lav.

Den 28. februar 2024 genudbød Aarhus Universitet kontrakten ved udbudsbekendtgørelse nr. 121965-2024.

Af udbudsbetingelserne fremgår:

”...

1.1 The estimated total value of the call for tenders

The Contracting Authority has an estimated budget of 6.600.000,00 DKK (six point six million Danish kroner) for the X-ray optical components for the SINCRYS beamline.

The contracting Authority reserves the right to cancel the tender in case the budget is exceeded or other unforeseen reasons.

...

4. Award criterion and evaluation

4.1 Evaluation

The purpose of this call for tenders is, as described in section 1.6, to purchase the optical system to establish a side-station beamline called SINCRYS at the MAX IV Laboratory in Lund, Sweden. On the basis of this purpose, the award criteria and sub-criteria described below have been selected, and the mutual weighting has been determined.

4.2 Award criterion, Best ratio between price and quality

The Contracting Authority will award the Contract to the tenderer who has submitted the most economically advantageous tender.

The Contracting Authority will identify the most economically advantageous tender on the basis of the ”best ratio between price and quality”.

The weighting specified in the table shows the mutual weighting between the individual criteria.

Sub-criterion	Percentage weighting
Price	60%

Sub-criterion	Percentage weighting
Quality	40 %

RE. PRICE

Prices are stated in Appendix 3 – Price list.

Points in this sub-criterion will be calculated up to two decimal places.

Calculation of points:

Evaluation of the sub-criterion "price" is based on the "total weighted evaluation price".

The bid with the lowest price (lowest evaluation price) will receive the maximum score of 8 points.

The other bids will be evaluated in relation to the following formula:

$$Points = maximum\ points * \frac{lowest\ total\ evaluation\ price}{current\ total\ evaluation\ price}$$

..."

Af tilbudslisten fremgår bl.a.:

"The tenderer must fill in the boxes marked with blue colour 

Please indicate the prices in Danish Crowns (DKK), or Euro (EUR exclusive VAT and Customs duties, but inclusive handling fees, installation, freight, warranty and all other expenses.

	Short description (if applicable)	Offered Price	Eva- lua- tion %	Eva- lua- tion Pric	Cur- rency
The total price for an Optical System for the SINCRYS sides station at MAX IV in accordance with Appendix 2 requirements 1-28			100%	0,00	DKK

Total weighted evaluation price		0,00		0,00	DKK
--	--	-------------	--	-------------	-----

..."

Aarhus Universitet modtog som nævnt to tilbud ved tilbudsfristens udløb og

sendte den 13. maj 2024 underretning til tilbudsgiverne om, at Aarhus Universitet havde til hensigt at indgå kontrakt med JJ X-Ray A/S. Samtidig sendte universitetet sin evalueringsrapport, hvor det fremgår bl.a.:

”Evaluation of tenders, Sub-criterion - Price

...

Tenderer	Total weighted evaluation price	Total weighted evaluation price - Calculated points	Total weighted evaluation price - Weighted points
FMB Oxford Limited	6600000,00	8,00	4,80
JJ X-Ray A/S	6693500,00	7,89	4,73

Evaluation of tenders, Sub-criterion Quality

...

Tenderer	Total weighted evaluation Quality - Calculated points	Total weighted evaluation Quality - Weighted points
FMB Oxford Limited	8,00	4,80
JJ X-Ray A/S	7,89	4,73

Overall evaluation – Weighted points

Tenderer	Price	Quality	Total points
FMB Oxford Limited	4,80	1,78	6,58
JJ X-Ray A/S	4,73	2,12	6,85

...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

FMB har gjort gældende, at Aarhus Universitet har overtrådt udbudslovens § 29, stk. 1, om kontraktens værdi ved at fastsætte en ”anslået budget”-værdi og ikke overholde denne i evalueringsperioden.

Aarhus Universitet fastsatte ved det første udbud et anslået budget på 6.000.000 kr., hvor pris vægtede 60 %, og kvalitet vægtede 40 %. Udbuddet blev annulleret på grund af budgetbegrænsninger og et behov for nogle tekniske ændringer.

Da kontrakten blev genudbudt, var budgettet øget med 10 % til 6.600.000 kr.

med de samme tildelingskriterier.

Uden yderligere forklaring i udbudsmaterialet om betydningen af det anslåede budget eller den anslåede samlede værdi af udbuddet må de 6.600.000 kr. forstås som et maksimalt budget, der ikke kan overskrides for det økonomiske tilbud, som anført i udbudslovens § 29.

Aarhus Universitet har meddelt, at universitetet har til hensigt at indgå kontrakt med JJ X-Ray A/S. Tilbudsprisen fra JJ X-Ray A/S oversteg det anslåede budget, hvilket gav mulighed for at opnå en højere evalueringsscore.

Under et efterfølgende møde med Aarhus Universitet var der en forventning hos universitetets repræsentanter om, at tilbudsgiverne skulle præcisere udtrykket anslået budget, og at de mente, at det var muligt at overskride denne værdi. Dette synes dog at være i modstrid med udbudslovens § 29.

Aarhus Universitet har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstanden til følge. FMB's anbringender hviler på det grundlæggende synspunkt, at udbudsmaterialets beskrivelse af et "estimated budget" udgør et "tilbudsloft", dvs. en øvre grænse for tilbudsprisen. En sådan forståelse af udbudsmaterialet eller udbudslovens § 29 har imidlertid ingen støtte.

Formålet med udbudslovens § 29 er at tidsfæste en ordregivers vurdering af kontraktens anslåede værdi med henblik på en vurdering af udbudspligten, jf. klagenævnets kendelser af 27. juli 2009 Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab A/S, og af 12. maj 2023 Intervare A/S mod Køge Kommune. Der er ikke med bestemmelsen et forbud mod, at en ordregiver accepterer et tilbud med en tilbudspris, der overstiger kontraktens anslåede værdi.

Udbudsmaterialet indeholder ikke en tilkendegivelse om, at kontraktens anslåede værdi skulle udgøre et budgetmaksimum eller på anden vis et tilbudsloft. Der var ingen begrænsning af tilbudsgivernes prisoplysninger/prissætning i tilbudslisten.

Oplysningen i udbudsbetingelserne om "an estimated budget of 6.600.000,00 DKK" er en tilkendegivelse om, at budgettet var anslået og dermed ikke var forpligtende for Aarhus Universitet eller for tilbudsgiverne.

Aarhus Universitet havde desuden i udbudsbetingelsernes afsnit ”The estimated total value of the call for tender” forbeholdt sig retten til at annullere udbuddet i tilfælde af budgetoverskridelser eller andre uforudsete omstændigheder. Dette forbehold ville savne mening, hvis den anslåede værdi skulle forstås som et tilbudsloft, da Aarhus Universitet i så fald ikke ville kunne acceptere tilbud, som oversteg budgettet.

Hvis ”estimated budget” skulle forstås som et tilbudsloft, ville konsekvensen af en budgetoverskridelse være, at tilbuddene skulle forkastes. I det scenarie kunne Aarhus Universitet ikke vælge at fortsætte udbudsprocessen, hvilket formuleringen i udbudsbetingelserne giver mulighed for. Det kan ikke udlægges som et tilbudsloft/budgetmaksimum, at udbudsmaterialet indeholder et sædvanligt forbehold om, at Aarhus Universitet kan annullere udbuddet, hvis tilbudspriserne overstiger den økonomi, som universitetet ønsker at allokere til indkøbet.

Desuden indebar evalueringsmetoden for underkriteriet ”Price”, at der blev givet maksimumpoint til tilbuddet med den laveste evalueringstekniske pris. Point til de øvrige tilbud blev baseret på tilbuddenes forholdsमæssige afvigelse i forhold til laveste evalueringstekniske pris. En sådan evalueringsmodel ville savne mening, hvis den anslåede værdi på 6.600.000 kr. ekskl. moms var et tilbudsloft, idet pointskalaen i så fald skulle stoppe ved tilbudsloftet. Udbudsmaterialet kan derved kun forstås således, at det ”estimated budget” afspejlede den anslåede værdi af den udbudte kontrakt.

Ad påstand 2

FMB har gjort gældende, at JJ X-Ray A/S af de grunde, som er anført i påstand 1, skal udelukkes fra udbuddet, jf. udbudsdirektivets artikel 26.

Aarhus Universitet har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstanden til følge. Udbudsdirektivets artikel 26 angår valg af udbudsprocedurer, og det står ikke klart, hvordan FMB’s anbringender skulle understøtte en overtrædelse af denne bestemmelse.

Der henvises desuden til det anførte ad påstand 1.

Ad påstand 3

FMB har gjort gældende, at tildelingsbeslutningen med henvisning til det anførte ad påstand 1 skal annulleres.

Aarhus Universitet har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere Aarhus Universitets tildelingsbeslutning af 13. maj 2024.

En overtrædelse af udbudslovens § 29 kan alene føre til en annulation af tildelingsbeslutningen, hvis en ordregiver i sin vurdering af kontraktens anslåede værdi har anlagt et åbenbart urigtigt skøn, der har ført til, at der ikke er gennemført den korrekte udbudsprocedure. Aarhus Universitet har udbudt kontrakten korrekt i henhold til udbudslovens afsnit II, og tildelingsbeslutningen er ikke behæftet med sådanne retlige mangler, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

Af udbudsbetingelserne fremgår det under overskriften ”The estimated total value of the call for tenders”, at den udbudte kontrakt har en forventet værdi (”estimated budget”) på 6.600.000 kr.

Udbudslovens § 29, der findes i udbudslovens kapitel 5 ”Beregning af kontraktens værdi”, har følgende indhold:

”Værdien af en kontrakt er den anslåede værdi på tidspunktet for afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen. Afsendes der ikke en udbudsbekendtgørelse, beregnes værdien på tidspunktet, hvor ordregiveren indleder udbudsproceduren.”

Af de specielle bemærkninger til bestemmelsen i lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015 fremgår følgende:

”Det gældende direktivs artikel 9, stk. 2, fastlægger, at den anslåede værdi for kontrakter skal være gældende på tidspunktet for afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen eller, såfremt der ikke kræves en sådan bekendtgørelse, på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed indleder tildelingsproceduren.

§ 29 gennemfører direktivets artikel 5, stk. 4, og er en videreførelse af gældende ret.

Det fastslås i bestemmelsen, at en ordregiver, til brug for vurderingen af om en kontrakt eller projektkonkurrence ligger over eller under de gældende, skal anslå, hvilken værdi kontrakten eller projektkonkurrencen vil have på tidspunktet for udsendelsen af udbudsbekendtgørelsen. Udsendes der ikke en udbudsbekendtgørelse, er det afgørende tidspunkt det tidspunkt, hvor ordregiveren indleder udbudsproceduren.”

Udbudslovens § 29 er ikke til hinder for, at Aarhus Universitet tildeler kontrakten til JJ X-Ray A/S, selv om der er tilbudt en pris, som overstiger den anslåede værdi på 6.600.000 kr. Udbudsmaterialet kan ikke fortolkes således, at den anslåede værdi i udbudsbekendtgørelsen skal anses som et maksimumbeløb, der ikke måtte overskrides.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2 og 3

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1 til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstand 2 og 3 til følge.

Herefter bestemmes

Klagen tages ikke til følge.

FMB Oxford LMT skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 10.000 kr. i sagsomkostninger til Aarhus Universitet.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
chefkonsulent