

K E N D E L S E

Johs. Gram-Hanssen A/S,
Hauschildt Marine A/S og
Western Marine Shipyard Ltd.
(advokat Erik Kjær-Hansen, København)

mod

Thyborøn-Agger Færgeoverfart
(advokat Jes Andersen, Holstebro)

Ved udbudsbekendtgørelsen 2015/S 241-436978 af 9. december 2015 iværksatte Thyborøn-Agger Færgeoverfart et begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF ("Udbudsdirektivet") om en ny færge til Thyborøn – Agger overfarten.

Ved udløbet af fristen for ansøgning om prækvalifikation havde Thyborøn-Agger Færgeoverfart modtaget 11 ansøgninger, herunder en ansøgning fra konsortiet Johs. Gram-Hanssen A/S, Hauschildt Marine A/S og Western Marine Shipyard Ltd (JHW).

Ved brev af 10. marts 2016 meddelte Thyborøn-Agger Færgeoverfart JHW, at JHW ikke var blevet prækvalificeret til at afgive tilbud.

Den 30 marts 2016 indgav JHW klage til Klagenævnet for Udbud over Thyborøn-Agger Færgeoverfart. JHW fremsatte den 21. april 2016 anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 12.

maj 2016 besluttede klagenævnet at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelserne herfor var opfyldt.

Klagen har været behandlet skriftligt.

JHW har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at Thyborøn-Agger Færgeoverfart har handlet i strid med principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed, jf. art. 2, i direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, ved at forsømme at foretage en objektiv bedømmelse af de af klager fremlagte referencer.

Påstand 2:

Klagenævnet skal annullere Thyborøn-Agger Færgeoverfarts beslutning om prækvalifikation.

Thyborøn-Agger Færgeoverfart har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

”II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

Indenrigs færge med åbent vogndæk til Thyborøn – Agger overfarten. ... Omtrentlig lastekapacitet: 22 personbiler eller 2 lastvognstog og 6 personbiler.

...

III.2) Betingelser for deltagelse

...

III.2.3) Teknisk kapacitet

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:

Selskabets relevante referencer, med billeder og beskrivelser.

...

...

Del IV: Procedure

...

IV.1.2) Grænse for, hvor mange økonomiske aktører der vil blive opfordret til at afgive bud eller deltage

Forventet mindsteantal 3: og største antal 6

Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal kandidater: Den krævede dokumentation under III.2) skal være fremsendt og opfylde kravene. Såfremt krav som beskrevet er opfyldt vil kriterier for valg være (vægt angivet i % i parentes): Ansvarlig egenkapital (30 %), Regnskaber (15 %), Selskabets/Underleverandørers referencer (30 %), Selskabets/Underleverandørers produktionskapacitet/tekniske faciliteter (15 %), Selskabets/Underleverandørers kvalitetskontrol/kvalitetssikring (10 %).

...

IV.2.1) Tildelingskriterier

Det økonomisk mest fordelagtige bud ...”

Ved en fællesmeddelelse af 26. februar 2016 om præcisering af formelle krav anførte færgeoverfarten bl.a.:

”Alle referencer som selskabet finder relevant i forbindelse med anmodning om deltagelse kan anføres. Såfremt selskabet har mange relevante referencer fremføres dette eventuelt på listeform, og enkelte fremhævede referencer kan da dokumenteres mere detaljeret.”

Indenfor fristen herfor indgav JHW ansøgning om prækvalifikation.

Ved brev af 10. marts 2016 meddelte Thyborøn-Agger Færgeoverfart som nævnt JHW, at JHW ikke var blevet prækvalificeret til at afgive tilbud.

Efter anmodning fremsendte Thyborøn-Agger Færgeoverfart efterfølgende kopi af evalueringsrapporten vedrørende prækvalifikationen til JHW. Det fremgår heraf, at én ansøger ikke var konditionsmæssig. Det fremgår videre, at JHW var blevet tildelt 3 point for referencer på en skala fra 1 – 10. Øvrige ansøgere blev tildelt mellem 4 og 9 point for referencer. JHW blev samlet set tildelt 580 vægtede point, mens de 3 øvrige konditionsmæssige ansøgninger, der ikke blev prækvalificeret, havde fået tildelt 430 vægtede point, 545 vægtede point og 605 vægtede point. Den ansøger med færrest vægtede point, der blev prækvalificeret, var blevet tildelt 660 vægtede point.

Thyborøn-Agger Færgeoverfarts rådgiver, OSK-Shiptech A/S, har i en e-mail af 29. marts 2016 til JHW bl.a. anført:

”Vi har vurderet alle ansøgere så objektivt som muligt, dels ud fra det modtagne materiale, og dels ud fra det kendskab vi har til de enkelte ansøgere.

Det er påkrævet at opstille ansøgere i rangorden, dertil kræves en detaljeret analyse af materialet samt vurderinger af de enkelte ansøgere.”

JHW har, efter at have anmodet om aktindsigt, modtaget kopi af de referencer, der er indsendt af de øvrige ansøgere. JHW har på grundlag heraf udarbejdet en oversigt over de påberåbte referencer. Oversigten indeholder JHW's vurdering af referencerne. Fra oversigten har JHW særligt fremhævet, at:

- JHW har påberåbt sig design, bygning og levering af mere end 15 passagerskibe de seneste 10 år. JHW fik for sine referencer 3 point.
- Ansøgeren Kynde & Toft har påberåbt sig primært referencer inden for fiskeskibe samt mindre lastskibe. Udbuddet vedrører et passagerskib. Denne ansøger blev tildelt 6 point.
- Ansøgeren Assens Skibsværft beskæftiger sig primært med skibsreparationer og har alene leveret to nybygninger inden for de sidste 10 år. Denne ansøger blev tildelt 7 point.

Ansøgerne Kynde & Toft samt Assens Skibsværft blev ikke prækvalificeret.

Oversigten indeholder for de ansøgere, der blev prækvalificeret, angivelser som ”ikke super relevant” og ”relevant men x år gammel”.

Thyborøn-Agger Færgeoverfarts rådgiver, OSK-Shiptech A/S, har i en erklæring til brug for sagen af 27. maj 2016 bl.a. anført:

”Alle ansøgninger er gennemgået 2 gange.

Første gennemgang er for at fastslå om ansøgningen opfylder de formelle krav.

...

Alle ansøgninger der opfylder de formelle krav går videre til 2. gennemgang. ...

...

De i udbuds annoncen nævnte kriterier er pointgivet på en skala fra 1 til 10 og samlet i prækvalifikations bedømmelsesskema side 2, Se vedlagte bilag e. Point er til sidst vægtet med de vægte som opgivet i udbudsannoncen.

...

Selskabets referencer er vurderet alene ud fra oplysninger som modtaget i ansøgningerne. Det var en uheldig formulering, at skrive kendskab til de enkelte ansøgere i øvrigt. Dette kan helt rigtigt misforstås. Sætningen skal ses i sammenhæng med det, vi svarede på, nemlig hvorfor klager havde fået en score på 3 point under referencer. Alle som deltog i bedømmelsen kan bekræfte, at der ikke er indgået usaglige eller ukendte parametre i bedømmelsen.

Referencer i ansøgningerne er behandlet efter udbudsannoncens tekst, der angiver ”Selskabets relevante referencer”. Efter modtagelse af ansøgningerne blev der rundsendt en fælles meddelelse til alle ansøgere omkring præcisering af formelle krav, blandt andet for at give mulighed for at fremhæve relevante referencer. Klager har indsendt et meget stort antal referencer, også referencer som ikke er relevante. Klager vælger ikke at fremhæve enkelte referencer, hvilket ikke gav os andre muligheder end selv at definere relevans. Her valgte vi at definere relevans ud fra nogenlunde tilsvarende størrelse, og kompleksitet i forhold til de foreløbige oplysninger om færgen som anført i annoncen. Et større konventionelt lastskib har ikke samme kompleksitet som en mindre færge med minimal bemanning. Regelgrundlaget for bygning af færger til EU eller international fart er mere kompleks end for lokale fartøjer, og varetagelse af myndighedsbehandlingen alene for en færge til EU myndigheder er meget omfattende. Med hensyn til teknisk kompleksitet er et top moderne fiskeskib blandt de mest komplicerede fartøjer at bygge.

Med alle udvalgte relevante referencer fra hver ansøger nedsatte vi en gruppe på 3 erfarne personer, der har vurderet referencerne og diskuteret referencernes kvalitet. Efter individuel vurdering og samlet diskussion er gruppen nået til enighed om den pointgivning der fremgår af bedømmelses skemaet bilag e.”

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

JHW har gjort gældende, at Thyborøn-Agger Færgeoverfarts bedømmelse af JHW's referencer ikke opfylder de udbudsretlige krav om gennemsigtighed og ligebehandling. En objektiv gennemgang og bedømmelse af referencerne fra JHW og de øvrige ansøgere ville føre til, at JHW skulle have været tildelt et højere antal point for sine referencer. Havde JHW fået 6 eller flere point, ville JHW have været blandt de prækvalificerede ansøgere.

Thyborøn-Agger Færgeoverfart har lagt vægt på oplysninger m.v., der ikke fremgik af ansøgningerne. Det fremgår ikke af meddelelsen om prækvalifikation eller sagens øvrige materiale, hvori OSK-Shiptech A/S' "kendskab" til ansøgerne består, eller på hvilken måde dette kendskab er indgået i bedømmelsen. Der kan ikke lovligt lægges vægt på et generelt kendskab til ansøgerne hos Thyborøn-Agger Færgeoverfart eller deres rådgiver. Dette er dels i strid med kravet om gennemsigtighed, dels en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling, idet der ikke vil kunne foreligge samme grad af kendskab til alle ansøgere, og idet navnlig lokalt forankrede ansøgere må forventes at være "kendte" af en dansk ordregivende myndighed og dens danske rådgivere.

Thyborøn-Agger Færgeoverfart har foretaget en ubegrundet negativ vurdering af JHW's referencer. Selvom en ordregiver har et vidt skøn ved bedømmelsen af, om en ansøger skal prækvalificeres, kan dette skøn ikke udstrækkes til at omfatte pointgivning ganske uden forbindelse med det fremlagte materiale.

I relation til bedømmelsen af referencer har Thyborøn-Agger Færgeoverfart ikke nærmere forklaret de – efter JHW's opfattelse påfaldende – forskelle på pointgivningen, der fremgår af oversigten udarbejdet af JHW, hvor betegnelsen "ikke super relevant" er anvendt i tilfælde, hvor en påberåbt reference må anses for på grænsen til ikke at være relevant, men dog ikke helt kan frakendes betydning. Dette gælder skibe, som ikke er passagerskibe eller færges. I lyset af sammenstillingen i oversigten og den manglede forklaring på bedømmelsen af referencer fra Thyborøn-Agger Færgeoverfart side er det nærliggende at antage, at det netop er OSK-Shiptech A/S' kendskab til bestemte ansøgere, der har været udslagsgivende for pointgivningen for referencer.

Da kontaktens genstand i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.1. anføres som "Ny færge til Thyborøn — Agger overfarten" og udbudsbekendtgørelsens

pkt. III.2.2 betinger deltagelse af ”Selskabets relevante referencer”, kan referencer for andre skibsbygninger ikke anses for centrale for bedømmelsen af ansøgningerne om prækvalifikation.

Det bestrides, at Kynde & Tofts referencer er ”af langt større kompleksitet end klagerens”. Blandt JHW’s 36 referencer, indgår bl.a.”7) Trailing suction hopper dredger”, ”10) Survey boat”, ”22) Ice breaker ferry”, ”21) Off shore patrol vessel”, ”23) Solas passenger ship, MV Mataliki”, ”24) 8 5200DWT multipurpose ships (Tyskland), ”25) Isefjord, Færge (hundested-rørvig overfarten”, ”27) Stelle Atlantic, multipurpose vessel (Stelle shipping DK)” fremhæves. De oplistede referencer udgør komplicerede skibe på minimum samme niveau som de af Kynde & Toft angivne referencer. De indeholder desuden skibe bygget efter både EU-standarder og internationale standarder.

Hvis kriteriet for referencer afgrænses i form af passagerfærger bygget de seneste 10 år, hvilket JHW anser for retvisende, påberåbte JHW sig 13 relevante referencer, hvilket udgør det højeste antal blandt nogen ansøger. Alligevel blev JHW alene tildelt det laveste antal point overhovedet. De øvrige ansøgere er tildelt højere pointtal for færre relevante referencer og færre referencer i det hele taget. Det gælder både ansøgere, der opnåede prækvalifikation, og ansøgere, der ikke gjorde.

Oplysningen i OSK-Shiptech A/S’ erklæring af 27. maj 2016 om, at ”Det var en uheldig formulering, at skrive kendskab til de enkelte ansøgere i øvrigt. Dette kan helt rigtigt misforstås. Sætningen skal ses i sammenhæng med det, vi svarede på, nemlig hvorfor klager havde fået en score på 3 point under referencer.” afkræfter ikke, at OSK-Shiptech A/S har lagt vægt på sit generelle kendskab til eller opfattelse af ansøgerne om prækvalifikation. Inddragelse af generel viden om tilbudsgivere er – uagtet årsagen hertil – i strid med udbudsreglerne.

JHW har helt i overensstemmelse med fællesmeddelelsen af 26. februar 2016 i sin ansøgning angivet både referencer i og uden for listeform samt i oversigtsform og detaljeret. Hvordan oplysningen skulle gives, er overladt til den enkelte ansøger, jf. angivelse af ”eventuelt” og ”kan dokumenteres mere detaljeret”. Formatet for angivelsen af tilbudsgivernes referencer kan således ikke påvirke bedømmelse af referencernes relevans.

Thyborøn-Agger Færgeoverfart har gjort gældende, at JHW's referencer er blevet vurderet på samme måde som de øvrige ansøgninger. Det bestrides, at bedømmelsen af referencerne ikke opfylder de udbudsretlige krav til gennemsigtighed og til ligebehandling. Det gøres gældende, at en ordregiver har et vidt skøn ved vurderingen af, hvilke ansøgere blandt de egnede der efter de offentliggjorte kriterier er bedst egnede og derfor skal prækvalificeres. Det skøn, der er udøvet vedrørende "referencer", er udøvet på saglig vis og inden for de rammer, der gælder for udøvelsen af et sådant skøn. Det bestrides, at JHW burde have fået tildelt et højere antal point for sine referencer, hvilket da heller ikke er dokumenteret.

Thyborøn-Agger Færgeoverfart har antaget sagkyndig assistance til evalueringen. OSK-Shiptech A/S har fået til opdrag at vurdere alle ansøgere efter de kriterier, der er angivet i udbudsannoncen. Der er således ikke medtaget uvedkommende forhold, og der er heller ikke tale om manglende gennemsigtighed ved bedømmelsen. Det fremgår af e-mailen af 29. marts 2016 fra OSK-Shiptech A/S, at der er taget udgangspunkt i det modtagne materiale og det kendskab, som dette giver til de enkelte ansøgere. Vurderingen af de enkelte ansøgere er således sket ved en analyse af det materiale, der var bilagt ansøgningerne. Thyborøn-Agger Færgeoverfart lagde i forbindelse med vurdering af de pågældende ansøgere vægt på, at OSK-Shiptech A/S forestod dette på et objektivt og velbelyst grundlag, og de enkelte ansøgere blev på baggrund af det materiale, som blev udleveret, vurderet af et panel ved OSK-Shiptech A/S, som sammenlagt repræsenterer mere end 50 års erfaring inden for området.

Materialet, som er fremsendt af alle ansøgere, er ikke blot blevet vurderet ud fra, hvor stort et antal referencer den enkelte ansøger har medsendt oplysninger om. Hver enkelt reference er blevet vurderet. Vurderingen af de enkelte referencer tager udgangspunkt i den pågældende references relevans i forhold til den forestående opgave, men herudover også kompleksiteten af de pågældende referencer. Der er således blevet foretaget et skøn over referencerne, som har bevirket, at der er blevet tildelt en score ud fra samtlige de oplysninger, der har været i materialet vedrørende referencer.

OSK-Shiptech A/S har således opnået sit kendskab til de enkelte ansøgere via det modtagne materiale, men har selv via den erfaring, OSK-Shiptech A/S besidder, vurderet, hvorvidt de enkelte ansøgers referencer var relevante, komplicerede etc.

JHW lægger meget vægt på ordvalget ”kendskab til de enkelte ansøgere i øvrigt”. Dette skal imidlertid ses i sammenhæng med, at OSK-ShipTech A/S blev spurgt om, hvorfor man havde fået en score på 3 point under referencer, og det var det, man svarede på. Når man henviser til kendskab til de enkelte ansøgere i øvrigt, dækker dette således alle andre oplysninger, som er blevet givet i materialet, som ikke vedrørte referencer.

JHW valgte ikke selv at fremhæve enkelte referencer, som havde ekstra relevans, og dette betød, at OSK-ShipTech A/S i forbindelse med bedømmelsen af relevans kiggede på referencer med nogenlunde tilsvarende størrelse og kompleksitet i forhold til de foreløbige oplysninger om færgen, som var anført i annoncen. Som det fremgår af redegørelsen, måtte man selv udvælge relevante referencer, da JHW efter henvendelser ikke ønskede at være behjælpelig hermed.

I henhold til redegørelsen nedsatte man herefter en gruppe på 3 erfarne personer, der vurderede de relevante referencer og diskuterede referencernes kvalitet. Der er ikke indgået usaglige hensyn og der har været fuld gennemsigtighed og ligebehandling.

Ad påstand 2

JHW med henvisning til det, der er anført ad påstand 1, gjort gældende, at beslutningen om prækvalifikation skal annulleres.

Thyborøn-Agger Færgeoverfart har med henvisning til det, der er anført ad påstand 1, gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere beslutningen om prækvalifikation.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet har i delkendelse af 12. maj 2016 anført,

”... at en ordregiver, som anført i bl.a. klagenævnets kendelse af 28. september 2015, OpenBet Technologies Ltd. mod Danske Spil A/S, har et vidt skøn ved vurderingen af, hvilke ansøgere blandt de egnede, der efter de offentliggjorte kriterier er bedst egnede, og derfor skal prækvalificeres. Klagenævnet erstatter ikke en ordregivers skøn med sit eget

skøn, men klagenævnet kan tilsidesætte en ordregivers skøn, hvis det overskrider de grænser, der gælder for et sådant skøn.

Thyborøn-Agger Færgeoverfart har ikke stillet krav om fremsendelse af et bestemt antal referencer, men har alene stillet krav om, at referencerne skulle være ”relevante” og indeholde ”billeder og beskrivelse”. Ved evalueringen har Thyborøn-Agger Færgeoverfart benyttet sagkyndig bistand bl.a. til vurderingen af referencernes relevans. JHW har i forhold til to andre ansøgere påpeget forhold, der muligt kunne give indtryk af, at de, trods mindre relevante referencer, er tildelt højere point end JHW. De to angivne ansøgere er ikke blevet prækvalificeret og eventuelle fejl ved evalueringen af deres referencer ville derfor ikke kunne føre til annullation af prækvalifikationen.

JHW’s bemærkninger til de øvrige ansøgers referencer benytter den meget skønspregede betegnelse ”ikke super relevant”. Det fremgår ikke nærmere, hvad denne vurdering bygger på.

Det fremgår af klagenævnets faste praksis, jf. senest klagenævnets delkendelse af 20. april 2016, Backbone Aviation A/S mod Danmarks Meteorologiske Institut, at en ordregivers evaluering af de modtagne ansøgninger skal ske på grundlag af de enkelte ansøgningers indhold. En ordregiver kan således ikke inddrage tidligere erfaringer med en konkret ansøger til fordel for denne, hvis ikke der er konkret grundlag herfor i den indleverede ansøgning. Formuleringen i OSK-Shiptech A/S’ e-mail af 29. marts 2016 giver indtryk af, at der ved evalueringen er lagt vægt på OSK-Shiptech A/S’ hidtidige kendskab til ansøgerne. Det kan på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udelukkes, at dette har haft betydning for Thyborøn-Agger Færgeoverfarts evaluering.

...”

Thyborøn-Agger Færgeoverfart har, da de har fastsat kravet om vedlæggelse af referencer, ikke fastsat begrænsning i, hvor mange der kunne vedlægges, hvordan de skulle beskrives, eller hvor lange beskrivelserne måtte være. Det forhold, at ”man selv [måtte] udvælge relevante referencer, da JHW efter henvendelser ikke ønskede at være behjælpelig hermed” kan derfor ikke tillægges betydning ved evalueringen.

Først ved erklæring af 27. maj 2016 fra OSK-Shiptech A/S fremgår det, at vurderingen af referencernes relevans er sket ud fra en vurdering af størrelse og kompleksitet af de skibsbyggeprojekter, der er henvist til som reference. JHW har blandt deres referencer såvel meget store byggeprojekter som meget komplekse byggeprojekter. Det fremgår imidlertid fortsat ikke, hvordan evalueringen af de konkrete referencer er sket, herunder hvilke

forhold der har ført til, at JHW's referencer er vurderet væsentlig ringere end referencer fra de ansøgere, der er prækvalificeret.

På den baggrund, og da der ikke i øvrigt er fremkommet yderligere oplysninger, der kan føre til en ændret vurdering af, om OSK-Shiptech A/S i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved evalueringen har lagt vægt på sit hidtidige kendskab til ansøgerne, jf. OSK-Shiptech A/S' e-mail af 29. marts 2016, tages påstand 1 til følge.

Da det ikke kan afvises, at prækvalifikationen ville have fået et andet udfald, såfremt Thyborøn-Agger Færgeoverfart ikke havde begået overtrædelser som fastslået i påstand 1, tages påstand 2 til følge.

Herefter bestemmes:

Thyborøn-Agger Færgeoverfart har handlet i strid med principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed, jf. artikel 2, i direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) ved ikke at foretage en objektiv bedømmelse af de referencer, der var vedlagt ansøgningerne om prækvalifikation.

Thyborøn-Agger Færgeoverfarts beslutning af 10. marts 2016 om at prækvalificere Astilleros Armon, Søby Værft A/S, Baltic Workboats, Tyovene OY, Fiskerstrand Verft AS og Hvide Sande Shipyard annulleres.

Thyborøn-Agger Færgeoverfart, skal i sagsomkostninger til JHW betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig