

K E N D E L S E

Justsen Energiteknik A/S
(advokat Søren Abildgaard Pedersen, Aarhus)

mod

SK Varme A/S
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 140-288359 af 21. juli 2017, offentliggjort den 25. juli 2017, udbød indklagede, SK Varme A/S (herefter SK Varme), som et udbud med forhandling efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en kontrakt vedrørende el- og maskinleverancen til et halmfyret varmeværk, der skulle levere fjernvarme til Halskov og Korsør. Tildelingskriteriet var ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”.

Antallet af ansøgere, der ville blive opfordret til at afgive tilbud, var begrænset til 3, men der fremkom kun ansøgninger fra klageren, Justsen Energiteknik A/S (herefter Justsen Energiteknik), og – den 21. august 2017 – fra Euro Therm A/S (herefter Euro Therm). Begge tilbud var rettidige.

Det fremgik af udbudsbetingelserne, at SK Varme havde forbeholdt sig ret til at tildele kontrakten på baggrund af de indledende tilbud, og den 30. august 2017 underrettede SK Varme tilbudsgiverne om, at selskabet i overensstemmelse med et tildelingsnotat af samme dato agtede at tildele kontrakten til Euro Therm.

Standstill-perioden udløb den 11. september 2017. Samme dato indgav Justsen Energiteknik klage til Klagenævnet for Udbud over SK Varme og anmodede samtidig om, at klagenævnet tillagde klagen opsættende virk-

ning. Den 11. oktober 2017 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om ”fumus boni juris” ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Justsen Energiteknik har nedlagt følgende endelige påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SK Varme har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, herunder jf. forsyningsvirksomhedsdirektivet og udbudslovens § 2, ved at prækvalificere og senere tildele kontrakten til Euro Therm, idet prækvalifikationen og senere beslutningen om tildeling af kontrakten er behæftet med fejl / var åbenbart forkert i forbindelse med prækvalifikationen og/eller den efterfølgende vurdering af Euro Therms tilbud og tilbuddet fra Justsen Energiteknik, og der er ikke foretaget en fuldt ud saglig vurdering af de to tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere SK Varmes beslutning af 30. august 2017 om at tilbyde den udbudte kontrakt til Euro Therm i henhold til udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 140-288359.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 1 og 2)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SK Varme – i det omfang, at Klagenævnet for Udbud ikke giver Justsen Energiteknik medhold i påstand 1 – bør tilbagekalde tilbudsbeslutningen og genoptage tilbudsevalueringen.”

Justsen Energiteknik har taget forbehold om senere at nedlægge en erstatningspåstand.

SK Varme har påstået, at klagen ikke tages til følge.

Justsen Energiteknik støtter sin klage på følgende forhold:

- at Euro Term med urette er blevet prækvalificeret, idet selskabet ikke opfyldte et krav om at have udført mindst 3 halmfyringsanlæg inden for de sidste fem år regnet fra tidspunktet for ansøgningen om prækvalifikation
- at Euro Therm har taget forbehold med hensyn til den maksimale bodsstørrelse og for tidspunktet for udløsning af boden ved forsinket aflevering
- at der er sket en direkte tildeling i strid med de objektive tildelingskriterier

- at SK Varme har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet på en usaglig måde ved evalueringen af Justsen Energiteknik's tilbud, herunder vedrørende evalueringen i relation til underkriterierne
 - b) Driftsomkostninger,
 - c) Layout og indpasning i bygningen vedrørende delkriterierne
 - (1) Maskinanlæggets indretning og indpasning i bygningen og
 - (4) Adgang til vedligeholdelse og rengøring, og
 - d) Teknisk kvalitet vedrørende delkriterierne
 - (3) Den termodynamiske eftervisning og temperaturfordeling i fyrrummet og i forhold til området, der er forberedt til denox,
 - (4) Individuel regulering af forbrændingsluften gennem forbrændingsristen,
 - (5) teknisk løsning for håndteringen fra balle til løs halm og
 - (6) Løsning for at der er kontinuerlig indfødnig af brændsel.

Sagens nærmere omstændigheder

Kontrakten om el- og maskinleverancen til det halmfyrede varmeværk blev udbudt første gang ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 056-104290 af 21. marts 2017 som et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Weiss A/S, Euro Therm og Justsen Energiteknik afgav tilbud på kontrakten. Den 20. juni 2017 meddelte SK Varme tilbudsgiverne, at SK Varme agtede at indgå kontrakt med Justsen Energiteknik. Weiss A/S indgav den 3. juli 2017 klage til Klagenævnet for Udbud, som ved kendelse af 14. juli 2017 annullerede tildelingsbeslutningen. Den 21. juli 2017 underrettede SK Varme tilbudsgiverne om, at selskabet under henvisning til klagenævnets kendelse, og fordi der var konstateret andre fejl, havde annulleret udbuddet.

Ved det fornyede udbud, der er genstand for denne klage, var fristen for ansøgning om prækvalifikation 8. august 2017 og fristen for afgivelse af tilbud 28. august 2017. Der fremkom ikke tilbud fra Weiss A/S, der i mellemtiden var blevet taget under konkursbehandling.

Af udbudsbetingelserne fremgår blandt andet:

”1 Orientering

SK Varme A/S ... har opnået projektkendelse til etablering af et biomassefyret varmeværk på området Tårnborg Hgd, Korsør Jorde.

SK Varme A/S ønsker at bygge et halmfyret kedelanlæg ... Halmanlægget etableres i nye bygninger. ... Nærværende udbud omfatter halmkedelanlæggets samlede maskin- og el-anlæg i totalleverance. ... Varmeakkumuleringstank og bygninger udbydes i selvstændige entrepriser. ...

1.3. Udbudsmaterialets opbygning

Udbudsbetingelser ...

Leveringsbeskrivelse. Leveringsbeskrivelsen indeholder en beskrivelse af bygherrens krav til entreprisens omfang, funktion og udførelse.

Byggepladsbetingelser. ...

2. Udbud

Kontrakten er udbudt efter udbudsformen "udbud med forhandling" i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet [Direktiv 2014/25/EU]. Udbuddet gennemføres således, at bygherre forbeholder sig ret til at tildele kontrakten på baggrund af de indledende tilbud. Det er således ikke givet, at der vil blive afholdt forhandlingsmøder.

2.1 Udbudsmaterialet

Det samlede udbudsmateriale består af følgende dokumenter:

- Nærværende udbudsbetingelser
- ESPD i XML-format
- Tilbudsliste
- Kontraktsudkast
- ABT 93 med bygherrens fravigelser og tilføjelser
- Leveringsbeskrivelse
- ...

3 Prækvalifikation

3.1. Ansøgningsfrist

Ansøgningsfristen er den 8. august 2017 kl. 10.00.

...

3.2. Underretning om prækvalifikation og indhentelse af dokumentation

...

Såfremt der modtages ansøgninger fra flere end tre egnede ansøgere, udvælger Bygherre tre virksomheder i overensstemmelse med afsnit 3.3.4.

...

3.3. Udelukkelse, krav til egnethed og udvælgelse (ESPD)

...

3.3.3. Krav til egnethed

...

C. Teknisk og faglig formåen

Ansøgerne skal opfylde følgende mindstekrav:

- (1) Ansøger skal have udført mindst tre halmfyringsanlæg inden for de seneste fem år (regnet fra tidspunkt for afgivelse af prækvalifikationsansøgning). Anlæggene skal ligge indenfor 4-20 MW.

...

3.3.4 Udvælgelse blandt flere egnede

...

Hvis der indkommer flere egnede ansøgere end de ønskede 3, jf. ovenfor, vil ordregiver ved udvælgelse af de 3 ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud, ud fra et sagligt skøn, lægge vægt på de økonomiske og tekniske oplysninger, som beskrevet i udbudsmaterialet ved en vurdering af

- De bedste og mest relevante tilsvarende referencer vurderet på grundlag af de i EDPD-dokumentet angivne referencer med særlig vægt på referencer vedr. komplette halmfyringsanlæg i størrelsen 4-20 MW.

...

4.6 Tildelingskriterium

Tildelingskriteriet er "bedste forhold mellem pris og kvalitet" med følgende underkriterier.

• Pris	40 %
• Driftsomkostninger	10 %
• Layout og indpasning i bygning	15 %
• Teknisk kvalitet	35 %

Ad "Pris"

Prisen er den samlede tilbudssum ekskl. noms, der fremgår af tilbudslisten side 1...
 Evalueringsmetode

...

Ad "Driftsomkostninger"

Ved vurderingen lægges vægt på de årlige omkostninger til brændsel og el.

Vurderingen vil ske på en beregning af nu-værdi opgjort over 20 år, udregnet som 3.000 fuldlasttimer pr år og en kalkulationsrente på 4 %, med en brændselspris på 170 kr/MWh af nedre brandværdi og en elpris på 1,05 kr/kWh.

Evalueringsmetode:

Der tildeles points på en skala fra 0-100.

Den tilbudsgiver, der har den laveste kapitaliserede nuværdi, tildeles 100 point.

En fiktiv sum (kapitaliserede nuværdi) på 10 % mere end laveste kapitaliserede nuværdi tildeles 0 point. Øvrige tilbudspriser tildeles points ud fra en lineær interpolation mellem ovennævnte yderpunkter (pointmodel). Tilbud, der overstiger laveste kapitaliserede nuværdi + 10 % vil blive tildelt pointtallet 0.

Det tildelte point x med vægtingen af underkriteriet "Driftsomkostninger".

Ad "Layout og indpasning i bygning"

Ved vurderingen af underkriteriet lægges vægt på:

- (1) Maskinanlæggets indretning og indpasning i bygningen.
- (2) Effektiv udnyttelse af plads og optimal placering af udstyr.

- (3) Sikker betjening og arbejdsmiljø.
 (4) Adgang til vedligeholdelse og rengøring

Evalueringemetode:

Til bedømmelse af tilbuddene i forhold til underkriteriet "Layout og indpasning i bygning" anvendes nedenstående pointskala. Nedenstående point afspejler alene pejlemærker på denne skala. Der kan således tildeles et hvilket som helst point mellem 0 og 100.

POINT	PROSA
100	Særdeles tilfredsstillende løsning, der opfylder alle bygherrens ønsker.
70	God løsning, der opfylder en stor del af bygherrens ønsker.
50	Middel løsning, der opfylder flere af bygherrens ønsker.
30	Under middel løsning, der kun opfylder enkelte af bygherrens ønsker.
0	Løsning, der kun netop opfylder mindstekrav og er uden yderligere merværdi.

Henvisningen i pointskalaen til "bygherrens ønsker" skal forstås som en henvisning til beskrevne delkriterier. Det tildelte point x med vægtingen af underkriteriet "Layout og indpasning i bygning".

Ad "Teknisk kvalitet"

Ved vurderingen af underkriteriet lægges vægt på:

1. ...
2. ...
3. Den termodynamiske eftervisning for temperaturfordelingen i fyrrummet og i forhold til området der er forberedt til denox.
4. Individuel regulering af forbrændingsluften gennem forbrændingsristen, sekundærdyser og tertiærdyser.
5. Teknisk løsning for håndteringen fra balle til løs halm.
6. Løsning for at der er kontinuerlig indfødning af brændslet.

Evalueringemetode:

Til bedømmelse af tilbuddene i forhold til underkriteriet "Teknisk kvalitet" anvendes nedenstående pointskala. Nedenstående point afspejler alene pejlemærker på denne skala. Der kan således tildeles et hvilket som helst point mellem 0 og 100.

POINT	PROSA
100	Særdeles tilfredsstillende løsning, der opfylder alle bygherrens ønsker.
70	God løsning, der opfylder en stor del af bygherrens ønsker.
50	Middel løsning, der opfylder flere af bygherrens ønsker.
30	Under middel løsning, der kun opfylder enkelte af bygherrens

	ønsker.
0	Løsning, der kun netop opfylder mindstekrav og er uden yderligere merværdi.

Henvisningen i pointskalaen til ”Bygherrens ønsker” skal forstås som en henvisning til beskrevne delkriterier.

...

6. Tidsplan og sanktioner

...

6.2 Sanktioner

Ved for sen levering pålignes entreprenøren følgende dagbod:

Indsætning af hovedkomponenter: 0,5 % af entreprisesummen pr. påbegyndt uge

Idriftsætning af kedellinje: 1,0 % af entreprisesummen pr. påbegyndt uge

Aflevering: 1,0 % af entreprisesummen pr. påbegyndt uge

Hovedkomponenter omfatter: opriver, brændselsindføring, rist, kedel og posefilter.

Dagbod kan modregnes i de løbende betalinger. Den samlede sum af dagbøder kan ikke overstige 15 % af entreprisesummen.

...”

I udbudsdokumentet ”Leveringsbeskrivelse” er der i punkt 5 opstillet ”generelle funktionskrav til anlægget”.

I den ”Leverancekontrakt”, der indgår i udbudsmaterialet, står der blandt andet:

”6.2 Garantidata

Garantidata fremgår af leverandørens tilbud, dog med følgende præcisering:

Garanti for el-forbrug omfatter alle komponenter tilhørende halmanlægget excl. elforbrug komponenter placeret i pumperummet.”

Af det ESPD, som tilbudsgiverne skulle udfylde i forbindelse med prækvalifikationen, fremgår blandt andet:

”I referenceperioden har den økonomiske aktør udført følgende arbejder af den anførte type. Ordregivende myndigheder kan kræve op til fem år erfaring og tillade, at der tages hensyn til erfaring, som ikke er indhøstet inden for de seneste fem år.”

Euro Therms tilbud af 21. august 2017 var vedlagt det krævede ESPD og omfattede blandt andet tilbudslisten i udfyldt stand, tilbudsbrev, tegninger og tekniske beskrivelser.

I ESPD-dokumentet er angivet tre referencer. Om den ældste hedder det:

”Beskrivelse

Komplet 7,5 MW halmkedelanlæg inkl. Bygningsentreprise

...

Startdato

13-01-2010

Slutdato

04-05-2011

Modtagere

Høng Varmeværk

...”

I tilbudslisten er skemaet med garantidata udfyldt således:

”Leverandøren indestår for at anlægget lever op til følgende garantidata:

Garantidata	Hvede og byghalm
Forbrændingsdata	
Garanteret kedelydelse pr. time	12,65 MW
Garanteret kontinuerligt varmeproduktion pr. døgn	276 MW
Garanteret minimumslast	3,4 MW
Brændselsforbrug pr. time	3617
Røggastemperatur efter kedel	130°C
Røggastemperatur ved indløb i skorsten	120-130°C
Procent uforbrændt organisk materiale i tør aske.	<3%
Total virkningsgrad	91,1
O ₂ -indhold i tør rørgas	7%
Miljøvilkår	
CO- indhold i tør rørgas ved en O ₂ på 10 %	500
NO _x -indhold i tør rørgas ved en O ₂ på 10 %	300
Støv-indhold i tør rørgas ved en O ₂ på 10 %	14
Tør røggasmængde Nm ³ /h	18.025 Nm ³ /h
Våd røggasmængde Nm ³ /h	20.689 Nm ³ /h

Fjernvarmedata	
Kedeltemperatur	104°C
Fremløbstemperatur	96 / 85°C
Elforbrug	
Anlæggets samlede elforbrug pr. MWh	12 kW/MW ex kran
Systemvirkningsgrad, transmissionspumper	70,3 / 76,1 %

...

I Euro Therms tilbudsbrev er anført blandt andet:

”Bodsbetingelser

Bodsbetingelser i henhold til udbudsmaterialet accepteres.

...

Dog ønskes tidspunktet for udløsningen af boden for forsinket aflevering, samt den maksimale bodsstørrelse drøftet ved evt. kontraktforhandling.”

Af bilaget ”Teknisk beskrivelse Pos. 1.0-1.23.1” til Euro Therms tilbudsliste fremgår:

”Pos. 1.0 ADGANGSFORHOLD

Vi har i vores maskinlayout haft fokus på at sikre de bedst mulige adgangsforhold inden for de angivne bygningsrammer.

Det betyder bl.a. at vi har fraveget kravet om at placere røggassugeren i det separate blæserrum, idet det ville give meget dårlig afgang for service i det tæt pakkede blæserrum. I stedet er den placeret i eget bullerhus direkte mellem posefiltrene og skorstenen, hvilket endvidere giver en bedre kanalføring.

Endvidere betyder det, at asketransporten er ført i gruber under gulvniveau, så gangarealet i kedelrummet ikke hindres af asketransporten. Selve gruberne er udformet så der er plads til at gå ved siden af asketransportøren og sneglene. Primær adgang til gruberne vil være en trappe i askelageret langs væggen ind mod kedelhallen. Der vil endvidere være nedgang i den modsatte ende i kedelhallen. Gruben for trugsneglen under askefaldet er forlænget, så der er let adgang til at [servicere] og evt. udskifte denne snegl. Gruber og trappe forudsættes udført under bygningsentreprisen.

...

Pos. 1.2 HALMBORDE, SNORAFTAGER, OPRIVER OG HALMINDFØDER

...

ProcessBio Stratek halmfødeanlæg for op til 15 MW kedel

Specifikationer:

Balletype: Hestonballer
 Halmsorter: Hvede, byg, havre, rug og raps
 Fugtighed: Optil 25%
 Oprivningslængde: Halmen er løs uden klumper, men ikke neddelt.
 Kapacitet: Max. 6 t/h

...

Pos. 1.5 KEDELSYSTEM; TRAPPERIST OG KEDEL

...

Pos. 1.9 RØGGASKANALER, RØGGASSUGER OG SKORSTEN

...

Data røgsuger:

Effekt forbrug (130°C): 81 kW
 ”
 ...”

Hans Bossen, Processbio A/S skrev i brev af 11. december 2017 således til Allan S. Pedersen, Euro Therm:

” ...

Vedr.: Frøgræshalm og projekt Halsskov

Det er ikke nævnt specifikt i vort oprindelige tilbud, men vi kan hermed bekræfte at halmfødelinjen også kan håndtere frøgræshalm iht. udbudsmaterialet.

...”

Justsen Energitekniks tilbud bestod af tilbudsliste og bilagene tilbud, tegning, datablade og motorliste. Af tilbudslisten fremgår blandt andet:

”Leverandøren indestår for at anlægget lever op til følgende garantidata:

Garantidata	Hvede og byghalm
Forbrændingsdata	
Garanteret kedelydelse pr. time	12.650
Garanteret kontinuerligt varmeproduktion pr. døgn	303,6 MWh/døgn
Garanteret kontinuerlig minimumslast	30%
Brændselsforbrug pr. time <u>ved 100% last</u>	3.346 kg/h
Røggastemperatur efter kedel	120 grC
Røggastemperatur ved indløb i skorsten	120 grC

Procent uforbrændt organisk materiale i tør aske.	Max. 10%
Total virkningsgrad	91,3%
O ₂ – indhold i tør røggas	6,5%
Miljøvilkår	
CO- indhold i tør røggas ved en O ₂ på 10 %	250 mg/Nm ³
NO _x -indhold i tør røggas ved en O ₂ på 10 %	300 mg/Nm ³
Støv-indhold i tør røggas ved en O ₂ på 10 %	20 mg/Nm ³
Tør røggasmængde Nm ³ /h	22.693 kg/h
Våd røggasmængde Nm ³ /h	24.805 kg/h
Fjernvarmedata	
Kedeltemperatur (design)	110 grC
Fremløbstemperatur	97 grC
Elforbrug	
Anlæggets samlede elforbrug pr. MWh	12,7 kWh <u>inkl. pumper</u>
Systemvirkningsgrad, transmissionspumper	76,5% iht. Datablad

...”

Af bilaget ”Tilbud” til tilbudslisten fremgår blandt andet:

- ”Brændselsdata: Halm (biobrændsel).
- halmsorter: hvede, vårbyg, vinterbyg, rug, havre, rapshalm og frøgræs
 - brændværdi aske- og vandfri: 5,06 kWh/kg = 18,2 MJ/kg
 - nedre brændværdi (Hu): 3,12-4,23 kWh/kg = 11,22-15,23 MJ/kg
 - forventet Hu: 3,77 kWh/kg = 13,57 MJ/kg (18% vand, 5% aske)
 - vandindhold*: 10-25% baseret på totalvægt
 - askeindhold: 5-10% baseret på tørvægt
 - forventet svovlindhold (S): 0,10-0,15% baseret på tørvægt**
 - forventet kvælstofindhold (N): 0,50-1.00% baseret på tørvægt
 - balledimension: Heston alternativt minibig baller

...
*) Max. 25% vand baseret på totalvægt gælder ved en homogen ballefugtighed.

**) Svarende til erfaringstal iht. Videnblad nr. 83 og gælder for overholdelse af emissionsdata nedenfor.

Tilsatsfyring: Anlægget er designet for 30% (vægtbaseret) tilsatsfyring med træflis.

...

OMBYGNING AF ANLÆG TIL DRIFT MED 100% SKOVFLIS

...

Nedenstående data udgør vort indledende oplæg til reviderede garantidata baseret på at eksisterende ventilatorer bibeholdes. Det er dermed ikke ristebelastningstal som sætter begrænsningen. Vekslerne (vand/luft) placeres ved rist.

...

Brændselsdata: Våd skovflis (biobrændsel) i henhold til udbudsmateriale.

...

Leveringsomfang og tekniske specifikationer:

...

Option 1: **1 stk. Urea-baseret SNCR de-NO_x**
Ved tilvalg af denne option overholder anlægget ligeledes det kommende EU direktiv som skitseret i Fjernvarmen nr. 2 Februar 2015 for så vidt angår nye anlæg:

Ekskl. kontinuerligt måleudstyr for NO_x.

Inkl.: ...

Optionspris ekskl. moms_DK 780.000,-

...”

I bilaget ”Motorliste” er nævnt en røggasventilator med et kW forbrug på 60,30 kW.

Det fremgår af tildelingsnotatet af 30. august 2017, at ingen af tilbudsgiverne havde taget forbehold. Ved evalueringen af underkriteriet ”Pris” var begge tilbudsgivere tildelt 20 vægtede point, idet de to tilbudsgivere havde tilbudt næsten samme pris (26.695.000 kr. og 26.705.000 kr.). Om vurderingen i relation til underkriteriet ”Driftsomkostninger” og de øvrige underkriterier hedder det:

” ...

Ved vurderingen er der lagt vægt på de årlige omkostninger til brændsel og el.

Vurderingen er sket på en beregning af nu-værdi opgjort over 20 år, udregnet som 3.000 fuldlasttimer pr år og en kalkulationsrente på 4 %, med en brændselspris på 170 kr/MWh af nedre brandværdi og en elpris på 1,05 kr/kWh.

...

Resultatet af evalueringen er som følger:

...

Ad "layout og indpasning i bygningen"

Ved vurdering af underkriteriet er der lagt vægt på ... Til bedømmelse af tilbuddene ... anvendes nedenstående pointskala ... [der] alene afspejler pejlemærker på denne skala. Der kan således tildeles et hvilket som helst point mellem 0 og 100. ...

(1) Maskinanlæggets indretning og indpasning i bygningen.

Euro Therm:

God løsning, der opfylder en stor del af bygherrens ønsker, herunder er der i forhold til indretning og indpasning tilbudt en god løsning for halmpoprivern med tilhørende indfyrringsnegle, ligesom blæserne står hensigtsmæssigt med forbindelseskanaler. Fin indpasning af eltavler og frekvensomformere.

Justsen:

Middel løsning, der opfylder flere af bygherrens ønsker.

...

(4) Adgang til vedligeholdelse og rengøring

Euro Therm:

Middel løsning, der opfylder flere af bygherrens ønsker, herunder der god adgang til vedligeholdelse.

Justsen:

Middel løsning, der opfylder flere af bygherrens ønsker, herunder er der god adgang til vedligeholdelse.

...

Samlet set er SK Varme A/S' vurdering som følger:

...

Ad "Teknisk kvalitet"

Ved vurderingen af underkriteriet er der lagt vægt på:

...

(3) Den termodynamiske eftervisning for temperaturfordelingen i fyrrummet og i forhold til området der er forberedt til Denox.

Euro Therm:

Særdeles tilfredsstillende løsning, der opfylder alle bygherrens ønsker. Temperaturforløbet i røggassen i kedlen er eftervist med en finite element beregning.

Justsen:

Middel løsning, der opfylder flere af bygherrens ønsker.

(4) Individuel regulering af forbrændingsluften gennem forbrændingsristen, sekundærdyser og tertiærdyser.

Euro Therm:

Middel løsning, der opfylder flere af bygherrens ønsker.

Justsen:

God løsning, der opfylder en stor del af bygherrens ønsker.

Primær, sekundær og tertiær blæser. Med mulighed for på bygning af forvarmning ved flis ombyg. Mulighed for justering af primærluft til alle ristezoner. Mulighed for justering af sekundærluft til alle ristezoner. Tertiærluft har en selvstændig blæser.

(5) Teknisk løsning for håndteringen fra balle til løs halm.

Euro Therm:

Særdeles tilfredsstillende løsning, der opfylder alle bygherrens ønsker. Halmopriveren er meget kraftig og robust over for forskellige halmkvaliteter.

Justsen:

God løsning, der opfylder en stor del af bygherrens ønsker.

(6) Løsning for at der er kontinuerlig indfødning af brændslet.

Euro Therm:

God løsning, der opfylder en stor del af bygherrens ønsker. Der er valgt snegleindfødning af halmen, som sikrer en kontinuerlig indfødning.

Justsen:

God løsning, der opfylder en stor del af bygherrens ønsker. Der er valgt snegleindfødning af halmen, som sikrer en kontinuerlig indfødning.

...

KONKLUSION

	Euro Therm	Justsen
Pris	20,0	20,0
Driftsomkostninger	9,9	10,0
Layout og indpasning i bygning	9,8	9,0
Teknisk kvalitet	26,8	25,1

I alt	66,5	64,1
--------------	-------------	-------------

...”

Justsen Energiteknik anmodede i e-mail af 6. september 2017 om aktindsigt i ”sagen, hvor SK Varme A/S agter at indgå kontrakt med Euro Therm A/S”. Efter indleveringen af klagen fik Justsen Energiteknik delvis aktindsigt i Euro Therms tilbud og blev derved opmærksom på, at referencen vedrørende Høng Varmeværk, som Euro Therm havde anført som den ældste ud af tre referencer, var angivet med den 4. maj 2011 som ”slutdato”, og dermed mere end 5 år før selskabets ansøgning om prækvalifikation.

I e-mail af 30. november 2017 til den rådgivende ingeniørvirksomhed, MOE A/S, som var SK Varmes tekniske rådgiver i forbindelse med udbudet, skrev Euro Therm blandt andet:

”Kontrakten på Høng blev underskrevet i januar 2010, som angivet i prækvalifikationsmaterialet.

Afleveringsprotokollen blev også underskrevet den 4. maj 2011, som angivet.

Afleveringen var dog betinget af udbedringen af 4 mangler, hvor overholdelse af eksternt støj var den vanskeligste af få afsluttet.

Det sidste jeg kan finde omkring dette, er en mail dateret 17. august, 2012, hvoraf det fremgår, at de sidste støjdæmpende tiltag (isolering af vaskertårn) skal ske i uge 36, 2012.

Ligeledes d. 17. august, 2012 spørger ET, hvornår støjmåling, så kan foretages igen, men der er ikke gemt et svar på denne mail i sagen.

- støjmålingen er dog i sagens natur foretaget efter at det ekstra isoleringsarbejde er afsluttet i uge 36.

Uge 36 er 3.-7. september, 2012 og altså mindre end 5 år før prækvalificeringen til 2. tilbudsrunde på Halskov er dateret (2. august 2017)

...”

I mail af 9. januar 2018 bad Euro Therm Høng Varmeværk om at bekræfte følgende begivenhedsforløb:

”...

I forbindelse prækvalificering til projektet hos SK varme har vi anført, at kontrakten med Høng Varmeværk blev indgået i januar 2010, og at der blev underskrevet betinget aflevering i maj 2011.

Den betingede aflevering omfattede udbedring af 4 mangler, herunder bl.a. støj og NO_x udledning ved anvendelse af almindeligt tilgængeligt halm.

Med hensyn til støj, blev det efter flere tiltag aftalt at vaskertårnet skulle isoleres i uge 36, 2012, hvorefter der skulle foretages fornyet støjmåling. Jeg har ikke haft mulighed for at bekræfte datoen for den endelige støjmåling, men den er foretaget i efteråret 2012 (efter isolering af vaskertårnet).

Med hensyn til NO_x-udledningen blev det aftalt, at der skulle udføres et forsøg for at afdække mulig NO_x-reduktion med den bedste tilgængelige teknologi.

Dette indebar, at der blev gennemført et projekt i samarbejde med Force og Dansk Fjernvarmes F&U Fond for at undersøge NO_x reduktionen ved indsprøjtning af UREA i forbrændingsprocessen.

Projektet strakte sig fra efteråret 2012 og hen over foråret 2013, hvilket ledte frem til offentliggørelsen af en rapport om emnet i juni 2013.

Med eftervisningen af NO_x-reduktionen fra UREA tilsætning var det sidste af de 4 mangelpunkter fra afleveringsprotokollen udbedret og anlægget endeligt afleveret.

Kan du bekræfte, at forløbet var som beskrevet, og at Euro Therm fik endelig aflevering på anlægget efter den afsluttende støjmåling og De-NO_x projektet var gennemført?

...

Samme dag – i en mail, afsendt 1 minut senere – bekræftede Henrik Rohde fra Høng Varmeværk det beskrevne begivenhedsforløb.

SK Varme har under klagesagen fremlagt dele af en rapport, dateret juni 2013 med titlen: ”DeNOX anlæg på halmfyret fjernvarmekedel hos Høng Varmeværk – CFD-analyse og temperaturmålinger som grundlag for Selective Non Catalytic Reduction (SNCR)”. Det anføres i rapporten blandt andet:

”...

Forord

...

Formålet med rapporten er dels at dokumentere det udførte arbejde over for Dansk Fjernvarmes F&U Fond, og dels at tjene til inspiration for andre, der har interesse for ”fjernelse” af NO_x i halmfyrede varmeanlæg.

Projektet er gennemført i perioden efteråret 2012 til sommeren 2013 af medarbejdere fra Høng Varmeværk, FORCE Technology og Euro Therm.

...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Justsen Energiteknik har i sit seneste processkrift nedlagt sine endelige påstande (som citeret ovenfor). Klagenævnet har forstået Justsens anbringender som gengivet i det følgende:

Det var med urette, at Euro Therm blev prækvalificeret. Den ældste af de 3 præferencer, som blev påberåbt, vedrører et arbejde, udført for Høng Varmeværk, som blev afleveret den 4. maj 2011 og dermed mere end 5 år før ansøgningen om prækvalifikation. Afleveringstidspunktet er det relevante tidspunkt for, hvornår arbejdet er udført. Det forhold, at der efterfølgende skulle ske udbedring af mangler, ændrer ikke på afleveringstidspunktet. SK Varme har ikke dokumenteret, at der er grundlag for at fastlægge et senere tidspunkt for afleveringen. E-mailen af 30. november 2017 fra Allan S. Pedersen, Euro Therm til Carsten Hübbe, MOE A/S, der var SK Varmes tekniske rådgiver, dokumenterer heller ikke et senere afleveringstidspunkt. Rapporten fra juni 2013 om ”DeNOX anlæg på halmfyret fjernvarmekedel hos Høng Varmeværk”, som SK Varme under klagesagen har fremlagt dele af, og som er omtalt i mailen af 9. januar 2018, kan ikke betragtes som dokumentation for, at arbejdet på anlægget hos Høng Varmeværk blev udført i 2013. Der udføres sædvanligvis forskellige mangels udbedringer efter en aflevering, men dette forhold ændrer ikke på, at aflevering er sket. Der foreligger endvidere ikke oplysninger om de påståede mangler og deres betydning, ligesom der ikke foreligger dokumentation for, at det beskrevne DeNox anlæg var en del af det oprindelige udbud. SK Varme burde have fået de faktiske forhold afklaret inden beslutningen om prækvalifikation, som derfor er i strid med udbudsreglerne.

Justsen Energiteknik har endvidere gjort gældende, at Euro Therm uberettiget og i strid med udbudsgrundlaget har taget forbehold i sit tilbud over for udbudsbetingelserne med hensyn til den maksimale bodsstørrelse og for tidspunktet for udløsningen af boden ved forsinket aflevering.

Justsen Energiteknik har overordnet gjort gældende, at en direkte tildeling i strid med objektive tildelingskrav i sig selv er tilstrækkeligt til, at Justsen Energiteknik skal have medhold i de nedlagte påstande. Selskabet har videre gjort gældende, at SK Varme ved evalueringen vedrørende underkriteriet ”*Driftsomkostninger*” nok har tildelt Justsen Energiteknik 10 point, mens Euro Therm scorede 9,9 point, men at forskellen på de to evalueringer bur-

de have været større, idet Justsen Energiteknik havde medregnet elomkostninger til pumper, mens det ikke kan konstateres, hvorledes Euro Therm har opgjort omkostningerne til pumper, og det må derfor lægges til grund, dette selskab ikke har medtaget udgifterne til pumper. Justsen Energiteknik burde på den anførte baggrund have haft et ikke uvæsentligt bedre vægtet pointtal.

Ved vurderingen i relation til underkriteriet "*Layout og indpasning i bygningen*" har SK Varme ikke taget hensyn til, at Euro Therms løsning, med hensyn til aksetransporten, selv om den ikke strider imod udbudsgrundlaget, dog indebærer en væsentlig fordyrelse for SK Varme, som bør tages i betragtning ved evalueringen. Samtidig bliver maskinudrustningen billigere for Euro Therm at udføre, hvilket reelt udgør et forbehold for kravene i udbudsmaterialet, da gruber ikke fremgår af tegningsmaterialet. Således er Euro Therms tilbud på denne baggrund ukonditionsmæssigt.

Justsen Energiteknik har (vist nok) fastholdt sin indsigelse vedrørende evalueringen i relation til delkriteriet "*(4) Adgang til vedligeholdelse og rengøring*" (til underkriteriet "*Layout og indpasning i bygningen*") tilbød Justsen Energiteknik "platforme, gallerier i henhold til udbudsmateriale – galvaniseret. Samtlige målere og følere kan tilgås uden brug af stiger". Formuleringen var fuldt ud i overensstemmelse med kontraktgrundlaget i det første udbud, som Justsen Energiteknik havde rettet til efter anvisning fra SK Varme. Der var ikke sket ændring i dette krav i forhold til første udbud. Det er således usagligt, at Justsen Energiteknik har fået bedømmelsen "middel løsning" for delkriteriet.

Ved vurderingen i forhold til underkriteriet "*Teknisk kvalitet*" fik Justsen Energiteknik en lavere vurdering end Euro Therm på to af delkriterierne. Justsen Energiteknik bestrider med henvisning til en række tekniske forhold, herunder Videnblad nr. 83 (bilag 10), at evalueringen har været berettiget vedrørende delkriteriet "*3. Den termodynamiske eftervisning og temperaturfordelingen i fyrrummet og i forhold til området, der er forberedt til denox*". Hertil kommer, at Justsen Energiteknik garanterer overholdelse af kommende emissionskrav for SO₂. Disse krav er der ikke taget højde for i udbudsmaterialet, som alene tager udgangspunkt i udbudsmaterialets og miljøgodkendelsens inventionsgrænseværdier. Såfremt projektet ville blive forsinket og først skulle idriftsættes efter den 18. december 2018, vil anlægget blive kvalificeret som et nyt anlæg og dermed underlægges andre krav end det udbudte. Justsen Energiteknik har som option tilbudt en fast

pris på denne situation, således at det tilbudte ikke er afhængig af idriftsættelsesdagen. Euro Therm har angivet en budgetpris for denne option. Denne forskel har stor betydning for økonomien i projektet.

Det forhold, at Euro Therm ikke i sit tilbud har garanteret så høje værdier som Justsen Energiteknik, vil medføre, at projektet fordyres for SK Varme.

Justsen Energitekniks løsning i relation til delkriteriet ”4. *Individuel regulering af forbrændingsluften gennem forbrændingsristen, sekundærdyser og tertiærdyser*” er vurderet som en god løsning, der opfylder en stor del af bygherrens ønsker, men løsningen burde have fået den bedste vurdering, fordi Justsen Energiteknik tilbød en metode, som ikke kan udføres bedre rent teknisk i forhold til de krav, som SK Varme havde fastsat.

Det er en usaglig vurdering, når Justsen Energiteknik vedrørende delkriteriet ”5. *Teknisk løsning for håndteringen fra balle til løs halm*” opnåede en lavere vurdering end Euro Therm, idet Justsen Energiteknik ikke har taget forbehold for halmtyper. Euro Therm har reelt taget forbehold for frøgræs, hvilket burde være indgået i evalueringen, og i øvrigt medfører, at forbeholdet er ukonditionsmæssigt. SK Varme har heller ikke angivet nogen begrundelse for, hvorfor Euro Therms løsning, men ikke Justsens Energitekniks, kan karakteriseres som ”meget kraftig og robust overfor forskellige halmkvaliteter”. Euro Therm har valgt en Processbio halmoprøver, som ifølge Processbio A/S’ hjemmeside er nyudviklet. Brevet af 11. december 2017 fra Hans Bossen, Processbio A/S, til Euro Therm er ikke dokumentation for, at Euro Therms anlæg opfylder kravene, og forholdet burde have været afklaret forud for tildelingsproceduren. Forholdet viser, at der på tildelingstidspunktet blev taget usaglige hensyn.

Det fremgår ikke af Euro Therms tilbud, hvordan kravet om tilsatsfyring til træflis skal foregå, jf. delkriteriet ”6. *Løsning for at der er kontinuerlig indføding af brændslet*”. Dette forhold fremgår derimod tydeligt af Justsen Energitekniks tilbud. Evalueringen burde have medført en differentiering i Justsen Energitekniks favør.

Det anerkendes, at SK Varme har et vidt skøn ved evalueringen af tilbuddene, men SK Varme har ikke taget hensyn til de enkelte elementer i tilbuddene. SK Varme kan alene foretage et frit skøn inden for de områder, hvor oplysningerne i tilbuddene ikke direkte og umiddelbart er sammenlignelige.

SK Varme skal kunne begrunde og retfærdiggøre skønnet, hvilket SK Varme ikke har været i stand til.

SK Varme har gjort gældende, at der ikke kan tages hensyn til den evaluering, der blev foretaget under det første udbud, idet underkriteriernes vægtning, delkriterier og evalueringsmetoden blev ændret i forlængelse af klagenævnets kendelse af 14. juli 2017 og den efterfølgende annullation af udbuddet.

Der er ikke grundlag for at antage, at Euro Therm med urette er blevet prækvalificeret, jf. udbudsbetingelsernes punkt 3.3.3. Den slutdato, som er oplyst i Euro Therms ESPD for så vidt angår referencen Høng Varmeværk, ligger ganske vist ikke inden for de seneste fem år regnet fra ansøgningsfristen, men SK Varmes tekniske rådgiver, MOE A/S, som forestod vurderingen af ansøgningerne, var bekendt med, at det pågældende projekt først stod færdigt i 2013, og at den anførte slutdato derfor ikke var retvisende. SK Varme har fremlagt dokumentation fra Euro Therm for, at arbejderne på Høng Varmeværk fortsatte frem til september 2012 på grund af udbedring af mangler, ligesom afhjælpning af mangel vedrørende NO_x udledning først skete i foråret 2013. Herudover har SK Varme fremlagt dokumentation for, at Euro Therm udførte et DeNox-anlæg vedrørende en halmfyret fjernvarmekedel hos Høng Varmeværk. Dette arbejde stod færdigt i 2013. SK Varmes tekniske rådgiver burde have fået bekræftet sin baggrundsviden om, at referenceprojektet var inden for den tidsmæssige ramme, inden SK Varme traf sin beslutning om at prækvalificere Euro Therm, men at det først skete senere ændrer ikke på, at beslutningen om prækvalifikation af Euro Therm var materielt korrekt. Hvornår der i entrepriseretlig forstand er sket ”aflevering”, er i relation til referencens alder irrelevant. Alle tre referenceprojekter, som Euro Therm har beskrevet i sit ESPD, er således udført inden for de seneste fem år regnet fra tidspunktet for afgivelsen af prækvalifikationssøgningen, hvorfor det opstillede mindstekrav er opfyldt.

Euro Therms tilbud indeholder ikke et forbehold over for udbudsbetingelsernes punkt 6.2 om bodsbestemmelser. Den tidsplan, som indgik i tilbudet fra Euro Therm er i fuld overensstemmelse med udbudsgrundlagets tidsplan. At Euro Therm ”ved evt. kontraktforhandling” ønskede at drøfte de pågældende forhold, kan alene forstås som et ønske om et forhandlings-tema for det tilfælde, at SK Varme indledte forhandlinger. SK Varme valgte imidlertid at tildele kontrakten på grundlag af de indledende tilbud, og be-

mærkningen blev derfor aldrig aktuel. Den kontrakt, som er indgået mellem SK Varme og Euro Therm, indeholder derfor de bodsbestemmelser, som er citeret fra udbudsgrundlaget.

Over for Justsen Energitekniks anbringende vedrørende underkriteriet ”*Driftsomkostninger*” har SK Varme gjort gældende, at det klart fulgte af udbudsgrundlaget, hvilke komponenter der skulle indgå i beregningen. Beregningen var baseret på de ”garantidata”, som tilbudsgiverne skulle oplyse i tilbudslisten. Evalueringen skete i overensstemmelse hermed. Justsen Energiteknik har i sit tilbud oplyst, at elforbruget er ”inkl. pumper”. Der er imidlertid både pumper ved anlægget (kedelpumper) og i pumperummet (netpumper). SK Varme forstod tilbuddet fra Justsen Energiteknik således, at beregningen var inkl. kedelpumper, hvilket er i overensstemmelse med udbudsgrundlaget.

Justsen Energitekniks beregninger af strømforbruget for de tilbudte røggas-sugere er irrelevante, idet den installerede motoreffekt ikke direkte kan overføres til et forbrug. Der skal både tages hensyn til varighed, last, ventilatorkurver og elmotorvirkningsgrad.

Delkriteriet ”(1) *Maskinanlæggets indretning og indpasning i bygningen*” (til underkriteriet ”*Layout og indpasning i bygningen*”) indgik som et konkurrenceparameter. De tilbudte løsninger er ikke ens, hvilket giver sig udslag i en differentieret evaluering og pointtildeling.

Det forhold, at den af Euro Therm tilbudte løsning indebærer, at asketransporten etableres som gruber, indebærer intet forbehold over for udbudsgrundlaget. Der er, jf. punkt 6.13 i udbudsmaterialets ”Leveringsbeskrivelse”, ikke stillet krav om, at asketransport skal ske over gulv. Hertil kommer, at SK Varme udbyder og opfører halmanlægget i separate fagentrepriser. Udgifter til bygningskonstruktion kan derfor ikke lovligt inddrages i tilbuddet af maskinleverancen, men vil indgå i det separate udbud af bygningsentreprisen, idet den valgte løsning skal prissættes der.

SK Varme bestrider ikke, at den løsning, som Justsen Energiteknik har tilbudt vedrørende delkriteriet ”(4) *Adgang til vedligeholdelse og rengøring*” (til underkriteriet ”*Layout og indpasning i bygningen*”), er identisk med beskrivelsen i den kontrakt, der oprindeligt blev udbudt. Formuleringen i det første udbud blev båret af et ønske om, at Justsen Energiteknik skulle be-

kræfte, at selskabet opfyldte det daværende udbudsgrundlag, idet Justsen Energiteknik ikke havde beskrevet dette forhold i sit tilbud. Justsen Energiteknik valgte at videreføre sin formulering i sit nye tilbud. Det er sket på Justsen Energitekniks eget ansvar og risiko. SK Varme har imidlertid evalueret tilbuddene i overensstemmelse med under- og delkriterierne i det nye udbud og har fastholdt de tildelte point.

SK Varme har endvidere gjort gældende, at evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet ”Teknisk kvalitet”, delkriteriet ”3. *Den termodynamiske eftervisning og temperaturfordelingen i fyrrummet og i forhold til området, der er forberedt til denox*” er sket i overensstemmelse med det offentliggjorte delkriterium og evalueringsmetoden i udbudsgrundlaget. Det er indgået i evalueringen, at Justsen Energiteknik ikke i sit tilbud har oplyst, hvordan de oplyste temperaturer er eftervist. Derudover har Justsen Energiteknik valgt at tilbyde en løsning, der i miljømæssig henseende er mere vidtgående end de krav, der stilles i udbudsgrundlaget. SK Varme forventer ikke, at de skærpede krav i henhold til EU-direktivet, som træder i kraft i december 2018, vil blive aktuelle for det udbudte anlæg. SK Varme har derfor ikke ønsket at skærpe kravene i forhold til gældende lovgivning. SK Varme har i sin evaluering ikke inddraget den option, som Justsen Energiteknik har tilbudt, idet delkriteriet slet ikke giver mulighed herfor. Evalueringen vedrører alene, i overensstemmelse med udbudsgrundlaget, kvaliteten af eftervisningen.

Euro Therm har fremsendt en beregning fra et eksisterende anlæg. Beregningen er imidlertid fuldt ud retvisende også for den tilbudte løsning, idet det er almindeligt at skalere fra én kedelstørrelse til en anden, når konfigurationen fastholdes.

Vedrørende delkriteriet ”4. *Individuel regulering af forbrændingsluften gennem forbrændingsristen, sekundærdyser og tertiærdyser*” (til underkriteriet ”Teknisk kvalitet”) har SK Varme bestridt, at Justsen Energitekniks løsning var ”særdeles tilfredsstillende”. SK Varme har fastholdt sin evaluering, som er i overensstemmelse med delkriteriet samt den offentliggjorte evalueringsmetode.

Euro Therm har tilbudt en bedre teknisk løsning end Justsen Energiteknik, og det er kommet til udtryk ved evalueringen i relation til delkriteriet ”5. *Teknisk løsning for håndteringen fra balle til løs halm*” til underkriteriet

”Teknisk kvalitet”. Euro Therms løsning sikrer en egentlig neddeling af halmen. Det er ikke i udbudsbetingelserne et krav, at den tilbudte løsning skal dokumenteres med referencer.

Euro Therms tilbud indeholder ikke et ”forbehold imod specifikke halmtyper”. Specifikationerne for et Processbio Stratek halmfødeanlæg er i overensstemmelse med punkt 5.1 i udbudsmaterialets ”Leveringsbeskrivelse”. Garantibrændsel omfatter således udelukkende byg og hvedehalm, hvilket også fremgår af tilbudslisten, som udtrykkeligt afgrænser garantidata til ”Byg og hvede”. SK Varme havde ikke i forbindelse med evalueringen grundlag for at betragte formuleringerne som et forbehold, ligesom forløbet efter tildelingen ikke har rejst tvivl om, hvorvidt det tilbudte anlæg opfylder udbudsgrundlagets krav.

SK Varme foretog en evaluering inden for rammerne af de konkurrenceparametre, som var oplyst i udbudsgrundlaget. SK Varme overskred ikke den vide grænse, der gælder for evalueringsskønnet, ligesom SK Varme ikke i øvrigt handlede usagligt.

SK Varme har bemærket, at selv hvis klagenævnet måtte finde, at dele af Justsen Energitekniks anbringender kan tages til følge, kan Justsen Energitekniks påstand 1 efter sin ordlyd alene tages til følge, såfremt klagenævnet vurderer, at der foreligger en overtrædelse af udbudsreglerne i alle de fremhævede forhold.

Ad påstand 2

Justsen Energiteknik har gjort gældende, at det følger af det, der er anført ad påstand 1, at SK Varmes tildelingsbeslutning af 30. august 2017 skal annulleres.

SK Varme har anført, at tildelingsbeslutningen ikke er behæftet med sådanne retlige mangler, at tildelingsbeslutningen af 30. august 2017 skal annulleres.

Ad påstand 3

Justsen Energiteknik ses ikke at have gjort anbringender gældende til støtte for denne påstand.

SK Varme har gjort gældende, at konsekvensen af, at klagenævnet ikke giver Justsen Energiteknik medhold i påstand 1, er, at der ikke er konstateret overtrædelse(r) af udbudsreglerne. Allerede derfor kan Justsen Energitekniks påstand 3 ikke tages til følge.

Hertil kommer, at SK Varme har indgået kontrakt med Euro Therm. SK Varme kan således ikke lovligt tilbagekalde tildelingsbeslutningen, ligesom et påbud om at tilbagekalde tildelingsbeslutningen falder uden for klagenævnets reaktionsmuligheder, jf. klagenævnets kendelse af 22. februar 2013 (Marius Pedersen A/S mod Hvidovre Kommune).

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Da SK Varme kun modtog ansøgning om prækvalifikation fra 2 tilbudsgivere, var der ikke behov for at begrænse antallet af de tilbudsgivere, der ville blive opfordret til at afgive tilbud. De mindstekrav til egnethed, der var opstillet i udbudsbetingelsernes punkt 3.3.3, hvorefter en tilbudsgiver skal have ”udført” mindst 3 halmfyringsanlæg af en nærmere angiven minimumsstørrelse inden for de seneste 5 år fra ansøgningstidspunktet, gælder dog også i en sådan situation. Det er ikke nærmere defineret, hvilket tidspunkt der i så henseende er afgørende, og der er derfor plads til et vist skøn. Der må imidlertid lægges afgørende vægt på de oplysninger, som Euro Therm selv angav i ansøgningen (ESPD-dokumentet), hvorefter der var en ”slutdato” den 4. maj 2011, hvor entreprisen må anses for ”udført”.

Ved bedømmelsen af om det nævnte mindstekrav var opfyldt, kan ordregiveren ikke lægge vægt på oplysninger, som ordregiveren i øvrigt måtte være i besiddelse af fra anden side, men SK Varme kunne have benyttet sig af fremgangsmåden i forsyningsdirektivets § 76, stk. 4, hvori det hedder:

”Stk. 4. Når de oplysninger eller dokumenter, som de økonomiske aktører skal indsende, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter, kan ordregivende enheder, medmindre andet er fastsat i den nationale lovgivning, der gennemfører dette direktiv, anmode de pågældende økonomiske aktører om at indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante oplysninger eller dokumentationen in-

den for en passende frist, hvis sådanne anmodninger fremsættes under fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.”

Bestemmelsen er i overensstemmelse med den praksis, der har været fulgt af EU-Domstolen, jf. domstolens dom i den såkaldte Manova sag (C-336/12).

Euro Therm opfyldte således ikke minimumskravet om 3 referencer inden for de sidste 5 år, og det var derfor i strid med forsyningsdirektivets bestemmelser om ligebehandling og ikkeforskelsbehandling at tage hensyn til tilbuddet fra Euro Therm, jf. direktivets artikel 36 og artikel 80, stk. 2 jf. udbudsdirektivets artikel 58, stk. 4, jf. udbudslovens § 140, jf. artikel 142.

Klagerens påstand 1 tages derfor delvist til følge som anført nedenfor.

Der er herefter ikke anledning til at tage stilling til de øvrige forhold, der er fremført til støtte for påstand 1.

Ad påstand 2

Efter det, der er anført ovenfor, har den konstaterede overtrædelse af de udbudsretlige regler haft betydning for forløbet af udbuddet, og Justsens påstand om, at SK Varmes tildelingsbeslutning skal annulleres, tages til følge som anført nedenfor, jf. klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2.

Der er herefter heller ikke anledning til at tage stilling til påstand 3 og det, der er anført til støtte for denne påstand.

Efter udfaldet af klagesagen skal SK Varme betale et beløb til hel eller delvis dækning af Justsen Energitekniks omkostninger ved klagesagen, jf. bekendtgørelse om klagenævnet for udbud, § 9, stk. 4. Efter sagens forløb fastsættes beløbet til 30.000 kr.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

SK Varme har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at prækvalificere og senere tildele kontrakten om el- og maskinleverance til et halmfyret

varmeværk, der skulle levere fjernvarme til Halskov og Korsør til Euro Therm, hvis tilbud ikke opfyldte udbuddets mindstekrav om teknisk og faglig formåen.

Påstand 2

SK Varmes beslutning af 30. august 2017 om at tildele den udbudte kontrakt til Euro Therm annulleres.

SK Varme A/S skal i sagsomkostninger til Justsen Energiteknik A/S betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig