

Parterne har indgået forlig, og Raunstrup Byggeri A/S har på den baggrund tilbagekaldt klagen. Kendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Raunstrup Byggeri A/S
(advokat Thomas Grønkær, København)

mod

Tårnby Kommune
(advokat Andreas Christensen, København)

Klagenævnet har den 13. november 2017 modtaget en klage fra Raunstrup Byggeri A/S.

Raunstrup Byggeri A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Tårnby Kommune 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, svarskrift med bilag A-B, replik og duplik med bilag C-D.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Tårnby Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at erklære tilbuddet fra G.V.L Entreprise A/S for konditionsmæssigt, uagtet at G.V.L Entreprise A/S i sit tilbud har taget forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet ved ikke at indeholde et tilbud på ”udearealer”.

Påstand 2 (subsidiært til påstand 1):

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Tårnby Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at kapitalisere forbeholdet for ”udearealer” i tilbuddet til den værdi, som G.V.L. Entreprise A/S havde fastsat i det indledende tilbud og ikke efter princippet om, at forbehold skal kapitaliseres ud fra ordregivers skøn over, hvad omkostningerne i værste fald vil kunne beløbe sig til og dermed en kapitalisering, som giver sikkerhed for, at tilbudsgiver ikke drager uberettiget fordel af forbeholdet.

Påstand 3:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Tårnby Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have tildelt G.V.L Entreprise A/S henholdsvis Raunstrup Byggeri A/S’ tilbud point ved evaluering af underkriteriet ”Kvalitet og byggeteknik”, som ikke afspejler de reelle forskelle mellem tilbuddene.

Påstand 4:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Tårnby Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have tildelt G.V.L Entreprise A/S henholdsvis Raunstrup Byggeri A/S’ tilbud point ved evaluering af underkriteriet ”Arkitektur, herunder funktionalitet”, som ikke afspejler de reelle forskelle mellem tilbuddene.

Påstand 5:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at overtrædelserne nævnt i påstand 2-4, samlet set medfører, at kontrakten skulle have været tildelt Raunstrup Byggeri A/S og ikke G.V.L Entreprise A/S.

Påstand 6 (subsidiært til påstand 2-5):

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Tårnby Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, ved på baggrund af de i udbudsbetingelserne nævnte under- og delkriterier, for så vidt angår ”Driftsomkostninger”, ”Kvalitet og Byggeteknik” og ”Arkitektur, herunder funktionalitet”, at have

foretaget en evaluering af tilbuddene, der er uigennemsigtig og som dermed ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 7:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Tårnby Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 3 ved ikke at ledsage Tårnby Kommunes underretning om tildeling af kontrakten med en fyldestgørende begrundelse for beslutningen, idet evalueringsrapporten ikke indeholder en beskrivelse af karakteristika og relative fordele ved det vindende tilbud i forhold til Raunstrup Byggeri A/S' tilbud, hvorfor tilbudsgiverne ikke har kunne kontrollere, at evalueringen er sket i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringsmetode.

Påstand 8:

Klagenævnet for Udbud skal annullere Tårnby Kommunes beslutning af 3. november 2017 om at tildele den udbudte kontrakt til G.V.L Entreprise A/S, og såfremt Raunstrup Byggeri A/S ikke gives medhold i sin påstand om opsættende virkning, med den i udbudslovens § 185, stk. 2 omhandlende virkning i form af kontraktophør af kontrakten med G.V.L Entreprise A/S med passende varsel.”

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 083-159905 af 26. april 2017, offentliggjort den 28. april 2017, udbød Tårnby Kommune som udbud med forhandling en totalentreprisekontrakt vedrørende opførelse af Vestamager Svømmehal.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 1.1 fremgår:

”Dokumenterne ”Byggesagsbeskrivelse” og ”Byggeprogram” og udbudsmaterialets øvrige tekniske dokumenter indeholder en udførlig beskrivelse af de opgaver, som er omfattet af den udbudte kontrakt og Ordregivers ønsker og krav i den forbindelse.”

Af udbudsbetingelserne pkt. 4.1 fremgår:

”Tilbudsgiver skal afgive tilbud på baggrund af det samlede udbudsmateriale.”

Af udbudsbetingelsernes pkt. 4.1.1 fremgår om tilbuddets indhold:

"Projektbeskrivelsen suppleres med tegninger, der som minimum omfatter:

- Situationsplan(er) 1:500 med hovedmål og koter, som viser:
 - o Reguleret terræn, belægning, beplantninger og terrænudstyr.
 - o Bygningsplacering."

Af udbudsbetingelsernes pkt. 4.2, Tildelingskriterium, underkriterier og evalueringsmetode, fremgår:

"Tildelingskriteriet er det "bedste forhold mellem pris og kvalitet", jf. udbudslovens § 162, stk. 1, pkt. 3, med følgende underkriterier (vægtning anført i parentes):

"Pris" (30 %).

"Driftsomkostninger (20 %).

"Kvalitet og Byggeteknik" (20 %).

"Arkitektur, herunder funktionalitet" (30%)."

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 4.2.3, Underkriteriet "Kvalitet og Byggeteknik", at der til dette underkriterium var knyttet delkriterier således:

"I forbindelse med evalueringen af underkriteriet vil Ordregiver lægge positiv vægt på følgende parametre:

Kvalitet.

Bæredygtighed.

At de valgte bygningsdele har stor funktionssikkerhed med lave vedligeholdelsesomkostninger i en længere årrække.

Energioptimering.

Miljøforhold.

Vurderingen vil blive foretaget i forhold til de tilbudte materialer, det tilbudte byggeri og de tilbudte metoder.

Ovenstående delkriterier vægter ved evalueringen lige, og Ordregiver foretager en samlet vurdering på baggrund af beskrivelserne i det materiale, der er fremsendt ved tilbudsafgivelsen."

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 4.2.4, Underkriteriet "Arkitektur, herunder funktionalitet", at der til dette underkriterium var knyttet delkriterier således:

"Ordregiver vil med underkriteriet "Arkitektur, herunder funktionalitet" lægge vægt på:

Samlet udformning.

Materialevalg.
Indretning.
Design.
Tilpasning til omgivelserne.

Ovenstående delkriterier vægter ved evalueringen lige, og Ordregiver foretager en samlet vurdering på baggrund af beskrivelserne i det materiale, der er fremsendt ved tilbudsafgivelsen."

Af udbudsbetingelsernes pkt. 4.4, Forbehold, fremgår:

"Tilbudsgiver opfordres til at afstå fra at tage forbehold, herunder standardforbehold og andre faglige forbehold. [...]."

Af byggeprogrammets afsnit 1.2 fremgår:

"Byggeprogram er et dokument der sammen med Funktionsbeskrivelsen og Rumskemaer fastsætter omfang og krav til bebyggelsen".

Af byggeprogrammets pkt. 3.1, fremgår vedrørende disponering af byggegrunden:

"Etablering af tilkørselsveje, fortove, stier og udearealer skal være indeholdt i tilbuddet."

Af byggeprogrammets pkt. 3.1.1 fremgår:

"Udvendige arealer skal etableres med gode belysningsforhold overalt.

Alle arealer, inkl. p-pladser, med belægning der er egnet til køretøjer, skal dimensioneres til at kunne klare tung trafik. Arealer skal kunne klare laster fra renovationskøretøjer, store køretøjer der anvendes til varelevering o.l.

Alle friarealer, hvor der ikke udføres belægning, skal beplantes og re-etableres, så de fremstår i en enkel, naturlig og frodig udformning, f.eks. græsbeklædt og med spredt træbeplantning i en vedligeholdelses-venlig udformning.

Eksisterende beplantning fjernes, nedskæres eller vedligeholdes, så det ved aflevering fremstår i en velholdt helhed.

I planlægningen af alle udearealer skal indtænkes gode arbejdsforhold for pleje og vedligehold.

...

I tilbuddet skal indgå en beplantningsplan, som viser en beplantning i harmoni med de tilstødende beplantninger, og som omfatter en passende variation af forskellige og robuste buske, højbede og blomster placeret. Der må ikke forekomme giftige bær eller plantedele. Tilbuddet skal ligeledes indeholde oplysninger om plantearter, planteforhold, plejekrav m.m.”

Af byggeprogrammets pkt. 4.2 fremgår:

”Materialer baseret på PVC skal for så vidt muligt undgås når disse anvendes indendørs, både i bassiner, vandbehandlingsanlæg, byggematerialer, ventilationsanlæg mv.”

I byggeprogrammets pkt. 5.8.8 er om belysning af udearealerne anført:

”5.8.8 Belysningsanlæg i terræn

5.8.8.1 Omfang

Der skal etableres belysning af:

Alle adgangsveje (minimum til vejbelysningsklasse E3)

Køreveje (minimum til vejbelysningsklasse E2)

Stier (minimum til vejbelysningsklasse E3)

Facader ved alle indgangsdøre (minimum til vejbelysningsklasse E2)

Overdækkede renovationsskure og cykelparkeringspladser (minimum til vejbelysningsklasse E2)

Stier som indgår i et færdselsforløb belyses med E2.

P-pladser belyses med E3.

Udvendig belysning skal udføres jf. designmanual bilag 23. Lamper leveres af bygherre.

Totalentreprenøren skal i sit tilbud medtage levering og montering af master, samt forberedelse og montering af lamper, der er bygherreleverance. Master udføres i 5m højde, samt ø60 mm i toppen.

Belysningen skal være tryghedsskabende og sikre, at alle færdselsveje fremstår velbelyste, samt at bygningen ikke fremstår mørk eller med mørke kroge.

Ved hovedindgang skal der sikres særligt gode belysningsforhold og tydelig markering af indgangspartiet. Belysningen skal skabe en positiv,

visuel oplevelse samt tage videst muligt hensyn til særlige behov for synshandikappede.”

Af funktionsbeskrivelsens pkt. 3.1.1 fremgår:

”Parkeringspladser skal mindst have en størrelse på 2,5 x 5,0 m. Pladser til personer med handicap indrettes i henhold til Vejdirektoratets vejregel ”Færdselsarealer for alle” udgivet i 2013, dog mindst 3,5 x 5,0 m.

Jf. parkeringsnormen fra Kommuneplanen 2014-2016 for Tårnby Kommune, skal der etableres 1 parkeringsplads pr. 50 m² bruttoetageareal.

Ydermere skal der etablere tilsvarende antal cykelparkering svarende til mindst en cykelparkeringsplads pr. 50 m² nybygget bruttoetageareal. Cykelparkering skal placeres tæt på bebyggelsens hovedindgang.

Der skal være let adgang til parkering samt cykelparkering.

Derudover skal der etableres overdækket areal til min. 20 barnevogne, i nærheden af bebyggelsens hovedindgang.”

Ved fristen for det indledende tilbud den 14 august 2017 havde Tårnby Kommune modtaget fire tilbud, hvoraf ét tilbud blev erklæret ukonditionsmæssigt. Efter forhandling med de tre tilbageværende tilbudsgivere modtog Tårnby Kommune den 20. september 2017 endeligt tilbud fra to tilbudsgivere, G.V.L Entrepri- se A/S (herefter G.V.L) og Raunstrup Byggeri A/S (herefter Raunstrup).

Ved underretningsbrev af 3. november 2017 til Raunstrup oplyste Tårnby Kommune, at kommunen havde vurderet, at G.V.L havde afgivet tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet, og at kommunen agtede at indgå kontrakt med G.V.L efter udløbet af standstill-perioden. Brevet var vedlagt kommunens evalueringsrapport.

Af evalueringsrapporten fremgår følgende pointtildelinger:

Pointgivning	GVL Entrepri- se	Raunstrup Byg- geri
Pris 30 %	80,3	100,0
Driftsomkostninger 20 %	80,0	90,0
Kvalitet og Byggeteknik	65,0	68,0

Arkitektur, herunder funktionalitet 30 %	95,0	55,0
Point i alt	81,6	78,1

Om evalueringen af tilbuddet fra G.V.L i henhold til underkriteriet Pris fremgår af evalueringsrapportens pkt. 3.2.1.:

”Underkriteriet ”Pris” pointgives 80,3 point.

Tilbuddets samlede pris er kr. 112.290.000 ekskl. moms.

Udearealer er ikke indeholdt i det endelige tilbud, hvorfor tilbuddets samlede tilbudspris er tillagt kr. 2.600.000 ekskl. moms svarende til den tilbudte pris på udearealer i G.V.L. Entreprise A/S’ indledende tilbud.

Pointtildelingen er derfor givet på baggrund af en samlet tilbudspris på i alt kr. 114.890.000 ekskl. moms.”

Om evalueringen af tilbuddet fra G.V.L i henhold til delkriteriet ”Tilpasning til omgivelserne” til underkriteriet ”Arkitektur, herunder funktionalitet”, hedder det i evalueringsrapporten:

”Tilpasning til omgivelserne

Bygningen indpasser sig i omgivelserne på en overbevisende og markant måde. Den lægger sig fint op af den grønne skovbeplantning, og åbner sig mod stier, ankomstarealer og de grønne sportsarealer.

Placeringen af parkeringsarealer, disponering af adgangsveje, stier og et intimt uderum ved ankomstarealet bidrager i høj grad til at øge stedets attraktionsværdi.

Udearealer er dog ikke indeholdt i tilbuddet, hvilket ikke er vurderet positivt. Der gives således et fradrag på 5 point i pointtildelingen for nærværende underkriterie.”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Raunstrup har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-8, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Tårnby Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-8, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Raunstrup gjort gældende, at det har været et grundlæggende element ved afgivelse af tilbuddet og nødvendigt for, at Tårnby Kommune har kunnet foretaget en evaluering af underkriteriet ”Arkitektur, herunder funktionalitet”, særligt delkriteriet ”Tilpasning til omgivelserne”, at tilbuddet har indeholdt opfyldelse af kravene til og en pris vedrørende udearealer.

Kommunen har ikke kunnet foretage nogen evaluering af tilbuddet fra G.V.L i forhold til underkriteriet ”Arkitektur, herunder funktionalitet”, særligt delkriterium ”Tilpasning til omgivelserne”, idet tilbuddets beskrivelse af de omkringliggende udearealer, såsom adgangsforhold til bygningen, parkeringsforhold, stier, beplantning mv., ikke har været en del af tilbuddet.

Når G.V.L har taget forbehold for opfyldelse af et grundlæggende element, skal tilbuddet efter fast praksis fra Klagenævnet for Udbud og domstolene erklæres for ikke-konditionsmæssigt, jf. U 2011.1955 H.

Udbudsmaterialet kan ikke læses på andre måder, end at etablering af udearealer er et mindstekrav til tilbudsgivernes tilbud. Et forbehold for mindstekrav skal i henhold til praksis altid anses som et forbehold for grundlæggende elementer, som skal føre til afvisning af det pågældende tilbud.

Ved at tage forbehold for levering af udearealer har G.V.L forrykket risikoen og ansvarsfordelingen mellem ordregiver og tilbudsgiver, idet risikoen for den endelige etablering af udearealerne, herunder eventuelle uforudsete omstændigheder, som for eksempel vejrforhold, flyttes over på Tårnby Kommune.

Raunstrup bestrider, at udearealer utvivlsomt kan kapitaliseres, idet udearealer kan defineres som en selvstændig afgrænset ydelse. Som det fremgår af tilbudsspecifikationerne fra Raunstrup og G.V.L, er udearealerne netop en integreret del af totalentreprisen, og tilbudspriserne for udearealer indgår som delmængder i mange forskellige punkter under tilbudslisten, som ikke kan udskilles præcist af de enkelte poster. I hvert fald indgår elementer fra blandt andet posterne A.2 (Kloak), C.17(Øvrig belysning), C.18 (Øvrige el-

og mekaniske anlæg) og F(Omkostninger) i udearealerne. Raunstrup anser det herudover for sandsynligt, at også posterne B.1(Terræn- og Bygningsbasis), C.13(Elanlæg), D.1(Byggepladsdrift) og D.2 (Samtlige vinterforanstaltninger) kan indeholde priselementer, som er omfattet af udearealerne. Preiselementerne for udearealer kan således ikke udskilles af tilbudsspecifikationen, og det er derfor ikke muligt at kapitalisere et forbehold for udearealer.

Raunstrup bestrider, at udearealerne udgør en lille og uvæsentlig del af totalentreprisen, allerede af den grund, at Tårnby Kommune har fastsat ufravigelige mindstekrav til etablering af udearealerne i udbudsmaterialet. Prisen er ikke afgørende for, hvorvidt et element må anses som en uvæsentlig del af et udbud. Etablering af udearealer vil for de fleste tilbudsgivere kræve særlig antagelse af underleverandører i form af anlægsgartnere og landskabsarkitekter. Det kan således ikke udelukkes, at visse potentielle tilbudsgivere ikke har afgivet tilbud på totalentreprisekontrakten på grund af kravet om også at levere udearealer.

Det forhold, at udearealer i princippet kunne have været udbudt selvstændigt af Tårnby Kommune, er irrelevant.

Sammenfattende har Raunstrup vedrørende påstand 1 gjort gældende, at kravene om, at tilbuddet skulle indeholde et tilbud på udearealer, herunder indeholde en beplantningsplan, har været ufravigelige krav i udbudsmaterialet, at G.V.L udtrykkeligt har taget forbehold for levering af udearealer og dermed har taget forbehold for et grundlæggende element i udbudsmaterialet, og at dette efter fast praksis skal medføre, at tilbuddet erklæres for ikke-konditionsmæssigt,

Særligt vedrørende påstand 1 har Tårnby Kommune gjort gældende, at et forbehold, for at kunne karakteriseres som et forbehold for et grundlæggende element, er kendetegnet ved, at forbeholdet skal kunne have medført, at potentielle ansøgere og tilbudsgivere har afstået fra at deltage i udbudsprocessen, ligesom det ikke skal være muligt at foretage en kapitalisering af forbeholdet. Dette gælder for forbehold, der forrykker risikoen, herunder den økonomiske risiko, og dermed ansvarsfordelingen mellem ordregiver og tilbudsgiver.

Udearealer kan utvivlsomt kapitaliseres, idet udearealer kan defineres som en selvstændig afgrænset ydelse, som kan konkretiseres til en samlet værdi, der kan udtrykkes i ét beløb.

Udearealerne kunne i princippet efterfølgende have været blevet udbudt af kommunen som et selvstændigt bygge- og anlægsarbejde.

Udearealerne udgør en lille og dermed uvæsentlig del af den samlede totalentreprise. En ændring af udbudsmaterialet således, at byggeprogrammet og byggesagsbeskrivelsen ikke havde indeholdt en mulighed for at afgive en samlet tilbudssum for udearealerne, kan således ikke antages at ville have medført, at feltet af tilbudsgivere ville have været et andet.

Evalueringen skulle tage udgangspunkt i en lang række delkriterier, hvoraf udearealerne ikke i sig selv var afgrænset til at vedrøre ét delkriterium, men indgik som et element i den samlede evaluering af alle delkriterier, hvilket således også afspejles i evalueringsrapporten, hvoraf det fremgår, at de manglende udearealer dels havde indflydelse ved evalueringen af underkriteriet "Arkitektur, herunder funktionalitet", dels havde indflydelse ved evalueringen af underkriteriet "Pris".

Det følger af fast klagenævnsspraksis, herunder blandt andet klagenævnets kendelse af 13. januar 2017, CC. Contractor A/S mod Aarhus Kommune og Brabrand Boligforening, at det skal fremgå entydigt af udbudsmaterialet, såfremt manglende opfyldelse af et krav indebærer, at tilbuddet skal betragtes som ukonditionsmæssigt, samt at kravet til denne entydighed skærpes ved udbud med forhandling. Kommunen har ikke i udbudsmaterialet anført, at et tilbud, der enten helt eller delvist manglede udearealer, ville blive afvist som ukonditionsmæssigt. Tværtimod fremgår det af det samlede udbudsmateriale, at udearealerne indgår som et vurderingselement.

Byggeprogrammet og funktionsbeskrivelsen beskriver alene de ønsker og intentioner, som kommunen har til svømmehallen. Der er således tale om forhold, som Raunstrup og G.V.L i større eller mindre grad kunne opfylde, og som derfor ligeledes afspejler sig i evalueringen af tilbuddene i relation til de kvalitative kriterier.

Et mindstekrav er ligeledes karakteriseret ved, at det kan konstateres objektivt, om mindstekravet er opfyldt, ligesom det ikke er muligt at konkurrere på opfyldelsen af et mindstekrav.

Etablering af udearealerne var derfor ikke et mindstekrav, hvis manglende opfyldelse skulle føre til, at et tilbud skulle afvises som ukonditionsmæssigt, herunder at der ikke kunne ske en kapitalisering af udearealerne.

Særligt vedrørende påstand 2 har Raunstrup gjort gældende, at såfremt Tårnby Kommune har været berettiget til at foretaget en kapitalisering af forbeholdet, er denne kapitalisering ikke sket i overensstemmelse med fast praksis, hvorefter kapitaliseringen skal opgøres på baggrund af en vurdering af, hvad omkostningerne i "worst case"-situationen kan beløbe sig til. Ordregiveren kan derfor ikke forlade sig på, hvad en tilbudsgiver tidligere i en udbudsproces har oplyst om omkostningsniveauet, særligt henset til, at dette niveau ikke længere er bindende for tilbudsgiveren. Tårnby Kommune skal sikre, at en eventuel kapitalisering af forbeholdet er foretaget ud fra en sådan prissætning, at G.V.L ikke kan drage fordel af forbeholdet for udearealer, jf. tillige U 2011.1955 H.

Raunstrup har ud fra sin tilbudsliste foretaget en overslagsberegning på grundlag af posterne A.1(Terrænarbejde), delvis post A.2 (Kloak), post A.3 (Belægninger), post A.4 (Beplantninger), delvis post C.17/C.18 (Belysning) og delvis post F (Omkostninger), hvilket svarer til 3.097.380 kr. ekskl. moms.

Raunstrups overslagsberegning viser, at kapitaliseringen på 2.6 mio. kr. med overvejende sandsynlighed er for lav, og Tårnby Kommunes skøn dermed ikke opfylder kravet om, at et forbehold skal kapitaliseres efter princippet om et forsigtigt skøn.

Raunstrup finder det ikke godtgjort, at G.V.L's tilbud indeholdt tilbudssummer vedrørende udearealer for posterne A.1, A.2, C.17 og F. Der er ikke i det fremlagte bilag vedrørende enkelte af delpriserne i G.V.L's tilbud oplyst priser for post F (Omkostninger), og i forhold til post A.1 (Terrænarbejde) har G.V.L. tilbudt en pris, der er ca. 25 % lavere end Raunstrups pris.

I forhold til post A.2 (Kloak), har G.V.L. afgivet tilbud på 2.444.000 kr., mens Raunstrup har afgivet tilbud på 3.330.175 kr. Udgifter til kloakering omfatter selve bygningen og kloakering i forbindelse med etablering af parkeringspladser, udendørsopholdsarealer mv., hvor det er nødvendigt at aflede vandet. Ud fra tilbudslisten er det ikke tydeligt, om G.V.L.'s tilbud indeholder udgifter til udendørskloakering, ligesom at det ikke er muligt at udskille udgifterne til kloakering af udearealerne fra de samlede udgifter. Idet G.V.L.'s tilbud således indeholder en tilbudssum, som er næsten 1 mio. kr. lavere end Raunstrups, er det dog rimeligt at antage, at G.V.L.'s tilbud formentlig ikke indeholder kloakering af udearealer.

I forhold til post C.17 (Øvrig belysning) har G.V.L. afgivet tilbud på 11.000 kr., mens Raunstrups tilbud er på 382.910 kr. Det er ikke muligt at fastslå, om G.V.L.'s tilbudssum på 11.000 kr. vedrørende post C.17 omfatter udearealer, men med henvisning til byggeprogrammets pkt. 5.8.8. er det svært at forestille sig.

Det kan desuden hverken anses som objektivt eller sagligt, at ordregiveren baserer sin kapitalisering udelukkende på tilbudsgiverens eget tilbud.

Sammenfattende har Raunstrup gjort gældende, at kapitalisering af forbeholdet for levering af udearealer ikke er sket i overensstemmelse med udbudsreglerne, at tilbuddet fra G.V.L. skulle have været tillagt et højere beløb end 2,6 mio. kr., og at tilbuddet fra G.V.L. derfor skulle have været tillagt et lavere antal point for evaluering af underkriteriet "Pris".

Særligt vedrørende påstand 2 har Tårnby Kommune gjort gældende, at G.V.L.'s tilbudsliste viser, at G.V.L.'s endelige tilbud indeholdt tilbudssummer for delposterne A.1, A.2, C.17 og post F. Kommunens kapitalisering på de 2.600.000 kr. vedrører således alene delposterne A.3 (Belægninger), A.4 (Beplantninger) og C.18 (Øvrige el- og mekaniske anlæg). Kapitaliseringen på 2.600.000 kr. overskrider derfor væsentligt den tilbudssum, som Raunstrup har tilbudt for de relevante delposter, idet Raunstrups tilbudssum for delposterne A.3, A.4 og C.18 udgør i alt 1.064.965 kr.

Den foretagne kapitalisering overstiger således væsentligt de forventede reelle udgifter til udearealerne og har således taget højde for eventuelle uforudsete udgifter. Kapitaliseringen kan derfor betragtes som et "worst case"

billede af, hvad omkostningerne i forbindelse med etablering af udearealerne kan beløbe sig til.

Kapitaliseringen er foretaget af kommunens tekniske rådgiver på et objektivt og sagligt grundlag, idet der er taget udgangspunkt i den tekniske rådgivers erfaringer fra lignende og dermed sammenlignelige projekter, ligesom det efterfølgende er blevet bekræftet af G.V.L på opstartsmødet afholdt mellem kommunen og G.V.L den 9. november 2017, at udearealerne kan etableres for et væsentlig mindre beløb end de 2.600.000 kr.

Raunstrup og G.V.L har taget et forskelligt udgangspunkt ved beregningen og vurderingen af de priser, der skulle fremgå af tilbudslistens poster, hvilket også er helt sædvanligt og dermed forventeligt ved en tilbudsafgivelse i en udbudsproces. Det giver derfor ikke mening, når Raunstrup alene ud fra tre poster i tilbudslisten konkluderer helt overordnet, at udearealerne deraf slet ikke var indeholdt i G.V.L's tilbud.

Det må kunne forventes, at der vil være en forskel i de tilbudssummer, der fremgår af tilbudslistens poster, idet disse samlet set kommer til at indgå som et væsentligt element i (pris)evalueringen.

Sammenfattende har Tårnby Kommune gjort gældende, at kommunens kapitalisering er foretaget i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, hvorfor påstand 2 ikke skal tages til følge.

Særligt vedrørende påstand 3 har Raunstrup gjort gældende, at G.V.L har tilbudt et svømmebassin af fabrikatet "Myrtha". Dette produkt indeholder PVC i strid med, hvad kommunen har anført i byggeprogrammets pkt. 4.2. Dette burde have trukket betydeligt ned i evaluering af underkriteriet "Kvalitet og Byggeteknik", at der i det vindende tilbud er tilbudt et svømmebassin indeholdende PVC. G.V.L har imidlertid opnået 65 point, svarende til, at "løsningen er god og opfylder en stor del af ordregiverens ønsker". Pointgivningen forekommer ikke at være i overensstemmelse med, at et så væsentligt element som indendørssvømmebassinerne udføres i materialer indeholdende PVC.

Modsat lever Raunstrups løsning til fulde op til Tårnby Kommunes ønsker vedrørende materialevalg, idet der tilbydes en løsning i rustfrit stål. Dette er

imidlertid ikke afspejlet i den relative pointgivning, idet Raunstrup alene blev tildelt 68 point for underkriteriet "Kvalitet og Byggeteknik".

Påstanden vedrører ikke blot en forskel i det fabrikatmærke, der er tilbudt. I byggeprogrammets pkt. 4.2 er anført, at "PVC så vidt muligt skal undgås". Dette medfører en begrænsning i forhold til Tårnby Kommunes skøn, idet Tårnby Kommune herved fastlægger, at anvendelse af PVC i bassinerne skal bedømmes negativt. Evalueringen skal ske i henhold til de bedømmelseskriterier, som er oplyst i udbudsmaterialet. Tilbudsgiverne skal således kunne indrette deres tilbud efter de ønsker og krav, som er angivet.

En løsning indeholdende PVC er langt billigere end anvendelse af en stålkonstruktion. Raunstrup har således fravalgt "Myrtha" for at efterkomme Tårnby Kommunes ønsker, hvilket samtidig har medført en dyrere løsning for Raunstrup i forhold etablering af indendørsbassiner. Da der er tale om etablering af en svømmehal, må udførelsen af svømmebassinerne selvsagt udgøre et væsentligt element i tilbuddene, som burde give sig væsentligt til udtryk i pointtildelingen.

Sammenfattende har Raunstrup gjort gældende, at tildelingen af point for "Kvalitet og byggeteknik" er i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, idet Tårnby Kommune ikke over for G.V.L. har tillagt det tilstrækkelig negativ betydning, at et så væsentligt element som indendørs-svømmebassinerne udføres i materialer indeholdende PVC, og ikke har tillagt det tilstrækkelig positiv vægt, at Raunstrup har tilbudt en løsning uden PVC.

Særligt vedrørende påstand 3 har Tårnby Kommune gjort gældende, at det følger af fast praksis fra klagenævnet, at en ordregiver har en vid margin i forbindelse med den kvalitative skønsmæssige evaluering.

Ved evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet "Kvalitet og byggeteknik" ville kommunen, som det fremgår af udbudsbetingelserne, lægge vægt på en række delkriterier, herunder "Kvalitet", "Bæredygtighed", "At de valgte bygningsdele har stor funktionssikkerhed med lave vedligeholdelsesomkostninger i en længere årrække", "Energioptimering" samt "Miljøforhold".

En forskel i fabrikatmærke for de tilbudte svømmebassiner kan ikke i sig selv begrunde, at Raunstrup og G.V.L. burde have fået vidt forskellige point for underkriteriet "Kvalitet- og byggeteknik".

Kommunen har i byggeprogrammet alene *opfordret* til, at materialer baseret på PVC skulle undgås. Det er derfor ikke holdepunkter for, at materialer baseret på PVC skulle udgøre et "så væsentligt element", der i sig selv burde have medført, at G.V.L. ikke skulle have opnået 65 point, som anført af Raunstrup.

Det ville stride grundlæggende imod de forudsætninger for evalueringen, som kommunen har beskrevet i udbudsbetingelsernes pkt. 4.2, såfremt et underkriterium, der er beskrevet med udgangspunkt i en række delkriterier, alene skulle evalueres med udgangspunkt i, hvilke svømmebassiner der var indeholdt i tilbuddene.

Der er ikke holdepunkter for, at kommunen i evalueringen ikke skulle have taget højde for, hvilke svømmebassiner der var indeholdt i G.V.L.'s tilbud, samt hvilke svømmebassiner der var indeholdt i Raunstrups tilbud.

Hertil kommer, at det bassin, som G.V.L. har tilbudt, ikke indeholder PVC. G.V.L.'s projektplanlægger, Rasmus Bertelsen, har således i en e-mail af 13. november 2017 til Tårnby Kommune anført:

"Hvad angår de PVC-frie bassiner, så omtalte jeg blot, at bassinerne, der leveres, ville være som Myrtha og uden PVC-dug. Jeg har som sagt Aqua-Teknik med i mit team og de har bistået os i tilbudsfasen og forsikret os, at bassinerne er PVC-frie. Jeg har derfor ikke en decideret mail fra Myrtha, men derimod Aqua-Tekniks garanti for at vi leverer som bygherren ønsker det."

Kommunen gør derfor sammenfattende gældende, at evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet "Kvalitet og byggeteknik" er i overensstemmelse med de angivne delkriterier og dermed udbudslovens § 2.

Særlig vedrørende påstand 4 har Raunstrup gjort gældende, at G.V.L. - med et fradrag på 5 point for udearealer - har opnået 95 point ud af 100 point vedrørende underkriteriet "Arkitektur, herunder funktionalitet", svarende til, at G.V.L. har tilbudt en løsning, som er "særdeles tilfredsstillende løsning, der opfylder alle Ordregivers ønsker". Ved vurderingen af tilbuddet i

forhold til de øvrige delkriterier til underkriteriet ”Arkitektur, herunder funktionalitet” må G.V.L. følgelig have opnået maksimumpoint.

Til trods for, at tilbuddet fra G.V.L. ikke indeholdt udearealer, fremgår det af evalueringsrapporten, at det ved delkriteriet ”Indretning” er tillagt vægt, at der er ”... tydeligt markeret pladser til parkering af både biler, cykler og barnevogne. En meget nuanceret og velindrettet forplads giver mulighed for aktivt udeophold. Derudover er der velplacerede nicher, som understøtter rekreativt ophold”, og ved delkriteriet ”Tilpasning til omgivelserne”, at ”Placeringen af parkeringspladser, disponeringen af adgangsveje, stier og et intimt uderum ved ankomstarealet bidrager i høj grad til at øge stedets attraktionsværdi”. Udearealerne er således inddraget i den kvalitative evaluering.

Dette gælder ligeledes ved delkriteriet ”Design”, hvor kommunen har tillagt det vægt, at G.V.L. har tilbudt ”En smuk bygning, der både i materialevalg, komposition og bygningens varierende højder giver et venligt og imødekommende indtryk”, og i evalueringsrapporten endvidere har anført, at ”Den fine stemning understøttes af en god overskuelighed og et flot materialevalg”.

Det er ikke fremgået af udbudsbetingelserne og udbudsmaterialet, at det ville blive tillagt vægt, at bygningen fremstod ”smuk” og giver et ”venligt og imødekommende indtryk”, ligesom at det heller ikke er fremgået, at bygningen skulle give en ”fin stemning”, herunder ved hjælp af et ”flot” materialevalg.

Tilbuddet fra G.V.L. er således blevet bedømt positivt for forhold, som ikke har været forudsat at kunne rummes inden for underkriteriet.

Det fremgår tydeligt af evalueringsrapporten, at udearealer ikke er indeholdt i G.V.L.’s endelige tilbud. At det alene er ”idégrundlaget” for udearealerne, som skulle være en del af tilbuddet, fremgår ikke af udbudsmaterialet, ligesom at dette vil savne mening, idet der er tale om en totalentreprisekontrakt, hvor entreprenøren har ansvaret for det totale projekt. Tårnby Kommune har ikke angivet ”udgifter” som et delkriterium, der blev tillagt vægt i forbindelse med evaluering af underkriteriet ”Arkitektur, herunder funktionalitet”, hvorfor Tårnby Kommune ikke har været berettiget til at til-

lægge dette vægt ved evalueringen af underkriteriet "Arkitektur, herunder funktionalitet".

Sammenfattende har Raunstrup gjort gældende, at tildelingen af point for "Arkitektur, herunder funktionalitet" er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, idet Tårnby Kommune ikke har tillagt det tilstrækkelig betydning, at G.V.L's tilbud ikke indeholder udearealer, idet G.V.L's tilbud alene er fratrasket 5 point, idet Tårnby Kommune har lagt positiv vægt på udearealer i G.V.L's tilbud, selv om tilbuddet ikke indeholder udearealer, og idet Tårnby Kommune ved vurderingen af de indkomne tilbud har lagt vægt på forhold i strid med den offentliggjorte evalueringsmetode.

Særligt vedrørende påstand 4 har Tårnby Kommune gjort gældende, at det alene er en del af udgifterne til udearealerne, som ikke var indeholdt i G.V.L's tilbud. Kommunen har ved vurderingen af, hvilke point der skulle fratrækkes ved pointgivningen for underkriteriet "Arkitektur, herunder funktionalitet", tillagt det vægt, hvor stor en udgift udearealerne reelt fandtes at udgøre i forhold til den samlede totalentreprisesum.

Ud fra G.V.L's samlede totalentreprisesum på 112.290.000 kr. foretog kommunen en omregning til point ud fra den offentliggjorte pointskala således, at 1 point kunne betragtes som svarende til 1.122.900 kr.

På baggrund af kapitaliseringen af udearealerne til 2.600.000 kr. blev det i bedømmelsesudvalget anskuet således, at betydningen af de manglende udearealer i hvert fald måtte medføre et fradrag på mere end 2 point, idet 2 point kunne betragtes som svarende til 2.256.800 kr.

For at opnå en tilstrækkelig sikkerhed for, at de manglende udearealer blev afspejlet korrekt i evalueringen, herunder at evalueringen blev foretaget i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, blev det besluttet, at de manglende udearealer skulle medføre et fradrag på i alt 5 point, uanset at dette kunne betragtes som svarende til 5.614.500 kr. De manglende udearealer fik herved reelt en større betydning ved pointgivningen end udearealerne umiddelbare værdi.

Den måde, hvorpå omregningen er sket, har ikke noget med selve udgifterne at gøre; måden er fastlagt ud fra en betragtning om, at dette gav det mest

retvisende billede, således at det derigennem blev sikret, at de manglende udearealer blev afspejlet korrekt i evalueringen.

Uanset, at ikke alle udgifter til etablering af udearealerne var indeholdt i G.V.L's tilbud, er hele idégrundlaget for udearealerne indeholdt i tilbuddet derhen, at kommunen er berettiget til at anvende idégrundlaget i det videre arbejde med svømmehallen. Denne del af udearealerne er derfor et element i selve evalueringen og skal derfor fremgå af evalueringsrapporten.

Det er ikke afgørende, om udearealerne indgår som et beskrivende element i selve evalueringsrapporten, men at kommunen faktisk i evalueringsrapporten har taget højde herfor ved selve den kvalitative pointgivning.

De manglende udearealer har ikke alene medført, at G.V.L i forbindelse med evalueringen af underkriteriet "Arkitektur, herunder funktionalitet" blev tildelt et lavere antal point, men tillige, at G.V.L i forbindelse med evalueringen af underkriteriet "Pris" fik tildelt et lavere antal point. De manglende udearealer er således blevet tillagt tilstrækkelig betydning ved evalueringen af G.V.L's tilbud.

En kvalitativ skønsmæssig vurdering vil naturligt medføre brug af ord, der kan beskrive de relative fordele (og ulemper) ved de afgivne tilbud. Sådanne ord kan ikke på forhånd fremgå af udbudsmaterialet. En kvalitativ vurdering af et delkriterium som "Design" vil i alle tilfælde til en vis grad være bestemt af, hvordan den enkelte, der skal evaluere det udbudte projekt, oplever og anskuer designet. Det vil savne mening, såfremt beskrivende tilføjsord på forhånd skulle fastlægges i udbudsmaterialet, idet dette vil være medvirkende til at begrænse muligheden for skønnet. De ord, som er anvendt i evalueringsrapporten, kan i alle tilfælde rummes inden for de offentliggjorte delkriterier og hænger således naturligt sammen hermed.

Særligt vedrørende påstand 5 har Raunstrup gjort gældende, at G.V.L er blevet tildelt for mange point under underkriterierne "Pris", "Kvalitet- og Byggeteknik" og "Arkitektur, herunder funktionalitet" i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, at den relative pointtildeling mellem G.V.L og Raunstrup ikke afspejler de faktiske forskelle i tilbuddene i forhold til, hvorvidt løsningerne lever op til Tårnby Kommunes ønsker, at der på baggrund af vurderingen alene er 3,5 points forskel mellem tilbuddene fra henholdsvis G.V.L og Raunstrup, hvorfor det er sandsynliggjort, at

kontrakten retmæssigt skulle have været tildelt Raunstrup, og at klagenævnet på den baggrund skal konstatere, at kontrakten retmæssigt skal tildeles Raunstrup.

Særligt vedrørende påstand 5 har Tårnby Kommune henvist til det, der er anført vedrørende påstand 2, 3 og 4, og til klagenævnets kendelse af 11. september 2009, Mecanoo Architecten b.v. mod Aarhus Kommune.

Særligt vedrørende påstand 6 har Raunstrup gjort gældende, at Tårnby Kommune har foretaget en evaluering af tilbuddene i relation til underkriterierne ”Driftsomkostninger”, ”Kvalitet og Byggeteknik” og ”Arkitektur, herunder funktionalitet”, som ikke har sammenhæng med de enkelte underkriterier, og at Tårnby Kommune har behandlet og vurderet beskrivelse af samme forhold i de enkelte tilbud under forskellige under- og delkriterier. Evalueringen er derfor foretaget i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2.

Særligt vedrørende påstand 6 har Tårnby Kommune gjort gældende, at kommunen har foretaget evalueringen i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Raunstrups og G.V.L.’s (indledende og) endelige tilbud har begge været genstand for en grundig gennemgang af bedømmelsesudvalget, hvor tilbuddene således hver for sig og på samme vis er blevet evalueret og dermed pointgivet med udgangspunkt i de offentliggjorte tildelings- og underkriterier. Evalueringen af tilbuddene er sket på møder, hvor bedømmelsesudvalget har deltaget sammen med både den juridiske og tekniske rådgiver samt center- og projektlederen fra Tårnby Kommune. Der kan derfor ikke foreligge tvivl om, at hvert tilbud er blevet behandlet og evalueret i fuld overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringsmetode.

Særligt vedrørende påstand 7 har Raunstrup gjort gældende, at ordregivers underretning om tildelingsbeslutningen skal være ledsaget af en begrundelse for beslutningen, jf. udbudslovens § 171, stk. 3. Begrundelsen skal angive det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele. Den fremsendte evalueringsrapport er overordnet set en opremsning af tilbudsgivernes tilbuds indhold uden angivelse af, hvordan disse er indgået i Tårnby Kommunes vurdering af tilbuddene.

Det fremgår blandt andet ikke af den fremsendte evalueringsrapport, om Tårnby Kommune var vidende om, at fabrikatet "Myrtha" indeholder PVC, eller hvorledes dette i så fald påvirkede Tårnby Kommunes evaluering af G.V.L.'s tilbud. Det er heller ikke anført, hvordan G.V.L. og Raunstrup kan få stort set identiske point vedrørende underkriteriet "Kvalitet og byggeteknik", uagtet at de to tilbud er væsensforskellige i forhold til at levere en løsning, som lever op til Tårnby Kommunes ønsker.

Sammenfattende har Raunstrup gjort gældende, at underretningen ikke opfylder kravene i udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 3, og stk. 4.

Særligt vedrørende påstand 7 har Tårnby Kommune gjort gældende, at det følger af fast klagenævnspraksis, herunder af praksis vedrørende lov om Klagenævnet for Udbuds § 2, stk. 2, der er blevet videreført med udbudslovens § 171, samt af lovforarbejderne til udbudslovens § 171, at en underretning skal være ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen, herunder at der alene skal angives en begrundelse for de delkriterier, som har haft væsentlig indflydelse på udfaldet af evalueringen.

Kommunen kan opfylde sin underretningspligt ved at lade de tildelte point være ledsaget af overordnede bemærkninger vedrørende de to tilbud. Evalueringsrapporten indeholder information om den vindende tilbudsgiver, en kortfattet redegørelse for den anvendte evalueringsmetode, indholdet af pointskalaen samt en angivelse af de tildelte point, hvilket stemmer overens med klagenævnets kendelse af 1. april 2014, Damasec IAG JV mod Udenrigsministeriet, samt kendelse af 1. februar 2013, Abena A/S mod SKI.

Spørgsmålet omkring "Myrtha" udgør alene en mindre del af den samlede evaluering af underkriteriet "Kvalitet og byggeteknik". En nærmere redegørelse for, hvordan netop dette fabrikat har påvirket hele evalueringen af underkriteriet, hvor betydningen af svømmebassinfabrikatet ikke engang var fastsat som et selvstændigt delkriterium, falder således uden for rammerne af en underretningsskrivelse.

Særligt vedrørende påstand 8 har Raunstrup gjort gældende, at klagenævnet på baggrund af det, der er anført vedrørende påstand 1-7, skal fastslå, at Tårnby Kommune har overtrådt de udbudsretlige regler så groft, at tildelingsbeslutningen af 3. november 2017 skal annulleres, herunder - såfremt

kontrakt er indgået med G.V.L. - pålægge Tårnby Kommune at bringe en sådan kontrakt til ophør med passende varsel.

Særligt vedrørende påstand 8 har Tårnby Kommune gjort gældende, at gennemførelsen af udbuddet i det hele er sket i overensstemmelse med reglerne i udbudsloven, hvorfor påstand 8 heller ikke skal tages til følge.

Ad uopsættelighed

Raunstrup har gjort gældende, at Tårnby Kommune har begået så væsentlige fejl i den pågældende udbudsproces, at klagen skal tillægges opsættende virkning uden selvstændig prøvelse af spørgsmålet om uopsættelighed.

For det tilfælde, at klagenævnet måtte foretage en selvstændig prøvelse af kravet om uopsættelighed, har Raunstrup gjort gældende, at kontrakten både henset til sin karakter og sin værdi på over 100 mio. kr. er særdeles kritisk for Raunstrup. Virksomheden vil allerede af denne grund lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, da Tårnby Kommune ellers vil underskrive kontrakten med G.V.L., således at annullation af tildelingsbeslutningen herefter ikke vil være muligt. Den pågældende kontrakt er en særdeles betydelig reference for Raunstrup, som vil have afgørende betydning ved anvendelse i andre sager, hvor Raunstrup ønsker at afgive tilbud. Tabet af denne reference vil påvirke konkurrencen i en sådan grad, at Raunstrup vil miste sin position i markedet og risikerer et alvorligt fremtidig økonomisk tab.

Tårnby Kommune har gjort gældende, at det påhviler Raunstrup at godtgøre, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Raunstrup har på ingen måde sandsynliggjort eller dokumenteret, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. Der er således ingen forhold, der taler for, at en tildeling af kontrakten skulle true Raunstrups eksistens eller markedsposition på uoprettelig vis. Betingelsen om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt.

Ad interesseafvejning

Raunstrup har gjort gældende, at hensynet til, at kontrakten tildeles til den leverandør, som reelt har leveret et konditionsrættigt og det økonomisk

mest fordelagtige tilbud, må veje tungere end Tårnby Kommunes hensyn til, at kontrakten indgås hurtigst muligt.

Tårnby Kommune har gjort gældende, at en interesseafvejning taler imod at tillægge klagen opsættende virkning. Raunstrup har således intet konkret anført om sin interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning. Derimod er der et væsentligt hensyn at tage til almenhedens interesse, herunder de konsekvenser, det kan have for borgerne, der er dem, der i sidste ende skal gøre brug af den omhandlende svømmehal.

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 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, 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:

Påstand 1

Udbuddet drejer sig om en totalentreprise om bygning af en svømmehal. Af udbudsbetingelsernes pkt. 4.1.1. fremgår, at projektbeskrivelsen bl.a. skal indholde situationsplaner, som viser reguleret terræn, belægning, beplantninger og terrænudstyr. Ligeledes fremgår det af byggeprogrammets pkt. 3.1., at tilbuddet skal indeholde etablering af tilkørselsveje, fortove, stier og udearealer, og af pkt. 3.1.1. og pkt. 5.8.8 fremgår nærmere herom som beskrevet ovenfor.

Af evalueringsrapporten fremgår under pkt. 3.2.1., Pris, at "udearealer ikke er indeholdt i det endelige tilbud" fra G.V.L Entreprise A/S. Under pkt. 3.2.4., Arkitektur, herunder funktionalitet, fremgår tilsvarende, at udearealer ikke er indeholdt i tilbuddet.

Tårnby Kommune har fremlagt den tilbudsliste, som G.V.L Entreprise A/S har udarbejdet. I bilaget er alle delpriser slettet, bortset fra pkt. A.1, Terrænarbejde, pkt. A.2, Kloak, og pkt. C.17, Øvrig Belysning, der er anført med henholdsvis 325.400 kr., 2.444.000 kr. og 11.000 kr. Man kan ikke af tilbudslisten, som den er fremlagt, direkte se, at udearealer ikke er omfattet af tilbuddet.

Kommunen har i evalueringsrapporten anført, at "tilbuddets samlede tilbudspris er tillagt kr. 2.600.000 ekskl. moms svarende til den tilbudte pris på udearealer i G.V.L. Entreprise A/S' indledende tilbud", men det er ikke dokumenteret, hvilke poster i det indledende tilbud – svarende til 2.600.000 kr. – som ikke er omfattet af det endelige tilbud.

Under klagenævns sagen har kommunen derimod gjort gældende, at kapitaliseringen af udeladelsen er foretaget af kommunens tekniske rådgiver, idet der er taget udgangspunkt i den tekniske rådgivers erfaringer fra lignende og dermed sammenlignelige projekter. Kommunen har dertil tilføjet, at det "efterfølgende er blevet bekræftet af G.V.L Entreprise A/S på opstartsmø-

det afholdt mellem kommunen og G.V.L Entrepriise A/S den 9. november 2017, at udearealerne kan etableres for et væsentlig mindre beløb end de kr. 2.600.000.” Kommunen har ikke redegjort nærmere for, hvorledes dette beløb er sammensat.

Endelig har kommunen anført, at uanset, at ikke alle udgifter til etablering af udearealerne var indeholdt i G.V.L Entrepriise A/S' tilbud, er ”hele idégrundlaget for udearealerne indeholdt i tilbuddet derhen, at kommunen er berettiget til at anvende idégrundlaget i det videre arbejde med svømmehallen.” Kommunen har ikke redegjort for, hvad der menes med ”selve idégrundlaget for udearealerne”, men det må antages at dække, at det af evalueringsrapporten flere steder synes at fremgå, at elementer vedrørende udearealer er indgået – med positiv vægt – under den kvalitative evaluering af tilbuddet fra G.V.L Entrepriise A/S, uanset at tilbuddet ikke omfattede udearealer.

Raunstrup Byggeri A/S har til støtte for påstand 1 gjort gældende, at G.V.L Entrepriise A/S har taget forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet ved ikke at indeholde tilbud på udearealer, og at tilbuddet derfor ikke var konditionsmæssigt.

Klagenævnet bemærker indledningsvis, at udbudsbetingelsernes pkt. 4.4, hvorefter tilbudsgiverne ”opfordres” til at afstå fra at tage forbehold, ikke er så præcist formuleret, at tilbuddet fra G.V.L Entrepriise A/S af den grund skal anses for ukonditionsmæssigt, fordi tilbuddet efter det oplyste ikke indeholder udearealer.

De beskrivelser af krav til udearealerne, som er gengivet ovenfor, viser, at der var tale om krav, hvis opfyldelse tilbudsgiverne skulle konkurrere på. Dette afspejles tillige i evalueringsrapporten, idet dog bemærkes, at det – som påpeget af Raunstrup Byggeri A/S – fremstår som om, tilbuddet fra G.V.L Entrepriise A/S er blevet evalueret, som om tilbuddet *indeholdt* udearealer, men med et pristillæg på 2.600.000 kr. og et fradrag i point vedrørende delkriteriet ”Arkitektur, herunder funktionalitet.”

Der er således ikke tale om mindstekrav, som der ikke af den grund kan tages forbehold for, men om krav, som tilbudsgiverne har skullet konkurrere om at opfylde bedst muligt.

Udearealerne indgår som påvist af Raunstrup Byggeri A/S i en række af posterne i tilbudslisten. At en sammenlægning af disse poster ikke giver et beløb, som indgår i den samlede tilbudssum med mere end nogle få procent, fører ikke til, at et forbehold for udearealer kan anses for bagatelagtigt. Ligeledes er det forhold, at udearealer muligt kunne have været udbudt særskilt, uden betydning, når det ikke er det, som er sket.

Det er derimod i den foreliggende situation og efter dette forbeholds karakter afgørende, om forbeholdet har kunnet prissættes tilstrækkeligt præcist. Tårnby Kommune har bevisbyrden for, at prissætningen udligner den fordel, som G.V.L Entreprise A/S har fået ved at tage forbeholdet.

Som sagen er oplyst, er forbeholdet prissat til 2.600.000 kr. efter oplysning fra den virksomhed, som har taget forbeholdet, om, hvilket beløb udearealer vil kunne etableres for. En sådan fremgangsmåde er ikke i overensstemmelse med kravet om, at den, der har taget forbeholdet, ikke må få en fordel derved.

Vanskeligheden ved at prissætte forbeholdet for udearealer skyldes til dels, at man – som anført af Tårnby Kommune – ikke kan gå ud fra, at elementer i tilbuddene, der vedrører eller kan vedrøre udearealer, af de to tilbudsgivere er anført under samme poster på tilbudslisten. Kapitaliseringen kan derfor heller ikke foretages entydigt på grundlag af tilbuddet fra Raunstrup Byggeri A/S.

Dels og navnlig skyldes vanskeligheden ved kapitaliseringen af forbeholdet, at det er uklart, hvad forbeholdet reelt indebærer. Tårnby Kommune har ikke præcist redegjort for, hvilke poster eller dele af poster forbeholdet vedrører, og har modsat gjort gældende, at ”selve idégrundlaget for udearealerne” på trods af forbeholdet er indeholdt i tilbuddet.

På denne baggrund har Tårnby Kommune ikke løftet sin bevisbyrde for, at forbeholdet kan prissættes.

Forbeholdet må derfor anses for grundlæggende, og tilbuddet fra G.V.L Entreprise A/S var derfor ukonditionsmæssigt.

På det foreløbige grundlag, som foreligger, er der derfor udsigt til, at Raunstrup Byggeri A/S vil få medhold i påstand 1.

Påstand 8

På baggrund af det, der er anført ovenfor, er der ligeledes på det foreløbige grundlag, som foreligger, udsigt til, at påstand 8 om annullation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge ved en endelig afgørelse.

Betingelsen om ”fumus boni juris” er derfor opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at selvom der foreløbigt vurderet er udsigt til, at Raunstrup Byggeri A/S' påstand om annullation vil blive taget til følge, og betingelsen om ”fumus boni juris” dermed er opfyldt, finder klagenævnet, at Raunstrup Byggeri A/S ikke efter de oplysninger, som foreligger på nuværende tidspunkt, har godtgjort, at der foreligger sådan særlig alvorlig ”fumus boni juris”, at virksomheden ikke skal bevise, at en manglende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at Raunstrup Byggeri A/S vil lide en uoprettelig skade.

Da Raunstrup Byggeri A/S ikke har godtgjort, at virksomheden vil lide en uoprettelig skade, dersom klagen ikke tillægges opsættende virkning, er betingelsen om uopsættelighed ikke opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Dorthe Hylleberg
kontorfuldmægtig