

K E N D E L S E

TEAM OPP
v/DEAS A/S
(advokat Torkil Høg, København)

mod

Region Midtjylland
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 011-013892 af 11. januar 2013 udbød Region Midtjylland (indklagede) efter reglerne om konkurrencepræget dialog efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en opgave om »Offentlig Privat Partnerskab om etableringen af Nyt psykiatrisk center i Skejby«. Værdien af opgaven er af parterne vurderet til ca. 2,2 mia. kr.

Efter en dialogfase modtog indklagede to rettidige tilbud fra henholdsvis TEAM KPC og TEAM OPP.

Ved e-mail af 11. april 2014 meddelte indklagede TEAM OPP, at indklagede have besluttet at tildele kontrakten til TEAM KPC.

Klagenævnet har den 1. juli 2014 modtaget en klage fra TEAM OPP v/DEAS A/S (klageren) over udbuddet.

Klageren har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Indklagede har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnets formand har i medfør af håndhævelseslovens § 10, stk. 4, besluttet, at sagen skal behandles af to formænd og to sagkyndige. Spørgsmålet om opsættende virkning behandles af de to formænd, jf. håndhævelseslovens § 10, stk. 6.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 8, svarskrift med bilag A – R og replik af 23. juli 2014 med bilag 9 samt duplik af 25. juli 2014.

Klagens indhold:

Replikken indeholder, ud over påstanden om at klagen tillægges opsættende virkning, følgende tilrettede påstande:

»Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke at have evalueret de indkomne tilbud efter underkriteriet »Pris – nutidsværdien af de samlede betalinger over OPP-kontraktens løbetid« i overensstemmelse med det anførte i udbudsbetingelserne, som ændret ved besvarelsen af spørgsmål 5 i rettelsesblad nr. 6 af 20. marts 2014.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivet artikel 2 ved at tildele kontrakten til [TEAM KPC, dvs.] KPC Herning A/S i konsortium med Pensionskassernes Administration [A/S] (PKA) og Lærernes Pension Ejendoms[aktie]selskab (Lærernes Pension), uagtet at denne tilbudsgiver ikke har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 25. juni 2014 om at tildele kontrakten til [TEAM KPC, dvs.] KPC Herning A/S i konsortium med Pensionskassernes Administration [A/S] (PKA) og Lærernes Pension Ejendoms[aktie]selskab (Lærernes Pension)«

Indklagede har påstået, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Den udbudte OPP-kontrakt omfatter projektering, opførelse og delvis finansiering af et nyt psykiatrisk center samt drift, vedligeholdelse og levering af serviceydelser i en 30-årig kontraktperiode.

Som en del af projektet udbød indklagede en salgsaftale vedrørende indklagedes ejendom i Risskov ved Århus (AUH, Risskov). Indklagede har angivet, at dette udbud skete efter reglerne i bekendtgørelse nr. 799 af 24. juni 2011 om offentligt udbud af kommunens henholdsvis regionens salg af faste ejendomme.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud med underkriterierne »Pris – nutidsværdien af de samlede betalinger over OPP-kontraktens løbetid« – vægt 40 %, »Kvaliteten af det tilbudte løsningsforslag« – vægt 35 %, »Organisering og samarbejde« – vægt 15 % og »Tilbuddets finansielle robusthed« – vægt 10 %.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår særligt vedrørende AUH, Risskov:

»II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene
...Baggrunden for DNU-projektet er, at samle alle driftsenheder under Aarhus Universitetshospital under en fælles bygningsmæssig og funktionel enhed. Projektet Psykiatrien i DNU udbydes som et OPP-projekt indeholdende overtagelse af ejendommene i Risskov og opførelse af et nyt psykiatrisk center med voksen-, børne- og ungdomspsykiatrisk samt retspsykiatrisk afdeling ved DNU. ...

Region Midtjylland forventer, at OPP-leverandøren skal have ansvar for design, projektering, udførelse, drift og vedligehold af bygningerne til- ligemed eventuelle øvrige serviceydelser (kun non-kliniske) samt delvis finansiering, idet købesummen for overtagelse af ejendommene i Risskov indgår. ...

...

Der henvises til Prækvalifikationsbeskrivelsen. ...«

Af »Prækvalifikationsbeskrivelsen« fremgår herom:

»1. Indledning

...

Som en del af OPP-opgaven udbyder Region Midtjylland salget af ejendommen AUH, Risskov. Værdien af AUH, Risskov ejendommen vil således indgå som en del af Region Midtjyllands betaling (forudbetaling) til OPP-leverandøren.

OPP-leverandøren vil derfor ikke skulle betale en kontant købesum for AUH, Risskov ejendommen. Region Midtjylland forventer, at OPP-leverandøren vil kunne overtage dele af AUH, Risskov ejendommen, inden ejendommen endelig fraflyttes i forbindelse med ibrugtagning af det nye Psykiatriske Center i DNU ved årsskiftet 2018/19.

...

4. Den eksisterende ejendom AUH, Risskov

...

AUH, Risskov ejendommen udbydes på vilkår, således at den vindende tilbudsgiver kan påregne en ændret fremtidig anvendelse, primært som boliger.

Den vindende tilbudsgiver vil efterfølgende skulle tilvejebringe det fremtidige plangrundlag i et samarbejde med Aarhus Kommune. Tilbudsgiver vil således skulle udarbejde en masterplan, som skal danne grundlag for et kommuneplantillæg og efterfølgende ny lokalplan - bortset fra de dele af ejendommen, som i dag i henhold til gældende lokalplan kan anvendes til boligformål.

...

5. Udbudsprocessen – konkurrencepræget dialog.

...

Som følge af den udbudte opgaves kompleksitet, herunder de finansielle og juridiske forhold, har Region Midtjylland valgt at gennemføre udbuddet efter reglerne om konkurrencepræget dialog.

...

For så vidt angår AUH, Risskov ejendommen forudsættes dialogfasen primært anvendt til afklaring af spørgsmål om fremtidig anvendelse på baggrund af tilbudsgivers konkrete forslag hertil. Endvidere ønsker Region Midtjylland at drøfte vilkår for en mulig etapevis overtagelse af AUH, Risskov ejendommen.

...

Købesummen for AUH, Risskov ejendommen forudsættes, som anført indledningsvis, at udgøre en forudbetaling af den enhedsbetaling, som Region Midtjylland skal erlægge til OPP-leverandøren efter ibrugtagning af det nye Psykiatriske Center i DNU. Region Midtjyllands sikkerhed for OPP-leverandørens opfyldelse af OPP-kontrakten i forhold til en etapevis overdragelse af AUH, Risskov ejendommen, vil ligeledes være et forhold, der vil blive gjort til genstand for drøftelse i dialogfasen.«

Indklagede besluttede at prækvalificere følgende 3 selskaber/konsortier med henblik på deltagelse i den konkurrenceprægede dialog:

KPC Herning A/S i konsortium med

- Pensionskassernes Administration (PKA)

- Lærernes Pension Ejendomsselskab (Lærernes Pension)

Med følgende underrådgivere:

- Arkitema K/S
- Grontmij A/S

TEAM OPP (klageren), som var:

MT Højgaard A/S i konsortium med

- DEAS A/S
- Sampension KP
- PensionDanmark Pensionsforsikringsaktieselskab

Med følgende underrådgivere:

- aarhus arkitekterne a/s
- Niras A/S
- Kemp & Lauritzen A/S
- Bricks A/S
- SLA Landskabsarkitekter A/S
- Arkitektfirmaet Schmidt Hammer Lassen A/S

Sjælsø Danmark A/S

Med følgende underrådgivere:

- AART architects A/S
- ISS Facility Services A/S
- COWI A/S

Sjælsø Danmark A/S er efterfølgende gået konkurs og afgav derfor ikke tilbud.

Der blev efter prækvalifikationen iværksat en dialogfase på grundlag af et »Beskrivende dokument« af 18. april 2013. Af det »Beskrivende dokument« fremgår bl.a.

»1.1. Introduktion

...

Som led i dialogfasen og på baggrund af Dialogdeltagernes input udarbejdes et endeligt udbudsmateriale, som beskriver opgavens endelige omfang og Region Midtjyllands krav. Det endelige udbudsmateriale vil blive udsendt efter afslutning af dialogfasen og danner efterfølgende grundlag for tilbudsafgivelsen.

...

3.2. Opgavens omfang.

...

3.2.3. Ejendommen, AUH, Risskov

I OPP-kontrakten indgår overtagelse af alle ejendommene i Risskov ejet af Region Midtjylland. Ejendommene sælges samlet og i henhold til bekendtgørelse nr. 799 af 24. juni 2011 om offentligt udbud af kommunens henholdsvis regionens salg af faste ejendomme.

Der skal ikke betales en kontant købesum for AUH Risskov ejendommen, idet købesummen indgår som delvis forudbetaling for levering af ydelser i henhold til OPP-kontrakten.

...

4. Rammebetingelser for nyt psykiatrisk center ved DNU

...

4.10 Den skatte- og momsmæssige behandling

Region Midtjylland vil indhente bindende svar fra SKAT om de skatte- og momsmæssige konsekvenser af projektet.

...

6. Rammebetingelser for overtagelse af AUH, Risskov

...

6.2. Fastsættelse af købesummen for AUH, Risskov ejendommen

Værdien af AUH, Risskov [Drøftes i dialogfasen]

6.2.1. Basisværdi, optionspræmie og budværdi for AUH, Risskov

Indeholdt i tilbuddets pris er værdifastsættelsen af AUH, Risskov.

I dialogfasen forventer Region Midtjylland, at der for så vidt angår den fremtidige anvendelse af AUH, Risskov ejendommen vil kunne fastlægges en minimumsbebyggelsesmulighed baseret på en anvendelse primært til boligformål. Minimumsbebyggelsesmuligheden skal lægges til grund ved afgivelse af tilbud.

Tilbudsgiver skal derfor forventeligt, som del af sit tilbud, angive en basisværdi for AUH, Risskov.

...

Hvis Tilbudsgiver efter dialogfasen vurderer, at Tilbudsgiver ved den fremtidige udnyttelse af AUH, Risskov ejendommen vil kunne opnå en højere bebyggelsesmulighed (yderligere antal etagemeter bygget) end forudsat ved den af Region Midtjylland fastlagte minimumsbebyggelsesmulighed, skal Tilbudsgiver i tilbuddet oplyse den forventede yderligere bebyggelsesmulighed, som Tilbudsgiver forventer at kunne opføre på AUH, Risskov ejendommen.

Værdifastsættelsen af den yderligere bebyggelsesmulighed kommer til udtryk som en merværdi, som Tilbudsgiver i Tilbudsmodellen angiver

som en købesum pr. etageret byggeret for det yderligere antal etageret, som Tilbudsgiver vurderer at ville kunne opnå tilladelse til udover minimumsbebyggelsesmuligheden.

...

Region Midtjylland er samtidig opmærksom på, at der knytter sig en vis usikkerhed til de etageret, som overstiger den i udbudsmaterialet fastlagte minimumbebyggelsesmulighed. Tilbudsgiver skal derfor anføre med hvilken sandsynlighed Tilbudsgiver mener at kunne realisere den yderligere bebyggelsesmulighed med.

...

Den samlede værdi for AUH, Risskov som indgår som forudbetaling for ydelser på OPP-kontrakten udgøres dermed af basisværdien tillagt optionspræmien, samlet kaldet budværdien AUH, Risskov.

...

10. Tildeling/Tilbudsevaluering.

...

10.2 Tildelingskriterium og tilhørende underkriterier

...

10.2.1. Pris

I relation til dette underkriterium skal der konkurreres på nutidsværdien af Region Midtjyllands samlede betalinger over kontraktens løbetid, hvilket vil sige nutidsværdien af Driftsbetalingerne i driftsfasen.

Driftsbetalingen er resultatet af en række priskomponenter, herunder bl.a.

- Anlægsomkostninger for nyt Psykiatrisk Center i DNU
- Driftsomkostningerne i kontraktperioden
- Finansieringsomkostningerne i kontraktperioden
- Værdien af ejendommene i Risskov (forudbetaling)

...«

Dialogmaterialet indeholdt desuden et kontraktudkast af 18. april 2013 hvoraf bl.a. fremgår:

»1. Aftalens baggrund, formål, vilkår, ydelser m.v.

1.1 Baggrund

...

1.1.3 Etablering af Psykiatrisk Center i DNU er afhængig af, at Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen), hvorfra der pt. drives psykiatrisk hospital, indgår som en del af finansieringen.

1.1.4 Region Midtjylland har på baggrund heraf gennemført et samlet udbud af Psykiatrisk Center i DNU som et OPP-projekt og overtagelse af Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen). OPP-leverandøren har afgivet det økono-

misk mest fordelagtige tilbud og har derfor fået tildelt opgaven, som også omfatter overtagelse af AUH Risskov ejendommen.

- 1.1.5 Købesummen for Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen) indgår i denne Aftale som en del af Region Midtjyllands betaling til OPP-leverandøren (forudbetaling) for tilrådighedsstillelse af Psykiatrisk Center i DNU. Der er samtidig med Aftalen indgået en salgsaftale vedrørende overdragelsen af Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen) til OPP-leverandøren (Bilag 11), hvori de nærmere vilkår for denne overdragelse er fastlagt.

...

7.3 Overordnet princip for betaling

...

7.3.3 Vederlaget for OPP-leverandørens ydelser efter Aftalen omfatter:

- a) Forudbetaling ved overdragelse af adkomst til AUH Risskov ejendommen ...
- b) Enhedsbetalingen, som består af:
 - I. Basisbetalingen, der dækker betaling for tilrådighedsstillelse af Psykiatrisk Center i DNU, herunder forrentning af Anlægssummen og evt. afskrivninger på Psykiatrisk Center i DNU frem til Ophørsdagen ...
 - II. Vedligeholdelsesbetalingen, der dækker betaling for OPP-leverandørens vedligeholdelse af Psykiatrisk Center i DNU iht. de Funktionsbaserede krav (bilag 1), ...«

Tilsvarende fremgår det af dialogmaterialets udkast til »Salgsaftale«, at »Køber skal overtage AUH, Risskov ejendommen som delvis forudbetaling for levering af ydelser i henhold til OPP-kontrakten. Der skal derfor ikke betales en kontant købesum for AUH, Risskov ejendommen.«

Efter udsendelse af dialogmaterialet blev der afholdt en række møder mellem indklagede og de prækvalificerede konsortier.

Af indklagedes referat af det indledende dialogmøde, der blev afholdt den 25. april 2013, fremgår bl.a.:

»4. Gennemgang af dialogmaterialet

...

Vedr. værdifastsættelse af AUH, Risskov. Det blev præciseret, at tilbudsgivers værdifastsættelse af Risskov ikke kan betragtes som en "fribillet". Region Midtjylland påregner i udbudsmaterialet at fastlægge en minimumsbebyggelsesmulighed, som er grundlag for værdifastsættelsen af AUH Risskov ejendommen i tilbuddet. Herudover kan konsortierne selv fastsætte sandsynligheden for en yderligere bebyggelsesmulighed, som sammen med værdifastsættelsen af minimumsbebyggelsesmuligheden indgår ved vurderingen af underkriteriet "Pris".«

Under dialogmøderne blev det forhold, at »OPP-kontrakten« og »Salgsaftalen« blev forudsat indgået med den samme juridiske person, indgående drøftet. Af referatet fra første dialogmøde mellem indklagede og klageren den 12. juni 2013 fremgår bl.a.:

»...

I dialog- og tilbudsfasen indgår følgende i forhold til nyt Psykiatrisk Center:

MT Højgaard A/S, aarhus arkitekterne A/S, Kemp & Lauritzen A/S, Deas og Niras

I forhold til køb af AUH Risskov vil køber være Bricks A/S med rådgiver Schmidt Hammer og Lassen Architects.

...

Spørgsmål fra Torben Brøgger (TB):

Står Bricks A/S udelukkende for projektudvikling i forhold til AUH, Risskov?

Svar fra LOL:

Bricks A/S overtager AUH Risskov grunden og indgår ikke i TEAM OPP.

...

TEAM OPP mener, at der er behov for, at OPP-kontrakten og salgsaftalen bliver adskilt. RM ønsker, at der er sammenhæng mellem de to kontrakter i hvert fald indtil der er sket opførelse af nyt Psykiatrisk Center og fraflytning af AUH Risskov.«

På grundlag af drøftelserne valgte indklagede at acceptere, at tilbud kunne afgives på en sådan måde, at »OPP-kontrakten« og »Salgsaftalen« forudsattes indgået med to forskellige juridiske personer indenfor samme konsortium.

Et andet væsentligt forhold, der blev drøftet i dialogfasen, var plangrundlaget for ejendommen i Risskov, idet det eksisterende plangrundlag kun tillod

anvendelse som psykiatrisk hospital. Anden anvendelse forudsatte en ændring af plangrundlaget. Som følge heraf deltog medarbejdere fra Aarhus Kommunes planafdeling i dialogmøderne.

Endelig var den skattemæssige behandling af aftalerne genstand for drøftelse. I overensstemmelse med punkt 4.10 i det »Beskrivende dokument« rettede indklagede den 2. maj 2013 henvendelse til Skatterådet med henblik på afklaring af de skatte- og momsmæssige forhold.

Af beskrivelsen af de faktiske forhold i Skatterådets afgørelse fremgår bl.a.:

»I sammenhæng med projektet udbyder Regionen salget af den gamle hospitalsgrund i Risskov (AUH Risskov), med tilhørende bygninger. I tillæg til OPP-kontrakten indgås der salgsaftale vedrørende AUH Risskov ejendommen, hvor det er en forudsætning, at OPP-leverandøren og køber af AUH Risskov ejendommen ikke vil være samme juridiske person. Købesummen for AUH Risskov ejendommen indgår som et konkurrenceelement, hvor hvert OPP-konsortium ved den selvstændige juridiske enhed byder ind med en købesum for AUH Risskov. Denne købesum indgår i beregningen af OPP-projektets pris i tildelingskriterierne.«

Efter afslutningen af dialogfasen udsendte indklagede udbudsbetingelser af 9. december 2013 til tilbudsgiverne. Det fremgår heraf bl.a.:

»2.3.2 Salgsaftale vedrørende AUH Risskov ejendommen

Køber af AUH Risskov ejendommen forventes at være én eller flere konsortiedeltagere.

...

3.2.3. AUH Risskov Ejendommen

Samtidig med indgåelse af OPP-kontrakten indgår Region Midtjylland salgsaftale vedrørende Region Midtjyllands ejendomme i Risskov. ...

En del af købesummen for Region Midtjyllands ejendom i Risskov (AUH Risskov ejendommen) anvendes af Region Midtjylland som forudbetaling til OPP-leverandøren for tilrådighedsstillelse af Psykiatrisk Center i DNU på de vilkår, der fremgår af OPP-kontrakten.

...

6. Tilbuddets indhold og omfang

...

6.2. Tilbuddets beskrivelse

For at give et ensartet overblik over de indkomne tilbud bedes Tilbudsgiverne strukturere deres tilbud i overensstemmelse med nedenstående disposition:

...

2. Pris

- a. Udfyldt tilbudsark
- b. AUH, Risskov

...

6.2.2. Ad 2. Pris

- a. Tilbudsgiveren skal udfylde Tilbudsarket og vedlægge en tilbudsmodel. I Tilbudsarket udregnes prisen for buddet som nutidsværdien af Region Midtjyllands samlede betalinger i kontraktens løbetid.

Tilbudsgiver skal i sit tilbud anføre prisen og kommentere denne.

b. Ad AUH, Risskov

Indeholdt i tilbuddets pris er den tilbudte købesum for AUH, Risskov ejendommen.

7. Tildeling/tilbudsevaluering

...

7.2.1. Pris

I relation til dette underkriterium skal der konkurreres på nutidsværdien af Region Midtjyllands samlede betalinger over kontraktens løbetid, hvilket vil sige nutidsværdien af Driftsbetalingerne i driftsfasen.

Driftsbetalingen er resultatet af en række priskomponenter, herunder bl.a.

- Anlægsomkostninger for nyt Psykiatrisk Center i DNU
- Driftsomkostningerne i kontraktperioden
- Finansieringsomkostningerne i kontraktperioden
- Værdien af ejendommene i Risskov«

Af udbudsmaterialets kontraktudkast af 9. december 2013 fremgår bl.a.:

»1. Aftalens baggrund, formål, vilkår, ydelser m.v.

1.1 Baggrund

...

1.1.3 Etablering af Psykiatrisk Center i DNU er afhængig af, at Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen), hvorfra der pt. drives psykiatrisk hospital, indgår som en del af finansieringen.

1.1.4 Region Midtjylland har på baggrund heraf gennemført et samlet udbud af Psykiatrisk Center i DNU som et OPP-projekt og overtagelse af Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov).

skov ejendommen). OPP-leverandøren har sammen med Køber af AUH Risskov Ejendommen afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud og har derfor fået tildelt opgaven.

- 1.1.5 En del af købesummen for Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen) indgår i denne Aftale som en del af Region Midtjyllands betaling til OPP-leverandøren (forudbetaling) for tilrådighedsstillelse af Psykiatrisk Center i DNU. Der er samtidig med Aftalen indgået en salgsaftale vedrørende overdragelsen af Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen) til Køber af AUH Risskov Ejendommen (Bilag 12), hvori de nærmere vilkår for denne overdragelse er fastlagt.

...

7.3 Overordnet princip for betaling

...

7.3.3 Vederlaget for OPP-leverandørens ydelser efter Aftalen omfatter:

- a) Region Midtjyllands forudbetaling af et beløb svarende til 47 % af Anlægssummen (dog maksimalt købesummen for AUH Risskov ejendommen). Forudbetalingen tillægges ikke moms og betales af Region Midtjylland senest 30 kalenderdage efter Ibrugtagningstidspunktet.
- b) Enhedsbetalingen, som består af:
 - I. Basisbetalingen, der dækker betaling for tilrådighedsstillelse af Psykiatrisk Center i DNU, herunder forrentning af Anlægssummen og evt. afskrivninger på Psykiatrisk Center i DNU frem til Ophørsdagen samt af ændringsarbejder, der ikke betales kontant. Basisbetalingen reguleres, jf. Indhold og beskrivelse af betalingsmekanismen (Bilag 2). Basisbetalingen tillægges ikke moms.
 - II. Driftsbetalingen, der dækker betaling for OPP-leverandørens drift og vedligeholdelse af Psykiatrisk Center i DNU samt levering af serviceydelser iht. de Funktionsbaserede krav (Bilag 1), Den tilbudte driftsløsning (Bilag 8) samt Aftalen i øvrigt. Driftsbetalingen reguleres, jf. Indhold og beskrivelse af betalingsmekanismen (Bilag 2). Driftsbetalingen tillægges moms

- c. Overtagelsessummen, som svarer til 53 % af Anlægssummen, jf. punkt 11.2.4. Overtagelsessummen tillægges ikke moms.«

Den 20. januar 2014 rettede Pensionskassernes Administration A/S henvendelse til Finanstilsynet for at sikre, at indgåelse af en aftale på de skitserede vilkår ikke ville være i strid med pensionsselskabernes forpligtelser i henhold til lov om finansiel virksomhed.

Af brevet, som blev sendt i kopi til repræsentanter for TEAM OPP, fremgår bl.a.:

»I tillæg til OPP-projektet udbyder Regionen salget af den gamle hospitalsgrund i Risskov med tilhørende bygninger. Købesummen indgår i beregningen af OPP-projektets pris/totaløkonomi ved overvejelserne om tildeling.«

Blandt andet på grundlag af et spørgsmål 5 fra KPC Herning A/S udsendte indklagede ved den af indklagede benyttede rådgivergruppe DNU I/S (Arkitektfirmaet C.F. Møller A/S, Cubo Arkitekter A/S, Søren Jensen Rådgivende Ingeniørfirma, Rambøll Danmark A/S og Alectia A/S) et rettelsesblad nr. 6 af 20. marts 2014, hvoraf bl.a. fremgår:

»Spørgsmål 5:

Tildelingskriteriet "Pris"

Jf. Udbudsbetingelser stk. 7.2.1 "skal der konkurreres på nutidsværdien af Region Midtjyllands samlede betalinger over kontraktens løbetid, hvilket vil sige nutidsværdien af Driftsbetalingerne i driftsfasen." Jf. Bilag 9 - Tilbudsark celle D223 beregnes Nutidsværdi af enhedsbetalinger som nutidsværdien af summen af Driftsbetalingen, Basisbetalingen, Forudbetalingen og Overtagelsessummen fratrasket Overskydende købesum efter forudbetaling. Det bedes for god ordens skyld bekræftes, at i relation til tildelingskriteriet "Pris" konkurreres der på nutidsværdien af alle de nævnte betalinger jf. opgørelsen i Tilbudsarket og ikke blot Driftsbetalingerne som det fremgår af Udbudsbetingelserne stk. 7.2.1.

Svar 5:

Formuleringen i Udbudsbetingelser stk. 7.2.1 udgår og erstattes af følgende:

7.2.1. Pris

I relation til dette underkriterium skal der konkurreres på nutidsværdien af Region Midtjyllands samlede betalinger over kontraktens løbetid.

Region Midtjyllands samlede betalinger udgør summen af.

- Driftsbetalingerne
- Basisbetalingerne
- Overtagelsessummen
- Forudbetalingen
- Overskydende købesum efter forudbetaling (betaling fra OPP-leverandøren til Region Midtjylland)

Nutidsværdien er opgjort i D223 i Tilbudsarket.«

Der er enighed om, at rubrik D223 i tilbudsarket ikke direkte tager hensyn til størrelsen af købesummen for AUH, Risskov. Købesummen som sådan fradrages således ikke ved opgørelsen af »Nutidsværdi af enhedsbetalinger« i Tilbudsarket. Købesummen indgår derimod som et element i beregningen af finansieringsomkostningerne (af indklagede betegnet »brutto-model«).

Indklagede modtog herefter tilbud fra to af de prækvalificerede konsortier:

TEAM KPC et konsortium bestående af:

- Pensionskassernes Administration A/S
- Lærernes Pension Ejendomsaktieselskab
- KPC Herning A/S

Med følgende underrådgivere:

- Arkitema K/S
 - Grontmij A/S
- og med følgende driftsoperatør og underleverandør:
- Per Aarsleff A/S
 - Wicotec Kirkebjerg A/S

TEAM OPP et konsortium bestående af:

- DEAS A/S
- A. Enggaard A/S
- Sampension KP
- PensionDanmark Pensionsforsikringsaktieselskab
- Bricks A/S

Med følgende underrådgivere:

- Aarhusarkitekterne a/s
- Niras A/S
- Kemp & Lauritzen A/S
- SLA Landskabsarkitekter A/S
- Arkitektfirmaet Schmidt Hammer Lassen A/S

Bricks A/S indgik i TEAM OPP-konsortiet som køber af AUH Risskov ejendommen. Arkitektfirmaet Schmidt Hammer og Lassen A/S var under-rådgiver for Bricks A/S i relation til ejendomskøbet og ville således ikke indgå i underrådgiverteamet for OPP-leverandøren (DEAS A/S, A. Enggaard A/S, Sampension KP og PensionDanmark Pensionsforsikringsaktieselskab).

Det er over for klagenævnet oplyst, at MT Højgaard A/S i udbudsfasen blev erstattet af A. Enggaard A/S. I udbudsbetingelserne af 9. december 2013 er det angivet, at indklagede på det tidspunkt behandlede en ansøgning om denne udskiftning. Baggrunden herfor og begrundelsen for, at indklagede har tilladt denne ændring, er ikke oplyst.

Tilbudsgiverne, herunder klageren, modtog den 11. april 2014 et orienteringsbrev fra indklagede. Det fremgår heraf, at indklagede havde modtaget to tilbud, der begge var konditionsmæssige og uden forbehold. Det fremgår videre:

»Følgende priser er modtaget (angivet i tkr.)

Tilbudsgiver	Nutidsværdi af enhedsbetalinger for Nyt Psykiatrisk Center	Nutidsværdi af købesum for Risskov Ejendommen	Nutidsværdi af de samlede betalinger over OPP-kontraktens løbetid
Team KPC	2.178.281	534.747	1.643.534
Team OPP	2.195.544	338.973	1.856.571

... «

Den 25. juni 2014 udsendte indklagede en meddelelse til tilbudsgiverne om resultatet af indklagedes evaluering. Det blev vurderet, at TEAM KPC havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Af meddelelsen fremgår, at klageren blev tildelt i alt 5,7 vægtede point, heraf 1,9 point på prisen, mens TEAM KPC blev tildelt 6,8 vægtede point, heraf 3,2 point på prisen.

Indklagedes meddelelse til tilbudsgiverne var bilagt indklagedes evalueringsrapport, hvoraf bl.a. fremgår:

»3. Tildeling

...

3.1.1. Pris 40 %

Ved dette underkriterium lægges vægt på nutidsværdien af de samlede betalinger over OPP-kontraktens løbetid med fradrag af værdien af ejendommene i Risskov.

...

5. Bedømmelse TEAM OPP

5.1. Tildelingskriteriet Pris

...

Nedenfor er anført værdierne for Pris, forskellene mellem tilbuddene, værdierne for omregning ved laveste pris plus 30 % og omregning til pointtildeling.

Nutidsværdier (tkr.)	TEAM KPC	TEAM OPP
Samlede betalinger for Region Midtjylland Jf. OPP-kontrakten	2.178.281	2.195.544
Fratrukket modtaget købesum på Risskov-ejendommen	<u>- 534.747</u>	<u>- 338.973</u>
NPV af Region Midtjylland samlede Betalinger	<u>1.643.534</u>	<u>1.856.571</u>
Forskel i % (i forhold til TEAM KPC)		+13 %
Forskel nominelt (i forhold til TEAM KPC)		213.037
Laveste pris, Team KPC, som tildeles 8 point	1.643.534	
Højeste pris (+ 30 %), som vil blive tildelt 0 point	2.136.594	
Forskel mellem laveste og højeste pris	493.060	
Pointtildeling	<u>8</u>	<u>4,5</u>
...«		

Der er enighed om, at evalueringen er udtryk for, at indklagede har beregnet den pris, der ligger til grund for bedømmelsen af tilbuddene, i henhold til priskriteriet efter en model, hvor den tilbudte købesum for AUH Risskov ejendommen fradrages direkte ved opgørelsen af »Nutidsværdi af enhedsbetalinger« (»netto-model«).

Indklagede har – uden at fremlægge bilag, som dokumenterer det anførte – oplyst følgende:

Klageren blev under dialogfasen opfordret til at forhøje købesummen for AUH, Risskov ejendommen, hvilket skete. Klageren forhøjede købesummen yderligere ved afgivelse tilbud. Klageren fremhævede forhøjelsen som et forhold, der gjorde klagerens tilbud mere attraktiv for indklagede på den tilbudspræsentation, som fandt sted umiddelbart efter indklagedes modtagelse af tilbuddene.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at evaluere tilbuddene i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.1, jf. rettelsesblad nr. 6, svar 5, hvorefter underkriteriet »Pris« består af nutidsværdien af indklagedes samlede betalinger over kontraktens løbetid som opgjort i rubrik D223 i tilbudsarket, og således uden direkte fradrag af købesummen for AUH, Risskov ejendommen (»brutto-model«).

De af indklagede anvendte delelementer »nutidsværdien af købesum for ejendommen« og »netto-nutidsværdien« har ikke været nævnt i udbudsbetingelserne og fremgår ikke af tilbudsarket. Indklagedes anvendelse af disse værdier i forbindelse med evalueringen er derfor i strid med gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2.

Klageren bestrider ikke, at købesummen på AUH, Risskov skulle indgå i konkurrencen som en komponent i den nutidsværdiberegning, som der skulle konkurreres på i relation til priskriteriet. Der er en nær indbyrdes sammenhæng mellem de enkelte betalinger i et OPP-projekt, herunder eksempelvis en direkte sammenhæng mellem størrelsen af en forudbetaling og størrelsen af den restfinansiering, der skal forrentes og tilbagebetales. Prisen for AUH, Risskov skulle anvendes som forudbetaling på OPP-projektet, og den udgjorde en betydelig værdi i relation til finansieringsomkostningerne. Klageren lagde på grundlag af dialogen og formuleringen af de endelige udbudsbetingelser til grund, at indklagede havde besluttet at give størrelsen af prisen på AUH, Risskov denne effekt i konkurrencen. Klageren var der-

for af den klare opfattelse, at købesummen for AUH, Risskov tilsigtet indgik med denne værdi i tilbudsarket i beregningen af nutidsværdien i celle D223. Klageren har indrettet sig herefter og baseret sit tilbud på denne klare opfattelse. Indklagedes svar på spørgsmål 5 i rettelsesblad 6 bekræftede blot klageren i denne opfattelse.

Da klagerens prissætning af grunden indgik i konkurrencen, arbejdede klageren intenst med at øge prisen, herunder gennem motiverede opfordringer til indklagede om at eliminere eller reducere de kontraktmæssige risici forbundet med købet af ejendommen, hvilket i nogen udstrækning lykkedes. Det bemærkes i den forbindelse, at visse af de risici, som oprindeligt var pålagt køberen af AUH, Risskov blev elimineret under dialog-processen, hvilket også gjorde det muligt at øge den tilbudte pris. Det forhold, at klageren forhøjede købesummen før tilbudsafgivelse, kan således ikke tages som udtryk for, at klageren var bevidst om, at indklagede ville inddrage købesummen i evalueringen på den måde, som faktisk er sket.

Det bestrides, at det stod eller burde have stået klageren klart, at indklagede ville følge en anden fremgangsmåde ved evalueringen end oplyst i udbudsbetingelserne som rettet i rettelsesblad nr. 6. Tilbudsarket og den endelige formulering af udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.1 (som rettet ved rettelsesblad 6) var i fuld indbyrdes overensstemmelse og i øvrigt meget præcist formuleret. Der er derfor ingen holdepunkter for at antage, at klageren i forbindelse med tilbudsgivningen burde være nået frem til, at både tilbudsarket og udbudsbetingelserne var fejlbehæftet – og i stedet burde have indset, at indklagede ville følge en helt anden og uoplyst fremgangsmåde for tilbudsevalueringen. Indklagedes synspunkt om, at det skulle være åbenlyst, at købesummen ville indgå i prisevalueringen på den måde, som indklagede valgte faktisk at inddrage den, er således grundløst.

Der er intet usædvanligt i, at grunden ikke indgår som et selvstændigt konkurrenceparameter – får selvstændig betydning – i priskonkurrencen, og der er således heller ikke noget tankevækkende i en model, hvorefter forudbetalingen på AUH, Risskov alene indgår i konkurrencen med den værdi, som grunden har som forudbetaling på OPP-projektet. Tværtimod gælder det ofte, at tilbudsgiver (OPP-leverandøren) skal betale et beløb til den offentlige part for at overtage en grund, uden at grunden er blevet inddraget i prisevalueringen på en sådan måde, at den dels er inddraget i opgørelsen af nutidsværdien af de samlede betalinger og herefter fratrukket denne.

OPP-projekter er kendetegnet ved, at den totaløkonomiske tankegang spiller den afgørende rolle, såvel på ordregiver- som på tilbudsgiverside. Målet er således at skabe optimal værdi for pengene set over hele den 30-årige kontraktperiode. Da købesummen for AUH, Risskov skulle anvendes som forudbetaling på OPP-projektet, udgjorde den en værdi i relation til minimering af finansieringsomkostningerne på OPP-projektet. Købesummen havde ikke herudover nogen værdi for OPP-projektet og dermed heller ikke for indklagede, og det var derfor også helt i tråd med totaløkonomitankegangen i OPP-projektet, at købesummen ikke spillede nogen anden rolle i priskonkurrencen end den netop skitserede.

Det er entydigt indklagede, som bærer risikoen for eventuelle fejl i tilbudsarket og udbudsbetingelserne. I det omfang, at tilbudsarket og udbudsbetingelserne ikke var udformet på en hensigtsmæssig måde, påhvilede det indklagede at oplyse tilbudsgiverne herom og tilrette udbudsbetingelser og tilbudsarket forud for tilbudsafgivelsen eller, om fornødent, senere – da indklagede blev opmærksom på fejlen – at lovliggøre eller i yderste konsekvens aflyse udbuddet.

Udbudsbetingelserne, inklusive de rettelser og præciseringer, som udsendes i tilbudsfasen, og herunder beskrivelsen af evalueringskriterier, har spillet en afgørende rolle for både udformningen og optimeringen af tilbuddet i forhold til underkriterierne og den indbyrdes fordeling af risiko og finansieringsbyrde mellem deltagerne i klagerens konsortium, hvor der ikke var identitet mellem køberen af AUH, Risskov og det samlede konsortium. Såfremt indklagede havde oplyst om den faktiske anvendte model eller havde fastlagt en anden model, ville det have afstedkommet en hel række andre prioriteringer og valg, end de der blev foretaget ud fra de klare udbudsbetingelser – alt med henblik på at optimere konkurrencepositionen.

Indklagede har erkendt, at indklagedes besvarelse af spørgsmål 5 blev formuleret på en måde, som kunne give anledning til tvivl hos tilbudsgiverne.

Indklagede har til støtte for, at dette ikke skal føre til, at klagerens påstand 1 tages til følge, gjort gældende, at formuleringen konkret ikke har haft nogen betydning for tilbudsgivernes afgivelse af tilbud og derfor ikke er bindende for indklagede, jf. bl.a. princippet i aftalelovens § 32, stk. 1. Indklagede har derfor i relation til underkriteriet »Pris« berettiget anvendt »netto-

nutidsværdien« af de samlede betalinger over kontraktens løbetid i overensstemmelse med ordlyden af udbudsbetingelsernes punkt 6.2.2 og 7.2.1.

Det følger af både udbudsbekendtgørelsen, prækvalifikationsbeskrivelsen samt udbudsbetingelserne, at udbuddet vedrører opfyldelse af en OPP-kontrakt på den ene side samt salg af den gamle AUH, Risskov ejendom på den anden side. Det fremgår klart og tydeligt af den fremlagte PowerPoint-præsentation fra informationsmødet den 25. april 2013 med tilhørende referat, at der ved opgørelsen af de samlede betalinger over kontraktens løbetid skulle tages udgangspunkt i en nettosum, og at værdifastsættelsen af AUH, Risskov ejendommen skulle indgå i underkriteriet »Pris«. Det er desuden i stort set samtlige dokumenter i udbuddet nævnt, at købesummen for AUH, Risskov ejendommen skulle indgå som forudbetaling for OPP-leverandørens enhedsbetaling.

I denne sag overdrages den grund, hvor OPP-projektet skal opføres vederlagsfrit til OPP-leverandøren. Det er helt sædvanligt, og der konkurreres ikke på grundkøbesummen. Denne sag adskiller sig imidlertid fra alle andre OPP-projekter, som er gennemført i Danmark, ved, at der udover OPP-opgaven tillige sker et selvstændigt salg af AUH, Risskov ejendommen efter det regelsæt, der gælder herfor. Det har været kendeligt for klageren fra starten. Derfor har klageren også været klar over, at AUH, Risskov ejendommen skulle behandles anderledes end den grund, hvorpå OPP-projektet skulle opføres.

Det forhold, at der efterfølgende blev foretaget opsplitting af henholdsvis OPP-kontrakten og Salgsaftalen, ændrer ikke ved dette. Det var selvsagt en afgørende forudsætning for indklagede, herunder indklagedes økonomi, og for udbuddet som helhed, at købesummen for det gamle hospital skulle indgå og indebære en reduktion af de samlede betalinger under OPP-kontrakten ved vurderingen af, hvilken tilbudsgiver der havde givet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Denne forudsætning var kendelig for tilbudsgiverne, idet dette fremgik flere steder i udbudsmaterialet, jf. bl.a. materialet fra informationsmødet, Skatterådets bindende svar af 27. november 2013, udbudsbetingelserne, OPP-kontrakten, salgsaftalen samt drøftelserne på dialogmøderne, herunder om plangrundlaget.

Hvis ikke købesummen for ejendommen i Risskov efterfølgende skulle fratrækkes i indklagedes samlede brutto-betalinger til OPP-leverandøren ved

evalueringen af underkriteriet »Pris«, ville situationen reelt svare til, at pris-evalueringen blev foretaget ud fra en forudsætning om, at indklagede selv betalte købesummen for ejendommen i Risskov. En evaluering af prisen på dette grundlag ville selvsagt være oplagt forkert. Hvis ikke købesummen for ejendommen i Risskov skulle indgå i både evalueringen og finansieringen af udbuddet, ville indklagede reelt slet ikke have været i stand til at indgå en OPP-kontrakt om et nyt hospital. I så fald ville indklagedes vurdering være i strid med grundsætningen om forsvarlig økonomisk forvaltning samt bekendtgørelse nr. 799 af 24. juni 2011 om offentligt udbud ved salg af kommunens henholdsvis regionens faste ejendommene § 1 med tilhørende vejledning.

På grundlag af historikken i udbuddet og drøftelserne mellem indklagede på den ene side og tilbudsgiverne på den anden må den uhensigtsmæssige formulering i relation til besvarelsen af spørgsmål 5 anses for at have været åbenbar og dermed også kendelig for begge tilbudsgivere, jf. også den opfattelse, som KPC Herning A/S giver udtryk for i brevet af 20. januar 2014 fra Accuratil Finanstilsynet, som klageren modtog i kopi.

Det følger af praksis fra klagenævnet, at en klager ikke kan have en berettiget forventning om, at en ordregivers besvarelse af et spørgsmål vedrørende en evalueringsmetode skal være bindende for ordregiver, når en sådan metode kan give grundlag for spekulation, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 1. februar 2013, Abena A/S mod SKI (ad påstand 1).

Den forståelse af underkriteriet »Pris«, som klageren påstår er udtrykt ved indklagedes besvarelse af spørgsmål 5, vil åbenbart kunne give grundlag for spekulation. Hvis ikke der ved evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »Pris« skulle tages hensyn til værdien af AUH, Risskov, ville tilbudsgiverne kunne spekulere i at tilbyde meget lave priser for ejendommen i Risskov, uden at dette ville få nogen som helst betydning for tildelingen af OPP-kontrakten. Det var netop det forhold, der blev drøftet med SKAT i forbindelse med indhentelse af det bindende svar fra Skatterådet.

Der er intet, der indikerer, at klageren ved afgivelse af sit tilbud har lagt vægt på den forståelse af formuleringen af underkriteriet »Pris«, som klageren nu hævder. Dette illustreres bl.a. ved det forhold, at både TEAM KPC og klageren afgav tilbud med købesummen på henholdsvis ca. 535 mio. kr. og 339 mio. kr. for AUH, Risskov. Begge tilbudsgivere forudsatte således,

at de tilbudte købesummer skulle indgå som et konkurrenceelement i udbuddet. Klageren kunne i øvrigt have valgt at stille spørgsmål, hvis klageren reelt set var i tvivl om forståelsen af formuleringen af underkriteriet »Pris«. I stedet valgte klageren ved tilbudsfristens udløb at give et tilbud med en forhøjet købesum i forhold til de gennemførte dialogmøder, hvilket tydeligt viser, at også klageren var af den opfattelse, at en højere købesum for ejendommen i Risskov ville få positiv indflydelse på evalueringen.

Klageren har været bekendt med indklagedes forståelse af underkriteriet »Pris«, herunder opgørelsen af en »netto-nutidsværdi«, siden modtagelsen af indklagedes brev den 11. april 2014. Alligevel ventede klageren indtil den 1. juli 2014 – og altså indtil indklagede havde truffet beslutning om tildeling til anden side – med at gøre indklagede opmærksom på forholdet og indgive klage. En sådan adfærd må åbenbart anses for efterrationalisering. Alternativt må det lægges til grund, at klageren har spekuleret i den erklæringsfejl og dermed den vildfarelse, som indklagede svævede i.

Ad påstand 2

Klageren har overordnet gjort gældende, at hvis indklagede i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »Pris« havde anvendt de priskomponenter, som indklagede i rettelsesblad 6 oplyste at ville anvende, ville evalueringen have ført til, at klageren havde afgivet det for indklagede økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvorfor klageren skulle have været tildelt den udbudte OPP-kontrakt.

Indklagede har derfor handlet i strid med udbudsdirektivet artikel 2 ved at tildele kontrakten til TEAM KPC.

Det er endvidere ubestridt, at hvis indklagede havde fulgt fremgangsmåden for evaluering som fastsat i udbudsbetingelserne, kunne indklagede ikke nå frem til, at TEAM KPC havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Hvis klagenævnet giver klageren medhold i påstand 1, er det således en nødvendig følge, at klagenævnet også må give klageren medhold i påstand 2.

Når klagenævnet frem til, at udbuddet ved korrekt anvendelse af udbudsbetingelserne ikke kunne føre til tildeling til TEAM KPC, er det således uden

betydning for, om påstand 2 skal tages til følge, om alternativet havde været aflysning eller tildeling til klageren.

Indklagede har overordnet gjort gældende, at havde indklagede været bekendt med den af klageren angivne forståelse af underkriteriet »Pris«, ville indklagede utvivlsomt have aflyst udbuddet, allerede fordi klagerens forståelse er i strid med princippet om forsvarlig økonomisk forvaltning og bekendtgørelse nr. 799 af 24. juni 2011 om offentligt udbud ved salg af kommunens henholdsvis regionens faste ejendomme.

Såfremt klagenævnet måtte give klageren medhold i påstand 1, ville indklagede være såvel berettiget som forpligtet til at aflyse udbuddet. Indklagede ville aldrig kunne tildele kontrakt til klageren baseret på en »bruttonutidsværdi«.

Ad påstand 3

Klageren har med henvisning til det ad påstand 1 og 2 anførte gjort gældende, at indklagedes tilbudsevaluering har været i strid med udbudsdirektivets artikel 2, og at indklagedes tildelingsbeslutning derfor skal annulleres.

Det følger af fast praksis, at hvis udbuddet grundet ordregivers fejl har fået det forkerte resultat, eller hvis det blot ikke med sikkerhed kan lægges til grund, at fejlen har været uden betydning for udfaldet af bedømmelsen af tilbuddene, skal tildelingsbeslutningen annulleres.

Indklagede har med henvisning til det ad påstand 1 og 2 anførte gjort gældende, at indklagede ikke har overtrådt udbudsreglerne som påstået af klageren, og at der derfor ikke er grundlag for at annullere ordretildelingen.

Det følger desuden af klagenævnspraksis, at kun grovere overtrædelser af udbudsreglerne fører til annulation af tildelingsbeslutningen. Klagenævnets kompetence er fakultativ, og det fremgår af klagenævnspraksis, at selvom det konstateres, at udbudsreglerne er overtrådt, vil annulation alene ske, hvis overtrædelserne konkret kan antages at have haft betydning for tildelingsbeslutningen. Såfremt klagenævnet måtte nå frem til, at klagerens påstand 1 i visse henseender skal tages til følge, bør klagenævnet ikke træffe afgørelse om annulation, idet klageren ikke har godtgjort, at den eventuelt utilsigtede formulering af underkriteriet »Pris« ved besvarelsen af spørgs-

mål 5 har haft nogen betydning for tilbudsgivernes afgivelse af tilbud, herunder for klagerens udformning af sit tilbud. Da klageren ikke på grund af formuleringen i besvarelse af spørgsmål 5 har fået forringet sin mulighed for at afgive det økonomisk mest fordelagtige tilbud, er der intet grundlag for annullation.

Ad betingelserne for opsættende virkning

Klageren har gjort gældende, at det følger af klagenævnets praksis, at klagenævnet i tilfælde af væsentlige fejl tillægger en klage opsættende virkning uden selvstændig prøvelse af, om der foreligger uopsættelighed. Allerede som følge af det ad påstand 1-3 anførte skal klagen derfor tillægges opsættende virkning uden selvstændig prøvelse af, om der foreligger uopsættelighed.

Klagerens krav på positiv opfyldelsesinteresse, særligt i relation til AUH, Risskov, lader sig desuden kun vanskeligt opgøre, idet den fremtidige fortjeneste afhænger af en lang række faktorer, der pt. er ukendte, herunder den tilladte bebyggelsesprocent og indholdet af den fremtidige lokalplan i øvrigt samt udviklingen på ejendomsmarkedet.

Hensynet til klageren bør i en situation, hvor der er begået væsentlige og klare fejl af direkte betydning for tildelingen af en meget væsentlig kontrakt, veje tungere end hensynet til indklagedes interesse i at underskrive kontrakt. Der er tale om et projekt, hvor aflevering og ibrugtagning af det omhandlede byggeri først skal ske om flere år, nærmere bestemt i 2019. Dette illustrerer, at der ikke er tale om en hastende anskaffelse, og at en genoptagelse af udbudsprocessen ikke vil være en væsentligt forsinkende eller fordyrende faktor. Klageren har det seneste 1½ år anvendt meget omfattende ressourcer (et tocifret millionbeløb) på deltagelse i den konkurrenceprægede dialog og udarbejdelse af tilbud, hvorfor det er væsentligt forinden kontraktindgåelse at få taget endeligt stilling til, hvorvidt indklagedes evaluering er sket under overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Klageren har en betydelig interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, da klageren på grund af en overtrædelse af det grundlæggende princip om gennemsigtighed og ligebehandling reelt bliver frataget denne for klageren meget vigtige kontrakt.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke med det, der er fremlagt i sagen, har ført bevis for, at en uoprettelig skade er nært forestående, hvis klageren henvises til at afvente afgørelsen af hovedsagen. Klageren har ikke anført argumenter til støtte for, at betingelsen om uopsættelighed skulle være opfyldt i forhold til klagerens særlige situation. Det bestrides, at der – selv hvis det blev lagt til grund, at indklagede havde begået fejl – er grundlag for at slække på betingelsen om uopsættelighed. Klagensævnet har i sin praksis reserveret sådanne betragtninger om overtrædelsens karakter til sager, der ikke er sammenlignelige med denne sag, nemlig bl.a. de begrænsede tilfælde, hvor der enten er sket direkte tildeling uden forudgående udbud, eller hvor klagen angår en uberettiget afvisning af en ansøgning om prækvalifikation.

Også i forhold til interesseafvejningen påhviler det klageren at godtgøre sin interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning med den følge, at gennemførelsen af tildelingsbeslutningen udsættes. Uanset om klagensævnet måtte finde, at indklagede har begået fejl i forbindelse med udbuddet, er der ikke tale om så kvalificerede overtrædelser, at dette kan føre til annulation. Allerede derfor må hensynet til indklagedes interesse i at kunne underskrive kontrakt med TEAM KPC veje tungere end hensynet til klageren.

Der er desuden tale om et OPP-projekt, som ikke blot angår store økonomiske værdier (ca. 2,2 mia. kr.), men også store samfundsmæssige interesser. Der er derfor overordentlige store hensyn, som taler for, at processen vedrørende indgåelse af kontrakt mellem indklagede og TEAM KPC ikke forsinkes yderligere. Indklagede har gennem en periode udskudt vedligeholdelsesarbejder på AUH, Risskov. En udsættelse af udflytningen fra AUH, Risskov indebærer en overhængende risiko for, at en række af de udsatte vedligeholdelsesarbejder ville skulle gennemføres med betydelige omkostninger til følge. Den kloakseparering, som Aarhus Kommune har besluttet at gennemføre i Risskov, er med dispensation foreløbig udskudt for AUH, Risskovs vedkommende. Der er betydelige beløb i spil, idet det vurderes, at omkostningerne ved kloakseparering vil udgøre i størrelsesordenen 60 mio. kr. med tillæg af moms. Indklagede har hidtil opnået en midlertidig dispensation fra Aarhus Kommune under henvisning til det umiddelbart forestående ejerskifte og den omstændighed, at kloaksepareringsprojektet bør tilpasses den fremtidige anvendelse af AUH, Risskov for at undgå værdispild. DNU projektet vil også i ikke ubetydelig grad blive påvirket i økonomisk henseende, såfremt det ikke er muligt at gennemføre Det Nye Psykiatriske

Center som forudsat. Helt afgørende og væsentligt er ligeledes hensynet til de psykiatriske patienter og behovet for at gennemføre den planlagte integration af de somatiske og psykiatriske funktioner på et nyt samlet DNU projekt. Der er således en række tungtvejende interesser, særligt patientinteresser, overordnede samfundsmæssige interesser samt konkrete økonomiske interesser, som hver især og ikke mindst tilsammen begrundes, at klagen ikke bør tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

»Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.«

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:

Ad betingelse nr. 1 (»*fumus boni juris*«):

Vedrørende påstand 1 og 3 bemærkes, at det er ubestridt, at indklagedes svar på spørgsmål 5 af 20. marts 2014 – selvstændigt betragtet – efter sin ordlyd må forstås sådan, at evalueringen af tilbuddene i henhold til priskriteriet ville ske uden, at der blev taget selvstændigt hensyn til, hvilken pris der blev tilbudt for AUH, Risskov (»brutto-model«). Det er ligeledes ubestridt, at indklagede ved evalueringen af tilbuddene har taget selvstændigt hensyn til, hvilken pris der blev tilbudt for AUH, Risskov (»netto-model«).

Indklagede havde i de dokumenter, der dannede grundlag for dialogen med de prækvalificerede virksomheder, forudsat, at køberen af AUH, Risskov og OPP-kontraktparten skulle være én og samme juridiske person, og at evalueringen af tilbuddene i henhold til priskriteriet ville ske efter en »netto-model«, hvor købesummen for AUH, Risskov direkte blev fradraget ved beregningen af tilbudsprisen. Foranlediget af dialogen med særligt klageren accepterede indklagede imidlertid, at der kunne ske en adskillelse, så køberen af AUH, Risskov og OPP-kontraktparten kunne være to forskellige juridiske personer. De endelige udbudsbetingelser, herunder tilbudsarket, blev i konsekvens heraf ændret. Det kom herefter af tilbudsarket til at fremgå, at evalueringen i henhold til priskriteriet ville ske efter det, som indklagede har betegnet en »bruttomodel«. En række af de øvrige dokumenter blev imidlertid ikke ændret, og det fremgik derfor fortsat af disse, at evalueringen i henhold til priskriteriet ville ske efter den tidligere anførte såkaldte »nettomodel«.

Udbudsbetingelserne indeholdt dermed uklare og indbyrdes modstridende oplysninger om, i hvilket omfang og hvordan prisen på AUH, Risskov ville indgå i evalueringen.

Indklagedes ændring af udbudsbetingelserne angik ikke alene den tekniske ændring af tilbudsarket. Der var samtidig tale om en ændring af det grundlæggende vilkår om identitet mellem OPP-kontraktparten og køberen af AUH, Risskov, sådan at det ikke længere nødvendigvis skulle være den samme juridiske person. Ændringen skete endvidere meget sent i forløbet og efter intensive drøftelser angående netop spørgsmålet om den indbyrdes afhængighed mellem de to aftaler.

Introduktionen af den særegne model, som indklagede under dialogfasen valgte at anvende, hvorefter en i princippet uafhængig tredjeparts købspris for en bygning indgår som et væsentligt element i en prisevaluering på et i princippet af ejendomshandelen uafhængigt OPP-projekt, måtte – for så vidt som en sådan model er lovlig – efter klagenævnets umiddelbare vurdering forudsætte en i særlig grad tydelig og klar beskrivelse i udbudsbetingelserne. Som allerede nævnt indebar udformningen af tilbudsarket imidlertid, at udbudsbetingelserne fik et selvmodsigende og uklart indhold.

Klagenævnet finder på den baggrund og på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke, at det kan antages, at udformningen af tilbuddene ikke har været påvirket af de indbyrdes modstridende angivelser og heller ikke, at det for tilbudsgiverne var eller burde have været åbenbart, at indklagedes besvarelse af spørgsmål 5 og korrektion af tilbudsbilaget var udtryk for en fejl. Klagenævnet lægger i den forbindelse tillige vægt på, at tilbudsgivere i et udbud som dette af en kontrakt til en værdi af ca. 2,2 mia. kr. må kunne gå ud fra, at de ændringer, som en ordregiver, der er bistået af professionelle rådgivere, foretager i udbudsgrundlaget under udbudsprocessen, er velovervejede og er udtryk for ordregivers endelige beslutning om, hvordan udbudsbetingelserne skal udformes.

Der er derfor på det foreløbige grundlag, der foreligger, udsigt til, at klageren vil få medhold i påstand 1, og at påstand 3 om annullation af tildelingsbeslutningen også vil blive taget til følge.

Det uklare indhold af udbudsbetingelserne, hvorefter det både kan forstås sådan, at der ved bedømmelsen i henhold til priskriteriet anvendes en »netto-model« og en »brutto-model«, indebærer derimod, at udbudsbetingelserne foreløbigt bedømt ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildeling. Som udbudsbetingelserne er udformet, kan det således ikke afgøres, efter hvilken model prisevalueringen rettelig skulle ske. Det kan derfor heller ikke afgøres, hvilken af de to tilbudsgivere som har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der er som følge heraf ikke udsigt til, at klagerens påstand 2 vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 om »*fumus boni juris*« er herefter opfyldt.

Ad betingelse nr. 2 (uopsættelighed):

Det følger af fast EU-praksis og klagenævnspraksis, at det påhviler klageren at godtgøre, at klageren vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Det følger endvidere af fast EU-praksis og klagenævnspraksis, at der ikke foreligger et alvorligt og uopretteligt tab, hvis tabet er økonomisk, og der senere kan betales erstatning herfor.

Klageren har ikke anført forhold, der giver grundlag for at antage, at klageren vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

De overtrædelser, som klageren har påberåbt sig, er ikke af en karakter, der i sig selv giver grundlag for at slække på kravene til uopsættelighed.

Betingelse nr. 2 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.

Mette Langborg

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig