

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Jørgen Egholm, Michael Jacobsen)

J.nr.: 2009-0018618

27. juli 2009

K E N D E L S E

Alfa Laval Nordic A/S
(advokat Gitte Holtsø, København)

mod

Odense Vandselskab A/S
(advokat Hans Henrik Banke, Odense)

Den 11. november 2008 iværksatte Odense Vandselskab A/S en »indbudt licitation iht. Tilbudsloven« vedrørende en »centrifugeinstallation for henholdsvis for- og slutaftvanding«, der skulle indgå i et nyt slam-afvandringsanlæg på Ejby Mølle Renseanlæg.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 11. december 2008 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. TechRas Miljø ApS
2. GEA Westfalia Separator DK A/S (herefter kaldet »GEA«)
3. Alfa Laval Nordic A/S

Den 21. januar 2009 besluttede Odense Vandselskab A/S at indgå kontrakt med GEA. Odense Vandselskab A/S besluttede samtidig at afvise Alfa Laval Nordic A/S' tilbud som ukonditionsmæssigt.

Den 30. januar 2009 indgav klageren, Alfa Laval Nordic A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Odense Vandselskab A/S. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 12. marts 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. I Klagenævnets afgørelse herom står der bl.a.:

»De nærmere betingelser for at tillægge en klage opsættende virkning er gengivet i Klagenævnets kendelse af 16. oktober 2007, Kuwait Petroleum A/S mod Sønderborg Kommune.

...

Det er Klagenævnets vurdering, at en interesseafvejning fører til, at klagen ikke bør tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har herved lagt vægt på, at indklagede er en forsyningsvirksomhed omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Stand still reglerne finder ikke anvendelse på udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det må i sammenhæng hermed antages, at der generelt er knyttet tungtvejende samfundsmæssige interesser til gennemførelsen af de kontrakter, der udbydes af forsyningsvirksomheder, og som vedrører sådanne virksomheders drift.

Klagenævnet har foretaget en afvejning på den ene side af de nævnte interesser og på den anden side af klagerens interesse i, at klagen på grund af de alvorlige fejl, der angives at være begået, tillægges opsættende virkning. Det er Klagenævnets vurdering af de førstnævnte hensyn i den foreliggende sag vejer væsentligt tungere end hensynet til klageren.«

Indklagede har den 2. juni 2009 oplyst, at indklagede efter Klagenævnets afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning har indgået kontrakt med GEA.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har under Klagenævnets behandling af sagen nedlagt 19 påstande. Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af alle øvrige påstande, indtil Klagenævnet har truffet afgørelse om påstand 1, 2 og spørgsmål 3. Klagerens påstand 1 og 2 er følgende:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16 og 17 ved at iværksætte en »indbudt licitation iht. Tilbudsloven« vedrørende kontrakten, uanset indklagede som forsyningsvirksomhed havde pligt til at udbyde kontrakten efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til spørgsmål 3)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 21. januar 2009 om at indgå kontrakt med GEA Westfalia Separator DK A/S.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 3

Spørgsmålet om, hvorvidt Klagenævnet skal annullere den »indbudt[e] licitation iht. Tilbudsloven«, som indklagede iværksatte ved »Udbudsbrev« af 11. november 2008.

Sagens nærmere omstændigheder:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2008/S 201-266899 af 14. oktober 2008 iværksatte indklagede et begrænset udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet med tildelingskriteriet »laveste pris«. I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

»II.1.1) Ordregivers betegnelse for kontrakten:

Ejby Mølle Renseanlæg – Nyt slamafvandingsanlæg

...

II.1.2) Kontraktstype ...

Bygge- og anlægsarbejde

...

II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten ...

Opgaven omfatter etablering af ny slamafvandingsbygning med installationer på Ejby Mølle Renseanlæg. Det planlægges at udbyde udførelsen af 4 stk. entrepriser: - Bygningsentreprise – Smedeentreprise – El-entreprise – Tavleentreprise. ...

Leverance af centrifuger udbydes separat og er derfor ikke en del af nærværende prækvalifikationsannonce.

...

II.2.) Ordrens mængde eller omfang

II.2.1) Samlet mængde eller omfang

Bygningsentreprise: I bygningsentreprisen planlægges etableret en ca. 1 200 kvm stor slamafvandingsbygning fordelt på 2 etager. I forbindelse med bygningen udføres vej- og terrænarbejder for adgang og tilkørsel. ... Smedeentreprisen: I smedeentreprisen leveres og monteres pumpe- og sneglesystemer for transport af slammet til

og fra 2 stk. centrifuger til forafvanding og 2 stk. centrifuger til slutafovanding. Slamafovandingsanlægget planlægges designet til at kunne forafvande 65 kbm/h plus fuld reservekapacitet og til at kunne slutafovande 33 kbm/h plus fuld reservekapacitet. El-entreprise: For nævnte udstyr under smedeentreprisen og separat centrifugeleverance udføres elektrisk installationsarbejde. Desuden udføres bygningsinstallationer. Tavleentreprise: For nævnte udstyr under smedeentreprisen og bygningsinstallationen leveres el-tavler.«

Indklagede har den 24. februar 2009 oplyst, at indklagede på dette tidspunkt var ved at evaluere de tilbud, indklagede havde modtaget vedrørende udbuddet i henhold til udbudsbekendtgørelsen af 14. oktober 2008.

Denne sag vedrører den »leverance af centrifuger«, der er omtalt i udbudsbekendtgørelsen af 14. november 2008, punkt II.1.5).

I »Udbudsbrev« af 11. november 2008 står der bl.a.:

»I forbindelse med etablering af nyt slamafovandingsanlæg på Ejby Mølle Renseanlæg fremsendes hermed på vegne af Odense Vand-selskab udbudsmateriale for ovennævnte leverance, der udbydes i indbudt licitation iht. Tilbudsloven.

Det nye anlæg består af en centrifugeinstallation for henholdsvis for- og slutafovanding. Udover centrifugerne indgår i »smedeentreprise» pumpesystemer for fødnings af slam, transportsystem for afvandet slam for henholdsvis forafvandetslam der pumpes til rådnetanke og for slutafovandetslam der »snegles» til trailer.

Krav til ydelser og funktioner er detaljeret beskrevet i udbudsmaterialet... «

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

I »udbudsbetingelserne«, der er dateret »november 2008«, er fastsat følgende underkriterier til tildelingskriteriet:

- A. »Tilbuds sum (bilag 1)«
- B. »Driftsomkostninger (bilag 5)«
- C. »Omfanget af supplerende byggherre ydelser nødvendige for det samlede arbejdes udførelse.«

I indklagedes evalueringsnotat af 17. februar 2009 står der bl.a.:

»

	TechRas	Alfa Laval	GEA
Tilbudssum A	6.471.000 kr.	5.655.460 kr.	6.890.000 kr.
Tilbudssum B	603.000 kr.	65.340 kr.	1.374.113 kr.
Sum af tilbudssum A+B			
	7.074.000 kr.	5.720.800 kr.	8.264.113 kr.
Anbefalet specialværktøj og reservedele	61.000 kr.	203.000 kr.	0 kr. Er indeholdt i serviceordning«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har principalt gjort gældende, at etablering af et slamafvandingsanlæg er en bygge- og anlægsopgave, at indklagede er en forsyningsvirksomhed, og at den samlede, anslåede værdi af kontrakten vedrørende slamafvandingsanlægget overskrider tærskelværdien i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16, b). Indklagede havde derfor pligt til at udbyde den kontrakt, som denne sag vedrører, efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvilket indklagede undlod.

Klageren har subsidiært gjort gældende, at indklagede ikke i medfør af Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 17, stk. 6, a), 3. afsnit, om delkontrakter var berettiget til at undlade at udbyde kontrakten efter direktivet. Klageren har nærmere anført, at indklagede ikke har løftet bevisbyrden for, at indklagede forud for den såkaldt »indbudt[e] licitation iht. Tilbudsloven« foretog tilstrækkelige undersøgelser og en saglig vurdering af delkontraktens anslåede værdi. Indklagedes anbringender om, at indklagede foretog en sådan vurdering er udtryk for en eftertænkning. Klageren har mere subsidiært gjort gældende, at sådanne undersøgelser og en sådan vurdering - foretaget sagligt korrekt - viser, at delkontraktens anslåede værdi var lig med eller større end tærskelværdien på 7.455.555 kr. efter artikel 17, stk. 6, a), 3. afsnit, om delkontrakter. Ved en saglig

vurdering vil der ikke blot skulle lægges vægt på værdien af centrifugerne. Der skal også lægges vægt på værdien dels af de øvrige ydelser, der i henhold til udbudsbetingelsernes tilbudsliste skulle afgives tilbud på, dels en række andre ydelser, der er nævnt i udbudsbetingelserne, herunder i punkt 4.2.4 og 9.7 om »supplerende tilbud«.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede forud for udbuddet, der blev iværksat ved udbudsbekendtgørelsen af 14. oktober 2008, vurderede, at den samlede udgift til det nye slamafvandingsanlæg oversteg tærskelværdien i henhold Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16, b). Indklagede besluttede derfor først at iværksætte udbuddet i henhold til udbudsbekendtgørelsen af 14. oktober 2008. Indklagede vurderede, at prisen for »centrifugeanlægget ville ligge omkring 6 mio. kr.«. Da betingelserne i artikel 17, stk. 6, a), 3. afsnit, for at undlade at udbyde centrifugeanlægget efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet herefter var opfyldt, var indklagede berettiget til at undlade at iværksætte udbud efter direktivet. Indklagede traf herefter beslutning om at undlade at udbyde delkontrakten efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Indklagedes vurdering var korrekt og sagligt begrundet. Der er ikke tale om en efterrationalisering. Dette ses af, at indklagede allerede ved udbudsbekendtgørelsen af 14. oktober 2008, punkt II.1.5), oplyste: »Leverance af centrifuger udbydes separat ...«. Indklagede har desuden anført, at indklagede i efteråret 2006 indhentede 2 tilbud, hvoraf fremgår, at »prisen for 4 dekantere lå på henholdsvis 6 mio kr og 6.2 mio kr.«. Indklagede har også henvist til, at indklagedes rådgiver Krüger A/S er fagligt kompetent, og at Krüger A/S som forhandler af dekantere har indgående kendskab til det generelle prisniveau på området.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet som følge af de fejl, indklagede har begået, skal annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Indklagede har principalt gjort gældende, at indklagede ikke har begået fejl, og at tildelingsbeslutningen derfor ikke skal annulleres. Subsidiært har indklagede gjort gældende, at hensynet til indklagedes forsyningsvirksomhed medfører, at tildelingsbeslutningen ikke skal annulleres.

Ad spørgsmål 3

Klageren har ikke udtalt sig om dette spørgsmål.

Indklagede har gjort de samme anbringender gældende som ad påstand 2.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

I udbudsbekendtgørelse nr. 2008/S 201-266899 af 14. oktober 2008 anførte indklagede, at »Leverance af centrifuger udbydes separat og er derfor ikke en del af nærværende prækvalifikationsannonce.«

Efterfølgende iværksatte indklagede en såkaldt »indbudt licitation iht. Tilbudsloven« vedrørende en kontrakt, der bl.a. angik leverancen af 4 centrifuger.

Da den nævnte kontrakt, der må anses for en vareindkøbskontrakt, efter det oplyste om kontraktens anslåede værdi oversteg Forsyningsvirksomhedsdirektivets grænseværdi for sådanne kontrakter, jf. direktivets artikel, 16 a), havde indklagede imidlertid som forsyningsvirksomhed som udgangspunkt pligt til at udbyde kontrakten efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Det kan ikke på det foreliggende grundlag afvises, at indklagede foretog en vurdering efter reglerne om Forsyningsvirksomhedsdirektivets anvendelsesområde for så vidt angår delkontrakter, og at indklagede i medfør af artikel 17, stk. 6, a), 3. afsnit, besluttede at undlade at iværksætte udbud efter direktivet. Klagenævnet lægger herefter til grund, at indklagede foretog en sådan vurdering og traf den anførte beslutning.

Spørgsmålet er herefter, om indklagede har været berettiget til i medfør af direktivets artikel 17, stk. 6, litra a), 3. afsnit, at undlade at udbyde kontrakten om levering af centrifuger m.v. efter direktivet.

En ordregiver skal ved vurderingen af, om kontraktens anslåede værdi må antages at være mindst den samme som en tærskelværdi i henhold til et EU udbudsdirektiv, foretage et sagligt skøn. En ordregiver skal endvidere foretage de undersøgelser, der er nødvendige og tilstrækkelige for udøvelsen af det saglige skøn. Som anført i Klagenævnets kendelse af 16. december

2003, Bilhuset Randers A/S mod Sønderhald Kommune, skal ordregiverens vurdering af kontraktens anslåede værdi foretages på grundlag af oplysninger om markedets generelle prisniveau for anskaffelsen.

Det følger af karakteren af det skøn, en ordregiver skal foretage over kontraktens anslåede værdi, og af hensynet til EU udbudsdirektivernes effektivitet, at en ordregiver ved skønnet over kontraktens anslåede værdi skal foretage en forsigtig vurdering. Dette medfører, at en ikke ubetydelig grad af usikkerhed med hensyn til, om kontraktens anslåede værdi er mindst den samme som en tærskelværdi, som udgangspunkt skal medføre, at kontrakten udbydes efter det relevante direktiv.

Ved vurderingen af, om disse krav til indklagedes skøn over kontraktens anslåede værdi er opfyldt, lægger Klagenævnet vægt på følgende:

Indklagede har fremlagt en e-mail af 11. oktober 2006 fra TechRas Miljø ApS til indklagede, hvori der bl.a. står:

»Ønsket kapacitetskrav for forafvanding:
Hydraulisk kapacitet 60 m³/h
...
Dekantercentrifuge 2 stk. Pieralisi Hercules 470/4 2,2 mill
PLC Styretavle (special udført) 0,35 mill«.

Indklagede har endvidere fremlagt en e-mail af 30. oktober 2006 fra GEA til indklagede, hvori bl.a. står:

»Forafvanding:
60 m³/h slam
...
Budgetpris:
For 1 stk. Westfalia dekanter UCD 536-50-34 inklusiv starter- og styretavle med PLC: 1,6 MDKK«.

Indklagede har i relation til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« fastsat underkriteriet A. »Tilbuds sum (bilag 1)«. Af udbudsbetingelsernes bilag 1 fremgår, at tilbuddene skulle indeholde prisen »Samlet tilbudssum A + B ekskl. moms«. Det fremgår også, at tilbudssum A er summen af priserne på 10 forskellige ydelser, jf. bilag 1 punkt 101 – 110. Tilsvarende er tilbudssum B summen af 6 forskellige ydelser, jf. bilag 1 punkt 201 - 206. Prisen for de 4 centrifuger, der er omfattet af kontrakten,

skal efter bilag 1 anføres under punkt 101 og 102. Yderligere fremgår det, at tilbuddene skulle indeholde prisen på »anbefalet specialværk og lager af reservedele for 5 års drift«, jf. bilag 1 punkt 301.

Det er i udbudsbetingelsernes punkt 4.2 og 9.7 fastsat, at tilbudsgiverne kunne vælge at afgive »supplerende tilbud« vedrørende »udstyr som leverandøren finder hensigtsmæssigt at levere sammen med centrifugerne«.

Klagenævnet lægger herefter til grund, at det i udbudsbetingelserne var fastsat, at tilbuddene - foruden centrifugerne - skulle indeholde priser på en lang række andre ydelser af ikke ubetydelig værdi. Det lægges endvidere til grund, at tilbuddene herudover kunne indeholde »supplerende tilbud«. Endelig lægges det efter udbudsbetingelserne til grund, at de centrifuger, der skulle leveres, skulle have en kapacitet med hensyn til forafvanding på »65 m³/t«.

Henset hertil og til indholdet af de prisoplysninger, indklagede modtog den 11. og 30. oktober 2006, er det Klagenævnets vurdering, at grundlaget for indklagedes skøn over kontraktens anslåede værdi har været utilstrækkeligt.

Indklagedes skøn er som følge heraf behæftet med en retlig mangel, der efter sin karakter er væsentlig.

Klagenævnet foretager herefter en selvstændig vurdering af kontraktens anslåede værdi i relation til tærskelværdien i artikel 17, stk. 6, litra a), 3. afsnit, på 7.455.555 kr.

Klagenævnet lægger ved vurderingen vægt på det netop anførte om omfanget af de ydelser, tilbuddene skulle - henholdsvis kunne - indeholde, samt på indholdet af de afgivne tilbud. Klagenævnet lægger endvidere navnlig vægt på, at den ordregivende myndigheds evaluering resulterede i, at GEA's tilbud, der bl.a. indeholdt en pris på tilbudssum A og B på i alt 8.264.113 kr., blev vurderet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Efter en samlet vurdering lægger Klagenævnet til grund, at kontraktens anslåede værdi må antages at være mindst 7.455.555 kr., at betingelserne i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 17, stk. 6, litra a), 3. afsnit, for at undlade at udbyde kontrakten efter direktivet ikke var opfyldt, og at kontrakten derfor skulle have været udbudt efter direktivet.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad spørgsmål 3

Klagenævnet har ad påstand 1 konstateret en grov tilsidesættelse af den forpligtelse, indklagede havde til at udbyde kontrakten efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Som anført i Klagenævnets afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning knytter der sig tungtvejende samfundsmæssige interesser til gennemførelsen af de kontrakter, der udbydes af forsyningsvirksomheder som indklagedes. Indklagede har under behandlingen af denne klagesag og uanset klagerens indsigelser valgt at indgå kontrakt med GEA.

Ved den afvejning af modstående hensyn, som Klagenævnet skal foretage, lægger Klagenævnet afgørende vægt på overtrædelsens karakter og grovhed samt på hensynet til en effektiv håndhævelse af EU udbudsdirektiverne, her Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Under henvisning hertil træffer Klagenævnet afgørelse om, at den »indbudt[e] licitation iht. Tilbudsloven«, indklagede iværksatte ved »Udbudsbrev« af 11. november 2008, annulleres.

Det bemærkes, at det ikke kan føre til et andet resultat, at Klagenævnet har truffet afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da en sådan afgørelse ikke præjudicerer Klagenævnets afgørelse af klagesagen.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 16 og 17 ved at iværksætte en »indbudt licitation iht. Tilbudsloven« vedrørende kontrakten, uanset indklagede som forsyningsvirksomhed havde pligt til at udbyde kontrakten efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Klagenævnet annullerer den »indbudt[e] licitation iht. Tilbudsloven«, som indklagede iværksatte ved »Udbudsbrev« af 11. november 2008.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 2.

Indklagede, Odense Vandselskab A/S, skal i sagsomkostninger til klageren, Alfa Laval Nordic A/S, betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig