

K E N D E L S E

Søby Værft A/S
(advokat Hans Henrik Banke, Odense)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(Kammeradvokaten v/advokat Rasmus Holm Hansen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 080-141253 af 19. april 2016, offentliggjort den 23. april 2016, udbød Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (i det følgende FMI) en 4-årig rammeaftale om vedligeholdelse af Marinehjemmeværnets fartøjer til en anslået værdi af 100 mio. kr. Aftalen blev udbudt som udbud med forhandling efter udbudsloven. Det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at FMI forventede at prækvalificere 5 ansøgere.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 19. maj 2016 havde 7 virksomheder anmodet om prækvalifikation. Den 31. maj 2016 besluttede FMI at prækvalificere følgende virksomheder:

- Faaborg Værft A/S
- Hvide Sande Shipyard, Steel and Service
- Jobi Værft A/S
- Søby Værft A/S
- Vestergaard Marine Service A/S

3 af de prækvalificerede virksomheder, Faaborg Værft A/S, Jobi Værft A/S og Søby Værft A/S (i det følgende Søby Værft) afgav tilbud, og FMI indledte forhandlinger med alle 3 tilbudsgivere.

Ved brev af 30. januar 2017 meddelte FMI blandt andre Søby Værft, at Faaborg Værft A/S havde afgivet tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Den 8. februar 2017 indgav Søby Værft klage til Klagenævnet for Udbud over FMI. Søby Værft fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 9. marts 2017 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om ”fumus boni juris” ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet skriftligt.

Søby Værft har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1 (misinformation)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Faaborg Værft A/S, idet beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med fejl, da FMI under de forudgående forhandlinger med Søby Værft misinformerede denne, hvorved denne blev afskåret fra at forbedre sit endelige tilbud og dermed opnå det antal yderligere point, der kunne have medført, at Søby Værft havde vundet kontrakten.

Påstand 2 (uberettiget dokumentationskrav)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Faaborg Værft A/S, idet beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med fejl, da FMI ved tilbudsevalueringen lagde vægt på, at Søby Værft vedrørende pkt. 9 Jordforurening i bilag 2 til udbudsbetingelserne, ikke havde dokumenteret egenkontrol vedrørende belægninger, uagtet der i udbudsmaterialet på dette punkt netop ikke var stillet krav om dokumentation, men om en beskrivelse.

Påstand 3 (overset beskrivelse og dokumentation vedrørende egenkontrol af belægninger)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Faaborg Værft A/S, idet beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med fejl, da FMI ved tilbudsevalueringen lagde vægt på, at Søby Værft vedrørende pkt. 9 Jordforurening i bilag 2 til udbudsbetingelserne, ikke havde dokumenteret egenkontrol vedrørende belægninger, uagtet dette fremgik af den miljøgodkendelse Søby Værft havde henvist til og fremsendt som en del af tilbuddet.

Påstand 4 (overset information vedrørende udsugningsanlæg og kvaliteten af disse)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Faaborg Værft A/S, idet beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med fejl, da FMI ved tilbudsevalueringen lagde vægt på, at Søby Værft vedrørende pkt. 5 Luftforurening i bilag 2 til udbudsbetingelserne, ikke havde angivet information omkring eventuelle udsugningsanlæg og filtre samt kvaliteten af disse, uagtet sådanne informationer var angivet i den miljøgodkendelse, der indgik i Søby Værfts tilbudsmateriale.

Påstand 5 (annullation)

Klagenævnet for Udbud skal annullere FMIs beslutning af 30. januar 2017 om at tildele den udbudte kontrakt til Faaborg Værft A/S.

Påstand 7 (manglende miljøgodkendelse)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Faaborg Værft A/S, idet beslutningen er behæftet med en fejl, da FMI ved tildelingen ikke har tillagt det betydning, at tilbuddet fra Faaborg Værft A/S ikke opfylder kravet om, at de udbudte vedligeholdelsesaktiviteter er omfattet af Faaborg Værft A/S' miljøgodkendelse vedrørende sandblæsning.

Påstand 8 (manglende miljøgodkendelse)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at omgøre sin tildelingsbeslutning, idet beslutningen er behæftet med en fejl, da FMI efter til-

delingen, men inden kontraktindgåelsen, har undladt at undersøge og dermed overset, at tilbuddet fra Faaborg Værft A/S ikke opfylder kravet om, at de udbudte vedligeholdelsesaktiviteter er omfattet af Faaborg Værft A/S' miljøgodkendelse vedrørende sandblæsning.

Påstand 9 (utilstrækkelig miljøgodkendelse)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Faaborg Værft A/S, idet beslutningen er behæftet med en fejl, da FMI ved tildelingen ikke har tillagt det betydning, at Faaborg Værft A/S ved afgivelsen af tilbuddet ikke var i besiddelse af en miljøgodkendelse, der tillod udførelsen af de tilbudte vedligeholdelsesaktiviteter vedrørende sandblæsning.

Påstand 10 (erstatning)

FMI tilpligtes at anerkende at være erstatningsansvarlig for Søby Værfts tabte dækningsbidrag ved ikke at være tildelt den udbudte kontrakt med reparation og vedligeholdelse af Marinehjemmeværnets fartøjer.

Påstand 11 (subsidiær påstand – annullation af udbudsforretningen)

Såfremt Søby Værft ikke får medhold i påstand 5, skal Klagenævnet for Udbud annullere tildelingsbeslutningen og udbudsforretningen, idet FMI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at foretage en kontrakttildelelse på det foreliggende udbudsgrundlag og den gennemførte udbudsproces, uagtet udbudsgrundlaget på grund af uklarheder og udbudsprocessen på grund af vilkårlighed, var uegnede til at danne grundlag for en tildelingsbeslutning.

FMI har vedrørende påstand 1-9 og 11 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

FMI har vedrørende påstand 10 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 10, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1-9 og 11.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsmaterialets "Udbudsbetingelser" står der bl.a.:

”2.2 Oversigt over proceduren

...

BAFO bliver derefter evalueret af FMI på baggrund af tildelingskriterierne i afsnit 9. Rammeaftalen tildeles på baggrund af “bedste forhold mellem pris og kvalitet

...

5. INDSENDELSE OG DETALJERET BESKRIVELSE AF INDO(S)

5.1 Indsendelse af første vejledende tilbud (INDO1)

Efter nøje at have læst udbudsmaterialet, herunder mulige spørgsmål og svar, jf. afsnit 4.1, anmodes tilbudsgiverne til at indsende deres første vejledende tilbud (INDO 1)

...

5.2 Detaljeret beskrivelse af INDO(s)

INDO1 bør være i overensstemmelse med al udbudsmaterialet og opfylde alle krav jf. afsnit 8.1. Således bør det i princippet være muligt at indgå Rammeaftalen med en tilbudsgiver på baggrund af INDO1.

...

6. FORHANDLING

6.1 Forhandling baseret på INDO

Efter at have modtaget INDO1 fra tilbudsgiverne, vil forhandlinger blive gennemført med hver tilbudsgiver med henblik på at tilpasse tilbudsgivernes krav med FMIs krav.

...

Forhandlingerne vil fokusere på styrker og svagheder i INDO1 og vil blive baseret på tildelingskriterierne angivet i afsnit 9. Cost drivere, risikofaktorer, oplistet af tilbudsgiverne i bilag 3, kan også blive drøftet.

FMI vil vælge emnerne til forhandlingerne, og vil sende en dagsorden på forhånd. Tilbudsgiveren kan blive bedt om at identificere (yderligere) konkrete cost drivere og risikofaktorer og liste disse til forhandlingsformål. En sådan liste vil ikke ses som reservationer til eventuelle krav, hvor det ikke er tilladt at tage forbehold.

Forhandlingerne kan efter FMI skøn finde sted i flere forhandlingsrunder.

Hver tilbudsgiver vil blive inviteret til det samme antal forhandlingsrunder og vil blive tildelt den samme tid til forhandling i hver runde. Da fristen for forhandlingerne er begrænset, er det vigtigt, at de hold, der gennemfører forhandlingerne på vegne af tilbudsgiveren består af per-

soner med evnen til hurtigt at besvare juridiske og tekniske spørgsmål. Dette vil højst sandsynligt føre til mere effektive forhandlinger.

...

FMI vil fastholde principperne om ligebehandling og gennemsigtighed under hele forhandlingsfasen. Således vil FMI ikke afsløre nogen teknisk eller kommercielle dele af de indsendte tilbud fra en tilbudsgiver til en anden under forhandlingerne. FMI vil heller ikke afsløre andre fortrolige oplysninger uden specifik og skriftlig tilladelse. Dog henvises der til punkt 12 om fortrolighed af tilbud og information generelt.

FMI kan anmode tilbudsgiverne om at besvare skriftlige spørgsmål efter forhandlingerne eller mellem hver forhandlingsrunde som led i den løbende dialog.

6.2 Referater og feedback

FMI vil tage kort referat af alle møder, og tilbudsgiver modtager en kopi heraf. Referatet vil ikke blive offentliggjort, og hvert referat vil kun blive sendt til den tilbudsgiver, der har deltaget i forhandlingsmøde.

Hvis spørgsmål af generel karakter blev behandlet på et møde, vil svaret på sådanne spørgsmål blive sendt til alle tilbudsgivere.

Referatet har ikke i sig selv nogen retlige konsekvenser for tilbuddene (INDO1, INDO 2, etc. eller BAFO).

Med henblik på at undgå unødvendigt arbejde for tilbudsgiverne vil FMI bestræbe sig på, på forhandlingsmøder og i referaterne at informere hver tilbudsgiver, hvis der er fundet forbehold i det vejledende tilbud. Dog kan enhver mangel på en sådan meddelelse ikke blive betragtet som bekræftelse på, at sådanne forbehold ikke eksisterer. Tilbudsgiver er eneansvarlig for, at BAFO overholder alle krav.

På forhandlingsmøder vil tilbudsgiverne få feedback på styrker og svagheder i de vejledende tilbud. Denne feedback gives for at sikre, at hver tilbudsgiver kan optimere sit tilbud under forhandlingen.

...

7. INDSENDELSE OG DETALJERET BESKRIVELSE AF BAFO

...

7.3 Detaljeret beskrivelse af BAFO

...

BAFO bør indsendes med markeringsændringer, for at FMI hurtigt kan identificere de områder, der er blevet ændret, medmindre andet er blevet meddelt af FMI, når det reviderede udbudsmateriale er uploadet i Mer-cell til tilbudsgiverne efter forhandlingerne.

...

BAFO skal overholde alle krav i det reviderede udbudsmateriale og alle nødvendige oplysninger skal indsendes. I modsat fald kan det føre til afvisning af BAFO.

...

9. TILDELINGSKRITERIET OG EVALUERINGSMETODE

Rammeaftalen vil blive tildelt på baggrund af tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”.

Tilbuddene vil blive evalueret efter følgende underkriterier med den angivne vægtning:

1. Pris 50 %
2. Kvalitet 40 %
3. Miljø 10 %

Yderligere beskrivelse af hvert kriterium fremgår af bilag 5 til nærværende Udbudsbetingelser

...

Af bilag 5 til udbudsbetingelserne ”Evalueringsmetode” fremgår bl.a.:

”3. KARAKTERSKALA

Karakter	Betydning
5	Særdeles god Gives til tilbud med egenskaber eller funktionalitet, der i særlig grad optimerer og effektiviserer opgaveløsningen eller på anden måde tilfører stor ekstra værdi
4	God Gives til tilbud med egenskaber eller funktionalitet, der optimerer og effektiviserer opgaveløsningen eller på anden måde tilfører lidt ekstra værdi.
3	Rimelig - netop tilstrækkelig - som forventet Gives til tilbud, der opfylder behovet eller løser opgaven, hverken specielt mere eller mindre.
2	Lidt mangelfuld Gives til tilbud, som har visse, mindre mangler i forhold til opfyldelsen af behov. Opgaven kan løses med lidt besvær
1	Meget mangelfuld, grænsende til uacceptabelt Gives til tilbud, der har store mangler i forhold til opfyldelsen af behov. Opgaven kan løses men kun netop acceptabelt.

Beskrivelsen af karaktererne er alene generelle indikationer. Der er altså alene tale om angivelser, der skal illustrere spændet i skalaen. Karakte-

rer gives som decimaltal, hvor bedømmelsen af et tilbud falder mellem to karakterniveauer.

4. EVALUERING AF KRITERIERNE

4.1 PRIS

...

4.2 KVALITET

...

4.3 MILJØ

FMI ønsker at tilsikre, at miljøbelastninger i forbindelse med vedligeholdelsesarbejdet under rammeaftalen minimeres under hensyntagen til Forsvarsministeriets Miljø- og Naturstrategi.

Tilbudsgiveren skal derfor besvare Bilag 2 til Udbudsbetingelserne (Miljøbilag – Spørgsmål til tilbudsgiverne) i henhold til vejledningen herfor.

Bilaget omfatter en række spørgsmål relateret til de foranstaltninger, som tilbudsgiveren iværksætter for at reducere miljøbelastninger under de vedligeholdelsesaktiviteter, der gennemføres under rammeaftalen.

FMI's eksperter på området vil på baggrund af de af tilbudsgiverne afgivne beskrivelser i Bilag 2 til Udbudsbetingelserne vurdere i hvilket omfang, at miljøbelastningen minimeres.

Nogle af spørgsmålene kan være overlappende afhængig af de foranstaltninger, som den enkelte tilbudsgiver har truffet. Derfor vil der ske en samlet vurdering af den enkelte tilbudsgivers svar på samtlige spørgsmål, og dette vil føre til tildelingen af en samlet karakter for kriteriet "Miljø" jævnfør nedenstående skala.

Karakter	Betydning
5	Særdeles god Gives til tilbud, hvor alle former for miljøbelastninger begrænses og hvor den højeste kendte standard for miljøbeskyttelse følges under vedligeholdelsesaktiviteterne.
4	God Gives til tilbud, hvor de fleste former for miljøbelastninger begrænses og hvor en meget høj standard for miljøbeskyttelse implementeres under vedligeholdelsesaktiviteterne.

3	Rimelig, netop tilstrækkelig, som forventet Gives til tilbud, hvor flere former for miljøbelastninger begrænses og hvor en høj standard for miljøbeskyttelse implementeres under vedligeholdelsesaktiviteterne.
2	Lidt mangelfuld Gives til tilbud, hvor miljøbelastning begrænses og hvor miljøbeskyttelse implementeres under vedligeholdelsesaktiviteterne eller konkrete påbud.
1	Meget mangelfuld, grænsende til uacceptabelt Gives til tilbud, hvor ingen eller meget få miljømæssige foranstaltninger træffes under vedligeholdelsesaktiviteterne

5. SAMLET BEDØMMELSE

Når et tilbud er bedømt på alle underkriterier gives en samlet evaluering af tilbuddet, baseret på de karakterer, der er givet for underkriterierne og vægtingen af disse.

Hvert tilbud tildeles en samlet karakter, beregnet som det vægtede gennemsnit af karaktererne for underkriterierne.”

Det bilag 2, der var nævnt i bilaget ”Evalueringmetode” punkt 4.3, og som tilbudsgiverne skulle udfylde som en del af tilbuddet, består af 17 spørgsmål i form af en beskrivelse af nogle nærmere angivne forhold.

Af bilaget fremgår bl.a.:

”Instruktion til tilbudsgivere:

Tilbudsgiveren skal besvare de anførte spørgsmål ved at udfylde arket nedenfor. Tilbudsgiveren skal besvare spørgsmålene ved at udfylde de gule felter, hvor dette er relevant. De øvrige felter skal ikke udfyldes. ...

Vær opmærksom på, at svaret visse steder skal suppleres via vedlæggelse af relevant materiale (f.eks. miljøgodkendelse, beskrivelse af interne procedurer eller andet) Manglende vedlæggelse vil efter omstændighederne føre til, at FMI må se bort fra svaret med en evalueringmæssig

skadevirkning til følge, eller at tilbuddet vil blive betragtet som ukonditionsmæssigt.”

Udbudsmaterialet var desuden bilagt et bilag E, til bilag 1.1.-1.3. til Rammeaftaleudkastet. Bilaget indeholder oplysninger om forbehandlingskravene til malerarbejdet for de 3 skibsklasser. Søby Værft har foretaget en beregning hvorefter det, under nærmere af Søby Værft angivne forudsætninger, må forventes, at der skal ske sandblæsning i minimum 273 timer pr. år for at udføre de forudsatte opgaver.

FMI modtog Første Indikative Tilbud (i det følgende INDO1) fra:

- Faaborg Værft A/S
- Jobi Værft A/S
- Søby Værft A/S

Af det ”Bilag 2 – Miljø” der var vedlagt INDO1 fra Søby Værft, fremgår bl.a.:

»

Emne	Spørgsmål	Svarmuligheder	Svar (sæt x)	Uddyb
1. Lovkrav og tilsynsmyndighed	1. Vil vedligeholdelsesaktiviteterne under rammeaftalen blive omfattet af virksomhedens miljøgodkendelse, spildevandstilladelse eller lign.?			
		a. Ja (miljøgodkendelse vedlægges)	x	Ja vedligeholdelsesaftalen vil være omfattet af værftets miljøgodkendelse ect. Se bilag 11: Endelig miljøgodkendelse efter Udvalgets godkendelse af udkast – 25.01.11(3) ...
...				
5. Luftforurening	10. Vil der blive gjort foranstaltninger ifht. at begrænse luftforurening i forbindelse med vedligeholdelsesaktiviteterne?			
		a. ja	x	I forbindelse med vedligeholdelsesaftalen vil værftet investere i yderligere overdækninger til

				dokkerne, således at alle arbejder omkring overfladebehandling kan foretages under tag. Herudover arbejdes der løbende med at formindske værftets emission generelt.
...				
9. Jordforurening	16. vil der være foranstaltninger eller forholdsregler, der kan sikre, at vedligeholdelsesaktiviteterne ikke medfører forurening af jord og grundvand.			
		a. ja	x	Benyttede arealer er alle belagt i henhold til krav herom i miljøgodkendelsen. Ved kørsel med produkter over plads og veje foregår dette i beholdere ect. i henhold til miljøgodkendelsen.

”

På baggrund af de modtagne tilbud afholdt FMI forhandlingsmøder med alle tre tilbudsgivere.

Søby Værft blev inviteret til forhandlingsmøde ved brev af 14. oktober 2016.

Af indkaldelsen med tilhørende referat [det med kursiv anførte] fra forhandlingerne med Søby Værft fremgår bl.a.:

”2.3 Re. 2) Tilbage melding på tilbudsgivers INDO1

FMI vil kort give en tilbage melding på tilbudsgivers INDO1.

Der blev gennemgået tilbage melding på INDO1

...

Miljø (10%)

Håndteringen af følgende forhold trækker karakteren op: miljøledelse, beredskab, spildevand, kemikalier, støj og energi & klima. Potentiale for forbedring ift. Punktet omkring affald.

Forslag til forbedringer:

- *Udarbejde/fremsende beredskabsplan*

- Vedlæg spildevandstilladelse, så krav til løbende monitoring kan ses
- I miljøgodkendelsen står at Søby Værft skal have eksternt firma til at lave emissionsmålinger, hvis de udføres kan det med fordel angives i tilbuddet
- At der ikke fremadrettet anvendes chauffører der ikke er registreret i Affaldsregisteret, hvilket det, i skemaet, er angivet sker i dag.

Der var spørgsmål til følgende elementer i forhold til underkriterierne og delkriterierne:

...

4) Miljø:

Roar Falkenberg: Adspurgte hvordan Søby Værft var placeret i forhold til gennemsnittet i miljødelen.

Charlotte Glavind: Svarede at Søby Værft lå lige over gennemsnittet.

Roar Falkenberg: Spurgte ind til den liste af uønskede stoffer der skal fremlægges i forlængelse af tilbuddet. Hvordan denne liste af uønskede stoffer skulle fremlægges.

Troels Ipsen: Søby Værft skal svare i forhold til værftets bedste viden og i god tro. Ligeledes kan Søby Værft evt. gøre opmærksom på, hvilke udfordringer der er på området omkring disse særlige stoffer.

Der var ikke yderlige spørgsmål til miljø fra Søby Værft.”

Alle tre tilbudsgivere indleverede herefter ”Best and Final Offer”, BAFO. Af det ”Bilag 2 – Miljø” der var vedlagt BAFO fra Søby Værft, fremgår bl.a.:

”

Emne	Spørgsmål	Svarmuligheder	Svar (sæt x)	Uddyb
1. Lovkrav og tilsynsmyndighed	1. Vil vedligeholdelsesaktiviteterne under rammeaftalen blive omfattet af virksomhedens miljøgodkendelse, spildevandstilladelse eller lign.?			
		a. Ja (miljøgodkendelse vedlægges)	x	Ja vedligeholdelsesaftalen vil være omfattet af værftets miljøgodkendelse ect. Se bilag 11: Endelig miljøgodkendelse efter Udvalgets godkendelse af udkast – 25.01.11(3) ...

...				
5. Luftforurening	10. Vil der blive gjort foranstaltninger ifht. at begrænse luftforurening i forbindelse med vedligeholdelsesaktiviteterne?			
		b. ja	x	I forbindelse med vedligeholdelsesaftalen vil værftet investere i yderligere overdækninger til dokkerne, således at alle arbejder omkring overfladebehandling kan foretages under tag. Herudover arbejdes der løbende med at formindske værftets emission generelt. I henhold til værftets miljøgodkendelse kan kommunen kræve at der udføres emissionsmålinger. Såfremt et sådant krav måtte komme vil værftet benytte en akkrediteret person/firma til at udføre dette. Værftets miljøtilsyn har indenfor de seneste år, grundet forespørgsel fra en nabo, udført teoretisk beregning omkring emission fra maling fra værftet, med det mest flygtige maling der arbejdes med. Disse beregninger viser at værftet overholder de grænser der er opstillet i miljøgodkendelsen. Værftet har en løbende dialog med myndigheder og rådgivere omkring nye tiltag for at mindske emissionen fra værftet. Ligesom dette område evalueres ved hver eneste nye investering værftet foretager indenfor aktuelle områder.
...				
9. Jordforurening	16. vil der være foranstaltninger eller forholdsregler, der kan sikre, at vedligeholdelsesaktiviteterne ikke medfører forurening af jord og grundvand.			
		b. ja	x	Benyttede arealer er alle

				belagt i henhold til krav herom i miljøgodkendelsen. Ved kørsel med produkter over plads og veje foregår dette i beholdere ect. i henhold til miljøgodkendelsen.
--	--	--	--	--

”

Ved brev af 30. januar 2017 meddelte FMI blandt andre Søby Værft, at Faaborg Værft A/S havde afgivet tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet. Det fremgår af brevet, at Søby Værft havde opnået i alt 4,206 vægtede point, herunder 3,90 point vedrørende Miljø, og at Faaborg Værft A/S havde opnået i alt 4,220 vægtede point, herunder 3,70 point vedrørende Miljø. Vedrørende evaluering af tilbuddene i forhold til kriteriet Miljø fremgår bl.a.:

”Ad. 3 Miljø

Miljø bedømmes på baggrund af tilbudsgiverens besvarelse af miljøspørgsmålene i Bilag 2 til Udbudsbetingelserne.

Evalueringen er en samlet vurdering af den enkelte tilbudsgivers svar på samtlige spørgsmål i udbudsbetingelsernes bilag 2, hvor bilaget omfatter en række spørgsmål relateret til de foranstaltninger, som tilbudsgiveren iværksætter for at reducere miljøbelastninger under de vedligeholdelsesaktiviteter, der gennemføres under rammeaftalen.

Inden for miljø har Søby Værft A/S fået tildelt karakteren 3,90 som ikke er langt fra det maksimale. Det der trækker bedømmelsen af Søby Værft A/S' besvarelse af miljøspørgsmålene op er miljøledelsessystem, affald, beredskab, spildevand, kemikalier, støj og energi & klima. Dette skyldes særligt følgende:

- At Søby Værft A/S har et miljøledelsessystem, der er certificeret efter ISO 14001 samt at de udarbejder miljøredegørelse til Miljøforum Fyn, der blandt andet indeholder konkrete miljømål.
- At der er en beskrivelse af, hvordan hver affaldsfraktion skal bortskaffes, samt at der udelukkende anvendes registrerede transportører og godkendte modtageanlæg.
- At værftet har opstillet konkrete mål og udfører årlig evaluering af disse i forhold til energi og klima. Der er givet specifikke eksempler på allerede gennemførte tiltag.
- At værftet løbende udfører støjmålinger, og at der investeres i yderligere overdækning/telthal, der ved måling har vist god virkning på reduktion af støj samt målsætning om, at der i 2017 vil blive udført støjberegninger og givet forslag til optimeringstiltag.

- At værftet har sikkerhedsdatablade for kemikalier både i en database og på de steder, hvor kemikalierne anvendes, samt at der er en målsætning om at lade stoffer på listen over uønskede stoffer udgå hurtigst muligt.
- At værftet har et internt spildevandssystem med flere tanke og sandfang
- samt at der løbende udføres målinger.
- At værftet har en detaljeret beredskabsplan og udfører regelmæssige beredskabsøvelser.

Det, der trækker vurderingen ned, er besvarelsen vedrørende luftforurening samt jordforurening. Der er eksempelvis ikke angivet information omkring eventuelle udsugningsanlæg og filtre samt kvaliteten af disse, og der ikke er dokumenteret egenkontrol af tætte belægninger og spildbakker ved oplag af kemikalier, affald mv.

Den vindende tilbudsgiver har fået en lidt lavere karakter end Søby Værft A/S, idet den vindende tilbudsgiver har fået 3,70. Forhold vedrørende miljøledelsessystem, affald, kemikalier, luftforurening, spildevand og beredskab var med til at trække karakteren op, mens forhold vedrørende energi & klima, støj samt jordforurening trak ned i deres bedømmelse. Dette skyldes eksempelvis, at der ikke i besvarelsen er angivet, at der er opstillet konkrete mål for reduktion af energiforbrug. Det er ikke angivet, at der er opstillet konkrete mål for reduktion af støj og støjmålinger er ikke udført af eksternt firma. Desuden er der ikke dokumenteret egenkontrol af tætte belægninger og spildbakker ved oplag af kemikalier, affald mv.

Samlet for miljø vurderes det, at Søby Værft A/S har iværksat lidt flere foranstaltninger for at reducere miljøbelastninger under de vedligeholdelsesaktiviteter, der gennemføres under rammeaftalen, end den vindende tilbudsgiver, men at tilbudsgiverne ligger meget tæt på hinanden i forhold til vurderingen af deres besvarelse af miljøspørgsmålene.”

Af FMIs evalueringsnotat af 25. januar 2017 fremgår om evalueringen af Faaborg Værft A/S i relation til underkriteriet ”Miljø” bl.a.:

”Håndteringen af følgende forhold trækker vurderingen ned:

...

- Der ikke er dokumenteret egenkontrol af tætte belægninger og spildbakker ved oplag af kemikalier, affald mv.”

I Søby Værfts miljøgodkendelse, der var vedlagt tilbuddet som bilag 11, står der bl.a.:

”Egenkontrol

...

73. Virksomheden skal løbende og mindst en gang i kvartalet, jf. vilkår 38 og 62, foretage visuel kontrol for utætheder og revnedannelser af

- belægninger og fuger på alle impermeable og befæstede arealer og gulve,
- sumpe, brønde og lignende opsamlingsbassiner,
- stationære containere og egne transportcontainere,
- gruber og lignende særlige oplagsområder og
- tankgårde”

...

77. Der skal føres driftsjournal med angivelse af

...

- Dato for og resultatet af den visuelle kontrol af impermeable og befæstede arealer og gulve, opsamlingsbassiner, containere, tankgårde og særlige oplagsområder samt eventuelle foretagne forbedringer, jf. vilkår 73”

Af den vedhæftede ”Miljøteknisk Redegørelse” fremgår bl.a.:

”Luft/Lugt

...

Indendørs overfladebehandling

Glasblæsning:

Virksomhedens oplysninger:

Virksomheden har 2 glasblæsebokse, der er ren filtrering af luften gennem et filter. Filtrene rengøres jævnligt efter behov afhængig af hvor meget maskinerne bruges. Der bliver holdt øje med dem ugentligt. Filtrene er af typen Sablux IS 901-902.

...

Maling:

Virksomhedens oplysninger:

Der er opstillet sprøjtevæg. Filteret er placeret i selve kabinettet i lake-ringskabinen. Filtret er af typen ... og udskiftes jævnligt efter behov.

...

Svejsning:

Virksomhedens oplysninger:

I hallerne vurderes at foregå kontinuert svejsning på ca. 15 svejsesteder.

...

Fra stålhallen etableres et fællesudsugningsanlæg med en dimensioneret luftmængde på 11.400 m³/time og forsynet med filter, hvor leverandøren oplyser, at det har en effektivitet på mere end 99 % i forhold til fjernelse af svejserøg. Afkastet ledes 1 m op over tagfladen.

Fra aluminiumshallen etableres et fællesudsugningsanlæg for i alt fald alle svejsesteder - og muligvis også fra skære-bordet - med en dimensioneret luftmængde på 2580 m³/time og forsynet med filter, hvor leverandøren oplyser, ...

Der er gennemført en OML-beregning på afkastet (vedlagt). Af denne ses at det maksimale immissionskoncentrations-bidrag er på 3 µg/m³ fundet i en afstand af 20 m og retning 60 grader.

...

Drejebænke/fræsere

Virksomhedens oplysninger:

Der er i alt 4 drejebænke og 2 fræsere ved afkast 4 og 9.

Afkast er ført 1 m over tag, ingen filter. Det årlige forbrug ved drejebænk er ca. 20 liter skæreolie og 25 liter skærespray.

...

Træbearbejdning:

Virksomhedens oplysninger:

Der er etableret nyt filter af Slusefilter type H3HLP, som er oplyst fra forhandler at kunne overholde en emissionsgrænse på 2 mg/m³. (Filter-specifikation på filteret er modtaget). Afkast 1m over tag.

Afkast fra emhætte til brug ved diverse reparations- og spartelarbejder er ført 1 m over tag. Det er organiske opløsningsmidler der emitteres herfra.”

I Faaborg Værft A/S' miljøgodkendelse, der var vedlagt tilbuddet som bilag 21, står der bl.a.:

”Afgørelse

...

Godkendelsen gives på baggrund af de fremsendte oplysninger, som er omtalt og vurderet i afsnittet Miljøteknisk Vurdering. Godkendelsen sker i øvrigt på følgende vilkår:

Vilkår

...

Luftforurening

2. Ved sandblæsning i flydedok eller på bedding skal der foretages effektiv forebyggelse mod væsentlig forurening, herunder inddækning af de arealer, der skal sandblæses, i forbindelse med arbejdets udførelse.

...

Miljøteknisk Vurdering

...

Daglig driftstid

Sandblæsning vil normalt foregå på hverdage i dagtimer mellem kl. 07.00 og 16.00, men det kan i særlige tilfælde blive nødvendigt at sandblæse på lørdage og søndage.

I alt forventes der at blive sandblæst max. 50 timer om året.

...”

Faaborg-Midtfyn Kommune har efterfølgende den 6. marts 2017 efter ansøgning meddelt Faaborg Værft A/S godkendelse til sandblæsning i dagtimer mellem kl. 07.00 og 18.00 på hverdage og mellem kl. 07.00 og 14.00 på lørdage. Af tilladelsen fremgår bl.a.:

”Vi har vurderet ansøgningsmaterialet og vurderer, at den øgede aktivitet kan indeholdes i de eksisterende vilkår i miljøgodkendelsen af det samlede værft fra 2001 samt miljøgodkendelsen til sandblæsning fra 2011.

I miljøgodkendelsen fra 2011 er der stillet vilkår til driften af sandblæsningsaktiviteten. Det er vores vurdering, at det kun er de støjmæssige forhold der giver anledning til kommentarer.

Virksomheden har beskrevet, hvordan sandblæsningsaktiviteterne på beddingen kan foregå uden overskridelse af støjvilkårene. De har desuden udleveret beregninger og et støjkonsekvenskort.

Ud fra det materiale vi har modtaget, konkluderer vi, at virksomhedens støjvilkår kan overholdes i dagtimerne kl. 7 – 18 på hverdage og kl. 7 - 14 på lørdage. Det er derfor ikke vores vurdering, at der er behov for særlige vilkår.”

FMI indgik aftale med Faaborg Værft A/S 16. marts 2017.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Søby Værft har gjort gældende, at FMI under forhandlingerne misinformerede og vildledte Søby Værft. FMI tilrettelagde forhandlingsmødet, fastsatte dagsordenen og udpegede egenhændigt de områder, hvor man ville opfordre Søby Værft til at forbedre sin beskrivelse. Søby Værft kunne derfor med rette gå ud fra, at oplistningen af punkterne, hvor der var plads til forbedringer, var udtømmende, og at værftet ikke efterfølgende i forbindelse med tilbudsevalueringen skulle mødes med nye og ikke tidligere påpegede punkter. FMI har ved sin adfærd forledt Søby Værft til at tro, at der ikke var behov for at uddybe udbudsbilag 2 punkt 9 med en beskrivelse af egenkontrol af belægninger m.m. og udbudsbilag 2 punkt 5 med en beskrivelse af udsagningsforhold. At Søby Værft berettiget kunne gå ud fra, at en yderligere beskrivelse ikke var nødvendig på disse punkter, bestyrkes af, at FMI forud for mødet havde modtaget et materiale, der beskrev disse forhold jf. miljøgodkendelsen pkt. 73 ff. og side 22 ff. Det fremgik ingen steder i indkaldelsen, referatet eller andet materiale med tilknytning til forhandlingsmødet, at de punkter, FMI havde oplistet, blot var eksempler. Når man sammenligner de punkter, som FMI på mødet fandt væsentlige, med de punkter, der i den endelige evaluering trak ned ved evalueringen af Søby Værfts tilbud, efterlades man med det indtryk, at FMI ikke forud for mødet havde læst Søby Værfts INDO. Det må derfor lægges til grund, at det var tilfældigt, hvilke punkter FMI på mødet fremdrog som punkter, der kunne forbedres. Dette underbygger, at FMI væsentligt misinformerede Søby Værft.

FMI har gjort gældende, at FMI hverken har misinformeret Søby Værft forud, under eller efter de gennemførte forhandlinger. I overensstemmelse med udbudsbetingelserne, pkt. 6.1 fokuserede FMI under forhandlingerne med Søby Værft på de identificerede styrker og svagheder i værftets INDO. FMI havde således udvalgt en række punkter, hvor FMI havde identificeret et væsentligt forbedringspotentiale. FMI gjorde samtidig opmærksom på de punkter, hvor værftets tilbud blev anset for godt. De udvalgte forbedringspunkter, som er beskrevet i referatet, udgør ikke en udtømmende liste, men skal ses som eksempler på forhold, som FMI vurderede, det var særligt væsentlige at gøre Søby Værft opmærksom på. Søby Værft bærer alene ansvaret for uklarheder i sit tilbud, men forhandlingen kan selvkært bruges til at henlede opmærksomheden på nærliggende uklarheder eller områder, hvor der mangler særligt relevante oplysninger. Der gælder dog ikke noget krav om, at FMIs tilkendegivelser på forhandlingsmødet skal have karakter af en fuldstændig evaluering af tilbuddet. Samtidig er det naturligt sådan, at værft-

tets håndtering af de mest væsentlige forbedringspunkter medfører, at der derefter er andre forhold, der er de mest oplagte forbedringspunkter. Søby Værft har ingen berettiget forventning om, at håndtering af de nævnte svage sider medfører, at deres tilbud derefter er optimalt og uden yderligere forbedringspotentialer.

FMI tilkendegav i øvrigt ikke under forhandlingerne, at besvarelsen vedrørende pkt. 5 og 9 i miljøbilaget var forhold, som trak den samlede karakter op. At besvarelsen af disse forhold i Søby Værfts BAFO har medvirket til at trække værftets samlede (høje) karakter på underkriteriet ned, skyldes blot, at BAFO er bedre end INDO1, for så vidt angår besvarelsen af miljøbilaget. Med andre ord var der i værftets INDO1 mere oplagte forbedringspunkter, end tilfældet var i værftets BAFO, hvorfor forhandlingsmødet naturligt nok var koncentreret om disse mere oplagte forbedringspunkter og ikke de mindre oplagte ”mangler”, som ved tilbudsevalueringen ifm. BAFO indebar, at der blev givet en høj karakter, men dog ikke topkarakter.

Ad påstand 2

Søby Værft har gjort gældende, at FMI ved, i forbindelse med evalueringen at stille krav om dokumentation for egenkontrol, uagtet et sådan dokumentationskrav ikke fremgik af udbudsbetingelserne eller i øvrigt var rejst under forhandlingerne, har tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. At der reelt var tale om, at FMI stillede krav om ”dokumenteret” egenkontrol, fremgår af den formulering, der er anvendt i evalueringsrapporten.

FMI har gjort gældende, at FMI ikke har stillet krav om, at Søby Værft skulle dokumentere en egenkontrol ”af tætte belægnings- og spildebakker ved oplag af kemikalier, affald mv”. FMI har i forbindelse med evalueringen blot bemærket, at Søby Værft ikke har beskrevet, om der rent faktisk gennemføres en sådan kontrol, og om denne kontrol dokumenteres internt hos værftet, eksempelvis ved at der føres protokol herover. Der er således ikke stillet krav om dokumentation for egenkontrol i forbindelse med evalueringen, og manglende dokumentation er ikke tillagt negativ vægt. Det følger desuden af fast praksis, at ordregiver ikke behøver at beskrive, hvad der skal til for at opnå bestemte scorere, og at ordregiver således alene er forpligtet til at beskrive, hvad det er for elementer/egenskaber, der tillægges positiv vægt.

Ad påstand 3

Søby Værft har gjort gældende, at FMI ved, i forbindelse med evalueringen, fejlagtigt at lægge til grund, at Søby Værft ikke havde givet informationer om egenkontrol af ”tætte belægninger m.m.” og herefter lade dette komme værftet til skade, har tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigthed.

FMI har gjort gældende, at Søby Værfts miljøgodkendelse blot anfører, at værftet har forpligtet sig til i nærmere angivne intervaller at foretage en visuel kontrol. På bl.a. denne baggrund har FMI vurderet, at besvarelsen opfylder de standardmæssige krav til begrænsning af jordforurening. Det fremgår ikke af procedurebeskrivelsen i miljøgodkendelsen, om værftet dokumenterer denne kontrol, herunder dokumenterer eventuelle resultater af denne kontrol. Søby Værft har ikke i øvrigt beskrevet, om der føres en dokumenteret egenkontrol, jf. besvarelsen af pkt. 9 i udbudsbilag 2 ”Miljø”.

På dette punkt kunne værftet således have afgivet et bedre eller mere præcist svar. Det må anses for åbenbart, at en procedure, hvorved den pågældende virksomhed dokumenterer den gennemførte kontrol, tilsikrer en bedre miljøbeskyttelse, end en procedure hvorved der alene observeres uden efterfølgende dokumentation heraf.

Ved evalueringen af værftets besvarelse i udbudsbilag 2 ”Miljø” er foretaget en samlet vurdering af en lang række forhold, og besvarelsen af pkt. 9 trækker kun forholdsmæssigt ned i den samlede (høje) evaluering, der giver værftet en høj score på underkriteriet Miljø. Der er ikke tale om et decideret mangelfuldt forhold, men besvarelsen er evalueret således, at forholdet ikke trækker den samlede karakter (yderligere) op fra ”standardbesvarelsen”.

FMI har ikke begået fejl i denne evaluering og den konkrete karaktergivning falder inden for den vide skønsmargin, som FMI er tillagt som ordregiver. Den prøvelse, som skal foretages af FMIs tildelingsbeslutning, giver ikke en forbigået tilbudsgiver ret til en fornyet evaluering baseret på dennes eget skøn.

At ordregiver er indrømmet et vidt skøn, fremgår af udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a, og er endvidere fastslået ved Retten i Første Instans, jf.

eksempelvis T-19/95, Adia Interim, præmis 49. Dette følger tillige af fast praksis fra Klagenævnet for Udbud, jf. eksemplvis kendelse af 19. september 2014, Maxys A/S mod Københavns Kommune, og kendelse af 5. februar 2015, Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark.

Ad påstand 4

Søby Værft har gjort gældende, at FMI ved, i forbindelse med evalueringen, fejlagtigt at lægge til grund, at Søby Værft ikke havde givet informationer om sine udsugningsforhold, og herefter lade dette komme værftet til skade, har tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Informationer om værftets udsugning fandtes i den miljøgodkendelse, der var sendt til FMI sammen med INDO1. Miljøbilaget indeholder et krav om, at tilbudsgiver skal vedlægge sin miljøgodkendelse i tilbuddet. FMI har som ordregiver pligt til at lægge vægt på det informationsmateriale, man kræver, og en tilbudsgiver har tilsvarende krav på, at det sker. FMI har derfor haft en pligt til at gøre sig bekendt med indholdet i Søby Værfts miljøgodkendelse og lægge vægt på indholdet heraf i det omfang, det var relevant. Søby Værft har ikke haft nogen pligt til at guide FMI rundt i sin miljøgodkendelse, og dette synes også overflødigt henset til, at der var tale om et overskueligt dokument og til, at FMI ifølge egne oplysninger i udbudsmaterialet var rådgivet af specialister på området. Hvis Søby Værft på forhandlingsmødet var blevet anmodet om at informere om sit udsugningsanlæg, kunne værftet uden yderligere have gengivet eller henvist til den fremsendte miljøgodkendelse, hvor der på side 22 under punktet ”Luft/lugt” var en udførlig beskrivelse af værftets udsugningsanlæg.

FMI har gjort gældende, at FMI ved den samlede evaluering af Søby Værfts miljøforhold har inddraget værftets besvarelse af pkt. 5 ”Luftforurening” i udbudsbilag 2 ”Miljø”. I evalueringsnotatet pkt. 3.3.3, gentaget i begrundelsen fremsendt til Søby Værft, har FMI fremhævet, at der ikke er angivet information om eventuelle udsugningsanlæg og filtre samt kvaliteten af disse. Sådanne informationer fremgår hverken af værftets besvarelse af pkt. 5 eller med henvisning til vedlagte bilag med informationer om eventuelle udsugningsanlæg og filtre. Værftet har henvist til visse grænser, som er oplistet i miljøgodkendelsen vedrørende emissionsmålinger, men har ikke henvist til miljøgodkendelsen, hvad angår udsugningsanlæg og filtre, eller beskrevet, hvordan værftet vil begrænse luftforureningen ved brug af udsugningsanlæg og filtre. At der i værftets miljøgodkendelse er anført generelle forhold, der

vedrører udsugning og filtre, viser ikke, hvordan disse konkret begrænser luftforureningen i forbindelse med de planlagte vedligeholdelsesarbejder på Marinehjemmeværnets skibe. Hvis værftet er af den opfattelse, at disse forhold i miljøgodkendelsen udgør foranstaltninger, der begrænser luftforureningen i forbindelse med vedligeholdelsesaktiviteterne, skulle værftet have redegjort herfor i sin besvarelse af miljøbilaget og begrundet dette.

På grundlag af såvel instruktionen til besvarelsen af miljøbilaget som udbudsbetingelsernes bilag 5, pkt. 4.3 om evalueringen af Miljøkriteriet må det have været klart for tilbudsgiverne, at tilbudsgiverne skulle beskrive de forhold, som de ville have lagt vægt på, i felterne i bilag 2 til udbudsbetingelserne. Der er tale om komplicerede tekniske spørgsmål, og tilbudsgiverne må i den sammenhæng som minimum henvise til de relevante steder i de vedlagte bilag, som tilbudsgiverne ønsker, at FMI skal inddrage i evalueringen, og redegøre for, hvorfor disse informationer er relevante. Risikoen for uklarheder i tilbuddet påhviler i overensstemmelse med fast praksis alene tilbudsgiveren, jf. bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 21. december 2016, Samart Danmark ApS mod SKAT.

Ordregiver har en vid skønsmargin i sin evaluering af tilbuddet, og klagenævnet kan kun tilsidesætte dette skøn, hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens evalueringsskøn, eller har handlet usagligt. FMI har i evalueringen af Søby Værfts besvarelse af pkt. 5 i miljøbilaget foretaget en saglig vurdering i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Ad påstand 5

Søby Værft har gjort gældende, at de fejl, FMI har begået, har haft væsentlig indflydelse på resultatet af evalueringen og dermed tildelingsbeslutningen. Forskellen på det antal point, det vindende tilbud og Søby Værft opnåede, var 0,014. Det betyder, at hvis værftet var blevet tildelt yderligere 0,2 point på underkriteriet miljø, ville Søby Værfts samlede point stige med 0,02 og dermed ville Søby Værft have vundet. Det er således nærliggende at antage, at en korrekt gennemført udbudsproces ville have ført til, at Søby Værft ville have fået lidt flere point og dermed vundet udbuddet.

FMI har gjort gældende, at FMI ikke har overtrådt udbudsreglerne i forbindelse med gennemførelsen af udbuddet. På den baggrund er der ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Subsidiært har FMI gjort gældende, at Søby Værft hverken har påvist eller sandsynliggjort udbudsretlige overtrædelser af en karakter, der – hverken hver for sig eller samlet – ud fra en konkret væsentlighedsvurdering kan føre til annullation af tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 7

Søby Værft har gjort gældende, at det i udbudsbetingelsernes pkt. 7.3., 5. afsnit er anført, at BAFO skal overholde alle krav i det reviderede udbudsmateriale, og at alle nødvendige oplysninger skal indsendes. Videre er det i pkt. 7.3.1. anført, at BAFO skal udfærdiges på grundlag af bl.a. miljøbilaget ”som indeholder de krav og forventninger FMI har med hensyn til tilbudsgivers tilbud.” Det var således et mindstekrav, at tilbudsgiver havde en miljøgodkendelse, der gav mulighed for at udføre den udbudte aktivitet.

Faaborg Værft A/S har i tilbuddet oplyst at være i besiddelse af alle nødvendige miljøtilladelser og har specifikt anført, at man har tilladelse til sandblæsning. Af Faaborg Værft A/S’ miljøgodkendelse af 18. april 2011 fremgår, at der alene er givet tilladelse til sandblæsning i maksimalt 50 timer om året. Den udbudte vedligeholdelsesaktivitet ligger således udenfor Faaborg Værft A/S’ miljøgodkendelse, såfremt den fordrer mere end 50 timers sandblæsning om året.

En gennemgang af udbudsmaterialet viser, at der blev stillet krav om 100 % sandblæsning ved hovedsyn, hvilket helt åbenlyst ikke kan gennemføres indenfor 50 timer om året. Dette understøttes af, at de arealer, der skal sandblæses, udgør mellem 292 og 375 m² for hvert skib. Udbuddet omfatter 30 fartøjer. Dette fører til, at 9.834 m² skal sandblæses ved 36 måneders eftersyn svarende til 3.278 m² hvert år. Af malingleverandøren Hempels guidelines fremgår, at ved sandblæsning til opfyldelse af normen, kan der sandblæses 6 m² per mandetime. Det medfører, at der skal bruges $3.278/6 = 546$ mandetimer per år for at løse forbehandlingsopgaven. Skibsstørrelsen gør, at reelt maksimalt 2 mand kan sandblæse ad gangen, hvilket medfører, at der skal sandblæses minimum $546/2 = 273$ timer per år og dermed i et omfang, der åbenlyst overskrider den grænse på 50 timer, der er anført i miljø-

godkendelsen for Faaborg Værft A/S. Herudover omfatter den udbudte opgave også andre sandblæsningsopgaver og tilbud på tillægsarbejder. FMI må som ordregiver kun lægge vægt på de informationer, man har indhentet fra tilbudsgiverne og skal til gengæld også lægge vægt på disse. FMI må derfor anses for at have været vidende om, at Faaborg Værft A/S' miljøgodkendelse var begrænset til maksimalt 50 timers årlig sandblæsning. FMI måtte endvidere være vidende om, at opgavens løsning krævede betydelig mere sandblæsningstid end 50 timer per år. Oplysningen fra Faaborg Værft A/S om, at man havde alle nødvendige godkendelser, var således åbenbar urigtig, og FMI måtte herved i det mindste have været i tvivl om, hvorvidt Faaborg Værft A/S havde den krævede miljøgodkendelse. FMI burde derfor som minimum have foretaget en effektiv kontrol af denne oplysning i tilbuddet, jf. udbudsloven § 159, stk. 3, og ville herved have konstateret, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Tilbuddet fra Faaborg Værft A/S skulle derfor være afvist som ukonditionsmæssigt, og FMI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved på trods heraf at tildele ordren til Faaborg Værft A/S.

Supplerende har Søby Værft gjort gældende, at Faaborg Værft A/S vidste, at deres miljøgodkendelse var utilstrækkelig. Værftets svar på spørgsmål 1 i miljøbilaget må derfor anses for bevidst urigtig. Sådanne urigtige oplysninger må sidestilles med manglende oplysninger, og Faaborg Værft A/S må derfor anses for ikke at have besvaret spørgsmål 1 i miljøbilaget. Da FMI burde have været opmærksom på dette, skal den manglende besvarelse have evalueringsmæssig skadevirkning for Faaborg Værft A/S, jf. Klagenævnets afgørelse af 27. maj 2015, Annelise Küseler mod Morsø Kommune.

FMI har gjort gældende, at FMI med rette har lagt til grund, at Faaborg Værft A/S har afleveret et konditionsmæssigt tilbud. Der er ikke i hverken udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet i øvrigt fastsat krav om, at tilbudsgiverne ved tilbudsafgivelsen skulle besidde – endsige dokumentere – en bestemt miljøgodkendelse, herunder hvilke vilkår denne miljøgodkendelse i givet fald måtte indeholde. Derimod fremgik det af udkastet til rammeaftalen punkt 23.1.1, at ”Leverandøren indestår for, at alle ydelser omfattet af Rammeaftalen opfylder alle relevante myndighedskrav og love, herunder regler til arbejdsmiljø og miljø, som er gældende ved Rammeaftalens underskrivelse og senere. Alle omkostninger til indhentelse af nødvendige godkendelser, tilladelser mv. skal være indeholdt i de afgivne priser.” Det er altså, helt naturligt, forudsat i kontrakten, at den vindende til-

budsgiver ved udførelsen af ydelser under kontrakten skulle besidde de nødvendige tilladelser, herunder miljøgodkendelser. Faaborg Værft A/S har ikke taget forbehold for kontrakten, herunder kontraktens pkt. 23.1.1 vedrørende myndighedskrav. Der er ikke er noget i tilbuddet fra Faaborg Værft A/S, der skal forstås eller fortolkes som et forbehold over for kontraktens krav i forhold til myndighedsgodkendelse. Der er derfor intet grundlag for at hævde, at tilbuddet fra Faaborg Værft A/S som følge heraf skulle være ukonditionsmæssigt.

Det påhviler generelt ikke ordregiveren i forbindelse med et udbud at kontrollere, om tilbudsgiverne har de fornødne tilladelser med henblik på kontraktens gennemførelse, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. april 2008, Saver Comfort ApS mod Region Midtjylland, ad påstand 4, og Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. september 2004, Sammenslutningen af Glatførebekæmpende vognmænd i Nordjyllands Amt ApS mod Nordjyllands Amt, ad påstand 5.

Der er ingen mindstekrav knyttet til bilag 2 til udbudsbetingelserne. Underkriteriet Miljø har til formål evaluermæssigt at belønne de tilbudsgivere, der minimerer miljøbelastningerne i forbindelse med vedligeholdelsesarbejdet under rammeaftalen, jf. eksplicit herom bilag 5 til udbudsbetingelserne. Mindstekravet til miljø er således alene, at tilbudsgiverne kontraktuelt forpligter sig til at besidde de nødvendige miljøgodkendelser ved levering af ydelser under rammeaftalen.

Hvorvidt Faaborg Værft A/S rent faktisk har de fornødne tilladelser og godkendelser til at opfylde kontrakten må derfor håndteres som et kontraktretligt spørgsmål mellem ordregiver og tilbudsgiver – ikke et udbudsretligt spørgsmål, jf. blandt andet Klagenævnet for Udbuds kendelse af 26. september 2011, TDC A/S mod Økonomistyrelsen.

FMI har videre gjort gældende, at der ikke er grundlag for at konkludere, at Faaborg Værft A/S ikke har den nødvendige miljøgodkendelse, herunder også på tidspunktet for tilbudsafgivelse jf. delkendelse fra Klagenævnet for Udbud af 9. marts 2017, Jobi Værft A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, ad påstand 1. Faaborg Værft A/S har en miljøgodkendelse til sandblæsning af stål- og glasfiberskibe på beddingsanlæg eller i flydedok, jf. bilag A, som var vedlagt Faaborg Værft A/S' tilbud. Hvorvidt den miljøgodkendelse, som Faaborg Værft A/S vedlagde sit tilbud, er til-

strækkelig til at udføre samtlige vedligeholdelsesopgaver under rammeaftalen, er ikke op til FMI at vurdere. Det påhviler alene Faaborg Værft A/S at sikre, at der foreligger de tilstrækkelige tilladelser under opfyldelsen af kontrakten, og hvorvidt dette er tilfældet er i første omgang et spørgsmål mellem Faaborg Værft A/S og Faaborg-Midtfyn Kommune.

FMI har ikke haft anledning til at betvivle, at den fremsendte miljøgodkendelse skulle være tilstrækkelig. Den miljøgodkendelse, som Faaborg Værft A/S vedlagde sit tilbud, er helt naturligt givet på baggrund af de faktuelle omstændigheder, som var til stede på tidspunktet for ansøgningen til denne miljøgodkendelse. At disse faktuelle omstændigheder senere måtte ændre sig, eksempelvis som følge af en driftsudvidelse, kan således helt naturligt medføre, at miljøgodkendelsen potentielt skal ”opdateres” hos den relevante myndighed, så der tages højde for sådanne driftsudvidelser. En sådan opdatering er desuden faktisk sket. Faaborg-Midtfyn Kommune meddelte således den 6. marts 2017 Faaborg Værft A/S en accept af de ændrede forudsætninger, og anførte i tilladelsen, at det er kommunens vurdering, at den øgede aktivitet kan tillades uden at stille særlige vilkår. Faaborg Værft A/S havde således allerede på tidspunktet for tilbudsafgivelse, den nødvendige miljøtilladelse, og dette er bekræftet af kommunen som den relevante myndighed på området.

Det bestrides, at Faaborg Værft A/S’ miljøgodkendelse er evalueret forkert. Miljøgodkendelsen er indgået i en samlet vurdering af Faaborg Værft A/S’ besvarelse af 17 forskellige spørgsmål, alle vedrørende miljøforhold, og Søby Værft har i den forbindelse ikke godtgjort, at FMI har evalueret Faaborg Værft A/S’ besvarelser forkert. Det bestrides videre, at Faaborg Værft A/S i besvarelsen af bilag 2 til udbudsbetingelserne har angivet urigtige besvarelser.

FMI har foretaget en samlet evaluering af tilbudsgivernes besvarelse af de 17 stillede spørgsmål i bilag 2 til udbudsbetingelserne. Der er i denne vurdering foretaget et skøn, som har resulteret i en samlet karakter. Søby Værft har i den henseende ikke godtgjort, at FMI skulle være gået uden for rammerne af det skøn, som ifølge fast praksis tilkommer FMI som ordregiver at udøve.

Ad påstand 8

Søby Værft har gjort gældende, at denne sag og den parallelle sag, 17/00374 - Jobi Værft A/S, der er indgivet efter tildelingsbeslutningen, men før kontraktindgåelsen, har bragt FMI i en situation, hvor FMI var forpligtet til at undersøge forholdet omkring Faaborg Værft A/S' Miljøgodkendelse nærmere og drage de nødvendige konsekvenser heraf i form af en ændret tildelingsbeslutning. I mangel heraf har FMI handlet i strid med ligebehandlingsprincippet. Der henvises i den forbindelse til Klagenævnets afgørelse af 27. maj 2015, Annelise Küseler mod Morsø Kommune.

FMI har under henvisning til det, der er anført ad påstand 7, gjort gældende, at FMI ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved kontraktindgåelsen med Faaborg Værft A/S den 16. marts 2017.

Ad påstand 9

Søby Værft har gjort gældende, at Faaborg Værft A/S på tidspunktet for tilbuddets afgivelse ikke havde en miljøgodkendelse, der tillod den i tilbuddet forudsatte aktivitet med sandblæsning. At Faaborg Værft A/S' miljøgodkendelse var utilstrækkelig på sandblæsningsområdet på tilbudstidspunktet er ud over det, det er anført ad påstand 7 godtgjort ved, at Faaborg Værft A/S fik meget travlt med at søge om en tilstrækkelig tilladelse, da man i forlængelse af en aktindsigtsbegæring fra brancheorganisationen Danske Maritime og de processuelle indlæg fra Jobi Værft A/S i den parallelle sag ultimo februar og primo marts 2017 blev opmærksom på problemet. På dette grundlag må det lægges til grund, at Faaborg Værft A/S ikke på tilbudstidspunktet havde en tilstrækkelig miljøgodkendelse. Dette var FMI ikke opmærksom på ved evalueringen, og Faaborg Værft A/S blev som følge af denne fejl uberettiget tildelt for mange point på miljøkriteriet.

Miljøbilaget var et centralt dokument i FMIs evaluering af miljøkriteriet i tilbuddene. De afgivne miljøbilag blev vurderet af FMIs eksperter, Ingeniørfirmaet NIRAS A/S (herefter Niras), dels i forlængelse af INDO dels i forlængelse af BAFO.

Niras-rapporterne viser med al tydelighed, at indholdet i de modtagne miljøgodkendelser indgik i evalueringen. Niras' første rapport side 3 viser, at der blev lagt vægt på, om den foreliggende miljøgodkendelse fra Faaborg Værft A/S kunne rumme den tilbudte opgave. Niras-rapporterne viser endvidere, at man ikke overhovedet var opmærksom på den utilstrækkelige

miljøtilladelse hos Faaborg Værft A/S. Dette var ej heller på nogen måde indikeret i tilbuddet fra Faaborg Værft A/S, der tværtimod fejlagtigt erklærede i følgebrevet til tilbuddet at ”Faaborg Værft A/S er i besiddelse af alle nødvendige godkendelser og tilladelser i henhold til miljøloven kapital 5”.

Faaborg Værft A/S fik karakteren 3 på punkt 1 i miljøbilaget, med begrundelsen ”Vedlagt og i orden”. Men den vedlagte miljøgodkendelse var netop ikke i orden. Den dokumenterede ikke at den tilbudte aktivitet kunne rummes indenfor miljøgodkendelsen. Den manglende dokumentation skulle efter den af Niras erklærede målestok herefter maksimalt føre til karakteren 2. Karakteren 2 skulle man have, hvis dokumentationen manglede. I tilbuddet fra Faaborg Værft A/S var det ikke alene en dokumentation der manglede, - tilbuddet dokumenterede i sig selv sammenholdt med den udbudte opgave, jf. redegørelsen i replikken, positivt, at miljøgodkendelsen ikke var tilstrækkelig og dermed i orden. Tilbuddet fra Faaborg Værft A/S burde derfor maksimalt være tildelt karakteren 1 på det pågældende punkt og under ingen omstændigheder mere end 2. Den for høje point-tildeling beror ikke på et skøn, men en fejl, hvorfor reglen om ordregivers vide skøn ikke er anvendelig her.

Hvis det var tilstrækkeligt, at tilbudsgiverne indestod for ved kontraktens underskrivelse at have alle nødvendige tilladelser er det uforståeligt, at man beder tilbudsgiverne medsende deres miljøgodkendelser, og at Niras i sin første rapport betegner det som en svaghed i Faaborg Værft A/S’ INDO, at man ikke har fremsendt vilkårene i miljøgodkendelsen. Det er i visse tilfælde hensigtsmæssigt, at stillede krav ikke skal være opfyldt ved tilbuddets afgivelse, men først ved kontrakt indgåelse eller eventuelt først på det tidspunkt, hvor der skal leveres. Men disse tilfælde må i sagens natur være begrænset til de situationer, hvor tilbudsgiver selv er herre over situationen og egenhændigt kan opfylde de stillede krav. Faaborg Værft A/S kunne ved tilbuddets afgivelse på ingen måde være sikker på at kunne opnå den krævede miljøgodkendelse.

FMI har endvidere med urette ikke ved evalueringen af Søby Værfts tilbud taget hensyn til de oplysninger, der fremgår af Søby Værfts miljøgodkendelse vedrørende udsugningsanlæg og egenkontrol vedrørende belægninger. Når FMI for visse tilbudsgivers vedkommende har læst dybere ned i miljøgodkendelsen og her fundet oplysninger, der styrker det pågældende tilbud, har FMI været forpligtet til at gøre det samme i forhold til øvrige til-

budsgivere. Af underbilagene til Niras-rapporterne fremgår, at Niras på FMIs vegne flere steder har læst dybere ned i de modtagne miljøgodkendelser. Dette har været særligt udtalt ved behandlingen og evalueringen af tilbuddet fra Jobi Værft A/S. Også ved behandlingen af Søby Værfts tilbud har Niras visse steder læst dybere ned i miljøgodkendelsen, uden at der i miljøbilaget var henvist til miljøgodkendelsen. Dette sammenholdt med, at Niras ikke læste de ganske centrale dele i Søby Værfts miljøgodkendelse vedrørende Luft/lugt – udsugningsanlæg og egenkontrol af belægningsviser, at det har haft tilfældighedens karakter, hvilke informationer Niras fandt i tilbudsgivernes miljøgodkendelser. Hermed blev det også tilfældigt og vilkårligt, hvilke point tilbudsgiverne blev tildelt – det afhang af, om Niras tilfældigvis havde læst de relevante informationer.

Var disse fejl ikke begået, ville Søby Værft have vundet kontrakten, idet Søby Værft i så fald ville have opnået minimum 2 yderligere point. Disse 2 point var nok til at ændre resultatet.

FMI har gjort gældende, at besvarelsen fra Faaborg Værft A/S omkring miljøgodkendelsen som anført ad påstand 7 og 8 indgik i en samlet vurdering af Faaborg Værft A/S' besvarelse af 17 forskellige spørgsmål fordelt på 10 punkter, alle vedrørende miljøforhold. Det gøres helt overordnet gældende, at spørgsmålet har været håndteret korrekt, ensartet for alle tilbudsgivere og helt i overensstemmelse med beskrivelsen i udbudsmaterialet. Søby Værft har ikke godtgjort, at FMI er gået ud over rammerne for sit skøn ved denne evaluering, endsiges at FMI har evalueret Faaborg Værft A/S' besvarelser forkert i øvrigt.

Som beskrevet i udbudsbetingelserne er de enkelte tilbudsgivere tildelt en samlet karakter for besvarelsen af bilag 2 til udbudsbetingelserne om miljø. Niras har bistået FMI med en ekspertvurdering af de indkomne svar, og Niras har i den forbindelse – herunder også som forberedelse til forhandlingerne med tilbudsgiverne tidligere i forløbet og som støtteværktøj i forbindelse med den endelige evaluering – givet tilbudsgiverne foreløbige arbejds karakter på besvarelsen af de enkelte spørgsmål i bilag 2. Afslutningsvis har Niras og FMI vurderet besvarelsen fra de enkelte tilbudsgivere samlet og tildelt en samlet karakter, Niras' endelige rapport og FMIs evalueringsrapport. Søby Værft synes at overse det forhold, at Niras' første rapport er et arbejdsdokument, og at den endelige evaluering af Søby Værfts tilbud på miljø er den, der fremgår af evalueringsrapporten.

FMI's vurdering er sket på korrekt vis, og der er ikke påvist noget grundlag for at tilsidesætte FMI's faglige evaluering af det pågældende punkt.

Ad påstand 11

Søby Værft har gjort gældende, at udbudsgrundlaget er så uklart, og at udbudsprocessen, herunder forhandlingsmøderne og evalueringen har været behæftet med en sådan vilkårlighed, at der ikke har foreligget et egnet grundlag for en tildelingsbeslutning.

For så vidt angår udbudsgrundlaget har det til stadighed været uklart, hvilken betydning de af tilbudsgiverne fremsendte miljøgodkendelser skulle have. Miljøbilaget viser umiddelbart at miljøgodkendelsen skulle indgå i vurderingen af et delkriterium angående lovlighed og tilsynsmyndighed. FMI's processuelle indlæg viser derimod, at miljøgodkendelsen ingen relevans havde for dette, idet det anføres, at det "ved tilbudsafgivelsen var tilstrækkeligt, at tilbudsgivere indestod for at besidde sådanne tilladelser og godkendelser". I miljøbilaget er det i spørgsmål 1 anført "Vil vedligeholdelsesaktiviteterne under rammeaftalen blive omfattet af virksomhedens miljøgodkendelse...". Dette spørgsmål er uklart. Spørgsmålet kan gå på, om tilbudsgivers nuværende miljøgodkendelse omfatter vedligeholdelsesaktiviteterne for det tilfælde, at den pågældende tilbudsgiver vinder opgaven. Spørgsmålet kan også gå på, om vedligeholdelsesaktiviteterne vil være omfattet af en kommende miljøgodkendelse. Niras-rapporterne viser, at spørgsmålet skulle forstås på den førstnævnte måde, mens FMI's processuelle indlæg viser, at det skulle forstås på sidstnævnte måde. Tilsvarende uklarhed gælder spørgsmål 2 i miljøbilaget. Generelt er det flere steder i miljøbilaget uklart, om der fra FMI's side spørges ind til gældende fakta eller til fremtidige tiltag. I vejledningen til miljøbilaget er anført, at "svaret visse steder skal suppleres via vedlæggelse af relevant materiale (f.eks. miljøgodkendelse...)". Der var således ikke stillet krav om konkrete henvisninger for, at informationerne i en miljøgodkendelse kunne indgå i evalueringen, men af FMI's synspunkter fremgår, at der skulle henvises til konkrete steder i miljøgodkendelsen ved besvarelse af de forskellige spørgsmål, hvis miljøgodkendelsen skulle tillægges betydning.

Niras' udtræk af informationer fra de indsendte miljøgodkendelser viser, at dette blev foretaget uafhængig af konkrete henvisninger i tilbudsgivernes

svar i miljøbilaget. Den naturlige forklaring på dette må antages at være, at Niras ikke havde forstået FMIs synspunkt om, at man kun skulle søge informationer i miljøgodkendelserne i de tilfælde, hvor der var specifikt henvist til disse. Sidstnævnte er tillige et eksempel på, at uklarheden i udbudsgrundlaget forplantede sig til en vilkårlighed i forhandlings- og evalueringprocessen. Udbudsgrundlaget har således været så uklart på miljødelen, at det i sin helhed har været uegnet til at danne grundlag for en tildelingsbeslutning. Videre har gennemførelsen af udbudsprocessen, herunder særligt forhandlingerne og evalueringen, være behæftet med vilkårlighed, uigennemsigtighed og en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet i et omfang, der har været afgørende for udfaldet af tildelingsbeslutningen og uegnet som grundlag for denne.

FMI har overordnet henvist til det, der er anført ad påstand 5 og har videre gjort gældende, at Søby Værft intet sted har påvist eller sandsynliggjort, at den vindende tilbudsgiver er blevet givet en evalueringsmæssig fordel sammenholdt med Søby Værft eller Jobi Værft A/S. Også af denne grund er der ikke grundlag for at tage annullationspåstandene til følge.

Det bestrides, at udbudsmaterialet har været uklart eller uegnet til at danne grundlag for tildelingsbeslutningen. For så vidt angår betydningen af de efterspurgte miljøgodkendelser henvises til det, der er beskrevet i bilag 5, pkt. 4.3 til udbudsbetingelserne, hvoraf fremgår, at formålet med at inddrage miljøforhold i evalueringen af tilbudsgiverne var at mindske miljøbelastningen under udførelsen af vedligeholdelsesaktiviteterne. Det nærmere formål med at spørge ind til ”miljøgodkendelse, spildevandstilladelse eller lign” var således at give tilbudsgiverne en mulighed for at påvise, at virksomhederne allerede var indrettet under iagttagelse af diverse miljøhensyn. Der var derimod ikke fremsat eksplicite krav til vilkårene i sådanne tilladelser. Udbudsmaterialet har således ikke været uklart. Alle tilbudsgivere har fået evalueringsmæssig kredit for tiltag, der endnu ikke var effektueret på tidspunktet for tilbudsafgivelse.

Om selve evalueringen af tilbudsgivernes besvarelser, herunder hvilke oplysninger Niras har lagt vægt på, henvises til det ad påstand 3 og 4 anførte. Det skal hertil understreges, at det i både udbudsbetingelsernes bilag 5, pkt. 4.3 og selve miljøbilaget er anført, at tilbudsgiverne direkte i besvarelserne skulle beskrive, hvilke tiltag og foranstaltninger der skulle inddrages i evalueringen. Herudover er det eksplicit angivet, at der skulle vedlægges visse

bilag. Dette har Søby Værft også gjort. Udbudsmaterialet har således ikke været uklart.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1-5

Klagenævnet har i delkendelse af 9. marts 2017 om påstand 1-5 udtalt:

”Udbuddet er gennemført efter reglerne om udbud med forhandling. Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 6.1 ”Forhandling baseret på INDO”, at forhandlingerne ”vil fokusere på styrker og svagheder i INDO1 og vil blive baseret på tildelingskriterierne”, og af udbudsbetingelsernes punkt 6.2 ”Referater og feedback”, at tilbudsgiverne på forhandlingsmødet vil ”få feedback på styrker og svagheder i de vejledende tilbud. Denne feedback gives for at sikre, at hver tilbudsgiver kan optimere sit tilbud under forhandlingen.” I referatet fra forhandlingerne fremgår bl.a., hvilke forhold der i relation til miljø vægter positivt, og på hvilke områder der er ”forslag til forbedringer”. Det fremgår ingen steder, at FMI tilstræber, endsige forpligter sig til at pege på alle områder, hvor INDO1 kan/bør forbedres. En tilbudsgiver bærer selv risikoen for indholdet af det tilbud, der afgives, også i et udbud med forhandling. Søby Værft A/S har opnået 3,9 point ud af 5 mulige på kriteriet ”Miljø”. Selv små afvigelser i besvarelsen må derfor antages at påvirke, hvilke forhold der kunne ”optimere” tilbuddet. På det foreløbigt foreliggende grundlag er der herefter ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Det fremgår af brev af 30. januar 2017 fra FMI til Søby Værft A/S bl.a., at ”[d]et, der trækker vurderingen ned, er ... der ikke er dokumenteret egenkontrol af tætte belægnings og spildbakker ved oplag af kemikalier, affald mv”. FMI har i svarskriftet oplyst, at dette ikke skal læses, som Søby Værft A/S har gjort: at det trækker ned, at der ikke til tilbuddet er vedlagt dokumentation, men derimod skal læses sådan: at det, der trækker ned, er, at den eksisterende egenkontrol ikke dokumenteres. Uanset, hvordan dette måtte skulle læses, bemærkes, at det af evalueringsrapporten fremgår, at et helt tilsvarende forhold er anført ved evalueringen af den vindende tilbudsgivers tilbud. Det kan derfor ikke antages, at forholdet har haft betydning for resultatet af evalueringen. Uanset, om der måtte være grundlag for at tage påstand 2 til følge, vil påstanden således ikke kunne føre til annullation af tildelingsbeslutningen. Påstand 2 kan allerede derfor ikke begrunde, at klagen tillægges opsættende virkning.

FMI har i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes angivelse heraf evalueret tilbuddene i relation til underkriteriet ”Miljø” på baggrund af

tilbudsgivernes besvarelse af udbudsbilag 2 "Miljø". FMI har som ordregiver et vidt skøn ved evalueringen af de modtagne tilbud i relation til de kvalitative kriterier. Klagenævnet tilsidesætter efter fast praksis alene dette skøn, såfremt ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens evalueringsskøn, eller har handlet usagligt. På det foreløbigt foreliggende grundlag finder klagenævnet, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte den evaluering, som FMI har foretaget af Søby Værft A/S' tilbud i relation til omfanget og karakteren af egenkontrol vedrørende "tætte belægninger og spildbakter ved oplag af kemikalier, affald mv". Der er således ikke udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge.

Søby Værft A/S har ved besvarelsen af afsnit 5, spørgsmål 10 i udbudsbilag 2 "Miljø", hverken generelt eller specifikt henvist til sin miljøgodkendelse i relation til spørgsmålet om værftets luftforureningsforhold, herunder udsagningsforhold. Det fremgår af udbudsbilag 5 "Evaluering metode" punkt 4.3, at evalueringen af underkriteriet "Miljø" vil ske "på baggrund af de af tilbudsgiverne afgivne beskrivelser i Bilag 2 til Udbudsbetingelserne", og af instruktionen på udbudsbilag 2 "Miljø", at "Tilbudsgiveren skal besvare de anførte spørgsmål ved at udfylde arket nedenfor". Risikoen for uklarheder i tilbud påhviler efter fast praksis tilbudsgiveren. Herefter og da der på det foreløbigt foreliggende grundlag endvidere ikke er grundlag for at tilsidesætte den evaluering, som FMI har foretaget af Søby Værft A/S' tilbud i relation til luftforureningsforhold, er der ikke udsigt til, at påstand 4 vil blive taget til følge.

Som følge heraf er der på det foreløbigt foreliggende grundlag endvidere ikke udsigt til, at påstand 5 vil blive taget til følge."

På den baggrund, og da det, Søby Værft efterfølgende har anført vedrørende disse påstande, ikke kan føre til et andet resultat, tages påstand 1-5 ikke til følge.

Særligt vedrørende påstand 2 bemærkes, at der ikke, som hævdet af Søby Værft, er noget i formuleringen i evalueringsrapporten, der giver anledning til at antage, at FMI i forbindelse med evalueringen har stillet et krav om dokumentation, som ikke fremgik af udbudsmaterialet.

Ad påstand 7-9

Af "Udbudsbetingelsernes" punkt 9 fremgår, at "Miljø" indgår som et blandt 3 tildelingskriterier. Af bilag 5 til udbudsbetingelserne "Evaluering metode" fremgår af punkt 4.3, at formålet med dette kriterium er, at FMI ønsker at sikre, at miljøbelastninger i forbindelse med vedligeholdel-

sesarbejdet under rammeaftalen minimeres under hensyntagen til Forsvarsministeriets Miljø- og Naturstrategi.”. Det fremgår udtrykkeligt, at evalueringen af kriteriet vil ske på grundlag af de beskrivelser, som tilbudsgiverne medtager i tilbuddene, at der visse steder bør vedlægges bilag, og at manglende vedlæggelse af bilag kan få ”evalueringsmæssig” betydning. Det fremgår videre, at der vil ske en samlet vurdering af den enkelte tilbudsgivers svar på samtlige spørgsmål, og dette vil føre til tildelingen af en samlet karakter for kriteriet.

Der er ikke hverken heri eller i ”Udbudsbetingelsernes” punkt 7.3. om, at BAFO skal overholde alle krav i det reviderede udbudsmateriale, og at alle nødvendige oplysninger skal indsendes, eller punkt 7.3.1. om, at BAFO skal udfærdiges på grundlag af bl.a. miljøbilaget ”som indeholder de krav og forventninger FMI har med hensyn til tilbudsgivers tilbud.” grundlag for at fastslå, at det var et mindstekrav, at tilbudsgiver på tidspunktet for afgivelse af tilbuddet havde en miljøgodkendelse, der gav mulighed for at udføre den udbudte aktivitet.

Faaborg Værft A/S har ubestridt en miljøgodkendelse til at udføre sandblæsning og har i tilbuddet oplyst at være i besiddelse af alle nødvendige miljøtilladelser, herunder specifikt anført, at man har tilladelse til sandblæsning.

Det forhold, at den miljøgodkendelse, som Faaborg Værft A/S var i besiddelse af, efter Søby Værfts beregninger og under de af Søby Værft anførte forudsætninger må antages ikke fuldt ud at kunne rumme al den sandblæsning, der må forventes udført under kontrakten, kan ikke i sig selv føre til, at tilbuddet fra Faaborg Værft A/S anses for ukonditionsmæssigt.

Som anført i klagenævnets kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet, påstand 21, kan det således ikke antages, at der gælder en almindelig regel om, at en tilbudsgiver allerede ved tilbudsafgivelsen skal være i besiddelse af alle de offentligretlige tilladelser og lignende, som er nødvendige for at kunne opfylde kontrakten.

Det forhold, at det efter tildelingen af kontrakten har vist sig nødvendigt for Faaborg Værft A/S at ansøge om udvidelse af den gældende miljøgodkendelse, medfører i overensstemmelse med det anførte ikke, at virksomhedens tilbud var ukonditionsmæssigt.

Påstand 7-9 tages ikke til følge.

Ad påstand 11

Som anført ad påstand 7-9 fremgår det klart af bilag 5 til udbudsbetingelserne "Evaluering metode" punkt 4.3, hvad formålet med kriteriet "Miljø" var, ligesom det klart fremgår, at der ikke var tale om mindstekrav. Der er derfor ikke grundlag for at fastslå, at det har været uklart, hvilken betydning, de af tilbudsgiverne fremsendte miljøgodkendelser skulle have, eller hvilken betydning de i "Miljøbilaget" anførte spørgsmål havde. På det grundlag, og da Søby Værft ikke har påvist, at FMI i forbindelse med forhandlingerne og den endelige evaluering har handlet vilkårligt eller usagligt, tages påstand 11 ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Søby Værft A/S skal i sagsomkostninger til Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Dorthe Hylleberg
kontorfuldmægtig