

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Niels Sørensen, Knud Erik Busk)

J.nr.:2005-003550

6. juli 2006

K E N D E L S E

Logstor A/S

(advokat Mette Langborg Christiansen, Viborg)

mod

Viborg Fjernvarme

(advokat Uffe Steffensen, Viborg)

Ved udbudsbekendtgørelse af 9. februar 2005 udbød Viborg Fjernvarme som begrænset udbud efter direktiv 2004/17/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjeneste (Forsyningsvirksomhedsdirektivet) en rammeaftale om leverance af fjernvarmerør i perioden 2005 – 2008.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 18. marts 2005 havde følgende virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. Logstor A/S
2. A/S Star Pipe
3. Isoplus Fjernvarmeteknik A/S
4. Alstrom Power Flowsystem A/S.

Den 18. marts 2005 besluttede Viborg Fjernvarme at prækvalificere alle 4 virksomheder.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 18. marts 2005, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 27. april 2005 havde nr. 1 – 3 afgivet tilbud. Den 22. juli 2005 besluttede Viborg Fjernvarme at indgå kontrakt med nr. 3. Isoplus Fjernvarmeteknik A/S.

Den 15. september 2005 indgav klageren, Logstor A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Viborg Fjernvarme. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om

Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 17. oktober 2005 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på møder den 14. februar 2006 og den 9. maj 2006.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved ikke at afvise tilbudet af 27. april 2005 fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S, uagtet dette tilbud ikke opfyldte minimumsbetingelserne i udbudsbetingelserne vedrørende

- a. udbudsbetingelsernes punkt 3.2.1. sammenholdt med punkt 3.2.11., idet tilbudet ikke indeholdt tekniske specifikationer og dokumentationer for krympemuffer, der kan nedkrympe over to dimensioner.
- b. udbudsbetingelsernes punkt 3.2.1. sammenholdt med punkt 3.2.4., idet tilbudet ikke indeholdt tekniske specifikationer og dokumentation vedrørende kompensatorer til fast system (system 4).
- c. udbudsbetingelsernes punkt 3.2.3., idet tilbudet ikke indeholdt PEX-rør i dimensioner $\varnothing$ 22/77, men derimod PEX-rør i dimensionen $\varnothing$ 22/75.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved ikke at afvise tilbudet af 27. april 2005 fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S, uagtet dette tilbud indeholdt følgende forbehold vedrørende udbudsbetingelserne, som vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne:

- a. I Isoplus Fjernvarmeteknik A/S' Aftalevilkår for levering af Isoplus fjernvarmerør af juli 2003 punkt 6, stk. 3: »Levering for Isoplus regning er altid baseret på en samlet leverance eller hele biler, tillægsleverancer er regning.«
- b. I Isoplus Fjernvarmeteknik A/S' Salgs- og leveringsbetingelser punkt 9: »Ved kreditering af returvarer fratrækkes 30 % som returfradrag.«
- c. I Isoplus Fjernvarmeteknik A/S' Salgs- og leveringsbetingelser punkt 7: »Isoplus Fjernvarmeteknik A/S kan kræve udskydelse af leveringstiden i følgende tilfælde:..... e. I tilfælde af manglende eller mangelfuld leverancer fra bekræftede underleverandører.«

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved forud for, at indklagede den 22. juli 2005 besluttede at indgå kontrakt med Isoplus Fjernvarmeteknik A/S, at have forhandlet med denne tilbudsgiver og herunder opfordret denne tilbudsgiver til

- a. at afgive et nyt tilbud på en muffetype, der kan krympe over flere dimensioner, jf. påstand 4 og 5.
- b. at afgive et nyt tilbud på kompensatorer til fast system (system 4), jf. påstand 6 og 7.
- c. at frafalde de 3 forbehold i tilbudet af 27. april 2005, jf. påstand 2 a - c.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved ikke at afvise et tilbud vedrørende muffe, som tilbudsgiveren Isoplus Fjernvarmeteknik A/S afgav den 20. maj 2005, uagtet denne tilbudsgiver allerede den 27. april 2005 havde afgivet tilbud på muffe, og det i udbudsbetingelserne var fastsat, at indklagede kun modtager ét tilbud fra hver tilbudsgiver.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved ikke at afvise et tilbud vedrørende muffe, som tilbudsgiveren Isoplus Fjernvarmeteknik A/S afgav den 20. maj 2005, uagtet fristen for afgivelse af tilbud udløb den 27. april 2005.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved ikke at afvise et tilbud vedrørende alternative kompensatorer til fast system, som tilbudsgiveren Isoplus Fjernvarmeteknik A/S afgav den 20. maj 2005, uagtet denne tilbudsgiver allerede den 27. april 2005 havde afgivet tilbud på et andet system vedrørende kompensatorer til fast system, og det i udbudsbetingelserne var fastsat, at indklagede kun modtager ét tilbud fra hver tilbudsgiver.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved ikke at afvise et tilbud vedrørende alternative kompensatorer til fast system, som tilbudsgiveren Isoplus Fjernvarme-

teknik A/S afgav den 20. maj 2005 eller senere, uagtet fristen for afgivelse af tilbud udløb den 27. april 2005.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede ved sin vurdering af tilbudene fra klageren og fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip, idet indklagede ved anvendelsen af det fastsatte pointsystem ikke handlede på en objektiv måde i relation til følgende underkriterier:

- A. Kvalitet
- B. Pris
- C. Forsyningssikkerhed

Påstand 9

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 22. juli 2005 om at indgå kontrakt med Isoplus Fjernvarmeteknik A/S.

Klageren har oplyst senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har nedlagt følgende påstande:

Principal: Afvisning.

Subsidiært: Klagen tages ikke til følge.

Ad påstand 2 og påstand 3 c (Forbehold vedrørende grundlæggende elementer og frafald af forbehold)

I tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S af 27. april 2005 er anført følgende:

»Leveringsbetingelser

I henhold til Isoplus salgs- og leveringsbetingelser af 27.04.2004 og aftalevilkår af 16.07.2003.«

I Isoplus Fjernvarmeteknik A/S's Salgs- og leveringsbetingelser er indledningen sålydende:

»Med mindre der foreligger anden skriftlig aftale, leverer Isoplus Fjernvarmeteknik A/S alle leverancer på følgende vilkår uanset evt. modstå-

ende eller afvigende bestemmelser i den af køberen afgivne ordre eller accept.«

Ad a:

I Isoplus Fjernvarmeteknik A/S' Aftalevilkår for levering af Isoplus fjernvarmerør af juli 2003 punkt 6, stk. 3, er anført den tekst, der står i påstanden. Udbudsbetingelserne indeholder i punkt 3.1.1. følgende: »Leverandøren kan ikke påregne at kunne levere i hele læs.« og i punkt 3.1.2. følgende: »Enhedspriser er frit leveret.....«.

Ad b:

I Isoplus Fjernvarmeteknik A/S' Salgs- og leveringsbetingelser punkt 9 er anført den tekst, der står i påstanden. Udbudsbetingelserne indeholder i punkt 3.1.2. følgende: »Ubeskadigede standardkomponenter i original emballage kan returneres til leverandøren uden returfradrag.«

Ad c:

I Isoplus Fjernvarmeteknik A/S' Salgs- og leveringsbetingelser punkt 7 er anført den tekst, der står i påstanden. Udbudsbetingelserne indeholder i punkt 3.1.1. følgende: »For mindre partier af alle materialer, som bruges af Viborg Fjernvarme, skal leveringstiden være maks. 5 dage.«

I en forespørgselsskrivelse af 3. maj 2005 fra indklagedes tekniske rådgiver Cowi A/S til Isoplus Fjernvarmeteknik A/S hedder det bl.a.:

»I tilbuddet er der henvist til salgs- og leveringsbetingelser af 27.04.2004 og aftalevilkår af 16.07.2003. Flere punkter heri er i modstrid med udbudsmaterialets punkter 3.1.1, 3.1.2 og 3.1.3. Dette gælder bl.a. forhold vedrørende leveringstider, leverancestørrelser, antal leveringsadresser og returvarefradrag.

Forbehold/betingelser, der strider mod punkt. 3.1.1, 3.1.2 og 3.1.[3], vil ikke blive accepteret.«

Yderligere afsnit fra denne skrivelse er citeret nedenfor ad påstand 1 a m.fl. og ad påstand 1 b m.fl.

I anledning af denne skrivelse af 3. maj 2005 henvendte Isoplus Fjernvarmeteknik A/S sig ved en skrivelse af 10. maj 2005 til indklagedes tekniske rådgiver Cowi A/S. Skrivelsen af 10. maj 2005 er sålydende:

»I forbindelse med afgivelse af tilbud til Viborg Fjernvarme, har Isoplus bevidst valgt at tilbyde de produkter vi er bekendt med at Viborg Fjernvarme fortrækker.

Set i relation til de gældende normer, som EN 253, EN 448, EN 488 og EN 489, er der i dag ingen reelle tekniske forskelle på de produkter der udbydes af såvel Isoplus Fjernvarmeteknik som eksempelvis Viborg Fjernvarmes foretrukne og i udbudsmaterialet beskrevne leverandør.

Alligevel har Viborg Fjernvarme valgt at specificere hvad der ønskes, og netop derfor har vi i vort tilbud valgt at tilbyde disse produkter, hvilket vi også har beskrevet.

Der er dog punkter som ikke 100 % kan opfyldes, eksempelvis kan vi naturligvis ikke tilbyde et beskrevet patenteret system, et forhold som Viborg Fjernvarme er bekendt med fra tidligere. Vel kunne der forhandles en patentaftalt til Viborg Fjernvarmes nuværende leverandør, men realistisk set, ville dette næppe gøre os specielt attraktive.

Til de patenterede system, er det set i lyset af at de største skader på rørsystemer gennem tiderne blandt andet ligger i kompensatorer, så har vi valgt at tilbyde et alternativ, hvor der ikke indbygges et i teorien svagt led for hver 3 – 4 længde rør.

Vi kan sagtens tilbyde de ønskede produkter, som muffers der krymper over flere dimensioner, både som lige muffers og reduktions muffers pex-rør som beskrevet, såvel som vi vil kunne opfylde alle de øvrige krav i såvel udbudsmaterialet, som i tillægs-spørgsmålene af 3. maj 2005.

Hos Isoplus er vi ikke i tvivl om at vi kvalitetsmæssigt hører til blandt de bedste, hvilket blandt andet fremgår af testen på vedlagte link fra Svensk Fjernvarme der viser resultater der meget godt matcher de undersøgelser Viborg Fjernvarme selv foretog for år tilbage. (Isoplus lambda-værdi på stive rør som ikke fremgår af den svenske undersøgelse, blev af Teknologisk Institut målt til 0,0262).

Vi stiller også krav, og et af de krav vi har, er at vi reelt kun ønsker et samarbejde, med kunder der har et ønske om at samarbejde med Isoplus. Det tror og læser vi ikke er tilfældet her, så på trods af at vi har afgivet et særdeles attraktivt teknisk og økonomisk tilbud, så vælger vi at undlade at besvare de stillede tillægs-spørgsmål, således Viborg Fjernvarme uproblematisk kan fortsætte samarbejdet med Jeres nuværende leverandør.

Vi håber I ser positivt på vores valg og har forståelse herfor.«

Cowi A/S fremsendte herefter en ny forespørgselsskrivelse til Isoplus Fjernvarmeteknik A/S dateret 11. maj 2005. Isoplus Fjernvarmeteknik A/S besvarede forespørgslen af 11. maj 2005 ved en skrivelse af 20. maj 2005 til Cowi A/S. På enkelte punkter var skrivelsen af 11. maj 2005 anderledes end skrivelsen af 3. maj 2005, men den anden skrivelse havde overvejende det samme indhold som den første, og i det følgende omtales alene skrivelsen af 3. maj 2005, når der ingen forskel var på de 2 skrivelser. Hvis der er forskel på de 2 skrivelser, vil det blive oplyst i det følgende.

I skrivelsen af 11. maj 2005 fra Cowi A/S var de sidste 2 citerede linier i skrivelsen af 3. maj 2005 udeladt, nemlig følgende: »Forbehold / betingelser, der strider mod punkt 3.1.1., 3.1.2. og 3.1.[3], vil ikke blive accepteret.«

I den nævnte skrivelse af 20. maj 2005 fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S til Cowi A/S hedder det bl.a.:

»Udbudsmaterialets punkter 3.1.1 – 3.1.2 og 3.2.3 kommer forud for Isoplus salgs- og leveringsbetingelser af 27.04.2004 og aftalevilkår af 16.07.2003, hvilket betyder at der naturligvis ikke tages forbehold mod udbudsmaterialet.«

Ad påstand 1 a, påstand 3 a, påstand 4 og påstand 5 (Muffer)

Udbudsbetingelserne indeholder i afsnit »1. Orientering, 1.1. Generelt« bl.a. følgende:

»I det senere år er der til renovering og nyanlæg kun brugt præisolerede fjernvarmerør af fastskummet type, hvor der tidligere kun blev brugt gliderørssystem. Da nærværende leverancer skal dække både nyanlæg, renovering og reparationer, skal der således både leveres fastrørs- og gliderørssystem. Den forventede fordeling på de to nye systemer til den kommende 3-årige periode fremgår af de anførte mængder på tilbudslisterne.«

Udbudsbetingelserne indeholder i afsnit »1.3. Tilbud« bl.a. følgende bestemmelse:

»Viborg Fjernvarme forbeholder sig ret til at vurdere tilbuddet ringere eller kassere det, hvis ikke specifikationer og dokumentationer, som Viborg Fjernvarme ifølge udbudsmaterialet ønsker tilsendt, er tilstrække-

lig dokumenteret og fyldestgørende for at kunne vurdere og sammenholde produkternes kvalitet og levetid.«

Udbudsbetingelserne indeholder i afsnit »3.2. Tekniske specifikationer og dokumentationer« bl.a. følgende:

»3.2.1. Anlægsdata

.....

Samtidig med afgivelse af tilbud skal leverandøren fremsende alle tekniske specifikationer og dokumentationer for præisolerede rør og komponenter, som Viborg Fjernvarme ønsker tilbud på. Disse oplysninger skal være af nyeste dato.

.....

3.2.11 Muffer

Mufferne skal leveres som dobbelttætnende, kraftoverførende og beregnet til isolerings halvskåle, iht. DS/EN 489.

Viborg Fjernvarme foretrækker muffer, hvor dobbelttætningen opnås ved først indvendigt at montere en krympedug og efterfølgende tætning opnås ved nedkrympet muffe, der indvendig er påmonteret med tætningsmateriale, der klæber til rørkappen.

Viborg Fjernvarme vil teknisk opvurdere muffer, hvor kraftoverføringen fra rørkappen opbygges ved hjælp af en limstrimmel i hver ende af krympemuffen frem for en mastikstrimmel.

Isolering af muffer skal være med isoleringshalvskåle.

Leverandøren skal samtidig med afgivelse af tilbud, præsentere og kunne levere materialer til en let reparationsmetode til brug på beskadigede rør, beskadigede muffer og til montage, hvor det ikke er muligt at skyde den originale krympemuffe tilstrækkeligt til side.

Muffeindpakningen skal være i materialer, der beskytter mod indtrængning af fugt og urenheder, må ikke klæbe til muffen, forhindre selvnedkrympning i solskin, samt sikre en brugervenlig udpakning uden brug af værktøj/knive.

Rørleverandøren skal samtidig med tilbudsafgivning, redegøre for muffesamlinger mellem standard og ekstra isoleret rør, samt fremsende dokumentation for dette (nedkrympning på to forskellige kappedimensioner anvendt i forbindelse med reparationer).

Reduktions- og stålmuffer vil teknisk blive vurderet ringere, end lige muffer der kan krympe til flere kappedimensioner.

Dobbelttætnende muffer, hvor den ene tætning fremkommer ved krympemanchetter vil teknisk og økonomisk blive nedvurderet.

Krympemuffer med størst mulige dokumenterede ringspændinger vil teknisk blive opvurderet.

Isoleringshalvskåle, der kan anvendes over preskoblinger uden ekstra tilpasning/bearbejdning, opvurderes teknisk og økonomisk.«

På den blanket i udbudsbetingelserne, som tilbudsgiverne skulle anvende til angivelse af tilbudssummen m.v., var anført følgende:

»Hvis en tilbudsgiver kan levere muffer, der kan krympe over flere kappedimensioner anvendes pos. 12. Hvis ikke tilbudsgiver kan levere denne type muffe, anvendes alternativt pos. A12 og A18, og tilbud herfor medtages i ovenstående tilbud.«

På tilbudsblanketten betegnet som position 12 er anført følgende:

»Lige muffer, at levere inkl. alle forbrugsstoffer og isoleringsmateriale i type, der er dobbelttætnede og kraftoverførende.«

På tilbudsblanketten betegnet som position A 12, hvorpå der er anført »ALTERNATIV«, er den samme tekst anført.

På tilbudsblanketten betegnet som position A 18, hvorpå der ligeledes er anført »ALTERNATIV«, er anført følgende tekst:

»Reduktionskrympemuffer, at levere inkl. Alle forbrugsstoffer og isoleringsmateriale i type, der er dobbelttætnende og kraftoverførende.«

I tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S af 27. april 2005 er anført følgende:

»Muffer

Muffer leveres i h.t. DS/EN 253 og DS/EN489, øvrige specifikationer som angivet i udbudet.

Kraftoverføringen fra kapperøret opbygges ved hjælp af en indlagt hotmelt, som leveres sammen med mufferne.

Første tætning udføres ved hjælp af en krympedug.

Da hot-melt ikke virker som tætning, skal der som dobbelttætning anvendes en mastik som leveres sammen med muffer.

Ved muffesamlinger mellem standard og ekstraisoleret rør anvendes muffer der kan krympes ned på flere kappedimensioner.

Ved muffesamlinger mellem standard og ekstraisoleret rør, i forbindelse med reparationer, anvendes muffer af åben type, som kan krympes ned på flere kappedimensioner.

Ovennævnte muffetype anvendes også ved reparation af lige rør.

Isoleringshalvskåle der anvendes over preskoblinger behøver ikke yderligere tilpasning.«

I tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S var tilbudsblankettens rubrik 12 udfyldt, hvorimod tilbudsblankettens rubrik A12 og A18 ikke var udfyldt.

I den tidligere nævnte skrivelse af 3. maj 2005 fra Covi A/S til Isoplus Fjernvarmeteknik A/S hedder det:

»Muffer

Materialespecifikationer for de muffer medgående materialer bedes fremsendt. Det drejer sig om krympedug, hot melt og mastic. Herudover skal data for emballeringsmaterialer fremsendes.

Under muffer (side 4/7) i det fremsendte materiale kan det se ud, som om en speciel muffetype skal benyttes, hvis den skal monteres i forbindelse med et dimensionsskifte i kappedimension. Alle muffer i forbindelse med dette projekt ønskes at have denne egenskab. Er dette ikke tilfældet for den tilbudte muffetype, oplyses enhedspriser for muffer der kan.«

I den tidligere nævnte skrivelse af 20. maj 2005 fra Isoplus Fjernvarmeteknik til indklagede hedder det:

»Muffer

Materialespecifikation for krympedug. Se bilag 5 WC-20R.

Materialespecifikation for mastic, se bilag 5. (Adhesive-SA).

Materialespecifikation for hot melt, se bilag 6 (side 6).

Priser for muffer der generelt krymper over flere dimensioner fremgår af bilag 7. Muffeposer er silikone belagte poser.«

En sammenlægning af priserne på bilag 7 giver beløbet 268.950 kr.

I en skrivelse af 17. juni 2005 fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S til Cowi A/S hedder det bl.a.:

»Mastik og hotmelt

Isoplus PE krympemuffe til såvel isoleringsskåle som opskumning er i dag med integreret mastik. Pex muffer til opskumning kan i dag leveres med integreret mastik. Hvad angår pex muffer til isoleringsskåle kræver dette en nærmere undersøgelse, da der her er tale om en blødere muffe.

Vi garanterer at vi vil arbejde på en løsning, så hurtigt som muligt – vi ser det som løsbart.

Ifølge rørprislisten giver mufferne ikke anledning til højere priser. Mastikken er i øvrigt plastikbelagt, så der bør ikke være problemer med at mastikken klæber på muffen under formontage. Indtil en løsning foreligger vil vi foreslå at stik leveres med afgreninger med 90 eller 75 mm kapper således muffer leveres som 90/75 mm. Vi ligger gerne det nødvendige antal på lager hos Viborg Fjernvarme.

Pex muffer i Ø 110 kan ikke som standard anvendes på Ø 75 mm, men vi arbejder på en løsning.«

I en rapport af 20. juni 2005 fra indklagedes tekniske rådgiver, Cowi A/S, hedder det under overskriften »Pristilbud«:

»I forbindelse med gennemgang af tilbud fra Isoplus viste det sig, at tilbuds muffer ikke er beregnet til at klare dimensionsspring i kappediameter. For at give Isoplus mulighed for at tilbyde den korrekte løsning er der bedt om pris på muffer, der kan klare dimensionsspring. Dette resulterede i enhedspriser, der er lavere end det oprindeligt tilbuds. I tilbudspris fra Isoplus skal således fratrækkes kr. 268.950.

Starpipeline har valgt at tilbyde muffeløsning til dimensionsspring på basis af det alternativ, der var givet mulighed for ved udbud.

Tilbudsgiver	Løgstør Rør	Starpipeline	Isoplus
Tilbudssum	10.279.124	8.995.808	8.786.682
Regulering			-268.950
Reg. Tilbudssum	10.279.124	8.995.808	8.517.732«

Ad påstand 1 b, påstand 3 b, påstand 6 og påstand 7 (Kompensatorer til fast system)

I udbudsbetingelserne er der i afsnit »3.3. Tekniske specifikationer og dokumentationer« anført følgende:

» 3.2.4 Kompensatorer

Fast system:

Viborg Fjernvarme foretrækker et system, hvor det ekspansionsoptagende element er sammenbygget med rørene.

Tilbudslisterne er opbygget ud fra dette ønske. Kan leverandøren ikke tilbyde dette system skal tilbuddet indeholde oplysning om alternativt løsningsforslag, og prissætning heraf. Dette vil af Viborg Fjernvarme blive kapitaliseret og tillagt i tilbudssummen.

Kompensatorerne skal være forsynet med styr for optagelse af både træk- og trykspændinger.

Det i tilbudslisterne anført antal kompensatorer er beregnet til, at der kun indbygges kompensatorer i fremløbet svarende til det integrerede system.

Der anvendes ikke engangs- eller startkompensatorer.

Der kan ikke tilbydes rørsystemer, der er beregnet til varmemeforspænding eller koldforlægning.«

I tilbudsblanketten betegnet som position 4.0 er anført følgende:

»Lige prærrør med indbygget kompenserende element med 20 mm vandring, at levere i nedenstående længder.«

I tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S af 27. april 2005 er anført følgende:

»Kompensatorer

Fast system

Isoplus har tilbudt et spændingsaflastende system svarende til system 4, eventuelle patentafgifter er Isoplus uvedkommende og afregnes direkte mellem patenthaver og Viborg Fjernvarme.

Alternativt og efter Viborg Fjernvarmes ønske kan Isoplus tilbyde et alternativ til system 4, hvor aflaster påsvejses rørenderne insitu.

Isoplus kan dog ikke anbefale, at indbygge et stort antal aflastere/kompensatorer i et fjernvarmeanlæg designet efter moderne principper.

Isoplus anbefaler enten at nedlægge systemet som koldforlagt eller spændingsaflastet ved hjælp af forspændingskompensatorer.

Ved anvendelse af forspændingskompensatorer indsættes $\frac{1}{4}$ af det antal aflastere som installeres i system 4 og kompensatorerne »låses« ved fuldsvejsning efter idriftsættelse.

Nedlægges systemet som koldforlagt eller spændingsaflastet ved hjælp af forspændingskompensatorer, vil der kun optræde et minimum af ekspansionsbevægelser i det samlede system.«

I den tidligere nævnte skrivelse af 3. maj 2005 fra indklagede til Isoplus Fjernvarmeteknik A/S hedder det:

»Komponenter – Fast system

Ved indgåelse af kontrakt ønskes kun én leverandør.

Revideret pris for rør med indbyggede aflastere skal derfor fremsendes.

Andre løsninger er direkte fravalgt i udbudsmaterialet – Dette valg er ikke ændret.«

I den anden forespørgselsskrivelse af 11. maj 2005 fra indklagedes tekniske rådgiver Cowi A/S til Isoplus Fjernvarmeteknik A/S er det anførte afsnit erstattet af følgende:

»Komponenter – Fast system

Datablad for alternative foreslåede løsningsmodel vedrørende kompenserings bedes fremsendt, ligesom priser for den alternative løsning bedes oplyst for de dimensioner, der optræder i tilbudslistens pkt. 4.0.«

I den tidligere nævnte skrivelse af 20. maj 2005 fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S til indklagede hedder det:

»Komponenter – Fastsystem:

Der kan tilbydes et system med insitu indbyggede aflastere, hvor disse indbygges i samlingerne, antallet kan her svare til antallet der anvendes i det beskrevne system 4. Priser for aflastere fremgår af bilag 1.

Det andet alternativ som vi i større grad anbefaler er indbygning af forspændingselementer, som fuldsvejses, her vurderer vi at det antal der skal anvendes svarer til ¼ af antallet af aflastere. Priser fremgår af bilag 2.

Det vi dog anbefaler er at vurdere muligheden for koldforlægning, med de temperaturer Viborg Fjernvarme kører med, er det en uproblematisk lægningmetode, som Isoplus anvender i langt den overvejende del af vores leverancer – et system, som også rådgivere har stor erfaring i.«

Ad påstand 1 c (PEX-rør)

Udbudsbetingelserne indeholder følgende:

»3.2.3 Fleksible rør

.....

Pex-rør leveres ifølge dimensioner og længder, som anført i tilbudslisten:

PEX ø 22/77 i ruller á 100 m.

PEX ø 28/90 i ruller á 100 m.«

Tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S af 27. april 2005 indeholder følgende:

»Fleksible rør

Fleksible rør tilbydes som præisolerede Pexrør i dimensionerne ø22/75 og ø28/90.«

Indklagede har oplyst, at dimensionen ø22/77 blev anført i udbudsbetingelserne, fordi det var den dimension, som indklagede hidtil havde fået disse rør leveret i.

Ad påstand 8

Udbudsbekendtgørelsen indeholdt følgende om tildelingskriteriet:

»Tildelingskriteriet: Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af: de i udbudsbetingelserne anførte kriterier.«

Udbudsbetingelserne indeholder i afsnit »1.3. Tilbud« følgende:

»De i tilbudslisterne angivne mængder er opgjort så realistiske som muligt med det formål, at give rørleverandøren et overblik over de forventede rørindkøb, men samtidig også af hensyn til vurdering og sammenligning af de indkomne tilbud.

Tilbudslisterne indeholder alternative sider mærket »alternativ« for at imødekomme de forskellige rørfabrikanters leverancemyndigheder.

Ved udfyldelse af tilbudslisterne skal således enten udfyldes de ordinære tilbudslistes, som angiver de materialer Viborg Fjernvarme vil foretrække at anvende, eller de alternative tilbudslistes, som angiver de materialer Viborg Fjernvarme kan acceptere.

Tilbudsgiveren må således vælge mellem de ordinære og de »alternative« tilbudslistes, idet Viborg Fjernvarme kun modtager et tilbud fra hver tilbudsgiver.

Vælges det at afgive tilbud på basis af alternative tilbudslistes, vil det pågældende tilbud blive reguleret jf. bemærkning til AB92 § 3 stk. 3.

.....

Viborg Fjernvarme vil vælge det samlet set bedste tilbud, vurderet på en række parametre.

De enkelte parametre og deres vægtning fremgår af nedenstående opstilling. [Klagenævnets litrering].

[A]	Kvalitet	0 – 30 point
[B]	Pris	0 – 30 point
[C]	Forsyningssikkerhed	0 – 15 point
[D]	Sikkerhed for leverance af reservedele	0 – 10 point
[E]	Teknisk værdi	0 – 10 point
[F]	Service og bistand	0 – 5 point«

I en rapport af 20. juni 2005 udarbejdet af indklagedes tekniske rådgiver Cowi A/S vedrørende vurderingen af de 3 tilbud hedder det i indledningen:

»Tilbuddene vurderes og bedømmes på en række punkter, som anført i udbudsmaterialet. Sammenfattende giver de enkelte delvurderinger følgende samlede vurdering:

Tilbudsgiver	Mulige point	Løgstør Rør	Starpipes	Isoplus
Kvalitet	30	29	20	26
Pris	30	24	28	30
Forsyningssikkerhed	15	15	4	15
Sikkerhed reservedele	10	10	5	10
Teknisk værdi	10	10	5	9
Service og bistand	5	5	2	4
Samlet antal point	100	93	64	94
.....				

Isoplus afgav det billigste tilbud. I deres tilbud var dog nogle mangler med hensyn til dokumentation. Isoplus er derfor bedt om at komme med uddybende tekniske specifikationer for de tilbudte produkter, hvilket de efterfølgende har gjort. Ved bedømmelse af tilbud fra Isoplus er taget højde for disse modtagne supplerende oplysninger.«

Parternes anbringender

Ad påstanden om afvisning

Indklagede har støtte for sin påstand om, at Klagenævnet skal afvise klagen anført følgende:

»Klageren er uden retlig interesse i sagens afgørelse. Dette begrundes nærmere med, at klageren efter åbningen af de i sagen omhandlede tilbud den 27. april 2005 og i den efterfølgende evalueringsfase dels har formået at skaffe sig en omfattende viden om de afgivne tilbud, dels har forsøgt at påvirke indklagedes evalueringsproces til egen fordel, hvorved klageren har bragt sig i en situation, hvor indklagede – såfremt der på daværende tidspunkt havde været viden om forholdet – ville have været forpligtet til at bortse fra klagerens tilbud.«

Indklagede har nærmere redegjort for en række forhold fra klagerens side vedrørende tiden efter klagerens afgivelse af tilbud som efter indklagedes opfattelse begrundes, at klageren ikke har retlig interesse i at klage, og indklagede har understreget, at påstanden ikke begrundes med indholdet i klagerens tilbud, men alene efterfølgende forhold.

Ad påstand 2 (Forbehold vedrørende grundlæggende elementer)

Klageren har gjort gældende, at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S i sit tilbud tog 3 forbehold som beskrevet i påstanden under a - c, at disse forbehold alle 3 vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og at indklagede derfor på grund af forbeholdene var forpligtet til at afvise dette tilbud.

Indklagede har i første række gjort gældende, at ingen af de 3 anførte afsnit i tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S er forbehold i forhold til udbudsbetingelserne. Indklagede har herudover specielt vedrørende b og c gjort gældende, at der ikke er tale om forbehold, allerede fordi det i indledningen til Salgs- og leveringsbetingelserne er anført, at der kan indgås »anden skriftlig aftale«, idet indklagede i givet fald ville have indgået en sådan modgående skriftlig aftale med Isoplus Fjernvarmeteknik A/S, hvorefter disse 2 eventuelle forbehold i tilbudet var faldet bort. Indklagede har for det tilfælde, at Klagenævnet antager, at der er tale om forbehold, i anden række gjort gældende, at der i hvert fald ikke er tale om, at nogen af forbeholdene vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og at indklagede derfor ikke har haft nogen pligt til at afvise tilbudet.

Ad påstand 3 c (Frafald af forbehold)

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med forhandlingsforbudet dels ved at forhandle med Isoplus Fjernvarmeteknik A/S om at få denne tilbudsgiver til at frafalde de 3 forbehold, dels ved at acceptere, at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S i forbindelse med disse forhandlinger faktisk frafaldt de 3 forbehold.

Indklagede har under henvisning, at der som anført ad påstand 2 ikke forelå noget forbehold, gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med forhandlingsforbudet ved at handle som beskrevet i påstanden.

Ad påstand 1 a (Muffer)

Klageren har gjort gældende, at tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S ikke indeholdt de krævede tekniske specifikationer og den krævede tekniske dokumentation vedrørende de tilbudte krympemuffer, der kan nedkrympe over to dimensioner, og at indklagede derfor var forpligtet til at afvise dette

tilbud, men var berettiget til at iværksætte en teknisk afklaring vedrørende Isoplus Fjernvarmeteknik A/S's tilbud for så vidt angår krympemuffer.

Indklagede har gjort gældende, at manglerne ved beskrivelsen af krympemufferne ikke var af en sådan beskaffenhed, at indklagede var forpligtet til at afvise dette tilbud, men var berettiget til at iværksætte en teknisk afklaring vedrørende Isoplus Fjernvarmeteknik A/S's tilbud for så vidt angår krympemufferne.

Ad påstand 3 a (Muffer)

Klageren har gjort gældende, at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S' tilbud af 27. april 2005 ikke indeholdt tilbud på muffer, der kan nedkrympe over 2 kapedimensioner, at indklagede i en skrivelse af 3. maj 2005 opfordrede denne tilbudsgiver til at afgive et nyt tilbud, og at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S i fortsættelse heraf den 20. maj 2005 afgav et nyt tilbud, hvori der blev tilbudt muffer, der kan nedkrympe over 2 forskellige dimensioner, og hvori prisen var nedsat med 268.950 kr. Indklagede har herved handlet i strid med forhandlingsforbudet.

Indklagede har i fortsættelse af det, som indklagede har gjort gældende ad påstand 1 a, gjort gældende, at det ikke med fornøden sikkerhed kunne udledes af tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S, at der ved tilbudet blev givet tilbud på muffer, der kan nedkrympe over 2 dimensioner, og at indklagede som følge heraf var berettiget til ved henvendelse til tilbudsgiveren som sket ved skrivelsen af 3. maj 2005 at få dette spørgsmål afklaret. Indklagede har videre gjort gældende, at indholdet i Isoplus Fjernvarmeteknik A/S' svarskrivelser af 20. maj 2005 og 17. juni 2005 kun udgør en uddybning og en præcisering af, hvad der var indeholdt i tilbudet, og at den ubetydelige reduktion i tilbudsprisen, der fremkom ved skrivelsen af 20. maj 2005, har været uden betydning for indklagedes vurdering af tilbudene.

Ad påstand 1 b (Kompensatorer til fast system)

Klageren har gjort gældende, at tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S ikke indeholdt de krævede tekniske specifikationer og den krævede tekniske dokumentation vedrørende de tilbudte kompensatorer til fast system (system 4), og at indklagede derfor var forpligtet til at afvise dette tilbud.

Indklagede har i første række gjort gældende, at tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S indeholdt de krævede oplysninger om kompensatorer til fast system (system 4). Indklagede har i anden række gjort gældende, at eventuelle mangler vedrørende beskrivelsen af de tilbudte kompensatorer til fast system (system 4) ikke var af en sådan beskaffenhed, at indklagede var forpligtet til at afvise dette tilbud.

Ad påstand 3 b (Kompensatorer til fast system)

Klageren har gjort gældende, at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S i sit tilbud af 27. april 2005 havde afgivet tilbud på »et system svarende til System 4«, men samtidig oplyst, at »evt. patentudgifter ville være Isoplus uvedkommende«, at indklagede i skrivelse af 3. maj 2005 opfordrede denne tilbudsgiver til at afgive et nyt tilbud, og at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S i fortsættelse heraf den 20. maj 2005 afgav et nyt tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke ved indklagedes skrivelse af 3. maj 2005 og Isoplus Fjernvarmeteknik A/S' skrivelse af 20. maj 2005 er ført forhandlinger om afgivelse af et nyt tilbud på kompensatorer til fast system, men alene er sket afklaring vedrørende tilbudet af 27. april 2005 specielt med hensyn til spørgsmålet om patent.

Ad påstand 4 (Muffer)

Klageren har gjort gældende, at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S i sit tilbud af 27. april 2005 afgav tilbud på muffer, at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S senere den 20. maj 2005 afgav et nyt tilbud på muffer, at denne tilbudsgiver således afgav 2 tilbud, samt at dette var i strid med udbudsbetingelsernes afsnit 1.3., hvori det udtrykkeligt er fastsat, at indklagede kun modtager ét tilbud fra hver tilbudsgiver.

Indklagede har gjort gældende, at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S ikke ved skrivelsen af 20. maj 2005 afgav et nyt tilbud, men alene fremkom med en præcisering af det tilbud, der blev afgivet den 27. april 2005.

Ad påstand 5 (Muffer)

Klageren har gjort gældende, at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S den 20. maj 2005 afgav et tilbud på muffer, at fristen for afgivelse af tilbud efter ud-

budsbetingelserne var den 27. april 2005, og at indklagede således var forpligtet til at afvise tilbudet af 20. maj 2005, da det fremkom efter fristens udløb.

Indklagede har gjort gældende, at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S ikke ved skrivelsen af 20. maj 2005 afgav et nyt tilbud på muffen, men alene fremkom med en præcisering af det tilbud, der blev afgivet den 27. april 2005.

Ad påstand 6 (Kompensatorer til fast system)

Klageren har gjort gældende, at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S i sit tilbud af 27. april 2005 afgav tilbud på kompensatorer til fast system svarende til »System 4«, men samtidig i tilbudet anførte, at eventuelle patentudgifter vedrørende dette system »ville være Isoplus uvedkommende«, at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S senere den 20. maj 2005 afgav et nyt tilbud på et system svarende til »System 4«, men nu uden forbehold vedrørende eventuelle patentudgifter, at denne tilbudsgiver således afgav 2 tilbud, samt at dette er i strid med udbudsbetingelsernes afsnit 1.3., hvor det udtrykkeligt er fastsat, at indklagede kun modtager ét tilbud fra hver tilbudsgiver.

Indklagede har gjort gældende, at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S ikke ved skrivelsen af 20. maj 2005 afgav et nyt tilbud på kompensatorer til fast system, men alene på baggrund af nye oplysninger vedrørende patentet foretog en justering af det tilbud, der blev afgivet den 27. april 2005.

Ad påstand 7 (Kompensatorer til fast system)

Klageren har gjort gældende, at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S afgav et tilbud på et system svarende til »System 4« den 20. maj 2005, at fristen for afgivelse tilbud efter udbudsbetingelserne var den 27. april 2005, og at indklagede således var forpligtet til at afvise tilbudet af 20. maj 2005, da det fremkom efter fristens udløb.

Indklagede har gjort gældende, at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S ikke ved skrivelsen af 20. maj 2005 afgav et nyt tilbud på kompensatorer til fast system, men alene på baggrund af nye oplysninger vedrørende patentet foretog en justering af det tilbud, der blev afgivet den 27. april 2005.

Ad påstand 8

Ad A. Kvalitet

Klageren har gjort gældende, at indklagede har anvendt underkriteriet (A) Kvalitet ukorrekt. Indklagede har nærmere anført følgende: Indklagede er gået ud fra, at de kontirør, som Isoplus Fjernvarmeteknik A/S leverer, er med aluminiumsspærre som klagerens kontirør og har den samme lambda-værdi som klagerens rør - nemlig 0,024 W/mK, hvilket ikke er tilfældet. Indklagede har endvidere gået ud fra, at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S i hele perioden kan levere rør med aluminiumsspærre, hvilket ikke er tilfældet. Indklagede har yderligere beregnet varmetabet i Isoplus Fjernvarmeteknik A/S' PEX-rør som lavere end varmetabet i klagerens PEX-rør, hvilket er fysisk umuligt, da kun klagerens rør, men ikke Isoplus Fjernvarmeteknik A/S rør har en lambda-værdi på 0,023 W/mK. I udbudsbetingelserne er det fastsat, at indklagede foretrækker et system, hvor det ekspansionsoptagende element er sammenbygget med røret. Dette krav opfyldes af klagerens rør, men ikke af Isoplus Fjernvarmeteknik A/S' tilbud, som er baseret på aflastere, som indsvejses på byggepladsen. I udbudsbetingelserne er anført, at tilbudslisterne er opbygget ud fra indklagedes ønske, og at tilbudsgivere, som ikke kan tilbyde dette system, skal indeholde oplysning om et alternativt løsningsforslag og prissætning heraf. Indklagede har imidlertid ikke ved vurderingen af tilbudene prissat forskellen på dette punkt mellem de 2 tilbudte systemer, og indklagede har begrundet dette med, at klagerens patent på klagerens system nu er bortfaldet, og at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S således »kunne have« tilbudt et system svarende til det foretrukne, hvilket imidlertid er uden betydning, da Isoplus Fjernvarmeteknik A/S's tilbud ikke indeholdt dette system.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har anvendt underkriterie (A) Kvalitet korrekt. Indklagede har nærmere anført følgende: Indklagede foretog på grundlag af de oplysninger, der forelå vedrørende de tilbudte fjernvarmerør m.v. i klagerens og Isoplus Fjernvarmeteknik A/S tilbud, varmetabsberegninger, som førte til en mindre fordel for Isoplus Fjernvarmeteknik A/S. Indklagede har endvidere ved vurderingen af tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S lagt vægt på, at dette tilbud indeholdt et system, hvor det ekspansionsoptagende element er sammenbygget med røret, altså et system, som svarer til klagerens system, og dermed det system, som indklagede i udbudsbetingelserne havde angivet som det foretrukne. På grundlag

af indklagedes vurdering af tilbudenes kvalitet blev klagerens tilbud totalt vurderet noget højere end tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S.

Ad B. Pris

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved pointberegningen for tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S i relation til underkriterie (B) Pris har været uberettiget til at tage hensyn til den nedsættelse af tilbudsprisen på 268.950 kr. som denne tilbudsgiver gav ved skrivelsen af 20. juni 2005, og at en korrekt pointberegning uden hensyntagen til dette prisnedslag fører til, at tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S får 30 point og tilbudet fra klageren 25 point mod henholdsvis 30 point og 24 point ved den forkerte pointberegning.

Indklagede har gjort gældende, at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S ved skrivelsen af 20. maj 2005 afgav et nyt og billigere tilbud, og at indklagede var berettiget til at anvende dette tilbud ved tilbudsvurderingen, således at den pointberegning, som indklagede har foretaget, er korrekt.

Ad C. Forsyningssikkerhed

Klageren har gjort gældende, at klageren gennem adskillige år har leveret produkter/systemer svarende til dem, der fremgår af udbudsbetingelserne, og som klageren har afgivet tilbud på, at klagerens produkter således er gennemtestede med deraf følgende sikkerhed og brugbarhed, og at klagerens produkter er velkendte på markedet og således også bl.a. hos klageren. Klageren har videre gjort gældende, at en lang række af de produkter, som Isoplus Fjernvarmeteknik A/S har afgivet tilbud på, ikke er i produktion hos denne tilbudsgiver, ligesom der ikke er oplysninger om, at de senere er kommet i produktion hos denne tilbudsgiver. Disse forhold skulle der tages hensyn til ved vurderingen af tilbudene i relation til underkriterie C. Klageren har endvidere gjort gældende, at Isoplus Fjernvarmeteknik A/S i sit tilbud af 27. april 2005 tog forbehold vedrørende overholdelse af leveringstiden under visse nærmere anførte omstændigheder, at dette forbehold nok blev frafaldet, men det skete i forbindelse med forhandlinger i strid med forhandlingsforbudet, og at indklagede derfor har skullet tage dette forbehold i betragtning ved vurderingen af tilbudene i relation til underkriterie C.

Indklagede har gjort gældende, at det forhold, at klagerens produkter er gennemprøvede og velkendte hos indklagede, ikke kan føre til, at indklagede skal vurdere produkterne fra andre tilbudsgivere som ringere med hensyn til forsyningssikkerhed, og at det tværtimod ville have været ukorrekt af indklagede på forhånd udelukkende eller afgørende at lægge vægt herpå. Indklagede har vedrørende »forbeholdet vedrørende overholdelse af leveringstider« i tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S henvist til det anførte ad påstand 2, hvorefter der ikke er tale om noget forbehold.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at overtrædelserne anført i påstand 1 - 8 er af en sådan beskaffenhed, at Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Isoplus Fjernvarmeteknik A/S.

Indklagede har gjort gældende, at ingen af de eventuelle overtrædelser, der er anført i påstand 1 - 8, hverken hver for sig eller samlet kan begrunde, at Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Isoplus Fjernvarmeteknik A/S.

Klagenævnet udtaler:

Påstanden om afvisning

Klagenævnet for Udbud træder i funktion, når der indgives en klage, og i lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for Udbud § 4, stk. 1, nr. 1, er det bestemt, at klage kan indgives af enhver, der har en retlig interesse i at indgive klage. Det fremgår af motiverne til denne lovbestemmelse, at særligt virksomheder, som har afgivet tilbud under et EU-udbud, har retlig interesse i at klage. Der er intet grundlag for – som anført af indklagede – at indfortolke en begrænsning i den adgang, som tilbudsgivere under et EU-udbud har til at indgive klage vedrørende det pågældende udbud, således at en tilbudsgiver på grund af sin adfærd efter afgivelsen af sit tilbud skal kunne afskæres fra klageadgang. Indklagedes påstand om afvisning af klagen tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2 og påstand 3 c (Forbehold vedrørende grundlæggende elementer og frafald af forbehold)

Isoplus Fjernvarmeteknik A/S henviste i sit tilbud under overskriften »Leveringsbetingelser« til sine Salgs- og leveringsbetingelser af 27. april 2004 og sine Aftalevilkår af 16. juli 2003, og der var ikke i tilbudet nogen tilføjelse om, at disse bestemmelser alene skulle være gældende for kontraktforholdet i det omfang, hvori de ikke er i strid med udbudsbetingelserne. Isoplus Fjernvarmeteknik A/S har herved taget et utvetydigt forbehold over for udbudsbetingelserne, og det er uden betydning, at det i indledningen til Isoplus Fjernvarmeteknik A/S's Salgs- og leveringsbetingelser er anført: »medmindre der foreligger anden skriftlig aftale«, idet indgåelse af en sådan aftale kun kan ske efter gennemførelse af forhandlinger, der er i strid med forhandlingsforbudet.

Ved modtagelsen af tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S påhvilede det indklagede at gennemgå denne tilbudsgivers salgs- og leveringsbetingelser og aftalevilkår med henblik på at konstatere, på hvilke punkter disse bestemmelser var i strid med udbudsbetingelserne, og det påhvilede herefter indklagede at vurdere, om nogen af disse punkter indebar, at der i tilbudet var taget forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, eller dog forbehold, som det ikke ville være muligt at prissætte, og som ikke var helt bagatelagtige. I så fald skulle tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S have været afvist. Det påhvilede endvidere indklagede, såfremt tilbudet ikke indeholdt forbehold, som indebar, at tilbudet skulle afvises, at prissætte forbeholdene.

Forbeholdet under påstand 2 a om priser på tillægsleverancer vedrører efter sin beskaffenhed ikke et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, og det ville have været muligt for indklagede på grundlag af statistiske erfaringer at prissætte forbeholdet. Påstand 2 a tages derfor ikke til følge.

Forbeholdet under påstand 2 b om returfradrag ved returvarer vedrører efter sin beskaffenhed ikke et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, og det ville have været muligt for indklagede på grundlag af statistiske erfaringer at prissætte forbeholdet. Påstand 2 b tages derfor ikke til følge.

Forbeholdet under påstand 2 c om udskydelse af leveringstiden ved manglende leverance fra underleverandør m.v. vedrører efter sin beskaffenhed et

grundlæggende element i udbudsbetingelserne, og indklagede var derfor forpligtet til på grund af dette forbehold at afvise tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S. Påstand 2 c tages derfor til følge.

Indklagede har endvidere handlet i strid med forhandlingsforbudet ved at rette en henvendelse til Isoplus Fjernvarmeteknik A/S af det indhold, der fremgår af skrivelserne af 3. maj og 11. maj 2005 fra indklagedes tekniske rådgiver Cowi A/S til Isoplus Fjernvarmeteknik A/S. Det fremgår utvetydigt af disse skrivelser, at indklagede med henvendelserne tilsigtede at få Isoplus Fjernvarmeteknik A/S til at frafalde forbeholdene, og det lykkedes da også for indklagede at få Isoplus Fjernvarmeteknik A/S til i fortsættelse af disse henvendelser i sin skrivelse af 20. maj 2005 at ændre sit tilbud på den måde, at de pågældende aftalevilkår kun skulle være gældende i det omfang, hvori de ikke er i strid med udbudsbetingelserne. Klagenævnet tager derfor påstand 3 c til følge.

Ad påstand 1 a (Muffer)

Tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S indeholder ikke de tekniske specifikationer og dokumentationer for krympemuffer, der kan nedkrympe over to dimensioner, som efter udbudsbetingelserne er forudsat fremsendt sammen med tilbudet, men manglerne ved tilbudet i forhold til de krav, der kan udledes at udbudsbetingelserne, var imidlertid ikke af en sådan beskaffenhed, at indklagede var forpligtet til at afvise dette tilbud. Manglerne var derimod af en sådan beskaffenhed, at det ville have været muligt for indklagede ved iværksættelse af en teknisk afklaring vedrørende tilbudet – som ikke indebar en overtrædelse af forhandlingsforbudet – at tilvejebringe de nødvendige oplysninger, forinden indklagede skulle vurdere de modtagne tilbud. Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 3 a (Muffer)

Det fremgår utvetydigt af tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S, at tilbudet indeholder tilbud på krympemuffer, der kan nedkrympe over to dimensioner, jf. herved at priserne i tilbudsblanketterne er anført under position 12.0., men ikke under position A 12 og A 18, og at der i tilbudet er anført følgende: »Ved muffesamlinger mellem standard og ekstraisolerede rør anvendes muffer der kan krympe ned over flere kappedimensioner. Ved muffesamlinger mellem standard og ekstraisolerede rør, i forbindelse med

reparationer, anvendes muffe af åben type, som kan krympe ned på flere kappedimensioner.« Indklagede, der var i tvivl om, hvorvidt tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S indeholdt muffe, der kan nedkrympe over 2 dimensioner, har på denne baggrund handlet i strid med forhandlingsforbudet ved i sin skrivelse af 3. maj 2005 ikke blot at anmode Isoplus Fjernvarmeteknik A/S om yderligere oplysninger om de muffe, der var indeholdt i tilbudet af 27. april 2005, men også – for det tilfælde at de tilbudte muffe ikke kunne krympe ned over 2 dimensioner – at anmode Isoplus Fjernvarmeteknik A/S om at oplyse »enhedspriser for muffe der kan«. Klagenævnet tager derfor denne påstand til følge.

Ad påstand 1 b (Kompensatorer til fast system)

Tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S indeholder ikke de tekniske specifikationer og dokumentationer vedrørende kompensatorer til fast system (system 4), som efter udbudsbetingelserne var forudsat fremsendt sammen med tilbudet, men manglerne ved tilbudet i forhold til de krav, der kan udledes af udbudsbetingelserne, var imidlertid ikke af en sådan beskaffenhed, at indklagede var forpligtet til at afvise dette tilbud. Manglerne var derimod af en sådan beskaffenhed, at det ville have været muligt for indklagede ved iværksættelse af en teknisk afklaring vedrørende tilbudet – som ikke indebar en overtrædelse af forhandlingsforbudet – at tilvejebringe yderligere oplysninger, forinden indklagede skulle vurdere de modtagne tilbud. For det tilfælde, at den tekniske afklaring ikke tilvejebragte den nødvendige dokumentation, kunne det give grundlag for en lavere vurdering efter udbudsbetingelsernes afsnit 1.3. Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 3 b (Kompensatorer til fast system)

Tilbudet af 27. april 2005 fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S indeholdt et forbehold i forhold til udbudsbetingelserne, idet det af tilbudet fremgik, at indklagede selv skulle betale afgiften til patenthaveren vedrørende »system 4«. Det påhvilede herefter indklagede at vurdere, om dette forbehold vedrører et grundlæggende element i udbudsbetingelser – i hvilket tilfælde indklagede var forpligtet til at afvise tilbudet – eller forbeholdet ikke vedrører et grundlæggende element i udbudsbetingelser – i hvilket tilfælde indklagede var forpligtet til i forbindelse med vurderingen af tilbudene at prissætte forbeholdet. Efter forbeholdets beskaffenhed og indklagedes reaktion på

forbeholdet, som den fremgår af skrivelsen af 3. maj 2005 til Isoplus Fjernvarmeteknik A/S, er det Klagenævnets vurdering, at forbeholdet vedrører et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, og indklagede skulle derfor have afvist tilbudet. I stedet for valgte indklagede ved skrivelsen af 3. maj 2005 at anmode Isoplus Fjernvarmeteknik A/S om at afgive et alternativt tilbud på et system i stedet for »system 4«, hvor aflasterne påsvejses rørenderne in situ. Indklagede har herved handlet i strid med forhandlingsforbudet, og Klagenævnet tager derfor påstand 3 b til følge.

Ad påstand 1 c (PEX-rør)

I udbudsbetingelserne er der foreskrevet PEX-rør med en diameter på 77 mm, mens tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S indeholder PEX-rør med en diameter på 75 mm. Klagenævnet lægger efter det oplyste til grund, at denne forskel, som vedrører tykkelsen af isoleringen af stålrøret, er uden teknisk betydning. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Da Isoplus Fjernvarmeteknik A/S allerede den 27. april 2005 havde afgivet et tilbud på muffen, der kan nedkrympe over to dimensioner, og herefter den 20. maj 2005 afgav et yderligere tilbud, tager Klagenævnet påstand 4 til følge.

Ad påstand 6

Da Isoplus Fjernvarmeteknik A/S allerede den 27. april 2005 havde afgivet et tilbud på kompensatorer til fast system og herefter den 20. maj 2005 afgav et nyt tilbud, tager Klagenævnet påstand 6 til følge.

Ad påstand 5 og 7

Fristen for afgivelse af tilbud fastsat i udbudsbetingelserne vedrører de tilbud, som tilbudsgiverne skal indlevere til udbyderne for at deltage i udbudet, jf. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 45. Fristen finder derimod ikke anvendelse på supplerende tilbud, som tilbudsgivere i henhold til udbudsbetingelserne – og uden at handle i strid med EU-udbudsretten – senere under udbudet måtte have mulighed for at afgive. Klagenævnet tager derfor ikke disse påstande til følge.

Ad påstand 8

Ad A. Kvalitet

Indklagede har ved vurderingen af tilbudene efter underkriterium (B) Kvalitet for Isoplus Fjernvarmeteknik A/S' vedkommende med hensyn til kompensatorer til fast system foretaget vurderingen på grundlag af det alternative tilbud på kompensatorer til fast system, som var indeholdt i denne tilbudsgivers skrivelse af 20. maj 2005. Under hensyn til det, som Klagenævnet har anført ad påstand 3 b, har indklagede således ikke foretaget en korrekt vurdering af tilbudet fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S i relation til underkriterium (A) Kvalitet. Klagenævnet har herefter ikke fundet anledning til at tage stilling til indklagedes anvendelse i øvrigt af dette underkriterium.

Ad B. Pris

Under hensyn til det, som Klagenævnet har anført ad påstand 1 a og påstand 3 a, har indklagede vedrørende nedsættelsen af tilbudsprisen med 268.950 kr. som anført af klageren ikke foretaget en korrekt vurdering af tilbudene i relation til underkriterium (B) Pris. Klagenævnet har herefter ikke fundet anledning til at tage stilling til indklagedes anvendelse i øvrigt af dette underkriterium.

Ad C. Forsyningssikkerhed

Under hensyn til det, som Klagenævnet har anført ad påstand 2 c og påstand 3 c, har indklagede som anført af klageren ikke foretaget en korrekt vurdering af tilbudene i relation til underkriterium (C) Forsyningssikkerhed. Klagenævnet har herefter ikke fundet anledning til at tage stilling til indklagedes anvendelse i øvrigt af dette underkriterium.

Ad påstand 9

Under hensyn til beskaffenheden af de overtrædelser af forhandlingsforbehold, som Klagenævnet har konstateret ad påstand 3 a – c, til overtrædelserne ad påstand 2 og til, at klageren indgav klage kun ca. 1 ½ måned efter, at klageren havde modtaget meddelelse om indklagedes valg af kontrakt-part, annullerer Klagenævnet indklagedes beslutning af 22. juli 2005 om at indgå kontrakt med Isoplus Fjernvarmeteknik A/S.

Herefter bestemmes:

Påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved ikke at afvise tilbudet af 27. april 2005 fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S, uagtet dette tilbud indeholdt følgende forbehold vedrørende udbudsbetingelserne, som vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne:

- c. I Isoplus Fjernvarmeteknik A/S' Salgs- og leveringsbetingelser punkt 7: »Isoplus Fjernvarmeteknik A/S kan kræve udskydelse af leverings-tiden i følgende tilfælde:..... e. I tilfælde af manglende eller mangelfuld leverancer fra bekræftede underleverandører.«

Påstand 3

Indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet og det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved forud for, at indklagede den 22. juli 2005 besluttede at indgå kontrakt med Isoplus Fjernvarmeteknik A/S, at have forhandlet med denne tilbudsgiver og herunder opfordret denne tilbudsgiver til

- a. at afgive et nyt tilbud på en muffetype, der kan krympe over flere dimensioner, jf. påstand 4 og 5.
- b. at afgive et nyt tilbud på kompensatorer til fast system (system 4), jf. påstand 6 og 7.
- c. at frafalde de 3 forbehold i tilbudet af 27. april 2005, jf. påstand 2 a - c.

Påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved ikke at afvise et tilbud vedrørende muffe, som tilbudsgiveren Isoplus Fjernvarmeteknik A/S afgav den 20. maj 2005, uagtet denne tilbudsgiver allerede den 27. april 2005 havde afgivet tilbud på muffe, og det i udbudsbetingelserne var fastsat, at indklagede kun modtager ét tilbud fra hver tilbudsgiver.

Påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved ikke at afvise et tilbud vedrørende alternative kompensatorer til fast system, som tilbudsgiveren Isoplus Fjernvarmeteknik A/S afgav den 20. maj 2005, uagtet denne tilbudsgiver allerede den 27. april 2005 havde afgivet tilbud på et andet system vedrørende kompensatorer til fast system, og det i udbudsbetingelserne var fastsat, at indklagede kun modtager ét tilbud fra hver tilbudsgiver.

Påstand 8

Indklagede ved sin vurdering af tilbudene fra klageren og fra Isoplus Fjernvarmeteknik A/S har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip, idet indklagede ved anvendelsen af det fastsatte pointsystem ikke handlede på en objektiv måde i relation til følgende underkriterier:

- A. Kvalitet
- B. Pris
- C. Forsyningssikkerhed

Påstand 9

Indklagedes beslutning af 22. juli 2005 om at indgå kontrakt med Isoplus Fjernvarmeteknik A/S annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1, 2 a, 2 b, 5 og 7.

Indklagede, Viborg Fjernvarme, skal i sagsomkostninger til klageren, Logstor A/S, betale 100.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig