

K E N D E L S E

C. C. Contractor A/S
(advokat Jesper Petersen Bach, Aarhus)

mod

Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 224-407328 af 16. november 2015, offentliggjort den 19. november 2015, udbød Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening i medfør af det dagældende udbudsdirektiv (direktiv 2004/18/EF) en totalentreprise vedrørende opførelse af Generationernes Hus. Udbuddet blev gennemført som en konkurrencepræget dialog i 3 faser. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening meddelte ved brev af 6. december 2016, at der var truffet beslutning om at tildele kontrakten til Jørgen Friis Poulsen A/S.

Klagenævnet har den 16. december 2016 modtaget en klage fra C.C. Contractor A/S.

C.C. Contractor A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

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

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 8 og svarskrift med bilag A – E.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele kontrakten til Jørgen Friis Poulsen A/S, uanset at tilbuddet fra Jørgen Friis Poulsen A/S ikke er konditionsmæssigt, idet tilbuddet ikke opfylder kravene i Byggeprogrammet, del 2, pkt. 12.3.15, pkt. 23.1.1 og pkt. 23.1.3.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at foretage en kapitalisering af en række afvigelser i tilbuddet fra Jørgen Friis Poulsen A/S, som er påpeget i evalueringsrapporten af 6. december 2016.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivet artikel 2 ved at have tillagt den kapitaliserede værdi af C.C. Contractor A/S' tilkøbsliste til C.C. Contractor A/S' samlede tilbudssum, uanset at tillægsydelse omfattet af tilkøbslisten ikke er indeholdt i hovedtilbuddet fra C.C. Contractor A/S.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele kontrakten til Jørgen Friis Poulsen A/S, uanset at Jørgen Friis Poulsen A/S ikke afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal annullere de indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Jørgen Friis Poulsen A/S.

Andre oplysninger i sagen:

I udbuds- og konkurrencebetingelserne er til tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” anført følgende underkriterier:

- ”A) Kvalitet af den tilbudte løsning (60 %)
- B) Pris (30 %)
- C) Organisering og samarbejdsproces (10 %)”

I Udbuds- og Konkurrencebetingelserne er fastsat følgende delkriterier til underkriteriet om kvalitet:

”Ved evalueringen af underkriteriet ”kvalitet af det tilbudte løsningsforslag” foretages en samlet helhedsvurdering af, i hvilket omfang løsningsforslaget opfylder bygherrens ønsker og forventninger til

Den overordnede idé set i forhold til disponering af bebyggelsen, infrastruktur samt landskabsmæssig kvalitet – 20 %

Det arkitektoniske hovedgreb, æstetik, samt fokus på at de fysiske rammer understøtter kerneydelserne og organiseringen af aktiviteterne i GH – 40 %

Universelt design og innovative løsninger – 10 %

Funktionalitet og tekniske løsninger i forhold til bygningens drift og fleksible anvendelse – 10 %

Commissioning – 10 %”

I Udbuds- og Konkurrencebetingelserne er under punkt 4.5 ”Budgetramme (Targetpris)” anført:

”...Byggeriet skal opføres inden for den anførte samlede maksimale økonomiske ramme for totalentrepriseudgifter svarende til targetprisen på kr. 365.000.000 ekskl. moms og bygherreleverancer som ikke er angivet i tilbudslisten.”

I Udbuds- og Konkurrencebetingelserne er under punkt 7.2.2 ”Pris” bl.a. anført:

” ...

Tilbud med en samlet tilbudspris, der overstiger targetprisen med 4 %, tildeles 0 point.

...

Tilbud, der (efter prissætning af forbehold) overskrider targetprisen med mere end 4 %, afvises som ukonditionsmæssige.”

Den konkurrenceprægede dialog forløb i 3 faser, hvor den sidste fase udgjorde tilbudsfasen. Tilbud skulle indleveres både digitalt og fysisk. Det fysiske tilbud skulle bestå af 2 kuverter, hvoraf den ene kuvert skulle indeholde materiale til bedømmelse af kriterierne ”Arkitektonisk, funktionel og driftsmæssig kvalitet” samt ”Organisering og samarbejde”, og den anden kuvert skulle indeholde pris til brug for vurderingen af underkriteriet ”Pris”.

Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening modtog endelige tilbud fra NCC Construction Danmark A/S, C.C. Contractor A/S og Jørgen Friis Poulsen A/S.

Kuvert 2, der indeholdt de tilbudte priser, blev åbnet efter den indledende vurdering af tilbuddenes kvalitet på grundlag af det tilbud, der var indeholdt i kuvert 1. Det første bedømmelsesmøde blev afsluttet umiddelbart efter åbningen af tilbuddenes kuvert 2. Tilbudsevalueringen blev herefter genoptaget under 2. bedømmelsesmøde afholdt den 8. november 2016, og den endelige pointgivning blev foretaget på det 3. og sidste bedømmelsesmøde den 16. november 2016.

Af evalueringsrapportens punkt 3.2 fremgår:

”Umiddelbart efter aflevering af tilbudsgivernes endelige tilbud på Generationernes Hus, blev forslagene gennemgået for konditionsmæssighed. Alle tilbuddene var vedlagt de i udbuds- og konkurrencebetingelserne anførte afleveringskrav, hvorfor Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening, valgte at indstille alle tre forslag til 1. bedømmelsesmøde. Efter bedømmelsesmøde 1, blev kuvert 2 åbnet og her konstaterede man, at tilbuddet fra NCC Construction Danmark A/S indeholdt et brev med i alt 19 stk. ikke kapitaliserede punkter, hvoraf flere er at betragte som forbehold, som bygherre derfor har kapitaliseret.

Ved at tillægge kapitaliseringen af disse punkter til den af NCC Construction Danmark A/S tilbudte tilbudssum på kr. 371.735.000, - viste det sig, at den samlede tilbudssum oversteg targetpris med mere end 4 %.

Iht. udbuds- og konkurrencebetingelsernes pkt. 7.2.2 ”Pris”, skal tilbud der (efter prissætning af forbehold) overskrider targetprisen med mere end 4 %, afvises som ukonditionsmæssige.

Det modtagne tilbud fra NCC Construction Danmark A/S opfylder derfor ikke de i udbudsbetingelserne anførte krav til konditionsmæssighed, hvorfor Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening er forpligtet til at erklære deres tilbud for ukonditionsmæssig.”

Om tilbuddet fra C.C. Contractor A/S anføres i punkt 4.2 i relation til underkriteriet pris:

” ...

Af c.c. contractors tilbudsliste fremgår en tilbudssum på kr. 371.180.000, - ekskl. moms.

c.c.contractor har ligeledes vedlagt et tilbudsbrev, hvori det beskrives, at visse kvalitative forhold, vist i tilbudsmaterialet, ikke er indeholdt i tilbudssummen.

c.c. contractor har dog kapitaliseret disse emner til samlet kr. 5.820.000,- ekskl. moms.

Idet tilbuddets kvalitet er blevet bedømt på baggrund af det afleverede løsningsforslag, indeholdende de nævnte kvalitative forhold, har bygherre været nødsaget til at indregne de kapitaliserede forhold i tilbudsprisen, således denne samlet fremkommer til kr. 377.000.000, ekskl. moms.”

Af evalueringsrapporten fremgår herefter bl.a., at de to konditionsmæssige tilbud, dvs tilbuddet fra C.C.Contractor A/S og tilbuddet fra Jørgen Friis Poulsen A/S, var bedømt således:

”

	Kvalitet	Pris	Organisering	Samlet
	Vægtet point	Vægtet point	Vægtet point	Point
C.C.Contractor A/S	4,62	0,37	0,65	5,64
Jørgen Friis Poulsen A/S	3,48	2,12	0,65	6,25

...”

Parternes anbringender:

Ad ”Fumus boni juris”

C.C. Contractor A/S har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 – 5, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-5, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har C.C. Contractor A/S gjort gældende, at det fremgår af evalueringsrapporten og det offentligt tilgængelige projektmateriale fra Jørgen Friis Poulsen A/S, at tilbuddet fra Jørgen Friis Poulsen A/S på en række punkter ikke opfylder grundlæggende og væsentlige funktionskrav, som er beskrevet i byggeprogrammet og det øvrige udbudsmateriale. Tilbuddet fra Jørgen Friis Poulsen A/S må derfor betragtes som ukonditionsmæssigt.

C.C. Contractor A/S har nærmere henvist til, at det af Byggeprogram, del 2, punkt 23.1.1. som "Overordnede krav til huset" fremgår: "Generationernes hus skal opleves som ET HUS, der understøtter mødet mellem generationer og beboere med forskellige livsvilkår." Tilbuddet fra Jørgen Friis Poulsen A/S beskriver ikke ét hus, men 8 huse. C.C. Contractor A/S har ligeledes henvist til, at det af Byggeprogram, del 2, punkt 23.1.3. om "Krav til logistik og flow" fremgår: "Der skal sikres et godt flow gennem bygningen, gerne udformet som en oplevelsesrig intern gang- og stiforbindelse som skaber god sammenhæng i huset under hensyn til de demens- og børnesikrede områder". Af punkt 12.3.15 om "Fælles opholdsrum" fremgår følgende "Nærhedskrav": "I åben fysisk tilknytning til klyngekøkken Centralt beliggende og sammentænkes med fordelingsarealet, "det interne stiforløb" og Byfælleden." Det fremgår således tydeligt af udbudsmaterialet, at der ønskes sammenhæng mellem klyngetorve, klyngeboliger og byfælled.

I modstrid hermed fremgår det af det offentligt tilgængelige projektmateriale fra Jørgen Friis Poulsen A/S samt evalueringsrapporten, at sammenhængen mellem boliger, klyngetorve og byfælled svækkes op gennem etagerne, primært fra 4. til 7. sal. Det bemærkes, at større bygningsmæssig sammenhæng er forbundet med væsentlige omkostninger.

Desuden har C.C. Contractor A/S i sine anbringender (ikke i påstanden) henvist til, at handicapboligerne i tilbuddet fra Jørgen Friis Poulsen A/S

ikke er ”integreret i fællesskabet”. Det fremgår tydeligt af Byggeprogram, del 2, punkt 23.1.6 om ”Krav til bofællesskabet”, at ”Bofællesskabet for handicapboliger skal have nærhed til klyngetorvet og handicaptoulet.” I modstrid hermed fremgår det af det offentligt tilgængelige projektmateriale fra Jørgen Friis Poulsen A/S samt evalueringsrapporten, at projektet fra Jørgen Friis Poulsen A/S ikke har den ønskede sammenhæng. I evalueringsrapporten anføres således om tilbuddet: ”Den viste placering og organisering af HC boligerne ses i ringe grad integreret med de andre boligtyper, ydermere ligger de i yderste kant af fællesskabet, boligerne ønskedes knyttet endnu tættere til klyngefællesskaberne og de store fællesskaber ...”.

Særligt ad påstand 1 har Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening gjort gældende, at der er tale om en totalentreprisekonkurrence, hvor tilbudsgiverne konkurrerer om bedst muligt at opfylde ønskerne og intentionerne i byggeprogrammet og det øvrige udbudsmateriale. Som følge heraf kan et tilbud alene afvises som ukonditionsmæssigt med henvisning til ønskerne og intentionerne i udbudsmaterialet, såfremt det klart fremgår af udbudsmaterialet, at manglende efterlevelse af forholdet indebærer, at tilbuddet vil blive afvist som ukonditionsmæssigt, jf. herved klagenævnets kendelse af 2. marts 2012, Forslagsstiller 71641 mod Region Nordjylland.

I en totalentreprisekonkurrence – og i særdeleshed en totalentreprisekonkurrence udbudt gennem en konkurrencepræget dialog – må der således på tilsvarende vis som i en projektkonkurrence stilles betydelige krav til klarheden af formuleringen af kravene i udbudsmaterialet, for at en ordregiver er berettiget og/eller forpligtet til at afvise et tilbud som ukonditionsmæssigt som følge af manglende opfyldelse af sådanne krav. I såvel en projektkonkurrence som en totalentreprisekonkurrence konkurrerer tilbudsgiverne således på bedst muligt at opfylde ønskerne og intentionerne i udbudsmaterialet, og kvaliteten af tilbuddene indgår som en konsekvens heraf som et betydeligt element i tilbudsevalueringen. En manglende/mindre hensigtsmæssig opfyldelse af ønskerne og intentionerne i udbudsmaterialet, herunder byggeprogrammet, er derfor et vurderingselement og ikke et forhold, der kan eller skal føre til, at et tilbud afvises som ukonditionsmæssigt.

Fælles for de forhold, som C.C. Contractor A/S har anført til støtte for, at tilbuddet fra Jørgen Friis Poulsen A/S er ukonditionsmæssigt, er, at disse forhold relaterer sig til bestemmelser i byggeprogrammet, som hverken

efter deres formulering eller kontekst kan fortolkes som et krav med den konsekvens, at manglende overholdelse heraf kan medføre, at tilbuddet kan eller skal erklæres for ukonditionsmæssigt. Der er tværtimod tale om forhold, som naturligt indgår i tilbudsvurderingen i henhold til underkriteriet ”*kvaliteten af de tilbudte løsningsforslag*”, således som dette underkriterium er beskrevet og præciseret i konkurrencebetingelserne. Allerede af den grund skal påstand 1 ikke skal tages til følge.

Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening har desuden anført, at de ”funktionskrav” i byggeprogrammet, som C.C. Contractor A/S henviser til til støtte for den nedlagte påstand, alle – som følge af at tilbudsgiverne konkurrerer på bedst muligt at opfylde ønskerne og intentionerne i udbudsmaterialet – er formuleret som skønsmæssige krav, hvor det ikke er muligt for tilbudsgiverne objektivt at konstatere, hvornår det tilbudte projekt har et sådant indhold, at kravet kan anses for opfyldt. Sådanne upræcise og skønspregede krav kan ikke håndhæves som mindstekrav.

Det er desuden åbenbart, at der ikke med angivelsen i byggeprogrammet sigtes til et fysisk krav om ét hus, men derimod om, at huset skal have en samlende effekt for beboerne i det. Det vindende tilbud lever i øvrigt også op til et (hypotetisk) krav om ét fysisk hus. Bestemmelsen i byggeprogrammets punkt 23.1.6, hvorefter ”bofællesskabet for handicapboliger skal have nærhed til klyngetorvet og handicaptoilet”, kan hverken efter sin formulering eller sin kontekst fortolkes som et krav med den konsekvens, at manglende overholdelse heraf kan medføre, at tilbuddet kan eller skal erklæres for ukonditionsmæssigt. At handicapboligerne i tilbuddet fra Jørgen Friis Poulsen A/S er placeret i den yderste kant af fællesskabet har da også, som det fremgår af evalueringsrapporten, trukket ned i vurderingen af dette tilbud.

Særligt vedrørende påstand 2 har C.C. Contractor A/S med henvisning til det offentligt tilgængelige projektmateriale fra Jørgen Friis Poulsen A/S samt evalueringsrapporten gjort gældende, at en række punkter i tilbuddet fra Jørgen Friis Poulsen A/S burde have givet anledning til kapitalisering. C.C. Contractor A/S har henvist til, at det i evalueringsrapporten om tilbuddet er anført: ”Til trods for den nuværende parvise kobling af husene og Byfælledens udlæg, finder bedømmelsesudvalget ikke, at der er en helt optimal tværgående sammenhæng” og ”Der konstateres dog visse væsentlige uhensigtsmæssigheder, idet der synes at mangle forrum til trapperne

eller brandmandselevatorer for indsatsveje, idet reposer generelt er i åben forbindelse med etagen. Herudover synes brandventilation af atrium at basere sig på standardstørrelse med naturlig ventilation, hvilket ikke tager hensyn til, at atriet skal benyttes som flugtvej.” Desuden opfylder badeværelserne i pleje- og ældreboligerne ikke kravene til arbejdsmiljø. Den manglende opfyldelse af de pågældende punkter vil medføre behov for, at der træffes aftale om tillæg til totalentreprisekontrakten, hvilket vil indebære, at der skal betales en højere pris for byggeriet end den tilbudssum, som tilbuddet fra Jørgen Friis Poulsen A/S er baseret på. Det kan derfor muligvis medføre, at tilbuddet ikke kan betragtes som konditionsmæssigt som følge af bestemmelsen om, at tilbudssummen ikke må overskride targetprisen med mere end 4 %.

Særligt vedrørende påstand 2 har Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening gjort gældende, at det forhold, at et tilbud på visse punkter har fået en dårlig vurdering i forhold til det kvalitative evalueringskriterium, ikke indebærer, at tilbuddet indeholder forbehold, som skal kapitaliseres. En dårlig kvalitativ evaluering er således udelukkende udtryk for, at tilbuddet på det givne punkt ikke – eller ikke i det ønskede omfang – illustrerer, hvorledes krav og/eller forventninger i udbudsmaterialet opfyldes, og derfor ikke i fuldt omfang lever op til ordregivers forventninger til tilbuddets indhold. Allerede af den grund skal påstand 2 ikke tages til følge.

Desuden kan de forhold i det vindende tilbud, der måtte have ført til en dårlig kvalitativ vurdering, i en totalentreprisekonkurrence som denne som klart udgangspunkt henføres til det detaljeringsniveau, som det projekt, der er indeholdt i tilbuddet, kan kræves at have på tilbudsstadiet. Det kan således ikke med rimelighed kræves af tilbudsgiverne, at de allerede i tilbudsfasen skal præstere et fuldt færdigdisponeret projekt, hvor der er redegjort for alle detaljer, jf. herved Udbuds- og Konkurrencebetingelserne pkt. 9, hvorefter ”Det skal fremhæves, at det samlede materiale kun skal illustrere og beskrive disponeringer der er indeholdt i tilbuddet.” På dette grundlag kan den mindre fyldestgørende redegørelse for (1) funktionel sammenhæng mellem tårnene, (2) håndtering af brandkrav og (3) håndtering af arbejdsmiljøkrav ikke anses for forbehold i tilbuddet, der skal prissættes. Jørgen Friis Poulsen A/S har da heller intet sted i tilbuddet angivet, at selskabet ikke lever op til kravene i udbudsmaterialet på de pågældende punkter. Jørgen Friis Poulsen A/S’ manglende færdigprojektering af projektet er således heller ikke udtryk for, at ydelserne ikke er

omfattet af tilbuddet. Det er derfor ikke korrekt, at de pågældende forhold medfører behov for, at der træffes aftale om tillæg til totalentreprisekontrakten.

Særligt vedrørende påstand 3 har C.C. Contractor A/S gjort gældende, at det ikke er oplyst under pkt. 3.2 i evalueringsrapporten, hvordan bedømmelsesudvalget forholdt sig til følgebrevet fra C.C. Contractor A/S af 25. oktober 2016. Det fremgår desuden af pkt. 3.2, at bedømmelsesudvalget valgte at indstille 3 forslag til første bedømmelsesmøde. Herefter har C.C. Contractor A/S i klageskriftet anført: ”Det må på baggrund af denne oplysning antages, at kuvert 2 i tilbuddet fra C.C. Contractor A/S blev behandlet på samme måde som tilbuddet fra NCC Construction Danmark A/S og derfor blev åbnet samtidigt med dette efter bedømmelsesmøde 1. Det antages derfor også, at den endelige kvalitative evaluering af de modtagne tilbud ikke blev foretaget på bedømmelsesmøde 1. Dette understøttes af oplysningen om, at der var et bedømmelsesmøde 1, som må forstås sådan, at der var flere bedømmelsesmøder. Desuden havde det været naturligt at oplyse point for de kvalitative elementer i tilbuddet fra NCC Construction Danmark A/S, hvis der alene blev afholdt et enkelt bedømmelsesmøde, hvor den kvalitative evaluering var tilendebragt. Bedømmelsesudvalget havde med andre ord mulighed for at tage højde for, at de kapitaliserede tillæg ikke var indeholdt i tilbuddet fra C.C. Contractor A/S i forbindelse med evalueringen af de kvalitative elementer. Oplysningerne i evalueringsrapporten, pkt. 4.2 ... lader imidlertid antyde, at åbningen af kuvert 2 fra C.C. Contractor A/S ikke skete efter bedømmelsesmøde 1 på linje med åbningen af kuvert 2 fra NCC Construction Danmark A/S, men først på et senere tidspunkt. Alternativt blev kuvert 2 åbnet efter bedømmelsesmøde 1, men bedømmelsesudvalget forholdt sig ikke til de beskrevne tillægsydelser. Hvis dette er tilfældet, må det lægges til grund, at beslutningen om at kapitalisere tillægsydelserne som forbehold først er truffet på et senere tidspunkt og altså efter evalueringen af de kvalitative elementer. I modsat fald havde det været naturligt at foretage evalueringen på baggrund af hovedtilbuddet fra C.C. Contractor A/S. De modstridende oplysninger i pkt. 3.2 og pkt. 4.2 i evalueringsrapporten medfører, at det fremstår uklart for de bydende, hvordan bedømmelsesudvalget har håndteret bedømmelsen af konditionsmæssigheden, kapitalisering af forbehold og evalueringen af de kvalitative elementer i de modtagne tilbud.

Udbudsmaterialet forhindrer ikke, at bedømmelsesudvalget foretog evaluering af de kvalitative elementer i tilbuddet fra C.C. Contractor A/S uden hensyntagen til tillægsydelse. Tværtimod må det antages, at bedømmelsesudvalget var forpligtet til at se bort fra de nævnte tillægsydelser, idet det ellers ikke var muligt at foretage en retvisende evaluering af de modtagne tilbud og dermed identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Det fremgår af evalueringsrapporten, at bedømmelsesudvalget har været opmærksom på nogle af de tillægsydelser, som er beskrevet i følgebrevet fra C.C. Contractor A/S, men ikke dem alle. Således er tillægsydelser vedrørende innovation af boligarealer og forberedelse for velfærdsteknologi ikke omtalt i evalueringsrapporten. Alligevel har bedømmelsesudvalget kapitaliseret samtlige tillægsydelser og tillagt disse beløb til den samlede tilbudssum.

Evalueringsrapporten illustrerer således et forløb, hvor der er begået en klar fejl i forbindelse med håndteringen af tilbuddet fra C.C. Contractor A/S, idet bedømmelsesudvalget har foretaget en kapitalisering af tillægsydelser, som ikke udgjorde en del af hovedtilbuddet, det vil sige tilbud eksklusiv tillægsydelser.”

Særligt vedrørende påstand 3 har Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening gjort gældende, at kuvert 2 blev åbnet umiddelbart før afslutningen af bedømmelsesmøde 1, som det også fremgår af evalueringsrapporten, pkt. 3.2. I øvrigt er tidspunktet for den endelige pointgivning uden betydning for, på hvilket grundlag den kvalitative vurdering af tilbuddet kunne og skulle foretages.

Det fremgår klart af konkurrencebetingelserne pkt. 9, hvori en række afleveringskrav i forbindelse med de enkelte faser i den konkurrenceprægede dialog var beskrevet, at det var oplysningerne i den samlede A3 mappe, der ville danne grundlag for den kvalitative vurdering af tilbuddene. Ved den kvalitative vurdering var Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening således *formelt* forpligtet til ikke at lægge vægt på andet end de oplysninger, der fremgik af A3 mappen, men skulle omvendt også inddrage den fulde løsning, som denne var præsenteret i mappen. På det tidspunkt, hvor de indklagede blev bekendt med, at den løsning, der var illustreret i A3 mappen, var forbundet med nogle tillægspriser, var den indledende kvalitative vurdering af tilbuddene allerede foretaget

Helt afgørende var det *reelt* alene muligt for de indklagede at foretage den kvalitative vurdering af tilbuddet på baggrund af den løsning, der faktisk var illustreret og beskrevet i C.C. Contractor A/S' A3 mappe. Den illustrerede og beskrevne løsning i A3 mappen fremstod således som en helhed, og det var ikke i løsningen på nogen måde tilkendegivet, at visse ydelser var udtryk for mulige tilvalg, som ikke var indeholdt i tilbuddet, ligesom der heller ikke i A3 mappen var indeholdt en beskrivelse af, hvordan et til- eller fravalg ville påvirke den samlede løsning. Tværtimod var ”tillægsydelserne” dybt integreret i og/eller havde stor indflydelse på den tilbudte løsning, som denne fremstod i sin helhed i A3 mappen, og dermed også på, hvordan tilbuddet blev vurderet.

Aarhus Kommune har herefter i svarskriftet detaljeret gennemgået de omhandlede ”tillægsydelser” (Elevatorer, Træbeklædning, Innovation af boligarealer, specialmøbel, Plantekasser, Udvendig balkon, Forberedelse af velfærdsteknologi, Pergolaer) og bl.a. påvist, hvorledes ydelserne har påvirket evalueringen af tilbuddet fra C.C. Contractor A/S positivt, som det fremgår af evalueringsrapporten. Gennemgangen gengives ikke i denne kendelse.

Endelig havde Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening fastlagt en klar metode for tilbudsgiverne til markering af mulige tillæg til projektet, som tilbudsgiverne ønskede at gøre opmærksom på, men som ikke var indeholdt i projektet og dermed ikke skulle inddrages i den kvalitative vurdering. C.C. Contractor A/S har da også benyttet denne mulighed for at illustrere projektets potentialer ved at indtegne elementer med stiplede linje; f.eks. er der indtegnet anløbsbro, kanalsti, kanalplatform og trædæk over kanal med stiplede linje. Det måtte derfor lægges til grund, at de dele af projektet, der var indtegnet med solide streger, herunder ”tillægsydelserne”, måtte betragtes som indeholdt i projektet, og dermed også skulle indgå ved såvel den kvalitative vurdering af tilbuddet som ved prisvurderingen.

Særligt vedrørende påstand 4 og 5 har C.C. Contractor A/S gjort gældende, at de overtrædelser, som Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening har begået, har ført til, at kontrakten er blevet tildelt Jørgen Friis Poulsen A/S, skønt denne tilbudsgiver ikke havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Tildelingsbeslutningen skal derfor annulleres.

Særligt vedrørende påstand 4 og 5 har Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening gjort gældende, at den samlede vurdering af tilbuddene faldt ud til, at Jørgen Friis Poulsen A/S havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Da udbuddet i øvrigt er gennemført i overensstemmelse med reglerne i udbudsdirektivet, er der ikke grundlag for ikke at tildele kontrakten til Jørgen Friis Poulsen A/S i overensstemmelse med det dokumenterede resultat af udbuddet.

Ad kravet om ”Uopsættelighed”

C.C. Contractor A/S har til støtte for, at dette krav er opfyldt, gjort gældende, at kontrakten vil udgøre en meget betydelig reference, som vil kunne anvendes i andre sager, hvor C.C. Contractor A/S afgiver tilbud. Tabet af denne reference vil således kunne påvirke konkurrencen i en sådan grad, at C.C. Contractor A/S mister markedsandele og dermed også risikerer at miste sin position på markedet.

Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening har til støtte for, at kravet ikke er opfyldt, gjort gældende, at C.C. Contractor A/S ikke på nogen måde har dokumentet at ville lide et alvorligt og uopretteligt tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. Der er ingen forhold, der taler for, at en manglende tildeling af kontrakten skulle true selskabets eksistens eller i øvrigt ændre dets markedsposition på uoprettelig vis. Betingelsen om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt.

Ad interesseafvejning

C.C. Contractor A/S har til støtte for, at en interesseafvejning skal falde ud til fordel for selskabet, gjort gældende, at der ikke foreligger sådanne tungtvejende grunde eller samfundsmæssige hensyn, hvorefter ordregiverens interesse i, at udbudsprocessen ikke standses, vejer tungere end C.C. Contractor A/S’ interesse i det modsatte.

Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening har gjort gældende, at det påhviler C.C. Contractor A/S at godtgøre sin interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning. C.C. Contractor A/S har imidlertid intet anført herom. En interesseafvejning bør derfor ligeledes falde ud til fordel for Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, 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:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*) bemærker klagenævnet om påstand 1:

Ingen af de krav, som er anført i Byggeprogrammet, del 2, pkt. 12.3.15, pkt. 23.1.1 og pkt. 23.1.3 som nævnt i påstanden (og for den sags skyld heller ikke kravet i pkt. 23.1.6 som nævnt i anbringenderne), har karakter af klart fastsatte mindstekrav, hvis mangelfulde opfyldelse ville berettige Aarhus

Kommune og Brabrand Boligforening til at afvise tilbuddet fra Jørgen Friis Poulsen A/S som ukonditionsmæssigt. Der er derimod som anført tale om en række ”ønsker og intentioner”, og den mindre gode opfyldelse heraf har givet sig klare udslag i evalueringen af tilbuddet i relation til underkriteriet om kvalitet. Der er således på det foreløbige grundlag, som foreligger, ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Påstand 2

Det fremgår af evalueringsrapporten, at tilbuddet fra Jørgen Friis Poulsen A/S på en række punkter ikke fuldt ud illustrerer, hvorledes krav eller forventninger i udbudsmaterialet vil skulle opfyldes, og tilbuddet er da også kvalitativt blevet evalueret dårligere end tilbuddet fra C.C. Contractor A/S. Det er imidlertid ikke ensbetydende med, at tilbuddet indeholder forbehold, der ville skulle kapitaliseres. Som anført af Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening er en dårlig kvalitativ evaluering således udelukkende udtryk for, at tilbuddet på det givne punkt ikke eller ikke i det ønskede omfang illustrerer, hvorledes krav og/eller forventninger i udbudsmaterialet opfyldes, og derfor ikke i fuldt omfang lever op til ordregivers forventninger til tilbuddets indhold. Der er således på det foreløbige grundlag, som foreligger, heller ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

Påstand 3

Tilbuddet fra C.C. Contractor A/S blev i overensstemmelse med udbudsbetingelserne i relation til underkriteriet om kvalitet bedømt på grundlag af tilbuddet i A3 mappen, som var indeholdt i kuvert 1, og som blev åbnet og bedømt, før kuvert 2 med de tilbudte priser blev åbnet og bedømt. Tilbuddet opnåede vedrørende underkriteriet om kvalitet en samlet karakter på 7,70 (vægtet 4,62). Det fremgår af evalueringsrapporten, at dette resultat bl.a. var positivt påvirket af en række af de ydelser, som C.C. Contractor A/S i det brev, der var vedlagt kuvert 2, har betegnet som tillæg, og som i overensstemmelse med det, som C.C. Contractor A/S har anført i brevet, samlet vil medføre en merbetaling på 5.820.000 kr. Som udbuddet var tilrettelagt, havde Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening ikke været berettigede til at undlade at tillægge dette beløb til den tilbudte pris, hvorved bemærkes, at Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening ved en sådan undladelse – modsat – ville have været forpligtede til også at genoptage den kvalitative evaluering af tilbuddet fra C.C. Contractor A/S. På det foreløbige grundlag, som foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge.

Påstand 4 og 5

Det følger af det, som er anført ovenfor, at der på det foreløbige grundlag heller ikke er udsigt til, at påstand 4 og 5 vil blive taget til følge.

Da der ikke er udsigt til, at tildelingsbeslutningen vil blive annulleret, er betingelsen om fumus boni juris ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anne-Mette Schjerning
specialkonsulent