

## Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Suzanne Helsteen, Thomas Jensen)

J.nr.:2008-0015510

10. juli 2008

### K E N D E L S E

European Land Solutions Ltd.

(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

mod

Kystdirektoratet

(Kammeradvokaten ved advokat Kurt Bardeleben)

Ved udbudsbekendtgørelse af 24. november 2006 udbød Kystdirektoratet som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EU-udbudsdirektivet) anden fase af minerydningen efter Anden Verdenskrig på halvøen Skallingen i Vestjylland.

Udbudet blev gennemført som elektronisk udbud på engelsk og med engelsk som kontraktprog.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 17. januar 2007 havde 7 virksomheder anmodet om prækvalifikation.

Den 25. januar 2007 besluttede indklagede at prækvalificere 5 virksomheder, bl.a.:

1. Minegruppen, et joint venture omfattende Per Aarsleff A/S og Damacon A/S (herefter Minegruppen)
2. K.B.Tauber Spezialbau GmbH (herefter Tauber)
3. European Land Solutions Ltd
4. ReasEuro

Udbudsbetingelserne blev tilgængelige for de prækvalificerede den 25. januar 2007. De 4 nævnte virksomheder afgav elektroniske tilbud den 1.

marts 2007. Den 9. marts 2007 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Minegruppen, hvilket samme dag blev meddelt tilbudsgiverne. Kontrakt blev herefter indgået den 27. marts 2007.

Den 5. februar 2008 indgav klageren, European Land Solutions Ltd., klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Kystdirektoratet. Klagen har været behandlet på et møde den 20. maj 2008.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling ved ikke at afvise tilbudet fra Minegruppen, uagtet dette tilbud indeholdt grundlæggende forbehold for materiellets detektionsevne og/eller visse vejr, vand eller naturforhold.

#### Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet ved at prissætte forhold i Minegruppens tilbud, der ikke udgør forbehold.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling ved at beslutte at indgå kontrakt med Minegruppen uden forinden at foretage nødvendige undersøgelser med henblik på at kontrollere, at tilbudet fra denne tilbudsgiver opfyldte kravene i udbudsbetingelserne vedrørende mindste rydningsgenstand og rydningsdybde.

#### Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved efter tilbudsfristens udløb at ændre udbudsbetingelserne væsentligt med hensyn til minimumskravene til rydningsdybde og /eller mindste rydningsgenstand

#### Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved

i forbindelse med evalueringen af tilbudene efter underkriteriet »Pris« at anvende en pointmodel, der ikke fremgår af udbudsbetingelserne, og hvorefter de enkelte tilbud tildeles point på en vilkårlig og uigennemskuelig måde.

#### Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved i udbudsbekendtgørelsen at anføre, at den udbudte tjenesteydelse tilhører kategori 27 »andre ydelser« og dermed er omfattet af bilag II B, idet den udbudte tjenesteydelse tilhører kategori 16 »Kloakering og affaldsbortskaffelse: rensning og lignende tjenesteydelser« og dermed er omfattet af bilag IIA.

#### Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, ved i punkt 23 i »Instruction to Tenderers« at anføre: »Kystdirektoratet reserves the right to accept or reject any Tender, and/or to annul the tendering procedure and reject all Tenders...«

#### Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og gennemsigtighedsprincippet ved i punkt 21.3 i »Instruction to Tenderers« at anføre: »Kystdirektoratet reserves the right to accept or reject any variation, deviation or Alternative Tender.«

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 6 erkendt, at den udbudte tjenesteydelse tilhører kategori 16 og dermed er omfattet af bilag II A.

Indklagede har vedrørende påstand 7 og 8 erkendt overtrædelsen.

#### Sagens nærmere omstændigheder:

Indklagede gennemførte i løbet af 2006 efter EU-udbud en delvis minerydning af Skallingen, det såkaldte fase 1 udbud. Klageren blev tildelt denne

kontrakt. Ifølge klagerens oplysninger oversteg klagerens omkostninger ved gennemførsel af fase 1 i betydelig grad tilbudssummen. Klageren høstede imidlertid en stor mængde erfaringer, som kunne nyttiggøres i forbindelse med udbudet af fase 2, som denne sag handler om. Det er klagerens hovedsynspunkt, at Minegruppen, hvis tilbudte pris lød på ca. en tredjedel af klagerens, ikke med den tilbudte pris kan have fremsat et konditionsmæssigt tilbud.

Det er oplyst, at de gamle tyske minefelter på Skallingen består af 5 forskellige minetyper, T-35, T-42, Holz-42, Schütz-42 og Stockminer. De tre sidstnævnte er alle monteret med tændere af typen ZZ-42. I klitten vil mine og tænder normalt ligge samlet, mens det specielt for Holz- og Schützminernes vedkommende er mest sandsynligt, at minen går i opløsning under erosionsprocessen, således at tænderne vil være den eneste intakte del på stranden.

Udbudsbekendtgørelsen – vedrørende fase 2 - af 24. november 2006 indeholder følgende:

» ...  
 The suspect area on Skallingen is the remnant of a larger mined area, which was cleared 1945-1947...  
 The finalised phase 1 consisted of 3 separate areas of approximately 180 000 m<sup>2</sup> in total.  
 Phase 2 of the clearance concerns 3 separate areas of approximately 462.000 m<sup>2</sup> in total which consists of approximately 133 000 m<sup>2</sup> dunes and 329 000 m<sup>2</sup> sandy beach.  
 The depth of the clearance is 2 m in the beach area and up till 10 m in the dune area.  
 .....«

I udbudsbetingelsernes kravspecifikation er bl.a. anført følgende:

#### »6.3 Significant Items

...  
 Prior to Phase 1, KDI [indklagede] defined the minimum target for both dunes and beach to be a ZZ-42 fuse. The experience from Phase 1 has confirmed that the ZZ-42 fuse does appear separated from other mine components both in the dunes and in the beach. The minimum target for Phase 2 therefore remains a ZZ-42 fuse.

#### ... 7.6 Sequence of Clearance

...

The Contractor must clear and hand over Area AB in 2007, Area BC before 1<sup>st</sup> August 2008 and Area CD no later than the 15<sup>th</sup> October 2008.

...

#### 7.7 Clearance Methodology

Due to the complexity of the task, the highly dynamic, exposed environment and the time constraints, KDI envisages a clearance process of an industrial nature. No detection tools known by KDI can from the surface detect the minimum target to the required depth. Clearance methods are therefore expected to include detection and removal of large volumes of sand in order to detect deeper. However, KDI will not prescribe a clearance methodology to the Contractor, but will invite innovative approaches to the clearance.

...

#### 8.2 Depth of Clearance

...

In the dunes the clearance depth is the surface in which the mines were laid in 1944. KDI has produced a differential model of the landscape, showing the differences between the estimated surface in 1944 and the surface in December 2006.

...

In the beach the clearance depth is defined from the confirmed surface at the time of the clearance. The beach must be cleared to a depth of 150 cm below the confirmed surface, between the high water mark(...) and the foot of the dunes. Between the high water mark (...) and the mean water line (...) the beach must be cleared to a depth of 50 cm below the confirmed surface

...

#### 11.7 Capability Test of Detection Equipment

Before commencing operations the Contractor must perform a capability test of all detection tools, monitored by KDI and an external quality auditor.

...«

I kravspecifikationen henvises der til fase 1 udbudet og erfaringerne herfra. Som svar på et spørgsmål anføres det således i Addendum no. 1:

»We confirm that all relevant information from Phase 1 is included in the Tender Dossier for Phase 2.«

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne »A. Contractor's proposal«, »B. Contractor's key personnel« og »C. Price«. Underkriterierne vægtede henholdsvis 40 %, 30 % og 30 %.

Til underkriterium »A. Contractor's proposal« var fastsat følgende delkriterier:

- The method and technology used
- Equipment and plant to be employed
- Workplan
- Outline implementation plan shown as a bar chart and schedule
- Contractor's project organisation...
- Description of quality management
- Risk Management and worksite safety
- Management of environmental issues
- Collaboration and communication with the employer's personnel, land owners and Danish authorities

Efter indlevering af tilbud fik tilbudsgiverne hver for sig lejlighed til på et møde i Lemvig i overensstemmelse med udbudsbetingelserne at præsentere deres tilbud.

Taubers tilbud blev herefter afvist som ikke konditionsmæssigt.

I forbindelse med tilbudspræsentationen fik indklagede »den opfattelse, at Minegruppen reelt havde baseret sig på en detektionsevne på 75 cm og ikke 80-100 cm som angivet i tilbudet«. Efter det oplyste valgte indklagede derfor »at kapitalisere det potentielle ekstra krav om betaling for merafgravning af sand som et forbehold.« Indklagede tillagde derfor efter det oplyste under skriftvekslingen og på mødet i Klagenævnet Minegruppens tilbud et beløb på ca. 9 mio. kr. Af en intern opgørelse fremgår under overskriften »Kapitalisering af Minegruppens forbehold« et samlet beløb på 6.598.267 kr. Det fremgår således ikke entydigt, hvorledes og med hvilket beløb indklagedes såkaldte justering af Minegruppens tilbud er sket.

Eksklusiv moms lød de indkomne tilbuds priser herefter som følger:

|                |                 |
|----------------|-----------------|
| 1. Minegruppen | 38.245.262 kr.  |
| 2. Tauber      | 53.055.971 kr.  |
| 3. Klageren    | 102.243.538 kr. |
| 4. ReasEuro    | 135.211.538 kr. |

Underkriteriet »Pris« er i øvrigt vurderet efter følgende skala:

|                 |         |
|-----------------|---------|
| Laveste pris    | 4 point |
| 0-20 % højere   | 3 point |
| 20-50 % højere  | 2 point |
| 50-100 % højere | 1 point |
| Mere end 100 %  | 0 point |

Sat i forhold til den laveste tilbudte pris er skalaen således:

|                 |                                   |         |
|-----------------|-----------------------------------|---------|
| Laveste pris    | (38.245.262 kr.)                  | 4 point |
| 0-20 % højere   | (38.245.262 kr. - 45.894.314 kr.) | 3 point |
| 20-50 % højere  | (45.894.314 kr. - 57.367.893 kr.) | 2 point |
| 50-100 % højere | (57.367.893 kr. - 76.490.524 kr.) | 1 point |
| Mere end 100 %  | (>76.490.524 kr.)                 | 0 point |

Under evalueringen opnåede klageren højeste pointtal så vidt angår underkriterierne »Proposal« og »Key Personel«. Underkriteriet »Pris«, hvor klageren og ReasEuro opnåede 0 point og Minegruppen (vægtet) 1,2 point, blev herefter afgørende. Det fremgår således af oplysningerne om den nærmere evaluering af de 3 resterende tilbud, herunder den detaljerede pointgivning og vægtning, at Minegruppen samlet opnåede 3,47 point, klageren 2,69 point og ReasEuro 2,26 point.

I overensstemmelse med udbudsbetingelsernes punkt 11.7 blev der herefter og altså før, at arbejderne blev iværksat, gennemført kapacitetstests.

Indklagede har den 2. juli 2007 og den 24. juli 2007 udarbejdet testrapporter. Det konkluderes heri:

»Both the WADS and the Förster proton magnetometer in the configurations described in this paper, under the conditions given at Skallingen, are able to detect metal AT-mines at 150 m depth in the dry beach. They detected the same AT-mines in 130 cm in wet beach. The detection capabilities were not tested to their maximum.

All tested equipment could also find all stock mines in 60 cm depth in wet and in 80 cm in dry beach. The detection capabilities were not tested to their maximum.

None of the tested equipment could find all the fuses (type ZZ-47 and M/47) in 30 cm, neither in wet nor in dry beach.

Although the clearance rate of combined tools against ZZ-42 is higher than the clearance rate of each tool alone, this trial does not assess the capacity of combined tools against the relevant targets. If Minegruppen wants accreditation of a system of combined tools it will take a separate trial with the aim of establishing this capacity.

The distances between indications and targets are sometimes up to two meters. This can be a challenge both to safety and certainty of clearance. It must be considered in the follow up clearance procedures.«

I august 2007 blev der udarbejdet en fornyet risikovurdering af ZZ-42 tænder. Om begrundelsen herfor hedder det:

»...Under tests udført af Minegruppen ...og Kystdirektoratet i juni 2007 har det vist sig, at tænderne giver meget uens udslag på det søgemateriel som skal anvendes i Fase 2 (Förster protonmagnetometer og Wide Area Detection System). Der er derfor en risiko for at en del af tænderne ikke vil kunne detekteres.

Det er derfor relevant at lave en fornyet vurdering af hvorvidt ZZ-42 på stranden udgør en fare for offentligheden som overstiger det der er acceptabelt i et samfund som det danske....«

Det konkluderes:

»Trods diverse usikkerheder i ovenstående kan det fastslås at risikoen for at en gæst på Skallingen kommer i berøring med en enlig ZZ-42, der er sprængfarlig, er meget lille. Faren for en utilsigtet detonation med personskade er endnu mindre. Endeligt er omfanget af den skade som en detonator kan udrette meget begrænset.«

Projektchef for minerydningen på Skallingen, Erik Willadsen, har den 20. februar 2008 udarbejdet et notat om »Fremdrift i forhold til tidsplan«. Det fremgår heraf:

»...

I forhold til Minegruppens tidsplan blev der i perioden frem til september 2007 akkumuleret en forsinkelse på 4-5 uger. Denne forsinkelse blev dog indhentet således at hele område AB kunne meldes færdigryddet 19. december 2007.

Desuden blev halvdelen af område CD færdigmeldt ligeledes 19. december 2007.

Kystdirektoratet gennemfører i øjeblikket en omfattende kvalitetskontrol af de færdigmeldte områder. Denne forventes afsluttet 7. marts 2008.

Arbejdet i de resterende områder, BC og anden halvdel af CD er så langt fremme at de forventes at blive færdigmeldt inden 1. april 2008. Vejrlig eller andre uforudsete forhold kan naturligvis påvirke tidsplanen.

Alt i alt må det konstateres at Minegruppen indtil videre har overholdt de aftalte tidsterminer og alt tyder på at de vil afslutte opgaven væsentligt før deres afleveringsfrist udløber.

...«

Arbejdet med minerydningen på Skallingen blev erklæret færdigt og markeret med genåbning for publikum den 11. april 2008, det vil sige mere end et halvt år før udløbet af fristen for aflevering den 15. oktober 2008.

Af et notat af 30. april 2008 udarbejdet af konsulentfirmaet Bascon, som har bistået indklagede under udbudet, fremgår bl.a.:

»...

Kontrakten er gennemført tilfredsstillende.

...

Under arbejdets gang har Kystdirektoratet udarbejdet stk. 14 site [instruktioner]:

Site instruktioner udarbejdet af Kystdirektoratet:

| <u>SI Nr.</u> | <u>Emne</u>                                               | <u>Variation<br/>Order nr</u> |
|---------------|-----------------------------------------------------------|-------------------------------|
| SI 001        | 5 meter overlap mellem fase 1 og fase 2                   | nej                           |
| SI 002        | Dokumentation af rydning ved klitfod                      | nej                           |
| SI 003        | Rydning under bundkoten                                   | nej                           |
| SI 004        | Grænsedragning mellem SVN og MG                           | nej                           |
| SI 005        | Detektion i strand af ZZ42                                | nej                           |
| SI 006        | Detektion i klit af ZZ42                                  | ja                            |
| SI 007        | Gældende bundkotemodel                                    | nej                           |
| SI 008        | Ekstra rydning i område AB-DU-02                          | ja                            |
| SI 009        | Rydning mellem 47-hegnet og kontraktens Rydningsperimeter | nej                           |
| SI 010        | Genskabelse af klitoverflade                              | nej                           |
| SI 011        | Opmåling af rydningsbunden i klitområder                  | nej                           |
| SI 012        | Minesøgning under rydningsbund i klitområder              | ja                            |
| SI 013        | Opsætning af minehegn                                     | ja                            |

|        |                      |    |
|--------|----------------------|----|
| SI 014 | Udvidelse af P-plads | ja |
|--------|----------------------|----|

På grundlag heraf modtog Kystdirektoratet 5 stk. variation orders udarbejdet af Minegruppen:

Variation Orders udarbejdet af Minegruppen

| <u>Nr.</u> | <u>Refererer til SI Nr.</u>                          | <u>Beløb</u> |
|------------|------------------------------------------------------|--------------|
| VO 005     | SI 006: Detektion i klit af ZZ42                     | 27,700 mio   |
| VO 006     | SI 008: Ekstra rydning i område AB-DU-02             | 0,035 mio.   |
| VO 007     | SI 012 Minesøgning under rydningsbund i klit-områder | 0,483 mio.   |
| VO 008     | SI 013 Opsætning af minehegn                         | 0,248 mio    |
| VO 009     | SI 014 Udvidelse af P-plads                          | 0,026 mio    |

På baggrund heraf er der opstillet følgende byggeregnskab:

Byggeregnskab, alle beløb er ekskl. moms

|                                                               |                   |
|---------------------------------------------------------------|-------------------|
| Accepteret kontraktbeløb i alt uden options-Priser (subtotal) | <u>34.264.462</u> |
| Variation Order nr. 005 (ekstraarbejde)                       | 27.700.000        |
| Variation Order nr. 006 (ekstraarbejde)                       | 35.770            |
| Variation Order nr. 007 (ekstraarbejde)                       | 483.000           |
| Variation Order nr. 008 (ekstraarbejde)                       | 248.080           |
| Variation Order nr. 009 (ekstraarbejde)                       | 26.215            |
| I alt                                                         | 62.757.527 «      |

Indklagede har i duplikken af 13. maj 2008 oplyst, at der »som led i den løbende revurdering af krav og fremgangsmåder« ved såkaldt »Humanitær minerydning« er foretaget følgende »justeringer«:

1. Kravet om, at alle ZZ-42 i stranden fjernes, er frafaldet
2. Der er stillet krav om fuldstændig sigtning af hele risikovolumen i klit, og denne risikovolumen er udvidet
3. Der er justeret på arealgrænserne
4. Der er stillet krav om ekstra kontroldetektion på bundkoten under den sigtede risikovolumen i visse klitarealer
5. Krav til dokumentation er præciseret
6. Den præcise placering af bundkoten for rydningen er korrigeret med krav om, at eventuelle miner, der findes under denne bundkote, skal

ryddes

7. Der er pålagt ekstra opgaver uden direkte forbindelse til minerydningen, så som opsætning og nedtagning af hegn og etablering af parkeringsplads.

Holger Behrens har forklaret, at han er medgrundlægger af det klagende selskab, der beskæftiger sig globalt med minerydning. Det mest komplicerede ved den udbudte opgave var – som i fase 1 - at finde ZZ-42 tænderne. Lykkes det, er man sikker på, at alt andet også er med. Når man er nået til den maksimale detektionsdybde, skal resten af genstandene findes og fjernes gennem sigtning af sandet. De fastsatte deadlines var relativt fleksible, men alligevel en udfordring. Dersom der ikke havde været stillet krav om fjernelse af ZZ-42 tænderne på stranden, vil han skønne, at klagerens tilbudte pris kunne have været nedsat med en tredjedel. Da klageren erfarede den pris, som Minegruppen havde tilbudt, anså klageren det for en god nyhed, for en så lav pris kunne kun betyde, at tilbudet ikke var konditionsmæssigt. Muligheden for, at Minegruppen måske disponerede over ny revolutionerende teknik og derfor kunne tilbyde en meget lav pris, anså klageren ud fra sit dybtgående kendskab til verdensmarkedet for ikke eksisterende. Alle anvender WADS og Förster, også klageren. Klageren blev derfor chokeret, da Minegruppen fik tildelt kontrakten.

Direktør Jesper Holt Jensen, Kystdirektoratet, har forklaret, at Danmark er konventionsmæssigt forpligtet til at have tilendebragt minerydningen inden marts 2009. Han blev orienteret om, at der ikke var forbehold i Minegruppens tilbud, men der var noget, der krævede et tillæg på ca. 9 mio. kr. Der blev betalt 27,7 mio. kr. for ekstraarbejder efter et forlig.

Projektchef Erik Willadsen har forklaret, at indklagede havde været yderst tilfredse med klagerens udførelse af opgaven vedrørende fase 1. Efter at have revurderet trusselsbilledet i løbet af sommeren ændrede indklagede kravene vedrørende ZZ-42 i strandområderne. I klitområderne er risikoen for, at minen ligger sammen med tænderen, fortsat bestående. Derfor blev kravene ikke ændret vedrørende klitområderne. Man er nødt til hele tiden at vurdere trusselsbilledet. Revurderingen resulterede i ekstrabetaling. Kun de ændringer, der har økonomisk betydning, er anført som »variation order«. Han deltog i evalueringen af de indkomne tilbud. Der var et eller andet ved minegruppens tilbud, der gav anledning til at tro, at det ville blive dyrere

end anført. Indklagede ønskede med sit pristillæg blot at sikre sig, hvis Minegruppens tilbud viste sig ikke at kunne det, der var anført.

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1 og 2

Klageren har gjort gældende, at det forhold, at klageren ikke har fuld aktindsigt i Minegruppens tilbud og i den indgåede kontrakt, bevirker, at klageren i et vist omfang har måttet bygge sine påstande om indklagedes overtrædelser af udbudsreglerne på antagelser ud fra de oplysninger, der er tilgængelige for klageren.

Klageren har herefter gjort gældende, at indklagede var forpligtet til at afvise Minegruppens tilbud, da dette tilbud må have indeholdt grundlæggende forbehold over for risikofordelingen mellem Minegruppen og indklagede.

Minegruppen har i sit fremsendelsesbrev anført: »The methods, technology and work plan described in Enclosure A: Contractors Proposal, chapter A 2, are an integrated part of our Tender.« Det må forstås således, at det er en betingelse, at den beskrevne teknologi fungerer som forudsat. Indklagede har selv brugt ordet »forbehold« i forbindelse med sin prissætning.

I hvert fald skulle indklagede have afvist Minegruppens tilbud, da det stod klart, at Minegruppens rydningsmateriel ikke klarede kapacitettesten tilfredsstillende. Dette fremgik klart af de tests, som blev foretaget, efter at Minegruppen havde fået tildelt kontrakten.

Indklagede har gjort gældende, at Minegruppen ikke havde taget noget forbehold. Der er derfor ikke tale om, at der i strid med reglerne er sket prissætning af et grundlæggende forbehold. Såfremt der havde været tale om forbehold, kunne det i givet fald nemt have været prissat. Der er tale om intern risikoafdækning af formodede ekstrakrav, som under hensyntagen til sagens særlige omstændigheder måtte håndteres budgetmæssigt.

I øvrigt var der så stor forskel på de tilbudte priser, at selv en uberettiget prissætning ikke ville have gjort nogen forskel. Den pris, som klageren tilbød, sprængte alle indklagedes økonomiske rammer.

#### Ad påstand 3 og 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede ganske vist ikke som udgangspunkt har nogen pligt til på forhånd at sikre sig, at tilbudene lever op til det, der er tilbudt. I det konkrete tilfælde havde indklagede imidlertid haft en sådan pligt. Det skyldes, at Minegruppens tilbudte pris var usædvanlig lav, at indklagede vidste, at der ikke var tilbudt nye revolutionerende systemer, og at indklagede efter fase 1 sad inde med viden om, hvad der krævedes til en tilfredsstillende løsning af opgaven.

Klageren har endvidere gjort gældende, at det må lægges til grund, at Minegruppen ikke har gennemført de i udbudsbetingelsernes punkt 11.3 beskrevne kapacitetstests med tilfredsstillende resultat, særligt for så vidt angår ZZ-42. Som følge heraf valgte indklagede at foretage en fornyet risikovurdering af ZZ-42 og efterfølgende helt at frafalde kravet til rydning af ZZ-42 på stranden. Definitionen af den mindste rydningsgenstand er altafgørende for planlægningen og udførelsen af hele projektet, herunder særligt valg af teknisk udstyr, tidsforbrug, ressourceforbrug og kvalitetssikring. Indklagede har – til fordel for Minegruppen – efter tilbudsfristens udløb ændret på et af udbudsbetingelsernes minimumskrav, oven i købet et krav af meget stor betydning for de tilbudspriser, der blev afgivet. Klageren vurderer således, at klageren kunne have reduceret sin tilbudssum med mindst 30-40 %, såfremt indklagede ikke havde stillet krav om rydning af ZZ-42 i stranden.

Klageren har endelig gjort gældende, at den omstændighed, at Minegruppen har kunnet aflevere samtlige områder mere end et halvt år før det krævede tidspunkt, understøtter, at der er tale om en meget væsentlig ændring af udbudsgrundlaget.

Sammenfattende har klageren gjort gældende, at indklagede – ved at fastsætte en metode, hvor der skulle ske en endelig evaluering af det tilbudte udstyrs egnethed i form af kapacitetstests *efter* kontaktindgåelsestidspunktet – har lagt op til, at i hvert fald dele af perioden efter kontraktindgåelsen må inddrages i Klagenævnets vurdering. Indklagede er ikke berettiget til, når

kapacitetstesten af den vindende tilbudsgivers tekniske udstyr viser sig utilfredsstillende, da blot at ændre på udbudsbetingelserne.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har pligt til på forhånd at foretage undersøgelse af, om det tilbudte vil kunne leveres til den tilbudte pris. Den valgte fremgangsmåde skal ses i lyset af de særlige sikkerhedsmæssige aspekter, der er forbundet med minerydning af et fremtidigt rekreativt område. Det er naturligt, at der foretages løbende revurdering af krav og fremgangsmåder, hvilket gælder både rydningsdybden og kravene vedrørende mindste rydningsgenstand. En sådan løbende revurdering har fundet sted, uden at der er ændret afgørende på udgangspunktet om, at der skal foretages en 100 % forsvarlig minerydning af området. Opgaven har ikke efter kontraktens indgåelse skiftet karakter på en sådan måde, at indklagede har overtrådt udbudsreglerne.

#### Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at pointskalaen ikke er nævnt i udbudsmaterialet. Den trinvis pointskala gør det tilfældigt og uigennemskueligt, i hvilket omfang en given prisforskel mellem to tilbud giver sig udslag. Klageren har illustreret dette med eksempler på grundlag af skemaet med den faktiske tilbudte laveste pris. Dersom der ved evalueringen skal tages udgangspunkt i den laveste tilbudte pris, skal det ske forholdsmæssigt på en lineær skala i stedet for en trinskala.

Indklagede, der er enig i, at pointangivelser ikke er egnede til at vurdere den tilbudte pris, har gjort gældende, at modellen i det konkrete tilfælde ikke har haft praktisk betydning.

#### Ad påstand 6

Klagen har gjort gældende, at indklagede korrekt har klassificeret den udbudte tjenesteydelse under CPV-koden 90122000 (»Tjenesteydelser i forbindelse med særligt affald«). Denne CVP-kode er omfattet af kategori 16 (»Kloakering og affaldsbortskaffelse, rensning og lignende tjenesteydelser«) og dermed af udbudsdirektivets Bilag II A. Indklagede har fejlagtigt anført, at der er tale om en tjenesteydelse omfattet af kategori 27 og dermed af direktivets Bilag II B.

Indklagede, der har erkendt, at ydelsen er omfattet af kategori 16 og Bilag II A, har gjort gældende, at der er tale om en formel skrivefejl, som ikke i sig selv udgør en overtrædelse af direktivet.

#### Ad påstand 7 og 8

Klageren har gjort gældende, at indklagede har overtrådt udbudsreglerne ved at anføre, at indklagede forbeholder sig retten til at vælge frit mellem de indkomne tilbud, til at annullere udbudet og til at acceptere eller afvise alternative tilbud m.v.

Indklagede har erkendt overtrædelserne

#### Klagenævnet udtaler:

#### Ad påstand 1, 2 , 3 og 4

Klagenævnet har gennemgået Minegruppens tilbud, som ikke i sin helhed har været tilgængeligt for klageren. Klagenævnet går herefter ud fra, at indklagede bygger sin antagelse om, hvilken dybde Minegruppen gik ud fra, at udstyret kunne finde genstande i, på følgende bemærkning i Minegruppens tilbud:

»A.2.2. Mine detection and clearance Equipment...

WADS

...

Recent tests have shown that WADS is capable of detecting the ZZ-42 at a depth of approx. 1,5 m in the dry zone and 0,75 m in the wet zone. The test rapport is in annexe A«

Erfaringerne fra fase 1 udbudet skulle indgå i fase 2 udbudet, men var ikke beskrevet i det materiale, der blev stillet til rådighed for tilbudsgiverne. Navnlig er de specielle vanskeligheder med at finde ZZ-42 tændere i vådt sand under anvendelse af det maskinel, som nu engang anvendes i branchen, ikke omtalt. Disse vanskeligheder var indklagede og klageren, men ikke de øvrige tilbudsgivere, herunder Minegruppen, bekendt med. Minegruppen havde altså ikke med den viden, der var på markedet, mulighed for

at antage, at Wads ikke var i stand til at finde ZZ-42 tændere i en dybde af 75 cm i vådt sand.

Det er en fejl ved udbudsbetingelserne, at de helt specielle vanskeligheder i forbindelse med minerydningen i vådt sand, som indklagede og klageren havde kendskab til, ikke var oplyst.

På den anførte baggrund kan den citerede bemærkning i Minegruppens tilbud ikke anses for et grundlæggende forbehold, således at Minegruppens tilbud ikke kunne tages i betragtning.

Klagenævnet har heller ikke grundlag for at fastslå, at Minegruppens tilbud i øvrigt indeholder grundlæggende forbehold.

Indklagede har under skriftvekslingen for Klagenævnet fastholdt, at Minegruppens tilbud ikke indeholder forbehold. Klagenævnet kan tiltræde denne vurdering.

Klagenævnet tager ikke stilling til, hvorvidt Minegruppen, dersom indklagede ikke af sig selv havde ønsket at yde merbetaling, kunne gøre krav på merbetaling på grund af de vanskeligheder ved at finde ZZ-42 tænderne i vådt sand, som indklagede forudså, og som bevirkede, at indklagede tillagde Minegruppens tilbud et beløb i forbindelse med evalueringen.

Påstand 1 tages herefter ikke til følge.

Det følger af det anførte, at påstand 2 tages til følge.

Udbudsbetingelserne er udformet, så valg af den tilbudsgiver, der fik kontrakten tildelt, fandt sted før – og uden hensyntagen til – de obligatoriske tests, som var fastsat i udbudsbetingelsernes punkt 11.7.

En tilbudsgiver har som udgangspunkt ikke pligt til at sikre sig, at tilbud lever op til det tilbudte. I dette tilfælde har indklagede imidlertid fastsat en kontrol heraf gennem tests, jf. udbudsbetingelsernes punkt 11.7. Indklagede har således anset det for nødvendigt at sikre sig, at den tilbudsgiver, der fik kontrakten, kunne gennemføre opgaven. Der var dog tale om en omvendt rækkefølge, idet testen først skulle gennemføres efter, at tildelingsbeslut-

ningen var truffet. Testen viste, at Minegruppens tilbud ikke fuldt ud levede op til de fastsatte krav. Indklagede drog ikke den konsekvens heraf at opsigge den indgåede kontrakt og foranstalte nyt udbud.

På denne baggrund har indklagede handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsdirektivet ved at beslutte at indgå kontakt med Minegruppen, men først efterfølgende at foranstalte de nødvendige undersøgelser.

Påstand 3 tages derfor til følge, således at det konstateres, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at tilrettelægge udbudet på den måde, at testene blev gennemført efter kontrakttildelingen.

Uanset om de gennemførte tests var årsag til ændringen af udbudsbetingelserne vedrørende minimumskravene eller ej, lægger Klagenævnet efter sagens oplysninger til grund, at ændringen af kravet til rydning af ZZ-42 tændere er så væsentlig i forhold til udbudsbetingelserne, at den har krævet nyt udbud.

Påstand 4 tages derfor til følge.

#### Ad påstand 5

Som klageren har påvist, medfører den valgte pointmodel, at forskellene i de tilbudte priser giver vilkårlige udslag ved evalueringen.

Påstanden tages til følge.

#### Ad påstand 6

Med den bemærkning, at indklagede ikke har handlet, som om der var tale om et udbud omfattet af Bilag II B, og den fejlagtige klassificering således ikke har haft betydning, tages påstanden til følge.

#### Ad påstand 7

Som erkendt af indklagede er adgangen til at vælge mellem de indkomne tilbud eller annullere et udbud ikke fri. En offentlig udbyder, som vælger mellem de indkomne tilbud uden overholdelse af tildelingskriteriet, eller

som uden saglig grund annullerer et udbud, handler i strid med EU-udbudsreglerne. Indklagede har således overtrådt Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, ved i »Instruction to Tenderers« at anføre: »Kystdirektoratet reserves the right to accept or reject any Tender, and/or to annul the tendering procedure and reject all Tenders...«.

Påstanden tages til følge.

#### Ad påstand 8

Som erkendt af indklagede er heller ikke adgangen til at vælge mellem de indkomne alternative tilbud fri. Indklagede har derfor handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og gennemsigtighedsprincippet ved i »Instruction to Tenderers« at anføre: »Kystdirektoratet reserves the right to accept or reject any variation, deviation or Alternative Tender.«

Påstanden tages til følge.

#### Herefter bestemmes:

##### Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet ved at prissætte forhold i Minegruppens tilbud, der ikke udgør forbehold.

##### Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og gennemsigtighedsprincippet ved at tilrettelægge udbudet således, at de obligatoriske tests, der var fastsat i udbudsbetingelserne, blev gennemført efter kontrakttildelingen og således ikke kunne have indflydelse på kontrakttildelingen.

##### Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved efter tilbudsfristens udløb at ændre udbudsbetingelserne væsentligt med hensyn til minimumskravene til rydningsdybde og/eller mindste rydningsgenstand.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved i forbindelse med evalueringen af tilbudene efter underkriteriet »Pris« at anvende en pointmodel, der ikke fremgår af udbudsbetingelserne, og hvorefter de enkelte tilbud tildeles point på en vilkårlig og uigennemskuelig måde.

Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved i udbudsbekendtgørelsen at anføre, at den udbudte tjenesteydelse tilhører kategori 27 »andre ydelser« og dermed er omfattet af bilag II B, idet den udbudte tjenesteydelse tilhører kategori 16 »Kloakering og affaldsbortskaffelse: rensning og lignende tjenesteydelser« og dermed er omfattet af bilag IIA.

Ad påstand 7

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, ved i »Instruction to Tenderers« at anføre: »Kystdirektoratet reserves the right to accept or reject any Tender, and/or to annul the tendering procedure and reject all Tenders...«

Ad påstand 8

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og gennemsigtighedsprincippet ved i punkt 21.3 i »Instruction to Tenderers« at anføre: »Kystdirektoratet reserves the right to accept or reject any variation, deviation or Alternative Tender.«

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1.

Indklagede, Kystdirektoratet, skal i sagsomkostninger til klageren, European Land Solutions, Ltd., betale 80.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach  
kontorfuldmægtig