

K E N D E L S E

Krüger A/S
(advokat John Adamsen, Portugal)

mod

Tønder Spildevand A/S
(advokat Lasse Møller og advokat Camilla Bjørslev Paulsen, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 135-331881 af 13. juli 2020 udbød Tønder Spildevand A/S ("Tønder Spildevand") som begrænset udbud efter udbudsloven en totalentreprisekontrakt om opførelse af et nyt renseanlæg, da Tønder Spildevand havde overtaget ejerskabet af Branderup Renseanlæg, og kapaciteten af renseanlægget skulle udvides.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 11. august 2020 havde følgende anmodet om prækvalifikation:

1. EnviDan A/S og Jakobsen & Blindkilde A/S
2. VAM A/S, Niras A/S, Strøm Hansen A/S og Aquagain-Folding Smed A/S
3. Bo Michelsen A/S, Rambøll Danmark A/S, 2Water ApS, Intego A/S og SLR Holding ApS
4. Chr. Johannsen A/S, Krüger A/S og Arkikon ApS

Den 19. august 2020 besluttede Tønder Spildevand at prækvalificere de ovennævnte virksomheder.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud del 1 den 13. oktober 2020 og fristen for afgivelse af tilbud del 2 den 19. oktober 2020 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 30. oktober 2020 besluttede Tønder Spildevand at indgå kontrakt med Chr. Johannsen A/S, Krüger A/S og Arkikon ApS.

Den 6. november 2020 annullerede Tønder Spildevand udbuddet bl.a. med den begrundelse, at Tønder Spildevand havde erfaret, at der var usikkerhed om selve tilbudsafgivelsen, herunder i hvilket omfang det var tilladt at genbruge dele af det eksisterende anlæg.

Den 17. december 2020 indgav Krüger A/S ("Krüger") klage til Klagenævnet for Udbud over Tønder Spildevand. Klagen har været behandlet skriftligt.

Krüger har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Tønder Spildevand har handlet usagligt og i strid med ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og/eller proportionalitetsprincippet ved at annullere (aflyse) udbuddet.

Påstand 1A

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Tønder Spildevand har handlet usagligt og i strid med ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og/eller proportionalitetsprincippet ved at annullere udbuddet, idet annullationen af udbuddet skete for at tilgodese en postuleret "ligelig behandling af tilbudsgiverne" og dermed det eneste ud af de i alt fire tilbud, som indeholdt en af tilbudsgiver ensidigt opstillet forudsætning om fravalg af genbrug af "eksisterende anlægselementer", og i øvrigt var det tilbud, der fik den laveste karakter på 1,85 point og markant lavere end Chr. Johannsen A/S' vindende tilbuds karakter på 8,75 point.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Tønder Spildevands beslutning af 6. november 2020 om at annullere udbuddet er uberettiget, og skal annullere denne beslutning.

Tønder Spildevand har principalt nedlagt påstand om afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 135-331881 af 13. juli 2020, der blev offentliggjort den 15. juli 2020, udbød Tønder Spildevand som anført en totalentreprisekontrakt om opførelse af et nyt renseanlæg. Baggrunden var, at Tønder Spildevand havde overtaget ejerskabet af Branderup Renseanlæg fra Arla, og at kapaciteten af renseanlægget skulle udvides.

I udbudsbekendtgørelsen står bl.a. følgende:

”II.1.4) Kort beskrivelse:

...

I den forbindelse skal kapaciteten af renseanlægget udvides, så det fremadrettet kan håndtere 4 000 m³/døgn.

Bygherren har fået tilstandsvurderet det eksisterende anlæg, og det er vurderet, at eksisterende bygninger og konstruktioner ikke kan genbruges.

Det er derfor et nyt komplet anlæg dimensioneret til industrispildevand fra mejeri i størrelsesordenen 4 000 m³/døgn, der skal etableres. Bygherren ønsker at anlægget etableres, så der er sikkerhed for evt. fremtidige udvidelser fra Arla kan renses tilfredsstillende efter nugældende krav, hvorfor anlægget derfor skal være i stand til at rense 4 000 m³/døgn.

Det nye Branderup Renseanlæg skal være klar til ibrugtagning senest ultimo august 2021...

II.1.5) Anslået samlet værdi

Værdi eksklusive moms: 50 000 000.00 DKK”

Af udbudsbeskrivelsen fremgår bl.a. følgende:

”1. GENEREL INFORMATION

...

1.1 Almindelige oplysninger

...

Bygherren har fået tilstandsvurderet det eksisterende anlæg og det er vurderet, at eksisterende bygninger og konstruktioner ikke kan genbruges.

Det er derfor et nyt komplet anlæg dimensioneret til industrispildevand fra mejeri i størrelsesordenen 4.000 m³/døgn, der skal etableres. Arla har i deres ansøgning om tilslutningstilladelse angivet, at der forventes et maks. spildevandsflow på ca. 2.300 m³/døgn, når RO-vand genbruges og ca. 3.200 m³/døgn, når det ikke genbruges. Bygherren ønsker at anlægget etableres så der er sikkerhed for evt. fremtidige udvidelser fra Arla kan renses tilfredsstillende efter nugældende krav, hvorfor anlægget derfor skal være i stand til at rense 4.000 m³/døgn.

I totalentreprenørens anlægssum skal samtlige udgifter til nedbrydning og bortskaffelse af eksisterende anlæg inkl. evt. deponeringsomkostninger, samt levering og etablering af nyt renseanlæg være indeholdt..

...

Totalentreprenøren skal med baggrund i krav sat i myndighedstilladelserne dimensionere og indrette anlægget med de nødvendige mekaniske, kemiske og biologiske trin således, at myndighedskravene kan overholdes.

...

2.1 Udbudsform og -proces

Udbuddet gennemføres som begrænset udbud.

Udbuddet gennemføres i to faser; en prækvalifikationsfase og en tilbuds-fase.

Udbuddet gennemføres med følgende hovedaktiviteter:

1. Anmodning om prækvalifikation
2. Fem virksomheder prækvalificeres
3. Der afholdes fælles besigtigelse af Branderup renseanlæg
4. De prækvalificerede virksomheder afgiver deres tilbud på proces og indretning
5. Bedømmelsesudvalget evaluerer de indsendte tilbud
6. Bedømmelsesudvalget udsender deres karaktergivning for det indsendte på samme tid som
7. De prækvalificerede virksomheder afgiver anlægsprisen
8. Bedømmelsesudvalget foretager den endelige evaluering
9. Tilbudsgiverne orienteres om resultatet af evalueringen

En forudsætning for at kunne afgive tilbud – og dermed deltage i tilbudsfasen – er, at man har ansøgt om at blive prækvalificeret, og at ordregiver, har vurderet, at virksomheden er egnet til at løse opgaven. Alene de fem bedst egnede ansøgere vil blive opfordret til at afgive tilbud.

Ordregiver er forpligtet til at følge en række formelle regler og procedure i forbindelse med udbudsforretningen. I den forbindelse ønsker ordregiveren i særdeleshed at henlede tilbudsgiveres opmærksomhed på:

- at ordregiver er berettiget og forpligtet til at se bort fra et tilbud, hvis tilbuddet ikke er konditionsmæssigt, bl.a. hvis det ikke overholder forskrifterne i disse udbudsbetingelser, eller hvis det indeholder forbehold for grundlæggende elementer, samt forbehold, der ikke kan prissættes jf. punkt 2.1.1
- at ordregiver er forpligtet til at se bort fra tilbud eller ændringer til tilbud, som modtages efter tilbudsfristens udløb jf. punkt 2.3.3
- at det er tilbudsgivers risiko, at tilbuddet afgives i overensstemmelse med nærværende udbudsbetingelser og det samlede udbudsmateriale. Risikoen for rækkevidden og konsekvensen af eventuelle forbehold eller væsentlige uklarheder i tilbuddet fra tilbudsgiver, påhviler udelukkende tilbudsgiver.

...

2.1.1 Forbehold

Ordregiver er berettiget til at afvise ethvert tilbud med forbehold til udbudsmaterialet.

Der gøres opmærksom på, at eventuelle forbehold skal være tydeligt beskrevet i tilbuddet og forbehold, der alene er beskrevet i tegninger eller tekst, accepteres ikke.

I stedet for at overveje forbehold opfordres tilbudsgiver til tidligst muligt under spørgsmål/svarrunderne at henlede ordregivers opmærksomhed på eventuelle uhensigtsmæssige krav af betydning i udbudsmaterialet.

Tilbudsgiver opfordres til ikke uovervejende at vedlægge standarddokumenter i form af standard leveringsbetingelser mv. til nogen tilbud, idet sådanne dokumenter kan indeholde utilsigtede forbehold.

...

2.3.4 Tildelingskriterie

Tilbuddene vurderes efter tildelingskriteriet "det bedste forhold mellem pris og kvalitet", jf. udbudslovens § 162, stk. 1, nr. 3, med følgende underkriterier:

Underkriterie	Vægtning
1. Procesredegørelse med tilhørende disponering	15 %
2. Kvalitet af de tilbudte materialer og komponenter	10 %
3. Driftsudgifter	10 %
4. Anlægssum	65 %

...

2.3.5 Evalueringsmodel

Forinden selve evalueringen, vil det blive vurderet, om tilbuddene er kon-ditions-mæssige. Herefter vurderes tilbuddene efter anførte underkriterier.

De fremsendte tilbud evalueres efter en pointmodel på hvert af ovenstående underkriterier. Point gives på en skala fra 0 til 10 med karakteren 10, som den højeste, og karakteren 0, som den laveste. Karaktererne gives i intervaller af 1. Den opnåede karakter ganges efterfølgende med ovenstående vægtningsprocent, og derved opstår de opnåede point.

Evaluerings af underkriterie 1 og 2

Følgende pointskala anvendes ved bedømmelserne.

10	Gives for det fremragende tilbud, som bedst muligt opfylder underkriteriet med ingen eller få uvæsentlige undtagelser
9	Gives for tilbud med en meget god opfyldelse af underkriteriet
8	Gives for tilbud med en god til meget god opfyldelse af underkriteriet (Tilbuddet er samlet set en god opfyldelse af underkriteriet, men indeholder flere elementer, som er meget godt opfyldt)
7	Gives for tilbud med en god opfyldelse af underkriteriet
6	Gives for tilbud med en tilfredsstillende til god opfyldelse af underkriteriet (Tilbuddet er samlet set en tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet, men indeholder flere elementer, som er godt opfyldt)
5	Gives for tilbud med en tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
4	Gives for tilbud med en mindre tilfredsstillende til tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet (Tilbuddet er samlet set en mindre tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet, men indeholder flere elementer, som er tilfredsstillende opfyldt)
3	Gives for tilbud med en mindre tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
2	Gives for tilbud med en utilfredsstillende til mindre tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet (Tilbuddet er samlet set en utilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet, men indeholder flere elementer, som er mindre tilfredsstillende opfyldt)
1	Givers for tilbud med en utilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet

0	Gives for tilbud, som kun netop er konditions-mæssigt (men hvor der ikke er oplysninger, som belyser opfyldelsen af underkriteriet)
---	---

Evaluerings af underkriterie 3 og 4

Som model for evaluering af underkriterie 3 og 4 –Anvendes en lineær model. Der tildeles således 10 point til det laveste pris og 0 point til priser 30 % over den laveste pris. Den lineære sammenhæng er således gældende for priser i intervallet laveste pris til laveste pris + 30 %.

Såfremt der mod forventning modtages tilbudspriser, hvor et af de indkomne tilbud er over 30 % fra det laveste tilbud, vil disse ligeledes få 0 Point.

...

6.7 Myndighedens godkendelse

...

Bygherren har fået en godkendt udledningstilladelse, se dokument M. Oplæg til godkendelse af udledningstilladelse.

Totalentreprenøren har ansvaret for at projektet overholder kravene stillet i ovennævnte dokumenter samt at projektet får en byggetilladelse fra Tønder Kommune, totalentreprenøren forestår selv ansøgning og myndighedskontakt herfor.”

Af udkastet til kontrakt af 20. august 2020 fremgår bl.a. følgende:

”3.2.1 Udskiftning af nøglepersoner

...

De i tilbuddet nævnte nøglemedarbejdere skal være til rådighed for opgaven i nødvendigt omfang og som minimum som angivet i Totalentreprenørens tilbud. Hvis samarbejdet mellem Totalentreprenøren og Bygherren efter Bygherrens saglige vurdering ikke fungerer optimalt, er Bygherren dog berettiget til at kræve den pågældende nøglemedarbejder udskiftet, og der skal udpeges en ny nøglemedarbejder. En eventuel ny nøglemedarbejder skal som minimum have de samme kvalifikationer og forudsætninger, som den oprindeligt udpegede. Dette skal efter påkrav fra Bygherren dokumenteres. Bygherren er berettiget til at afvise en eventuel ny nøglemedarbejder, hvis den pågældende person ikke har samme kvalifikationer og forudsætninger, som den oprindeligt udpegede.

De i tilbuddet med kontraktens indgåelse udpegede nøglemedarbejdere kan herudover kun udskiftes, hvis vedkommende skifter job eller på an-

den vis bliver ude af stand til at varetage funktionen hos Totalentreprenøren. En eventuel ny nøglemedarbejder skal som minimum have de samme kvalifikationer og forudsætninger som den oprindeligt udpegede, dette skal kunne dokumenteres. Udskiftningen af nøglepersoner kan alene ske efter forudgående godkendelse af Bygherren. Bygherren er berettiget til at afvise en eventuel ny person, hvis den pågældende person ikke har samme kvalifikationer og forudsætninger, som den oprindeligt udpegede.

Hvis Totalentreprenøren ønsker at anvende andre underentreprenører / underrådgivere, end de der er medtaget i Totalentreprenørens tilbud, skal disse godkendes af Bygherren, førend bindende aftale med underentreprenør / underrådgiver kan indgås. Godkendelse kan kun nægtes, hvis der er saglig begrundelse herfor.

De i forbindelse med nærværende aftales indgåelse af Bygherren godkendte underentreprenører / underrådgivere kan kun udskiftes under samme forudsætninger som ovenfor anført vedrørende udskiftning af nøglemedarbejdere, og hvis det dokumenteres, at vedkommende ny underrådgiver som minimum har de samme kvalifikationer og forudsætninger, som den oprindeligt valgte.

...

14. ANVENDELSE AF UNDERENTREPRENØRER / -RÅDGIVERE

I det omfang, totalentreprenøren ved ansøgning om prækvalifikation har baseret sig på andre enheders erfaring vedrørende udførelse af konkrete dele af bygge- og anlægsarbejder, skal disse konkrete dele af arbejderne udføres af den pågældende.”

Udbudsmaterialet indeholdt bl.a. en vurdering af det eksisterende anlæg med angivelse af anlægsdele til eventuel genanvendelse udarbejdet af EnviDan A/S. Af denne vurdering fremgår bl.a. følgende:

”1. Formål

Efter besigtigelse tirsdag den 9. juli er udarbejdet nærværende overordnede og indledende vurdering af genanvendelighed af anlægsdele på nuværende renseanlæg.

Vurderingen er gennemgået med deltagelse af Tønder Forsyning og EnviDan mhp. at vurdere, hvilke anlægsdele der kan genanvendes ifm. fremtidig udbygning af anlægget.

...

2. Indledende vurdering og kommentering

2.1 Tilløb

2.1.1 Beskrivelse

Fra gravitationsbrønd løber spildevandet til indløbspumpestationen.

Pumpestationen er udstyret med dykkede pumper i betonbrønd. Over brønden er etableret et træskur.

Fra pumpestationen pumpes vandet til udlignings-/ homogeniseringsbassin eller sikkerhedsbassin.

...

Den samlede installation vurderes at kunne genanvendes – evt. med nye pumper med større kapacitet.

Der kan etableres ny bygning over pumpestationen der sikrer acceptable arbejds- og sikkerhedsforhold.

...

2.1.2 Konklusion

Installationen kan genanvendes men uden skur og der skal ske en gennemgribende ombygning, så arbejdsmiljø og sikkerhedsforhold tilgodeses. Ved genanvendelse skal etableres ny bygning omkring installationen.

2.2 Udlignings-/homogeniserings-, sikkerheds- og nødbassiner

2.2.1 Beskrivelse

Bassiner er Muleby overdækkede betontanke.

...

Tankene er angrebet på indvendige overflader med blotlægning af sten. Genanvendelse kræver nedrensning og indvendig overfladebehandling.

...

2.2.2 Konklusion

Tanke kan genanvendes, men kun med nødvendig indvendig nedrensning og overfladebehandling af betonen til det aggressive miljø i tanke. Volumen er ikke vurderet ift. det fremtidige behov. Sikkerhedsforhold ifm. ophold på tankdæk skal sikres da nuværende forhold ikke opfylder sikkerhedskrav.

...

2.4 Procestank

2.4.1 Beskrivelse

Procestanken er en Perstrup tank med skillevæg. Tanken drives med recirkulation mellem anoxisk indersektion og aerob ydersektion.

...

Tanken vurderes at kunne genanvendes, dog med udskiftning af diverse sliddele (membraner mm.)

...

2.4.2 Konklusion

Procestanken kan genanvendes. Dog uden det supplerende beluftsudstyr. Dvs. bundbeluftning kan indgå i det fremtidige anlæg såfremt der monteres nye diffusorer.

Blæsere skal udskiftes til type med lavt forbrug og lav vedligehold.

...

2.5 Efterklaringstank/returslampumpestation

2.5.1 Beskrivelse

Efterklaringstanken umiddelbart vurderet for lille ift. den fremtidige hydrauliske belastning.

Tanken er en Perstrup tank som kræver reparationsarbejder af beton og udskiftning af fuger på hammer, såfremt den ønskes genanvendt.

...

2.5.2 Konklusion

Tanken kan anvendes, men kun med betonreparationer og udskiftning af sliddele. Pumpestationen kan ikke genanvendes.

...

2.6 Laguner

2.6.1 Beskrivelse

På anlægget findes 2 udløbslaguner, hvor suspenderet stof bundfældes før udløb. Lagunedrift kan være problematisk pga. omsætning af suspenderet stof med deraf forhøjede værdier af næringssalte i udløb. Akkrediterede analyser for anlægget tyder dog ikke herpå.

...

2.6.2 Konklusion

Den ene af lagunerne ønskes bibeholdt. Primært aht. sumpvolumen for markvandingspumpen. Det fremtidige anlægs skal omfatte tertiær rensning før den bibeholdte lagune og eftervisning af renskrav kan ske efter tertiær rensning og før lagune. Akkrediterede analyser vil formentlig skulle udtages efter lagunen.

...

2.11 Markvandingsanlæg

2.11.1 Beskrivelse

På anlægget findes markvandingspumper med flowmåler for pumpning til markvanding via Arla Foods distributionssystem for markvanding.

Arla Foods har aftaler med flere landmænd om aftagelse af rensset spildevand for markvanding.

...

2.11.2 Konklusion

Funktionen skal bibeholdes med opgradres med lovlige arbejds- og sikkerhedsforhold omkring installationen.”

Som Bilag 3 til Tønder Kommunes udledningstilladelse til Branderup Renseanlæg af 9. juni 2020 var vedlagt en VVM-screening (myndighedsscreeningsskema). I dette bilag står bl.a. følgende:

”

Basisoplysninger	Anmeldte oplysninger
Projektbeskrivelse (kan vedlægges)	Se indledende tekst i dette tillæg.
...	...
3. Projektets areal og volumenmæssige udformning	Da renseanlægget ikke er detailprojekteret kendes disse karakteristika ikke.

Er der behov for grundvands-sænkning i forbindelse med projektet og i givet fald hvor meget i m	Pga. Smedebækkens nære beliggenhed vil der blive behov for grundvands-sænkning i anlægsperioden, men det eksakte behov herfor (og dermed volumen) kendes ikke. Dette skyldes som tidligere nævnt, at anlægslayoutet ikke kendes.
Projektets samlede grundareal angivet i ha eller m ²	
Projektets bebyggede areal i m ²	Det forventes ikke at projektets maksimale bygningshøjde vil adskille sig fra det nuværende anlæg. Dvs. der forventes større bygningshøjder, som vil kunne ses på længere afstand.
Projektets nye befæstede areal i m ²	
Projektets samlede bygningsmasse i m ³	I forhold til nedrivningsarbejder er behovet herfor ikke fastlagt, idet det vil være op til en totalentreprenør at afgøre graden af genanvendelse. Dog forventes det, at de eksisterende bygværker anvendes i det omfang deres tilstand og restlevetid muliggør det.
Projektets maksimale bygningshøjde i m	
Beskrivelse af omfanget af eventuelle nedrivningsarbejder i forbindelse med projektet	

”

I Chr. Johannsen A/S' tilbuds-brev til Tønder Spildevand står bl.a. følgende:

”Udvidelse af renseanlæg til Arla, Branderup

Chr. Johannsen, Krüger og Arkikon har hermed fornøjelsen at fremsende tilbud på en udvidelse af renseanlægget til Arla i Branderup.

Chr. Johannsen A/S er baseret i Rødekro og har i snart 70 år leveret byggeprojekter i hele Danmark samt i Nordtyskland. Specielt i det Sønderjyske er der mange referencer, og de har for nyligt herigennem opnået anerkendelse fra Aabenraa Kommune på deres store fokus på CSR ("Social Ansvarlig Virksomhed") på arbejdspladsen. Med deres store lokalkendskab i det Sønderjyske, og deres tilgang til projekterne, var det naturligt for Krüger at gå ind i et partnerskab med Chr. Johannsen til dette projekt. Krüger har gennem årene oparbejdet stor erfaring indenfor spildevandsrensning til industrien inklusiv på mejerier. Baseret på konkrete drifts- og proceserfaringer i dette segment, er der i nærværende tilbud derfor valgt en simpel anlægsløsning, der er robust, velkendt og velafprøvet.

...

Bl.a. indgår (2) nye SBR-procestanke, der ved omkobling fra gammelt til nyt anlæg principielt kan opstartes straks; Ved opstart af de nye proces-tanke vil det aktive slam fra den eksisterende beluftertank blive fordelt til de 2 nye SBR tanke. SBR tankene vil dermed med det samme performe, da bakterierne i den eksisterende beluftertank allerede er tilvænnet spildevandet fra Arla. Ved omkoblingen er indgreb i den eksisterende drift dermed også reduceret til et minimum.”

Krüger har i tilbuddet afgivet støtteerklæring af 19. juni 2020, og af denne fremgår det, at Chr. Johannsen A/S kan basere sin egnethed for så vidt angår økonomisk og finansiell formåen og teknisk og/eller faglige formåen på Krüger.

Af tilbuddet fra Bo Michelsen A/S m.fl. fremgår bl.a. følgende:

”1. Anlæggets ide og funktion

...

1.2 Arealdisponering

...

Helt overordnet bygger arealdisponeringen på, at Tønder Forsyning har forudsat, at eksisterende bygninger og konstruktioner ikke kan genbruges, og at det er et nyt komplet anlæg, der skal etableres. For at være konditions-mæssige i forhold til udbudsmaterialet har vi derfor fravalgt at genbruge eksisterende anlægselementer.”

Af Tønder Spildevands dommerbetænkning af 30. oktober 2020 fremgår bl.a. følgende:

”4. BO MICHELSEN, SLR HOLDING, RAMBØLL, INTEGO og 2WATER

...

4.2 Underkriterie 2.

Kvalitet af de tilbudte materialer og komponenter

...

Teamet har valgt at genbruge eksisterende hegn og port, som kun er 1,75 m højt, hvilket er lavere end de 2 m ønsket af bygherren.

I forbindelse med evalueringen er ovenstående blevet kapitaliseret og der er brugt skønnede enhedspriser på hhv.- kr. 100.000,- for

port og kr. 500,- pr./m hegn, dette medfører at anlægssum vil blive forøget med kr. 325.000,-

Genbrug af hegn og port vurderes dog at være mindre væsentligt og har derfor ikke haft indflydelse på karakteren...

...

5. CHR. JOHANNESSEN, ARKIKON OG KRÜGER

...

5.2 Underkriterie 2.
Kvalitet af de tilbudte materialer og komponenter

...

Teamet har valgt at genbruge den eksisterende procestank som nødtank. De har beskrevet, at den vil gennemgå en grundig renovering i forbindelse med ombygningen således, at den ved ibrugtagning af det færdige anlæg vil fremstå som en ny tank. De eksisterende laguner påtænkes ligeledes renoveret og indbygget i det nye anlæg.

Udover enkelte bygningsværker, der forventes renoveret og genbrugt, etableres resten i gode gedigne materialer, hvor der er fokus på driftssikkerhed og minimering af fremtidigt vedligehold.

...

6. ENVIDAN OG JAKOBSEN & BLINDKILDE

...

6.2 Underkriterie 2.
Kvalitet af de tilbudte materialer og komponenter

...

Teamet har valgt at lade de eksisterende laguner indgå i den fremtidige drift.

Udover de enkelte bygningsværker, der forventes renoveret og genbrugt, etableres resten i gode gedigne materialer, hvor der er god fokus på driftssikkerhed og minimering af fremtidigt vedligehold...

...

7. VAM OG NIRAS

...

7.2 Underkriterie 2.

Kvalitet af de tilbudte materialer og komponenter

...

Teamet har valgt at genbruge eksisterende hegn og port, som kun er 1,75 m højt, hvilket er lavere end de 2 m ønsket af bygherren.

I forbindelse med evalueringen er ovenstående blevet kapitaliseret og der er brugt skønnede enhedspriser på hhv.- kr. 100.000,- for port og kr. 500,- pr./m hegn, dette medfører at anlægssum vil blive forøget med kr. 235.000,-

Genbrug af hegn og port vurderes dog at være mindre væsentligt og har derfor ikke haft indflydelse på karakteren.

...

8. BEDØMMELSE

8.1 Vægtning

Bedømmelsesudvalget har i forbindelse med bedømmelsen fastlagt nedenstående endelige vægtning af underkriterierne efter de i udbudsbeskrivelsen fastlagte evalueringsmodeller.

Bedømmelsesudvalget har ud fra tilbudsmaterialet i enighed givet følgende bedømmelse af de fire indkomne tilbud:

	Procesred- gørelse med tilhørende di- sponering		Kvalitet af de tilbudte mate- rialevalg		Driftsomkost- ninger		Anlægssum		Samlet, vægtet po- int
<i>Vægtning</i> %	Point	15	Point	10	Point	10	Point	65	

Bo Michelsen Rambøll Intego 2Water	7	1,05	8	0,80	0,00	0,00	0,00	0,00	1,85
Chr. Johannesen Arkikon Krüger	5	0,75	5	0,50	10,00	1,00	10,00	6,50	8,75
Envidan Jakobsen & Blindkilde	7	1,05	7	0,70	5,53	0,55	0,00	0,00	2,30
VAM Niras	8	1,20	9	0,90	0,00	0,00	0,00	0,00	2,10

9. AFGØRELSE

9.1 Underskrift

Bedømmelsen viser, at Chr. Johannesen, Arkikon og Krüger har opnået den bedste bedømmelse med et resultat på 8,75 og antages dermed som vinder af det gennemførte udbud.”

Den 3. november 2020 anmodede Bo Michelsen A/S om aktindsigt i tilbudet fra Chr. Johannesen A/S. Den 5. november 2020 anmodede VAM A/S tillige om aktindsigt i tilbuddet fra Chr. Johannesen A/S og skrev bl.a. følgende:

”Vi anmoder om aktindsigt i tilbuddet fra Chr. Johannesen, Arkikon og Krüger. Henset til, at stand still-perioden udløber den 9. november 2020 og aktindsigten formentlig ikke kan færdigbehandles inden for denne frist, bedes I forlænge stand still-perioden til 7 dage efter afgørelsen om aktindsigt.

Da vi har brugt forholdsmæssigt meget tid på udarbejdelse af tilbud og undersøgelse af ordregivers forhold, kom resultatet og dommerbetænkningen imidlertid bag på os.

Vi har derfor indhentet en eksternt vurdering af udbudsmaterialet, herunder dommerbetænkningen. Resultatet af vurdering er, at udbudsmaterialet samt dommerbetænkningen indeholder en række formelle og materielle fejl, hvorfor udbudsmaterialet ikke er egnet til at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Dette er bl.a. begrundet i, at der er anvendt en evalueringsmodel, som ikke er egnet til at udfinde ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet”.

Det er tilsvarende vurderingen, at ordregiver har kapitaliseret flere forhold i strid med udbudsreglerne. Dette omfatter både forhold, hvor udbudsmaterialet er uklart, samt forhold hvor I ikke har sikret ligebehandling af tilbuddene.”

Den 6. november 2020 annullerede Tønder Spildevand udbuddet. Af meddelelsen herom fremgår bl.a. følgende:

”Annullering af udbud

I stand-still-perioden har vi modtaget henvendelser fra flere tilbudsgivere vedrørende forståelsen af udbudsmaterialet.

Vi har således erfaret, at der er usikkerhed om selve grundlaget for tilbudsafgivelsen, herunder i hvilket omfang det er tilladt at genbruge dele af det eksisterende anlæg.

For at sikre et ensartet og tydeligt grundlag for tilbudsafgivelsen, har vi derfor besluttet at annullere udbuddet og genudbyde det, når vi har foretaget de nødvendige rettelser og præciseringer.”

Den 16. november 2020 rettede Krüger henvendelse til Tønder Spildevand, idet Krüger var uforstående over for Tønder Spildevands beslutning om at annullere udbuddet. Krüger anmodede Tønder Spildevand om yderligere oplysninger vedrørende annulationen, herunder bl.a. oplysning om indholdet af henvendelserne fra flere tilbudsgivere, og om en eller flere af disse henvendelser havde udtalt kritik mod udbudsmaterialet og udbudsprocessen samt en præcis beskrivelse af de forhold, der har skabt usikkerheden om selve grundlaget for tilbudsafgivelsen.

Tønder Spildevand besvarede henvendelsen fra Krüger ved mail af 18. november 2020. Af besvarelsen fremgår bl.a.:

”Tønder Spildevand A/S’ beslutning om at annullere udbuddet er udelukkende begrundet i at ønske sikre, at udbuddet gennemføres på lige og gennemsigtige vilkår. Vi ville gerne have været forsinkelsen foruden, men har valgt at annullere og genudbyde, for at være helt sikker på, at alle tilbudsgivere afgiver tilbud på samme grundlag.

Beslutningen om at annullere er truffet i tæt samråd med vores advokat, som har oplyst, at det efter fast og klar praksis fra Klagenævnet for Udbud er tilladt at annullere et udbud, når en ordregiver bliver opmærksom på uhensigtsmæssigheder i udbudsmaterialet.

Som tidligere nævnt, er vi efter tilbudsfristen blevet opmærksom på, at der er usikkerhed om forståelsen af udbudsmaterialet, idet tilbudsgiverne tilsyneladende har forstået udbudsmaterialet forskelligt, i forhold til om det er tilladt at genbruge dele af det eksisterende anlæg.

Til illustration genbruger én tilbudsgiver en procestank, hvorimod en anden tilbudsgiver har anført i sit tilbud, at det er "... forudsat, at eksisterende bygninger og konstruktioner ikke kan genbruges, og at det er et nyt komplet anlæg, der skal etableres. For at være konditionsmæssige i forhold til udbudsmaterialet har vi derfor fravalgt at genbruge eksisterende anlægselementer."

Uklarheden udspringer navnlig af, at det er anført i udbudsbetingelsernes afsnit 1.1, hvor det er anført, at "Bygherren har fået tilstandsvurderet det eksisterende anlæg og det er vurderet, at eksisterende bygninger og konstruktioner ikke kan genbruges. Det er derfor et nyt komplet anlæg dimensioneret til industrispildevand fra mejeri i størrelsesordenen 4.000 m³/døgn, der skal etableres."

Foruden uklarheden omkring genbrug af materialer, er det fra tilbudsgivernes side gjort gældende, at evalueringsmodellen ikke er egnet til at finde det bedste forhold mellem pris og kvalitet (hvilket nok skal ses i sammenhæng med, at priserne ikke kunne rummes indenfor det fastsatte spænd på 30 %), og at udbudsmaterialet i øvrigt ikke har sikret ligebehandling mellem parterne.

Indsigelserne imod udbudsmaterialet er fremsat af to tilbudsgivere uafhængigt af hinanden, med oplysning om, at der er indhentet ekstern juridisk vurdering.

To tilbudsgivere har uafhængigt af hinanden anmodet om, at standstill-perioden blev forlænget til efter der kunne gives aktindsigt, og har oplyst, at der i modsat fald ville blive indgivet klage til Klagenævnet for Udbud inden standstill-periodens udløb.

På denne baggrund har vi valgt den sikre løsning, at annullere og genudbyde, selvom vi helst havde været forsinkelsen foruden. Denne beslutning fastholder vi, idet vi fortsat mener, at det er det rigtige at annullere udbuddet i den foreliggende situation."

Krüger har i sagen fremlagt uddrag af en samarbejdsaftale indgået mellem Chr. Johannsen A/S og Krüger vedrørende projektet Branderup Renseanlæg. I aftalen står bl.a.:

”Nærværende dokument er udarbejdet for projekt Branderup Renseanlæg
- Totalentreprise

Denne aftale (som beskrevet herunder) er indgået mellem følgende Parter:

1. Chr. Johannsen A/S

...

som Totalentreprenør (TE) på det samlede projekt med ansvar for den overordnede projektledelse og projekteringsledelse, samtlige bygge- og anlægsarbejder inkl. byggeledelse.

...

og

2. Krüger A/S

...

som Underentreprenør (UE) på udførelse af underentreprisen omfattende procesdesign, udførelse af vejledende byggetegninger, design af egne maskin- og elektriske installationer, udførelse af egne maskininstallationer, styretavler, kraft og el-installationer, PLC-Programmering og SCADA-konfigurering, samt projektledelse for egne arbejder i en ”back-to-back” aftale for UE’s *Scope of Work*.

...

3. Eksklusivitet

3.1 Ingen af parterne eller deres nærtstående (baseret på definitionen af nærtstående i konkurslovens § 2) kan direkte eller indirekte deltage i andet bud på dette projekt eller dele deraf, enten alene eller i samarbejde med nogen anden tilbudsgiver værende selskab, søsterselskab o.l. eller som person.

3.2 TE eller dennes nærtstående (baseret på definitionen i konkurslovens § 2) kan ikke direkte eller indirekte indgå et samarbejde med en tredje part om udførelsen i totalentreprisen af UE’s scope eller dele heraf uden skriftlig accept af UE.”

Parternes anbringender:

Ad afvisningspåstanden

Tønder Spildevand har gjort gældende, at Krüger ikke er klageberettiget, idet Krüger ikke har en retlig interesse i klagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, nr. 1.

I forbindelse med ansøgningen om prækvalifikation og afgivelse af tilbud blev det for Chr. Johannsen A/S oplyst, at Krüger var en af flere navngivne underleverandører til Chr. Johannsen A/S.

Det følger af fast praksis fra klagenævnet, at en potentiel underleverandør som udgangspunkt ikke har retlig interesse i at klage over et udbud efter klagenævnsslovens § 6, stk. 1, nr. 1. Der kan i den forbindelse blandt andet henvises til klagenævnets kendelse af 31. januar 2013, Easy-Climb ApS mod Trafikselskabet Movia, kendelse af 28. april 2014, Henning Larsen Architects A/S mod Region Syddanmark og kendelse af 20. februar 2015, Michael Wulff A/S og Philips Danmark A/S mod Rebild Kommune.

Som det fremgår af disse kendelser, lægger klagenævnet ved sin vurdering af, om en underleverandør alligevel måtte have en retlig interesse i klagen, blandt andet vægt på, om tilbudsgiveren efter udbudsmaterialet eller den vedlagte kontrakt er begrænset i forhold til udskiftning af en navngiven underleverandør.

Det fremgår ikke af Tønder Spildevands udbudsbeskrivelse eller udkast til totalentreprisekontrakten, som var vedlagt udbudsmaterialet, at en underleverandør ikke kan udskiftes af totalentreprenøren, eller at det vil have nogen konsekvenser at udskifte de i tilbuddet angivne underleverandører. Det vil alene kræve godkendelse fra Tønder Spildevand at tilknytte en ny underleverandør. En sådan godkendelse kan efter pkt. 3.2.1 i udkastet til totalentreprisekontrakten kun nægtes, hvis der foreligger en saglig begrundelse derfor. Chr. Johannsen A/S ville således som totalentreprenør have adgang til at udskifte Krüger med en anden underleverandør eller selv udføre hele opgaven. Selv hvis kontrakten var blevet indgået med Chr. Johannsen A/S, var Krüger således ikke reelt garanteret at skulle medvirke ved opfyldelsen af kontrakten.

Det forhold, at Krüger hævder, at Krüger i praksis skulle stå for en meget stor del af entreprisearbejdet, og at Krüger ved navn er angivet i tilbuddet og i dokumenter, der vedrører evalueringen deraf, ændrer ikke ved, at Krüger alene er en potentiel underleverandør og dermed ikke er klageberettiget.

Det fremlagte uddrag fra samarbejdsaftalen mellem Chr. Johannsen A/S og Krüger hindrer for eksempel ikke, at Chr. Johannsen A/S selv udfører det samlede arbejde efter den tildelte kontrakt. Desuden kan Chr. Johannsen A/S komme ud af samarbejdsaftalen med Krüger ved at betale en bod til Krüger. Derudover bemærkes det, at Krüger alene har fremlagt et uddrag af samarbejdsaftalen, hvorfor det ikke kan konstateres, hvilke muligheder Chr. Johannsen A/S i øvrigt har for at komme ud af aftalen, eller om Chr. Johannsen A/S i det hele taget er bundet af aftalen. Aftalen kan derfor ikke lægges til grund i bevisførelsen.

Tønder Spildevand bestrider, at Krüger selv er potentiel tilbudsgiver. Krüger har ikke løftet bevisbyrden derfor, og det forekommer mærkværdigt, at Krüger ikke selv har afgivet tilbud eller i det mindste indgået i et konsortium med Chr. Johannsen A/S, hvis det er korrekt, at Krüger skulle levere hovedparten af ydelserne efter kontrakten og i øvrigt kunne afgive tilbud på opgaven selv. Det synes også at være stridende mod konkurrencereglerne, hvis Krüger indgår en aftale med Chr. Johannsen A/S om levering af ydelserne samlet, hvis Krüger selv kunne have løftet hele opgaven. Det må have formodningen imod sig, at det er tilfældet.

Krüger har således ikke godtgjort, at Krüger har en så klar og direkte interesse i at opnå klagenævnets stillingtagen til klagen, at Krüger er klageberettiget efter klagenævnslovens § 6, stk. 1, nr. 1.

Krüger har gjort gældende, at Krüger har retlig interesse i at klage over Tønder Spildevands annullation af tildelingsbeslutningen og udbuddet.

Krüger blev nævnt som den ene af Chr. Johannsen A/S' to valgte samarbejdspartnere i "et team" i Chr. Johannsen A/S' brev af 25. juni 2020 med anmodning om prækvalifikation. Anmodningen om prækvalifikation var baseret på både Krügers økonomiske og faglige formåen, hvilket også ses af Krügers støtteerklæring af 19. juni 2020.

På baggrund af anmodningen om prækvalifikation inviterede Tønder Spildevand teamet bestående af "Chr. Johannsen A/S, Krüger A/S og Arkikon ApS" til at afgive tilbud. Chr. Johannsen A/S' tilbud var baseret på Krügers SBR-teknologi, der var det tekniske grundlag for tilbuddet, og er således baseret på Krügers viden og erfaring.

Krügers samlede andel af entreprisen udgjorde over 60 % af Chr. Johannsen A/S' tilbudte anlægssum på 36.897.670 kr. eksklusive moms.

Krüger har desuden indgået en bindende samarbejdsaftale med Chr. Johannsen A/S, der sikrede Krüger underentreprisen, såfremt Chr. Johannsen A/S fik opgaven tildelt. Bestemmelsen i samarbejdsaftalen om bodsbetaling, uanset størrelsen heraf, er udtryk for, at Chr. Johannsen A/S ikke vil kunne frigøre sig fra samarbejdsaftalen uden at begå et kontraktbrud og er dermed i kraft af samarbejdsaftalen underlagt en aftaleretlig forpligtelse med en kontraktretlig binding. Samarbejdsaftalen begrænser i tilfælde af kontraktbrud ikke Chr. Johannsen A/S' ansvar til boden. Krüger var således en på forhånd fastlagt underentreprenør til Chr. Johannsen A/S.

Tønder Spildevand har i dommerbetænkningen ikke kun omtalt Chr. Johannsen A/S, men derimod også Krüger, idet det er anført, at ”Bedømmelsen viser, at Chr. Johannsen, Arkikon og Krüger har opnået den bedste bedømmelse med et resultat på 8,75 og antages dermed som vinder af det gennemførte udbud.”

Ovenstående følger også af klagenævnets praksis, jf. kendelse af 29. april 2014, Scandinavian Air Ambulance Holding AB og Scandinavian MediCopter AB mod Region Midtjylland, kendelse af 17. januar 2018, Opel Danmark A/S mod Dansk Politi v/Rigspolitiet, og kendelse af 1. februar 2018, ABB A/S mod Trafikselskabet Movia.

Klagenævnets praksis stiller ikke krav om, at en underleverandør skal være ”garanteret” at skulle medvirke ved opfyldelsen af kontrakten som påstået af Tønder Spildevand. Til støtte for denne opfattelse henvises til klagenævnets kendelse af 9. december 2015, Varmecenteret ApS mod Styrelsen for Slotte og Kulturejendomme.

Selv i det tilfælde, hvor Krüger ikke havde indgået et samarbejde med Chr. Johannsen A/S, kunne Krüger selv eller i samarbejde med andre firmaer end Chr. Johannsen A/S have haft mulighed for at søge om prækvalifikation og give tilbud på opgaven. Det bemærkes i denne forbindelse, at Krüger er et af Danmarks førende firmaer inden for renseanlæg, og at Krüger indgår i Veolia-koncernen, som er et af verdens største firmaer inden for renseanlæg.

Ad påstand 1 og 1A

Krüger har gjort gældende, at Tønder Spildevands beslutning om annullation er usaglig og i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, fordi der ikke var ”usikkerhed om selve grundlaget for tilbudsafgivelsen, herunder i hvilket omfang det er tilladt at genbruge dele af det eksisterende anlæg”, og idet annullationen er sket til fordel for den eneste ud af de fire tilbudsgivere, som havde indlagt en forudsætning om ”fravalg af eksisterende anlægselementer” i sit tilbud.

Udbudsmaterialet forbød ikke, men tillod tværtimod genbrug af dele fra det eksisterende anlæg, hvilket med al tydelighed fremgår af vurderingen af 19. august 2019 udarbejdet af EnviDan A/S, som giver hele 12 konklusioner på mulig genbrug/genanvendelse af eksisterende dele af anlægget, og af VVM-screeningsskemaet, der var en del af udledningstilladelsen, og som forudsætter genanvendelse af anlægsdele fra det eksisterende anlæg. Samtlige fire tilbudsgivere genbrugte dele fra det eksisterende anlæg i deres tilbudte totalentrepriseløsning, og Tønder Spildevand og dennes rådgiver anså de fire tilbudsgiverses tilbud for konditionsmæssige og har i dommerbetænkningen kommenteret på genbruget i hvert af de fire tilbud og i denne forbindelse endda foretaget en kapitalisering af to af tilbudsgivernes tilbud.

Idet alle fire tilbudsgivere har genbrugt dele af det eksisterende anlæg sammenholdt med Tønder Spildevands accept heraf, burde det udelukke en tvivl om selve grundlaget for tilbudsafgivelsen, og at en sådan tvivl skulle være udtryk for en saglig begrundelse for en annullation af udbuddet.

