

K E N D E L S E

Dansk Energi Service A/S
(advokat Janne Kristine Laursen, Vejle)

mod

HOFOR A/S
(advokat Claus Berg, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 122-218658 af 23. juni 2016, offentliggjort i EU-Tidende den 28. juni 2016, udbød HOFOR A/S som udbud med forhandling med forudgående indkaldelse af tilbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2014/25/EU) en kontrakt vedrørende konvertering af Lygten Varmeværk med udskiftning af eksisterende dampkedler til 4 nye 25 MW kedler med option på blandt andet en 3-årig serviceaftale.

HOFOR A/S prækvalificerede 3 tilbudsgivere, blandt andet Varmodan A/S og Dansk Energi Service A/S.

Alle prækvalificerede tilbudsgivere afgav indledende tilbud før udløbet af tilbudsfristen den 12. september 2016.

HOFOR A/S afholdt et forhandlingsmøde med hver tilbudsgiver, hvorefter alle tilbudsgivere rettidigt indleverede reviderede endelige tilbud.

HOFOR A/S underrettede ved brev af 25. november 2016 Dansk Energi Service A/S om, at der var truffet beslutning om at indgå kontrakt med Varmodan A/S.

Den 23. januar 2017 klagede Dansk Energi Service A/S herover til Klagenævnet for Udbud.

Klagenævnet har behandlet sagen på skriftligt grundlag.

Klagenævnet har ved afgørelse af 16. marts 2017 forlods taget stilling til en påstand fra Dansk Energi Service A/S om, at HOFOR A/S uberettiget har undtaget visse oplysninger i Varmodan A/S' tilbud fra aktindsigt, og en samtidig anmodning om partsaktindsigt i den udgave af tilbuddet, som er fremlagt for klagenævnet uden undtagelse af oplysninger. Klagenævnet stadfæstede HOFOR A/S' aktindsigtsafgørelse, idet de undtagne oplysninger måtte anses for forretningshemmeligheder som omhandlet i offentlighedslovens § 30, nr. 2, og da det måtte lægges til grund, at en konkurrerende virksomheds kendskab til oplysningerne ville kunne indebære en nærliggende risiko for at påføre Varmodan A/S økonomisk skade af nogen betydning. Klagenævnet fandt heller ikke, at der skulle gives partsaktindsigt efter forvaltningsloven i oplysningerne, jf. herved forvaltningslovens § 15 b, nr. 5.

Dansk Energi Service A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at HOFOR A/S har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at tildele kontrakten på baggrund af et alternativt tilbud, uanset at det i udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet var oplyst, at alternative tilbud ikke ville blive taget i betragtning.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at HOFOR A/S har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at tildele kontrakt på baggrund af et tilbud, der ikke opfyldte udbuddets forudsætninger, der skulle ligestilles med fastsatte mindstekrav i udbudsmaterialet.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere HOFOR A/S' beslutning af 25. november 2016 om tildeling af kontrakt til Varmodan A/S.

HOFOR A/S har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Den udbudte kontrakt havde ifølge udbudsbekendtgørelsen en anslået samlet værdi på ca. 20 mio. kr. ekskl. moms.

I udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.4) står der:

"Som en del af dampkonverteringen skal Lygten Varmeværk (LVV) ombygges til at kunne levere fjernvarmevand i stedet for damp. Dampkonverteringen kræver, at der senest 1. december 2017 kan leveres 99 MW fjernvarmevand fra Lygten Varmeværk, hvoraf de 50 MW kan leveres fra en eksisterende dampkedel via en damp/vand veksler, og at alle 99 MW fjernvarmevand senest ultimo 2018 kan leveres fra nye kedler. De 3 eksisterende spids- og reservelastkedler på LVV er over 47 år gamle og står dermed overfor at skulle skrottes indenfor de nærmeste par år.

Formålet med dette projekt er derfor at skrotte de eksisterende dampkedler og etablere nye spids- og reservelastkedler på LVV, så LVV efter dampkonverteringen fortsat kan sikre forsyningssikkerheden ved at levere spids-/reservelast for grundlastanlæg i fjernvarmeforsyningen."

Af udbudsbetingelsernes punkt 2.2.2 fremgår:

"...

Ordregiver er berettiget – men ikke forpligtet – til at afvise tilbud, der indeholder forbehold til tilbudsmaterialet.

Forbehold for grundlæggende elementer, ufravigelige mindstekrav eller forbehold, der ikke kan kapitaliseres, er ordregiver dog forpligtet til at afvise. Det er således tilbudsgivers risiko at tage forbehold.

Ufravigelige mindstekrav er beskrevet i Volume 2E Garantispecifikation.

Tekniske afvigelser af enhver art, inklusiv afvigelser i betingelserne specificeret i Udbudsmaterialet, beskrives klart og utvetydigt i Tilbudet.

"..."

Ifølge udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.10) og udbudsbetingelsernes punkt 2.2.3 ville alternative tilbud ikke blive accepteret.

Ifølge udbudsbetingelsernes punkt 4.1 og 4.2 var tildelingskriteriet "bedste forhold mellem pris og kvalitet" med følgende underkriterier:

Pris plus kapitaliserede driftsmeromkostninger	45 %
Teknisk løsning	25 %
Projekt gennemførelse og organisation	20 %
QHSE	10 %

"Layout" indgik som et af delkriterierne til underkriteriet "Teknisk løsning" med en vægtning på 3 %. Kriteriet er nærmere beskrevet som følger:

"Godt layout og tilgængelighed, som tillader effektiv drift og vedligehold i overensstemmelse med Volume 3A vil blive vurderet positivt."

Volume 2E, Garantispecifikation (TS) Ydelse- og Emission, indeholdt, jf. også det anførte i udbudsbetingelsernes punkt 2.2.2, en række nærmere angivne mindstekrav til støj, vibrationer og emission. Desuden var der anført krav til ydelse og virkningsgrad og om garantier og garantiprøver.

Af Volume 3A, Teknisk Specifikation (TS) for Kedelleverance, fremgår blandt andet:

"2. Beskrivelse af leverancen

2.1. Leveringsomfang

Grænsefladen for kedelentreprisen er beskrevet i grænsefladenotatet.

Leverancen består af projektering, levering, montering, test og idriftsættelse af et fuldt færdigt funktionsmæssigt og driftsklart komplet kedel-anlæg for fyring med naturgas og let fyringsgasolie.

Leveringsomfang er følgende:

- Projektering og layout, herunder udarbejdelse af nødvendige værksteds- og montagetegninger
- ...

- 4 stk. forbrændingsluftblæsere med frekvensregulerede motorer placeret på galleri over kedlerne i lyddæmpende huse
- ...
- Fælles blæsergalleri over kedler inkl. adgangsveje til dette
- ...

De i udbuddet vedlagte tegninger må med hensyn til mål kun betragtes som vejledende.

...

2.4 Forbrændingsluftsystem

Forbrændingsluften tages via det eksisterende luftindtag i sydfacaden og føres i kanaler, fælles eller separat, til de enkelte forbrændingsluftblæsere, placeret i lydhus over kedlerne.

...

2.9 Layout og adgangsforhold

Leverancen omfatter detailprojektering af det samlede anlæg, herunder sikring af, at anlæggets funktionalitet er optimeret under hensyntagen til bedst mulig energiøkonomi.

Da kedelanlæggets endelige layout er bestemt af de tilbudte fabrikater af hovedkomponenter ønskes der med tilbuddet fremsendt et layoutforslag, hvis det aktuelt tilbudte afviger i væsentlig grad fra det i udbudsmaterialet skitserede. Layoutforslaget for det samlede anlæg vil i givet fald indgå i den samlede vurdering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Generelt ønskes der et anlæg i høj kvalitet og med gode betjenings- og servicemuligheder.

...”

I det grænsefladenotat (Volume 3D, Grænseflader), som nævnes i punkt 2.1 i den tekniske specifikation, og som ligeledes indgik i udbudsmaterialet, er det blandt andet anført:

”1.1 Leveringsomfang i kedelleverance

Kedelentreprisen forventes at indeholde følgende:

- Projektering og layout af kedel-, brænder-, røggas-, forbrændingsluft- og brændselsinstallation.
- ...

1.7 Forbrændingsluftsystem

Leveringsgrænse for forbrændingsluftsystem er facaderiste mod nord, som er indeholdt i leverancen. Det nuværende forbrændingsluftindtag

modificeres til brug for det nye kedelanlæg. I garantispecifikationen angives grænser for støjemissionen fra forbrændingsluftindtaget.

Det er de bydende frit for at genanvende det nuværende forbrændingsluftindtag uden modifikationer hvis det skønnes at det er velegnet herunder, at den nødvendige forbrændingsluftmængde ikke genererer utiladelig støjemission over indsnugningsristene.”

I udbudsmaterialet indgik en række tegninger, herunder SNIT A-A - tegning 025 a og PLAN KOTE 14.00 tegning 021 a. På begge tegninger er galleri til blæsere vist placeret over kedlerne.

Under udbudsfasen besvarede HOFOR A/S, jf. notat udsendt til tilbudsgiverne med ”Spørgsmål/svar til udbudsmaterialet”, spørgsmål 1 som følger:

”1. Er det tilladt at placere kedlerne anderledes end skitseret på opstillingsplanen, eks. vis således, at alle fire kedler kan placeres så tæt som muligt og der derved spares plads og platformsareal.

Svar: Vi henviser til volume 3A – Technical Specifications for kedelleverance, i afsnit 2.9 Layout og adgangsforhold, hvor det beskrives, at det er tilladt at komme med nyt designforslag.”

I Varmodan A/S reviderede endelige tilbud er der i ”Overordnet beskrivelse af den tilbudte løsning” blandt andet anført:

”Alternativ løsning med blæser i bag kedel, se afsnit 7.”

I et særskilt bilag med overskriften ”Alternativ løsning” er det blandt andet beskrevet, at denne løsning indebærer, at ”Luftindtaget kan monteres til gulvet.”

Dansk Energi Service A/S gjorde indsigelse mod tildelingsbeslutningen af 25. november 2016. Selskabet anførte blandt andet, at de øvrige tilbudsgivere skulle have haft oplysning om og adgang til at give tilbud på Varmodan A/S’ løsning med forbrændingsluftblæsere på gulv og også, at tilbuddet fra Varmodan A/S var ukonditionsmæssigt. HOFOR A/S fastholdt tildelingsbeslutningen.

HOFOR A/S har gjort opmærksom på, at selskabet efter kontraktindgåelsen med Varmodan A/S er blevet opmærksom på, at Dansk Energi Service A/S’

tilbud var i strid med et mindstekrav i udbudsbetingelserne, idet tilbuddet ikke overholdt de skærpede krav for CO i Volume 2E, Garantispecifikation. Retteligt burde tilbuddet derfor ikke have været taget i betragtning.

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

Dansk Energi Service A/S har gjort gældende, at det af både udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet fremgår, at alternative tilbud ikke ville blive taget i betragtning. HOFOR A/S har ikke desto mindre accepteret, at Varmodan A/S tilbød en ”Alternativ løsning”, der efter indholdet fremstår som et alternativ til den i øvrigt tilbudte løsning.

Der er tale om en klar overtrædelse af princippet om gennemsigtighed og ligebehandling ved at lade en tilbudsgiver indlevere tilbud på en alternativ løsning, når det klart fremgik af udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet, at alternative tilbud ikke ville blive taget i betragtning. Allerede som følge heraf skal påstanden tages til følge.

HOFOR A/S har navnlig gjort gældende, at den placering af forbrændingsluftblæserne, som Varmodan A/S har tilbudt, udbudsretligt set ikke er en alternativ løsning, uanset at Varmodan A/S har betegnet den som et ”alternativ”, da udbudsbetingelserne tillod en anderledes placering af blæserne og udtrykkeligt gjorde layout til et konkurrenceparameter.

Det afgørende er ikke, hvordan tilbudsgiveren selv har betegnet sin løsning, men om løsningen udbudsretligt kan kvalificeres som et alternativ til en af ordregiveren foreskrevet bestemt løsning – og det er ikke tilfældet her.

I øvrigt er der ikke uenighed om, at alternative tilbud ikke lovligt kunne modtages. Påstand 1 er som følge heraf meningsløs.

Ad påstand 2

Dansk Energi Service A/S har gjort gældende, at HOFOR A/S ikke kunne tage Varmodan A/S’ løsning med placering af forbrændingsluftblæsere på gulv i betragtning, da det klart fremgik af udbudsmaterialet, herunder teg-

ningerne, at forbrændingsluften skulle tages via det eksisterende luftindtag og føres til blæserne, der er placeret i galleri over kedlerne.

Uanset at det ikke i udbudsmaterialet var angivet, at placering af blæsere var et mindstekrav, måtte den nøje beskrivelse i udbudsmaterialet af placeringen af forbrændingsluftblæsere forstås sådan, at placeringen ikke kunne fraviges. HOFOR A/S har dermed afskåret sig fra at tage andre løsninger i betragtning ved evalueringen af de indkomne tilbud, jf. også klagenævnets kendelse af den 27. juni 2012, Byggefirmaet Brdr. Pedersen A/S mod Guldborgsund Kommune, hvori det blev fastslået, at også krav der ikke udtrykkeligt var angivet som mindstekrav skulle opfyldes.

Det forhold, at tilbudsgiverne, jf. delkriteriet om ”Layout”, kunne komme med andre layoutforslag, kan ikke forstås sådan, at der kunne foreslås en ganske anden placering af blæserne. HOFOR A/S har netop i udbudsbetingelsernes punkt 4.2.2 vedrørende delkriteriet ”Layout” angivet, at det, som vurderes positivt er, at det tilbudte er i overensstemmelse med Volume 3A (den tekniske specifikation), og i Volume 3A er det netop flere steder nævnt og vist, at blæsere placeres på galleri over kedlerne. De eneste fravigelser, der ifølge udbudsmaterialet var tilladt, var, at tegningerne ikke var målfaste, og at der på baggrund af kedlernes fabrikater kunne udarbejdes andre designforslag. Designforslag dækker typisk variationer vedrørende placering af kedler, og hvordan man placerer gangbroer, stiger mv. på baggrund af kedlernes konkrete udformning. Der er ikke dermed åbnet for, at forudsætningen om, at blæsere placeres i galleri over kedlerne, kan fraviges. Selvom placeringen af blæserne ikke kunne ændres, var delkriteriet om ”Layout” meningsfuldt. Der var således en række andre komponenter, som tilbudsgiverne kunne konkurrere på, blandt andet placering af lyddæmpere, trapper, lejdere. Der findes ikke brændere i den tilbudte størrelse uden separat forbrændingsluftblæser. Designet af hovedkomponenterne vil derfor ikke som hævdet af HOFOR A/S have indflydelse på, hvorvidt og hvor der skulle opsættes forbrændingsluftblæsere.

Det er korrekt, at udbudsmaterialet kun direkte angiver, at der er mindstekrav i Volume 2E, Garantispecifikation, men det må have formodningen imod sig, at tilbudsgivere ud over specifikationerne i Volume 2E skulle kunne fravige udbuddets betingelser, herunder også Volume 2F, Generelle miljøkrav ved anlægsarbejder, Volume 2H, HOFOR Arbejdstagerrettigheder, Volume 2K, Lærlinge/praktikant vilkår, og Volume 3D, Grænseflade-

notat. Hvis tilbudsgiver frit kunne fravige betingelserne i alle disse dokumenter, er det uklart, hvad der reelt var omfattet af den udbudte leverance.

Den økonomiske konsekvens af at tillade fravigelsen af forudsætningen om placeringen af blæsere i galleri over kedlerne kan opgøres til ca. 1,5 mio. kr. Dertil kommer, at der gives bedre adgang til blæserne, og at løsningen teknisk set er mere optimal.

Svaret på spørgsmål 1 angik placering af kedlerne og gjorde det ikke klart for tilbudsgiverne, at forbrændingsluftblæserne også kunne placeres anderledes end vist i udbudsmaterialet. At kedler kunne placeres på gulv med en smule mindre afstand end skitseret på en tegning kan ikke sammenlignes med, at forbrændingsluftblæsere placeres på gulv i stedet for på stålkonstruktioner i ca. 9,5 meters højde som vist i udbudsmaterialet.

Ved at tage Varmodan A/S' tilbud i betragtning, uagtet den tilbudte løsning ikke var i overensstemmelse med udbudsmaterialets krav til placering af varmluftblæsere, handlede HOFOR A/S i strid med ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Hvis HOFOR A/S ønskede at benytte sig af den tilbudte løsning, måtte HOFOR A/S enten have annulleret udbuddet eller i det mindste givet alle de allerede prækvalificerede tilbudsgivere mulighed for at afgive yderligere tilbud på ændrede vilkår (den anderledes placering).

HOFOR A/S har navnlig gjort gældende, at den viste placering af forbrændingsluftblæserne i udbudsmaterialet alene skulle opfattes som en mulig opstilling. Der var ikke tale om et mindstekrav eller et krav, som kunne sidestilles med et mindstekrav. Det fremgik således udtrykkeligt, at det alene var de nærmere angivne krav i Volume 2E Garantispecifikation, som var mindstekrav. Placeringen af forbrændingsluftblæsere falder efter en naturlig sproglig forståelse også under delkriteriet "Layout". Ordvalget "det i udbudsmaterialet skitserede" i punkt 2.9 i den tekniske specifikation understreger i den forbindelse, at placering indgik som et konkurrenceparameter med mulighed for forskellige løsninger. Det samme gælder HOFOR A/S' svar på spørgsmål 1.

Udbudsmaterialet indeholdt i princippet en ubegrænset adgang til at tilbyde andre placeringer af de relevante komponenter end skitseret i udbudsmate-

rialet, forudsat at leverancen opfyldte de opstillede funktionskrav, herunder særligt mindstekravene i Volume 2E, Garantispecifikation. At udbudsmaterialet indeholdt et betydeligt råderum for tilbudsgivernes forslag til layout fremgår særligt tydeligt af svaret på spørgsmål 1.

Selv hvis udbudsmaterialet, herunder svaret på spørgsmål 1, anses for at indeholde en uklarhed med hensyn til placering af blæserne, kunne HOFOR A/S ikke afvise Varmodan A/S' "alternative" placering som ukonditionsmæssig, da det under alle omstændigheder ikke fremgik med fornøden tydelighed, at placeringen af blæserne over kedlerne var et mindstekrav.

Hvis HOFOR A/S havde forelagt de øvrige tilbudsgivere den løsning, som Varmodan A/S havde tilbudt, ville det have indebåret, at et konkurrenceparameter – at tilbudsgiverne hver især skulle komme med den bedst mulige layout-løsning – forsvandt. Det ville desuden være i strid med ligebehandlingsprincippet at tillade denne form for "cherry picking".

Ad påstand 3

Dansk Energi Service A/S har navnlig gjort gældende, at HOFOR A/S ved tildelingen af kontrakten til Varmodan A/S har overtrådt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at acceptere en ændring i forhold til det udbudte, som ved kontraktændring medfører krav om et nyt udbud, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89. Der skal derfor ske annulation. Desuden skal § 16 i bekendtgørelse om forsyningsvirksomhedsdirektivet bringes i anvendelse.

HOFOR A/S har principalt gjort gældende, at Dansk Energi Service A/S ikke har påvist overtrædelser af forsyningsvirksomhedsdirektivet som påstået. Der er derfor ikke grundlag for at tage annulationspåstanden til følge.

Subsidiært bestrides det, at der skulle være tale om så væsentlige overtrædelser, at det kan begrunde annulation af tildelingsbeslutningen. Bestemmelsen i § 16 i bekendtgørelsen om forsyningsvirksomhedsdirektivet, som Dansk Energi Service A/S har henvist til, vedrører ikke spørgsmålet om annulation af en tildelingsbeslutning i en situation som den foreliggende, og i øvrigt angår bestemmelsen en ret for ordregiver til at bringe en kontrakt til ophør, ikke en pligt. Artikel 89 i forsyningsvirksomhedsdirektivet er hel-

ler ikke relevant i denne sag, som angår en accept af et tilbud som konditionsmæssigt – og ikke en ændring efter indgåelse af kontrakt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Udbuddet er et forhandlingsudbud. Et af konkurrenceparametrene var delkriteriet ”Layout” til underkriteriet ”Teknisk Løsning”. Der var i udbudsbetingelsernes punkt 2.2.2, jf. Volume 2E Garantispecifikation, fastsat nøje mindstekrav til støj, vibration mv.

HOFOR A/S har i de tekniske specifikationer og tegningsmaterialet beskrevet og skitseret en løsning, som for så vidt angår forbrændingsluftblæserne viser en placering i et galleri over kedlerne. Det fremgår ikke, at den beskrevne placering af blæserne ikke kan fraviges.

Efter udbuddets karakter, indholdet af udbudsmaterialet, herunder beskrivelsen af det udbudte, det fastlagte konkurrenceparameter om ”Layout” og HOFOR A/S’ svar på spørgsmål 1 finder klagenævnet, at den skitserede placering af forbrændingsluftblæserne ikke kan anses for et mindstekrav og heller ikke kan anses for et sådant grundlæggende element i beskrivelsen af det udbudte, at Varmodan A/S’ forslag om en anderledes placering må anses for et forbehold for mindstekrav eller for grundlæggende elementer i udbudsgrundlaget. Da forslaget ikke fraviger mindstekrav eller grundlæggende elementer i udbudsgrundlaget, er der ikke tale om et alternativt tilbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 64.

Hverken påstand 1 eller 2 tages herefter til følge.

Ad påstand 3

Da der ikke er konstateret overtrædelser, tages påstanden om annullation ikke til følge.

Ad sagsomkostninger

Efter sagens udfald, omfang og forløb skal Dansk Energi Service A/S betale sagsomkostninger til HOFOR A/S med 15.000 kr.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Dansk Energi Service A/S skal i sagsomkostninger til HOFOR A/S betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig