

K E N D E L S E

(Visse oplysninger i kendelsen er på parternes begæring ikke offentliggjort)

SUEZ Water A/S  
(advokat Carsten Lorentzen og advokat Camilla Bjørslev Paulsen, Aarhus)

mod

Danish Oil Pipe A/S  
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, Aarhus)

I overensstemmelse med reglerne i direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) indledte Danish Oil Pipe A/S ("DOP") i 2019 et udbud med forhandling om en kontrakt om en permanent udbygning til DOPs nuværende spildevandsanlæg (Lurgi-anlægget). Prækvalifikation skete gennem kvalifikationsordningen "Achilles Utilities NCE Qualification System".

Ved mail af 2. juli 2018 opfordrede DOP SUEZ Water A/S ("SUEZ") til at anmode om kvalifikation i DOPs kvalifikationsordning.

SUEZ anmodede herom og blev kvalificeret.

Den 7. februar 2020 besluttede DOP at afvise SUEZ' endelige tilbud som ukonditionsmæssigt. DOP meddelte samtidig, at DOP havde besluttet at indgå kontrakt med Krüger A/S ("Krüger").

DOP besluttede den 14. februar 2020, på baggrund af en henvendelse fra SUEZ, at forlænge standstillperioden til den 19. februar 2020.

Den 19. februar 2020 indgav SUEZ klage til Klagenævnet for Udbud over DOP. SUEZ fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning.

Den 27. februar 2020 meddelte DOP, at virksomheden den 25. februar 2020 havde besluttet at annullere udbuddet og tildelingen af kontrakten.

Klagenævnet anmodede ved mail af 2. marts 2020 SUEZ om at oplyse, hvorvidt klagen skulle fastholdes eller trækkes tilbage. Klagenævnet meddelte samtidig, at da DOP havde annulleret udbuddet, var der ikke længere grundlag for at tage stilling til anmodningen om opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 3.

Ved mail af 9. marts 2020 meddelte SUEZ, at klagen skulle fastholdes, idet SUEZ ville nedlægge påstand om erstatning for forgæves afholdte udgifter til afgivelse af tilbud.

Klagen har været behandlet skriftligt.

SUEZ har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at DOP har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at afvise SUEZ' tilbud som ikke-konditionsmæssigt.

#### Påstand 1 A (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at DOP har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved ikke at afvise Krügers tilbud som ikke-konditionsmæssigt ved tilbudsevalueringen.

#### Påstand 2 (tertiær i forhold til påstand 1 og 1A)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at DOP har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at foretage grundlæggende ændringer af udbudsmaterialet efter offentliggørelsen deraf.

### Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal pålægge DOP at betale [REDACTED] kr. i erstatning til SUEZ med tillæg af procesrenter fra nedlæggelsen af denne påstand, således at SUEZ stilles som om, at SUEZ ikke havde deltaget i udbudet, og således at de udgifter, SUEZ har afholdt i forbindelse med deltagelsen i udbudsproceduren og tilbudsafgivningen, erstattes af DOP.

DOP har nedlagt påstand om, at påstand 1 og 2 ikke tages til følge, idet DOP dog delvist har erkendt den overtrædelse, der er beskrevet i påstand 2, for så vidt angår ændringerne vedrørende kravene til koncentration af tørstof.

DOP har principalt nedlagt påstand om afvisning af påstand 1A, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Over for påstand 3 har DOP påstået frifindelse.

### Sagens nærmere omstændigheder

Ved mail af 2. juli 2018 opfordrede DOP SUEZ til at anmode om kvalifikation i DOPs kvalifikationsordning. I mailen hedder det blandt andet:

”We are currently writing the Tender Material for an upcoming Tender, regarding building a Waste Water Treatment plant in Fredericia, Denmark, and in that connection we have identified you company as being a potential bidder.

To comply with the Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26<sup>th</sup> February 2014, Ørsted uses among others the qualification system 'Achilles Utilities NCE' (former Sellihca) to establish a list of suppliers as the first phase of a tender procedure. This means, that only suppliers qualified in Achilles Utilities NCE will be considered as potential participants in these tender procedures.

In order to be able to participate in the tender for the Waste Water Treatment plant, your company must be registered in the Achilles and in category "4.1.3 Treatment Works - Waste Water".”

SUEZ anmodede på den baggrund om og blev prækvalificeret.

I efteråret 2018 kontaktede DOP SUEZ om udførelsen af et pilotprojekt vedrørende et testanlæg.

Erfaringerne fra testanlægget skulle danne grundlag for udvikling af dimensionering af en permanent bygning af det spildevandsanlæg, der er omfattet af den udbudte kontrakt.

Ved mail af 31. oktober 2018 opfordrede DOP SUEZ til at afgive tilbud på Lurgi-anlægget. SUEZ fik samtidig adgang til udbudsmaterialet.

I udbudsbetingelserne hedder det blandt andet:

”4. Award Criteria and Method

The contract will be awarded to the most economically advantageous tender. The economically advantageous tender shall be identified on the basis of the best price-quality ratio which shall be assessed on the basis of the following criteria:

1. Project Economics	60%
a) Evaluated Price	70%
b) Contractual Terms	30%
2. Technical Solution + QHSE	40%

...

4.1.2 Contractual Terms

The Contracting Entity has enclosed a draft comprising of:

- FIDIC Yellow - Form of Agreement and Appendix - Lurgi Expansion Project
- FIDIC Yellow - Conditions of Contract - Lurgi Expansion Project

(All of the listed documents together are defined as the “Draft Contract Documents”).

The Contracting Entity is evaluating any deviation to the Draft Contract Documents qualitatively focusing on substance. When evaluating a deviation to the Draft Contract Documents the Contracting Entity will assess the overall risk exposure to the Contracting Entity. Acceptance of the Draft Contract Documents will be evaluated positively, and such tender will receive maximum score on a scale from 0-10, where 10 is the highest score. The points awarded for “Contractual Terms” will be multiplied with the weight of 30%.

The Contracting Entity will apply an evaluation model with an absolute scale from 0-10 as described below, where 10 is the highest score.

Point description	Score
Inadequate	0
	1
	2
Below average	3
	4
Average	5
	6
Good	7
	8
	9
Superior	10

The more risk the deviations to the Draft Contract Documents will expose the Contracting Entity to, the fewer points will be awarded. When assessing the risks, the Contracting Entity will consider the size of the potential impact/consequences should the risk materialize and the likelihood of the risk materializing.

Risks are deviations to the draft Contract Documents that changes the balance between the Contracting Entity and the Tenderer in favour of the Tenderer. If the deviations put more risk on the Contracting Entity, it will negatively affect the evaluation of the sub-criterion Contractual Terms leading to the Tenderer being awarded fewer points.

The points awarded for Contractual Terms will be multiplied with 30 %.

...

#### 5.1 Tender Deadline and deadlines for submission of revised tenders

The first tender must be received by the Contracting Entity before 15. February 2019 13:00 (Copenhagen Time) (the "Tender Deadline").

...

## 6. Reservations

The Tenderer should list all reservations in Appendix A - Form of Tender. All reservations listed in this appendix should include a reference to the relevant parts of the tender documents, so that the Contracting Entity will be able to identify which requirements and/or which parts of the tender documents the reservation concerns. However, the Contracting Entity will consider all reservations regardless of whether they are identified as such by the Tenderer or not.

If the BAFOs cf. section 7.2 contains reservations to minimum requirements and/or fundamental parts of the tender documents and these reservations have not been agreed upon in preceding negotiations, the Contracting Entity is entitled as well as obliged to reject BAFO. Reservations in first or revised tenders will be discussed during the negotiation meeting, cf. Section 7.2.

...”

I Appendix A – Form of Tender står der blandt andet:

### ”8. Contractor’s Legal Reservations

If the Contractor has any commercial reservations to, for example FIDIC Yellow, they must be listed below. Any other reservations mentioned in the Tender, will not be accepted.”

Af FIDIC Yellow - Form of Agreement and Appendix, som er kontrakten fra udbudsmaterialet, fremgår det blandt andet:

”3. The following documents and their attachments (if any) shall be deemed to form and be read and constructed as part of this Contract and are to be taken as mutually explanatory of one another:

- a) This Agreement;
- b) The Appendix, incl. Special Conditions (if any);
- c) The Conditions of Contract;
- d) The Schedules;
- e) The Employer’s Requirements; and
- f) The Contractor’s Proposal.

The order of priority is described in the Appendix and if any of the above-mentioned documents are amended following the date of signature, the stated priority shall not be affected by such amendment.”

I Annex 1 – Employer’s Requirements af 31. oktober 2018 (version 1) står der blandt andet:

#### “4.1 Inlet conditions

##### 4.1.1 Hydraulic load

The load of waste water is:

Average: 500 m<sup>3</sup>/day

Max: 700 m<sup>3</sup>/day

##### 4.1.2 Substance load

COD ranges from around 1,500 to 14,000 mg/l with limited/insignificant daily variations.

**Table 1 - Key characteristics of waste water inlet**

		Average	Design capacity
COD	mg/l	8,800	12,000
	kg/d	4,400	8,400
BI <sub>5</sub> (BOD)	mg/l	4,500	6,500
	kg/d	2,250	4,550
Total-N	mg/l	85	115
	kg/d	17.5	85
Total-P	mg/l	3	5
	kg/d	1.5	3.5

...

#### 5. Functional requirements

...

Management considers the quality of the water outlet from Lurgi plant to be in compliance with conditions set up by Fredericia Municipality except for the inhibition of nitrification. Management sees a link between COD [Chemical Oxygen Demand] and the inhibition characteristics. Following a management decision, Employer will construct an additional plant (Lurgi Expansion) with one specific objective:

- Reduce COD to max. 1000 mg/l

The new WWTP must reduce the COD level to max. 1000mg/l [ANN-M46].

The new WWTP must meet an uptime of minimum 99,5% per. month [ANN-M47].”

DOP og SUEZ indgik den 9. november 2018 kontrakt om udførelsen af pilotprojektet vedrørende et MBBR-testanlæg [Moving Bed Biofilm Reaktor] til rensning af spildevand. Anlægget blev installeret i perioden fra december 2018 til februar 2019. Driften blev forestået af SUEZ.

I Miljøstyrelsens miljøgodkendelse til testanlægget står der blandt andet:

”Vilkår B1

Ved kontinuerlig overvågning af tanke og behandlingsenheder med alarmer sikres det, at eventuelle fejl på anlægget udløser nedlukning af anlægget og hurtig detektion af fejl.

...

Vilkår B2

Ved etablering af overløb på de største vandtanke sikres det, at der i tilfælde af for høj vandstand kan ske en afledning til et opsamlingskar. Vilkåret skal forebygge, at et potentielt overløb fører til spild.”

Af Annex 1 – Employer’s requirements af 14. juni 2019 (version 2), fremgår blandt andet følgende:

”4. Design basis

The new WWTP receives pre-treated waste water from the Lurgi Plant (Lurgi waste water). The key parameters of the Lurgi waste water outlet apply as inlet specification to the new treatment plant for waste water.

...

4.1.2 Substance load

COD ranges from around 1,500 to 14,000 mg/l with limited/insignificant daily variations.

...

5. Functional requirements

Title and risk to the facilities to be established vest at owner regardless of operatorships. Owner (= Danish Oil Pipe) sets as a boundary condition that dependence of any kind from the Shell Refinery is not acceptable regardless of how trivial it may be considered.



Management considers the quality of the water outlet from Lurgi plant to be in compliance with conditions set up by Fredericia Municipality except for the inhibition of nitrification. Management sees a link between COD and the inhibition characteristics. Following a management decision, Employer will construct an additional plant (Lurgi Expansion) with the following specific objectives:

- Reduce COD to max. 2000 mg/l, provided that the Nitrification Inhibition do not exceed 20% (50% during commissioning) using a test method with salt-adapted sludge.

The new WWTP must reduce the COD level to max. 2000mg/l and reduce the Nitrification Inhibition to max. 20% (50% during commissioning) [ANN-M46].

The new WWTP must meet an uptime of minimum 99,5% per. month [ANN-M47].

...

### 5.2.3 Treatment, storage and disposal of residues

Disposal of waste must be based on a domestic solution [ANN-M72].

...

## 6.1 Instruction and technical training

### 6.1.1 Operations

The Contractor must supply sufficient training to enable the Employer's staff to operate the plant safely and efficiently [ANN-M112]. Manuals and instructions must be available in Danish language [ANN-M113].

..."

Under udbudsprocessen blev der stillet en række spørgsmål til DOP. Af skematisk oversigt over de stillede spørgsmål/svar fremgår, at der som spørgsmål 15 blev stillet følgende spørgsmål:

“In your answer, you state that

The result of operation of the test MBBR unit does not impact the tender of the permanent Lurgi Expansion project?

Whereas it is stated in the Request for approval dated 18/12-2018 (from the Homepage of the Ministry of the Environment)

Testanlægget er et pilotprojekt med en tidsbegrænsning på 2 år, og erfaringerne fra anlægget skal danne grundlag for udvikling og dimensionering af en permanent udbygning af virksomhedens spildevandsrens anlæg.

This apparent contradiction needs clarification.”

Ved besvarelsen af spørgsmålet besluttede DOP at udsætte fristen for det første forhandlingstilbud til den 21. juni 2019 med følgende begrundelse:

“DOP also takes note of the remark made by Miljøstyrelsen. It was not DOP’s intention to nominate a specific technology as preferred. This would contradict our approach to tender on functional requirements. We are confident that Miljøstyrelsen support this approach not on beforehand to exclude any possible technology. We read the statement as an obligation to take into account information obtained by the test plant. This is common sense. Anything else would be irresponsible.

DOP continuously assess our own standards of reporting. We have realized that information available to DOP in combination with competences are insufficient to provide a deeper understanding of records. On that background DOP launched a strategic initiative on appropriate ways to provide stakeholders – including vendors – with improved knowledge to existing technologies. Eventually that led to the decision on establishing test MBBR facility. DOP will provide stakeholders with performance data as it becomes available, without any interpretation and to the same quality as put forward to DOP and considers the activity as DOP’s contribution to increase unrestricted access to improved knowledge to waste water technologies.

Deferring the date of submission will allow for taking experience obtained at the test plant into account. At the other hand time is not available indefinitely. DOP has decided to defer the date for submission of tenders to 21st June 2019.”

SUEZ afgav sit første forhandlingstilbud dateret den 21. juni 2019, hvor SUEZ tilbød at opføre det udbudte anlæg for [REDACTED] EUR ekskl. moms, inkl. optioner.

I et mødereferat af 2. juli 2019, vedrørende et møde afholdt 24. juni 2019, udsendt pr. mail 9. juli 2019, som en medarbejder hos SUEZ ifølge modtagerlisten også modtog, står der blandt andet:

”Content

Starting from end of July and until mid-November 2019, Total will put the Tyra field out of operation. The Tyra platform and its satellites will be shutdown and cleaning activities will be executed to ensure a safe removal of Tyra platform topsides.

...

Total has provided the trend of the oil flowrate during the shutdown. The total flowrate will decline in time and simultaneously the RVP will decrease to a value that stabilises to about 8.5 psia at the end of the shutdown period. It is expected that this will be the oil RVP for the next 3 years while the Tyra field is redeveloped.

...”

Efter afgivelsen af første forhandlingstilbud blev afsnit 4.1.2, 5, 5.2.3 og 6.1.1 i Annex 1 – Employer’s requirements af 12. juli 2019 (version 3) formuleret på følgende måde:

#### “4.1.2 Substance load

Accredited COD measurements from 2011 to 2016 show COD ranges from around 1,500 to 14,000 mg/l with limited/insignificant daily variations.

COD average (50% fractile):  $8.800 \pm 2.285$  mg/l

COD design capacity (95% fractile): 12.000 mg/l

Design capacity is 95% fractile at max hydraulic load.

...

#### 5. Functional requirements

...

Management considers the quality of the water outlet from Lurgi plant to be in compliance with conditions set up by Fredericia Municipality except for the inhibition of nitrification. Management sees a link between COD and the inhibition characteristics. Following a management decision, Employer will construct an additional plant (Lurgi Expansion) with the following specific objectives:

- Reduce COD to max. 1000 mg/l or, reduce the Nitrification Inhibition to <20% (<50% during commissioning) with a COD at max. 2000 mg/l.

The new WWTP must reduce the COD level to max. 1000 mg/l or, reduce the Nitrification Inhibition to max. 20% (50% during commissioning) with a COD level at max. 2000 mg/l. The Nitrification Inhibition is tested using the test method with salt-adapted sludge and at 200 ml/l [ANN-M49].

The new WWTP effluent to Fredericia Wastewater Treatment Plant must comply with the requirements as listed in Table 2 (Discharge Permission) on the parameters on which the new WWTP have an influence, such as, but not limited to: pH, t-N, t-P, temperature and SS [ANN-M50].

The new WWTP must meet an uptime of minimum 99,5% per. month [ANN-M51].

In order to ensure a homogenized feed to the new WWTP and to ensure continuous operation by loss of feedwater at planned or unplanned Lurgi shutdown, a storage buffer capacity for minimum 7 days of operation at minimum flow rate must be installed [ANN-M52].

...

### 5.2.3 Treatment, storage and disposal of residues

Disposal of waste must be based on a domestic solution. The produced sludge must be up-concentrated (optimized) to a DM (Dry Matter) level at minimum 15% and delivered (discharged) in open standard ISO- containers, suitable to be picked up by truck [ANN-M79].

Employee will handle the disposal of the up-concentrated sludge.

...

## 6.1 Operation & Maintenance

### 6.1.1 Operation

The Contractor must operate the plant during the Test After Completion period, which is determined to have a duration of 12 months from Employers Taking Over (M8) and to Test after Completion (M9) [ANN-M119]. Manuals and instructions must be available in Danish language [ANN-M120].

...”

I Annex 1 – Employer’s requirements af 27. august 2019 (version 4) står der blandt andet:

“4. Design basis

The new WWTP receives pre-treated waste water from the Lurgi Plant (Lurgi waste water).

The key parameters of the Lurgi waste water outlet apply as inlet specification to the new treatment plant for waste water.

#### 4.1 Inlet conditions

##### 4.1.1 Hydraulic load

The load of waste water is:

Average: 500 m<sup>3</sup> /day

Max: 700 m<sup>3</sup> /day

##### 4.1.2 Substance load

Accredited COD measurements from 2011 to 2016 show COD ranges from around 1,500 to 14,000 mg/l with limited/insignificant daily variations.

COD average (50% fractile): 8.800 ± 2.285 mg/l

COD design capacity (95% fractile): 12.000 mg/l

Design capacity is 95% fractile at max hydraulic load.

...

#### 5. Functional requirements

...

Management considers the quality of the water outlet from Lurgi plant to be in compliance with conditions set up by Fredericia Municipality except for the inhibition of nitrification. Management sees a link between COD and the inhibition characteristics. Following a management decision, Employer will construct an additional plant (Lurgi Expansion) with the following specific objectives:

- Reduce COD to max. 1000 mg/l or, reduce the Nitrification Inhibition to <20% (<50% during commissioning) with a COD at max. 2000 mg/l.

The new WWTP must reduce the COD level to max. 1000 mg/l or, reduce the Nitrification Inhibition to max. 20% (50% during commissioning) with a COD level at max. 2000 mg/l. The Nitrification Inhibition is tested using the test method with salt-adapted sludge and at 200 ml/l [ANN-M49].

The new WWTP effluent to Fredericia Wastewater Treatment Plant must comply with the requirements as listed in Table 2 (Discharge Permission)

on the parameters on which the new WWTP have an influence, such as, but not limited to: pH, t-N, t-P, temperature and SS [ANN-M50].

The new WWTP must meet an uptime of minimum 95% per month, which corresponds to a maximal monthly downtime of 1.5 day [ANN-M51].

The reduced uptime requirement leads to a demand for some capacity for Lurgi water storage. A 750 m<sup>3</sup> storage tank must be included in the delivery [ANN-M52]. By shutdown/failure of the new WWTP, the initial 750 m<sup>3</sup> water from the Lurgi plant shall be directed to the storage tank and the water in the tank shall be processed through the new WWTP when this is back in service. This additional storage tank shall be empty under normal operation.

In order to ensure a homogenized feed to the new WWTP and to ensure continuous operation by loss of feedwater at planned or unplanned Lurgi shutdown, a storage buffer capacity for minimum 7 days of operation at minimum flow rate must be installed [ANN-M53].”

SUEZ afgav sit andet forhandlingstilbud den 12. september 2019, hvor det blev tilbudt at opføre renseanlægget for ██████████ EUR ekskl. moms og inkl. optioner.

I et referat af 26. september 2019 fra andet forhandlingsmøde med SUEZ står der blandt andet:

”Teknisk beskrivelse

Der er lavet henvisninger og begrænsninger til pilot anlægget, det er præciseret at det skal opfylde kravene i Annex 1, og må ikke begrænses til erfaringerne fra pilot projektet.

...”

SUEZ indleverede sit tredje forhandlingstilbud den 28. oktober 2019, hvor det blev tilbudt at opføre renseanlægget for ██████████ EUR ekskl. moms og inkl. optioner.

Ved mail af 29. november 2019 til SUEZ m.fl. oplyste DOP blandt andet følgende:

”All the water passing Gorm E from now on, will most likely represent the composition and volumes as we will see it until Tyra comes back on-line mid-2022.”

I SUEZ' endelige tilbud af 3. december 2019 tilbød SUEZ at opføre renselanlægget for [REDACTED] EUR ekskl. moms og inkl. optioner. Af tilbuddet fremgår blandt andet følgende af Appendix A - Form of Tender:

"7. Technical matters

The Employer would like the new WWTP to be ready for Take Over as soon as possible, please state the number of weeks expected from signing of contract until Take Over [FOT-SO1]

Answer:

...

The Produced Water treated on the pilot plant must be in accordance with the quality described in the tender document for a period of min. 1 month from the Award of Contract to allow for the additional study of ozonation described in Section 4.2 of the attached Proposal.

..."

I tilbuddet af 3. december 2019 står der endvidere:

"...

#### 5.7. FILTER PRESS SKID FOR SLUDGE DEWATERING

The sludge from the DAF will be dewatered to minimize the sludge volume prior to disposal.

Given the high sludge disposal costs for this project, the proposal has been updated to include a filter press solution instead of a decanter. This solution can deliver a much higher dewatering level ([REDACTED] DS) compared to a decanter ([REDACTED] DS) and it can be fitted within the same footprint as the decanter solution. The filter press requires more manual handling compared to a decanter, but this can be handled by the fulltime operator assigned to handle the daily operation of the plant.

...

The filter press is designed to treat the design sludge production of max. [REDACTED] kg/d at 16 hours operating time per weekday.

...

## 7. CONSTRUCTION AND ELECTRICAL WORKS

### 7.1. CONSTRUCTION WORKS

...

The construction works includes following deliveries:

...

- Separation drain collection system with following separate collections systems:

...

- o potentially contaminated spillage (from the technical building, spill collection in front of sludge storage room and collection from the membrane protection system around all the process tanks) returned to the buffer tanks for treatment;

A detailed description of construction works including description of standards can be found in the Appendix 3.

...

## 10. OPERATION & MAINTENANCE

...

SUEZ would envisage daily attendance, 8 hours per day Monday to Friday by one fulltime operator for the above tasks.

...

## 13. MAIN TIME SCHEDULE

The main time schedule for the execution of this project from Agreement into effect (M1) until "Tests after completion" (M9) is indicated below. The total project duration is expected to be ■ months (■ weeks) from M1 to M8.

...



Task Name	Q4			Q1			
	Oct	Nov	Dec	Jan	Feb	Mar	Apr
1 Award of contract							
2 Study (ozonation)							
3 Standstill							
4 Milestone M1 – Signing of contract							

...

As the time schedule is optimized to be able to deliver the contract to Employer the soonest, certain conditions must be respected:

- The Produced Water treated on the pilot plant must be in accordance with the quality described in the tender document for a period of min. 1 month from the Award of Contract to allow for the additional study of ozonation described in Section 4.2.
- Access to site shall be granted on the date of contract signature.

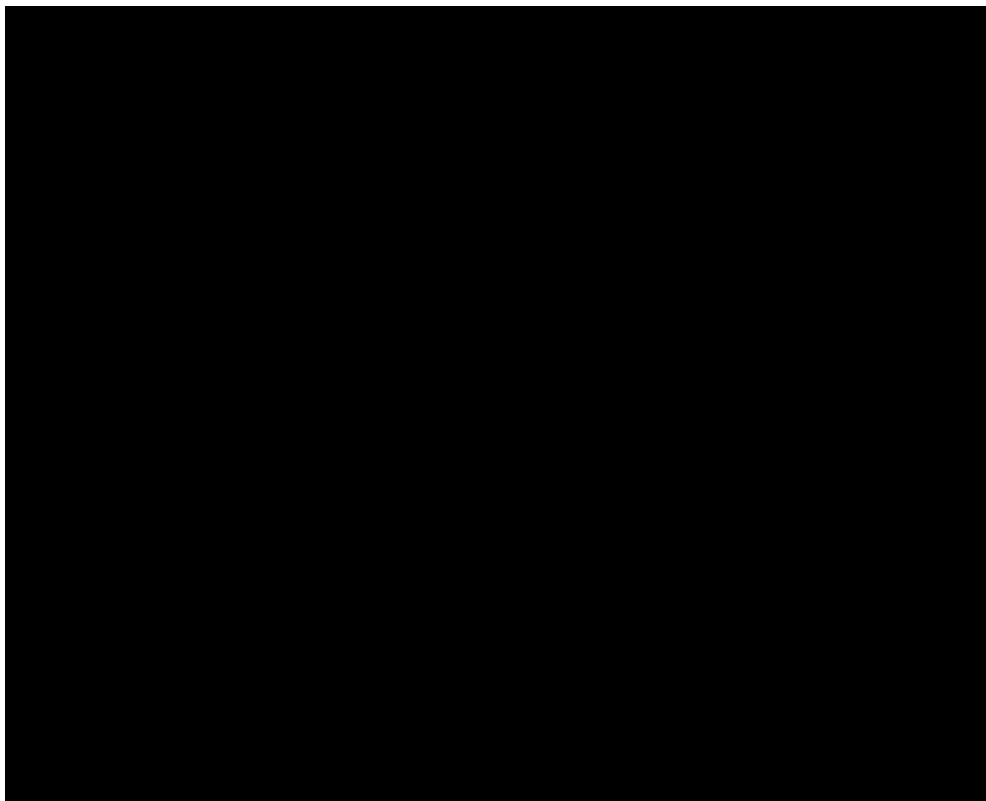
...

- Contractor shall start engineering works and other preparation works for example but not limited to geotechnical investigation immediately after the contract award. In case the project is cancelled or changed Employer shall bear the direct cost Contractor has incurred.

...”

Af et udsnit fra Appendix 2c – PID-03 fra SUEZ’ endelige tilbud af 3. december 2019 fremgår følgende:

”



”

I Krügers endelige tilbud af 3. december 2019 står der i Beskrivelse af drift og vedligehold, afsnit 2.2 Ansvar for overholdelse af myndighedskrav:

”Krüger kan ikke blive stillet til ansvar for eksterne forhold, som vil kunne påvirke procesanlægget på en sådan måde, at DOP overskrider kravene i deres tilladelse(r) til drift af procesanlægget og herunder bl.a. tilladelse til udledning af spildevand.

DOP har det fulde ansvar for, at de til enhver tid gældende myndighedskrav overholdes.

Krüger vil løbende holde øje med overholdelsen af udledningskravene, og herunder ligeledes påpege mangler der kan lede til evt. Overskridelser.”

I notat af 5. februar 2020 vedrørende SUEZ' tilbud, udfærdiget af Rambøll, der fungerede som DOPs tekniske rådgiver, fremgår følgende konklusion:

”Med udgangspunkt i den dialog som Rambøll har haft med H2o Nordic, AxFlow og Union Oiltech, samt de oplysninger som SUEZ har givet i deres tilbudsmateriale, at det ikke er muligt at slamafvandingen kan opretholde en oppetid som sikre at det samlede renseanlæg kan opretholde minimumskravet jf. [ANN-M51] på minimum 95% oppetid.”

I forbindelse med evalueringen udfærdigede DOP en evalueringsrapport af 6. februar 2020, af hvilken der blandt andet fremgår følgende:

“Krüger:

The most critical reservation is reservation no. 30, where Krüger want's, that their offer is prioritized higher than "Annex 1 - Employers Requirements"

Due to the relative high number of reservations, and that a number of these represents high risk for Employer, Krüger will obtain a "Below average" score of 3."

Ved brev af 7. februar 2020 til SUEZ meddelte DOP, at SUEZ' tilbud var blevet afvist som ukonditionsmæssigt. Af brevet fremgår blandt andet:

”Danish Oil Pipe A/S did not consider that an additional round of negotiations was necessary and therefore, all tenders submitted on December 3<sup>rd</sup> 2019 were considered BAFO leading to the award of the contract.

According to the Tender Conditions section 6, if the BAFO contains reservations to minimum requirements and/or fundamental parts of the tender documents, Danish Oil Pipe A/S is entitled as well as obliged to reject the BAFO.

In “Annex 1 Employers Requirements”, [ANN-M51] it is stated that it is a minimum requirement that the Supplier can deliver an uptime of minimum 95 %.

With the fourth submitted tender from SUEZ, a filter press was introduced in the design. In the fourth tender from SUEZ, section 5.7, is stated that a filter press requires more manual handling to operate. In the same section, SUEZ states, that this can be handled by the operator who is assigned to operate the plant on a daily basis. The working hours for the operator are given in Appendix A – Form of Tender, section 7, page 16 [FOT- S06], to be 8 hours per day Monday to Friday. Because this seems unrealistic, we decided to ask our technical advisor, whether they believe it is possible to operate the Filter Press, with the suggested resources and amount of daily workhours.

According to our technical advisor, biological sludge is not expected to release by itself after compression hence, the Filter Press cannot operate from e.g. Friday afternoon to Monday without operator intervention. The size of the sludge tank is not sufficient to accumulate the produced sludge

over a weekend and the offered Filter Press does not have sufficient capacity to process any accumulated sludge, and simultaneously treat the ongoing sludge production during the normal workdays.

According to our technical advisors' calculations, it is not possible to operate the plant Our ref. [REDACTED] with an uptime of minimum 95% with the proposed number of resources and the amount of daily workhours, thus the minimum requirement of an uptime of 95% is not met. Reference to the requirement is made in Annex 1, requirement number [ANN-M51].

In the fourth tender from SUEZ it is stated in "Appendix A - Form of Tender", section 7, on page 11 that:

"The Produced Water treated on the pilot plant must be in accordance with the quality described in the tender document for a period of min. 1 month from the Award of Contract to allow for the additional study of ozonation described in Section 4.2 of the attached Proposal."

In order for SUEZ to test and verify the design of the ozon part of the offered plant, SUEZ requires treated water from the MBBR pilot plant, and that the water which is treated in the MBBR pilot plant, matches the specifications in Annex 1. However, the specifications of the produced water to the pilot plant coming today, and for a foreseeable future, does not match the quality as specified in the tender documents. Because of this, SUEZ can't verify the design of the ozon part of the plant before mid-2022. There is an uncertainty regarding the outcome of the verification of the ozon part of the plant and thereby also regarding the design, price and time schedule of the plant. Danish Oil Pipe are not able to foresee nor to capitalize the consequences towards design, price and time schedule, if this verification fails. Therefore, Danish Oil Pipe considers this a reservation towards the design, price and time schedule.

Pursuant to Section 36 of directive 25/2014/EU of the European Parliament and of the Council (the Utilities Directive), Danish Oil Pipe A/S is obliged to treat economic operators equally and without discrimination. Therefore, Danish Oil Pipe A/S shall reject tenders that do not meet one or more of the minimum requirements.

Based on an evaluation of the tenders received for the Lurgi Expansion Project, Danish Oil Pipe A/S has decided to award the contract to Krüger A/S. Danish Oil Pipe A/S intends to sign a contract with Krüger A/S immediately after the expiry of the standstill period.

..."

Ved brev af 13. februar 2020 til DOP opfordrede SUEZ til at omgøre beslutningen om at afvise SUEZ' tilbud som ukonditionsmæssigt. I brevet anførte SUEZ blandt andet:

“1. Regarding the offered uptime

...

SUEZ rejects fully that the plant does not have an uptime of 95% due to the suggested sludge treatment solution or man hours proposed.

The reason is that the sludge dewatering is designed and offered as a solution to only operate in normal working hours Monday to Friday. Accordingly, no operation shall be done in weekends and 95 % uptime is secured in weekdays as weekends.

The plant is equipped with a ■ m<sup>3</sup> sludge storage tank with 24 hours' capacity at peak load. The reason for not building a larger sludge tank for 48 hours (a weekend) is that if it is designed bigger it will create operational disadvantages in most of the operation scenarios (except at peak load). These disadvantages will be an overdesign and too high retention time, which will lead to sludge degradation and complications for dewatering and operations. Therefore, SUEZ has designed a better solution for the overall plant where excess sludge also will be accumulated and stored inside the aerated biological MBBR tanks in parallel with using the dedicated sludge storage tank. Hereby, there is in any design load scenario under the tender requirements enough sludge storage/retention capacity to not need any dewatering during weekdays and to store sludge for more than 48 hours.

...

SUEZ can consequently again guarantee the 95 % uptime with this sludge de-watering solution, as there is no dewatering in weekend.

...”

DOP meddelte den 14. februar 2020, at standstillperioden blev forlænget frem til den 19. februar 2020.

Den 18. februar 2020 fastholdt DOP i brev til SUEZ' advokat beslutningen om at afvise SUEZ' tilbud som ukonditionsmæssigt. I brevet står der blandt andet:

”Regarding the offered Uptime

In the tender documents “Annex 1 – Employers Requirements” [ANN-M51] it is stated that it is a minimum requirement that the Supplier can deliver an uptime of minimum 95%. In your letter of February 13, 2020, page 2 you state that:

“Therefore, SUEZ has designed a better solution for the overall plant where the excess sludge also will be accumulated and stored inside the aerated biological MBBR tanks in parallel with using the dedicated sludge storage tank.”

This is however not the solution/design SUEZ Water A/S (SUEZ) submitted in the fourth tender (December 3, 2019). Danish Oil Pipe (DOP) has examined the solution/design in the last submitted tender described in the documents “Piping and Instrumentation Diagram” (P&ID). These appendix’s shows the design of the offered plant. However, in APPENDIX 2b – PID-02 and APPENDIX 2c – PID-03 (see attachment 1 & 2), there are no evidence that the offered plant, includes recirculating- or hold back excess sludge in the MBBR reactors, as this is not shown on the included P&ID, and thus it is not a possible to do as you write in your letter dated February 13, 2020, according to the design submitted to DOP. DOP has evaluated the fourth submitted tender, which we consider the BAFO.

Furthermore, it is stated in your letter of February 13, 2020 that the solution is designed only to be operated in normal working hours Monday to Friday and that no operation shall be done in weekends. This is, however, not reflected in the offer received December 3, 2019. In the submitted tender it is clearly stated in “Proposal Submission for “Lurgi Expansion Project”, section 5,7 (page 30) that “The filter press is designed to treat the design sludge production of max [REDACTED] kg/d at 16 hours operating time pr. Weekday”. There is therefore a contradiction between the number of working hours.

Based on the offered solution (December 3, 2019) it is our assessment that the filter press cannot be in operation without operator intervention throughout an entire weekend. This will during the weekend, when the sludge tank is full, lead to a shutdown of the entire plant. In fact, the result of the filter press not being emptied outside normal working hours, Vores ref. 346983-MAB/CBP will result in an overall plant uptime of only 50%. The uptime of 50% is calculated with a very conservative approach. In the calculation we have not considered the approximately 11 yearly holidays, which happen to fall on weekdays.

As DOP wrote in the evaluation letter February 7, 2020, we were unsure whether the offered solution could fulfil the uptime requirement. We

therefore chose to have our technical advisor review the fourth tender from SUEZ to confirm if SUEZ would be able to fulfil the uptime requirement for the entire Plant (not component). The technical advisor's conclusion was as follows (in Danish):

”Med udgangspunkt i den dialog som Rambøll har haft med H2o Nordic, AxFlow og Union Oiltech, samt de oplysninger som SUEZ har givet i deres tilbudsmateriale, at det ikke er muligt at slamaftvandingen kan opretholde mindstekravet [ANN-M51] på minimum 95% opetid. Dermed kan det samlede renseanlæg ikke opretholde mindstekravet jf. [ANN-M51] på minimum 95% opetid.”

...

Therefore, it is DOP's conclusion, that the offered solution/design submitted on December 3, 2019 (fourth tender) will not be able to comply with our required uptime of 95% for the entire plant, as stated in the Evaluation letter dated February 7<sup>th</sup>, 2020.

#### Ozone part

As regard to whether the below statement from SUEZ in Appendix A – Form of Tender, section 7 page 11 is seen as reservation.

“The Produced Water treated on the pilot plant must be in accordance with the quality described in the tender document for a period of min. 1 month from the Award of Contract to allow for the additional study of ozonation described in Section 4.2 of the attached Proposal.”

It is our assessment that the wording is a reservation towards the design, price and time schedule of the offered plant. We can't consider the above sentence a “classical” remark, that can be stated in a tender submission. In case of positive contract award to SUEZ, and the verification of the ozone part fails, the sentence will open for additional cost that is not foreseeable by DOP, and an uncertainty whether SUEZ is able to design a plant that can treat the water, and if/when the plant will finish Test after Completion. Since it is not possible for DOP to capitalize the reservation with certainty Suez's tender is rejected as non-compliant.

In your letter, you state that the tender material is based on water data and treatment performance data obtained in the pilot plant. This is not the case; the tender was published prior to the start of the pilot project. Therefore, the water that is fed into the pilot plant is of no importance to this tender. All tenders must offer a plant that is designed based on the specifications listed in the tender documents, especially according to Annex 1 – Employers Requirements. The Tenders submitted from SUEZ in bid 1 and 2 did not Vores ref. 346983-MAB/CBP meet the requirements

listed in Annex 1 – Employers Requirements, and SUEZ did not offer a performance guarantee prior to bid 3, where SUEZ introduced the ozone part of the design.

The reason for publishing the test reports done by SUEZ to all tenders during the Tender process, was solely to secure the principle of equal treatment in the tender process.

...”

Tilbudsgiverne blev den 25. februar 2020 via Scanmarket orienteret om, at DOP havde besluttet at aflyse udbuddet.

SUEZ’ erstatningskrav er under sagen opgjort på følgende måde:

”

SUEZ Water A/S internal proposal costs				
Person	Role	Hours spent	Hourly rate (EUR)	Cost
Thomas Bugge	Proposal manager, DK	904,00		
Tahereh Faraji	Proposal manager, DK	48,50		
Ole Hermann	Senior project manager, DK	252,50		
Michael Brahe	Senior project manager, DK	26,50		
Per Krøyer Kristensen	CEO	90,00		
<b>Total SUEZ Water A/S internal proposal cost</b>		<b>1.321,50</b>		
SUEZ Proposal platform				
Person	Role	Hours spent		Cost
ANA MARIA SAEZ AZCONA	Proposal Engineer	202,00		
Javier MEDINA RIVERO	Proposal Quotation Engineer	127,00		
EDUARDO MARIN MORAZA	Proposal Engineer manager	2,00		
Joao FARINHA	Senior Proposal Engineer	319,00		
Rodrigo RATO	Technical expert	2,50		
Itziar GUTIERREZ AGUIRRE	Drawer Junior	189,00		
Gerardo CREMER ORTEGA	Senior Engineer	5,00		
<b>Total hours spent SUEZ Proposal platform</b>		<b>846,50</b>		
<b>Travel costs SUEZ Proposal platform</b>				
<b>Bank guarantee</b>				
<b>Total costs invoiced to SUEZ Water A/S</b>				
SUEZ International & Technical direction				
		Hours spent	Hourly rate	
Cathy Fuchs	Business development manager, Oil&Gas	48,00		
Benoit Samanos	Business development manager, Northern Europe	25,00		
Erwan Toullec	Legal Advisor, Northern Europe	15,00		
Craig Wallis	Senior Process Specialist, Technical direction	58,00		
<b>Total SUEZ International</b>		<b>146,00</b>		
Other costs				
Travel costs DK office			DKK	EUR
Ozone tests		OZONIA lab test		
<b>Total other costs</b>				
<b>TOTAL EUR</b>				212.142,75 EUR
<b>TOTAL DKK</b>				1.578.342,06 DKK

”

Til støtte for kravet har SUEZ endvidere fremlagt en oversigt over posteringer på sagen, faktura til SUEZ International for bistand i forbindelse med udarbejdelse af tilbud i 2019, detaljeret oversigt over tidsregistreringen for



SUEZ proposal platform og faktura for omkostninger til underleverandør, Ozania, for udførelse af laboratorietests af ozon behandling på vand.

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

SUEZ har gjort gældende, at de forhold, som DOP har henvist til som begrundelse for at afvise SUEZ' tilbud som ukonditionsmæssigt, ikke udgør forbehold, der kan danne grundlag herfor, og at DOP dermed har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1. SUEZ anførte ikke i sit tilbud, at der var taget forbehold, og det er på den baggrund op til DOP at løfte bevisbyrden for, at dette var tilfældet. Denne bevisbyrde er ikke løftet.

#### *Ad mindstekravet om opetid på 95 %*

Det bestrides, at det tilbudte anlæg ikke har en opetid på 95 % på grund af den foreslåede løsning til slambehandling eller på grund af det anførte antal arbejdstimer. SUEZ har garanteret, at kravet om opetid kan overholdes. SUEZ har ikke taget forbehold over for mindstekravet.

I SUEZ' tilbud er slamafvandingen designet og tilbudt som en løsning, der kun skal driftes manuelt inden for normal arbejdstid mandag til fredag. Der udføres ikke manuel drift i weekenderne, og 95 % driftstid er sikret på hverdage og i weekender.

Anlægget er udstyret med en slamlagertank på ■ m<sup>3</sup> med mindst 24 timers kapacitet ved spidsbelastning. Årsagen til ikke at bygge en større slambeholder til 48 timer (en weekend) er, at hvis den er konstrueret større, vil den skabe driftsulemper i de fleste af driftsscenerierne (undtagen ved spidsbelastning). Disse ulemper vil være et overdesign og medføre for høj retentionstid, hvilket vil føre til slammedbrydning og komplikationer for afvandingen og den generelle drift. Derfor har SUEZ designet en bedre løsning til det samlede anlæg, hvor overskydende slam også vil blive akkumuleret og opbevaret inde i de beluftede biologiske MBBR-tanke parallelt med brugen af den dedikerede slamlagertank. Derved findes der i ethvert designbelastningsscenario under udbudskravene nok slamopbevaring/tilbageholdelses-kapacitet til ikke at have brug for afvanding i weekender og til opbevaring af slam i mere end 48 timer.

DOP anfører i sit brev af 18. februar 2020, at der på SUEZ' PID diagrammer ikke er dokumentation for, at anlægget kan recirkulere slam og dermed op-lagre slam og opnå en oppetid på 95 %.

Det fremgår af Appendix 2c – PID-03 til SUEZ' endelige tilbud, at slamla-gertanken ("sludge tank") er udstyret med et overløb, hvorfra slammet føres til en intern pumpestation ("drainage tank") via et DN200 rør. Det er således forkert, når DOP anfører, at løsningen med recirkulering og akkumulering af slamproduktionen ikke er vist et eneste sted i tilbuddet. Den omtalte pumpe-station er udstyret med pumper, der returnerer slammet til buffertanken ("to buffer tank"). Med en pumpekapacitet på ■ m<sup>3</sup>/h kan den daglige slampro-duktion på max. ■ m<sup>3</sup>/d (■ m<sup>3</sup>/h) således til enhver tid recirkuleres internt i de perioder, hvor slamafvandingen er ude af drift, og mindstekravet om en oppetid på 95 % kan derved opretholdes. Den "normale drift" sker således ved manuel betjening, men i weekender eller ved helligdage kan driften af anlægget således ligeledes fortsættes, selvom anlægget ikke betjenes manu-elt.

Denne proces med slamopbevaring i systemet er ikke en overløbssikring. Dette fremgår også af, at den omtalte "drainage tank" er udstyret med pumper og ventiler med styring til at tømme tanken. Det giver ikke mening, at tanken skulle være udstyret med sådanne pumper og ventiler med styring, hvis der alene var tale om en overløbssikring. De overløbssikringer, som DOP refere-rer til, er beskrevet særskilt i SUEZ' tilbud på side 42, hvor der omtales se-parate "drain collection system". Som det fremgår af beskrivelsen, er den omtalte "drainage tank" til opsamling af slam og skyllevand fra filtrene ikke en del af dette "drain collection system" og altså ikke en del af de overløbs-sikringer og øvrige generelle afløb, som anlægget er udstyret med, men der-imod en del af selve anlægsdesignet, hvorfor det også fremgår af PID-03. Denne del af anlægget er designet som en kombineret løsning, der både kan anvendes til sikring mod overløb og til recirkulation af slam ved normal drift.

Tilbuddet er på baggrund af udbudsmaterialets krav designet ud fra 95 % fraktilen i forhold til stofmæssig belastning og fuld hydraulisk belastning (■ m<sup>3</sup> per døgn i forhold til et gennemsnit på ■ m<sup>3</sup> per døgn). I normal gennemsnitlig drift vil anlægget ikke producere slammængder, der nødven-diggør drift med slamrecirkulering, og dette er grunden til, at dette ikke er yderligere beskrevet i detaljer i tilbuddet, selvom det var muligt.

I de særlige tilfælde, hvor slamproduktionen vil være særlig høj, vil driftstiden på slamafvandingen i stedet kunne øges. Derved vil anlægget til enhver tid være sikret fuld opetid på 100 %. Det kan i perioder kræve en øget bemanning i forhold til det gennemsnits antal arbejdstimer for en operatør, der er anført i SUEZ' tilbud, mens der i andre perioder vil være væsentligt færre arbejdstimer forbundet med driften. I gennemsnit vil der således ikke skulle anvendes flere arbejdstimer til at drifte anlægget end anført i tilbudsmaterialet for at opretholde en opetid på 95 %. Det gælder også selvom recirkuleringsmuligheden slet ikke benyttes.

Ved anvendelsen af recirkulering af slam vil det aldrig være nødvendigt at bemane anlægget mere end 8 timer dagligt på hverdage ud fra den belastning af anlægget, DOP har anført i udbudsmaterialet. Selv hvis DOP ikke ønsker at anvende recirkulationsmuligheden, er det muligt at opretholde en drift og opetid af anlægget på mindst 95 %. SUEZ har estimeret, at det i gennemsnit vil kræve en bemanning på 8 timer dagligt. Dette er dog et gennemsnit, da det i nogle tilfælde vil kræve flere driftstimer, mens det i andre tilfælde vil kræve færre. Dette er fuldstændigt i overensstemmelse med det estimat over driftstimer og den garanti, SUEZ har anført i sit tilbud.

På den baggrund og efter det tilbudte design kan SUEZ ved sit tilbud garantere, at en opetid på mindst 95 % kan holdes med de driftstimer, der er anført i tilbuddet inden for en normal arbejdsuge. Der kræves således ikke manuel afvanding i weekenden.

Konklusionen fra DOPs tekniske rådgiver, Rambøll, om, at "det ikke er muligt, at slamafvandingen kan opretholde mindstekravet [ANN-M51] på minimum 95 % opetid" baserer sig på den fejlagtige forudsætning om, at det ikke er muligt at recirkulere slam internt, og at det samlede anlæg derfor vil være ude af drift i det tidsrum, hvor slamafvandingen ikke kører. Det samlede anlæg vil som beskrevet ovenfor fortsat være i drift i de perioder, hvor slamafvandingen ikke kører, ved at recirkulere slammet internt. Det er derfor også forkert at konkludere, at det samlede renseanlæg ikke kan opretholde mindstekravet på minimum 95 % opetid. SUEZ' tilbudte anlæg er som anført designet til en opetid på 100 %, som vil kunne opnås ved at øge driftstimerne ud over det anførte antal af driftstimer.

Der er forskel på den type af basis P&I diagrammer [Piping and Instrumentation Diagrams], der anvendes for eksempel, når der indgives tilbud i forbindelse med udbud, og den type af mere detaljerede P&I diagrammer, der anvendes ved indhentelse af for eksempel byggetilladelser og miljøgodkendelser, og som skal opfylde alle krav i den sammenhæng. Efter almindelig praksis anvendes der mindre detaljerede P&I diagrammer til overordnet illustration til brug for tilbudsafgivning. Når en opgave så er vundet, vil der ske en yderligere detailprojektering, og mere detaljerede P&I diagrammer til brug for blandt andet indhentelse af nødvendige myndighedstilladelser vil blive udarbejdet. Dette svarer fuldstændigt til situationen i et helt almindeligt entrepriseudbud, og det er sædvanlig praksis. Denne proces er blandt andet også illustreret i tidsplanen vedlagt tilbuddet, hvoraf det fremgår, at der skal ske yderligere projektering. Det kan dermed ikke forventes, at enhver detalje er indtegnet på et basis P&I diagram, da dette ville medføre et ekstraordinært højt ressourceforbrug fra alle tilbudsgivere. Der kan således ikke sluttes modsætningsvist fra de fremlagte diagrammer på det detaljeringsgradsniveau, som DOP gør gældende.

Det er korrekt, at der er tale om en højst usædvanlig proces med recirkulering og akkumulering af slamproduktion. Det er dog også et højst usædvanligt anlæg, der er udbudt, som kræver usædvanlige løsninger. SUEZ repræsenterer en organisation, der er specialiseret inden for design og konstruktion af vandrensningsanlæg til forskellige formål, og som består af ca. 90.000 ansatte på verdensplan. SUEZ er en af de førende aktører i verden og har nogle af verdens førende eksperter og specialister ansat til at designe og konstruere vandrensningsanlæg på innovative måder. Det tilbudte vandrensningsanlæg er designet ud fra den specialiserede viden og de erfaringer, der er opbygget i SUEZ' organisation. Det må være muligt at tilbyde en løsning baseret på SUEZ' internationale erfaringer og innovation, herunder en løsning som endnu ikke er kendt og afprøvet af DOP eller dennes tekniske rådgivere. Det gælder særligt i dette tilfælde, hvor SUEZ garanterer, at løsningen lever op til de fastsatte krav. Det forhold, at DOP og dennes tekniske rådgivere ikke forstår løsningen eller designet eller mener, at dette er usædvanligt, giver ikke grundlag for at konstatere, at tilbuddet er ikke-konditionsmæssigt. DOP kunne i stedet have indhentet dokumentation for, at den tilbudte løsning kunne opfylde kravene, hvis DOP fandt det tvivlsomt. At DOP eller dennes rådgivere mener, at recirkulationen af slam "formentlig" vil forårsage problemer med en række afledte forhold i SUEZ' løsningsforslag, kan ikke danne grundlag for at afvise SUEZ' tilbud som ikke-konditionsmæssigt.

Derudover synes DOP at misforstå sit eget krav til, at leverandøren skal levere en oppetid på mindst 95 %. Anlæggets oppetid er i almindelighed forholdet mellem faktisk driftstid divideret med den samlede potentielle driftstid. Den gælder dog for hele anlægget og ikke kun dets særlige komponentdele. Derfor behøver en komponent ikke nødvendigvis at operere 95 % af tiden, for at det samlede anlæg kan opnå 95 % oppetid. Først når komponenten ikke er i stand til at udføre sin tilsigtede funktion i en periode, der fører til stop af anlægget, har den betydning for oppetiden.

Dermed er anlæggets krav opfyldt, så længe filterpressen (en komponent i anlægget) har en tilgængelighed på 95 % eller derover. De normale driftsaktiviteter i en batch-proces, såsom åbning/rengøringsbehov for en filterpresse påvirker ikke tilgængeligheden, så længe disse er tilladt i design af systemet. Derfor kan filterpressen, så længe den er korrekt dimensioneret, fungere på batchbasis uden at påvirke anlæggets kapacitet til at behandle vand, dvs. filterpressen forhindrer ikke det samlede anlæg i at behandle vand i mere end 5 % af tiden. Derfor kan oppetiden på 95 % nås ved manuel drift af anlægget inden for normal arbejdstid som anført i tilbuddet.

Selv hvis anlægget ikke kunne have en oppetid på 95 % ved drift ud fra det anførte antal arbejdstimer, ville dette ikke udgøre et forbehold. Der er ikke noget sted i udbudsmaterialet anført et krav om, at oppetiden skal kunne nås med drift inden for normal arbejdstid eller med et bestemt antal arbejdstimer. Tilbudsgiverne har selv skullet oplyse det krævede antal driftstimer, som indgår i beregningen af prisen, der igen indgår i evalueringen. Hvis DOP måtte vurdere, at det anførte antal driftstimer ikke var nok til at holde oppetiden, kunne DOP have indkalkuleret yderligere arbejdstimer i prisen. Det medfører således ikke, at anlægget – i sig selv – ikke kunne have en oppetid på 95 %.

DOP har i øvrigt slet ikke kunnet afvise SUEZ' tilbud med henvisning til, at mindstekravet til oppetiden ikke var dokumenteret opfyldt i den tilbudte løsning, da der ikke i udbudsmaterialet var stillet krav om, at opfyldelsen af kravet skulle dokumenteres. DOP kan ikke efterfølgende opstille et krav derom uden at have forespurgt relevant dokumentation.

*Ad ozondelen og specifikationerne vedrørende vandindløbet*

I SUEZ' fjerde og endelige tilbud anføres følgende i Appendix A – "Form of Tender", afsnit 7:

"The Produced Water treated on the pilot plant must be in accordance with the quality described in the tender document for a period of min. 1 month from the Award of Contract to allow for the additional study of ozonation described in Section 4.2 of the attached Proposal."

Dette afsnit udgør ikke et forbehold, men er blot en henvisning til, at udbudsbetingelsernes indløbskrav til det nye anlæg forudsættes at være korrekte. DOP har i Annex 1 – Employers Requirements afsnit 4.1 anført, hvilke indløbskrav der skal forudsættes ved projekteringen af det tilbudte anlæg, og det må lægges til grund, at man som tilbudsgiver kan forvente, at dette er korrekt. Der henvises i den forbindelse til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. december 2019, Diehl Metering GmbH mod Novafos A/S. Det følger af denne kendelse, at en forudsætning om noget, der er en selvfølge, ikke udgør et forbehold.

SUEZ var som den eneste tilbudsgiver bekendt med, at der i tilbudsfasen kunne være problemer med at overholde specifikationerne af vandkvaliteten anført i udbudsmaterialet, fordi SUEZ sideløbende forestår driften af det test-anlæg, der er etableret som et pilotprojekt. Derfor var SUEZ informeret om, at vandkvaliteten ville være anderledes i en periode på grund af procedurer og aktiviteter, der skulle gennemføres i forbindelse med den midlertidige nedlukning af Tyrafeltet. Det var oplyst i forbindelse med pilotprojektet, at denne nedlukningsproces ville resultere i afvigelser i vandkvaliteten i en periode. SUEZ var dog ikke bekendt med, at der også efter kontrakttildelingen ville være problemer med at overholde specifikationerne af vandkvaliteten. Det er ikke anført i udbudsmaterialet, at indløbskravene i en længere periode ikke kunne forventes at ville stemme overens med den kvalitet, der er specificeret i udbudsmaterialet.

DOP oplyste først i sit evalueringsbrev af 7. februar 2020, at specifikationerne for det vand, der kommer til anlægget, i en overskuelig fremtid ikke stemmer overens med den kvalitet, der er specificeret i udbudsmaterialet. Dette forhold har DOP ikke på noget tidspunkt informeret om under udbudsprocessen, og det må forventes, at også øvrige tilbudsgivere har lagt til grund, at DOPs oplysninger i udbudsmaterialet var korrekte og gældende, selvom de ikke har anført dette specifikt i deres tilbud. Derfor må de øvrige tilbudsgivere have gjort samme forudsætning i forbindelse med udarbejdelsen af

deres tilbud. Det vil derfor være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, at afvise SUEZ' tilbud som ikke-konditionsmæssigt på det grundlag.

Indløbskravene har stor betydning for design, test og drift af anlægget. Det er afgørende, at det klart oplyses, hvilke indløbskrav der kan lægges til grund. Som minimum skal det oplyses, at kravene ikke kan lægges til grund i en længere periode. Det burde DOP som loyal kontraktpart og ordregiver have oplyst om. Da dette ikke blev oplyst, har tilbudsgiverne kunnet forudsætte, at indløbskravene ville være som anført i udbudsmaterialet under hele kontraktperioden.

DOP bærer som ordregiver risikoen for uklarheder i udbudsmaterialet. Det må karakteriseres som en uklarhed, at vandkvalitetskravene ikke allerede kan lægges til grund at være som anført i udbudsmaterialet fra kontrakttildelingen, hvoraf det fremgår, at indløbskvaliteten til det nye anlæg svarer til udløbskvaliteten fra the eksisterende Lurgi renseanlæg.

Da det eksisterende Lurgi anlæg er i drift, giver dette indtryk af, at vandet er som anført i udbudsmaterialet hele tiden og dermed allerede fra tidspunktet for kontrakttildeling.

De nærmere forhold omkring nedlukningen af Tyrafeltet, og dets betydning på længere sigt for vandkvaliteten, blev SUEZ først bekendt med efter tilbudsafgivelsen. SUEZ blev således ikke forud for udarbejdelsen af tilbuddet oplyst om, at indløbskravene efter tildelingen ikke ville være som oplyst i afsnit 4.1 i Annex 1 – Employers Requirements. DOPs mails af 9. juli 2019 og 29. november 2019, var ligesom artiklen fra Ingeniøren af 18. september 2019 ikke en del af udbudsmaterialet, som blev forelagt alle tilbudsgivere. Ingen af tilbudsgiverne blev gennem udbudsmaterialet orienteret om, at vandkvaliteten ikke var, som det kunne forventes. Krüger har ikke haft anledning til anden forståelse.

En medarbejder hos SUEZ' moderselskab modtog kopi af mailen af 9. juli 2019. SUEZ blev i kraft af sit arbejde med pilotprojektet informeret om, at Tyrafeltet blev taget ud af drift, og at der forgik oprensingsaktiviteter i perioden indtil midt november 2019. SUEZ var bekendt med, at der i denne begrænsede periode (juli til midt november 2019) blev brugt kemikalier til oprensning, som påvirkede vandkvaliteten. SUEZ var ikke bekendt med, at

det forhold, at Tyrafeltet blev taget ud af drift, i øvrigt ville påvirke vandkvaliteten efter afslutningen af oprensningsaktiviteterne og dermed efter tildelingen af kontrakten. Dette kan hverken læses ud af udbudsmaterialet, mails til SUEZ eller af artikler fra andre medier, hvoraf det alene fremgår, at feltet tages ud af drift. Betydningen deraf for vandkvaliteten omtales ikke, og det kan ikke forventes, at tilbudsgiverne var bekendt med betydningen for vandkvaliteten, da der fortsat blev opretholdt produktion fra andre felter i Nordsoen under nedlukningen af Tyrafeltet.

Det er korrekt, at SUEZ ved mail af 29. november 2019 blev orienteret om, at vandkvaliteten ville være anderledes frem til Tyrafeltets idriftsættelse i midten af 2022. SUEZ indleverede imidlertid hovedparten af sit endelige tilbud allerede den 28. oktober 2019 (3. forhandlingstilbud). Den 27. november 2019 gav DOP tilbudsgiverne information om, hvilke tal der skulle anvendes ved beregningen af driftsomkostninger forbundet med at afhænde slam, hvorefter tilbudsgiverne tilrettede denne begrænsede del af tilbuddene og indleverede denne del og kun denne del kort tid efter, den 3. december 2019.

SUEZ er enig i, at hvis man læser tilbuddet, som DOP læser det, giver det ikke mening, og det må derfor være åbenlyst for DOP, at denne læsning er forkert. Da SUEZ ikke havde kendskab til, at vandkvaliteten ville være anderledes end angivet i udbudsmaterialet efter kontrakttildeling, er det DOPs egne forudsætninger og kendskab til vandkvaliteten, der gør, at DOP læser tilbuddet som en umulig forudsætning. DOP burde som loyal kontraktpart og ordregiver have oplyst om påvirkningen af vandet i design og konstruktionsperioden.

På grund af uklarhederne i udbudsmaterialet omkring vandkvaliteten har DOP ikke været berettiget til at afvise SUEZ' tilbud som ukonditionsmæssigt på grundlag af det anførte i tilbuddet vedrørende vandkvaliteten, jf. klagenævnets kendelse af 7. oktober 2015, Stadsing A/S mod Herning Kommune, og klagenævnets kendelse af 15. februar 2018, Rengoering.com A/S mod Fredensborg Kommune.

*Ad adgang til at foretage yderligere undersøgelser efter kontrakttildeling*

Det bestrides, at der er tale om forbehold, når SUEZ i sit tilbud har krævet adgang til at foretage geotekniske undersøgelser umiddelbart efter kontrakttildeling og har anført, at DOP skal betale for direkte omkostninger afholdt i den forbindelse fra tidspunktet efter tildelingen.



DOP har først gjort synspunktet herom gældende under skriftvekslingen, og det indgik således ikke i begrundelsen for at afvise SUEZ' tilbud som ikke-konditionsmæssigt. Forholdet kan dermed ikke ændre ved, at det var i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, at afvise SUEZ' tilbud som ikke-konditionsmæssigt.

Det anførte i SUEZ' tilbud om, at "The Produced Water treated on the pilot plant must be in accordance with the quality described in the tender document for a period of min. 1 month from the Award of Contract to allow for the additional study of ozonation described in Section 4.2" skal læses og forstås i sammenhæng med overskriften i Appendix A – "Form of Tender", afsnit 7, "13. MAIN TIME SCHEDULE", og at det af afsnittet fremgår, at anlægget skulle leveres hurtigst muligt. For at dette kunne være muligt, krævede det, at SUEZ fik adgang til at foretage nogle tests umiddelbart efter kontrakttildeling. SUEZ skulle foretage yderligere tests, når det endeligt var besluttet, at kontrakten skulle tildeles SUEZ. Den endelige beslutning om kontrakttildeling kan foretages samtidigt med kontraktunderskrift, dvs. efter udløbet af standstill-perioden. SUEZ havde således ikke betinget sig, at der skulle være et bestemt tidsrum mellem kontrakttildeling og kontraktunderskrift.

Det fremgår dermed klart af SUEZ' tilbud og af sammenhængen i øvrigt, at der alene var tale om et tilbud om at optimere tidsplanen fuldt ud, således at projektet kunne afleveres hurtigst muligt. SUEZ havde i sit tilbud anført tidsplanen til et antal uger (67), og i sammenhæng med det ovenfor citerede afsnit fra SUEZ' tilbud må det lægges til grund, at det antal uger ville begynde at løbe, når kontrakten var underskrevet, og SUEZ dermed havde adgang til at foretage tests. DOP har under hele udbudsprocessen anført, at DOP ønskede at forcere konstruktionen af anlægget mest muligt, og SUEZ har endvidere fået oplyst, at det koster DOP 8-10 mio. kr. for hver måned vandrensningsanlægget forsinkedes, afhængigt af produktionens størrelse. Derfor forsøgte SUEZ ved tilbuddet at klargøre, hvordan SUEZ kunne forcere tidsplanen mest muligt. Det er derfor ikke et forbehold, men en information om, hvordan tidsplanen kunne optimeres.

Det er almindelig praksis ved denne type projekter, at hvis projektet ikke kan igangsættes, som forudsat i tidsplanen fra en tilbudsgiver, for eksempel som følge af forsinkelser under udbudsprocessen, parallelforskydes tidsplanen

alene. Såfremt ethvert projekt skulle igangsættes fuldstændigt i overensstemmelse med tidsplanen i tilbudsgivernes tilbud for at være konditionsmæssigt, måtte mange tilbud i mange udbud således skulle afvises som ikke-konditionsmæssige.

SUEZ havde foretaget en test til brug for designet af ozon-delen i oktober 2019, hvor der pågik oprensning af Tyrafeltet, og hvor vandkvaliteten dermed var påvirket af de kemikalier, der blev anvendt i den forbindelse. Det var disse tests, SUEZ ønskede at følge op af nye tests, når oprensningsarbejdet var afsluttet og vandkvaliteten normaliserede sig efter kontrakttildeling. Testen skulle medvirke til, at designet af ozon-delen hurtigst muligt kunne færdiggøres.

DOP har besluttet selv at gennemføre de relevante undersøgelser i forbindelse med genudbuddet, således at de relevante oplysninger kan stilles til rådighed for tilbudsgiverne forud for kontraktindgåelsen. Derved har DOP anerkendt, at disse undersøgelser er nødvendige for at kunne igangsætte arbejdet hurtigt efter kontraktindgåelse. DOP har dermed taget SUEZ' forslag til efterretning for at forcere tidsplanen og iværksat arbejdet inden kontraktindgåelse og uden forudgående udbud.

Det følger af udbudsbetingelsernes afsnit 4, at kontraktvilkårene udgør et delkriterium til underkriteriet projektøkonomi ved evalueringen. Ifølge udbudsbetingelserne ville DOP ved evalueringen vurdere fravigelser fra udkastet til kontraktdokumenterne. Udkastet til kontraktdokumenterne er samme sted defineret som "FIDIC Yellow - Form of Agreement and Appendix - Lurgi Expansion Project" og "FIDIC Yellow - Conditions of Contract - Lurgi Expansion Project". Det fremgår endvidere af udbudsbetingelsernes afsnit 4.1.2, at DOP ved evalueringen ville lægge vægt på den risiko, der påførtes DOP ved fravigelser fra udkastet til kontraktdokumenterne.

Delkriteriet og beskrivelsen deraf efterlader tilbudsgiverne med det indtryk, at det var tilladt at tage forbehold, således at forbehold kunne inddrages i evalueringen.

Desuden er det uklart, hvilke forbehold der var tilladt, og hvilke forbehold der ikke var tilladt. Det fremgår af pkt. 3 i "FIDIC Yellow - Form of Agreement and Appendix - Lurgi Expansion Project", at blandt andet Employers's Requirements og Contractor's Proposal skal blive læst og forstået som en del af kontrakten. Det kunne få det til at fremstå som om, at der også måtte tages

lovlige forbehold over for disse dokumenter, der indgår som en integreret del af kontrakten. DOPs accept af Krügers forbehold nr. 30 illustrerer også, at det var ganske uklart og fremstod som helt vilkårligt og ubegrundet, hvad der var acceptable forbehold, og hvad der ikke var acceptable forbehold.

Selv hvis SUEZ havde taget forbehold i sit endelige tilbud, ville det på den baggrund være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet at afvise tilbuddet som ikke-konditionsmæssigt, når DOP selv har anført, at forbehold inddrages i evalueringen, og da det var særdeles uklart, hvilke forbehold der kunne accepteres i tilbuddet.

DOP har gjort gældende, at DOP ikke har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet eller artikel 36 i forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at afvise SUEZ' tilbud som ukonditionsmæssigt.

*Ad mindstekravet om opetid på 95 %*

DOP har berettiget vurderet, at SUEZ' tilbud ikke kunne opfylde mindstekravet om anlæggets 95 % opetid. Det følger af fast praksis, at et tilbud, der ikke opfylder et fastlagt mindstekrav – eller et tilbud, hvor der er tvivl, om hvorvidt et mindstekrav opfyldes – kan og skal afvises som ukonditionsmæssigt, jf. f.eks. klagenævnets kendelse af 5. januar 2016, MultiLine A/S mod Aarhus Universitet.

SUEZ erkender, at kammerfilterpressen ikke kan holdes i drift over en weekend, men gør samtidig gældende, at anlægget kan holdes i drift, hvilket bestrides af DOP. MBBR-"tankene" er ikke "rigtige tanke". MBBR-"tankene" er reaktorer til behandling af vand i det udbudte anlæg og dermed gennemløbsudstyr, som under anlæggets drift hele tiden/allerede vil være fyldt med vand, og dermed ikke kan opbevare yderligere vand eller slam. SUEZ' løsning er, at vandet fra slamlagertanken skulle sendes tilbage til buffertanken, og at vandet dermed recirkuleres og akkumuleres internt i hele systemet, dvs. både i buffertanken, MBBR-reaktoren, mixertanken og DAF'en.

Det bestrides ikke, at der i SUEZ' tekniske tegning over den tilbudte løsning vedrørende rensningsanlægget, jf. Appendix 2c - PID-03, er vist en forbindelse til buffertanken fra den dræntank, som slamtankens overløb er forbundet til. Overløbet fra slamtanken fremstår imidlertid ikke som værende en del af det tilbudte design for normal drift, men kan alene læses som en sikkerhed

for at undgå overfyldning og dermed risiko for forurening af det omkringliggende område. Forbindelsen er en miljøsikkerhedsanordning og ikke et procesrør.

Der er en væsentlig forskel på designet af et anlæg i forhold til "normal drift" og i forhold til en "overløbssikring", som grundlæggende skal forhindre en nødsituation med forurening til følge. SUEZ forsøger at få den tilbudte løsnings "overløbssikringer" til at skulle udgøre "normal-situationen". Denne forskel er afgørende for måden, hvorpå SUEZ' tilbud skal læses og blev læst under udbuddet.

SUEZ har erkendt, at den del af anlægget, som DOP har læst som en overløbssikring, både kan anvendes som en sikring mod overløb og til recirkulation. Desuden anfører SUEZ, at procesleddet også kan anvendes til recirkulation. SUEZ' løsningsbeskrivelse understøtter ikke en så usædvanlig løsning.

Der er som anført kæmpe forskel på et anlæg som det udbudte, når det er i normal drift, og når der opstår en situation, der kræver brug af overløbssikring. I normal drift indløber "beskidt vand" i den "ene ende" af anlægget, bliver rensset og løber "rent" ud i den anden ende (med spildprodukter sorteret fra undervejs). I tilfælde med overløb vil det "overløbne" (og "beskidte") vand blive samlet op og sendt tilbage i anlægget for at blive rensset. De forbindelser, som (kun) fremgår af Appendix 2c - PID-03, er hverken af DOP eller Rambøll blevet læst som en recirkuleringsløsning til den normale drift, men er derimod læst som en "overløbssikring", som skulle sørge for, at "beskidt" overløbet vand i en uforudset nødsituation ikke forårsagede forurening, men blev opsamlet og sendt tilbage i systemet. Appendix 2c - PID-03 viser ikke nogen recirkuleringsløsning i normal drift, og driftsformen med at recirkulere slam er ikke beskrevet ét eneste sted i tilbuddet.

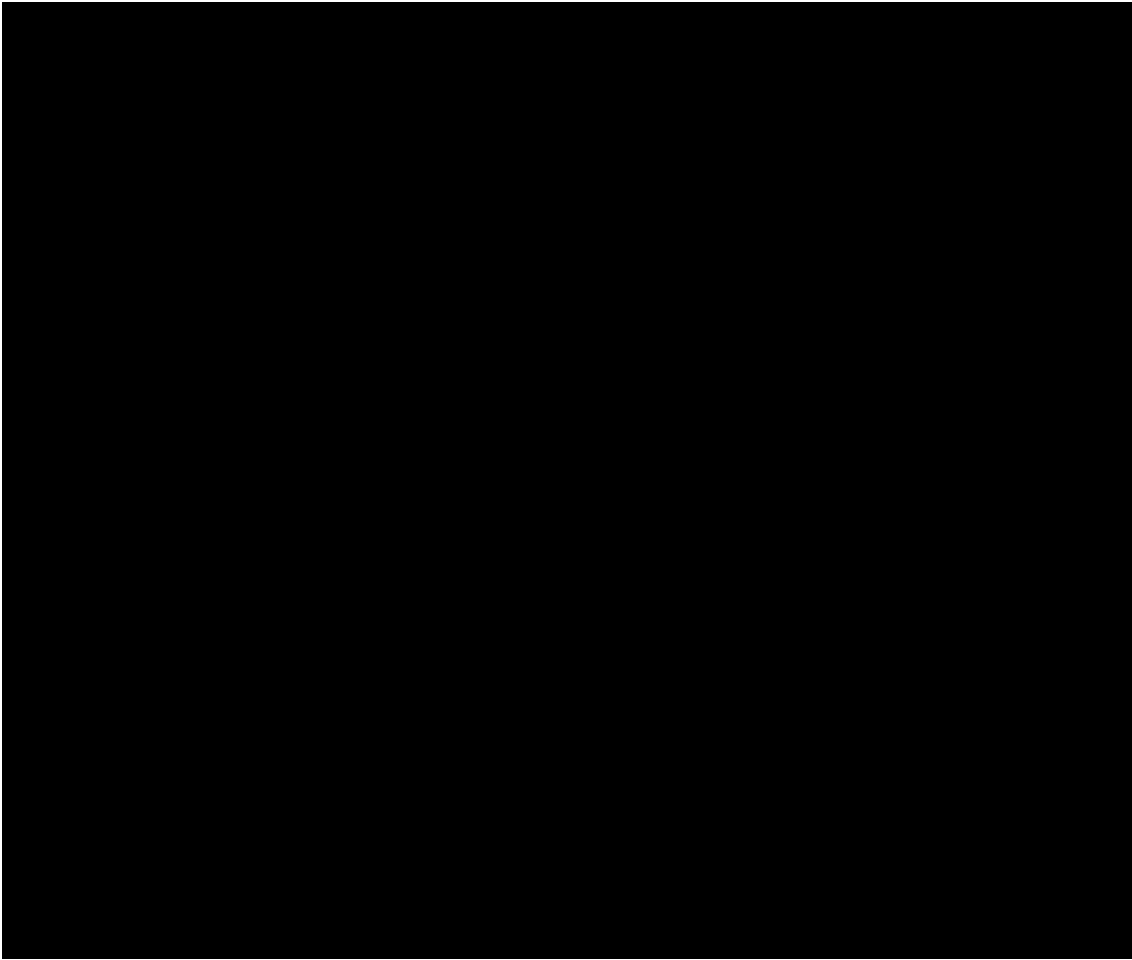
At forbindelsen fra slamtanken (sludge tank) til dræntanken (drainage tank) (DN 200-røret) er en "overløbssikring" – og ikke fremgår som værende en del af den normale drift – støttes af, at (i) forbindelsen til buffertanken (buffer tank) ikke er medtaget i Appendix 2a - PID-01, som er det diagram, der viser den del af anlægget, som vandet i givet fald skulle recirkuleres til, (ii) at alle dele af systemet, som skal anvendes i den normale drift, skal fremgå af P&ID's, ligesom en så væsentlig del af løsningen skal vises på P&ID's for

alle dele af anlægget, (iii) at slamtanken (sludge tank) er udstyret med alarmer, som nedlukker anlægget, når indholdet af denne når op til et vist niveau, hvilke alarmer er formålsløse, hvis meningen er, at slamtanken hele tiden skal løbe fuld og overløbet bruges i den normale drift (overløbet er en sikkerhedsanordning, hvis disse alarmer skulle svigte), (iv) at løsningen med recirkulering ikke er beskrevet ét eneste sted i tilbuddet og (v) at en sådan løsning i øvrigt (formentlig) ville forårsage problemer med en række afledte forhold i SUEZ' løsningsforslag, herunder bæreelementerne i MBBR-reaktoren, DAF'ens ("Dissolved Air Flotation"-unit, som skiller rent vand fra slamholdigt vand) evne til at udskille alt slammet, så vandet til kloak stadig overholder udledningskravene, driften af trykfiltrene og dermed driften af ozon-anlægget samt anlæggets evne til at få bragt den opbyggede slamkoncentration ned på et normalt niveau igen.

DOP er for så vidt enig i, at der kan være forskel på detaljeringsgraderne for så vidt angår P&ID's, men det ændrer ikke på, at (mindst) alle dele af systemet, som skal anvendes i den normale drift, herunder en så væsentlig – og i DOPs og Rambølls opfattelse usædvanlig – del af en løsning, som recirkulering via overløbssikringen i dette tilfælde ville være, må og skal være vist på et P&ID, herunder når en sådan løsning påstås designet til opfyldelse af DOPs mindstekrav om 95 % opetid. Det er fast designpraksis (DEP - Design Engineering Practice), at procesudstyr, som er vitalt for den almindelige drift, skal gengives på P&ID's (Process & Instrument Diagrams). P&ID er fundamentet for alt efterfølgende udvikling af et procesanlæg, herunder indhentelse af byggetilladelser, miljøgodkendelser, risikovurderinger, driftsprocedurer og det egentlige byggeri m.m., samt prisfastsættelsen.

DOP kunne derfor ikke læse tilbuddet anderledes, end at procesleddet fra slamtanken til dræntanken og tilbage til buffertanken udelukkende skulle anvendes i en "overløbssituation" (dvs. hvis alarmerne svigter).

Vandet bliver nødt til at blive ført tilbage i systemet for at blive behandlet igen, når det i en nødsituation er "løbet over", og da buffertanken er større og højere end dræntanken, kræver det pumper at føre vandet tilbage i systemet igen, også efter en overløbssikring. Der er ikke pumper og ventiler knyttet på DN 200-røret. Den omtvistede del af SUEZ' anlæg kan med DOPs beskri- vende tekstbokse illustreres således:



Særligt vedrørende slamtankens (sludge tank) overløbsalarmer (betegnet som "LAL", "LAH" og "LAHH"), anfører SUEZ, at disse nu skulle være et styringsværktøj, som vil blive indstillet i overensstemmelse med anvendelsen af anlægget, så de ikke nedlukker anlægget ved recirkulering. Heri ligger, at SUEZ anerkender, at der netop er tale om overløbsalarmer, hvilket understreger, at denne del af anlægget udelukkende skal bruges i en "overløbssituation". Formålet med disse alarmer er at sikre, at slamtanken ikke bliver overfyldt. Såfremt alarmerne skulle svigte, eller hvis operatøren ikke når at skride ind over for en alarm, er overløbet absolut sidste barriere for at sikre omgivelserne mod forurening. SUEZ har i forbindelse med opstarten og driften af pilotprojektet opnået en vis erfaring med myndighedernes krav til anlægget. For at efterleve vilkår B1 i Miljøstyrelsens miljøgodkendelse af pilotprojektet skulle SUEZ installere alarmer på alle større tanke, og aktivering af en kritisk alarm skulle nedlukke hele anlægget. Af miljøgodkendelsen fremgår følgende, som vil gælde for alle anlæg, herunder også for det udbudte anlæg: "B. Indretning og drift... Vilkår B1 Ved kontinuerlig overvågning af tanke

og behandlingsenheder med alarmer sikres det, at eventuelle fejl på anlægget udløser nedlukning af anlægget og hurtig detektion af fejl."

Om overløb fremgår følgende i miljøgodkendelsen af pilotprojektet, der vil gælde tilsvarende for det udbudte anlæg: "Vilkår B2 Ved etablering af overløb på de største vandtanke sikres det, at der i tilfælde af for høj vandstand kan ske en afledning til et opsamlingskar". Vilkåret skal forebygge, at et potentielt overløb fører til spild. SUEZ har ikke i løsningsbeskrivelsen uddybet, hvor overløbsalarmerne var indstillet til at være afbrudt for at kunne tillade overløb som en del af en normal drift til trods for, at overløbssikring og overløbsalarmer skal hindre nødsituationer. Alle større tanke skal således som led i en miljøgodkendelse være forsynet med overløb for at sikre, at en potentiel overfyldning ikke fører til spild.

I det tilfælde, som SUEZ beskriver, ville overløbsalarmerne kun skulle være aktive, når slampressen er i drift (og renser slam), men være indstillet til at slukke, når slampressen ikke er i drift (når filterpressen stopper). Derfor sættes alarmerne ud af funktion netop i de tilfælde, hvor vand/slam hober sig op i slamtanken, da recirkuleringsløsningen ifølge SUEZ så skulle finde anvendelse. En sådan løsning fraviger så absolut fra den almindelige anvendelse af en LAHH-/"højt-højt niveau"-overløbsalarm, og henset til den tilbudte løsning med blandt andet manuel håndtering af filterpressen ville overløbsalarmerne være ude af funktion langt det meste af weekenden. Det ville normalt betyde, at anlægget ville være ude af drift – og dermed uden "opetid" – idet konsekvensen af en overløbsalarm er, at hele anlægget lukker ned ved alarmens igangsættelse som følge af vand-/slamophobning. Det indebærer, at anlægget holder op med at rense spildevandet, hvorfor kravet om 95 % opetid ikke kan opretholdes i den beskrevne løsning.

Derfor har DOP i forbindelse med gennemgangen af det endelige tilbud klart kunne konstatere, at anlægget ikke har været designet til at anvende den resterende del af det tilbudte anlæg til opbevaring af slam over en weekend.

DOP har ikke beregnet, hvorvidt det er korrekt, at det tilbudte anlæg i en normal gennemsnitlig drift ikke vil producere slammængder, der nødvendiggør løsningens anvendelse, da det fremgik af udbudsmaterialet, at anlægget skulle designes efter maksimal kapacitet og belastning ("design capacity"), hvorfor anlægget også skulle kunne drives/opereres ved kontinuerlig maksimal belastning, herunder håndtere maksimal belastning med en opetid på 95

%. SUEZ' bemærkning om gennemsnitligt gennemløb er derfor ikke relevant i forhold til vurderingen af, om mindstekravet vedrørende 95 % opetid var opfyldt.

SUEZ har anført, at det i visse perioder kan være nødvendigt med øget bemanning, og at det oplyste antal bemanningstimer i SUEZ' tilbud er et gennemsnit. Det er sikkert rigtigt, at arbejdstiden vil kunne variere, men bemærkningerne er irrelevante. SUEZ' tilbudte løsning kan ikke læses anderledes, end at der skal bruges en fuldtidsoperatør med netop 8 arbejdstimer om dagen i hverdagene til at operere anlægget. De 8 timer kan således ikke læses som et gennemsnitstal. DOP kan ikke ved uklarhed om opfyldelsen af et mindstekrav begynde at regne med ekstra timer nogle dage og færre timer andre dage – eller mindre belastning i visse perioder end andre – for at få tilbudsgivers tilbud til at opfylde mindstekravet. DOP kan heller ikke øge driftstimerne ud over det anførte antal driftstimer for at få kravet til at være opfyldt. Ifølge Rambølls notat vil kammerfilterpressen stoppe hver weekend og alle andre sammenhængende helligdage, hvorfor anlægget ikke vil opfylde kravet om 95 % opetid.

SUEZ har påtaget sig en risiko ved at tilbyde en løsning, som indebærer et driftselement, hvorefter der kræves bemanning til at holde kammerfilterpressen i drift, og at systemet derfor ikke er automatisk og ikke kan køre hele døgnet, men må lukke ned i weekenderne, og som derfor klart skal sikre på anden vis, at anlæggets opetid dokumenteres overholdt.

Det fremgår klart af udbudsbetingelsernes pkt. 6 ("Reservations"), at DOP som ordregiver var både berettiget, men også forpligtet, til at afvise tilbud, som indeholdt forbehold over for mindstekrav. Kravet om 95 % opetid var et mindstekrav, og selv hvis SUEZ' tilbudte løsning kunne "opgraderes" til at overholde opetiden ved at øge mandskabstimerne på anlægget, indebærer det ikke, at SUEZ' tilbud opfyldte mindstekravet. Det ville således indebære et ekstra/andet løsningselement – på samme måde, som hvis DOP etablerede flere eller større tanke til ophobning i weekenderne eller af sig selv udskiftede kammerfilterpresseren. En sådan tilgang er ikke i overensstemmelse med udbudsreglernes krav til opfyldelse af mindstekrav.

Dræntanken er ikke i øvrigt nævnt under overskriften under pkt. 7.1 Construction works i SUEZ' tilbud, som ellers indeholder en beskrivelse af opbygningen af anlægget, hvor alle (andre) "normal drifts tanke" i systemet



nævnes. Dette er udtryk for, at dræntanken er en del af det system til opsamling af vand, som er "løbet over" ("potentially contaminated spillage"). Allerede navnet på tanken (drainage tank) viser klart, at den er en del af det "drain collection system", som skal opsamle og tilbageføre spildevand ved overløb. Det fremgår endvidere af SUEZ' tilbud pkt. 7.1, at overløbsvand netop bliver returneret til buffertanken for at blive rensat igen, hvorfor det ikke er meningsløst, at der er pumper og ventiler på forbindelsen fra dræntanken til buffertanken.

Disse forhold understøtter, at SUEZ' løsning ikke kunne opfylde mindstekravet, idet anlægget ville gå i stå i løbet af weekenden (alarmerne ville gå). I bedste fald er løsningen særdeles uklart beskrevet og ikke dokumenteret i tilbuddet, hvilket i sig selv berettiger til afvisning. DOP hverken kunne eller skulle have indledt en proces med at berigtige manglende opfyldelse af et mindstekrav.

Det forhold, at en tilbudsgiver er kontraktuelt forpligtet til at levere en ydelse eller har anført, at de opfylder kravene i et udbud, kan ikke i sig selv begrunde, at ordregiver ser bort fra oplysninger i et tilbud, som peger i retning af, at udbudsmaterialets mindstekrav ikke er opfyldt. Der henvises i denne forbindelse f.eks. til klagenævnets kendelse af 8. december 2014, NCC Construction Danmark A/S.

DOP kunne derfor ikke se bort fra SUEZ' løsningsbeskrivelses manglende overholdelse af kravet om 95 % opetid, blot fordi SUEZ havde anført, at kravet var opfyldt. Desuden var DOP berettiget til at påse overholdelse af de krav, der var stillet i tilbuddet og udbudsmaterialet, herunder med udgangspunkt i de beskrivelser, som SUEZ selv havde udformet.

På baggrund af ovenstående vedrørende manglende angivelse af installationer på P&ID, installationen af "højt niveau"- og "højt-højt niveau"-alarmer samt installation af overløb (miljøsikkerhedsmæssigt tiltag) kan løsningsbeskrivelsen ikke anses at dokumentere opfyldelse af mindstekravet om opetid på 95 % under normal drift, idet tilbageførslen af slam fra slamtanken, via dræntanken og tilbage til buffertanken ikke kan indgå som en del af den driftsmæssige løsning, men kun som en del af den miljøsikkerhedsmæssige del af den tilbudte løsning. Denne konklusion kan konstateres direkte af

SUEZ' tilbud, men er også bekræftet efter indhentelse af vurderinger fra fagspecialister hos DOPs tekniske rådgivere hos Rambøll, som endvidere har konsulteret relevante leverandører og producenter.

Såfremt SUEZ bevidst havde tilbudt et design, hvor den "almindelige drift" skulle håndteres via "nødberedskabet", skulle SUEZ i det mindste have beskrevet dette i tilbuddet, idet DOP ellers måtte være berettiget til at konstatere, at tilbuddets løsningsbeskrivelser ikke opfyldte udbudsmaterialets tekniske specifikationer som en del af designet.

SUEZ har heller ikke forholdt sig til de problemer, som en ophobning af slam i anlægget kan medføre. Driften af de forskellige processer og udstyr er ellers detaljeret beskrevet i tilbuddet, men processen med at sende slam tilbage i buffertanken, som en normal del af driften, er ikke beskrevet ét eneste sted i tilbuddet. Det er heller ikke beskrevet, hvilken indvirkning på det øvrige udstyr en konstant opkoncentrering af slamindholdet vil medføre, når opkoncentreringen foregår over så mange timer, som tilfældet er (begyndende fra fredag eftermiddag kl. 16 og frem til mandag morgen). Ingen af disse forhold er adresseret i SUEZ' tilbud. Dette understreger, at driftsformen ikke har været tænkt som en del af den normale drift af anlægget ved SUEZ' afgivelse af sit tilbud, men derimod efter DOPs opfattelse er et efterfølgende forsøg på at redde et tilbud, som efter en ændring af den tekniske løsning i det endelige tilbud viste sig ikke at overholde kravet om 95 % opetid.

Det følger af fast praksis, at risikoen for uklarheder ved udformningen af tilbud, herunder at tilbuddet kan opfattes som forbehold i forhold til opfyldelse af et mindstekrav, alene ligger hos tilbudsgiveren, og at enhver uklarhed derfor giver ordregiveren en ret til at afvise tilbuddet. Der kan i den forbindelse henvises til klagenævnets kendelse af 19. juni 2014, Phonak Danmark A/S mod Amgro I/S. Tilbuddet fra SUEZ indebar beskrivelser af opfyldelsen af mindstekravet til opetid på 95 %, der gav grundlag for at antage, at løsningen på grund af den tilbudte filterpresse sammenholdt med den tilbudte bemanding ikke ville kunne overholde kravet om opetid på 95 %.

SUEZ bærer således risikoen for mangler og uklarheder i sit tilbud. Når såvel DOPs tekniske afdeling som DOPs eksterne tekniske fagrådgiver ikke har kunnet læse ud af SUEZ' tilbud, at det tilbudte rensningsanlæg skulle inkludere en recirkulationsløsning med opbevaring i de resterende dele af anlæg-

gets elementer parallelt med opbevaring i slamlagertanken i den tilbudte løsning, er der således tale om en mangel og en uklarhed i den tilbudte løsning. Dette særligt når en sådan fremgangsmåde vil være usædvanlig. DOP har ikke dermed anerkendt, om en løsning som foreslået af SUEZ overhovedet ville kunne opfylde mindstekravet om 95 % oppetid.

DOP var på den baggrund berettiget til at afvise tilbuddet fra SUEZ som følge af, at SUEZ' tilbud ikke dokumenterede opfyldelse af mindstekravet om 95 % oppetid, da den påståede akkumulation og opbevaring i MBBR-tankene ikke er designet til at indgå som en del af renseanlæggets normale drift, men er en miljømæssig sikkerhedsanordning, og da SUEZ' tilbud i hvert tilfælde er uklart i denne henseende, især når fremgangsmåden må anses for at være ganske usædvanlig, samt da DOP, som følge af at der er tale om et forbehold over for – eller i det mindste en betydelig uklarhed om – opfyldelsen af et mindstekrav, har været berettiget og formentlig også forpligtet til at afvise SUEZ' tilbud som ukonditionsmæssigt.

*Ad ozondelen og specifikationerne vedrørende vandindløbet*

SUEZ indsatte i sit tilbud i pkt. 13 vedrørende ”main time schedule” en betingelse om, at spildevandets indløbsspecifikationer til pilotprojektet skulle være i overensstemmelse med det krævede i udbudsmaterialet allerede fra tildelingstidspunktet (og en måned frem), for at SUEZ kunne foretage yderligere tests til brug for design af ozondelen af deres tilbudte anlæg, og dermed som forudsætning for den tilbudte løsning. Dette udgør et forbehold, og det var derfor også af den grund berettiget, at DOP afviste SUEZ' tilbud som ukonditionsmæssigt. Forbeholdet er i sit indhold relateret til tidsplanen for den tilbudte løsning, og som konsekvens også for prisen og design af den tilbudte løsning.

Baggrunden for SUEZ' forbehold er knyttet til den tilbudte ozondel i løsningen, som SUEZ har inddraget for at kunne opfylde kravene til vandudløbet og dermed sikre overholdelse af FSE's specifikationer i forhold til den videre behandling af spildevandet fra DOPs anlæg. For at kunne sikre ozondelen i den tilbudte løsning, har SUEZ derfor indsat et forbehold omkring vandindløbet til det separate pilotprojekt allerede på tildelingstidspunktet, herunder også som forudsætning for den tilbudte tidsplan. At stille krav om, at den virkelighed, der ville kunne møde anlægget efter mere end 2 års design, etablering og test, allerede skal foreligge på tildelingstidspunktet, udgør en umulig forudsætning.

Forbeholdet er for det første baseret på en umulighed, da vandspecifikationerne vil være anderledes i forbindelse med Tyrafeltets midlertidige nedlukning, som varer indtil juli 2022. Herefter vil specifikationerne forventeligt igen være som beskrevet i udbudsmaterialet, og som således udgøre det ”niveau”, som det udbudte anlæg skal kunne håndtere. Derfor skulle anlægget stadig designes (allerede på tilbudstidspunktet) med henblik på at kunne rense vand, som havde netop de specifikationer, der fremgår af udbudsmaterialet, hvilket gælder uafhængigt af, hvordan de aktuelle spildevands specifikationer måtte være. For det andet er forbeholdet baseret på, at SUEZ allerede straks efter tildelingen skulle kunne foretage tests, hvilket udgør endnu en umulighed; både som følge af reglerne om standstill, men også som følge af, at parterne på det tidspunkt slet ikke har en kontrakt.

Disse to umuligheder, der gøres til et forbehold knyttet op på aktivering straks efter kontrakttildeling, udgør et forbehold med konsekvens for både pris, design og tidsplan, idet der herved ikke kan testes eller garanteres de tilbudte egenskaber. Derfor vidste DOP heller ikke, hvornår man kunne starte driften af anlægget eller hvilke omkostninger, der skulle afholdes for at nå dertil. Der er på denne baggrund tale om et forbehold, som enten er grundlæggende, eller som ikke kan kapitaliseres, hvorfor DOP var både berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet fra SUEZ.

Det forhold, at SUEZ overhovedet har betinget sig muligheden for at foretage yderligere tests og undersøgelser for at validere deres ozonanlæg, må også i sig selv anses som et forbehold for pris, design og tidsplan, som DOP ikke kunne kapitalisere, da DOP ikke som følge heraf kunne vide, hvornår man kunne starte driften af anlægget eller omkostninger for at nå dertil, da det afhænger af resultatet af undersøgelserne.

Det afgørende for SUEZ' forbehold, der har ført til afvisning af tilbuddet, er, at SUEZ betingede sin løsning af, at der allerede efter kontrakttildelingen – og altså også inden kontraktindgåelse – skulle sikres vand svarende til det vand, der skulle renses i 2022, for at SUEZ kunne foretage tests af funktioner eller lignende i sin tilbudte løsning. En sådan betingelse vil være bærende for det fulde, tilbudte design, og vil ikke kunne sikres opfyldt af hverken SUEZ eller DOP. Med den tidsmæssige formulering ville betingelsen ikke engang kunne sikres opfyldt, selv hvis f.eks. Tyraplatformen var i drift, eller at der i øvrigt bare skulle hentes vand til at teste.

SUEZ har bekræftet, at SUEZ – bl.a. som følge af pilotprojektet – var helt klar over, at vandkvaliteten ville være anderledes i en periode på grund af procedurer og aktiviteter, der skulle gennemføres i forbindelse med den midlertidige nedlukning af Tyrafeltet. Det virker som et konstrueret synspunkt, at SUEZ samtidig gør gældende ikke at være bekendt med, at der også i en periode efter kontrakttildelelsen ville være tale om vand med en anden sammensætning og kvalitet end den vandkvalitet, der angives i udbudsmaterialet at skulle kunne renses i det endelige anlæg, dvs. efter design, udførelse og idriftsættelse om et par år.

Den midlertidige nedlukning af Tyraplatformen har planmæssigt hele tiden skullet vare indtil 2022, og kontrakttildelelse var planlagt til at ske i starten af 2020. Det er derfor selvmodsigende, når SUEZ på den ene side oplyser, at de kendte til nedlukningen af Tyra samt konsekvenserne herved, og på den anden side anfører, at de ikke var bekendt med, at specifikationerne ikke ville være som i udbudsmaterialet straks ved kontrakttildelelse. SUEZ – som var ansvarlig for driften af pilotanlægget – deltog sammen med andre, som blev berørt af Tyra-nedlukningen, i møder og modtog mails vedrørende nedlukningen.

Tyras nedlukning (og varigheden heraf) var (og er) desuden alment kendt i markedet, jf. f.eks. avisartikel fra Ingeniøren af 18. september 2019. SUEZ har derfor som alle andre i markedet vidst, at indløbsspecifikationerne ikke umiddelbart efter kontrakttildelelse ville være i overensstemmelse med de specifikationer, som anlægget skulle designes efter, og som fremgik af udbudsmaterialet.

Selv uden forbeholdets umulighed knyttet til spildevandets indløbsspecifikationer – og selv i en situation hvor SUEZ ikke måtte være bekendt med konsekvenserne af Tyrafeltets nedlukning – ville forbeholdet skulle føre til afvisning, da SUEZ indsatte en betingelse om, at indløbsvandet skulle være i overensstemmelse med de anførte krav i udbudsmaterialet fra tildelingstidspunktet og en måned frem, for at SUEZ kunne udføre tests til brug for designet af sit anlæg. Dette udgør uanset SUEZ' viden også et forbehold med en indbygget umulighed.

Det er misvisende, når SUEZ anfører, at virksomheden ikke var bekendt med, at der også efter kontrakttildelelse "ville være problemer med at overholde

specifikationer af vandkvaliteten angivet i udbudsmaterialet". Vandrensningsanlægget skulle netop designes i overensstemmelse med de specifikationer, som fremgår af udbudsmaterialet. Specifikationerne i udbudsmaterialet er således ikke krav, som DOP skulle overholde, men derimod krav som tilbudsgiverne skulle lægge til grund ved deres design af anlægget. Efter anlæggets etablering skulle det derfor kunne håndtere spildevand med de indløbsfunktioner, udbudsmaterialet angav, uanset om vandet rent faktisk måtte få de specifikationer. Det har derfor ikke betydning, at det ikke i udbudsmaterialet var anført, at indløbskravene i en periode – endda en periode under designfasen – ikke var som specificeret i udbudsmaterialet, at SUEZ ikke var klar over virkningen af Tyrafeltets nedlukning, eller at indløbskravene måske aldrig ville have eller få disse specifikationer. Tilbudsgivernes løsning på et anlæg skulle stadig leve op til og designes i overensstemmelse med udbudsmaterialets krav.

Vedrørende SUEZ' henvisning til at betingelsen i forhold til spildevandets indløbsspecifikationer skal læses i sammenhæng med overskriften "hovedtidsplan" bemærkes, at denne overskrift ikke fremgår af det sted, som SUEZ henviser til. Overskriften i Appendix A - "Form of Tender", afsnit 7 er således "Technical matters". Dette understreger, at forbeholdet ikke kun har betydning for tidsplanen, men også for design og pris, da anlæggets design og omkostningerne hertil også afhænger af de undersøgelser, som SUEZ kræver at kunne foretage. Herudover understreges det, at der ikke blot er tale om en optimering af tidsplanen, da det klart fremgår, at fordi tidsplanen er optimeret til at levere hurtigst muligt, skal visse betingelser være opfyldt.

Det bestrides, at tidspunktet for kontrakttildeling og kontraktunderskrift er sammenfaldende, hvilket også fremgår af den tidsplan, som er indsat i SUEZ' endelige tilbud. Det fremgår således klart, at "Award of contract" (kontrakttildeling) og "Milestone 1 - Signing of contract" (kontraktunderskrivning) er to forskellige begivenheder, og det fremgår desuden, at "Study (ozonation)" (undersøgelsen vedrørende ozonering) skulle starte allerede fra kontrakttildeling, herunder løbe i standstill-perioden. Der er altså (tids)forskul på de to begivenheder.

Det er muligt, men det er absolut usandsynligt, at SUEZ ikke før e-mail af 29. november 2019 var bekendt med, at vandkvaliteten ville være anderledes end beskrevet i udbudsmaterialet (udover i oprensningsperioden). E-mail af

29. november 2019 er modtaget før den endelige tilbudsafgivelse den 3. december 2019. SUEZ havde således tid til at fjerne forudsætningen, som i øvrigt er uden betydning for tilbuddet, hvis SUEZ' argumentation følges. SUEZ ved utvivlsomt, hvad det betyder for et sådant anlæg, at 33-50 % af det vand, som normalt vil løbe ind i et anlæg, ikke vil gøre det i en periode.

Det bestrides, at udbudsmaterialet er uklart i relation til vandkvalitetskravene. Udløbsspecifikationerne på vandet fra Lurgi-anlægget skulle lægges til grund som indløbsspecifikation ved designet af anlægget, således at anlægget skulle kunne rense vand med disse specifikationer til det niveau, som kræves af Fredericia Spildevand og Energi for at blive sendt til det centrale rensningsanlæg. Dette krav udgør ikke en uklarhed i udbudsmaterialet, og det kan ikke heraf lægges til grund, at det spildevand, der løber gennem anlægget under designfasen eller senere, har bestemte specifikationer – eller ikke har bestemte specifikationer. Det bestrides endvidere, at det af afsnit 4 i Annex 1 - Employers Requirements skulle fremgå, at indløbskvaliteten til det nye anlæg svarer til udløbskvaliteten fra det eksisterende Lurgi rensningsanlæg. Det fremgår af det pågældende afsnit i udbudsmaterialet, at udløbsspecifikationerne fra Lurgi-anlægget "apply as inlet specification". Dette viser netop, at der er tale om et krav, som tilbudsgiverne skulle lægge til grund ved designet, og ikke et krav til DOP om at skulle kunne levere vand med disse specifikationer.

Aktuelt er Lurgi-anlægget ikke i en normal driftssituation eller -periode, og DOP kan ikke garantere – og har ikke i udbudsmaterialet garanteret – at dette er tilfældet, hvilket netop skyldes den midlertidige nedlukning af Tyra-anlægget. Dette ændrer imidlertid ikke på, at udbudsmaterialets krav til vandindløbets specifikation i "Annex 1 - Employer's Requirements" stadig skal lægges til grund ved designet af anlægget, da vandet vil opfylde disse specifikationer, når anlægget skal sættes i normaldrift.

Dette fremgår også af referatet for andet forhandlingsmøde, som DOP havde med SUEZ. DOP understregede således over for SUEZ, at løsningen til det udbudte anlæg skulle designes i overensstemmelse med specifikationerne i "Annex 1 - Employer's Requirements", og således ikke kunne baseres på eventuelle – heller ikke fremtidige – testresultater fra Pilotprojektet.

Det bestrides, at det anførte i tilbuddet ikke udgør et forbehold, men blot en selvfølgelig forudsætning om, at indløbskravene til det nye anlæg forudsættes at være korrekte. DOP er ikke uenig i, at udbudsmaterialet opstiller specifikationer til vandindløbet, som det udbudte anlæg skulle kunne håndtere, og som vil være en forudsætning for driften af det udbudte anlæg, når det sættes i drift. Problemet vedrørende forbeholdet består således ikke i, at anlægget ikke skal designes efter udbudsmaterialets krav. Problemet består derimod som anført i tidspunktet for, hvornår SUEZ kræver, at spildevandets indløbsspecifikationer er i overensstemmelse med udbudsmaterialets krav, således at SUEZ kan foretage yderligere tests til brug for design af ozondelen af deres tilbudte anlæg til udbygningen af Lurgi-anlægget.

DOPs krav i udbudsmaterialet vedrørende vandindløbets specifikationer har til formål at sikre, at tilbudsgiverne designer et renseanlæg, som i en normal driftssituation og -periode skal kunne håndtere vandindløb, som er i overensstemmelse med de specifikationer, der er anført i pkt. 4 ("Design basis") i "Annex 1 - Employer's Requirements", og som i en normal driftssituation og -periode sikrer udløbsspecifikationerne på vandet fra Lurgi-anlægget.

Udbudsmaterialet giver ikke mulighed eller forudsætninger for, at vandindløbets specifikationer vil kunne være til stede allerede fra tildelingen, herunder med henblik på at teste de tilbudte løsninger under den videre projektering og udførelse.

SUEZ har designet og drevet pilotprojektet og vidste, at specifikationerne på vandindløbet ikke kunne forudsættes at stemme overens med "Annex 1 - Employer's Requirements" allerede umiddelbart efter tildeling af kontrakt. SUEZ har på denne baggrund påtaget sig den fulde risiko ved at indsætte forbeholdet vedrørende specifikationerne i vandindløbet.

DOP er enig i, at alle løsningsforslag på renseanlægget skal designes efter de specifikationer, som fremgår af udbudsmaterialet, og at anlæggene også skal kunne præstere herefter. Der er ikke i tilbuddet fra Krüger forhold, der ændrer på dette.

På den baggrund må SUEZ' forbehold om, at vandindløbets faktiske specifikationer skal være i overensstemmelse med de specifikationer, som skal lægges til grund ved designet af anlægget, allerede straks efter tildelingen af kon-



trakt, således at SUEZ kan foretage yderligere undersøgelser til brug for designet af ozondelen af sit anlæg for at sikre det tilbudte anlægs opfyldelse af de tekniske krav og ikke mindst projektets tidsplan, anses for at udgøre et klart forbehold. Dette forbehold får betydning for både prisen, designet af og tidsplanen for den tilbudte løsning, da hverken DOP eller SUEZ kan vide, hvad resultatet eller konsekvenserne af evt. yderligere undersøgelser måtte blive, hvis nu specifikationerne på vandindløbet på dette tidspunkt ikke vil være de samme, som anlægget skal designes efter ifølge udbudsmaterialet. DOP kan således ikke være sikker på, hvornår anlægget vil kunne komme i drift. DOP kan heller ikke være sikker på, hvorledes de økonomiske forudsætninger vil blive påvirket, såfremt resultatet af de yderligere undersøgelser bliver, at anlæggets ozondel ikke kan få vandindløbet i overensstemmelse med FSE's krav. Endelig kan DOP ikke være sikker på, hvilke designmæssige ændringer eller tilpasninger det tilbudte løsningsforslag vil indebære. Forbeholdet kan således medføre uoverskuelige konsekvenser for både tidsplan, pris og design.

SUEZ har med forbeholdet påtaget sig risikoen for, at betingelsen ville blive betragtet som et forbehold. Det er fast klagenævnspraksis, at forbehold over for tidsplan og pris oftest antages at udgøre forbehold for grundlæggende elementer i et udbud, jf. f.eks. klagenævnets kendelse af 19. april 2016, Zøllner A/S mod Hundested Havn I/S og Halsnæs Kommune, kendelse af 26. maj 2009, Oberthur Technologies Denmark A/S mod Region Nordjylland, og kendelse af 26. november 2004, E. Pihl og Søn A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen.

Uanset om forbeholdet i øvrigt ikke måtte være relateret til grundlæggende elementer, kan konsekvenserne af forbeholdet ikke prissættes. DOP har derfor været ikke blot berettiget, men også forpligtet til at afvise SUEZ' tilbud som ukonditionsmæssigt.

*Ad adgang til at foretage yderligere undersøgelser efter kontrakttilde-  
ling*  
SUEZ' betingelse om, at kunne foretage test af "ozonering" i en måned efter tildeling af kontrakten, indeholder det yderligere forbehold, at SUEZ skulle have adgang til sitet lige efter tildeling og ikke først ved kontraktindgåelse. Det fremgår således, at "Access to site shall be granted on the date of contract award". DOP kan ikke give tilladelse til en sådan adgang inden underskrivelse af kontrakten, da det i denne periode ikke vil være afgjort, hvem af parterne der hæfter for fejl, mangler og ulykker, og DOP ville derfor påtage

sig en betydelig risiko ved at give SUEZ adgang til sitet inden kontraktunderskrivelse. Herudover er det oplagt, at der mindst ville skulle gå en standstill-periode forud for kontraktindgåelse. Dette udgør således også et isoleret forbehold over for tidsplanen, som ikke kan kapitaliseres, og som også medfører, at DOP har været berettiget til at afvise SUEZ' tilbud som ukonditionsmæssigt.

*Ad adgang til at foretage geotekniske undersøgelser umiddelbart efter kontrakttilde-  
ling, samt at DOP skal betale for omkostninger afholdt fra direkte  
efter kontrakttilde-  
ling*

DOP har ved gennemgangen af tilbuddet i forbindelse med klagesagen konstateret et yderligere forhold vedrørende SUEZ' konditions-mæssighed, som derfor også inddrages til støtte for afvisningen af SUEZ' tilbud. Følgende fremgår således af samme sted i SUEZ' endelige tilbud som de to forbehold om vandindløbets specifikationer og adgang til sitet nævnt ovenfor: "13. MAIN TIME SCHEDULE ... As the time schedule is optimized to be able to deliver the contract to Employer the soonest, certain conditions must be respected: ... Contractor shall start engineering works and other preparation works for example but not limited to geotechnical investigation immediately after the contract award. In case the project is cancelled or changed Employer shall bear the direct cost Contractor has incurred."

SUEZ har således indsat en betingelse – og dermed forbehold – om, (i) at SUEZ skal kunne påbegynde arbejdet umiddelbart efter kontrakttilde-  
ling, og (ii) at DOP skal betale herfor fra dette tidspunkt. Vedrørende (i) henvises til bemærkningerne ovenfor vedrørende adgang til sitet umiddelbart efter kontrakttilde-  
ling, og det gentages, at DOP ikke kan forpligte sig til, at SUEZ kan påbegynde arbejdet forud for kontraktindgåelsen; allerede den udbudsretlige standstill forpligtelse vil umuliggøre dette, men herunder er afgørende forhold omkring ansvar m.v. først gældende, når kontrakten er indgået. Vedrørende (ii) bemærkes det, at DOP ikke vil kunne forpligte sig til at skulle betale for arbejder foretaget inden kontraktindgåelse. Betingelsen i SUEZ' tilbud udgør således også et forbehold for tidsplanen, idet SUEZ på ny forudsætter, at arbejdet med projekteringen kan igangsættes umiddelbart efter tildelingen, og det må også på dette grundlag anses for et forbehold, der ikke kan kapitaliseres, for grundlæggende elementer.

Forbeholdet var til stede på tilbudsafgivelsestidspunktet, hvorfor det også har gjort SUEZ' tilbud ukonditionsmæssigt, og det ændrer ikke på den udbudsrettlelige konsekvens, at DOP først blev opmærksom på forbeholdet efterfølgende. Dermed var DOP også som følge af dette forbehold berettiget og formentlig forpligtet til at se bort fra SUEZ' tilbud, og DOP har derfor ikke handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at afvise SUEZ' tilbud som ikke-konditionsmæssigt.

Det er ikke korrekt, at det er almindelig praksis på denne type projekter, at tidsplanen alene parallelforskydes, hvis projektet ikke kan igangsættes som forudsat i tidsplanen fra en tilbudsgiver. Selv hvis det måtte være sådan, at en ændring af de faktuelle forhold i et konkret projekt lovligt kunne føre til, at en konkret tilbudt tidsplan ikke kunne realiseres uden en eventuel parallelforskydning, kan en sådan konkret – og i forhold til denne klagesag hypotetisk – situation ikke føre til, at DOP kunne se bort fra SUEZ' forbehold. Det er ikke selve den tilbudte tidsplan, der udgør et forbehold, men derimod det forhold, at SUEZ oveni tidsplanen tog det forbehold for tidsplanen, at SUEZ skulle have adgang til sitet umiddelbart efter kontrakttildeling for at kunne foretage geotekniske undersøgelser, for at tidsplanen kunne overholdes. Tidsplanens eventuelle parallelforskydning ændrer således ikke på, at SUEZ' forbehold indebar, at SUEZ ville have adgang på kontrakttildelingstidspunktet.

Det bestrides, at det i udbudsmaterialet var uklart, hvilke forbehold der var tilladt, og hvilke forbehold der ikke var tilladt på grund af, at det fremgik af pkt. 3 i FIDIC Yellow - Form of Agreement and Appendix - Lurgi Expansion Project, at blandt andet Employers Requirements og Contractor's Proposal skulle blive læst og forstået som en del af kontrakten. Det er klart og sædvanligt, at de tekniske krav fra udbudsmaterialet efterfølgende indgår som en del af den kontrakt, som indgås på baggrund af udbuddet – de tekniske krav udgør netop den ydelse, der skal leveres.

SUEZ' anbringende om, at DOP i genudbuddet af Lurgi-udvidelsen selv har iværksat de geotekniske undersøgelser, som SUEZ krævede adgang til, og at DOP dermed skulle have anerkendt, at disse var nødvendige for at kunne igangsætte arbejdet efter kontrakten hurtigt, er ikke et relevant argument for, at SUEZ' tilbud i denne henseende ikke skulle indeholde et forbehold.

En tilbudsgivers (u)konditionsmæssighed påvirker ikke andre tilbudsgiveres (u)konditionsmæssighed. Uanset om der havde været andre ukonditionsmæssige tilbudsgivere i processen, hvilket ikke var tilfældet, ville dette ikke berettige DOP til at undlade at afvise SUEZ' tilbud med de forbehold og uklarheder, som var indeholdt heri. Krügers tilbud indeholdt ikke forbehold, og det er ved separat aktindsigtsafgørelse slået fast, at SUEZ ikke har været berettiget til at få adgang til yderligere oplysninger i Krügers tilbud. Det kan derfor ikke tillægges processuel skadevirkning, at DOP ikke har oplyst yderligere om Krügers forbehold.

#### Påstand 1 A (subsidiær i forhold til påstand 1)

SUEZ har gjort gældende, at SUEZ har en retlig interesse i at få prøvet, om DOP har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet ved ikke også at afvise Krügers tilbud som ikke-konditionsmæssigt, hvis DOP var berettiget til at afvise SUEZ' tilbud som ikke-konditionsmæssigt.

Krüger tog mange forbehold i sit endelige tilbud, og disse forbehold var mere omfattende og vidtgående end eventuelle forbehold i SUEZ' tilbud. Ifølge evalueringsrapporten må Krüger mindst have taget 30 forbehold i sit endelige tilbud. Forbehold nr. 30 bestod i, at Krüger i sit tilbud "Appendix A - Form of Tender" ændrede på bestemmelsen vedrørende prioritetsrækkefølgen for de dokumenter, der skulle udgøre kontraktgrundlaget. Krüger ændrede prioritetsrækkefølgen, således at "Contractor's Proposal" blev prioriteret før "Employer's Requirements", hvilket udgør et forbehold i forhold til kontraktudkastet, hvor prioriteringen er omvendt.

DOP vurderede selv, at forbehold nr. 30 var det mest kritiske forbehold, og samlet tildelte DOP kun Krüger 3 ud af 10 point ved bedømmelsen af kontraktvilkårene, hvilket efter begrundelsen skyldes det høje antal forbehold og den høje risiko disse repræsenterede for DOP.

Krügers ændrede prioritetsrækkefølge medførte en risiko for, at der derigennem skete fravigelser af "Employer's Requirements". I tilfælde af uoverensstemmelser mellem de to dokumenter er det således tilbuddet, der afgør retstillingen, uanset hvilket krav der derved fraviges i "Employer's Requirements". DOP konstaterede, at ændringen udgjorde et kritisk forbehold, da der

var en potentiel risiko for, at Krüger gennem ændringen af prioritetsrækkefølgen ændrede "Employer's Requirements". Forbeholdet vedrørte dermed i realiteten ikke kontrakt dokumenterne, men "Employer's Requirements".

Af Krügers endelige tilbud af 3. december 2019 fremgår det tillige, at Krüger blandt andet ikke påtog sig ansvaret for kvaliteten af det vand, der udledes fra det nye anlæg, hvis for eksempel indløbskvaliteten af vandet til det nye anlæg ændrede sig, og at Krüger fraskrev sig ethvert ansvar for overholdelse af myndighedskrav i øvrigt. Dette må også i sig selv betragtes som værende et væsentligt forbehold. Dette afsnit i Krügers tilbud forudsatte præcist det samme, som var anført i SUEZ' endelige tilbud – om at udbudsbetingelsernes afsnit 4.1 om indløbskrav til det nye anlæg forudsattes at være korrekte – hvilket blandt andet dannede grundlag for, at SUEZ' tilbud blev afvist som ikke-konditionsmæssigt.

Uanset DOP efterfølgende aflyste udbuddet på grund af egne fejl, var det i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet at afvise SUEZ' tilbud som ikke-konditionsmæssigt og samtidig undlade at afvise Krügers tilbud som ikke-konditionsmæssigt, når Krügers tilbud indeholdt langt flere forbehold og forbehold af samme karakter, som DOP vurderede, at SUEZ havde taget. Når DOP inddrager nogle tilbudsgiveres forbehold ved bedømmelsen af tilbuddet, må DOP også inddrage andre tilbudsgiveres eventuelle forbehold i bedømmelsen, og ikke blot kassere dem som ikke-konditions-mæssige.

Det må tillægges processuel skadevirkning, at DOP ikke har villet oplyse om mere end et af de i alt mindst 30 forbehold, Krüger tog i sit tilbud, til trods for gentagne opfordringer dertil og aktindsigtsanmodninger.

DOP er enig i, at det isoleret set ville være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, hvis DOP ikke afviste Krügers tilbud som ukonditionsmæssigt, hvis det indeholdt tilsvarende forbehold som SUEZ' tilbud.

SUEZ har dog ikke retlig interesse i at få prøvet påstanden, såfremt klagenævnet fastslår, at DOP berettiget anså SUEZ' tilbud for ukonditions-mæssigt, da en sådan overtrædelse ikke er begået over for SUEZ, da en sådan overtrædelse ikke har ført til en uberettiget kontraktindgåelse (da udbuddet efterfølgende er aflyst), og da en sådan overtrædelse er uden betydning for

SUEZ' retsstilling (da SUEZ' tilbud er ukonditionsmæssigt). Den manglende retlige interesse følger således af kombinationen af, at SUEZ' tilbud berettiget vil være anset for ukonditionsmæssigt, og at udbuddet efterfølgende er blevet aflyst. En sådan overtrædelse ville i øvrigt ikke have nogen indflydelse på SUEZ' mulighed for at opnå erstatning, da SUEZ er afskåret fra at opnå erstatning allerede som følge af sin egen ukonditionsmæssighed.

*Ad Krügers "forbehold nr. 30"*

Tilbuddene måtte gerne indeholde fravigelser for og præciseringer til det vedlagte kontraktudkast, idet sådanne forhold indgik direkte i evalueringen. I udbudsmaterialet er sådanne forhold angivet som "deviations", og kontrakten eller dens klausuler var således ikke gjort til et mindstekrav. Adskilt fra dette var f.eks. fravigelser eller forbehold for de i udbudsmaterialet oplyste specifikationer til anlægget, herunder også de opstillede mindstekrav i f.eks. Annex 1 - Employer's Requirements, som medførte, at et tilbud ville kunne blive afvist, og ville skulle afvises, såfremt forbeholdet angik mindstekrav og/eller grundlæggende dele af udbudsmaterialet.

Det bestrides, at Krügers tilbud indeholdt forbehold, som skulle føre til afvisning, herunder at Krügers ændring af prioritetsrækkefølgen reelt udgjorde et forbehold til Annex 1 - Employers Requirements. Der er den forskel på Krügers henholdsvis SUEZ' tilbud, at Krügers fravigelser er relateret til kontraktudkastet – og således udgør lovlige "deviations" – mens SUEZ' fravigelser bl.a. er relateret til mindstekravene i Annex 1 - Employer's Requirements, og dermed udgør ulovlige "reservations". Krüger havde hverken udtrykkeligt oplyst "reservations" eller i sin tilbudte løsning anført "reservations". Hertil skal bemærkes, at DOP beklageligvis ikke i sprogbugen i sin evalueringsrapport har været helt konsistent med brugen af "deviations" hhv. "reservations", hvilket formentlig har givet anledning til SUEZ' påstand. En manglende konsistens i sprogbugen ændrer dog ikke på de materielle forhold, herunder henset til at DOP har evalueret afvigelser fra kontraktudkastet som "deviations".

Krügers lovlige fravigelser af kontrakt dokumenterne indgik i evalueringen af underkriteriet Contractual Terms. Det fremgik klart som en mulighed direkte af udbudsmaterialet, og det havde været i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, hvis DOP ikke havde medtaget det i evalueringen og i stedet havde anset Krügers tilbud som ukonditionsmæssigt.

Det bemærkes i øvrigt, at det af udbudsmaterialets Appendix A - Form of Tender, pkt. 8. Contractor's Legal Reservations fremgår, at: "If the contractor has any commercial reservations to, for example FIDIC Yellow, they must be listed below. Any other reservations mentioned in the Tender, will not be accepted." Selv om der i Appendix A - Form of Tender anvendes termen "reservations", er det klart, at der er tale om de "deviations", som fremgår i udbudsbetingelserne, og som delkriteriet Contractual Terms skulle vurderes efter.

Det af SUEZ nævnte forbehold nr. 30 vedrørte udbudsmaterialets "FIDIC Yellow - Form of Agreement and Appendix - Lurgi Expansion Project", som er den vedlagte kontrakt til udbudsmaterialet. Heraf fremgik prioritetsordenen mellem forskellige dele af den efterfølgende kontrakt.

Krüger har i sit Appendix A - Form of Tender vedrørende denne bestemmelse i kontrakten anført, at prioritetsrækkefølgen byttes rundt, således at "The Contractor's Proposal" prioriteres før "The Employer's Requirements". Der er således tale om en afvigelse ("deviation") af kontraktdokumenterne og ikke et forbehold vedrørende Annex 1- Employer's Requirements.

DOP foretog en vurdering af de fravigelser af kontraktdokumenterne, som Krüger indsatte i tilbuddet, og DOP gav ud fra dette en score til Krügers tilbud i forhold til delkriteriet "Contractual Terms". Selvom ordet "reservations" blev brugt i evalueringsbeskrivelsen, var det klart, at der var tale om en henvisning til kontraktdokumenterne og ikke de tekniske specifikationer i Annex 1 - Employer's Requirements (mindstekravene). Dermed er der tale om "deviations" og ikke "reservations". DOPs evaluering af Krügers forbehold nr. 30 medførte en lavere score i evalueringen. Da forbeholdet ikke vedrørte Annex 1 - Employer's Requirements, og derfor ikke var et forbehold for mindstekrav og/eller grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, kunne det ikke medføre, at Krügers tilbud kunne anses for ukonditionsmæssigt.

#### *Ad forbehold i Krügers tilbud i øvrigt*

Det bestrides, at Krügers tilbud indeholdt flere og mere vidtgående og væsentlige forbehold end SUEZ' tilbud. DOP har ikke ved evalueringen af Krügers tilbud fundet forbehold over for mindstekrav eller grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, som gjorde, at Krügers tilbud måtte anses for ukonditionsmæssigt. Krügers tilbud indeholdt kun fravigelser ("deviations") relateret til kontraktdokumenterne, som trak ned i vurderingen, men som ikke

udgjorde forbehold ("reservations"), der kunne føre til, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

Den liste af "forbehold", som SUEZ anfører ikke at være blevet bekendt med via deres aktindsigt, vedrører den del af Appendix A - Form of Tender, hvor parterne skulle anføre fravigelser (deviations) af kontraktdokumenterne. Afvigelserne er overstreget, da der er tale om forretningsfølsomme oplysninger af væsentlig økonomisk betydning for Krüger, herunder særligt som følge af det forestående genudbud af renseanlægget.

Det bestrides, at afsnittet i Krügers tilbud vedrørende ansvar for overholdelse af myndighedskrav udgør et forbehold, som forudsætter præcist det samme som SUEZ' forbehold vedrørende pris, design og tidsplan i relation til specifikationer på vandindløbet.

DOP er enig i, at Krügers tilbud på dette punkt må forstås således, at Krüger ikke påtager sig ansvar for kvaliteten af det vand, der udledes fra det nye anlæg, hvis f.eks. indløbskvaliteten af vandet til det nye anlæg ændrer sig, men det er ikke ensbetydende med, at de to krav forudsætter det samme.

Det er naturligt, at specifikationer på vandudløbet vil kunne ændre sig, hvis noget i vandindløbet ændrer sig (ud over de specifikationer, som udbudsmaterialet indeholder), herunder hvis specifikationer i vandindløbet afviger væsentligt fra de specifikationer til vandindløbet, som fremgår af Annex 1 - Employer's Requirements. Dette vil til enhver tid være DOPs ansvar, og det har intet at gøre med SUEZ forbehold om, at vandindløbet har bestemte egenskaber allerede straks efter tildelingen for at kunne foretage tests på pilotprojektet til brug for den videre udvikling af det udbudte anlæg.

Krügers tilbud indeholder derfor ikke forbehold af samme art som SUEZ' forbehold vedrørende pris, design og tidsplan i relation til specifikationer på vandindløbet.

DOP har således ikke handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved ikke at afvise Krügers tilbud som ukonditionsmæssigt, da Krügers fravigelser til kontrakten ikke udgør udbudsretlige forbehold for mindstekrav og/eller grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Påstand 2 (tertiær i forhold til påstand 1 og 1A)



SUEZ har gjort gældende, at DOP foretog flere omfattende og væsentlige ændringer i udbudsmaterialet efter offentliggørelsen af dette for tilbudsgiverne.

Det udbudte projekt fik blandt andet et langt større omfang, end hvad der oprindeligt fulgte af udbudsmaterialet, og det var nødvendigt for tilbudsgiverne at øge kapaciteten og ændre opbygningen af anlægget. Derudover var det nødvendigt for SUEZ at projektere og tilbyde en helt ny del (ozondelen) for at opfylde de ændrede funktionskrav, som fremkom efter afgivelsen af det første forhandlingstilbud.

De yderst omfattende ændringer afspejlede sig også i, at SUEZ' tilbudssum for at opføre det udbudte renseanlæg ændrede sig fra [REDACTED] EUR ekskl. moms, inkl. optioner til [REDACTED] EUR ekskl. moms, inkl. optioner, hvilket er en forskel på [REDACTED] EUR svarende til ca. [REDACTED] kr. eller næsten tre gange den tilbudte pris på det første anlæg.

Projektet ændrede fuldstændig karakter, og det var ikke det samme projekt, der blev udbudt, som det projekt der senere blev foretaget kontrakttildeling vedrørende.

Under udbuddet skete der ændringer af mindstekrav vedrørende opetid og ændringer af øvrige meget væsentlige og helt afgørende betingelser, når der er tale om projektering og opførelse af et vandrensningsanlæg, som specifikationer for vandkvaliteten og udledningskrav. Disse ændringer udgør både hver for sig og til sammen ændringer af grundlæggende betingelser i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Det følger af fast udbudsretlig praksis, at der ikke under et udbud kan ændres på grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder tekniske specifikationer. Interesserede økonomiske aktører må således kunne basere sig på de oprindelige udbudsdokumenter for at træffe en beslutning om at forberede en indgivelse af et tilbud eller alternativt afstå fra at deltage i udbudsprocessen. Der henvises i den forbindelse til EU-Domstolens dom af 10. maj 2012 i sag C-368/10, Europa-Kommissionen mod Holland, hvoraf det fremgår, at prin-

cippet om ligebehandling og gennemsigtighed tilsiger, at offentlige kontraktors genstand samt kriterierne for deres tildeling skal defineres klart fra begyndelsen af en udbudsprocedure.

Selvom de bydende ved dette udbud er udvalgt gennem en kvalifikationsordning efter DOPs skøn, må det ligeledes antages, at DOP kunne have gjort sig andre overvejelser om udvælgelse af tilbudsgiverne, hvis DOP havde udvalgt disse på baggrund af det endelige projekt. Kredsen af bydende kunne således have været en anden.

Uanset kravet vedrørende blandt andet opetid ændredes på en måde, som gjorde det lettere for tilbudsgiverne at opfylde dette, var det en ændring af et mindstekrav, som kunne forrykke konkurrencen mellem tilbudsgiverne, jf. blandt andet EU-Domstolens dom i sag C-368/10.

DOP har delvist anerkendt, at DOP handlede i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at foretage grundlæggende ændringer af udbudsmaterialet i forhold til kravet om tørstof. Påstanden fastholdes dog også for så vidt angår de øvrige ændringer i udbudsmaterialet vedrørende ændring af krav til opetid, COD-niveau, indregning af 12 måneders drift og vedligeholdelse i tilbuddet.

DOP har gjort gældende, at det delvist er korrekt, at DOP for så vidt angår kravene til koncentration af tørstof foretog grundlæggende ændringer i udbudsmaterialet efter offentliggørelsen deraf, hvilket kunne påvirke deltagelsen i udbuddet.

Denne konstatering udgjorde – også selvom både SUEZ og Krüger konkret besluttede at afgive tilbud uanset ændringerne – således en af grundene til DOPs aflysning af udbuddet, idet der ikke på baggrund heraf kunne ske en lovlig tildeling. Det kan dog konstateres, at ændringerne ikke har haft betydning for SUEZ' endelige tilbudsafgivelse, idet SUEZ besluttede at afgive tilbud uanset ændringerne, og uanset at DOP efterfølgende ikke ville kunne foretage en lovlig tildeling.

Kun ændringen vedrørende tørstofkravet kan anses for grundlæggende. Hverken ændringen vedrørende 95 %-kravet, oplysningerne om designgrundlaget for COD (95 %-fraktile) eller informationen om tal til anvendelse

ved beregning af omkostninger til bortskaffelse af slam har reelt eller potentielt forrykket konkurrencen mellem tilbudsgiverne.

Ændringen fra, at anlægget skulle reducere COD ned til 1000 mg/l til kun at skulle reducere COD ned til 2000 mg/l, er en lempelse og har dermed ikke kunnet udgøre en grundlæggende ændring. Baggrunden for, at COD-kravene gjorde SUEZ' tilbud dyrere, var således, at SUEZ indtil tredje forhandlings-tilbud havde afgivet tilbud med forudsætning om, at kravene til COD-udledningen ville blive lempet af FSE.

Oplysningerne om designgrundlaget for COD fremgik af alle versioner af Annex 1 - Employer's Requirements. I version 3 af 12. juli 2019 tilføjedes blot en præcisering af COD-tallene.

Uanset der konkret var tale om en lempelse af et mindstekrav i forhold til opetidskravet på 95 %, var der i den foreliggende, helt særlige situation ikke tale om en ændring af et grundlæggende element. Dette skyldes, at udbuddet blev gennemført efter en stående kvalifikationsordning efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, der generelt er mere fleksibelt, herunder også i forhold til ændringer under udbudsprocessen, end f.eks. udbud efter udbudsloven. Markedet havde ikke i øvrigt kunne påvirkes af ændringen. Ændringen blev foretaget ens i forhold til de deltagende tilbudsgivere og havde generelt karakter af at være en lempelse af kravene. Den havde derfor ikke en påvirkning på konkurrencen mellem tilbudsgiverne eller i øvrigt haft en fordyrende betydning for løsningsforslagene. Ingen af tilbudsgiverne blev således stillet bedre eller dårligere. Desuden havde DOP konkret kendskab til alle relevante tilbudsgivere.

### Ad påstand 3

SUEZ har gjort gældende, at DOP skal betale erstatning til SUEZ, således at SUEZ stilles som om, at SUEZ ikke havde deltaget i udbudsprocessen i forbindelse med det nu annullerede udbud, da betingelserne for tilkendelse af erstatning er opfyldt.

### *Ad tab*

Udbudsproceduren var omfattende og langvarig. Der blev stillet omfattende krav til tilbuddenes indhold. Som følge af egne fejl annullerede DOP udbuds-

proceduren, og alt SUEZ' arbejde med at udarbejde tilbud og deltage i udbudsproceduren og omkostninger i forbindelse dermed blev afholdt forgæves. SUEZ har opgjort sit tab til 1.578.342,06 kr.

Arbejdet med at udarbejde tilbud i forbindelse med udbuddet startede den 31. oktober 2018 og forløb frem til 3. december 2019, hvor SUEZ indleverede sit endelige tilbud. Tilbudsprocessen forløb dermed over en periode på mere end 1 år. I den periode udarbejdede tilbudsgiverne fire tilbud på et yderst komplekst og særegent anlæg. Der er tale om et anlæg, som er det første af sin slags. Anlægget skal håndtere spildevand med ekstremt højt saltindhold, hvilket vanskeliggør behandlingen, og der findes ikke fuldskala anlæg, der drives under tilsvarende forhold.

SUEZ havde allerede i november 2018 og januar 2019 frem mod den oprindelige frist for indlevering af første tilbud, som var 15. februar 2019, udarbejdet et første forhandlingstilbud. Denne tilbudsfrist blev dog to uger før tilbudsfristen udskudt til juni 2019, og SUEZ måtte som følge af ændringer i udbudsmaterialet foretage omfattende ændringer i det første tilbud. SUEZ har derfor i realiteten udarbejdet fem tilbud. Derudover har SUEZ deltaget i to heldags forhandlingsmøder den 2. juli 2019 og 26. september 2019.

Under hele tilbudsprocessen har SUEZ arbejdet med en kontinuerlig tilbudsorganisation. Totalentrepriser af en størrelse og kompleksitet som den udbudte kræver en kompleks tilbudsgiverorganisation, der besidder kompetencer på tværs af alle ingeniørdiscipliner. Derudover kræves kompetencer vedrørende finansielle-, lovgivningsmæssige- og kontraktuelle forhold i relation til opgaven.

SUEZ' tilbudsorganisation har i dette tilfælde bestået af en overordnet ledelse af tilbudsudarbejdelsen og prissætningen, herunder prissætning af underentrepriser (byggeri samt maskin- og elinstallationer), samt hovedudstyr fra lokale leverandører. Dette arbejde er udført af fem medarbejdere hos SUEZ.

Det bagvedliggende arbejde med udvikling af procesdesign (design af teknisk løsning) samt alt ingeniørarbejde vedrørende udvikling af tegninger, maskinspecifikationer, PID diagrammer mv. blev indkøbt fra SUEZ International, dels fra den tekniske direktion baseret i Rueil i udkanten af Paris, dels

fra "Proposal platform", som var involveret med teams baseret i henholdsvis Bilbao og Lissabon.

Arbejde vedrørende kommercielle, finansielle og kontraktuelle forhold blev dels udført af SUEZ, dels indkøbt fra SUEZ International.

Alle medarbejdere hos SUEZ har ført et timeregnskab over deres arbejde med udbudssagen, ligesom rejseomkostninger i forbindelse med fysiske møder for gennemgang og kvalitetssikring af tilbuddene i henholdsvis Paris og Lissabon blev registreret på sagen. Projektet var stort og særegent for SUEZ, hvorfor det blev vurderet nødvendigt med flere fysiske møder. Medarbejdere hos SUEZ brugte i alt 1.321,5 timer på tilbudsudarbejdelse, deltagelse i forhandlingsmøder mv. i forbindelse med udbuddet. Omkostninger til disse medarbejdere er i tabsopgørelsen beregnet på grundlag af de enkelte medarbejders løn. Der er ikke indregnet nogen form for faste udgifter, dækningsbidrag, overhead eller lignende. Tidsregistreringen blev foretaget, før denne sag blev aktuel, og tidsregistreringen er ikke etableret til brug for denne sag. Det er den enkelte medarbejder, der har foretaget tidsregistreringen, som anvendes til intern afregning mellem de koncernforbundne selskaber i SUEZ-koncernen i overensstemmelse med de internationale transfer pricing regler. SUEZ-koncernen er en international koncern med ca. 90.000 ansatte. Det er af væsentlig betydning, at der er korrekt og tilstrækkelig dokumentation for tidsregistreringen og dermed mellemregninger mellem selskaberne. Den anvendte tidsregistrering og praksis er blevet godkendt af revisorer og relevante myndigheder i de mange lande, SUEZ agerer, og det er SUEZ' overbevisning, at tidsregistreringen også udgør tilstrækkelig dokumentation for de anvendte timer i denne sag.

SUEZ har betalt en samlet faktura til SUEZ International for bistand i forbindelse med udarbejdelse af tilbud i 2019 på [REDACTED] EUR. Dette arbejde vedrørte bistand i forbindelse med udarbejdelse af tilbud i forbindelse med udbuddet og ét andet udbud. Af det fakturerede beløb vedrører [REDACTED] EUR tilbudsgivningen i forbindelse med udbuddet i denne sag. I dette beløb er der indregnet timer for de enkelte medarbejdere, rejseomkostninger til deltagelse i fysiske møder for gennemgang og kvalitetssikring af tilbuddene i henholdsvis Paris og Lissabon og udgifter for afgivelse af støtteerklæring ("bank guarantee").

Endelig har SUEZ betalt en underleverandør (Ozonía) for at lave laboratorietests af ozonbehandling på vand fra det specifikke site.

Uoverensstemmelserne mellem de interne omkostninger for SUEZ i henholdsvis oversigten over tilbudsomkostninger (bilag 20) og SUEZ' posteringer på sagen (bilag 21) skyldes, at Per Krøyer, som er CEO for SUEZ ikke registrerer timer, og hans timeforbrug er derfor anslået til ■■■■■ EUR, hvilket beløb er medtaget ved opgørelsen af tilbudsomkostninger.

#### *Ad ansvarsgrundlag*

Under henvisning til det under påstand 1, subsidiært de under påstand 1A og tertiært de under påstand 2 omtalte væsentlige overtrædelser af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivet fører til, at der foreligger et ansvarsgrundlag. En overtrædelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet udgør således i sig selv et tilstrækkeligt ansvarsgrundlag, og i dette tilfælde er der tale om væsentlige og grove overtrædelser.

DOP har delvist anerkendt forholdet i påstand 2, som i sig selv udgør et tilstrækkeligt ansvarsgrundlag.

#### *Ad årsagssammenhæng*

DOPs væsentlige og grove overtrædelser af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet efter forsyningsvirksomhedsdirektivet har påvirket SUEZ' mulighed for at få tildelt den udbudte kontrakt. DOP afviste uberettiget SUEZ' tilbud ved evalueringen uden at handle tilsvarende over for den oprindeligt vindende tilbudsgiver.

SUEZ blev først efter afslutningen af udbudsproceduren opmærksom på de fejl, DOP begik under udbudsproceduren og i forbindelse med evalueringen af tilbuddene. Hvis SUEZ havde været bekendt med, at DOP ville behandle SUEZ' tilbud dårligere ved evalueringen end andre tilbudsgivers tilbud i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, havde SUEZ ikke udført et omfattende arbejde i forbindelse med tilbudsgivningen og afholdt store udgifter i forbindelse dermed.

En ordregiver kan som anført ikke afskære ethvert erstatningsansvar ved blot at aflyse udbuddet som følge af egne fejl. DOP har været skyld i, at tilbudsgiverne forgæves har afholdt betydelige tilbudsomkostninger. Det bestrides,

at SUEZ ikke kan tilkendes erstatning, hvis SUEZ' tilbud vurderes ikke-konditionsmæssigt af klagenævnet. Ved evalueringen synes DOP at have gjort det til sin opgave at finde "forbehold" i SUEZ' tilbud, mens Krügers tilbud ikke synes gennemgået med samme "kritiske øjne". En sådan behandling kan en seriøs tilbudsgiver ikke være tjent med, og det må i et sådant tilfælde være muligt at få tilkendt erstatning for det omfattende og seriøse – men spildte – arbejde, tilbudsgiveren har lagt i at deltage i udbudsprocessen.

Selvom SUEZ fortsat deltog i udbudsproceduren efter, at der blev fortaget væsentlige ændringer af udbudsmaterialet, afskærer dette ikke SUEZ fra at blive tilkendt erstatning, idet DOP foretog fejl gennem hele udbudsprocessen, herunder i forbindelse med evalueringen, og idet SUEZ' fortsatte deltagelse i processen blandt andet skyldtes, at den udbudte kontrakt var så stor og konkurrencemæssig vigtig, at SUEZ følte sig nødsaget til at fortsætte i processen. Ørsted-koncernen er en stor og vigtig aktør, og anlægget er det første af sin art, og det er derfor helt afgørende konkurrencemæssigt at vinde den udbudte kontrakt. Et tilsvarende forhold blev tillagt betydning ved klagenævnets kendelse af 22. november 2001, Forlaget Magnus A/S mod Told- og Skattestyrelsen.

Det må forventes, at en stor og anerkendt ordregiver som DOP, der indgår i Ørsted-koncernen, kender udbudsreglerne og handler i overensstemmelse med reglerne. Det kan ikke forventes, at en mindre aktør på det danske marked som SUEZ stiller sig kritisk over for ethvert skridt, der tages af en ordregiver som DOP under udbudsproceduren, og at det i øvrigt er tilbudsgiveren, der skal gøre ordregiveren opmærksom på regelbrud. SUEZ har således under udbudsprocessen alene ageret ud fra de krav og den vejledning, DOP har givet. Det er DOP, der har styret udbudsprocessen og bærer det fulde ansvar for processens lovlighed. Det er således absurd, at DOP mener, at SUEZ skulle have haft overblikket over udbudsproceduren og udtrådt af processen, så snart der var begået fejl, når DOP som professionel og anerkendt ordregiver ikke engang selv indså dette.

Subsidiært gøres det gældende, at klagenævnet skal tilkende SUEZ et skønsmæssigt fastsat beløb i erstatning, som dækker SUEZ' tilbudsomkostninger frem til det tidspunkt i udbudsprocessen, hvor den seneste ansvarspådragende fejl blev begået af DOP.

*Ad påregnelighed*

Ved et udbud af den omhandlede størrelse, hvor der stilles omfattende krav til tilbuddets indhold, og hvor den udbudte kontrakt vedrører et særegent anlæg, der er projekteret til det konkrete formål, må det være påregneligt for DOP, at tilbudsgiverne bruger mange timer og har omfattende udgifter i forbindelse med tilbudsprocessen. DOP stillede krav om prækvalifikation, afgivelse af fire tilbud og deltagelse i to forhandlingsrunder. Et samlet forløb på mere end et år.

Det må ligeledes være klart for DOP, at dette væsentlige ressourceforbrug er tabt for tilbudsgiverne, når DOP begår væsentlige fejl og i sidste ende aflyser udbuddet som følge deraf.

Alle betingelserne for tilkendelse af erstatning er således opfyldt. I den forbindelse henvises til klagenævnets kendelse af 22. november 2001, Forlaget Magnus A/S mod Told- og Skattestyrelsen, hvoraf det blandt andet fremgår, at der ikke skal stilles strenge krav til beviset for årsagsforbindelse og adækvans eller til beviset for tabets størrelse.

DOP har bestridt, at DOP skal betale erstatning til SUEZ og har til støtte herfor overordnet gjort gældende, at betingelserne for at tilkende erstatning ikke er opfyldt, idet der hverken foreligger et ansvarsgrundlag, eller i øvrigt er dokumenteret en årsagsforbindelse til et adækvat, økonomisk tab.

#### *Ad ansvarsgrundlag*

I det omfang SUEZ ikke måtte få medhold i de nedlagte påstande 1, 1A eller 2 vil der slet ikke foreligge et ansvarsgrundlag.

Påstand 1A er irrelevant for erstatningspåstanden, idet Krügers konditions-mæssighed ikke har betydning for vurderingen af DOPs erstatningsansvar over for SUEZ.

Hvis SUEZ' påstand 1 eller 1A tages til følge, gør DOP gældende, at der uanset dette ikke foreligger et tilstrækkeligt ansvarsgrundlag. Heller ikke DOPs efterfølgende delvise anerkendelse af forholdet i påstand 2 udgør et relevant ansvarsgrundlag.

#### *Ad årsagsforbindelse*

DOP gør overordnet gældende, at i det omfang SUEZ ikke måtte få medhold i den nedlagte påstand 1, vil der ikke kunne foreligge årsagsforbindelse.



SUEZ' ukonditionsmæssighed – uanset om denne baseres på forholdet om 95 % opetid, forbeholdet relateret til vandindløbets specifikationer allerede på tildelingstidspunktet eller SUEZ' forbehold relateret til både de tidsmæssige og økonomiske betingelser allerede fra tildelingstidspunktet – afskærer således årsagsforbindelsen til ethvert form for tab.

Efter fast klagenævnspraksis vil en tilbudsgivers afgivelse af et ukonditionsmæssigt tilbud udgøre egen skyld, således at tilbudsgiveren i en sådan situation ikke vil kunne godtgøre at have et erstatningsværnet tab, og der foreligger ikke årsagsforbindelse. Dette gælder uanset, om ordregiveren (også) har begået fejl. Se hertil f.eks. klagenævnets kendelse af 7. maj 2014, DUBA-B8 A/S mod DONG Energy Oil & Gas, og kendelse af 24. november 2015, GKV Brandmateriel ApS mod Sønderborg Kommune.

Selvom SUEZ' påstand 1 og 2 (ud over det erkendte) tages til følge, gør DOP tillige gældende, at der stadigvæk ikke foreligger årsagsforbindelse, da udbuddet blev lovligt afløst bl.a. som følge af, at der var foretaget grundlæggende ændringer i udbudsmaterialet efter dets offentliggørelse, og da DOP – hvis SUEZ havde været konditionsmæssige – i øvrigt også ville have været nødt til at afløse udbuddet som følge af forholdet relateret til OPEX-modellen. Forudsætningerne for OPEX-modellen var uklare. Uklarheden i udbudsmaterialet medførte, at de to tilbudsgiveres tilbud ikke kunne sammenlignes under den offentliggjorte evalueringsmodel.

Hvis ordregiveren lovligt har afløst et udbud, medfører det, at der ikke foreligger noget erstatningsrelevant tab (som følge af manglende årsagsforbindelse). Dette understreges af, at der aldrig er en kontraheringsforpligtigelse for en ordregiver i forlængelse af et afholdt udbud, således at et udbud altid kan afløses, uden der af den grund kan rettes et erstatningskrav mod den pågældende ordregiver. Eventuel vederlæggelse for tilbudsudarbejdelsesprocessen vil skulle følge direkte af udbudsmaterialet, jf. klagenævnets kendelse af 20. august 2007, Dansk Industri m.fl. mod Silkeborg Kommune. Uanset at DOP først afløste udbuddet efter klagesagens indledning, vil afløsningen på baggrund af ændringerne i sig selv afskære et erstatningskrav.

SUEZ – der (nu) selv påberåber sig ændringerne som værende ulovlige – valgte desuden at forblive i udbuddet og fortsætte tilbudsafgivelsen uanset ændringerne, herunder med løsningsforslag, der førte til tilbudssummer, der undervejs næsten blev forøget tre gange, herunder som følge af de forhold,

som DOP anerkender i forhold til den nedlagte påstand 2. Der var således ingen tvivl om, at SUEZ agtede at forblive – og rent faktisk blev – i udbuddet uanset ændringernes omfattende og grundlæggende karakter, og SUEZ afskæres derfor også på dette grundlag fra at kræve erstatning. SUEZ har under skriftvekslingen bekræftet, at de både var klar over den udbudsretlige konsekvens af ændringerne, herunder i forhold til lovligheden, og at SUEZ alligevel ønskede at deltage og fortsætte i processen som følge af egne, kommercielle forhold.

At SUEZ vidste, at der var foretaget grundlæggende ændringer i udbudsmaterialet, støttes af, at SUEZ allerede umiddelbart efter første tilbudsafgivelse også ændrede deres tilbud væsentligt, herunder også senere i løbet af udbudsprocessen.

Da SUEZ var bekendt med, at udbudsmaterialet ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, foreligger der af den grund heller ikke årsagsforbindelse. Det er fast klagenævnsspraksis, at en tilbudsgiver ikke kan opnå erstatning for afholdte omkostninger, der er relateret til udbudsretlige overtrædelser, som tilbudsgiveren kendte eller burde kende til, da der i så fald ikke foreligger den fornødne årsagsforbindelse, jf. blandt andet klagenævnets kendelse af 15. september 2016, SIM Lægekørsel mod Region Syddanmark, og kendelse af 21. maj 2014, Svenningsens Maskinforretning A/S mod Forsvarets Materieltjeneste.

Klagenævnets kendelse af 22. november 2001, Forlaget Magnus A/S mod Told- og Skatte-styrelsen, som SUEZ henviser til, er ikke længere udtryk for gældende praksis. Kendelsen vedrører en situation under det første tjenesteydelsesdirektiv.

Hvis SUEZ' tilbud ikke anses ukonditionsræssige, og der kan opnås erstatning efter det aflyste udbud, så er SUEZ i hvert tilfælde ikke berettiget til erstatning relateret til tilbudsudarbejdelsen efter den tid, hvor SUEZ kendte til de grundlæggende ændringer. Ændringen i forhold til tørstof, som DOP anerkender udgør en grundlæggende ændring, blev foretaget den 12. juli 2019, hvorfor SUEZ på denne baggrund i hvert tilfælde ikke kan opnå erstatning for udgifter vedrørende tilbudsafgivelsen efter denne dato.

Det har som anført ikke betydning for SUEZ' ret til erstatning, hvorvidt Krügers tilbud var ukonditionsmæssigt eller ej i det tilfælde, hvor DOP berettiget har anset SUEZ' tilbud for ukonditionsmæssigt.

#### *Ad adækvans*

Selvom klagenævnet måtte nå frem til, at der er et ansvarsgrundlag og årsagsforbindelse, foreligger der ikke adækvans. Det har ikke været påregneligt for DOP, at SUEZ ville lide et tab som følge af ændringerne i udbudsmaterialet, da SUEZ selv blev ved med at afgive nye forhandlingstilbud, selv om projektet på baggrund af de foretagne ændringer blev væsentlig dyrere i det endelige tilbud i forhold til det første forhandlingstilbud.

Det var heller ikke påregneligt for DOP, at SUEZ ville lide et tab, når DOP ikke havde en kontraheringsforpligtelse uanset udbuddets opstart, og således havde en udbudsretlig sikret ret til at aflyse udbuddet. En evt. adækvat betaling ville alene kunne følge af udbudsmaterialet i denne situation, herunder f.eks. via tilbudsvederlæggelse. En sådan forpligtelse foreligger ikke.

#### *Ad tabsopgørelsen*

DOP bestrider, at SUEZ' fremlagte bilag 20, der er en oversigt over tilbudsomkostninger, udgør dokumentation for det påståede tab, idet der alene er tale om en intern, efterfølgende udarbejdet oversigt, som på ingen måde er verificeret. SUEZ har både bevisbyrden for, at der er lidt et tab, og for at tabet er behørigt og sikkert dokumenteret, jf. f.eks. klagenævnets kendelse af 16. januar 2013, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune.

Der er desuden ikke overensstemmelse mellem oversigtens tal og de øvrige bilag. De interne omkostninger i "Total SUEZ Water A/S internal proposal cost" er i oversigten opgjort til [REDACTED] EUR (cirka [REDACTED] kr.), mens de interne omkostninger i SUEZ fremgår at være [REDACTED] kr. i projektposteringerne i bilag 21, der er en oversigt over SUEZ' posteringer på sagen.

Fakturaen til SUEZ dokumenterer desuden ikke, hvor stor en andel af fakturaen, som vedrører arbejdet netop med dette udbud. SUEZ har under skriftvekslingen erkendt, at der er tale om betaling for arbejde relateret til dette udbud og også til et andet udbud. Det kan ses ud af registreringerne, at [REDACTED] EUR angår udarbejdelsen af tilbud i relation til dette udbud, men de resterende [REDACTED] EUR, som SUEZ har opgjort i oversigten, fremgår

ikke andre steder end af denne oversigt. Det samme er tilfældet for de [REDACTED] EUR for "Travel costs DK office", som også kun fremgår af oversigten.

SUEZ' "interne" rejseomkostninger er tabsopgørelsen vedrørende denne sag uvedkommende. SUEZ har således haft rejseomkostninger i forbindelse med fysiske møder for gennemgang og kvalitetssikring af tilbuddene i henholdsvis Paris og Lissabon som følge af, at SUEZ' organisation er bygget op således, at afdelinger i Paris, Bilbao og Lissabon tilsyneladende har været involveret i tilbudsafgivningen. Sådanne omkostninger er ikke erstatningsretlige tab af relevans i denne sammenhæng, da omkostningen følger af SUEZ' organisation og ikke relaterer sig til tilbudsafgivelsen som sådan. Dette gælder både for rejseomkostninger for medarbejderne i SUEZ og medarbejderne i SUEZ International, herunder også omkostninger til forplejning m.v., som under alle omstændigheder er tilbudsafgivelsen uvedkommende. Det er i øvrigt helt usandsynligt, at sådanne rejser alene måtte være relateret til tilbudsafgivelsen i dette udbud. Derfor ville SUEZ med sikkerhed have afholdt disse omkostninger i anden anledning alligevel. Der er således ikke grundlag for tabet vedrørende rejseomkostninger på [REDACTED] kr. Det kan ikke udledes af bilagene, hvilke rejseomkostninger de enkelte medarbejdere i SUEZ International har haft.

Der er desuden ikke fremlagt nogen form for dokumentation i form af lønsedler, mails eller mødeindkaldelser m.v. for de påståede interne udgifter til medarbejdere, som angives at have arbejdet på tilbuddet. I forhold til timeregistreringer fra SUEZ International bemærkes, at det ikke heraf fremgår, hvilket arbejde der er blevet udført af de forskellige medarbejdere. Det er derfor ikke muligt at vurdere, om arbejdet overhovedet vedrører tilbudsudarbejdelsen, ligesom DOP ikke har mulighed for at vurdere, om omkostningerne udgør relevante tab i relation til udbuddet.

En "anslåelse" af Per Kröyers timeforbrug kan ikke anses for at udgøre dokumentation for et tab. Selv med korrektionen vedrørende Per Kröyer er der ikke overensstemmelse mellem oversigten over projektposteringerne for Suez og den samlede oversigt. I øvrigt fremgår én af de medarbejdere, som figurerer på den samlede oversigt, ikke med projektposteringer i projektposteringsoversigten.

Det bestrides, at der i erstatningsreglerne er hjemmel for at opgøre tabet således, at SUEZ' tilbudsomkostninger skal dækkes frem til det tidspunkt i udbudsprocessen, hvor den seneste ansvarspådragende fejl blev begået. Opgørelsen må i stedet foretages fra det tidspunkt, hvor SUEZ har eller burde have haft viden om, at der var fejl i udbuddet, hvilket er den tidligste overtrædelse. SUEZ' beslutning om at fortsætte i udbuddet afskærer dog alle krav relateret til tilbudsudarbejdelsen, også fra en tidligere tilbudsudarbejdelse, idet SUEZ – ved ikke positivt at udtræde af udbuddet eller i det mindste at tage forbehold for at rette et krav om erstatning for hidtidige tilbudsudarbejdelsesomkostninger – ved passivitet har afskåret sig fra at rette et krav.

SUEZ' betaling til en underleverandør for at lave laboratorietests af ozonbehandling på vand fra sitet er også denne sag uvedkommende. DOP tillod – efter forespørgsel fra SUEZ – at SUEZ kunne tage sådanne tests, men det indgik ikke som en del af udbudsmaterialet/-processen, at tilbudsgiverne skulle tage sådanne prøver for at designe deres anlæg. Det kan på denne baggrund ikke pålægges DOP at skulle betale for sådanne tests.

I tabsopgørelsen skal der sondres mellem omkostninger til tilbudsudarbejdelsen og omkostninger til udviklingen af rensningsanlægget. Det er kun tilbudsudarbejdelsesomkostninger, som kan anses for erstatningsretligt værnedede tab, mens dette ikke er tilfældet for omkostninger til udviklingen af anlægget. Dette gælder f.eks. for omkostningerne til at foretage test af vandet fra Lurgi-anlægget på et laboratorium i Schweiz, som SUEZ blev nødt til at foretage for at kunne udvikle og afgive en procesgaranti på deres anlæg. Sådanne omkostninger er denne sag uvedkommende og kan ikke pålægges DOP at betale under et krav om negativ kontraktsinteresse. Det bemærkes yderligere, at DOP ikke har mulighed for at vurdere, hvorvidt andre af SUEZ' påståede omkostninger reelt skal anses for at udgøre sådanne omkostninger til udviklingen af anlægget, da det ikke fremgår, hvilket arbejde der ligger bag de enkelte posteringer, og idet SUEZ ikke har dokumenteret tabet på anden vis. Disse forhold fører også til, at DOP skal frifindes fuldt ud, subsidiært udgøre en markant nedsættelse af kravet.

Klagenævnet udtaler:

### Ad påstand 1

En ordregiver har pligt til at afvise et tilbud som ukonditionsmæssigt, hvis tilbuddet indeholder forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Et grundlæggende element skal i denne sammenhæng forstås som et forbehold af en sådan karakter, at konkurrencen væsentlig fordrejes mellem tilbudsgiverne, hvis forbeholdet tillades.

#### *Ad anlæggets opetid på 95 %*

Ved bedømmelsen af, om et tilbud er ukonditionsmæssigt som følge af, at et mindstekrav ikke er overholdt, er det afgørende tilbuddets indhold sammenholdt med udbudsbetingelsernes mindstekrav, således som disse objektivt må forstås.

I Annex 1 – Employer’s requirements af 27. august 2019 var det som mindstekrav blandt andet fastsat, at “The new WWTP must meet an uptime of minimum 95% per month, which corresponds to a maximal monthly downtime of 1.5 day [ANN-M51]”.

I udbudsbetingelsernes pkt. 6 Reservations var følgende blandt andet fastsat:

”If the BAFOs cf. section 7.2 contains reservations to minimum requirements and/or fundamental parts of the tender documents and these reservations have not been agreed upon in preceding negotiations, the Contracting Entity is entitled as well as obliged to reject BAFO. Reservations in first or revised tenders will be discussed during the negotiation meeting, cf. Section 7.2.”

Medmindre andet er bestemt i udbudsbetingelserne, har en ordregiver som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af de oplysninger, som fremgår af et tilbud. Dette gælder også en tilbudsgivers bekræftelse af, at et mindstekrav er overholdt. Hvis det er tvivlsomt, om oplysninger fra en tilbudsgiver er korrekte, påhviler det imidlertid ordregiveren at foretage en effektiv kontrol af disse, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 82, stk. 4.

Det rensningsanlæg, som SUEZ tilbød, omfattede en recirkulationsløsning med opbevaring af overskydende slam i de resterende dele af anlæggets elementer parallelt med opbevaring i slamlagertanken. Parterne er enige om, at

denne proces med recirkulering og akkumulering af slamproduktion er usædvanlig.

SUEZ havde i sin tekniske tegning over den tilbudte løsning vedrørende rensningsanlægget vist en forbindelse fra slamlagertanken til dræntanken (og tilbage til buffertanken). Parterne er uenige om, hvorvidt røret mellem tankene er en "overløbssikring" og/eller et "procesrør" til sikring af den normale drift.

DOP har gjort gældende, at overløbet ikke fremstår som værende en del af det tilbudte design for normal drift, men alene kan læses som en sikkerhed for at undgå overfyldning og dermed risiko for forurening af det omkringliggende område, og at forbindelsen dermed er en miljøsikkerhedsanordning og ikke et procesrør. Til støtte herfor har DOP navnlig henvist til, at driftsformen med at recirkulere slam ikke er beskrevet et eneste sted i tilbuddet, at forbindelsen til buffertanken ikke er medtaget i PID-01, som er det diagram, der viser den del af anlægget, som vandet i givet fald skal recirkuleres til, at slamtanken er udstyret med alarmer, der nedlukker anlægget, når indholdet når op til et vist niveau, og som ville være formålsløse, hvis meningen er, at slamtanken hele tiden skal løbe fuld, således at overløbet kan bruges i den normale drift, at dræntanken ikke i øvrigt er nævnt under pkt. 7.1 Construction works, der ellers indeholder SUEZ' beskrivelse af opbygningen af anlægget, og hvor alle normale driftstanke i systemet nævnes, og at anlægget ikke vil kunne opfylde kravet om 95 % opetid, da kammerfilterpressen ubestridt stopper hver weekend.

SUEZ har erkendt, at den del af anlægget, som DOP har læst som en overløbssikring, både kan anvendes som en sikring mod overløb og til recirkulation, og at procesleddet tillige kan anvendes hertil. SUEZ har gjort gældende, at slamafvandingen er designet og tilbudt som en løsning, der kun skal driftes manuelt inden for normal arbejdstid på hverdage, og at 95 % driftstid er sikret på både hverdage og i weekender. Til støtte herfor har SUEZ henvist til navnlig, at det tilbudte anlæg sikrer, at den daglige slamproduktion til enhver tid recirkuleres internt i de perioder, hvor slamafvandingen er ude af drift, og at driften af anlægget dermed kan fortsætte, selv om anlægget ikke betjenes manuelt i weekenderne. Anlægget er designet som en kombineret løsning, der både kan anvendes til sikring mod overløb og til recirkulation af slam ved normal drift. I normal gennemsnitlig drift vil anlægget ikke producere slam mængder, der nødvendiggør drift med slamrecirkulering, og dette er grunden

til, at dette ikke er yderligere beskrevet i detaljer i tilbuddet, selvom det var muligt.

SUEZ havde i sit tilbud detaljeret beskrevet de forskellige processer og udstyr vedrørende driften af de forskellige processer. Processen med at sende slam tilbage i buffertanken, som en normal del af driften, var derimod ikke nærmere beskrevet i tilbuddet, hvilket ville have været nærliggende henset til løsningsbeskrivelsens usædvanlige karakter og kravet om opetid på 95 % sammenholdt med den manglende manuelle betjening af anlægget i weekenderne.

Risikoen for uklarheder eller ufuldstændigheder ved udformningen af tilbuddet, herunder at tilbuddet kan opfattes som indeholdende forbehold i forhold til opfyldelsen af et mindstekrav, påhviler SUEZ. DOP har efter de foreliggende oplysninger ikke været forpligtet til efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 4, at søge tilbuddet fra SUEZ suppleret eller præciseret.

Et tilbud skal vurderes på grundlag af sit indhold, og ifølge forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 82, stk. 4, skal ordregiveren foretage en effektiv kontrol af tilbudsgivernes oplysninger i tvivstilfælde. Hvorvidt ordregiveren beslutter at foretage en kontrol, har således et vist skønsmæssigt præg. Efter fast klagenævnspraksis kan klagenævnet alene tilsidesætte ordregiverens skøn, såfremt ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens skøn, eller har handlet usagligt. Dette må også gælde i forhold til kontrol af tilbudsgiverens opfyldelse af mindstekrav.

Klagenævnet finder, at tilbuddet fra SUEZ efter de foreliggende oplysninger indebar beskrivelser af opfyldelsen af mindstekravet til opetid på 95 %, der gav DOP grundlag for at antage, at det var tvivlsomt, om løsningen ville kunne overholde kravet om opetid på 95 %, da den daglige slamproduktions interne recirkulation i de perioder, hvor slamafvandingen var ude af drift, og som ikke var beskrevet nærmere, var en forudsætning for, at driften af anlægget kunne fortsætte, selv om anlægget ikke blev betjent manuelt i weekenderne.

Der er derfor ikke grundlag for at fastslå, at DOPs vurdering af SUEZ' tilbud åbenbart har overskredet den vide grænse for ordregiverens skøn, eller at DOP har handlet usagligt ved evalueringen af tilbuddene. Klagenævnet fin-



der derfor, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte DOPs skøn ved vurderingen af tilbuddet, ligesom klagenævnet ikke finder grundlag for, at DOP skulle iværksætte yderligere kontrol af oplysningerne i tilbuddet.

DOP var på denne baggrund berettiget til at afvise tilbuddet fra SUEZ som ukonditionsmæssigt som følge af, at det i hvert fald var uklart, om SUEZ' tilbud opfyldte mindstekravet om 95 % opetid.

#### *Ad specifikationer til vandindløbet*

I version 4 af Annex 1 – Employer's requirements af 27. august 2019 står der blandt andet:

##### “4. Design basis

The new WWTP receives pre-treated waste water from the Lurgi Plant (Lurgi waste water).

The key parameters of the Lurgi waste water outlet apply as inlet specification to the new treatment plant for waste water.”

Anlægget skulle designes med henblik på at kunne rense vand, som havde de specifikationer, der fremgik af udbudsmaterialet, hvilket var uafhængigt af, hvordan de aktuelle spildevandsspecifikationer måtte være.

SUEZ havde i sit tilbud under pkt. 13. Main Time Schedule blandt andet anført:

“As the time schedule is optimized to be able to deliver the contract to Employer the soonest, certain conditions must be respected:

- The Produced Water treated on the pilot plant must be in accordance with the quality described in the tender document for a period of min. 1 month from the Award of Contract to allow for the additional study of ozonation described in Section 4.2.”

SUEZ indsatte dermed et vilkår i sit tilbud om, at indløbskravene skulle være i overensstemmelse med kvaliteten specificeret i udbudsmaterialet for minimum en måned fra tildelingstidspunktet med henblik på at muliggøre gennemførelsen af yderligere tests vedrørende ozondelen, sådan som denne var nærmere beskrevet i afsnit 4.2.

SUEZ, der drev pilotprojektet, har under sagen anført, at de var bekendt med, at der kunne være problemer med at overholde specifikationerne af vandkvaliteten i udbudsmaterialet.

SUEZ, der indleverede sit endelige tilbud den 3. december 2019, blev ved mail af 29. november 2019 orienteret om, at vandkvaliteten ville være anderledes frem til Tyrafeltets idriftsættelse i midten af 2022.

Udbudsmaterialet gav ikke mulighed eller forudsætninger for, at vandindløbs specifikationer ville kunne være til stede allerede fra tildelingen, herunder med henblik på at teste de tilbudte løsninger under den videre projektering og udførelse, sådan som SUEZ forudsatte i sit tilbud.

En tilbudsgiver bærer risikoen for uklarheder i sit tilbud, og hvis et tilbud indeholder en tvetydig angivelse, der både kan forstås som et forbehold og ikke som et forbehold, må angivelsen anses for et forbehold.

Klagenævnet finder på denne baggrund, at SUEZ med det anførte har taget et forbehold, der relaterer sig til pris, design og tidsplan, da det fremstod som usikkert, hvad resultatet eller konsekvenserne af de yderligere undersøgelser i forhold hertil måtte blive, herunder såfremt specifikationerne på vandindløbet ikke var de samme, som anlægget skulle designes efter. Der findes ikke at være uklarheder i kravet, som kan føre til et andet resultat.

Det var derfor berettiget, at DOP afviste tilbuddet som ukonditionsmæssigt med henvisning hertil, da forbeholdet i forhold til tidsplan og pris må anses at vedrøre grundlæggende elementer, idet SUEZ ville kunne opnå en konkurrencemæssig fordel.

*Ad adgang til at foretage geotekniske undersøgelser umiddelbart efter kontrakttildeling*

I sit tilbud havde SUEZ under pkt. 13. Main Time Schedule endvidere anført følgende:

“As the time schedule is optimized to be able to deliver the contract to Employer the soonest, certain conditions must be respected:

...

- Contractor shall start engineering works and other preparation works for example but not limited to geotechnical investigation immediately after the contract award. In case the project is cancelled or changed Employer shall bear the direct cost Contractor has incurred.”

Vilkåret må anses for et forbehold i relation til tidsplanen, da denne på baggrund af det anførte forudsætter, at arbejdet med projekteringen kan påbegyndes umiddelbart efter tildelingen, hvilket på baggrund af reglerne om standstill ikke er muligt.

Der er ikke grundlag for at forstå vilkåret som et tilbud om at optimere tidsplanen, da det fremgår, at betingelserne skal være opfyldt, fordi tidsplanen allerede er optimeret.

Det kan ikke føre til et andet resultat, at DOP i genudbuddet af Lurgi-udvidelsen selv har iværksat de geotekniske undersøgelser, som SUEZ krævede adgang til umiddelbart efter kontrakttildeling.

Den omstændighed, at det fremgår af pkt. 3 i FIDIC Yellow - Form of Agreement and Appendix – Lurgi Expansion Projekt, at blandt andet Employer's Requirements og Contractor's Proposal skal læses og forstås som en del af kontrakten, kan efter indholdet af udbudsbetingelserne afsnit 4.1.2 Contractual Terms, ikke føre til, at det i forhold til kontraktvilkårene, var uklart, hvilke forbehold der var tilladt.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Under hensyn til klagenævnets resultat tager nævnet ikke tillige stilling til, om det yderligere udgør et forbehold, at DOP skulle betale for omkostninger afholdt umiddelbart efter kontrakttildeling.

#### Ad påstand 1 A (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet kan efter klagenævnslovens § 10, stk. 2, blandt andet afgøre en sag i realiteten helt eller delvist. Hvis klagenævnet behandler en sag delvist, tager nævnet ikke stilling til den øvrige del af klagen. Under hensyn til klagenævnets resultat vedrørende påstand 1 og 3, tager nævnet ikke stilling til påstand 1 A.

### Ad påstand 2

DOP ændrede under udbudsproceduren en række krav, og SUEZ har gjort gældende, at ændringerne for så vidt angår opetid, COD-niveau og indregning af 12 måneders drift og vedligeholdelse i tilbuddet udgør ændringer af grundlæggende elementer.

DOP har anerkendt, at DOP handlede i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at foretage grundlæggende ændringer af udbudsmaterialet i forhold til kravene til koncentration af tørstof. I øvrigt har DOP bestridt påstanden.

Under hensyn til klagenævnets resultat vedrørende påstand 1 og 3 tager klagenævnet ikke i øvrigt stilling til påstanden, der i det anerkendte omfang tages til følge.

### Ad påstand 3

Da SUEZ' tilbud var ukonditionsmæssigt og dermed ikke kunne føre til, at SUEZ blev tildelt kontrakten, er der ikke årsagssammenhæng mellem den overtrædelse af udbudsreglerne, der er konstateret ad påstand 2, og det tab, som SUEZ angiver at have lidt.

DOP frifindes derfor.

### Herefter bestemmes:

#### Ad påstand 1

Påstanden tages ikke til følge.

#### Ad påstand 1 A

Klagenævnet tager ikke stilling til påstanden.

#### Ad påstand 2

Danish Oil Pipe A/S har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at foretage ændringer af udbudsmaterialets grundlæggende krav til koncentration af tørstof efter offentliggørelsen deraf.

Klagenævnet tager i øvrigt ikke stilling til påstanden.

Ad påstand 3

Danish Oil Pipe A/S frifindes.

SUEZ Water A/S skal i sagsomkostninger til Danish Oil Pipe A/S betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Dorthe Hylleberg  
kontorfuldmægtig