

Klagenævnet for Udbud

(Michael Kistrup, Trine Heidemann Garde, Jørgen Egholm)

J.nr.: 2010-0022634

7. marts 2011

K E N D E L S E

Yit A/S

(selv)

mod

Skov- og Naturstyrelsen

(Kammeradvokaten ved advokat Jens Bøtcher-Hansen)

Den 9. marts 2009 iværksatte Skov- og Naturstyrelsen en begrænset licitation efter tilbudsloven (lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren) vedrørende analyse, projektering og gennemførelse af energibesparelserprojekter mv. for op til 90 bygninger samt op til 20 pumpestationer med et samlet etageareal på op til 35.000 m². Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Licitationsbetingelserne blev udsendt den 21. maj 2010 til 4 prækvalificerede ansøgere, herunder Yit A/S (klageren) og Schneider Electric Buildings Denmark A/S (herefter benævnt Schneider).

Fristen for afgivelse af tilbud var fastsat til den 21. juni 2010, men blev den 15. juni 2010 forlænget til den 2. august 2010. Ved fristens udløb havde klageren og Schneider afgivet tilbud. Den 27. august 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Schneider, og kontrakt blev herefter indgået den 31. august 2010.

Den 2. september 2010 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Skov- og Naturstyrelsen. Klagen har været behandlet på et møde den 1. februar 2011.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 2, stk. 3, ved for tilbudsgiverne at have tilbageholdt oplysninger fra et til grund for licitationen og af Schneider gennemført forstudie.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at have accepteret Schneider som tilbudsgiver, uanset at Schneider ved udarbejdelse af et forstudie, der ligger til grund for licitationen, havde opnået en konkurrencemæssig fordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes licitation vedrørende analyse, projektering og gennemførelse af energibesparelserprojekter mv.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Forud for den omtvistede licitation indgik Miljøministeriets Koncernindkøb og Schneider (dengang TAC A/S Energy Solutions) en aftale om et »Forstudie til ESCO«.

ESCO er en samarbejdsform mellem en privat energitjenestevirksomhed (ESCO: energy service company) og en offentlig myndighed, hvor der igangsættes en række energirenoveringer i de offentlige bygninger. Ved et ESCO-samarbejde foretages der forbedringer og investeringer i bygningsmassen, som finansieres af de opnåede energibesparelser. Energitjenestevirksomheden skal stille forslag om konkrete forbedringer, og skal i den forbindelse garantere for de besparelser, der kan opnås som følge heraf. Hvis energibesparelserne ikke opnås, skal energitjenestevirksomheden dække differencen.

I aftalen om forstudiet med Schneider er om projektbeskrivelsen bl.a. anført følgende:

»Miljøministeriet har sat sig et mål om at opnå 20 % energibesparelser over de næste 5 år (2009-2013). Som led i styrkelsen af besparelsesindsatsen ønsker Miljøministeriet at gøre forsøg med ESCO-projekter.

Formålet med forstudiet

Det primære mål med forstudiet er, at få en indikation på, hvor meget Miljøministeriet vil kunne reducere det samlede el- og varmemeforbrug i skovenhederne, og ud fra dette afgøre hvorvidt det er muligt at gennemføre et ESCO projekt på Skov- og Naturstyrelsens enheder. Et sekundært mål er at fokusere på VE teknologier, hvor det er muligt og rentabelt for at kunne reducere energiforbruget yderligere.

Konkret gøres dette ved at beregne det teoretiske besparelspotentiale og verificere dette gennem et feltstudie. Derefter kan forstudiet anvendes som redskab i Miljøministeriets arbejde med at sænke ressourceforbruget til energi, drift og vedligeholdelse, og yderligere:

- Forbedre indeklimaet
- Øge funktionaliteten samt det tekniske niveau i bygningerne
- Reducere akutte vedligeholdelsesudgifter
- Øge kompetencen i egen organisation
- Indtænke vedvarende energiløsninger i et ESCO-projekt
- Mindske miljøbelastningen af Miljøministeriet ejendomme

Omfang af forstudiet

Forstudiet vil omhandle et repræsentativt udsnit af Skov- og Naturstyrelsens 19 enheder, som hver især omfatter forskelligartede bygninger afhængig af funktion. Bygningsmassen i de enkelte enheder omfatter bl.a. enhedskontorer, mandskabsrum, maskinhuse, naturskoler, publikumsbygninger og -toiletter, værksteder og en planteavlstation.

Forstudiet vil omfatte minimum 25% af den totale bygningsmasse, og der vil så vidt muligt blive lagt vægt på at undersøge bygninger som er opvarmet, da det erfaringsmæssigt er der, hvor det største besparelspotentiale findes.

Det totale areal af bygningsmassen er samlet for de 19 enheder ca. 75.982 m², hvoraf ca. 25.907 m² er opvarmet. Der udestår dog sumdata fra en enhed, Himmerland. Energiforbruget i bygningsmassen er i 2008 samlet 5160 MWh (el: 2203 MWh varme: 2957 MWh).

Af den totale bygningsmasse på 75.982 m² er et relativt stort antal bygninger på under 199 m². Antallet af bygninger på under 199 m² er ca. 60% af Skov- og Naturstyrelsens enheder. Arealmæssigt udgør bygningerne på under 199 m² dog kun 22 % af det samlede antal kvadratmeter.

For at holde omkostningerne ned til forstudiet vil der derfor fokuseres på de bygninger der har et areal på over 200 m². Bygninger med et areal på over 200 m² udgør ca. 78 % af det samlede antal kvadratmeter, og

det vil derfor være overvejende sandsynligt, at det er iblandt disse bygninger de fleste besparelser skal findes.

I forstudiet vil der primært fokuseres på Skov- og Naturstyrelsens bygninger på Sjælland, som har et bygningsareal på over 200 m². I forstudiet vil ligeledes indgå et antal opvarmede bygninger på over 200 m² i Jylland, som medtages for at sikre at bygningsstanden i forstudiet bliver repræsentativ. Forstudiet omfatter i alt ca. 40 bygninger.

Forstudiets tre dele:

1. Nøgletalsanalyse - Teoretisk nøgletalsstudie af energistatistik. Målet med nøgletalsanalysen er at beregne det teoretiske energibesparelspotentiale i bygningsmassen, samt lave en analyse af hvor ressourcerne bruges i bygningsmassen.

2. Feltstudie - Efter nøgletalsanalysen gennemføres et feltstudie af et udvalgt antal bygninger hvor der identificeres indsatsområder, mulige løsninger på problemer, samt effekterne af disse, for at komplementere det energibesparelspotentiale som er beregnet. Bygninger der indgår i feltstudiet skal så vidt muligt være repræsentative og afspejle den del af bygningsbestanden der senere skal indgå i et eventuelt projekt. TAC's energianalytikere vil analysere en udvalgt del af bygningsmasse i Skov- og Naturstyrelsens enheder, svarende til minimum 25% af den totale bygningsmasse.

3. Arbejds møde - Forstudiet præsenteres og diskuteres. På baggrund af nøgletalsanalysen samt feltstudiet fremlægges det forventede investeringsomfang og besparelspotentiale. Yderligere præsenteres det hvilke typer af investeringer der skal gennemføres for at realisere besparelserne. På arbejds mødet vil der også kunne diskuteres forskellige projektmuligheder ligesom fremtidige faser i et ESCO projekt vil blive behandlet.

...«

Af kontrakten mellem Miljøministeriets Koncernindkøb og Schneider fremgår, at Schneider skulle aflevere en projektrapport. Schneider afleverede en powerpoint-præsentation til Miljøministeriet med resultatet af forstudiet. Af præsentationen fremgår bl.a. følgende:

»4. Forstudiet

...

	Areal	heraf opvarmet
• Nøgletalsanalyse + feltstudie på 31 bygninger	14.947 m ²	8.458 m ²

• Nøgletalsanalyse på 9 bygninger (Jylland)	3.347 m ²	2.138 m ²
• I alt 40 bygninger	18.294 m ²	10.569 m ²
...		

Forudsætninger

Energipriser (faste)

Biobrændsel:	367 kr./MWh
Olie:	7,19 - 7,96 kr./L
Gas:	7,32 kr./m ³
El:	1410-1770 kr./MWh
...	

Analyse af nøgletal (energiforbrug)

Dataene viser et forbrug på ca.:	5,16 GWh/år
Det modsvarer en værdi på beregnet:	6,9 mio. kr/år*

*	
Gas:	= 5 %
Biobrændsel:	= 7 %
Olie:	= 32 %
El-varme	= 23 %
Bygnings-el:	= 33 %
I alt	= 100 %
...	

Forbrug for de 40 bygninger (varme og el):	
Energi:	1,7 GWh (33%)
Udgift:	1,56 mio. kr.(23%)

Nøgletal for de 40 bygninger		
Samlet varme/el:	KWh/m ²	146,6
Varme:	KWh/m ²	128,0
El	KWh/m ²	18,6

Nøgletal for alle 516 bygninger		
Samlet varme/el:	KWh m ²	143,1
Varme:	KWh/m ²	114,1
El:	KWh/m ²	29,0

...

De 40 bygninger	
Forbrug nu:	1,56, mio. kr.
Besparelse:	310.000 kr.
Forbrug efter:	1,25 mio. kr.
Besparelse (kr.)	20%
Investering:	2,5-3,1 mio. kr.
Simpel tilb. tid:	8-10 år
Investering/ m ² for opvarmede bygninger	250-350 kr.

→

ESCO-projekt	
Forbrug nu:	6,9 mio. kr.
Besparelse:	1,38 mio. kr.
Forbrug efter:	5,52 mio. kr.
Besparelse (kr.)	20%
Investering:	11-14 mio. kr.
Simpel tilb. tid:	8-10 år

...«

På baggrund af resultatet fra forstudiet besluttede indklagede at udbyde ESCO-projektet i licitation, og indklagede valgte som rådgiver hertil Grontmij|Carl Bro. Endvidere nedsattes under indklagede en projektgruppe for ESCO-projektet. Af et referat fra 1. møde i projektgruppen den 8. januar 2010 er det bl.a. anført:

»...

Der er allerede entreret med en virksomhed til at være såkaldt »Bygherrerådgiver« i forbindelse med processen. Her især m.h.t. at få udbuddet skruet ordentligt sammen og lave kravspecifikationen. Det drejer sig om Grontmij under Carl Bro.

...

Identifikation af risici

...

- Virksomheden TAC's mange vundne bud på området er påklaget af andre virksomheder. TAC kunne tænkes at byde hos os. De har lavet vores forstudie, som derfor tydeligt skal fremgå af udbuddet. En måde at imødekomme kritik fra andre virksomheder er at lave ekstra lang udbudsperiode, for at disse har tid til at indsamle samme viden som TAC.

...«

I licitationsbetingelserne er anført følgende vedrørende beskrivelsen af opgaven:

»1.4 Beskrivelse af opgaven

Miljøministeriet skal spare 20% af sit energiforbrug (el og varme og brændstof målt i kWh) inden udgangen af 2013. Som led heri er det blevet vurderet, at et fokuseret projekt mod Skov- og Naturstyrelsens driftsbygninger primært større end 200 m² er det mest rentable større projekt at starte med, når energibesparelsen sættes i forhold til det forventede investeringsbehov.

Der er i 2009 gennemført et forstudie med henblik på at få en indikation af, hvilke resultater et ESCO projekt på Skov- og Naturstyrelsens driftsbygninger kan levere. Forstudiet er gennemført af Schneider Electric - TAC Energy Services og omfattede et repræsentativt udsnit af bygninger under Skov- og Naturstyrelsens enheder.

Konklusionen var, at der med en investering på 11-14 mio. kr. kunne opnås en energibesparelse på 20% for alle Skov- og Naturstyrelsens bygninger (516 i alt) med en simpel tilbagebetalingstid på 8-10 år, ...

Med henblik på at lette opgaven for byderne, er der fravalgt et større antal bygninger blandt andet ud fra følgende kriterier:

- Små bygninger, hvor det ikke vil være rentabelt at foretage investeringer.
- Bygningerne kan være fredede, hvilket besværliggør ombygninger mv.
- Interne regler i Skov- og Naturstyrelsen for, hvor små investeringer der må foretages i de enkelte bygninger.
- Uopvarmede bygninger.

Tilbage resterer de ca. 90 bygninger samt pumpestationer. På baggrund af forundersøgelsens resultater, er det stadig succeskriteriet, at der kan opnås 20% besparelser af energiforbruget i samtlige Skov- og Naturstyrelsens driftsbygninger som konkluderet i forundersøgelsen, og derfor også forventningen at der kan spares mere end 20% af energiforbruget i de involverede bygninger som gennemsnit i projektet.

Nærværende udbud omfatter på denne baggrund analyse, projektering og gennemførelse af energibesparelserprojekter mv. for op til 90 bygninger samt op til 20 pumpestationer med et samlet etageareal på op til 35.000 m². ...«

Resultatet af forstudiet var vedlagt licitationsbetingelserne som bilag.

I forbindelse med licitationen blev der stillet en række spørgsmål til udbudsmaterialet. To af spørgsmålene og tilhørende svar er sålydende:

»Spørgsmål 20: ... Resultat af Forundersøgelse udført af tac. Schneider er vedlagt i form af ppt. præsentation. Spg.: Besparelspotentialet på 20% i Forundersøgelsen er »kun« beregnet og opgivet i kr. (og ikke kWh). Beregning og sammensætningen af besparelspotentialet i kWh (el 09 varme), svarende til de opgivne 20% i kr. bedes fremsendt!

Svar 20: Resultatet af forundersøgelsen i form af ppt præsentation er det dokument, der er fremsendt til Miljøministeriet. Det er korrekt, at besparelsen kun er angivet i kr. og ikke i kWh. De bagved liggende beregninger er ikke fremlagt Miljøministeriet.

...

Spørgsmål 26: Er det korrekt at der i.f.m. forstudiet virkelig ikke foreligger et detailgrundlag bagved de konklusioner som leveres i den endelige forstudie rapport? (d.v.s. der foreligger ikke f.eks. en opstilling af enkelt-besparelsesforslag knyttet til den enkelte unikke bygning?)

Svar 26: Det er korrekt at der ikke for Miljøministeriet er fremlagt detailgrundlag (så som fx besparelsesforslag til den unikke bygning)for forstudiet.«

Fuldmægtig Nete Pilemand og forstfuldmægtig Bo Holm Kristensen har som partsrepræsentanter for indklagede forklaret bl.a., indklagede ikke har modtaget andre beregninger fra Schneiders forstudiet end dem, der fremgår af powerpoint-præsentationen. Hvorledes Schneider er nået frem til, at der er et besparelspotentiale på 20% vides ikke. Formålet med forstudiet var at afdække, om der var et besparelspotentiale, og om der således var grund til at gå videre med overvejelser om et ESCO-projekt. Ved afleveringen af powerpoint-præsentationen var indklagedes samarbejde med Schneider afsluttet, og der var ingen kontakt til Schneider før licitationen. I licitationen er kun 23 af bygningerne fra forstudiet medtaget. I licitationen er endvidere medtaget pumpestationer, der ikke indgik i forstudiet. Alle de oplysninger, som indklagede havde fra forstudiet, blev offentliggjort i licitationen. Indklagede forlængede tilbudsfristen med 5-6 uger efter ønske fra bl.a. klageren.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det af aftalen med Schneider om forstudiet fremgår, at Schneider skal aflevere en rapport til indklagede. Tilbudsgiverne har alene modtaget en powerpoint-præsentation til dokumentation af forstudiet. Det må derfor antages, at der foreligger en rapport om forstudiet, der er forholdt tilbudsgiverne.

Indklagede har gjort gældende, at tilbudsgiverne har modtaget det fuldstændige materiale, som indklagede har modtaget fra Schneider om forstudiet. Indklagede har ikke modtaget en rapport, da en powerpoint-præsentation har været tilstrækkelig. Der er derfor ikke tilbageholdt oplysninger om forstudiet for tilbudsgiverne.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at Schneider ved udarbejdelsen af forstudiet har fået indsigt i energiforbrug og besparelspotentiale og har opnået et detailkendskab til indklagedes bygninger, der ikke er kommet de øvrige tilbudsgivere til gode. Særligt har de øvrige tilbudsgivere ikke fået indsigt i, hvorledes Schneider i forstudiet når frem til besparelspotentialet, hverken i sparet energi eller kroner. Ved at acceptere Schneider som tilbudsgiver har indklagede forskelsbehandlet tilbudsgiverne i strid med tilbudslovens § 2, stk. 3.

Indklagede har gjort gældende, at Schneider ikke har opnået en særlig fordel gennem arbejdet med forstudiet. Kun en mindre del af bygningerne fra forstudiet er medtaget i licitationen, og forstudiet har kun beregnet et besparelspotentiale, hvorimod tilbudsgiverne skal garantere en minimumsbesparelse. Schneider har derfor ikke kunnet overføre resultaterne fra forstudiet til sit tilbud. Endvidere er eventuelle fordele udjævnet, da alt materiale fra forstudiet er offentliggjort i udbudsmaterialet, ligesom tilbudsfristerne blev forlænget for derved at sikre lige vilkår for tilbudsgiverne.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at overtrædelserne af tilbudslovens skal føre til, at licitationen annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at allerede fordi tilbudsloven ikke er overtrådt, er der ikke grundlag for annullation af licitationen. Subsidiært har indklagede gjort gældende, at en eventuel overtrædelse af tilbudsloven er så beskeden, at der ikke bør ske annullation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det kan lægges til grund, at indklagede som led i licitationen har offentliggjort hele det materiale, som indklagede modtog fra Schneider, vedrørende forstudiet.

Da indklagede således ikke har tilbageholdt oplysninger for tilbudsgiverne tages påstanden ikke til følge.

Den omstændighed, at Schneider har afleveret en rapport i form af en powerpoint-præsentation til indklagede til opfyldelse af forstudiekontraktens krav om en rapport kan ikke ændre herved.

Ad påstand 2

Indklagede har gennem tilrettelæggelsen af licitationen, herunder ved at offentliggøre forstudiet og forlænge tilbudsfristen, udjævnet den konkurrence-mæssige fordel som Schneider måtte have opnået gennem sit kendskab til en mindre del af de ejendommen, der var omfattet af licitationen.

Indklagede har derfor ikke tilsidesat tilbudslovens § 2, stk. 3, ved at acceptere Schneider som tilbudsgiver, hvorfor påstanden ikke tages til følge.

Ad påstand 3

Som følge af det vedrørende påstand 1 og 2 anførte tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig