

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 indklagede, 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«.

Klagenævnet har den 21. juli 2014 modtaget en klage fra Konsortiet 1. NCC Construction Danmark A/S og 2. Krüger A/S vedrørende udbuddet

Konsortiet (klageren) har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Hillerød Spildevand A/S 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 – 16 og svarskrift med bilag A – C.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder 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.«

Indklagede prækvalificerede følgende ansøgere:

1. Konsortiet NCC Construction Danmark A/S og 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.

Underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« er i Udbudsbeskrivelsen fastsat til 1. Tilbudssum (15 %), Driftsomkostninger 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 renseanlægget 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 »Procesgaranti«, hvoraf blandt andet fremgår:

»...

1.3 Belastningsforudsætninger

Nyt renseanlæg 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 renseanlæg på Solrødgård (100.000 PE)

Parameter	Enhed	Middel 60 %	Maks 85 %
<i>Middel døgn vandmængde</i>	<i>m³/d</i>	26.000	
<i>Maks. time tørvejrsvandmængde</i>	<i>m³/h</i>		1.680
<i>Maks. time regnvejrsvandmængde</i>	<i>m³/h</i>		2.400
<i>BOD</i>	<i>kg/d</i>	4.010	5.400
<i>COD</i>	<i>kg/d</i>	13.000	17.550
<i>SS</i>	<i>kg/d</i>	7.670	10.350

<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.

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

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 tankes 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. Udvendt jordtryk og tryk fra udvendigt grundvand på vægge mod jord øges betragteligt (fra ca. 5,5 m til ca. 8,0 m). Belastning er dimensionsgivende 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 grundvandssænkning 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. Det anføres endvidere i meddelelsen, at indklagede »på grund af sommerferie har ...valgt at udvide stand-still periode så den udløber den 31. juli 2014«.

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.«

Samtidig forlængede indklagede stand-still perioden til den 14. august 2014.

Parternes anbringender:

Klageren 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. kr. 18,6 mio. 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 annullation af tildelingsbeslutningen – skulle tages til følge. Kravet om »fumus boni juris« er derfor opfyldt.

Klageren har desuden gjort gældende, at klagenævnet som følge heraf skal tillægge klagen opsættende virkning uden selvstændig prøvelse af, om kravet om »uopsættelighed« er opfyldt.

Endelig fører en afvejning af indklagedes interesse i at kunne underskrive kontrakt over for klagerens interesse i inden kontraktindgåelsen at få taget endelig stilling til, hvorvidt indklagede har overholdt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, til, at klagen skal tillægges opsættende virkning.

Indklagede har i det væsentlige gjort gældende, at klagernes påstand 1 er grundløs, og at klagerens påstand 2 om annullation 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 rensekravene 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 i øvrigt anført, at kun såfremt tildelingsbeslutningen må antages at blive annulleret, vil kravet om »fumus boni juris« kunne anses for opfyldt. Det er ikke tilfældet i den foreliggende sag.

Vedrørende kravet om »uopsættelighed« har indklagede gjort gældende, at det efter fast praksis fra EU-Domstolen og fra klagenævnet påhviler klageren at godtgøre, at klageren vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klageren skal afvente afgørelsen i hovedsagen, jf. bl.a. Rettens kendelse af 2. juni 2005 i sag T-125/05 R, Rettens kendelse af 5. oktober 2011 i sag T-422/11 R samt Rettens kendelse af 25. januar 2012 i sag T-637/11 R. Det fremgår af afgørelserne, at der stilles meget betydelige krav til klagerens bevisbyrde.

Det følger endvidere af den nævnte praksis, at der ikke foreligger et sådant tab, hvis tabet er økonomisk, og der senere kan betales erstatning herfor. Indklagede har også på dette punkt henvist til de nævnte kendelser.

Klageren har heller ikke godtgjort en interesse i sagen, som ikke kan tilgodeses ved økonomisk kompensation, såfremt klageren måtte få medhold ved sagens endelige afgørelse.

Endelig har indklagede gjort gældende, at en afvejning af parternes interesse falder ud til indklagedes fordel.

Klagenævnet udtaler:

Som anført i klagenævnets brev af 28. juli 2014 til parterne, er indklagedes underretning af 20. juni 2014 til parterne om, at indklagede havde besluttet at indgå kontrakt med Jacobsen & Blindkilde A/S, sendt pr. e-mail, og indklagede måtte derfor efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 3, stk. 1, underskrive kontrakt med Jacobsen & Blindkilde A/S den 1. juli

2014. Da klagen først er modtaget den 21. juli 2014, er klagen ikke modtaget i stand-still perioden.

Det bemærkes, at klagenævnet ikke har kompetence til at tage stilling til, om indklagede aftaleretligt er forpligtet til at undlade at underskrive kontrakt, indtil klagenævnet har taget stilling til spørgsmålet om opsættende virkning.

Klagenævnet træffer derfor afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., 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, 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.

På det foreløbige grundlag, der foreligger, er der således udsigt til, at klagerens påstand 1 – og dermed også klagerens påstand 2 om annulation af tildelingsbeslutningen – vil blive taget til følge. Kravet om »fumus boni juris« er derfor opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at der ikke er grundlag for at antage, at klageren – såfremt klageren får medhold ved sagens endelige afgørelse – vil lide et tab, der ikke vil kunne kompenseres gennem erstatning og således er uopretteligt. Betingelsen om »uopsættelighed« er derfor ikke opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for at tillægge klagen opsættende virkning ikke opfyldt.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig