

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Viggo Olesen, Jørgen Egholm)

2:714-39/96-23.235

10. februar 1997

K E N D E L S E

Dafeta Trans Aps, Horsens
(advokat Ole Møller Jespersen)

mod

Lynettefællesskabet I/S, København
(advokat Michael Gjedde-Nielsen)

Indklagede (Lynettefællesskabet) er efter det oplyste et interessentskab med Københavns kommune som interessent. Klagenævnet går, da andet ikke er oplyst, ud fra at Lynettefællesskabet skal anses for en offentlig udbyder i henseende til EU-udbudsreglerne.

Klager (Dafeta) er et ingeniør- og handelsfirma, der bl.a. har agentur for gasbeholdere fremstillet af det østrigske firma Sattler Textilwerke OHG (Sattler).

Sagen angår et EU-udbud foretaget i 1994-95 af Lynettefællesskabet vedrørende tørgasbeholdere til to renseanlæg, henholdsvis renseanlæg Lynetten og renseanlæg Damhusåen. Dafeta klager over, at Lynettefællesskabet ved valg af kontraktspartner har tilsidesat EU's udbudsregler.

Dafeta har nedlagt påstand om, at Lynettefællesskabet tilpligtes at anerkende, principalt at Dafeta har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, subsidiært at udbudet ikke har overholdt betingelserne i EU's bygge- og anlægsdirektiv og derfor er ugyldig.

Lynettefællesskabet har påstået frifindelse.

De nærmere omstændigheder er i hovedtræk:

Udbudsbekendtgørelsen blev foretaget i EF-tidende i maj 1994. Det blev angivet i udbudsbekendtgørelsen, at udbudet var et begrænset udbud, der angik »Fremstilling, levering, montering og idriftssætning af 3 stk. tørgasbeholdere«, og at to af disse angik renseanlægget Lynetten til montering i 1997 og den tredje renseanlægget Damhusåen til montering i 1995. Som tildelingskriterier blev angivet »Det økonomisk mest fordelagtige tilbud under hensyn til kvalitet, funktion, referencer fra tilsvarende anvendelser...og pris. De nævnte kriterier er ikke anført i prioriteret rækkefølge.«

Der prækvalificeredes tre virksomheder, nemlig Dafeta, Herling & Co. A/S (Herling) og en tredje virksomhed, til hvem der sendtes udbudsmateriale.

I udbudsmaterialet vedrørende Damhusåen var tildelingskriterierne angivet som følger. Klagenævnet går efter det fremkomne ud fra, at tildelingskriterierne var formuleret tilsvarende i udbudsmaterialet med hensyn til Lynetten:

»Ved udbud, som ikke er omfattet af EU- licitationsreglerne, forbeholder bygherren sig retten til at kunne vælge frit mellem de indkomne tilbud.

I alle andre tilfælde vil grundlaget for udvælgelsen være »Det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, hvor følgende kriterier vil blive tillagt vægt ved vurdering af tilbudene. (Rækkefølgen er **ikke** at betragte som prioritetsorden):

1. Anlægsudgifter

Anlægsudgifter for den udbudte leverance.

Betalingsplan for den udbudte leverance.

Anlægs- og projekteringsudgifter for de installationer, der skal udføres, for at det totale anlæg kan fungere som en helhed. Disse udgifter vurderes af bygherren på grundlag af entreprenørens tilbudsprojekt.

2. Driftsudgifter

- Forbrugsstoffer
- Vedligeholdelsesudgifter
- Indkøb af reservedele

3. Driftsikkerhed

- Levetid
Stabil drift med henvisning til igangværende anlæg
- Nem udskiftning af vitale dele
- Serviceordning
- Hurtig fremskaffelse af reservedele

4. Arbejds miljø

5. Miljø

6. Andet

Såfremt tilbudsgiveren tager forbehold overfor prisregulering, vil prisstigningsberegningerne indgå i vurderingen.

Dersom noget i grundlaget er den bydende uklart, skal han indhente nærmere oplysninger herom...«

Dafeta afgav laveste bud med en tilbudspris på ca. 5,6 mill. kr. vedrørende Lynetten og ca. 2,3 mill. kr. vedrørende Damhusåen. Dafeta afgav yderligere (i overensstemmelse med udbudsbetingelserne) et alternativt tilbud vedrørende Damhusåen. Herling afgav højeste bud med en tilbudspris på henholdsvis ca. 10,7 mill. kr. og 3,7 mill. kr. Herling afgav desuden alternative bud på hhv. ca. 8,5 og 3 mill. kr. De nævnte beløb er angivet uden moms.

Tilbudene blev vurderet af »Lynettegruppen«, bestående af ingeniørfirmaerne Krüger A/S og Rambøll, Hannemann og Højlund A/S. Ved denne vurdering forhøjede Lynettegruppen Dafetas tilbud vedrørende Lynetten til ca. 6,3 mill. kr., idet man tillagde beløb for trappe og lejder og installationer i gasbrønd. Lynettegruppen forhøjede endvidere Dafetas tilbudspris vedrørende Damhusåen til ca. 2,8 mill. kr., idet man tillagde beløb for tagbeklædning, trappe og lejder, tagrende og nedløb samt installationer i gasbrønd. Som det fremgår, var Dafetas tilbudspriser efter disse forhøjelser fortsat lavere end Herlings, også end Herlings alternative tilbud.

Lynettegruppen foretog derefter vurderinger af tilbudene. Vurderingerne mundede i en opstilling i skematiske modeller, der var opstillet efter ens principper i de to vurderinger. Til illustration af de skematiske modeller vedlægges som bilag til denne kendelse opstillingen vedrørende Damhusåen i henhold til modellen. Modellerne ses at gå ud på følgende:

1. Med reference til tilbudenes indhold opstillede man nogle kategorier, som man benævnte:

Imødekommelse af udbudskrav
Anskaffelsespris
Omfanget af bevægelige dele
Behov for hjælpeenergi
Mulighed for at besigtige og vedligeholde malede overflader

2. Man tildelte herefter efter skøn hvert tilbud points for hver af de nævnte kategorier bortset fra kategorien »Anskaffelsespris«.

Efter det fremkomne refererede pointgivning for kategorien »Behov for hjælpeenergi« for Dafetas vedkommende til anbefalinger i vurderingerne om dublering af driftstrykventilatorer og gastyksforøgere.

3. Man omdefinerede derefter de tildelte points til procentpoints, således at det tilbud, der for hver kategori havde fået de fleste points, fik tildelt 100 procentpoints for den pågældende kategori, medens de øvrige fik et forholdsmæssigt mindre antal procentpoints for kategorien.
4. Endvidere tildelte man et af tilbudene 100 procentpoints for kategorien »Anskaffelsespris«, medens man tildelte de øvrige tilbud procentpoints for denne kategori svarende til deres forhold til det pågældende tilbud.
5. Derefter foretog man en vægtning af tilbudene med hensyn til de procentpoints, som tilbudene havde fået tildelt i henhold til foranstående. Vægtningen blev foretaget med vægtfaktorer, der var opstillet efter skøn, således at summen af vægtfaktorerne var 100. Kategorien »Anskaffelsespris« blev vægtet med faktor 20 og kategorien »Imødekommelse af udbudskrav« med faktor 30, medens de øvrige tre kategorier fik vægtningsfaktorer 15, 15 og 20.
6. Man sammenlagde derefter for hvert tilbud resultaterne af vægtningen for hver kategori. Ved denne sammenlægning opnåede Herlings alternative tilbud det højeste tal både for Lynetten og Damhusåen, henholdsvis 94,4 og 93,7, medens Dafetas tal blev henholdsvis 85 og 81.

På baggrund af vurderingerne i henhold til den omtalte model indstillede Lynettegruppen derefter, at der blev indledt forhandlinger med Herling på basis af Herlings alternative tilbud. Dette skete, og der er indgået kontrakt med Herling vedrørende Damhusåen, ligesom der efter, hvad klagenævnet har forstået, også er indgået kontrakt med Herling vedrørende Lynetten.

Der er afgivet vidneforklaringer af Poul Seest Egly og Niels Byager.

Poul Seest Egly, der er direktør for Dafeta, har i hovedtræk forklaret: Sattlers gasbeholdere, som Dafetas tilbud angår, er et standardprodukt. Referencelisten omfatter over hundrede anlæg. I Danmark er der opstillet og kontraheret 10 anlæg. Der er tale om tekstilgasbeholdere med dobbeltmembran. De er meget billige i forhold til stålløsninger. Ifølge tilbudet har hver gasbeholder to blæsere og en gastryksforøger. Den ene af de to blæsere er medtaget som reserve. Der har aldrig været problemer med blæserne. De kører uafbrudt alle vegne. Det er således uberettiget, at Lynettegruppen i sine vurderinger har anbefalet dublering af blæsere og gastryksforøgere. Med hensyn til Damhusåen angiver udbudsmaterialet ikke tagbeklædning, og trappe og lejder er ikke nødvendige for servicering, da den tilbudte gasbeholder ikke har tag. Med hensyn til Lynetten har Dafeta i tilbudet medtaget tag, da dette var foreskrevet. Derimod har man ikke medtaget trappe og lejder, da dette ikke er nødvendigt. Det eneste instrument, der sidder i toppen af gasbeholderne, er et måleinstrument, og Dafeta øver en udstrakt service. Både med hensyn til Damhusåen og Lynetten accepteres tillægget for installationer i gasbrønd. Disse installationer er ikke medtaget i tilbudet ud fra et ønske om at imødekomme bygherren på baggrund af nogle forudgående drøftelser med Lynettegruppen, men de skal med. Den store ubekendte i sagen er den vægtning, som Lynettegruppen har foretaget. Dafeta har først kunnet komme til at se vægtningsmodellen, efter at den er blevet fremlagt for klagenævnet. Modellen er efter vidnets opfattelse alt for vilkårlig, til at man kan basere en afgørelse på den. Realiteten er, at Dafeta som følge af modellen slet ikke har været med i konkurrencen.

Niels Byager, der er ansat som ingeniør i Krüger A/S, der indgår i Lynettegruppen, har i hovedtræk forklaret: Vidnet har udformet udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet og har foretaget vurderingen af tilbudene og udformet Lynettegruppens indstilling. Den store forskel på Dafetas og Herlings gasbeholdere er, at Herlings beholdere har en kontravægt oven på den indvendige membran. Tag er et led i de andres konstruktioner og yder beskyttelse også mod sollyset. Derfor skal der også være trappe og lejder. Efter tillæggene af beløb til tag og/eller trappe og lejder er tilbudene ligestillet. Pointgivningen i vurderingen afspejler ønsket om at få det produkt, man har sat i udbud. Vidnet har anvendt et lignende vægtningsprincip i andre entrepriser. Vidnet kendte Sattlers produkt og kendte også Herling og denne virksomheds produkt.

Dafetas advokat har i hovedtræk anført: Sagen er omfattet af EU's bygge- og anlægsdirektiv, direktiv 93/37/EØF. Det følger af artikel 30, stk. 2, at kriterierne skal angives i rækkefølge med de vigtigste først. Lynettefællesskabet har i udbudsbekendtgørelsen angivet fire kriterier, nemlig kvalitet, funktion, referencer og pris. De tre første kriterier er prøvet ved prækvalifikationen, og det, der har skullet prøves ved vurderingen af tilbudene, har derfor alene været prisen. Kriterierne er angivet noget anderledes i udbudsmaterialet end i udbudsbekendtgørelsen, men hovedkriteriet er under alle omstændigheder det økonomisk mest fordelagtige. Dafeta afgav det billigste tilbud, og der burde derfor være indgået kontrakt med Dafeta. Bortset fra med hensyn til installationer i gasbrønd er Lynettegruppens tillæg af beløb for tag og trappe og lejder irrelevante talmanipulationer, da der har været tale om et funktionsudbud. Hertil kommer Lynettegruppens pointmodel, som først er blevet til efter indhentelsen af tilbud, og som de bydende derfor ikke

kunne indrette sig på. Kriterierne i modellen er ikke de samme som i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet, og vægtningen har en sådan karakter, at prøvelsen er ganske uigennemsigtig og uden sammenhæng med udbudet. Modellen og ikke mindst vægtningen strider mod direktivets artikel 30 som følge af, at den ikke blev angivet ved udbudet. Der mangler fuldstændig transparens. Endvidere må økonomien skulle have den afgørende betydning, men ved modellen er den kun tillagt mindre betydning.

Lynettefællesskabets advokat har anført: Det erkendes, at der er begået formelle fejl ved udbudet som følge af, at man ikke har anvendt samme terminologi i udbudsbekendtgørelsen, udbudsmaterialet og i vurderingen. Det er endvidere kritisabelt, at man i udbudsmaterialet har medtaget kriteriet »andet«. Man har imidlertid holdt sig inden for rammerne af det tilladelige, og der reelt tale om et terminologispørgsmål. Det bestrides, at vurderingen efter prækvalifikationen alene skulle kunne angå prisen. Prækvalifikationen er et spørgsmål om vurdering af tilbudsgiver, ikke af det senere tilbudte produkt. Hertil kommer, at en ordregiver må have et vist skøn ved vurderingen. Det kan ikke kritiseres, at der er tillagt beløb for tag og/eller trappe og lejder. Med hensyn til Lynetten er trappe og lejder angivet på tegningerne, og med hensyn til Damhusåen må forholdet ligge inden for rammerne af ordregivers skøn. Også pointtildelingen og vægtningen i vurderingsskemaet ligger inden for rammerne af ordregivers skøn, og direktivet stiller ikke krav om, at vægtfaktorer og prioriteringen skal angives ved udbudet. Det bør i denne forbindelse bemærkes, at det drejer sig om et funktionsudbud med tilbud efter forskellige principper. Der har ikke været tale om en priskonkurrence, hvilket fremgår klart af udbudet. Klagenævnet kan ikke pålægge en udbyder at indgå kontrakt med en bestemt tilbudsgiver. Nævnet bør endvidere ikke tilsidesætte kontraheringen med Herling. Dafeta har ikke begæret opsættende virkning, og en tilsidesættelse af kontraheringen ville være samfundsmæssigt værdispild.

Alle klagenævnets medlemmer udtaler:

Den anvendte skematiske model har benyttet andre kriterier end kriterierne i udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet, hvorfor anvendelsen af den strider mod det almindelige EU- retlige transparensprincip. Hertil kommer, at modellen uanset de andre tilbudsgiveres tilbudspriser reelt kun kan føre til en antagelse af Herlings tilbud. Modellen favoriserer således Herling, hvilket yderligere er i strid med det almindelige EU-retlige ligebehandlingsprincip. Modellen må desuden anses for at stride mod begrebet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i artikel 30, stk. 1, nr. 2) i bygge- og anlægs direktivet. Når der som i den foreliggende sag er sket udbud med dette begreb som hovedkriterium, må prisen skulle tillægges betydning, i hvert fald når den som i sagen er angivet som delkriterium. Den anvendte vurderingsmodel fører imidlertid til, at prisen reelt er uden betydning, og modellen er for så vidt uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Allerede som følge af det anførte finder klagenævnet, at udbudet har været i strid med EU's udbudsregler, således at nævnet ikke finder anledning til at tage stilling til parternes anbringender i øvrigt.

Klagenævnet kan ikke pålægge Lynettefællesskabet at indgå kontrakt med en bestemt tilbudsgiver. Da anvendelsen af den omtalte model imidlertid må anses for en grov overtrædelse af EU's udbudsregler, finder nævnet det rigtigst i medfør af klagenævnslovens § 5 at annullere Lynettefællesskabets beslutning om at indgå kontrakter med Herling.

I medfør af klagenævnslovens § 16 pålægges det Lynettefællesskabet at betale sagsomkostninger til Dafeta som nedenfor bestemt.

Nævnsmedlemmet Viggo Olesen udtaler yderligere:

Efter en almindelig dansk udbudspraksis, der også er fulgt ved det udbud, som sagen angår, angives det ved udbudet, at hovedkriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud, og at delkriterierne er nævnt i uprioriteret rækkefølge. Efter en almindelig opfattelse i dansk udbudspraksis er udbyder herefter frit stillet med hensyn til hvilken betydning, man vil tillægge de enkelte delkriterier. Lynettegruppen har i den foreliggende sag tydeligvis opfattet stillingen sådan.

Når en udbyder vælger at benytte kriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, skal udbyder imidlertid i henhold til bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 2, enten i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen anføre alle de kriterier, man agter at benytte, »så vidt muligt ordnet efter den betydning, de tillægges, med de vigtigste først.« En tilsvarende regel indeholdes i de andre udbudsdirektiver. Det er noget usikkert, hvad der nærmere ligger heri, men reglen må i det mindste betyde, at delkriterierne skal angives i rækkefølge efter vægt, d.v.s. efter den betydning, som de vil blive tillagt i forhold til hinanden ved udbyders vurdering af tilbudene. Jeg henviser herved til præmis 88 i EF-domstolens dom af 25. april 1996 om de Wallonske busser, sag C-87/94.

Lynettegruppen har imidlertid ikke ved udbudet angivet delkriterierne i rækkefølge efter vægt. Uanset at den på dette punkt har handlet i overensstemmelse med en almindelig dansk udbudspraksis, har den således ved udbudet overtrådt bygge- og anlægsdirektivets artikel 30, stk. 2. Jeg finder det rigtigst at nævne dette som en yderligere begrundelse for sagens resultat.

Nævnsmedlemmerne Rosenmeier og Jørgen Egholm udtaler hertil:

Viggo Olesens foranstående bemærkninger er meget muligt rigtige. Der er imidlertid tale om et vanskeligt fortolkningsspørgsmål, om hvilket der ikke egentligt særskilt procederet, og sagen kan afgøres uden stillingtagen til det. Vi finder det derfor rigtigst ikke at tage stilling til spørgsmålet i forbindelse med den foreliggende sag.

Herefter bestemmes:

Indklagede Lynettefællesskabet I/S' beslutning om at indgå kontrakter med Herling & Co. A/S vedrørende de i sagen omhandlede gasbeholdere annulleres.

Lynettefællesskabet I/S skal til klager Dafeta Trans Aps betale sagsomkostninger med 25.000 kr. Beløbet betales inden 14 dage.

		Defeta Trans				alt.		Herling		Herling alt.	
Anskaffelsespris		2.787.475 kr		2.552.000 kr		2.335.000 kr		3.718.600 kr		2.976.000 kr	
Udbudskrav		80 points		70 points		70 points		70 points		95 points	
Hjælpeenergi		60 -"		100 -"		80 -"		100 -"		100 -"	
Bevægelige dele		60 -"		80 -"		60 -"		90 -"		90 -"	
Vedligehold, maling		100 -"		50 -"		50 -"		50 -"		90 -"	
Benævnelse	Vægtfaktor	%	Vægt	%	Vægt	%	Vægt	%	Vægt	%	Vægt
Anskaffelsespris	20	83,8	16,8	91,5	18,3	100,0	20,0	62,8	12,6	78,5	15,7
Udbudskrav	30	84,2	25,3	73,7	22,1	73,7	22,1	73,7	22,1	100,0	30,0
Hjælpeenergi	15	60,0	9,0	100,0	15,0	80,0	12,0	100,0	15,0	100,0	15,0
Bevægelige dele	15	66,7	10,0	88,9	13,3	66,7	10,0	100,0	15,0	100,0	15,0
Vedligehold, maling	20	100,0	20,0	50,0	10,0	50,0	10,0	50,0	10,0	90,0	18,0
	100		81,0		78,7		74,1		74,7		93,7

Ved beregning af vægtningen er pointværdierne sammenlignet med den bedste score i hvert felt.

28-Aug-95 /NIB