



Anbefalinger i udbudsmaterialet udelukker ikke en anden løsning hos den vindende tilbudsgiver



Mikala Berg Dueholm
Partner

Klagenævnet for Udbud afsagde den 26. maj 2020 kendelse i sagen Saipem Ltd. mod Energinet Gas TSO A/S. Den vindende tilbudsgiver havde tilbudt en anden løsningsmetode end den Energinet Gas havde anbefalet i udbudsmaterialet. Klagenævnet fandt, at anbefalingen i udbudsmaterialet ikke var et obligatorisk krav, og at der i øvrigt ikke var grundlag for at antage, at den tilbudte løsning ikke ville opfylde de krav, som Energinet Gas havde stillet til den tilbudte løsning.

Baggrund

Kendelsen omhandler et udbud af en kvalifikationsordning efter forsyningsvirksomhedsdirektivet af anlægsarbejder i forbindelse med offshore rørledningsprojekter. Energinet Gas modtog tilbud fra to virksomheder i forbindelse med den afsluttende forhandlingsrunde. En forbigået tilbudsgiver indbragte sagen for Klagenævnet for Udbud.

Energinet Gas gjorde gældende, at klagen skulle afvises i medfør af klagenævnslovens § 6, stk. 2. Klagenævnet valgte at opretholde klagen og forstår klagen sammenholdt med replikken således, at klager gør gældende, at Energinet Gas har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at afvise tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver, selvom det ikke opfyldte et efter klagers opfattelse krav til en "plov" som graveudstyr.

Derudover forstod klagenævnet, at klager gjorde gældende, at Energinet Gas har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at udelukke klager fra at tilbyde andet graveudstyr end en "plov".

For så vidt angår krav til graveudstyret var det blandt andet anført i Appendix A, at der blev stillet krav om dokumentation i form af rapporter "Nearshore Dredging and Backfilling" og "Post-lay Trenching and Backfilling", der af parterne blev omtalt som "ploughing analysis". Derudover var der i tabel 4.4 til et bilag, "Pipeline Cover Design Report", anført anbefalinger til, hvilket graveudstyr opgaven kunne udføres med.

Klager, Saipem, stillede under udbudsprocessen spørgsmål til, hvorvidt Energinet Gas ville acceptere alternative løsninger. Energinet Gas besvarede spørgsmålet med, at det fremgik af udbudsbetingelserne, at Energinet Gas ikke accepterede alternative tilbud.

For så vidt angår realitetsspørgsmålet fandt klagenævnet, at indholdet af de nævnte bestemmelser og anbefalinger i udbudsmaterialet ikke dannede grundlag for at forstå udbudsmaterialet således, at Energinet Gas stillede obligatorisk krav om, at tilbuddet skulle være baseret på en løsning, hvor en "plov" blev anvendt som graveudstyr.

Derudover fandt klagenævnet, at beskrivelsen af den vindende tilbudsgivers løsning ikke gav grundlag for at antage, at udstyret ikke ville opfylde de krav, som Energinet Gas havde stillet.

Endelig fandt klagenævnet, at Energinet Gas' svar på klagers spørgsmål under udbuddet ikke kunne anses for at udelukke Saipem fra at tilbyde andet graveudstyr end en "plov".

DLA Piper bemærker

Udfaldet af kendelsen havde formentlig været anderledes, hvis den vindende tilbudsgivers tilbudte løsning opfyldte de af Energinet Gas fastsatte krav på en sådan måde, at der reelt var tale om et alternativt tilbud.

Klagenævnet tog stilling til, om Energinet Gas havde stillet et obligatorisk krav om anvendelse af en plov som graveudstyr. En anbefaling i udbudsmaterialet kunne imidlertid også være formuleret som et krav, der ikke var ufravigeligt, men som medførte, at ordregiver havde ret, men ikke pligt, til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt efter forbeholdslæren.

Klager havde angiveligt forstået udbudsmaterialet på en sådan måde, at der alene kunne tilbydes en løsning, hvor en plov blev anvendt som graveudstyr. Kendelsen illustrerer således – uanset klagenævnets afgørelse – vigtigheden af, at ordregiver formulerer sig klart og utvetydigt i udbudsmaterialet samt i besvarelsen af spørgsmål under udbuddet.