Selv en søgt og restriktiv fortolkning af teksten i udbudsbeskrivelsens pkt. 1.1, hvorefter ”det er vurderet, at eksisterende bygninger og konstruktioner ikke kan genbruges” og ”et nyt komplet anlæg”, kan ikke lægge op til en ”gradbøjning”, som to af de tabende tilbudsgivere med Tønder Spildevands annullation har ”fået held” til at overbevise Tønder Spildevand om på en sådan måde, at deres genbrug af port og hegn fra det eksisterende anlæg ikke skulle opfattes som ”genbrug af en konstruktion”. Naturligvis er port og hegn udtryk for en ”konstruktion”, og Tønder Spildevand kapitaliserede de to tilbudsgiverses genbrug heraf med henholdsvis 235.000 kr. eksklusive moms og 350.000 kr. eksklusive moms for at sikre en højde på 2 meter i forhold til tilbuddenes 1,75 meter. Det bemærkes dog, at det efter de modtagne oplys-

ninger kun er den ene af de to tilbudsgivere, som havde skrevet sin forudsætning om ”gradbøjningen” af genbrug af konstruktionen ind i sit tilbud og dermed, ud fra sin ensidige opfattelse uden støtte i udbudsmaterialet, sondrede mellem port og hegn på den ene side og andre dele af det eksisterende anlæg på den anden side.

Udbudsmaterialets tilladelse af genbrug af dele af det eksisterende anlæg kan ikke kun fastlægges på baggrund af nogle få linjer på en enkelt side fra udbudsbeskrivelsen. Da disse få linjer ikke har forrang frem for andre dele af udbudsmaterialet, skal en tilbudsgivers ret til genbrug af dele af det eksisterende anlæg fastlægges på baggrund af det fulde udbudsmateriale, herunder vurderingen af 19. august 2019 fra EnviDan A/S og VVM-screeningen, som indgik i udledningstilladelsen. Disse to dokumenter foreskriver netop mulighed for genbrug. En korrekt fortolkning af udbudsmaterialet indebærer, at der ikke var den hævdede uklarhed om, ”i hvilket omfang det er tilladt at genbruge dele af det eksisterende anlæg”, idet den meget specifikke vurdering af 19. august 2019 med 12 konklusioner netop åbnede for genbrug, herunder af anlægsdele, som Krüger og Chr. Johannsen A/S valgte at genbruge.

Tønder Spildevand har ændret sin opfattelse af sit eget udbudsmateriale med et postulat om iagttagelse af ligebehandlingsprincippet for at tilgodese den ene ud af de fire tilbudsgivere, som i sit tilbud havde indlagt en forudsætning om forbud mod genbrug. Tønder Spildevands beskyttelse af denne tilbudsgivers forståelse af udbudsmaterialet gennem en annulation af udbuddet til skade for Krüger (og Chr. Johannsen A/S) kan ikke begrundes ud fra et princip om ligebehandling. Tilbudsgiveren har kun forholdt sig til nogle få linjer på en enkelt side af udbudsmaterialet med generelle vendinger, men forsømt at forholde sig til det samlede udbudsmateriale, herunder vurderingen af 19. august 2019 og VVM-screeningen, og har som et mindstemål heller ikke søgt at afklare denne forståelse forud for tilbudsgivningen. Annulationen er tværtimod udtryk for et markant brud på ligebehandlingsprincippet, gennemsigthedsprincippet og proportionalitetsprincippet.

Tønder Spildevands fortolkning af ligebehandlingsprincippet til fordel for den tilbudsgiver, som i sit tilbud har indsat en begrænsning mod genbrug af det eksisterende anlæg, der er uoverensstemmende med vurderingen i udbudsmaterialet på 19 sider om muligt genbrug af 12 konstruktioner og myndighedsgodkendelsens forudsætning om genbrug efter totalentreprenørens skøn i tråd med ABT 18, i en situation hvor denne tilbudsgiver har forsømt

at afklare forholdet med Tønder Spildevand forud for tilbudsgivningen i direkte modstrid med opfordringen til at stille spørgsmål i udbudsmaterialet, skal behandles helt anderledes efter ligebehandlingsprincippet.

Det forhold, at der var rigelig tid for tilbudsgiverne til at udarbejde tilbud og oven i købet mulighed for to besigtigelser af det eksisterende anlæg, er en skærpende omstændighed i forhold til, at den tilbudsgiver, som forsømt at stille spørgsmål, skal nyde nogen som helst beskyttelse gennem ligebehandlingsprincippet. Såfremt der åbnes for den mulighed, at tilbudsgivere, frem for som et mindstemål at stille opklarende spørgsmål til udbudsmaterialet, tillades at påberåbe sig ligebehandlingsprincippet baseret på ensidigt opstillede forudsætninger ved en tilbudsgivning –i direkte modstrid med udbudsmaterialet –vil det give mulighed for spekulation og vanskeliggøre mange ordregiveres kommende udbud og i øvrigt skabe en unfair konkurrence i forhold til de andre tilbudsgivere, som udøver deres ret til at stille spørgsmål og i øvrigt udviser en loyal adfærd over for ordregiveren. Efter klagenævnets faste praksis bærer en tilbudsgiver desuden risikoen for fejl og uklarheder i et tilbudsmateriale, herunder at der inddrages forudsætninger i tilbuddet, som ikke har støtte i udbudsmaterialet, jf. klagenævnets kendelse af 12. februar 2021, Per Aarsleff A/S mod Assens Rensning A/S, og kendelse af 25. februar 2021, Suez Water A/S mod Danish Oil Pipe A/S.

I tilknytning til Tønder Spildevands nye standpunkt om, at udbudsmaterialet skulle være uklart, overser Tønder Spildevand desuden, at uklarhed tager sit udgangspunkt i entrepriseretten og dansk aftaleret, hvor den uklarhed, som påberåbes, skal have karakter af ”berettiget tvivl”. Den ene tilbudsgiver, som i øvrigt selv har genanvendt fra det eksisterende anlæg i sit tilbud, kan ikke siges at have været i så berettiget tvivl, at tilbudsgiveren, frem for at stille spørgsmål herom, kunne skrive sin subjektive opfattelse af udbudsmaterialet ind i sit tilbud som en forudsætning tenderende et forbehold, da forudsætningen er i direkte modstrid med store dele af udbudsmaterialet, som tillader genbrug.

Den tilbudsgiver, som har indsat en forudsætning i sit tilbud om fravalg af eksisterende anlægselementer, har ikke alene kunnet basere denne forudsætning på udbudsbeskrivelsen uden skelen til de andre og i øvrigt langt mere specifikke dele af udbudsmaterialet, herunder vurderingen af 19. august 2019 af anvisning på genbrug af anlægsdele og omtalen af genanvendelse i udledningstilladelsen, hvilke dele af udbudsmaterialet heller ikke havde en lavere

aftaleretlig stilling end udbudsbeskrivelsen, men tværtimod ud fra en konkret aftaleretlig fortolkning med stor sandsynlighed ville blive tillagt forrang, da aftaledokumenterne og særligt vurderingen af 19. august 2019 er langt mere konkret end udbudsbeskrivelsen. Da forholdet i øvrigt kunne have betydning for at kunne afgive det mest konkurrencedygtige tilbud, i særdeleshed når udbudsmaterialets udbudsbeskrivelse netop opfordrede tilbudsgiverne til at afklare eventuelle uhensigtsmæssigheder og dermed også eventuelle modstridende oplysninger mellem forskellige dele af udbudsmaterialet gennem spørgsmål til Tønder Spildevand frem for at gøre brug af forbehold, ligger denne sag i forhold til tilbudsgiveren, som indlagde forudsætningen i sit tilbud, i kerneområdet for den ovennævnte praksis om, at tilbudsgiveren bærer risikoen for forbeholdet og derfor ikke skal have særlige hensyn og slet ikke så store hensyn, at udbuddet annulleres til skade for den vindende tilbudsgiver.

Annulationen af udbuddet i forhold til sagens konkrete omstændigheder er på ingen måde relevant for at beskytte tre tilbudsgivere ud af de fire tilbudsgivere, som har genbrugt dele af det eksisterende anlæg i deres tilbud uden at indsætte nærmere forudsætninger herom i tilbuddet, og det må lægges til grund, at de har afgivet deres tilbud i fuld overensstemmelse med Tønder Spildevands intention om genbrug inden for de udstukne rammer i vurderingen af 19. august 2019. Et muligt hensyn til den korrekte forståelse og anvendelse af reglerne om ligebehandling og gennemsigtighed kan således kun være relevant i forhold til den ene af de fire tilbudsgivere, som har indsat forudsætningen om fravalg af genbrug af eksisterende anlægselementer. Denne forudsætning skulle imidlertid aldrig have været indsat i tilbuddet, og det får tilbuddet til at fremstå som forskelligartet i forhold til de tre andre tilbud med den konsekvens, at der under ingen omstændigheder kan være grundlag for at annullere udbuddet i medfør af ligebehandlingsprincippet. Baggrunden herfor er, at princippet om ligebehandling bygger på den grundlæggende tese, at det kun er de ensartede forhold, som ikke må behandles forskelligt, men at forskellige forhold som udgangspunkt heller ikke må behandles ensartet. Da tilbudsgiveren, som har indsat forudsætningen i sit tilbud, ikke kunne have vundet udbuddet og ikke kun tabte på anlægssummens størrelse, men også på den samlede vægtning af de andre tre underkriterier, får denne tilbudsgiver gennem annulationen en uberettiget fordel ved at få en ny chance ved genudbuddet, hvilket er i strid med ligebehandlingsprincippet.

Tønder Spildevands beslutning om at fortsætte udbudsprocessen og ikke kun udarbejde, men endvidere udsende dommerbetænkningen, på trods af den opmærksomhed på uklarheden, som blev drøftet med advokat den 20. oktober 2020 og dermed 10 dage før dommerbetænkningens udarbejdelse og 12 dage før udsendelsen af dommerbetænkningen, er på baggrund af ovenstående tillige i strid med proportionalitetsprincippet.

Annulationen og dens manglende saglighed med brud på ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet har særlig indvirkning på Krüger (og Chr. Johannsen A/S), som ikke alene går glip af at få kontrakten, som de havde krav på, men tillige under det igangsatte genudbud med stort set identiske tildelingskriterier og vægtning udsættes for en forskelsbehandling over for de andre tilbudsgivere.

Der er en vidtgående, men ikke fri adgang til at annullere et udbud og genudbyde opgaven. Trusler fra tilbudsgivere, som tabte udbuddet i forhold til det vindende tilbud, om klager til Klagenævnet for Udbud eller sagsanlæg er naturligvis ikke en saglig grund, som kan retfærdiggøre en annulation.

Tønder Spildevand har gjort gældende, at udbuddet er annulleret i overensstemmelse med principperne om saglighed, ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Udbuddet blev annulleret med den begrundelse, at Tønder Spildevand havde konstateret, at der var usikkerhed om selve grundlaget for tilbudsafgivelsen, herunder i hvilket omfang det var tilladt at genbruge eksisterende bygninger og konstruktioner. Tønder Spildevand var således i forbindelse med evalueringen blevet opmærksom på, at der i udbudsmaterialet var direkte uoverensstemmende formuleringer, som medførte, at det var uklart, hvorvidt og i hvilket omfang de eksisterende bygninger og konstruktioner måtte genbruges ved opførelsen af det nye renseanlæg. Tønder Spildevand havde ligeledes konstateret uhensigtsmæssigheder i forhold til den anvendte evalueringsmodel.

Af denne årsag rettede Tønder Spildevand den 20. oktober 2020 henvendelse til sin advokat med henblik på at få vurderet dette forhold nærmere. Tønder Spildevand ønskede dog så vidt muligt at undgå fordyrende forsinkelser og annulation af udbuddet og fortsatte derfor udbudsprocessen sideløbende med, at det blev vurderet, hvilke muligheder Tønder Spildevand havde for at tildele kontrakten på grundlag af det gennemførte udbud.

I udbudsbeskrivelsen, som er det overordnede (hoved-)dokument, der beskriver den udbudte kontrakt og vilkårene for udbuddet, er det blandt andet anført, at ”Bygherren har fået tilstandsvurderet det eksisterende anlæg og det er vurderet, at eksisterende bygninger og konstruktioner ikke kan genbruges”, og at ”Det er derfor et nyt komplet anlæg dimensioneret til industrispildevand fra mejeri i størrelsesordenen 4.000 m³/døgn, der skal etableres.”

Det fremgår således direkte af udbudsbeskrivelsen, at det på baggrund af tilstandsvurderingen er blevet vurderet, at eksisterende bygninger og konstruktioner ikke kan genbruges, og at der derfor skal etableres et komplet nyt anlæg. Det forhold, at det direkte er anført, at det er blevet vurderet, om eksisterende bygninger og konstruktioner kan genanvendes, og at det på baggrund deraf er blevet konkluderet, at det ikke er muligt, og at der skal etableres et komplet nyt anlæg, giver et klart indtryk af, at ingen eksisterende bygninger og konstruktioner må genanvendes, og at alle dele og det samlede komplette renseanlæg dermed skal være nyt. Den anvendte formulering kan således forstås som et forbud mod at anvende eksisterende bygninger og konstruktioner ved opførelsen af det nye renseanlæg.

I modsætning hertil fremgår det af nogle af de bilag, der er indgået som en del af udbudsmaterialet, herunder den af EnviDan A/S udarbejdede tilstandsvurdering, at anlægsdele under visse nærmere angivne forudsætninger kan genanvendes i forbindelse med en udbygning af renseanlægget. Bilagene forholder sig dog ikke til den overordnede formulering i udbudsbeskrivelsen. Sammenholdt med den ellers klare formulering i udbudsmaterialet, om at bygninger og konstruktioner ikke kan genanvendes, og at der skal etableres et komplet nyt anlæg, har Tønder Spildevand konstateret, at det har været uklart for tilbudsgiverne, hvad der har været gældende i forbindelse med udbuddet, herunder om eksisterende bygninger og konstruktioner må genanvendes ved etableringen af det nye renseanlæg, og hvad der i øvrigt skal forstås ved begrebet ”bygninger og konstruktioner”.

Det forhold, at udbudsbeskrivelsens forbud mod at genanvende bygninger og konstruktioner i forbindelse med opførelse af det nye renseanlæg alene fylder få linjer sammenholdt med, at bilagene indeholder en længere beskrivelse af, at anlægsdele kan genbruges i visse tilfælde, ændrer ikke ved, at det fortsat har været uklart, hvad der har været gældende. Dokumenterne har ikke været

rangordnet, og det er uklart, hvilke formuleringer der går forud for andre. Antallet af linjer må dog være helt uden betydning for, hvad der gælder.

Uklarhederne og uhensigtsmæssighederne vedrører så grundlæggende og væsentlige forhold, at Tønder Spildevand har fundet sig nødsaget til at annullere udbuddet og genudbyde kontrakten netop for at sikre overholdelse af det udbudsretlige ligebehandlingsprincip. Der er således ikke – som anført af Krüger – tale om en annulation, der favoriserer en tilbudsgiver til skade for tre, men derimod en annulation, der skal sikre, at alle tilbudsgivere afgiver tilbud på grundlag af samme forudsætninger og vilkår, og som sikrer en lovlig tildelingsbeslutning.

Tilbudsgivernes tilbud giver også indtryk af, at tilbudsgiverne har fået forskelligt indtryk af, hvilke dele det var tilladt at genbruge efter udbudsmaterialet. To tilbudsgivere har således alene genbrugt dele vedrørende hegn og port, som ikke har nogen reel tilknytning til det egentlige renseanlæg, således at der fortsat vil være tale om et komplet nyt renseanlæg. Den ene af disse tilbudsgivere havde yderligere allerede i tilbuddet anført, at det var tilbudsgiverens forståelse, at det ikke var tilladt at genbruge eksisterende bygninger og konstruktioner, og at det var et komplet nyt anlæg, der skulle opføres.

To andre tilbudsgiveres tilbud, herunder Chr. Johannsen A/S' tilbud, genbrugte dele, der indgik som del af renseanlægget, herunder laguner og tank. Genbrug af disse dele, der indgår som en del af selve renseanlægget, repræsenterer en større økonomisk værdi (anslået til ca. 3.000.000 kr.) end genbrug af port og hegn, og det har formodningen imod sig, at de øvrige tilbudsgivere ikke også ville have genbrugt disse dele, hvis de havde forstået udbudsmaterialet således, at det var en mulighed.

Tønder Spildevand har under alle omstændigheder måtte konstatere, at udbudsmaterialet ikke har haft den fornødne klarhed, og at udbudsmaterialet ikke synes at være blevet forstået på samme måde af tilbudsgiverne. Uklarheder åbner mulighed for vilkårlig forskelsbehandling af tilbudsgiverne, hvilket er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, jf. klagenævnets kendelse af 24. oktober 2001, Eiland Electric A/S mod Vestsjællands Amt.

Tønder Spildevand har desuden vurderet, at den anvendte evalueringsmodel vedrørende underkriterium 3, Driftsudgifter, og underkriterium 4, Anlægssum, har været uhensigtsmæssig. Det skyldes, at spændet på evalueringsmodellen har været fastsat så snævert (laveste pris +30%), at flere tilbudsgivere har placeret sig uden for spændet og dermed er blevet tildelt 0 point. Tønder Spildevand har ikke haft en subsidiær evalueringsmodel, og det er Tønder Spildevands vurdering, at det begrænsede spænd har bevirket, at evalueringsmodellen ikke har været hensigtsmæssig til brug for at identificere tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet med anvendelse af de anførte underkriterier, idet særligt underkriterium 4, Anlægssum, reelt har fået en større vægt end tilsigtet, ligesom evalueringsmodellen ikke har været egnet til at differentiere tilbud med forskellige tilbudssummer fra hinanden, da tre ud af fire tilbudsgivere har fået 0 ved underkriterium 4, Anlægssum, som vægter 65% i den samlede evaluering.

At kontrakten var underlagt ABT 18 kunne heller ikke give de bydende den nødvendige klarhed om, hvad der var gældende i forhold til genbrug af anlægsdele, idet ABT 18 ikke i sig selv indeholder et decideret forbud mod at genanvende materialer. Det gælder efter ABT 18, at et byggeri skal opføres i overensstemmelse med det udbudsmateriale, der danner grundlag for entrepriseaftalen, og at udbudsmaterialet skal være klart og entydigt formuleret, jf. § 4, stk. 2. Aftaleretten eller entrepriseretten kan heller ikke i øvrigt føre til, at det skulle stå klart, hvad der er gældende, når der i samme udbudsmateriale forefindes klart modstridende formuleringer.

Det kan desuden ikke udelukkes, at andre tilbudsgivere ville have ansøgt om prækvalifikation, hvis det af udbudsmaterialet havde været klart, at anlægsdele måtte eller ikke måtte genbruges i forbindelse med opførelsen af det nye renseanlæg. Nogle virksomheder kan således være specialiseret i og have en konkurrencefordel ved byggerier med genbrug af anlægsdele, mens andre kan være mere specialiserede i at opføre nye anlæg ved brug af nye materialer og anlægsdele.

Det er en ordregivers ansvar at sikre, at udbudsmaterialet har den nødvendige klarhed og i øvrigt er egnet og hensigtsmæssigt. Dette ansvar kan ikke lægges over på tilbudsgiverne, fordi tilbudsgiverne har haft adgang til at deltage i besigtigelse og ikke har stillet konkrete spørgsmål vedrørende muligheden for genanvendelse af forskellige dele eller har gjort indsigelser over for udbudsmaterialet i øvrigt. Det har desuden ikke betydning for sagen, hvordan

Tønder Spildevand blev opmærksom på uklarhederne. Som ordregiver er Tønder Spildevand forpligtet til at handle, når det opdages, at der er så væsentlige fejl i udbudsmaterialet, at der er risiko for, at tilbudsgiverne ikke har afgivet tilbud på samme og et gennemsigtigt grundlag, jf. klagenævnets kendelse af 13. september 2019, Remondis A/S mod Silkeborg Genbrug og Affald A/S, hvor der forelå en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved uens angivelser i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne om kontraktens varighed. Denne sag svarer i vidt omfang til nærværende sag, hvor der også er tale om uens og modstridende angivelser i udbudsmaterialet.

Der er ikke noget grundlag for at fortolke sig frem til, at et eksternt notat og omtalen af principperne om genanvendelse i udledningstilladelsen, der begge er vedlagt som bilag til udbudsmaterialet, skulle have forrang frem for udbudsbeskrivelsen, som er det generelle og overordnede dokument, der regulerer udbuddet. Det er således meningsløst at antage, at man som tilbudsgiver skulle kunne ”fortolke” sig ud af de modstridende angivelser i udbudsmaterialet ud fra en forrangs-betragtning.

Tønder Spildevand har en vid adgang til at annullere et udbud. Det følger således af fast praksis, at et udbud kan annulleres, medmindre annulationen forfølger et formål, der er i strid med ligebehandlingsprincippet eller i øvrigt må anses for usagligt, jf. blandt andet UfR2011.3129H, ISS Facility Services A/S og Dansk Industri mod Silkeborg Kommune, og klagenævnets kendelse af 16. august 2012, Phonak Danmark A/S mod Kommunernes Landsforening.

Det er generelt sagligt og i overensstemmelse med de udbudsretlige principper, herunder ligebehandlingsprincippet, at annullere et udbud med den begrundelse, at der konstateres fejl eller uhensigtsmæssigheder i udbudsmaterialet, jf. bl.a. klagenævnets kendelser af 4. februar 2020, VBT A/S mod Trafikselskabet Movia, 20. oktober 2008, TagVision A/S mod Egedal Kommune, og 22. marts 2002, Johs. Sørensen & Sønner Århus A/S mod Århus Kommunale Værker.

Tønder Spildevand har således handlet i overensstemmelse med udbudsloven og praksis på området, og har netop annulleret udbuddet med henblik på at handle sagligt og sikre overholdelse af de udbudsretlige principper.

Ad påstand 2

Krüger har gjort gældende, at Tønder Spildevands beslutning om annullation er usaglig og i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, hvilket har en sådan karakter og beskaffenhed, at beslutningen om annullationen er uberettiget og skal annulleres af klagenævnet, idet grænsen for en ordregivers ret til annullation ikke kun er nået, men overskredet. Krüger har hertil henvist til det ad påstand 1 og 1A anførte.

Tønder Spildevand har gjort gældende, at Tønder Spildevand har været berettiget til at annullere udbuddet, hvorfor denne beslutning ikke skal annulleres, jf. det ad påstand 1 og 1A anførte.

Klagenævnet udtaler:

Ad afvisningspåstanden

Efter lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, nr. 1, kan enhver, der har en retlig interesse, indgive en klage til klagenævnet. Det er navnlig tilbudsgivere og ansøgere om prækvalifikation eller potentielle tilbudsgivere og potentielle ansøgere, der har den nødvendige retlige interesse. Det følger desuden af klagenævnets praksis, at begrebet ”retlig interesse” ikke bør fortolkes snævert. Det kræves imidlertid, at klageren har en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om udbudsreglerne er overtrådt. Potentielle underleverandører til tilbudsgivere har som udgangspunkt ikke en sådan konkret retlig interesse, at de har en selvstændig adgang til at klage til klagenævnet. En underleverandør, der på forhånd har en fast og eksklusiv aftale med en tilbudsgiver om, at denne skal anvendes, kan dog have en tilstrækkelig retlig interesse til at være klageberettiget.

Chr. Johannsen A/S havde ved anmodningen om prækvalifikation vedlagt en støtteerklæring fra Krüger, hvorefter det fremgår, at Chr. Johannsen A/S baserer sin egnethed for så vidt angår økonomisk og finansiell formåen og teknisk og/eller faglig formåen på Krüger. Krüger har i sagen desuden fremlagt uddrag af en samarbejdsaftale indgået mellem Krüger og Chr. Johannsen A/S angående udførelse af projektet for udvidelse af Branderup Renseanlæg. I denne aftale står der bl.a., hvilke opgaver Krüger i forbindelse med projektet skal udføre, og at hverken Chr. Johannsen A/S eller Krüger med andre kan indgå i et bud på Branderup Renseanlæg.

Under disse omstændigheder finder klagenævnet, at Krüger har godtgjort, at Krüger har en så tilstrækkelig konkret og direkte interesse i at opnå klagenævnets stillingtagen til klagen, at Krüger er klageberettiget efter lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, nr. 1.

Klagenævnet tager derfor ikke Tønder Spildevands afvisningspåstand til følge.

Ad påstand 1 og 1A

I udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.4) er det anført, at bygherren har fået tilstandsvurderet det eksisterende anlæg, og at det er vurderet, at de eksisterende bygninger og konstruktioner ikke kan genbruges, og at det er et nyt komplet anlæg dimensioneret til industrispildevand fra mejeri i størrelsesordenen 4.000 m³/døgn, der skal etableres. Samme formulering er anvendt i udbudsbeskrivelsens pkt. 1.1.

Som en del af udbudsmaterialet indgår en vurdering af det eksisterende anlæg foretaget af EnviDan A/S, der havde til formål at vurdere genanvendeligheden af anlægsdelene på det eksisterende anlæg i forbindelse med fremtidig udbygning af anlægget. I vurderingen er der gennemgået 12 forskellige dele af det eksisterende renseanlæg, og heraf er flere dele vurderet til at kunne genanvendes.

Til udbudsmaterialet er tillige vedlagt en udledningstilladelse, der blev udarbejdet af Tønder Kommune den 9. juni 2020. Udledningstilladelsen indeholder et VVM-screeningsskema, og i dette er det anført, at det er forventet, at de eksisterende bygværker anvendes, i det omfang deres tilstand og restlevetid muliggør det, og at det er op til en totalentreprenør at afgøre graden af genanvendelse.

På baggrund af de modstridende oplysninger i udbudsmaterialet er det klagenævnets opfattelse, at det har været uklart, om der kunne genanvendes bygninger og konstruktioner, og i givet fald omfanget heraf, hvilket støttes af, at tilbudsgiverne efter indholdet af deres tilbud ikke har forstået udbudsmaterialet ens.

Det er derfor klagenævnets vurdering, at annullationen af udbuddet har været saglig, og at annullationen ikke er foretaget i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Det, som Krüger i øvrigt har anført, kan ikke føre til et andet resultat.

Påstandene 1 og 1A tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Idet påstandene 1 og 1A ikke tages til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstand 2 til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Krüger A/S skal i sagsomkostninger til Tønder Spildevand A/S betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent