

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Iver Pedersen, Christian Østrup)

J.nr.: 04-23.447

16. december 2004

K E N D E L S E

Brunata A/S

(advokat Milena Jordanova, København)

mod

1. Aalborg Boligselskab af 1956, afd. 8
 2. Boligselskabet af 1951, afd. 6
 3. Hasseris Boligselskab, afd. 7 og 13
 4. Boligselskabet Cimbria, afd. 6, 7, 8 og 11
 5. Andelsboligforeningen Himmerland, afd. 20, 21, 23, 24, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42 og 43
- (advokat Mikki Nielsen, Aalborg)

Ved udbudsbekendtgørelse af 14. marts 2003 udbød Boligkontoret a.m.b.a., Aalborg, som begrænset udbud efter direktiv 93/36 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (Indkøbsdirektivet) levering af energi- og vandmålere m.m. til 23 afdelinger i forskellige almene boligorganisationer, dvs. de 20 afdelinger, der er de indklagede i sagen, samt Boligselskabet Cimbria, afdeling 10, og Andelsboligforeningen Himmerland, afdelingerne 37 og 44. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 17. juni 2003 var der indkommet tilbud fra følgende prækvalificerede tilbudsgivere:

1. Varmekontrol A/S, Aalborg
2. Brunata A/S, København
3. Siemens Building Technologies A/S, Søborg
4. Vittera Energy Services A/S, Ballerup
5. TAC A/S, Herlev

I efteråret 2003 besluttede Boligselskabet Cimbria, afdeling 10, og Andelsboligforeningen Himmerland, afdeling 37, at indgå kontrakt med Brunata A/S. De indklagede samt Andelsboligforeningen Himmerland, afdeling 44, besluttede at indgå kontrakt med Varmekontrol A/S.

Klagerens advokat har oplyst, at det skyldes en fejl, at Andelsboligforeningen Himmerland, afdeling 44 ikke er medtaget som indklaget i sagen.

Den 8. januar 2004 indgav klageren, Brunata A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over de indklagede. Klagen har været behandlet på møder den 20. oktober og 22. november 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har overtrådt Indkøbsdirektivet ved at tage tilbudet fra Varmekontrol A/S i betragtning, selvom dette tilbud ikke opfyldte kravene i udbudsbetingelserne med hensyn til energimålere.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har overtrådt det EU-retlige forhandlingsforbud ved efter tilbudenens afgivelse at forhandle med tilbudsgiveren Varmekontrol A/S om, hvilken type energimålere, der skulle leveres.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har overtrådt det EU-retlige forhandlingsforbud ved efter tilbudenens afgivelse at forhandle med tilbudsgiveren Varmekontrol A/S om prisen for varmeregnskab.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved efter tilbudenens afgivelse at give tilbudsgiveren Varmekontrol A/S lejlighed til at ændre sit tilbud med hensyn til, hvilken type energimålere, der skulle leveres.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved efter tilbuden af afgivelse at give tilbudsgiveren Varmekontrol A/S lejlighed til at ændre sit tilbud med hensyn til prisen for varmeregnskab.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved ved deres evaluering af de indkomne tilbud at have set bort fra, at Varmekontrol A/S' tilbudspris reelt var højere end angivet i tilbudet fra denne tilbudsgiver, idet de indklagede ikke ved evalueringen tog hensyn til merudgifterne ved levering af radiosendermoduler og håndterminaler.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved ved deres evaluering af de tilbudte vandmåleres tekniske værdi at have taget udgangspunkt i den af tilbudsgiveren Varmekontrol A/S tilbudte alternative flerstrålede vandmåler, men ikke i den af klageren tilbudte alternative flerstrålede vandmåler.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved ved deres evaluering af de tilbudte energimåleres tekniske værdi at have taget udgangspunkt i en energimåler, der var tilbudt af tilbudsgiveren Varmekontrol A/S ved forhandling efter tilbuden af afgivelse.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved at lægge vægt på radiosendermoduler, selvom dette var en grundlæggende ændring i forhold til udbudsbetingelserne.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved ved deres evaluering af tilbudene

- a. ikke at have tildelt den af klageren tilbudte alternative flerstrålede vandmåler en højere teknisk værdi end de tilbudte flerstrålede vandmålere fra tilbudsgiverne Varmekontrol A/S og Vittera A/S, selvom den af klageren tilbudte flerstrålede vandmåler indeholder en bedre magnetbeskyttelse,
- b. fejlagtigt at være gået ud fra, at den af klageren tilbudte energimåler ikke kunne påsættes radiosendermodul,
- c. ikke at have taget hensyn til, at den af klageren tilbudte energimåler indeholder en større hukommelse end de af de øvrige tilbudsgivere tilbudte energimålere,
- d. ikke at have taget hensyn til, at tilbudet fra tilbudsgiveren Siemens A/S indeholdt forbehold med hensyn adgang til lejemål, dagbøder, regulering af pris og almindelige salgs- og leveringsbetingelser,
- e. at have vurderet driftsudgifter over 10 år, uanset at tilbudene ifølge udbudsbetingelserne skulle angive driftsudgifter over 6 år,
- f. ikke ved deres beregning af driftsudgifter at have taget hensyn til udskiftning eller kontrol af vandmålerne, der ifølge udbudsbetingelserne skulle finde sted efter 8 år.
- g. med hensyn til driftsudgifter at have anvendt en anden beregningsmodel end den, der var angivet i udbudsbetingelserne.

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har overtrådt Indkøbsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at angive de enkelte boligorganisationsafdelinger som ordregivere, uanset at de ikke var angivet som ordregivere i udbudsbekendtgørelsen.

Påstand 12

Klagenævnet skal annullere de indklagedes beslutninger om at indgå kontrakter med Varmekontrol A/S.

Påstand 13

Klagenævnet skal pålægge de indklagede til klager at betale 1.488.734,28 kr., subsidiært et mindre beløb, med procesrente fra klagens indgivelse til Klagenævnet.

Påstand 14 (subsidiær i forhold til påstand 13)

Klagenævnet skal pålægge de indklagede til klager at betale 176.063,50 kr. med procesrente fra klagens indgivelse til Klagenævnet.

De indklagede har nedlagt påstand om, at påstand 1–12 ikke tages til følge og har nedlagt påstand om frifindelse vedrørende påstand 13 og 14.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 13 og 14, til Klagenævnet har afgjort de øvrige spørgsmål i sagen.

Tekniske begreber i sagen

Begrebet energimålere svarer til det, der i almindelig sprogbrug kaldes varmemålere. Med udtrykket »målere« sigtes i det følgende til vand- og energimålere under ét. De målere, som sagen angår, er såkaldte fordelingsmålere, dvs. at der i hver lejlighed monteres én energimåler og én vandmåler, som måler lejlighedens samlede forbrug af henholdsvis varme og vand.

I sagen sondres mellem målere, der skal aflæses på stedet, og målere med fjernaflæsning.

Målere, der skal aflæses på stedet, omfatter forskellige hovedtyper. I sagen er navnlig omtalt fire hovedtyper, nemlig

1. Målere, hvis aflæsningsenhed, i sagen benævnt »tællværk«, er anbragt på selve måleren. Dette kan være en ulempe, da målere ofte er anbragt på forholdsvis utilgængelige steder.
2. Målere, hvis tællværk er anbragt et lille stykke fra måleren og er forbundet med måleren med et kabel. Sådanne måleres tællværk kan anbringes et mere tilgængeligt sted end selve måleren.
3. Målere, der er forsynet med en såkaldt pulsgiver, der sender målingen i form af »pulser« til et pulsindgangsmodul. I sagen omtales vandmålere med pulsgivere, der sender målingen til et pulsindgangsmodul monteret på den pågældende lejligheds energimåler, der derved kommer til at fungere som aflæsningsenhed for vandmåleren.
4. Målere, der er forsynet med et radiosendermodul, hvis signaler kan aflæses på en såkaldt håndterminal. Sådanne målere kan bl.a. benyttes af varmemestre til aflæsning uden for den pågældende lejlighed

og til kontrol af defekte vandvarmere. Radiosendermoduler benyttes også til målere med fjernaflæsning, jf. nedenfor.

Målere med fjernaflæsning er målere, der ved radiotransmission sender måleresultaterne til en modtageenhed. Denne modtageenhed videresender gennem telefonnettet måleresultatet til en central modtager, som er fysisk placeret et andet sted end den ejendom, der indeholder målerne, typisk den virksomhed, der udfærdiger vand- og varmeregnskab. Radiotransmissionen foretages af et radiosendermodul, der er indbygget i måleren. Nogle målere, der skal aflæses på stedet, kan udbygges med et radiosendermodul og derved ændres til målere med fjernaflæsning. Radiosendermoduler kan også benyttes til målere, der aflæses på stedet ved brug af en håndterminal, jf. ovenfor.

Vandmålere af type vingehjulsmåler er vandmålere med bevægelige dele, der er udført efter et bestemt konstruktionsprincip. Flerstrålede vingehjulsmålere er målere, der som følge af deres konstruktion er mere præcise end ikke flerstrålede målere.

Begrebet magnetbeskyttelse sigter til følgende: For at modvirke, at beboerne af den pågældende lejlighed søger at påvirke målingen ved at anbringe en magnet i nærheden af måleren, er målere med bevægelige dele forsynet med foranstaltninger til modvirkning af påvirkninger fra magneter.

Målere er forsynet med batteri, der skal udskiftes med et antal års mellemrum.

Sagens omstændigheder

Det fremgår af sagen, at udbudets samlede værdi oversteg Indkøbsdirektivets tærskelværdi.

I udbudsbekendtgørelsen var angivet:

»Ordregivende bygherre:

Boligkontoret a.m.b.a., Sankelmarksgade 8-10, DK 9000 Aalborg.

Tel.:...«

Udbudsbetingelserne blev udsendt til de prækvalificerede med et udbudsbrev den 6. maj 2003. Udbudsbetingelserne var udarbejdet af de indklagedes rådgiver, ingeniørfirmaet Studstrup & Østgaard A/S (Studstrup & Østgaard). Ud over udbudsbrevet bestod udbudsbetingelserne af en byggesagsbeskrivelse, en arbejdsbeskrivelse samt tilbudslister.

I byggesagsbeskrivelsen var bl.a. anført:

» Bygherre
Andelsboligforeningen Himmerland afd. 41

...
Administrator
Boligkontoret a.m.b.a.

...
EU-udbud med begrænset udbud.

...
Tidsplan
Tidsplan for udførelse skal gennemføres i henhold til følgende hovedtidsplan...

Arbejdet udbydes i indbudt licitation i henhold til lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

...
Tildelingskriteriet for Målerleverancen vil være:
Det for bygherren økonomisk mest fordelagtige tilbud for den samlede leverance for hver af de følgende boligselskaber/ foreninger:

[Her nævnes de 5 boligorganisationer, i hvilke forskellige afdelinger er indklagede i sagen for Klagenævnet]

Der påregnes forhandling med alle bydende om detaljer i den tilbudte leverance.

Alternative tilbud som dækker udbudsmaterialets krav vil blive behandlet på lige fod med øvrige tilbud.

...
For overskridelse af tidsfrister fastsættes en dagbod pr. arbejdsdag på kr. 2.000 ekskl. moms.

...
Aftale vil blive indgået med Boligkontoret a.m.b.a. i Aalborg.«

Som underkriterier til tildelingskriterier var i byggesagsbeskrivelsen angivet følgende: 1. Etableringspris, 2. Teknisk værdi, 3. Bemærkninger, almindelige salgs- og leveringsbetingelser og garanti og 4. Driftsomkostninger. I

udbudsbetingelserne var endvidere angivet, at prisen ville blive vurderet således, at den laveste pris ville få karakteren 10 og priser mere end 75 % højere end den laveste pris karakteren 0, således at der for mellemliggende priser ville blive interpoleret. Endvidere var angivet, at der for bedømmelse af »hver enkelt del« ville blive givet karakter efter en nærmere angivet skala med karaktererne 0, 1, 4, 7, 9 og 10. Det anførtes, at den tilbudsgiver, der opnåede højest karaktersum, ville blive kontaktet for indgåelse af kontrakt.

Af arbejdsbeskrivelsen fremgik, at der skulle afgives tilbud både på målere med aflæsning på stedet og på målere med fjernaflæsning, samt at der kunne afgives alternative tilbud. Af arbejdsbeskrivelsen fremgik endvidere bl.a.: De tilbudte målere skulle opfylde nærmere angivne danske normer og EU-normer, herunder nogle EU-typegodkendelser. Energimålere skulle være såkaldte ultralydsmålere, og vandmålere skulle være en- eller flerstrålede vingehjulsmålere. Både med hensyn til energi- og vandmålere skulle tælleværket kunne placeres andet sted end ved måleren. Der skulle i tilbudene medregnes og leveres drift og vedligeholdelse af målerne i en 1-årig afhjælpningsperiode og derefter i en 5-års periode, dvs. i 6 år. Desuden skulle oplyses batterilevetid og udskiftningsmetode for batterier. Tilbudene skulle omfatte levering af vand- og varmeregnskaber i 6-årsperioden.

Sagen for Klagenævnet angår kun målere med aflæsning på stedet, i sagen omtalt som tilbud 1. Oplysninger og angivelser, der kun angår målere med fjernaflæsning, i sagen benævnt tilbud 2, gengives så vidt muligt ikke i det følgende.

I de tilbudslister, der indgik i udbudsbetingelserne, og som tilbudsgiverne skulle udfylde, var indeholdt rubrikker for priser for målere, priser for vedligeholdelse og drift i 5 år efter udløbet af 1-års garantiperioden, priser for udarbejdelse af vand- og varmeregnskaber i 6 år og priser for batteriskift m.m. Der skulle dels udfyldes samlede tilbudslister for hele leverancen, dels udfyldes tilbudslister til de enkelte boligorganisationsafdelinger.

I et rettelsesblad af 26. maj 2003 var bl.a. angivet:

»...

Spørgsmål 7.

Målerleverancen

Kap. 3.3.4. [dvs. arbejdsbeskrivelsens afsnit om tilbud 2] Målerne skal være en eller flerstrålede vingehjulsmålere, samt leveres som elektronisk for fjernaflæsning.

Skal det forstås som en mekanisk vandmåler med pulsudgang??

Svar på spørgsmål nr. 7.

Ja

Spørgsmål 8.

Målerleverancen

Kap. 4.5.2. Materialer og produkter [dvs. arbejdsbeskrivelsens angivelse af nogle krav, der var fælles for tilbud 1 og tilbud 2]

At tælleværk kan placeres andet sted end ved måler.

Hvad menes med ovenstående??

...

Svar på spørgsmål nr. 8.

Der skal i alle afdelinger være mulighed for placering af tælleværket synligt et andet sted end hvor måler er placeret. Afstand fra måler 1-2 meter.

...

Følgende ændres fra:

'Bygherre

Andelsboligforeningen Himmerland afd. 41

...

til

'Bygherrer

[her nævnes de 23 afdelinger i 5 almene boligorganisationer, som udbudet angik]

...

Følgende sætning ændres fra:

'Aftale vil blive indgået med Boligkontoret a.m.b.a. i Aalborg'

til

'Aftale vil blive indgået med de enkelte boligselskaber/foreninger.'

...«

I et rettelsesblad af 3. juni 2003 blev den indbyrdes vægtning af underkriterierne angivet således: 1. Etableringspris: 40 %, 2. Teknisk værdi: 25 %, 3. Bemærkninger, almindelige salgs- og leveringsbetingelser og garanti: 10 %, og 4. Driftsomkostninger: 25 %.

I klagerens tilbud var både med hensyn til tilbud 1 og tilbud 2 angivet, at de tilbudte energimålere var af type Sharky-Heat Ultrasonic, og at de tilbudte

vandmålere var af type E-TX. Endvidere var bl.a. angivet, at der kunne tilbydes en alternativ flerstrålet vandmåler med ekstra magnetbeskyttelse af type MPM K til en nærmere angivet merpris. Merprisen for den alternative vandmåler var også angivet i klagerens tilbudsliste til de enkelte boligorganisationsafdelinger. Endvidere var i klagerens tilbud bl.a. anført:

»Varmemålerne er modulopbygget, således at de kan forsynes med forskellige kommunikationsløsninger nu og i fremtiden. I tilbud 2 er varmemålerne udstyret med et kommunikationsmodul der sender forbruget op til en fælles ekstern radiosender.

...

Der er samlet udbudt 23 afdelinger med tilsammen 2368 lejligheder. Tilbuddets priser tager udgangspunkt i dette antal. Hvis der fravælges flere end 20% af lejlighederne, skal priserne reguleres.«

Klagerens tilbud var vedlagt standardforbehold af marts 2001 udstedt af organisationen Elfo, dvs. el-installatørernes landsforening, og af forskellige andre brancheforeninger, og der henvistes i tilbudets angivelse af bilag til disse standardforbehold som »ELFO standard forbehold«.

I tilbudet fra Varmekontrol A/S (Varmekontrol) var ikke angivet, hvilke fabrikater eller typer målere tilbudet angik. I tilbudslisten blev som alternativt tilbud angivet en merpris for »flerstrålet kapselmåler koldt vand«. I Varmekontrols tilbud anførtes desuden bl.a.:

»Ultralyd

Tælleværk kan ikke placeres andetsteds, kompaktmåler, ønskes undtagelsesvis anden placering har vi en anden type med tælleværk til ønsket placering.«

I tilbudet fra Siemens Building Technologies A/S (Siemens) var bl.a. angivet:

»Vandmålerne leveres med puls. Pulskablet tilsluttes et eksternt tælleværk, der kan monteres efter behov...

...

Den tilbudte pris er afgivet under forudsætning af, at der er uhindret adgang til alle varslede lejemål. Såfremt dette ikke er tilfældet, vil tabt arbejdstid blive faktureret med tidløn pr. påbegyndt time.

...

Punktet dagbod ønskes drøftet.

...

Prisen er med forbehold for kurs- og prisændringer. Hvor intet andet er anført, er ... almindelige salgs- og leveringsbetingelser gældende.«

I tilbudet fra Viterra Energy Services A/S (Viterra) var bl.a. angivet:

»Det forudsættes der er fri adgang til boligerne. Ved nægtelse af adgang skal spildtid honoreres iht. Afregningsformen.

...

Entreprenørforeningen, Byggeriets arbejdsgivere, Elfo & Danske VVS's standardforbehold af marts 2001 er gældende for tilbuddet.

...

Der installeres...en koldtvandsmåler i boligen...Måleren...er en flerstrålet vingehjulsmåler med pulsaftastning...Ledningen fra pulsaftasteren monteres i [varmemålerens] regneenhed. «

Efter tilbudenes modtagelse konstaterede Studstrup & Østgaard, at tilbudet fra tilbudsgiveren TAC A/S ikke kunne komme i betragtning som ukonditionsmæssigt. Studstrup & Østgaard holdt derefter forhandlingsmøder den 3. juli 2003 med de øvrige tilbudsgivere. I disse forhandlingsmøder deltog yderligere repræsentanter for Boligkontoret a.m.b.a. (Boligkontoret) og fa. Korsbæk & Partnere, der bistod de indklagede som bygherrerådgiver,

I Studstrup & Østgaards referat af mødet med klageren udtales:

»Varmemåler har, i både tilbud 1 og 2, tællerværk, som kan placeres andet sted end måledel.

Vandmåler i tilbud 1 har ikke tællerværk, som kan placeres andet sted end på måledel.

Tilbud 1 kan ændres til måler med pulsgiver samt pulsindgangsmodul i energimåler, som derefter opsamler pulserne. Merprisen herfor er 110 kr. pr. måler

...

[Klageren] oplyste, at den i standardforbehold nævnte bygherregaranti ikke kræves«

I Studstrup og Østgaards referat af mødet med Varmekontrol udtales:

»[Varmekontrol] oplyste, at tællerværket på den tilbudte energimåler ikke kan afmonteres og monteres væk fra målerdel.

Løsninger og merpriser for energimåler er oplyst efter mødet.

Ved anvendelse af ...ultralydsmåler og væg regneværk er der tale om en merpris på 545 kr. pr. måler.

Alternativt kan der leveres Kamstrup ultralydsmåler...for en merpris af 302 kr. pr. måler.

Tælleværket på den tilbudte vandmåler kan ikke flyttes væk fra måler.

Den tilbudte alternative måler kan udstyres med pulsgiver, og pulser kan opsamles af energimåler.

Merprisen for vandmåler med pulsgiver m.m. er efter mødet oplyst til kr. 230,- pr. måler.

...«

I Studstrup og Østgaards referat af mødet med Siemens omtales ikke Siemens' bemærkninger om adgang, dagbøder, pris- og kursændringer og salgs- og leveringsbetingelser, men de indklagede har oplyst følgende om disse bemærkninger: Bemærkningen om dagbøder blev frafaldet, bemærkningen om adgang blev anset for frafaldet, og forbeholdene om kurs- og prisændringer og salgs- og leveringsbetingelser blev prissat til 0. De indklagede har ikke nærmere uddybet disse oplysninger, der ikke fremgår af sagens bilag, og som til dels er fremkommet på spørgsmål fra Klagenævnet efter den mundtlige forhandling den 20. oktober.

I Studstrup og Østgaards referat af mødet med Viterra udtales bl.a.:

»Forbehold for adgang til boliger dækker kun få boliger. Der vil fra Boligkontoret blive meddelt beboere, at hvis ikke ønske om adgang efterkommes, vil der for beboers regning blive tilkaldt låsesmed.«

Den 9. juli 2003 blev der holdt et møde mellem Studstrup & Østgaard og repræsentanter for Boligkontoret og fa. Korsbæk & Partnere. Mødets formål var at foretage en vurdering af de indkomne tilbud. I mødereferatet, der er udfærdiget af Studstrup & Østgaard den 10. juli 2003, udtales:

»3.1. Etableringspris

Point blev tildelt efter regulerede priser og oplysninger ved forhandlingsmøder.

...

3.1.3. Varmekontrol

For energimålere i tilbud 1 tillægges 302,- kr. ekskl. moms pr. måler for tælleværk, som kan placeres væk fra måler.

For vandmålere i tilbud 1 tillægges kr. 230,- ekskl. moms pr. måler for pulsgiver og forbindelse til energimåler.

3.1.4. Brunata

For vandmålere i tilbud 1 tillægges kr. 110,- ekskl. moms pr. måler for pulsgiver og forbindelse til energimåler.

3.2. Teknisk værdi

Pointtildeling blev som aftalt beregnet som gennemsnit af energimåler og vandmåler med følgende bemærkninger:

...

Brunata tilbyder energimåler Sharky Heat Ultrasonic, som kan opsamle flere forskellige data, samt logge, men som ikke kan udstyres med modul for radiokommunikation, tildeles 7 point.

Viterra og Varmekontrol der tilbyder flerstrålet vandmåler tildeles 10 point

...

Brunata der tilbyder enstrålet vandmåler tildeles 4 point.

For energi- og vandmåler samlet tildeles:

...

Varmekontrol 10 point.

Brunata 5 point.

...

3.3. Bemærkninger, alm. salgs- og leveringsbetingelser og garanti

Siemens og Varmekontrol som ikke havde forbehold tildeles 10 point.

Viterra og Brunata som havde forbehold tildeles 7 point.

3.4. Driftsudgifter

Driftsudgifterne over 10 år er beregnet inkl. Batteriskift.

Pointtildelingen blev besluttet som en mellemting imellem tildelingskriteriet for etableringspris og øvrig tildeling.

Der gives 10 point til laveste pris og 0 point til højeste, 50 % over laveste tildeles 7 point, og ca. 75% over laveste tildeles 4 point.

...

Med foranstående aftaler som udgangspunkt gennemregner [Studstrup & Østgaard] de enkelte afdelinger...

...

Efter gennemregning af afdelingerne udarbejder [Studstrup & Østgaard] indstillingsskrivelse til de enkelte afdelinger.

...«

I en telefax af 14. juli 2003 til tilbudsgiverne bortset fra TAC A/S udtalte Studstrup & Østgaard:

»...

I forbindelse med tildeling af point...viser det sig, at der afhængig af kombinationen, kan blive tale om tildeling til flere leverandører.

Derfor spørger vi alle konditionsmæssige bydende om det er i orden, at tildele pr. afdeling i stedet for som udbudt, pr. selskab/forening.

Vi håber på et hurtigt svar således, at der kan udarbejdes indstillingsskrivelser til de 23 afdelinger.«

Klageren besvarede dette brev ved en e-mail af samme dag, i hvilken forespørgslen i brevet accepteredes, og de tre andre tilbudsgivere, der var kommet i betragtning, accepterede efter det foreliggende ligeledes forespørgslen.

Studstrup & Østgaard foretog den gennemregning, der omtales i referatet af mødet den 9. juli 2003, jf. ovenfor. Den 15. august afgav Studstrup & Østgaard enslydende indstillinger til alle de 23 boligorganisationsafdelinger. Indstillingen var udformet i overensstemmelse med fastlæggelsen på mødet den 9. juli 2003 og den omtalte gennemregning. I indstillingerne udtaltes bl.a.:

»...

Pointtildelingen for driftsomkostninger er beregnet med udgangspunkt i udgifterne i 10 år og indeholder batteriskift ved alle målere.

Resultatet af de tidligere beskrevne vurderinger og beregninger er, at højeste pointtildeling for de enkelte kombinationer er:

[Her følger en ganske kortfattet angivelse i tabelform af, at Varmekontrol havde opnået højeste pointtildeling med hensyn til målere for manuel aflæsning, medens klageren havde opnået højeste pointtildeling med hensyn til målere for fjernaflæsning.]

...

5.2. Varme- og vandmålere for manuel aflæsning

...

Beskrivelsen omfatter Varmekontrols tilbudte målere.

...

Den tilbudte vandmåler er udstyret med pulsgiver, der tilsluttes varmemålerens regneenhed, som kan placeres væk fra måleren. Det vil sige, at det er muligt at montere regneenheden hensigtsmæssigt for de daglige aflæsninger.

Alle data om forbrug, fremløbstemperatur, returtemperatur kan gemmes i målerens hukommelse i 36 måneder.

...

De tilbudte målere kan på et senere tidspunkt udstyres med moduler for radiokommunikation til en håndterminal, således at aflæsningen kan foretages uden adgang til boligerne.

...

Denne udvidelse kan også anvendes til fjernaflæsning, idet der kan udvides med radiomodtagere med forbindelse til telefon, som overfører til et administrativt system.

...«

Som det fremgår, gik indstillingerne ud på at anbefale, at de boligorganisationsafdelinger, der ønskede målere med fjernaflæsning, indgik kontrakt med klageren, og at de afdelinger, der ønskede målere med aflæsning på stedet, indgik kontrakt med Varmekontrol. De 23 boligorganisationsafdelinger fulgte alle indstillingen. To af afdelingerne, dvs. Boligselskabet Cimbria, afdeling 10, og Andelsboligforeningen Himmerland, afdeling 37, valgte målere med fjernaflæsning og indgik derfor kontrakt med klageren. De øvrige afdelinger valgte målere med aflæsning på stedet og indgik kontrakt med Varmekontrol.

De afgivne forklaringer

Per Åsted, der er konsulent hos klageren, har bl.a. forklaret: På udbudets tidspunkt kunne tællværket for EU-godkendte vandmålere ikke placeres adskilt fra måleren. Det ligner en tekstbehandlingsfejl, at dette var krævet i udbudsbetingelserne. Den vandmåler, som klageren tilbød, var EU-godkendt i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes krav herom, og kunne derfor ikke monteres med tællværket adskilt fra måleren. Den energimåler, som klageren tilbød, kunne derimod monteres med tællværket adskilt fra måleren.

Kurt Pedersen, der er afdelingsleder hos klageren, og som deltog i forhandlingsmødet med klageren den 3. juli 2003, har bl.a. forklaret: Man fik at vide, at mødet skulle angå tællværk adskilt fra måler og varmeregnskab med andre målere end egne målere, og under mødet talte man om disse spørgsmål.

Ole Rasmussen, der er salgskonsulent hos klageren, og som deltog i forhandlingsmødet den 3. juli 2003, har i det væsentlige forklaret som Kurt Pedersen.

Kurt Nørgaard har bl.a. forklaret: Han er smed og vvs-ingeniør. På udbudets tidspunkt var han ansat hos Varmekontrol. Det var Kurt Nørgaard, der udarbejdede Varmekontrols tilbud. Varmekontrol valgte at lade tilbudet angå den af de energimålere, som Varmekontrol forhandlede i forvejen, og som kom tættest på udbudsbetingelsernes krav. Efter tilbudets afgivelse ringede Studstrup og Østgaard eller Boligkontorets anden rådgiver, Korsbæk & Partnere, og sagde, at der skulle gives tilbud på en energimåler med løst tællerværk. Varmekontrol supplerede derfor tilbudet med en Kamstrup-måler i stedet for den energimåler, som Varmekontrol forhandlede. Varmekontrol havde ikke solgt Kamstrup-måleren før. Der blev tillagt en merpris, men Kurt Nørgaard havde ikke noget med det at gøre, ud over at indkøbe målerne. Varmekontrols fakturaer var væsentligt højere end det tilbud, som Kurt Nørgaard havde udarbejdet. Oprindeligt var Boligkontoret et administrationskontor for boligorganisationerne. Boligkontoret gik imidlertid i opløsning af forskellige politiske grunde, og Boligkontoret er væk. Men priserne skulle være de samme.

Boye Jensen har bl.a. forklaret: Han var ansat i Boligkontoret. Man skulle opfylde en bekendtgørelse om energimåling, og der var et ønske om, at der blev gjort centralt. Boligkontoret var et administrationsselskab, der repræsenterede de enkelte boligorganisationer og afdelinger. Afdelingerne er selvstændige økonomiske enheder. Afdelingerne havde i deres budgetter afsat penge til målere. Man holdt møde med Studstrup & Østgaard, der sagde, at der skulle foretages EU-udbud. Udbudet blev ikke foretaget samlet for at opnå mængderabat, og Boye Jensen tror heller ikke, at man opnåede bedre pris ved at foretage et samlet udbud. Studstrup & Østgaard lagde megen vægt på, at der ikke skulle forhandles, kun stilles opklarende spørgsmål. Boye Jensen har ikke ringet til Kurt Nørgaard. Afdelingerne har ikke set de enkelte tilbud, kun Studstrup & Østgaards indstilling. Under forhandlingen med Varmekontrol blev der stillet de samme spørgsmål som til de andre tilbudsgivere under forhandlingerne med dem. Boye Jensen mener, at man under forhandlingen med Varmekontrol blev præsenteret for en måler, der havde adskilt tællerværk, og at alle løsninger var fremme.

John Esbech, der er ansat hos Studstrup & Østgaard, og som varetog udbudet for Studstrup & Østgaard som projektleder, har bl.a. forklaret: Man rådførte sig med en advokat, der sagde, at Boligkontoret skulle ses som én samlet udbyder. Da Boligkontoret senere opløste sig selv, valgte man at lade de 5 boligorganisationer være ordregivere, men det havde været nemmere at lade de enkelte afdelinger stå for det. Man ønskede at indrette det sådan, at beboerne af de enkelte lejligheder selv kunne foretage aflæsning uden vanskelighed, dvs. uden at skulle kravle rundt på gulvet ell. lign. for at se på målerne, alt efter, hvor målerne var anbragt. Klagerens og Varmekontrols tilbud angik vandmålere uden adskilt tællerværk, og man anså det for rigtigst, at disse tilbudsgivere selv prissatte merudgiften ved dette. Man bad derfor dem derfor om oplysning om denne merudgift. Forhandling er noget andet. De efterfølgende prisoplysninger, der er nævnt i referatet af mødet med Varmekontrol, var kommet i en mail fra Varmekontrol samme dag som mødet. Under forhandlingen med Varmekontrol talte man sig til løsningen med pulsgiver. Der var derimod ikke telefonisk kontakt med Varmekontrol, og der har ikke været ført forhandlinger med Varmekontrol om prisen. Der har ikke været holdt andre møder med Varmekontrol end mødet den 3. juli 2003. Et af Siemens' forbehold blev prissat, medens andre blev frafaldet. Ved vurderingen af tilbudene valgte man at beregne driftsudgifter over 10 år for at få udgiften til batteriudskiftning med. Man medtog vedligeholdelsesudgift. Dette var nok ikke helt rimeligt, hvorfor John Esbech har udført en ny beregning, der dog ikke fører til noget andet resultat. John Esbech tror, at det er rigtigt, at der ikke fandtes en EU-godkendt vandmåler med adskilt tællerværk, men kan ikke sige, om man var opmærksom på det. Den pulsgiverløsning, som klageren fremkom med under mødet med klageren, svarede til den løsning, som de andre tilbudsgivere fremkom eller var fremkommet med.

Parternes anbringender

Generelt

De indklagede har gjort gældende:

Det er de enkelte boligorganisationsafdelinger, som sagen angår, der er ordregivere, og ingen af målerleverancerne til de enkelte boligorganisatio-

ner er nået op på Indkøbsdirektivets tærskelværdi. Sagen er herefter ikke omfattet af Indkøbsdirektivet, og klagerens påstande kan allerede derfor ikke tages til følge. Det gør ingen forskel, at målerleverancerne blev udbudt samlet. Der var ikke stordriftsfordele ved et samlet udbud, og det var derfor en fejl, at der blev foretaget et samlet udbud, ligesom udbudet ikke er omfattet af Indkøbsdirektivets regler.

Klageren har heroverfor anført: Udbudet begyndte som et samlet udbud i henhold til Indkøbsdirektivet og blev gennemført som et samlet udbud. Indkøbsdirektivet gælder derfor for udbudet. Hertil kommer, at de almindelige EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed gælder for udbudet, også selvom det antages, at Indkøbsdirektivet ikke finder anvendelse.

De indklagede har desuden gjort følgende gældende for det tilfælde, at Indkøbsdirektivet finder anvendelse i sagen:

Alle de fire tilbud, der blev taget i betragtning, afveg fra udbudsbetingelserne. Bl.a. kunne den af klageren tilbudte vandmåler ikke monteres med tællerværket adskilt fra måleren, og det samme var tilfældet med de af Varmekontrol tilbudte energi- og vandmålere. Tilbudene fra Siemens og Viterra afveg fra udbudsbetingelserne på forskellige andre punkter.

Ingen af de fire tilbud var ukonditionsmæssige, således at de ikke måtte tages i betragtning, idet ingen af afvigelserne angik grundlæggende elementer. Som følge af de nævnte forhold var de fire tilbud imidlertid alle uforskriftsmæssige, og møderne med de fire tilbudsgivere havde karakter af tekniske afklaringer og var ikke forhandlinger i strid med forhandlingsforbudet. Med hensyn til klageren og Varmekontrol havde møderne desuden til formål at danne grundlag for nødvendige prissætninger som følge af, at klagerens vandmåler og Varmekontrols energi- og vandmålere som anført ikke opfyldte kravet om adskilt tællerværk. De indklagedes fandt det mest hensigtsmæssigt at gennemføre denne prissætning ved at give klageren og Varmekontrol lejlighed til at give oplysning om merprisen for målere med adskilt tællerværk. Det bestrides, at udbudsbetingelsernes krav om EU-godkendte vandmålere med tællerværket adskilt fra måleren ikke kunne opfyldes.

De indklagede har videre gjort gældende, at for det tilfælde, at møderne med tilbudsgiverne skal anses for forhandlinger, har der været hjemmel hertil i Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 2, som følge af, at ingen af de fire tilbud som nævnt var forskriftmæssige.

Klageren har heroverfor anført: Det bestrides, at klagerens tilbud ikke opfyldte udbudsbetingelserne. At de tilbudte vandmålere ikke kunne monteres med adskilt tælleværk, skyldtes alene udbudsbetingelsernes krav om, at målerne skulle være EU-godkendt, idet der ikke på udbudets tidspunkt eksisterede EU-godkendte vandmålere med adskilt tælleværk. Det bestrides, at betingelserne efter Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 2, har været opfyldt.

Ad påstand 1, 2, 4 og 8

Klageren har gjort gældende: Det fremgår klart af sagens omstændigheder, at den energimåler, som Varmekontrols tilbud angik, ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav, og at Varmekontrol efter forhandlingerne med de indklagedes rådgivere og Boligkontoret ændrede tilbudet til at angå en anden energimåler. De indklagede har således taget Varmekontrols tilbud i betragtning, selvom det afveg fra udbudsbetingelserne med hensyn til et grundlæggende element, ligesom de indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip, herunder forhandlingsforbudet, ved at forhandle med Varmekontrol om et grundlæggende element, og ved at vurdere Varmekontrols tilbud ud fra den energimåler, som Varmekontrol ændrede sit tilbud til at angå.

De indklagede har gjort gældende: Som nævnt ovenfor var Varmekontrols tilbud ikke ukonditionsmæssigt, og mødet med Varmekontrol angik ligesom mødet med klageren tekniske afklaringer, hvor begge disse tilbudsgivere fik adgang til at oplyse merpriser for målere i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes krav, således at der kunne ske prissætning på disse punkter med hensyn til begge tilbud.

Ad påstand 3 og 5

Klageren er ikke fremkommet med bemærkninger om disse påstande.

De indklagede har anført, at der ikke har været forhandlet med Varmekontrol vedrørende varmeregnskab.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende: De indklagede har overtrådt Indkøbsdirektivet som følge af, de ikke ved vurderingen af Varmekontrols tilbud tog hensyn til merudgiften ved udbygning af målerne med radiosendermodul og håndterminal, selvom de indklagede ved vurderingen lagde vægt på, at de af Varmekontrol tilbødte målere kunne udbygges på denne måde.

De indklagede har gjort gældende: Det forhold, at de af Varmekontrol tilbødte målere kunne udbygges med radiosendermodul og håndterminal, indgik i de indklagedes vurdering af målerens tekniske værdi, og de indklagede havde ikke pligt til at tage hensyn til merprisen for radiosendermodul og håndterminal.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende: De indklagede vurderede Varmekontrols tilbud på grundlag af den flerstrålede vandmåler, som Varmekontrol havde tilbudt som et alternativ, men de indklagede vurderede ikke klagerens tilbud på grundlag af den flerstrålede vandmåler, som klageren havde tilbudt som et alternativ. Dette er en overtrædelse af udbudsreglerne.

De indklagede har gjort gældende: Klageren havde nok angivet merpris for den alternativt tilbødte vandmåler, men omtalte imidlertid ikke denne vandmåler under de indklagedes og rådgivernes møde med klageren. De indklagede kunne derfor ikke tage hensyn til denne vandmåler ved vurderingen af klagerens tilbud.

Ad påstand 9

Klageren har anført, at udbudsbetingelserne ikke angav, at energimålerne skulle kunne udbygges med radiosendermoduler, hvorfor det har været i strid med udbudsreglerne, at de indklagede ved deres vurdering af tilbudene lagde vægt på, om de tilbødte energimålere kunne udbygges med radiosendermoduler.

De indklagede har gjort gældende: De indklagede har været berettiget til at vurdere tilbudenens tekniske værdi efter et sagligt skøn og har således været berettiget til at tillægge det det betydning, om de tilbudte energimålere en gang i fremtiden kunne udbygges med radiosendermoduler.

Ad påstand 10

Ad påstand 10, a – c.: Klageren har gjort gældende, at de indklagede har overtrådt udbudsreglerne som angivet under disse punkter. De indklagede har gjort gældende, at de har foretaget en saglig vurdering af tilbudenens tekniske værdi.

Ad påstand 10, d:

Klageren har gjort gældende, at de indklagede har overtrådt udbudsreglerne som angivet under dette punkt. De standardforbehold, der var vedlagt klagerens tilbud, angik kun tilbud 2 og er derfor uden betydning for sagen.

De indklagede har gjort gældende, at Siemens forbehold vedrørende dagbøder blev frafaldet, og at forbeholdet om adgang blev anset for frafaldet, og at de indklagede ved vurderingen af Siemens' tilbud foretog en prissætning af de øvrige forbehold. De indklagede har desuden henvist til, at klageren selv tog forbehold ved at vedlægge sit tilbud standardforbehold, og at klageren frafaldt den relevante del af disse standardforbehold ved de indklagedes og rådgivernes møde med klageren. Disse forhold viser, at de indklagede behandlede tilbudsgiverne ens med hensyn til forbehold.

Ad påstand 10, e:

Klageren har gjort gældende: De indklagede vurderede tilbudene på grundlag af en beregning af driftsudgifter over 10 år, uanset at udbudsbetingelserne foreskrev, at der i tilbudene skulle medregnes og leveres drift over 6 år. Dette er i strid med udbudsbetingelserne, idet forholdet favoriserer de tilbudsgivere, der af forretningsmæssige årsager har valgt at angive forholdsmæssigt lave tilbudspriser for drift, og er omvendt til ugunst for de tilbudsgivere, der har valgt at angive forholdsmæssigt høje priser for drift. Hertil kommer, at beregning af driftsudgifterne over 10 år medfører, at udgiften til batteriskift skal medregnes, hvilket favoriserer de tilbudsgivere,

hvis omkostninger ved batteriskift er lavest, uanset at pris for batteriskift ikke skulle være indeholdt i tilbudspriserne.

De indklagede har gjort gældende: De omtalte beregninger er sagligt begrundede i et ønske om at beregne driftsudgifterne for en periode, der også omfatter batteriudskiftning.

Ad påstand 10, f:

Klageren har gjort gældende: Uanset at der ifølge udbudsbetingelserne skulle ske udskiftning eller kontrol af vandmålerne efter 8 år, er udgiften hertil ikke medregnet i de indklagedes beregning af driftsudgifterne over 10 år. Dette er udtryk for en yderligere forskelsbehandling af tilbudsgiverne. De indklagede har gjort gældende, at beregningen af driftsudgifterne er foretaget sagligt.

Ad påstand 10, g:

Klageren har gjort gældende: De indklagede gav tilbudene points med hensyn til driftsudgifter efter den særlige beregningsmodel, der er nævnt i referatet af mødet den 9. juli 2003, uanset at det i udbudsbetingelserne var angivet, at tilbudene bortset fra med hensyn til prisen ville få tildelt points efter en nærmere angivet karakterskala. De indklagede har gjort gældende, at tilbudene fik tildelt points med hensyn til driftsudgifter i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, idet driftsudgifter henhører under pris.

Ad påstand 11

Klageren har gjort gældende: Udbudet blev foretaget med boligkontoret som ordregiver, men blev senere ændret til at angå de 23 boligorganisationsafdelinger. En så væsentlig ændring af et EU-udbud kan ikke finde sted.

De indklagede har gjort gældende: Ændringen skete ved rettelsesbladet af 26. maj 2003, dvs. før tilbudsfristens udløb, og er derfor uden betydning.

Ad påstand 12

Klageren har gjort gældende: De indklagedes overtrædelser er af en sådan karakter, at de bør føre til annulation af de indklagedes beslutninger om at

indgå kontrakter med Varmekontrol. Klageren har ikke udvist passivitet, men reagerede prompte efter at være blevet bekendt med de indklagedes overtrædelser.

De indklagede har gjort gældende: En annulation efter så lang tids forløb ville være ensbetydende med ressourcespild. En annulation ville desuden savne mening, fordi de enkelte indklagede i så fald hver især kunne indkøbe målere uden EU-udbud, da indkøbenes værdi for de enkelte afdelinger ikke når op på direktivets tærskelværdi.

Klagenævnet udtaler:

Om Indkøbsdirektivet finder anvendelse, og ad påstand 11

Af Indkøbsdirektivets artikel 26 fremgår, at den ordregivende myndighed i henhold til et EU-udbud er den myndighed mv., der træffer tildelingsbeslutningen. Bl.a. af artikel 16 fremgår videre, at den ordregivende myndighed skal foretage en udbudsbekendtgørelse i EF-Tidende og skal udfærdige udbudsbetingelser.

Af disse regler følger dels, at den ordregivende myndighed skal angives ens i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, dels at den ordregivende myndighed, der angives i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, skal være den myndighed mv., der træffer tildelingsbeslutningen.

Klagenævnets kendelse af 25. november 2002 i sagen Skousen Husholdningsmaskiner A/S mod Arbejdernes Andels Boligforening indeholder en fremstilling om almene boligorganisationers forhold til de EU-retlige udbudsregler. I kendelsen af 25. november 2002 er det således fastslået, at de enkelte afdelinger under almene boligorganisationer er selvstændige økonomiske enheder, der selv træffer bestemmelse om bl.a. indkøb, således at boligorganisationen kun har visse kontrolfunktioner m.m. i sammenhængen. Som ligeledes fastslået i kendelsen af 25. november 2002 skal der som følge heraf som udgangspunkt ikke ske sammenlægning af indkøb foretaget af forskellige afdelinger under samme boligorganisation ved beregningen af sådanne indkøbs værdi i forhold til Indkøbsdirektivets tærskel-

værdi. Det bemærkes herved, at afdelinger i almene boligorganisationer er ordregivere i medfør af Indkøbsdirektivets artikel 1, b.

Som også berørt i kendelsen af 25. november 2002 kan det imidlertid tænkes, at flere afdelinger i samme almene boligorganisation af forskellige grunde foretager et samlet indkøb af en artikel, som de alle har behov for at anskaffe. Det kan også tænkes, at flere afdelinger i forskellige boligorganisationer foretager et sådant samlet indkøb. I sådanne tilfælde opstår der dels spørgsmål om beregningen af et sådant samlet indkøbs værdi i relation til Indkøbsdirektivets tærskelværdi, dels spørgsmål, om hvem der skal anses som ordregiver, hvis indkøbet foretages gennem et EU-udbud.

Med hensyn til spørgsmålet om beregningen af værdien af et samlet indkøb som omtalt i relation til Indkøbsdirektivets tærskelværdi bemærkes: Det afgørende er indkøbets samlede værdi, således at der skal foretages EU-udbud, hvis værdien af et samlet indkøb som omtalt når op på Indkøbsdirektivets tærskelværdi. Dette følger bl.a. af EF-domstolens gentagne tilkendegivelser om, at udbudsdirektiverne skal fortolkes sådan, at deres effektive virkning tilgodeses. Det gælder uanset, om det er de enkelte afdelinger, vedkommende boligorganisation eller en koordinerende instans, der er ordregivende myndighed, jf. om dette spørgsmål straks nedenfor.

Med hensyn til spørgsmålet, om hvem der skal anses for ordregiver, hvis et samlet indkøb som omtalt foretages gennem et EU-udbud, bemærkes:

Som almindeligt udgangspunkt må det være de enkelte afdelinger, der skal træffe tildelingsbeslutningerne, og som derfor er ordregivende myndigheder i henhold til EU-udbudet. Hvis afdelingerne har overladt det til boligorganisationen eller en koordinerende instans som Boligkontoret at træffe tildelingsbeslutning, er det dog boligorganisationen eller den koordinerende instans, der er ordregivende myndighed i henhold til udbudet.

De indkøb, som sagen drejer sig om, angik de samme artikler, ligesom indkøbene blev foretaget samtidig med fælles kravspecifikationer og med en fælles tekniske rådgivere. Indkøbene må derfor anses for et samlet indkøb. Værdien af det samlede indkøb oversteg Indkøbsdirektivets tærskelværdi, og de indklagede havde således pligt til at foretage indkøbet gennem et EU-udbud, hvilket også skete.

Indkøbsdirektivet finder herefter anvendelse i sagen. Byggesagsbeskrivelsens henvisning til Tilbudsloven er uden betydning, allerede fordi denne henvisning må antages at sigte til vvs-entreprisen, der også var omfattet af byggesagsbeskrivelsen.

I den foreliggende sag var det til at begynde med tilsyneladende hensigten, at Boligkontoret, der var et fælles administrationsselskab, skulle træffe tildelingsbeslutningen og dermed være ordregivende myndighed. Boligkontoret var således angivet som ordregivende myndighed (»ordregivende bygherre«) i udbudsbekendtgørelsen.

Medens udbudet verserede, skete der flere ændringer heri, og i hvert fald nogle af disse ændringer skyldtes efter det fremkomne, at Boligkontoret blev nedlagt, medens udbudet verserede. Det var således en af boligorganisationerne, der blev angivet som ordregivende myndighed (»bygherre«) i udbudsbetingelserne af 2. maj 2003, om end det samtidig blev anført, at aftale ville blive indgået med Boligkontoret. I rettelsesbladet af 26. maj 2003 blev de 23 boligorganisationsafdelinger angivet som ordregivende myndigheder (»bygherrer«). I rettelsesbladet anførtes imidlertid samtidig, at kontrakt ville blive indgået med de enkelte boligselskaber/foreninger, og det syntes forudsat, at tildelingsbeslutningerne ville blive truffet af boligorganisationerne. I Studstrup & Østgaards telefaks af 14. juli 2003 blev det derimod tilkendegivet, at tildelingsbeslutningerne ønskedes truffet af de enkelte afdelinger, hvilket blev accepteret af de tilbudsgivere, hvis tilbud var blevet taget i betragtning.

Ved de omtalte ændringer overtrådte de indklagede Indkøbsdirektivets artikel 16 og artikel 26, idet som ovenfor nævnt følger af disse bestemmelser, at den ordregivende myndighed skal angives ens i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, og at den ordregivende myndighed, der angivet i disse dokumenter, skal være den myndighed mv., der træffer tildelingsbeslutningen. Ændringerne var også i strid med det almindelige EU-retlige gennemsigtighedsprincip.

Påstand 11 tages herefter til følge.

Om Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 2, finder anvendelse

Efter Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 2, kan der ske udbud efter forhandling, bl.a. når der ikke er indkommet forskriftsmæssige bud. Dette må forstås som sigtende til tilfælde, hvor alle tilbud afviger fra grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, således at ingen af tilbudene må tages i betragtning, dvs. hvor alle tilbud er det, der normalt karakteriseres som ukonditionsmæssige.

Klagenævnet kan således ikke tiltræde den af de indklagede hævdede forståelse af artikel 6, stk. 2, dvs. at bestemmelsen skulle finde anvendelse i tilfælde, hvor de konditions-mæssige tilbud alle afviger fra udbudsbetingelserne med hensyn til ikke grundlæggende elementer. En sådan forståelse af artikel 6, stk. 2, ville medføre, at bestemmelsen kunne finde anvendelse i vidt omfang, og dette ville stride mod Indkøbsdirektivets formål og mod bestemmelsens karakter af en undtagelsesbestemmelse. Klagenævnet henviser herved til EF-domstolens tilkendegivne holdning, hvorefter bestemmelser i udbudsdirektiverne, der undtager fra udbudspligten, skal fortolkes snævert, jf. fx EF-domstolens dom af 14. september 2004 i sag C-385/02, Kommissionen mod Italien, og EF-domstolens dom af 14. oktober 2004 i sag C-340/02, Kommissionen mod Frankrig.

Det er ikke oplyst eller gjort gældende, at alle tilbud var ukonditions-mæssige, og de indklagede har således ikke kunnet forhandle med tilbudsgiverne med hjemmel i Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 2.

Om de indklagedes forhandlinger med klageren og Varmekontrol om vandmålere:

Klagenævnet kan ikke tiltræde de indklagedes synspunkt om, at forhandlingerne med klageren og Varmekontrol var berettigede, fordi disse forhandlinger havde til formål at opnå en prissætning. Når et element i et tilbud skal prissættes, skal ordregiveren foretage denne prissætning på egen hånd, og det vil stride mod ligebehandlingsprincippet, hvis ordregiveren inddrager tilbudsgiveren i prissætningen. De indklagedes forhandlinger med klageren og Varmekontrol om vandmålere var imidlertid berettigede af andre grunde, jf. nedenfor.

Udbudsbetingelsernes krav om, at vandmålerne skulle have tælleværket adskilt fra målerne, var uklart. Den mest naturlige sproglige forståelse af kravet var, at de tilbudte vandmålere skulle være forsynet med egen aflæs-

ningsenhed, der skulle placeres et lille stykke fra måleren. Denne forståelse bestyrkes af angivelsen i rettelsesbladet af 26. maj 2003 af, at tællerværket skulle placeres 1-2 meter fra måleren, og bestyrkes desuden af, at angivelsen i samme rettelsesblad af, at vandmålere skulle have pulsudgang, kun angik tilbud 2. Klageren forstod efter det oplyste kravet således.

Klagenævnet lægger imidlertid til grund, at kravet, hvis det blev forstået på denne måde, stred mod udbudsbetingelsernes krav om, at målerne skulle være EU-godkendt, idet der ikke på udbudets tidspunkt fandtes EU-godkendte vandmålere med adskilt tællerværk i den pågældende betydning af dette udtryk. Klagenævnet henviser herved til, at klagerens anbringende herom reelt er bestyrket af John Esbechs forklaring, og til, at de indklagedes bestridelse af anbringendet først er fremsat under den afsluttende mundtlige forhandling den 22. november 2004, uden at de indklagede har anført noget til støtte herfor.

Det omhandlede krav i udbudsbetingelserne kunne også forstås sådan, at det afgørende ikke var, om den tilbudte vandmåler havde eget adskilt tællerværk, men at det afgørende var, at vandforbruget kunne aflæses et andet sted end på selve måleren, således at en pulsgiverløsning opfyldte kravet. Siemens og Viterra forstod øjensynlig kravet sådan, idet disse tilbudsgivere angav en pulsgiverløsning i deres tilbud, hvilket de indklagede tydeligvis opfattede som en opfyldelse af udbudsbetingelsernes krav på det pågældende punkt.

Det omtalte krav i udbudsbetingelserne kunne således forstås på flere forskellige måder, og den mest naturlige måde at forstå kravet på stred som nævnt mod udbudsbetingelsernes krav om, at vandmålerne skulle være EU-godkendt. Disse forhold skyldtes, at de indklagede ikke havde formuleret kravet tilstrækkeligt præcist. Som følge af ligebehandlingsprincippet var de indklagede herefter forpligtede til at søge en teknisk afklaring hos klageren og Varmekontrol med hensyn til, om disse tilbudsgiveres vandmålere kunne udbygges til en pulsgiverløsning i overensstemmelse med den måde, som Siemens og Viterra havde forstået kravet på, og som de indklagede havde accepteret, eller om klageren og Varmekontrol kunne tilbyde en anden vandmåler, der kunne udbygges sådan. Med hensyn til vandmålere havde de indklagedes forhandlinger med klageren og Varmekontrol karakter af en sådan teknisk afklaring, og de indklagedes forhandlinger med klageren og

Varmekontrol om vandmålere var således ikke en overtrædelse af det EU-retlige forhandlingsforbud.

Ad påstand 1

Udbudsbetingelsernes krav om, at energimålerne skulle have tællerværket adskilt fra målerne, var et grundlæggende element. Dette fremgår af, at kravet var angivet både i udbudsbetingelserne og i rettelsesbladet af 26. maj 2003, ligesom det tydeligvis i forbindelse med forhandlingen den 3. juli 2003 blev tilkendegivet over for Varmekontrol, at der skulle findes en løsning, hvorefter energimålernes målinger skulle kunne aflæses et andet sted end på målerne.

Efter det oplyste kunne udbudsbetingelsernes krav om adskilt tællerværk uden videre opfyldes for energimålernes vedkommende, sådan at der med hensyn til energimålere i modsætning til med hensyn til vandmålere ikke forelå noget spørgsmål om, hvorledes kravet skulle forstås. Klagerens tilbud angik således en energimåler, der opfyldte kravet. De energimålere, der var omfattet af Varmekontrols tilbud, kunne derimod ikke monteres med tællerværket adskilt fra måleren, og Varmekontrols tilbud stred derfor mod et grundlæggende element i udbudsbetingelserne. Det følger herefter af det EU-retlige ligebehandlingsprincip, at de indklagede havde pligt til ikke at tage Varmekontrols tilbud i betragtning.

Det gør ingen forskel, hvis Varmekontrols tilbud skal anses for et alternativt tilbud på det pågældende punkt, jf. bemærkningerne om alternative tilbud nedenfor ad påstand 7.

Påstanden tages herefter til følge.

Det bemærkes herved, at Klagenævnet ikke kan tiltræde de indklagedes synspunkt om, at forhandlingen med Varmekontrol var berettiget, fordi den havde til formål at opnå en prissætning. Dels må en ordregiver ikke inddrage vedkommende tilbudsgiver i en prissætning, jf. bemærkningerne ovenfor om dette spørgsmål, dels opstod der ikke spørgsmål om prissætning af Varmekontrols tilbud med hensyn til energimålere, idet tilbudet på dette punkt som nævnt stred mod et grundlæggende element, således at tilbudet ikke måtte tages i betragtning overhovedet.

Ad påstand 2, 4 og 8

I forbindelse med mødet den 3. juli 2003 ændrede Varmekontrol sit tilbud til at angå en anden energimåler end den oprindeligt tilbudte, der som nævnt ad påstand 1 stred mod et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, og de indklagede lagde ved tildelingsbeslutningen vægt på Varmekontrols ændrede tilbud.

Dette forhold er udtryk for en forhandling i strid med det EU-retlige forhandlingsforbud, og er desuden en overtrædelse af Indkøbsdirektivets artikel 26. Påstand 2, 4 og 8 tages herefter til følge.

Ad påstand 3 og påstand 5

Disse påstande tages ikke til følge, da der ikke er fremkommet noget, der kan danne grundlag herfor.

Ad påstand 6

Udbudsbetingelserne omfattede ikke levering af radiosendermoduler og håndterminaler, og de indklagede havde derfor ikke pligt til ved vurderingen af tilbudene at tage hensyn til prisen herfor. Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 7

Udbudsbetingelsernes angivelse af, at der kunne afgives alternative tilbud, var misvisende, for så vidt som der tilsyneladende ikke sigtedes til det, der normalt betragtes som alternative tilbud, dvs. tilbud om en anden ydelse end den, der er specificeret i udbudsbetingelserne. Dette fremgår af, at byggesagsbeskrivelsen brugte vendingen »Alternative tilbud som dækker udbudsmaterialets krav«, og fremgår desuden af, at det ikke var angivet i udbudsbetingelserne, hvilke mindstekrav alternative tilbud skulle overholde.

Hvis det var hensigten, at der skulle kunne afgives egentlige alternative tilbud, var den manglende angivelse af mindstekrav en overtrædelse af Indkøbsdirektivets artikel 16, stk. 2, og det følger under alle omstæn-

digheder af artikel 16, stk. 1, at der som følge af den manglende angivelse af mindstekrav ikke måtte tages hensyn til alternative tilbud, jf. herved også EF-domstolens dom af 16. oktober 2003 i sag C-421/01, Traunfellner.

Klagenævnet lægger på den anførte baggrund til grund, at arbejdsbeskrivelsens angivelse af, at der kunne afgives alternative tilbud, blot skal forstås som en angivelse af, at tilbudsgiverne i deres tilbud kunne angive flere forskellige energimålere og flere forskellige vandmålere.

Ved vurderingen af tilbudenets tekniske værdi tog de indklagede udgangspunkt i den af Varmekontrol »alternativt« tilbudte flerstrålede vandmåler, men ikke i den af klageren »alternativt« tilbudte flerstrålede vandmåler. Dette var i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip og med Indkøbsdirektivets artikel 26, hvorfor påstanden tages til følge. Det, som de indklagede har anført vedrørende denne påstand, ses ikke at kunne føre til andet resultat.

Ad påstand 9

Ved vurderingen af tilbudenets tekniske værdi tillagde de indklagede det vægt, om de tilbudte energimålere kunne forsynes med radiosendermoduler. Dette var udtryk for en vurdering inden for rammerne af det skøn, som en udbyder har ret til at udøve, når tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud. Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 10

Ad punkt a:

Klagenævnet har ad påstand 7 konstateret, at de indklagede overtrådte udbudsreglerne ved ikke at tage udgangspunkt i den af klageren tilbudte flerstrålede vandmåler ved vurderingen af de tilbudte vandmåleres tekniske værdi, dvs. at de indklagede ikke vurderede denne vandmålers tekniske værdi. Klagenævnet finder herefter ikke anledning til at tage stilling til påstand 10, punkt a.

Ad punkt b:

Ved vurderingen af den af klageren tilbudte energimålers tekniske værdi gik de indklagede ud fra, at måleren ikke kunne påsættes radiosendermodul. Det fremgik imidlertid af klagerens tilbud, at den tilbudte energimåler kunne

påsættes radiosendermodul, og de indklagedes vurdering af den tekniske værdi for den af klageren tilbudte energimåler var derfor usaglig. Påstanden tages herefter til følge på dette punkt.

Ad punkt c:

Klagenævnet har ikke tilstrækkelig anledning til at tilsidesætte de indklagedes vurdering på dette punkt, da denne vurdering ligger inden for rammerne af det skøn, som en udbyder har ret til at udøve, når tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud. Påstanden tages herefter ikke til følge på dette punkt.

Ad punkt d:

De indklagede havde i medfør af det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 pligt til ved deres vurdering af Siemens' tilbud at tage stilling til forbeholdene i Siemens' tilbud om adgang, dagbøder, kurs- og prisændringer og salgs- og leveringsbetingelser. De indklagede skulle herved vurdere, om disse forbehold stred mod grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne med den konsekvens, at Siemens' tilbud ikke kunne tages i betragtning. Hvis vurderingen mundede ud i, at forbeholdene ikke stred mod grundlæggende elementer, skulle de indklagede vurdere, om forbeholdene kunne prissættes med den fornødne sikkerhed. Hvis denne vurdering mundede ud i, at forbeholdene ikke kunne prissættes med den fornødne sikkerhed, skulle de indklagede undlade at tage tilbudet i betragtning. Hvis vurderingen mundede ud i, at forbeholdene kunne prissættes med den fornødne sikkerhed, skulle de indklagede foretage en saglig prissætning af dem.

Klagenævnet har ikke bemærkninger til, at de indklagede anså Siemens' forbehold vedrørende adgang for frafaldet, idet dette forbehold reelt var en selvfølgelighed og ikke kunne anses for en fravigelse af udbudsbetingelserne. Klagenævnet har heller ikke bemærkninger til, at de indklagede prissatte Siemens' henvisning til almindelige salgs- og leveringsbetingelser til 0, idet der ikke er fremkommet grundlag for at gå ud fra, at denne prissætning var usaglig.

Klagenævnet finder derimod, at Siemens' forbehold vedrørende dagbøder og kurs- og prisændringer efter deres indhold ikke kunne prissættes med den fornødne sikkerhed, dvs. på en måde, der sikrede, at Siemens ikke ved at tage disse forbehold tiltog sig fordele på de andre tilbudsgiveres

bekostning. Som følge heraf havde de indklagede pligt til ikke at tage Siemens' tilbud i betragtning. Det er uden betydning, at Siemens' forbehold vedrørende dagbøder senere blev frafaldet, da en ordregivers vurdering af, om et tilbud må tages i betragtning, skal ske på grundlag af tilbudets eget indhold.

Påstanden tages herefter til følge på dette punkt for så vidt angår dagbøder og regulering af pris. Henvisningen i klagerens tilbud til standardforbehold ses ikke at have nogen betydning i sammenhængen.

Ad punkt e:

Ifølge udbudsbetingelserne skulle tilbudene omfatte driftsudgifter i 6 år, men de indklagede vurderede tilbudene med hensyn til underkriteriet driftsudgifter ved en beregning af driftsudgifter over 10 år. Dette var i strid med de EU-retlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling og med Indkøbsdirektivets artikel 26, hvorfor påstanden tages til følge på dette punkt.

Ad punkt f:

Der er ikke fremkommet oplysninger, der kan føre til en konstatering af, at de indklagede har overtrådt udbudsreglerne som angivet. Påstanden tages derfor ikke til følge på dette punkt.

Ad punkt g:

Udbudsbetingelserne må forstås sådan, at tilbudene med hensyn til underkriterierne til tildelingskriteriet bortset fra underkriteriet etableringspris ville få tildelt points ud fra den karakterskala, der var angivet i udbudsbetingelserne med hensyn til »hver enkelt del«. De indklagede vurderede imidlertid tilbudene med hensyn til tildelingskriteriet driftsudgifter ud fra en anden pointskala, der blev besluttet under mødet den 9. juli 2003. Dette var i strid med de EU-retlige principper om gennemsigtighed og ligebehandling og med Indkøbsdirektivets artikel 26, hvorfor påstanden tages til følge på dette punkt. Det, som de indklagede har anført vedrørende dette punkt, ses ikke at kunne føre til andet resultat.

Ad påstand 12

Som følge af karakteren af de indklagedes overtrædelser af udbudsreglerne tages denne påstand til følge i medfør af § 6, stk. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud.

I medfør af § 7 i Lov om Klagenævnet for Udbud pålægges det de indklagede solidarisk at betale sagsomkostninger til klageren med 80.000 kr. Klagenævnet har ikke anledning til at tage stilling til, hvorledes omkostningsbeløbet skal fordeles mellem de indklagede i det indbyrdes forhold, men beløbet er fastsat med henblik på, at hver af de indklagede i det indbyrdes forhold skal betale 4.000 kr., hvis der i det indbyrdes forhold skal ske lighedeling mellem de indklagede.

Herefter bestemmes:

Påstand 1:

De indklagede har overtrådt Indkøbsdirektivet ved at tage tilbudet fra Varmekontrol A/S i betragtning, selvom dette tilbud ikke opfyldte kravene i udbudsbetingelserne med hensyn til energimålere.

Påstand 2:

De indklagede har overtrådt det EU-retlige forhandlingsforbud ved efter tilbudenens afgivelse at forhandle med tilbudsgiveren Varmekontrol om, hvilken type energimålere der skulle leveres.

Påstand 3 tages ikke til følge.

Påstand 4:

De indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved efter tilbudenens afgivelse at give tilbudsgiveren Varmekontrol A/S lejlighed til at ændre sit tilbud med hensyn til, hvilken type energimålere der skulle leveres.

Påstand 5 tages ikke til følge.

Påstand 6 tages ikke til følge.

Påstand 7:

De indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved ved deres evaluering af de tilbudte vandmåleres tekniske værdi at have taget udgangspunkt i den af tilbudsgiveren Varmekontrol A/S tilbudte alternative flerstrålede vandmåler, men ikke i den af klageren tilbudte alternative flerstrålede vandmåler.

Påstand 8:

De indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved ved deres evaluering af de tilbudte energimåleres tekniske værdi at have taget udgangspunkt i en energimåler, der var tilbudt af tilbudsgiveren Varmekontrol A/S ved forhandlinger efter tilbude-
nes afgivelse.

Påstand 9 tages ikke til følge.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 10, a.

Påstand 10, b:

De indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved ved deres evaluering af tilbudene fejlagtigt at være gået ud fra, at den af klageren tilbudte energimåler ikke kunne påsættes radiosendermodul.

Påstand 10, c tages ikke til følge.

Påstand 10, d

De indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved ved deres evaluering af tilbudene ikke at have taget hensyn til, at tilbudet fra tilbudsgiveren Siemens A/S indeholdt forbehold med hensyn til dagbøder og regulering af pris.

Påstand 10, e:

De indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved ved deres evaluering af tilbudene at have vurderet driftsudgifter over 10 år, uanset at tilbudene ifølge udbudsbetingelserne skulle angive driftsudgifter over 6 år.

Påstand 10, f tages ikke til følge.

Påstand 10, g:

De indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip og Indkøbsdirektivets artikel 26 ved ved deres evaluering af tilbudene med hensyn til driftsudgifter at have anvendt en anden beregningsmodel end den, der var angivet i udbudsbetingelserne.

Påstand 11:

De indklagede har overtrådt Indkøbsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at angive de enkelte boligorganisationsafdelinger som ordregivere, uanset at de ikke var angivet som ordregivere i udbudsbekendtgørelsen.

Påstand 12:

De indklagedes beslutninger om at indgå kontrakt med Varmekontrol A/S annulleres.

Klagegebyret tilbagebetales.

De indklagede skal i sagsomkostninger til klageren, Brunata A/S, solidarisk betale 80.000 kr., der skal betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig