

K E N D E L S E

NCC Construction Danmark A/S
(advokat Martin André Dittmer, København)

mod

Egedal Kommune
(advokat Mikkel Taanum, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 242-392698 af 16. december 2011 udbød indklagede, Egedal Kommune, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) et ESCO-projekt i Egedal Kommune, omfattende analyse, projektering og gennemførelse af energibesparelser mv. på ca. 70.000 m² opvarmet bygningsareal fordelt på 32 ejendomme. Investeringspotentialet var angivet til 50-70 mio. kr.

Som en del af tilbuddet skulle der tages udgangspunkt i 6 konkret udvalgte ejendomme, tillige med en energianalyse med kortlægning af potentiale for energireduktion af resten af de af projektet berørte ejendomme med pris-sætning, herunder med oplysning om entreprisesum, tilbagebetalingstid og en samlet garanteret besparelse for projektet.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 20. januar 2012, havde ni ansøgere anmodet om at blive prækvalificeret.

Egedal Kommune prækvalificerede DONG Energy S&D A/S, Siemens A/S, NCC Construction Danmark A/S, Schneider Electric Buildings Denmark A/S og YIT A/S, der alle afgav tilbud inden for tilbudsfristens udløb den 16. maj 2012.

Indklagede meddelte pr. e-mail af 21. juni 2012 tilbudsgiverne, at Schneider Electric Buildings Denmark A/S havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at indklagede agtede at tildele kontrakten til dette selskab efter udløb af standstill-perioden.

Klagenævnet har den 2. juli 2012 modtaget en klage fra NCC Construction Danmark A/S (klageren) over udbuddet.

Klageren har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Indklagede har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 5, svarskrift med bilag A – X, supplerende klageskrift med bilag 6–9, og supplerende svarskrift af 26. juli 2012.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tage tilbuddet fra Schneider Electric Buildings Denmark A/S i betragtning, uagtet tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at anvende en pointmodel for underkriteriet »totaløkonomi og garanti«, der var i strid med oplysningerne i udbudsmaterialet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2

ved at evaluere tilbuddene i forhold til de kvalitative underkriterier på en måde, der ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 21. juni 2012 om at tildele kontrakten til Schneider Electric Buildings Denmark A/S.

For så vidt angår påstand 1 fremgår det af klagerens anbringender, at følgende forhold efter klagerens vurdering gør Schneider Electric Buildings Denmark A/S' tilbud ikke-konditionsmæssigt:

- tilbuddet indeholder et forbehold
- forbeholdet vedrører den stillede energibesparelsesgaranti
- energibesparelsesgarantien var et ufravigeligt mindstekrav
- der er ikke hverken muligt eller tilladt at kapitalisere forbeholdene
- tilbuddet indregnede energiforanstaltninger, der allerede var udført, og
- tilbuddet forudsatte en urealistisk og udokumenteret lang levetid på en lang række tiltag.

Andre oplysninger i sagen:

Den 9. februar 2012 fremsendte indklagede udbudsbetingelserne pr. e-mail og pr. almindelig post til de prækvalificerede virksomheder. Den 29. marts 2012 fremsendte indklagede reviderede udbudsbetingelser. De nedenfor citerede udbudsbetingelser er de reviderede betingelser.

Udbudsbetingelserne

Under udbuddet har indklagede opdelt ejendommene i to kategorier:

1. Concerto Ejendomme.
2. Øvrige Ejendomme.

I tilbudsfasen var der alene mulighed for at besigtige Concerto Ejendommene, og det var alene Concerto Ejendommene, som tilbudsgiverne skulle angive konkrete og bindende løsninger for. Den samlede tilbudte garanti skulle rumme både Concerto Ejendomme og Øvrige Ejendomme.

Af udbudsbetingelserne fremgår blandt andet:

»...

1.2 Baggrund for udbuddet

...

Projektet omfatter en afgrænset del af Egedal Kommunes bygningsmasse på knap 70.000 m². Der er et forventet investeringspotentiale på ca. 50-70 mio. kr. ved gennemførelse af energibesparelsetiltag med en samlet tilbagebetalingstid på 20 år.

Egedal Kommune ønsker, at tiltagene bidrager til opnåelse af en lavere bygningsenergiramme i de omfattede bygninger. Hermed skal der i tiltagene være fokus på tiltag, der relaterer sig til klimaskærmen og de tekniske installationer. I bygninger, hvor det totaløkonomisk er fornuftigt, kan vedvarende energiløsninger til opvarmning være et supplement til reduktion af bygningens energiramme.

Det er vigtigt for Egedal Kommune, at tiltagene sker under hensyn til totaløkonomi for det samlede projekt, herunder at udvælgelse af tiltag skal ske under hensyn til kommunens efterfølgende drifts- og vedligeholdelseskostninger samt levetid og kvalitet af arbejderne.

...

2 Den udbudte opgave

Egedal Kommune udbyder analyse, projektering og gennemførelse af energibesparelsesprojekter mv. for 32 ejendomme med et samlet opvarmet etageareal på ca. 70.000 m². Egedal kommune har i bilag 2 vedlagt informationer omkring de omfattede ejendomme. Tilbudsgiverne må acceptere op til 10 % afvigelse i de oplyste kvadratmetertal og energiforbrug.

Af disse ejendomme følger seks ejendomme et særligt forløb og benævnes »Concerto Ejendomme«

...

De resterende ejendomme benævnes »Øvrige Ejendomme«. Concerto Ejendommene udgør ca. 19.700 m² opvarmet areal.

...

Udbuddet er opdelt i 3 faser bestående af:

Fase 1: Analysefase: udarbejdelse af energianalyser og beslutningsgrundlag

Fase 2: Entreprisefase: Projektering og udførelse af energieffektiviseringsprojekter på basis af analysefasen i 32 ejendomme, samt

Fase 3: Driftsfase: Opfølgning på opnåelse af energibesparelser samt sikring heraf.

...

2.1 Økonomisk ramme og betingelser

Den økonomiske ramme for de energibesparende tiltag i de omfattede ejendomme er bestemt af den tilbudte garanti for energibesparelser.

Tilbudsgiver skal tilbyde kommunen en minimumsgaranti for henholdsvis Concerto Ejendomme og Øvrige Ejendomme i kWh, som er gældende i den fulde kontraktperiode. Det er muligt for gruppen Øvrige Ejendomme efter fase 1 at tilbyde kommunen en højere garanti.

Garantierne skal gives i kWh pr. år samt omregnes til den økonomiske energibesparelse i kr. pr. år.

...

Der gælder følgende forudsætninger for de to tilbudte garantier:

- Garantien skal beregnes som simpel tilbagebetalingstid på 20 år beregnet udfra den samlede omkostning til gennemførelse af Fase 1, Fase 2 og Fase 3. Der accepteres en tilbagebetalingstiden på op til 20,0 år pr. garanti.
- På tiltagsniveau skal den tekniske levetid være længere end tilbagebetalingstiden.
- Basisår for minimumsgarantien er energiforbruget i 2010 (se bilag 2)
- Opnåede energibesparelser omregnet til kr. skal årligt i hele kontraktperioden være lige så store som angivet i tilbud ved anvendelse af enhedspriserne fra 2011 i bilag 11.
- Ved overpræstation i forhold til den garanterede energibesparelse deles overskuddet ligeligt mellem Egedal Kommune og den vindende tilbudsgiver.
- I tilbuddet skal tilbudsgiver kun oplyse den garanterede energibesparelse, dvs. tilbud med modeller, der anvender både projekterede besparelser og garanterede besparelser accepteres ikke.

...

2.2 Nærmere vedrørende tilbudsanalysen for Concerto Ejendomme

Egedal Kommune har et projekt under EU's Concerto program (...) kaldet Class1. Ejendomme benævnt Concerto indgår i Class 1-projektet

med et krav om at reducere bygningernes energiramme til 95 kWh/m². Bygningerne skal i henhold til Class 1-projektet være færdigrenoverede i efteråret 2013.

....

5 Overordnet tidsplan

Der gælder to særskilte tidsplaner for henholdsvis Concerto ejendomme og Øvrige ejendomme.

5.1. Concerto Ejendomme:

Fase 1 – Concerto påbegyndes i tilbudsforløb. I tilbud afleveres udkast til projektkatalog. De foreslåede tiltag er bindende, men kan udbygges efter kontraktindgåelse, hvis tilbudsgiver ønsker at foretage yderligere analyser. Det endelige projektkatalog skal være godkendt af Egedal Kommune den 01-10-2012.

Fase 2 – Concerto. Tiltag fra tilbuddet, der ikke kræver yderligere analyse, kan påbegyndes umiddelbart efter kontraktindgåelse. Projektering og udførelse af tiltag fra projektkataloget skal være afsluttet og afleveret i henhold til fase 2 aftalen den 01-10-2013

Fase 3 – Concerto løber som udgangspunkt fra den 01-10-2013 til 01-10-2023. Der gælder særlige vilkår for kontraktperiodens længde, hvilket er beskrevet i afsnit 6. Uddannelse og implementering af energirigtig drift kan påbegyndes parallelt med fase 2.

Tilbudsgiver kan ikke tage forbehold for ovenstående tidsplan for Concerto Ejendommene. ...

5.2. Øvrige Ejendomme

Fase 1 – Øvrige. Det endelige projektkatalog skal være godkendt af Egedal Kommune den 01-02-2013.

Fase 2 – Øvrige. Projektering og udførelse af tiltag skal være afsluttet og afleveret i henhold til fase 2 aftalen den 01-10-2014

Fase 3 – Øvrige løber fra den 01-10-2014 til 01-10-2024. Der gælder særlige vilkår for kontraktperiodens længde, hvilket er beskrevet i afsnit 6. Uddannelse og implementering af energirigtig drift kan påbegyndes parallelt med fase 2.

...

7.8 Forbehold

Ordregiver vil efter udbudsreglerne være forpligtet til at afvise tilbud, som indeholder forbehold vedrørende grundlæggende vilkår.

Tilbud, som indeholder andre (ikke grundlæggende) forbehold, kan ordregiver vælge at afvise.

Såfremt ordregiver ikke afviser tilbuddene, skal forbeholdene prissættes.

Hvis forbeholdene ikke kan prissættes, skal ordregiver afvise tilbuddet.

...

8.5 Tildeling

Tilbuddene vil blive vurderet ud fra tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Heri indgår følgende underkriterier med vægtning anført i parentes:

- 1) **Totaløkonomi og garanti (40 %)**
- 2) **Opgaveløsning (30 %)**
- 3) **Organisation og samarbejde (30 %)**

Det skal bemærkes, at garantistillelse af energibesparelser er et ufravigeligt krav, der ikke kan tages forbehold for. Såfremt garantistillelse ikke indgår i tilbuddet, vil tilbuddet ikke blive taget i betragtning.

...

8.1.2. Opgaveløsningen - 30 %

Dette underkriterium har til formål at vurdere de tilbudte opgaveløsninger i forhold til funktionalitet, kvalitet og dokumentation i henhold til den samlede beskrivelse i bilag 1...Helt overordnet lægges der vægt på:

- Kvaliteten af de tilbudte løsninger, herunder driftsvenlighed, garanti på produkter, levetid og kvalitetsstandard.
- I hvilken grad passive tiltag, dvs. forbedring/renovering af klimaskærm inkl. vinduer, efterisolering, forbedret tæthed, udvendig afskærmning af solen mv., er indeholdt i løsningerne.

....

Til at underbygge vurderingen skal tilbudsgiver aflevere et fuldt projektkatalog for Concerto Ejendommene (se beskrivelse i bilag 1). Indholdet i projektkataloget skal svare til den løsning tilbudsgiver tilbyder

Egedal Kommune på Concerto Ejendomme. Projektkataloget for Concerto Ejendommene skal desuden angive kvalitetsniveau og principper for løsninger, der efterfølgende tilbydes på de Øvrige Ejendomme.

...«

Under udbudsproceduren blev der stillet 65 spørgsmål, der alle blev besvaret. Af de offentliggjort spørgsmål og svar fremgår bl.a.

»...

Spørgsmål 27 – Levetidsbestemmelser: Er det korrekt forstået, at den tekniske levetid skal være længere end tilbagebetalingstid? Og hvad menes der specifikt med det?

Svar 27 - Teknisk levetid er det tidsrum, hvor den enkelte bygningskomponent forventes at kunne fungere hensigtsmæssigt og opfylde de brugsmæssige krav.

Spørgsmål 28 – Hvad er omfanget af dokumentation for teknisk levetid?

Svar 28 - Hvis levetider fra V&S prisbøger anvendes behøves ikke dokumentation for den tekniske levetid. Hvis der anvendes andre levetider bør tilbudsgiver vedlægge dokumentation, der redegør for den anvendte levetid fx via produktblade, dokumentation fra producenten, anvendt metode såsom ISO-faktor metoden beskrevet i ISO 15686 eller en beskrivelse.

Det skal anføres, hvis de anvendte komponenter/løsninger kræver vedligehold ud over hvad tilsvarende komponenter og løsninger normalt kræver for at opnå den forlængede tekniske levetid.

...

Spørgsmål 43 – Jf. spørgsmål 1 evalueres der på ét beløb (post 24 i tilbudslisten) under kriteriet Totaløkonomi og garanti. Hvilke konsekvenser har ændringen jf. rettelsesblad 8 haft for evalueringen under kriteriet Totaløkonomi og garanti? Hvilken vægtning er der mellem investering, besparelser og tilbagebetalingstid. De tilbudte tiltag afhænger af denne vægtning.

Svar 43 – Rettelsesblad 8 ændrer ikke på vurderingen i kriteriet Totaløkonomi og garanti. Der vurderes udelukkende på den højeste garanterede energibesparelse omregnet i kroner (post 24 i tilbudslisten)

Spørgsmål 44 – Er det meningen, at vi som entreprenører skal garantere en fast investering på de øvrige ejendomme, som vi ikke har set, og dermed ikke har mulighed for at prissætte eventuelle tiltag?

Svar 44 – Der skal udelukkende gives en garanti på energibesparelser. Se i øvrigt svar 43.

Spørgsmål 45 – Afvigelse i kvadratmeter og energiforbrug på $\pm 10 \%$. Er det meningen, at vi i værste fald skal acceptere en eventuel afvigelse på $+10 \%$ af kvadratmeterne og en eventuel afvigelse på -10% af energiforbruget, hvilket vil give en anseelig ekstra risiko på den garanterede energibesparelse og investering for øvrige ejendomme?

Svar 45 - Som anført i Udbudsbetingelserne, afsnit 2 gælder: »Tilbudsgivere må acceptere" op til 10% afvigelse i de oplyste kvadratmeterantal og energi-forbrug.«

...

Spørgsmål 48 – Vedr. Stengårdsskolen: Det blev oplyst ved besigtigelse, at ventilation i klasserne bliver styret via pir. Det er dog konstateret at kun et fåtal af ventilatorerne er i drift trods aktivitet i klasserne. Det blev uddybet ved spørgemødet, at der ikke tolereres beregninger med stipuleret forbrug. Der opfordres derfor til, at Egedal Kommune udstikker driftsparametre, således at alle tilbudsgivere udfører beregninger med samme forudsætninger. Der forespørges derfor til, drifttid samt ventilationsmængde.

Svar 48 – Tilbudsgiver skal anvende egne observationer og vurderinger på baggrund af besigtigelsen til tilbudsgivningen.

...«

Schneider Electric Buildings Denmark A/S' tilbud

Af Schneider Electric Buildings Denmark A/S' tilbuds-brev fremgår bl.a.:

»...

Minimumsgarantien og tilbuddet i øvrigt er givet i overensstemmelse med udbudsgrundlaget, og er udført på baggrund af de informationer og forudsætninger, som er beskrevet i udbudsmaterialet suppleret med de informationer vi har opnået i forbindelse med vores gennemgang i Concerto Ejendommene.

...«

Af Schneider Electric Buildings Denmark A/S' tilbudsliste fremgår bl.a.:

»...

1 Forbehold

Ingen forbehold. ...«

Af Schneider Electric Buildings A/S' projektkatalog fremgår bl.a.:

»...

2.2 Levetid og rentabilitet

Jf. økonomiske rammer og betingelser beskrevet i udbudsbetingelserne, tillades det ikke at tilbagebetalingstiden overstiger den tekniske levetid for de foreslåede tiltag.

Det er så vidt muligt forsøgt at få leverandører og samarbejdspartnere til at beskrive levetiden af de enkelte produkter og løsninger.

I det omfang dette ikke har været muligt, er bygningsreglementets (BR 10) bilag 6 *Rentable energibesparelser* anvendt

Energibesparende tiltag	År
Efterisolering af bygningsdele	40
Vinduer samt forsatsrammer og koblede rammer	30
Varmeanlæg, radiatorer og gulvvarme	30
Ventilationskanaler	30
Varmeproducerende anlæg mv f.eks. kedler, varmepumper og sol-varme	20
Ventilationsaggregater	20
Belysningsarmaturer	15
Automatik til varme og klimaanlæg	15
Fugetætningsarbejder	10

...

7. Forudsætninger for beregninger

Beregninger i indeværende tilbud er baseret på :

- Oplysninger i udbudsmaterialet
- Digitale bygnings Data (DBD)
- Weblager
- Oplysninger indhentet ved besigtigelse
- Observationer foretaget ved besigtigelse
- Erfaring
- Antagelser

7.1. Driftsparametre

Driftsparametre for bygningerne og de tekniske installationer er en afgørende faktor for beregning af besparelser. Ved tilbudsafgivning har det for SEBDK været en afvejning af oplyste og observerede forudsætninger.

Det er SEBDK's overbevisning at beregningerne for de enkelte tilbudsgivere kan være foretaget med vidt forskelligt forudsætnings-

grundlag. De driftsparametre der observeres ved besigtigelsen er ikke nødvendigvis repræsentativ for den sædvanlige drift af bygningerne hvilket medfører, at observationer leder til u hensigtsmæssige fejlvurderinger af besparelspotentialet. Samtidig stemmer observerede driftsparametre i overvejende få tilfælde overens med oplyste driftsparametre i udbuddet. SEBDK oplevede en række tilfælde under besigtigelsen, der giver anledning til væsentlige uklarheder omkring, hvilke driftsparametrene der bør ligge til grund for beregningerne.

På Stengårdens Byggelegeplads blev det f.eks observeret, at ventilationsanlægget var indstillet til manuel drift. Det vil sige, at automatikken var sat ud af funktion og anlægget kørte konstant. Er en observation som denne udtryk for en permanent situation?

På stengårdsskolen blev det oplyst ved besigtigelsen, at ventilation og belysning i klasserne blev styret via pir. SEBDK konstaterede dog ved selvsyn, at kun et fåtal af ventilatorerne var i drift trods aktivitet i klasserne samt at lyset brændte i tomme klasser. Observationer som denne, gør det både vanskeligt at vurdere driftsparametre, men også på ventilationssiden at generere en besparelse når anlæggene står stille og ikke kører efter hensigten.

SEBDK griber opgaven seriøst og realistisk an. De forudsætninger der er anvendt til beregningerne er derfor fastlagt ud fra en realistisk vurdering af besparelsen. Væsentlige driftsparametre der er anvendt er angivet i bilag 26. I bilaget angives det hvilke oplysninger SEBDK er kommet i besiddelse af fra Egedal Kommune samt hvilke observationer der er gjort ved besigtigelsen.

7.2. Minimumsgaranti

Minimumsgarantien for de øvrige ejendomme der tilbydes Egedal Kommune i indeværende tilbud er beregnet på baggrund af tilgængeligt materiale under udbuddet.

Den samlede garanti for besparelserne stilles under forudsætning af at:

- Concerto-ejendommene er repræsentative for den samlede bygningsmasse
- Afregningsåret 2010 anvendes som baseline for alle ejendomme
- Alle oplysninger i EMO-mærkerne for de øvrige ejendomme er retvisende
- Egedal Kommune ikke har gennemført energibesparende foranstaltninger, som anvist i EMO-mærkerne i de øvrige ejendomme.

...«

På de enkelte Concerto Ejendomme indeholdt tilbuddet angivelse af tiltagene på de enkelte ejendomme med angivelse af bl.a. tilbagebetalingstiden. Heraf fremgår, at der bl.a. er regnet med tilbagebetalingstider for eksempelvis udskiftning af vinduer med op til 63,8 år og for efterisolering af bygningsdele med 54,5 år.

Tilbudsbedømmelserne og tildelingsbeslutningen

Indklagede meddelte pr. e-mail af 21. juni 2012 tilbudsgiverne, at Schneider Electric Buildings Denmark A/S havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at indklagede havde til hensigt at indgå kontrakt med dette selskab efter udløb af standstill-perioden. Bilagt e-mailen var indklagedes evalueringsnotat. Det fremgår heraf bl.a.:

»...

3.2 Evalueringsmodel

Ved vurderingen af de indkomne tilbud blev følgende evalueringsmodel benyttet:

1. Evaluering af Totaløkonomi og garanti

For kriteriet Totaløkonomi og garanti gives der 0 point for en netop acceptabel totaløkonomi og garanti. Kommunen har vurderet, at det "netop acceptable niveau" svarer til de til en garanteret kapitaliseret energibesparelse på 30 mio. kr. over 20 år, svarende til 1,5 mio. kr. om året.

Der gives 100 point for det bedst tænkelige tilbud, som kommunen har vurderet svarer til en garanteret kapitaliseret energibesparelse på 110 mio. kr. over 20 år, svarende til 5,5 mio. kr. om året.

På baggrund af disse beregnes en lineær funktion, som danner grundlag for pointfordelingen imellem disse to yderpunkter.

Der gives kun hele point.

2. Evaluering af øvrige underkriterier

For kriteriet "Opgaveløsningen" og "organisation og samarbejde" gives der 0 point for en acceptabel løsning, der alene opfylder mindstekravene. Der gives 100 point for det bedst tænkelige tilbud, vurderet ud fra kommunens opfattelse af, hvad der udgør markedets bedste standard. Der gives 50 point for et tilbud, som ligger gennemsnitligt i forhold til Egedal Kommunes opfattelse af, hvad der udgør markedets bedste standard.

Der gives kun hele point.

3. Vægtning

Når tilbuddene er tildelt point for hvert af de tre underkriterier, multipliceres pointene med underkriteriets vægtning. Således vil et tilbud, der opnår 90 point for "Opgaveløsning" få 30 vægtede point.

Herefter adderes de opnåede vægtede point. Det tilbud, som opnår det højeste antal vægtede point, er det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

...

4.1.1 Forbehold

4.1.1.1 DONG Energy S&D A/S

Der er anført følgende forbehold i tilbudsgivers tilbud:

»Ved underpræstation afregnes efter forgående års energipriser, forudsat energipriserne ikke er steget mere end forudsagt ved et internationalt anerkendt indeks for energiprisudvikling i maj 2012, dog begrænset til 30 mio. kr. over hele projektperioden. For den del af perioden, som løber udover indeksprognozen, benyttes den gennemsnitlige stigningstakt fra perioden som er dækket af energiprisudviklingsprognosen.«

Det er ikke muligt at foretage en kapitalisering af dette forbehold. Tilbuddet fra DONG Energy S&D A/S afvises derfor som ukonditionsræssigt.

For god ordens skyld, og fordi evalueringen nåede at blive foretaget, er en evaluering af DONG Energy S&D A/S' tilbud indsat i nærværende notat.

4.1.1.2 YIT A/S

Et tiltag med væsentlig længere tilbagebetalingstid end levetiden på anlægget er taget ud af tilbudsgivers tilbud. Tiltaget tages ikke i betragtning i den øvrige vurdering.

4.2 Evaluering af underkriteriet Opgaveløsning

Dette underkriterium har til formål at vurdere de tilbudte opgaveløsninger i forhold til funktionalitet, kvalitet og dokumentation i henhold til den samlede beskrivelse i bilag 1 i udbudsmaterialet (Beskrivelse af opgaven). Der lægges derudover vægt på, i hvilken grad et samarbejde med tilbudsgiver bidrager til innovation i

opgaveløsninger og merværdi for kommunen ud over de stillede minimumskrav til opgaveløsningen beskrevet i bilag 1 til udbudsmaterialet (beskrivelsen af opgaven).

Helt overordnet lægges der vægt på:

- Kvaliteten af de tilbudte løsninger, herunder driftsvenlighed, garanti på produkter, levetid og kvalitetsstandard.
- I hvilken grad passive tiltag, dvs. forbedring/renovering af klimaskærm inkl. vinduer, efterisolering, forbedret tæthed, udvendig afskærmning af solen mv., er indeholdt i løsningerne.
- Effekt af løsninger, herunder co2-reduktion, energiramme og indeklima.
- Arkitektur og æstetik, herunder hvordan tilbudsgiver vil sikre, at løsninger er indtænkt og tilpasset de eksisterende forhold.
- Dokumentation af tiltag i projektkatalog, ved projektering og aflevering samt i drift- & vedligeholdsmaterialer.
- Innovation og merværdi i løsninger og samarbejde.

Hvert tilbud tildeles en karakter mellem 0 og 100 for underkriteriet.

Point tildeles på baggrund af en samlet vurdering af de i udbudsmaterialet opstillede elementer. Der tildeles mellem 0 og 100 point, ud fra følgende skala, jf. afsnit 3.2:

100 point tildeles det bedst mulige tilbud (der ikke behøver at være indkommet).

50 point tildeles det tilbud, der vurderes at modsvare markedets standard.

0 point tildeles til det netop acceptable tilbud

Der kan gives hele point mellem 0 og 100.

...«

Klagerens tilbud fik samlet og vægtet 70 point, svarende til det andet bedste tilbud. På kriteriet Totaløkonomi og garanti fik klageren 34 vægtede point, mens klageren på hver af de to øvrige underkriterier fik 18 vægtede point. Schneider Electric Buildings Denmark A/S fik samlet og vægtet 74 point. På kriteriet Totaløkonomi og garanti fik denne tilbudsgiver 22 vægtede point, mens denne tilbudsgiver på de to øvrige underkriterier fik henholdsvis 26 og 27 vægtede point.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2 i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

»Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i stand-still perioden jf. § 3, stk. 1, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor. «

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*»fumus boni juris«*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærker klagenævnet:

Ad påstand 1 og 4.

En tilbudsgiver, der indsætter forudsætninger i sit tilbud, risikerer, at forudsætningerne bedømmes som forbehold. Det er ikke afgørende, hvorledes tilbudsgiveren har benævnt de forhold, der gøres opmærksom på i tilbuddet. Lægger tilbudsgiveren blot forudsætningerne til grund, uden at gøre ordregiveren opmærksom herpå, påhviler risikoen for forudsætningernes tilstedeværelse tilbudsgiveren selv.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 8.5, at der som et ufravigeligt krav ikke kunne tages forbehold for minimumsgarantien for energibesparel-

ser. Af afsnit 2.1. fremgår, at de energibesparelser, der skulle stilles garanti for, skulle beregnes på grundlag af forudsætningerne opstillet i punkt 2.1..

De forudsætninger, som Schneider Electric Buildings Denmark A/S indsatte i virksomhedens tilbud, var ikke identiske med forudsætningerne i punkt 2.1. Forudsætningerne var med en enkelt undtagelse, jf. nedenfor, heller ikke i øvrigt i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Det fremgår således ikke af udbudsbetingelserne, at Concerto Ejendommene er repræsentative for den samlede bygningsmasse. Derimod fremgår af punkt 8.1.2., at projektkataloget, som tilbudsgiverne skulle indlevere for Concerto Ejendommene, skulle oplyse kvalitetsniveau og principper for løsninger, der efterfølgende skulle tilbydes for Øvrige Ejendomme. Af udbudsbetingelsernes liste over omfattede ejendomme og bygninger fremgår endvidere, at Concerto Ejendommene i det mindste vedrørende anvendelse ikke fuldt ud var repræsentative for Øvrige Ejendomme. Desuagtet har Schneider Electric Buildings Denmark A/S i sit tilbud forudsat, at »Concerto ejendommene er repræsentative«. Det fremgår ikke af tilbuddet, hvad der nærmere menes med denne formulering. Der er således tale om et forbehold.

Efter udbudsbetingelsernes punkt 2.1. gælder som forudsætning for beregningen af energibesparelsen for begge garantier, at »basisår for minimumsgarantien er energiforbruget i 2010«. I Schneider Electric Buildings Denmark A/S' tilbud står, at »afregningsåret 2010 anvendes som baseline for alle ejendomme«. På denne baggrund og efter en foreløbig, samlet vurdering afviger tilbuddet på dette punkt ikke reelt fra udbudsbetingelserne. Udbudsbetingelsernes krav om, at tilbudsgiverne skulle acceptere en afvigelse på +/- 10% fra baseline 2010, fremgik af udbudsbetingelsernes punkt 2 og spørgsmål 45, men ikke specifikt af punkt 2.1. Schneider Electric Buildings Denmark A/S' angivne forudsætning om baseline 2010, kan derfor efter en foreløbig vurdering ikke antages at være et forbehold i relation til udbudsbetingelsernes krav om, at tilbudsgiverne skulle acceptere en afvigelse på +/- 10 %. Der er således ikke tale om et forbehold.

Det fremgår såvel af spørgsmål/svar 47 som af Schneider Electric Buildings Denmark A/S' tilbud, at EMO mærkerne ikke er retvisende. Det fremgår også, at der er gennemført besparelsestiltag i perioden fra EMO mærkernes udarbejdelse, til tilbuddet blev iværksat. Uden en eksplicit bemærkning

herom i udbudsbetingelserne kan det derfor ikke antages, at Schneider Electric Buildings Denmark A/S' forudsætning herom allerede var forudsat i udbudsbetingelserne. Der er således tale om et forbehold.

Forudsætningerne om, at Concerto Ejendommene var repræsentative for den samlede bygningsmasse, om, at EMO mærkerne var retvisende, og om at der ikke var udført besparelsetiltag efter EMO mærkernes udarbejdelse, som Schneider Electric Buildings Denmark A/S indsatte i sit tilbud, kan ikke forstås som en gentagelse, som blot sker med andre ord, af det, som er fastsat i fremgår af udbudsbetingelserne. Der er derimod tale om forbehold, som efter det foreliggende ikke kan prissættes.

På denne baggrund må det antages, at indklagede var forpligtet til at afvise Schneider Electric Buildings Denmark A/S' tilbud.

Der er derfor udsigt til, at klageren vil få medhold i påstand 1 og 4.

Vedrørende betingelse nr. 2 (»uopsættelighed «) bemærker klagenævnet:

Det følger af udbudsbetingelserne, at den vindende tilbudsgiver udover selve kontraktsummen får andel i en eventuel overpræstation i forhold til den garanterede energibesparelse. Det vil derfor være særdeles vanskeligt for klageren at opføre det tab, klageren vil lide, hvis klagenævnet ved den endelige vurdering måtte annullere tildelingsbeslutningen, og klageren kan sandsynliggøre, at klageren ved en korrekt evaluering ville have vundet udbuddet. Herefter er kravet om uopsættelighed ikke til hinder for, at der gives klagen opsættende virkning.

Vedrørende betingelse nr. 3 (»interesseafvejning«) bemærker klagenævnet:

Uanset at indklagede, som følge af deltagelsen i EU's Concerto program Class 1, har en væsentlig interesse i, at udbudsprocessen ikke standses, findes denne interesse ikke, på et tidspunkt, hvor lovliggørelse af processen fortsat er mulig, at kunne opveje klagerens interesse i, at udbuddet standses.

Da betingelserne herefter er opfyldt, tillægger klagenævnet klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges opsættende virkning.

Mette Langborg

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig