

Udbuddet er efterfølgende annulleret af Næstved Fjernvarme a.m.b.a. og klagen herefter tilbagekaldt, således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Holbøll A/S
(cand.merc.jur. Emil Schütze, Hellerup)

mod

Næstved Fjernvarme a.m.b.a.
(advokat Mark Ruberg-Wurms, København)

Klagenævnet har den 18. oktober 2021 modtaget en klage fra Holbøll A/S (Holbøll).

Holbøll har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Næstved Fjernvarme a.m.b.a. har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 11, svarskrift med bilag A - C, replik med bilag 12 - 14, duplik med bilag D, processkrift A med bilag 15 - 16 og processkrift 1 med bilag E.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Næstved Fjernvarme a.m.b.a. har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i direktiv 2014/25/EU artikel 36 og artikel 76 ved ikke at foretage en udvælgelse af ansøgerne på baggrund af de oplyste kriterier for udvælgelse.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Næstved Fjernvarme a.m.b.a. har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i direktiv 2014/25/EU artikel 36 og artikel 76 ved at foretage en åbenlys urigtig vurdering af de modtagne ansøgninger.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Næstved Fjernvarme a.m.b.a. har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i direktiv 2014/25/EU artikel 36 og artikel 76 ved at prækvalificere virksomheden Wicotec Kirkebjerg A/S, uanset at Wicotec Kirkebjerg A/S ikke opfyldte de offentliggjorte minimumskrav til teknisk og faglig formåen.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Næstved Fjernvarme a.m.b.a. har handlet i strid med bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester § 11, jf. udbudslovens § 148, ved at udelukke muligheden for, at ansøgerne kunne anvende det fælles europæiske udbudsdokument som foreløbigt bevis for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder kravene til egnethed og i forbindelse med udvælgelse.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal annullere Næstved Fjernvarme a.m.b.a.’s ulovlige udbudsprocedure nr. 2021/S 164-431771, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Påstand 6 (subsidiær til påstand 5)

Klagenævnet for Udbud skal annullere Næstved Fjernvarme a.m.b.a.’s beslutning af 23. september 2021 om at prækvalificere fem ansøgere i udbud nr. 2021/S 164-431771, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.”

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 164-431771 af 20. august 2021 udbød Næstved Fjernvarme a.m.b.a. (Næstved Fjernvarme) som begrænset udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en anlægskontrakt vedrørende jord- og smedearbejder (hovedentreprise) ved hovedledninger til fjernvarme i forbindelse med renoveringsopgaver, hovedledningsforlængelser og opdimensioneringer.

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.4 fremgår:

”Nærværende udbud omfatter område 4 og arbejdet omhandler hovedsageligt etablering af ca. 4,2 km hovedledninger primært udført med twinrør hovedsageligt i serie 3 og i dimensioner fra ø26 ø139,7 samt 200 til 250 stikledninger.

Entreprisen omfatter således jord-, anlægs- og smedearbejder samt rørleverancen. Arbejdet skal primært udføres i boligområder. I udbudsmaterialet er der medtaget stikledninger fra forbrugere, som på udbudstidspunktet har indgået en aftale med Næstved Fjernvarme. Entreprenøren skal indenfor tidsplanen kunne tåle udførelse af stikledninger til kunder som under projektets udførelse tilmelder sig fjernvarme Område 45 forsyning. Arbejdet forventes udført med flere gravefronter for hovedledninger og flere gravehold for stikledninger.”

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår bl.a. desuden:

”...

II.2.9) Oplysning om begrænsning af antallet af ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive bud eller deltage

Forventet antal ansøgere: 5

Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal ansøgere:

Såfremt flere end 5 ansøgere opfylder ordregivers krav til egnethed, udvælges de 5 ansøgere, som vurderes som bedst egnede til løfte opgaven. Udvælgelsen vil ske på baggrund af en vurdering af de fremsendte referencer set i forhold til den udbudte opgave. Ordregiver foretager en samlet vurdering af ansøgernes egnethed til at løfte opgaven, og ordregiver lægger vægt på erfaring med udførelse af sammenlignelige entrepriser.

...

III.1.3) Teknisk og faglig kapacitet:

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Ordregiver stiller følgende mindstekrav til ansøgers tekniske og faglige kapacitet:

at ansøger som minimum har udført og afsluttet 2 sammenlignelige projekter i løbet af de seneste fem år, Ved sammenlignelige projekter forstås projekter, der opfylder alle følgende kriterier:

Projekterne skal være udført i hovedentreprise for fjernvarmeopgaver med etablering af fjernvarmeanlæg i bymæssig bebyggelse i allerede bebyggede områder og med indhold af såvel hovedledninger som stikledninger. Den samlede entreprisesum for hver reference skal minimum udgøre 4.000.000,- kr. excl. moms.

...”

Af udbudsbetingelserne af 20. august 2021 fremgår tilsvarende:

”4.4 Krav til teknisk og faglig formåen

Bygherre stiller følgende mindstekrav til ansøgers tekniske og faglige formåen:

Ansøger har som minimum udført og afsluttet 2 lignende projekter i løbet af de seneste fem år. Ved lignende projekter forstås projekter, der opfylder alle følgende kriterier:

Projekterne skal være udført i hovedentreprise for fjernvarmeopgaver med etablering af fjernvarmeanlæg i bymæssig bebyggelse i allerede bebyggede områder og med indhold af såvel hovedledninger som stikledninger. Den samlede entreprisesum for hver reference skal minimum udgøre 4.000.000,- kr. excl. moms.

BEMÆRK at referencer skal IKKE udfyldes i ESPD, men alene vedlægges som bilag.”

Udbudsbetingelsernes pkt. 4.5 om Egen-erklæring (ESPD) og dokumentation lyder:

”Det følger af implementeringsbekendtgørelsens § 11, jf. udbudsloven § 148, ... at ordregivende myndigheder skal og ordregivende enheder kan kræve det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) som foreløbigt bevis for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde.

Dette er en egen-erklæring, der fungerer som et foreløbigt bevis for, at en tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde og opfylder kravene til egnethed, jf. Udbudslovens § 148, stk. 1, nr. 1-2.

Tilbudsgiver skal således udfylde og indsende et ESPD i forbindelse med afgivelse af tilbud.

...”

Af udbudsbetingelsernes pkt. 4.5.6 fremgår følgende om de referencer, der skal afleveres i ansøgningen:

”Referencerne skal indeholde følgende oplysninger.

- Teknisk og faglig formåen forstået som en beskrivelse af op til fem lignende projekter (referencer), som ansøger har udført og afsluttet i løbet af de seneste fem år, jf. punkt 4.4.

...

Ansøger skal IKKE skrive oplysningerne om teknisk og faglig formåen ind, i ESPD’et, men vedlægge dem som bilag til ansøgning.”

I udbudsbetingelsernes pkt. 4.6 er anført:

”4.6 Udvælgelse og udvælgelseskriterier

Såfremt antallet af ansøgere, der lever op til egnethedskravene, overstiger det antal, som Bygherre ønsker at prækvalificere, gennemføres der en udvælgelse af de egnede ansøgere.

Bygherre foretager en samlet vurdering af dette kriterium, idet det vil blive vurderet positivt jo mere sammenlignelige med dette udbud, referencerne er. Antallet af referencer maksimalt 5.

På basis af det ovenstående udvælger Bygherre op til 5 ansøgere til at afgive tilbud på entrepriseaftalen.”

Holbøll ansøgte rettidigt den 20. september 2021 om prækvalifikation med beskrivelse af sine referencer. Referencelisten blev indledt med nedenstående oversigt og indeholdt derefter en uddybende beskrivelse af de 5 referencer:

”

| Nr. | Projekt | Bygherre og kontaktperson | Udført | Beløb | Rådgiver | Entrepriseform | Kriterier der opfyldes for nærværende fjernvarmeudbud | | | Relevante hovedmængder for nærværende fjernvarmeudbud | Bilag |
|-----|--|---|----------------------------|-----------|-------------------|----------------|---|---------------|-----------------|--|-------------|
| | | | | | | | Hovedledninger | Stikledninger | Bebygget område | | |
| 1. | Sorø fjernvarme etape 1 | Sorø Fjernvarme A/S C/O I/S AffaldPlus John Kusz Tlf: 55750800 | Maj 2020 - Nov. 2020 | 31,7 mio. | COWI A/S | Hoved | X | X | X | Levering og lægning af 7.200 m hovedledning Levering og etablering af 7 stk. stikledninger. Jodhåndtering 12.000m ³ Styret underboring under motorvej 220m | Reference 1 |
| 2. | Fjernvarme i Egedal | Egedal Fjernvarme A/S Jørn Arne Nielsen Tlf: 72596247 | Juli 2020 - Dec. 2020 | 5,9 mio. | MOE A/S | Hoved | X | X | X | Hovedledning 3.590lbm Stikledning med husindføring til 85 husstande Ventilbrøde 7 stk. | Reference 2 |
| 3. | Område 5, Næstved Åderupvej nord. 2021 | Næstved Fjernvarme A.m.b.A. Gert Jensen Tlf: 55547599 | Igangværen- de | 36,6 mio. | Lyngkilde | Hoved | X | X | X | Hovedledning 6.500lbm Stikledning til 375 husstande Ventilbrøde 21 stk. | Reference 3 |
| 4. | Sanering i Ringsted etape 2 & 4 | Ringsted Fjernvarme, Ringsted Vand & Ringsted Forsyning Jane Hansen Tlf: 69898000 | Marts 2018 - Marts 2020 | 20 mio. | Nielsen & Risager | Hoved | X | X | X | Gravning, tilfyldning og hjælp til håndtering af 2.000 meter fjernvarmeledning | Reference 4 |
| 5. | Anlægsvej i Ringsted | Ringsted Fjernvarme, Ringsted Vand & Ringsted Forsyning Jane Hansen Tlf: 69898000 | Feb. 2016 - Nov. 2016 | 10,9 mio. | Nielsen & Risager | Hoved | X | X | X | Gravning, tilfyldning og hjælp til håndtering af 1.200 meter fjernvarmeledning | Reference 5 |

”

Den 23. september 2021 meddelte Næstved Fjernvarmes tekniske rådgiver, Lyngkilde A/S, følgende til Holbøll:

”Bygherren modtog 6 ansøgninger hvoraf de 6 opfylder mindstekravene. Bygherren har valgt at prækvalificere 5 ansøgere.

Jeres virksomhed bliver desværre ikke inviteret til at afgive tilbud denne gang, selvom anmodning om deltagelse opfyldte egnethedskravene som angivet i udbudsbeskrivelsen og ligeledes er konditionsmæssigt.

Ordregiver har til jeres ansøgning bemærket følgende:

Referencer vurderes relevante i forhold til den udbudte opgave og de elementer der vægtes positivt, men samlet set vurderes det, at de prækvalificerede virksomheders referencer er mere sammenlignelige med den udbudte opgave.

De prækvalificerede virksomheder er:

MSE A/S

Jens H. Hansen ApS

Wicotec Kirkebjerg A/S

Zacho-Lind A/S

Munck Forsyningsledninger A/S”

Den 30. september 2021 fremsendte Næstved Fjernvarme på anmodning en redegørelse for vurderingen af Holbølls ansøgning. Det fremgår heraf:

”Det fremgår, at det ved evalueringen er vægtet mindre positivt, at to referencer (nr. 4 og nr. 5) alene vedrører levering og lægning af kloakledninger, og hovedentreprisen indeholdt således ikke smedearbejde eller styring heraf. Som bekendt udfører din klient en igangværende sag for Næstved Fjernvarme (reference nr. 3), denne er således ikke afsluttet, hvilket også vægtes mindre positivt. Derudover gælder for reference nr. 2, at denne kun i mindre grad er vurderet sammenlignelig med den udbudte opgave, hvilket begrundes i opgavens yderst begrænsede økonomiske værdi (< 5 mio. kr.). Jeg er videre oplyst, at din klient har anvendt samme reference i tidligere udbudsforretninger afholdt af forsyningselskabet, men din klients rolle var anført som underentreprenør i stedet for hovedentreprenør.

Samlet må man konstatere, at der er væsentlige indsigelser mod i alt 4 af 5 af din klients referencer. Din klients ansøgning ses derfor vurderet mindre sammenlignelig med den udbudte opgave end de øvrige, med den konsekvens, at din klient er vurderet mindst egnet blandt ansøgerne. Der ses ikke tilsvarende, omfattende mangler ved de øvrige ansøgningers referencer.”

Af evalueringsrapporten fremgår følgende omkring grundlaget for vurderingen af de indkomne ansøgninger:

”Udvælgelse

Vurderingen foretages på baggrund af følgende:

Det vægtes positivt at projekterne er udført i hovedentreprise for fjernvarmeopgaver med etablering af fjernvarmeanlæg i bymæssig bebyggelse i allerede bebyggede områder og med indhold af såvel hovedledninger som stikledninger. Det vægtes ligeledes positivt, at entreprenøren har varetaget en opgave som svarer til den rolle som skal varetages i den udbudte opgave. Endeligt vægtes det positivt at opgaven er afsluttet.”

Om Holbølls ansøgning fremgår følgende af evalueringsrapporten:

”Det vægtes positivt at alle referencer er udført i hovedentreprise. Hovedentrepriserne i reference 4 og 5 indeholder dog ikke smede- og rørarbejder. Entreprenøren har således ikke varetaget samme rolle som han skal varetage på den udbudte opgave. Dette vægtes negativt. Det vægtes meget positivt at reference 3 er meget sammenlignelig med den udbudte opgave.

Det vægtes mindre positivt, at reference 3 ikke er afsluttet. Alle referencer er udført i bymæssig bebyggelse, hvilket vægtes positivt

Entreprisenummer for reference 2 er væsentligt lavere end den udbudte opgave, hvilket vægtes mindre positivt.

Reference 2 har tidligere været fremsendt af Holbøll til Næstved Fjernvarme (område 5) men med andre oplysninger om kontraktforhold idet det tidligere har været oplyst, at smeden var hovedentreprenør. Dette forhold er ikke verificeret.”

Holbøll har udarbejdet en oversigt med gennemgang af de 5 prævalificerede virksomheders referencer. Denne oversigt, der i et vist omfang bestrides af Næstved Fjernvarme, gengives ikke.

Parternes anbringende:

Ad ”fumus boni juris”

Holbøll har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-6, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Næstved Fjernvarme har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-6, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Holbøll gjort gældende, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ikke er iagttaget, da Næstved Fjernvarme har anvendt minimumskravet til teknisk og faglig formåen som grundlag for udvælgelsen i stedet for det oplyste udvælgelseskriterium.

Både udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne har en klar opdeling imellem ”egnethedsvurderingen”, hvor minimumskravene til egnethed vurderes, og ”udvælgelsen”, hvor der sker en udvælgelse blandt egnede ansøgere.

Det fremgår også af beslutningen om prækvalifikation, at man først har foretaget en vurdering af ansøgernes opfyldelse af egnethedskravene og konditionsmæssighed.

Næstved Fjernvarme har været forpligtet til at foretage en egnethedsvurdering på baggrund af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.3 og udbudsbetingelsernes pkt. 4.4.

Selve udvælgelsen skulle være sket på baggrund af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.9 og udbudsbetingelsernes pkt. 4.6.

Det fremgår imidlertid klart af evalueringsrapporten, at udvælgelsen er sket på baggrund af de elementer, som indgår i egnethedsvurderingen.

Der er således betydelige forskelle imellem de kriterier for udvælgelsen, som er oplyst i udbudsbekendtgørelsen, og de kriterier, som er anvendt i den faktiske vurdering, nemlig 1) hvorvidt opgaven var afsluttet eller ej, 2) hvorvidt opgaven var gennemført i hovedentreprise eller ej, 3) hvorvidt opgaven var gennemført i bymæssig bebyggelse i allerede bebyggede områder, 4) hvorvidt ansøger har varetaget samme rolle som i den udbudte opgave og 5) størrelsen af entripresesummen.

Disse kriterier svarer ikke til de oplyste kriterier for udvælgelsen, men fremgår alene af de kriterier, som indgår i egnethedsvurderingen.

Som udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne er opbygget, har ansøgerne kunnet lægge til grund, at de oplyste kriterier for egnethed alene ville blive brugt til at vurdere, om ansøgningen indeholdt 2 referencer, der opfyldte minimumskravet til teknisk og faglig formåen.

Hvis ansøgningen opfyldte dette minimumskrav til egnethed, kunne ansøgeren herefter lægge til grund, at selve udvælgelsen ville ske på baggrund af de oplyste kriterier for udvælgelse.

For Holbølls vedkommende betyder ovenstående eksempelvis, at det ikke bør udgøre et negativt element, at reference nr. 3 ikke var afsluttet, da Holbøll via andre referencer opfyldte minimumskravet til teknisk og faglig formåen.

Ved at oplyse et udvælgelseskriterium i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, men foretage selve udvælgelsen på baggrund af kriterierne for egnethed, hvortil der er flere betydelige forskelle, har Næstved Fjernvarme handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36 samt artikel 76.

Særligt vedrørende påstand 1 har Næstved Fjernvarme gjort gældende, at der ikke er handlet i strid med de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed, idet Næstved Fjernevarme har foretaget udvælgelsen blandt egnede ansøgere i henhold til det, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen.

En fagkyndig person kan således uden videre udlede følgende centrale elementer i opgaveudførelsen: At det drejer sig om 1) etablering af hovedledninger og stikledninger, 2) at arbejdet udføres primært i boligområder 3) og omfatter flere fag (jord-, anlægs- og smedearbejder) samt rørleverancen og koordineringen heraf.

Derudover fremgår det åbenlyst af udbudsbetingelserne pkt. 4.6, at det 4) vægtes positivt, jo mere sammenlignelige med dette udbud referencerne er.

Punkterne 1-4 er i evalueringsrapporten sammenfattet således:

”Det vægtes positivt at projekterne er udført i hovedentreprise for fjernvarme-opgaver med etablering af fjernvarmeanlæg i bymæssig bebyggelse i allerede bebyggede områder og med indhold af såvel hovedledninger som stikledninger. Det vægtes ligeledes positivt, at entreprenøren har varetaget en opgave som svarer til den rolle som skal varetages i den udbudte opgave. Endeligt vægtes det positivt at opgaven er afsluttet.”

Det sidste element – at opgaven er afsluttet – følger af almindelige udbudsretlige principper, jf. udbudslovens § 155 analogt.

Næstved Fjernvarme har anvendt udvælgelseskriterierne i overensstemmelse med det anførte og har således ikke handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Særligt vedrørende påstand 2 har Holbøll gjort gældende, at der er åbenlyse fejl i evalueringen af de indkomne ansøgninger, da det fremgår, at vurderingen er baseret på forhold, der enten er i modstrid med oplysningerne i referencerne og/eller ikke kan udledes af referencernes indhold.

Holbøll har som krævet afleveret et særskilt dokument med beskrivelse af de 5 referencer, og af dette dokument fremgår det ubestridt, at reference nr. 4 og nr. 5 også indeholder stikledninger og dermed smedearbejder.

Holbøll har desuden udarbejdet en oversigt over de modtagne ansøgninger og sammenholdt dem med de elementer, som Næstved Fjernvarme i henhold til evalueringsrapporten har tillagt betydning i evalueringen. Der er ifølge oversigten begået følgende fejl under evalueringen:

”...

Tillagt betydning af referencen er udført i by[...]mæssig bebyggelse, selvom det ikke fremgår af referencen.

Tillagt betydning af referencer er udført i hovedentreprise, selvom det ikke fremgår af referencen.

Tillagt betydning af referencer er afsluttet, selvom det fremgår af referencen, at projektet ikke er afsluttet.

Tillagt betydning af referencer er sammenlignelige, selvom referencen angår en rammeaftale, hvor der ikke identificeres et konkret projekt, men en udefinerbar pulje af projekter.

Et generelt forhold er, at flere af de prækvalificerede ansøgere har afgivet referencer, der angår en rammeaftale eller et dynamisk indkøbssystem, hvor ansøgeren henviser til summen af de gennemførte projekter under rammeaftalen. Som det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 4.4 har Indklaget stillet krav om at ansøgningen kunne indeholde ”op til fem lignende projekter”, og der kan derfor ikke lægges vægt på ”summen” af adskillige projekter gennemført via en rammeaftale eller dynamisk indkøbssystem.

...”

Særligt vedrørende påstand 2 har Næstved Fjernvarme gjort gældende, at det følger af fast klagenævnspraksis, at ordregiveren har et vidt skøn i relation til den kvalitative vurdering af ansøgninger og tilbud, idet klagenævnet ikke erstatter ordregiverens skøn med sit eget, men alene efterprøver, om de vide grænser for skønnet er overskredet.

Generelt om oversigten over Holbølls vurderinger af de konkurrerende ansøgere har Næstved Fjernvarme anført, at kravet om bymæssig bebyggelse umiddelbart er opfyldt for samtlige referencer.

Næstved Fjernvarme har vurderet tilbuddene som forudsat. På baggrund af indsigelserne har Næstved Fjernvarme imidlertid haft anledning til at revurdere de oprindelige vurderinger, hvilket dog ikke har ført til ændringer.

Næstved Fjernvarme har således foretaget en saglig og relevant vurdering af ansøgningerne i overensstemmelse med det, der er anført i udbudsmaterialet. Det kan entydigt udledes af Holbølls reference nr. 4 og nr. 5, at referencerne ikke omfatter stikledninger. De faktiske forhold er ikke bestridt af Holbøll, og kritikken er således begrænset til manglende inddragelse af det summariske ”oversigtsskema”, som Holbøll har udarbejdet.

Særligt vedrørende påstand 3 har Holbøll gjort gældende, at Wicotec Kirkebjerg A/S ikke opfyldte mindstekravene til teknisk og faglig formåen. Virksomheden havde således ikke afgivet minimum 2 referencer, der opfyldte kravene om at være sammenlignelige.

Wicotec Kirkebjerg A/S' reference nr. 1, 4 og 5 udgør rammeaftaler og ikke konkrete projekter, og reference nr. 2 og 3 udgør totalentrepriser og ikke hovedentrepriser som krævet. Sammenfattende har Holbøll vurderet, at ingen af de 5 referencer opfylder mindstekravene, jf. følgende oversigt:

”...

Reference nr. 1

Rammeaftale og ikke konkret projekt hvorfor entreprisenum ikke kan udledes

Angiver ikke om referencen er udført i hovedentreprise

Angiver ikke om referencen er udført i bymæssig bebyggelse i allerede bebyggede områder

Reference nr. 2

Totalentreprise ikke hovedentreprise

Reference nr. 3

Totalentreprise ikke hovedentreprise

Ikke afsluttet (angiver periode til 2021)

Reference nr. 4

Rammeaftale og ikke konkret projekt hvorfor entreprisenum ikke kan udledes

Angiver ikke om referencen er udført i hovedentreprise

Angiver ikke om referencen er udført i bymæssig bebyggelse i allerede bebyggede områder

Ikke afsluttet (angiver periode til 2028)

Reference nr. 5

Rammeaftale og ikke konkret projekt hvorfor entreprisenum ikke kan udledes

Angiver ikke om referencen er udført i hovedentreprise

Angiver ikke om referencen er udført i bymæssig bebyggelse i allerede bebyggede områder

Ikke afsluttet (angiver periode til 2027) .”

Reference nr. 3, 4 og 5 fra Wicotec Kirkebjerg A/S var end ikke afsluttet og kunne derfor – i alle tilfælde – ikke opfyldte mindstekravet.

Referencerne fra Wicotec Kirkebjerg A/S udgør ikke referencer på hovedentrepriser, men angives i stedet som enten ”rammeaftaler” eller ”totalentrepriser”.

Det er således ikke et spørgsmål om, at Næstved Fjernvarme skulle have undersøgt/kontrolleret en oplysning om, at en given reference var udført i hovedentreprise, men et spørgsmål om, at Næstved Fjernvarme har prækvalificeret en ansøger, der ikke har givet oplysninger i ansøgningen, der viser, at minimumskravet er opfyldt.

Næstved Fjernvarme var således forpligtet til at afdække, om Wicotec Kirkebjerg A/S på baggrund af beskrivelsen af referencerne i selve ansøgningen opfyldte kravene, jf. herved ligeledes kendelse af 13. november 2018, Justesen Energiteknik A/S mod SK Varme A/S.

Det kan lægges til grund, at Næstved Fjernevarme ikke – på tidspunktet for beslutning om prækvalifikation – havde indhentet supplerende oplysninger fra Wicotec Kirkebjerg A/S.

Næstved Fjernevarme var således forpligtet til at vurdere reference nr. 1, 4 og 5 på baggrund af oplysningerne i ansøgningen, og heri fremgår det ikke, at referencerne er udført i hovedentreprise. Allerede af denne grund opfylder reference nr. 1, 4 og 5 ikke minimumskravet.

Næstved Fjernvarme har bekræftet, at der er krævet referencer på konkrete projekter og ikke rammeaftaler. Næstved Fjernvarme har også bekræftet, at reference nr. 4 ikke er et konkret projekt, men gør samtidig gældende, at reference nr. 1 og 5 er udtryk for selvstændige projekter, hvilket Hollbøll bestrider med henvisning til de konkrete bekendtgørelser om indgået kontrakt for referencerne, som er indrykket.

Næstved Fjernvarme har specifikt krævet, at referencerne var udført i hovedentreprise. Dermed kan en reference med en anden entrepriseform, herunder totalentreprise, ikke opfylde minimumskravet.

Potentielle ansøgere, der alene har udført sammenlignelige projekter i totalentreprise, vil kunne have undladt at søge om prækvalifikation, da de ikke opfylder minimumskravet, som det er beskrevet i udbudsgrundlaget.

Der kan ikke sættes lighedstegn mellem en hovedentreprise og en totalentreprise.

En totalentreprise er, i modsætning til en hovedentreprise, kendetegnet ved, at entreprenøren har en større frihed i forhold til, hvor detaljeret projektet skal beskrives, og entreprenøren er ikke underlagt samme styring fra bygherren via tilsyn og byggeledelse. For det konkrete udbud, der udføres i hovedentreprise, skal entreprenøren således nøje følge bygherrens projektmateriale og tåle et tilsyn og byggeledelse fra den tekniske rådgiver. Den udbudte opgave adskiller sig derfor væsentligt fra en opgave gennemført i totalentreprise.

I entrepriseretten ses også en klar opdeling imellem hovedentrepriser og totalentrepriser, herunder ved at udarbejde forskellige ”Almindelige betingelser” afhængig af om entreprisen udgør en hovedentreprise (AB 18) eller totalentreprise (ABT 18).

Næstved Fjernvarme har fastsat mindstekrav om, at referencerne skulle være udført i hovedentreprise, og kan af denne grund ikke anvende referencer på andre entrepriseformer, herunder totalentrepriser, som grundlag for opfyldelse af minimumskravet til teknisk og faglig kapacitet.

Særligt vedrørende påstand 3 har Næstved Fjernvarme gjort gældende, at Wicotec Kirkebjerg A/S opfylder mindstekravene til teknisk og faglig kapacitet, idet mindst 2 referencer skal opfylde kravene.

Hvad angår reference nr. 1, 4 og 5 har Næstved Fjernvarme nærmere anført, at det følger af fast klagenævnspraksis, at en ordregiver ikke har undersøgelsespligt og således som det klare udgangspunkt kan lægge ansøgerens oplysninger til grund ved vurderingen. For disse referencer er som ”Entrepriseform” anført ”Rammeaftale”. ”Rammeaftale” er ikke en entrepriseform, og Næstved Fjernvarme har derfor lagt til grund, at ansøgerens referencer opfylder minimumskravene, herunder er udført i hovedentreprise. Vurderingen finder ligeledes støtte i referencerne.

For de konkrete rammeaftaler gælder, at der er tale om selvstændige projekter, hvor forsyningsselskaberne inden for deres respektive aktivitetsområder løbende konverterer og evt. udbygger fjernvarmenettet. Det endelige omfang af tilsluttede borgere, via stikledninger, sker løbende på baggrund af borgerens tilslutningstilsagn og er ikke endeligt fastlagt på tidspunktet for indgåelse af aftale om udførelse. Der er således ikke tale om en ”sum af flere projekter”, men derimod om en for branchen almindelig aftaleform, ikke at forveksle

med entrepriseform, for at understøtte nødvendigheden af fleksibilitet. Referencen anses således som én samlet reference for de anførte arbejder i det relevante tidsrum.

Ordregiver er dog enig i, at reference nr. 4 – I/S Vestforbrænding – angår udefinerede ydelser, bl.a. i en periode der ligger mere end 5 år tilbage. Denne reference er således ikke vurderet sammenlignelig, hvilket også fremgår af vurderingen, hvor det fremgår, at alene ”4 ud af 5 referencer er sammenlignelige”.

Wicotec Kirkebjerg A/S har således anført mindst 2 referencer, der opfylder minimumskravene.

Mindstekravet om angivelse af mindst 2 opgaver udført i hovedentreprise er også opfyldt, allerede fordi udførelse i totalentreprise opfylder kravene til hovedentreprise.

I praksis er grænserne mellem hoved- og totalentreprise væsentligt udvaskede, og det er bl.a. blevet sædvanligt med et væsentligt element af entreprenørprojektering, især inden for tekniske byggerier og anlæg. I det omhandlede udbud fremgår dette af den Særlige Arbejdsbeskrivelse pkt. 1.1. og pkt. 1.2

Karakteristisk for en hovedentrepriseaftale er, at entreprenøren har antaget underentreprenører og varetager styringen heraf. Omfanget af projektering følger af parternes konkrete aftale. Referencer anført som udført i totalentreprise opfylder derfor mindstekravet.

Den formelle forskel mellem hoved- og totalentreprise er, hvem der er ansvarlig for projekteringen (AB 18 § 2, stk. 1, og afledt heraf, AB 18 § 19). Dette er i praksis yderst modificeret, og det er i alle tilfælde alene udtryk for overopfyldelse, at opgaven er udført i totalentreprise dvs. entreprenøren påtager sig flere – og ikke færre – forpligtelser over for bygherren.

Det er mindre relevant med en samlet redegørelse for hoved- og totalentreprisens særegne karakteristika, men der er tale om flydende begreber, der efter fast praksis fra domstolene og Voldgiftsnævnet for Byggeri og Anlæg fastlægges på baggrund af de faktisk aftalte ydelser.

Næstved Fjernvarme har anført, at ”rammeaftale” uomtvisteligt ikke er en entrepriseform. Anvendelsen af rammeaftaler er imidlertid meget bredt anvendt af forsyningsselskaber, når der skal anlægges nye forsyningsledninger, herunder som i den konkrete sag ved gaskonverteringer. Dette forhold kan grundlæggende henføres til, at antallet af tilsluttede borgere, og dermed behovet for stikledninger, ikke kan fastlægges endeligt på tidspunktet for udbuddet. Som det er tilfældet for Område 4, som denne sag vedrører, er der således defineret et klart geografisk område, entreprenørens ydelser er klart og entydigt definerede, men det endelige omfang – indenfor det geografiske område – kan først fastlægges på et senere tidspunkt.

Rammeaftaler er således ikke nødvendigvis udtryk for en udefineret ”ramme”, som forsyningsselskabet kan trække på, men er derimod en branchestandard.

Næstved Fjernvarme har på denne baggrund fortsat gjort gældende at have vurderet ansøgningen fra Wicotec Kirkebjerg A/S alene på baggrund af de oplysninger, der fremgår af ansøgningen. Heraf kan det helt tydeligt udledes, at der er udført arbejde i hovedentreprise.

Wicotec Kirkebjerg A/S har ved e-mail af 27. oktober 2021 bekræftet, at ”de anførte referencer 1, 4 og 5 er udført som hovedentrepriser, hvilket også underbygges af afsnittet ”Tekniske løsninger”, hvoraf det fremgår, at arbejdet har omfattet alle ydelser, herunder fag, styring og koordinering overfor bygherre, hvilket kendetegner hovedentreprisen.”

Næstved Fjernvarme har anført, at reference nr. 1 omhandler et udbud om renovering og vedligeholdelse af ledningsnettet for Albertslund Varmeværk, der til forveksling ligner dette udbud. Reference 1 udgør således i alle tilfælde en entydig og klar reference, der viser ansøgers erfaringer med udførelse i hovedentreprise.

Det samme gælder reference nr. 5, hvor der er tale om udførelse af 2.000 stikledninger, dvs. tilslutning af 2.000 borgere, hvilket i praksis udføres over en længere periode. Ansøgeren har derfor også angivet den årlige forventede kadence, hvilket Næstved Fjernvarme ved vurderingen ikke har grundlag for at betvivle faktisk er udført.

Reference 5 udgør således én reference, der viser ansøgers erfaringer med udførelse i hovedentreprise.

Totalentreprise må som nævnt betragtes som en overopfyldelse af kravet om hovedentreprise, og Wicotec Kirkebjerg A/S' reference nr. 2 og 3 opfylder derfor minimumskravet.

Særligt vedrørende påstand 4 har Holbøll gjort gældende, at det entydigt fremgår af bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester § 11, at Næstved Fjernvarme var forpligtet til at acceptere anvendelsen af ESPD til afgivelse af referencer. På trods af dette angiver Næstved Fjernvarme direkte i udbudsbetingelserne, at referencer ikke kan afgives via ESPD.

ESPD skal både begrænse transaktionsomkostninger ved udbud, men også sikre en fælles struktur i beskrivelserne af ansøgernes økonomiske og tekniske kapacitet. I dette udbud har der netop været en stor variation i den måde, ansøgerne har beskrevet referencerne på, herunder indholdet i beskrivelserne, og den manglende fælles struktur kan have påvirket resultatet af prækvalifikationen.

Næstved Fjernvarme har ikke kunnet vurdere, om kravet har afholdt ansøgere eller potentielle ansøgere fra at anvende ESPD'et til angivelse af referencer, herunder at manglende spørgsmål til dette krav skulle indikere dette.

De klare krav i udbudsbetingelser giver således ikke anledning til, at en potentiel ansøger skulle stille spørgsmål til forståelsen, men selv måtte vurdere om de ville ofre ressourcer på at opfylde Næstved Fjernvarmes krav eller afstå for at anmode om prækvalifikation.

Særligt vedrørende påstand 4 har Næstved Fjernvarme gjort gældende, at bemærkningerne i udbudsbetingelserne ikke skal forstås derhen eller har haft den konsekvens, at Holbøll – eller andre – har været afskåret fra at anvende ESPD til angivelse af referencer.

Dette fremgår da også af udbudsbetingelserne pkt. 4.5. om ESPD'et som bevis for, at ansøgerne ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde.

Hverken Holbøll – eller andre – har under prækvalifikationsfasen stillet spørgsmål om, hvorvidt referencer skal afleveres, herunder om referencerne kan anføres i ESPD’et. Såfremt der havde været stillet spørgsmålet herom, havde dette været besvaret bekræftende, jf. udbudsbetingelserne, pkt. 4.5 ovenfor.

Det bestrides således, at ansøgere har været afskåret fra at anvende ESPD’et til angivelse af referencer.

Særligt ad påstand 5 og 6 har Hollbøll gjort gældende, at overtrædelserne fører til, at påstandene om annulation skal tages til følge.

Særligt ad påstand 5 og 6 har Næstved Fjernvarme gjort gældende, at udbudsprocessen ikke lider af retlige mangler. Påstandene skal derfor ikke tages til følge.

Ad uopsættelighed

Holbøll har gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed også er opfyldt, da Holbøll med urette ikke er blevet prækvalificeret og dermed ikke afgiver tilbud på kontrakten. Hollbøll er derfor ikke tilstrækkelig beskyttet af de almindelige erstatningsregler.

Næstved Fjernvarme har gjort gældende, at det påhviler Holbøll at godtgøre, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Dette er ikke sket, endsige forsøgt. Den grundlæggende betingelse for uopsættelighed er således ikke opfyldt.

Ad interesseafvejning

Holbøll har gjort gældende, at de to første betingelser er opfyldt, hvorefter betingelsen om, at interesseafvejningen skal falde ud til klagerens fordel, skal fortolkes snævert.

Den udbudte kontrakt er af stor betydning for Holbøll, der aktuelt udfører et tidligere udbud af ”område 5”. Kontrakten angår etablering af fjernvarme i en del (område 4) af Næstved Fjernvarmes forsyningsområde til en større igangværende gaskonvertering og har ikke en større samfundsmæssig betydning og skal ikke løse et akut problem.

Næstved Fjernvarme har gjort gældende, at det påhviler Holbøll at godtgøre, at virksomhedens interesse i at opnå opsættende virkning overstiger Næstved Fjernvarmes interesse i, at udbudsforretningen kan afsluttet som planlagt.

Etablering og udvidelse af fjernvarme har til formål på baggrund af stordriftsfordele og effektiv udnyttelse af energikilderne at give borgere en relativ billig og miljørigtig opvarmningsform.

Gennemførelse af udbudsforretningen og udvidelse af fjernvarmenetværket understøtter således væsentlige samfundsmæssige interesser.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet:

Ad påstand 1:

Næstved Fjernvarme har i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.9 anført, at man forventede at prækvalificere fem ansøgere, og at "Udvælgelsen vil ske på baggrund af en vurdering af de fremsendte referencer set i forhold til den udbudte opgave" ud fra en samlet vurdering af ansøgernes egnethed til at løfte opgaven og med vægt lagt på erfaring med udførelse af sammenlignelige entrepriser.

Mindstekravet til ansøgernes tekniske og faglige kapacitet er i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.3 beskrevet således, at ansøgerne som minimum har udført og afsluttet to sammenlignelige projekter i løbet af de seneste fem år. Det er desuden beskrevet, at der ved "sammenlignelige projekter" forstås projekter, der opfylder alle følgende kriterier:

"Projekterne skal være udført i hovedentreprise for fjernvarmeopgaver med etablering af fjernvarmeanlæg i bymæssig bebyggelse i allerede bebyggede områder og med indhold af såvel hovedledninger som stikledninger. Den samlede entreprisensum for hver reference skal minimum udgøre 4.000.000,- kr. excl. moms."

De seks indkomne ansøgninger blev alle vurderet konditionsmæssige, og Næstved Fjernvarme foretog herefter en udvælgelse af de fem ansøgere, som efter fjernvarmeværkets skøn efter en samlet vurdering og med vægt lagt på erfaring med udførelse af sammenlignelige entrepriser skulle prækvalificeres til at afgive tilbud på opgaven. At denne udvælgelse, som det er sædvanligt, skete på baggrund på de indsendte referencer, som samtidig indgik i mindstekravet til den tekniske og faglige kapacitet, udgør ikke en systematisk fejl som påstået af Holbøll.

Der er derfor ikke på det foreløbige grundlag udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Ad påstand 2

Med henvisning til det, der er anført nedenfor ad påstand 3, finder klagenævnet ikke anledning til at knytte bemærkninger til påstand 2.

Ad påstand 3

Det er i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.3) og i udbudsbetingelsernes pkt. 4.4 fastsat som klart mindstekrav til ansøgernes tekniske og faglige formåen, at referencer skulle vedrøre opgaver udført i hovedentreprise.

Ingen af de fem referencer, som Wicotec Kirkebjerg A/S havde opgivet, indeholdt oplysning om, at opgaven var udført i hovedentreprise. Derimod er to referencer angivet som ”totalentreprise” og tre referencer som ”rammeaftaler”, og Holbøll har i den forbindelse navnlig gjort gældende, at hverken opgaver udført som ”totalentreprise” eller opgaver udført under angivelse af, at der er tale om ”rammeaftaler”, opfylder mindstekravet om, at referenceopgaverne skal være udført i ”hovedentreprise”.

Det er ubestridt, at ”rammeaftaler” ikke er en entrepriseform. Efter Næstved Fjernvarmes redegørelse henviser termen ”rammeaftaler” i den konkrete situation da også alene til den form for løbende aftale, som er sædvanlig i branchen, og som nødvendiggøres af succesive tilmeldinger til ledningsnettet, og ikke til rammeaftaler med andre former for løbende træk, hvor en række mindre opgaver sammenlagt giver referencen et tilstrækkeligt omfang. Det fremgår således ikke entydigt af Wicotec Kirkebjerg A/S’ ansøgning, at der er tale om ”hovedentreprise”.

Det er ligeledes ubestridt, at ”totalentreprise” og ”hovedentreprise” er forskellige begreber. Det er imidlertid på det foreliggende grundlag uklart, hvilken betydning sondringen måtte have i det konkrete tilfælde.

Ansøgeren bærer risikoen for uklarheder i ansøgningen, og Wicotec Kirkebjerg A/S’ mail af 27. oktober 2021 ændrer ikke herpå, jf. herved også EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Manova, præmis 40.

På det foreliggende foreløbige grundlag finder klagenævnet på denne baggrund, at der er udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge ved en endelig afgørelse.

Ad påstand 4

I udbudsbetingelserne er det – umisforståeligt – anført, dels ”BEMÆRK at referencer skal IKKE udfyldes i ESPD, men alene vedlægges som bilag.”, dels ”Ansøger skal IKKE skrive oplysningerne om teknisk og faglig formåen ind, i ESPD’et, men vedlægge dem som bilag til ansøgning.” Det er således fastsat, at ESPD’ets del IV.C ikke skal anvendes ved angivelsen af ansøgerens referencer.

På den baggrund er det vanskeligt at forstå Næstved Fjernvarmes anbringender, hvorefter bemærkningerne i udbudsbetingelserne ”ikke skal forstås derhen eller har haft den konsekvens, at Holbøll - eller andre - har været afskåret fra at anvende ESPD til angivelse af referencer”. At ingen ansøgere har stillet spørgsmål om forholdet, og at spørgsmål – hypotetisk – ville være blevet besvaret med, at ESPD’et kunne anvendes, ændrer ikke herpå.

Af bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015, som implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivet, er det i § 11 bl.a. anført:

”...Udbudslovens § 148 finder anvendelse, således at ordregivende enheder skal anvende det fælles europæiske udbudsdokument som foreløbigt bevis for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder kravene til egnethed og i forbindelse med udvælgelse, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 78. Endvidere finder udbudslovens §§ 150, 151 og 152, stk. 3, anvendelse.”

På det foreliggende foreløbige grundlag er der derfor udsigt til, at påstanden tages til følge.

Ad påstand 5 og 6

Efter det, der er anført ad påstand 3, er der på det foreløbige, foreliggende grundlag udsigt til, at påstand 6 om annullation af beslutningen af 23. september 2021 om prækvalifikation af fem ansøgere vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 er derfor opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at Holbøll, der forgæves har ansøgt om prækvalifikation, ikke er beskyttet af de

almindelige erstatningsregler mod det tab, som virksomheden måtte lide, såfremt en endelig afgørelse indebærer medhold i påstanden om annullation.

Betingelsen nr. 2 er derfor ligeledes opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 3 (*interesseafvejning*) bemærker klagenævnet, at interesseafvejningen i en situation som den foreliggende falder ud til fordel for Holbøll.

Betingelse nr. 3. er derfor opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning opfyldt.

Klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Afgørelsen om opsættende virkning betyder, at udbudsproceduren standses.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent