

K E N D E L S E

Eurofins Miljø A/S  
(advokat Henrik Holtse, Århus)

mod

Aalborg Kommune  
(advokat Klaus Iversen, Aalborg)

Ved udbudsbekendtgørelse af 13. februar 2007 udbød Aalborg Kommune, Forsyningsvirksomhederne, som begrænset udbud efter direktiv 2004/17/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (Forsyningsvirksomhedsdirektivet) 3 delaftaler vedrørende udtagning og analyse af prøver for henholdsvis Kloakforsyningen, Vandforsyningen og Miljøafdelingen.

3 virksomheder ansøgte om prækvalifikation, nemlig AnalyTech Miljølaboratorium ApS, Milana A/S og Eurofins Miljø A/S. De blev alle prækvalificerede.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 12. april 2007, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 7. maj 2007 havde alle 3 prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud.

Den 12. september 2007 indgav klageren, Eurofins Miljø A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Aalborg Kommune. Klageren anmodede i forbindelse med klagen om, at Klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning, og henviste til »lov nr. 572 af 6. juni 2007, hvorved lov om Klagenævnet for Udbud blev tilføjet § 6 a, jf. også §§ 6a og 6b i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 som ændret ved bekendtgørelse nr. 588 af 12. juni 2006.«

Ved brev af 18. september 2007 til parterne anførte Klagenævnet, at de nævnte ændringer ikke omfatter udbud, der er omfattet af bekendtgørelse nr. 936 af 16. september 2004 om kontrakter inden for vand- og energiforsyning m.m. Indklagede blev samtidig opfordret til at fremkomme med bemærkninger til spørgsmålet om opsættende virkning, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2. Efter modtagelse af indklagedes redegørelse og svarskrift besluttede Klagenævnet den 10. oktober 2007 ikke at tillægge klagen opsættende virkning, hvilket blev meddelt parterne ved brev af samme dato.

Klagen har været behandlet på et møde den 8. januar 2008.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at anse formuleringen »yderligere regulering kan komme på tale ved større ændringer i markedsprisen. En sådan regulering vil blive forhandlet med udbyder« i klagerens tilbud af 3. maj 2007 som et forbehold i forhold til udbudsbetingelserne.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 49 ved ikke hurtigst muligt at give klageren en korrekt og fyldestgørende begrundelse for ikke at tage klagerens tilbud i betragtning.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 6. september 2007 om at indgå kontrakt med Milana A/S.

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

I udbudsbetingelserne af 12. april 2007 er om prisen blandt andet anført:

»

#### 3.2 Prisomfang

...

De i tilbudslisten angivne priser for delområderne er bindende. Tjenesteyderen hæfter for regnefejl i tilbudslisten. Hvis prisen ændres som

følge af regnefejl eller ydede rabatter, som angivet i tilbudslisten, reduceres analyseprisen på de enkelte parametre proportionalt.

...

#### 4. Prisregulering

Priserne skal opgives som faste for perioden 01.10.2007 til 30.9.2008, hvorefter enhedspriserne reguleres med udviklingen i Danmarks netto-prisindeks for perioden juni 2007 til juni 2008.

Første gang reguleres enhedspriserne således pr. 01.10.2008, med udviklingen i nettoprisindekset for perioden juni 2007 til juni 2008.

På tilsvarende vis reguleres for følgende år, inkl. evt. kontraktsforlængelse.

...

##### 7.1.8 Nye analysemetoder

Tjenesteyderen er uden vederlag forpligtet til af egen drift skriftligt at orientere Aalborg Kommune om nye analysemetoder, ændrede enheder samt at anvende disse uden vederlag, når de er bedre, med mindre tjenesteyderen kan påvise, at der er betydelige ekstra omkostninger forbundet hermed. Såfremt Aalborg Kommune kan påvise, at der er betydelige besparelser forbundet med anvendelse af de nye metoder, skal der tilsvarende ske en reduktion af de aftalte priser.

...«

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud« med underkriterierne pris (vægt 70 %) og kvalitet (vægt 30 %).

I klagerens tilbudsskrivelse af 3. maj 2007 er anført følgende:

»...

Priserne i tilbudslisten reguleres hver år pr. 1. oktober med nettoprisindekset, første gang pr. 1. oktober 2008. Yderligere regulering kan komme på tale ved større ændringer i markedsprisen. En sådan regulering vil blive forhandlet med udbyder.

...

Eurofins Miljø A/S har ingen forbehold til udbudsmaterialet.

...«

Det anføres desuden i tilbudsskrivelsen, at tilbudet afgives »under forudsætning af at alle 3 delopgaver tilgår Eurofins Miljø A/S«.

Indklagedes rådgiver, Cowi A/S, udarbejdede den 6. juni 2007 en foreløbig evaluering. Om klagerens tilbud hedder det:

»Tilbuddet er gennemgået og det er vurderet at tilbuddet er konditions-mæssigt.«

Cowi A/S indstillede herefter, at det vil være mest fordelagtigt for Aalborg Kommune, at Kloakforsyningen og Miljøafdelingen indgår kontrakt med Milana A/S, mens Vandforsyningen indgår kontrakt med Eurofins Miljø A/S.

Ved brev af 28. juni 2007 fremsendte Cowi A/S til klageren »svar på den gennemførte evaluering af de indkomne tilbud«. Det fremgår heraf, at det blev indstillet:

»at der gennemføres afklarende kontraktforhandling med Milana for analysearbejde og prøveudtagning for kloakforsyning...  
at der gennemføres afklarende kontraktforhandling med Milana for analysearbejde og prøveudtagning for miljøafdelingen...  
at der gennemføres afklarende kontraktforhandling med Eurofins for analysearbejde og prøveudtagning for vandforsyningen...«

Den 17. august 2007 meddelte Cowi A/S mundtligt klageren, at følgende formulering i klagerens tilbudsskrivelse blev opfattet som et forbehold til udbudsbetingelserne:

»yderligere regulering [af prisen] kan komme på tale ved større ændringer i markedsprisen. En sådan regulering vil blive forhandlet med udbyder.«

Ved brev af 20. august 2007 understregede klageren, at der ikke var taget forbehold, og anførte, at den citerede passage henviste til udbudsbetingelsernes punkt 7.1.8 om prisregulering.

Af et notat – dateret den 21. august 2007 – fra indklagedes advokat, advokat Klaus R. Iversen, fremgår, at der med formuleringen er tale om et klart forbehold, der vedrører grundlæggende vilkår, og at indklagede derfor er forpligtet til at se bort fra klagerens tilbud og under alle omstændigheder berettiget til at se bort fra tilbudet.

Ved brev af 27. august 2007 fastholdt indklagede, at klagerens tilbud indeholder et forbehold, og at tilbudet derfor ikke kunne tages i betragtning.

Klageren gentog ved brev af 3. september 2007, at der ikke var taget forbehold. Indklagede fastholdt ved skrivelse af 6. september 2007, at tilbudet indeholdt et forbehold, og meddelte samtidigt, at indklagede agtede at tildele Milana A/S opgaven.

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at den valgte formulering skal ses i sammenhæng med, at der to steder i udbudsbetingelserne henvises til, at prisen kan reguleres i kontraktperioden. Punkt 7.1.8 i udbudsbetingelserne er meget uklart og har givet klageren anledning til at anføre den omhandlede passus. Der er derfor blot tale om en tilladelig præcisering af en detalje i tilbudet. I givet fald giver formuleringen ikke – obligationsretligt – klageren nogen ret eller indklagede nogen forpligtelse. Klageren har henvist til, at indklagedes rådgiver tidligere havde meddelt klageren, at tilbudet var konditionsmæssigt. Endelig havde klageren udtrykkeligt anført, at der ikke tages forbehold.

Indklagede har gjort gældende, at klageren har taget forbehold for prisregulering ved større ændringer i markedsprisen. Tilbudsgiveren bærer risikoen for uklarheder og fejl i tilbudet. Udbudsbetingelserne regulerer konkret og præcist, hvorledes og under hvilke betingelser prisen kan reguleres i aftaleperioden, og efterlader ikke tvivl om, at yderligere regulering af prisen ikke kan accepteres. Såfremt klagerens tilbud – uanset formuleringen i tilbudet – blev taget i betragtning, ville det indebære en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, da de øvrige tilbudsgivere må formodes at have indregnet risikoen for ændringer i markedsprisen i de priser, de har tilbudt

.Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke hurtigst muligt og med fyldestgørende begrundelse har givet klageren besked om den trufne beslutning.

Indklagede har gjort gældende, at klageren allerede den 17. august 2007 mundtligt blev orienteret om den ændrede beslutning og begrundelsen herfor.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet som følge af de anførte overtrædelser skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Milana A/S.

Indklagede er enig i, at beslutningen skal annulleres, såfremt Klagenævnet fastslår, at indklagede har overtrådt direktivet som anført ad påstand 1.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Bestemmelsen i udbudsbetingelsernes punkt 7.1.8 vedrører efter sin klare ordlyd alene nye analysemetoder. Klageren har i sit tilbud taget et utvetydigt forbehold for ændringer i markedsprisen. Indklagede har derfor været forpligtet til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning.

Det ændrer ikke herpå, at klageren har anført, at der ikke tages forbehold.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Klageren blev i hvert fald allerede før den 20. august 2007 mundtligt orienteret om, at indklagede – trods tidligere meddelelse om det modsatte – ikke tog klagerens tilbud i betragtning. Begrundelsen, der er enkel, blev

givet samtidig. Som det også fremgår af den efterfølgende korrespondance har klageren da heller ikke været i tvivl om, hvad begrundelsen var.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Det følger af det anførte, at påstanden ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach  
kontorfuldmægtig