

K E N D E L S E

Krüger A/S  
(advokat John Adamsen, Surrey, England)

mod

Sorø Vand A/S  
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Den 21. juli 2011 iværksatte indklagede, Sorø Vand A/S, en begrænset licitation efter tilbudsloven (lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter) vedrørende renovering af Sorø Vandværk. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 21. juli 2011 til følgende udpegede ansøgere:

1. Krüger A/S (klageren)
2. Contech Automatic A/S
3. Vandmand A/S
4. Vand & Teknik A/S

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 2. september 2011 havde alle virksomhederne afgivet tilbud. Den 10. oktober 2011 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Vandmand A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 31. oktober 2011.

Den 31. oktober 2011 indgav klageren, Krüger A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Klageren frafaldt den 13. januar 2012 anmodningen om, at klagen skulle tillægges opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 8, stk. 2, ved at undlade at foretage en vægtning eller som mindstemål en prioritering af underkriterierne til det af indklagede valgte tildelingskriterium »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« i indklagedes udbudsbrev af 21. juli 2011.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagedes underkriterier i indklagedes udbudsbrev af 21. juli 2011 var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud og/eller i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2 samt de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2 samt de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed derved, at indklagede kun gav to ud af de i alt fire tilbudsgivere mulighed for at foretage en mundtlig præsentation af deres tilbudte løsning samtidig, og/eller at indklagede ikke gennemførte de to faktisk gennemførte præsentationer på en sådan måde, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet blev overholdt.

#### Påstand 4

Klagenævnet for udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2 samt de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved, at indklagede i sin evaluering og identifikation af det økonomisk mest fordelagtige tilbud lagde vægt på andre kvalitative underkriterier end det (de) oplyste kriterier i

indklagedes udbudsbrev af 21. juli 2012, idet der efter indklagedes rådgivers udsagn blev lagt vægt på »valg af omfang og kvalitet i løsninger« samt »udpræget mulighed for lokal styring direkte ved alle komponenter«.

#### Påstand 5

Klagenævnet for udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2 samt de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved, at indklagede i sin evaluering og tildelingsbeslutning efter indklagedes rådgivers udsagn lagde vægt på »udskiftning af en række komponenter, som ikke var indeholdt i tilbud«, og dermed lagt vægt på forhold uden for de(t) afgivne tilbud.

#### Påstand 5 A (subsidiær påstand i forhold til påstand 5)

Klagenævnet for udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2 samt de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved, at indklagede i sin evaluering og tildelingsbeslutning efter indklagedes udsagn har lagt vægt på »udskiftning af en række komponenter«, som ikke var indeholdt i udbuddet og dermed lagt vægt på forhold uden for dette udbud.

#### Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal annullere indklagedes beslutning af 10. oktober 2011 om at indgå kontrakt med Vandmand A/S.

#### Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har forsømt at give klageren en tilstrækkelig fyldestgørende begrundelse for indklagedes beslutning om at tildele Vandmand A/S opgaven og dermed tilsidesat gennemsigtighedsprincippet.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 3 erkendt overtrædelserne som beskrevet samt vedrørende påstand 4-5 og 7 nedlagt påstand om at påstandene ikke tages til følge. Indklagede har vedrørende påstand 6 erkendt, at licitationsbetingelserne ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, hvorfor indklagede har erklæret sig enig i, at klagenævnet skal annullere tildelingsbeslutningen.

### Sagens nærmere omstændigheder

I indklagedes »udbudsbrev« af 21. juli 2011 er anført følgende:

»...

Tildelingskriterie«:

- » Tildelingskriteriet vil være »økonomisk mest fordelagtige tilbud«, idet bygherre i samarbejde med rådgiver vil vurdere tilbuddene med hensyn til komponent- og materialekvalitet, kapaciteter og energi-effektivitet.

Værdien af de tilbudte komponenter og løsninger – samt eventuelle forbehold – vil blive beløbsmæssigt kvantificeret. Herunder vil driftsøkonomi også indgå.

Tilbudssummerne vil herefter blive korigeret til samme kvalitetsniveau, hvorefter laveste korigerede tilbud tildes opgaven.

...«

Den 30. september 2011 skrev indklagedes rådgiver således »Til de bydende«:

- » ... På vegne af Sorø Forsyning skal vi hermed takke for Deres tilbud vedrørende ovennævnte sag. Tilbuddene er nu gennemgået og vurderet i henhold til de i udbudsbrevet anførte kriterier.

På denne baggrund er det nu blevet valgt at indlede kontrakt-forhandlinger med Vandmand A/S, som har fremsendt der økonomisk mest fordelagtige tilbud.

...«

Den 10. oktober 2011 sendte indklagede sålydende mail til tilbudsgiverne:

- » I første omgang blev alle fire tilbud vurderet, og værdien af de tilbudte blev beløbsmæssigt kvantificeret, jf. udbudsbrev.

Tilbuddene varierede væsentligt på pumpekonfiguration, styrings-opbygning, ventilation samt løsning på afgangsledning fra efterfiltre.

Herefter var Vandmand og Krüger tydeligt bedst placeret, og har efterfølgende præsenteret løsningerne ved et møde.

Jf. afslag pr. email er der herefter indledt kontrakt-forhandlinger med Vandmand A/S.

Væsentligste argumenter, som gjorde Vandmand A/S økonomisk

mest fordelagtig:

- Valg af omfang og kvalitet i løsninger.
- Udskiftning af en række komponenter, som ikke var indeholdt i tilbud.
- Udpræget mulighed for lokal styring direkte ved alle komponenter.
- ...«

Den 14. oktober 2011 skrev indklagedes rådgiver således til Søren Carsten Nielsen hos klageren:

» På vegne af bygherre siger vi tak for jeres medvirken ved tilbudsgivning og skal meddele, at vi, efter omhyggelig gennemgang af alle de indkomne tilbud, hvor I også har været indkaldt til en nøje gennemgang af jeres tilbud, har beregnet, at tilbuddet fra Vandmand A/S er det mest fordelagtige for bygherre. Prisdifferencen er lille men netop gennem den meget omhyggelige gennemgang er det godtgjort, at Vandmand A/S skal tilbydes entreprisen.

Vi kan selvfølgelig ikke specificere hvilke del-priser og løsninger Vandmand A/S har i deres tilbud, ligesom vi ikke fremlægger jeres priser og løsninger overfor andre entreprenører, men slutresultatet bliver, at der skrives kontrakt med Vandmand A/S.

...«

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Klageren har i første række gjort gældende, at de oplyste kvalitative kriterier til det økonomisk mest fordelagtige tilbud kunne og burde have været anført med den foreskrevne relative vægtning jf. tilbudslovens § 8, stk. 2. Klageren har i anden række gjort gældende, at underkriterierne burde have været anført i prioritetsrækkefølge.

Indklagede har erkendt, at der ikke som krævet i henhold til tilbudslovens § 8, stk. 2, i udbudsbrevet blev angivet en relativ vægtning af underkriterierne til det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at indklagede heller ikke angav kriterierne i prioriteret rækkefølge. Indklagedes rådgiver anvendte en evalueringsmetode, hvor værdien af de af tilbudsgiverne tilbudte komponenter og løsninger blev vurderet og fastsat. Samtidig blev driftsudgiften pr.

år for hvert enkelt løsningsforslag beregnet. På baggrund heraf blev tilbudssummerne korrigeret til samme kvalitetsniveau, hvorefter den tilbudsgiver, der havde afgivet det laveste korrigerede tilbud, blev tildelt opgaven. Evalueringsmetoden, der var beskrevet i udbudsbetingelserne, førte ikke til nogen form for forskelsbehandling, men metoden var ikke i overensstemmelse med tilbudslovens bestemmelser.

#### Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det ikke var muligt på baggrund af de i udbudsbrevet opstillede underkriterier at foretage en entydig og gennemsigtig vurdering af de afgivne tilbud. Ordlyden i udbudsbrevet herunder »værdien af de tilbudte komponenter og løsninger – samt eventuelle forbehold – vil blive beløbsmæssigt kvantificeret« var forvirrende og gav anledning til en betydelig grad af vilkårlighed, ligesom »tilbudssummerne vil herefter blive korrigeret til samme kvalitetsniveau, hvorefter laveste korrigerede tilbud tildeles opgaven« ikke giver mening, når tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Indklagede har erkendt, at underkriterierne i sammenhæng med den i udbudsbrevet anførte evalueringsmetode ikke var i overensstemmelse med det EU-retlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip.

#### Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede overtrådte det EU-retlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip, idet to ud af fire tilbudsgivere fik mulighed for at præsentere deres tilbud for indklagede, i øvrigt uden at dette og vilkårene herfor var omtalt i udbudsbetingelserne.

Indklagede har erkendt, at det var i strid med det EU-retlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip at gennemføre præsentationsmøder med to af tilbudsgiverne, idet denne mulighed ikke var beskrevet i udbudsbrevet.

#### Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved sin evaluering lagde vægt på »valg af omfang og kvalitet i løsninger« og »udpræget mulighed for lokal styring direkte ved alle komponenter«. Disse underkriterier burde

have været nævnt i udbudsbrevet. Indklagedes evaluering har således været uigennemsigtig og vilkårlig. Indklagede har ved evalueringen overtrådt det EU-retlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke ved evalueringen blev lagt vægt på forhold, som ikke kunne rummes inden for de underkriterier, der var beskrevet i udbudsbrevet. Selvom angivelsen af underkriterier ikke var i overensstemmelse med udbudsreglerne, fulgte indklagede ved evalueringen den fremgangsmåde, der fremgik af udbudsbrevet.

#### Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede i sin evaluering ved at have lagt vægt på »udskiftning af en række komponenter, som ikke var indeholdt i tilbud«, har overtrådt det EU-retlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip.

Indklagede har gjort gældende, at det beror på en skrivefejl, når det blev oplyst, at der var lagt vægt på forhold uden for tilbuddet, idet der skulle have stået »forhold, som ikke var indeholdt i tilbuddet«. Indklagede lagde kun vægt på forhold, der var indeholdt i tilbuddet, hvilket også fremgår af evalueringsnotatet. Det var i overensstemmelse med licitationsbetingelserne at lægge vægt på, at Vandmand A/S tilbød at udskifte en række komponenter til trods for, at denne løsning ikke var beskrevet i licitationsbetingelserne, idet licitationen vedrørte en totalentreprise, og idet tilbudsgiverne efter licitationsbetingelserne havde mulighed for at fremkomme med alternative tilbud. Udskiftningen af de pågældende komponenter var udtryk for en meropfyldelse af kravene i licitationsbetingelserne, hvilket indklagede var berettiget til at inddrage som et positivt element ved evalueringen af tilbuddet.

#### Ad påstand 5 A

Klageren har gjort gældende, at det også ville være i strid med det EU-retlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip ved evalueringen at lægge vægt på forhold, der ikke var omfattet af licitationsbetingelserne.

Indklagede har i det væsentlige gjort de samme anbringender gældende som vedrørende påstand 5.

### Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at de af indklagede begåede grove overtrædelser af tilbudsloven medfører, at indklagedes tildelingsbeslutning skal annulleres.

Indklagede har erklæret sig enig i, at overtrædelserne medfører, at indklagedes beslutning om at tildele den udbudte kontrakt til Vandmand A/S annulleres.

### Ad påstand 7

Klageren har til støtte for sin påstand gjort gældende, at indklagedes rådgiver ikke gav tilstrækkelig information med henblik på, at det var muligt for tilbudsgiverne at foretage en tilstrækkelig kvalificeret vurdering af licitationen og den foretagne tilbudsvurdering.

Indklagede har gjort gældende, indklagedes rådgiver ved sine e-mails af 10. og 14. oktober 2011 begrundede tildelingsbeslutningen i tilstrækkeligt omfang.

### Klagenævnet udtaler:

#### Ad påstand 1

Det lægges til grund, at indklagede i licitationsbetingelserne hverken angav, hvorledes tildelingskriterierne relativt ville blive vægtet, eller angav kriteriernes prioriterede rækkefølge. Indklagede har derfor som også erkendt handlet i strid med tilbudslovens § 8, stk. 2. Påstanden tages til følge.

#### Ad påstand 2

Det lægges til grund, at de tildelingskriterier, indklagede beskrev i udbudsbrevet, ikke var egnede til at foretage en evaluering af, hvilket tilbud der var det økonomisk mest fordelagtige bud. Påstanden tages derfor til følge som nedenfor bestemt.

### Ad påstand 3

Det lægges til grund, at indklagede ikke i udbudsbetingelserne anførte, at tilbudsgiverne ville få mulighed for at foretage en præsentation af deres tilbudte løsning, ligesom det lægges til grund, at indklagede lod to tilbudsgivere foretage en præsentation af deres tilbudte løsning, og endelig at denne præsentation blev foretaget på en ikke gennemsigtig måde. Indklagede overtrådte herved grundlæggende udbudsretlige principper, herunder det EU-retlige ligebehandlingsprincip. Påstanden tages derfor til følge som nedenfor bestemt.

### Ad påstand 6

Som følge af, at indklagede har begået de overtrædelser, der er anført ad påstand 1 – 3, annullerer klagenævnet indklagedes tildelingsbeslutning af 10. oktober 2011.

### Ad påstand 4, 5, 5A og 7

Klagenævnet kan efter fast praksis afgøre en sag helt eller delvis. Hvis klagenævnet alene afgør sagen delvis, tager klagenævnet ikke stilling til alle de påstande, som klageren har nedlagt.

Under hensyn til det anførte ad påstand 1 – 3 og 6 har klagenævnet besluttet ikke at træffe afgørelse vedrørende påstand 4, 5, 5A og 7.

### Herefter bestemmes:

#### Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 8, stk. 2, ved at undlade at foretage en vægtning eller som mindstemål en prioritering af underkriterierne til det af indklagede valgte tildelingskriterium »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« i indklagedes udbudsbrev af 21. juli 2011.

#### Påstand 2

Indklagedes underkriterier i indklagedes udbudsbrev af 21. juli 2011 var uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud og i strid

med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2 samt de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

### Påstand 3

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2 samt de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed derved, at indklagede kun gav to ud af de i alt fire tilbudsgivere mulighed for at foretage en mundtlig præsentation af deres tilbudte løsning samtidig, og at indklagede ikke gennemførte de to faktisk gennemførte præsentationer på en sådan måde, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet blev overholdt.

Indklagedes tildelingsbeslutning af 10. oktober 2011 annulleres.

Klagenævnet træffer ikke afgørelse vedrørende påstand 4, 5, 5A og 7.

Klagegebyret tilbagebetales.

Indklagede, Sorø Vand A/S, skal inden 14 dage betale 10.000 kr. i sagsomkostninger til klageren.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen  
kontorfuldmægtig