

K E N D E L S E

5E Byg A/S
(advokat Hans Henrik Banke, Odense)

mod

Professionshøjskolen Absalon
(advokat Rasmus Holm Hansen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse 2017/S 186-380267 af 25. september 2017 udbød Professionshøjskolen Absalon (herefter Absalon) en totalentreprisekontrakt vedrørende nybyggeri til Absalon i Slagelse. Udbuddet blev gennemført som et udbud med forhandling efter udbudslovens §§ 61-66 med fire prækvalificerede ansøgere, herunder 5E Byg A/S og C.C. Contractor A/S.

Det udbudte byggeri omfatter ca. 12.500 m² med undervisningslokaler, særlige faglokaler, kantine, fællesarealer, kontorer samt mødelokaler, og byggeriet skal danne rammen om fire forskellige uddannelser og fællesadministrationen for Absalon. Byggeriet skal placeres på en grund beliggende Sdr. Stationsvej 30, 4200 Slagelse.

Den 20. april 2018 meddelte Absalon, at C.C. Contractor A/S havde afgivet det vindende tilbud.

Den 30. april 2018 indgav 5E Byg A/S klage til Klagenævnet for Udbud. 5E Byg A/S fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud skulle beslutte at klagen skulle have opsættende virkning. Den 30. maj 2018 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen

om ”fumus boni juris” ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet skriftligt.

5E Byg A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Absalon har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved kun at tildele 5E Byg A/S karakteren 6 for underkriteriet organisation, idet Absalon havde karakteriseret opfyldelsen af dette som ”god”, hvilket efter den anvendte skala berettigede til karakteren 7.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Absalon har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra C.C. Contractor A/S som ukonditionsmæssigt, idet beslutningen om tildelingen af kontrakten var behæftet med fejl, da Absalon ved tildelingen har overset, at C.C. Contractor A/S’ bud er i strid med et ufravigeligt krav om, at der ikke må bygges over en tinglyst ledning.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Absalons beslutning af 20. april 2018 om at tildele den udbudte kontrakt til C.C. Contractor A/S.

Absalon har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 1. maj 2018 underrettet C.C. Contractor A/S om klagen og har oplyst selskabet om adgangen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3, til at indtræde i sagen til fordel for Absalon.

C.C. Contractor A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder:

I udbudsbetingelserne står der bl.a. følgende om den udbudte kontrakt:

”2.3 Totalentreprenørens opgaver

Totalentreprenørens ydelser og opgaver er fordelt på 3 faser og udgør oversigtligt følgende:

Fase Opstart

1. Planlægning, af opgaven i samarbejde med Bygherre.

Fase Udvikling

1. Forslag, herunder opfølgning på og supplering af byggeprogram, idéforslag, dispositionsforslag, projektforslag
2. Forprojekt, som baggrund for indhentning af byggetilladelse samt bygherrens beslutning om udførelse af projektet.

Fase Produktion

1. Projektering, herunder hovedprojektering, projektopfølgning, arbejdsmiljøkoordinering, mv
2. Udførelse, herunder fagtilsyn, arbejdsmiljøkoordinering, commissioning mv.
3. Aflevering, herunder før-gennemgang
4. 1- og 5 års eftersyn

Igangsættelse af Fase Produktion kræver bygherrens godkendelse af beslutningsprojekt og indgåelse af allonge.

...

2.7 Ændringer i projektet undervejs i udbudsprocessen og efter kontraktindgåelse

Bygherren har udarbejdet dette udbudsmateriale, herunder tidsplaner, byggeprogram og konkurrenceprogram på baggrund af de faktuelle oplysninger, der er til rådighed på nuværende tidspunkt. Nybyggeriet er placeret i Slagelse, tæt på stationen i et område der er under udvikling. Det gælder alle de omkringliggende arealer, både mod øst, syd, nord og vest samt området på den anden side af banearealet. Det vil på sigt give Bygherre nogle fantastiske muligheder for egen udvikling og særdeles inspirerende omgivelser.

For projektet betyder det, at udbuddet gennemføres på baggrund af den viden om projektet, der er til rådighed på udbudstidspunktet.

Det må påregnes, at der såvel undervejs i udbudsprocessen som efter tildeling vil kunne ske ændringer i projektet, da målet hele tiden vil være at få opført den bygning som bedst tilfredsstillende bygherrens behov. Projektet vil dog ikke ændre grundlæggende karakter. Bygherrens behov er en funktionel undervisnings- og administrationsbygning placeret bedst muligt på grunden indenfor den økonomiske ramme. Processen er indarbejdet i udbudsmaterialet, jf. opdelingen i en udviklingsfase og en produktionsfase.

Ændringerne kan vedrøre antal byggede m², evt. kælder og tidsplan som kan have justering af den økonomiske ramme som følge. Følgende forhold kan også have betydning for projektets endelige udformning:

- Placering af bro over banen.
 - Nedlæggelse af spor tættest på grunden.
 - Idrætshallens udformning.
 - Politiske beslutninger om op- eller nednormering af antal studiepladser.
 - Vejadgang.
 - Parkering.
 - Miljøforhold.
 - Ændringer i naboers forhold, f.eks. hos SDU.
- ...”

Opdelingen i faser, herunder en opstartsfasen og en udviklingsfase, er endvidere beskrevet i udbudsmaterialets udkast til totalentreprisekontrakt, pkt. 4.1 og 4.2, og i byggesagsbeskrivelsens pkt. 2.2 og 2.3.

Af pkt. 5 i det byggeprogram, der var en del af udbudsmaterialet, fremgår, at totalentreprenøren skal være særlig opmærksom på, at én af hovedspildevandsledningerne i Slagelse løber gennem den omhandlede grund fra øst til vest. Det fremgår endvidere, at der ikke må bygges ovenpå spildevandsledningen, men arealerne må befæstes.

Disse bemærkninger i byggeprogrammet har sammenhæng med en tinglyst servitut, hvoraf bl.a. følgende fremgår:

”Til sikring af regnvandsledningerne og til sikring af adgang til fremtidige drifts- og vedligeholdelsesarbejder, tinglyses nedenstående bestemmelser på ejendommen ...

Kloakanlæg: a. Ledningsanlægget, der består af regnvandsledninger med tilhørende brønde, er beliggende som vist på vedhæftede tinglysningsriids nr 1 og skal til enhver tid tåles og respekteres og have lov til at ligge uforstyrret.

b. I et bælte på 2,00 m til hver side af ledningernes yderside må der ikke opføres ny bebyggelse eller etableres andre faste anlæg af nogen art, anbringes tekniske installationer o.lign., foretages terrænregulering ud over +/- 0,5 meter ift. nuværende terræn, beplantning med træer med dybdegående rødder eller andet der kan være til skade for ledningsan-

lægget, hindre eller vanskeliggøre nødvendige eftersyn, vedligeholdelses- og reparationsarbejder. Det er ikke hensigten at ovenstående skal forhindre at servitutarealet kan anvendes til almindeligt færdsels- eller vejareal i bymidter, herunder vejbelysning, så længe det ikke skader ledningsanlægget eller hindrer eller vanskeliggør nødvendige eftersyn, vedligeholdelses- og reparationsarbejder. Servitútbæltet fremgår af tinglysningsrids nr. 1.

c. Nye bygninger, herunder ombygninger i nærheden af anlægget, skal funderes således, at fundamentet har fornøden bæreevne og ikke vil få skadevoldende sætninger i forbindelse med eventuel midlertidig opgravning for reparation eller udskiftning.

...”

Servituten er efter det oplyste tinglyst den 4. oktober 2017 på ejendommen med matr.nr. 476s, som ejes af Slagelse Kommune. Absalon har endvidere oplyst, at servituten ikke er tinglyst på matr.nr. 476k, som Absalon ejer. Det er endvidere oplyst, at kommunen har solgt dele af matr.nr. 476s til Absalon med henblik på frastykning og sammenlægning med matr.nr. 476k.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 5 om evaluering og karaktergivning fremgår følgende:

”Den udbudte kontrakt tildeles den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Tildelingskriteriet er det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Forslagene bliver bedømt på følgende underkriterier:

1. Arkitektur, teknik og funktion (50 %)
2. Organisation (30 %)
3. Pris (20 %)

...

5.1 Karakterskala.

De kvalitative underkriterier – 1. Arkitektur, teknik og funktion og 2. Organisation – vil blive bedømt efter nedenstående skala:

Karakter	
10	Gives for det fremragende tilbud som bedst muligt opfylder underkriteriet med ingen eller få uvæsentlige undtagelser
9	
8	
7	Gives for tilbud med en god opfyldelse af underkriteriet
6	
5	Gives for tilbud med en middel tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
4	
3	Gives for tilbud med en mindre tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
2	
1	
0	Gives for et tilbud, som kun netop er konditionsmæssigt (men hvor der ikke er oplysninger, der belyser opfyldelsen af underkriteriet)

Karakteren vil blive givet med 1 decimal.

5.2 Bedømmelse af underkriteriet Arkitektur, teknik og funktion (50 %)

Ved bedømmelsen af underkriteriet Arkitektur, teknik og funktion vil der ske en bedømmelse af, hvorvidt der gives arkitektonisk, teknisk og funktionelt gode forslag på udformningen af byggeriet samt alle de funktionelle sammenhænge og strukturer, der er opstillet i udbudsmaterialet. Forslaget vil blive vurderet ud fra de rammer der gives til den undervisning, forskning og læring, der skal udfolde sig for såvel studerende som for medarbejderne hos Absalon, Slagelse.

Ved bedømmelsen af underkriteriet vil der blive lagt vægt på følgende:

- at der er en arkitektur hvor multifunktionelle arealer muliggør en høj belægningsgrad.
- Bebyggelsens samlede formmæssige kvaliteter og arkitektoniske hovedidé samt disponering af såvel de ydre som indre fysiske rammer gennem rumudformning og rumlige sammenhænge, dagslys og åbninger, variation, skala og proportionering samt detaljering.

- Om forslagens samlede udformning forventes at give et godt indeklima. I vurderingen vil indgå f.eks. dagslysforhold, solafskærmning, energiforbrug, driftsøkonomi. Der vil også blive lagt vægt på bygningskonstruktioners kvalitet, robusthed og patinerings.

5.3 Bedømmelse af underkriteriet Organisation (30 %)

Ved bedømmelsen af underkriteriet Organisation, og samarbejde lægges der vægt på, at organiseringen er konkret og projektspecifik samt at der er tilknyttet projektet kompetente nøglepersoner særlig Totalentreprenørens projektchefleder, projekteringsleder, sagsarkitekt, sagsingeniør-indeklima, entreprisede og commissioningleder.

I bedømmelsen lægges der vægt på,

- At tilbudsgivers organisation er klar og operationel, samt egnet til at understøtte samarbejdet igennem hele projektet
- At der er beskrevet tydelige kommunikationsveje både internt i organisationen og i forhold til bygherre
- At beskrivelsen indeholder velbegrundede overvejelser om hvordan samarbejdet bliver understøttet og hvordan tilbudsgivers hold er sammensat i sær i opstarts- og udviklingsfasen hvor tilbudsgivers tilgang til samarbejde og de afsatte ressourcer vil blive afgørende.
- At nøglepersoners CV viser relevante erfaringer og kompetencer i forhold til disses påtænkte rolle og ansvar i projektet og i forhold til det udbudte projekt (undervisningsbyggeri)

...”

Der blev efter afgivelsen af de indledende tilbud afholdt individuelle præsentationsmøder, hvor tilbudsgiverne havde lejlighed til at præsentere deres indledende tilbud for Absalon. Herefter blev der afholdt et forhandlingsmøde med hver af de bydende, hvorefter tilbudsgiverne afgav deres endelige tilbud.

Af et bedømmelsesnotat fremgår bl.a. følgende om evalueringen og karaktergivningen:

	Arkitektur, teknik og funktion (50%)	Organisation (30 %)	Pris (20 %)	Samlet vægtet karakter
SE byg A/S	6	6	10,0	6,8
C C Contractor A/S	10	6	2,0	7,2
Skjøde A/S	9	6	3,6	7,0
Hoffmann A/S	5	8	0	4,9

”Med henvisning til evalueringen af C.C.Contractor A/S’s tilbud er det vurderet, at det vindende tilbud særlig på nedenstående punkter adskiller sig fra de øvrige tilbud:

- Hele anlægget er organiseret i et ensemble af huse, som er udtrykt i forskellige højder og som forskydes for hinanden i nord-syd retningen. Dette greb skaber, på en gang, en varieret og opbrudt bygningskrop, som overbevisende forankres i skalaen på stedet og indtager samtidig den lange smalle grund, på en måde, der forener det langstrakte med det opbrudte og bevægede, både mod Jernbanen og mod syd.
- I det indre skaber forslaget et attraktivt og sammenhængende læringsunivers, som forener alle, både fagligheder, studerende og personale på tværs af etagerne via de fire atrier. Den opbrudte bygningskrop skaber mange forskellige bygningsdybder, som let lader sig tilpasse til de forskellige funktioner, således at mørke kernezoner og inde-liggende korridorer undgås.
- Trafik til parkeringsanlægget og til vareindlevering sker på bygningsens nordside således at arealerne mod syd er forbeholdt gående og cykler der skal til huset, til Hallen mod vest eller videre ud ad ”Fodsporet”.
- Størstedelen af parkeringspladserne er samlet i konstruktion, i en parterreetage under den vestlige ende af huset og ud mod syd herfra. Oven på parkeringsanlægget etableres en stor sydvendt aktivitetsterrasse, som kan anvendes til udendørs undervisning og events.
- Bygningsvolumenerne danner nogle fine rumligheder langs facaderne med gode sydvendte opholdsarealer.
- Den landskabelige bearbejdning føres overbevisende med ind i fællesarealerne i stueetagen og skaber et trappe- og rampemotiv her, som kulminerer i auditoriets terrasserede opbygning.”

Om evalueringen af 5E Byg A/S’ tilbud er bl.a. anført følgende i bedømmelsesnotatet:

”6.1.1 Arkitektur, teknik og funktion (50%)

Forslaget er overordnet disponeret, som en fire etagers længebygning, som er nedskaleret mod øst og vest, så der her skabes en række tagterrasser, som giver god værdi for brugerne af huset. Bygningen er overordnet opbygget over en tredimensionel grid-struktur, hvor dele af strukturen kan ”eroderes” bort, således at skalaen brydes ned på en god måde.

Facaderne er generelt sikkert proportionerede og skaber en fin forankring til stedets karakter. De meget lange facader tilbyder dog ikke mange gode zoner for udeophold og huset forekommer, trods sin nedskalering at være noget stort på stedet.

Stueetagen fremtræder åben og inviterende og indeholder de fleste af husets primære fællesfunktioner, der mangler dog nogle af de store undervisningslokaler. Atriummet står flot og alle studieretninger eksponerer sig mod dette rum. En stor siddetrappe danner et flot element i rummet og leder på første sal til Studenter Loungen. Kantinen er placeret i det sydøstlige hjørne, hvilket skaber en fin kobling til byen og Søndre Stationsvej, men placeringen reducerer dog relationen til mere attraktive og grønne udearealer noget.

Multisalen og fitness er placeret i et sænket niveau i halv kælder i husets vestlige ende og tilbyder et fint potentiale i forhold til sammenhængen med Hallen mod vest. Auditoriet er velplaceret mod nord og med god kontakt til foyer og opholdsarealer, men Auditoriets langstrakte karakter forekommer ikke at være optimal og rummet er uden mulighed for, at skabe et terrasseret læringsmiljø med dynamisk undervisning.

Atriummet tilbyder en flot iscenesættelse af den tværfaglige synergi. Det vurderes dog, at atriummet kun favner en ret begrænset del af huset, selv om der suppleres med mindre rumligheder forskellige steder. Store dele af kommunikationsarealerne i bygningen fremtræder desuden som lange og relativt smalle korridorer, uanset at der er integreret åbne studieplader forskellige steder.

Kontorarealerne i de administrative områder er meget maskinelt udlagt og den store rumdybde er svær at udnytte optimalt i indretningen. Samlet set er der mange funktionelt fine tanker i projektet, men planerne forekommer noget pressede og kompakte. Der er således flere steder hvor rum kun kan nås via at gå gennem et andet rum, der er meget få toiletter på planerne og multimedieværksted er henlagt til mørket i kælderen. Der forekommer også at være nogle uoverensstemmelser mellem planerne, bl.a. en trappe, som introduceres i stueplan, men ikke genfindes på det næste plan.

Det vurderes positivt at bygningen er baseret på et enkelt og robust beton byggesystem der giver en stor fremadrettet fleksibilitet. Byggesystemet åbner mulighed for anvendelse af forskellige facadeelementer alt afhængig af sol/varmebelastning og støjbelastning. Gennem simuleringer af indeklima vælges forskellige facadepartier for understøttelse af et godt indeklima.

Bygningen ventileres mekanisk, og i særlig udsatte lokaler suppleres den mekaniske ventilation med naturlig ventilation ved oplukkelige vinduer.

Perforeret træ og filt, bruges som blødt og varmt materiale i kontrast til betonen, samtidig med at materialerne har gode efterklangsregulerende egenskaber. Øvrige materialer er kendte og robuste materialer som sikrer et højt niveau af fleksibilitet, lave levetidsomkostninger samt et komfortabelt termisk og akustisk indeklima.

Forslagets beskrivelse af energi, miljøpåvirkning, indeklima og tiltag hermed vurderes som meget gode. Der er fine oversigter, som overskueligt viser de valg der er truffet.

Tilbuddet vurderes at opfylde kriteriet tilfredsstillende og gives karakteren 6.

6.1.2 Organisation (30%)

Tilbuddet indeholder to organisationsdiagrammer som begge klart viser organiseringen. Der er nedsat en operativ styregruppe (denne fremgår ikke af organisationsdiagrammerne), som vurderes at være et godt tiltag i organiseringen.

Tilbudsgiver har beskrevet hvordan de vil gribe opgaven an for hhv. opstarts-, udviklings og produktionsfasen som vurderes mindre velbegrunderet. Det vurderes, at opstartsfasen, som i tidsplanen skal afsluttes før sommerferien, synes noget projektmæssigt tung i forhold til udgangspunktet i udbudsmaterialet, hvor der var tale om en ren planlægningsopgave af processen i de kommende faser.

Idéen om formænd til arbejdsgrupperne virker umiddelbart god og konkret og som understøttende for samarbejdet. I udviklingsfasen vurderes forslaget om at projektoptimering indgår som fast punkt på dagsorden som meget godt, og som et godt bidrag til at understøtte samarbejdet ved at fastholde processen om udvikling.

Der savnes en mere konkret og projektspecifik beskrivelse i produktionsfasen, som virker noget generel. Tilbuddet beskriver kun begrænset, hvordan kompetencerne hos indeklimaspecialist og commissioningleder bidrager til samarbejdet med og om kommende drift af bygningen.

Ved bedømmelsen er der lagt særlig vægt på:

- At organiseringen er klart forankret hos totalentreprenøren, men knap så projektspecifik. Der er dog gode tiltag og begrundelser for hvordan samarbejdet understøttes såsom den operative styregruppe, videnscyklus og fokus på tværfaglige møder.

- At kommunikationsvejene ikke er særlig klart definerede foruden at der er et ønske om en kort kommunikationsvej og et kontaktpunkt ind i tilbudsgivers organisation. Forslaget om at oprette en 2-trins kommunikationsplan vurderes som meget god. Den operative styregruppes bidrag til kommunikationen vurderes som positivt.
- At tilbudsgivers beskrivelse af bemanningen i faserne er god. Det virker dog som om opstartsfasen er noget overdimensioneret. De beskrevne ressourcer der er til rådighed virker velbegrundede dog med noget begrænset fokus på IKT og commissioning i opstarten, hvor kompetencerne er nødvendige til planlægning. Den operative styregruppe vurderes at kunne understøtte samarbejdet godt.
- At nøglepersoners erfaringer og kompetencer set i relation til projektet er meget gode og vurderes som et stærkt team.

Tilbuddet vurderes at opfylde kriteriet godt og får karakteren 6.”

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

5E Byg A/S har gjort gældende, at Absalon har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved ikke at tildele 5E Byg A/S 7 point på underkriteriet ”Organisation”. Både 5E Byg A/S og C.C. Contractor A/S blev tildelt 6 point på dette underkriterium, selv om 5E Byg A/S opfyldte kriteriet ”godt”, og C.C. Contractor A/S alene opfyldte kriteriet ”tilfredsstillende”. Uoverensstemmelsen mellem begrundelsen for pointtildelingen og de tildelte point medfører endvidere, at Absalon har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, jf. herved klagenævnets kendelse af 20. april 2018, Lattanzio Advisory S.p.A m.fl. mod Udenrigsministeriet.

Det er den sproglige vurdering, der er styrende for den tildelte talkarakter, og ikke omvendt. Efter den anvendte karakterskala gives 7 point til ”tilbud med en god opfyldelse af underkriteriet”. Uden en sproglig nuancering i form af ”mindre god” eller ”meget god” er det med urette og i strid med skalaen i evalueringsmodellen at give karakteren 6 for opfyldelsen ”god”.

Opfyldelsen af kriteriet ”tilfredsstillende” er logisk lig med skalaens kriterium ”middel tilfredsstillende”, da ”middel” sprogligt er i midten. Opfyldelsen af kriteriet ”tilfredsstillende”, uden en sproglig nuancering i form af eksempelvis ”over middel”, skulle derfor resultere i karakteren 5 og ikke 6 i henhold til skalaen. Absalon har bevisbyrden for, at ”god” og ”tilfredsstil-

lende” opfyldelse af kriterierne skal tildeles samme karakter på trods af skalaen i udbudsmaterialet. Absalon har ikke løftet denne bevisbyrde. Den supplerende redegørelse/erklæring for pointtildelingen, som Absalon har indhentet fra evalueringsgruppen efter klagens indgivelse, er udtryk for en subjektiv efterrationalisering uden objektive holdepunkter og bør ikke tillægges nogen betydning.

5E Byg A/S skulle derfor være tildelt 7 point på underkriteriet ”Organisation”, mens C.C. Contractor A/S og Skjøde A/S skulle være tildelt 5 point. Dermed ville 5E Byg A/S samlet have opnået karakteren 7,1, mens C.C. Contractor A/S og Skjøde A/S ville have opnået henholdsvis 6,9 og 6,7. 5E Byg A/S skulle således have været tildelt kontrakten.

Absalon har overordnet gjort gældende, at Absalons gennemførelse af udbuddet er sket i overensstemmelse med udbudsreglerne, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Underkriteriet ”Organisation” skulle bedømmes ud fra en numerisk pointskala. 5E Byg A/S tillægger den sproglige begrundelse bag de enkelte karakterer en betydning, der ikke er grundlag for. Absalons evaluering er udtrykt ved den angivne karakter, og denne karakter er i bedømmelsesnotatet forklaret og begrundet med prosa. 5E Byg A/S kan ikke slutte, at bestemte tillægsord nødvendigvis er udtryk for en eksakt score. En sådan eksakt sammenhæng er ikke tiltænkt, selvom de anvendte tillægsord indikerer, hvilket spænd på karakterskalaen der er i spil ved evalueringen. Den sproglige begrundelse i bedømmelsesnotatet har som helhed – og ikke kun de sidste ord – primært til formål at opfylde ordregivers begrundelsespligt og forklare baggrunden for de givne karakterer.

Det kan ikke af karakterskalaen udledes, at der som følge af den citerede formulering vedrørende vurderingen af 5E Byg A/S’ opfyldelse af underkriteriet ”Organisation” skal tildeles 7 point. 6 point kan således efter karakterskalaen blive tildelt for både et ”tilfredsstillende” eller ”godt” tilbud, idet det er den samlede bedømmelse efter underkriteriet, som er afgørende for pointtildelingen. Bedømmelsen efter underkriteriet skal læses i sin helhed, og det er som angivet ovenfor ikke den sproglige angivelse af, at kriteriet er opfyldt ”godt” eller ”tilfredsstillende”, der er afgørende for karakteren. Pointskalaen indeholder i øvrigt kun en sproglig beskrivelse af karaktererne 10, 7, 5, 3 og 0, hvorimod der ikke er en sproglig beskrivelse af karakterer-

ne 9, 8, 6, 4, 2 og 1. Ordvalget i de opsummerende bemærkninger i de skriftlige begrundelser i bedømmelsesnotatet kunne eller skulle således heller ikke henføres direkte til de sproglige beskrivelser i pointskalaen, der altså kun omfatter 5 ud af 11 karakterer.

Det anerkendes dog, at ordvalget i vurderingen af 5E Byg A/S' tilbud indeholder en vis uklarhed i forhold til den tildelte karakter for underkriteriet, men dette har ikke ført til, at 5E har fået tildelt en forkert karakter. Klagenævnets kendelse af 20. april 2018, Lattanzio Advisory S.p.A m.fl. mod Udenrigsministeriet, er i øvrigt ikke sammenlignelig med denne sag, da udbudsbetingelserne – i modsætning til denne sag – indeholdt en sproglig beskrivelse af alle karaktererne, og der var tiltænkt en sproglig stringens mellem den sproglige bedømmelse af delkriteriet og karakteren.

Det var og er fortsat Absalons vurdering, at 5E Byg A/S skal tildeles 6 point i overensstemmelse med bedømmelsesnotatet.

Absalon har efter indlevering af klagen indhentet en supplerende redegørelse/erklæring for pointtildelingen udarbejdet af evalueringsgruppen. Heraf fremgår, at der ikke er kvalitetsmæssig forskel på de tre forslag fra C.C. Contractor A/S, Skjøde A/S og 5E Byg A/S i forhold til kriteriet ”Organisation”. Endvidere fremgår det, at 5E Byg A/S' forslag ikke på noget tidspunkt har været drøftet som værende ”bedre” end de andre to. Anvendelsen af de lidt forskellige ord i begrundelsen bag karakteren skyldes således ikke forskel i evalueringsgruppens skøn af kvaliteten af det afleverede.

Der er hverken i udbudsbetingelserne, pointskalaen eller evalueringen støtte for 5E Byg A/S' ”beregningsmodel”, hvorefter C.C. Contractor A/S og Skjøde A/S burde være tildelt karakteren 5 og ikke 6. Hvis 5E Byg A/S' ”beregningsmodel” skulle anvendes konsekvent, ville det i øvrigt føre til, at 5E Byg A/S skulle være tildelt karakteren 5 i stedet for 6 for underkriteriet ”Arkitektur, teknik og funktion”, idet det fremgår af bedømmelsesnotatet, at 5E Byg A/S' tilbud ”vurderes at opfylde kriteriet tilfredsstillende”. I så fald – og kun hvis 5E Byg A/S i øvrigt måtte få medhold i, at selskabet skulle være tildelt karakteren 7 for underkriteriet ”Organisation” – ville pointfordelingen se således ud:

	Arkitektur, teknik og funktion (50 %)	Organisation (30 %)	Pris (20 %)	Samlet vægtet karakter
5E	5	7	10	6,6
CCC	10	5	2	6,9
Skjøde A/S	9	5	3,6	6,7

5E Byg A/S vil dermed heller ikke ved anvendelse af selskabets eget beregningsgrundlag opnå den højeste samlede karakter, og der vil derfor ikke være grundlag for at annullere udbuddet, selv hvis 5E Byg A/S skulle få medhold i begge sine synspunkter om pointtildelingen.

Ad påstand 2

5E Byg A/S har gjort gældende, at Absalon har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved ikke at afvise tilbuddet fra C.C. Contractor A/S som ukonditionsmæssigt. Kravet i byggeprogrammet, hvorefter ”Der [ikke må] bygges ovenpå spildevandsledningen, men arealerne må befæstes” udgør et mindstekrav. Tilbuddet fra C.C. Contractor A/S skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt, da det tilbudte projekt vil medføre en bebyggelse, herunder parkeringsanlæg, i konflikt med den tinglyste ledning og beskyttelseszone.

Af tilbuddet fra C.C. Contractor A/S kan udledes, at etableringen af parkeringskælderen medfører, at der først terrænreguleres med 1,5 meter henover den tinglyste ledning, herefter etableres et kældergulv (befæstet areal for parkeringen), dernæst lodrette vægge og oven på disse et betondæk, der afsluttes med beplantning og andre indretninger på terrassen.

C.C. Contractor A/S’ tilbud er i strid med servitutten, allerede fordi det indebærer terrænregulering med 1,5 meter, og servitutten tillader maksimalt 0,5 meter. Tilbuddet er endvidere i strid med servitutten, da den parkeringskælder, der tilbydes, ”hindrer” adgang til ledningen. Ordet ”hindrer” må her forstås som omfattende forhold, der ud over den faste belægning er i vejen for forsyningselskabets umiddelbare adgang til ledningen. Ordet ”hindrer” kan ikke forstås som forhold, der er absolut til hinder for adgang til ledningen, idet man altid ved en massiv indsats med tilpas stort entreprenørmateriel kan fjerne bygninger og infrastruktur, der ligger i vejen for adgangen. Endelig er C.C. Contractor A/S’ tilbud i strid med servitutten, da den tilbudte parkeringskælder utvivlsomt ”vanskeliggør” adgang og arbejder på ledningen.

Det mødereferat, hvoraf fremgår, at forsyningsselskabet mener, at den tilbudte løsning giver tilstrækkelig sikkerhed for fremtidig drift, og at forsyningsselskabet vil indgå i samarbejdet om den videre udvikling af løsningen, er uden relevans for den udbudsretlige vurdering. I bedste fald udtrykker referatet en vilje fra forsyningsselskabet til at ville dispensere fra servitutten i nødvendigt omfang. Dette kan eksempelvis udledes af, at man i referatet gengiver terrænreguleringen på 1,5 meter, hvor servitutten udtrykkeligt maksimerer terrænreguleringen til 0,5 meter. Udbudsretligt er en dispensationsmulighed irrelevant, da den ikke er oplyst i udbudsmaterialet og derfor ikke må indgå som et element i evalueringen og tildelingsbeslutningen.

At det i modellen ligger, at der efter kontraktindgåelse skal ske tilpasninger og lignende, er uden betydning for den udbudsretlige vurdering. Antog man, at en tilbudsgiver ved tilbudsafgivelsen ikke behøvede at opfylde et givent krav i udbudsmaterialet, når det i udbudsbetingelserne var anført, at der efter kontraktindgåelsen var mulighed for at justere på kravene, ville udbuddet være helt uigennemsigtigt. I en sådan situation ville ordregiver have mulighed for at se bort fra mangler i tilbuddet fra den ikke nødvendigvis bedste, men dog foretrukne tilbudsgiver.

Absalon har anført, at den omhandlede servitut blev tinglyst den 4. oktober 2017 og derfor ikke har været en del af udbudsmaterialet, som blev offentliggjort den 25. september 2017. Servitutten er endvidere lyst på matr.nr. 476s, men ikke på matr.nr. 476k. På nuværende tidspunkt er servitutten ikke tinglyst på den ejendom, hvor der ifølge C.C. Contractor A/S' tilbud skal etableres et nedsænket parkeringsareal. Da servitutten ikke er omfattet af udbudsmaterialet og ikke er tinglyst på Absalons ejendom, udgør bestemmelserne heri naturligvis heller ikke et mindstekrav i forhold til udbuddet. Følgelig giver det ikke mening at foretage en vurdering af, hvordan servitutten skal fortolkes, og om C.C. Contractor A/S' tilbud er i strid med servitutten. Det afgørende er derimod, om tilbuddet er i overensstemmelse med de krav, der rent faktisk kan genfindes i udbudsmaterialet.

Efter byggeprogrammet må der *”ikke bygges ovenpå spildevandsledningen, men arealerne må befæstes”*. C.C. Contractor A/S' tilbud er ikke i strid med kravet i byggeprogrammet, idet den tilbudte parkeringsløsning konstruktionsmæssigt svarer til, at arealerne *”befæstes”*.

C.C. Contractor A/S' tilbud indeholder en parreetage disponeret med cirka 100 parkeringspladser i et åbent og grønt parkeringsanlæg. Der skal opføres demonterbare vægge på det stykke, hvor spildevandsledningen forløber inklusive respektafstand på 2 meter på begge sider. Der etableres et demonterbart dæk/en demonterbar rist over ledningens forløb. Dette skal således sikre adgangen til drift og vedligeholdelse af ledningen, herunder at der er plads til store maskiner. Der er ikke tale om, at dækket beplantes med træer, eller at det møbleres på en måde, der skulle hindre eller vanskeliggøre adgangen til ledningen. Idet både sider og det overhængende dæk kan demonteres henover regnvandsledningens forløb, er der reelt kun tale om et befæstet areal i overensstemmelse med byggeprogrammet.

Tilbuddene er ikke og skulle heller ikke have været vurderet i forhold til forudsatte terrænarbejder, da servitutten som anført ikke er en del af udbudsmaterialet, der heller ikke i øvrigt indeholder krav i forhold til terrænregulering.

Når det fremgår af referatet fra forhandlingsmødet med C.C. Contractor A/S, at terrænreguleringen blev drøftet, skyldes dette, at Slagelses Kommunes lokalplan nr. 1172 "Campus Vest, Slagelse", der er en del af udbudsmaterialet, fastsætter, at terrænregulering over +/- 0,5 meter skal godkendes af Slagelse Kommune, jf. lokalplanens § 9.7.

Bestemmelsen gælder for ubebyggede arealer generelt og angår ikke specifikt terrænregulering på områder med ledninger. Der er tale om en standardbestemmelse, der findes i en lang række lokalplaner på tværs af kommuner, og godkendelser til fravigelse af standardreguleringen gives typisk i forbindelse med meddelelse af byggetilladelse. Grænsen er således ikke udtryk for, at der ikke må foretage yderligere regulering end +/- 0,5 meter; dog skal der, hvis man ønsker at foretage en større regulering, gives tilladelse fra kommunen i forbindelse med den almindelige byggesagsbehandling.

Lokalplanens § 9.7 gælder – i overensstemmelse med den almindelige forståelse af "terrænregulering" – regulering af *ubebyggede arealer*, jf. lokalplanens § 9. Terrænregulering omfatter derimod ikke udgravninger i forbindelse med opførelse af anlæg. En udgravning – fra kote 33,70 til kote 32,30 til et nedsænket parkeringsareal som det omhandlede – udgør derfor

næppe en relevant terrænregulering, men den endelige afklaring heraf sker ved dialog med kommunen i forbindelse med den almindelige byggesagsbehandling.

Under alle omstændigheder er det klart, at det forhold, at et projekt forudsætter, at der i forbindelse med indhentelse af byggetilladelse samtidig skal indhentes tilladelse til terrænregulering, naturligvis ikke indebærer, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt. 5E Byg A/S har da også selv i sit tilbud forudsat, at der skal ske en efterfølgende dialog med og inddragelse af myndigheder herunder bygge- og planmyndigheder samt forsyningsselskaber om tilladelser mv. for gennemførelse af selskabets eget projekt.

Selv hvis 5E Byg A/S måtte få medhold i, at servituten var en del af udbudsmaterialet, udgør bestemmelserne i servituten ikke mindstekrav. C.C. Contractor A/S' tilbud kan derfor ikke anses for ukonditionsmæssigt, blot fordi en terrænregulering på 1,5 meter efter servituten skal aftales med forsyningsselskabet. Tværtimod var det i projektet og i udbudsmodellen i det hele forudsat, at de nærmere forhold omkring ledninger skulle afklares i forbindelse med de efterfølgende projekterings- og udførelsesfaser, og at totalentreprenøren skulle have det fulde ansvar for håndteringen af ledningerne under udførelsen.

Absalon har efter 5E Byg A/S' indlevering af klagen og foranlediget af de heri anførte synspunkter afholdt et møde med SK Forsyning A/S om netop spørgsmålet om, hvorvidt den løsning, som C.C. Contractor A/S har tilbudt, kan anses for at opfylde servituttens hensigt og formål. SK Forsyning A/S har som relevant påtaleberettigede ikke indsigelser mod C.C. Contractor A/S' løsningsforslag i forhold til etablering af den tilbudte parkering i sænket terræn. Dette understøtter Absalons vurdering i forbindelse med gennemgang og evaluering af det endelige tilbud. Forsyningsselskabet har endvidere bekræftet, at en "terrænregulering" på 1,5 meter vil være helt uproblematisk på grund af den dybde, som regnvandsledningen ligger i på det pågældende sted.

Der er ikke i øvrigt grundlag for at antage, at C.C. Contractor A/S' projekt ikke gør det muligt at foretage drift og vedligeholdelse af ledningen, idet tilbuddet netop sikrer den fornødne adgang til ledningen med demonterbare vægge og dæk samt sikring af respektafstand på begge sider af ledningen,

således at der er plads til store maskiner. Der fjernes desuden en del jord oven på ledningen, der må antages at gøre adgangen til ledningen lettere.

Hertil kommer, at udbuddet under alle omstændigheder er tilrettelagt sådan, at der også efter indgåelsen af kontrakten kan foretages ændringer i projektet. Det var endda forudsat og forventet, at der skulle ske tilpasninger til det tilbudte projekt, og det er netop derfor, at parternes kontraktforhold indledes med en opstartsfasen og en efterfølgende udviklingsfase, der særskilt er prissat af entreprenørerne, og som skal afholdes, inden den egentlige hovedprojektering af den endelige løsning opstartes af den vindende totalentreprenør inden for den tilbudte sum i Tilbudssum B.

Det fremgår således eksplicit af udbudsbetingelsernes pkt. 2.7, byggesagsbeskrivelsens pkt. 2.2 og 2.3 og udbudsmaterialets udkast til totalentreprisekontakt, pkt. 4.1 og 4.2, at der efter kontraktindgåelsen kan foretages ændringer af projektet bl.a. i forhold til parkering. C.C. Contractor A/S' tilbud kan således ikke anses for ukonditionsmæssigt, blot fordi projektet muligvis skal tilpasses for så vidt angår parkeringen (ligesom også en række andre forhold vil skulle drøftes under samarbejdsfasen).

Hele udbudsmodellen af totalentrepriseopgaven lægger således op til, at tilbuddene alene er et udgangspunkt, som – for så vidt angår det vindende tilbud – skal bearbejdes i et samarbejde i de indledende kontraktfaser.

Der er således ikke grundlag for at anse tilbuddet fra C.C. Contractor A/S for ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 3

5E Byg A/S har gjort gældende, at Absalon som anført ad påstand 1 og 2 har begået to væsentlige fejl, hvilket har haft afgørende indflydelse på resultatet af evalueringen og dermed tildelingsbeslutningen. Tildelingen skal derfor annulleres.

Absalon har under henvisning til det, som Absalon har anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at der ikke er mangler ved Absalons tildelingsbeslutning, der kan føre til en annullation af tildelingsbeslutningen. Særligt i relation til påstand 1 kan der maksimalt være tale om en mangel i den bagvedliggende begrundelse, hvilket efter fast klagenævnspraksis ikke kan føre til annullation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Klagenævnet har i delkendelsen af 30. maj 2018 om påstand 1 udtalt:

”Det fremgår af udbudsbetingelserne, at bedømmelsen efter de kvalitative underkriterier ville ske efter en karakterskala, hvor karakteren 5 ville blive givet til ”tilbud med en middel tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet”, mens karakteren 7 ville blive givet til ”tilbud med en god opfyldelse af underkriteriet”. Det er ikke nærmere beskrevet, hvilken ”grad” af opfyldelse der skulle foreligge for at opnå karakteren 6.

Absalon har i sit bedømmelsesnotat nærmere redegjort for, hvad der er lagt vægt på ved bedømmelsen af tilbuddet fra 5E Byg A/S, herunder i relation til underkriteriet ”Organisation”, og Absalon har vurderet, at tilbuddet fra 5E Byg A/S med hensyn til dette underkriterium skulle tildeles karakteren 6. Absalon har i forbindelse med klagesagen fastholdt, at karakteren 6 er den rette karakter, og har anført, at det forhold, at der i bedømmelsesnotatet er henvist til, at 5E Byg A/S’ tilbud opfyldte underkriteriet ”godt”, ikke er udtryk for, at karakteren 6 ikke er korrekt.

Efter fast klagenævnspraksis har ordregivere en vid skønsmargin i forbindelse med den kvalitative, skønsmæssige evaluering af de enkelte tilbud i et udbud, herunder særligt ved bedømmelsen af det antal point, der tildeles et tilbud. Klagenævnet erstatter ikke ordregiverens skøn med sit eget, men efterprøver alene, om grænserne for skønnet er overskredet.

Klagenævnet finder efter de foreliggende oplysninger ikke, at der er grundlag for at fastslå, at Absalon har overskredet grænserne for sit skøn ved at tildele tilbuddet fra 5E Byg A/S karakteren 6 vedrørende underkriteriet ”Organisation”. At Absalon i bedømmelsesnotatet i sammenhæng med tildelingen af karakteren 6 har anført, at tilbuddet opfylder kriteriet ”godt”, kan ikke i sig selv føre til, at tilbuddet skulle være tildelt karakteren 7.

Det forhold, at der i den verbale begrundelse for tildelingen af karakteren 6 er anvendt ordet ”godt”, som efter udbudsbetingelserne ligeledes er anvendt vedrørende en bedømmelse på karakteren 7, indebærer dog en vis uklarhed. Denne uklarhed har foreløbigt vurderet imidlertid ikke en karakter og betydning, som medfører, at gennemsigtighedsprincippet er overtrådt.

Der er heller ikke grundlag for at fastslå, at Absalon har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at tildele 5E Byg A/S' tilbud karakteren 6 i forhold til underkriteriet "Organisation".

På det foreløbige grundlag, som foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at 5E Byg A/S vil få medhold i påstand 1. Det tilføjes, at der - selv hvis det måtte blive lagt til grund, at gennemsigtighedsprincippet blev overtrådt på grund af den nævnte uklarhed ved evalueringen - ikke ville være grundlag for annulation, da uklarheden efter det foreliggende ikke har haft konkret betydning for tildelingsbeslutningen eller udbuddet i øvrigt."

På den baggrund, og da det, 5E Byg A/S efterfølgende har anført vedrørende denne påstand, ikke kan føre til et andet resultat, tages påstand 1 ikke til følge.

Ad påstand 2

Klagenævnet har i delkendelsen af 30. maj 2018 om påstand 2 udtalt:

"Det lægges efter det oplyste om C.C. Contractor A/S' tilbud til grund, at tilbuddet indeholder etablering af et overdækket parkeringsareal ovenpå den spildevandsledning, som er omfattet af den tinglyste servitut. Spørgsmålet er herefter, om det tilbudte projekt må anses at stride mod den tinglyste servitut, og om Absalon i så fald har været forpligtet til at afvise tilbuddet fra C.C. Contractor A/S som ukonditionsmæssigt.

Efter de foreliggende oplysninger om, hvordan det tilbudte parkeringsanlæg vil blive udført i forhold til spildevandsledningen, er der ikke grundlag for at antage, at den tilbudte løsning strider mod servituten. Dette støttes yderligere af oplysningerne om, at det påtaleberettigede forsyningsselskab mener, at løsningen giver tilstrækkelig sikkerhed for fremtidig drift, og at forsyningsselskabet vil indgå i samarbejdet om den videre udvikling af løsningen.

Der er foreløbigt vurderet allerede som følge heraf ikke grundlag for at fastslå, at Absalon skulle have afvist tilbuddet fra C.C. Contractor A/S som ukonditionsmæssigt."

Det lægges efter det nu oplyste til grund, at den omhandlede servitut blev tinglyst den 4. oktober 2017, og at den således ikke indgik som en del af udbudsmaterialet, der blev offentliggjort i slutningen af september 2017. Der er allerede som følge heraf ikke grundlag for at fastslå, at indholdet af servituten har haft karakter af et mindstekrav. Derimod var det i udbuds-

materialets byggeprogram anført, at der ikke må ”bygges ovenpå spildevandsledningen, men arealerne må befæstes”.

Efter det oplyste om, hvordan det tilbudte parkeringsanlæg vil blive udført i forhold til spildevandsledningen, er der ikke grundlag for at antage, at den tilbudte løsning strider mod byggeprogrammets krav om, at der ikke må bygges, men alene ske befæstelse ovenpå spildevandsledningen.

Herefter, og da det, som 5E Byg A/S i øvrigt har anført vedrørende denne påstand, ikke kan føre til et andet resultat, tages påstand 2 ikke til følge.

Ad påstand 3

Efter det, som klagenævnet har anført vedrørende påstand 1 og 2, er der ikke grundlag for at tage påstand 3 til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

5E Byg A/S skal i sagsomkostninger til Professionshøjskolen Absalon betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Hanne Aagaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
Kontorfuldmægtig