

K E N D E L S E

Solid Energy A/S
(advokat Hans Jeppesen, Skjern)

mod

Ringkøbing-Skjern Forsyning A/S
(advokat Torkil Høg, København)

Klagenævnet har truffet afgørelse uden medvirken af sagkyndig, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 6.

Den 11. juni 2020 iværksatte Ringkøbing-Skjern Forsyning A/S en begrænset licitation uden prækvalifikation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren med senere ændringer) om etablering af en varmecentral. Varmecentralen skal forsyne et nyt Lalandia ved Ringkøbing Fjord med varme og skal have et 1.100 kW væske/væske varmepumpeanlæg, et 1,5 MW gaskedelanlæg og to 150 m³ akkumuleringstanke. Licitationen indeholdt desuden et ønske om en optionspris på et komplet anlæg indeholdende en 2,5 MW gaskedel i stedet for 1,5 MW.

Fem entreprenører blev indbudt til at afgive tilbud på opgaven, herunder Aktive Energi Anlæg A/S (herefter AEA).

Ved tilbudsfristens udløb den 21. august 2020 modtog Ringkøbing-Skjern Forsyning tilbud fra AEA indeholdende en løsning med et propanbaseret varmepumpeanlæg fra underleverandøren Solid Energy A/S (herefter Solid

Energy) og en løsning med et ammoniakbaseret varmepumpeanlæg fra underleverandøren Sabroe. Desuden indeholdt tilbuddet fra AEA tilbud på et 2,5 MW gaskedelanlæg for begge løsninger som option.

Den 16. oktober 2020 indgav Solid Energy klage til Klagenævnet for Udbud over Ringkøbing-Skjern Forsyning. Klagen har været behandlet skriftligt.

Solid Energy har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Forsyning har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at tildele kontrakten til AEA i henhold til et alternativt tilbud baseret på en varmepumpe fra Sabroe, selv om det pågældende tilbud ikke var konditionsmæssigt, 1) da det af udbudsmaterialets Bestemmelser om udbud og tilbud (BUT) pkt. 2.2 fremgår, at Ringkøbing-Skjern Forsyning ikke ville acceptere alternative tilbud, 2) da det alternative tilbud ikke blev afgivet inden for tilbudsfristen, og 3) da det alternative tilbud ikke blev afgivet på licitationens konkurrencegrundlag, som var en 1,5 MW gaskedel med en optionspris på en gaskedel på 2,5 MW.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Forsyning har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at tildele kontrakten til AEA i henhold til et alternativt tilbud baseret på en varmepumpe fra Sabroe, da beslutningen om tildeling af kontrakten var behæftet med fejl/var åbenbart forkert, idet det i evalueringen af tilbuddene var anført, at tilbuddet fra AEA baseret på en varmepumpe fra Solid Energy ikke indeholdt en løsningsbeskrivelse, hvilket var åbenbart forkert.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere Ringkøbing-Skjern Forsynings beslutning af 3. september 2020 om at tildele kontrakten til AEA baseret på en varmepumpe fra Sabroe.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal pålægge Ringkøbing-Skjern Forsyning at betale en erstatning på 1,2 mio. kr. eller et mindre beløb efter klagenævnets skøn til

Solid Energy for overtrædelse af licitationsreglerne.

Ringkøbing-Skjern Forsyning har nedlagt påstand om afvisning, subsidiært frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 4, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1-3. Denne kendelse tager dog alene stilling til Ringkøbing-Skjern Forsynings afvisningspåstand.

Sagens nærmere omstændigheder

Af Betingelser for Udbud og Tilbud fremgår bl.a. følgende:

”2 Bestemmelser om udbud og tilbud

2.1 Generelt

Kontrakten udføres som Totalentreprise.

Kontrakten tildeles det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

2.2 Alternative tilbud

Der accepteres ikke alternative tilbud

2.3 Udbud

...

2.3.2 Grundlag

Nedenstående dokumenter danner grundlag for tilbuddet i den anførte rangorden:

- 1) Eventuelle rettelsesblade, der udsendes i udbudsperioden
- 2) Tilbudsliste (TBL), dateret 11. juni 2020
- 3) Særlige Betingelser (SB) baseret på ABT18, dateret 11. juni 2020
- 4) Særlige Arbejdsbeskrivelser (SAB), dateret 11. juni 2020
- 5) Sidste udgave af Danske og Europæiske Stander (DS/EN) og normer (DIF) inkl. vejledninger (ikke vedlagt, men forudsættes bekendt af de bydende)

2.4 Tilbud

Der afgives pris på basis af ovennævnte udbudsgrundlag, indeholdende option vedrørende kedelstørrelsen. Entreprisen udbydes efter faste priser.

Det forventes at entreprenøren besigtiger det aktuelle område på egen hånd inden prisafgivelse, hvis det er nødvendigt for prisafgivelse. Tilbud skal afgives i danske kroner, ekskl. moms.

Det samlede tilbud, der afleveres, skal indeholde følgende dokumenter:

- Udfyldte tilbudslister, både vedrørende basistilbud og option.
- Beskrivelse af tidsplan og det tilbudte udstyr, komponenter og anlægsdele, jf. underkriteriet "Løsningsbeskrivelse" samt SAB. Entreprenøren skal i tidsplanen tage hensyn til at der normalt ikke må arbejdes på søn- og helligdage og kun undtagelsesvis på lørdage.

...

2.5 Tildelingskriterier

Som tildelingskriterie anvendes det økonomisk mest fordelagtige tilbud med nedenstående underkriterier:

Kriterie	Vægtning
Omkostninger:	60 %
Løsningsbeskrivelse:	40 %

...

2.5.2 Løsningsbeskrivelse

Tilbuddet skal som minimum indeholde en løsningsbeskrivelse med følgende:

- En tids- og aktivitetsplan indeholdende som minimum leverancer på pladsen, installation og indkøring og afleveringsdato
- Virkningsgrader for anlægget, herunder særskilt for varmepumpe og gaskedel
- Beskrivelse af entreprenørens projektstyrings- og kvalitetssikringssystem

Der lægges vægt på:

- En løsningsbeskrivelse og tidsplan der sandsynliggør en effektiv løsning af opgaven
- Procedurer og retningslinjer for koordinering med bygherre der afspejler og sikrer smidig koordination af opgaveløsningen
- Høje virkningsgrader også ved dellast på gaskedel
- Testprocedurer for eftervisning af garantidata
- Sandsynliggøre en effektiv projektstyring

...

3 Tidsplan

Den overordnede tidsplan for entreprisen ser ud som følger:

Frist for spørgsmål til udbudsmaterialet:	25. juni 2020
Svar på spørgsmål:	30. juni 2020
Tilbudsafgivelse: [senere ændret]	7. juli 2020
Forudsat forhandlingsperiode	15. juli - 21. juli 2020
Kontrakt:	30. juli 2020
Opstart installation:	1. februar 2021
Indkøring	1. maj 2021
Aflevering:	1. juni 2021

”

Af Særlige Arbejdsbeskrivelser fremgår bl.a. følgende:

”2.2 Kvalitetssikring og inspektion

Entreprenøren skal udarbejde en kvalitetsplan for entreprisens gennemførelse. Planen skal fremsendes til bygherrens godkendelse umiddelbart efter aftaleindgåelse.

Kvalitetsplanen skal som minimum indeholde:

- Introduktion
- Målsætning og politik
- Organisation og ansvar, herunder underleverandører
- ...

Af AEA's tilbud fremgår bl.a. følgende:

”6. Option

I hovedtilbuddet har vi valgt at tilbyde en varmepumpeløsning baseret på Propan, som kølemiddel på grund af en høj virkningsgrad. Som en option kan vi også tilbyde en løsning baseret på ammoniak, hvilket er beskrevet under faneblad 3.

...

9. Samarbejdspartnere

I kraft af vores indgående kendskab til vores samarbejdspartnere i forbindelse med gennemførelse af mange projekter, kan vi sikre bygherre, at medarbejdere med de rette kompetencer inddrages på rette tidspunkt i alle projektets faser.

Til levering af de el-drevne varmepumper, har vi valgt Solid Energy A/S.

...”

Sweco, der var Ringkøbing-Skjern Forsynings rådgiver, udarbejdede den 2. september 2020 et evalueringsnotat. Det fremgår af notatet, at AEA afgav to tilbud – et med en varmepumpe baseret på kølemidlet propan fra Solid Energy og et med ammoniak som kølemiddel fra Sabroe:

”...

1. Formål

Der er for udbud af etablering af varmecentral i Søndervig for Ringkøbing-Skjern Forsyning modtaget indledende tilbud fra AEA med varmepumpe for Solid Energy samt alternativt tilbud fra AEA med varmepumpe fra Sabro. Begge tilbud med option på 2,5 MW gaskedel.

AEA's indledende tilbud baseret på varmepumpen fra Solid Energy med en samlet tilbudssum på 9.521.000 kr. inkl. 1,5 MW gaskedel med en optionspris på 187.000 kr.

AEA's alternative tilbud baseret på varmepumpen fra Sabroe med en samlet tilbudssum på 10.150.000 kr. inkl. option på 2,5 MW.

Nærværende notat har til formål at opgøre de evalueringstekniske omkostninger for de tilbudte løsninger iht. udbudsmaterialets BUT pkt. 2.5.1 samt evaluering af øvrige kriterier.

...”

Tilbuddet fra AEA med varmepumpen fra Solid Energy indeholdt den laveste pris, men det er i evalueringsnotatet anført, at tilbuddet ikke indeholdt en løsningsbeskrivelse, og det fik derfor karakteren 0 i forhold til dette underkriterium. Tilbuddet fra AEA med varmepumpen fra Sabroe, der i notatet er benævnt ”alternativt tilbud”, fik karakteren 3 i forhold til underkriteriet ”Løsningsbeskrivelse”. Af notatets pkt. 5 og 6 fremgår:

”5. Samlet vurdering

Samlet vurdering af hhv. indledende og alternativt tilbud fremgår af nedenstående tabel.

	Indledende tilbud (Solid Energy)	Alternativt tilbud (Sabroe)
Evalueringsomkostning over 15 år	41.134.447	42.731.373
Point	10	9
Vægtning	60 %	60 %
Løsningsbeskrivelse	0	3
Vægtning	40 %	40 %
Samlet vurdering	6,00	6,62

6. Yderligere bemærkninger

Ud over pointgivende evaluering er der gjort en række yderligere bemærkninger til de modtagne tilbud.

AEA har ikke fremsendt nogle tidligere specifikke referencer på entrepriser med anlæg fra Solid Energy. Alle AEA's specifikke referencer indeholder entrepriser baseret på anlæg fra Sabroe/Johnson Controls.

Den tekniske beskrivelse for det indledende tilbud var meget vag hvad angår specifikation, opbygning og funktion af varmepumpeløsningen.”

Parternes anbringender i forhold til afvisningspåstanden

Ringkøbing-Skjern Forsyning har gjort gældende, at Solid Energy efter klagenævnets faste praksis ikke har den nødvendige retlige interesse i at klage efter lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, nr. 1, idet Solid Energy er en blandt flere potentielle underleverandører til AEA og hverken fremstår som ”fast” eller nødvendig for, at AEA kunne opfylde kontraktens forpligtelser.

Det følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, nr. 1, at en klage kan indgives af enhver med retlig interesse heri. Uanset at begrebet ”retlig interesse” ikke skal forstås snævert, kræves det efter klagenævnets praksis, at der skal foreligge en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om udbudsreglerne er tilsidesat, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 28. april 2014, Henning Larsen Architects A/S mod Region Syddanmark.

Klagenævnet har i flere sager behandlet spørgsmålet om underleverandørers retlige interesse, og det klare udgangspunkt er, at potentielle underleverandører ikke har tilstrækkelig retlig interesse i at klage. Der lægges i den for-

bindelse vægt på, om underleverandøren er angivet som ”fast” underleverandør i tilbuddet, eller om underleverandørens tilstedeværelse er nødvendig for, at tilbudsgiveren kan levere ydelserne, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 29. april 2014, Scandinavian Air Ambulance Holding AB og Scandinavian MediCopter AB mod Region Midtjylland.

Der var ikke i Ringkøbing-Skjern Forsynings udbudsmateriale stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle oplyse, hvilken underleverandør de ville anvende ved kontraktens opfyldelse, og udbudsmaterialet forhindrede ikke tilbudsgiverne i at skifte underleverandør eller introducere nye underleverandører, heller ikke i forbindelse med udbudsprocessen, der var forudsat at indeholde en forhandlingsrunde.

En angivelse i et tilbud om, at kontrakten agtes opfyldt med en bestemt underleverandørs produkt, medfører ikke, at underleverandøren har en så konkret og direkte interesse i at opnå klagenævnets stilling til udbuddet, at selskabet er klageberettiget, jf. klagenævnets kendelse af 20. februar 2015, Michael Wulff A/S og Philips Danmark A/S mod Rebild Kommune.

Det forhold, at AEA i sit indledende tilbud af 21. august 2020 tilbød to forskellige varmpumpeløsninger, viser yderligere, at Solid Energy hverken kunne anses for at være ”fast” underleverandør eller nødvendig for, at kontrakten kunne opfyldes. Solid Energy har desuden ikke taget skridt til at indgå en eksklusiv underleverandøraftale med AEA eller på anden måde sikre, at Solid Energy fremstod som ”fast” underleverandør i tilbuddet. Ved ikke at sikre dette har Solid Energy løbet den normale kommercielle og retlige risiko ved at være underleverandør og afgive tilbud sammen med en anden virksomhed.

Solid Energys tilknytning til licitationen må således alene have været, at Solid Energy ”afgav tilbud” til AEA, og det er ikke tilstrækkeligt til at opnå klageberettigelse.

Solid Energy kan heller ikke blive klageberettiget ud fra et synspunkt om, at Solid Energy var potentiel tilbudsgiver, idet Ringkøbing-Skjern Forsyning gennemførte en ”indbudt” licitation. Der var således ikke mulighed for at anmode om deltagelse, og Solid Energy var ikke ”inviteret” til at afgive tilbud.

Solid Energy har gjort gældende, at Solid Energy er klageberettiget, jf. lov

om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, nr. 1.

Efter lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, nr. 1, kan klage til klagenævnet indgives af enhver, der har en retlig interesse heri, og bestemmelsen skal efter klagenævnets praksis ikke fortolkes snævert. Efter bestemmelsen er virksomheder og enkeltpersoner klageberettigede, hvis de har en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om udbudsreglerne er tilsidesat. Det skal som minimum være muligt for virksomheder eller personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.

AEA har i sit tilbud klart og tydeligt under samarbejdspartnere angivet, at virksomheden har valgt Solid Energy som fast underleverandør.

Solid Energys tilbud til AEA er grundlaget for AEA's tilbud til Ringkøbing-Skjern Forsyning. Solid Energy er således ikke en potentiel underleverandør, men en underleverandør, som er valgt på forhånd, og dermed i det konkrete tilbud en fast underleverandør til AEA. Solid Energy har derfor en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om reglerne er tilsidesat.

Solid Energys klageadgang er ikke bortfaldet, idet AEA ikke har valgt at trække sig som tilbudsgiver fra udbudsprocessen, men derimod uberettiget har valgt en anden underleverandør på grund af Ringkøbing-Skjern Forsynings tilsidesættelse af udbudsreglerne, jf. klagenævnets kendelsen af 26. januar 2018, Icomera AB mod DAB.

Klagenævnet udtaler:

Det fremgår ikke af Ringkøbing-Skjern Forsynings udbudsmateriale, at tilbudsgiverne havde en pligt til at anføre, hvilke underleverandører de ville anvende, eller hvad konsekvensen af at udskifte en underleverandør i givet fald ville være. Det fremgår alene af de Særlige Arbejdsbeskrivelser pkt. 2.2, at tilbudsgiveren i kvalitetsplanen skulle anføre underleverandører. Kvalitetsplanen skulle godkendes umiddelbart efter aftaleindgåelse.

Af AEA's tilbud fremgår, at virksomheden ville anvende Solid Energy til at levere de el-drevne varmepumper. Der er ikke fremlagt dokumentation for,

at AEA og Solid Energy havde indgået en eksklusiv aftale om, at Solid Energy var fast underleverandør af varmepumperne.

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

Ringkøbing-Skjern Forsynings indhentning af tilbud på at etablere en varme-central i Søndervig blev gennemført som en begrænset/indbudt licitation uden forudgående prækvalifikation efter tilbudslovens § 6, stk. 3. Solid Energy var ikke indbudt til at byde på opgaven, og virksomheden havde herefter ikke selv mulighed for at byde på opgaven. Solid Energy kan dermed ikke anses for at være potentiel tilbudsgiver. Da der ikke er fremlagt dokumentation for, at Solid Energy i øvrigt har indgået en eksklusiv aftale med AEA om, at virksomheden er fast underleverandør til at levere de el-drevne varmepumper, må Solid Energy anses for at være en potentiel underleverandør.

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

Klagenævnet tager derfor Ringkøbing-Skjern Forsynings afvisningspåstand til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises.

Solid Energy A/S skal inden 14 dage efter modtagelse af denne kendelse betale 5.000 kr. i sagsomkostninger til Ringkøbing-Skjern Forsyning A/S.

Klagegebyret betales tilbage.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent