

Klagenævnet for Udbud

(Michael Kistrup, Trine H. Garde, Michael Jacobsen)

J.nr.: 2011-0024190

16. december 2011

K E N D E L S E

O. V. Engstrøm A/S

(advokat Steen Jørgensen, Odense)

mod

Sydfyns Elforsyning

(advokat Christian Nielsen, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 198-302721 af 8. oktober 2010 udbød indklagede, Sydfyns Elforsyning, som udbud med forhandling efter direktiv 2004/17/EF (forsyningsvirksomhedsdirektivet) opførelsen af et nyt domicil i Svendborg.

I udbudsbekendtgørelsen var anført, der var »tale om en omvendt licitation i hovedentreprise«. Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige«, således at tildeling ville ske til den tilbudsgiver, som havde flest af de af indklagede prioriterede ydelser med i tilbuddet inden for en sum af 75 mio. kr. I udbudsbekendtgørelsen var det videre bestemt, at kun i den situation, at en tilbudsgiver havde samtlige ydelser med i tilbuddet, måtte tilbudsgiveren fastsætte en lavere pris end 75 mio. kr. Såfremt flere tilbudsgivere måtte have samtlige ydelser med i deres tilbud, ville kontrakten blive tildelt den tilbudsgiver, som havde samtlige ydelser med og samtidig havde den laveste tilbudspris under 75 mio. kr.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 7. december 2010, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 19. januar 2010 havde 6 af de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud, herunder klageren, O. V. Engstrøm

A/S, og M. T. Højgaard A/S. I klagerens tilbud var indeholdt prioriteterne 1-15c.

Ved skrivelse af 7. februar 2011 indkaldte indklagede tilbudsgiverne til at forhandling på den måde, at de virksomheder, der mente sig i stand til at fremkomme med et bedre tilbud end klageren - »Altså flere prioriteter end O. V. Engstrøm« - opfordredes til at afgive et fornyet tilbud.

Efter at tilbudsgivere havde afgivet fornyede tilbud, skrev indklagede således til tilbudsgiverne i en e-mail af 16. februar 2011:

»...

Vi har d. 15. februar modtaget tre nye tilbud som aftalt på forhandlingsmøder mandag d.14. februar 2011

Der er to tilbud som er lige gode (basis+prioritet 1-15.c indenfor loftet på DKK 75 mio. og ingen forbehold)

For at finde en vinder bliver vi nødt til at gennemføre endnu en runde hvor der er mulighed for at forbedre sit tilbud. Det vil ikke ske ved et fysisk møde, men derimod ved at det er muligt at fremsende et nyt tilbud. Nyt tilbud fremsendes pr. mail til undertegnede senest fredag d.18 februar 2011 kl. 10.00.

Vi er opmærksomme på, at det kan være vanskeligt at inkludere hele prioritet 16 i et nyt tilbud, hvorfor vi har valgt at give mulighed for at tilbyde en del af prioritet 16, således at den deles op i følgende delprioriteter (i nævnte rækkefølge):

16a Balkoner/altaner i sydfacade inkl. beklædning med zink

16b Zinkbeklædning på facader mod øst (mod motorvejen)

16c Zinkbeklædning på facader mod vest (mod jernbanen)

Vi afventer herefter, om der er en der tilbyder en del af position 16 eller mere, og vi derefter kan identificere en vinder. Det kan oplyses, at hvis vi ikke modtager forbedrede tilbud, vil vinderen blive fundet ved lodtrækning i overværelse af tilbudsgiverne.«

Den 18. februar 2011 skrev indklagede således til tilbudsgiverne i en e-mail:

»Vi har d. 18. februar modtaget tre nye tilbud

Der er to tilbud som er lige gode (basis +prioritet 1-16.a indenfor loftet på DKK 75 mio. og ingen forbehold)

Det er MT Højgaard A/S og O.V. Engstrøm A/S som vil få nærmere besked i næste uge om det videre tiltag.«

Ved e-mail af 23. februar 2011 blev klageren og M.T. Højgaard A/S indkaldt til lodtrækning hos indklagede den 25. februar 2011. M.T. Højgaard A/S vandt lodtrækningen, og indklagede orienterede ved en skrivelse af 25. februar 2011 tilbudsgiverne herom, og at indklagede havde valgt at tildele kontrakten til M.T. Højgaard A/S.

Den 7. marts 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren indgav ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 6. april 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 28. juni 2011.

Klageren har nedlagt følgende påstande, idet klagenævnet har valgt at om-littrere påstandene:

Påstand 1 (tidligere påstand 2)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 ved at anvende tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, uagtet indklagede var forpligtet til i stedet at gennemføre udbuddet med tildelingskriteriet »laveste pris«, fordi der ikke var fastsat underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Påstand 2 (tidligere påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet ved ikke at handle i overensstemmelse med den på forhånd bekendtgjorte udbudsprocedure.

Påstand 3 (tidligere påstand 4)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet ved at afslutte udbudsproceduren med en lodtrækning.

Påstand 4 (tidligere påstand 5)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigthedsprincippet og ligebehandlingsprincippet ved under forhandlingerne at have afsløret tilbudsgivernes priser for de øvrige tilbudsgivere.

Påstand 5 a (tidligere påstand 6 a)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigthedsprincippet og ligebehandlingsprincippet ved at foretage en uretmæssig kapitalisering af klagerens forbehold.

Påstand 5 b (Subsidiær til 5 a) (tidligere påstand 6 b)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigthedsprincippet og ligebehandlingsprincippet ved at kapitalisere klagerens forbehold efter at have accepteret klagerens tilbud som konditions-mæssigt.

Påstand 6 (tidligere påstand 10)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsreglerne ved at anvende forsyningsvirksomhedsdirektivet uanset, at selskabet ikke har opnået en bevilling i henhold til lov om elforsyning.

Påstand 7 (tidligere påstand 11)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsreglerne ved at anvende udbudsformen »udbud med forhandling« uden at opfylde betingelserne herfor.

Påstand 8 (tidligere påstand 7)

Principal: Klagenævnet skal påbyde indklagede at lovliggøre den afholdte udbudsprocedure.

Subsidiært: Klagenævnet skal annullere den afholdte udbudsprocedure.

Påstand 9 (tidligere påstand 8)

Såfremt Klagenævnet annullerer den afholdte udbudsprocedure, skal klagenævnet pålægge indklagede at yde klager erstatning for de afholdte kontraheringsomkostninger 707.956 kr.

Påstand 10 (tidligere påstand 9)

Såfremt Klagenævnet ikke påbyder indklagede at lovliggøre udbudsproceduren eller ikke annullerer udbuddet, skal klagenævnet pålægge indklagede at yde klageren erstatning på 7.356.030 kr.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 7 og 9 - 10 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

For så vidt angår påstand 8 har indklagede principalt nedlagt påstand om, at klagen afvises, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har ikke på nuværende tidspunkt forholdt sig nærmere til påstand 9 og 10.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 9 og 10.

Sagens nærmere omstændigheder

Det fremgår af klagerens tilbud af 19. januar 2011, at klageren inden for den fastsatte pris af 75 mio. kr. tilbød entreprisen til og med prioritet 15c. Det fremgår videre, at klageren havde taget Dansk Byggeris Standardforbehold af maj 2008. Klageren har i en e-mail af 15. februar 2011 bekræftet, at klageren frafaldt standardforbeholdene.

Under sagen er der afgivet forklaring af direktør hos klageren, Villads Engstrøm, og direktør hos indklagede, Anders J. Banke.

Villads Engstrøm har forklaret bl.a., at han var til stede ved åbningen af tilbuddene hos Rambøll. Ved åbningen blev der givet oplysninger om priserne for prioriteterne. Standardforbeholdet blev ikke drøftet. På baggrund af udbudsresultatet mente han, at klageren havde vundet udbuddet. På mødet den 14. februar drøftedes standardforbeholdet, og der var enighed om at lade forbeholdet glide ud. Efter dette møde regnede han også med, at klageren havde vundet udbuddet. Efter hans opfattelse var konkurrencen overstået i og med, at klageren havde medtaget prioritet 15c, men indklagede udbad sig nye tilbud, og klageren valgte at byde på ny. Der blev ikke mulighed for at afgive nye tilbud efter anden runde. Klageren ville kunne have opfyldt alle krav.

Anders J. Banke har forklaret bl.a., at klagerens forbehold blev oplæst i forbindelse med, at tilbuddene blev åbnet.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« alene kan anvendes, såfremt der samtidig anføres et antal delkriterier. Indklagede har alene vurderet de indkomne tilbud på prisen - dvs. antallet af prioriteter indeholdt i tilbuddet, og indklagede burde derfor have anvendt tildelingskriteriet »laveste pris«. Denne opfattelse støttes endvidere af den omstændighed, at projektet var så fast defineret, at det ikke var muligt for indklagede at definere yderligere delkriterier.

Uanset at der er tale om en omvendt licitation, er der reelt alene konkurreret på prisen. Den anvendte udbudsform medfører de facto en konkurrence om, hvor meget indklagede kunne få for pengene - uden skelen til mere bløde værdier. Det forhold, at der alene er anvendt et delkriterium vedrørende antallet af positioner, medfører de facto, at der er tale om en kvantitetspræget vurdering. Såfremt indklagede havde ønsket en kvalitativ vurdering, havde det været nødvendigt at anvende yderligere delkriterier, som kunne belyse kvaliteten af de indkomne tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at man ikke har anvendt et forkert tildelingskriterium. Der er tale om en såkaldt omvendt licitation, hvor prisen ligger fast på 75 mio. Det giver derfor ikke mening at konkurrere på prisen, men konkurrencen omhandlede, hvor mange arbejder (benævnt positioner) tilbudsgivere ville tilbyde inden for den fastsatte pris. Dette er en kvalitetspræget vurdering, hvorfor tildelingskriteriet rettelig skal være »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Indklagede har fulgt nogle meget klare bemærkninger i forarbejderne til tilbudsloven hvorefter der ikke kan konkurreres på prisen, når denne er fast som det er tilfældet med en omvendt licitation.

Indklagede har på helt umisforståelig vis i udbudsmaterialet på forhånd forklaret, hvordan tilbuddene ville blive vurderet, og ingen af tilbudsgiverne - herunder klageren - synes at have været i tvivl herom. Der har dermed væ-

ret fuld gennemsigtighed, og klageren har afgivet tilbud velvidende, at klageren mente, der var anvendt et forkert tildelingskriterium. Klageren har således i princippet været bekendt med de påståede ulovligheder siden den 12. oktober 2010, og klageren har ikke på noget tidligere tidspunkt gjort dette synspunkt gældende.

Benævnelsen af tildelingskriteriet ikke har haft nogen indflydelse på udbudsprocessen.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke har levet op til kravet om, at forhandlingsforløbet skal følge et på forhånd fastlagt forhandlingsprocedure. Uanset at der ikke er fastlagte og bindende regler for fastlæggelsen af forhandlingsforløbet, er det i overensstemmelse med udbudsrettens principper et minimumskrav, at proceduren respekterer gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet.

På en række punkter har indklagede enten fraveget eller tilføjet nye procedurer i forhold til den oprindeligt offentliggjorte proces. Det følger således af indklagedes skrivelse om indkaldelse til forhandling af 7. februar 2011, at indkaldelse til forhandling var klart betinget af, at de øvrige tilbudsgivere kunne give et tilbud, der var bedre end klagerens. Dette var ikke tilfældet, idet de nye tilbud alene matchede klagerens tilbud. Indklagede valgte – uanset dette – at fortsætte forhandlingen. Da der ikke indkom bedre tilbud, burde indklagede have tildelt kontrakten til klageren.

Klageren har videre gjort gældende, at indklagede i modstrid med oplysningerne i sin e-mail af 16. februar 2011 skred til lodtrækning, uanset at der var indkommet forbedrede tilbud. Indklagede har ved denne procedure fraveget de udstukne retningslinjer for udbuddet.

Klageren har endeligt gjort gældende, at indklagede ved at opsplitte prioritet 16 har ændret væsentligt i det på forhånd offentliggjorte udbudsmateriale. En sådan opsplitning burde have været foretaget, forinden udbudsproceduren blev igangsat.

Såfremt indklagede havde anset det for nødvendigt at kapitalisere klagerens tilbud, burde dette have fremgået af skrivelsen af 7. februar 2011 med resul-

tatet af de første tilbud. Indklagede var allerede på dette tidspunkt bekendt med forbeholdet og kunne uden problemer have inddraget en eventuel kapitalisering heraf.

Indklagede har gjort gældende, at der var tale om et udbud med forhandling, hvorfor indklagede havde pligt til at gennemføre mindst en forhandling med samtlige konditionsmæssige tilbud. Den første forhandlingsrunde medførte, at to tilbud var helt identiske, hvorfor indklagede gennemførte en anden forhandlingsrunde, som resulterede i, at de samme to tilbud blev forbedret på samme måde, hvorved de stadig var identiske. Indklagede valgte derfor at trække lod mellem de to tilbud for derved at finde én vinder. Denne fremgangsmåde blev på forhånd meddelt tilbudsgiverne, så klageren har ikke kunnet være uvidende om, at vinderen ville blive fundet på denne måde. Desuden er fremgangsmåden ens for alle, og det sikres derved, at ingen usaglige hensyn blev inddraget i valg af vinder.

Der er kun krav om en forhandlingsrunde, men desuagtet blev der gennemført to forhandlingsrunder. Både klageren og M. T. Højgaard A/S havde gjort det helt klart, at man ikke kunne forvente yderligere forbedringer af deres tilbud. Det blev derfor vurderet, at en tredje forhandlingsrunde ikke ville medføre nogen ændringer, hvorfor indklagede besluttede at trække lod. Efter meddelelse herom var der ingen af de to tilbudsgivere, der afgav forbedrede tilbud, hvilket blot bekræftede, at der ikke var mulighed for endnu bedre tilbud. Lodtrækning var derfor den eneste mulighed for at finde en vinder. Hverken klager eller den vindende tilbudsgiver gjorde før lodtrækningen indsigelser mod denne fremgangsmåde. Det forhold, at klageren nu gør gældende, at forhandlingerne skulle have fortsat, må anses for efterrationalisering i lyset af, at klageren tabte lodtrækningen.

Indklagede har bestridt, at indklagede ved skrivelsen af 7. februar 2011 har givet tilsagn om – såfremt to tilbudsgivere stod lige – at ville vælge den tilbudsgiver, der havde fremsat tilbuddet først i strid med ligebehandlingsprincippet. I et udbud efter forhandling skal der altid gives tilbudsgiverne mulighed for at forbedre deres tilbud, således at det ikke kan tillægges betydning, hvilket tilbud der i første omgang var det bedste. Det stod klageren frit for at forbedre sit tilbud under forhandlingerne,

Det følger klart af skrivelsen, at der alene er tale om en invitation til forhandling. Hvis en tilbudsgiver ikke anså det for formålstjenligt at deltage

i forhandlingerne, fordi man ikke så sig i stand til at afgive et vindende tilbud, var det selvfølgelig i orden at afstå fra deltagelse. Det er således ikke korrekt, at det var en betingelse for deltagelse i forhandlingerne, at der skulle afgives et tilbud, der var bedre end klagerens første tilbud, men det ville savne mening at deltage, hvis man vidste, at man under alle omstændigheder ikke ville afgive et vindende tilbud.

I øvrigt havde klageren netop ikke afgivet tilbud inkl. prioritet 15c. Klagerens tilbud indeholdt ubestridt et forbehold, og indklagede var derfor forpligtet til at foretage en prissætning heraf. M. T. Højgaard A/S' tilbud efter første forhandlingsrunde var derfor bedre end klagerens. Indklagede har bestridt, at indklagede skulle have været forpligtet til at prissætte forbeholdet inden forhandlingerne og oplyse denne prissætning til de øvrige deltagere.

Det forhold, at prioritet 16 blev opdelt efter første forhandlingsrunde, skyldes alene, at indklagede ønskede at sikre, at der var reel mulighed for, at tilbuddene kunne være forskellige. Opdelingen sikrede, at den tilbudsgiver, der ønskede at tilbyde en del af prioritet 16, fik en chance for at vinde over den tilbudsgiver, der fastholdt kun at ville tilbyde prioritet 15. Den omstændighed, at der var to tilbudsgivere, der valgte at tilbyde en del af prioritet 16, kunne ikke forudses eller forhindres.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke kan anvende lodtrækning til at tildele kontrakten. Lodtrækning kan alene anvendes såfremt kontrakten tildeles efter tildelingskriteriet »laveste pris«. På grundlag af udbudsmaterialet burde indklagede have forudset muligheden for, at to eller flere tilbudsgivere ville indlevere identiske tilbud, og indklagede kunne uden problemer have formuleret udbudsmaterialet således, at en lodtrækning kunne undgås.

Den pludselige afslutning af udbudsproceduren med en lodtrækning stemmer ikke overens med indklagedes udstukne retningslinjer.

Indklagede har gjort gældende, at lodtrækning var den eneste mulige måde at afgøre udbuddet på. Denne mulighed blev fremført allerede den 16. februar 2011.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at, at hensynet til fortroligheden af de indlevere-
rede tilbud er tilsidesat ved i forbindelse med tilbudsåbningen den 19. janu-
ar 2011 at offentliggøre de nærmere detaljer i de modtagne tilbud. Det er en
skærpende omstændighed, at indklagede alene havde identificeret et under-
kriterium, hvilket har gjort det meget nemt for de øvrige tilbudsgivere at
gennemskue klagerens tilbud.

Indklagede kan ved anvendelsen af tilbudsproceduren »udbud med forhand-
ling« - i lighed med de øvrige udbudsformer - først offentliggøre tilbudsgi-
vernes tilbud i forbindelse med afslutningen på udbudsproceduren, og den
fulgte procedure har alene medført, at klagerens tilbud er blevet anvendt til
at presse de øvrige tilbudsgivere til at afgive væsentligt bedre tilbud. Det
ville have været tilladt for indklagede - med henblik på at der kunne frem-
komme forbedrede tilbud - at indikere over for en tilbudsgiver, at vedkom-
mendes tilbud ikke var godt nok, men indklagede må ikke under forhand-
lingerne spille tilbudsgivernes tilbud ud mod hinanden, hvortil kommer, at
den fulgte procedure ikke kan karakteriseres som en forhandling, idet der
ikke har været reelle forhandlinger, men blot en opfordring til at komme
med et bedre tilbud.

Klageren har ikke bestridt, at indklagede er forpligtet til at oplyse tilbuds-
summer mv. i forbindelse med udbuddet, men disse oplysninger skulle først
afgives i forbindelse med afslutningen af udbudsproceduren, hvor alle til-
budsgiverne havde afgivet deres endelige bud. Ved at offentliggøre tilbud-
dene som sket, har indklagede spillet parternes tilbud ud mod hinanden.

Den anvendte procedure medfører, at en tilbudsgiver reelt blot har kunnet
give et tilbud på basisopgaven og herefter afvente indholdet af de øvrige
tilbud, inden tilbudsgiveren tager stilling til, om det kan betale sig at anven-
de de betydelige ressourcer, der ligger i yderligere tilbudsregning. Til-
budsgiverne har således ikke noget incitament til at bestræbe sig på at be-
regne det »rigtige« tilbud, idet de altid vil have mulighed for efterfølgende
at matche det bedste bud.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har været retligt forpligtet til
at oplyse tilbudssummer og forbehold i forbindelse med licitationen. Der er
ikke i forsyningsvirksomhedsdirektivet belæg for at antage, at en ordregiver

er afskåret fra i forbindelse med en forhandling at oplyse tilbudsgiverne om, hvor langt de skal strække sig for at kunne vinde kontrakten. Såfremt dette er tilfældet, udgør tilbudslovens § 7, jf. § 1, stk. 3, et traktatbrud.

Indklagede sørgede for under forhandlingerne kun at give oplysninger, som indklagede var forpligtet til efter de nævnte regler. Indklagede gav således ikke yderligere oplysninger, som kunne bruges til at påvirke tilbudsgivernes nye tilbud. Der har derfor på ingen måde været tale om, at tilbudsgiverne blev spillet ud mod hinanden, men den gennemsigtighed, som er resultat af tilbudslovens § 7, har indklagedes selvsagt ikke kunnet undgå. Det har derfor stået klart for tilbudsgiverne, hvilket tilbud der inden forhandlingerne var det bedste, men da alle tilbudsgivere, herunder det der inden forhandlingerne var det bedste, kunne forbedre deres tilbud, har ingen tilbudsgiver kunnet vide eller forudse, hvilket tilbud der var det bedste efter forhandlingerne. Dette understreges i øvrigt også af faktum i sagen, da det jo netop viste sig, at tilbudsgiverne alle forbedrede deres tilbud, men således, at to tilbud var ens.

Der er ikke i tilbudslovens § 7 hjemmel til at udsætte oplæsningen af tilbudssummer til det endelige tilbud. Baggrunden for bestemmelsen er blandt andet, at tilbudsgiverne skal have mulighed for at sikre sig, at de øvrige tilbudsgivere har afgivet konditionsmæssige tilbud ved at være til stede, når det første tilbud åbnes. En ordregiver kan derfor ikke åbne tilbuddene alene og først give tilbudsgiverne mulighed for at overvære åbningen efter gennemførelse af en eller flere forhandlingsrunder. Det af klageren anførte er derfor i direkte modstrid med ordlyden og formålet med tilbudslovens § 7.

I øvrigt er tilbudsgiverne i ethvert udbud med forhandling berettiget til at afgive et dårligt tilbud i første runde, hvorefter dette kan forbedres i forbindelse med forhandlingerne. Der er derfor ingen sammenhæng med tilbudslovens § 7, da der altid i udbud med forhandling er mulighed for af taktiske grunde at starte med et dårligt tilbud, for så senere under forhandlingerne at forbedre sit tilbud. Tilbudsloven har da ikke noget med udbud at gøre.

Indklagede har kombineret tilbudslovens krav om åbenhed ved det første tilbud med forsyningsvirksomhedsdirektivets krav om gennemførelse af forhandlinger, fordi indklagede under de efterfølgende forhandlinger ikke oplyste, hvad de øvrige tilbudsgivere havde tilbudt under forhandlingerne, hvorfor ingen kunne vide, hvad de skulle tilbyde for at afgive det vindende

tilbud. Dermed har indklagede gennemført en forhandling uden at bruge det bedste tilbud som løftestang, men samtidig overholdt tilbudsloven krav om åbenhed.

Afslutningsvis har indklagede gjort gældende, at klagerens forståelse af tilbudslovens § 7 ikke giver mening. En ordregiver kan i en forhandling ikke vide, hvilket tilbud der er det endelige tilbud, idet dette afhænger af tilbuddenes indhold, herunder om de – som i denne sag – tilfældigvis er identiske. Samtidigt kan en ordregiver ikke afvente den offentlige åbning, til der er fundet en endelig vinder, idet man så vil handle direkte i modstrid med ordlyden af tilbudslovens § 7, da der jo netop i et sådant tilfælde ikke vil være tale om en åbning, men derimod en genåbning.

Ad påstand 5 a

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke har været berettiget til at foretage en kapitalisering af klagerens forbehold vedrørende Dansk Byggeris Standardforbehold. En kapitalisering forudsætter, at forbeholdet indeholder et eller flere momenter, der kan retfærdiggøre en sådan kapitalisering, og Byggeriets Standardforbehold indeholder ikke sådanne momenter.

Det eneste forhold i standardforbeholdet, der muligvis kunne retfærdiggøre kapitaliseringen, er punkt 3 om sikkerhedsstillelse, men da der er tale om en offentlig kontrakt og en offentlig bygherre, er der ikke krav om sikkerhedsstillelse, hvorfor det gøres gældende, at kapitaliseringen er foretaget med urette.

Indklagede har gjort gældende, at det følger af helt fast praksis fra Klagenævnet for Udbud, at en ordregiver, der antager et tilbud med forbehold, er forpligtet til at prissætte forbehold, der ikke vedrører grundlæggende elementer. Klageren havde taget forbehold om Dansk Byggeris Standardforbehold. Af byggesagsbeskrivelsens punkt 2.2, fremgik det, at bygherren ikke stiller sikkerhed, jf. AB 92 § 7. Af standardforbeholdet taget af klager fremgår det af punkt. 3, at det forudsættes, at bygherren stiller denne sikkerhed. Dette udgør utvivlsomt et forbehold, idet bygherren dermed skulle stille sikkerhed, der afveg fra det i udbudsmaterialet anførte. Det var imidlertid muligt at foretage en prissætning af dette forbehold, da bygherrens ekstra udgift svarede til omkostningerne ved at stille sikkerhed.

Det er i øvrigt klagerens risiko, hvis klagerens tilbud er uklart, og det tilkommer ordregiver at skønne over den økonomiske værdi af et forbehold. Hertil kommer, at det har formodningen imod sig, at en tilbudsgiver tager et fuldstændigt indholdsløst forbehold.

Indklagede er et aktieselskab og derfor ikke en »offentlig bygherre« som omtalt i de pågældende standardforbehold.

Ad påstand 5 b (subsidiær til påstand 5 a)

Klageren har, såfremt klagenævnet måtte finde, at kapitaliseringen af klagers forbehold har været berettiget, gjort gældende, at, kapitaliseringen først er sket efter, at indklagede havde oplyst, at 5 af de 6 oprindeligt modtagne tilbud blev betragtet som konditionsmæssige. Indklagede er bundet af sin første tilkendegivelse og kan derfor ikke efterfølgende ændre mening.

Indklagede har gjort gældende, at det forhold, et klagerens tilbud anses for konditionsmæssigst, ikke er ensbetydende med, at indklagede ikke vil foretage prissætning af klagerens forbehold. Tværtimod er en prissætningen af forbeholdet en forudsætning for at anse klagerens tilbud for konditionsmæssigt.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke har opnået en bevilling i henhold til elforsyningsloven, og derfor ikke kan betragtes som en ordregivende myndighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets forstand. Bevillingen i henhold til elforsyningsloven er derimod tillagt SEF Net A/S, som er et datterselskab til indklagede. Den koncernretlige struktur medfører ikke, at også indklagede kan anvende forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Indklagede har anført, at det er et datterselskab til indklagede, der besidder den relevante bevilling i medfør af elforsyningsloven. Hvis ikke indklagede anses for at være omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, gælder der ingen krav til indklagedes indkøb, fordi indklagede ikke er et offentligretligt organ og derfor ikke er omfattet af udbudsdirektivet. I så fald vil Klagenævnet for Udbud ikke have kompetence til at vurdere klagen.

Udbuddet var omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivets regler, fordi også datterselskabet SEF Net A/S skal anvende det nye hovedkontor. Det vil derfor kunne anses for en omgåelse af udbudsreglerne, såfremt indklagede indgik kontrakten uden udbud.

Såfremt indklagede – som klageren dermed reelt gør gældende – frivilligt har valgt at benytte sig af udbudsreglerne, er der naturligvis også mulighed for frit at vælge mellem de to sæt regler. Særligt i en situation som den foreliggende, hvor indklagede er et elforsyningselskab, og hvor man frygtede at blive mødt med kritik for omgåelse af forsyningsvirksomhedsdirektivets regler, har det været naturligt at anvende forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at den udbudte entreprise ikke opfylder betingelserne for at anvende udbudsformen »udbud med forhandling«. Indklagede er ikke en ordregivende myndighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets forstand, hvorfor indklagede skal opfylde betingelserne i udbudsdirektivets art. 30. Klageren har hertil gjort gældende, at den udbudte entreprise ikke kan henføres til de tilfælde, der er anført i udbudsdirektivets art. 30, litra a-d, forsyningsvirksomhedsdirektivet, og at anvendelsen af udbudsformen udbud med forhandling derfor er anvendt i strid med udbudsreglerne.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens påstand hviler på den vildfarelse, at indklagede er et offentligretligt organ i medfør af udbudsdirektivet.

Ad påstand 8

Klageren har til støtte for den principale påstand gjort gældende, at tilbudsproceduren er behæftet med en række fejl, som imidlertid kan lovliggøres uden væsentlige ulemper. En lovliggørelse af udbudsproceduren vil således medføre at kontrakten bliver tildelt til den rigtige tilbudsgiver.

Såfremt klagenævnet ikke finder, at de foretagne fejl i udbudsproceduren ikke vil kunne afhjælpes via en lovliggørelse af udbudsproceduren, har klageren til støtte for den subsidiære påstand gjort gældende, at den naturlige følge af fejlen derfor er en annullering af udbuddet, eventuelt efterfulgt af et nyt udbud.

Klageren har ikke bestridt, at indklagede ikke har kontraheringspligt, men en beslutning om ikke at indgå kontrakt kræver en saglig begrundelse.

Indklagede har gjort gældende, at en ordregiver ikke i medfør af udbudsreglerne har kontraheringspligt, og en ordregiver kan således vælge ikke at indgå kontrakt.

Det gøres i relation til den subsidiære påstand gældende, at selv hvis klageren måtte få medhold i en eller flere af de nedlagte påstande, er der ikke tale om forhold af en sådan grovhed, at det berettiger til annullation af udbudsproceduren.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Ved den af indklagede anvendte fremgangsmåde, er det afgørende for bedømmelsen af de modtagne tilbud, hvor stor en del af indklagedes ønsker (prioriteter) der kunne opfyldes inden for den angivne beløbsmæssige ramme på 75 mio. kr. Den tilbudsgiver, der kan opfylde flest prioriteter, må anses for »det økonomisk mest fordelagtige« for indklagede.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Indklagede indkaldte ved sin skrivelse af 7. februar 2011 de tilbudsgivere, der »mener sig i stand til at fremkomme med bedre tilbud« end klagerens, »altså flere prioriteter«, til at afgive fornyet tilbud.

Indklagede har ikke med de i skrivelsen anvendte udtryk forpligtet sig til at indgå kontrakt med klageren, såfremt andre tilbud blot svarede til klagerens, eller udelukket tilbudsgivere. Udtrykkene udelukker heller ikke, at indklagede – som sket – kunne anmode om yderligere tilbud i tilfælde af flere ens tilbud.

Opdelingen af prioritet 16 i underprioriteter øgede mulighederne for konkurrence på prioriteter efter prioritet 16. Opdelingen blev meddelt

tilbudsgiverne forud for indhentelsen af de fornyede tilbud og er ikke i strid med gennemsigtigheds- eller ligebehandlingsprincippet.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Det fremgår af indklagedes e-mail af 16. februar 2011, at indklagede i tilfælde, hvor man måtte modtage flere tilbud med nøjagtig samme positioner inden for beløbsrammen, ville benytte lodtrækning. Anvendelsen af denne funktionalitet var således oplyst på forhånd og gjaldt for alle tilbudsgivere. Det kan lægges til grund, at selve lodtrækningsfunktionaliteten er fuldstændig vilkårlig. Der er således ikke grundlag for at antage, at lodtrækningen er sket i strid med ligebehandlings- eller gennemsigtighedsprincippet.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Således som indklagede har tilrettelagt og gennemført udbuddet, har indklagede ikke tilsidesat gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 5 a og 5 b

Klageren havde i sit tilbud under »Evt. forbehold« anført »Dansk Byggeris Standardforbehold af maj 2008«. Indklagede var således både berettiget og forpligtet til at kapitalisere forbeholdet.

Den omstændighed, at indklagede i sin skrivelse af 7. februar 2011 med urette fandt, at klageren inden for den økonomiske ramme på 75 mio. kr. kunne levere til og med prioriteterne 15c, er ikke til hinder for, at indklagede har kapitaliseret forbeholdet, som sket. I modsat fald ville indklagede i strid med ligebehandlingsprincippet have bedømt klagerens tilbud gunstigere end de øvrige tilbudsgiveres.

Påstandene tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 6-7

Det domicil, hvis opførelse blev udbudt ved udbudsbekendtgørelsen af 8. oktober 2010, skal foruden indklagede huse indklagedes datterselskab SEF Net A/S, der besidder den relevante bevilling i medfør af elforsyningsloven.

Herefter og i øvrigt af de af indklagede anførte grunde, tiltræder klagenævnet, at sagen med rette er behandlet efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Påstandene tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 8

Som følge af det anførte er der ikke anledning til at tage stilling til påstanden.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig