

Klagen er efter delafgørelsen tilbagekaldt, således at delafgørelsen er
klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Siemens A/S
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

mod

Ringsted Kommune
(advokat Thomas Thorup Larsen, København)

Klagenævnet har den 10. marts 2017 modtaget en klage fra Siemens A/S.

Siemens A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende
virkning.

Ringsted Kommune har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende
virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det
foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 9, ef-
terfølgende bilag 10-11, svarskrift med bilag A - C samt supplerende pro-
cesskrift om opsættende virkning og duplik med bilag D.

Klagens indhold:

Klagen indeholder følgende påstande:

”Påstand 1(revideret)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have tildelt Kemp & Lauritzen A/S kontrakten, uagtet at Kemp & Lauritzen A/S' tilbud indeholder et forbehold for den af Indklagede krævede sikkerhedsstillelse, i) da den krævede sikkerhedsstillelse udgør et grundlæggende element, ii) da Indklagede eksplicit i udbudsbetingelserne har angivet, at Indklagede vil se bort fra tilbud med forbehold for den tilbudte økonomi, og/eller iii) da Indklagede ikke med den fornødne grad af sikkerhed har kunnet prissætte forbeholdet.

Påstand 2 (subsidiær til påstand 1) (ny)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have tillagt Kemp & Lauritzen A/S' forbehold for den i kontraktudkastet på side 25 krævede sikkerhedsstillelse betydning ved evalueringen af underkriteriet ”Kontraktvilkår”.

Påstand 3 (subsidiær til påstand 1) (revideret)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have prissat Kemp & Lauritzen A/S' forbehold for den af Indklagede krævede sikkerhedsstillelse.

Påstand 4 (ny)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at evaluere Kemp & Lauritzen A/S' og Klagers respektive forbehold vedrørende driftsgarantien under det samme underkriterium, uanset at begge forbehold utvivlsomt vedrørte nøjagtig samme forhold.

Påstand 5 (tidligere påstand 3)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have tildelt Klagers tilbud 0 point for så vidt angår underkriteriet ”Kontraktvilkår”, idet denne pointtildeling er baseret på en relativ tilbudsevaluering, som **i)** er i strid med den evalueringsme-

tode, som er angivet i udbudsbetingelserne, og/eller som **ii)** ikke konkret har afspejlet såvel små som store forskelle mellem de afgivne tilbud, hvorfor tilbudsevalueringen konkret har været uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 6 (tidligere påstand 4)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, og lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 2, idet Indklagedes underretning om tildelingen af kontrakt ikke indeholdt en tilstrækkelig begrundelse, da underretningen ikke angav det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til Klagers tilbud.

Påstand 7 (tidligere påstand 5)

Klagenævnet for Udbud skal annullere Indklagedes beslutning om at tildele Kemp & Lauritzen A/S kontrakten, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.”

For det tilfælde, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, har Siemens A/S anmodet om, at klagenævnet i sin endelige kendelse afgiver en ikke-bindende foreløbig udtalelse om, hvorvidt der foreligger særlige forhold, der tilsiger, at en kontrakt, der måtte være indgået, videreføres, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 14 a sammenholdt med udbudslovens § 185, stk. 2.

Ringsted Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, og at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse 2016/S 186-333484 af 22. september 2016 iværksatte Ringsted Kommune udbud med forhandling efter udbudslovens §§ 61-66 vedrørende en kontrakt ”ESCO - Energi og udviklingsprojekt”. Kontrakten angik gennemførelse af energibesparende tiltag på en række bygninger i Ringsted Kommune i en bygningsportefølje på ca. 155.000 m².

Projektet var opdelt i Fase 1 omfattende energianalyse og projektforslag for udførelse af energibesparende foranstaltninger, Fase 2 omfattende projektering og udførelse af energibesparende foranstaltninger og Fase 3, som er en

drifts- og opfølgningsfase. Fase 2 og Fase 3 var i udbudsbetingelserne beskrevet som ”to selvstændige optioner” for Ringsted Kommune (Bilag 3 Kontraktudkast, Indledning).

Af udbudsmaterialets Bilag 1 Program og kravspecifikation fremgik, at tilbuddene ville blive evalueret ud fra en ”tilbagebetalingstid” på 25 år.

Den drift mv., der er en del af Fase 3, omfatter efter det foreliggende drift i en periode på 25 år, der samtidig er projektets tilbagebetalingstid.

Af Udbudsbetingelsernes punkt 3 Beskrivelse af projektet fremgår, at Fase 3 indeholder opfølgning på bl.a. ”præstationsopfølgning samt energibesparelsesgaranti”.

Det fremgår videre, at kommunen ønskede yderligere to scenarier belyst ved projektforslag fra tilbudsgiverne: Scenarie 1 med en tilbagebetalingstid på maksimalt 20 år og Scenarie 2 med en tilbagebetalingstid på maksimalt 30 år.

Efter forhandlinger afgav tilbudsgiverne deres endelige tilbud, idet tilbudsfristen var fastsat til den 31. januar 2017 kl. 10:00.

Kommunen underrettede den 20. februar 2017 om sin tildelingsbeslutning og om, at standstill-perioden udløb den 2. marts 2017. Kommunen forlængede efterfølgende standstill-perioden, således at denne udløb den 10. marts 2017.

I Udbudsbetingelserne var bl.a. fastsat følgende:

”5.1 Tildelingskriterium

Med henblik på at tildele kontrakten, vil Ordregiver identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet: Bedste forhold mellem pris og kvalitet.

5.2 Underkriterier

Vurderingen af bedste forhold mellem pris og kvalitet vil ske på baggrund af følgende underkriterier:

Underkriterie	Vægtning
Organisation og CV	20 %
Procesforløb	20 %

Økonomi	30 %
Effekt på bygningsmassen	20 %
Kontraktvilkår	10 %

Nedenfor gennemgås hvert underkriteries delkriterier, evalueringsgrundlag og evalueringsmetode.

...

Økonomi

Delkriterier

Underkriteriet Økonomi omfatter følgende delkriterier:

Delkriterie	Vægtning	Henvisning til krav i Bilag 1
Energianalyse af det samlede ESCO-projekt i fase 1	10 %	C.1
Optionspriser fase 2 og 3	10 %	C.2
Cash-flow analyse og betalingsplan for alle tre faser	10 %	C.3
Tilbagebetalingstid	10 %	C.4
Energibesparelse	10 %	C.5
Fremtidige udgifter til drift og vedligehold	10 %	C.6
Relaterede udgifter	10 %	C.7
Driftsgaranti	10 %	C.8
Optionspriser på serviceaftaler og lovpligtige hensyn	10 %	C.9
Optionspriser på energimærker og CO2 målinger	5 %	C.10
Option på leverandørfinansiering	5 %	C.11

Evalueringsgrundlag

Evalueringen af underkriteriet Økonomi og tilhørende delkriterier vil blive foretaget på grundlag af tilbudsgivers besvarelse af bilag 2 Tilbudsskabelon afsnit 4 – Økonomi.

Ved evaluering af svarene vil Ordregiver lægge vægt på i hvilket omfang Tilbudsgiver efterkommer Ordregivers specifikationer jf. bilag 1, afsnit 5.5.1.

Evalueringsmetode

Hvert delkriterie evalueres separat på baggrund af ovenstående evalueringsgrundlag. På baggrund af evalueringen tildeles Tilbudsgiver en

score for hvert delkriterie. Der bliver anvendt en score fra 0-10 hvor 10 er bedst.

- For delkriterierne C.1, C.2, C.7, C.9 og C.10 gennemføres evalueringen af som følger:
Laveste pris tildeles scoren 10. Priser der er 90 % højere end laveste pris tildeles scoren 0. Øvrige tilbud tildeles point mellem disse to yderpunkter gennem lineær interpolation.

...

- Delkriterie C.8 evalueres således, at tilbud der stiller ubetinget garanti tildeles scoren 10. Tilbud med forbehold i garantien tildeles scoren 0.

...

Scoren fra delkriterierne vægtes og samles til en samlet score for underkriteriet.

...

Kontraktvilkår

Delkriterier

Underkriteriet Kontraktvilkår omfatter ingen delkriterier.

Evalueringsgrundlag

Evalueringen af underkriteriet Kontraktvilkår vil blive foretaget på grundlag af tilbudsgivers besvarelse af bilag 2 Tilbudsskabelon afsnit 6 - Kontraktvilkår.

Ved evaluering af svarene vil Ordregiver lægge vægt på omfang og indhold af de forbehold, som Tilbudsgiver har til den vedlagte kontrakt, jf. bilag 3. Der vil blive foretaget en samlet vurdering af dette underkriterium hvor særlig ansvarsfordeling og økonomisk risiko vil have betydning.

Evalueringsmetode

Underkriteriet evalueres således, at tilbud uden forbehold tildeles scoren 10. Øvrige tilbud tildeles point efter hvor stor en risiko forbeholdet placerer på Ordregiver. Tilbud med størst risiko for Ordregiver tildeles scoren 0.”

I Udbudsbetingelsernes afsnit 6.9 var fastsat følgende:

”Tilbudsgiver er ikke berettiget til at tage væsentlige forbehold vedrørende grundlæggende elementer i det samlede udbudsmateriale. Forbeholdenes væsentlighed vurderes af ordregiver.

Ordregiver er forpligtet til at se bort fra tilbud, der indeholder væsentlige forbehold for grundlæggende elementer. Disse tilbud betragtes som ukonditionsmæssige. Forbehold vedrørende den afgivne pris, fastsatte tidsfrister, tidsplaner m.v. betragtes altid som væsentlige.

Eventuelle forbehold, som ikke vedrører grundlæggende elementer i det samlede udbudsmateriale, vil blive prissat af ordregiver og denne pris lagt til tilbudsgivers tilbudspris. Ordregiver har dog også ret til i stedet ikke at tage disse tilbud i betragtning.

Tilbudsgiver kan tage forbehold over for dele af kontrakten (bilag 3). Disse forbehold vil blive medtaget i vurderingen af tilbudsgivers tilbud jf. afsnit 5.2 Underkriterier – kontraktvilkår.

Eventuelle forbehold skal tydeligt angives.”

I Bilag 1 Program og Kravspecifikation var fastsat følgende:

”...

5.5.1 Økonomi (krav og ønsker)

...

Den garanterede energibesparelse **skal** tilbydes opgjort i kWh og omregnes i kr. ved en elpris på 1,67 kr. ex. Moms pr. kWh og en varmepris på 362,00 kr. ex. Moms pr. MWh på de udvalgte bygninger. Den garanterede energibesparelse skal være gældende for de udvalgte bygninger i hele kontraktperioden.

Tilbudsgiver **skal** endvidere oplyse den forventede energibesparelse på hele bygningsmassen, idet ESCO-leverandøren først ved afslutningen af fase 1 vil blive afkrævet en garanteret energibesparelse for den resterende del af bygningsmassen og dermed en samlet garanteret energibesparelse for det samlede ESCO-projekt.

...

Ringsted Kommune forventer, at ESCO-leverandøren som et minimum kan garantere en energibesparelse på 18%.

...

C.5

Tilbudsgiver bedes i bilag 2 tilbyde den beregnede og garanterende energibesparelse for de udvalgte bygninger målt i kWh og omregnet til kr. ved en el-pris på 1,67 kr. ex. Moms pr. kWh og en varmepris på 362,00 kr. ex. Moms pr. MWh. Tilbudsgiver bedes i bilag 2 redegøre for den forventede samlede energibesparelse på det samlede ESCO-projekt."

...

C.8

Tilbudsgiver bedes i bilag 2 redegøre for konditionerne for den driftsgaranti, som ESCO-leverandøren skal stille. Der skal som minimum redegøres for

- Sikkerheden bag garantien
- Betingelser for udbetaling i henhold til garantien.

...

6.2.2 Udførelsesfasen

...

Beregning af den garanterede energibesparelse finder sted på følgende vis:

- Der foretages af ESCO-leverandøren aflæsning af samtlige energimålere ved idriftsætning af energianlægget i fase 2 og ved afslutning af et kalenderår.
- Det aflæste samlede forbrug, korrigeret med graddage og de øvrige faktorer i beregnings-modellen, giver det reelle energiforbrug i det pågældende kalenderår/- driftsår.
- Det reelle forbrug sammenholdes med referenceårets samlede forbrug og besparelsen sammenholdes med den garanterede energibesparelse.”

I Supplement til bilag 2, Tilbudsskabelon var endvidere fastsat:

”...

Tilbudsskabelon - Økonomi

Nærværende skabelon er et supplement til Bilag 2, Tilbudsskabelon. Denne tilbudsskabelon skal udfyldes sammenholdt med Tilbudsgivers besvarelse af Bilag 1, Program og kravspecifikation, afsnit 5.5.1 samt Bilag 2, Tilbudsskabelonen, afsnit 4.

De i skabelonen angivne forklaringer er uddrag af de i Bilag 1 angivne krav. For fyldestgørende besvarelse af kravene, skal tilbudsgiver således forholde sig til kravenes fulde ordlyd i Bilag 1 samt angive de nødvendige oplysninger og svar i Bilag 2.

I nærværende skabelon skal tilbudsgiver udfylde de blåmarkeret felter med de i den tilstødende forklaring efterspurgte

tal. For hver krav kan Tilbudsgiver ligeledes læse, hvorledes det enkelte krav evalueres. Den angivne evalueringsmetode er uddrag af Udbudsbetingelsernes afsnit 5.2.

...

Driftsgaranti	Krav C.8		Den tilbudte driftsgaranti evalueres således, at tilbud der stiller ubetinget garanti tildeles scoren 10. Tilbud med forbehold i garantien tildeles scoren 0.
Krav C.8	Krav C.8 vedrører driftsgaranti. Tilbudsgiver skal ikke udfylde svar vedrørende dette delkriterie i nærværende bilag.		

”

I Bilag 2 Tilbudsskabelon var endvidere fastsat følgende:

”Driftsgaranti (C.8)

Tilbudsgiver bedes herunder redegøre for konditionerne for driftsgaranti jf. krav C.8 i Bilag 1.

...

6. Kontraktvilkår

Tilbudsgivers besvarelse af følgende afsnit danner grundlag for evalueringen af underkriteriet Kontraktvilkår.

Tilbudsgiver skal i nedenstående forbeholdsliste angive tilbudsgivers forbehold overfor elementer i Bilag 3 Kontraktudkast.

... ”

I Bilag 3 Kontraktudkast punkt 4 Definitioner var fastsat følgende:

” ...

Energibesparelsesgaranti”: Leverandørens garanti for opnåelse af en given energibesparelse.

Garantien træder i kraft ved færdiggørelse af Fase 2 og ophører ved kontraktens ophør.

”År 5”: Det tidspunkt hvor ESCO-leverandøren i 5 på hinanden følgende år har dokumenteret, at den garanterede energibesparelse er opfyldt jf. Fase 2 kontraktens punkt 9.

...”

I samme bilag, punkt 5 Leverandørens ydelser i fase 1 og punkt 7 Garanteret energibesparelse i fase 1 var fastsat:

”...

Fase 1 omfatter udførelse af energianalyse, udarbejdelse af en energianalyserapport indeholdende bl.a. specifikke projektforslag for udførelse af energibesparende foranstaltninger mv., en garanti for energibesparelserne herved jf. punkt 7 samt forslag til detail-tidsplan for Fase 2.

Leverandøren udarbejder i den forbindelse forslag til detaljeret opgørelse af baseline for energiforbrug, samt detaljeret metode for regulering af baseline og besparelsesgaranti ved væsentlige ændringer i forudsætningerne herfor (f.eks. energipriser, antal brugere, anvendelse, ændringer af specifikke projekter). Regulering foretages årligt når fornødent, og alene for ændringer der har en væsentlig netto-påvirkning virkning af det samlede energiforbrug.

...

Pkt. 7 Garanteret energibesparelse

ESCO-leverandøren skal opgøre den garanterede energibesparelse i kWh.

Ved opgørelsen skal den garanterede energibesparelse tilbudt på baggrund af businesscasen i tilbudsfasen gældende for de 7 bygninger fastholdes i hele kontraktperioden.”

Om kontraktens (og optionernes) tidsmæssige udstrækning var i samme bilag fastsat følgende:

”...

Gør Udbyder brug af optionen på Fase 3 ophører kontrakten i Fase 3 den [datoen for tilbagebetalingsperiodens udløb], med mindre Udbyder forinden opsiger kontrakten i Fase 3.”

I samme bilag var under overskriften Option Fase 2 fastsat:

”9. Sikkerhedsstillelse

Senest 15 kalenderdage efter Udbyders udnyttelse af optionen på gennemførelse af Fase 2 stiller Leverandøren til sikkerhed for mangelfri

gennemførelse af de specifikke projekter samt for opnåelse af den garanterede energibesparelse en sikkerhed på 15 % af Entreprisesummen.

Sikkerhedsstillelse henstår indtil ESCO-leverandøren i 3 på hinanden følgende år har dokumenteret, at den garanterede energibesparelse er opfyldt, dog således at Udbyder har ret til mod betaling at kræve sikkerhedsstillelsen forlænget indtil udløbet af kontraktperioden.”

I samme bilag var under overskriften Option Fase 3 Kontrakt fastsat:

” ...

2.2 Energibesparelsesgaranti

Leverandørens garanti for realiseret energibesparelse jf. leverandørens tilbud samt energianalyserapport jf. ESCO-kontraktens punkt 5 træder i kraft den [dato] og gælder alle specifikke projekter, dog ikke specifikke projekter for hvilke Leverandøren har fået forlænget fristen i medfør af ovenfor. Energibesparelsesgarantien gælder for alle disse specifikke projekter fra det tidspunkt hvor fristforlængelsen i medfør af de ovenstående regler udløber. Energibesparelsesgarantien løber indtil kontraktens ophør.

...

Såfremt det i løbet af et driftsår konstateres, at den realiserede energibesparelse er mindre end den garanterede energibesparelse, afkræves Leverandøren en bod svarende til afvigelsen. Bodden betales kontant på anfordring, efter evt. modregning i Leverandørens forfaldne honorar.

Opnås den garanterede energibesparelse ikke i et driftsår, skal Leverandøren i løbet af 14 dage fra det konstaterede tidspunkt fremkomme med investerings- og tidsplansforslag til Udbyders godkendelse, således at den garanterede årlige energibesparelse kan opnås og efterfølgende dokumenteres. Når de fremsatte forslag er godkendt af Udbyder skal Leverandøren iværksætte gennemførelsen af forslagene. Leverandørens forøgede anlægsudgifter / ekstrainvesteringer i den forbindelse er Udbyder uvedkommende.”

Siemens A/S’ tilbud indholdt under punkt 6 Kontraktvilkår følgende forslag til ændring af definitionen af ”År 5”:

””År 5”: Det tidspunkt, hvor ESCO-leverandøren i en sammenhængende periode på 5 år har dokumenteret, at den samlede garanterede energibesparelse for pågældende 5 årlige periode er nået, jf. Fase 2 kontraktens punkt 9.

Garantiperioden for energibesparelsen, kan dog i intet tilfælde overstige 10 år, og ESCO-leverandørens ansvar for opnåelse af energibesparelsen ophører således senest efter 10 år.”

I Kemp & Lauritzen A/S’ tilbud er anført følgende som besvarelse af C.8, under pkt. 4, Økonomi, bilag B:

"Driftsgaranti (C.8)

Tilbudsgiver bedes herunder redegøre for konditionerne for driftsgaranti, jf. krav C.8 i Bilag 1.

Konditionerne for driftsgarantien er jf. bilag 3 kontraktudkast punkt 9 side 25/30 i nærværende udbudsmateriale. Driftsgarantien ophører 5 år efter indgåelse af fase 3 kontrakten.

Betingelser for udbetaling i henhold til garantien

Opnår Kemp & Lauritzen A/S ikke den garanterede energibesparelse (baseline fratrullet målt forbrug) udløser dette en økonomisk bod svarende til den manglende opnåede energibesparelse i kr. En eventuel økonomisk bod modregnes i honoraret for fase 3, evt. mango efterbetales af Kemp Lauritzen A/S. Er der enighed om bodens størrelse og betales denne ikke, kan boden udbetales via garantien.

”

I underretningen til Siemens A/S om tildelingsbeslutningen hedder det:

”Kære Siemens A/S

Ringsted Kommune ønsker at takke for jeres deltagelse i Ringsted Kommunes udbud af ESCO – Energi- og udviklingsprojekt.

Ringsted Kommune har gennemført evaluering af de tre indkomne tilbud og vurderet disse på baggrund af de i udbudsbetingelsernes afsnit 5 Tilbudsevaluering nævnte tildelingskriterier.

Ringsted Kommune må med beklagelse meddele, at Siemens A/S ikke er blevet tildelt kontrakten.

Tilbuddene er vurderet ud fra tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” med følgende underkriterier og relative vægt i tilbuds-evalueringen.

Underkriterie	Vægtning
Organisation og CV	20 %
Procesforløb	20 %
Økonomi	30 %
Effekt på bygningsmassen	20 %
Kontraktvilkår	10 %

På baggrund af de i udbudsbetingelserne afsnit 5.2 Underkriterier angivne evalueringsgrundlag og metoder, har Ringsted Kommune evalueret de indkomne tilbud som følger:

Underkriterie	Siemens A/S	Tilbudsgiver 2	Kemp & Lauritzen A/S
Organisation og CV	1,8	1,72	1,77
Procesforløb	1,62	1,60	1,62
Økonomi	2,04	0,98	1,97
Effekt på bygningsmassen	1,73	1,33	1,47
Kontraktvilkår	0,0	1,00	1,00
Samlet evaluering	7,19	6,63	7,82

Det er Ringsted Kommunes vurdering, at Kemp & Lauritzen A/S i den samlede vurdering har afgivet det tilbud, som har det bedste forhold mellem pris og kvalitet. Følgende centrale elementer i Kemp & Lauritzen A/S tilbud har været udslagsgivende for Ringsted Kommunes evaluering:

Kontraktvilkår

Siemens A/S angiver forbehold overfor Ringsted Kommunes materiale. Siemens A/S tilbud udgør således det tilbud med størst risiko for ordregiver, hvilket bliver afgørende for evalueringen.

...

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Siemens A/S har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-7 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Ringsted Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-7 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt ad påstand 1-3 har Siemens A/S gjort gældende, at tilbuddet fra Kemp & Lauritzen A/S indeholdt et forbehold for den krævede sikkerhedsstillelse. Ringsted Kommune var efter udbudsbetingelsernes afsnit 6.9 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 forpligtet til at forkaste tilbuddet fra Kemp & Lauritzen A/S, dels fordi tilbuddet indeholdt et forbehold for et grundlæggende element, dels fordi det indeholdt et forbehold for den tilbudte økonomi, da sikkerhedsstillelsen er central for pålideligheden af den tilbudte totaløkonomi, dels fordi forbeholdet ikke kunne prissættes med den fornødne grad af sikkerhed og pristilletaget dermed inddrages ved evalueringen af underkriteriet Økonomi.

Hvis tilbuddet fra Kemp & Lauritzen A/S ikke skulle forkastes som ukonditions­mæssigt, burde Ringsted Kommune have tillagt forbeholdet for kontraktudkastets krav om sikkerheds­stillelse (kontraktudkastet s. 25) betydning ved evalueringen efter underkriteriet ”Kontraktvilkår”, ligesom forbeholdet om sikkerheds­stillelse burde have været prissat og inddraget ved evalueringen efter underkriteriet Økonomi.

Særligt ad påstand 1-3 har Ringsted Kommune gjort gældende, at kommunen ikke har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. Kemp & Lauritzen A/S’ tilbud indeholder en beskrivelse af betingelserne for den stillede garanti. Tilbuddet må forstås sådan, at det er Kemp & Lauritzen A/S selv, der stiller garantien, og at der kun kan trækkes på denne ved uenighed mellem parterne. Tilbuddet er herefter og i fuld overensstemmelse udbudsmaterialet tildelt scoren 0 for delkriteriet C.8. Udbudsmaterialet gav ikke mulighed for at afvise tilbuddet som ukonditions­mæssigt eller for at foretage kapitalisering. Kemp & Lauritzen A/S’ forbehold skulle ikke have været behandlet som et forbehold til kontrakten og dermed under underkriteriet ”Kontraktvilkår”. Samme forhold kan således ikke behandles under to forskellige underkriterier. Desuden havde kommunen med formuleringen af delkriteriet C.8 ”Driftsgaranti” til underkriteriet ”Økonomi” klart tilkendegivet, at forbehold til netop dette element ville blive evalueret under dette pågældende kriterium og således ikke efter underkriteriet ”Kontraktvilkår”. Endvidere var det for underkriteriet ”Kontraktvilkår” udtrykkeligt fastsat, at evalueringen ville ”blive foretaget på grundlag af tilbudsgivers besvarelse af bilag 2 Tilbudsskabelon afsnit 6 – Kontraktvilkår”. Kemp & Lauritzen A/S anførte ingen forbehold i bilag 2, afsnit 6, men havde i overensstemmelse med udbudsbetingelserne anført i sit forbehold herfor under delkriteriet C.8 ”Driftsgaranti” til underkriteriet ”Økonomi”.

Særligt ad påstand 4 har Siemens A/S gjort gældende, at Kemp & Lauritzen A/S’ tilbud indeholdt to forbehold, dels et forbehold for driftsgarantien, dels et forbehold for den sikkerheds­stillelse, som var krævet i kontrakten. De to forbehold blev fejlagtigt anset for at være et enkelt forbehold, som alene havde relation til driftsgarantien. Derimod blev Siemens A/S’ forbehold for varigheden af driftsgarantien behandlet som et forbehold for kontrakten. Kemp & Lauritzen A/S’ og Siemens A/S’ forbehold vedrørende driftsgarantien angår imidlertid utvivlsomt samme forhold, nemlig varigheden af den

krævede driftsgaranti. På trods af dette behandlede kommunen ved evalueringen Kemp & Lauritzen A/S' og Simens A/S' forbehold vedrørende driftsgarantien under hvert sit underkriterium. Denne forskelsbehandling er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2.

Kommunens overtrædelser har haft direkte betydning for udfaldet af konkurrencen, idet Siemens A/S ville have opnået den bedste evaluering, hvis de to virksomheders respektive forbehold var blevet behandlet under samme underkriterium, uanset hvilket/hvilke underkriterier ("Økonomi" henholdsvis "Kontraktvilkår") forbeholdene var blevet behandlet under.

Hvis Siemens A/S forbehold for driftsgarantien var blevet evalueret under delkriteriet "Driftsgaranti", ville det således i værste fald have medført, at virksomheden var blevet tildelt 0 point under dette delkriterium. Virksomhedens samlede score ville herefter være blevet 1,74 under "Økonomi" i stedet for 2,04, og virksomheden ville under "Kontraktvilkår" være tildelt 1 point i stedet for 0. Samlet set ville Siemens A/S have fået 7,89 points og Kemp & Lauritzen A/S i dette tilfælde 7,82 points.

Såfremt kommunen alternativt havde valgt at evaluere både Kemp & Lauritzen A/S' og Simens A/S' forbehold for driftsgarantien under underkriteriet "Kontraktvilkår", ville det - i værste fald - have ført til, at Kemp & Lauritzen A/S - ligesom Siemens A/S - ville være blevet tildelt 0 point for underkriteriet "Kontraktvilkår". Samlet set ville Siemens A/S herefter have fået 7,19 points og Kemp & Lauritzen A/S 6,82 points.

Særligt ad påstand 4 har Ringsted Kommune anført, at det alene er Siemens A/S, der har taget forbehold for energibesparelsesgarantien forstået som "Leverandørens garanti for opnåelse af en given energibesparelse", der "[...]træder i kraft ved færdiggørelse af Fase 2 og ophører ved kontraktens ophør", jf. udbudsmaterialets udkast til hovedkontrakt, Pkt. 4, definitioner. Siemens A/S har således i sit tilbud begrænset garantiperioden til 10 år og dermed også klart begrænset "Energibesparelsesgarantien". I modsætning hertil har Kemp & Lauritzen A/S udelukkende taget forbehold for driftsgarantien. Herved forstås en sikkerhedsstillelse for Fase 3 stillet af en bank eller lignende, som således garanterer udbetalingen af penge til kommunen, hvis leverandøren ikke lever op til den garanterede energibesparelse, i tilfælde af uenighed om et krav eller ved økonomiske vanskeligheder mv. hos

leverandøren. Dette kan ikke sidestilles med et forbehold over for selve energibesparelsesgarantien, og det udelukker ikke, at kommunen ved manglende besparelser i fx år 11 ville kunne gøre et krav gældende mod Kemp & Lauritzen A/S. Kommunen ville ikke have mulighed herfor i relation til Siemens A/S som følge af denne virksomheds forbehold for selve energibesparelsesgarantien i kontraktens levetid. Der kan således ikke sættes lighedstegn mellem Siemens A/S' forbehold og Kemp & Lauritzen A/S forbehold.

Særligt ad påstand 5 har Siemens A/S gjort gældende, at virksomhedens forslag til ændring af definitionen for begrebet "År 5" ikke er et forbehold. Begrebet "År 5" er ikke anvendt i kontraktudkastet, herunder hverken i Fase 2, punkt 9, om sikkerhedsstillelse, eller i Fase 3, punkt 2.2, om energibesparelsesgaranti. Ringsted Kommune skal ved en relativ evaluering efter kvalitative kriterier efter udbudslovens § 160 overholde principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2. Hvis det i relation til de kvalitative kriterier er lovligt at foretage en relativ evaluering af tilbuddene, følger det klart af praksis fra Klagenævnet for Udbud, at den konkret anvendte, relative evaluering skal være egnet til at afspejle såvel små som store forskelle mellem tilbuddene. Det er ikke i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, at en ordregiver ved en relativ evaluering tildeler point i forhold til tilbudsgivernes "placering" i rækkefølgen uden konkret at tage stilling til, om der er tale om meget små eller meget store forskelle mellem tilbuddene.

Kommunen har foretaget en åbenbart urigtig evaluering af Siemens A/S' besvarelse af underkriteriet "Kontraktvilkår" ved at tildele virksomheden 0 point på baggrund af virksomhedens "placering" blandt de indkomne tilbud uden at tage hensyn til den relative forskel i forhold til det bedste tilbud. I stedet skulle kommunen have vurderet, hvilken relativ forskel virksomhedens besvarelse af underkriteriet "Kontraktvilkår" udgjorde i forhold til besvarelsen i det bedste tilbud. Det burde herved have været tillagt betydning, at virksomhedens forslag til ændring ikke ville have nogen reel betydning, da begrebet "År 5" som nævnt ikke finder anvendelse i forhold til virksomhedens sikkerhedsstillelse i henhold til Fase 2, punkt 9, eller i forhold til virksomhedens energibesparelsesgaranti i henhold til Fase 3, punkt 2.2. Begrebet "År 5" ville derfor ikke ville have indflydelse på ansvarsfordelingen eller kommunens økonomiske risiko.

Særligt af påstand 5 har Ringsted Kommune gjort gældende, at Siemens A/S' tilbud ikke meningsfuldt kunne have medført en bedre score end 0 point, og at denne score er inden for det vide skøn, som tilkommer kommunen ved vurderingen efter de kvalitative kriterier.

Kommunen har nærmere anført, at det var fastsat i udbudsmaterialet, at evalueringen efter underkriteriet "Kontraktvilkår" (10 %) ville blive foretaget på grundlag af tilbudsgivers besvarelse af bilag 2 Tilbudsskabelon afsnit 6 Kontraktvilkår. Det var endvidere fastsat, at der ville blive lagt vægt på de "forbehold, som Tilbudsgiver har til den vedlagte kontrakt, jf. bilag 3", og at der ville "blive foretaget en samlet vurdering af dette underkriterium hvor særlig ansvarsfordeling og økonomisk risiko vil have betydning". Det var herudover fastsat, at "Underkriteriet evalueres således, at tilbud uden forbehold tildes scoren 10. Øvrige tilbud tildes point efter hvor stor en risiko forbeholdet placerer på Ordregiver. Tilbud med størst risiko for Ordregiver tildes scoren 0." Den beskrevne evaluering er både gennemsigtig, lovlig og egnet til at foretage en konkret vurdering af de indkomne tilbud, jf. forarbejderne til udbudslovens § 160.

Siemens A/S' forbehold - dels vedrørende begrebet "år 5", dels om en begrænsning af energibesparelsesgarantiens maksimale varighed til 10 år - indebærer en så stor risiko, at tilbuddet med rette alene opnåede scoren 0 på underkriteriet "Kontraktvilkår".

Begrænsningen af garantiens varighed til 10 år var således i strid med forudsætningen om, at der skulle tilbydes en samlet energibesparelsesgaranti fra afslutningen af Fase 2 og indtil kontraktens ophør ved ophøret af Fase 3 og dermed tilbagebetalingsperiodens ophør, der som udgangspunkt vil være efter 25 år (alternativt 20 eller 30 år alt efter ordregivers valg af model), medmindre ordregiver forinden opsiger kontraktens Fase 3. Garantien er efter udbudsmaterialet sanktioneret med en bodsmekanisme, der ligesom energibesparelsesgarantien dækker i hele kontraktens løbetid på forventeligt 25 år. Når Siemens A/S ikke vil påtage sig et ansvar, der ophører senere end efter 10 år, betyder dette, at virksomheden fralægger sig ansvaret for manglende besparelser ud over de første 10 år af Fase 3, herunder også bestemmelserne om bod. De øvrige tilbudsgivere uden forbehold til kontrakten risikerer derimod at ifalde bod for enhver manglende årlig besparelse, forventeligt i niveau ca. kr. 4,5 - 8,8 mio. eller samlet set kr. 67,5 - 132 mio. kr. over en 15-årig periode. Dette er en risiko, som Siemens A/S i sit tilbud har

taget et klart forbehold over for, og som Ringsted Kommune i givet fald ville ende med at måtte bære. Forbeholdet er meget væsentligt og kan næppe meningsfuldt berettige til andet end karakteren 0 på dette underkriterium.

Kommunen har endvidere anført, at Siemens A/S' forbehold vedrørende "År 5" må forstås således, at "År 5" kan nås, også selv om der har været år med manglende besparelser, bare det samlede regnestykke for 5 år går op. Udbudsmaterialet skal imidlertid forstås således, at de garanterede energibesparelser skal opnås hvert eneste år i 5 år for at kunne nå frem til "År 5".

Selv hvis Siemens A/S måtte gøre gældende, at tilbuddet skulle forstås på en helt anden måde, bærer virksomheden risiko forbundet med uklarheder i tilbuddet.

Særligt ad påstand 6 har Siemens A/S gjort gældende, at Ringsted Kommunes underretning om tildelingen af kontrakt ikke indeholdt en tilstrækkelig begrundelse i henhold til udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, og lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 2, da underretningen ikke angav det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til Siemens A/S' tilbud.

Særligt ad påstand 6 har Ringsted Kommune gjort gældende, at kommunens underretning om tildelingen af kontrakt indeholdt en tilstrækkelig begrundelse. Kommunen har på delkriterieniveau grundigt redegjort for de point, som tilbuddene er tildelt, og det har derfor været fuldt ud muligt for klager at identificere karakteristika og de relative fordele ved det vindende tilbud. Kommunen har også fremhævet, at Siemens A/S på underkriteriet "Kontraktvilkår" opnåede en score på 0 point mod vinderens 10 point samt betydningen heraf.

Ad påstand 7 har Siemens A/S gjort gældende, at kommunens overtrædelser af udbudsreglerne har haft konkret betydning, hvorfor beslutningen om at tildele kontrakten til Kemp & Lauritzen A/S skal annulleres.

Ringsted Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har overtrådt udbudsreglerne, og at en eventuel overtrædelse ikke har haft konkret betydning for tildelingsbeslutningen.

Ad uopsættelighed

Siemens A/S har gjort gældende, at kravet om uopsættelighed bør lempes, da Ringsted Kommune har begået en klar og kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne. Siemens A/S har herved henvist til Rettens kendelse af 20. november 2006 i sag T-114/06 R, Globe mod Kommissionen, præmis 140, samt Katja Høegh og Kirsten Thorup, U.2016B.403, ”Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten - endnu en gang”, og Klagenævnet for Udbud kendelse af 3. oktober 2011, ØGT ApS Økologisk Grønne Torv mod Ishøj Kommune. Der bør således i denne sag foretages en samlet vurdering af betingelserne om uopsættelighed og interesseafvejning. Den udbudte kontrakts opdeling i faser bevirker, at det er meget vanskeligt for Siemens A/S at dokumentere størrelsen på det tab, som virksomheden vil lide ved ikke at være blevet tildelt kontrakten.

Ringsted Kommune har gjort gældende, at Siemens A/S ikke vil lide et alvorligt eller uopretteligt tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. Tabet ved ikke at få tildelt en kontrakt er en forventelig risiko, når man deltager i en udbudsforretning, og virksomheden har ikke godtgjort en interesse i sagen, som – i givet fald – ikke kan tilgodeses ved økonomisk kompensation. Hertil bemærkes, at Siemens A/S - hvis betingelserne er opfyldt - foruden krav om erstatning vil kunne påberåbe sig udbudslovens § 185, stk. 2.

Ad interesseafvejning

Siemens A/S har gjort gældende, at hensynet til Siemens A/S i en situation, hvor der som her er begået væsentlige fejl, der utvivlsomt har direkte betydning for tildelingen af kontrakten, bør veje tungere end hensynet til kommunens interesse i at kunne indgå kontrakten. Hvis kommunen ikke havde overtrådt udbudsreglerne, ville Siemens A/S være blevet tildelt kontrakten, idet tilbuddet fra Kemp & Lauritzen A/S ville være blevet forkastet, og idet Siemens A/S samlet ville være blevet tildelt flest point. Der er ikke væsentlige samfundsmæssige hensyn, der kan begrunde, at klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Ringsted Kommune har gjort gældende, at Siemens A/S' interesse i, at kontrakten tillægges opsættende virkning, ikke vejer tungere end kommunens interesse i det modsatte. Opsættende virkning gives i helt særlige tilfælde, betingelserne er ikke opfyldt i denne sag.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, 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.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*) bemærker klagenævnet følgende:

Ad påstand 1 - 5

Kemp & Lauritzen A/S' tilbud

Efter ordlyden af det forbehold, som Kemp & Lauritzen A/S tog i relation til delkriteriet ”Driftsgaranti (C8)”, sammenholdt med udbudsmaterialet i øvrigt, herunder Bilag 3 Kontraktudkast punkt 9. Sikkerhedsstillelse, lægger klagenævnet til grund, at forbeholdet angik spørgsmålet om sikkerhedsstillelse fra en tredjepart, fx en bank, for Kemp & Lauritzen A/S’ opfyldelse af kontraktmæssige forpligtelser.

I Udbudsbetingelsernes punkt 5.2 var i relation til delkriteriet ”Driftsgaranti (C8)” fastsat, at ”tilbud der stiller ubetinget garanti tildeles scoren 10. Tilbud med forbehold i garantien tildeles scoren 0”.

Klagenævnet finder efter en foreløbig vurdering og således, som sagen er forelagt, ikke grundlag for at tilsidesætte, at Ringsted Kommune på denne baggrund ikke afviste tilbuddet fra Kemp & Lauritzen A/S som ukonditionsmæssigt eller prissatte forbeholdet, men i stedet tildelte virksomheden scoren 0 på det omhandlede delkriterium.

Klagenævnet finder således heller ikke grundlag for at antage, at forbeholdet i stedet skulle have været tillagt betydning i relation til underkriteriet ”Kontraktvilkår”.

Siemens A/S’ tilbud

Den udbudte 5-årige kontrakt dækker projektets Fase 1 og indeholder herudover optioner på Fase 2 og Fase 3.

Fase 1 omfatter grundlæggende analyse og planlægning, Fase 2 er en bygge- og udførelsesfase, og Fase 3 er slutfasen, der forudsættes at have en varighed som udgangspunkt på 25 år med henblik på, at investeringen i energireducerende foranstaltninger kan tilbagebetales.

Det fremgår klart af udbudsmaterialet, at leverandørens garanti for de forudsatte besparelser var af væsentlig betydning for tilbuddet.

I Udbudsbetingelsernes punkt 5.2 var som underkriterium fastsat ”Kontraktvilkår” (vægtning 10 %). Det var endvidere fastsat, at evalueringen efter underkriteriet ville ”blive foretaget på grundlag af tilbudsgivers besvarelse af bilag 2 Tilbudsskabelon afsnit 6 - Kontraktvilkår. Ved evaluering af svarene vil Ordregiver lægge vægt på omfang og indhold af de forbehold, som Tilbudsgiver har til den vedlagte kontrakt, jf. bilag 3. Der vil blive fo-

retaget en samlet vurdering af dette underkriterium hvor særlig ansvarsfordeling og økonomisk risiko vil have betydning. ... Underkriteriet evalueres således, at tilbud uden forbehold tildeles scoren 10. Øvrige tilbud tildeles point efter hvor stor en risiko forbeholdet placerer på Ordregiver. Tilbud med størst risiko for Ordregiver tildeles scoren 0.”

Simens A/S’ tilbud indeholdt et forbehold for kontraktvilkår bl.a. ved en definition af ”År 5” og en begrænsning af den periode, for hvilken Siemens A/S ville give garanti for energibesparelsen. Virksomheden ville således alene forpligte sig til en garantiperiode, der ikke kunne overstige 10 år.

Ringsted Kommune har som ordregiver en vid skønsmargin ved evalueringen af tilbuddene efter det fastsatte tildelingskriterium med under- og delkriterier og de rammer for evalueringen, som i øvrigt var fastsat i udbudsmaterialet. Klagenævnet kan alene tilsidesætte kommunens skøn, hvis dette overskrider de vide grænser, der gælder for skønnet, og klagenævnet sætter ikke sin egen vurdering i stedet for kommunens.

Klagenævnet finder efter en foreløbig vurdering og således, som sagen er forelagt, ikke grundlag for at tilsidesætte, at Ringsted Kommune på den anførte baggrund tildelte tilbuddet fra Siemens A/S scoren 0 på underkriteriet ”Kontraktvilkår”.

Det følger af det anførte, at klagenævnet efter en foreløbig vurdering ikke finder grundlag for at tage påstand 1-3 (ad Kemp & Laurtitzens tilbud), påstand 5 (ad Siemens A/S’ tilbud), og påstand 4 (ad begge tilbud) til følge.

Ad påstand 6-7

Der er ikke grundlag for at antage, at en eventuel konstatering af, at der er givet en mangelfuld begrundelse som beskrevet i påstand 6, vil kunne begrunde annullation af tildelingsbeslutningen.

På denne baggrund og efter det, der er anført ovenfor, er der heller ikke grundlag for at antage, at annullationspåstanden vil blive taget til følge.

Efter en foreløbig vurdering er betingelsen om ”fumus boni juris” således ikke opfyldt, og klagen tillægges derfor ikke opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig