

K E N D E L S E

Johs. Rasmussen, Swebølle A/S
(advokat Thomas Ryhl, København)

mod

Emineral A/S
(advokat Erik Kjær-Hansen, København)

I april 2015 udbød Emineral A/S som udbud med forhandling efter direktiv 2004/17/EF (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en kontrakt om landevejstransport af flyveaske fra de centrale kulfyrede kraftvarmeværker i Danmark til producenter af asfalt og beton i Danmark og Sverige. Udbuddet blev gennemført efter reglerne i direktivets artikel 53 om kvalifikationsordninger.

Virksomheder, som er kvalificeret inden for kategorien ”2.21.1 Road and Railroad Transport Services” i kvalifikationsordningen Sellihca, der er et fælles kvalifikationssystem for leverandører til nordiske forsyningsvirksomheder, blev opfordret til at afgive tilbud.

Emineral A/S modtog to tilbud, nemlig et tilbud fra Johs. Rasmussen, Swebølle A/S (herefter ”Johs. Rasmussen”) og et tilbud fra Demstrup Auto-transport Preben Hansen ApS (herefter Demstrup), som var den transportvirksomhed, der varetog de udbudte transportopgaver for Emineral A/S.

Efter modtagelsen af det første tilbud fra de to tilbudsgivere gennemførte

Emineral A/S en forhandlingsrunde, hvorefter tilbudsgiverne afgav endelige tilbud.

Ved brev af 19. august 2015 meddelte Emineral A/S, at Demstrup havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud og ville blive tildelt kontrakten.

Kontrakten mellem Demstrup og Emineral A/S er underskrevet henholdsvis den 25. og den 28. september 2015.

Den 28. september 2015 indgav Johs. Rasmussen klage til Klagenævnet for Udbud over Emineral A/S.

Johs. Rasmussen har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Emineral A/S har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved ikke at udelukke sin hidtidige leverandør Demstrup Autotransport Preben Hansen ApS fra at deltage i udbuddet, selv om denne virksomhed i forhold til andre interesserede virksomheder havde opnået en væsentlig konkurrencefordel, der ikke blev udlignet under udbudsprocessen.

Påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Emineral A/S har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved ikke at mindske den konkurrencefordel, som Demstrup Autotransport Preben Hansen ApS havde i sin egenskab af hidtidig leverandør til Emineral A/S, herunder ved ikke at tilvejebringe og videregive de faktiske oplysninger, som var nødvendige for at besvare de spørgsmål, som Johs. Rasmussen, Svebølle A/S havde stillet til udbudsmaterialet med henblik på at kunne optimere sit tilbud i forhold til underkriteriet ”pris”.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Emineral A/S har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved i forbindelse med sin evaluering

af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Service og leveringssikkerhed” at lægge positiv vægt på en række forhold og formuleringer, som Demstrup Autotransport Preben Hansen ApS vidste ville vægte positivt i kraft af sit hidtidige samarbejde med Emineral A/S, men som Johs. Rasmussen, Svebølle A/S ikke kunne vide ville vægte positivt og derfor ikke havde mulighed for at tilbyde, fordi Emineral A/S ikke havde gjort dette klart hverken i udbudsmaterialet eller under forhandlingerne med Johs. Rasmussen, Svebølle A/S.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Emineral A/S har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved ikke at gennemføre sin evaluering af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Transportørens styring af kvalitet, miljø og arbejdsmiljø” i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved at tilrettelægge udbudsprocessen, herunder det samlede udbudsmateriale, forhandlingerne med tilbudsgiverne og tilbudsevalueringen, med sigte på at kunne videreføre sit samarbejde med den hidtidige leverandør til Emineral A/S.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal annullere Emineral A/S’ beslutning om at tildele den udbudte kontrakt til Demstrup Autotransport Preben Hansen ApS.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Emineral A/S er et joint venture ejet af Vattenfall A/S og DONG Energy Thermal Power A/S. Vattenfall A/S og DONG Energy Thermal Power A/S har hidtil tilsammen ejet samtlige centrale kulfyrede kraftvarmeværker. Emineral A/S forestår salg af restprodukterne fra den kulfyrede kraftvarmeproduktion, herunder flyveaske, til cement-, beton- og asfaltindustrien. Som følge af omstilling af en række af de kulfyrede kedler på kraftvarmeværker-

ne til biomasse samt den stadig stigende andel af vindbaseret strøm er den danske produktion af flyveaske faldet tilsvarende.

Det er oplyst, at Johs. Rasmussen i perioden 2000-2012 har transporteret flyveaske for EMINERAL A/S. Fra den 1. januar 2007 til den 31. december 2009 var Johs. Rasmussen eneleverandør til EMINERAL A/S af transportydelser. I det udbud, der dækkede perioden fra den 1. januar 2010 til den 31. december 2012, delte EMINERAL A/S kontrakten i flere delaftaler, og Johs. Rasmussen vandt kontrakten vedrørende mængderne øst for Storebælt. I det udbud, der ligger umiddelbart forud for det omhandlede, vandt Johs. Rasmussen kontrakten om transporter til Norge (ca. 30.000 tons), mens Demstrup vandt kontrakten om transport til kunderne i Danmark og Sverige.

Tildelingskriteriet var ifølge udbudsbetingelsernes afsnit 6.7 ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” med følgende underkriterier:

Underkriterium	Vægt
Priser	65 %
Service og leveringssikkerhed	20 %
Transportørens styring af kvalitet, miljø og arbejdsmiljø	15 %

Det anføres herefter i udbudsbetingelsernes pkt. 6.7 om de enkelte underkriterier:

”Priser:

Angives på prisskema.

Der skal angives pris pr. ton ved kørsel.

Prisen skal angives inklusiv nugældende olieratlæg.

For at give en indikation om hvilke mængder der forventes leveret fra de enkelte værker og lagre, er der på bilaget ”Opgørelse over udleverede mængder i 2014 fra værker og lagre” opgjort hvilke mængder, der blev udleveret i 2014.

Pris ventetid:

Angives på prisskemaet.

Der skal angives en pris for ventetid.

Prisen angives i DKK pr minut.

Se vilkår for ventetidsbetaling i kontraktudkastet punkt 15.5.

Pris køretid:

Angives på prisskema.

Der skal angives en pris for køretid.

Prisen angives i DKK pr. minut.

Se vilkår for køretidsbetaling i kontraktudkastet punkt 15.6.

Pris tillæg for transport weekend og helligdag:

Angives på prisskema.

Der skal angives hvilket tillæg i DKK pr. ton der skal betales ved forlangt transport i weekender og på helligdage.

Se vilkår for levering i weekend og på helligdage i kontraktudkastet punkt 15.2.

Service og leveringssikkerhed:

Kriteriet ”Service og leveringssikkerhed” vurderes ud fra nedenstående: Tilbudsgiveren bedes give en udførlig skriftlig beskrivelse i ”Bilag vedr. kriteriet: Service og leveringssikkerhed” af, hvordan man påtænker at administrere opgaven, herunder hvorledes Emineral vil blive serviceret.

Derudover bedes Tilbudsgiveren beskrive, hvordan Tilbudsgiver dagligt fremsender / overfører data til Eminerals faktureringsystem (C5) over de leverede mængder til Eminerals kunder.

En god beskrivelse vil omfatte:

Beskrivelse af hvordan en given transport af et produkt aftales og udføres.

Hvordan kontakt til Emineral håndteres (telefon, sms, e-mail osv.).

Beskrivelse af hvordan ændrede transportplaner vil blive behandlet.

Beskrivelse af hvordan Chaufføren / tilbudsgiver aktivt medvirker til at Eminerals produkter ikke leveres i siloer, der allerede indeholder andre produkter.

Følgende elementer vil blive tillagt en positiv vægtning ved vurdering:

Personlig kontakt med de involverede parter.

Løbende kontakt med Emineral på relevante tidspunkter.

It-baseret system til styring af leverede mængder

Hurtig reaktion på ændret transportbehov og tilkendegivelse af, om ændringerne kan imødekommes.

I den samlede vurdering af tilbuddet vægtes underkriteriet ”Service og leveringssikkerhed” med 20 %.

Tilbudsgivers styring af kvalitet, miljø og arbejdsmiljø:

Kriteriet om tilbudsgivers styring af kvalitet, miljø og arbejdsmiljø vurderes ud fra hvordan dette håndteres hos tilbudsgiver.

Det vil blive vægtet positivt, hvis tilbudsgiver har mindst et eller flere anerkendte certifikater iht. ISO 9001, ISO 14001 og/ eller OHSAS 18001 eller tilsvarende.

I den samlede vurdering af tilbuddet vægtes

underkriteriet ”Tilbudsgivers styring af kvalitet, miljø og arbejdsmiljø” med 15 %.”

Som tillæg til udbudsbetingelserne havde EMINERAL A/S bl.a. udarbejdet en ”Opgørelse over de udleverede mængder i 2014” opdelt i måneder og fordelt på 8 værker med angivelse af ”Udleveret til betonindustri” og ”Udleveret til asfaltindustri” for hvert værk.

Johs. Rasmussen stillede under udbuddet en række spørgsmål, som blev besvaret som gengivet nedenfor:

”Spørgsmål -

1. Hvad er den procentvis fordeling af antal bestilte læs henover dagen i 2014 i følgende tidsvinduer:

kl. 04.00 til kl. 07.00

kl. 07.00 til kl. 10.00

kl. 10.00 til kl. 13.00

kl. 13.00 til kl. 16.00

Svar til ovenstående:

1. Stort set alle leveringer sker indenfor normal arbejdstid 06-15, og flest mellem 06-12.

Spørgsmål -

2. Hvad er det gennemsnitlige tidsvindue for losning i 2014 (i hvor stort et interval kan vi leverer rettidigt)?

Svar til ovenstående:

2. Vores salgs- og leveringsbetingelser siger 4 timer, men der kan være forhold som gør at dette ændres.

Spørgsmål -

3. Hvad er den gennemsnitlige læssetid pr. tons oplyst pr. anlæg i 2014?

Svar til ovenstående:

3. Der findes ikke statistik over dette på værkerne.

Spørgsmål -

4. Hvad er antal kørte læs totalt pr. dag i 2014 - oplyst for hver enkelt dag?

Svar til ovenstående:

4. Vi har ikke statistik over enkelte dage.

Spørgsmål -

5. Hvad er antal kørte læs pr. udleveringssted pr. dag i 2014 – oplyst for hver enkelt dag?

Svar til ovenstående:

5. Vi har ikke statistik over enkelte dage.

Spørgsmål -

6. Hvad er max. læs-størrelse - oplyst pr kunde?

Svar til ovenstående:

6. Vi har ikke statistik over max. læs-størrelse pr kunde.

Spørgsmål -

7. Hvad er den gennemsnitlige læs-størrelse - oplyst pr. kunde i 2014?

Svar til ovenstående:

7. Vi har ikke statistik over gennemsnitlige læs-størrelser pr kunde.

Spørgsmål -

8. Er der særlige forhold på den enkelte lossedestination?

Svar til ovenstående:

8. Kendes ikke.

Spørgsmål -

9. Hvad er den gennemsnitlige lossetid - oplyst pr. tons pr. kunde i 2014?

Svar til ovenstående:

9. Kendes ikke.”

Johs. Rasmussen fik under forhandlingerne bl.a. stillet følgende uddybende spørgsmål vedrørende underkriteriet ”Service og leveringssikkerhed”:

”Kan JR uddyb[e] hvordan data overføres ind i [E]minerals faktureringsystem?

Kan JR uddybe:

- hvordan ordre efter kl. 14:00 til levering dagen efter behandles?
- hvor hurtigt bekræftelse af leverings tidspunktet kan bekræftes af JR?
- hvordan JR forventer at modtage daglige transportbestillinger?

Kan JR uddyb[e] personligt opkald

Hvilke tiltag foretager JR i forbindelse med ændringer af leveringer

...

Hvordan kontaktes Emineral og Eminerals kunder

Uddyb den foreslåede daglige kontakt kl. 9-11-13"

Johs. Rasmussen afgav tilbud på 13.689.278,80 kr. Tilbuddet fra Demstrup lød på 13.767.169,96 kr.

De tilbudte priser blev evalueret efter en model, således at priserne blev indplaceret på en skala fra den laveste faktisk tilbudte pris til en hypotetisk pris, der var 25 % højere end den laveste faktisk tilbudte pris. Priserne blev tildelt point på en skala fra 1 til 100. Evalueringen førte til, at Demstrup fik 97,75 point, og Johs. Rasmussen fik 100 point.

Den samlede evaluering viste følgende pointtildeling:

Underkriterium	Vægt	Demstrup		Johs. Rasmussen	
		Point	Vægtet	Point	Vægtet
Pris	65 %	97,75	63,54	100,00	65,00
Service og leveringssikkerhed	20 %	100,00	20,00	75,00	15,00
Kvalitet, miljø og arbejdsmiljø	15 %	100,00	15,00	100,00	15,00
Samlet			98,54		95,00

I tildelingsbeslutningen af 19. august 2015 meddelte Emineral A/S bl.a. følgende:

"I underkriteriet "Pris" afgav Johs. Rasmussen, Svebølle A/S en marginalt lavere pris end Demstrup Autotransport ApS v/Preben Hansen,

I underkriterierne "Service og leveringssikkerhed" blev Johs. Rasmussen, Svebølle A/S vurderet lavere i forhold til Demstrup Autotransport ApS v/Preben Hansen,

I underkriterierne ”QHSE” blev Johs. Rasmussen, Svebølle A/S vurderet på samme niveau som [Demstrup] Autotransport ApS v/ Preben Hansen.”

Evalueringen af underkriteriet ”Service og leveringssikkerhed” bygger på et notat om hvert af de to tilbud, som indeholder dels en række ☒-tegn med tilhørende beskrivelse, dels en række ”pile ned”, idet der til sidstnævnte knytter sig en bemærkning om, at et bestemt forhold ”ikke er optimalt for Emineral” eller er uafklaret. Disse ☒-tegn og ”pile ned” er omsat til 4 point, idet hvert af de 4 delkriterier maksimalt kunne give 25 point, svarende til ialt 100 point. Tilbuddet fra Johs. Rasmussen er herefter bedømt således:

Beskrivelse af hvordan en given transport af et produkt aftales og udføres.	12
Hvordan kontakt til Emineral håndteres (telefon, sms, e-mail osv.).	18
Beskrivelse af hvordan ændrede transportplaner vil blive behandlet.	20
Beskrivelse af hvordan Chaufføren / tilbudsgiver aktivt medvirker til at Eminerals produkter ikke leveres i siloer, der allerede indeholder andre produkter.	25

Emineral A/S’ evalueringsrapport vedrørende tilbuddet fra Johs. Rasmussen er i klageskriftet sammenfattet således:

”Pile ned” fordelt på delkriterier	Klagers point
<u>Beskrivelse af hvordan en given transport af et produkt aftales og udføres.</u> ↓ ”Ordre efter kl. 14:00 JR bestræber sig på at give besked inden kl. 16:00 samme dag evt. først næste dag kl. 09:00 – ikke optimalt for Emineral”. ↓ ”Kan JR uddybe: [...] hvordan ordre efter kl. 14:00 til levering dagen efter behandles?” ”Emineral Bookinger ligger i kø sammen med ordre – ikke optimalt for Emineral”. ↓ ”Kan JR uddybe: [...] hvordan JR forventer at modtager daglige transportbestillinger?” ”Beskrives kun i generelle termer – ikke hvordan Emineral bookingdata skal modtages (skal Emine-	12

ral tilpasse de fremsendte data til JR Systemer eller ...) JR skriver ikke at de tilpasser JR systemer til at modtage Emineral bookinger.”	
<u>Hvordan kontakt til Emineral håndteres (telefon, sms, e-mail osv.).</u> ↓ ”Kan JR uddybe hvordan data overføres ind i eminerals faktureringsystem?” ”Beskrives kun i generelle termer (CSV eller TXT), er de overførte data tilpasset eksisterende Emineral systemer (C5) eller er det en standard fil fra JR side eller ??...” ↓ ”Kan JR uddybe [...] hvordan ordre efter kl. 14:00 til levering dagen efter behandles?” ”Svar på bookinger 1-2 timer efter modtagelse – ikke optimalt for Emineral.” ↓ ”Kan JR uddybe: [...] hvor hurtigt bekræftelse af leveringstidspunktet kan bekræftes af JR?” ”Svar dagen efter kl. 09:00 – ikke optimalt for Emineral især ikke ved ordre der skal leveres samme dag – uddyber ikke om JR kommer med alternativt leveringstidspunkt – så ordren kan leveres den dag den er bestilt”.	18
<u>Beskrivelse af hvordan ændrede transportplaner vil blive behandlet.</u> ↓ ”Følgende elementer vil blive tillagt en positiv vægtning ved vurdering: - Hurtig reaktion på ændret transportbehov og tilkendegivelse af, om ændringerne kan imødekommes.” ”Svar dagen efter kl. 09:00 – på en levering til samme dag – ikke optimalt for Emineral.”	20
Beskrivelse af hvordan Chaufføren / tilbudsgiver aktivt medvirker til at Eminerals produkter ikke leveres i siloer, der allerede indeholder andre produkter.	25

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og påstand 2

Johs. Rasmussen har gjort gældende, at det følger af praksis fra klagenævnet, at en ordregiver er forpligtet til så vidt muligt at eliminere de fordele, som en tidligere leverandør har, ved at give oplysninger og information til de øvrige tilbudsgivere. Hvis ordregiveren ikke har gjort, hvad der kunne kræves for at stille alle tilbudsgivere lige under udbuddet, foreligger der en overtrædelse af det EU-retlige princip om ligebehandling, som kan føre til

annullation af tildelingsbeslutningen. Undlader en ordregiver at fremskaffe og videregive de oplysninger, som er nødvendige for at udligne denne konkurrencefordel, foreligger der en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Forpligtelsen til at stille historiske oplysninger af betydning for tilbudsafgivelsen, som kun én af de potentielle tilbudsgiver har adgang til, til rådighed for alle potentielle tilbudsgivere, gælder så meget desto mere, når ordregiver under spørgsmål og svar-fasen modtager spørgsmål, som udtrykkeligt vedrører disse oplysninger.

Som leverandør til Emineral A/S havde Demstrup under hele udbudsprocessen et indgående kendskab til Emineral A/S' daglige behov og bestillingsmønster og til de fysiske betingelser for udførelsen af den udbudte opgave. Disse oplysninger fremgik ikke af udbudsmaterialet, der alene indeholdt en opgørelse over, hvilke mængder der blev udleveret fra værker og lagre i 2014. Oplysningerne kunne have afgørende betydning for tilbudsgivernes beregning af pris på ventetid, pris på køretid og pris på tillæg for transport i weekender og på helligdage, som krævet i henhold til udbudsbetingelsernes afsnit 6.7.

Med henblik på at kunne optimere sit tilbud i forhold til underkriteriet "pris" stillede Johs. Rasmussen derfor en række præcise spørgsmål til udbudsmaterialet, som angik Emineral A/S' daglige behov og bestillingsmønster og de fysiske betingelser for udførelsen af den udbudte opgave. Emineral A/S afviste imidlertid konsekvent at besvare spørgsmålene. Demstrup opnåede derved en væsentlig og uretmæssig konkurrencefordel under udbudsprocessen.

Det er meget sandsynligt, at et nærmere kendskab til de oplysninger om Emineral A/S' daglige behov og bestillingsmønster og om de fysiske betingelser for udførelsen af opgaven, som Demstrup kendte alt til, ville have gjort det muligt for Johs. Rasmussen at tilbyde en pris, som var markant – og ikke blot marginalt – lavere end prisen fra Demstrup.

Navnlig havde Johs. Rasmussen ikke – alene ud fra udbudsmaterialets oplysninger om samlede mængder – nogen mulighed for at vurdere, om der under den udbudte kontrakt er behov for kørsel af mange små læs eller få store læs, om disse læs fordeles sig jævnt hen over ugens dage eller er koncentreret på få dage, og om der ofte eller stort set aldrig er behov for kørsel i weekender og på helligdage. Disse faktiske oplysninger har helt afgørende

betydning for estimeringen af behovet for mandskab og materiel og dermed for pris. Manglende kendskab til de pågældende oplysninger betød, at Johs. Rasmussen var nødt til at indbygge en række forbehold i sin beregning af tilbudsprisen.

Johs. Rasmussen kunne ikke udlede de efterspurgte oplysninger af sine øvrige (tidligere eller nuværende) kontrakter. Johs. Rasmussens forventning om, at der faktisk er sket en del ændringer siden 2009, bestyrkes af Emineral A/S' oplysninger i svarskriftet, hvoraf fremgår, at "som følge af omstilling af en række af de kulfyrede kedler på kraftvarmeværkerne til biomasse samt den stadig stigende andel af vindbaseret strøm, er den danske produktion af flyveaske faldet tilsvarende."

I et tilfælde som det foreliggende må bevisbyrden under alle omstændigheder vendes om, således at det påhviler Emineral A/S at bevise, at Demstrup ikke har haft en uretmæssig konkurrencefordel.

Påstand 1 bygger på en formodning om, at Emineral A/S har rettet henvendelse til Demstrup med henblik på at indhente de faktiske oplysninger, som var nødvendige for at besvare Johs. Rasmussens spørgsmål til udbudsmaterialet, men at Demstrup ikke ønskede at medvirke til at besvare disse spørgsmål, hvorfor det ikke var muligt for indklagede at udligne den konkurrencefordel, som Demstrup havde opnået. Emineral A/S burde som reaktion herpå have udelukket Demstrup fra at deltage i udbuddet.

Påstand 2 tager højde for, at situationen muligvis er den, at Emineral A/S ikke har gjort noget forsøg på at tilvejebringe de oplysninger om indklagedes daglige behov og bestillingsmønster og de fysiske forhold for udførelsen af opgaven, som var nødvendige for at besvare Johs. Rasmussens spørgsmål til udbudsmaterialet.

En ordregiver er som anført forpligtet til at søge at udligne den konkurrencefordel, som en tidligere leverandør har, og også forpligtet til at fremskaffe og videregive faktiske oplysninger, som er nødvendige for at stille alle tilbudsgivere lige under udbudsprocessen. Denne forpligtelse gælder så meget desto mere, når en tilbudsgiver – som det er tilfældet i den foreliggende sag – udtrykkeligt stiller spørgsmål til udbudsmaterialet med henblik på at tilvejebringe de nødvendige oplysninger.

Emineral A/S har gjort gældende, at Emineral A/S ikke har rettet henvendelse til Demstrup med henblik på at indhente de faktiske oplysninger, som var nødvendige for at besvare Johs. Rasmussens spørgsmål 1-9, og der kan af praksis eller i øvrigt ikke udledes en forpligtelse hertil.

Emineral A/S har i udbudsmaterialet givet oplysninger om de mængder flyveaske, der er leveret fra hvert af de omfattede værker i 2014 angivet på månedsbasis og totalt samt opdelt på udlevering til asfalt- henholdsvis betonindustrien. Herudover har Emineral A/S i udbudsmaterialet oplyst a) samtlige kendte kunder med leveringsadresse, b) værker hvorfra der er leveret flyveaske i prioriteret orden til den enkelte kunde samt c) den mængde, der er leveret i 2014 fra hvert værk. Emineral A/S har således givet alle basisoplysninger, der er nødvendige for, at en tilbudsgiver kan beregne en pris for transport af flyveasken fra det enkelte værk/lager til kunderne.

Emineral A/S er ikke i besiddelse af de ønskede statistiske detailoplysninger i spørgsmål 3-6 og 9, samt af oplysninger om, hvorvidt der er særlige forhold hos kunderne, der skal tages i betragtning ved levering. I øvrigt har Johs. Rasmussen et indgående kendskab til rutiner, tidsforbrug og forholdene på såvel samtlige kraftvarmeværkerne som hos Emineral A/S' kunder. Johs. Rasmussen har således kendskab til værkerne både i Jylland og på Sjælland og kender derfor til forholdene på Asnæsværket, Avedøreværket, Stigsnæsværket og Amagerværket. Da Johs. Rasmussen p.t. varetager den interne kørsel hos DONG Energy A/S med flyveasken, er Johs. Rasmussen ud over ovennævnte værker fuldt ud bekendt med forholdene nu på Studstrupværket og Esbjergværket. Forholdene på Nordjyllandsværket kender Johs. Rasmussen fra sine tidligere og nuværende opgaver for cementfabrikken Aalborg Portland A/S, der får leveret flyveaske fra Nordjyllandsværket. I øvrigt må det formodes – også henset til, at Emineral A/S' kundedatabase ikke er ændret væsentligt, siden Johs. Rasmussen kørte flyveaske for Emineral A/S – at Johs. Rasmussen er i besiddelse af endog ganske nøjagtige oplysninger om kunderne. Hertil kommer, at Johs. Rasmussen efter det oplyste kører en del cementleverancer for Aalborg Portland A/S, hvorfor Johs. Rasmussen kommer på betonværkerne.

Tilbudsgivere i processen er behandlet lige, idet de ønskede statistiske oplysninger efter Emineral A/S' opfattelse ikke har nogen betydning eller relevans ved beregning af priserne for transport. I forhandlingerne har Johs. Rasmussen i øvrigt ikke – som det ville være nærliggende at gøre, såfremt

oplysningerne var vigtige for tilbudsafgivelsen – efterspurgt oplysningerne i spørgsmål 1-9.

De grundlæggende og relevante forhold om historiske mængder samt pålæsnings- og leveringssteder til prisberegningen er angivet i udbudsmaterialet. Hertil kommer, at ventetid samt tillæg for weekender og helligdage typisk omfattes af standardgebyrer, der ikke afviger mellem leverandørerne. Endelig var Johs. Rasmussens tilbudspris lavere end Demstrups, hvorfor det også af denne grund må afvises, at Demstrup som hidtidig leverandør har haft nogen konkurrencefordel i udbuddet.

Ad påstand 3

Johs. Rasmussen har gjort gældende, at underkriteriet ”Service og leveringssikkerhed”, der ifølge udbudsbetingelsernes afsnit 6.7 skulle vægte med 20 %, i sidste ende har været helt afgørende for tildelingen, eftersom kontrakten blev tildelt til Demstrup, selv om Johs. Rasmussen tilbød en lavere pris, og selv om de 2 tilbud blev vurderet ens i forhold til det tredje underkriterium.

Evalueringsrapporten indeholder en række ”pile ned” og ☒-tegn, men det er ikke klart, hvordan omsætningen af ”pile ned” og ☒-tegn til pointtal er gennemført. Gennemgående vil det af de citerede ”pile ned” ses, at Johs. Rasmussens tilbud er vurderet lavere end tilbuddet fra Demstrup, fordi virksomheden ikke (udtrykkeligt) har anført i sit tilbud, at ordrer – herunder ordrer til levering samme dag – vil blive behandlet og bekræftet ved modtagelsen, og at Johs. Rasmussens datasystemer vil blive tilpasset Emineral A/S’ ønsker og behov.

En nærmere læsning af evalueringsrapporten af tilbuddet fra Demstrup viser omvendt, at dette tilbud navnlig er vurderet positivt, fordi alle ordrer behandles ved modtagelsen, fordi Demstrup allerede har udviklet og tilpasset sine datasystemer til Emineral A/S’ ønsker og behov, og fordi Demstrup tilbyder at benytte skype-chat.

Johs. Rasmussen er imidlertid fuldt ud i stand til at tilbyde og ville naturligtvis have tilbudt, at ordrer – herunder ordrer til levering samme dag – behandles og bekræftes ved modtagelsen, at virksomhedens datasystemer vil blive tilpasset Emineral A/S’ ønsker og behov, og at kommunikation kan

foregå via skype-chat, hvis blot Johs. Rasmussen havde vidst, at forhold og formuleringer af denne karakter ville være afgørende for tilbudsevalueringen.

At Johs. Rasmussen er fuldt ud i stand til at opfylde disse ønsker hos Emineral A/S fremgår tilmed indirekte af tilbuds brevet, der blandt andet angiver, at ”de tilknyttede disponenter fra Johs. Rasmussen, Svebølle A/S kan træffes på mobiltelefon eller mail alle ugens dage døgnet rundt (også i weekender)”, at ”[m]ed vores online system kan vi desuden hele tiden komme i kontakt med bil og chauffør, og er derfor i stand til hele tiden at kunne omdirigere disse, hvis nødvendigt”, at ”[s]kulle Emineral have behov for tilbagemelding om andre informationer, er det muligt at tilgå en let og enkel tilretning i IT-systemet”, og at Johs. Rasmussen i det hele taget løbende afdækker behovene hos sine kunder ”med henblik på at sikre den mest optimale planlægning af transportydelsen i relation til de krav vores kunder stiller”.

Emineral A/S har imidlertid hverken i udbudsmaterialet eller under forhandlingerne med Johs. Rasmussen klart tilkendegivet, at man ville lægge afgørende vægt på udtrykkelige formuleringer om, at ordrer behandles og bekræftes straks ved modtagelsen, at datasystemer vil blive tilpasset Emineral A/S’ systemer, og at kommunikation kan foregå via skype-chat, ligesom Emineral A/S ikke på noget tidspunkt under forhandlingerne har spurgt Johs. Rasmussen, om virksomheden ville være i stand til at opfylde Emineral A/S’ ønsker og behov på disse punkter.

Demstrup har som følge af sit længerevarende samarbejde med Emineral A/S uden tvivl vidst, at de pågældende forhold har betydning for ordregiveren.

Hvad særligt angår anvendelsen af skype-chat angiver udbudsbetingelsernes afsnit 6.7, at tilbudsgiverne skal oplyse om ”telefon, sms, e-mail osv.”, og at der vil blive lagt positiv vægt på ”personlig kontakt med de involverede parter”, hvilket Johs. Rasmussen har opfattet sådan, at Emineral A/S foretrak personlige opkald, hvorfor tilbuddet fokuserer på muligheden for at foretage personlige opkald. Johs. Rasmussen anvender naturligvis allerede skype-chat, der gratis kan downloades og installeres hos alle på tre minutter, og ville uden videre kunne have tilbudt dette også i forhold til Emineral A/S, hvis blot tilbudsgiveren havde vidst, at dette var et ønske hos ordregi-

veren. Ovenikøbet fremgår det af evalueringen af tilbuddet fra Demstrup, at Demstrup udtrykkeligt er blevet bedt om at uddybe muligheden for skype-chat, hvorimod Johs. Rasmussen netop ikke er blevet bedt om at redegøre for muligheden for skype-chat.

Emineral A/S har gjort gældende, at det af udbudsbetingelserne klart fremgår, hvorledes underkriteriet ”Service og leveringssikkerhed” ville blive vurderet. Tilbudsgiverne skulle således bl.a. beskrive, hvordan ”Tilbudsgiver dagligt fremsender / overfører data til Eminerals faktureringsystem (C5) over de levered[e] mængder til Eminerals kunder”, og de elementer, der indgik i underkriteriet, er udførligt beskrevet i udbudsbetingelsernes punkt 6.7.

Under forhandlingerne stillede Emineral A/S en række konkrete spørgsmål til Johs. Rasmussens besvarelse af underkriteriet, og Johs. Rasmussens svar er fremlagt og har dannet grundlag for evalueringen. Det må derfor afvises, at Emineral A/S ikke under forhandlingerne har fremdraget de punkter i underkriteriet, der skulle forbedres i forhold til Johs. Rasmussens første tilbud. Det må ligeledes afvises, at Emineral A/S har inddraget viden, der ikke fremgår af Demstrups tilbud, eller i øvrigt på usaglig vis har givet den vindende tilbudsgivers tilbud en mere positiv evaluering, end der er sagligt belæg for.

Emineral A/S har derfor ikke handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved at have lagt positiv vægt på visse formuleringer fra Demstrup, idet Emineral A/S som ordregiver har en betydelige skønsmargin i evalueringen af de kvalitative underkriterier, idet Emineral A/S under forhandlingerne udtrykkeligt fremhævede de forhold, der skulle forbedres i Johs. Rasmussens tilbud, idet Emineral A/S har evalueret de modtagne tilbud i henhold til delkriterier og vægtning som angivet i udbudsmaterialet, og idet Emineral A/S ikke på usaglig vis har inddraget uvedkommende eller uoplyste forhold i evalueringen.

Ad påstand 4

Johs. Rasmussen har gjort gældende, at udbudsbetingelsernes afsnit 6.7 angav, at underkriteriet vedrørende ”Transportørens styring af kvalitet, miljø og arbejdsmiljø” ville blive vurderet ud fra, hvordan dette håndteres hos til-

budsgiveren, og at det i denne forbindelse ”ville vægte positivt, hvis tilbudsgiver har mindst et eller flere anerkendte certifikater i henhold til ISO 9001, ISO 14001 og/eller OHSAS 18001 eller tilsvarende”.

Det fremgår af evalueringsrapporten, at såvel tilbuddet fra Demstrup som tilbuddet fra Johs. Rasmussen opnåede det maksimale antal point for opfyldelsen af underkriteriet ”Transportørens styring af kvalitet, miljø og arbejdsmiljø”, hvilket i begge tilfælde udelukkende begrundes med, at tilbudsgiveren ”har relevante certifikater eller tilsvarende”.

Realiteten er imidlertid, at der er en væsentlig forskel på de to tilbuds opfyldelse af underkriteriet ”Transportørens styring af kvalitet, miljø og arbejdsmiljø”.

Af Johs. Rasmussens tilbud fremgår, at virksomheden er certificeret i henhold til både ISO 9001 og ISO 14001 og herudover har følgende certifikater: SQAS Road Transport, SQAS Tank Cleaning og GMP + standard B 4.1 i silo transport. Johs. Rasmussens tilbud indeholder desuden en udførlig beskrivelse af virksomhedens håndtering af kvalitetsstyring, miljø og arbejdsmiljø.

Demstrup er hverken i besiddelse af certifikater i henhold til ISO 9001, ISO 14001 eller OHSAS 18001, ligesom Demstrup så vidt vides ikke er i besiddelse af certifikater, der efter deres indhold kan sidestilles med disse anerkendte certifikater.

Selv om udbudsbetingelsernes afsnit 6.7 udtrykkeligt nævner certifikater i henhold til ISO 9001 og ISO 14001, har Eminent A/S ikke i forbindelse med tilbudsevalueringen tillagt det nogen betydning, at Johs. Rasmussen – i modsætning til Demstrup – opfylder de mange og omkostningstunge krav til kvalitetsstyring, som ligger til grund for udstedelsen af disse anerkendte certifikater.

Selv om udbudsbetingelsernes afsnit 6.7 angiver, at Eminent A/S vil lægge vægt på, om tilbudsgiverne har flere anerkendte certifikater, har indklagede heller ikke i forbindelse med tilbudsevalueringen tillagt det nogen betydning, at Johs. Rasmussen – i modsætning til Demstrup – netop har flere af de anerkendte certifikater, som udtrykkeligt opregnes i udbudsbetingelserne, og tilmed har en række andre relevante certifikater.

Selv om udbudsbetingelsernes afsnit 6.7 angiver, at underkriteriet ”Transportørens styring af kvalitet, miljø og arbejdsmiljø” vil blive vurderet ud fra, ”hvordan dette håndteres hos tilbudsgiver”, fremgår det af evalueringsrapporten, at Emineral A/S kun har undersøgt, om tilbudsgiverne er i besiddelse af et certifikat, og ikke herudover har lagt nogen vægt på tilbuddenes beskrivelse af tilbudsgivers styring af kvalitet, miljø og arbejdsmiljø.

Under henvisning til alle disse forhold gør Johs. Rasmussen samlet set gældende, at Emineral A/S ikke har gennemført sin evaluering af underkriteriet ”Transportørens styring af kvalitet, miljø og arbejdsmiljø” i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, hvilket udgør en overtrædelse af såvel gennemsigtighedsprincippet som ligebehandlingsprincippet.

Emineral A/S har gjort gældende, at det af udbudsmaterialet fremgår, hvordan underkriteriet ”Transportørens styring af kvalitet, miljø og arbejdsmiljø” vurderes, og at det vil blive vægtet positivt, hvis tilbudsgiveren har ”mindst et eller flere anerkendte certifikater iht. ISO 9001, ISO 14001 og/eller OHSAS 18001 eller tilsvarende”. Det kan ikke i beskrivelsen af underkriteriet indlæses, at jo flere certifikater, en tilbudsgiver har, jo højere evaluering. Der er alene tale om, at såfremt en virksomhed har opnået en certificering (eller tilsvarende), der af Emineral A/S er angivet som relevant, vægter dette positivt.

Demstrup er certificeret i henhold til ISO 9001, hvilket er vægtet positivt. Johs. Rasmussen er tilsvarende certificeret i henhold til ISO 9001 samt også i henhold til ISO14001. Både Demstrup og Johs. Rasmussen har i deres tilbud beskrevet, hvorledes kvalitet, miljø og arbejdsmiljø håndteres i virksomheden.

Ordregiveren har en betydelig skønsmargin i evalueringen af de kvalitative underkriterier, og Emineral A/S har evalueret de modtagne tilbud i henhold til udbudsmaterialets krav. Der kan ikke af udbudsretlig praksis udledes noget krav om en bestemt eller særlig beskrivelse af point eller pointmodel, hvorfor Emineral A/S frit kan vælge, hvorledes en evaluering beskrives. Emineral A/S har foretaget en objektiv og sagligt korrekt evaluering af underkriteriet og har i øvrigt ikke inddraget irrelevante forhold.

Ad påstand 5

Johs. Rasmussen har med henvisning til det, der er gjort gældende ovenfor, ad påstand 5 gjort gældende, at det samlet set fremgår, at Emineral A/S i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet konsekvent tilrettelagde udbudsprocessen, herunder det samlede udbudsmateriale, forhandlingerne med tilbudsgiverne og selve tilbudsevalueringen, med sigte på at kunne videreføre et velfungerende samarbejde med den hidtidige leverandør.

Emineral A/S har med henvisning til det, der er gjort gældende ovenfor, ad påstand 5 gjort gældende, at Johs. Rasmussens påstand om, at udbuddet er ”rettet” mod Demstrup, hverken er underbygget eller nærmere dokumenteret. Det benyttede udbudsmateriale har været anvendt i næsten tilsvarende ordlyd – dog opdelt i et antal geografiske delaftaler som følge af et større transportbehov – i flere tidligere udbud af transportydelsen, hvor Johs. Rasmussen har fået tildelt en kontrakt.

Ad påstand 6

Johs. Rasmussen har gjort gældende, at de overtrædelser, der er beskrevet ad påstand 1-5, er alvorlige og hver især har haft en væsentlig indvirkning på virksomhedens mulighed for at få tildelt den udbudte kontrakt. Emineral A/S’ tildelingsbeslutning skal derfor annulleres.

Emineral A/S har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Som anført af Johs. Rasmussen har ordregiveren pligt til ved tilrettelæggelsen af et udbud i videst muligt omfang at søge at mindske betydningen af den fordel, som den hidtidige leverandør i sagens natur ofte vil have i forbindelse med udbuddet.

Der er imidlertid ikke grundlag for at antage, at Emineral A/S har forholdt Johs. Rasmussen oplysninger, som Emineral A/S var i besiddelse af, ved

besvarelsen af de spørgsmål, som Johs. Rasmussen stillede. Det bemærkes, at Johs. Rasmussen ikke gentog de ubesvarede spørgsmål under forhandlingerne med Eminent A/S.

Herefter, og på baggrund af oplysningerne om Johs. Rasmussens detaljerede branchekendskab, er der ikke grundlag for at fastslå, at Eminent A/S har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved ikke at søge at tilvejebringe svar på de detaljerede spørgsmål, som Johs. Rasmussen havde stillet.

Påstandene tages ikke til følge.

Ad påstand 3

I udbudsbetingelsernes punkt 6.7 er det udførligt beskrevet, hvorledes underkriteriet ”Service og leveringssikkerhed” vil blive evalueret.

Tilbudsgiverne bærer risikoen for, at en efterspurgt beskrivelse af den tilbudte service og leveringssikkerhed ikke udtrykkeligt oplyser om forhold, som rummes af underkriteriet. At Johs. Rasmussen ”naturligvis [ville] have tilbudt”, at ordrer – herunder ordrer til levering samme dag – behandles og bekræftes ved modtagelsen, at virksomhedens datasystemer vil blive tilpasset Eminent A/S’ ønsker og behov, og at kommunikation kan foregå via skype-chat, hvis virksomheden havde været opmærksom på betydningen heraf, fører ikke til, at Eminent A/S skulle være gået ud fra – mod Johs. Rasmussens direkte besvarelse af de spørgsmål, der blev stillet til virksomheden under forhandlingerne – at noget sådant var indeholdt i tilbuddet. Som det fremgår af evalueringsrapporten, var tilbuddet på de anførte punkter netop ikke ”optimalt for Eminent”.

Der er således ikke grundlag for at fastslå, at Johs. Rasmussens grad af opfyldelse af underkriteriet ”Service og leveringssikkerhed” var et udslag af, at Eminent A/S havde tilrettelagt udbuddet med særligt henblik på Demstrup.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 4

Underkriteriet ”Transportørens styring af kvalitet, miljø og arbejdsmiljø” blev som anført i udbudsbetingelsernes punkt 6.7 evalueret ud fra tilbudsgiverens beskrivelse af håndteringen.

Desuden er anført, at det vil blive vægtet positivt, hvis tilbudsgiveren har ”mindst et eller flere anerkendte certifikater iht. ISO 9001, ISO 14001 og/eller OHSAS 18001 eller tilsvarende”.

Det er ubestridt, at Demstrup alene er certificeret i henhold til ISO 9001. En sædvanlig sproglig forståelse af den formulering, som er anvendt i udbudsbetingelserne, må – som anført af Johs. Rasmussen – føre til, at de mange certificeringer, som Johs. Rasmussen er i besiddelse af, ville skulle vægtes positivt i forhold til den enkelte certificering, som Demstrup er i besiddelse af.

Certificeringerne er imidlertid kun ét element i vurderingen af tilbudsgivernes håndtering af kvalitet, miljø og arbejdsmiljø.

Klagenævnet har ikke grundlag for at tilsidesætte Eminent A/S’ skøn, hvorefter de to tilbud samlet set var lige gode med hensyn til underkriteriet ”Transportørens styring af kvalitet, miljø og arbejdsmiljø.”

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 5 og 6

Det følger af det, der er anført ovenfor, at påstandene ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Johs. Rasmussen, Svebølle A/S skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 20.000 kr. i sagsomkostninger til Eminent A/S.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig