

K E N D E L S E

Vand og Teknik A/S
(advokat Ole Møller Jespersen, Horsens)

mod

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

Den 14. september 2012 iværksatte indklagede, Ringkøbing-Skjern Vand A/S, en begrænset licitation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter) vedrørende entreprisen Lambæk Vandværk. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 14. september 2012 til følgende udpegede ansøgere:

1. Fr. Dahlgaard A/S
2. Kemic Vandrens A/S
3. Krüger A/S
4. Vand og Teknik A/S (klageren)
5. Silhorko A/S

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 16. oktober 2012 havde Fr. Dahlgaard A/S, Kemic Vandrens A/S, Krüger A/S og klageren afgivet tilbud. Den 13. december 2012 besluttede indklagede at indlede afsluttende

kontraktforhandlinger med Kemic Vandrens A/S, og kontrakt blev herefter indgået senere i december 2012.

Den 5. juli 2013 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 11 ved at indlede forhandlinger med tre tilbudsgivere, uagtet at indklagede i udbudsbetingelsernes punkt 5.1.5 havde givet afkald på at forhandle med mere end én tilbudsgiver.

Påstand 2

Klagenævnet skal pålægge indklagede at udrede erstatning til klageren som følge af den i påstand 1 konstaterede overtrædelse af tilbudsloven, principielt efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse, subsidiært efter reglerne om negativ kontraktsinteresse.

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

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 2, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelserne af 14. september 2012 står blandt andet følgende:

»1 Orientering

...

1.3 Bygherre organisation

Bygherre:

Ringkøbing-Skjern Forsyning A/S

...

Rådgiver:

ALECTIA A/S

...

5 Tilbuds- og afregningsgrundlag (TAG)

5.1 Vilkår for deltagelse

...

5.1.5 Tilbudsbedømmelse

Alle konditionsmæssige tilbud vil blive bedømt af et bedømmelsesudvalg med repræsentanter for Bygherren og dennes rådgiver. Ordren tildeles det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Bedømmelsesudvalget vil udpege det for Bygherren økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af en samlet bedømmelse og vurdering af tilbudsprojekt, anlægspris og drift.

Tildelingskriterier:

- Anlægspris og forbehold (50 %).
- Anlæggets disponering, funktionalitet, fleksibilitet og tilgængelighed (25 %).
- Kvaliteten af installationer, komponenter mv. (15 %).
- Driftsomkostninger og driftsforhold (10 %).

Når bedømmelsesudvalget har truffet sin afgørelse, udfærdiges en betænkning, der redegør for bedømmelsens afvikling og motivering af vindertilbuddet.

På grundlag heraf gennemføres forhandling med én af tilbudsgiverne med henblik på indgåelse af entrepriseaftale.«

Indklagede afholdt den 6. november 2012 tilbudspræsentation og teknisk afklarende møder med de tre tilbudsgivere, hvis tilbud på daværende tidspunkt var vurderet konditionsmæssige. Indklagede har oplyst, at Alecia A/S herefter »foretog en indledende og overordnet gennemgang af de indkomne tilbud«, men at der ikke blev udarbejdet eller foretaget en decideret tilbudsevaluering. Af sammenstillingen af indklagedes »indledende og overordnede gennemgang af de indkomne tilbud« fremgår blandt andet:

»

Post nr.	Betegnelse	Pris ekskl. moms				
		Dahlgaard	Kemic	Krüger	Vand og Teknik Kompressor	Vand og Teknik Rent ilt
1	Detailprojekt					
...						
9	Indkøring					
I alt		15.264.000	17.620.000	18.531.958	17.112.000	17.410.760
	Prisforskel		2.356.000	3.267.958	1.848.000	2.146.760
9	Timeløn arbejdsmand					
...						
11	Timeløn montør/el Sum stipulerede ydelser					

		15.414.000	17.768.000	18.658.750	17.234.000	17.532.760
Point pris		117,39%	104,77%	100	107,64%	106,03%
...						
Forbehold		Se tillægsbrev	Ingen	Ingen	Ingen	Ingen

«

Den 9. november 2012 skrev Alectia A/S følgende til tilbudsgiverne:

»...

Der gennemføres en evaluering af de indkomne tilbud iht. de anførte tildelingskriterier samt vægtningen heraf. Det er indledningsvist vurderet, om de enkelte tilbud er konditionsmæssige.

Ét tilbud er ikke vurderet konditionsmæssigt og er således ikke bedømt iht. de anførte tildelingskriterier. Vurderingen af de øvrige tilbud viser, at disse ligger meget tæt.

Bygherren har derfor besluttet, at udnytte den ret man har jf. tilbudslovens § 11 til at indlede forhandling med de tre tilbudsgivere, der har afleveret de økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Herefter vil bedømmelsesudvalget udpege det for bygherren mest fordelagtige tilbud og på grundlag heraf gennemføre forhandling med én af tilbudsgiverne med henblik på indgåelse af entrepriseaftale.

De indbydes hermed til forhandlingsmøde. Der afholdes et møde med hvert af de tre firmaer, hvor der vil være mulighed for at gennemgå firmaets tilbud. ...

...

Der er afsat følgende tidspunkter til forhandling:

- Torsdag d. 15. Nov. 2012 ... Kemic A/S
- Torsdag d. 15. Nov. 2012 ... Krüger A/S
- Torsdag d. 15. Nov. 2012 ... Vand og Teknik A/S

...

Dagsorden for forhandlingen vil være:

1. Indledning
2. Spørgsmål fra bygherren
3. Spørgsmål fra Entreprenøren – bemærk, der åbnes ikke op for alternative tilbud (udbudsbetingelserne er gældende)
4. Revideret tilbud – tidsplan for fremsendelse af revideret tilbud. Eventuelle reviderede priser skal ikke oplyses på mødet.
5. Eventuelt

Efter forhandling vil der blive udsendt enslydende information til de tre tilbudsgivere, som herefter kan fremsende revideret tilbud. Det er byg-

herrens forventning, at det reviderede tilbud omhandler de punkter, der drøftes på forhandlingsmødet.

Det reviderede tilbud skal udelukkende omhandle de ændringer, der er i forhold til det oprindelige tilbud, således at disse er tydeligt anført.«

På baggrund af de gennemførte forhandlinger afgav klageren et revideret tilbud den 26. november 2012.

Den 29. november 2012 kontaktede klageren Alectia A/S angående tilbuds-evalueringen. Alectia A/S oplyste i den forbindelse klageren om, at der ville blive afholdt afsluttende forhandlinger med Kemic Vandrens A/S, hvilket klageren protesterede imod, idet klageren også ønskede en ny forhandlingsrunde. Den 30. november 2012 meddelte indklagede klageren, at indklagede fastholdt beslutningen om at afholde afsluttende forhandlinger med Kemic Vandrens A/S. Klageren skrev herefter samme dato følgende til indklagede:

»...

Det er med stor undren at jeg må konstatere at vi ikke har fået chancen for at forhandle om projektet Lambæk vandværk i den 3. fase.

Vi synes det er overordentligt urimeligt at tilbudsprocessen under vejs er blevet ændret så meget som tilfældet er. Vi kunne jo konstatere at da Dalgård blev dømt ukonditionsræssig var der ikke tvivl om hvem der så havde afgivet det billigste bud.

Opklarende møde blev afholdt, og fair nok, uden der at have muligheder for at ændre prisen.

Efterfølgende blev det så pludselig et forhandlingsmøde, og så kunne alle komme med revideret tilbud efterfølgende.

Vi mener dette er en meget uretfærdig fremgangsmåde, og total mangel på respekt for det meget store arbejde vi har lagt i at udarbejde et godt tilbud, idet de to andre bydende som jeg også sagde til dig Niels i telefonen nu blot kunne jage vores pris, da de godt var klar over at de skulle under den pris med det reviderede tilbud for at kunne opnå topkarakterer ved bedømmelsen.

Vi mener derfor at det bør være helt naturligt, og meget rimeligt hvis vi også i denne tredjerunde fik et forhandlingsmøde.

Vi var naturligvis overbevist om at med billigste pris ved licitationen måtte vi få mulighed for en forhandling.

Vi stiller spørgsmålstegn ved om de udbudsretlige regler er overholdt, da der ikke var lagt op til denne forhandlingsform i udbudsmaterialet. hvor en evaluering og point-givning på baggrund af de afleverede tilbud måtte anses for værende naturlige. Så havde der været respekt om forløbet.

...«

Hertil svarede indklagede den 4. december 2012 blandt andet følgende:

»Forløbet har været som følger:

1. Udbud i totalentreprise til 5 firmaer
2. Tilbudsgivning fra 4 firmaer
3. Evaluering af om de indkomne tilbud var konditionsmæssig – et tilbud blev erklæret ikke konditionsmæssigt
4. I forbindelse med tilbudsevalueringen stod det klart at de tre indkommende tilbud var meget ens i pris under hensyntagen til kvalitet. Bygherren ønskede derfor at gøre brug af sin ret jf. tilbudsloven til at forhandle med de 3 økonomisk mest fordelagtige med henblik på at fastlægge hvilket tilbud, der var det økonomisk mest fordelagtige.
5. Forhandling med de 3 mest fordelagtige.
6. Revideret tilbud fra de 3 bydende.
7. Evaluering af tilbud ud fra den aftalte evalueringsmodel. Herefter udpegning og anbefaling af økonomisk mest fordelagtige bydende, med henblik på at indgå entrepriseaftale.
8. Pt. pågår forhandling med den tilbudsgiver, der har afgivet det for bygherren økonomisk mest fordelagtige tilbud og der udarbejdes betænkning, som redegør for valg af økonomisk mest fordelagtige tilbud, og hermed den entreprenør, der skal indledes kontraktforhandling med.

På baggrund af ovenstående har vi fulgt reglerne mht. at finde frem til det økonomisk mest fordelagtige tilbud og herunder de forhandlinger, som var en del af denne proces, hvor alle skal behandles ens. Reglerne er også fulgt, når vi efter udpegning af økonomisk mest fordelagtige tilbud kun forhandler entrepriseaftale med økonomisk mest fordelagtige tilbudsgiver, hvilket vi også anfører i vores udbudsmateriale.

Det er korrekt, at det i udbudsdokumentet ikke fremgår, at vi vil forhandle med de 3 økonomisk mest fordelagtige, men vi har heller ikke i udbudsbetingelserne givet afkald herpå. Bygherren er således i sin ret til jf. tilbudsloven (som jf. udbuddet er gældende for projektet) at ønske

disse forhandlinger, som grundlag for udvælgelse af økonomisk mest fordelagtige tilbud.«

Ved brev af 13. december 2012 meddelte Alectia A/S tilbudsgiverne »den samlede bedømmelse af de modtagne tilbud«. I brevet står blandt andet følgende:

»Der er modtaget tilbud fra Fr. Dahlgaard A/S, Kemic Vandrens A/S, Krüger A/S og Vand og Teknik A/S. Udover de fire bydende blev udbudsmaterialet også tilsendt Silhorko A/S. Silhorko har den 12. oktober meddelt, at de ikke byder på opgaven.

Det er indledningsvist vurderet om tilbuddene er konditionsmæssige og herunder om tilbuddet er vedlagt de krævede oplysninger jf. udbudsmaterialets pkt. 5.2 Herefter er der foretaget en tilbudsbedømmelse iht. tildelingskriterierne anført i udbudsmaterialet (afsnit 5.1.5), med henblik på at udpege de 3 økonomisk mest fordelagtige tilbud, som der efterfølgende har været forhandling med. Tilbuddet fra Fr. Dahlgaard A/S er vurderet ikke konditionsmæssigt og dette tilbud har derfor ikke indgået i evalueringen. De 3 økonomisk mest fordelagtige tilbudsgivere har fremsendt revideret tilbud. Der er på baggrund heraf foretaget en tilbudsbedømmelse iht. tildelingskriterierne anført i udbudsmaterialet (afsnit 5.1.5), hvorefter det økonomisk mest fordelagtige tilbud er fastlagt. I vedlagte skema kan de bydende se egen bedømmelse samt samlet bedømmelse for de øvrige bydende.

...

På baggrund af vurderingen er det som udmeldt besluttet at indlede kontraktforhandling med Kemic Vandrens A/S.

Det kan oplyses, at der er modtaget 3 særdeles gode tilbud, som alle har stærke kvaliteter. Det vindende tilbud er karakteriseret ved, at være billigst, mens det vindende tilbud mht. nogle af de øvrige tildelingskriterier er bedømt marginalt lavere end de øvrige bydende.«

Af det vedlagte skema fremgår blandt andet følgende:

»Tilbuddets bedømmelse

Nr.	Beskrivelse	Kemic Vandrens A/S	Krüger A/S	Vand og Teknik A/S
	Anlægs pris og forbehold 50 %			
1	Pris	17.351.000,-	17.742.000,-	17.550.058,-
2	Forbehold Overskridelse af tidsplan som følge af procesmæssig indkøring er ikke prissat – da dette er ens for de bydende	0,-	0,-	0,-

#	Point	102,20	100,00	101,08
---	-------	--------	--------	--------

Nr.	Beskrivelse	Kemic Vand-rens A/S	Krüger A/S	Vand og Tek-nik A/S
Nr.	Samlet vurdering			
1	Anlægs pris og forbehold 50 %	102,20	100,00	101,08
2	Anlæggets disponering, funktionalitet, fleksibilitet og tilgængelighed 25 %	100,00	100,00	100,00
3	Kvaliteten af installation og komponenter mv. 15 %	100,00	102,00	102,00
4	Driftsomkostninger og driftsforhold. 10 %	100,00	101,00	101,00
#	Samlet point (Vægtet)	101,10	100,40	100,94

«

Ved brev af 7. februar 2013 gjorde klageren indsigelser mod den gennemførte licitation og anførte i den forbindelse, at klageren havde »afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud blandt de konditionsmæssige tilbud«, og at »bygherrens repræsentant via udbudsmaterialet [havde] givet afkald på at forhandle med 3 tilbudsgivere eller færre, idet man har forpligtet sig til alene at forhandle med én, nemlig den der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Ved brev af 25. februar 2013 afviste indklagede klagerens indsigelser.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klageren afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at indklagede ifølge licitationsbetingelserne derfor kun måtte forhandle med klageren. Indklagede havde således afskåret sig fra at forhandle med en kreds af tilbudsgivere. Den anvendte fremgangsmåde, hvorved indklagede tilsyneladende undlod at foretage en vurdering af de først modtagne tilbud efter de fastsatte kriterier, udgør en overtrædelse af tilbudslovens regler, ligesom fremgangsmåden, hvorved der er gennemført forhandling med flere tilbudsgivere, er i strid med tilbudslovens § 11. Det skal ikke tillægges betydning, at klageren ikke udtrykkeligt i forbindelse med mødet den 15. november 2012 tog afstand fra dette mødes afholdelse, idet klageren netop som den, der havde afgivet det laveste tilbud, havde en forventning om, at man som den eneste skulle forhandle med indklagede.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med tilbudslovens § 11 eller i øvrigt fulgt en uberettiget proces ved at forhandle med tre tilbudsgivere. Der er ikke i licitationsbetingelserne indeholdt et udtrykkeligt afkald på indklagedes ret til efter tilbudslovens § 11 at forhandle med tre tilbudsgivere. Indklagede har gennem hele forløbet givet tilbudsgiverne klar og gennemsigtig information om de påtænkte skridt i forhold til forhandlingsprocessen. Klageren har ved at deltage i mødet den 15. november 2012 accepteret den fremgangsmåde, som indklagede havde valgt. Dette understøttes af, at klageren efter mødet valgte at sende et revideret tilbud. Selv hvis det blev lagt til grund, at licitationsbetingelserne indeholdt et afkald på at forhandle med tre tilbudsgivere, havde indklagede med alle tilbudsgiveres de facto tilslutning ret til at ændre processen som sket. Klagerens henvendelse af 30. november 2012 viser, at klageren ikke på tidspunktet for henvendelsen kan have været af den opfattelse, at selskabets oprindelige tilbud var det økonomisk mest fordelagtige, da klageren i givet fald ville have anført dette ved at påberåbe sig en ret til som den eneste at indgå i forhandlinger med indklagede i stedet for at anmode om et nyt forhandlingsmøde.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Tilbudslovens § 11, stk. 1, lyder:

»Når kriteriet for tildeling af ordren er det økonomisk mest fordelagtige bud, kan udbyderen forhandle med tre tilbudsgivere eller færre, som ved licitationen har afgivet de økonomisk mest fordelagtige tilbud bedømt ud fra de vægtede eller prioriterede underkriterier, medmindre der i udbudsbetingelserne er givet afkald herpå«.

I udbudsbetingelsernes punkt 5.1.5 anføres:

»...

Når bedømmelsesudvalget har truffet sin afgørelse, udfærdiges en betænkning, der redegør for bedømmelsens afvikling og motivering af vindertilbuddet.

På grundlag heraf gennemføres forhandling med én af tilbudsgiverne med henblik på indgåelse af entrepriseaftale.«

Dette må forstås som et afkald på forhandling med tre tilbudsgivere efter tilbudslovens § 11, stk. 1.

Det bemærkes, at det af forarbejderne til tilbudslovens § 11, stk. 1, fremgår, at en ordregiver »ikke efterfølgende [kan] ændre en sådan tilkendegivelse«, hvorfor indklagede selv ikke med en eventuel »de facto tilslutning« fra tilbudsgiverne ville være berettiget til at tilbagekalde afkaldet på at forhandle med »tre tilbudsgivere eller færre«.

Det fremgår af brev af 9. november 2012 og e-mail af 4. december 2012 fra Alecia A/S, at indklagede efter tilbudspræsentationen og de teknisk afklarende møder den 6. november 2012 foretog en evaluering af de indkomne tilbud i henhold til tildelingskriteriet »det økonomiske mest fordelagtige bud« med de vægtede underkriterier (udbudsbetingelsernes punkt 5.1.5). Indklagede har således ved herefter at indkalde til og gennemføre forhandlinger med Kemic Vandrens A/S, Krüger A/S og klageren den 15. november 2012 handlet i strid med tilbudslovens § 11, stk. 1.

At klageren må antages at have været fuldt bekendt med og at have accepteret overtrædelsen ved sin deltagelse i forhandlingerne, medfører således ikke, at indklagede skal have medhold i påstanden om, at påstand 1 ikke skal tages til følge.

Påstanden tages derfor til følge.

På den anførte baggrund skal indklagede ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 11 ved at indlede forhandlinger med tre tilbudsgivere, uagtet at indklagede i udbudsbetingelsernes punkt 5.1.5 havde givet afkald på at forhandle med mere end én tilbudsgiver.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens ret til bekræftelse.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig