

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Niels Henriksen, Niels Sørensen)

J.nr.: 2006-0005711

13. november 2006

K E N D E L S E

Cowi A/S

(advokat Michael Gjedde-Nielsen, København)

mod

Sønderjyllands Amt

(advokat Tina Braad, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse af 20. december 2005 udbød Sønderjyllands Amt som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EU-udbudsdirektivet) en tjenesteydelse bestående af projektering af samt udbud af og tilsyn med tre naturgenopretningsprojekter i Vidå-systemet.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 20. december 2005, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 1. februar 2006 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. Carl Bro A/S (Carl Bro)
2. Niras rådgivende ingeniører og planlæggere A/S (Niras)
3. Rambøll Danmark A/S (Rambøll)
4. Cowi A/S
5. Hedeselskabet Miljø og Energi A/S (Hedeselskabet)
6. Krüger A/S (Krüger)

Den 14. februar 2006 besluttede indklagede at indgå kontrakt med 4. Carl Bro A/S, og kontrakt blev herefter indgået på et tidspunkt i foråret 2006.

Den 22. marts 2006 indgav klageren, 1. Cowi A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Sønderjyllands Amt. 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 10. april 2006 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 13. oktober 2006.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at ikke at tage klagerens tilbud i betragtning.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige bud blandt de tilbud, som indklagede kunne tage i betragtning.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede ville have handlet i strid med udbudsreglerne ved at annullere udbuddet.

Påstand 4

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 418.650 kr. med procesrente fra 29. maj 2006.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 4 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 4, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 – 3.

Klagenævnet har under sagens forberedelse stillet indklagede nogle spørgsmål, der sigtede til, om indklagede har overtrådt det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at forskelsbehandle klageren og Carl Bro på nærmere angiven måde. Som nævnt i Klagenævnets bemærkninger nedenfor ad påstand 1 finder Klagenævnet imidlertid ikke anledning til at tage selvstændig stilling til disse spørgsmål.

Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Den naturgenopretning, som den udbudte tjenesteydelse angår, går ud på etablering af tre fiskepassager i Vidå-systemet ved lokaliteterne henholdsvis Bachmanns Mølle, Rens Dambrug og St. Jynde vad Mølle. Disse fiskepassager har til formål at sikre bestanden af snæbel, dvs. en lille laksefisk. Tjenesteydelsen går ud på udarbejdelse af projektforslag, hovedprojekt, udbud af anlægsprojekt samt byggeledelse, fagtilsyn og projektopfølgning ved anlægsprojektets udførelse.

I udbudsbetingelserne indgik et projektforslag for hver af de tre lokaliteter. Hvert af disse projektforslag indeholdt bl.a. et skitseprojekt, der var udarbejdet til brug for ansøgning om EU-støtte og offentlige høringer efter vandløbsloven m.m. Skitseprojekterne var udarbejdet af tilbudsgiveren 5. Hedeselskabet. Det fremgik af udbudsbetingelserne, at tilbuddene skulle udarbejdes på grundlag af de omtalte projektforslag med de deri indeholdte skitseprojekter, således at tilbud, der ikke var udarbejdet på dette grundlag, ville blive betragtet som alternative tilbud.

I udbudsbetingelserne var bl.a. anført:

» Ordregiver vil vælge det samlet set økonomisk mest fordelagtige tilbud efter følgende kriterier

- Tilbudsgivers tilbudte pris, korrigeret for evt. forbehold.
- Tilbudsgivers beskrivelse af hvorledes han vil løse opgaven, herunder arbejdsplan.
- Tilbudsgivers tilbudte organisation...
- For alternative tilbud vil der ligeledes indgå en vurdering af tilbudets indflydelse på det visuelle miljø og funktion som faunapassage samt projektøkonomi.

Tildelingen vil blive gennemført på baggrund af den side...opstillede tildelingsmodel.

...

Den omtalte tildelingsmodel gik gengivet i hovedtræk ud på følgende:

For hvert af de nævnte tre underkriterier bortset fra prisen (opgavebeskrivelse, organisation m.m. og visuelt miljø m.m.) ville tilbudspriserne blive tillagt en fiktiv tillægspris, således at det økonomiske mest fordelagtige bud ville være det tilbud, der havde den laveste sum af tilbudspris og fiktive tillægspriser. De fiktive tillægspriser ville blive beregnet således: For hvert af de tre underkriterier tildeltes tilbuddene en karakter fra 0 til 10, og den fiktive tillægspris fremkom ved at multiplicere en særlig faktor for hvert af de tre underkriterier, henholdsvis faktor 40, 10 og 50, med forskellen mellem den tildelte karakter og 10. Som følge af, at faktorerne skulle multipliceres med forskellen mellem karakteren og 10, ville den fiktive tillægspris være lavere, jo højere karakteren var, og ville være 0 ved karakteren 10.

I udbudsbetingelserne var videre bl.a. angivet:

»De enkelte underkriterier er uddybet i det følgende:

Tilbudsgivers opgavebeskrivelse

Opgavebeskrivelsen skal beskrive opgaven i delopgaver.

- Hvilke delopgaver består opgaven af
- Hvilke firmaer/afdelinger/nøglepersoner skal løse hhv. deltage i løsningen af delopgaven
- Hvilke resurser påregnes benyttet
- Hvilket resultat og hvilken kvalitet løses opgaven til.

Der vil ved vurderingen blive lagt vægt på at tilbudsgiver udviser forståelse for løsning af alle delopgaver, og at han via en beskrivelse af aktivitet, tid og resurser (ATR-skemaer), dokumenterer kvalitet og omfang af hver enkelt delopgave.«

ATR-skemaer, dvs. skematiske opstillinger vedrørende udførelsen af en opgave, er et almindeligt kendt begreb inden for den tekniske rådgiverbranche. Udbudsbetingelserne indeholdt ikke nærmere angivelser om, hvorledes tilbudsgivernes ATR-skemaer skulle udformes.

I udbudsbetingelserne var videre bl.a. angivet:

»Såfremt tilbudsgiver forudser behov for yderligere undersøgelser end der indgår i den faste pris, skal det anføres, med et skønnet budget.

...

Tjenesteyderen antager geoteknisk bistand, der som sådan skal godkendes af ordregiver...Geoteknisk/geologisk bistand og vurdering er en del af tjenesteyders ydelse.

...

Tjenesteyderen antager eventuel anden specialistbistand, der som sådan skal godkendes af ordregiver. Udgifterne hertil betales af ordregiver...Planlagt specialistbistand skal med budget anføres på tilbudslisten.

...

«

I udbudsbetingelserne indgik en tilbudsliste, dvs. et skema, i hvilket tilbudsgiverne skulle angive den samlede tilbudspris og hvorledes denne fordelte sig på ca. 40 nærmere angivne underpunkter. Det var ikke et underpunkt eller underpunkter for geotekniske undersøgelser. Tilbudslisten indeholdt en særlig rubrik til angivelse af budgetpris for planlagt specialistbistand.

Før tilbuddenes afgivelse stillede tilbudsgiverne forskellige spørgsmål til indklagede, herunder nogle spørgsmål om geotekniske undersøgelser. I sine besvarelser af de stillede spørgsmål udtalte indklagede bl.a.:

»For de tre udbudte projekter er der ikke foretaget geotekniske undersøgelser.

...

[Spørgsmål]: Koblingen mellem tilbudsliste og ATR-skemaer er uklar. Umiddelbart er der en disharmoni mellem både at anvende faste priser og opstille ATR-skemaer. Skal det forstås sådan, at bygherren vil have et ATR-skema for hver af delydelserne i tilbudslisten?

Svar:

Ordregiver foretager ikke nogen umiddelbar kobling mellem ATR-skemaer og Tilbudslisten. Det er helt op til tilbudsgiver at foretage denne kobling.

Ordregiver benytter oplysninger til at vurdere om tilbudsgiver har forstået hele opgaven, dvs. alle delydelserne, samt hvilken kvalitet og omfang løsningen vil fremkomme i.«

Tilbuddene havde følgende tilbudspriser:

1. Carl Bro:	1.560.500 kr.
2. Niras:	1.940.250 kr.
3. Rambøll:	1.888.543 kr.
4. Klager:	1.122.250 kr.
5. Hedeselskabet:	1.469.375 kr.
6. Krüger:	2.081.094 kr.

Om tilbuddene bemærkes i øvrigt:

Tilbuddet fra 1. Carl Bro

Tilbuddet indeholdt et ATR-skema for hver af de tre fiskepassager, som udbuddet angik. I hvert af disse skemaer var der under betegnelsen »Omfang« bl.a. angivet: »Geotekniske undersøgelser«.

Tilbuddets tekst indeholdt forskellige angivelser om geotekniske undersøgelser. Af disse angivelser fremgik bl.a.: Vedrørende Bachmanns Mølle ville der blive foretaget en indledende georadarundersøgelse, der ville blive suppleret med geotekniske borer. Der ville blive foretaget 4+1 pejleboring. Vedrørende Rens Dambrug ville der blive etableret tre pejleboringer. Vedrørende St. Jydevad Mølle ville der blive foretaget en indledende pejleboring, der ville blive suppleret med geotekniske borer. Der ville blive foretaget tre pejleboringer. Angivelserne indeholdt forskellige forudsætninger om, at visse borer kunne udføres fra selvkørende borerig, og at der maksimalt blev fundet 1 m blød bund m.m. Der var ikke i tilbudslisten angivet noget om geotekniske undersøgelser.

Tilbuddet fra 2. Niras

Tilbuddet indeholdt ikke ATR-skemaer. Tilbuddets tekst indeholdt forskellige angivelser om geotekniske undersøgelser. I tilbudslisten var i rubrikken for planlagt specialistbistand angivet et budgetbeløb på 50.000 kr. for geotekniske forundersøgelser. I øvrigt var der ikke angivet noget om geotekniske undersøgelser i tilbudslisten.

Tilbuddet fra 3. Rambøll

Tilbuddet indeholdt et antal ATR-skemaer, herunder et ATR-skema for geotekniske undersøgelser vedrørende hver af de tre fiskepassager. Desuden indeholdt tilbuddets tekst forskellige angivelser om geotekniske undersøgelser. I tilbudslisten var angivet, at bistand fra landskabsarkitekt og geoteknisk bistand var indregnet i tilbudet.

Tilbuddet fra 4. klageren

Tilbuddet indeholdt omkring 50 ATR-skemaer vedrørende en række forskellige aktiviteter. Hverken ATR-skemaerne eller tilbuddet i øvrigt indeholdt angivelser om geotekniske undersøgelser. I ATR-skemaerne var angivet, hvilke funktioner, der skulle stå for de pågældende aktiviteter, dvs.

funktionerne som fx projektleder, byggeleder, senioringeniør etc. I et afsnit i tilbuddet om projektrelevante kvalifikationer var angivet:

»Til løsning af projektet har vi sammensat et hold af konsulenter, der dækker følgende fagfelter:

...

Geoteknik

...«

Tilbuddet indeholdt desuden et afsnit om organisation og bemanning ved projektets udførelse med angivelse af hvilke personer, der skulle udføre de forskellige funktioner som projektledere, byggeleder og senioringeniører etc. Om en af de nævnte personer var angivet, at den pågældende er en af landets mest kompetente geoteknikere.

I et afsnit i tilbuddet om forbehold var kun angivet, at klager tog nogle nærmere angivne standardforbehold. Disse standardforbehold kunne tages ifølge udbudsbetingelserne.

I tilbuddet var i øvrigt bl.a. angivet:

»Cowi tilbyder at udføre alle de rådgivningsydelser, der fremgår af Sønderjyllands Amts udbudsmateriale af 20. december 2005...

...

Cowi vil loyalt bidrage med at undersøge og vurdere de fremlagte projektforslag. Vi må dog forudse, at der kan opstå dilemmaer omkring en samtidig opfyldelse af de forskellige opstille krav og specifikationer til det endelige hovedforslag. Disse forhold forventes drøftet og afklaret i en konstruktiv dialog på bl.a. projektmøderne mellem ordregiver og rådgiver.

...

«

Tilbuddet fra 5. Hedeselskabet

Tilbuddet indeholdt forskellige ATR-skemaer. Geotekniske undersøgelser var ikke omtalt i skemaerne, men tilbuddets tekst indeholdt forskellige angivelser om geotekniske undersøgelser. I tilbudslistens rubrik for planlagt specialistbistand var bl.a. angivet geotekniske undersøgelser med en budgetpris på 145.000 kr.

Tilbuddet fra 6. Krüger

Tilbuddet indeholdt ikke ATR-skemaer. I tilbuddet var bl.a. angivet, at Krüger ville udarbejde en plan for geotekniske undersøgelser. Tilbudslisten indeholdt ikke angivelser om geotekniske undersøgelser.

Den 8. februar 2006 blev der holdt et møde mellem tilbudsgiveren 1. Carl Bro og repræsentanter for indklagede med henblik på teknisk afklaring af Carl Bro's tilbud. I et mødereferat, der blev udfærdiget af indklagedes tekniske rådgiver Prahls Rådgivende Ingeniører A/S (Prahls), hvis indehaver Knud Bjørn Prahls også deltog i mødet, udtales bl.a.:

»CB [dvs. Carl Bro] redegjorde for at den geotekniske undersøgelse vil bestå af en georadar undersøgelse i så stort udstrækning over projektområdet, at den kan verificeres af geotekniske prøveboringer og sonderinger, der kan udføres med en selvkørende borerig med 6 m kranarm...Det er CB's faglige overbevisning af dette giver et fuldgældigt billede af underbunden...«

I en skriftlig tilbudsvurdering, som Prahls foretog den 14. februar 2006, udtaltes bl.a.:

»[Om klagerens tilbud]

...

Hverken i arbejdsbeskrivelsen eller i ATR-skemaerne anføres noget om i hvilket omfang og art Cowi vil foretage geotekniske undersøgelser.

...

Der kan...ikke være tvivl om at tjenesteyders tilbud skal omfatte geotekniske undersøgelser...

For ordregivers bedømmelse af tilbudene anføres i [udbudsbetingelserne]:

'Opgavebeskrivelsen skal beskrive opgaven i delopgaver:

- Hvilke delopgaver består opgaven af
- Hvilke firmaer/afdelinger/nøglepersoner skal løse hhv. deltage i løsningen af delopgaven
- Hvilke resurser påregnes benyttet
- Hvilket resultat og hvilken kvalitet løses opgaven til.

Der vil ved vurderingen blive lagt vægt på at tilbudsgiver udviser forståelse for løsning af alle delopgaver, og at han via en beskrivelse af aktivitet, tid og resurser (ATR-skemaer), dokumenterer kvalitet og omfang af hver enkelt delopgave.'

Ordregiver finder ikke at opgaverne kan løses uden geotekniske undersøgelser i projektforslagsfasen.

Cowi har ikke i sit tilbud sandsynliggjort at opgaverne kan løses uden geotekniske undersøgelser.

Da der ikke i tilbudet er anført noget om geotekniske undersøgelser vil der være tale om en forhandling, såfremt ordregiver retter henvendelse til Cowi herom.

Ordregiver må derfor afvise det modtagne tilbud, med den begrundelse, at det ikke kan vurderes iht. ordregivers vurderingsmetode.«

I tilbudsvurderingen blev der derefter gjort rede for, at indklagede havde bestemt, at tilbuddet fra 5. Hedeselskabet ikke skulle tages i betragtning, fordi Hedeselskabet havde udarbejdet de skitseprojekter, der indgik i udbudsbetingelserne. I sammenhængen bemærkes, at Klagenævnet ved en kendelse af 23. august 2006 ikke tog en klage fra Hedeselskabet herover til følge.

Endvidere blev i tilbudsvurderingen foretaget en gennemgang af de 4 ikke afviste tilbud. I denne gennemgang udtaltes om tilbuddet fra 1. Carl Bro bl.a.:

»...

Beskrivelsen indeholder fornuftig anvendelse af geoteknik...«

Tilbudsvurderingen afsluttedes med en vurdering af de fire tilbud i overensstemmelse med den tildelingsmodel, der var angivet i udbudsbetingelserne. Vurderingen førte til, at tilbuddet fra Carl Bro havde den laveste sum af tilbudspris og fiktive tillægspriser, og at Carl Bro således havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud. Tilbudsvurderingen indstillede herefter til indklagede at indgå kontrakt med Carl Bro, og indklagede besluttede samme dag at indgå kontrakt med Carl Bro.

Klageren har foretaget en beregning af sit eget tilbud i overensstemmelse med tildelingsmodellen. Ifølge denne beregning ville klagerens tilbud have den laveste sum af tilbudspris og fiktive tillægspriser og dermed være det økonomisk mest fordelagtige bud, selvom klageren havde fået tildelt karak-

teren 0 for opgavebeskrivelse og karaktererne 3 for organisation og visuelt miljø.

Indklagedes meddelelse til klageren om indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Carl Bro blev givet i en e-mail fra Prahls den 14. februar 2006. Klageren protesterede herover i et brev af 17. februar 2006 til indklagede, og der var herefter bl.a. en korrespondance mellem parternes advokater. Denne korrespondance mandede ud i klagen til Klagenævnet den 22. marts 2006.

Under den omtalte korrespondance udtalte indklagedes advokat i et brev af 20. marts 2006:

»...

Jeg skal i denne forbindelse fremhæve, at Sønderjyllands Amt, uanset hvilket resultat Klagenævnet for Udbud måtte komme frem til i klagenævnsagen, under ingen omstændigheder vil kunne acceptere, at kontrakten tildeles Cowi A/S på grundlag af det af Cowi A/S afgivne tilbud.

Den usikkerhed, der henstår omkring hvilke geotekniske undersøgelser, der er omfattet af Cowi A/S's tilbud og således egnetheden og relevansen af det projekt, som Cowi A/S tilbyder i forhold til den efterfølgende udførelse af anlægsarbejderne, betyder således, at alternativet til forkastelsen af Cowi A/S's tilbud som ukonditionsræssigt er en annullation af udbudsforretningen.«

Der er afgivet forklaringer af Niels Riis, Steen K. Nielsen, Lene Kristensen og Knud Erik Prahls.

Niels Riis, der er biolog og kemiker, og som er ansat hos klageren, har bl.a. forklaret: Han var leder af tilbudsarbejdet og skulle have været projektets chef, hvis klageren havde fået opgaven. Det var ham, der formulerede bemærkningen i klagerens tilbud om dilemmaer, der forventedes afklaret ved en konstruktiv dialog. Baggrunden var, at man skulle overtage Hedeselskabets skitseprojekter og beregninger og vurderinger. Klageren har imidlertid været ude for projekter fra Hedeselskabet, der fysisk ikke kunne udføres, og klageren måtte derfor forudse, at noget tilsvarende kunne vise sig at være tilfældet ved udførelsen af den opgave, som sagen angår. Klageren ville i så fald have udarbejdet alternative løsninger og have forelagt dem for indklagede.

Steen K. Nielsen, der er ingeniør hos klageren, har bl.a. forklaret: Han stod for udarbejdelsen af tilbuddets anlægsdel. Det havde været nemmest at give en beskrivelse af opgavens udførelse uden at anvende ATR-skemaer, men klageren gav opgavebeskrivelsen i ATR-skemaer, da det fremgik af udbudsbetingelserne, at indklagede ønskede sådanne skemaer. Klageren brugte ATR-skemaerne til at belyse opgavens art og omfang og lagde vægt på at belyse alle efterspurgte opgaver. Klageren omtalte ikke geotekniske undersøgelser i tilbuddet, da klageren opfattede sådanne undersøgelser som noget selvfølgeligt, der ikke havde bygherrens interesse. Det var klagerens holdning, at der skulle udføres geotekniske undersøgelser, men at det måtte konstateres senere, hvilket omfang de skulle have. Bl.a. eksisterede der med stor sandsynlighed geotekniske undersøgelser af betydning for projektet. Dem ville klageren have fundet frem, hvis man havde fået ordren. Endvidere må geotekniske resultater verificeres under arbejdets udførelse. Klageren har sin egen geotekniske afdeling med ca. 10 medarbejdere.

Lene Kristensen, der er civilingeniør, og som er ansat i indklagedes vandløbsafdeling, har bl.a. forklaret: Hun var med til at udfærdige udbudsbetingelserne. Indklagede havde Prahls som bygherrerådgiver, bl.a. som følge af tidspres, og det var Prahls, der skrev udbudsbetingelserne på grundlag af input fra indklagede. Det var væsentligt for indklagede at kunne overholde budgetrammen, og indklagede forudså budgetoverskridelser, hvis de geotekniske forhold ikke var belyst, fx hvis det som følge af geotekniske forhold viste sig, at der skulle nedrammes spunsplader til større dybde end aftalt med entreprenøren. De geotekniske undersøgelser, der nu er foretaget, har vist uforudsete vanskeligheder ved St. Jyndevad Mølle, hvorfor man der har valgt en anden løsning end oprindeligt påregnet. Efter tilbuddenes modtagelse bemærkede både indklagede og Prahls, at klagerens tilbud ikke omtalte geotekniske spørgsmål. Prahls vurderede, at klagerens tilbud som følge heraf var ukonditions-mæssigt. Indklagede følte sig meget usikker på konsekvensen ved at antage klagerens tilbud og spurgte Prahls, om man kunne rette henvendelse til klageren om geotekniske undersøgelser, men Prahls sagde, at det ville være at gå i forhandling. Både indklagede og Prahls var usikre med hensyn til forståelsen af passusen i klagerens tilbud om dilemmaer, der skulle afklares. Tyngden lå imidlertid i tilbuddets manglende omtale af geotekniske undersøgelser.

Prahl's indehaver, civilingeniør Knud Bjørn Prahl, der på Prahl's vegne har udført rådgivningsarbejdet for indklagede, har bl.a. forklaret: Han har i de sidste 10-15 år beskæftiget sig med udbud af tjenesteydelser. Han er ikke geoteknisk specialist, men kan bedømme geotekniske vurderinger, og han kunne således vurdere, om de »filosofier«, der lå bag tilbuddenes angivelser om geotekniske undersøgelser, gav anledning til usikkerhed. Det var ikke angivet i udbudsbetingelserne, hvad der skulle forstås ved delopgaver, da udbuddet var rettet mod specialister, som han ikke ville presse ind i bestemte rammer. Tilbudsgiverne skulle ved deres angivelser om de personer, der skulle sættes ind, vise, at de havde forstået opgaven. De arbejdsbeskrivelser, der var indeholdt i klagerens tilbud, var »tynde«, dog ikke i et sådant omfang, at klageren ikke opfyldte udvælgelseskriterierne. De geotekniske spørgsmål var væsentlige, og som følge af, at klagerens tilbud ikke omtalte geotekniske undersøgelser, var det umuligt at vurdere, til hvilken kvalitet klageren ville udføre arbejdet. Da klagerens tilbud slet ikke omtalte geoteknik, ville det have været forhandling at stille spørgsmål til klageren herom, og klageren ville i så fald have fået mulighed for at variere sit tilbud. Derimod kunne man foretage en teknisk afklaring vedrørende geotekniske undersøgelser omfattet af Carl Bro's tilbud, da dette tilbud omtalte geotekniske undersøgelser. Carl Bro så ud til at have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvorfor man holdt møde med denne tilbudsgiver for at sikre sig, at man havde forstået tilbuddet rigtigt. Knud Bjørn Prahl mener ikke, at Carl Bro kan få ekstrabetaling, hvis der viser sig behov for flere geotekniske undersøgelser end dem, der er angivet i Carl Bro's tilbud. Prahl vurderer det sådan, at de geotekniske undersøgelser, der er nævnt i Carl Bro's tilbud, er de undersøgelser, som Carl Bro selv finder nødvendige for at foretage en forsvarlig geoteknisk vurdering. Han vurderede ikke de i Carl Bro's tilbud angivne forudsætninger vedrørende geotekniske undersøgelser som forbehold, men som en forklaring, og under afklaringsmødet fremgik, at der var tale om en metodebeskrivelse.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende: Klageren tilbud omfattede geotekniske undersøgelser i det omfang, der følger af god og forsvarlig ingeniørpraksis. Dette fremgik af tilbuddets angivelse af, at tilbuddet omfattede alle de

udbudte ydelser og af, at tilbuddet ikke tog forbehold vedrørende geotekniske undersøgelser. Det fremgik desuden af, at der i tilbuddet var nævnt en geotekniker blandt de medarbejdere, der skulle beskæftige sig med opgaven. Endvidere stillede udbudsbetingelserne ikke krav om, at tilbuddene skulle angive, hvilke geotekniske undersøgelser, der var påregnet. Udbudsbetingelserne må fortolkes sådan, at geotekniske undersøgelser ikke var en af de delopgaver, der skulle beskrives, allerede fordi indklagede undlod at få spørgsmålet herom afklaret, selvom indklagede havde anledning til det som følge af spørgsmålet fra en tilbudsgiver før tilbuddenes afgivelse om forholdet mellem tilbudslisten og de ønskede ATR-skemaer. Som følge af de anførte forhold, og da de nødvendige geotekniske undersøgelser efter klagerens vurdering kun ville omfatte en beskeden del af den udbudte tjenesteydelse, fandt klageren det ikke nødvendigt at beskrive de geotekniske undersøgelser i tilbuddet. Det understreges i denne forbindelse, at det ville være klagerens risiko, hvis klagerens forhåndsvurdering af omfanget af de geotekniske undersøgelser skulle vise sig at være forkert. Indklagede har således været uberettiget til at afvise klagerens tilbud, fordi det ikke omtalte de påregnede geotekniske undersøgelser. Hvis indklagede ikke mente at kunne vurdere klagerens tilbud, fordi det ikke omtalte geotekniske undersøgelser, havde indklagede endvidere pligt til at stille spørgsmål til klageren herom. Under mødet med Carl Bro stillede indklagede spørgsmål til Carl Bro om geotekniske undersøgelser, og det er i strid med ligebehandlingsprincippet at stille spørgsmål til en tilbudsgiver om et emne og undlade at stille spørgsmål til en anden tilbudsgiver om samme emne, hvis alternativet er afvisning af den anden tilbudsgivers tilbud. Klagerens opgavebeskrivelse i ATR-skemaerne var omfattende og fyldestgørende og kunne ikke danne grundlag for en afvisning af tilbuddet. Bemærkningen i klagerens tilbud om mulige dilemmaer, der skulle indgå i en dialog med indklagede, var ikke et forbehold, men var foranlediget af, at det udbudte arbejde skulle udføres på grundlag af skitseprojekter udfærdiget af Hedeselskabet. Bemærkningen var en overflødig angivelse af, at det umulige ikke kan udføres. Klageren angav i tilbuddet, hvilke personer, der skulle udføre de forskellige funktioner ved opgavens udførelse, og angav i hvert ATR-skema, hvilken funktion, der skulle udføre de enkelte delopgaver. Dette er en tilstrækkelig opfyldelse af udbudsbetingelsernes krav om angivelse af nøglepersoner for delopgaverne, og et krav om yderligere angivelser på dette punkt ville være meningsløst og disproportionalt.

Indklagede har gjort gældende: Af praksis fra EF-domstolen og Klagenævnet fremgår, at når tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud, skal et tilbud for at kunne tages i betragtning indeholde oplysninger, der gør det muligt at bedømme tilbuddet i forhold til underkriterierne til tildelingskriteriet. Det var imidlertid ikke muligt at bedømme klagerens tilbud med hensyn til kvaliteten af det tilbudte arbejde og dermed i forhold til underkriteriet om opgavebeskrivelse. Generelt skyldtes dette, at tilbuddet ikke indeholdt oplysninger, der gjorde det muligt at bedømme kvaliteten af det arbejde, som klageren ville udføre, idet klagerens opgavebeskrivelser i ATR-skemaerne var intetsigende og reelt var afskrifter af udbudsbetingelserne. I særdeleshed skyldtes forholdet, at klagerens tilbud ikke indeholdt oplysning om, hvilke geotekniske undersøgelser klageren ville udføre, selvom udførelsen af geotekniske undersøgelser var en af de delopgaver, der skulle beskrives i tilbuddene. Hertil kommer bemærkningen i klagerens tilbud om dilemmaer, der skulle indgå i en dialog med indklagede. Denne bemærkning var et forbehold, der ikke kunne prissættes, således at indklagede som følge af den havde pligt til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning. Klageren angav heller ikke i ATR-skemaerne, hvilke nøglepersoner, der skulle udføre de enkelte delopgaver, således som det var krævet i udbudsbetingelserne og klagerens tilbud kunne derfor også af denne grund ikke tages i betragtning.

Ad påstand 2

Indklagede har under den mundtlige forhandling for Klagenævnet tilkendegivet, at hvis indklagede ikke var berettiget til at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning, var klagerens tilbud det økonomisk mest fordelagtige bud.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende: Denne påstand er nedlagt som følge af bemærkningen om annulation i indklagedes advokats brev af 20. marts 2006. En udbyder kan kun annullere et EU-udbud, hvis der foreligger saglig grund hertil. Indklagede har ikke haft en sådan saglig grund og har derfor ikke kunnet annullere udbuddet.

Indklagede har gjort gældende: Som anført ad påstand 1 var det ikke muligt for indklagede at vurdere klagerens tilbud i forhold til underkriteriet om opgavebeskrivelse, og det eneste alternativ til ikke at afvise klagerens tilbud ville derfor have været en annulation af udbuddet og iværksættelse af et nyt udbud med en ændret udformning af udbudsbetingelserne. En sådan annulation ville have været sagligt begrundet.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Der er mellem parterne enighed om, at geotekniske undersøgelser var en nødvendig og sædvanlig ydelse som led i udførelsen af den udbudte tjenesteydelse, og udbudsbetingelserne angav da også, at geoteknisk bistand og vurdering var en del af tjenesteydelsen. Udbudsbetingelserne stillede ikke krav om, at tilbudsgiverne skulle gøre rede for, hvilke geotekniske undersøgelser de regnede med at foretage, og der var heller ikke en position om geotekniske undersøgelser i tilbudslisten.

Udbudsbetingelsernes angivelser om tilbudsgivernes beskrivelse af opgavens udførelse må umiddelbart sprogligt forstås sådan, at et tilbuds opgavebeskrivelse ville danne grundlag for den karakter, der blev tildelt tilbuddet vedrørende underkriteriet om opgavebeskrivelse. Derimod gik angivelserne ikke udtrykkeligt ud på, at tilbud uden opgavebeskrivelser ikke ville blive taget i betragtning. Angivelserne kan muligvis fortolkes som en tilkendegivelse om, at tilbud uden beskrivelse af centrale og væsentlige dele af opgavens udførelse ikke ville blive taget i betragtning. Derimod giver angivelserne efter deres formulering ikke holdepunkter for at fortolke dem som en tilkendegivelse om, at et tilbud ikke kunne ventes taget i betragtning, blot fordi det ikke beskrev udførelsen af selvfølgelige og perifere ydelser som geotekniske undersøgelser.

Klagenævnet finder på den anførte baggrund, at indklagede ikke var berettiget til at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning, fordi tilbuddet i strid med indklagedes forventninger ikke angav, hvilke geotekniske undersøgelser klageren ville udføre.

Indklagede anså det for at være i strid med forhandlingsforbuddet at stille spørgsmål til klageren, om hvilke geotekniske undersøgelser, der var omfattet af klagerens tilbud. Både af Prahls tilbudsvurdering og af Lene Kristensens og Knud Bjørn Prahls forklaringer fremgår, at den reelle grund hertil var, at indklagede og Prahls følte sig usikre på, om klagerens tilbud i det hele taget omfattede geotekniske undersøgelser.

I klagerens tilbud var som ovenfor nævnt angivet: »Cowi tilbyder at udføre alle de rådgivningsydelser, der fremgår af Sønderjyllands Amts udbudsmateriale af 20. december 2005...«.

Når det således udtrykkeligt angives i et tilbud, at tilbuddet omfatter udførelse af alle de ydelser, der fremgår af udbudsbetingelserne, og når der ikke i andre dele af tilbuddet, herunder i beskrivelser eller tilbudslistes m.m., findes holdepunkter for at indfortolke forbehold herimod, må udbyderen imidlertid nødvendigvis lægge til grund, at tilbuddet omfatter det, der fremgår af udbudsbetingelserne. Det bemærkes herved, at der ikke i klagerens tilbud var holdepunkter for at indfortolke forbehold med hensyn til geotekniske undersøgelser, og at tilbuddet tværtimod angav, at der ville blive knyttet geoteknisk ekspertise til udførelsen af den udbudte opgave.

Indklagede kunne derfor have vurderet klagerens tilbud i relation til underkriteriet om opgavebeskrivelse, selvom tilbuddet ikke omtalte geotekniske undersøgelser. Det bemærkes herved, at klageren er en anerkendt aktør inden for det geotekniske område, og at indklagede og indklagedes rådgiver derfor måtte forvente, at klageren selv kunne vurdere, hvilke geotekniske undersøgelser, der var behov for. En redegørelse fra klageren om påtænkte geotekniske undersøgelser kunne for så vidt ikke have andet egentligt formål end at udgøre en oplysning for god ordens skyld. Når indklagede imidlertid ikke mente at kunne vurdere klagerens tilbud, fordi det ikke beskrev geotekniske undersøgelser, skulle indklagede have stillet spørgsmål til klageren om, hvilke geotekniske undersøgelser klageren havde regnet med. I hvert fald som følge af de anførte forhold ville en sådan spørgsmålsstilling have haft karakter af en teknisk afklaring, der ikke var i strid med forhandlingsforbuddet.

Klagenævnet finder ikke, at opgavebeskrivelserne i klagerens tilbud var af en karakter, der medførte, at indklagede var berettiget til ikke at tage tilbuddet i betragtning. Indklagede skulle have ladet sin vurdering af klage-

rens opgavebeskrivelser indgå i karaktertildelingen vedrørende underkriteriet om opgavebeskrivelser.

Af de grunde, som klageren har anført, finder Klagenævnet endvidere, at klagerens tilbud i tilstrækkelig grad opfyldte udbudsbetingelsernes krav om angivelse af, hvilke nøglepersoner m.m., der skulle udføre de forskellige delopgaver.

Bemærkningen i klagerens tilbud om mulige dilemmaer, der skulle indgå i en konstruktiv dialog med indklagede, sigtede efter sit indhold til de projektforslag, der indgik i udbudsbetingelserne. Bemærkningen var sagligt begrundet i den usikkerhed, der nødvendigvis fulgte af, at opgaven ifølge udbudsbetingelserne skulle udføres på grundlag af disse projektforslag og dermed på grundlag af skitseprojekter, som var udfærdiget af en anden virksomhed. Indklagede var herefter ikke berettiget at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning som følge af den omtalte bemærkning.

Det følger af det anførte, at indklagede overtrådte det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved ikke at tage klagerens tilbud i betragtning.

Påstanden tages herefter til følge.

Ad påstand 2

Når tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud, indeholder udbyderens tildelingsbeslutning nødvendigvis et skønsmæssigt element. Klagenævnet kan derfor ikke konstatere, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige, hvorfor påstanden afvises.

Det bemærkes herved, at Klagenævnet under den efterfølgende behandling af erstatningsspørgsmålet vil kunne foretage en vurdering af sandsynligheden for, at indklagede ville have tildelt klageren kontrakten, hvis indklagede ikke havde begået den overtrædelse, som Klagenævnet har konstateret ad påstand 1. I denne vurdering vil indgå indklagedes tilkendegivelse om, at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige, hvis det skulle tages i betragtning.

Ad påstand 3

Klageren tilsigter ikke ved denne påstand at få Klagenævnets stillingtagen til, om indklagede ved en faktisk konkret beslutning truffet i forbindelse med udbuddet har handlet i strid med udbudsreglerne, men tilsigter derimod at få Klagenævnets stillingtagen til en hypotetisk beslutning, som indklagede ikke har truffet i forbindelse med udbuddet. Påstanden afvises derfor.

Det bemærkes herved, at Klagenævnet under den senere behandling af erstatningsspørgsmålet kan vurdere den erstatningsretlige konsekvens af spørgsmålet, om indklagede ville have været berettiget til at annullere udbuddet og iværksætte et nyt udbud med en anden udformning af udbudsbetingelserne.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede Sønderjyllands Amts beslutning om ikke at tage tilbuddet fra klageren Cowi A/S i betragtning annulleres.

Påstand 2 og 3 afvises.

Indklagede, Sønderjyllands Amt, skal i sagsomkostninger til klageren, Cowi A/S, betale 75.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig