

K E N D E L S E

Barslund A/S
(advokat Anders Drachmann, Helsingør)

mod

Københavns Kommune
(advokat Andreas Christensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2008/S 48-066158 af 6. marts 2008 udbød Københavns Kommune som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbs-kontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) ombygning af krydset Sundkrogsgade/Kalkbrænderihavnsgade i København. Tildelingskriteriet var i udbudsbe-tingelserne fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 7. april 2008 havde 7 virksomheder anmodet om prækvalifikation, hvoraf følgende 5 blev prækvalificeret:

1. MT Højgaard A/S
2. Hoffmann A/S
3. Barslund A/S
4. Per Aarsleff A/S
5. NCC Construction Danmark A/S

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 9. juni 2008, og ved udløbet af fri-sten for afgivelse af tilbud den 5. august 2008 havde de 5 virksomheder af-givet tilbud således:

1. 12.615.000 kr.
2. 14.431.615 kr.
3. 12.175.200 kr.
4. 13.680.090 kr.
5. 12.335.000 kr.

Den 14. august 2008 besluttede Københavns Kommune at indgå kontrakt med nr. 4. Per Aarsleff A/S, hvilket blev meddelt tilbudsgiverne ved en skrivelse af samme dag, og den 3. september 2008 indgik Københavns Kommune kontrakt med Per Aarsleff A/S.

Den 3. september 2008 indgav klageren, Barslund A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Københavns Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 17. oktober 2008 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 7. maj 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra MT Højgaard A/S, som indeholdt Dansk Byggeris Standardforbehold af maj 2008, uagtet der i udbudsbetingelserne (»Konkurrencebetingelser« punkt 4.2.1.) er fastsat følgende: »Tilbudsgiver skal uden forbehold afgive tilbud i henhold til vedlagte Tilbudsformular.«

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra MT Højgaard A/S, uagtet dette tilbud indeholdt forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne (i udbudsbetingelserne »Konkurrencebetingelser« punkt 5.4. betegnet som »grundlæggende forbehold«), idet tilbuddet indeholdt Dansk Byggeris Standardforbehold af maj 2008, hvilket indebar fravigelse fra udbudsbetingelserne på følgende punkt:

Efter Dansk Byggeris Standardforbehold punkt 5 har entreprenøren krav på betaling for sine omkostninger ved stilstand i vinterperioden, mens dette ikke er tilfældet efter udbudsbetingelserne »Særlige betingelser« ad § 3, stk. 4.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 2)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra MT Højgaard A/S, uag-

tet tilbuddet indeholdt forbehold, som det ikke var muligt at prissætte, idet tilbuddet indeholdt Dansk Byggeris Standardforbehold af maj 2008, hvilket indebar fravigelse fra udbudsbetingelserne på følgende punkt:

Efter Dansk Byggeris Standardforbehold punkt 5 har entreprenøren krav på betaling for sine omkostninger ved stilstand i vinterperioden, mens dette ikke er tilfældet efter udbudsbetingelserne »Særlige betingelser« ad § 3, stk. 4.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved at prissætte forbeholdet i tilbuddet fra MT Højgaard A/S vedrørende Dansk Byggeris Standardforbehold af maj 2008 ukorrekt, idet forbeholdet vedrørende betaling for omkostninger ved stilstand i vinterperioden blev prissat til 100.000 kr., men skulle have været prissat til et væsentligt højere beløb.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Per Aarsleff A/S, som indeholdt Dansk Byggeris Standardforbehold af maj 2008, uagtet der i udbudsbetingelserne (»Konkurrencebetingelser« punkt 4.2.1.) er fastsat følgende: »Tilbudsgiver skal uden forbehold afgive tilbud i henhold til vedlagte Tilbudsformular.«

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Per Aarsleff A/S, uagtet dette tilbud indeholdt forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne (i udbudsbetingelserne »Konkurrencebetingelser« punkt 5.4. betegnet som »grundlæggende forbehold«), idet tilbuddet indeholdt Dansk Byggeris Standardforbehold af maj 2008, hvilket indebar fravigelse fra udbudsbetingelserne på følgende punkt:

Efter Dansk Byggeris Standardforbehold punkt 5 har entreprenøren krav på betaling for sine omkostninger ved stilstand i vinterperioden, mens dette ikke er tilfældet efter udbudsbetingelserne »Særlige betingelser« ad § 3, stk. 4.

Påstand 7 (subsidiær i forhold til påstand 6)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Per Aarsleff A/S, uagtet

tilbuddet indeholdt forbehold, som det ikke var muligt at prissætte, idet tilbuddet indeholdt Dansk Byggeris Standardforbehold af maj 2008, hvilket indebar fravigelse fra udbudsbetingelserne på følgende punkt:

Efter Dansk Byggeris Standardforbehold punkt 5 har entreprenøren krav på betaling for sine omkostninger ved stilstand i vinterperioden, mens dette ikke er tilfældet efter udbudsbetingelserne »Særlige betingelser« ad § 3, stk. 4.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved at prissætte forbeholdet i tilbuddet fra Per Aarsleff A/S vedrørende Dansk Byggeris Standardforbehold af maj 2008 ukorrekt, idet forbeholdet vedrørende betaling for omkostninger ved stilstand i vinterperioden blev prissat til 100.000 kr., men skulle have været prissat til et væsentligt højere beløb.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. Udbudsdirektivets artikel 2, ved under vurderingen af tilbuddene i relation til delkriterium »1. Organisation og Projektprocessen« til underkriterium »B. Kvalitet« at have givet tilbuddet fra klageren for få point, idet indklagede ikke ved vurdering af tilbuddet tog hensyn til oplysningerne i klagerens »Kvalitet-, miljø- og arbejdsmiljøledelsessystem KMA-system«, der var indeholdt i tilbuddet.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, jf. Udbudsdirektivets artikel 2, ved under vurderingen af tilbuddene i relation til underkriterium »B. Kvalitet« at have anvendt pointskalaen 0-10 således: »Den netop accepterede besvarelse uden merværdi er tildelt 0 point, mens den bedst mulige løsning af det enkelte kriterium, er tildelt 10 point«, uagtet der i udbudsbetingelsernes afsnit 5.4. var fastsat følgende:

»Vurderingen sker på en skala fra 0 til 10, hvor 0 svarer til ingen eller lav kvalitet, og 10 svarer til den højest mulige kvalitet«.

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og/eller artikel 53, stk. 1, litra a, ved under vurderingen af tilbuddene at have anvendt en pointmodel, som indebærer, at den vægt-

ning af underkriterierne »A. Pris 50%« og »B. Kvalitet 50%« og delkriterierne til underkriteriet »B. Kvalitet«, »1. Organisation og projektprocessen 25%« og »2. Ressourcer og bemanning 25%«, der var fastsat i udbudsbetingelserne, ikke blev overholdt.

Påstand 12

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede under vurderingen af tilbuddene i relation til underkriterium »B. Kvalitet« anvendte de fastsatte delkriterier og elementer i delkriterier på en sådan måde, at vurderingen af tilbuddene blev uigennemsigtig, jf. Udbudsdirektivets artikel 2, idet følgende elementer i delkriterium 1 og delkriterium 2 overlappende hinanden:

a. 1.a. »Arbejdstidsplanens kvalitet herunder robusthed« contra 2.b. »om den vedlagte ressourceplan matcher arbejdstidsplanen«, idet arbejdstidsplanens robusthed alene afhænger af, om der er de nødvendige ressourcer til stede, når arbejdstidsplanen fordrer det.

b. 1.b. »Optimal afvikling af trafikken« contra 2.c. »de tilbudte ressourcer – materiel, udstyr, instrumenter mv. – medvirker til at sikre en optimal trafikafvikling«, idet en optimal trafikafvikling afhænger af, om det tilbudte materiel, udstyr og instrumenter skaber mulighed herfor.

c. 1.c. »Minimering af gener og miljømæssige konsekvenser for omgivelserne, cyklister og bløde trafikanter« contra 2. d. »at det tilbudte materiel medvirker til at opfylde intentionerne i »Miljømæssige forholdsregler ved bygge- og anlægsarbejder i Københavns Kommune« og »Miljø og Byggeri og Anlæg«, samt projektets succeskriterier«.

Påstand 13

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelserne at fastsætte følgende led 2. d. »at det tilbudte materiel medvirker til at opfylde intentionerne i »Miljømæssige forholdsregler ved bygge- og anlægsarbejder i Københavns Kommune« og »Miljø og Byggeri og Anlæg.« til delkriterium »2. Ressourcer og bemanning« til underkriterium »B. Kvalitet«, uagtet dette element på grund af uklarhed var uegnet til identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 14

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved under vurderingen af tilbuddene i relation til delkriterium »2. Ressourcer og Bemanning« til underkriterium »B. Kvalitet«, at

have lagt vægt på referencer, uagtet det ikke i udbudsbetingelserne var fastsat, at tilbuddene skulle indeholde oplysninger om referencer.

Påstand 15

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets art. 48, stk.2, litra e, og/eller art. 53, stk. 1, litra a, ved i udbudsbetingelsernes punkt 4.E. nr. 1 at have fastsat, at tilbuddene skulle indeholde CV'er for »nøglepersoner som Byggepladschef og -formand, kontraktansvarlig samt KS- og Miljøansvarlig«, samt ved at have ladet de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer, der fremgik af de vedlagte CV'er indgå ved vurderingen af tilbuddene i relation til delkriterium »2. Ressourcer og Bemanding« til underkriterium »B. Kvalitet«, uagtet der herved skete en sammenblanding af vurderingen af tilbudsgivernes egnethed og vurderingen af tilbuddene.

Påstand 16

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 14. august 2008 om at indgå kontrakt med Per Aarsleff A/S.

Påstand 17

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale 1.886.634,75 kr.

Påstand 18

Klagenævnet skal pålægge indklagede til klageren at betale et beløb mindre end 1.886.634,75 kr.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 16 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 17 og 18 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 17 og 18, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1 - 16.

Ad påstand 1 - 8

I udbudsbetingelserne (dokumentet »Konkurrencebetingelser«) er under »4. Regler for afgivelse af tilbud«, »4.2. Udformningen af tilbud«, » 4.2.1. Tilbudsformularen« i stk. 1 anført følgende:

»Tilbudsgiver skal uden forbehold afgive sit tilbud i henhold til vedlagte Tilbudsformular.«

I udbudsbetingelserne (dokumentet »Konkurrencebetingelser«) er under »5. Vurdering af tilbud«, »5. 4. Vurdering af tilbud« i stk. 2 anført følgende:

»Københavns Kommune er forpligtet til at afvise tilbud, der indeholder grundlæggende forbehold.«

Indklagedes tekniske rådgiver vedrørende udbuddet har i et notat af 7. august 2008 anført følgende:

»Notat vedrørende kapitalisering af Dansk Byggeris standardforbehold af maj 2008 afgivet af Per Aarsleff A/S og MT Højgård A/S i forbindelse med licitationen på ovennævnte projekt den 5. august 2008.

Kapitalisering af forbeholdet er kun aktuelt for forbeholdets punkt 5 vedr. vinterforanstaltninger, da forbeholdets øvrige punkter enten ikke er relevante eller allerede er indarbejdet i udbudsmaterialet.

Udbudsmaterialets ordlyd vedrørende vinterarbejder, hvor det adskiller sig fra forbeholdets ordlyd, se SB ad § 3 stk. 4:

»Såfremt udgiften til vinterforanstaltninger efter bygherrens vurdering bliver for store, kan bygherren dog til enhver tid og uden yderligere udgift forlange arbejdet indstillet.«

Ved bygherrens afbrydelse af arbejdet får entreprenøren tidsfristforlængelse ifølge AB § 24.

Forbeholdets ordlyd:

»Vejrligsbestemte vinterforanstaltninger«, jf. vinterbekendtgørelsen, er ekstraarbejde.«

»Afviser bygherren at betale disse ekstraarbejder, har entreprenøren ret til tidsfristforlængelse og ved arbejder omfattet af vinterbekendtgørelsen samt alle bygge- og broarbejder og lignende tillige ret til betaling af stilstandsomkostninger.«

Forskellen i formuleringen af vinterarbejderne er således, at ifølge forbeholdet, skal entreprenøren foruden tidsfristforlængelse også have betalt sine omkostninger ved stilstand.

Vurdering af entreprenørens stilstandsomkostninger ved afbrydelse af arbejdet pga. vinter:

Éngangsomkostninger:

Afrigning og lukning af pladsen, transport af diverse materiel og maskiner i depot. Tilrigning på ny og åbning af pladsen, transport af diverse materiel og maskiner fra depot til pladsen.

Fast éngangsomkostning skønnet til 30.000 kr.

Løbende omkostninger:

Leje af skure, afspærringsmateriel og diverse udstyr, samt tilsyn med pladsen, afspærringer og trafikregulering med vagtordning.

Løbende omkostning pr. uge skønnet til: 35.000 kr.

Prognose for afbrydelsens varighed:

Ingen arbejder er planlagt i h.t. bygherrens tidsplan i december og januar. Arbejdet påregnes begyndt den 1. februar 2009, såfremt der ikke er udsigt til streng vinter. Arbejderne stoppes herefter ca. den 15. februar, da der er udsigt til streng vinter, hvor bygherren ikke vil betale for yderligere vinterforanstaltninger. Sandsynlig varighed af afbrydelsen pga. hård vinter indtrådt den 15. februar er vurderet til 1. april 2009, i alt 6 ugers stilstand.

Sandsynligheden for at hård vinter indtræffer (isvinter).:

Ifølge statistiske oplysninger fra DMI optræder der isvinter i Danmark 15 gange på 100 år, altså ca. hver 7. år. Sidste isvinter var i 1995/1996. Det skønnes, at der er mere end 20 % og mindre end 50 % sandsynlighed for at der indtræffer en isvinter næste år. Vi regner derfor med gennemsnittet på 35 %.

En beregning af entreprenørens omkostninger til stilstand kan derfor udtrykkes således:

Éngangsomkostninger + løbende omkostninger i 6 uger beregnet med 35 % sandsynlighed:

$(30.000 + 6 \times 35.000) \times 0,35 = 85.750 \text{ kr.}$, hvilket er rundet op til 100.000 kr.«

Ad påstand 9 – 15

I udbudsbetingelserne er fastsat følgende vedrørende tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«:

Som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« er fastsat følgende underkriterier:

- A. Pris 50%
- B. Kvalitet 50%

Som delkriterier til underkriterium B er fastsat følgende:

- 1. Organisation og Projektprocessen 25%
- 2. Ressourcer og bemanning 25%

Vedrørende delkriterium 1 »Organisation og Projektprocessen« hedder det videre:

»Tilbudsgiver skal gennem procesbeskrivelsen og tidsplanen demonstrere at kunne sikre gennemførelsen af en professionel projektproces samt opfylde projektets succeskriterier, der er oplistet i afsnit 1.1.3.«

Der er herefter opregnet følgende elementer i delkriterium 1 [Klagenævnets nummerering]:

- »1.a. Arbejdstidsplanens kvalitet herunder robusthed
- 1.b. Optimal afvikling af trafikken
- 1.c. Minimering af gener og miljømæssige konsekvenser for omgivelserne, cyklister og bløde trafikanter
- 1.d. Tydelig rollefordeling og beslutningsstruktur i det forslåede samarbejde med bygherren.«

Vedrørende delkriterium 2 »Ressourcer og Bemanning« hedder det videre:

»Københavns Kommune lægger vægt på: [Klagenævnets nummerering]
2.a. at de foreslåede nøglepersoner har tilstrækkelig kompetence og erfaring fra lignende projekter til at varetage de arbejdsopgaver og funktioner, som de er tiltænkt, og dermed medvirker til at sikre gennemførelsen af projektet. Vurderingen af bemanningens kompetence og erfaring sker ud fra de i tilbuddet vedlagte CV'er.

2.b. at den vedlagte ressourceplan matcher arbejdstidsplanen

2.c. at de tilbudte ressourcer – materiel, udstyr, instrumenter mv. – medvirker til at sikre en optimal trafikafvikling.«

2.d. at det tilbudte materiel medvirker til at opfylde intentionerne i »miljømæssige forholdsregler ved bygge- og anlægsarbejde i Københavns Kommune« og »Miljø og Byggeri og Anlæg«, samt projektets succeskriterier.«

De »succeskriterier«, der er henvist til i såvel delkriterium 1 som i led 2.d. til delkriterium 2, er anført i afsnit »1.1.3. Projektets Succeskriterier« således [Klagenævnets nummerering]:

- » I. forestå en optimal gennemførelse af anlægsperioden, herunder til miljøet, sikkerheden, borgerne og interessenterne.
- II. gennemføre projektet inden for aftalt budgetramme
- III. færdiggøre projektet inden for aftalt tidsplan
- IV. afleverer et trafikanlæg med den aftalte funktion, kvalitet og driftsøkonomi.
- V. trafikanlægget søges i anlægsfasen udført således, at det giver beboerne og arbejdspladserne i området færrest mulige gener i form af støj, lugt m.v.«

I udbudsbetingelserne er det i afsnit »4.2.2. Tilbudets indhold« i relation til underkriterium »A. Organisation og Projektprocessen« fastsat, at tilbuddet skal indeholde følgende oplysninger:

- »1. Overordnet arbejdsplan for entreprisens gennemførelse.....
- 2. Beskrivelse (max 5 sider) af entreprisens gennemførelse set i forhold til:
 - Overholdelse af tidsplanen
 - Koordinering m. ledningsejere
 - Minimering af gener i forhold til omverdenen, herunder særlig fokus på miljø.
 - Sikring af trafikafvikling
 - Samarbejde m. bygherren
- 3. Projektorganisation diagram.«

I udbudsbetingelserne er det i afsnit »4.2.2. Tilbudets indhold« i relation til underkriterium »B. Ressourcer og Bemanding« fastsat, at tilbuddet skal indeholde følgende oplysninger:

- »1. CV for nogle personer som Byggepladschef og formand, kontaktsansvarlig samt KS- og Miljøansvarlig.
- 2. Ressourceplan m. bemanding og materiel fordelt månedsvist over

entrepriseperioden.

3 Oversigt over tilbudt materiel med specifikationer.«

Specielt ad påstand 9

Klagerens tilbud indeholdt – foruden et »Byggeledelsesorganisationsdiagram« – som bilag 6 »Kvalitets-, miljø- og arbejdsmiljøledelsessystem KMA-system« af 1. marts 2008, hvori det under overskriften »Målsætninger« bl.a. hedder:

»Firmaets målsætning er at udføre kvalitetsarbejde, leveret til tiden, uanset størrelse og projektansvarlig.

For at kunne leve op til dette, har vi udviklet et system »Det velplanlagte projekt«, hvor projekthåndteringen, fra tilbud til aflevering, er beskrevet i en håndbog for projektledelse. Modellen baserer sig på »Lean Construction«, hvor fokus er rettet mod kvalitet, tid, økonomi og kommunikation mellem projektets parter.

Herudover har vi siden 1992 arbejdet efter et kvalitetssikringssystem. Vores kvalitetssikringssystem er siden blevet kraftigt revideret og er samkørt med nyt miljøledelsessystem. Dette system er udarbejdet og er implementeret i efteråret 2001. Systemet er udarbejdet på et niveau så der kan opnås ISO 9001 og ISO 14001 certificering.«

Specielt ad påstand 15

Udbudsbekendtgørelsen indeholder følgende i afsnit »III.2.3) Teknisk kapacitet«:

»Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: Til brug for ordregivers vurdering af ansøgernes tekniske kompetencer skal der fremsendes følgende:

1. Oplysninger om virksomhedens årlige gennemsnitlige antal beskæftigede
2. Oplysninger om virksomhedens antal af ledere gennem de seneste 3 år.
3. Oplysninger om virksomhedens faglige kompetencer (Oplysningerne skal ikke være i form af CV'er).
4. Oplysninger om virksomhedens interne systemer til projektledelse, der minimum skal opfylde kravene i ISO 9001:2000 eller tilsvarende.
5. Referencer på virksomhedens varetagelse af tilsvarende opgaver, som udgør relevant erfaring i forhold til den udbudte opgave, herunder 5.1 oplysninger om opgavens sted, omfang og art.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves: De virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder, der udvælges til at afgive tilbud på den udbudte opgave, skal råde over de tekniske og faglige kompetencer og ressourcer, der er nødvendige for at udføre opgaven.«

Udbudsbekendtgørelsen indeholder følgende i afsnit »IV.1.2) Begrænsning i det antal af økonomiske aktører, som vil blive opfordret til at afgive tilbud.....«:

»Planlagt antal økonomiske aktører 5.

Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal kandidater: Økonomisk og teknisk formåen, herunder at entreprenøren har dokumenteret erfaring fra løsning af tilsvarende opgaver.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved i udbudsbetingelsernes punkt 4.2.1., stk. 1., at fastsætte, at tilbudsgiverne »uden forbehold« skal afgive tilbud, har fastsat den regel for det pågældende udbud, at tilbud med forbehold vil blive afvist, uanset hvad forbeholdet drejer sig om, og at indklagede derfor har handlet i strid med udbudsbetingelserne ved ikke at afvise de to tilbud fra MT Højgaard A/S og Per Aarsleff A/S til trods for, at tilbuddene indeholdt forbehold.

Indklagede har gjort gældende, at den pågældende indledende passus i punkt 4.2.1., stk. 1, skal fortolkes i overensstemmelse med den klare bestemmelse i udbudsbetingelsernes punkt 5.4., stk. 2, hvorefter der for udbuddet gælder den almindelige EU-udbudsretlige regel om, at ordregivere kun er forpligtet til at afvise tilbud med forbehold, når forbeholdet vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og at den pågældende passus i punkt 4.2.1., stk. 1., derfor ikke har selvstændig betydning.

Ad påstand 2 og 6

Der har mellem parterne været enighed om, at det forbehold, som de to tilbud indeholdt, alene indebærer følgende afvigelse fra udbudsbetingelserne: Efter udbudsbetingelserne kan bygherren til enhver tid forlange, at arbejdet bliver indstillet, hvis udgiften til vinterforanstaltninger efter bygherrens

vurdering bliver for store, og bygherren kan forlange arbejdet indstillet uden yderligere betaling til entreprenøren. Efter forbeholdet kan bygherren ligeledes til enhver tid forlange, at arbejdet bliver indstillet, men entreprenøren har i denne situation krav på hos bygherren at få betaling for sine stillandsomkostninger.

Klageren har gjort gældende, at det forbehold, som de to tilbud indeholdt, er et forbehold vedrørende et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, og at indklagede derfor var forpligtet til at afvise de to tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at det forbehold, som de to tilbud indeholdt, ikke er forbehold vedrørende et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, og at indklagede derfor nok var berettiget til at afvise disse tilbud, men ikke forpligtet hertil.

Ad påstand 3 og 7

Klageren har gjort gældende, at det ikke er muligt at prissætte det pågældende forhold på en sådan måde, at der med prissætningen skabes fuld sikkerhed for, at de to tilbudsgivere ikke ved at tage forbeholdet opnår en økonomisk fordel i forhold til de tilbudsgivere, som ikke har taget det pågældende forbehold, og at indklagede derfor af denne grund var forpligtet til at afvise tilbuddene.

Indklagede har gjort gældende, at det er muligt at prissætte det pågældende forbehold på en sådan måde, at der med prissætningen skabes fuld sikkerhed for, at de to tilbudsgivere ikke ved at tage forbeholdet opnår en økonomisk fordel i forhold til de tilbudsgivere, som ikke har taget det pågældende forbehold, og at indklagede derfor heller ikke af denne grund var forpligtet til at afvise tilbuddene.

Ad påstand 4 og 8

Klageren har gjort gældende, at prissætningen af forbeholdene skal ske ved, at de to tilbud med forbehold skal sammenholdes med klagerens tilbud, som var det tilbud blandt de tilbud, som ikke indeholdt det pågældende forbehold, der havde den laveste tilbudspris. Dette indebærer bl.a., at der skal ske prissætning for den arbejdsperiode, som fremgår af klagerens tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at prissætningen skal ske ved at sammenholde tilbuddene med forbehold med de krav, som er indholdt i udbudsbetingelserne, og at den omstændighed, at klagerens tilbud på grund af en fejl-læsning af udbudsbetingelserne omfatter en længere arbejdsperiode end angivet i udbudsbetingelserne ikke skal have nogen indflydelse på prissætningen.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at indklagede, hvis indklagede havde foretaget en korrekt vurdering af de oplysninger, der i relation til delkriterium »1. Organisation og Projektprocessen« fremgår af klagerens tilbud, specielt af bilag 6 til tilbuddet, ville have givet klagerens tilbud betydelig flere point end de 3 point, der blev givet.

Indklagede har gjort gældende, at oplysningerne i klagerens tilbud i relation til delkriterium »1. Organisation og Projektprocessen« kun kunne give grundlag for at tildele tilbuddet 3 point, svarende til korrigeret 3,75 point.

Ad påstand 10

Indklagede har erkendt at have handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet som beskrevet i påstanden, men bestridt, at der foreligger en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

Klageren har gjort gældende, at der foreligger en overtrædelse af både ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

Ad påstand 11

Klageren har gjort gældende, at den pointmodel, der var fastsat i udbudsbetingelserne, indebærer, at den fastsatte vægtning af underkriterierne og delkriterierne ikke overholdes. Kun hvis der anvendes samme pointmodel ved begge underkriterierne »A. Pris« og »B. Kvalitet«, er der sikkerhed for, at den fastsatte vægtning bliver overholdt. Klageren har anført, at klagerens tilbud og tilbuddet fra Per Aarsleff A/S var lige gode vedrørende delkriterium »2. Ressourcer og Bemanding« med vægten 25 %, at tilbuddet fra Per Aarsleff A/S var bedre vedrørende delkriterium »1. Organisation og Projektprocessen« med vægten 25 %, og at klagerens tilbud var bedst vedrø-

rende underkriterium »A. Pris« med vægten 50 %, hvilket samlet skulle have ført til, at klagerens tilbud var blevet valgt.

Indklagede har gjort gældende, at en eventuel overtrædelse som beskrevet i påstanden ikke kan indebære en overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a, men eventuelt af artikel 2.

Indklagede har endvidere gjort gældende, at anvendelse af den fastsatte pointmodel ikke medfører, at den fastsatte vægtning af underkriterierne og delkriterierne ikke bliver overholdt, og at pointmodellen ikke adskiller sig fra de pointmodeller, der almindeligvis anvendes i forbindelse med EU-udbud. Indklagede har endvidere gjort gældende, at indklagede ved vurderingen af tilbuddene har anvendt pointmodellen efter sit indhold, og at den ikke under det konkrete udbud har ført til problemer med en korrekt vurdering af tilbuddene. Den omstændighed, at klagerens tilbud var bedre end tilbuddet fra Per Aarsleff A/S vedrørende underkriterium »A. Pris«, og at begge tilbud fik samme pointtal vedrørende delkriterium »2. Ressourcer og Bemanning« indebærer ikke, at klagerens tilbud var det økonomisk mest fordelagtige, da tilbuddet fra Per Aarsleff A/S opnåede betydeligt højere pointtal end klagerens tilbud vedrørende delkriterium »1. Organisation og Projektprocessen«.

Ad påstand 12

Klageren har gjort følgende gældende:

Ad a

Som anført i påstanden afhænger »arbejdstidsplanens kvalitet herunder robusthed« (delement 1.a.) alene af, om der på ethvert tidspunkt under entreprisens udførelse er de ressourcer til stede, som kræves til at opfylde arbejdsplanen. Dette indebærer, at der nok ved den anvendte fremgangsmåde kan ske en vurdering af tilbuddene i relation til delkriterium »2. Ressourcer og Bemanning«, mens det er uklart, hvilken vurdering indklagede foretager i relation til delkriterium »1. Organisation og Projektprocessen«, eller om det overhovedet er muligt at foretage en vurdering i relation til delkriterium 1.

Ad b

Som anført i påstanden afhænger »en optimal afvikling af trafikken« (delelement 1.b) af, om det tilbudte materiel, udstyr og instrumenter skaber mulighed herfor (delelement 2.c.). Dette indebærer, at der ikke kan foretages en selvstændig vurdering af tilbuddene i relation til delelement 1.b. og en selvstændig vurdering af tilbuddene i relation til delelement 2.c.

Ad c

De intentioner, som er indeholdt i »Miljømæssige forholdsregler ved bygge- og anlægsarbejder i Københavns Kommune« og i »Miljø og Byggeri og Anlæg«, som der er henvist til i delelement 2.d., sigter bl.a. netop til »minimering af gener og miljømæssige konsekvenser for omgivelserne, cyklister og bløde trafikanter«, som er anført i delelement 1.c., og der er derfor tale om en klar overlapning mellem disse 2 delelementer.

Indklagede har bestridt, at der foreligger overlapning mellem delkriterier og delelementer som beskrevet i påstanden.

Ad påstand 13

Klageren har gjort gældende, at det pågældende led 2.d. til delkriterium »2. Ressourcer og Bemanding« til underkriterium »B. Kvalitet«, som alene består i en generel henvisning til nogle generelle regelsæt udsendt af Københavns Kommune, ikke opfylder det krav til gennemsigtighed, der kan udledes af Udbudsdirektivets artikel 2.

Indklagede har gjort gældende, at det pågældende led indeholdende en utvetydig henvisning til helt konkrete generelle regelsæt gældende for Københavns Kommune, opfylder kravene til klarhed og gennemsigtighed.

Ad påstand 14

Klageren har gjort gældende, at det ikke klart fremgår af udbudsbetingelserne, at der ved vurderingen af tilbuddene i relation til delkriterium »2. Ressourcer og Bemanding« til underkriterium »B. Kvalitet« vil blive lagt vægt på referencer, og at indklagede derfor har handlet i strid Udbudsdirektivet ved under vurderingen af tilbuddene at lægge vægt på referencer.

Indklagede har gjort gældende, at det utvetydigt fremgår af udbudsbetingelserne (»Konkurrencebetingelser« punkt 5.4. Vurdering af tilbud under »Ressourcer og Bemanding«), at vurderingen af bemandings kompetencer og erfaring »sker ud fra de i tilbuddet vedlagte CV'er«, og at indklagede derfor ikke har handlet i strid med Udbudsdirektivet som anført i påstanden.

Ad påstand 15

Klageren har gjort gældende, at udvælgelsen af tilbudsgiverne og identifikationen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud efter Udbudsdirektivet er to forskellige processer, som under udbud skal gennemføres helt uafhængigt af hinanden og efter helt forskellige regler. I artikel 48 er angivet forhold, som skal eller kan tages i betragtning ved udvælgelsen af de virksomheder, som vurderes som egnede til at afgive tilbud, mens der i overensstemmelse med artikel 53 skal være fastsat regler for, hvordan vurderingen af, hvilket af tilbuddene der er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, skal foretages. Af Udbudsdirektivets artikel 48, stk. 2, litra e, fremgår om forhold, der kan indgå ved udvælgelsen af de egnede virksomheder, følgende: »Oplysning om de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer hos tjenesteyderen eller entreprenøren og/eller virksomhedens medarbejdere og især hos den eller de personer, der er ansvarlige for udførelsen af tjenesteydelsen eller arbejdet«. Indklagede har ved som en del af tilbuddet at anmode tilbudsgiverne om at vedlægge CV for nøglepersoner som byggepladschefen, byggepladsformanden, den kontraktansvarlige og den KS- og miljøansvarlige, samt ved under vurderingen af tilbuddene at lade disse oplysninger indgå i vurderingen i relation til delkriterium »2. Ressourcer og Bemanding« til underkriterium »B. Kvalitet« handlet i strid med artikel 48, stk. 2, litra e, idet CV'erne netop indeholder oplysninger om uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer hos de personer, der skal være ansvarlige for den konkrete anlægsopgaves udførelse. Under hensyn til, at artikel 48, stk. 2, litra e, er placeret i Udbudsdirektivets afdeling 2 om udvælgelse af egnede tilbudsgivere, kan disse oplysninger ikke lovligt anvendes til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klageren har herved henvist til EF-domstolens dom af 24. januar 2008 i sag C-532/06 (Lianakis) specielt præmis 22-32.

Indklagede har gjort gældende, at det i forbindelse med den konkrete anlægsopgave ikke var i strid med Udbudsdirektivet, at indklagede i udbudsbetingelserne anmodede tilbudsgiverne om oplysninger om de nøgleperso-

ner, som var udset til i givet fald at skulle varetage netop den konkrete udbudte anlægsopgave. Indklagede har endvidere gjort gældende, at det heller ikke var i strid med Udbudsdirektivet, at indklagede som fastlagt i led 2.a. til delkriterium »2. Ressourcer og Projektprocessen« tog hensyn til, »at de foreslåede nøglepersoner har den tilstrækkelige kompetence og erfaring fra lignende projekter til at varetage de arbejdsopgaver og funktioner, som de er tiltænkt, og dermed medvirke til at sikre gennemførelsen af projektet«, ligesom det heller ikke var i strid med Udbudsdirektivet, at indklagede i udbudsbetingelserne fastsatte, at vurderingen »af bemandingens kompetence og erfaring« skulle ske ud fra de CV'er, som var vedlagt tilbuddet.

Ad påstand 16

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet, hvis der gives medhold i en af påstandene 1 - 4, i en af påstandene 2 - 8 samt i påstand 9 - 15 eller dog medhold i enkelte af disse påstande, skal annullere indklagedes beslutning af 14. august 2008 om af indgå kontrakt med Per Aarslef A/S.

Klageren har videre gjort gældende, af der ikke er en fejl i klagerens tidsplan for arbejdets udførelse, som hævdet af indklagede, og at indklagedes fejlvurdering af klagerens tilbud med hensyn til tidsplanen har medført, af indklagede ved vurderingen af tilbuddene har givet klagerens tilbud en ringere bedømmelse vedrørende underkriterium »B. Kvalitet«, delkriterium »1. Organisation og Projektprocessen«, end tilbuddet skulle have haft.

Klageren har anført, at det ikke fremgår noget sted af udbudsbetingelserne, at ledningsarbejderne skal udføres i en samlet arbejdsproces, at tilbudsgiverne derfor, når et sådant specifikt krav ikke er fastsat i udbudsbetingelserne, selv må vælge den måde, som arbejdet vil blive udført på, og den tidsfølge, som arbejdet vil blive gennemført i, og at bygherren således under byggeriet må tilvarsle de andre aktører ved arbejdet, så de kan udføre deres arbejde på det tidspunkt, der svarer til entreprenørens arbejdsplan. Klageren har videre anført, at der ikke efter udbudsbetingelserne var noget til hinder for, at den, der skulle udføre ledningsarbejdet, i første omgang kunne udføre ledningsarbejdet ud for »Kromann Reumert grunden« og senere fuldføre ledningsarbejdet, når »Sjælsø-grunden« var klar. Det var på denne baggrund en hensigtsmæssig arbejdsproces for klageren at påbegynde arbejdet ud for »Kromann Reumert grunden«, når etape 1 var færdig omkring 1. december 2009. Klageren havde derfor ved udarbejdelsen af tilbuddet tilrette-

lagt arbejdet således, at klageren påbegyndte arbejderne i fortovet ud for »Kromann Reumert grunden« med at lægge nye kloakker og stikledninger m.v., og dette arbejde ville føre frem til »Sjælsø grunden« omkring 1. februar 2009, hvorefter klageren ville fortsætte ud for »Sjælsø grunden«. Der ville ved denne planlægning yderligere opnås den fordel, at ikke alle fortove ville være ubrugelige i hele byggeperioden, men alene ubrugelige ud for »Kromann Reumert grunden« i perioden frem til 1. februar 2009 og herefter alene ubrugelige ud for »Sjælsø grunden« i perioden fra 1. februar 2009. Af bemærkningen i udbudsbetingelserne om, at arbejdsarealet langs »Sjælsø grunden« først er tilgængelig for entreprenøren 1. februar 2009, kan det selvfølgelig modsætningsvis sluttes, at alle andre fortove er tilgængelige for entreprenøren før 1. februar 2009, idet man i modsat fald måtte have anført det i udbudsbetingelserne. Der kunne således i december 2008 og januar 2009 have været udført alle nødvendige ledningsarbejder i fortovet ud for »Kromann Reumert grunden«, da andet ikke er foreskrevet.

Indklagede har gjort gældende, at der – hvis Klagenævnet måtte konstatere en eller flere overtrædelser – ikke er grundlag for, at annullere indklagedes beslutning af 14. august 2008 om at indgå kontrakt med Per Aarslef A/S.

Indklagede har gjort gældende, at der var en fejl i klagerens tidsplan for arbejdets udførelse, idet der også blev arbejdet i perioden december 2008 - januar 2009, at denne fejl naturligvis måtte tages i betragtning ved indklagedes vurdering af klagerens tilbud i relation til delkriterium »1. Organisation og Projektprocessen« til underkriterium »B. Kvalitet«, men at fejlen iøvrigt ikke fik større betydning for vurderingen, idet klagerens tilbud faktisk relation til »tidplanens kvalitet« under vurderingen af tilbuddene fik tildelt et højere pointtal med alle øvrige tilbud.

Indklagede har nærmere anført, at tilbudsgiverne efter udbudsbetingelserne som udgangspunkt selv kunne vælge »måden og tidsfølgen, hvorpå arbejderne udføres«, men at udbudsbetingelsernes »Særlige Arbejdsbeskrivelser« (SAB) indeholdt en række forudsætninger, som tilbudsgiverne nødvendigvis måtte tage hensyn til, når de udarbejdede deres tilbud. Det er ikke udtrykkeligt anført i udbudsbetingelserne, at der ikke kan arbejdes i december 2008 – januar 2009, men det fremgår til gengæld klart af følgende afsnit »Etape 2« i »Særlige Arbejdsbeskrivelser« (SAB):

»Cykelsti og fortov anlægges langs Sjælsø grunden og Kromann Reumert grunden. Endvidere udføres kørebanen i nordsiden af Sundkrogsgade. I samme etape skal teleselskaberne sideflytte og omlægge deres kobber- og fiberledninger, som er placeret i det eksist. fortov langs Sjælsø og Kromann Reumert grunden.«

De ledninger, der er placeret ud for Kromann Reumert grunden, kan kun sideflyttes i sammenhæng med sideflytningen af de ledninger, der er placeret ud for Sjælsø grunden, idet det som følge af, at partiel sideflytning ikke er mulig, til en sideflytning kræves, at ledningerne samtidig er frigravet på hele strækningen. Da der først var adgang til arealet langs Sjælsø grunden fra den 1. februar 2009, var det ikke muligt at påbegynde sideflytningen af ledningerne i december 2008 – januar 2009, men først fra 1. februar 2009.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 5

Udbudsbetingelserne indeholder to bestemmelser om tilbud med forbehold. Bestemmelsen i punkt 4.2.1. afsnit 1: »Tilbudsgiver skal uden forbehold [Klagenævnets understregning] afgive tilbud i henhold til vedlagte Tilbudsformular« må isoleret forstås således, at indklagede i udbudsbetingelserne har fastsat den regel, at tilbud, som indeholder forbehold over for udbudsbetingelsernes beskrivelse af den ydelse, der skal afgives tilbud på, uanset forbeholdets indhold vil blive afvist. En bestemmelse i udbudsbetingelser af dette indhold indebærer, at ordregiveren under tilbuddet ikke alene er forpligtet til at afvise tilbud, når en sådan pligt følger af EU-udbudsreglerne, jf. nedenfor ad påstand 2, 3, 6 og 7, men er forpligtet til at afvise alle tilbud med forbehold uanset indholdet af forbeholdet. En ordregiver opnår ved en sådan bestemmelse at kunne undlade at beskæftige sig med tilbud, som indeholder forbehold.

Bestemmelsen i punkt 4.2.1., afsnit 1, skal imidlertid i det konkrete tilfælde læses i sammenhæng med den anden bestemmelse om forbehold i punkt 5.4. afsnit 2: »Københavns Kommune er forpligtet til at afvise tilbud, der indeholder grundlæggende forbehold.« Denne bestemmelse er klar, for så vidt den må antages at henvise til den EU-udbudsregel, som er behandlet ad

påstand 2 og 6, men uklar, for så vidt den ikke henviser til den EU-udbudsregel, som er behandlet ad påstand 3 og 7. Bestemmelsen i punkt 5.4. afsnit 2 medfører imidlertid, at bestemmelsen i punkt 4.2.1., afsnit 1, ikke kan fortolkes efter sin ordlyd, men må anses for en fejl ved udformningen af udbudsbetingelserne.

Det følger af det anførte, at Klagenævnet ikke tager disse påstande til følge.

Ad påstand 2 og 6

Et forbehold vedrørende vinterforanstaltninger kan på baggrund af beskaffenheden af det bygge- og anlægsarbejde, som forbeholdet vedrører, efter sin beskaffenhed være et forbehold vedrørende et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, således at ordregiveren – uden at behøve at overveje, om forbeholdet kan prissættes – er berettiget til at afvise tilbuddet. Det forbehold vedrørende vinterforanstaltninger, som MT Højgaard A/S og Per Aarsleff A/S har taget i deres tilbud under det aktuelle udbud, er imidlertid ikke af en sådan beskaffenhed, at det vedrører et grundlæggende element i udbudsbetingelserne, og indklagede har derfor ikke været forpligtet til at afvise disse tilbud uden hensyn til, om forbeholdet kan prissættes eller ej. Klagenævnet tager derfor ikke disse påstande til følge.

Ad påstand 3 og 7

Efter beskaffenheden af det pågældende anlægsarbejde og af det forbehold vedrørende vinterforanstaltninger, som var indeholdt i tilbuddene fra MT Højgaard A/S og Per Aarsleff A/S, har det været muligt for indklagede at prissætte forbeholdet, og Klagenævnet tager derfor ikke disse påstande til følge.

Ad påstand 4 og 8

Klageren har gjort gældende, at det har påhvilet indklagede at prissætte det pågældende forbehold med henblik på at gøre de to tilbud med forbehold vedrørende vinterforanstaltninger sammenlignelige med klagerens tilbud, som var det tilbud, der havde den laveste tilbudspris af de tilbud, som ikke indeholdt det pågældende forbehold. En sådan fremgangsmåde er imidlertid i strid med EU-udbudsreglerne, som indebærer, at det påhviler ordregiveren at prissætte forbehold alene ved at sammenholde tilbuddene med forbehold med udbudsbetingelsernes krav til tilbuddene.

Når en ordregiver skal prissætte et forbehold, skal ordregiveren med udgangspunkt i udbudsbetingelserne fastsætte, hvilken økonomisk fordel tilbudsgiveren, der har afgivet et tilbud med forbehold, opnår ved at tage det pågældende forbehold. Ordregiveren skal foretage denne prissætning således, at der skabes fuld sikkerhed for, at den pågældende tilbudsgiver ikke ved at tage forbeholdet opnår en økonomisk fordel i forhold til de tilbudsgivere, som ikke har taget et tilsvarende forbehold, men i stedet har afgivet tilbud i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Ordregiveren skal herved udvise forsigtighed ved prissætningen af forbeholdet og medregne den maximale økonomiske risiko ved antagelsen af et tilbud med forbehold.

Det følger af det anførte, at indklagede ikke ved prissætningen af de pågældende forbehold har kunnet taget udgangspunkt i en sandsynlighed på 35 % for, at der indtræffer en hård vinter, som giver anledning til stilstandsomkostninger. Indklagede har derimod været forpligtet til at tage udgangspunkt i den udgift, som maksimalt ville kunne opstå, såfremt der forekom vejrforhold, som indebar stilstandsomkostninger.

På den anførte baggrund konstatere Klagenævnet, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved ved prissætningen af forbeholdene i tilbuddene fra MT Højgaard A/S og fra Aarsleff A/S at tage hensyn til sandsynligheden for en hård vinters indtræden. Prissætningen skulle være sket med det fulde beløb vedrørende stilstandsomkostninger, nemlig således: 30.000 kr. + 6 x 35.000 kr. = 240.000 kr. Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 9

Klagenævnet har ikke grundlag for at fastslå, at indklagedes vurdering af klagerens tilbud i relation til delkriterium »1. Organisation og Projektprocessen« ikke er korrekt foretaget. Klagenævnet har herved bl.a. lagt vægt på indholdet af klagerens tilbud og indholdet af tilbuddet fra Per Aarsleff A/S sammenholdt de fastsatte forskrifter i udbudsbetingelserne om anvendelsen af tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 10

Indklagede har ved under udbuddet at begå den fejl, som er beskrevet i påstanden, handlet i strid med det EU udbudsretlige gennemsigtighedsprincip. Påstanden tages derfor til følge som neden for anført.

Ad påstand 11

Klagenævnet har vurderet den pointmodel, som indklagede har fastsat – og anvendt – vedrørende underkriterium »A. Pris«, delkriterium »1. Organisation og Projektprocessen« og delkriterium »2. Ressourcer og Bemanding« i forbindelse med evalueringen af tilbuddene efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, og der er ikke grundlag for at fastslå, at indklagede ved vurderingen af tilbuddene efter denne pointmodel ikke har overholdt den vægtning af underkriterierne, som var fastsat i udbudsbetingelserne. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 12

Udbudsbetingelserne indeholder i dokumentet »Konkurrencebetingelser« fra side 6, 1. linie f.n., til side 8, 4. linie f.o., en beskrivelse af den fremgangsmåde, som vil blive anvendt ved vurderingen af tilbuddene med henblik på at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Det pågældende afsnit opfylder imidlertid ikke det krav til gennemsommelighed, som følger af det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip, jf. Udbudsdirektivets artikel 2, idet afsnittet ikke indeholder den samlede og fuldstændige beskrivelse af underkriterierne, af delkriterierne og af de enkelte led i delkriterierne, som må kræves for at opfylde EU-udbudsrettens krav om gennemsigtighed. Afsnittet indeholder nemlig 2 steder en henvisning til noget, der er anført uden for afsnittet, idet der dels ved delkriterium »1. Organisation og Projektprocessen« til underkriterium »B. Kvalitet«, dels ved led »1.d.« til delkriterium »2. Ressourcer og Bemanding« til underkriterium »B. Kvalitet« henvises til »projektets succeskriterier«, uden at det samtidig præciseres, under hvilke af de fastsatte »underkriterier«, »delkriterier« eller »led i delkriterier« de enkelte såkaldte »projektets succeskriterier« henhører. Det bemærkes herved, at tilbudsgiverne uden en sådan præcisering ingen mulighed har for med nogen som helst sikkerhed selv at henhøre de såkaldte »projektets succeskriterier« til de enkelte fastsatte »underkriterier«, »delkriterier« og »led i delkriterier«. Efter indholdet af de 5 led i »projektets succeskriterier« (foran nummereret som I - V) kan nogle af leddene

henhøre også under underkriterium »A. Pris«, ligesom enkelte led kan henhøre under andre led under delkriterium »2. Ressourcer og Bemanding« end det led, hvor henvisningen findes, nemlig 2.d. Endelig kan det konstateres, at »projektets succeskriterier« i et vist omfang er identiske med delkriterierne eller led i delkriterierne eller i hvert fald på en uigennemsigtig måde overlapper delkriterierne eller led i delkriterierne. Indklagede har ved at udforme udbudsbetingelserne på denne måde handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigthedsprincip.

Klagenævnet kan i øvrigt under hensyn til det, som klageren har anført vedrørende påstand 12, fastslå, at indklagede ved sin fastsættelse af udbudsbetingelser har handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigthedsprincip som anført i påstanden under a - c. Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 13

De generelle henvisninger i udbudsbetingelserne dels til »intentionerne« i kommunens generelle forskrift »Miljømæssige forholdsregler ved bygge- og anlægsarbejder i Københavns Kommune«, dels til »intentionerne« i kommunens generelle forskrift »Miljø i Bygge og Anlæg« opfylder bl.a. på grund af den indholdsmæssige form, som disse 2 dokumenter har, ikke de krav til præcision og klarhed med hensyn til udformningen af udbudsbetingelser, som af hensyn til de virksomheder, der skal afgive tilbud på udbudte arbejder, kan indfortolkes i Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, sammenholdt med gennemsigthedsprincippet i artikel 2. Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 14

Det fremgår utvetydigt af formuleringen af element 2.a. til delkriterium »2. Ressourcer og Bemanding«, at indklagede ved vurderingen af tilbuddene vil tillægge det betydning, hvilke oplysninger tilbuddene indeholder om »de foreslåede nøglepersoners« erfaringer fra »lignende projekter«, og at disse oplysninger skal vedlægges i form af CV'er for »de foreslåede nøglepersoner«, og det forudsættes herved som en selvfølge, at CV'erne indeholder oplysninger om »de foreslåede nøglepersoners« tidligere arbejder (»referencer«). Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 15

Carsten Haubek og Gorm K. Elikofer udtaler:

Udbudsbekendtgørelsen indeholder i afsnit »III.2.3. Teknisk kapacitet« en detaljeret beskrivelse af alle de oplysninger om deres »tekniske kompetencer«, som de virksomheder, som under det aktuelle udbud ønskede at blive prækvalificeret, skulle fremsende til indklagede i forbindelse med anmodningen om prækvalifikation. Det påhvilede herefter indklagede på grundlag af disse oplysninger at kontrollere, hvilke af de 7 virksomheder, der havde anmodet om prækvalifikation, som opfyldte de fastsatte krav. Denne kontrol skulle gennemføres efter de regler, der er fastsat i Udbudsdirektivets »Afdeling 2. Kriterier for kvalitativ udvælgelse«, og det har herunder påhvilet indklagede at kontrollere ansøgernes kvalifikationer med hensyn til »Teknisk og/eller faglig formåen« på en af de måder, der er anført i artikel 48, stk. 2. Efter indholdet i udbudsbetingelserne har indklagede med henblik på denne kontrol ønsket den »tekniske og/eller faglige formåen« bedømt efter artikel 48, stk. 2, og fastsat kravene i udbudsbetingelserne i overensstemmelse hermed, jf. artikel 48, stk. 6. Der er ikke under klagesagen fremkommet oplysninger, som indicerer, at indklagede ikke ved prækvalifikationen under udbuddet har fulgt disse regler. Efter det oplyste opfyldte alle de 7 ansøgere de fastsatte krav til »teknisk og/eller faglig formåen«, og indklagede prækvalificerede herefter 5 af ansøgerne.

Efter modtagelsen af de 5 tilbud fra de 5 prækvalificerede virksomheder påhvilede det herefter indklagede efter Udbudsdirektivets »Afdeling 3. Kontraktstildeling«, »Artikel 53. Kriterier for tildeling af kontrakt« på grundlag af oplysningerne i tilbuddene at vurdere tilbuddene i relation til det fastsatte tildelingskriterium »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med tilhørende 2 underkriterier A og B og 2 delkriterier til underkriterium B (B.1 og B.2).

Indklagede har i udbudsbetingelserne dels i afsnit 4.2.2. »Tilbuddenes indhold«, dels i afsnit »5.4. Vurdering af tilbud«, fastlagt, hvilke oplysninger tilbuddene skulle indeholde, og det fremgår af udbudsbetingelserne, at indklagede – som forudsat i Udbudsdirektivet – har udvalgt og beskrevet disse oplysninger, så der kunne foreligge de nødvendige oplysninger ved vurderingen af tilbuddene i relation til hvert af de 2 underkriterier (A og B), i relation til hvert af de 2 delkriterier til underkriterium B (B.1 og B.2) samt i

relation til hvert af delelementerne i delkriterium B.1 (1.a. og 1.b) og hvert delelementerne i delkriterium (2.a. og 2.b.).

I delelement 2.a. til delkriterium »2. Ressourcer og Bemanding« er det i udbudsbetingelserne (»Konkurrencebetingelser« afsnit 5.4.) fastsat, at indklagede ved vurderingen af tilbuddene vil lægge vægt på, »at de foreslåede nøglepersoner har den tilstrækkelige kompetence og erfaring fra lignende projekter til at varetage de arbejdsopgaver og funktioner, som de er tiltænkt, og dermed medvirke til at sikre gennemførelsen af projektet«. Det fremgår klart af denne formulering, at der ikke som under prækvalifikationen er tale om en generel vurdering af de pågældende virksomheder, men derimod tale om en vurdering af de konkrete tilbud, som virksomhederne efterfølgende har afgivet. Indklagede har i den forbindelse oplyst, at indklagede tilrettelagde udbuddet således, at indklagede ikke blot tilsigtede at sikre, at det afsluttede bygge- og anlægsarbejde i alle henseender opfyldte udbudsbetingelserne, men på grund af entreprisens beskaffenhed i lige så høj grad lagde vægt på den måde, som entreprisen blev gennemført på, og at dette er baggrunden for, at delelement 2.a. kom til at indgå i delkriterium 2.

I sammenhæng med delelement 2.a. er det i udbudsbetingelserne (»Konkurrencebetingelser« afsnit 4.2.E.) bestemt, at tilbuddene skal indeholde oplysninger om »CV for nøglepersoner som Byggepladschef og -formand, kontraktansvarlig samt KS- og Miljøansvarlig«. Det fremgår af denne formulering, at der ikke er tale om oplysninger, som skal anvendes til en generel vurdering af de virksomheder, der har afgivet tilbud, men derimod er tale om oplysninger, der skal anvendes ved vurderingen af tilbuddene i relation til de særlige krav til den måde, som projektet skulle udføres på, og som indklagede som offentlig ordregiver var berettiget til at lægge afgørende vægt på. I Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a, indeholder en opregning af hensyn, som ordregiverne kan tillægge betydning ved vurderingen af tilbud i relation til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, men denne opregning er ikke udtømmende, og indklagedes særlige ønsker med hensyn den måde, som anlægsarbejdet skulle gennemføres på – minimering af ulemperne for den betydelige trafik på stedet og for beboerne i området – kan ikke antages at ligge uden for de hensyn, som efter den anførte bestemmelse lovligt kan inddrages ved vurderingen af tilbuddene.

Disse medlemmer stemmer derfor for ikke at tage påstanden til følge.

Jens Fejø udtaler:

Når det i delelement 2.a. i udbudsbetingelserne (»Konkurrencebetingelser« afsnit 4.2.E.) er krævet, at tilbuddene skal indeholde oplysninger om CV for nøglepersoner som Byggepladschef og -formand, kontraktansvarlig og samt KS- og Miljøansvarlig, vil disse oplysninger, som det også er fremgået af mødet den 7. maj 2009, klart skulle anvendes til at vurdere de indkomne tilbud med henblik på at afgøre spørgsmålet om tildeling af kontrakten, der efter udbudsbekendtgørelsen skal tildeles på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Udbudsdirektivet stiller imidlertid i artikel 53, stk. 1 litra a) krav om, at en tildeling på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud skal ske efter »forskellige kriterier i forbindelse med den pågældende offentlige kontrakt, f.eks. kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetik og funktionsmæssig karakter, miljøegenskaber, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid«. Selv om direktivet herved opregner en eksemplificering, der ikke er udtømmende, peger opregningen dog utvetydigt i retning af, at der er tale om selve genstanden for kontrakten. Dette står i modsætning til bemanningen ved udførelsen af kontrakten, som sker ved det personale, som udbyderen har mulighed for at få præsenteret af de virksomheder, som anmoder om prækvalifikation. Under prækvalifikationen sker der således efter direktivets system i Kapitel VII om »Udbudsprocedurens afvikling« først en egnethedsundersøgelse og udvælgelse af deltagere, dernæst finder selve kontrakttildelingen efter artikel 53 sted. Denne adskillelse er særlig markeret ved, at direktivets kapitel VII, Afdeling 1, der angår »Almindelige bestemmelser« i artikel 44, stk. 1, bestemmer, at »Kontrakter tildeles på grundlag af kriterierne i artikel 53 og 55 [...] efter at de ordregivende myndigheder har undersøgt, om de økonomiske aktører [...] er egnede; en sådan egnethedsundersøgelse udføres i overensstemmelse med kriterierne om økonomisk og finansiel formåen, faglig og teknisk viden [...]«. Direktivets Kapitel VII, Afdeling 2, fastlægger herefter »Kriterierne for udvælgelse«. I Afsnit 2 er herved artikel 48 om »Teknisk og/eller faglig formåen« relevant. I denne bestemmelse har særligt stk. 2, litra b) gjort det klart, at de ledende personer til brug for den konkrete entreprises udførelse kan kræves oplyst i denne fase. Artikel 48, stk. 2, litra b) er således placeret under angivelsen af vurderingen af de økonomiske aktørers tekniske formåen, idet dette kan godtgøres ved »b oplysning om de involverede teknikeres eller tekniske organer, og især om

dem, der er ansvarlige for kvalitetskontrollen, uanset om de hører til i den økonomiske aktørs virksomhed eller ej, og, hvis det drejer sig om offentlige bygge- og anlægskontrakter, om dem, entreprenøren disponerer over til udførelsen af arbejdet«. Litra e) taler om »oplysning om de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer hos tjenesteyderen eller entreprenøren og/eller virksomhedens medarbejdere og især hos den eller de personer, der er ansvarlige for udførelsen af tjenesteydelserne eller arbejdet«.

Selve kontrakttildelingen reguleres herefter ved direktivets Kapitel VII, Afdeling 3, som rummer artikel 53.

Som det fremgår af gennemgangen af direktivet, skal der skelnes mellem udvælgelseskriterier (her i sagen i forbindelse med prækvalifikationen) og tildelingskriterier. Jeg finder på dette grundlag – idet jeg anser navnlig præmis 31 (»erfaring«) i EF-domstolens dom i Lianakis mod Alexandroupolis, sag C-532/06, dom af 24. januar 2008, EF-domssamlingen 2008 afdeling I, side 251, for at støtte denne forståelse af direktivet – at der skal gives klageren medhold i påstand 15.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet.

Ad påstand 16

De overtrædelser, som Klagenævnet har konstateret ad påstand 10, 12 og 13, giver efter deres beskaffenhed ikke grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Per Aarsleff A/S.

Klagenævnet har ad påstand 4 og 8 fastslået, at indklagede har prissat de pågældende forbehold for lavt. Under hensyn til den beløbsmæssige størrelse af indklagedes fejlberegning, giver heller ikke disse overtrædelser grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Da det ikke i udbudsbetingelserne er fastsat, at der ikke må arbejdes i perioden december 2008 – januar 2009, har indklagede foretaget en ukorrekt vurdering af klagerens tilbud i relation til underkriterium ”B. Kvalitet”, delkriterium ”1. Organisation og Projektprocessen”. Indklagede har endvidere som anført ad påstand 4 og 8 prissat forbeholdene for lavt. Under hensyn til den beløbsmæssige størrelse af den ukorrekte prissætning samt til resultatet af den vurdering af klagerens tilbud i relation til underkriterium ”B. Kvali-

tet”, delkriterium ”1. Organisation og Projektprocessen”, som indklagede faktisk foretog, giver heller ikke disse overtrædelser imidlertid grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved at pris-sætte forbeholdet i tilbuddet fra MT Højgaard A/S vedrørende Dansk Byggeris Standardforbehold af maj 2008 ukorrekt, idet forbeholdet vedrørende betaling for omkostninger ved stilstand i vinterperioden blev prissat til 100.000 kr., men skulle have været prissat til et væsentligt højere beløb.

Påstand 8

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved at pris-sætte forbeholdet i tilbuddet fra Per Aarsleff A/S vedrørende Dansk Byggeris Standardforbehold af maj 2008 ukorrekt, idet forbeholdet vedrørende betaling for omkostninger ved stilstand i vinterperioden blev prissat til 100.000 kr., men skulle have været prissat til et væsentligt højere beløb.

Ad påstand 10

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, jf. Udbudsdirektivets artikel 2, ved under vurderingen af tilbuddene i relation til underkriterium »B. Kvalitet« at have anvendt pointskalaen 0-10 således: »Den netop accepterede besvarelse uden merværdi er tildelt 0 point, mens den bedst mulige løsning af det enkelte kriterium, er tildelt 10 point«, uagtet der i udbudsbetingelsernes afsnit 5.4. var fastsat følgende:

»Vurderingen sker på en skala fra 0 til 10, hvor 0 svarer til ingen eller lav kvalitet, og 10 svarer til den højest mulige kvalitet«.

Ad påstand 12

Indklagede har under vurderingen af tilbuddene i relation til underkriterium »B. Kvalitet« anvendt de fastsatte delkriterier og elementer i delkriterier på en sådan måde, at vurderingen af tilbuddene blev uigennemsigtig, jf. Udbudsdirektivets artikel 2, idet følgende elementer i delkriterium 1 og delkriterium 2 overlappende hinanden:

a 1.a. »Arbejdstidsplanens kvalitet herunder robusthed« contra 2.b. »om den vedlagte ressourceplan matcher arbejdstidsplanen«, idet arbejdstidsplanens robusthed alene afhænger af, om der er de nødvendige ressourcer til stede når arbejdstidsplanen fordrer det.

b 1.b. »Optimal afvikling af trafikken« contra 2.c. »de tilbudte ressourcer - materiel, udstyr, instrumenter mv. – medvirker til at sikre en optimal trafikafvikling«, idet en optimal trafikafvikling afhænger af, om det tilbudte materiel, udstyr og instrumenter skaber mulighed herfor.

c 1.c. »Minimering af gener og miljømæssige konsekvenser for omgivelserne, cyklister og bløde trafikanter« contra 2. d. »at det tilbudte materiel medvirker til at opfylde intentionerne i »Miljømæssige forholdsregler ved bygge- og anlægsarbejder i Københavns Kommune« og »Miljø og Byggeri og Anlæg«, samt projektets succeskriterier«.

Ad påstand 13

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved i udbudsbetingelserne at fastsætte følgende led 2. d. »at det tilbudte materiel medvirker til at opfylde intentionerne i »Miljømæssige forholdsregler ved bygge- og anlægsarbejder i Københavns Kommune« og »Miljø og Byggeri og Anlæg.« til delkriterium »2. Ressourcer og bemanning« til underkriterium »B. Kvalitet«, uagtet dette element på grund af uklarhed var uegnet til identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1 - 3, 5 - 7, 9, 11 og 14 - 16.

Indklagede, Københavns Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Barslund A/S, betale 75.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig