

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Niels Henriksen, Gorm Kildahl
Elikofer)

J.nr.: 02-107.630

6. februar 2003

K E N D E L S E

Hedeselskabet Miljø og Energi A/S
(advokat Mogens Birkebæk, Århus)

mod

Løkken-Vrå Kommune
(advokat Birte Rasmussen, Aalborg)

I januar 2002 udbød indklagede, Løkken-Vrå Kommune, som begrænset licitation i henhold til Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (tilbudsloven) to entrepriser til udførelse af forskellige forbedringer på Lyngby renseanlæg. Sagen angår den ene af disse entrepriser, benævnt slamafvandingsentreprisen.

Følgende virksomheder indgav tilbud på slamafvandingsentreprisen:

1. Hedeselskabet Miljø og Energi A/S
2. Zickert Miljø A/S
3. Westfalia Separator
4. Krüger A/S

I februar 2002 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Zickert Miljø A/S (Zickert), og kontrakt blev herefter indgået 6. marts 2002.

Den 22. april 2002 indgav klageren, Hedeselskabet Miljø og Energi A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på et møde den 22. oktober 2002.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Indklagede tilpligtes at anerkende, at man ved at have tildelt kontrakten til Zickert Miljø A/S har overtrådt forbudet mod forskelsbehandling i tilbudslovens § 6.

Påstand 2

Indklagede pålægges i medfør af Lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3, at yde klageren en erstatning for lidt tab.

Indklagede har nedlagt påstand om, at påstand 1 ikke tages til følge, og har vedrørende påstand 2 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 2, indtil Klagenævnet har afgjort de øvrige spørgsmål.

Der er afgivet forklaringer af Kaj K. Christensen, Jens Haugstrup Jensen og Ole Aslak Mortensen.

Parterne har fremlagt et antal bilag, herunder klagerens tilbud. Efter den mundtlige forhandling har indklagede efter Klagenævnets ønske yderligere fremlagt tilbudene fra de øvrige tilbudsgivere. I medfør af forvaltningslovens § 15, stk. 1, har Klagenævnet ikke givet klageren aktindsigt i disse tilbud.

Sagens omstændigheder i hovedtræk:

Renseanlæggets centrifuger for afvanding af slam, dvs. udskillelse af slam fra spildevand, var udtjente, således at der skulle etableres en ny funktion til afvanding af slam. Desuden var der behov for en forbedring af funktionen for transport af det afvandede slam fra afvandingsanlægget til en lagerplads.

Licitationsbetingelserne var udarbejdet af kommunens rådgiver NIRAS Rådgivende ingeniører og planlæggere A/S (Niras).

I licitationsbetingelserne blev der givet en beskrivelse af det eksisterende anlæg. Det blev herunder bl.a. angivet, at de eksisterende centrifuger havde en afvandingsgrad på 15-17% tørstof om vinteren og 25-30% tørstof om

sommeren, dvs. at disse centrifuger henholdsvis vinter og sommer producerede slam med det angivne procentvise indhold af tørstof. Baggrunden for det højere tørstofindhold om sommeren er efter det oplyste, at der af hensyn til badevandets kvalitet i sommersæsonen bliver tilsat kalk til spildevandet før slamafvandingen, hvilket medfører mere tørstof i det afvandede slam.

I licitationsbetingelserne var videre bl.a. angivet, at det nye slamafvandingsanlæg skulle have en nærmere angivet garanteret kapacitet. Det var ikke angivet, hvilken afvandingsgrad anlægget skulle kunne præstere.

Med hensyn til videretransport af det afvandede slam fra slamafvandingsanlægget var i licitationsbetingelserne bl.a. angivet:

»
 Slamtransportpumpe
 1 stk. Ekscentersnekkepumpe
 Kapacitet: Fastlægges af entreprenøren
 ...
 Medic: Afvandet slam med tørstofindhold i henhold til
 entreprenørens vurdering
 ...«

Desuden var i licitationsbetingelserne bl.a. anført:

»Funktionsprøve
 Slamafvandingsmaskinerne.
 ...
 Funktionsprøven udføres på »vinterslam«, jf. afsnit 5.1.
 ...«

Henvisningen vedrørende vinterslam er til den del af licitationsbetingelserne, hvor bl.a. afvandingsgraden for de eksisterende centrifuger henholdsvis vinter og sommer var oplyst, jf. ovenfor.

Af licitationsbetingelserne fremgik endvidere bl.a.:

Arbejdet blev udbudt som totalentreprise. Entreprensens endelige omfang skulle først fastlægges i forbindelse med accepten, da entreprisen sammen med en sideløbende byggeentreprise skulle holdes inden for en nærmere angivet budgetramme. Udbyderen forbeholdt sig ret til frit at til- og fravælge tilbudenenes enkelte poster samt eventuelt angive alternative løsninger.

Entreprisen ville dog blive tildelt en enkelt entreprenør i samlet totalentreprise.

Tilbudene skulle afgives på en tilbudsliste, dvs. en blanket med en række rubrikker til udfyldning. Forbehold skulle for at tages i betragtning være angivet på tilbudslisten, der indeholdt en særlig rubrik hertil.

Licitationsbetingelserne bestod bl.a. af Almindelige Betingelser for Totalentreprise inden for bygge- og anlægsvirksomhed (ABT 93) med supplementer og fravigelser angivet ud for de enkelte bestemmelser og af et dokument benævnt »Særlige Betingelser«.

I supplementerne/fravigelserne til ABT 93 var angivet:

»Ved bedømmelsen af de indkomne tilbud vil der blive lagt vægt på det økonomisk mest fordelagtige bud, her under, pris (50%), samlet driftsudgift inkl. afledte udgifter til slamtransport m.v. (20%), teknisk løsning og materialekvalitet (20%), samt på drifts- og vedligeholdelsesmæssige forhold (10%). Tallene i parentes angiver med hvilken vægt de vurderes. Bedømmelsen af tilbudene foretages alene af bygherren.«

I dokumentet »Særlige Betingelser« var anført:

»Tildelingen af opgaven vil ske efter kriteriet: det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af blandt andet følgende kriteriet:

- Anlægsudgift
- Samlet driftsudgift inkl. afledte udgifter til bl.a. slamtransport m.v.
- Teknisk løsning og kvalitet
- Drift og vedligeholdelsesmæssige forhold

Anlægsudgiften vil indgå med betydelig vægt.«

Tilbudspriserne i de fire tilbud var (der bortses fra alternative løsninger ol.):

Klageren	1.279.369
Zickert Miljø A/S	1.780.500
Westfalia Separator	1.927.590
Krüger A/S	2.358.500

Klagerens tilbud angik en centrifuge af fabrikatet Noxon som slamafvander og en Kiesel ekscentersnekkepumpe som slamtransportpumpe.

De øvrige tilbud angik centrifuger af forskellige andre fabrikater end Noxon som slamafvander og angik som slamtransportpumper ekscentersnekkepumper af fabrikatet Seepex.

I tilbudslisten for klagerens tilbud var prisen for den tilbudte Kiesel ekscentersnekkepumpe ansat til 118.956 kr. I tilbudslisten for Zickerts tilbud var prisen for den tilbudte Seepex ekscentersnekkepumpe ansat til 149.600 kr.

I tilbudslisten for klagerens tilbud var i rubrikken om forbehold alene angivet Entreprenørforeningens standardforbehold. I et brev af 24. januar 2002, med hvilket tilbudet fremsendtes til indklagede, udtalte klageren imidlertid:

»Forbehold

1. Entreprenørforeningens gældende standardforbehold for totalentrepriser.
2. Med hensyn til pumpning af slam med et tørstofindhold på ca. 30% (sommerdrift), tager vi forbehold for, at dette kan lade sig gøre med en ekscentersnekkepumpe, som ønsket i licitationsmaterialet.
Med den erfaring, som vi har opnået fra andre anlæg, mener vi, at der ikke bør pumpes slam med et tørstofindhold på over 24-25% med en ekscentersnekkepumpe.
Dersom bygherren fortsat vil fastholde kravet om, at der skal pumpes slam med et tørstofindhold på ca. 30%, bør der til dette formål anvendes en Putzmeisterpumpe.«

En Putzmeisterpumpe er en anden type pumpe end en ekscentersnekkepumpe og koster langt mere end en sådan.

I tilbudslisten fra Krüger A/S var prisen for den tilbudte Seepex ekscentersnekkepumpe ansat til 149.600 kr. I tilbudet fra Krüger A/S var endvidere (ikke i tilbudslisten, men i tilbudets tekst) anført:

»Der tages forbehold for det afvandede slams pumpningsegenskaber under sommerdrift grundet det høje kalkindhold, idet pumpbarheden da kan være nedsat.«

Den 7. februar 2002 afgav civilingeniør Kaj K. Christensen, Niras, en indstilling til indklagede. I indstillingen var bl.a. anført:

»Hedeselskabet

...

For den tilbudte centrifuge fabr. Noxon vurderes der på sigt at være risiko for forøgede driftsudgifter til service og vedligeholdelse.

Hedeselskabet tager i sit tilbud forbehold for pumpning af sommerslam med højt tørstofindhold, der efter firmaets mening vil kræve anvendelse af anden – og væsentlig dyrere – pumpetype (tykstofpumpe). For brug af firmaets tilbud må det derfor ved valg af pumpetransport til slamlager accepteres at slamafvandingen i sommerhalvåret må gennemføres med væsentligt lavere tørstofindhold end teknisk muligt med såvel eksisterende som den tilbudte centrifuge.

...

Det ses, at tilbudet fra Hedeselskabet er totaløkonomisk mest fordelagtigt efterfulgt af tilbud fra fa. Zickert.

...

Samlet løsningsvalg

...

Ud fra en samlet vurdering af pris og kvalitet anbefales det at vælge maskintilbud fra fa. Zickert Miljø A/S. Der er i denne forbindelse lagt vægt på, at der garanteres mulighed for pumpetransport af afvandet slam til lagerplads med fastholdelse af maksimal afvandingsgrad.

...«

Henvisningen til garanteret mulighed for pumpetransport af slam i tilbudet fra Zickert sigtede efter det foreliggende til en telefax, som Niras havde modtaget fra Zickert samme dag, og som var foranlediget af en henvendelse fra Kaj K. Kristensen til Zickert. I denne telefax udtaltes bl.a.:

»...

Herved bekræftes, at transportpumpe for afvandet slam er udlagt for drift med slam med et tørstofindhold på 30-35% incl. kalk...«

Der blev ikke i Niras' indstilling af 7. februar 2002 foretaget en vurdering af tilbudenens opfyldelse af de enkelte underkriterier i overensstemmelse med angivelserne herom i licitationsbetingelserne.

I februar og marts 2002 var der forskellig korrespondance mellem parterne foranlediget af, at klageren før indklagedes tildelingsbeslutning var blevet bekendt med, at Niras ikke ville anbefale, at klageren fik tildelt ordren.

Som et led i denne korrespondance skrev klageren til indklagede i et brev af 12. februar 2002:

»...

Såfremt det er et væsentligt ønske for kommunen at kunne pumpe slam med et tørstofindhold på ca. 30% gør vi opmærksom på, at den af os tilbudte løsning kan opgraderes hertil for en merinvestering på ca. 60.000 kr....«

Foranlediget af korrespondancen udfærdigede Niras et notat af 25. marts 2002 indeholdende en evaluering af tilbudene i henhold til angivelsen i supplementerne/fravigelserne til ABT 93 om indbyrdes vægtning af underkriterierne til tildelingskriteriet. Evalueringen i notatet er ganske kortfattet og består blot af opstillinger i skemaform indeholdende tildelte points til tilbudene for hvert enkelt underkriterium. Det angives i notatet, at klagerens tilbud er prissat under hensyntagen til prisen for den anbefalede Putzmeisterpumpe, hvis pris er ansat til størrelsesordenen 1 mio. kr. I øvrigt indeholder notatet ikke angivelse af, hvorledes tildelingene af points er sket. Notatet munder ud i følgende konklusion:

»På grundlag af den opstillede vurderingsmodel fremstår tilbudet fra Zickert Miljø A/S som det mest fordelagtige for Løkken-Vrå Kommune.«

De afgivne forklaringer:

Jens Haugstrup Jensen, der er afdelingschef hos klageren, har bl.a. forklaret: Bemærkningerne om ekscentersnekkepumpe i klagerens brev af 24. januar 2002 var kun en oplysning til kunden, ikke et forbehold. Ordet »forbehold« er forkert.

Ole Aslak Mortensen, der er ingeniør hos klageren, har bl.a. forklaret: Hvis licitationsbetingelserne havde stillet krav om pumpning af 30% tørstofindhold, ville man have tilbudt en ekstra polymer-pumpe (dvs. en tilbehørsdel) til en pris af ca. 2.500 kr. samt angivet et mindre ekstrabeløb til driftsudgifter. Man ville dog nok for en sikkerheds skyld have indsat en ekstra slampumpe. Problemet går ud på, at pumpning med ekscentersnekkepumper af slam med højt tørstofindhold medfører meget slid med deraf følgende

hyppige udskiftninger af dele. Forholdet afhænger dog af slammets sammensætning. Nogle steder kan en ekscentersnekkepumpe klare op mod de 30%, andre steder ikke. Det er disse forhold, klageren gjorde bygherren opmærksom på i brevet af 24. januar 2002.

Kaj K. Kristensen, der er civilingeniør hos indklagedes rådgiver, Niras, har bl.a. forklaret: Han har været den centrale person i Niras' rådgivning af indklagede. Som følge af kalktilsætningen til spildevandet om sommeren opnår man højere tørstofindhold. I nogle sammenhænge kan kalkindholdet måske lette pumpningen, i andre ikke. Erfaringerne ligger hos entreprenøren. Det var ikke et ubetinget krav, at der skulle anvendes en ekscentersnekkepumpe, men Kaj K. Kristensen anså dette for den naturligste løsning. Alternativet er en Putzmeisterpumpe, der er langt dyrere. Kaj K. Kristensen læste bemærkningen om ekscentersnekkepumpe i klagerens brev af 24. januar 2002 som et forbehold med hensyn til tørstofindhold over 24-25%. At brevet nævnede en Putzmeisterpumpe, fik Kaj K. Kristensen til at tage forbeholdet endnu mere seriøst, idet en Putzmeisterpumpe er en helt anden løsning med en helt anden økonomi. Han prissatte forbeholdet ud fra dets omtale af en Putzmeisterpumpe. Klagerens brev om en opgradering for ca. 60.000 kr. kom efter, at kommunens tekniske udvalg havde truffet beslutning om at tildele Zickert ordren, og havde allerede derfor ingen betydning. I øvrigt stod der ikke, hvad opgraderingen gik ud på, og hvilken betydning den havde for forbeholdet. Zickerts telefax af 7. februar 2002 var foranlediget af, at Kaj K. Kristensen havde spurgt Zickert, om det var korrekt opfattet, at Zickerts projekt ville kunne transportere slammet under de forhold, der var beskrevet i licitationsbetingelserne. Niras' notat af 25. marts 2002 er en renskrivning af grundlaget for indstillingen af 7. februar 2002 til kommunen.

Parternes anbringender:

Klageren har gjort gældende:

Klagerens tilbud var langt det billigste, men indklagede har desuagtet valgt et andet tilbud, uanset at det var angivet i licitationsbetingelserne, at prisen ville blive vægtet med 50%. Indklagede har uden føje tillagt bemærkningerne om ekscentersnekkepumpe i klagerens brev af 24. januar 2002 virkning som forbehold, uanset at det af licitationsbetingelserne fremgik, at for-

behold skulle være angivet på tilbudslisten. Indklagede har endvidere værdisat de omtalte bemærkninger efter prisen på en Putzmeisterpumpe, uanset at der efter licitationsbetingelserne skulle anvendes en ekscentersnekkepumpe. Indklagede kunne eventuelt have afvist klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, men når indklagede valgte at tage tilbudet i betragtning, har man haft pligt til ikke at udsætte klageren for forskelsbehandling. Endvidere har Niras i indstillingen til kommunen lagt vægt på, at Zickert havde garanteret for pumpetransport af slam med maksimal afvandingsgrad, uanset at der ikke i licitationsbetingelserne var stillet krav med hensyn til, hvilken afvandingsgrad slamafvandingsanlægget skulle kunne præstere. Niras har herunder lagt vægt på, at Zickerts pumpe kunne transportere slam med det tørstofindhold, som det eksisterende anlæg producerede om sommeren, selvom det i licitationsbetingelserne var angivet, at funktionsprøven skulle udføres på vinterslam. Endvidere reagerede Niras eller indklagede ikke på klagerens brev af 12. februar 2002, af hvilket det fremgik, at den af klageren tilbudte løsning kunne opgraderes til pumpning af slam med tørstofindhold 30% for en ganske beskeden merpris, således at klagerens tilbud stadig ville have været det billigste. Man burde have indhentet nærmere oplysninger hos klageren, og at man ikke gjorde dette, viser manglende interesse for klagerens tilbud. De tekniske funktioner for klagerens løsning og Zickerts løsning har reelt været ens, men indklagede har alligevel valgt Zickerts tilbud, selvom det havde en langt højere tilbudspris end klagerens. De omtalte forhold er udtryk for en forskelsbehandling af klageren i forhold til Zickert i strid med tilbudslovens § 6. Endvidere lagde indklagede afgørende vægt på bemærkningerne i Zickerts telefax af 7. februar 2002 om, at den tilbudte pumpe kunne transportere slam med et tørstofindhold på 30-35%, uanset at licitationsbetingelserne ikke stillede krav med hensyn til afvandingsanlæggets afvandingsgrad. Telefaxen fremkom efter kontakt mellem Niras og Zickert, og denne kontakt har været en forhandling i strid med tilbudslovens § 11.

Indklagede har gjort gældende:

Licitationsbetingelserne indeholdt en nøje beskrivelse af det eksisterende anlæg med angivelse af funktion og afvandingsprocent. Endvidere var det angivet, at der ønskedes en samlet løsning. Det er uden betydning, at der ikke blev stillet funktionskrav til slamtransportpumpen, da pumpen naturligvis skal kunne transportere det slam, der kommer ud af centrifugen. Det er således tilbudsgiveren selv, der ved sit valg af centrifuge fastlægger, hvilke krav der skal stilles til pumpen. Bemærkningerne om ekscentersnek-

kepumpe i klagerens brev af 24. januar 2002 er omfattende og uddybet, og en professionel tilbudsgiver må bære ansvaret for sine formuleringer. Bemærkningerne må derfor opfattes som et forbehold, og det må være uden betydning, at de ikke stod i tilbudslisten. Den af klageren tilbudte centrifuge er god nok, men den af klageren tilbudte pumpe kan åbenbart ikke transportere det slam, der leveres af centrifugen. Hvis indklagede havde valgt klagerens tilbud, havde indklagede påtaget sig den økonomiske risiko for, at pumpen ikke kunne transportere sommerslammet. Indklagede har herefter med rette værdisat klagerens forbehold efter merprisen for en Putzmeisterpumpe, hvorved klagerens tilbud er blevet dyrere end Zickerts. Telefaxen fra Zickert var blot en bekræftelse af, at Zickert ikke tog forbehold svarende til klagerens forbehold. Det har været naturligt, at Niras for en sikkerheds skyld ønskede dette præciseret som følge af klagerens forbehold. Kontakten mellem Niras og Zickert har således ikke været en forhandling.

Klagenævnet udtaler:

Udbudet og Niras' håndtering af det bærer generelt præg af uklarhed og uigennemsigthed. Ud over de forhold, der nævnes nedenfor, kan henvises til, at tildelingskriteriet med underkriterier var udformet på to forskellige måder i licitationsbetingelserne, og at det i den ene af de to formuleringer var angivet, at der »blandt andet« ville blive lagt vægt på de angivne underkriterier til tildelingskriteriet. Der henvises videre til licitationsbetingelsernes angivelse af, at udbyderen forbeholdt sig ret til at angive alternative løsninger. Denne angivelse gjorde det uklart, hvad udbudet i det hele taget gik ud på, ligesom den i sig selv medførte nærliggende risiko for forskelsbehandling af tilbudsgiverne i strid med tilbudslovens § 6 og for overtrædelse af reglerne om forhandling i lovens § 11.

Licitationsbetingelserne foreskrev ikke udtrykkeligt, at den tilbudte ekscentersnekkepumpe skulle kunne pumpe slam med et bestemt tørstofindhold, og den angivelse af slam med tørstofindhold på ca. 30% om sommeren, der er omtalt i sagen, var alene indeholdt i licitationsbetingelsernes beskrivelse af det eksisterende anlæg. I licitationsbetingelsernes afsnit om funktionsprøve henvises ganske vist til beskrivelsen af det eksisterende anlæg, men det anførtes samtidig, at funktionsprøven skulle udføres på vinterslam, der ifølge beskrivelsen af det eksisterende anlæg havde en af-

vandingsgrad på 15-17%. Licitationsbetingelserne må herefter forstås sådan, at de ikke stillede krav om, at ekscentersnekkepumpen skulle kunne pumpe slam med et tørstofindhold på ca. 30%.

Allerede som følge heraf kunne indklagede ikke med rette opfatte bemærkningerne i klagerens brev af 24. januar 2002 om pumpning af slam med tørstofindhold ca. 30% som et egentligt forbehold, dvs. en afvigelse fra licitationsbetingelserne. Det var derfor i strid med licitationsbetingelserne, at indklagede opfattede de nævnte bemærkninger som et forbehold og prissatte dem. Dette gælder uanset at der flere gange i bemærkningerne blev anvendt det misvisende udtryk »forbehold«, idet anvendelsen af dette ord ikke sig selv kunne gøre bemærkningerne til et forbehold, dvs. en afvigelse fra licitationsbetingelserne.

Endvidere blev indklagedes prissætning af de omtalte bemærkninger i klagerens brev af 24. januar 2002 gennemført på en måde, der i sig selv var i strid med licitationsbetingelserne, idet prissætningen skete ud fra merprisen for en Putzmeisterpumpe, selvom licitationsbetingelserne foreskrev anvendelse af en ekscentersnekkepumpe, hvilket klagerens tilbud også angik. Det bemærkes herved, at indklagede ikke kunne betragte omtalen af en Putzmeisterpumpe i klagerens brev som et alternativt tilbud, allerede fordi denne omtale klart ikke fremtrådte sådan, og at indklagede under alle omstændigheder havde pligt til at vurdere den af klageren tilbudte ekscentersnekkepumpe i overensstemmelse med tildelingskriteriet, hvilket man imidlertid ikke gjorde, jf. nedenfor.

Klagenævnet må efter det fremkomne gå ud fra, at indklagedes valg af tilbudsgiver byggede på Niras' indstilling af 7. februar 2002, men denne indstilling var ikke udformet som en evaluering af tilbudene i overensstemmelse med licitationsbetingelsernes angivelser af underkriterierne til tildelingskriteriet. Først efter at klageren havde beklaget sig over tildelingsbeslutningen, og efter at indklagede havde indgået kontrakt med Zickert, foretog Niras en evaluering af tilbudene i overensstemmelse med licitationsbetingelsernes angivelse af underkriterierne til tildelingskriteriet. Denne efterfølgende evaluering var ganske kortfattet, og det fremgår reelt ikke af den, hvordan den er foretaget, bortset fra at det angives, at klagerens tilbud er prissat efter merprisen på en Putzmeisterpumpe. Det er herefter ikke på overbevisende måde oplyst, at indklagedes valg af tilbudsgiver er sket på grundlag af en vurdering af de indkomne tilbud i overensstemmelse med

tildelingskriteriet, og Klagenævnet må derfor lægge til grund, at valget ikke er sket sådan, hvilket har været i strid med licitationsbetingelserne. Hertil kommer, at valget af tilbudsgiver specifikt er sket i strid med licitationsbetingelserne på de punkter, der nævnes nedenfor.

Niras indstilling af 7. februar 2002 om valg af Zickert frem for klageren var navnlig begrundet med, at Zickert havde garanteret mulighed for pumpe-transport af afvandet slam med maksimal afvandingsgrad, og Klagenævnet må, således om sagen er oplyst, gå ud fra, at forholdet har været udslagsgivende ved indklagedes valg af Zickert. Den nævnte begrundelse var imidlertid urigtig, idet Zickerts telefax af 7. februar 2002 ikke var udformet som en garanti og efter sin uklare formulering heller ikke med rimelighed kunne fortolkes således. Hertil kommer, at tilbudsgiveren Krüger A/S havde taget et forbehold svarende til klagerens, selvom den af Krüger A/S tilbødte ekscentersnekkepumpe var af samme fabrikat som den af Zickert tilbødte og endda tilsyneladende en kraftigere model end denne. Dette forhold gjorde det yderligere uholdbart at anse Zickerts uklare telefax som en garanti. Indklagedes valg af Zickert som tilbudsgiver skete således på et urigtigt grundlag, hvilket var i strid med licitationsbetingelsernes angivelser om tildelingskriteriet.

Der er ikke fremkommet noget, der kan føre Klagenævnet til en antagelse om, at den løsning, som Zickert tilbød, var teknisk bedre end den af klageren tilbødte løsning. Det synes imidlertid at fremgå, at Niras vurderede den af Zickert tilbødte ekscentersnekkepumpe som bedre end den af klageren tilbødte. Indklagede skulle have ladet dette forhold indgå i evalueringen af tilbudenes opfyldelse af underkriteriet om løsning og materialekvalitet. Efter det fremkomne gjorde indklagede imidlertid ikke dette, og indklagede handlede for så vidt i strid med licitationsbetingelserne. Derimod lagde man ved vurderingen af klagerens tilbud vægt på merprisen for en Putzmeisterpumpe, hvad der var uberettiget og i sig selv i strid med licitationsbetingelserne, jf. ovenfor.

Det fremgår af de ovenstående bemærkninger, at indklagedes valg af Zickert er sket på en måde, der har været i strid med licitationsbetingelserne. Dette har været ensbetydende med, at valget af tilbudsgiver ikke er sket efter objektive, saglige og ikke diskriminerende kriterier, således som der er pligt til efter § 6, stk. 2, i tilbudsloven, og valget af Zickert er derfor sket i strid med denne bestemmelse.

Om Niras' henvendelse til Zickert efter tilbudenes modtagelse, men før tildelingsbeslutningen bemærkes:

Niras' håndtering af sagen efter tilbudenes modtagelse tyder på følgende: Selvom det ikke var angivet udtrykkeligt i licitationsbetingelserne, forudsatte Niras, at de tilbudte ekscentersnekkepumper skulle kunne pumpe slam med et tørstofindhold på ca. 30%, men Niras blev ved de omtalte »forbehold« i klagerens tilbud og tilbudet fra Krüger A/S opmærksom på, at der kunne være et problem på dette punkt.

Niras kunne derefter have indledt forhandlinger med alle tilbudsgiverne i medfør af tilbudslovens § 11, jf. § 11, stk. 3, i Bekendtgørelse om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, med henblik på at få afklaret, i hvilket omfang der var et problem, og hvad der kunne gøres for at løse det. Derimod var det ikke berettiget, at Niras kun henvendte sig til en enkelt tilbudsgiver, dvs. Zickert, om spørgsmålet, og at Niras desuagtet gjorde dette, var en overtrædelse af reglen om forhandling i tilbudslovens § 11 og af forbudet mod forskelsbehandling i lovens § 6, stk. 1.

Påstand 1 tages herefter til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 1 tages til følge, idet Klagenævnet konstaterer:

Ved at tildele kontrakten til Zickert Miljø A/S har indklagede, Løkken-Vrå Kommune, overtrådt § 6 og § 11 i Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

Behandlingen af påstand 2 er udsat.

Klagegebyret tilbagebetales.

Indklagede skal i sagsomkostninger til klageren, Hedeselskabet Miljø og Energi A/S, betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig