

Klagen er efterfølgende blevet tilbagekaldt, hvorfor delkendelsen er
nævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Bjarke Ingels Group A/S
(cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen og advokat Frederik Haugsted, Køben-
havn)

mod

Aarhus Kommune
(advokat Tina Braad og advokat Mette Høgh, Aarhus)

Klagenævnet har den 7. januar 2022 modtaget en klage fra Bjarke Ingels
Group A/S (herefter ”BIG”).

BIG har ved indlevering af replik den 24. januar 2022 anmodet om, at klage-
nævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Aarhus Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende
virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det fo-
reløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-5, svarskrift
med bilag A, replik med bilag 6-7, duplik med bilag B og C, processkrift 1
med bilag 8 og processkrift A.

Klagens indhold:

BIG har i replikken nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudslovens § 2 ved i forbindelse med klagers ansøgning om deltagelse i projektkonkurrencen i strid med den angivne fremgangsmåde for udvælgelse i udbudsbekendtgørelsen punkt III.1.10) at have lagt afgørende vægt på andre elementer end angivet heri.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Aarhus Kommunes beslutning af 21. december 2021 om prækvalifikation af ansøgere i udbud nr. 2021/S 211-555956 vedrørende ”New Stadium in Aarhus”.

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

Sagens nærmere omstændigheder:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 211-555956 af 27. oktober 2021 annoncerede Aarhus Kommune en projektkonkurrence vedrørende et nyt stadion i Aarhus.

Udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.4) indeholder følgende beskrivelse:

”Vision Kongelunden is an ambitious urban development project located in the middle of Aarhus. Kongelunden houses multiple major sports facilities and attractions and is uniquely situated in the scenic area connecting Aarhus Bay and the Marselisborg Woods.

As part of the development of the large recreational area a beautiful and groundbreaking football stadium will be built in Aarhus at the present location near Aarhus Idrætspark to the benefit and pleasure of the many.

By “beautiful and groundbreaking” is meant:

- that a new football stadium is part of a unit with a focus on quality, coherence and understanding of the area’s cultural history as well as the landscape and urban location
- that a new stadium has high architectural quality of professional international standing
- ...

By “for the benefit and joy of the many” is meant:

- high quality in all users' experiences at the stadium
- high accessibility and openness to the stadium and surrounding area
- possibility of using the stadium and surrounding area in everyday life."

Udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.4) indeholder endvidere følgende beskrivelse af udbuddet:

"With the object of finding a full-service consultant to plan all the architectural and engineering tasks in connection with the new stadium, the Municipality of Aarhus is launching a design contest. The primary task in the design contest is to deliver a visionary proposal for a new football stadium and to show how the stadium interacts with its surroundings and the neighbouring facilities in the surrounding area and to show how the vision of a beautiful and groundbreaking stadium for the benefit and pleasure of the many may be accomplished. The focus of the design contest is the composition of the football stadium with a connection to the location and the existing and surrounding stadium buildings worthy of preservation."

Aarhus Kommune ønskede at udvælge de 5-6 bedste ansøgere i projektkonkurrencen. Til brug for vurderingen heraf indeholder udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.10) følgende parametre:

"The participants in the design contest will be selected among the applicants meeting the above minimum requirements on the basis of an assessment of the applicants' qualifications in the areas of architecture and landscape architecture in the form of:

- a) experience developing and planning innovative, ground-breaking and robust architecture with international stature, including as a full-service consultant
- b) experience from construction projects of a high complexity within sports and culture
- c) experience integrating design
- d) experience developing architecture in a cultural historical environment, including links between historical and new buildings
- e) experience with architecture with a broad sustainability focus
- f) experience with focusing on the overall financial situation and financial management while operating within a fixed financial framework

g) experience with partnering collaboration and project development (early invitation to tender for construction work)

New experience (references/case studies) are given a higher weight than older experience (references/case studies).

It will be given positive weight in the assessment if multiple of the above-mentioned disciplines (a-g) are included in the same reference/case study (project).

If more than 5-6 applicants have qualifications that are almost equal, it will in the selection of the final participants in the design contest be taken into account whether – and if so to what extent – the applicant's qualifications relate to construction work with the same characteristics as the new stadium of the Municipality of Aarhus.”

Om det nærmere indhold af referencerne fremgår af udbudsbekendtgørelsens punkt VI.3):

”For use in the selection of the participants for the design contest, the applications must include the following:

...

5) List of references (case studies) accounting for the applicant's references in the disciplines indicated in items a-g in section III.1.10 above. A maximum of three references (case studies) may be enclosed for each discipline (a-g). The references (case studies) must indicate who in the team has the reference, customer, size and construction economics, size of the consulting assignment (scope and/or fee) as well as execution period and stage of the project.

...”

Af spørgsmål/svar fremgår:

”Spørgsmål:

Could you elaborate on the criterias for references in category c) experience integrating design?

Svar:

By integrated design is meant, approaching architecture as a whole and coherent solution, where landscape, cultural understanding, sustainability, space, function and engineering are combined in a solid and robust design.

An example could be a beautiful facade that is also sustainable - or a landscape design that also drains rainwater and enables bicycle parking.”

BIG indgav ansøgning om prækvalifikation. Ansøgningen var vedlagt tre referencer til parameter c) Experience integrating design: 1) Amager Bakke, 2) Oakland A's Stadium og 3) udviklingen af Bassin 7 i Aarhus.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 30. november 2021 havde 42 virksomheder eller konsortier anmodet om prækvalifikation.

Evalueringen blev foretaget af Aarhus Kommune med inddragelse af rådgivning fra Rambøll, Transform og Bech-Bruun. Aarhus Kommune har oplyst, at kommunen som følge af det meget store antal ansøgninger valgte ikke at redegøre detaljeret for sin vurdering af den enkelte ansøgers kvalifikationer, herunder vurderingen af hver enkelt indsendt reference. Aarhus Kommune beskrev derimod den enkelte ansøgers kvalifikationer inden for de forskellige parametre, der i henhold til udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.10) ville indgå i den samlede helhedsvurdering.

Den 21. december 2021 besluttede Aarhus Kommune at prækvalificere følgende virksomheder:

1. Cobe (AFL Architects)
2. Dissing + Weitling (Kengo Kuma & Associates, MASU Planning ApS, Moonn)
3. Dorte Mandrup A/S (Kristine Jensen Landskab & Arkitektur ApS)
4. Herzog & de Meuron World Ltd. (Vogt Landschaftsarchitekten AG)
5. SCAU (societe de conception d'architecture et d'urbanisme) and Arkitema in consortium (LYTT Architecture as)
6. Zaha Hadid Limited (Sweco Danmark A/S, Tredje Natur ApS)

Samme dato meddelte Aarhus Kommune BIG, at BIG ikke var blandt de prækvalificerede. Meddelelsen var vedlagt prækvalifikationsrapporten, som der var henvist til for en nærmere begrundelse af evalueringen.

Af prækvalifikationsrapporten fremgår om evalueringen af BIGs ansøgning:

“BIG – BJARKE INGELS GROUP A/S

a) Experience developing and planning innovative, ground-breaking and robust architecture with international stature, including as a full-service consultant

The applicant's reference regarding "developing and planning innovative, ground-breaking and robust architecture with international stature" is very good.

b) Experience from construction projects of a high complexity within sports and culture

The applicant's reference regarding "construction projects of a high complexity within sports and culture" is very good

c) Experience integrating design

The applicant's reference regarding "integrating design" is satisfactory.

d) Experience developing architecture in a cultural historical environment, including links between historical and new buildings

The applicant's reference regarding "developing architecture in a cultural historical environment, including links between historical and new buildings" is Good.

e) Experience with architecture with a broad sustainability focus

The applicant's reference regarding "architecture with a broad sustainability focus" is good.

f) Experience with focusing on the overall financial situation and financial management while operating within a fixed financial framework

The applicant's reference regarding "focusing on the overall financial situation and financial management while operating within a fixed financial framework" is good.

g) Experience with partnering collaboration and project development (early invitation to tender for construction work)

The applicant's reference regarding "partnering collaboration and project development" is good.

In assessing the application, it has been positively noted that the applicant has a few references, which cover several of the required qualifications.

In summary, the technical qualifications of BIG – BJARKE INGELS GROUP A/S are considered good.”

Den 19. januar 2022 meddelte Aarhus Kommune, at Herzog & de Meuron World Ltd., der var blevet prækvalificeret, havde trukket sig fra konkurrencen, og at 3XN A/S (HKS Architects Limited, Schønherr A/S) var blevet prækvalificeret i stedet.

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

BIG har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Aarhus Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har BIG gjort gældende blandt andet, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudslovens § 2 ved i forbindelse med vurderingen af BIGs ansøgning om deltagelse i projektkonkurrencen i strid med den angivne fremgangsmåde at have lagt afgørende vægt på andre elementer end angivet i udbudsbekendtgørelsen.

Aarhus Kommunes vurdering af referencer i henhold til udbudsbekendtgørelsens parameter c) experience integrating design er i strid med udbudslovens gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincip. Aarhus Kommune har ikke foretaget sin evaluering stringent og konsekvent i forhold til sin egen præcisering af indholdet af parameter c). Aarhus Kommune præciserede under udbudsprocessen, at parameter c) indeholder en integration af funktioner, som umiddelbart fremstår som modsatrettede krav, men samtidig beriger hinanden. Aarhus Kommune har i besvarelsen af spørgsmålet tilkendegivet at ville anvende et veldefineret arkitektonisk begreb med integration af funktioner i sin vurdering af parameter c). BIG udvalgte med nøje afsæt i dette præciserede grundlag sine relevante referencer. I en sådan situation må de deltagende virksomheder også med rette kunne forvente, at Aarhus Kommune faktisk foretager sin evaluering i henhold til netop forståelsen af den

arkitektoniske fagterm. Aarhus Kommunes evaluering bærer præg af et stort fokus på landskabet og en følsom forståelse af kontekst og materialitet, som begge er elementer, der ikke kan udledes af kommunens egen præciserede definition af parameter c) eller eksemplificeringen heraf. Aarhus Kommune sætter i sin evaluering af parameter c) ikke arkitekturen i højsædet, da evalueringen ikke forholder sig stringent til den eksemplificerede forståelse af det arkitektoniske begreb ”integrating design”. Aarhus Kommunes positivvægtninger af specifikke valg af materialer og farver er eksempler på usaglige elementer, der i strid med gennemsigtighedsprincippet er tillagt vægt. Aarhus Kommunes vurdering af parameter c) hviler således på et objektivi forkert grundlag, hvorfor kommunens evaluering åbenbart overskrider grænsen for ordregivers vide skøn, da evalueringen reelt er foretaget på baggrund af elementer, som ikke fremgår at ville vægte positivt og/eller indgå i evalueringen.

BIG har foretaget en nærmere analyse af Aarhus Kommunes gennemførte helhedsvurdering af BIGs kvalifikationer, som entydigt illustrerer, at kommunens bedømmelse af BIGs kvalifikationer for så vidt angår parameter c) har været udslagsgivende for den manglende prækvalifikation. Analysen synliggør, at en vurdering foretaget konsistent i forhold til udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.10) og dens præciserede indhold af netop parameter c) ville have resulteret i, at BIG var blandt de 6 prækvalificerede virksomheder.

Aarhus Kommunes vurdering under parameter c) sammenblander indholdet af udbudsbekendtgørelsens parameter c) og d). Aarhus Kommunes fokus på og positive vægtning af en arkitektonisk forankring i det specifikke sted og kultur gennem formgivning og materialitet fremstår som usaglige elementer i evalueringen under parameter c), men selv samme elementer findes i en tilsvarende form ved parameter d) *experience developing architecture in a cultural historical environment, including links between historical and new buildings*. Aarhus Kommunes evaluering af BIGs referencer for så vidt angår parameter d) har da også opnået en højere vurdering, da BIGs referencer for dette parameter indeholdt en række gode eksempler. BIG gør derfor gældende, at Aarhus Kommune i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet har sammenblandet indholdet af parameter c) og parameter d), hvor sidstnævnte netop fokuserer på den arkitektoniske forankring i det specifikke sted og kultur.

Aarhus Kommunes vurdering af referencer under parameter e), f) og g) understreger kommunens overtrædelse af udbudslovens gennemsigtigheds- og

ligebehandlingsprincip. Aarhus Kommune er som ordregiver underlagt en forpligtelse til at foretage en detaljeret vurdering af referencerne, der netop bliver særligt relevant, når ansøgerfeltet er særdeles tæt og 'ualmindeligt stærkt' som i denne projektkonkurrence. Evalueringen indeholder i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet ikke samme høje detaljeringniveau på tværs af evalueringen af de anførte parametre. Det forekommer påfaldende, at samtlige 43 ansøgere for parametrene e), f) og g) har opnået bedømmelsen 'Good'. Det har formodningen imod sig og indikerer en manglende konsistens i Aarhus Kommunes evaluering af ansøgningerne.

Aarhus Kommunes vurdering af sammenlignelighed med den udbudte opgave bekræfter den manglende gennemsigtighed i evalueringen. Aarhus Kommune har ved evalueringen af BIGs reference 3) udviklingen af Bassin 7 i Aarhus ikke nogen yderligere underbygning af, hvorfor referencen måtte fremstå mindre sammenlignelig, hvilket efter BIGs opfattelse understreger evalueringens manglende iagttagelse af udbudslovens gennemsigtighedsprincip. Aarhus Kommunes evaluering fremstår også på dette punkt særdeles ugennemsigtig og i strid med de grundlæggende udbudsretlige principper.

Særligt vedrørende påstand 1 har Aarhus Kommune gjort gældende blandt andet, at kommunens tilrettelæggelse og gennemførelse af prækvalifikationen er sket i overensstemmelse med udbudsreglerne, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Aarhus Kommunes vurdering af de enkelte ansøgers referencer, herunder af ansøgernes kvalifikationer inden for arkitektur og landskabsarkitektur, er således sket i overensstemmelse med de kriterier, der er opstillet i udbudsbekendtgørelsen. Vurderingen af, hvor gode den enkelte ansøgers kvalifikationer er, beror på en arkitektfaglig, skønsmæssig vurdering. Dette skøn tilkommer udelukkende Aarhus Kommune.

Det følger af fast klagenævnspraksis, at ordregivere har et vidt skøn ved vurderingen af, hvilke ansøgere der er de bedst egnede, ligesom det ligger fast, at Klagenævnet for Udbud ikke går ind i den skønsmæssige vurdering, der er foretaget af den ordregivende myndighed. Alene hvor der i skønnet påviseligt er inddraget usaglige hensyn, hvor skønnet hviler på et objektivt forkert grundlag, eller hvor de vide grænser for ordregivers skøn er overskredet, vil klagenævnet tilsidesætte ordregivers skøn.

Bevisbyrden for, at Aarhus Kommune skulle have inddraget usaglige hensyn, eller for at vurderingen hviler på et objektivt forkert grundlag, påhviler BIG. Denne bevisbyrde har BIG ikke løftet. Det forhold, at BIG måtte have en anden opfattelse af kvaliteten af sine referencer og referencernes relevans for det konkrete projekt, er ikke tilstrækkeligt til at begrunde en tilsidesættelse af Aarhus Kommunes vurdering.

Aarhus Kommune har i overensstemmelse med angivelserne i udbudsbekendtgørelsen foretaget en samlet helhedsvurdering af ansøgernes kvalifikationer i henhold til de i udbudsbekendtgørelsen anførte parametre, og resultatet af denne vurdering er kommunikeret i evalueringsrapporten ved en sproglig vurdering af kvalifikationerne, ligesom det er beskrevet, hvordan ansøgerne er vurderet på de enkelte parametre, således at ansøgerne herved kunne se, på hvilke parametre de relativt var vurderet stærkere og svagere end de øvrige ansøgere.

Vurderingen af kvalifikationerne inden for de enkelte parametre indgår i den samlede helhedsvurdering af ansøgernes kvalifikationer, og det er således ikke vurderingen på et enkelt parameter, der er udslagsgivende for, om ansøgeren opnår prækvalifikation. Vurderingen af de enkelte elementer kan ikke anskues isoleret, sådan som BIG gør det.

BIG fordrejer indholdet af Aarhus Kommunes besvarelse vedrørende parameter c). Som det fremgår af besvarelsen, tilkendegav Aarhus Kommune meget klart, at der med ønsket om erfaringer med integreret design sigtes til en bred, helhedsorienteret tilgang til arkitektur, hvor arkitekturen ses som en ”hel og sammenhængende løsning”, og hvor både landskab, kulturel forståelse, bæredygtighed, rum, funktioner og bygningskonstruktioner forenes i et robust design. Det snævre indhold af parameter c), som BIG argumenterer for, kan på ingen måde genfindes i Aarhus Kommunes besvarelse af spørgsmålet, ligesom der ingen støtte er for, at der ville blive lagt vægt på imødekommelse af ”modsatrettede krav”. BIG’s antagelse om, at parameter c) udelukkende omfatter ”integration af funktioner”, kan hverken udledes af ordlyden af udbudsbekendtgørelsen eller af besvarelsen af spørgsmålet. Det afgørende var derimod helt utvetydigt, at ansøger kunne dokumentere erfaring med at skabe helhedsorienteret arkitektur. De i besvarelsen angivne eksempler illustrerer helt i overensstemmelse med parameteret, hvordan forskellige elementer som bæredygtighed, arkitektur, klimatilpasning og funktionalitet kan indgå i et ”integrated design”. Det er således anstrengt, når BIG søger at

udlægge eksemplerne som en begrænsning af, hvilke elementer, der – i strid med den naturlige sproglige forståelse – kan indgå i et integreret, helhedsorienteret design.

Feltet af ansøgere var ualmindeligt stærkt, og alle ansøgere har afleveret særdeles gode ansøgninger med referencer, der i høj grad dokumenterer, at ansøgerne var kvalificerede til at deltage i projektkonkurrencen. Med et sådant meget stærkt felt af ansøgere, hvoraf en stor gruppe også var utrolig jævnbrydige, måtte Aarhus Kommune nødvendigvis gå i detaljer med de enkelte referencer, og det måtte i sagens natur blive marginaler, der adskilte de seks udvalgte fra de øvrige ansøgere. Uanset at visse referencer således isoleret set fremstår meget stærke, må det holdes for øje, at vurderingen skulle rumme referencer på højt internationalt niveau, og dermed måtte vurderingsskalaen også afspejle dette exceptionelle konkurrencefelt.

Aarhus Kommune anerkender, at de af BIG fremlagte referencer dokumenterer erfaring med integreret design. I modsat fald ville Aarhus Kommune heller ikke have vurderet BIGs referencer som ”satisfactory”. Det forhold, at vurderingen, som den er kommet til udtryk i prækvalifikationsrapporten, ikke i detaljer redegør for, hvordan den enkelte reference er indgået i vurderingen, er ikke udtryk for, at referencen ikke er indgået i den samlede helhedsvurdering med de kvaliteter, som referencen repræsenterer.

Uanset at BIG har leveret fuldt tilfredsstillende referencer, der betrygger Aarhus Kommune i, at BIG kunne løfte den udbudte opgave, var det dog Aarhus Kommunes vurdering, at nogle af de øvrige ansøgere i endnu højere grad havde formået at dokumentere erfaring med forskellige former for integreret design, hvorfor Aarhus Kommune også måtte lade denne forskel komme til udtryk i sin vurdering.

Aarhus Kommune har ikke sammenblandet indholdet af vurderingselementerne i parameter c) og d). De to parametre dækker over hvert sit selvstændige erfaringsområde, nemlig erfaring med integreret design henholdsvis erfaring med at udvikle arkitektur i et kulturhistorisk miljø, herunder erfaringer med koblinger mellem historiske og nye bygninger. Uanset at det for begge elementer kan være relevant, hvordan arkitekturen forholder sig til stedet, er det oplagt, at der er helt afgørende forskelle.

Det forhold, at Aarhus Kommune har vurderet ansøgerne til at opfylde parametrene e), f) og g) på et ensartet niveau, er ikke udtryk for, at der ikke er foretaget en vurdering af ansøgernes kompetencer, men blot at der for disse delelementer ikke er fundet nogen nævneværdige forskelle mellem de forskellige ansøgere. Dette skyldes, at ansøgerne generelt har haft vanskeligere ved at tydeliggøre deres konkrete kompetencer inden for disse områder (bæredygtighed, økonomistyring og partneringsamarbejder). Hertil kommer, at disse elementer, der ligger uden for de kerneydelser, som ansøgerne skal præstere i projektkonkurrencen, og som til dels vil blive varetaget af eller i samarbejde med Aarhus Kommunes øvrige rådgivere på projektet, naturligt ikke er indgået med samme fokus i vurderingen af ansøgernes kvalifikationer inden for arkitektur og landskabsarkitektur som kernekompetencerne/hovedydelserne i parameter a)-d).

Baggrunden for, at BIGs reference på Bassin 7 fremstår mindre sammenlignelig med den udbudte opgave, er, at denne reference består i udarbejdelse af en udviklingsplan for området omkring Bassin 7. Referencen omfatter således ikke opførelse af et bygningsværk, hvilket den udbudte projektkonkurrence imidlertid omfatter. Denne manglende sammenlignelighed har berettiget været inddraget som et element ved vurderingen af referencen.

Opsamlende er Aarhus Kommunes vurdering af referencerne foretaget på baggrund af kriterierne i udbudsbekendtgørelsen samt på baggrund af indholdet af de konkrete referencer, vurderingen ligger åbenbart inden for Aarhus Kommunes vide skøn, og BIG har ikke godtgjort og kan ikke godtgøre, at Aarhus Kommune skulle have inddraget usaglige elementer i sit skøn.

Selv hvis BIG var berettiget til en bedre vurdering af parameter c), har BIG ikke dokumenteret eller blot sandsynliggjort, at dette ville have indebåret, at BIG ville være blevet prækvalificeret. Feltet af ansøgere, der efter en samlet helhedsvurdering var vurderet at have bedre kvalifikationer end BIG, var stort, og selv med en væsentligt ændret vurdering af BIGs referencer på parameter c), ville BIG ikke være blevet prækvalificeret.

Særligt vedrørende påstand 2 har BIG gjort gældende blandt andet, at af de grunde, der er anført ad påstand 1, bør klagenævnet annullere Aarhus Kommunes beslutning om prækvalifikation. Aarhus Kommune må herefter foretage en fornyet bedømmelse og træffe en ny beslutning om prækvalifikation.

Særligt vedrørende påstand 2 har Aarhus Kommune gjort gældende blandt andet, at kommunens vurdering af prækvalifikationsansøgningerne i det hele er sket i overensstemmelse med udbudslovens regler, herunder i overensstemmelse med de i udbudsbekendtgørelsen angivne kriterier herfor. Allerede af denne grund skal påstanden ikke tages til følge. Hertil kommer, at selv hvis der måtte være begået de af BIG påståede fejl i den skønsmæssige vurdering af ansøgningerne, så har BIG ikke løftet bevisbyrden for, at BIG var blevet prækvalificeret. Ud fra princippet om konkret væsentlighed er der således ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Ad uopsættelighed

BIG har gjort gældende blandt andet, at kravet om uopsættelighed er opfyldt, idet erstatningsreglerne ikke yder et tilstrækkeligt værn i den foreliggende situation.

Aarhus Kommune har gjort gældende blandt andet, at BIG ikke har godtgjort, at BIG vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Den manglende prækvalifikation truer ikke BIGs eksistens og ændrer ikke BIGs markedsposition på uoprettelig vis.

Ad interesseafvejning

BIG har gjort gældende blandt andet, at BIG har en betydelig interesse i at deltage i konkurrencen og få tildelt kontrakten, da der er tale om en væsentlig og særdeles betydningsfuld kontrakt, som vedrører opførelsen af et prestige-projekt uden fortilfælde i dansk kontekst. BIGs interesse overstiger væsentligt Aarhus Kommunes mulige interesse i at undgå en mindre påvirkning af tidsplanen frem mod kontraktens ikrafttræden.

Aarhus Kommune har gjort gældende blandt andet, at BIG ingen interesse har i at udsætte udbudsforretningen, idet BIG under alle omstændigheder ikke ville være blevet prækvalificeret. Aarhus Kommune har en væsentlig interesse i at fortsætte udbudsforretningen. Projektkonkurrencen er igangsat, og de 6 prækvalificerede teams har allerede deltaget i besigtigelsen og er i gang med at udarbejde deres konkurrenceforslag. En interesseafvejning vil på den baggrund falde ud til fordel for Aarhus Kommune, hvorfor klagen også af denne grund ikke bør tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*) bemærker klagenævnet, at det følger af helt fast praksis, at en ordregiver har et vidt skøn ved fastsættelsen af udvælgelseskriterier i en projektkonkurrence, ligesom ordregiver har et vidt skøn ved vurderingen af, hvilke ansøgere blandt de egnede der efter de fastsatte kriterier er bedst egnede og derfor skal prækvalificeres. Klagenævnet kan alene tilsidesætte ordregiverens udvælgelseskriterier i en projektkonkurrence, hvis de fastsatte kriterier er usaglige eller i strid med de udbudsretlige principper, jf. udbudslovens § 2. Tilsvarende følger det af helt

fast praksis, at klagenævnet alene kan tilsidesætte ordregiverens skønsmæssige vurdering af de enkelte ansøgninger i en projektkonkurrence, hvis skønnet er usagligt, hviler på et objektivt forkert grundlag, eller hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens skøn.

Det er klagenævnets vurdering på det foreløbige grundlag, der foreligger, at de parametre, som Aarhus Kommune har fastsat i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.10), er saglige og ligger inden for rammerne af kommunens skøn, og der er herunder ikke grundlag for at antage, at de af kommunen opstillede parametre c) og d) overlapper hinanden i nogen væsentlig grad eller fremstår uklare eller er uigennemsigtige, jf. udbudslovens § 2.

Det er endvidere klagenævnets vurdering på det foreliggende grundlag, at Aarhus Kommune i sin evaluering af ansøgningen fra BIG har vurderet denne inden for rammerne af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.10) og inden for rammerne af kommunens skøn. Det forhold, at vurderingen af parametrene e), f) og g) er ens for samtlige ansøgere, giver – henset til Aarhus Kommunes begrundelse herfor – ikke grundlag for at antage, at der er inddraget usaglige hensyn, eller at Aarhus Kommune ved evalueringen åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for kommunens skøn.

Der er således på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at klagen vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig