

K E N D E L S E

Konsortiet 1. NCC Construction Danmark A/S og 2. Krüger A/S
(advokat Kurt Bardeleben, København)

mod

Hillerød Spildevand A/S
(advokat Jesper Kaltoft, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 161-280332 af 19. august 2013 udbød Hillerød Spildevand A/S som begrænset udbud efter udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF) en offentlig kontrakt om »Nyt renseanlæg på Solrødgård med kapacitet på ca. 100 000 PE«. Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Hillerød Spildevand A/S prækvalificerede følgende ansøgere:

1. Konsortiet 1. NCC Construction Danmark A/S og 2. Krüger A/S
2. Per Aarsleff A/S og Norconsult A/S
3. Jacobsen & Blindkilde A/S

Udbudsmaterialet, der blev tilsendt de prækvalificerede den 9. december 2013, bestod af Udbudsbeskrivelse med tegninger, Tilbudsliste og Udkast til partneringaftale.

De prækvalificerede afgav alle tilbud inden tilbudsfristen, der var fastsat til den 15. maj 2014.

Den 20. juni 2014 besluttede Hillerød Spildevand A/S at indgå kontrakt med Jacobsen & Blindkilde A/S, og meddelelse herom blev sendt til tilbudsgiverne pr. email samme dag.

Den 21. juli 2014 indgav klageren, Konsortiet 1. NCC Construction Danmark A/S og 2. Krüger A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Hillerød Spildevand A/S. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 25. august 2014 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om »uopsættelighed« ikke var opfyldt. I kendelsen tilkendegav klagenævnet som sin foreløbige opfattelse, at betingelsen om »fumus boni juris« var opfyldt.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

»Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at have taget tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S i betragtning.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 20. juni 2014 om at tildele kontrakten til Jacobsen & Blindkilde A/S.«

Andre oplysninger i sagen:

I udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.1), »Samlet mængde eller omfang«, er anført:

»Etablering af renseanlæg på Solrødgård i totalentreprise og deltagelse i partnering. Arbejdet vedrører opførelsen af et nyt renseanlæg med kapacitet på ca. 100 000 PE forberedt for senere udbygning til 125 000 PE. Dvs. nødvendige procesanlæg inkl. tanke, maskin- og el-installationer, SRO samt tilhørende bygningsanlæg. Slambehandling kan muligvis blive udbudt som option.«

Underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« er i Udbudsbeskrivelsen fastsat til Tilbudssum (15 %), Driftsomkost-

ninger over 10 år (15 %), Dækningsbidrag og Risikopulje (10 %), Organisation og Samarbejde (25 %) og Projektet (35 %).

I Udbudsbeskrivelsen er i Afsnit 1, Indledning, anført

»...

Renseanlægget skal dimensioneres for en organisk belastning på 100.000 PE (COD). Der lægges vægt på, at etableringen af anlægget foretages efter et koncept, der sikrer, at anlægget på et senere tidspunkt relativt enkelt kan udbygges til 130.000 PE.

...«

Kravet om, at reaseanlægget skulle dimensioneres til en organisk belastning på 100.000 PE (»Personækvivalenter«), gentages i Udbudsbeskrivelsens afsnit 6, 6.1, 6.2, 10.4.1, 11.1.6, 11.2.5 og 11.2.7.

Af Udbudsbeskrivelsens afsnit 9.2, Projektkrav, fremgår:

»...

Totalentreprenøren har ret til at foretage ændringer i projektet under forudsætning af, at angivne funktionskrav opfyldes. Dog må ændringer ikke foretages, hvor det i projektet er angivet, som krav.

Såfremt totalentreprenøren vælger at fravige krav vist i projektet, skal dette fremgå tydeligt af tilbuddet, og ledsages af en klar beskrivelse og evt. illustration af alternative løsninger. Totalentreprenøren skal i givet fald indregne alle omkostninger til evt. afledte effekter af ændringer i projektet.«

Tilbudsgiverne skulle sammen med tilbuddet afgive en »Funktionsgaranti« og en »Procesgaranti«, hvoraf blandt andet fremgår:

»...

1.3 Belastningsforudsætninger

Nyt reaseanlæg på Solrødgård er dimensioneret til at overholde de i Tabel 1 angivne kontrolkrav ved belastningen angivet i Tabel 2 samt ved belastningerne, som fremgår af udbudsmaterialet.

Tabel 2 Belastningsforudsætninger for Nyt reaseanlæg på Solrødgård (100.000 PE)

Parameter	Enhed	Middel 60 %	Maks 85 %
Middel døgn vandmængde	m ³ /d	26.000	

<i>Maks. time tørvejrsvandmængde</i>	<i>m³/h</i>		<i>1.680</i>
<i>Maks. time regnvejrsvandmængde</i>	<i>m³/h</i>		<i>2.400</i>
<i>BOD</i>	<i>kg/d</i>	<i>4.010</i>	<i>5.400</i>
<i>COD</i>	<i>kg/d</i>	<i>13.000</i>	<i>17.550</i>
<i>SS</i>	<i>kg/d</i>	<i>7.670</i>	<i>10.350</i>
<i>Total kvælstof</i>	<i>kg/d</i>	<i>1.280</i>	<i>1.730</i>
<i>Total fosfor</i>	<i>kg/d</i>	<i>197</i>	<i>266</i>
<i>pH</i>		<i>6,5 – 8,0</i>	
<i>Temperatur, minimum 14 dage gennemsnit</i>	<i>°C</i>	<i>7</i>	

...«

Procesgarantien er en indeståelse for, at afløbet fra det tilbudte anlæg kan overholde nogle nærmere definerede afløbskrav under belastningsforudsætninger svarende til 100.000 PE.

Indklagede udsendte i alt 12 rettelsesblade.

I rettelsesblad 1 er om vægtningen af underkriterierne anført:

»Tabel 8. Tildelingsmodellens vægtning af tildelingskriterier

Tildelingskriterier	Tildelingsgrundlag	Evalueringsvægt
Tilbudssum	Tilbudssum	Tilbudssum
Driftsomkostninger over 10 år	Tilbudssum	Tilbudssum
Dækningsbidrag & risikopulje	Tilbudssum	2/3-del af tilbuds-sum
Organisation & samarbejde	Point på viste 10-skala	42 mio. kr. pr manglende point
Projektet	Point på viste 10-skala	58 mio. kr. pr manglende point

«

I rettelsesblad 4 er bl.a. anført:

»20. Spørgsmål fra tilbudsgiver: Der åbnes i afsnit 17 i udbudsbeskrivelsen mulighed for at totalentreprenøren i projektoptimeringsfasen (fase 1) kan argumentere for at funktionsgarantien skal afpasses innovati-

onsgraden af tilbudt særlig innovativ, ny eller ikke afprøvet teknologi. Såfremt man virkelig ønsker høj innovationsgrad og anvendelse af ny teknologi bør dette vel i lige så høj grad gælde procesgarantien? [..].

Svar: Procesgarantien er gældende uanset innovationsgraden af det tilbudte anlæg, da udledningstilladelsen skal overholdes.

...

30. Spørgsmål fra en tilbudsgiver: Kan bygherren bekræfte, at den stofmæssige organiske belastning, opgjort som COD i tabel 3, afsnit 6.2, er et udtryk for en omsættelighed, der kan regnes tilsvarende normalt sammensat husspildevand, defineret i Wastewater Treatment, Biological and Chemical Processes, Third edition 2000, Henze et al., og at der derfor kan ses bort fra den angivne BOD værdi?

Svar:

For 2013 var det gennemsnitlige udløb af eksternt målt COD fra Hillerød Centralrenseanlæg 33 mg/l, hvilket indikerer at det indkomne COD er omsætbart.«

I rettelsesblad 5 er anført:

»44. Spørgsmål fra tilbudsgiver:

Dimensioneringsgrundlaget i form af spildevandets sammensætning

....

Så længe spildevandet har en sammensætning, der ligger tæt op af definitionen på normalt sammensat husspildevand, kan COD med fordel bruges som enkeltstående parameter for den samlede organiske belastning af renseanlægget og dermed være den parameter, der danner grundlag for design af volumenbehov og maskinudstyr samt energibalancer og driftsudgifter.

Den oplyste spildevandssammensætning til det nye renseanlæg opfylder imidlertid ikke dette kriterium, idet BOD ligger væsentligt lavere end definitionen på normalt sammensat husspildevand. Hvis spildevandets meget lave BOD-indhold er et udtryk for, at det organiske stof omsættes meget langsomt, eller slet ikke omsættes, kan dette i yderste konsekvens medføre stærkt forringede betingelser for etablering af et renseanlæg med fokus på energiproduktion, ressourceudnyttelse, lave driftsudgifter og god udløbskvalitet.

Hvis vi vælger at dimensionere renseanlægget uden at tage hensyn til de oplyste BOD-værdier, vil vi kunne dimensionere et anlæg, der lever op til bygherrens visioner. Men det kræver, at bygherren tager BOD-værdierne ud af dimensioneringsgrundlaget, og at det oplyses, at spildevandet har en normal sammensætning. At sidstnævnte er sandsynligt,

understøttes af oplysningerne i sidste rettelsesblad om, at udløbsværdierne indikerer, at det indkomne COD er omsætteligt.

Svar:

Belastning og spildevandssammensætning

Der er gentagne gange stillet spørgsmål til spildevandets sammensætning og specielt COD/BOD forholdet, som er højt grundet en lav BOD. På denne baggrund er det sat spørgsmålstejn ved omsætteligheden af det organiske stof i spildevandet. Det skal bemærkes, at det er BOD modificeret, der er analyseret for på indkøbet.

I det efterfølgende forsøges redegjort for belastningen og spildevandssammensætningen for Hillerød Forsynings anlæg i perioden 1. januar 2013-1. januar 2014....

[Herefter følger en række oplysninger og tabeller, men så vidt ses ikke direkte svar på spørgsmålet]«

Klageren anførte i sit tilbud bl.a.:

»Vi forudsætter, at vi i forbindelse med projektoptimeringen i fase 1 får mulighed for at drøfte de endelige kontraktbetingelser vedrørende funktionsgarantier, procesgaranti og driftsomkostningsberegning, herunder begrænsning af ansvaret for funktionsgarantien, bygherrens dokumentation for overholdelse af drifts- og vedligeholdelsesmanual og betingelser for omregning til belastning med 100.000 PE.«

Jacobsen & Blindkilde A/S anførte i sit tilbud bl.a.:

»Spildevandet er i rettelsesblad oplyst at være biologisk omsættelig som normalt spildevand, hvilket vi har forudsat i vores dimensionering«.

I forbindelse med evalueringen af tilbuddene konstaterede indklagedes rådgivere, EnviDan A/S og MOE A/S, at tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S ikke overholdt dimensioneringskravet på 100.000 PE.

Af et notat af 17. juni 2014 fra EnviDan A/S fremgår om tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S:

»...

Det tilbudte procesvolumen for et 100.000 PE anlæg er efter kontrolberegning af GEP, SBR og MRM vurderet for små.

Det tilbudte anlæg er regnet igennem i ED's designprogram samt kontrolleret op imod internationale design guidelines. Her fremkommer et samlet N+DN volumen på 23.400 m³. N og P til biologien er tilpasset massebalancen i tilbuddet.

Tilbudt procesvolumen N+DN	14.250 m ³
Estimeret nødvendigt procesvolumen	<u>23.000 m³</u>
Ekstra procesvolumen	8.750 m ³
	...«

EnviDan A/D beregnede herefter i notatet, hvilke projektændringer og ændringer af procestankene der var nødvendige for, at tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S kunne opfylde kravet til procesvolumen. Ifølge beregningerne var det nødvendigt at ændre de tilbudte tanks bredde med 1 meter og deres dybde med 2,4 meter samt ændre koterne og selve vanddybden.

På grundlag af notatet fra EnviDan A/S foretog MOE A/S beregninger af de økonomiske konsekvenser af de nødvendige ændringer i forhold til det tilbudte.

I et notat af 17. juni 2014 fra MOE A/S hedder det blandt andet:

»Forudsætninger for overslagsberegning

Med ovennævnte udgangspunkt har MOE A/S udført overslagsberegning af forventet meromkostning, som følge af tilvejebringelse af øgede tankvolumener.

Det skal understreges at overslagsberegning er behæftet med nogen usikkerhed – MOE A/S skønner at usikkerheden er i størrelsesordenen +/- 10 %.

Ved udvidelse af tankvolumener 2,4 meter i nedadgående retning påvirkes et antal forhold direkte og indirekte.

1. Indvendigt vandtryk på vægge øges betragteligt (fra 5,5 m til 8,0 m). Belastning er dimensionsgivende for vægkonstruktioners dimension og armering i tæthedsprøvningssituation uden jordfyldning omkring tanke, samt i driftssituationer, hvor en af de tre tanke nedtømmes for servicearbejde, mens nabotanke er i drift.

2. Udvendigt jordtryk og tryk fra udvendigt grundvand på vægge mod jord øges betragteligt (fra ca. 5,5 m til ca. 8,0 m). Belastning er dimen-

sionsgivende for vægges dimensioner og armering i driftssituation, hvor tanke beliggende ud mod jord må nedtømmes for servicearbejde.

3. Grundvandstryk på bundplade øges betragteligt (fra ca. 3,5 m til ca. 5,9 m vandtryk). Belastning er dimensionsgivende for bundpladens dimension og armering i situation, hvor tank er nedtømt for servicearbejde, og der forekommer udvendigt grundvandstryk.

4. Forøgelsen af grundvandstrykkets samlede opdriftsmæssige påvirkning af tankvolumenet foranlediger, at fod på bundplade skal forøges for, at tilvejebringe øget vægt fra stabiliserende jordvolumen til at sikre tank-konstruktionen mod opdrift i situation, hvor tank er nedtømt for servicearbejde.

5. Behov for udgravning forøges – både direkte under tankvolumen, som følge af krav til forøget størrelse af »tankfod«, samt pga. anlæg omkring tanke.

6. Behov for tilfyldning/indbygning omkring tanke forøges.

7. Behov for bortkørsel af overskudsjord forøges.

8. Behov for udførelse af jordanalyser til dokumentation af jordens renhed forøges.

9. Behov for udførelse af grundvandssenkning i byggeperioden forøges.

10. Byggepladsperiode/-omkostning forøges, da byggearbejdets omfang forøges.«

MOE A/S anslog herefter meromkostningerne ved at ændre den løsning, som Jacobsen & Blindkilde A/S havde tilbudt, til 16.283.871 kr.

I et notat fra EnviDan A/S dateret den 16. juni 2014 blev den ekstra byggeomkostning og et øget administrationsbidrag på ca. 2,3 mio. kr., i alt ca. 18.612.465 kr., tillagt tilbudsprisen fra Jacobsen & Blindkilde A/S.

Ved mail af 20. juni 2014 meddelte indklagede tilbudsgiverne, at indklagede vurderede, at Jacobsen & Blindkilde A/S havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det fremgår af meddelelsen, at klagerens tilbud blev vurderet som det næstbedste.

Den samlede tilbudssum fra Jacobsen & Blindkilde A/S lød på 268.570.000 kr., hvortil kommer den nævnte prissætning i forbindelse med tilbuddets

manglende PE kapacitet. Klagerens samlede tilbudssum lød på 269.000.000 kr., hvortil kommer et tillæg (en prissætning) på 873.000 kr. vedrørende ændret korrosionsklasse.

Efter modtagelsen af tildelingsbeslutningen rettede klageren henvendelse til indklagede, der imidlertid ved brev af 17. juli 2014 fastholdt tildelingsbeslutningen og anførte:

»...idet vi har modtaget proces- og funktionsgarantier på de krævede 100.000 PE og alle mindstekrav således er opfyldt.«

Efter at klagenævnet havde afsagt den nævnte kendelse af 25. august 2014, gennemgik indklagede på ny tilbuddene fra klageren og fra Jacobsen & Blindkilde A/S og anmodede i den forbindelse EnviDan A/S om at verificere sin vurdering af tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S vedrørende det tilbudte procesvolumen i forhold til kravet om de 100.000 PE. EnviDan A/S udarbejdede herefter følgende notat af 19. september 2014:

»Vedr.: Vurdering af J&B's procesvolumener i tilbud på nyt renseanlæg, Solrødgård

1. Indledning

EnviDan har, på grundlag af den igangværende klagesag på ny gennemgået de modtagne tilbud vedr. procesvolumeners størrelse. Herefter anvendes følgende forkortelser J&B for Jacobsen og Blindkilde A/S og ED for EnviDan A/S.

2. Grundlag

J&B har i forbindelse med tilbudsgivningen afgivet proces- og funktionsgarantier på et renseanlæg til behandling af en belastning på 100.000 PE og dette uden kommentarer til de i udbudsmaterialet vedlagte paradigmer. J&B har tilbudt et anlæg med 3 proces-linjer, hvorfor det vil være nemt i forbindelse med eftervisning af garantiforpligtelserne at tilpasse volumen og slamkoncentration efter den aktuelle belastning på anlægget. I udbuddet er der kun krav om 2 proces-linjer.

ED vurderer, at det foreliggende grundlag opfylder de i udbuddet opstillede krav.

3. Dimensioneringsværktøjer

I udbudsmaterialet fra J&B oplyses, at procesvolumenerne er beregnet ved anvendelse af ATV-DVWK-A131E, som er anerkendt i EU. Der findes ingen tilsvarende danske normer. Endvidere oplyses, at der er fo-

retaget en vurdering af renseresultaterne ved anvendelse af den matematiske model WEST, som anvendes globalt.

ED vurderer, at de anvendte dimensioneringsværktøjer er egnede til opgaven.

4. Vurdering

På basis af de forelagte oplysninger i tilbuddet kan ED konkludere, at de anvendte dimensioneringskriterier på nogle områder afviger fra de kriterier, som ED normalt anvender til dimensionering af renseanlæg. ED har dog med udgangspunkt i J&B's tilbud ikke belæg for at konkludere, at det tilbudte anlæg IKKE skulle være i stand til at overholde de opstillede proces- og funktionsgarantier.

(Underskrifter)«

Af organisationsdiagram fremkommet efter afsigelsen af klagenævnets kendelse af 25. august 2014 fremgår, at Envidan A/S indgår i Jacobsen & Blindkilde A/S' totalentrepriseorganisation.

Parternes anbringender:

Klagerens anbringender er i kendelsen af 25. august 2014 gengivet således:

»Klageren har i det væsentlige gjort gældende, at det er uomtvisteligt, at den løsning, som Jacobsen & Blindkilde A/S tilbød, ikke overholdt funktionskravet vedrørende dimensionering af renseanlægget for en organisk belastning på 100.000 PE (COD), samt at Jacobsen & Blindkilde A/S hverken har angivet alternative løsninger eller beregnet omkostninger til afledte effekter af den nødvendige ændring af projektet som krævet i Udbudsbeskrivelsens afsnit 9.2.

Udbudsbeskrivelsen indeholder en lang række henvisninger til kravet om dimensionering af renseanlægget for en organisk belastning på 100.000 PE (COD), ligesom procesgarantien angiver en belastning på 100.000 PE. Det fremgår desuden flere steder af Udbudsbeskrivelsen, at anlægget skulle kunne udbygges fra 100.000 PE til 130.000 PE, ligesom det fremgår af evalueringsnotatet, at udbygningsmulighederne til en kapacitet på 130.000 PE er indgået som del af evalueringen.

Indklagede har behandlet den manglende opfyldelse af funktionskravet som et forbehold og kapitaliseret manglen til ca. 18,6 mio. kr. Der er imidlertid

efter klagerens opfattelse ikke tale om et forbehold, men derimod om manglende opfyldelse af et funktions(mindste)krav. Tilbuddet skulle derfor allerede af den grund afvises.

Indklagede var desuden – uanset om tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S på det omhandlede punkt er udtryk for et ikke overholdt mindstekrav eller et forbehold - forpligtet til at afvise tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S som ukonditionsmæssigt, idet indklagede alene var berettiget til at tage tilbuddet i betragtning, såfremt forbeholdet ikke vedrørte et grundlæggende element i udbuddet.

Dimensioneringskravet vedrører et grundlæggende element i udbuddet, hvilket også bekræftes af notatet af 17. juni 2014 fra MOA A/S, hvoraf fremgår, at udvidelsen af tankvolumenerne påvirker mindst 10 forhold både direkte og indirekte, og at overslagsberegningen af den forventede meromkostning er behæftet med en usikkerhed i størrelsesordenen +/- 10 %.

Klageren har desuden henledt opmærksomheden på, at kapitaliseringen og vurderingen af konditionsmæssigheden af tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S er foretaget af EnviDan A/S, som Jacobsen & Blindkilde A/S tilsyneladende har et tæt økonomisk samarbejde med på andre projekter.

Som følge heraf vil såvel påstand 1 som påstand 2 – om annulation af tildelingsbeslutningen – skulle tages til følge.«

Klageren har efterfølgende til dels supplerende gjort gældende, at det – som også anført af indklagede i processkrift af 22. september 2014 – fremgik af udbudsmaterialet, at renseanlægget skulle dimensioneres for en belastning på 100.000 PE (130 g COD/d/PE). Indklagede har endvidere anført, at der ikke i udbudsmaterialet var stillet krav om, at anlægget skulle have en vis procesvolumen, men overser her det faktum, at overholdelsen af den stillede procesgaranti forudsætter en vis procesvolumen.

Tre meget erfarne procesingeniører hos indklagedes tekniske rådgiver, EnviDan A/S, konstaterede i forbindelse med tilbudsevalueringen, at tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S ikke levede op til dimensioneringskravet på 100.000 PE, da proces-tankene i tilbudsprojektet var for små. Den tilbudte procesvolumen skulle således udvides med ca. 61 %.

Dette fik indklagede til dels at foretage en væsentlig omprojektering af tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S, således at dette herefter levede op til udbudsmaterialets krav, dels at kapitalisere »tilbudsmanglerne« ved at tillægge tilbuddet et samlet beløb på ca. 18,6 mio. kr. Kapitaliseringen var behæftet med usikkerhed, der blev skønnet til at være i størrelsesordenen +/- 10 %. Af indklagedes processkrift af 22. september 2014 fremgår, at denne kapitalisering er foretaget for at *»...sikre, at J&B ikke skulle få en fordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere i kraft af de tilbudte procesvolumener og for derved at sikre en lige behandling af tilbuddene.«* Indklagede har således også været af den opfattelse, at det var et (mindste)funktionskrav, at procesvolumen i den tilbudte løsning var tilstrækkelig for et 100.000 PE-anlæg.

Indklagede har behandlet den manglende opfyldelse af funktionskravet som et forbehold og under betydelig usikkerhed kapitaliseret manglen til ca. kr. 18,6 mio. Der er imidlertid ikke tale om et forbehold, der kan prissættes, allerede fordi Jacobsen & Blindkilde A/S slet ikke har givet tilbud på det opskalerede anlæg, som EnviDan A/S ensidigt har omprojekteret og prissat.

Indklagede var under alle omstændigheder forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt, idet indklagede alene var berettiget til at tage tilbuddet i betragtning, såfremt forbeholdet ikke vedrørte et grundlæggende element i udbuddet.

EnviDan A/S' konklusioner i notatet af 19. september 2014 er i direkte modstrid med EnviDan A/S' oprindelige vurdering og konklusion.

Dertil kommer, at Jacobsen & Blindkilde A/S ved forudsætningen om, at spildevandet skulle være »biologisk omsætteligt som normalt spildevand«, har taget et forbehold. Forudsætningen har ikke støtte i rettelsesbladene. Der er tale om et forhold, der har central betydning for design og fastlæggelse af procesvolumen i den tilbudte løsning, men i særdeleshed også for overholdelse af funktions- og procesgarantierne, idet Jacobsen & Blindkilde A/S med forbeholdet i realiteten er frigjort for at overholde procesgarantierne i det omfang, at den manglende overholdelse skyldes svært omsætteligt eller uomsætteligt organisk stof.

Procesvolumen i et spildevandsanlæg er ikke kun bestemt af den organiske belastning, men i lige så høj grad af kvælstofbelastningen. I udbudsbeskri-

velsen og procesgarantien defineres forholdet mellem den organiske belastning og kvælstofbelastningen, som anlægget skal dimensioneres for.

Om betydningen af den procesgaranti, som tilbudsgiverne skulle afgive, har klageren nærmere anført, at tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S burde have været afvist som ukonditionsmæssigt, allerede fordi indklagede konstaterede, at procesvolumenet i det tilbudte renseanlæg ikke levede op til belastningskravene på 100.000 PE. Det forhold, at Jacobsen & Blindkilde A/S har afgivet en proces- og funktionsgaranti på, at den tilbudte løsning bl.a. overholdt kravet om 100.000 PE, kan ikke føre til andet resultat, idet indklagede har været i kvalificeret ond tro om forudsætningerne for den afgivne procesgaranti. Med henvisning til EnviDan A/S' beregninger og vurderinger har indklagede således ikke kunnet lægge den afgivne procesgaranti til grund, idet indklagede netop selv konstaterede, at det grundlag, som garantierne hvilede på, var fejlbehæftet og forudsatte en væsentlig omprojektering for at kunne opfylde proces- og funktionsgarantien.

I forbindelse med kapitaliseringen foretog EnviDan A/S en væsentlig og ensidig omprojektering af Jacobsen & Blindkilde A/S' tilbud, således at kapaciteten i procestankene kom til at svare til dimensioneringsgrundlaget. En lang række forhold i tilbuddet blev påvirket såvel direkte som indirekte af omprojekteringen. Indklagede har således på egen hånd ændret på en kompliceret teknisk løsning, alene med det formål at tilpasse denne udbudsvilkårene.

Jacobsen & Blindkilde A/S' proces- og funktionsgaranti er afgivet for det oprindeligt tilbudte renseanlæg, og en så væsentlig omprojektering af denne løsning må under alle omstændigheder føre til, at de afgivne funktions- og procesgarantier ikke længere er gyldige/gældende for det omprojekterede anlæg.

Klageren har endelig gjort gældende, at indklagedes totalrådgiver, EnviDan A/S, er en del af Jacobsen og Blindkilde A/S' organisation, som i forbindelse med evalueringen fik en særdeles god bedømmelse vedrørende underkriteriet »organisation og samarbejde« (karakteren 8). EnviDan A/S er inhabil som rådgiver for indklagede, idet EnviDan A/S har økonomiske interesser i, at Jacobsen & Blindkilde A/S tildeles den udbudte kontrakt.

Klagerens tilbud er ikke ukonditionsmæssigt. At klageren anførte, at man forudsatte at få *mulighed for at drøfte* de endelige kontraktbetingelser mv., er ikke et forbehold. Den udbudte kontrakt er en betinget partneringaftale, hvor parterne netop i fællesskab skulle drøfte udformningen af det endelige aftalegrundlag og formuleringen i klagerens tilbud er ikke i modstrid med den skitserede partneringproces, herunder partneringaftalens indhold.

Indklagedes anbringender er i kendelsen af 25. august 2014 gengivet således:

»Indklagede har i det væsentlige gjort gældende, at klagerens påstand 1 er grundløs, og at klagerens påstand 2 om annulation af tildelingsbeslutningen derfor ikke skal tages til følge.

Tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S indeholdt som krævet en underskrevet proces- og funktionsgaranti om, at den tilbudte løsning overholdt det fastsatte krav om, at anlægget skulle kunne håndtere en organisk belastning på 100.000 PE. Indklagede bestrider derfor, at den tilbudte løsning ikke overholdt kravet.

Indklagede har ikke fastsat mindstekrav til procesvolumener for procestankene. Tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S var derfor ikke ukonditionsmæssigt, og EnviDan A/S vurderede, at der med en simpel forøgelse af de tilbudte tanks bredde og dybde, uden at dette har nogen indflydelse på dimension eller arkitektur af den tilbudte bygning/overdækning, vil kunne etableres et procesvolumen, der efter EnviDan A/S' vurdering er nødvendigt for at overholde renskravene for et 100.000 PE anlæg.

Indklagede har på baggrund af beregningerne fra MOE A/S i forbindelse med tilbudsevalueringen foretaget et tillæg på ca. 19 mio. kr. til Jacobsen & Blindkilde A/S' tilbud med henblik på at sikre, at Jacobsen & Blindkilde A/S ikke skulle få en fordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere i kraft af de tilbudte for små procesvolumener og for derved at sikre en lige behandling af tilbuddene.«

Indklagede har efterfølgende til dels supplerende gjort gældende, at indklagede for i videst muligt omfang at give tilbudsgiverne mulighed for at fremkomme med nye og innovative løsninger valgte at beskrive den udbudte opgave ud fra funktionskrav og med kun få minimumskrav. Med henblik

på at sikre opfyldelse af kravet om, at anlægget skulle dimensioneres for en belastning på 100.000 PR, valgte indklagede at gøre det til et minimums-krav, at tilbudsgiverne skulle udfylde proces- og funktionsgarantier. Der var derimod ikke krav om, at anlægget skulle have en vis procesvolumen, ligesom det ikke var forudsat, at kun anlæg af en vis procesvolumen ville kunne opfylde kravet om de 100.000 PE.

Tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde var baseret på en teknisk anderledes og mere innovativ løsning, hvor anlæggets biologiske procesvolumen var væsentligt mindre end beskrevet i tilbuddene fra Per Aarsleff A/S og klageren, og EnviDan A/S vurderede i forbindelse med sin første gennemgang af tilbuddene, at de biologiske procesvolumener, som Jacobsen & Blindkilde havde tilbudt, var for små [de ovenfor nævnte notater af juni 2014].

EnviDan A/S' fornyede gennemgang af tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S viser, at de fastsatte krav alligevel er opfyldt, og at de anvendte dimensioneringsværktøjer er egnede til opgaven. Skønt de anvendte dimensioneringskriterier afviger fra de kriterier, som EnviDan A/S normalt anvender til dimensionering af renseanlæg, har EnviDan A/S ikke belæg for at konkludere, at det tilbudte anlæg ikke skulle være i stand til at overholde de opstillede proces- og funktionsgarantier.

Den fornyede vurdering fra EnviDan A/S bekræfter, at tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S opfylder - og hele tiden har opfyldt - det i udbudsmaterialet fastsatte krav om 100.000 PE. På baggrund heraf er det indklagedes opfattelse, at der alligevel ikke havde været anledning til at tillægge tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S ca. 19 mio. kr. i evalueringsøjemed.

Indklagede har endelig gjort gældende, at klagerens tilbud, herunder de krævede proces- og funktionsgarantier, er afgivet under forudsætning af, at de endelige kontraktbetingelser drøftes. Procesgarantien vedrører opfyldelsen af kravet om, at anlægget skal dimensioneres til en belastning på 100.000 PE (130 g COD/d/PE), og de drøftelser af procesgarantien, som klageren i sit tilbud forudsætter, er uforenelige med udbudsmaterialet, herunder indklagedes svar på spørgsmål 20 i rettelsesblad nr. 4. Indklagede skulle derfor have afvist klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt.

Det fremgår af tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S, at det tilbudte anlæg er dimensioneret i overensstemmelse med udbudsmaterialets krav, og

EnviDan A/S vurderede i forbindelse med en fornyet gennemgang af tilbuddet, at den tilbudte løsning opfylder (og hele tiden har opfyldt) de stillede krav. Det var – som udbudsmaterialet var struktureret – op til den enkelte tilbudsgiver selv at vælge, hvordan anlægget skulle dimensioneres, så længe det opfyldte kravet om de 100.000 PE, og så længe tilbudsgiverne var villige til at stille de krævede proces- og funktionsgarantier.

Ved beregningen af procesvolumen indgår en række faktorer, herunder slamkoncentrationen, spildevandets sammensætning, temperatur, % volatile suspenderet stof (VSS), omsætningshastigheder og sikkerhedsfaktorer mv. Klageren ville ikke – selvom klageren havde haft kendskab til den slambehandlingsmetode mv., som Jacobsen & Blindkilde A/S anvender – kunne vurdere, om tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S opfyldte kravet om en dimensionering af anlægget for en belastning på 100.000 PE. Det har aldrig været meningen, at det tilbudte anlæg skulle »omprojekteres«. Den kapitalisering, der blev tillagt tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S under evalueringen, blev alene foretaget til brug for tilbudsevalueringen, og der er således ikke tale om en ensidig omprojektering af den tilbudte løsning.

EnviDan A/S har ikke fungeret som eneste rådgiver i projektforløbet. Moe A/S har således i projektforløbet haft en betydelig rolle og har blandt andet bistået med udarbejdelsen af udbudsbeskrivelsens punkt 9 om bygge- og anlægsarbejdet og stået i spidsen for selve tilbudsevalueringen for så vidt angik de dele, der vedrørte bygge- og anlægsarbejder.

Jacobsen & Blindkilde A/S' forudsætning om, at spildevandet er *biologisk omsætteligt som normalt spildevand* er i overensstemmelse med det, der er forudsat i udbudsmaterialet, jf. herved spørgsmål 30 og spørgsmål 44.

Sammenfattende har indklagede gjort gældende, at tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S opfyldte alle de stillede minimumskrav, herunder dimensioneringskravet på 100.000 PE; de underskrevne og vedlagte proces- og funktionsgarantier tjener som sikkerhed for dimensioneringskravets opfyldelse; der var ikke i udbudsmaterialet stillet mindstekrav til tankenes biologiske procesvolumen; EnviDan A/S har på baggrund af sin fornyede gennemgang af tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S vurderet, at dimensioneringsforudsætninger og anvendte værktøjer er valide, og at der ikke er belæg for at konkludere, at det af Jacobsen & Blindkilde A/S tilbudte biologiske procesvolumen ikke er tilstrækkelig til at kunne opfylde kravet på 100.000 PE;

dette tilbud er - og har hele tiden har været - konditionsmæssigt; indklagede har dermed ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at tage tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S i betragtning; den fornyede tilbudsgennemgang har ikke haft nogen betydning for evalueringens udfald, idet tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S stadig fremstår som det økonomisk mest fordelagtige; tildelingsbeslutningen kan dermed opretholdes.

Klagenævnet udtaler:

I kendelsen af 25. august 2014 er bl.a. anført:

»...

Vedrørende betingelse nr. 1 (»*fumus boni juris*«) bemærker klagenævnet, at kontrakten ifølge såvel udbudsbekendtgørelsen som Udbudsbeskrivelsen vedrører et renseanlæg »med en kapacitet på ca. 100.000 PE«.

Indklagede bestrider ikke, at der er fastsat krav om en sådan kapacitet, men gør gældende, at tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S må anses for at indeholde et forbehold, som indklagede har været berettiget til at prissætte, og - må det antages - at prissætningen er korrekt foretaget.

Der er tale om en procentvis endog betragtelig afvigelse mellem den kapacitet, som Jacobsen & Blindkilde A/S har tilbudt, og den krævede PE kapacitet (nemlig 14.250 m³ i forhold til det estimerede behov op 23.000 m³).

I den prissætning, som indklagede har foretaget, angives en usikkerhed på +/- 10 %, og indklagede har således ikke løftet sin bevisbyrde for, at der ved det tillæg til tilbudsprisen, som er foretaget, er sket en udligning af den fordel, som Jacobsen & Blindkilde A/S måtte have haft ved at tilbyde et anlæg med en kapacitet på ca. 2/3 af det krævede.

Det er herefter uden betydning, om afvigelsen i øvrigt betragtes som manglende opfyldelse af et funktionsmindstekrav eller som et forbehold.«

Indklagede har efterfølgende indhentet endnu en erklæring fra sin rådgiver, EnviDan A/S, som nu – jf. notatet af 19. september 2014, citeret i sin helhed ovenfor – giver udtryk for, at dimensioneringsberegningerne vedrørende tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S har været unødvendige, da tilbuddet opfyldte de fastsatte krav. Indklagede indtager således nu – som sit

ene hovedanbringende - det standpunkt, at kapitaliseringen i forbindelse med evalueringen af tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S har været overflødig, idet tilbuddet hele tiden har været konditionsmæssigt.

Indklagedes andet hovedanbringende er, at Jacobsen & Blindkilde A/S under alle omstændigheder – fordi virksomheden som krævet havde afgivet proces- og funktionsgarantier – skulle levere den efterspurgte ydelse, og at tilbuddet derfor allerede af den grund ikke kunne afvises som ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet bemærker, at en nærmere gennemgang af de enkelte tilbud ville savne mening, såfremt afgivelse af de krævede proces- og funktionsgarantier betragtes som tilbudsgivernes »hovedydelse«, hvis opfyldelse i det hele skulle gardere mod påstande om ukonditionsmæssighed, som de i sagen omhandlede. De afgivne tilbud overholdt mindstekravene om proces- og funktionsgarantier, men det har ikke frataget indklagede pligten til at påse, om tilbudsgiverne afgav tilbud på det, der var udbudt.

Den udbudte kontrakt vedrører »Nyt renseanlæg på Solrødgård med kapacitet på ca. 100 000 PE«. Tilbud på renseanlæg, der ikke har den fastsatte kapacitet, skal derfor som det helt klare udgangspunkt afvises. I evalueringsrapporten vedrørende tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S er anført, at en »gennemregning af procesvolumenet viser, at det i projektet angivne volumen ikke er tilstrækkeligt til at sikre biologien til 100.000 PE«. Indklagedes rådgivere foretog derfor beregninger af omdimensioneringer m.v. med henblik på ændringer i det anlæg, som Jacobsen & Blindkilde A/S havde tilbudt. Beregningerne og deres økonomiske konsekvenser var behæftet med usikkerhed.

Det påhviler indklagede at bevise, at det vindende tilbud trods det, der er anført i evalueringsrapporten, opfyldte kravet om at skulle være tilbud på et renseanlæg med en kapacitet på ca. 100.000 PE. Denne bevisbyrde er ikke løftet blot med Envidan A/S' fornyede notat.

Klagerens påstande tages derfor til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Hillerød Spildevand A/S, har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at have taget tilbuddet fra Jacobsen & Blindkilde A/S i betragtning.

Indklagedes beslutning af 20. juni 2014 om at tildele kontrakten til Jacobsen & Blindkilde A/S annulleres.

Indklagede skal i sagsomkostninger til klageren, Konsortiet 1. NCC Construction Danmark A/S og 2. Krüger A/S, betale 40.000 kr.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig