

K E N D E L S E

Labflex A/S
(advokat Christian B. Propohet-Rannow, København)

mod

Bygningsstyrelsen
(Kammeradvokaten ved advokat Rasmus Holm Hansen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 146-262856 af 25. juli 2016 udbød Bygningsstyrelsen som begrænset udbud efter udbudsloven en kontrakt om køb af stinkskebe til Niels Bohr Bygningen. ”Det økonomisk mest fordelagtige tilbud” blev ifølge udbudsbetingelserne identificeret på grundlag af tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” med underkriterierne ”Kvalitet og funktionalitet” (50 %), ”Organisation” (30 %) og ”Pris” (20 %). Kontraktens anslåede værdi var 25 mio. kr. ekskl. moms.

Følgende virksomheder blev prækvalificeret til at afgive tilbud:

- Waldner Laboreeinrichtungen GmbH & Co. KG (herefter Waldner)
- Labflex A/S (herefter Labflex)
- Labmodul A/S

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud den 24. oktober 2016 havde Waldner og Labflex afgivet tilbud.

Ved mail af 20. december 2016 meddelte Bygningsstyrelsen, at tilbuddet fra Labflex var ukonditionsmæssigt som følge af manglende dokumentation, og at kontrakten ville blive tildelt Waldner på betingelse af, at Waldner inden den 31. januar 2017 fremsendte dokumentation for, at oplysningerne i

ESPD'et om Waldners udelukkelse, egnethed og udvælgelse var korrekte. Det blev samtidig meddelt, at selv hvis Labflex' tilbud havde været konditionsmæssigt, viste en hypotetisk tilbudsvurdering, at Labflex ikke havde afgivet et tilbud, som var bedre end Waldners tilbud.

Bygningsstyrelsen meddelte ved mail af 24. januar 2017, at Waldner havde fremsendt den krævede dokumentation, og at Waldner derfor ville blive tildelt kontrakten. Bygningsstyrelsen indgik kontrakt med Waldner den 2. juni 2017.

Den 2. februar 2017 indgav Labflex klage til Klagenævnet for Udbud over Bygningsstyrelsen. Labflex 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 3. marts 2017 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om "fumus boni juris" ikke var opfyldt.

Labflex har efter klagenævnets kendelse af 3. marts 2017 frafaldet påstand 1-6.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Labflex har endeligt nedlagt følgende påstande:

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at Bygningsstyrelsen har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have afvist tilbuddet fra Labflex som ukonditionsmæssigt.

Påstand 8

Klagenævnet skal udstede et påbud om, at Bygningsstyrelsen skal lovliggøre udbudsforretningen ved at erklære, at Labflex' tilbud er konditionsmæssigt.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at Bygningsstyrelsen har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i forbindelse med sin evaluering af Waldners tilbud at tildele karakteren 10 vedrørende delkriteriet "Serviceorganisation".

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at Bygningsstyrelsen har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have afvist tilbuddet fra Waldner som ukonditionsmæssigt som følge af det forbehold for kurs, som Waldner ifølge evalueringsnotatet har taget.

Påstand 11

Bygningsstyrelsen skal betale Labflex 5.331.965 kr. ekskl. moms, subsidiært et mindre beløb, med procesrente fra klagens indgivelse.

Påstand 12 (subsidiær i forhold til påstand 11)

Bygningsstyrelsen skal betale Labflex 565.468,75 kr. ekskl. moms, subsidiært et mindre beløb, med procesrente fra klagens indgivelse.

Bygningsstyrelsen har over for påstand 8-10 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Styrelsen har erkendt overtrædelsen i påstand 7.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstandene om erstatning, indtil klagenævnet har afgjort de øvrige spørgsmål.

Sagens nærmere omstændigheder:

Tildelingskriteriet var i udbudsbetingelserne fastsat til det bedste forhold mellem pris og kvalitet med følgende underkriterier:

”1. Kvalitet og funktionalitet	(50 %)
2. Organisation	(30 %)
3. Pris	(20 %)”

Der var til underkriteriet ”Organisation” fastsat tre delkriterier: (1) Projektorganisation, (2) Serviceorganisation og (3) Kvalificering. I udbudsbetingelserne (udbudsbrev) står bl.a. om evalueringen af delkriteriet ”Serviceorganisation” i afsnit 5, pkt. 2b:

”b) en begrundet beskrivelse af den tilbudte serviceorganisation. Bygningsstyrelsen vil i sin vurdering af dette delkriterium lægge vægt på i hvor høj grad det sandsynliggøres, at der er tale om en organisation, der sikrer hurtig, effektiv og dækkende service af de tilbudte løsninger. Så-

fremt en eller flere af de tilbudte løsninger skal leveres af en underleverandør, bør det beskrives, hvordan tilbudsgiveren vil sikre, at service af disse løsninger vil foregå på en måde, der svarer til service af sine egne løsninger.”

Udbudsmaterialets kravspecifikation (Requirement Specification) indeholder en række punkter med krav om, at tilbudsgiverne skal indlevere typetest af stinkskabe og dokumentation.

Det fremgår af Requirement Specification, i skemaet under pkt. 5.0 ”General Requirement” i rækken ”Requirement no. G2” med beskrivelsen ”Service Organization” og i kolonnen ”Accept criteria”:

”A competent service unit based in Denmark should exist. Alternatively, a capable service unit that within 24 hours can be present at the Danish site.

I kolonnen ”Verifications-method” står:

The supplier must submit documentation of the capability of the service organization and ability to provide service within 24 hours after service inquiry.”

Det fremgår derudover af Requirement Specification, i skemaet under pkt. 8.0 ”Performance requirements”, at der stilles krav om dokumentation for ”[o]n site testing” (P1) og ”measured ”in situ”” (P6), og at der skal tages højde for ”local mounting conditions” (P15).

Labflex’ anførte i sit tilbud ud for forskellige krav i Requirement Specification, herunder krav (G6) og (I2), at ”Labflex will submit full type test if requested” og ”Labflex will submit documentation if requested”. Om krav (G2) om serviceorganisation fremgår det af tilbuddet fra Labflex:

”Labflex Service is capable of performing all necessary tests and providing all relevant service within fume hoods and ventilated units. Our service engineers cover Zealand, Jutland and Funen, i.e. the whole of Denmark, so our customers can always expect prompt, efficient, and professional service (within 24 hours). All engineers are examined and trained by Wesemann. (Please see “Labflex Organization” document).”

Til opfyldelse af delkriteriet ”Service Organization” indleverede Waldner et diagram over ”Project Organization”, som beskrev Waldners organisation.

Heraf fremgår blandt andet, at ”Installation and Maintenance crew is based in Hilleroed”. Derudover var tilbuddet vedlagt en oversigt over Waldners ”Service Project Management Team”, herunder oplysninger på personer hos Waldner og hos Waldners samarbejdspartner, K&P Inventar A/S. Tilbuddet indeholdt en serviceorganisationsplan, hvor bl.a. Jeanette Berkmann stod anført som kontaktperson. Følgende fremgik om responstider:

”...

Reaction time:

- Non-vital single equipped plant, 48 hours
- Safety-important doubly protected/redundant plant, 48 hours.
- Operationally important singly protected plant, 4-24 hour[s]
- Safety-important doubly protected/redundant plant, 8 hours.
- Safety-important singly protected plant, 2 hours.

...”

Ved mail af 7. november 2016 anmodede Bygningsstyrelsen Labflex om at fremsende dokumentation vedrørende en række krav i Requirement Specification, som Labflex ikke havde indleveret dokumentation for, men hvor virksomheden i sit tilbud havde anført, at den kunne sende dokumentation, hvis dette blev efterspurgt. Fristen herfor blev fastsat til den 9. november 2016. Sammen med mailen sendte Bygningsstyrelsen en oversigt over alle de punkter i Requirement Specification, som Labflex ikke havde indleveret dokumentation for.

Den 9. november 2016 fremsendte Labflex bemærkninger til Bygningsstyrelsens anmodning om dokumentation. Heraf fremgår blandt andet:

”... at Labflex har forstået dokumentationskravet i RS således, at der først på et senere tidspunkt ville skulle tilvejebringes den fornødne dokumentation, samt at dokumentationskravet som et minimum vil skulle tilvejebringes i overensstemmelse med (i) principperne i udbudslovens § 155, stk. 1, nr. 12, hvor der vil skulle fastsættes en rimelig frist for den vindende tilbudsgiver til at opfylde dokumentationskravet, jf. udbudslovens § 151 samt (ii) det grundlæggende princip om proportionalitet. Labflex gør i den forbindelse gældende, at den nu modtagne frist for opfyldelse af dokumentationskravet er urimelig kort.

...

Jeg kan meddele, at min klient har oplyst, at kunne fremlægge den ef-

terspurgte dokumentation i RS ..., men at dette kræver yderligere tid ...”

På baggrund af Labflex' bemærkninger fremsendte Bygningsstyrelsen yderligere bemærkninger ved brev af 14. november 2016. Heraf fremgår blandt andet:

”Det er Bygningsstyrelsens vurdering, at Labflex A/S i forbindelse med tilbuddet klart har angivet, at den pågældende dokumentation for de forskellige kriterier kunne fremsendes efter anmodning. Det er derfor Bygningsstyrelsen opfattelse, at Labflex A/S ved tilbudsafgivelsen var i besiddelse af den relevante dokumentation, således at denne allerede foreliggende dokumentation blot kunne samles og fremsendes inden for kort (og rimelig) tid.

Det er Bygningsstyrelsens vurdering, at Labflex A/S har haft rimelig tid til besvarelse af de respektive kriterier, og i øvrigt samme tid som øvrige tilbudsgivere. Det er endvidere Bygningsstyrelsens opfattelse af den modtagne skrivelse, at Labflex A/S er i besiddelse af dokumentation fra tidligere leverede typetests, bortset fra de forhold, som der er stillet spørgsmål ved under pkt. 3 i brevet af 9. november 2016.

Herudover skal stinkskaabsleverandøren efter kontrakt levere den i RS beskrevne test og dokumentation for stinkskaabe produceret til NSB-projektet i henhold til en nærmere aftalt tidsplan. Der er i et rettelsesblad anmodet om en tidsplan for denne dokumentation, hvilket Labflex A/S ikke har fremsendt.”

Bygningsstyrelsen forlængede samtidig fristen for at fremsende dokumentation til den 21. november 2016.

Labflex fastholdt sine indsigelser i brev af 21. november 2016 og henviste til rettelsesblad 03, som var dateret den 11. oktober 2016, hvor det i punkt ”06 Tilbudsbilag” står:

”For tydeliggørelse af punktet Kvalitet, ønskes dokumentationen for opfyldelse af delkriteriet udarbejdet som en punktvise beskrivelse, således at der for hvert enkelt punkt i Requirement Specification gives tilbudsgivers beskrivelse af punktets opfyldelse/løsning.

Der ønskes herunder en beskrivelse af hvorledes punkterne efterfølgende dokumenteres og hvilke evt. standarder der benyttes som grundlag. Endvidere forventes der leveret en tidsplan for levering af dokumentation, hvor sidste dokumentation forventes leveret senest ved levering af prøveskab jf. udbudstidsplan.

Såfremt der foreligger dokumentation for tilsvarende skabe kan denne vedlægges tilbudsbesvarelsen.

Af udbudstidsplanen fremgik, at levering og opstilling af prøveskab skulle ske den 18. og 19. januar 2017.

Waldner tog i forbindelse med sit tilbud følgende forbehold:

”Our offer totals to the amount of 3.952.128,29 EUR (insert exact amount) and is converted by an exchange rate of 7,45 into 29.443.355,80 Danish Krona. If the exchange rate differs more than 2 % to the base rate on the date of contract awarded, the contract price shall be adjusted accordingly.”

Waldner tog således et kursforbehold på en afvigelse med mere end 2 % fra kurs 7,45.

Til brug for evaluering af Waldners tilbud indhentede Bygningsstyrelsen den 7. december 2016 en udtalelse fra Nordea, som gav følgende vejledende prisindikation:

”En vejledende pris på jeres køb af en Put-option EUR mod DKK med 7 mdr. løbetid og aftalekurs på 7,4500 vil koste 268 BP svarende til DKK 26.800 pr. 1 mio. EUR.

Aftalekursen er in the money, idet terminskursen ca. hedder 7,4325.

Spotref 7,4380”

Som anført ovenfor underrettede Bygningsstyrelsen tilbudsgiverne om sin evaluering af tilbuddene den 20. december 2016. Bygningsstyrelsen skrev følgende til Labflex:

”...

Bygningsstyrelsen har nu gennemgået de indkomne tilbud og kan på denne baggrund oplyse, at Labflex A/S ikke er blevet tildelt kontrakten. Dette skyldes, at Bygningsstyrelsen har vurderet, at det af Labflex A/S afgivne tilbud ikke er konditionsmæssigt.

Bygningsstyrelsen har vurderet, at tilbuddet ikke er konditionsmæssigt, idet Labflex ikke har dokumenteret at opfylde alle mindstekravene i henhold til Requirement Specification.

Selvom Labflex A/S tilbud havde været konditionsmæssigt, er det sam-

tidig Bygningsstyrelsen vurdering, at Labflex A/S ikke ville have afgivet et tilbud, som er bedre end Waldners tilbud.

Denne vurdering bygger på hypotetisk tilbudsvurdering af det af Labflex A/S afgivne tilbud. Denne tilbudsvurdering er baseret på tilbuddet af 24. oktober 2016, som tilbuddet kunne se ud, hvis Labflex A/S efterfølgende havde valgt at fremsende den fulde dokumentation, Bygningsstyrelsen efterspurgt i brevene af 7. og 14. november 2016, og hvor Labflex A/S stilles bedst muligt på de pågældende punkter, som fremgår af RS.

Denne vurdering fremgår af den vedlagte vurderingsrapport.

...

På baggrund af ovennævnte vurdering tildeles Waldner, som har afgivet det eneste konditionsræssige tilbud, den udbudte kontrakt.

Denne tildeling er dog betinget af, at Waldner fremsender dokumentation for, at oplysningerne i ESPD'et vedr. Waldner's udelukkelse, egnethed og udvælgelse er korrekte.

Waldner er bedt om at fremsende denne dokumentation inden tirsdag den 31. januar kl. 12.00.

..."

Bygningsstyrelsen har udarbejdet en redegørelse for tildelingsbeslutningen. Af redegørelsen, der indeholder en hypotetisk vurdering af Labflex' tilbud, fremgår:

..."

2. Vurdering af de indkomne tilbud

2.1. Labflex A/S

Ad underkriterium 1, Kvalitet og funktionalitet

Labflex A/S har i forbindelse med beskrivelse af Requirement Specification (herefter "RS") på en række punkter bekræftet at ville opfylde specifikationerne, men ikke vedlagt dokumentation for typetest eller test på stedet i forbindelse med tidligere udførte stinkske. Labflex har dog for disse punkter i besvarelse anført at "Labflex will submit full type test reports if requested", eller tilsvarende tekst Flere af disse punkter er i udbudsmaterialet gjort til mindstekrav.

...

Bygningsstyrelsen vurderer ..., at tilbuddet ikke er konditionsræssigt, idet Labflex ikke har dokumenteret at opfylde alle mindstekravene jf.

RS. En manglende opfyldelse heraf medfører, at tilbuddet i sin helhed er ukonditionsmæssigt jf. udbudsbrevets afsnit 5.1.

Den kvalitative vurdering ændrer ikke på det faktum, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt og derfor må afvises.

...

Bygningsstyrelsen har ... foretaget en hypotetisk tilbudsvurdering af det af Labflex A/S afgivne tilbud. Denne tilbudsvurdering er baseret på tilbuddet af 24. oktober 2016, som tilbuddet kunne se ud, hvis Labflex A/S efterfølgende havde valgt at fremsende den fulde dokumentation, Bygningsstyrelsen efterspurgt i brevene af 7. og 14. november 2016, og hvor Labflex A/S stilles bedst muligt på de pågældende punkter.

...

Samlet set ville tilbuddet, ifølge den hypotetiske tilbudsvurdering, vedrørende underkriterium 1, have haft en fortrinlig opfyldelse af underkriteriet. Der ville i alt være opnået 340 ud af 356 mulige point.

...

Tilbuddet vedrørende underkriterium 1 ville således have fået tildelt karakteren 48,3 ud af 50 mulige.

Ad underkriterium 2, Organisation:

Organisation vurderes ud fra følgende delkriterier:

1. Projektorganisation
2. Serviceorganisation
3. Kvalificering

Tilbuddenes beskrivelser er vurderet som følger:

Projektorganisation	Serviceorganisation	Kvalificering	I alt
5	3	3	11

Projektorganisation

...

Serviceorganisation

Serviceorganisationen er ikke detaljeret beskrevet og underleverandør Wesemann er begrænset involveret. Det fremgår dog af RS, at der kan tilbydes service med 24 timers varsel og at underleverandør Wesemann oplærer servicepersonale.

Det fremgår ikke af beskrivelsen, hvordan der i øvrigt sikres en hurtig, effektiv og dækkende service af de tilbudte løsninger i form af tilkaldesordninger, kontaktpersoner, backofficeløsninger ol.

Det fremgår endvidere ikke, om der anvendes andre underleverandører på service end Wesemann.

Punktet anses på baggrund heraf for mindre tilfredsstillende beskrevet, svarende til 3 point.

Kvalificering

...

Samlet vurdering af underkriterium 2

Samlet set vurderes tilbuddet, såfremt det var konditionsmæssigt, vedrørende underkriterium 2 at have en mindre tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet.

Tilbuddet vedrørende underkriterium 2 vurderes som summen af delpointene (5 + 3 + 3), hvilket svarer til karakteren 11 ud af 30 mulige.

Ad underkriterium 3, Pris

Tilbudsgiver har tilbudt 21.847.159,00 kr. ekskl. moms.

Tilbudsgiver ville dermed have afgivet det laveste tilbud.

Tilbuddet vedrørende underkriterium 1 ville have opnået karakteren (10 * 2) 20,0.

Samlet bedømmelse af tilbuddet:

Tilbuddet vurderes i sin helhed for ukonditionsmæssigt, hvorfor tilbuddet afvises.

Såfremt Labflex A/S havde afgivet et konditionsmæssigt tilbud (afleveret den ønskede/efterspurgte dokumentation, som opfyldte alle de stillede krav), ville Labflex A/S have opnået en karakter på i alt 79,3 ud af 100 mulige.

2.2 Waldner Laboreeinrichtungen GmbH & Co. AG

Ad underkriterium 1, Kvalitet og funktionalitet

...

Samlet set vurderes tilbuddet vedrørende underkriterium 1 at have opnået 352 ud af 356 mulige point.

Tilbuddet vedrørende underkriterium 1 tildeles karakteren 49,4 ud af 50 mulige.

Ad underkriterium 2, Organisation:

Organisation vurderes ud fra følgende delkriterier:

...

Tilbuddenes beskrivelser er vurderet som følger:

Projekt-organisation	Service-organisation	Kvalificering	I alt
10	10	5	25

Projektorganisation

...

Serviceorganisation

Serviceorganisationen er tilsvarende meget detaljeret beskrevet med kontaktpersoner, ”back-stage-support” mv. samt responstider for væsentlige servicebehov. Der anvendes en dansk samarbejdspartner til service i form af firmaet K&P Inventar A/S.

Serviceorganisationen vurderes at vise en velfungerende serviceorganisation, som på alle måder kan tage hånd om nødvendig service og support i form af nærliggende servicefirma fra K&P-Inventar i Hillerød, kombineret med stor effektiv serviceorganisation fra Waldner i Tyskland. Der anvendes moderne metoder med online support, hvilket viser at det altid er hurtigt og let at få kvalificeret rådgivning og support ved behov for dette.

Punktet anses på baggrund heraf for fremragende beskrevet, svarende til 10 point.

Kvalificering

...

Samlet vurdering af underkriterium 2

Samlet set vurderes tilbuddet vedrørende underkriterium 2 at have en rigtig god opfyldelse af underkriteriet.

Tilbuddet vedrørende underkriterium 2 vurderes som summen af delpointene (10 + 10 + 5), hvilket svarer til karakteren 25 ud af 30 mulige.

Ad underkriterium 3, Pris

Tilbudsgiver har tilbudt 29.443.355,80 kr. ekskl. moms.

Tilbudsgiver har dermed afgivet det højeste tilbud.

Bygningsstyrelsen har vurderet, at der i tilbuddet er et forbehold, som

nødvendiggør en prisfastsættelse/kapitalisering for overholdelse af ligebehandlingsprincippet.

Forbeholdet er sålydende:

”Our offer totals to the amount of 3.952.128,29 EUR (insert exact amount) and is converted by an exchange rate of 7,45 into 29.443.355,80 Danish Krona. If the exchange rate differs more than 2 % to the base rate on the date of contract award, the contract price shall be adjusted accordingly”

Waldner har således i sit tilbud oplyst et kursforbehold på en afvigelse på mere end 2% fra kurs 7,45 kr. for en Euro.

Kursforbeholdet er vurderet af Nordea, som oplyser, at kontrakten kan kurssikres ved køb af Euro svarende til betalingsflowet for kontrakten i 2017 til en kurs lidt lavere end 7,44. På baggrund af oplysninger fra Nordea vurderes det, at Waldner med sit kursforbehold har sparet ca. DKK 100.000 ved ikke at foretage en kurssikring. På den baggrund kapitaliserer Bygningsstyrelsens Waldners forbehold ved at lægge DKK 200.000 til tilbudsprisen.

Tilbuddet vedrørende underkriterium 3 tildes således karakteren (2,86*2) 5,7.

Samlet bedømmelse af tilbuddet:

Tilbuddet er konditionsmæssigt og tilbuddets samlede score er 80,2 ud af 100 mulige.
...”

Der er endvidere udarbejdet et evalueringsnotat, hvor tilbuddene fra Labflex og Waldner er tildelt point i forhold til de enkelte krav i Requirement Specification.

Parternes anbringender:

Ad påstand 7 og 8

Labflex har gjort gældende, at Bygningsstyrelsens fremrykning af tidspunktet for fremlæggelse af den krævede dokumentation i Requirement Specification, herunder fremrykning til et tidspunkt, der ligger før tildelingen af kontrakten til den vindende tilbudsgiver, udgør en ændring i udbudsgrundlaget, idet dokumentationen i henhold til udbudsgrundlaget først skulle

frelægges ved installering af prøveskab.

Bygningsstyrelsens beslutning om at erklære Labflex' tilbud ukonditions-mæssigt er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, idet baggrunden for, at Labflex ikke indleverede den ønskede dokumentation alene er Bygningsstyrelsens fremrykning af fristen herfor. Da Bygningsstyrelsen har erkendt overtrædelsen, kan det lægges til grund, at Bygningsstyrelsens beslutning om at afvise Labflex' tilbud som ukonditions-mæssigt var i strid med udbudslovens § 2. Bygningsstyrelsen skal derfor tilpligtes at ændre sin beslutning og lovliggøre udbudsforretningen ved at erklære Labflex' tilbud for konditions-mæssigt.

Bygningsstyrelsen, der har anerkendt, at påstand 7 skal tages til følge, har anført, at hensigten med dokumentationskravene var, at Bygningsstyrelsen i forbindelse med tilbudsevalueringen og igen senere i forbindelse med leveringen af stinkskebene kunne verificere, at de opstillede krav til stinkskebene var opfyldt af leverandørerne. Dokumentationen skulle således indleveres som en del af tilbuddene i form af typetest, og senere skulle der ske test på tidspunktet for levering og installation i form af "on site"/"in situ" test af de installerede stinkskebe.

Bygningsstyrelsen har dog anerkendt, at det ikke fremgår tilstrækkeligt klart af udbudsmaterialet, hvornår dokumentationen skulle afleveres. Da et uklart formkrav ikke bør komme Labflex til skade, anerkender Bygningsstyrelsen, at styrelsen ikke havde grundlag for at erklære tilbuddet fra Labflex ukonditions-mæssigt som følge af den manglende indlevering af dokumentation.

Over for påstand 8 har Bygningsstyrelsen gjort gældende, at et påbud om lovliggørelse forudsætter, at overtrædelsen af udbudsreglerne efter sin karakter kan lovliggøres. Som følge heraf kan påstanden ikke tages til følge. Påstanden er i øvrigt uden betydning, idet Bygningsstyrelsen anerkender, at det ikke var berettiget at anse Labflex' tilbud ukonditions-mæssigt, men denne anerkendelse har efter den hypotetiske vurdering af tilbuddet ingen betydning for tildelingsbeslutningen. Som det fremgår heraf, har Labflex ikke afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 9

Labflex har gjort gældende, at Bygningsstyrelsen har vurderet underkriteriet ”Serviceorganisation” forkert i forhold til tilbuddet fra Waldner, idet styrelsen har taget udgangspunkt i Waldners serviceorganisation – og ikke K&P Inventars serviceorganisation – og har overført denne dokumentation til K&P Inventar. Bygningsstyrelsens tilbudsevaluering afspejler således ikke det materiale, der er fremsendt.

Waldners beskrivelse af den tilbudte serviceorganisation er ikke detaljeret og fyldestgørende. Serviceorganisationen består af folk fra Waldner og K&P Inventar, men rollefordelingen mellem dem er uklar. Det er ikke dokumenteret, hvordan Waldner vil sikre, at K&P Inventar kan løfte opgaven.

Det fremgår af Requirement Specification (G2), at leverandøren skal dokumentere, at service vil blive udført inden for 24 timer efter en forespørgsel herom. Waldner anførte både, at responstiden for service var 24 timer, og at responstiden var mellem 2 og 48 timer. Der er derved tvivl om den faktiske responstid. Derudover fremgår det, at der kun er én kontaktperson, som skal besvare alle forespørgsler. Dette medfører, at Waldners serviceorganisation er sårbar i tilfælde af blandt andet sygdom.

Labflex er aldrig (med mere end 25 års erfaring med egen servicering af stinkskabe i Danmark) tidligere stødt på K&P Inventar i forbindelse med serviceopgaver, og meget taler derfor for, at K&P Inventars serviceorganisation er ”dannet til lejligheden”. Dette understøttes blandt andet af den manglende dokumentation for K&P Inventars serviceorganisation.

Bygningsstyrelsen lagde i tilbudsevalueringen endvidere vægt på, at Waldner og K&P Inventar anvendte ”online support”. ”Online support” fremgår ikke af udbudsmaterialet og var derfor ikke et element, der kunne tillægges vægt ved evalueringen. Bygningsstyrelsen overskred sin skønsbeføjelse ved at tildele Waldner karakteren 10, idet styrelsen uden saglig begrundelse har lagt vægt på forhold i evalueringen, der ikke lovligt kunne lægges vægt på. Karakteren 10 kunne alene givet ”for fremragende tilbud som bedst muligt opfylder underkriteriet med stort set ingen mangler”. Evalueringen af Waldners opfyldelse af underkriteriet ”serviceorganisation” er behæftet med væsentlige mangler, og opfylder derved ikke beskrivelsen for karakteren 10 point.

Det er ved en sammenligning af Waldners og Labflex’ dokumentation ved-

rørende ”Serviceorganisation” åbenlyst, at Bygningsstyrelsens vurdering af Labflex’ serviceorganisation til 3 point ud af 10 er en urimelig streng og uproportional vurdering. Bygningsstyrelsen foretog på den baggrund et åbenlyst fejlskøn, idet der ikke var en forskel på 7 point på Waldners og Labflex’ serviceorganisationer.

Under et tidligere udbud tildelte Bygningsstyrelsen Labflex’ serviceorganisation en meget høj ”score”, mens Bygningsstyrelsen i dette udbud gav Labflex’ serviceorganisation en meget lav ”score”. Labflex har ikke foretaget væsentlige ændringer i sin serviceorganisation i den mellemliggende periode. Dette illustrerer, at Bygningsstyrelsen foretog et væsentligt fejlskøn i forbindelse med tilbudsevalueringen under dette udbud.

Bygningsstyrelsen handlede herefter i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i forbindelse med sin evaluering af Waldners tilbud at tildele 10 point for delkriteriet ”Serviceorganisation”.

Bygningsstyrelsen har gjort gældende, at Waldner som en del af sit tilbud har vedlagt en detaljeret beskrivelse af den tilbudte serviceorganisation, inklusive brugen af virksomhedens danske samarbejdspartner, K&P Inventar. Waldner ville ikke uddelegere den fulde serviceopgave til K&P Inventar, idet Waldner – som anført i tilbuddet – ville indgå i et samarbejde med K&P Inventar, hvorefter Waldner ville bidrage med nøglepersoner, serviceorganisationsplan m.v.

Af den dokumentation, som Waldner indleverede, fremgår indledningsvis en opstilling af Waldners Service Project Management Team, herunder nøglepersoner fra både Waldner og K&P Inventar. Endelig indeholder Waldners tilbud en serviceorganisationsplan, hvoraf fremgår, at K&P Inventar indgår i Waldners tilbudte serviceorganisation.

Det er herefter ikke rigtigt, når Labflex gør gældende, at Bygningsstyrelsens vurdering af Waldners serviceorganisation var baseret på forkerte oplysninger. Vurderingen blev baseret på de fremsendte beskrivelser af den tilbudte serviceorganisation, hvor K&P Inventar ligeledes indgår, herunder med angivelse af nøglepersoner og vedlagte CV’er.

Bygningsstyrelsen lagde ved evalueringen af Waldners tilbudte serviceor-

ganisation vægt på, at Waldners serviceorganisation var klart og udførligt beskrevet. Det fremgår blandt andet af Waldners tilbud, at dette var vedlagt en procesbeskrivelse for ”Service Denmark” og ”Trouble Shooting Denmark”. Af disse procesbeskrivelser fremgår, hvordan Waldner organisatorisk vil håndtere årlig services af stinkskebene og fejlfinding i forbindelse med pludseligt opstående fejl. Rollefordelingen mellem Waldner og K&P Inventar fremgår også. Waldner vedlagde endvidere som en del af sit tilbud en ”Communication Matrix – Service”, som viser, at Waldner har en fast kontaktperson, der skal hjælpe med at administrere alle indkomne serviceforespørgsler. Denne kontaktperson skal sørge for at overdrage opgaverne til Waldner selv eller til K&P Inventar. Dette medvirker til at sikre en hurtig, effektiv og dækkende service med en god og klar integration af den danske underleverandør. Bygningsstyrelsen forudsatte i sin evaluering, at det i tilfælde af sygdom hos Waldner er muligt at kontakte en anden person end den angivne kontaktperson.

Bygningsstyrelsen vurderede på baggrund af den samlede beskrivelse af Waldners serviceorganisation, at Waldner havde sandsynliggjort, at selskabets tilbudte serviceorganisation sikrede en hurtig, effektiv og dækkende service af de tilbudte løsninger. Dette blev bekræftet yderligere af de fremsendte CV’er for både Waldners og K&P Inventars medarbejdere i serviceorganisationen. Styrelsen vurderede, at der var en god integration mellem Waldner og K&P Inventar.

Det afgørende for evalueringen var, om tilbudsgiverne i deres tilbud havde sandsynliggjort, at deres tilbudte serviceorganisation sikrede en hurtig, effektiv og dækkende service af de tilbudte løsninger. Styrelsen vurderede, at Waldners tilbudte ”Online support” vil være med til at sikre en hurtig og let rådgivning og service, når der er behov for det.

En ordregiver er i sin evaluering af tilbuddene i forhold til de specifikke underkriterier forpligtet til kun at inddrage de forhold, som fremgår af det indsendte tilbud. Det er derfor uden betydning, hvordan Bygningsstyrelsen under et tidligere udbud har evalueret Labflex’ serviceorganisation. At en ordregiver ikke kan og må inddrage tidligere erfaringer med en konkret tilbudsgiver fremgår også af praksis fra klagenævnet, herunder kendelse af 20. april 2016, Backbone Aviation A/S mod Danmark Meteorologiske Institut og kendelse af 2. september 2016, Fayard A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.

Som angivet i Bygningsstyrelsens redegørelse for tildelingsbeslutningen var Labflex' serviceorganisation ikke detaljeret beskrevet, og det var derfor styrelsens vurdering, at Labflex ikke i tilstrækkelig grad havde sandsynliggjort, at der var tale om en organisation, der kunne sikre hurtig, effektiv og dækkende service af de tilbudte løsninger.

Evalueringen af delkriteriet "Serviceorganisation" skulle efter udbudsbrevets afsnit 5, pkt. 2b, alene ske ud fra en vurdering af beskrivelsen af den tilbudte serviceorganisation. Der er ingen krav i kravspecifikationen, som har betydning for evalueringen af delkriteriet "Serviceorganisation". Krav G2 er en del af Requirement Specification og er dermed en del af underkriteriet "Kvalitet og funktionalitet". Det er derfor ikke korrekt, når Labflex anfører, at det af krav (G2) fremgår, hvordan tilbudsgiveren skulle opfylde delkriteriet "Serviceorganisation". Krav G2 og indholdet heraf er dermed uden relevans i behandlingen af denne påstand.

Bygningsstyrelsen har ikke begået fejl i evalueringen af tilbuddene i forhold til delkriteriet "Serviceorganisation", og den konkrete karaktergivning falder inden for den vide skønsmargin, som styrelsen er tillagt som ordregiver. Den prøvelse, som skal foretages, giver ikke en forbigået tilbudsgiver ret til en fornyet evaluering baseret på tilbudsgiverens eget skøn. Klagenævnet kan efter fast retspraksis og klagenævnspraksis kun tilsidesætte det skøn, som ordregiveren har udøvet ved bedømmelsen af tilbudsgivernes opfyldelse af kvalitative kriterier, hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens evalueringsskøn, eller har handlet usagligt. Klagenævnet erstatter herved ikke ordregiverens skøn med sit eget, jf. eksempelvis klagenævnets kendelse af 18. februar 2015, House of Waldorf ApS mod Region Hovedstaden, ad påstand 2.

Bygningsstyrelsen har således ikke begået fejl i evalueringen af delkriteriet "Serviceorganisation", og den konkrete karaktergivning falder inden for den skønsmargin, som Bygningsstyrelsen er tillagt som ordregiver.

Ad påstand 10

Labflex har gjort gældende, at Waldners kursforbehold er et forbehold over for et grundlæggende og væsentligt element i udbuddet, idet forbehold over for pris efter fast praksis altid anses for forbehold over for væsentlige ele-

menter. Bygningsstyrelsens prissætning af kursforbeholdet er i øvrigt for lav, idet kursforbeholdet er baseret på en ”vejledende pris”. Waldner kunne have valgt at foretage kurssikring, men har undladt dette for at opnå en besparelse. Waldner skal ikke opnå en fordel i forhold til Labflex ved at tage forbeholdet.

Bygningsstyrelsen var ikke forpligtet til at foretage prissætning af forbeholdet, og prissætning kunne alene foretages, hvis det kunne ske på et rimeligt og objektivt grundlag. Det forhold, at styrelsen valgte at prissætte forbeholdet på baggrund af en vejledende prisindikation (i stedet for en egentlig beregning), strider mod ligebehandlingsprincippet, idet forbeholdet ikke med tilstrækkelig grad af sikkerhed kan prissættes præcist.

I forbindelse med den skønsmæssige prissættelse har Bygningsstyrelsen ikke i tilstrækkeligt omfang medtaget risikoen for den likviditetsmæssige fordel, som Waldner vil kunne opnå, hvis Bygningsstyrelsens vejledende prissætning ikke holder. Waldners tilbud skal derfor afvises som ukonditionsmæssigt, idet forbeholdet er i strid med grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne (pris), og ikke med rimelig sikkerhed og på objektivt grundlag kan prissættes.

Bygningsstyrelsen har gjort gældende, at forbehold over for forhold vedrørende pris ikke per automatik er et forbehold over for et grundlæggende element i udbudsmaterialet, idet dette altid skal bedømmes ud fra en konkret vurdering. I den forbindelse kan der eksempelvis henvises til kendelse af 9. december 2016, TL Byg A/S mod Region Midtjylland, hvor klagenævnet udtalte: ”Forbehold over tilbudte priser vil ofte være forbehold over for grundlæggende elementer”, og hvor klagenævnet efterfølgende ud fra en konkret vurdering konkluderede, at der i den pågældende sag ikke var tale om et prisforbehold, der udgjorde et forbehold over for et grundlæggende element.

Det er ud fra en konkret vurdering Bygningsstyrelsens opfattelse, at Waldners forbehold i form af en kurssikring ikke udgør et forbehold over for et grundlæggende element, og styrelsen har derfor i overensstemmelse med den danske forbeholdslære valgt at kapitalisere forbeholdet – endda særdeles konservativt. Kurssikringen udgjorde alene en meget lille andel af den samlede tilbudssum.

Det er således Bygningsstyrelsen opfattelse, at styrelsen har været fuldt berettiget til at kapitalisere forbeholdet og lade det indgå som en del af Waldners tilbud til ulempe for Waldner ved tilbudsevalueringen. Labflex' anbringende om, at Bygningsstyrelsen ikke kunne kapitalisere forbeholdet, beror alene på et teoretisk grundlag og er uden reel støtte i de faktiske forhold og den konkrete håndtering.

Prissætningen af kurssikringen er sket på en objektiv og gennemskuelig måde som følge af, at Bygningsstyrelsen valgte at lade vurderingen basere på Nordeas indikationspris og ved at fremlægge de pågældende oplysninger i redegørelsen for tildelingsbeslutningen. En prissætning af forbehold – i dette tilfælde kurssikringen – skal tage udgangspunkt i, at det beregnede beløb med sikkerhed eller en høj grad af sikkerhed dækker de omkostninger, som forbeholdet ville kunne indebære for ordregiveren. Bygningsstyrelsen kapitaliserede kurssikringen til 100.000 kr. i overensstemmelse med Nordeas vurdering, hvorefter Bygningsstyrelsen tillagde denne vurdering en endog meget høj risikopræmie på 100 %. Hertil kommer, at kurssikringen sikrer Waldner mod afvigelser på mere end 2 % fra EUR kurs 7,45 (basiskursen), hvorefter EUR kursen vil skulle stige til 7,59 ($7,45 \times 1,02$), før kurssikringen vil blive aktiveret og således skabe værdi for Waldner til ulempe for Bygningsstyrelsen.

I henhold til Nationalbankens historiske valutakurser for EUR for perioden 2004 – 2017 har EUR kursen ikke på noget tidspunkt været højere end 7,47 og således aldrig været i nærheden af niveauet 7,59. På denne baggrund må det antages at være meget lidt sandsynligt, at kurssikringen aktiveres til Waldners fordel.

Valutaforbeholdet fra Waldner er derfor formentlig uden nogen praktisk betydning, da kursforbeholdet først bliver relevant ved en kurs, der historisk set ikke har været aktuel. Bygningsstyrelsen har kapitaliseret forbeholdet meget konservativt. Denne fremgangsmåde er helt i tråd med den danske forbeholdslære.

Bygningsstyrelsen gør sammenfattende gældende, at styrelsen har behandlet valutaforbeholdet i overensstemmelse med klagenævnets praksis.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 7

Bygningsstyrelsen har erkendt at have overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have afvist tilbuddet fra Labflex som ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet tager derfor påstand 7 til følge.

Ad påstand 8

Da Bygningsstyrelsen har indgået kontrakt med Waldner, er der ikke grundlag for at påbyde styrelsen at lovliggøre udbudsforretningen. Et påbud om lovliggørelse efter kontraktindgåelse må forudsætte, at kontrakten dermed skal bringes til ophør, og klagenævnet har ikke kompetence til at pålægge en ordregiver at bringe kontrakten til ophør ud over de tilfælde, hvor kontrakten erklæres for uden virkning.

Påstand 8 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 9

Ifølge udbudsmaterialet består vurderingen af tilbuddene i forhold til delkriteriet ”Serviceorganisation” i, i hvor høj grad det sandsynliggøres, at der er tale om en organisation, der sikrer hurtig, effektiv og dækkende service.

Waldner indleverede vedrørende delkriteriet ”Serviceorganisation” et organisationsprogram, hvoraf det fremgår, at Waldner vil samarbejde med en underleverandør, K&P Inventar A/S. Derudover indeholdt Waldners tilbud en online supportløsning, som Bygningsstyrelsen tillagde positiv vægt ved evalueringen.

Det, som fremgår af udbudsmaterialet om vurderingen af tilbuddene i forhold til delkriteriet ”Serviceorganisation”, åbnede for forskellige løsninger, herunder blandt andet online support og brug af underleverandører. Bygningsstyrelsen handlede derfor ikke uden for sit skøn eller usagligt ved evalueringen af Waldners tilbud ved at inddrage online løsningen i sin evaluering.

Da klagenævnet kun tilsidesætter det skøn, som en ordregiver har udøvet

ved bedømmelsen af tilbudsgivernes opfyldelse af kvalitative kriterier, hvis ordregiveren åbenbart har overskredet evalueringsskønnet eller har handlet usagligt, tager klagenævnet ikke påstand 9 til følge.

Ad påstand 10

En ordregiver har pligt til at afvise et tilbud som ukonditionsmæssigt, hvis tilbuddet indeholder forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Et grundlæggende element skal i denne sammenhæng forstås som et forbehold af en sådan karakter, at konkurrencen væsentlig for drejes mellem tilbudsgiverne, hvis forbeholdet tillades. Hvis forbeholdet efter en konkret vurdering ikke kan karakteriseres som et forbehold over for et grundlæggende element i udbudsmaterialet, skal forbeholdet kunne prissættes med en sikkerhed eller en høj grad af sikkerhed, der dækker den tillægsbetaling, som forbeholdet vil indebære for ordregiveren.

Waldner havde i sit tilbud taget forbehold for kursændringer vedrørende den samlede tilbudspris. Afgørende for, om forbeholdet var et forbehold for et grundlæggende element, er, om Waldner derved fik en konkurrencemæssig fordel, som ikke kunne udlignes.

Waldners tilbudspris vil stige, hvis kursen stiger, og prisen vil derved være højere end den pris, der blev evalueret på. Bygningsstyrelsen forsøgte at prissætte forbeholdet og derved udligne den konkurrencemæssige fordel, som Waldner ville opnå ved at have angivet en tilbudspris som potentielt kunne være højere på betalingstidspunktet.

Klagenævnet finder, at prissætningen er sket med en så høj grad af sikkerhed, at Waldners konkurrencemæssige fordel ved forbeholdet er blevet udlignet. Bygningsstyrelsen har således fået afdækket alle omkostninger, som dækker den tillægsbetaling, forbeholdet potentielt kan indebære for styrelsen.

Påstand 10 tages herefter ikke til følge.

Sagsomkostninger

Klagenævnet udtalte ved behandlingen af anmodningen om, at klagen skulle tillægges opsættende virkning, at der på det da foreliggende foreløbige

grundlag ikke var udsigt til at tage påstand 1-5 til følge. Der var dermed heller ikke udsigt til, at Labflex' annullationspåstand (påstand 6) ville blive taget til følge. Labflex valgte efter klagenævnets kendelse at frafalde påstand 1-6.

Selv om Labflex har fået medhold i påstand 7, og selskabets tilbud derfor var konditionsmæssigt, viser Bygningsstyrelsens hypotetiske evaluering af Labflex' tilbud, at Waldner under alle omstændigheder havde afgivet tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Labflex skal herefter betale sagsomkostninger til Bygningsstyrelsen som bestemt nedenfor.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 7

Bygningsstyrelsen har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have afvist tilbuddet fra Labflex A/S som ukonditionsmæssigt.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 8-10.

Labflex A/S skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 25.000 kr. i sagsomkostninger til Bygningsstyrelsen.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Jeanne Schou
specialkonsulent