

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

OSK-ShipTech A/S
(advokat Anders Lyngborg Carlsen, København)

mod

Læsø Kommune
(advokat Laura Stadum, Aalborg)

Klagenævnet har den 12. november 2021 modtaget en klage fra OSK-ShipTech A/S (OSK).

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

Sagen drejer sig om Læsø Kommunes udbud af skibsteknisk rådgivning vedrørende køb af en ny færge til Læsø. Kommunen traf den 29. oktober 2021 beslutning om kontraktstildeling vedrørende rådgivningen til Dansk Norsk Færge Konsortium (DANOF).

Læsø Kommune, der den 8. november 2021 har forlænget standstill perioden til den 12. november 2021, 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 - 6 og svarskrift med bilag A - D.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Læsø Kommunes beslutning af 29. oktober 2021 om at tildele den udbudte kontrakt til DANOF er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, idet tilbuddet fra DANOF ikke var konditionsmæssigt og/eller beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med fejl og var åbenbart forkert, idet tilbuddet ikke opfyldte kravene i udbudsbetingelsernes punkt 3.2 vedrørende gennemførelse af interessent- og brugerdialog.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Læsø Kommunes beslutning af 29. oktober 2021 om at tildele den udbudte kontrakt til DANOF er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, idet tilbuddet fra DANOF ikke var konditionsmæssigt og/eller beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med fejl og var åbenbart forkert, idet tilbuddet ikke opfyldte kravene i udbudsbetingelsernes punkt 3.2 vedrørende udarbejdelse af BIMCO kontrakt.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Læsø Kommunes beslutning af 29. oktober 2021 om at tildele den udbudte kontrakt til DANOF er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, idet tilbuddet fra DANOF ikke var konditionsmæssigt og/eller beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med fejl og var åbenbart forkert, idet tilbuddet ikke opfyldte kravene i udbudsbetingelsernes punkt 3.2 vedrørende forslag til færgens driftsform.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Læsø Kommunes beslutning af 29. oktober 2021 om at tildele den udbudte kontrakt til DANOF, idet beslutningen er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, idet tilbuddet fra DANOF ikke var konditionsmæssigt og beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med fejl og var åbenbart forkert, idet tilbuddet ikke opfyldte kravene i udbudsbetingelsernes

punkt 3.2 vedrørende krav til tilbudsgiver om at skulle stå til rådighed ved tekniske spørgsmål fra et ukendt antal værfter i relation til udbudsprocessen.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Læsø Kommunes beslutning af 29. oktober 2021 om at tildele den udbudte kontrakt til DANOF er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, idet tilbuddet fra DANOF ikke var konditionsmæssigt og/eller beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med fejl og var åbenbart forkert, idet tilbuddet ikke opfyldte kravene i udbudsbetingelsernes punkt 3.5 vedrørende krav om byggestyring.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Læsø Kommunes beslutning af 29. oktober 2021 om at tildele den udbudte kontrakt til DANOF er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, idet tilbuddet fra DANOF ikke var konditionsmæssigt og/eller beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med fejl og var åbenbart forkert, idet tilbuddet ikke opfyldte kravene i udbudsbetingelsernes punkt 3.2, herunder at ordregiver ved vurderingen ikke har fulgt de i udbudsbetingelserne punkt 13 – Vurdering af Metodebeskrivelse anførte vilkår.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Læsø Kommunes beslutning af 29. oktober 2021 om at tildele den udbudte kontrakt til DANOF er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, idet tilbuddet fra DANOF ikke var konditionsmæssigt og/eller beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med fejl og var åbenbart forkert, idet tilbuddet angiver en kontraktspecifikation, hvorefter tilbudsgiver i samarbejde med Læsø Kommune skal udarbejde en leverandørliste med specifikation af, hvilke leverandører der kan bruges i forbindelse med bygning af færger m.v.

Påstand 8

Klagenævnet for Udbud skal annullere Læsø Kommunes beslutning af 29. oktober 2021 om at tildele den udbudte kontrakt til DANOF.

Læsø Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 19. november 2021 meddelt DANOF, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

DANOF har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Andre oplysninger i sagen:

I 2017 offentliggjorde Færgeselskabet Læsø K/S et udbud af skibsteknisk rådgivning med henblik på rådgivning til udarbejdelse af udbudsmateriale på ny passagerfærge til Læsø. OSK var eneste tilbudsgiver på dette udbud og blev tildelt kontrakten. I processen mellem OSK og Færgeselskabet Læsø K/S blev der udarbejdet udbudsmateriale til færgeudbuddet, beregningsgrundlag til færgekapaciteten og visualiseringer af kommende færge. Udbuddet blev offentliggjort, men grundet flere omstændigheder indkom der ikke nogen tilbud.

I 2021 blev kommunen klar til at genoptage projektet. Færgeselskabet Læsø K/S er i mellemtiden lukket, og funktionen er lagt ind under den kommunale forvaltning. Det blev vurderet, at det var nødvendigt med et fornyet rådgiverudbud, idet der nu var tale om en ny ordregiver og behov for ændringer af kravspecifikation og kontrakten, der ikke kunne holdes inden for gældende ændringsregler.

Kommunen offentliggjorde den 14. juni 2021 udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 198-095419 om udbud af skibsteknisk rådgivning til køb af ny færge til kommunen. Det tidligere udbudsmateriale på færgeudbuddet, beregningsgrundlaget og visualiseringerne var vedlagt det nye rådgiverudbud som bilag for at udligne eventuelle konkurrencefordele til OSK. Ved tilbudsfristen den 3. september 2021 var der indkommet tilbud fra OSK og fra DANOF.

OSK modtog den højeste kvalitative evaluering, mens DANOFs tilbud blev vurderet tilfredsstillende og modtog en kvalitativ evaluering på 3 på en skala fra 0-5. Idet der var en væsentlig prisforskel på de to tilbud, blev prisen dog udslagsgivende, og DANOFs tilbud blev evalueret som bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Af udbudsmaterialet pkt. 3.2 fremgår blandt andet:

”Ordregivers advokat varetager selve udbudsprocessen for udbud af fær-
gen. Rådgiver skal til udbuddet levere:

- Kravsspecifikation til udbud, herunder gennemførelse af interessent-
og brugerdialog.
- Tegningsmateriale
 - General Arrangement
 - Vægtberegninger
 - Ståltegning af middelspant
 - Forslag til linjer
 - Stabilitet
 - Beregning af skrogmodstand og fart på baggrund af CFD-be-
regninger, herunder energiberegninger over forbruget ved spe-
cifikke konfigurationer
 - Grundlæggende krav til interiør og design
- Udarbejdelse af BIMCO-kontrakt ”

Af udbudsbetingelsernes punkt 3.5 om byggetilsyn fremgår:

”Rådgiver skal føre byggetilsyn på følgende områder:

- Tilsynsledelse
- Interiør og design
- Stålarbejde
- Elsystem
- Maling
- Fremdrivningsanlæg
- Varme og ventilation

Rådgiver skal deltage i alle tests, herunder seatrials.

Repræsentanter fra ordregiver vil ligeledes deltage i byggetilsynet. Dette ændrer dog ikke på at rådgiver bærer det fulde tilsynsansvar.

Byggetilsyn udføres til en fast pris for en byggeperiode på 18 måneder regnet fra steelcut (værftets udskæring af stålplader). Tilbudsgiver skal afgive en fastpris på byggetilsyn inden for Europa og en tillægspris for byggetilsyn uden for Europa.

Såfremt byggeperioden forsinkes, honoreres rådgiver med en fast pris pr. uge, som byggeperioden på 18 måneder overskrides.”

Af udbudsbetingelsernes punkt 13.3 fremgår:

”Udarbejdelse af kravspecifikation, General Arrangement samt krav til interiør og design, herunder gennemførelse af brugerinddragelse/interessentinddragelse.

...

at Ordregiveres kravspecifikation og intentioner opfyldes, herunder hvorledes den løbende kvalitetssikring af ydelsen gennemføres samt tilbudsgivers model for erfaringsopsamling.”

Vedrørende vurdering af metodebeskrivelse er det anført i udbudsbetingelserne:

”Ved vurdering af Metodebeskrivelse vil der blive lagt vægt på:
En samlet helhedsvurdering af tilbudsgivers planlægning af opgaven, herunder inddragelse af bruger, interessenter, Læsø Kommune samt tilbudsgivers styring af opgaven tidsmæssigt, økonomisk og kvalitetsmæssigt.”

Under udbudsfasen stillede en tilbudsgiver et spørgsmål om, hvorvidt tilbudsgiverne som en del af deres tilbud skulle vedlægge et forslag til et alternativt designoplæg for den kommende færge. Læsø Kommune svarede:

”Nej, tegningsmaterialet som beskrevet i udbudsbetingelsernes pkt. 3.2, skal ikke leveres sammen med tilbuddet. Det beskrevet materiale skal udarbejdes under rådgivningskontrakten og kun af den vindende tilbudsgiver. Tilbuddet skal indeholde en fast pris på udarbejdelse af det beskrevne materiale, som skal udarbejdes i samarbejde med ordregiver og de input der kommer fra markedsdialogen, bruger- og interessentdialog mv. fra samarbejdet.”

I DANOFs tilbud står der ad punkt 4.1 vedrørende gennemførelse af interessent og brugerdialog:

”Med baggrund i kapacitetsanalysen Bilag I.1 af 11.8.2021 samt tidligere udbudsmateriale vil DANOF deltage i et indledende projektmøde med Læsø Kommune samt relevante interessent og brugere.

...

Dette projektmøde forventes at kunne gennemføres på en dag”

Af DANOFs tilbud (punkt 4.2) fremgår i relation til BIMCO-kontrakt, følgende:

”Kontrakt, værft

Udarbejdelse af BIMCO kontrakten sker i samarbejde med Læsø Kommunes advokat. DANOF beskriver hvilke kontraktmæssige specifikationer færgen skal have samt øvrige krav til skibsværfterne.
 ...”

I DANOFs tilbud er om byggetilsyn anført blandt andet:

”DANOF opretter en tilsynsgruppe med ansvar for byggetilsynet, tidsplaner, kvalitetssikring etc. Således at 1 person er på værftet på hverdage. I tillæg vil felt-ingeniører blive indkaldt i relevante tilsynsfaser.

Tilsynsgruppen består af:

-En sitemanager på værftet, der holder styr på dokumentation og følger op på værftets tidsplaner og fremskridt, godkender ændringer osv. To personer deler denne funktion og har en rotationsordning, hvor de veksler med at være til stede på værftet.

-I tillæg til site-manageren vil felt-ingeniører deltage i relevante tilsynsfaser. Den/disse personer, der bestrider denne stilling, kan ændre sig efterhånden som behovet for faglig kompetence ændres. Ingeniører med særlig ekspertise inden for skrog, maskiner og rør, elektriske.”

Det fremgår af tilbuddet, at DANOF vil føre byggetilsyn på følgende områder:

”...

- Tilsynsledelse
- Interiør og design
- Slåarbejder
- El-systemer
- Maling
- Fremdrivningsanlæg
- Varme og ventilation

DANOF deltager i alle tests, herunder seatrials

...

Gruppen er en del af det team, som Læsø kommune også vil levere. [...] Læsø kommune skal forvente at have en navigatør samt en maskinmester med erfaring med drift af Læsø Færgen tilknyttet projektet. Særligt i udrustningsfasen vil DANOF forvente at disse to kompetencer er til stede på værftet samt under tests.”

DANOF har vedrørende ”Kontraktspecifikation” i pkt. 4.2 i sit tilbud blandt andet anført:

”Derefter fortsætter arbejdet med at udarbejde en komplet kontraktspesifikation, hvor DANOF, i samarbejde med Læsø kommunens repræsentanter, udarbejder en leverandørliste, der sætter standarder for, hvilke leverandører der kan bruges...”

Ved evalueringen af tilbuddene opnåede de to virksomheder følgende points:

”

OSK-ShipTech A/S	Vægt	Point	Vægtet point
Honorar/pris	40 %	0,77	0,31
Organisation og faglige kompetencer	40 %	4	1,6
Metodebeskrivelse	20 %	5	1
Samlet	100 %		2,91

DANOF	Vægt	Point	Vægtet point
Honorar/pris	40 %	5	2
Organisation og faglige kompetencer	40 %	3	1,2
Metodebeskrivelse	20 %	3	0,6
Samlet	100 %		3,8

”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

OSK har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 8, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Læsø Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 8, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har OSK gjort gældende, at det af udbudsmaterialets punkt 3.2 fremgår, at tilbudsgiveren skal levere kravspecifikation til udbud, herunder gennemførelse af interessent- og brugerdialog. Det fremgår tillige af ordregivers evalueringsbeskrivelse relateret til metodebeskrivelsen, jf. udbudsbetingelsernes punkt 13 (tilbudsevaluering)

Af DANOFs tilbud fremgår i relation til det ovenfor anførte krav i udbudsmaterialet vedrørende ”gennemførelse af en interessent- og brugerdialog” alene, at DANOF i fase 1 (opstart) vil deltage i et indledende projektmøde

med Læsø Kommune samt relevante interessenter og brugere. Det er af DANOF yderligere anført, at projektmøde forventes at kunne gennemføres på en dag. OSK gør derfor gældende, at de i udbudsmaterialet fastsatte krav til gennemførelse af interessent- og brugerdialog ikke er opfyldt.

Uagtet ovenstående krav er det af Læsø Kommune i selve evalueringen ikke anført, at det i metodebeskrivelsen anførte forhold ikke er medtaget i DANOFs tilbud.

Dette har betydning for det i DANOFs tilbud oplyste om kravsspecifikation, idet det er anført, at kravsspecifikationen er baseret på input fra ordregiver med henblik på at inkorporere de input, ordregiver har modtaget. Det er yderligere i kravsspecifikationen anført, at det er ordregiver – og ikke tilbudsgiver – der skal inkludere interessenter.

OSK gør gældende, at den manglende inddragelse i tilbuddet af væsentlige forhold (inddragelse af interessenter og bruger ved gennemførelse af en interessent- og brugerdialog) har betydning for en sammenligning af de indleverede tilbuds økonomi (som vægtes 40%). En manglende gennemførelse af en interessent- og brugerdialog har betydning for selve evalueringen og er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

OSK har baseret på erfaring afsat 330 timer til denne fase inklusive interessent- og brugerdialog. En godkendelse af et tilbud, som ikke omfatter sådanne forhold, er i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2.

Særligt vedrørende påstand 1 har Læsø Kommune gjort gældende, at det i henhold til udbudsbetingelserne var et mindstekrav, at tilbudsgiver afgav en fast pris på udarbejdelse af dele af udbudsmaterialet til det kommende udbud af færgen.

Der er ikke i udbudsmaterialet inddraget et mindstekrav om omfanget af interessent- og brugerdialogen.

DANOF har i sit tilbud vedrørende metodebeskrivelsen beskrevet sit forslag til inddragelse af interessent- og brugerdialog. DANOF har således inddraget interessent- og brugerdialogen i sin faste pris i overensstemmelse med ud-

budsmaterialet. Kommunen har derfor ikke handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved ikke at erklære DANOFs tilbud for ukonditionsmæssigt i forbindelse med inddragelse af interessent- og brugerdialogen.

Til den kvalitative evaluering af metodebeskrivelsen har kommunen i udbudsbetingelsernes pkt. 13.3 som krav anført, at metodebeskrivelsen blandt andet skulle omfatte beskrivelse af ”Udarbejdelse af kravspecifikation, General Arrangement samt krav til interiør og design, herunder gennemførelse af brugerinddragelse/interessentinddragelse”, samt opfordret til, at metodebeskrivelsen blandt andet indeholdt en beskrivelse af, hvordan brugere og interessenter blev inddraget i processen.

Tilbuddet fra DANOF blev ved evalueringen af metodebeskrivelsen tildelt bedømmelsen 3 for en tilfredsstillende løsning.

Kommunen har således ikke handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at tildele kontrakten til DANOF, idet DANOF har inddraget interessent- og brugerdialog i sit tilbud, og indholdet af metodebeskrivelsen er indgået i kommunens evaluering, hvorfor kommunens beslutning om tildeling ikke var behæftet med fejl eller var åbenbart forkert.

Særligt vedrørende påstand 2 har OSK gjort gældende, at det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 3.2, at tilbudsgiver skal levere ”Udarbejdelse af BIMCO-kontrakt”. Det er således i udbudsbetingelserne specifikt anført, at ordregivers advokat alene vil forestå selve udbudsprocessen, og således ikke den med udarbejdelse af BIMCO-kontrakten værende ydelse.

Under henvisning til DANOFs tilbud må det lægges til grund, at udarbejdelse af BIMCO-kontrakten ikke indgår i tilbuddet, idet der heri alene indgår levering af specifikationer til ordregivers advokat, som så skal forestå kontraktudarbejdelsen.

OSK har yderligere bemærket, at det fremgår af evalueringsrapporten, ”at tilbudsgiver har tilbudt en metodebeskrivelse som indeholder de ønskede opgaver.”

DANOFs tilbud er derfor ikke konditionsmæssigt, og det har betydning for en sammenligning af de indleverede tilbuds økonomi (som vægtes 40%). En

manglende medtagelse af den med udarbejdelse af BIMCO-kontrakten relaterede ydelse i det tilbud, som ordregiver har valgt at tildele kontrakten, har betydning for selve evalueringen og sammenligningen af de modtagne tilbud og er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Særligt vedrørende påstand 2 har Læsø Kommune gjort gældende, at det fremgår af udbudsbetingelserne, at tilbudsgivers faste pris for levering af elementer til færgeudbuddet omfattede, at tilbudsgiver varetog udarbejdelse af BIMCO-kontrakten.

Det er i udbudsbetingelserne beskrevet, at kommunens advokat varetager selve udbudsprocessen for udbud af færgen.

DANOF anfører i sit tilbud ”Udarbejdelse af BIMCO kontrakten sker i samarbejde med Læsø Kommunes advokat. DANOF beskriver hvilke kontraktmæssige specifikationer færgen skal have samt øvrige krav til skibsværfterne”. Derfor har kommunen med rette vurderet, at dette er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Det fremgår af tilbuddet, at DANOF leverer alt indhold til BIMCO-kontrakten og dermed udarbejder BIMCO-kontrakten, men der vil nødvendigvis være et samarbejde med kommunens advokat, som varetager selve udbudsprocessen, kvalitetssikrer overholdelse af udbudsreglerne og offentliggør de nødvendige dokumenter hertil.

Det bestrides derfor, at kommunen har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, eller at beslutning om tildeling af kontrakten har været behæftet med fejl i forbindelse med vurderingen af DANOFs opfyldelse af kravet om at udarbejde BIMCO-kontrakten.

Særligt vedrørende påstand 3 har OSK gjort gældende, at det af udbudsbetingelserne fremgår, at tilbudsgiveren skal komme med sin anbefaling til kommunen vedrørende færgens driftsform.

DANOFs tilbud indeholder ikke en sådan anbefaling, og OSK gør derfor gældende, at tilbuddet ikke er konditionsmæssigt eller lever op til udbudsbeskrivelsens krav. Forholdet er i øvrigt konstateret i evalueringsrapporten omkring metodebeskrivelse, idet der her er anført, ”Ligeledes forholder metodebeskrivelsen sig ikke til udbudsbetingelsernes pkt. 3.2 vedr. forslag til færgens driftsform”.

DANOFs tilbud blev tildelt karakter ”3”, som tildeles for ”en tilfredsstillende løsning”. Denne karakter kan ikke være korrekt, når der er en væsentlig del af ydelsen – som i tillæg til en række andre mangler – ikke er omfattet af tilbuddet.

Forholdet er af væsentlig betydning for udbuddet og den til ordregiver leverede ydelse, idet en rådgivning og vejledning af ordregiver omkring anbefaling af den optimale driftsform for ordregiver kræver en detaljeret analyse af indtil flere forskellige færger og færgeløsninger på overfarten. En sådan analyse vil omfatte stillingtagen til bemanning, operationsomkostninger etc.

Det forhold, at DANOFs tilbud ikke indeholder en driftsevaluering af den designede færge, medfører, at udbudsbeskrivelsens krav ikke er opfyldt.

OSK har yderligere gjort gældende, at den manglende anbefaling vedrørende driftsform har betydning for en sammenligning af de indleverede tilbuds økonomi (som vægtes 40%). At ordregiver således væsentligt fraviger udbudsbetingelserne vedrørende væsentlige krav anført i specifikationerne, uden dette i videre udstrækning har haft indflydelse på evalueringen, er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

OSK har oplyst, at virksomheden har afsat 200 timer til denne fase. En godkendelse af tilbud, som således ikke omfatter de nævnte forhold, er i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2.

Særligt vedrørende påstand 3 har Læsø Kommune gjort gældende, at det i henhold til udbudsbetingelserne var et krav, at den faste tilbudspris til udarbejdelse af dokumenter til udbud af færgen indeholdt, at tilbudsgiver skulle komme med anbefalinger til færgens driftsform.

Under udbudsfasen spurgte en tilbudsgiver, hvorvidt tilbudsgiver som en del af sit tilbud skulle vedlægge et forslag til et alternativt designoplæg for den kommende færge. Kommunen svarede benægtende herpå.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 13.3 fremgår kravene til indholdet af metodebeskrivelsen. Heraf fremgår ikke et krav til beskrivelse af, hvordan tilbuds-

giver sikrer anbefalinger om driftsform til kommunen. Kommunen opfordrede dog i udbudsbetingelsernes pkt. 13.3 tilbudsgiverne til blandt andet at indeholde i metodebeskrivelsen, hvordan det sikres, ”at Ordregiveres kravspecifikation og intentioner opfyldes, herunder hvorledes den løbende kvalitetssikring af ydelsen gennemføres samt tilbudsgivers model for erfaringsopsamling.”

I DANOFs tilbud adresseres, hvornår i processen DANOF vil præsentere kommunen for realistiske driftsformer. Kommunen har dog i helhedsvurderingen af metodebeskrivelsen vurderet det negativt, at DANOFs metodebeskrivelse ikke forholder sig nærmere til forslag til driftsform, hvilket sammen med ovenstående om inddragelse af bruger- og interessentdialog har udløst bedømmelsen 3 – tilfredsstillende.

Tilbuddet fra DANOF indeholder beskrivelse af alternative driftsformer og oplyser om, hvornår kommunen vil blive præsenteret for disse. Tilbuddet indeholder ikke forbehold for opgaven vedrørende forslag til driftsform eller beskrivelser, som skulle medføre en berettiget tvivl for kommunen om, hvorvidt opgaven vedrørende anbefaling om optimal driftsform var omfattet af tilbudsprisen eller ej.

Idet kommunens udbudsbetingelser bliver en del af kontraktgrundlaget med DANOF, er denne opgave omfattet af tilbudsprisen.

Det bestrides derfor, at kommunen skulle have erklæret tilbuddet fra DANOF for ukonditionsmæssigt som følge af, at DANOF ikke detaljeret har beskrevet anbefalingsprocessen i metodebeskrivelsen, eller at beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med fejl. Kommunen har således ikke handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne ved vurdering af DANOFs tilbud vedrørende valg af driftsform.

Særligt vedrørende påstand 4 har OSK gjort gældende, at ”rådgiver skal stå til rådighed for besvarelse af spørgsmål af teknisk karakter fra tilbudsgiver under selve færgesubuddet.” DANOFs tilbud indeholder ikke denne ydelse, og tilbuddet lever således ikke op til udbudsbeskrivelsen.

Særligt vedrørende påstand 4 har Læsø Kommune gjort gældende, at det var et krav, at den faste tilbudspris til udarbejdelse af dokumenter til udbud af færgen indeholdt opgaven, at rådgiveren ”skal stå til rådighed for besvarelse

af spørgsmål af teknisk karakter fra tilbudsgivere under selve færgesubuddet.”

Det har ikke været et mindstekrav til metodebeskrivelsen, at denne indeholdt en beskrivelse af, hvordan tilbudsgiver ville sikre, at denne opgave blev omfattet i rådgivningsprocessen.

Tilbuddet fra DANOF indeholder ikke forbehold for denne opgave eller beskrivelser, som skulle medføre en berettiget tvivl for kommunen om, hvorvidt opgaven vedrørende DANOFs deltagelse ved besvarelse af tekniske spørgsmål under færgesubuddet var omfattet af tilbudsprisen eller ej.

Idet kommunens udbudsbetingelser bliver en del af kontraktgrundlaget med DANOF, er denne opgave omfattet af tilbudsprisen.

Det bestrides derfor, at kommunen skulle have erklæret tilbuddet fra DANOF ukonditionsmæssigt som følge af, at DANOF ikke har beskrevet fremgangsmåden ved DANOFs deltagelse ved besvarelse af tekniske spørgsmål under færgesubuddet i metodebeskrivelsen, eller at beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med fejl. Kommunen har således ikke handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne ved vurdering af DANOFs tilbud vedrørende deltagelse ved besvarelse af tekniske spørgsmål under færgesubuddet.

Særligt vedrørende påstand 5 har OSK gjort gældende, at det af udbudsbetingelserne fremgår, at rådgiver skal føre byggetilsyn.

DANOFs tilbud indeholder i strid med udbudsbetingelserne ikke et fuldt byggetilsyn, idet det bl.a. er anført, at en ikke uvæsentlig del af dette tilsyn skal leveres af ordregiver.

Det er således forudsat i det anførte tilbud – i strid med udbudsbetingelserne, at ordregiver skal stille væsentligt mandskab til rådighed. Dette er i henhold til udbudsbeskrivelsen forhold, der skal være omfattet af tilbuddet, og en fravigelse heraf vil være i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2

Såfremt tilsynsydelserne helt eller delvist kan lægges over på ordregiver, betyder det i relation til metodebeskrivelsen, at der overvæltes en ikke uvæsentlig del af kontraktens omkostninger til ordregiver.

Dertil kommer, at DANOFs tilbud med hensyn til tilsyn ikke lever op til den gældende praksis for markedet eller i øvrigt er beskrevet eller er af et omfang, som reelt vil kunne løse udbudsbeskrivelsens opgave.

Yderligere gøres det gældende, at den anførte metodebeskrivelse ikke er i overensstemmelse med praksis på området for byggetilsyn med internationale nybygningsprojekter af færger på over 100 meter. Det anførte tilsyn er helt utilstrækkeligt, hvilket bestyrkes af, at ordregiver i vid udstrækning forpligtes til at bistå i tilsynsførelsen.

I relation til udbudsbetingelserne og evalueringsparametrene er forholdet fra ordregivers side tillagt ikke uvæsentlig betydning, idet byggetilsynet vægter 50 % af den samlede evalueringstekniske pris. Forholdet er således af væsentlig betydning for lighedsprincippet i udbudslovens § 2 og det forhold, at udbuddet skal være af en sådan art og kvalitet, at dette kan danne grundlag for en sammenlignelig og ens vurdering af indkomne tilbud.

OSK har gjort gældende, at et tilstrækkeligt, nødvendigt og markedskonformt byggetilsyn efter OSKs erfaring og internationale standarder som minimum omfatter i) koordinerende projektleder, der koordinerer tegningsgodkendelse og tilsynet på værftet samt deltager i diverse tests og prøver, og ii) site-team bestående af minimum 2 personer, som fuld tid er på værftet fra opskæring af stål, under sektionproduktion og udrustning (el, maskiner, maling etc.), som suppleres med periodevis tilsyn i relation til interiør og design samt varme og ventilation.

At ovenstående forhold har væsentlig betydning for sammenligning af de indkomne tilbud i relation til den evalueringstekniske pris (hvor byggetilsyn vægter med 50%) illustreres af, at OSK har indregnet samlet 7.440 timer i relation til byggetilsyn. Uagtet dette forhold har ordregiver ikke i relation til evaluering af de indkomne forslag forholdt sig til manglende overholdelse af udbudsbetingelserne eller de i øvrigt ikke definerede grænser for denne centrale del af udbuddet, som således ikke lever op til udbudsloven.

Særligt vedrørende påstand 5 har Læsø Kommune gjort gældende, at DANOF har tilbudt byggetilsyn inden for de efterspurgte områder og bekræftet deltagelse i alle tests herunder seatrials. Tilbuddet fra DANOF opfylder således udbudsbetingelsernes krav til byggetilsyn. DANOF imødekommer i overensstemmelse med udbudsbetingelserne kommunens opfordring med beskrivelse under byggetilsynet. At kommunen deltager med kvalificerede repræsentanter under byggetilsynet, ændrer ikke herved, og det er i øvrigt i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, at DANOF bærer det fulde tilsynsansvar under hele byggetilsynet.

Byggetilsynet indgik i evalueringen med en fast pris, og metodebeskrivelsen er indgået som en helhedsvurdering i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Kommunens udbudsbetingelser bliver en del af kontraktgrundlaget med DANOF, hvorfor tilsynsopgaven i udbudsbetingelserne er fuldt omfattet af tilbudsprisen.

Kommunen har derfor bestridt, at den skulle have afvist DANOFs tilbud som ukonditionsmæssigt som følge af, at DANOFs beskrivelse af byggetilsynet og forventet deltagelse fra kommunens repræsentanter ved byggetilsynet, eller at beslutningen om tildeling i den forbindelse har været behæftet med fejl. Kommunen har således ikke handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne ved vurdering af DANOFs tilbud vedrørende kommunens deltagelse ved byggetilsyn.

Særligt vedrørende påstand 6 har OSK gjort gældende, at DANOFs tilbud for så vidt angår metodebeskrivelsen, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 13, hverken indeholder planlægning eller inddragelse af bruger, interessenter eller Læsø Kommune. Uagtet tilbuddet og metodebeskrivelsen således ikke indeholder oplysninger om, hvilke forhold der vil blive lagt vægt på ved ordregivers vurdering af metodebeskrivelsen, har ordregiver i evalueringsrapporten givet karakteren ”3”. Det gøres gældende, at en sådankvalificering og evaluering, hvor udbudsbetingelsernes krav ikke er opfyldt, ligger udenfor det skøn, ordregiver er berettiget til at foretage.

Særligt vedrørende påstand 6 har Læsø Kommune henvist til det anførte ovenfor ad påstand 1, 2, 3 og 4. Kommunen har yderligere gjort gældende, at

den har et vist skøn ved vurderingen af ”tilbudsgivers planlægning af opgaven, herunder inddragelse af bruger, interessenter, Læsø Kommune samt tilbudsgivers styring af opgaven tidsmæssigt, økonomisk og kvalitativt”. Kommunen har bestridt at have overskredet grænserne for dette skøn ved vurderingen af tilbuddet fra DANOF. Det er ikke et krav i udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne skulle medtage f.eks. brugerinddragelse i metodebeskrivelsen. Dette har alene været en opfordring til tilbudsgiverne. Det har alene været et krav, at brugerinddragelse var indeholdt i tilbudsprisen. Tilbuddet fra DANOF indeholder bruger- og interessentinddragelse, ligesom det indeholder valg af driftsform og DANOFs deltagelse ved besvarelse af tekniske spørgsmål under færgeudbuddet.

Det har dog haft en betydning i forhold til den kvalitative evaluering af tilbuddet fra DANOF, at DANOF har valgt ikke at beskrive de anførte elementer i metodebeskrivelsen. OSK har opnået 5 point for sin metodebeskrivelse, mens DANOF har opnået 3 point. Der er således en væsentlig forskel, der afspejles imellem tilbuddene i pointgivningen for delkriteriet metodebeskrivelse. Det bestrides i øvrigt, at metodebeskrivelsen var så mangelfuld, at dette skulle have medført lavere point.

Kommunen har derfor handlet i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 i sin evaluering af metodebeskrivelsen fra DANOF.

Særligt vedrørende påstand 7 har OSK med henvisning til Kontraktspecifikationen i DANOFs tilbud under punkt 4.2 gjort gældende, at udarbejdelse af en sådan leverandørliste er i strid med de udbudsretlige regler (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2), hvorfor tilbuddet ikke er konditionsmæssigt. En tilbudsgiver er ikke berettiget til at tildele kontrakten.

Særligt vedrørende påstand 7 har Læsø Kommune bestridt, at DANOFs nævnelse af en leverandørliste medfører, at tilbuddet skulle være erklæret ukonditionsmæssigt. Selve udbudsprocessen af færgeudbuddet varetages af kommunens advokat, som vil sikre overholdelse af udbudsreglerne i færgeudbuddet, herunder ligebehandling- og gennemsigtighedsprincippet.

Særligt vedrørende påstand 8 har OSK gjort gældende, at klagenævnet på baggrund af de ovenfor under påstand 1-7 beskrevne forhold skal annullere Læsø Kommunes beslutning om at tildele den udbudte kontrakt til DANOF.

Særligt vedrørende påstand 8 har Læsø Kommune gjort gældende, at udbudsreglerne ikke overtrådt, hvorfor tildelingsbeslutningen ikke skal annulleres. Måtte klagenævnet tage en eller flere af påstandene til følge, har kommunen gjort gældende, at der ikke er tale om konkrete og væsentlige overtrædelser af udbudsloven, som har haft betydning for tildelingsbeslutningen, hvorfor klagenævnet ikke skal annullere kommunens tildelingsbeslutning.

Ad uopsættelighed

OSK har ikke gjort anbringender gældende vedrørende uopsættelighed.

Læsø Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har overtrådt nogen udbudsretlige regler i forbindelse med tildeling af kontrakten til DANOF.

Der vil således heller ikke være tale om, at kravet til uopsættelighed skulle lempes.

OSK vil således skulle dokumentere at ville lide et uopsætteligt tab, førend klagenævnet kan finde betingelsen om uopsættelighed for opfyldt.

Betingelsen er ikke opfyldt.

Ad interesseafvejning

OSK har ikke gjort anbringender gældende vedrørende interesseafvejning.

Læsø Kommune har gjort gældende, at en interesseafvejning ikke kan føre til, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning. Kommunes behov for en kontraktindgåelse vejer tungere end OSKs interesse i det modsatte.

Kommunen er dybt afhængig af en funktionsdygtig færge. Kommunen havde i 2017 behov for igangsættelse af projekt ”ny færge”, og dette behov er ikke blevet mindre i 2021. De nuværende færger opfylder ikke kapacitetsmæssigt kommunens behov og er af ældre dato, hvorfor reparationer ofte sker på bekostning af den nødvendige overfart.

Det vil samfundsmæssigt være forbundet med store konsekvenser, hvis klagenævnet finder, at kriterierne for opsættende virkning er opfyldt, herunder:

- Fare for manglende overfart til og fra Læsø Kommune.
- Forlængede store reparations- og vedligeholdelsesomkostninger til nuværende færger.

Til sidst vil borgerne i Læsø Kommune risikere en længere årrække med en færgekapacitet, der ikke møder deres behov eller kan møde behovet for øget turismetilgang, som er kommunens og mange Læsøborgeres væsentligste indkomst.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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:

Betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*")

Ad påstand 1:

Det fremgår af udbudsmaterialet, at det var et mindstekrav, at tilbudsgiverne afgav en fast pris på udarbejdelse af dele af udbudsmaterialet med henblik på fæргеudbuddet. Ifølge udbudsbetingelserne var det nærmere opregnet, hvilke elementer der skulle indeholdes i den faste pris, herunder gennemførelse af interessent- og brugerdialog. I udbudsmaterialet var ikke anført et mindstekrav til omfanget af denne dialog. DANOF har i sit tilbud beskrevet sit forslaget til inddragelse af interessent- og brugerdialog. Tilbuddet var derfor på dette punkt konditionsmæssigt.

Læsø Kommune har i udbudsmaterialet anført, hvilke forhold der vil blive lagt vægt på ved den kvalitative evaluering af metodebeskrivelsen. Det fremgår, at kommunen har foretaget en evaluering i overensstemmelse hermed, og at kommunen har vurderet, at DANOF har tilbudt en metodebeskrivelse, som indeholder de ønskede opgaver, men beskrevet på en mindre detaljeret måde, samt at bruger- og interessentinddragelserne vurderes mindre tilfredsstillende beskrevet. DANOF blev tildelt karakteren 3.

Det fremgår af det anførte, at der på det foreløbige foreliggende grundlag ikke er udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Ad påstand 2:

Det lægges til grund, at tilbudsgiverne i henhold til udbudsbetingelserne som en del af en fast pris skulle udarbejde BIMCO-kontrakten. I henhold til udbudsbetingelserne skulle kommunens advokat varetage selve udbudsprocessen for udbud af færgen. Af DANOFs tilbud fremgår blandt andet, at virksomheden udarbejder BIMCO-kontrakten, og at dette vil ske i samarbejde

med kommunens advokat. DANOF har i sit tilbud beskrevet, hvilke kontraktmæssige specifikationer færgen skal have samt øvrige krav til skibsværfterne.

Det fremgår således, at DANOF udarbejder den omhandlede kontrakt. At dette finder sted i samarbejde med kommunens advokat betyder ikke, at DANOF ikke udfører arbejdet konditionsmæssigt, idet dette arbejde er en del af udbudsprocessen, der skal finde sted i samarbejde med advokaten.

Det fremgår af det anførte, at der på det foreløbige foreliggende grundlag ikke er udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

Ad påstand 3:

Det lægges til grund, at tilbudsgiverne i henhold til udbudsbetingelserne som en del af en fast pris skulle udarbejde forslag til driftsform til færgen. Der var i udbudsbetingelserne ikke fastsat nærmere krav til beskrivelse af, hvordan tilbudsgiver skulle fremkomme med disse anbefalinger. Læsø Kommune havde dog i udbudsbetingelserne opfordret til, at tilbudsgiverne fremkom med forslag til kravspecifikation og intentioner, herunder vedrørende kvalitetssikring, samt foretog erfaringsdeling.

DANOF medtog i sit tilbud oplysning om, hvornår i processen virksomheden ville fremkomme med sine forslag til driftsformer. Læsø Kommune evaluerede tilbuddet og tildelte DANOF karakteren 3.

Da kommunens udbudsbetingelser blev en del af kontraktgrundlaget med tilbudsgiveren, blev opgaven omfattet af tilbudsprisen. Tilbuddet var derfor ikke ukonditionsmæssigt.

Det fremgår af det anførte, at der på det foreløbige foreliggende grundlag ikke er udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge.

Ad påstand 4:

Ifølge udbudsbetingelserne og kontraktgrundlaget var det også vedrørende den tekniske dialog et krav, at den faste tilbudspris til udarbejdelse af dokumenter til udbud af færgen indeholdt opgaven, at rådgiver skal stå til rådighed for besvarelse af spørgsmål af teknisk karakter fra tilbudsgiverne under færgedebuddet.

Tilbuddet fra DANOF indeholdt ikke et forbehold overfor ydelsen og det, der hørte med til denne. Idet kommunens udbudsbetingelser bliver en del af kontraktgrundlaget med DANOF, er opgaven omfattet af tilbudsprisen. Tilbuddet fra DANOF var således ikke ukonditionsmæssigt, og beslutningen om kontrakttildelingen var ikke behæftet med fejl.

Det fremgår af det anførte, at der på det foreløbige foreliggende grundlag ikke er udsigt til, at påstand 4 vil blive taget til følge.

Ad påstand 5:

Af udbudsbetingelsernes pkt. 3.5 fremgår, i hvilket omfang rådgiveren skal føre tilsyn, samt at rådgiveren skal deltage i alle tests, herunder seatrails. Det fremgår tillige, at byggetilsynet skal udføres til en fast pris.

Det fremgår af DANOFs tilbud, at virksomheden vil føre byggetilsyn på samtlige områder, som ordregiveren efterspørger, samt at virksomheden bekræfter deltagelse i tests, herunder seatrails. Tilsynet blev tilbudt til en fast pris, og udbudsbetingelserne bliver en del af kontraktgrundlaget med DANOF. Det må således konstateres, at DANOFs tilbud er konditionsmæssigt, ligesom tildelingsbeslutningen ikke er behæftet med fejl, idet det er en del af aftalegrundlaget, at kommunen deltager i byggetilsynet.

Det fremgår af det anførte, at der på det foreløbige foreliggende grundlag ikke er udsigt til, at påstand 5 vil blive taget til følge.

Ad påstand 6:

Det fremgår af DANOFs tilbud, at dette indeholder bruger- og interessentinddragelse i tilbudsprisen, ligesom det indeholder valg af driftsform og DANOFs deltagelse ved besvarelse af tekniske spørgsmål under færgesubuddet. Udbudsbetingelserne stillede ikke krav om mere, men kommunen opfordrede tilbudsgiverne til at beskrive de anførte elementer yderligere. OSK opfyldte denne del og opnåede derfor en væsentlig bedre tilbudsevaluering end DANOF. Klagenævnet tilsidesætter ikke ordregivers skøn, medmindre det er usagligt eller åbenbart forkert, og erstatter det ikke med sit eget. Det er derfor ikke godtgjort, at kommunen ved vurderingen ikke har fulgt de anførte vilkår i udbudsbetingelsernes punkt 13.

Det fremgår af det anførte, at der på det foreløbige foreliggende grundlag ikke er udsigt til, at påstand 6 vil blive taget til følge.

Ad påstand 7:

DANOF har udover at opfylde de krav, der fremgår af udbudsbetingelserne, tilbudt en kontraktspecifikation, hvor virksomheden i samarbejde med Læsø Kommune udarbejder en leverandørliste, der sætter standarder for, hvilke leverandører der kan bruges. Henset til, at kommunens advokat forestår udbudsprocessen, herunder overholdelse af udbudsreglerne, er det ikke en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at der udfærdiges en sådan liste.

Det fremgår af det anførte, at der på det foreløbige foreliggende grundlag ikke er udsigt til, at påstand 7 vil blive taget til følge.

Ad påstand 8:

Som følge af det, der er anført ad påstand 1-7, er der ikke udsigt til, at påstanden om annullation vil blive taget til følge.

Betingelsen om ”fumus boni juris” er således ikke opfyldt, og klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent