

K E N D E L S E

HSHansen A/S  
(advokat Rune Hamborg, København)

mod

Bygningsstyrelsen  
(Kammeradvokaten v/advokat Kristian Hartlev, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 004-004224 af 18. december 2012 udbød indklagede, Bygningsstyrelsen, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en kontrakt om projektering og udførelse af facaden på Mærsk Bygningen (Panum-komplekset) i København til en samlet anslået værdi af 140 mio. kr. Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Udbuddet var tilrettelagt således, at den tilbudsgiver, der afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, ville blive tildelt en samarbejdsaftale, som efterfølgende kunne overgå til en entrepriseaftale under visse betingelser.

Ved brev af 25. januar 2013 meddelte indklagede, at følgende virksomheder var blevet prækvalificeret til at afgive tilbud:

1. Eiler Thomsen Alufacader
2. Klageren, HSHansen A/S
3. Skandinaviske Glassystem AB
4. Waagner-Biro AG

## 5. Schneider GB

Udbudsbetingelserne blev fremsendt til de prækvalificerede virksomheder ved udbudsbrev af 1. februar 2013. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 17. april 2013 havde indklagede modtaget tilbud fra klageren og Waagner Biro AG.

Det begrænsede udbud blev imidlertid aflyst af indklagede, og der blev derpå gennemført to efter hinanden følgende udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a. Det første udbud med forhandling blev aflyst, mens det sidste udbud resulterede i tildeling af den udbudte kontrakt til Waagner Biro AG.

Den 12. september 2013 fremsendte indklagede meddelelse om tildelingsbeslutningen til klageren. Den 23. september 2013 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse den 23. september 2013 anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning.

Den 11. oktober 2013 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet klagenævnet fandt, at betingelsen om »uopsættelighed« ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet på et møde den 30. januar 2014.

Indklagede afsendte den 25. oktober 2013 en bekendtgørelse efter § 4 i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., en såkaldt »profylaksebekendtgørelse« vedrørende den samarbejdsaftale, som blev indgået med Waagner Biro AG den 11. november 2013, og den 2. december 2013 en tilsvarende bekendtgørelse vedrørende den entrepriseaftale, som blev indgået med Waagner Biro AG den 20. december 2013. Klageren nedlagde derefter den 4. december 2013 påstand 3 om, at den indgåede kontrakt erklæres for uden virkning i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 17, stk. 1, nr. 1. Klageren anmodede ikke klagenævnet om på ny at vurdere, om klagen skulle tillægges opsættende virkning.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28 ved at tildele en kontrakt om projektering og udførelse af facaden på Mærsk Bygningen til Waagner Biro AG ved udbud med forhandling i henhold til udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a), uden at betingelserne for anvendelse af denne procedure var opfyldt.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsreglerne, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, ved at anvende et udbudsvilkår, som indebærer, at der efter tildelingen af kontrakt skal gennemføres forhandlinger med den vindende tilbudsgiver med henblik på at opnå enighed om væsentlige ændringer af det udbudte projekt og om prisen for det ændrede projekt.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal erklære den indgåede kontrakt mellem indklagede og Waagner Biro AG for uden virkning.

#### Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte delkriteriet »arkitektur og teknik«, uagtet at dette delkriterium var uklart og uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

#### Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte delkriteriet »produktions- og montagemetode«, uagtet at dette delkriterium var uklart og uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

#### Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte delkriteriet »funktionsaftale«, uagtet at dette delkriterium var uklart og uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

#### Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved under tilbudsevalueringen at anvende en evalueringsmodel, som ikke afspejler den vægtning af underkriterierne, som er fastsat i udbudsbetingelserne, og som dermed ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

#### Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at lægge afgørende vægt på den samlede tilbudssum ved evalueringen af tilbuddene både i forhold til underkriteriet »pris« og i forhold til delkriteriet »forslag til optimering og udvikling« til underkriteriet »teknisk og arkitektonisk kvalitet«.

#### Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele en kontrakt om projektering og udførelse af facaden på Mærsk Bygningen i København til Waagner Biro AG, uagtet at tilbuddet fra Waagner Biro AG skulle være afvist som ikke-konditionsmæssigt, idet det ikke opfylder grundlæggende elementer i udbudsgrundlaget om, a) at de komplette facademoduler skal præfabrikeres på fabrik, og b) at produktionen af døre og vinduer skal være DVC-godkendt.

#### Påstand 10 (subsidiær til påstand 9)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at undlade at foretage en prissætning af forbehold i forbindelse med evalueringen af tilbuddet fra Waagner Biro AG, uagtet at dette tilbud ikke opfylder kravspecifikationerne i udbudsmaterialet om, a) at de komplette facademoduler skal præfabrikeres på fabrik, og b) at produktionen af døre og vinduer skal være DVC-godkendt.

#### Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med sin evaluering af tilbuddet fra Waagner Biro AG i

forhold til delkriteriet »forslag til optimering og udvikling« at lægge positiv vægt på optimeringsforslag, som ikke opfylder kravspecifikationerne i udbudsmaterialet, idet de indebærer anvendelse af organiske materialer i facadeelementerne og/eller en reduktion af højden på de monoplane skodder.

#### Påstand 12 (subsidiær til påstand 3)

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildelte kontrakten til Waagner Biro AG.

Klageren har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

Da der er nedlagt påstand om anvendelse af sanktionen uden virkning, jf. påstand 3, har klagenævnet underrettet indklagedes kontraktpart, Waagner Biro AG, om, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 5. Waagner Biro AG har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

#### Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 18. december 2012 indeholder bl.a. følgende:

»II.1.5 Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene  
Mærsk Bygningen omfatter byggeri af ca. 42 000 m<sup>2</sup> bruttoetageareal universitetskompleks til undervisning og forsknings formål. Bygningsmassen fordeler sig på henholdsvis ca. 18 000 m<sup>2</sup> i ”basen” indeholdende foyer, kantine, auditorier, undervisningslokaler og teknik og servicearealer, samt ca. 24 000 m<sup>2</sup> forskertårn fordelt på 14 etager, indeholdende laboratorier, kontorer, og fællesfunktioner. Entreprise 04, Facade: Facadeentreprisen omfatter færdigprojektering af en allerede udviklet facadeprototype, produktoptimering, produktionsoptimering, levering og montering af alle nybyggeriets facadeelementer inkl. alle gående partier, udvendige indklædning, samt en udvendig bevægelig solafskærmning. Facadeprototypen er udarbejdet i glas, tynd- og fibercementplader.... Det samlede facadeareal vedr. entreprise 04 udgør ca. 16 500 m<sup>2</sup>.

Projektering og udførelse forventes gennemført i perioden april 2012 til november 2014.

Entreprisen vil indeholde en garanti på op til 15 år, som skal sikre facadens funktionsduelighed. Den stillede garanti skal suppleres med sikkerhedsstillelse.

...

#### II.1.9 Oplysninger om alternative tilbud

Alternative tilbud vil blive taget i betragtning: nej

...

#### II.3 Kontraktens varighed ...

Varighed i måneder: 281 (fra tildeling af kontrakten)

...«

I udbudsbrev af 1. februar 2013, der blev fremsendt til de virksomheder, der var blevet prækvalificerede til at afgive tilbud, og som indgik som en del af udbudsbetingelserne for det begrænsede udbud, står der:

»...

Opgaven vil blive tildelt det økonomiske mest fordelagtige tilbud med følgende underkriterier:

Underkriterier:

1. Pris 30 %
2. Teknisk og arkitektonisk kvalitet 70 %

Pkt. 2 deles op i flg. delkriterier:

- 2.1 Arkitektur og teknik 40 %
- 2.2 Forslag til optimering og udvikling 40 %
- 2.3 Produktions- og montagemetode 10 %
- 2.4 Funktionsaftale 10 %

For tildelingskriterierne baseres bedømmelsen af tilbuddene på følgende:

#### 1. Underkriterium: Pris

Pris vurderes på baggrund af den samlede tilbudssum.

#### 2. Underkriterium: Teknisk og arkitektonisk kvalitet

Ved bedømmelsen af underkriterium 2 vil der blive lagt vægt på følgende 4 delkriterier:

##### 2.1 Arkitektur og teknik:

Facadernes arkitektoniske udtryk er fastlagt gennem udbudsmaterialet. Den bydende skal beskrive, hvilke materialer, produkter etc. der vil blive anvendt for at opfylde krav og ønsker i udbudsmaterialet.

Tekniske kvaliteter for alle materialer, produkter og tekniske løsninger skal oplyses i udbudsmaterialets tekniske kvalitetsliste. Der skal særskilt redegøres for Monoplan skodders funktioner/ drift ved en systembeskrivelse, der redegør for dette system og tilhørende komponenter.

#### 2.2 Forslag til optimering og udvikling:

Med udgangspunkt i udbudsmaterialet beskriver tilbudsgiveren forslag til optimering og udvikling af facadeløsningerne. Tilbudsgiver beskriver forslagernes indflydelse på arkitektur, tekniske løsninger, drift og vedligehold samt økonomi.

#### 2.3 Produktions- og montagemetode:

Tilbudsgiveren beskriver grad af præfabrikation, produktionstid, montageprincipper og montageid.

2.4 Funktionsaftale: Udkast til en funktionsaftale på 10 år. Tilbudsgiverens beskrivelse af hvordan man agter at sikre facadernes drift, funktionsdygtighed og æstetik frem til denne aftale udløber, og på hvilket niveau facader herefter overtages.

...«

Under »Særlige udbudsbetingelser« er anført:

»Facadeudbuddet udbydes i »tidligt udbud«, hvor det tilbud der vurderes som »økonomisk mest fordelagtige« tildeles en Samarbejdsaftale.

Samarbejdsaftalen gælder alene for »optimering og udviklingsprocessen«.

I denne periode vil Facadeentreprenøren i samarbejde med bygherrens rådgivere drive »optimering og udviklingsprocessen« og herunder stille alle nødvendige projekteringskompetencer, viden og ressourcer til rådighed.

Forudsætningen for at Samarbejdsaftalen efter »optimering og udviklingsprocessen« overgår til entrepriseaftale forudsætter følgende konditioner:

- at resultatet af »udviklings og optimeringsprocessen« opfylder udbudsgrundlagets forudsætninger.
- at Facadeentreprenøren, gennem samarbejde med bygherrens rådgiver gennem »optimering og udviklingsprocessen«, redegør for at facadeentreprisen kan realiseres indenfor en økonomiske ramme på 150.000.000 kr. excl. moms (excl. Funktionsaftale)

Dersom ovenstående kriterier ikke nås, honoreres alle omkostninger til udvikling og leverancer i optimerings og udviklingsprocessen med 0,5 mill kr.«

I relation til påstand 9, 10 og 11 er i Arbejds- og Bygningsdelsbeskrivelsen bl.a. anført:

#### »04.1.01 Glas-/alufacader

...

#### 4.2 Omfang

##### Levering og montering af:

...

Systemfacaderne skal projekteres, udføres, monteres og idriftsættes som *komplette* facadeelementmoduler integreret med udvendige solafskærmninger iht. BYB 04.1.05 og BYB 04.1.06 samt facadegesimser iht. BYB 04.1.12 – og i øvrigt iht. tegningsmaterialet. De *komplette* facademoduler skal præfabrikeres på fabrik under ordnede forhold, og skal leveres og monteres med beskyttelsesemballage på både ud- og indvendig side, og som skal fastholdes under hele byggeperioden frem til finisharbejder, jf. pkt. 4.10.

...

#### 4.6 Tilstødende bygningsdele

Som nævnt i pkt. 4.2a skal følgende bygningsdele integreres med nærværende arbejde til *komplette* facadeelementmoduler:

- Udvendige solafskærmninger iht. BYB 04.1.05 og BYB 04.1.06
- Facadegesimser iht. BYB 04.1.12

...

#### Forudgående og/eller samtidige arbejder:

a) Som det fremgår af udbudstidsplan, og tilhørende procesbeskrivelse, er det påtænkt, at de komplette facadeelementer monteres i takt med råhusets opbygning ...

...

c) Råhuset udgøres af betonelementsøjler og in situ støbte betondæk m.m. iht. tegningsmaterialet. Entreprise 03 udfører betondæk med indstøbte ankerskinner, således at de *komplette* facadeelementer kan monteres med eksempelvis M16 hagebolte.

...

#### 4.7 Projektering

Efter en forudgående optimerings- og udviklingsproces - jf. BYB 04.1.80 – skal entreprenøren opmåle præcise hulmål på stedet og udarbejde udførelige produktion- og montagetegninger på alle *komplette* elementer – dvs. inkl. solafskærmninger og facadegesimser, jf. BYB 04.1.05, BYB 04.1.06 og BYB 04.1.12.

...

#### 4.9 Materialer og produkter

Generelt:

a) Profilleverandør skal være ISO 9001 certificeret. Produktionen af døre og vinduer skal være DVC godkendt og underlagt regelmæssig kontrol. Døre og vinduer skal være DVC- og CE-mærkede iht. EN 14351-1. Alle profiler og elementer skal overholde gældende dansk lovgivning og kunne eftervises iht. Dansk Standard og gældende normer.

b) Glas-/alufacaden skal være testet og CE-mærket iht. EN 13830, og være udfærdiget som præfabrikerede *komplette* facadeelementer fra fabrik.

...

d) Facadeelementerne må ikke indeholde nogen former for organiske materialer og skal være udført således at der ikke skal foretages nogen former for efterbearbejdning på ydersiden efter montagen udover, hvad der er angivet under *Facadefinish* i pkt. 4.10.

#### 4.10 Udførelse

...

##### Facadefinish:

Når alle bygninger er lukkede med komplette facadeelementer (dvs. glas-/alufacade inkl. BYB 04.1.05, BYB 04.1.06 og 04.1.12) udføres facadefinish bestående af bl.a. følgende arbejder afhængig af entreprenørens præfabrikeringsmetode i forbindelse med de *komplette* elementer:

- a) Afmontering af beskyttelsesemballering på elementer
- b) Sammenkobling af præfabrikerede lynafledere mellem elementerne mv. – se pkt. 4.7g.
- c) Evt. eftermontering af facadegesimser
- d) Andre finisharbejder afhængig af entreprenørens valgte præfabrikeringsmetode.

...

#### **04.1.05 Udvendig solafskærmning, Monoplan skodder**

...

## 4.2 Omfang

...

Solafskærmningsmodulerne skal færdigprojekteres, udføres, monteres og idriftsættes som *komplette* facadeelementmoduler integreret med glas/alusystemfacaderne iht. BYB 04.101 samt facadegesimser iht BYB 04.1.12 – og i øvrigt iht. tegningsmaterialet. De komplette facademoduler skal præfabrikeres på fabrik under ordnede forhold som angivet i BYB 04.1.01.

...

### 04.1.06 Udvendig solafskærmning, screens

...

## 4.2 Omfang

...

Screens skal projekteres, udføres, monteres og idriftsætte som *komplette* facadeelementmoduler, og være indbygget med glas-/alufacadeelementerne iht. BYB 04.1.06 – og i øvrigt iht. tegningsmaterialet. De komplette facademoduler skal præfabrikeres på fabrik under ordnede forhold.

### 04.1.12 Facade gesims, fiberbeton

...

## 4.2 Omfang

...

Facade gesimserne skal færdigprojekteres, udføres og monteres som *komplette* facadeelementmoduler integreret med glas/alu-facader og udvendig solafskærmning iht. hhv. BYB 04.101 og BYB 04.1.05 og i øvrigt iht. tegningsmaterialet.

...

## 4.10 Udførelse

...

### Montage:

Skal præfabrikeres på fabrik i videst muligt omfang, og monteres integreret med de øvrige facadeelementkomponenter iht. hhv. BYB 04.1.01 og 04.1.05.

Evt. eftermontering kan om nødvendigt gennemføres ifm. finisharbejder vha. pudsegondol iht. BYB 04.1.01.

Derudover monteres jf. entreprenørens egen færdigprojektering og leverandørens anvisninger.

...

#### **04.1.70 Facadekonstruktioner med fiberbetonbeklædning**

...

#### **4.10 Udførelse**

...

##### Facadeudkragninger:

Monteringer på facadeudkragninger kan evt. påtænkes gennemført vha. pudsegondol, som leveres og monteres iht. BYB 04.1.75.

Mod fundamenter etableres fugtspærre.

...«

I Arbejds- og Bygningsdelsbeskrivelsens afsnit 4.7 anføres under afsnit »04.1.80 Optimering og udvikling« i alt 10 punkter. Parterne er enige om, at udbudsbetingelserne skal forstås således, at delkriteriet »Forslag til optimering og udvikling« til underkriteriet »Teknisk og arkitektonisk kvalitet« skulle vurderes ud fra disse 10 punkter, således at besparelser skulle opnås med udgangspunkt heri.

#### **»4.7 Projektering**

På baggrund af ovenstående mock-up-proces, er der udpeget følgende særlige fokusområder og optimeringspotentialer, hvortil entreprenørens særlige ekspertise og ressourcer ønskes inddraget, for – i samarbejde med totalrådgiver – at fremkomme med de løsninger (tegninger og dokumenter) der bedst kan opfylde udbudsgrundlaget, og være baseret på erfaringerne fra mock-up processen jf. ovenstående pkt. 4.4:

1. Optimering af de *komplette* facadeelementer til masseproduktion vha. præfabrikeret sammenbygning, under ordnede forhold på fabrik, af glas-/alu-facaden (forudsættes at være et kendt facadesystem) med den udvendige solafskærmning (»one of a kind« iht. BYB 04.1.05) og fiberbetongesimser (»one of a kind« int. BYB 04.1.12) til *komplette* facadeelementer. Herunder afklaring af hvilke alternative muligheder, der vil kunne optimere facadeelementerne til en industriel proces/masseproduktion.

2. Afklarer muligheden for at udføre kobberbeklædningen i ét stykke, ved alternative produktionsmåder og materialekombinationer.

3. Optimering af solafskærmningens bevægelige mekanisme:

a. Valg af motor i forhold til langsom/hurtig drift.

- b. Sikring af lamellernes synkrone drift.
- c. Optimering af gear-system.
- d. Udvikling af vedligeholdelsesfri udvekslingsaksel.

4. Økonomisk optimering af de *komplette* facadeelementer som angivet nedenfor, idet den allerede udførte mock-up bygger på materialer og metoder, der tager udgangspunkt i produktionen af et enkeltstående element:

- a. Økonomisk optimering ved alternativt materiale og produktionsteknik.
- b. Økonomisk optimering ved videreudvikling af de mekaniske løsninger for den bevægelige solafskærmning.
- c. Lave driftsomkostninger på baggrund af entreprenørens tilbud på service- og driftsaftale iht. BYB 04.1.81.

5. Optimering af montagelogistik vedr. de *komplette* facadeelementer – bl.a. omfattende følgende:

- a. Transport, håndtering og sikkerhed (på landevej, på byggeplads og under montering)
- b. En vurdering af, om facademontagen skal ske i én eller to processer.
- c. Optimering af vægten på facadeelementerne.
- d. Tidsmæssig optimering.
- e. Montageteknik og tekniske hjælpemidler.
- f. Facadeelementernes emballering – hvordan sikres at emballagen holder under hele byggeperioden.

6. Den tekniske løsning i forbindelse med de særlige krav til undertryk i laboratorierne, da denne situation varierer væsentligt fra gængse facadeproblematikker og bygningsreglements krav. Se BYB 04.1.01 pkt. 4.7d vedr. trykforskelle.

7. Fastlæggelse af mønster, hulform og graduering af monoplan skodder. Perforeringen skal, ud fra en energimæssig forudsætning, afskærme 70 % - dvs. udføres med 30 % perforering. I forbindelse med mock-up – jf. pkt.4.12 – skal der gennemføres et antal forsøg, der gør det muligt endeligt at fastlægge udfaldskravet for perforeringen.

8. Placering og design af den indvendige vindafstivning af facaden beskrevet i BYB 04.1.01 pkt. 4.7a.

9. Integration af ITV-kameraer på facaden jf. BYB 04.1.01 pkt. 4.7k.

10. Udvikling og optimering af pudsebondolen til at kunne opfylde de funktionsmæssige krav angivet i BYB 04.1.75.«

Ved udløbet af tilbudsfristen den 17. april 2013 havde indklagede som nævnt modtaget tilbud fra klageren og Waagner Biro AG.

Ved meddelelse af 22. maj 2013 oplyste indklagede, at ingen af de to modtagne tilbud var forskriftsmæssige/antagelige. Indklagede har uddybet dette således:

»For klagers tilbud gjaldt, at det var uantageligt som følge af en pris, der oversteg det budget for facadeentreprisen på kr. 150 millioner, der blev meldt ud i udbudsbrevet... . Klagers tilbudssum for facedearbejderne var således på kr. 274.198.400, og Bygningsstyrelsens totalrådgiver, C.F. Møller, vurderede, at tilbuddet – uanset det kommende optimerings- og udviklingsforløb (jf. samarbejdsaftalen som omtalt ovenfor) – ikke kunne bringes i nærheden af budgetrammen på kr. 150 mio. Henset til, at tilbuddet fra den anden tilbudsgiver (Waagner Biro) var ikke-forskriftsmæssigt, så Bygningsstyrelsen sig derfor nødsaget til at aflyse det begrænsede udbud.«

Samtidigt blev det oplyst, at indklagede overvejede muligheden for at overgå til udbud med forhandling, jf. udbudsdirektivets art. 30, stk. 1, litra a.

Ved udbudsbrev af 10. juni 2013 udbød indklagede facadeentreprisen på ny som et udbud med forhandling uden offentliggørelse af en ny udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets art. 30, stk. 1, litra a. Invitationen til at deltage i tilbuddet omfattede klageren og Waagner Biro AG. Efter at der havde været afholdt to separate forhandlingsmøder, afgav begge virksomheder tilbud den 5. juli 2013.

Ved brev af 12. juli 2013 aflyste indklagede tilbuddet og meddelte klageren følgende:

»For deres vedkommende skyldes det, at Deres tilbud er vurderet som uantageligt grundet den tilbudte pris. Vi vil nu overveje muligheden for på ny at overgå til udbud med forhandling efter udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a), eller om der alternativt skal iværksættes et nyt begrænset udbud.«

Indklagede har i sit svarskrift af 1. oktober 2013 supplerende anført:

»For klagers tilbud gjaldt stadig, på trods af en lavere pris end i det begrænsede udbud, at det var uantageligt som følge af, at prisen klart

oversteg Bygningsstyrelsens budgetramme. Klagers tilbudssum for facadearbejderne var således på kr. 253.256.998, men det var igen vurderingen fra C.F. Møller, at tilbuddet, uanset optimerings- og udviklingsforløbet, ikke kunne forventes at komme i nærheden af budgetrammen. Da tilbuddet fra den anden tilbudsgiver (Waagner Biro) var ikke-forskriftsmæssigt, valgte Bygningsstyrelsen at gennemføre et nyt udbud med forhandling med selvsamme tilbudsgivere, jf. igen udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, andet led.«

Ved »Udbudsbrev med opfordring til tilbudsafgivelse - nyt udbud med forhandling« af 22. juli 2013 udbød indklagede facadeentreprisen som et nyt udbud med forhandling uden offentliggørelse af en ny udbudsbekendtgørelse i henhold til udbudsdirektivets art. 30, stk. 1, litra a. Invitationen til at deltage i tilbuddet omfattede klageren og Waagner Biro AG. Indklagede gennemførte to nye forhandlingsmøder, og ved tilbudsfristens udløb havde både klageren og Waagner Biro AG afgivet tilbud. Begge tilbud blev vurderet som konditionsmæssige.

Af indklagedes svarskrift fremgår:

»Begge tilbudsgivere afgav på baggrund af nye forhandlingsrunder et nyt tilbud, og denne gang var begge tilbud konditionsmæssige og antagelige. Selvom klagers tilbud for facadeentreprisen i denne omgang ikke lå langt fra det forrige tilbud, vurderede C.F. Møller i lyset af de forslag til optimering og udvikling, som klager i dette tilbud var budt ind med, at tilbuddet denne gang indeholdt potentiale til at kunne bringes i nærheden af budgetrammen.«

Nedenstående oversigter viser de af klageren og Waagner Biro AG tilbudte priser i de 3 udbud:

Klageren:

»

|                        | Begrænset udbud,<br>17.4.2013 | Udbud med for-<br>handling,<br>5.7.2013 | Forny et udbud<br>med forhandling,<br>26.8.2013 |
|------------------------|-------------------------------|-----------------------------------------|-------------------------------------------------|
| Facadearbejder         | 274.198.400                   | 253.256.998                             | 251.999.541                                     |
| Ændringsarbejder       | 20.901.600                    | 20.901.600                              | 15.901.600                                      |
| Samlet tilbuds-<br>sum | 295.100.000                   | 274.158.598                             | 267.901.141                                     |

«

Waagner Biro AG:

»

|                   | Begrænset udbud, 17.4.2013 | Udbud med forhandling, 5.7.2013 | Forny et udbud med forhandling, 26.8.2013 |
|-------------------|----------------------------|---------------------------------|-------------------------------------------|
| Facadearbejder    | 208.813.646                | 212.953.135                     | 203.712.403                               |
| Ændringsarbejder  | 24.548.516                 | 42.120.337                      | 31.556.250                                |
| Samlet tilbudssum | 233.362.162                | 255.073.472                     | 235.268.653                               |

«

Af referatet fra det første forhandlingsmøde i det andet udbud med forhandling afholdt den 9. august 2013 mellem klageren og indklagede fremgår bl.a.:

»6 Projektgennemgang

...

6.2 Forslag til optimering og udvikling

Følgende forslag til optimering blev drøftet:

6.2.1 Er der en fordel i ikke at præfabrikere elementer i basen?

...

6.3 Byggeplads

...

6.3.2 600m2 samleareal/oplagring er tilgængeligt

...

Af referatet fra det andet forhandlingsmøde afholdt den 15. august 2013 mellem klageren og indklagede fremgår bl.a.:

»6. HSH fremlægger bearbejdede optimeringsforslag fra 1. forhandlingsmøde

...

3. Produktions – og montagemetoder...

Alternative produktionsmetoder kan indarbejdes i optimeringsforslagene.«

Ved e-mail af 12. september 2013 fremsendte indklagede meddelelse om, at kontrakten ville blive tildelt Waagner Biro AG, idet denne virksomhed havde afgivet det for indklagede »økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Af indklagedes »Tildelingsnotat – Mærsk Bygningen – facadeudbud med forhandling« af 11. september 2013 fremgår det bl.a.:

»Ved vurderingen tages der udgangspunkt i følgende femtrins-skala og karakterer:

Fremragende (5), særdeles tilfredsstillende (4), meget tilfredsstillende (3), tilfredsstillende (2) og acceptabelt (1).

I forhold til tilbudssummen har Bygningsstyrelsen vurderet en samlet tilbudssum på over 270 mio. kr. som uantagelig medens en samlet tilbudssum på 270 mio. kr. vil blive vurderet, som acceptabel. En samlet tilbudssum på 180 mio. kr. eller derunder vil blive vurderet som fremragende. Karakteren på den samlede tilbudssum beregnes ved retlinet interpolation mellem 180 og 270 mio. kr. Karakteren på pris beregnes med en decimal.

I forhold til de kvalitative kriterier vil et tilbud, der opfylder udbudsmaterialets kravspecifikationer, blive vurderet som acceptabelt, medens et tilbud, der indeholder mange gode ekstra elementer blive vurderet som fremragende. Der gives karakter med 0,5 intervaller mellem 1 og 5, der kan f.eks. gives karakteren 3,5 for de kvalitative kriterier.

Ved vægtning af delkriterier og underkriterier afrundes til en decimal.

Det skal fremhæves, at Bygningsstyrelsen i udbudsmaterialet har stillet høje arkitektoniske og tekniske krav. Et kriterium vurderet til acceptabel opfylder de høje krav i udbudsmaterialet. Et kriterium vurderet over acceptabel ligger således over udbudsmaterialets krav.«

Tilbuddet fra klageren blev herefter vurderet således:

#### »Ad 1 – Pris

Samlet tilbudssum er kr. 267.901.141 ekskl. moms.

Underkriterium er beregnet til karakteren 1,1.

#### Ad 2 Teknisk og arkitektonisk kvalitet

##### 2.1 Arkitektur og teknik

Tilbudsgiveren har afleveret en udfyldt teknisk kvalitetsliste, og tilbudt materialer og produkter, som generelt lever op til udbudsmaterialets krav. I tilbud redegøres særskilt for monoplaner skodders funktion og drift, og dette lever op til udbudsmaterialets specifikationer.

Samlet vurderes det, at de tilbudte materialer og tekniske løsninger opfylder de arkitektoniske og tekniske specifikationer i udbudsmaterialet.

I forhold til dette delkriterium vurderes tilbuddet således at være acceptabelt med karakteren 1,0.

## 2.2 Forslag til optimering og udvikling

Tilbudsgiveren har tilbudt en række optimeringsforslag på solafskærmning, toblerone, gesims, teknik mv. Tilbudsgiveren har foreslået to sammensætninger af optimeringsforslag, »Skyde-skodde« og »optimeret udbud«.

Sammensætning af optimeringsforslag under »Optimeret udbud« er anslået med en besparelse på ca. 61 mio. kr., og dette vil nedbringe facadens pris til ca. 191,0 mio. kr. På baggrund af økonomien vurderes denne sammensætning ikke som den bedste mulighed. Denne sammensætning indgår ikke som del af vurderingen af dette delkriterium.

»Skyde-skodde« sammensætningen er anslået med et besparelspotentiale på ca. 79 mio. kr., som vil nedbringe facadeprisen på ca. 173 mio. kr. Denne sammensætning af optimeringsforslag vurderes økonomisk at være meget positiv, og vurderes som en god mulighed.

»Skyde-skodde« sammensætningen med ændring i facadeglas i tårnet vil have negativ indflydelse på arkitekturen. Solafskærmningsløsningen, reduktion i toblerone- og gesimsdybden vil også ændre arkitekturen, men vurderes at have mindre negativ indflydelse på arkitekturen.

»Skyde-skodde« sammensætningen med optimering af profilsystem, fyldningsområder, føringsveje, motorsystem, passive tobleroner i de nederste niveauer og udeladelse af is-detektering vurderes alle som meget positive.

»Skyde-skodde« sammensætningens optimeringsforslag vurderes gode med kendte tekniske løsninger, som vil sikre den efterfølgende drift.

I forhold til dette delkriterium er der en meget stor økonomiske besparelsesmulighed og gode tekniske løsninger. Ændringen i arkitektur vurderes at have nogen negativ indflydelse på arkitekturen. Dette delkriterium vurderes samlet til meget tilfredsstillende med karakteren 3,0.

## 2.3 Produktions- og montagemetode

Tilbudsgiveren redegør for at facadeelementerne færdigproduceres i montagehallen og leveres 100 % præfabrikerede på pladsen med alle komponenter såsom fiberbetongesimser, toblerone, solafskærmning og andet.

Tilbudsgiver beskriver kvalitetssikrings aktiviteter (QA) under produktionen og emballeringen.

På byggepladsen monteres de præfabrikerede elementer med tårnkran.

Tilbudsgiveren oplyser, at produktions- og montagetid følger udbudstidsplanen.

Tilbuddet vurderes at redegøre godt for dette delkriterium. I forhold til dette delkriterium vurderes tilbuddet at opfylde udbudsmaterialets specifikationer, og vurderes således som acceptabelt med karakteren 1,0.

#### 2.4 Funktionsaftale

Funktionsaftalen beskriver rengøring og årlige tilsyn af de enkelte emner. Desuden er responstid for nødvendige reparationer og udskiftninger for at opretholde funktionerne beskrevet.

Funktionsaftalen beskriver præcist og kortfattet omfanget af ydelsen og er i overensstemmelse med udbudsmaterialets krav og ønsker.

I forhold til dette delkriterium vurderes tilbuddet således at være acceptabelt med karakteren 1,0.«

Tilbuddet fra Waagner Biro AG blev vurderet således:

#### »Ad 1 – Pris

Samlet tilbudssum er kr. 235.268.653 ekskl. moms.

Underkriterium er beregnet til karakteren 2,5.

#### Ad 2 Teknisk og arkitektonisk kvalitet

##### 2.1 Arkitektur og teknik

Tilbudsgiveren har afleveret en udfyldt teknisk kvalitetsliste, og tilbudt materialer og produkter, som generelt lever op til udbudsmaterialets krav. I tilbuddet redegøres særskilt for monoplane skodders funktion og drift, og dette lever helt op til udbudsmaterialets specifikationer.

Samlet vurderes det, at de tilbudte materialer og tekniske løsninger opfylder de arkitektoniske og tekniske specifikationer i udbudsmaterialet.

I forhold til dette delkriterium vurderes tilbuddet således at være acceptabelt med karakteren 1,0.

##### 2.2 Forslag til optimering og udvikling

Tilbudsgiveren har tilbudt en række optimeringsforslag på solafskærmning, toblerone, gesims, teknik mv. Tilbudsgiveren har foreslået 2 sammensætninger af optimeringsforslag. Forskellen mellem de 2 sammensætninger er på kobber-beklædningens tykkelse.

Sammensætningen af optimeringsforslag er anslået med et besparelspotentiale på henholdsvis ca. 43 mio. kr. og 41 mio. kr. De 2 sammensætninger af optimeringsforslag vil nedbringe facadeprisen til henholdsvis 161 mio. kr. og 163 mio. kr., og vurderes begge som positive og gode muligheder.

Sammensætningen af optimeringsforslag med ændring af facadeglas i både basen og tårnet, reduktion af monoplane skodders højde og gesimsmaterialet vurderes at have nogen negativ indflydelse på arkitekturen.

Sammensætningen med optimering af motorsystem og reduktion af is-detektorer vurderes som meget positiv.

Sammensætningen af optimeringer vurderes som gode og sikre den fremtidige drift.

I forhold til dette delkriterium er der en stor økonomisk besparelsemulighed og gode tekniske løsninger. Ændringen i arkitektur vurderes at have nogen negativ indflydelse på arkitekturen. Dette delkriterium vurderes samlet til tilfredsstillende med karakteren 2,0.

### 2.3 Produktions- og montagemetode

Tilbudsgiveren redegør for, at præfabrikerede »unitized« facadeelementer, gesims og tobleroner leveres som færdige komponenter. Komponenterne samles til komplette facademoduler på byggepladsen i et »on-site preassembly area«, hvorefter de monteres med tårnkran.

Tilbudsgiveren oplyser, at produktion og montage vil følge entreprenørens kvalitetssikringsprocedure.

Tilbudsgiveren oplyser, at produktions- og montagetid følger udbudstidsplanen.

Tilbuddet vurderes at redegøre godt for dette delkriterium. I forhold til dette delkriterium vurderes tilbuddet at opfylde udbudsmaterialets specifikationer, og vurderes således som acceptabelt med karakteren 1,0.

### 2.4 Funktionsaftale

Funktionsaftalen beskriver rengøring og tilsyn af de enkelte emner. Desuden er responstid for nødvendige reparationer og udskiftninger for at opretholde funktionerne beskrevet.

Funktionsaftalen beskriver forventet kvalitet af facaden ved overdragelse efter den 10 årige funktionsaftale.

Funktionsaftalen beskriver præcist og kortfattet omfanget af ydelsen og er i overensstemmelse med udbudsmaterialets krav og ønsker.

I forhold til dette delkriterium vurderes tilbuddet således at være acceptabelt med karakteren 1,0.«

I evalueringsnotatet konkluderes herefter:

### »3. Konklusion

Nedenstående skema opsummerer hvert underkriterium med baggrund i indeværende notats gennemgang af tilbuddene indenfor hvert under- og delkriterium.

|                                                                 | HSHansen   | Waagner Biro |
|-----------------------------------------------------------------|------------|--------------|
| <b>Underkriterium 1. Pris 30 %</b>                              | <b>0,3</b> | <b>0,8</b>   |
| <b>Underkriterium 2. Teknisk og arkitektonisk kvalitet 70 %</b> |            |              |
| 2.1 Arkitektur og teknik (Karakter x 0,4 x 0,7)                 | 0,3        | 0,3          |
| 2.2 Forslag til optimering og udvikling (Karakter x 0,4 x 0,7)  | 0,8        | 0,6          |
| 2.3 Produktions- og montage-metode (Karakter x 0,1 x 0,7)       | 0,1        | 0,1          |
| 2.4 Funktionsaftale (Karakter x 0,1 x 0,7)                      | 0,1        | 0,1          |
| <b>Underkriterium i alt</b>                                     | <b>1,3</b> | <b>1,1</b>   |
| Samlet vægtet karakter for underkriterierne 1 + 2               | 1,6        | 1,9          |
| <b>Rangorden</b>                                                | <b>2</b>   | <b>1</b>     |

«

De to tilbudsgivere opnåede således samme point for 3 af de 4 delkriterier til underkriteriet »Teknisk og arkitektonisk kvalitet«, der vægtede 70 %.

I indklagedes udaterede interne vurderingsnotat er bl.a. anført den samlede tilbudssum og en oversigt over den samlede tilbudssum fratrasket de tilbudte optimeringsforslag:

»Samlet tilbudssum inklusive ændringsarbejder:

H.S. Hansen A/S: kr. 267.901.141 excl. moms

Waagner-Biro AG: kr. 235.268.653 excl. moms

Oversigt over tilbudspriser for facadearbejder, jf. tilbud af 26.08.2013.

| Tilbud                    | H.S. Hansen     | Waagner-Biro    |
|---------------------------|-----------------|-----------------|
| Facadearbejder            | Kr. 251.999.541 | Kr. 203.712.403 |
| Ændringsarbejder          | Kr. 15.901.600  | Kr. 31.556.250  |
| Samlet tilbudssum ex moms | Kr. 267.901.141 | Kr. 235.268.653 |

| Tilbud fratrullet optimeringsforslag |                 |                 |
|--------------------------------------|-----------------|-----------------|
| Samlet tilbudssum (overført)         | Kr. 267.901.141 | Kr. 235.268.653 |
| Optimeringsforslag (sammensatte)     | Kr. 79.000.000  | Kr. 43.271.900  |
| Samlet tilbudssum ex moms            | Kr. 172.999.541 | Kr. 160.440.503 |

...«

Efter at klagenævnet havde afsagt kendelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, oplyste indklagede ved bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed nr. 2013/S 210-363567 af 25. oktober 2013 vedrørende samarbejdsaftalen om optimering og udvikling af facadeløsninger på Mærsk Bygningen følgende:

»...

IV.1) Type procedure

...

Ved det begrænsede udbud indkom to tilbud, der begge var enten uantagelige eller ikke-forskriftsmæssige. Ordregiver valgte herefter at indgå i udbud med forhandling med begge tilbudsgivere efter direktiv 2004/18/EF, artikel 30, stk. 1, litra a, 2. del. Ved udbuddet med forhandling indkom atter to tilbud, der begge enten var uantagelige eller ikke-forskriftsmæssige. Ordregiver overgik derfor på ny i udbud med forhandling med begge tilbudsgivere efter samme hjemmel som ovenfor. Begge indkomne tilbud var denne gang antagelige og forskriftsmæssige, og ordregiver har derfor valgt at indgå kontrakt med den tilbudsgiver, der afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

...«

Ved bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed nr. 2013/S 236-409441 af 2. december 2013 oplyste indklagede vedrørende entrepriseaftalen:

»...

Nærværende entrepriseaftale indgås på baggrund af den forudgående samarbejdsaftale (offentliggjort i TED den 29.10.2013 ved bekendtgørelse nr. 2013/S 210-363567 om frivillig forudgående gennemsigtighed).

...

Ved det begrænsede udbud indkom to tilbud, der begge var enten uantagelige eller ikke-forskriftsmæssige. Ordregiver valgte herefter at indgå i udbud med forhandling med begge tilbudsgivere efter direktiv 2004/18/EF, artikel 30, stk. 1, litra a, 2. del. Ved udbuddet med forhandling indkom atter to tilbud, der begge enten var uantagelige eller ikke-forskriftsmæssige. Ordregiver overgik derfor på ny i udbud med forhandling med begge tilbudsgivere efter samme hjemmel som ovenfor. Begge indkomne tilbud var denne gang antagelige og forskriftsmæssige, og ordregiver har derfor valgt at indgå kontrakt med den tilbudsgiver, der afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud. I første omgang indgik ordregiver ovenfor nævnte samarbejdsaftale, og ordregiver agter nu at lade denne følge op af nærværende entrepriseaftale.

Entrepriseaftalen mellem Bygningsstyrelsen og Waagner Biro AG blev indgået den 20. december 2013. Den aftalte entreprisensum var ikke 150 mio. kr., som oplyst i udbudsbrevet af 1. februar 2013, men 168 mio. kr.

#### Erklæringer og forklaringer

Indklagede har fremlagt 3 enslydende erklæringer af 1. oktober 2013 afgivet af 3 medarbejdere hos indklagedes totalrådgiver på opgaven, C.F. Møller. I erklæringen afgivet af Jan Besiakov står:

»Jeg, Jan Besiakov, erklærer hermed, at jeg fra C.F. Møllers side deltog på forhandlingsmøderne den 09-09-2013 og den 15-09-2013 mellem Bygningsstyrelsen og HSHansen A/S i forbindelse med udbud af facadeentreprise på Mærsk bygningen.

Hermed bekræftes, at muligheden for at samle komponenterne på stedet, blev drøftet i en positiv tone med begge parter i forhandlingsforløbet.«

Klagerens administrerende direktør, Simon Smidt Kristensen, der har deltaget på alle forhandlingsmøderne med indklagede, har under den mundtlige forhandling afgivet forklaring. Klageren har efterfølgende fremsendt en skriftlig gengivelse af forklaringen. Heraf fremgår bl.a.:

»Vedrørende kravet om præfabrikation af komplette facadeelementer under ordnede forhold på fabrik:

Muligheden for at samle facadeelementerne på byggepladsen blev drøftet med Bygningsstyrelsen på de to sidste forhandlingsmøder. Det var min forståelse, at dette kun var som et optimeringspotential, og ingen rettelsesblad indikerer, at vi kun kunne arbejde med samling af facadeelementer på pladsen i vores tilbud. Jeg oplevede en del uenighed mellem rådgiver og bygherre, og de måtte flere gange gå i enenum under forhandlingerne.

Om kvalitet:

Det var HSHansens forventning at få topkarakter for kvalitet, da vi opfyldte alle de meget høje krav. Vi forstår på ingen måde, hvad man skulle have gjort for at få mere end karakteren 1 for kvalitet.«

Klagerens tekniske chef, Kent Bisbo, der også har deltaget på alle forhandlingsmøderne med indklagede, har ligeledes under den mundtlige forhandling i klagenævnet afgivet forklaring. Klageren har efterfølgende fremsendt en skriftlig gengivelse af forklaringen. Af forklaringen fremgår bl.a.:

»Vedrørende kravet om præfabrikation af komplette facadeelementer under ordnede forhold på fabrik:

...

Muligheden for at samle facadeelementerne på byggepladsen blev drøftet med Bygningsstyrelsen på de to sidste forhandlingsmøder. Det var vores indtryk, at Bygningsstyrelsen på forhandlingsmøderne var klar over, at kravet om præ-fabrikation på fabrik var et centralt og ufravigeligt krav, men under forhandlingerne nævnte bygherrens rådgiver med et glimt i øjet, »at man jo sagtens kunne tænke sig at HSHansens fabriksproduktion midlertidig har adresse på byggepladsen«. Det protesterede vi i mod, da det jo åbenlys var i strid med udbudsbetingelser. Det var vores indtryk, at C.F. Møller mente, at vi kunne arbejde med et optimeringsforsalg som tog udgangspunkt i samling på pladsen, men dette blev ikke drøftet som en mulighed i vores primære tilbud.

Årsagen til at man stillede krav om levering til byggepladsen af komplette facadeelementer, der skulle være præ-fabrikerede underordnede forhold på fabrik var et spørgsmål om kvalitet.

...

I udbudsmaterialet taler man om »eventuel eftermontering af facadegesimser«. Dette er udtryk for, at selv når man integrerer de komplette facadegesimser på fabrikken, kan der være behov for at foretage en ekstra eftermontering på byggepladsen. Bygningsgeometri f.eks. med udkragede dele kan give anledning til at enkelte komponenter skal eftermonteres fra en pudsegondol, hvor der kan stå 1-2 mand.

...

#### Om kvalitet:

...

HSHansen kunne ikke have tilbudt en bedre løsning på bevægelige dele i facaden. De krævede løsninger er minutiøst beskrevet i designmanualen på over 500 sider med kravsspecifikationer, materialebeskrivelser osv. Designmanualen giver ligeledes det indtryk, at der fra udbyders side har været arbejdet meget og længe med den udbudte løsning. Omfanget alene og det faktum, at der måske allerede havde været arbejdet med løsningen i 9-12 mdr. taget i betragtning, så giver det ingen mening, at man på 2-3 uger skulle kunne iscenesætte en ny og bedre løsning. Udbudsmaterialet er meget præcist og giver ingen mulighed for alternativer. Den udbudte løsning er i udbudsmaterialet beskrevet som »state-of-the-art« og beskrevet som »dynamisk og sofistikeret«.

...

... Udbudsmaterialets høje krav blev derfor fulgt nøje. Under møderne blev kravene af Bygningsstyrelsen/C.F. Møller betegnet som en »Rolls-Royce løsning«, der nu skulle ned i pris – men jo ikke op i pris. Fokus var kun på, at der skulle spares penge, mange penge.«

#### Retsgrundlag mv.

Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, lyder:

»De ordregivende myndigheder kan indgå offentlige kontrakter ved udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

a) når der i forbindelse med et offentligt eller et begrænset udbud eller en konkurrencepræget dialog er afgivet tilbud, som ikke er forskriftsmæssige, eller er afgivet tilbud, som er uantagelige efter nationale bestemmelser, der er i overensstemmelse med artikel 4, 24, 25 og 27 samt

bestemmelserne i kapitel VII, forudsat at de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt.

De ordregivende myndigheder behøver ikke at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, hvis udbuddet med forhandling omfatter alle tilbudsgivere, og kun de tilbudsgivere, der opfylder de i artikel 45-52 omhandlede kriterier, og som under de forudgående offentlige eller begrænsede udbud eller den konkurrenceprægede dialog har afgivet tilbud, der er i overensstemmelse med udbudsprocedurens formelle krav«

Af Kommissionens vejledning til det tidligere tjenesteydelsesdirektiv fremgår af fodnote 55, hvornår Kommissionen anser et tilbud for uantageligt, og anvendelsen af udbud med forhandling kan anvendes:

»F.eks. for sent afgivne bud eller bud fra bydende, der ikke har de fornødne kvalifikationer, eller bud, hvis pris enten er for høj i forhold til en ordregivende myndigheds budget eller unormalt lav.«

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har anlagt en tilsvarende fortolkning i en trin-for-trin vejledning offentliggjort på styrelsens hjemmeside:

»Hvad kan man gøre, hvis ingen har afgivet bud eller alle bud er ukonditionsmæssige?

Når der ikke afgives tilbud eller når alle tilbud er enten ikke-forskriftsmæssige, uantagelige eller uegnede, kan man indlede forhandlinger enten med eller uden forudgående offentliggørelse.

...

Uantagelige bud er bud, ... hvis pris enten er for høj i forhold til en ordregivende myndigheds budget eller er unormalt lav.«

I det nye udbudsdirektiv, der er vedtaget af Europa-Parlamentet den 15. januar 2014, står der i artikel 26, stk. 4, litra b, bl.a.:

»Medlemsstaterne sørger for, at ordregivende myndigheder kan anvende udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog i følgende situationer:

...

når der i forbindelse med bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser kun afgives ikkeforskriftsmæssige eller uantagelige tilbud i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud. ...

Især betragtes tilbud, der ikke følger udbudsdokumenterne, er modtaget for sent, i forbindelse med hvilke der foreligger bevis på ulovlig samordning eller bestikkelse, eller som den ordregivende myndighed har

konstateret er unormalt lave, som ukorrekte. Især betragtes tilbud indgivet af tilbudsgivere, som ikke har de krævede kvalifikationer, og tilbud, hvis pris overstiger den ordregivende myndigheds budget som fastsat og dokumenteret forud for iværksættelsen af udbudsproceduren, som uacceptable.«

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke kan kvalificere et tilbud som »uantageligt efter nationale bestemmelser« i henhold til udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, blot fordi den tilbudte pris er for høj i forhold til den fastsatte budgetramme.

Udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, er en undtagelsesbestemmelse og skal derfor fortolkes snævert. Ordlyden af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, åbner ikke mulighed for at anvende udbud med forhandling i den situation, hvor de konditionsmæssige tilbud overstiger det fastsatte budget, eftersom en overskridelse af budgettet ikke kan hævdes at indebære, at tilbuddene er »uantagelige efter nationale bestemmelser«. Desuden er de oprindelige udbudsbetingelser ændret væsentligt, herunder i relation til udbudstidsplanen. Indklagedes budget har ikke været fast og er efter tildelingen ændret fra 150 mio. kr. til 168 mio. kr.

Den udtrykkelige ordlyd af artikel 30, stk. 1, litra a, kan ikke ændres af en fodnote i Kommissionens vejledning til det tidligere tjenesteydelsesdirektiv, endsige af en vejledning fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som blot gentager denne fodnote. Indklagede var derfor ikke berettiget til at anvende udbud med forhandling i det foreliggende tilfælde. I forhold til bestemmelsen i det nye udbudsdirektiv om udbud med forhandling kan denne ikke forstås som en kodificering af gældende ret. Bestemmelsen viser tværtimod, at det har været nødvendigt at ændre ordlyden af artikel 30, stk. 1, litra a, med henblik på at kunne anvende udbud med forhandling, når alle tilbud overskrider ordregiverens budget.

Hvis der gives adgang til at anvende udbud med forhandling i situationen, hvor de indkomne tilbud overskrider ordregivers budget, opstår der en risiko for, at ordregivere søger at omgå udbudsreglerne ved at fastsætte et (ure-

alistisk) lavt budget og afholde et (proforma) udbud med henblik på at bane vejen for direkte forhandlinger med de bydende.

Den foreliggende sag, hvor indklagede har afholdt tre udbud om samme kontrakt, og stadig ikke har modtaget tilbud, som gør det muligt at overholde det fastsatte budget for facadearbejderne uden at foretage væsentlige ændringer i projektet, er et tydeligt eksempel på, at ordregivers budget fra begyndelsen har været fastsat urealistisk lavt, og/eller at udbudsbetingelserne har foreskrevet en urealistisk høj kvalitet. I en sådan situation er indklagede henvist til enten at acceptere de indkomne tilbud og revidere sit budget eller at afholde et nyt offentligt eller begrænset udbud på grundlag af nye og mere realistiske udbudskrav.

Indklagede har gjort gældende, at ordregiver efter udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, har mulighed for at gå i udbud med forhandling, når der i forbindelse med et offentligt eller et begrænset udbud kun er modtaget tilbud, som er ikke-forskriftsmæssige eller uantagelige efter nationale bestemmelser.

Der er ingen rets- eller klagenævnspraksis om spørgsmålet, hvorfor indklagede i stedet har henvist til de fortolkningsbidrag, der findes – nemlig EU-Kommissionens vejledning til det tidligere tjenesteydelsesdirektiv og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning. Det antages i begge vejledninger, at bestemmelsen bl.a. kan benyttes ved uantagelige tilbud, og vejledningerne giver således et fortolkningsbidrag til, hvad der forstås ved, at et tilbud er uantageligt – eksempelvis at en pris er for høj i forhold til ordregiverens budget. Endvidere er der i det nye direktiv en bestemmelse, hvorefter tilbud, der overskrider ordregiverens på forhånd fastlagte og dokumenterede budget, er uantagelige, hvilket må anses som en kodificering af gældende ret.

Endelig har indklagede gjort gældende, at der ikke er foretaget væsentlige ændringer i udbudsbetingelserne fra det begrænsede udbud. Der er således alene foretaget tilladelige ændringer, som ligger klart inden for grænserne i artikel 30, stk. 1, litra a.

## Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at afsnittet om særlige betingelser i udbudsbrevet foreskriver, at der skal gennemføres forhandlinger med den vindende tilbudsgiver med henblik på at opnå enighed om omkostningsreducerende ændringer til det udbudte projekt, som gør det muligt at realisere entreprisen inden for en økonomisk ramme på 150 mio. kr.

Det fastsatte udbudsvilkår betyder derfor konkret, at der i forhold til den samlede tilbudssum skal findes yderligere besparelser for 85 mio. kr. [forskellen mellem 150 mio. kr. og 235.268.653 kr.] gennem forhandlinger med Waagner Biro AG om ændringer i kontraktens genstand. Allerede fordi der vil blive tale om ændringer i forhold til det udbudte projekt, som betyder, at prisen kan reduceres med 85 mio. kr. i forhold til den tilbudte pris, vil den efterfølgende kontrakt være væsentlig forskellig fra den udbudte kontrakt.

Indklagede har således handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at fastsætte et udbudsvilkår, som konkret indebærer, at der inden indgåelse af kontrakt skal gennemføres forhandlinger med den vindende tilbudsgiver med henblik på at opnå enighed om ændringer, der nødvendigvis vil betyde, at den indgåede kontrakt adskiller sig væsentlig fra den udbudte kontrakt.

Indklagede har gjort gældende, at udbuddet er tilrettelagt som en 2-ledet proces, hvor indklagede først indgår en samarbejdsaftale med den vindende tilbudsgiver og herefter indgår en entrepriseaftale, såfremt betingelserne herfor er opfyldt. En af betingelserne er ifølge udbudsbrevet, at entrepriseaftalen opfylder udbudsgrundlagets forudsætninger. Der er således ikke tale om en entreprisekontrakt, der væsentligt adskiller sig fra den udbudte forstået på den måde, at kontraktændringen vil stride imod udbudsreglerne, men om en entreprisekontrakt, der har været konkurrenceudsat i overensstemmelse med udbudsdirektivet.

Det ligger netop i en sådan aftales natur, at ikke alle vilkårene er fastsat på forhånd, men da dette er en del af det forudgående udbud, er der ikke tale om ændringer i den udbudte kontrakt i den forstand, som klageren har anført.

Ingen af tilbudsgiverne har tilbudt at udføre opgaven for 150 mio. kr. De 18 mio. kr., hvormed kontraktsummen overskrider budgetrammen, er skaffet gennem fondsdonation eller ved besparelser på de øvrige entrepriser.

### Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at betingelserne i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 4, stk. 1, nr. 3, ikke er opfyldt. Ordregiveren kan alene beskytte sig mod, at en kontrakt erklæres for uden virkning, såfremt »ordregiveren finder, at indgåelsen af kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den europæiske Unions Tidende er tilladt i henhold til de fællesskabsretlige udbudsregler«. Det er ikke tilfældet i denne sag, idet der allerede inden kontraktens indgåelse var indgivet en klage til Klagenævnet for Udbud med påstand om, at indklagede ikke var berettiget til at indgå kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har været berettiget til at gå i udbud med forhandling, og at betingelserne i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 4, stk. 1, nr. 3, er opfyldt, således at indklagede er beskyttet mod sanktionen uden virkning. Det gør i den forbindelse ingen forskel, at klageren på tidspunktet for afsendelse af profylaksebekendtgørelserne havde indgivet klage til klagenævnet.

### Ad påstand 4 - 6

Klageren har gjort gældende, at der i udbudsmaterialet er fastsat meget detaljerede og høje krav til delkriterierne »arkitektur og teknik«, »produktions- og montagemetode« samt »funktionsaftale«, jf. navnlig afsnit 4 i arbejds- og bygningsdelsbeskrivelsen. De fastsatte krav må kvalificeres som krav og ikke som ønsker. Indklagede har ikke i udbudsmaterialet oplyst, hvilke ønsker indklagede måtte have til »arkitektur og teknik«, til »produktions- og montagemetode« eller til »funktionsaftale«, som rækker ud over de fastsatte krav, og som tilbuddene derfor ville kunne opfylde i større eller mindre grad.

Delkriterierne »arkitektur og teknik«, »produktions- og montagemetode« og »funktionsaftale« er således uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, *fordi* de alene vedrører forhold, som er fastlagt ved detaljerede krav i udbudsmaterialet, *fordi* de ikke åbner mulighed for nogen reel konkurrence mellem tilbudsgiverne, og *fordi* det er uklart, hvad de sig-

ter til. Indklagede har dermed handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet.

De oplysningskrav, som indklagede har stillet i udbudsmaterialet, og den vurdering, som indklagede har foretaget af de modtagne oplysninger, har reelt kun drejet sig om, hvorvidt tilbuddene opfylder de høje krav til kvalitet, som er fastsat i kravspecifikationen, dvs. spørgsmålet om konditionsmæssighed, hvorimod der ikke har været hverken plads til eller grundlag for at foretage en vurdering af, hvem af de to tilbudsgivere som tilbød den bedste kvalitet.

Indklagede har gjort gældende, at under- og delkriterier skal læses i sammenhæng med resten af udbudsmaterialet, og at underkriterierne og den ledsagende tekst til delkriterierne sammenholdt med udbudsbrevet og kravspecifikationen for facadeentrepriseudbuddet derfor har været egnet til at give tilbudsgiverne en tilstrækkelig beskrivelse af de relevante konkurrenceparametre.

Endvidere har det faktum, at indklagede i sit udbudsmateriale har forventet en høj kvalitet, ikke medført, at tilbudsgiverne ikke har haft mulighed for at tilbyde ekstra gode elementer, der lå ud over denne forventede kvalitet. At ingen af tilbudsgiverne i flere delkriterier har tilbudt en højere kvalitet end forventet, gør ikke delkriterierne konkret uegnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det er blot et udtryk for tilbudsgivernes prioritering.

#### Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at den pris, som klageren har tilbudt for ændringsarbejder og funktionsaftale, kun er på ca. 15 mio. kr. Det tilsvarende beløb i tilbuddet fra Waagner Biro AG var på ca. 30 mio. kr. Indklagede har ikke været berettiget til i sin evaluering vedrørende underkriteriet »pris« med udgangspunkt i tilbuddet fra Waagner Biro AG at fastsætte spændet til mellem 180 mio. kr., og 270 mio. kr., men skulle i stedet have fastsat spændet til mellem 165 mio. kr. og 270 mio. kr., hvilket ville have givet tilbuddet fra Waagner Biro AG en lavere karakter for »pris«.

Hertil kommer, at tilbudsgiverne reelt ikke har haft mulighed for at opnå en højere karakter end 1 (acceptabel) for tilbuddenes opfyldelse af de kvalita-

tive delkriterier »arkitektur og teknik«, »produktions- og montagemetode« og »funktionsaftale«.

Netop fordi kvalitetskravene lå særdeles højt, har tilbudsgiverne ikke haft mulighed for at optimere deres tilbud. Under de 2 gennemførte udbud med forhandling har drøftelserne alene drejet sig om mulige besparelser, uanset at underkriteriet »Teknisk og arkitektonisk kvalitet« vægtede 70 %.

Indklagede har ved evalueringen af tilbuddene i relation til de 4 delkriterier vedrørende kvalitet alene undersøgt, om tilbuddene opfyldte de meget strenge krav, der førte til karakteren 1 (acceptabel). Af evalueringsnotatet fremgår, at indklagede end ikke i den sproglige gennemgang af de to tilbud har differentieret mellem dem, men har koncentreret sig om at fastslå, om kravene var overholdt.

Indklagedes evalueringsmodel indebærer samlet set, at »pris« reelt har været afgørende for vurderingen af tilbuddene, og at evalueringsmodellen dermed i væsentlig grad forrykker den vægtning af underkriterierne, der er fastsat i udbudsbetingelserne, hvorefter pris alene skulle vægte med 30 %, mens de kvalitative kriterier skulle vægte med 70 %. Indklagedes evalueringsmodel er derfor konkret uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud og uforenelig med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2.

Indklagede har gjort gældende, at den valgte model konkret er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. At klageren de facto har budt en pris på ca. 15 mio. kr. for, hvad der ligger ud over facadearbejderne, gør ikke indklagede uberettiget til – til brug for tilbudsevalueringen – at skønne værdien af ændringsarbejder og funktionsaftale til 30 mio. kr.

At rammen på 180 mio. kr. således er fastsat ud fra indklagedes budget tillagt en skønnet rimelig værdi af ændringsarbejder og funktionsaftale er en logisk følge af det forhold, at prisen efter udbudsbrevet netop skulle vurderes på baggrund af den samlede tilbudssum (facadeentreprise + ændringsarbejder og funktionsaftale).

Hvis indklagede derimod havde valgt at fastsætte en ramme på 150 millioner kr., svarende til indklagedes budget på facadearbejderne alene, ville det-

te ikke have afspejlet en evaluering af den samlede tilbudssum, (der ud over facadeentreprisen inkluderede ændringsarbejder og funktionsaftale).

Indklagede har for så vidt angår modellen til den kvalitative vurdering gjort gældende, at tilbudsgiverne har haft mulighed for at opnå en højere karakter end karakteren 1 (acceptabel). Dette ville dog have krævet, at tilbudsgiverne havde prioriteret at tilbyde en kvalitet, der oversteg den kvalitet, som indklagede forventede. At underkriteriet »pris« konkret endte med at være udslagsgivende for tilbudsevalueringen, er en logisk følge af det forhold, at ingen af tilbudsgiverne for tre ud af fire kvalitetsmæssige delkriterier havde valgt at tilbyde ekstra kvalitetsmæssige elementer. Da tilbuddene kvalitativt er nogenlunde lige gode, er prisen konkret blevet det udslagsgivende parameter.

#### Påstand 8

Klageren har gjort gældende, at indklagedes evaluering af tilbuddene i forhold til underkriteriet »pris« er sket på baggrund af den samlede tilbudssum, og at den samlede tilbudssum samtidig har haft helt afgørende betydning for indklagedes evaluering af tilbuddene i forhold til delkriteriet »forslag til optimering og udvikling« til underkriteriet »teknisk og arkitektonisk kvalitet«.

Det fremgår eksempelvis af tilbudsvurderingen (skemaet) udarbejdet af indklagedes totalrådgiver C. F. Møller A/S, at indklagede har vurderet tilbuddenes samlede tilbudssum under underkriteriet »pris« samtidig med, at indklagede har vurderet den faktiske tilbudspris beregnet som den samlede tilbudssum fratrukket besparelspotentialet ved de fremsatte optimeringsforslag under delkriteriet »forslag til optimering og udvikling« til det kvalitative underkriterium »teknisk og arkitektonisk kvalitet«.

Samme egenskab ved et tilbud må kun vurderes i relation til et enkelt af underkriterierne. Indklagede har derfor ikke været berettiget til at lade den samlede tilbudssum indgå i vurderingen af såvel det økonomiske som det kvalitative underkriterium.

Indklagede har ikke – i forbindelse med sin evaluering af tilbuddene i forhold til det kvalitative underkriterium – begrænset sig til at evaluere bespa-

relsespotentialer isoleret set, men har netop vurderet besparelspotentialer set i forhold til den samlede tilbudssum.

Dette ses navnlig af, at indklagede har afvist et optimeringsforslag fra klageren med et besparelspotential på 61 mio. kr. som økonomisk uinteressant, mens indklagede har vurderet to optimeringsforslag fra Waagner Biro AG, som alene har et besparelspotential på henholdsvis 43 mio. kr. og 41 mio. kr. som økonomisk interessante.

Indklagede har gjort gældende, at den samlede tilbudssum i overensstemmelse med udbudsbrevet er blevet vurderet under underkriteriet »pris«, mens tilbudsgivernes optimerings- og udviklingsforslag (og dermed besparelspotentialer) i overensstemmelse med udbudsbrevet er blevet vurderet under det kvalitetsmæssige delkriterium »forslag til optimering og udvikling«. Indklagede har således alene evalueret den samlede tilbudssum under priskriteriet.

For at indklagede kunne tage et tilbud under evaluering, var det dog en forudsætning, at tilbudsgiveren tilbød en samlet tilbudssum, som sammenholdt med besparelspotentialer havde potentialer til at bringe den endelige pris nogenlunde i nærheden af indklagedes budgetramme. I modsat fald var indklagede nødsaget til at afvise det indkomne tilbud som uantageligt, hvilket netop var tilfældet med klagerens tilbud ved de foregående to udbud.

Det er i forlængelse heraf også irrelevant, at indklagede har taget optimeringsforslagene fra Waagner Biro AG i betragtning selvom besparelspotentialer heri isoleret set er mindre end klagerens. I modsætning til klagerens tilbud har besparelspotentialer i Waagner Biros optimeringsforslag nemlig – sammenholdt med den samlede tilbudssum – haft potentialer til at kunne bringe den endelige pris ned i nærheden af budgetrammen.

#### Påstand 9

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra Waagner Biro AG ikke opfylder to krav i udbudsgrundlaget: a) kravet om præfabrikation på fabrik under ordnede forhold, og b) kravet om at produktionen af døre og vinduer skal være DVC-godkendt.

*a) Kravet om, at de komplette facademoduler skal præfabrikeres på fabrik*

Klageren har gjort gældende, at kravspecifikationen opstiller et entydigt krav om, at de komplette facademoduler – defineret som glas-/alufacaderne med solafskærmninger og facadegesimser – skal være præfabrikeret på fabrik, hvorefter de kan monteres med kran i takt med råhusets opbygning. Kravet er gentaget og fremhævet i en lang række afsnit i kravspecifikationen.

Alle krav til udformning og udførelse, som er fastsat i kravspecifikationen, herunder kravet om præfabrikation af komplette facademoduler på fabrik, er grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, allerede fordi det følger af ordlyden og opbygningen af udbudsmaterialet, at afvigelser fra kravspecifikationen alene kan fremsættes og prissættes som forslag til optimering.

I anden række har klageren anført, at kravet om præfabrikation af komplette facademoduler på fabrik under alle omstændigheder konkret må betragtes som et grundlæggende element i udbudsmaterialet henset til, at kravet er gentaget mange gange i udbudsmaterialet som et centralt krav, der har betydning for udformningen af en lang række andre krav. Indklagede har understreget kravets betydning ved at fremhæve ordet ”komplette” med kursiv og tilføjet, at præfabrikationen på fabrik skal foregå under ”ordnede forhold”. Kravet kan ikke fraviges, uden at det fordrejer konkurrencen mellem tilbudsgiverne. Det er således væsentligt dyrere at transportere komplette facademoduler end at transportere enkeltelementer, der kan pakkes, så de fylder langt mindre, ligesom monteringen af komplette facademoduler stiller særlige krav til montageteknik og tekniske hjælpemidler, herunder specielle kranfaciliteter, adgangsforhold og stilladser.

At tilbudsgiverne ikke har været berettiget til at fravige kravet om præfabrikation af de komplette facademoduler på fabrik i forbindelse med afgivelsen af deres primære tilbud, understøttes af de to mødereferater fra den 9. og 15. august 2013, idet en løsning, der indebærer at facademodulerne skal samles på pladsen, i givet fald må henhøre under tilbudsgivernes beskrivelse af forslag til optimering og udvikling.

Det forhold, at udbudsmaterialet i øvrigt måtte give mulighed for at fremsætte et optimeringsforslag, der går ud på at samle facademodulerne på byggepladsen, ændrer ikke ved, at tilbudsgivernes primære tilbud fortsat skal opfylde kravene til udformning og udførelse i kravspecifikationen. Afgørende for en stillingtagen til denne del af påstanden er således alene, at

indklagede – på trods af drøftelserne på forhandlingsmøderne – ikke har udsendt et rettelsesblad, som ændrer kravspecifikationens krav om præfabrikation af komplette facademoduler på fabrik.

Tilbuddet fra Waagner Biro opfyldte ikke kravet om, at de komplette facademoduler skal præfabrikeres på fabrik, og indklagede var derfor forpligtet til at afvise tilbuddet fra Waagner Biro AG som ikke-konditionsmæssigt.

*b) Kravet om, at produktionen af døre og vinduer skal være DVC-godkendt*  
Klageren har gjort gældende, at det i kravspecifikation er bestemt, at produktionen af døre og vinduer skal være DVC-godkendt. Det følger af udbudsmaterialets ordlyd og opbygning, at samtlige krav til udformning og udførelse i kravspecifikationen, herunder kravet om DVC-godkendelse, må kvalificeres som grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Klageren har i anden række gjort gældende, at kravet om DVC-godkendelse også ud fra en konkret vurdering må kvalificeres som et grundlæggende element i udbudsmaterialet henset til, at kravet ikke kan fraviges, uden at dette fordrejer konkurrencen mellem tilbudsgiverne, idet det er både tids- og omkostningskrævende at opnå en DVC-godkendelse.

Tilbuddet fra Waagner Biro AG opfyldte ikke kravet om DVC-godkendelse, og indklagede var derfor forpligtet til at afvise tilbuddet fra Waagner Biro som ikke-konditionsmæssigt.

Indklagede har indledningsvist anført, at Waagner Biro AG ifølge sit tilbud samler de komplette facadeelementer på det dertil indrettede samleareal på byggepladsen, hvorefter de komplette facadeelementer monteres. Facadeelementerne monteres således fra byggepladsen i komplet form.

*a) Kravet om, at de komplette facademoduler skal præfabrikeres på fabrik*  
Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har været berettiget til at se bort fra Waagner Biro AG's tilbud, da det ikke var ukonditionsmæssigt. Arbejdsbeskrivelsen forudsætter således flere steder, at graden af præfabrikation ikke på forhånd er endeligt fastlagt for eksempel ved, at facadefinish afhænger af entreprenørens valgte præfabrikeringsmetode, og at facademontagen kan ske i flere processer. Det er derfor ikke i strid med arbejdsbeskrivelsen, at facadeelementerne ifølge Waagner Biro AG's tilbud samles på samlearealet på byggepladsen.

Det omtvistede spørgsmål om, hvorvidt graden af præfabrikation er fastlagt i udbudsbetingelserne, er dog under alle omstændigheder irrelevant, da tilbuddet fra Waagner Biro AG slet ikke afviger fra det, der er angivet i udbudsbetingelserne vedrørende præfabrikation af komplette facademoduler under ordnede forhold på fabrik.

Som det fremgår af erklæringerne fra medarbejdere hos C.F. Møller, er muligheden for at samle komponenterne på stedet blevet drøftet i en positiv tone på separate møder med begge tilbudsgivere. Dette understøttes også af det forhold, at der blev stillet et samleareal på 30x20 m til rådighed på byggepladsen, hvorved entreprenøren fik mulighed for at samle komponenterne, inden de komplette facademoduler blev monteret.

Indklagede har udsendt rettelsesblad A 1, uploadet den 13. august 2013, punkt 1, hvor der henvises til en byggepladsplan/ skitse, hvor netop samlearealet på 600 m<sup>2</sup> til »Entreprise 04« er tydeligt markeret. Tilbudsgiverne er således også efter forhandlingsmøderne blevet gjort opmærksomme på det samleareal på 600 m<sup>2</sup>, som blev stillet til entreprenørens rådighed til brug for samling af komponenter på byggepladsen.

Selvom tilbudsgiverne måtte vælge at gøre brug af det dertil indrettede samleareal, skulle dette dog stadig foregå under »ordnede forhold«, og indklagede har derfor lagt vægt på, at kvaliteten af Waagner Biro AG's komplette facadeelementer ikke er blevet forringet som følge af, at samlingen sker på samlearealet frem for på Waagner Biro AG's fabrik.

*b) Kravet om, at produktionen af døre og vinduer skal være DVC-godkendt*  
Indklagede har gjort gældende, at det ikke fremgår af tilbuddet fra Waagner Biro AG, at de pågældende produkter ikke er DVC-godkendte. Tilbuddet indeholder således ikke et forbehold heroverfor.

Indklagede har ikke krævet, at samtlige forhold dokumenteres i tilbuddet. Det kan derfor ikke komme Waagner Biro AG til skade, at tilbuddet ikke er vedlagt dokumentation for DVC-godkendelser.

Det fremgår således af fast klagenævnspraksis, at en ordregiver som udgangspunkt ikke er underlagt en undersøgelsespligt i forhold til de oplysninger, der fremgår af de indkomne tilbud. Der er ikke grundlag for at fra-

vige dette udgangspunkt, da der i tilbuddet fra Waagner Biro AG ikke er antydning af, at virksomheden ikke skulle være DVC-godkendt.

#### Påstand 10 (subsidiær til påstand 9)

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra Waagner Biro AG – som begrundet ovenfor ad påstand 9 – indeholder et forbehold over for det fastsatte krav om præfabrikation på fabrik under ordnede forhold og et forbehold over for det fastsatte krav om, at produktionen af vinduer og døre skal være DVC-godkendt.

Såfremt indklagede måtte være berettiget til at acceptere tilbuddet fra Waagner Biro AG på trods af disse forbehold, skulle indklagede have foretaget en prissætning af forbeholdene i forbindelse med sin evaluering af tilbuddet i forhold til underkriteriet »pris«.

Indklagede har gjort gældende, at da Waagner Biro AG ikke som angivet under påstand 9 har taget forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, skal påstanden ikke tages til følge.

#### Ad påstand 11

Klageren har gjort gældende, at Waagner Biro AG's optimeringsforslag fraviger kravspecifikationen i det omfang, de indebærer en anvendelse af organiske materialer i facadeelementerne og/eller en reduktion af højden på de monoplane skodder, som betyder, at »klappen« på de monoplane skodder ikke går helt op til gesimsen.

Kravspecifikation rummer således i afsnit 4.7 »Projektering« under afsnit 04.1.80 »Optimering og Udvikling« ikke mulighed for at fremsætte optimeringsforslag, der indebærer en anvendelse af organiske materialer i facadeelementerne. Endelig rummer afsnit 4.7 »Projektering« i afsnit 04.1.80 »Optimering og Udvikling« heller ikke mulighed for at fremsætte optimeringsforslag, der indebærer, at »klappen« på de monoplane skodder ikke går helt op til gesimsen.

Indklagede har derfor ikke i forbindelse med sin evaluering af tilbuddet fra Waagner Biro AG i forhold til det kvalitative delkriterium »forslag til optimering og udvikling« været berettiget til at lægge positiv vægt på de opti-

meringsforslag fra Waagner Biro AG, som indebærer en anvendelse af organiske materialer i facadeelementerne, og/eller at »klappen« på de monoplane skodder ikke går helt op til gesimsen.

Indklagede har gjort gældende, at delkriteriet vedrørende »optimering og udvikling« er opbygget således, at tilbudsgiverne i deres optimerings- og udviklingsforslag kan fravige udbudsmaterialet. Et tilbud er således ikke ukonditionsmæssigt, fordi et optimeringsforslag fraviger f.eks. arbejdsbeskrivelsen - i givet fald ville begge tilbud have været ukonditionsmæssige.

Indklagede har ikke opstillet »mindstekrav«, som tilbudsgiverne ikke måtte fravige i deres optimeringsforslag. En negativ arkitektonisk indvirkning ville derimod trække ned i evalueringen af optimeringsforslaget.

Det fremgår af udbudsmaterialet vedrørende højden på de monoplane skodder, at skodderne skal gå helt op til gesimsen. Indklagede bestrider klagerens konklusion – nemlig at optimeringsforslag, hvor »klappen« ikke går helt op til gesimsen, gør tilbuddet ukonditionsmæssigt. Derimod ville indklagede vægte sådanne optimeringsforslag negativt set med »arkitektoniske briller«. Den ændring af arkitekturen, som Waagner Biro AG's optimeringsforslag indebar, har da også trukket ned i evalueringen af Waagner Biro AG's optimeringsforslag, som er blevet vurderet mindre gode end klagerens forslag.

Heller ikke anvendelsen af organiske materialer i tobleronerne strider mod noget »mindstekrav« med den konsekvens, at optimeringsforslag ikke har kunnet inddrage dette forhold.

#### Ad påstand 12 (subsidiær til påstand 3)

Klageren har gjort gældende, at indklagedes overtrædelser af udbudsdirektivet hver især er alvorlige og har haft en væsentlig indvirkning på klagerens mulighed for at få tildelt den udbudte kontrakt.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har tilsidesat sine udbudsretlige forpligtelser, hvorfor klagers påstand om annullation ikke skal tages til følge.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Indklagede var berettiget til at overgå til udbud med forhandling efter det begrænsede udbud, såfremt betingelserne i udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, var opfyldt.

Indklagede havde under det begrænsede udbud modtaget tilbud fra klageren og fra Waagner Biro AG.

Klagerens og Waagner Biro AG's tilbud lød på henholdsvis ca. 274 mio. kr. og 209 mio. kr. Tilbuddene lå dermed begge i et helt andet lag end det budget på 150 mio. kr., som er anført vedrørende facadeentreprisen under »Særlige udbudsbetingelser«.

At de afgivne tilbud ligger over ordregiverens budget medfører ikke i sig selv, at tilbuddene kan anses for at være »ikke forskriftsmæssige« eller »uantagelige efter nationale forskrifter« med den følge, at ordregiveren kan overgå til udbud med forhandling i medfør af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a.

Dersom budgettet er forud fastsat og tilkendegivet som bindende over for tilbudsgiverne i forbindelse med udbudsbetingelserne, vil overskridelse af budgetrammen dog kunne medføre, at tilbuddene er »ikke forskriftsmæssige«. I praksis kendes en sådan fremgangsmåde fx fra den såkaldte »omvendte licitation«. I det nye udbudsdirektiv nævnes i lighed hermed som eksempel på »uacceptable« tilbud »tilbud, hvis pris overstiger den ordregivende myndigheds budget som fastsat og dokumenteret forud for iværksættelsen af udbudsproceduren«.

Det budget på 150 mio. kr., som indklagede har oplyst under »Særlige udbudsbetingelser«, har imidlertid ikke haft en sådan karakter, at overskridelse kunne medføre, at tilbuddene var »ikke forskriftsmæssige«, hvorefter indklagede ville kunne overgå til udbud med forhandling i medfør af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a. Det følger allerede af, at indklagede under det nu gennemførte udbud med forhandling antog begge tilbud, henholdsvis klagerens på ca. 251 mio. kr. og Waagner Biro AG's på ca. 204 mio. kr., og af, at indklagede tilrettelagde prisevalueringen således, at den

omfattede et spænd fra 180 mio. kr. til 270 mio. kr. Klagenævnet har lagt vægt på, at det har beroet på et skøn, hvorom intet nærmere er oplyst, hvorvidt tilbuddene, der begge efter fradrag af forslag til optimering oversteg 150 mio. kr., havde »potentiale« til at kunne reduceres til de anførte 150 mio. kr., og at den kontrakt, som sluttelig blev indgået med Waagner Biro AG, overskred beløbet med 18 mio. kr. Tilbudsgiverne har således ikke konkurreret om, hvem der kunne levere den bedste kvalitet inden for en budgetramme på 150 mio. kr., som ikke måtte overskrides.

Tilbuddet fra Waagner Biro AG under det begrænsede udbud (og det første udbud med forhandling) var efter det oplyste ukonditionsmæssigt på grund af uoverensstemmelse med AB 92 og dermed »ikke forskriftsmæssigt«.

Efter det, der er anført ovenfor, var tilbuddet fra klageren imidlertid hverken »ikke forskriftsmæssigt« eller »uantageligt efter nationale forskrifter«.

Indklagede har derfor handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28, jf. artikel 30, stk. 1, litra a, ved at overgå til udbud med forhandling efter det begrænsede udbud.

Påstanden tages til følge.

### Ad påstand 3

Indklagede har indgået kontrakt med Waagner Biro AG uden forudgående udbudsbekendtgørelse, men har som anført ad påstand 1 ikke været berettiget hertil i medfør af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, 2. led. Kontrakten skal derfor erklæres for uden virkning, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 17, stk. 1, nr. 1, medmindre indklagede har fulgt den fremgangsmåde, der er fastsat i lovens § 4.

Indklagede har den 25. oktober og den 2. december 2013 indrykket bekendtgørelser med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed i overensstemmelse med artikel 2d, stk. 4, i direktiv 2007/66/EF og har overholdt fristerne for kontraktindgåelse. Kontrakten kan derfor ikke erklæres for uden virkning.

Det ændrer ikke herved, at klageren allerede havde indgivet klage til klagenævnet, da indklagede indrykkede bekendtgørelserne, jf. herved klagenævnets kendelse af 5. december 2011, Konica Minolta, ad påstand 8.

Påstanden tages ikke til følge.

#### Ad påstand 12(subsidiær til påstand 3)

Som følge af det, der er anført ad påstand 1, tages påstanden til følge.

Klagenævnet kan afgøre en sag helt eller delvist. Klagenævnet træffer herefter ikke afgørelse vedrørende påstand 2 og påstand 4-11, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 10, stk. 2.

#### Herefter bestemmes:

##### Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28 ved at tildele en kontrakt om projektering og udførelse af facaden på Mærsk Bygningen til Waagner Biro AG ved udbud med forhandling i henhold til udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, uden at betingelserne for anvendelse af denne procedure var opfyldt.

Indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Waagner Biro AG annulleres.

Indklagede, Bygningsstyrelsen, skal i sagsomkostninger til klageren, HSHansen A/S, betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 3.

Klagenævnet træffer ikke afgørelse vedrørende påstand 2 og påstand 4-11.

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl  
fuldmægtig