

Klagenævnet for Udbud

(Katja Høegh, Mette Langborg, Michael Jacobsen, Anne-Mette Udsen)

J.nr.: 2014-0037936

9. februar 2016

K E N D E L S E

TEAM OPP

v/Bricks A/S

tidligere v/DEAS A/S

(advokat Kurt Bardeleben, København

og

advokat Lene Lange, Aarhus)

mod

Region Midtjylland

(advokat Tina Braad, Aarhus

og

advokat Hanne Padkjær Sørensen, Aarhus)

Indholdsfortegnelse

Indledning	3
Parternes påstande	5
Sagens nærmere omstændigheder	6
Udbudsbekendtgørelsen og prækvalifikationen	6
Dialogfasen – ændringer i udbuddets vilkår og i TEAM OPP	16
De endelige tilbud og evalueringen heraf	38
Beregninger og erklæringer	43
Parternes anbringender	47
Ad påstand 1	47
Ad påstand 2 og 4	61
Ad påstand 3 – Annulation	72
Klagenævnet udtaler	73
Ad påstand 1	73
Ad påstand 2 og 4	78
Ad påstand 3 – Annulation	78
Sagsomkostninger	80
Herefter bestemmes:	81

Indledning

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 011-013892 af 11. januar 2013 udbød Region Midtjylland efter reglerne om konkurrencepræget dialog efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en opgave om ”OPP-kontrakt vedr. etableringen af Nyt Psykiatrisk Center i Skejby”.

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

Ved e-mail af 25. juni 2014 meddelte Region Midtjylland TEAM OPP, at regionen have besluttet at tildele kontrakten til TEAM KPC.

Klagenævnet modtog den 1. juli 2014 en klage fra TEAM OPP over udbudet.

Klagenævnets formand har i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. (nu lov om Klagenævnet for Udbud) § 10, stk. 4, besluttet, at sagen skal behandles af to formænd og to sagkyndige.

Klagenævnet ved de to formænd afsagde den 29. juli 2014 delkendelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Klagenævnet fandt, at betingelsen om ”fumus boni juris” var opfyldt, idet der var udsigt til, at TEAM OPP ville få medhold i påstand 1 om, at regionen ”har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke at have evalueret de indkomne tilbud efter underkriteriet ”Pris – nutidsværdien af de samlede betalinger over OPP-kontraktens løbetid” i overensstemmelse med det anførte i udbudsbetingelserne, som ændret ved besvarelsen af spørgsmål 5 i rettelsesblad nr. 6 af 20. marts 2014”. Klagenævnet fandt endvidere, at der var udsigt til, at påstand 3 om annullation af tildelingsbeslutningen ville blive taget til følge.

Region Midtjylland meddelte ved brev af 25. september 2014 klagenævnet og TEAM OPP, at regionen fortsat agtede at indgå kontrakt med TEAM KPC. Kontrakt er herefter indgået, jf. regionens offentliggjorte meddelelse af 27. november 2014.

Klagenævnet afsagde den 27. februar 2015 kendelse i en tvist om omfanget af TEAM OPP's aktindsigt.

Klagenævnet afsagde den 17. august 2015 delkendelse om, at der ikke var grundlag for at afvise klagen som følge af ændringer i TEAM OPP's identitet. Klagenævnet fandt herved, at en af Region Midtjylland accepteret udskiftning, før tilbuddet blev indgivet, af en af de oprindelige konsortiedeltagere i ansøgningen om prækvalifikation entreprenøren, MT Højgaard A/S, med A. Enggaard A/S, ikke kunne føre til afvisning af klagen. Det samme gjaldt en ændring, hvorefter Bricks A/S fra i prækvalifikationsansøgningen at være forpligtende underleverandør overgik til i tilbuddet at være konsortiedeltager, men alene for så vidt angår købet af ejendommene i Risskov (AUH, Risskov). Den omstændighed, at TEAM OPP efter indgivelsen af klagen og afsigelsen af delkendelsen om opsættende virkning havde varslet ændringer i sammensætningen af klagerkonsortiet i relation til klagesagen, kunne heller ikke føre til afvisning af klagen. Klagenævnet fandt derimod, at indtræden af Kemp & Lauritzen A/S, som i prækvalifikationsansøgningen var anført som forpligtende underleverandør, i kredsen af klagere måtte anses for en selvstændig klage fra denne virksomhed. Selskabet kunne således ikke anses for en del af ansøger- og tilbudsgiverkonsortiet, "TEAM OPP", og dermed som part i det konsortium, som indgav klage den 1. juli 2014. Da klagen fra Kemp & Lauritzen A/S blev indgivet efter udløbet af fristen i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 7, stk. 2, nr. 1, blev klagen afvist. På grundlag af en tilkendegivelse fra konsortiedeltageren A. Enggaard A/S af 22. marts 2015 fandt klagenævnet, at denne virksomhed måtte anses for at være udtrådt af klagesagen. Med hensyn til de øvrige konsortiedeltagere fandt klagenævnet ikke med fornøden sikkerhed at kunne lægge til grund, at den varslede ændring af klagerkonsortiet, hvorefter visse andre konsortiedeltagere også ville udtræde, rent faktisk var gennemført. De ansås herefter fortsat for at være en del af TEAM OPP i relation til klagesagen. Klagenævnets afgørelse for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt det ansøgende og tilbudsgivende konsortium "TEAM OPP" tillige omfattede Kemp & Lauritzen A/S, og om Kemp & Lauritzen A/S dermed skal anses for part i klagesagen som en del af klagerkonsortiet, TEAM OPP, er indbragt for domstolene ved Kemp & Lauritzen A/S' stævning af 12. oktober 2015.

Hvor andet ikke fremgår nedenfor anvendes ”TEAM OPP” i det følgende som samlet betegnelse for klagerkonsortiet i dets skiftende sammensætninger under udbudsprocessen og under klagesagen.

Sagen har været behandlet på et møde den 12. januar 2016.

Der har under forberedelsen været rejst spørgsmål om, hvorvidt mødet i sagen burde afvente EU-Domstolens dom i den præjudicielle forelæggelses-sag C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark. Klagenævnet har den 9. december 2015 meddelt parterne, at nævnet finder, at der uden en udsættelse af mødet vil kunne tages hensyn til dommens mulige betydning for, hvorledes ændringerne i TEAM OPP (udskiftningen af MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S, og ændringen af Bricks A/S rolle fra i prækvalifikationsansøgningen at være forpligtende underleverandør til i tilbuddet at være konsortiedeltager, men alene for så vidt angår købet af ejendommene i Risskov), skal bedømmes. Spørgsmålet om konditionsmæssigheden af TEAM OPP's tilbud og betydningen heraf for påstandene om annullation og erstatning vil således om fornødent kunne udskilles og behandles efterfølgende på skriftligt grundlag, når dommen i sag C-396/14 foreligger. Klagenævnet meddelte samtidig parterne, at påstanden om erstatning (påstand 5) under alle omstændigheder udskilles til eventuel særskilt behandling på skriftligt grundlag.

Parternes påstande

TEAM OPP har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

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

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med udbudsdirektivet artikel 2 ved at tildele kontrakten til KPC Herning A/S i

konsortium med Pensionskassernes Administration (PKA) og Lærernes Pension Ejendomsselskab (Lærernes Pension) ("TEAM KPC").

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Region Midtjyllands beslutning af 25. juni 2014 om at tildele kontrakten til KPC Herning A/S i konsortium med Pensionskassernes Administration (PKA) og Lærernes Pension Ejendomsselskab (Lærernes Pension) ("TEAM KPC").

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at en evaluering af underkriteriet "Pris" i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, som endeligt fastsat ved besvarelsen af spørgsmål 5 i rettelsesblad nr. 6 af 20. marts 2014, ville have ført til, at TEAM OPP havde afgivet det for Region Midtjylland økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvorfor TEAM OPP skulle have været tildelt den udbudte OPP-kontrakt.

Påstand 5

Region Midtjylland tilpligtes at anerkende at skulle betale TEAM OPP erstatning, således at TEAM OPP stilles som om:

- a. Principalt: At TEAM OPP havde fået tildelt den udbudte OPP-kontrakt og salgsaftale, således at Region Midtjylland skal erstatte TEAM OPP den fortjeneste, som TEAM OPP herved mistede (positiv opfyldelsesinteresse).
- b. Subsidiært: At TEAM OPP ikke havde deltaget i udbuddet, således at TEAM OPP's forgæves afholdte udgifter ved tilbudsafgivning skal erstattes af Region Midtjylland (negativ kontraktinteresse).

Region Midtjylland har påstået, at påstand 1-4 ikke tages til følge og frifindelse for så vidt angår påstand 5.

Som nævnt er spørgsmålet om erstatning udskilt til efterfølgende særskilt behandling.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen og prækvalifikationen

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

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

Hovedspørgsmålet i sagen er, hvordan det af Region Midtjylland fastsatte underkriterium for pris skal forstås efter det, som var anført i udbudsbetingelserne, herunder et svar af 20. marts 2014 på spørgsmål fra en tilbudsgiver og det tilbudsark, som der henvises til i svaret. Der anvendes i den forbindelse betegnelsen ”bruttomodel” for den beregning af nutidsværdi, der fremgår af tilbudsarkets celle D223, mens ”nettomodel” er betegnelsen for beregning af den nutidsværdi, der fremgår af tilbudsarkets celle D223 fratrasket en beregnet nutidsværdi af købesummen for AUH, Risskov.

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

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår blandt andet:

”II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

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

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

...

Der henvises til Prækvalifikationsbeskrivelsen og i øvrigt til DNU-projektets hjemmeside for yderligere oplysninger om Psykiatrien:

<http://www.dnu.rm.dk/bygherre/psykiatrien+i+dnu/om+udbud>

...

...

Del III: Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger

III.1) Kontraktbetingelser

...

III.1.3) Retlig form, som kræves af den sammenslutning af økonomiske aktører, ordren tildeles:

III.1.4) Andre særlige vilkår

...

Den endelige kontraktpart kan være et til lejligheden stiftet selskab eller anden juridisk person, der i samarbejde med den vindende tilbudsgiver vil skulle forestå opfyldelsen af OPP-kontrakten. I så fald skal det selskab eller den anden juridiske person, med hvem Region Midtjylland forventes at indgå kontrakt, oprettes af den vindende tilbudsgiver – senest i umiddelbar forlængelse af kontraktunderskrift. Hvis tilbuddet afgives af et konsortium omfattende flere deltagere, kan det være en eller flere af deltagerne, der tilvejebringer selskabet. Det vil være forudsat, at selskabets ydelser til Region Midtjylland baserer sig på leverancer og ydelser fra tilbudsgiver på baggrund af de ressourcer, som tilbudsgiver kan råde over i henhold til prækvalifikationsansøgningen. De nærmere vilkår, herunder krav til egenkapital, sikkerhedsstillelse mv. vil fremgå af dialogmateriale og vil være genstand for drøftelse i dialogfasen.

III.2) Betingelser for deltagelse

III.2.1) De økonomiske aktørers personlige forhold, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregister

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: Ansøgere skal vedlægge følgende:

A) Oplysning om ansøgers/ansøgernes navn, adresse, CVR-nr og kontaktperson.

B) Der skal gives en kortfattet generel virksomhedsbeskrivelse, herunder om ejermæssige og organisatoriske forhold hos ansøger.

c) Erklæring på tro og love om at ansøger (samtlige konsortiedtagere) ikke befinder sig i de i direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) artikel 45, stk. 1 eller 2 anførte udelukkelsessituationer. Erklæringen/erklæringerne vedlægges ansøgningen.

D) Erklæring på tro og love fra ansøger (samtlige konsortiedtagere) vedrørende ubetalt gæld til det offentlige i henhold til lovbekendtgørelse nr. 336 af 13.5.1997. Erklæringen/erklæringerne vedlægges ansøgningen.

Hvis ansøgning om prækvalifikation afgives af et konsortium skal oplysningerne anført under punkt A) til og med D) gives for alle konsortiedeltagerne.

I det omfang ansøgeren ønsker, at der skal lægges vægt på underleverandørers økonomiske og finansielle kapacitet eller tekniske kapacitet ved prækvalifikationsvurderingen, skal ansøger godtgøre at den pågældende underleverandør stiller sine ressourcer til rådighed for ansøger, eksempelvis ved at ansøgningen vedlægges en erklæring om, at underleverandøren stiller sine økonomiske og finansielle og/eller tekniske kompetencer til rådighed for ansøgeren i forbindelse med projektets udførelse. Derudover skal der for den pågældende underleverandør i relevant omfang indsendes den dokumentation, der kræves i henhold til pkt. III.2.2, såfremt ansøger baserer sig på underleverandørens ressourcer i henseende til økonomisk og finansiell kapacitet, eller den dokumentation, der kræves i henhold til pkt. III.2.3, såfremt ansøger baserer sig på underleverandørens ressourcer i henseende til teknisk kapacitet. Indsendes det krævede materiale ikke for en sådan underleverandør, vil ansøgers ansøgning om prækvalifikation blive bedømt uden hensyn til den pågældende underleverandør.

III.2.2) Økonomisk og finansiell kapacitet

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: E) Kopi af seneste aflagte årsregnskab for ansøger (samtlige konsortiedeltagere)

F) Oplysninger om ansøgers (samtlige konsortiedeltageres) omsætning, overskudsgrad, soliditetsgrad, egenkapital og balancesum de seneste 3 regnskabsår, der vedlægges ansøgningen i et separat dokument i overskuelig form. Der stilles ikke krav om, at dette dokument skal være revisorpåtegnet.

G) Erklæring om, hvorvidt ansøgers (samtlige konsortiedeltageres) økonomiske nøgletal fortsat må antages at være et udtryk for ansøgers (samtlige konsortiedeltageres) økonomiske situation, eller om der er sket væsentlige ændringer heri, som har indvirkning på den økonomiske formåen. Der stilles ikke krav om, at erklæringen skal være revisorpåtegnet. Denne dokumentation afleveres alene, hvis årsregnskabet er afsluttet for mere end 6 måneder siden. Oplysning om økonomiske nøgletal (omsætning, overskudsgrad, soliditetsgrad, egenkapital og balance-sum) fra seneste kvartals- eller halvårsregnskab eller fremlæggelse af seneste kvartals- eller halvårsregnskab kan være en måde til opfyldelse af dette punkt. For børsnoterede virksomheder kan kopi af fondsbørsmeddelelser eller erklæring om, at virksomheden ikke har afgivet fondsbørsmeddelelse omfattende væsentlige ændringer i virksomhedens økonomiske situation

siden seneste regnskabsår, være en måde til opfyldelse af dette punkt.

H) Redegørelse for, hvordan ansøger påtænker at tilvejebringe kapital- og finansieringsstrukturen af den udbudte opgave i relation til projektering, opførelse og drift af nyt Psykiatrisk Center i DNU samt overtagelse af det nuværende psykiatriske hospital i Risskov (AUH)

Hvis ansøgning om prækvalifikation afgives af et konsortium skal oplysningerne anført under punkt E) til H) gives for alle konsortiedeltagerne.

Hvis ansøger ønsker, at der skal lægges vægt på underleverandørers (herunder koncernforbundne selskaber) økonomiske og finansielle kapacitet ved prækvalifikationsvurderingen, skal oplysningerne anført under punkt E) til H) gives for den/de underleverandør(er), der stiller finansiell og økonomisk kapacitet til rådighed for ansøger, og ansøger skal godtgøre, at den/de pågældende underleverandør stiller sine ressourcer til rådighed for ansøger.

III.2.3) Teknisk kapacitet

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:

I) Referencer på løsningen af tilsvarende eller lignende opgaver udført indenfor de sidste 5 år, herunder især indenfor følgende områder:

...

iii) Bygningsdrift, bygningsvedligeholdelse og fornyelse, indvendig vedligeholdelse, fornyelse og rengøring vedrørende sammenlignelige byggerier med henblik på en vurdering af ansøgers totaløkonomiske tilgang til nybyggeriet.

...

Hvis ansøgning om prækvalifikation afgives af et konsortium skal oplysningerne anført under punkt I), nr. i) til iv) og J) i relevant omfang gives for konsortiedeltagerne. Oplysningerne skal således gives i det omfang den enkelte konsortiedeltager bidrager med teknisk kapacitet til konsortiet.

Hvis ansøger ønsker, at der skal lægges vægt på underleverandørers tekniske kapacitet ved prækvalifikationsvurderingen, skal oplysningerne anført under punkt I), nr. i) til iv) og J) i relevant omfang gives for den/de underleverandør(er), der stiller teknisk kapacitet til rådighed for ansøger, og ansøger skal godtgøre, at den/de pågældende underleverandør stiller sine ressourcer til rådighed for ansøger.

...

IV.1.2) Grænse for, hvor mange økonomiske aktører der vil blive opfordret til at afgive bud eller deltage

Forventet mindsteantal 3: og største antal 5"

Til brug for ansøgningen om prækvalifikation havde Region Midtjylland udarbejdet en ”Prækvalifikationsbeskrivelse”. Det fremgår heraf blandt andet:

”1. Indledning

...

Det nye Psykiatriske Center i DNU udbydes med følgende overordnede mål

- Et byggeri af høj kvalitet med innovative løsninger
- Et projekt, som kan understøtte visionen om et sammenhængende-patientforløb, hvor somatikken og psykiatrien integreres til gavn for patienter og medarbejdere
- En hensigtsmæssig klar og entydig ansvars- og risikofordeling, herunder en køberet og købepligt for Region Midtjylland ved kontraktperiodens udløb til en fastsat købesum
- Et samarbejde mellem Region Midtjylland, brugerne og OPP-leverandøren for at sikre en totaløkonomisk tilgang ved projektering, udførelse og drift af projektet i kontraktens løbetid, på forventeligt 30 år.

Ved tilrettelæggelse af den udbudte opgave har Region Midtjylland tilstræbt en gennemsigtig og klar ansvars- og risikofordeling. De forhold, som ikke entydigt har kunnet fastlægges ved udbuddets tilrettelæggelse, vil blive genstand for dialog i udbudsprocessen, som vil blive gennemført efter reglerne om konkurrencepræget dialog.

OPP-opgaven udbydes med privat finansiering. Region Midtjylland vil indhente bindende svar fra SKAT på de skatte- og momsmæssige forhold. Svar herpå forventes at foreligge inden dialogmaterialets udsendelse.

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

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

...

4. Den eksisterende ejendom AUH, Risskov

...

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

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

...

5. Udbudsprocessen - konkurrencepræget dialog

Udbud af det nye Psykiatriske Center i DNU sker i henhold til EU's udbudsdirektiv, direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004. Salget af AUH, Risskov ejendommen sker i henhold til bekendtgørelse om offentligt udbud ved salg af kommunens hhv. regionens faste ejendomme (bekendtgørelse nr. 799 af 24. juni 2011).

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

...

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

...

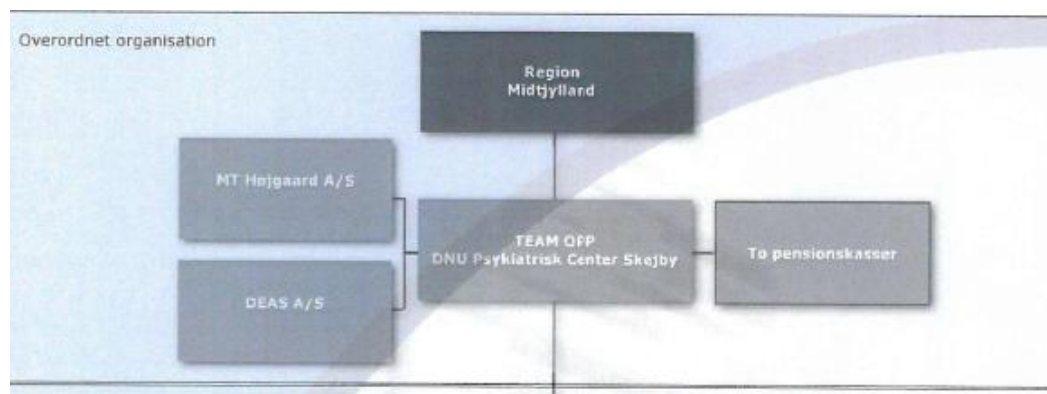
Købesummen for AUH, Risskov forudsættes, som anført indledningsvis, at udgøre en forudbetaling af den enhedsbetaling, som Region Midtjylland skal erlægge til OPP-leverandøren efter ibrugtagning af det nye Psykiatriske Center i DNU. Region Midtjyllands sikkerhed for OPP-leverandørens opfyldelse af OPP-kontrakten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

Ved ansøgningsfristens udløb havde Region Midtjylland modtaget ansøgning om prækvalifikation fra blandt andre TEAM OPP. Ifølge ansøgningen var TEAM OPP et konsortium bestående af:

- MT Højgaard A/S
- DEAS A/S
- Sampension KP Livsforsikring a/s
- PensionDanmark Pensionsforsikringsaktieselskab

Om disse fire virksomheder blev der fremlagt økonomiske og tekniske oplysninger m.v. som krævet i udbudsbekendtgørelsen.

Ansøgningen indeholdt desuden følgende overordnede organisationsdiagram:



Af ansøgningen fremgår om ”Kapital- og finansieringsstruktur”:

”DEAS A/S og MT Højgaard A/S vil ved tildeling af OPP-aftalen, sammen med de nedenfor nævnte Pensionskasser, oprette et til lejligheden stiftet selskab.

...

Finansiering af projektet vil tage udgangspunkt i den rammeaftale MT Højgaard og DEAS har indgået med pensionskasserne PensionDanmark og Sampension om samarbejde og finansiering af bygningsrelaterede projekter inden for OPP.

...

Totalentreprenør – udførelse

MT Højgaard varetager, foruden entreprenørrollen, også hele koordineringen af processen i de første to faser, herunder:

...

Drift og vedligehold

DEAS varetager drift og vedligehold af det nye psykiatriske center i Skejby. Derudover bidrager de også under hele processen med vigtig erfaring og viden, som sikrer at byggeriet bliver projekteret, så den fremtidige drift bliver bedst muligt. DEAS fører også bygherretilsyn under opførelsen af tilbygningen, og sikrer dermed, at der også er sammenhæng mellem den tilbudte løsning og den byggetekniske kvalitet af den opførte tilbygning.

I forbindelse med deltagelse i opførelse og drift af behandlingsbygningerne vil DEAS varetage Facility Management rollen ...

DEAS vil udover Facility Management rollen tillige stå for den daglige administration af OPP-selskabet ...

Forpligtende underleverandører

Øvrige parter som arkitekt og ingeniør med flere er tilknyttet indenfor egne fagområder og bidrager med kompetencer og ressourcer.

Rådgiverne bistår nøgleaktørerne i temaet og stiller deres ressourcer fuldt til rådighed. De kan således ikke arbejde for andre parter i denne konkurrence.

Følgende deltagere er at betragte som forpligtende underleverandører:

Arkitekt:	aarhus arkitekterne a/s
Ingeniør:	Niras A/S
Installationer:	Kemp & Lauritzen A/S
Projektudvikler,	
Risskov (AUH):	Bricks A/S

...

[Organisationsdiagram]

Organisation og bemanning i tilbudsfasen:

TEAM OPP DNU Psykiatrisk Center Skejby
(tilbudsgiver)

- har det overordnede ansvar for projekter og hæfter over for Region Midtjylland i tilbudsfasen
- forpligtende underleverandører hæfter alene individuelt og direkte over for TEAM OPP DNU Psykiatrisk Center Skejby
- er organiseret med en fælles projektkoordinator, som er bindeled mellem Region Midtjylland og teamet i tilbudsfasen.

Kemp & Lauritzen A/S er med som forpligtende underleverandør på installationer og deltager i alle faser med deres viden om tekniske installationer og sygehusdrift, så projektet på de tekniske installationer bliver skruet rigtig sammen fra starten. Efter følgende udfører de tekniske installationer og i driftsfasen bidrager de med drift og vedligehold af tekniske installationer.

Bricks A/S er med reference til TEAM OPP DNU Psykiatrisk Center Skejby ansvarlig for at udvikle det eksisterende område i Risskov (AUH) og få udarbejdet masterplan og efterfølgende godkendt lokalplan for området.

[Organisationsdiagram]

Organisation/bemanning i udførelsesfasen

Region Midtjyllands kontraktpart vil være et OPP selskab ejet af MT Højgaard A/S, DEAS A/S og de tre pensionskasser.

MT Højgaard vil være bindeled mellem Region Midtjylland og OPP selskabet.

De rådgivere, som er tilknyttet tilbudsfasen, anvendes fremadrettet i projektet for så vidt muligt at sikre kontinuitet i projektet.

Byggeriet bliver udført af MT Højgaard for så vidt angår projektering, teknisk rådgivning og udførelsen i samarbejde med en række underentreprenører.

Kemp & Lauritzen A/S er med som forpligtende underleverandør på installationer og forsætter i driftsfasen under DEAS med drift og vedligehold af de tekniske installationer.

Bricks A/S er med reference til OPP selskabet ansvarlig for at udvikle det eksisterende område i Risskov (AUH) og få udarbejdet masterplan og efterfølgende godkendt lokalplan for området.

[Organisationsdiagram]

Organisation/bemanning i driftsfasen:

OPP driftsselskabet, ejet af MT Højgaard A/S og DEAS A/S, har det overordnede ansvar for drift og vedligeholdelse af ejendommen.

Som aktionærer i både OPP selskabet som OPP driftsselskabet har såvel MT Højgaard A/S som DEAS A/S direkte interesse i at sikre, at den daglige drift forløber planmæssigt.

DEAS forestår den daglige drift.

Der er tilknyttet en fast tekniker (projektleder), som varetager og koordinerer drift og vedligehold.

Kemp & Lauritzen A/S bidrager i driftsfasen med drift og vedligehold af de tekniske installationer.”

Ansøgningen indeholdt referencer samt ressourceerklæringer vedrørende teknisk kapacitet fra aarhus arkitekterne a/s, Niras A/S, Kemp & Lauritzen A/S og Bricks A/S. Niras A/S og Bricks A/S stillede tillige økonomiske ressourcer til rådighed, medens Kemp & Lauritzen uspecificeret stillede ”vores ressourcer” til rådighed.

Region Midtjylland besluttede at prækvalificere 3 selskaber/konsortier, TEAM KPC, TEAM OPP og Sjælsø Danmark A/S, med henblik på deltagelse i den konkurrenceprægede dialog.

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

Det fremgår af den anden tilbudsgivers, TEAM KPC's, prækvalifikationsansøgning, at TEAM KPC endnu ikke havde indgået aftale med en selvstændig driftsoperatør, men var i dialog med ISS Facility Services A/S herom. Det blev i ansøgningen fremhævet, at Grontmij har kompetencer indenfor samordnet design og idriftsættelse, og der blev henvist til vedlagt materiale med beskrivelse af Grontmij's erfaring med ”Commissioning – samordnet design og idriftsættelse”.

Dialogfasen – ændringer i udbuddets vilkår og i TEAM OPP

Dialogfasen blev iværksat på grundlag af blandt andet et ”beskrivende dokument” af 18. april 2013. Af det ”beskrivende dokument” fremgår:

”1.1. Introduktion

...

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

...

OPP-leverandøren forventes at skabe en samlet løsning, der opfylder funktionskravene og bidrager til opnåelse af gode langtidsholdbare løsninger med fokus på fleksibilitet og en totaløkonomisk tilgang til nybyggeriet. Derudover forventes OPP-leverandøren at overtage AUH, Risskov på markedskonforme vilkår.

...

2.2. De prækvalificerede virksomheder (Dialogdeltagerne)

Følgende 3 Dialogdeltagere er efter den forudgående prækvalifikation udvalgt til at deltage i den konkurrenceprægede dialog og i den forbindelse til at afgive tilbud på den udbudte OPP-kontrakt om et nyt Psykiatrisk Center ved DNU:

KPC Herning A/S i konsortium med

- Pensionskassernes Administration (PKA)
- Lærernes Pension Ejendomsselskab (Lærernes Pension)

Med følgende underrådgivere:

- Arkitema K/S
- Grøntmij A/S

MT Højgaard A/S i konsortium med

- DEAS A/S
- Sampension KP
- PensionDanmark Pensionsforsikringsaktieselskab

Med følgende underrådgivere:

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

Sjælsø Danmark A/S

Med følgende underrådgivere:

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

...

3.2. Opgavens omfang

...

3.2.1. Projektering og opførelse af nyt Psykiatrisk Center i DNU – Anlægsfasen

...

3.2.2. Drift og vedligehold samt levering af serviceydelser i Driftsfasen

...

3.2.3. Ejendommen, AUH, Risskov

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

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

...

4. Rammebetingelser for nyt psykiatrisk center ved DNU

...

4.10 Den skatte- og momsmæssige behandling

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

...

6. Rammebetingelser for overtagelse af AUH, Risskov

...

6.2. Fastsættelse af købesummen for AUH, Risskov ejendommen

Værdien af AUH, Risskov [Drøftes i dialogfasen]

6.2.1. Basisværdi, optionspræmie og budværdi for AUH, Risskov

Indeholdt i tilbuddets pris er værdifastsættelsen af AUH, Risskov.

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

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

...

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

Værdifastsættelsen af den yderligere bebyggelsesmulighed kommer til

udtryk som en merværdi, som Tilbudsgiver i Tilbudsmodellen angiver som en købesum pr. etagemeter byggeret for det yderligere antal etagemeter, som Tilbudsgiver vurderer at ville kunne opnå tilladelse til udover minimumsbebyggelsesmuligheden.

...

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

...

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

...

9. Tilbuddets indhold og omfang

...

9.2. Tilbuddets beskrivelse

For at give et ensartet overblik over de indkomne tilbud bedes Tilbudsgiverne strukturere deres tilbud i

...

2. Pris

- a. Udfyldt tilbudsark
- b. AUH, Risskov

...

9.2.2. Ad 2. Pris

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

Tilbudsgiver skal i sit tilbud anføre prisen og kommentere denne.

- b. Ad AUH, Risskov
Indeholdt i tilbuddets pris er værdifastsættelsen af AUH, Risskov, jf. ovenfor punkt 6.2., redegørelse for basisværdi, optionspræmie og budværdi for AUH, Risskov ejendommen.

...

10. Tildeling/Tilbudsevaluering.

...

10.2 Tildelingskriterium og tilhørende underkriterier

...

10.2.1. Pris

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

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

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

Dialogmaterialet indeholdt desuden et kontraktudkast af 18. april 2013 hvoraf blandt andet fremgår:

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

1.1 Baggrund

...

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

1.1.4 Region Midtjylland har på baggrund heraf gennemført et samlet udbud af Psykiatrisk Center i DNU som et OPP-projekt og overtagelse af Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen). OPP-leverandøren har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud og har derfor fået tildelt opgaven, som også omfatter overtagelse af AUH Risskov ejendommen.

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

...

7.3 Overordnet princip for betaling

...

7.3.1 Alle betalinger ifølge Aftalen sker, hvor ikke andet er angivet, som løbende Enhedsbetalinger i Driftsfasen reguleret i overensstemmelse med Indhold og beskrivelse af betalingsmekanisme (Bilag 2).

...
 7.3.3 Vederlaget for OPP-leverandørens ydelser efter Aftalen omfatter:

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

8. Overdragelse af rettigheder, forpligtelser og ejerandele

8.1 OPP-leverandørens overdragelse af rettigheder og forpligtelser

8.1.1 OPP-leverandøren kan ikke overdrage sine rettigheder og forpligtelser i medfør af Aftalen uden dette sker i form af en overdragelse af ejerandelene i OPP-leverandøren, medmindre overdragelsen sker som led i Financierens afværgeret, jf. punkt 11.9

8.2 Overdragelse af ejerandele i OPP-leverandøren

8.2.1 Indtil 2 år efter Ibrugtagningstidspunktet kan overdragelse af ejerandele i OPP-leverandøren alene ske med Region Midtjyllands accept. Derefter kan Region Midtjylland kun modsætte sig overdragelse, når saglige hensyn vedrørende modtagerens manglende økonomiske eller faglige styrke taler for det. Ejerandele i OPP-leverandøren kan dog uden Region Midtjyllands accept overdrages til ejernes koncernforbundne selskaber eller imellem de bestående ejere.”

Af dialogmaterialets udkast til ”Salgsaftale” fremgår tilsvarende, at ”[k]øber skal overtage AUH Risikov ejendommen som delvis forudbetaling for levering af ydelser i henhold til OPP-kontrakten. Der skal derfor ikke betales en kontant købesum for AUH Risikov ejendommen”.

I dialogmaterialet var tillige indeholdt et ”Appendiks 2 – Krav til tilbudsmodel”, hvori det i punkt 1.1 hedder:

”1.1 Tilbudsark til tilbudsmodel

Der er udarbejdet et Tilbudsark (et Excel-ark), indeholdende en oversigt over de af Region Midtjylland fastlagte forudsætninger (for eksempel referencerente, diskonteringsrente, inflation). Ligeledes indeholder Tilbudsarket en oversigt over de af Region Midtjylland krævede output, herunder de væsentligste første hele enhedsbetaling, nutidsværdien af samtlige enhedsbetalinger og den budgetterede interne rente (før skat og finansiering).

Tilbudsarket skal indsættes som det første ark i tilbudsgivers tilbudsmodel. Det er dermed tiltænkt at sikre, at alle tilbudsgivere anvender de samme forudsætninger hvor disse er fastsat af Region Midtjylland, samt at alle tilbudsgivere afleverer de krævede outputs. Således skal cellerne markeret som ”Inputceller, som tilbudsgiver kan udfylde” og som er farvet grå i Tilbudsarket, linkes op til de relevante celler i den af tilbudsgiver udarbejdede tilbudsmodel.

Det understreges, at hverken Region Midtjylland eller Region Midtjyllands rådgivere kan holdes ansvarlig overfor tilbudsgivernes anvendelse af det af Region Midtjylland udarbejdede Tilbudsark eller de konklusioner tilbudsgiverne drager på baggrund af deres anvendelse heraf.”

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

Af Region Midtjyllands referat af det indledende dialogmøde, der blev afholdt den 25. april 2013, fremgår blandt andet:

”4. Gennemgang af dialogmaterialet

...

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

Det vedlagte tilbudsark indeholdt i punkt 1.01 ”Hovedresultater” en samlet ”Nutidsværdi af enhedsbetalinger”, som bestod af følgende poster ”Driftsbetalingen, 1. hele driftsår”, ”Basisbetalingen med afdrag, 1. hele driftsår”, ”Basisbetalingen uden afdrag, 1. hele driftsår” og ”Enhedsbetalingen første driftsår”. Disse poster hidrørte fra andre felter i tilbudsarket i punkt 1.04, som skulle udfyldes af tilbudsgiverne. Punkt 1.04, omfattede ”Nutidsværdi og interne renteberegninger”, med et underpunkt ”Nutidsværdi af enhedsbetalinger”, som indeholdt felterne ”Driftsbetalingen, 1. hele driftsår”, ”Basisbetalingen med afdrag, 1. hele driftsår”, ”Basisbetalingen uden afdrag, 1. hele driftsår” og ”Samlede enhedsbetalinger”, og en opsummering ”Nutidsværdi af enhedsbetalinger”. Parterne er enige om, at det heri var forudsat, at det beløb, som tilbudsgiverne indtastede, var en betaling, hvori var fradraget købesummen for AUH, Risskov ejendommen.

Under dialogmøderne blev det forhold, at ”OPP-kontrakten” og ”Salgsaftalen” blev forudsat indgået med den samme juridiske person, indgående drøftet. Af referatet fra første dialogmøde mellem Region Midtjylland og TEAM OPP den 12. juni 2013 fremgår om ”Organisering – og ansvarsfordeling” blandt andet, at Lars O. Larsen (”LOL”) fra TEAM OPP oplyste følgende:

” ...

Team OPP er ejet af 2 pensionskasser – Sampension og Pension Danmark.

...

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

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

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

...

I udførelsesfasen indgår Totalentreprenør MT Højgaard A/S, Aarhus Arkitekterne A/S og Deas A/S. I driftsfasen vil MT Højgaard A/S og Deas A/S være ansvarlige i hele kontraktperioden.

En række underleverandører vil blive inddraget yderligere, f.eks. har Kemp & Lauritzen ansvaret for den tekniske del...

...”

Af referatet fremgår tillige under samme punkt:

”Spørgsmål fra Torben Brøgger (TB):
 Står Bricks A/S udelukkende for projektudvikling i forhold til AUH, Risskov?

Svar fra LOL:
 Bricks A/S overtager AUH Risskov grunden og indgår ikke i TEAM OPP.”

Under punktet om ”Finansiering og juridiske vilkår” står der blandt andet:

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

På grundlag af drøftelserne under dialogmøderne valgte Region Midtjylland at acceptere, at tilbud kunne afgives på en sådan måde, at ”OPP-kontrakten” og ”Salgsaftalen” forudsattes indgået med to forskellige juridiske personer indenfor samme konsortium.

Et andet væsentligt forhold, der blev drøftet i dialogfasen, var plangrundlaget for ejendommen i Risskov, idet det eksisterende plangrundlag kun tillod anvendelse som psykiatrisk hospital. Anden anvendelse forudsatte en ændring af plangrundlaget. Som følge heraf deltog medarbejdere fra Aarhus Kommunes planafdeling i dialogmøderne.

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

Af beskrivelsen af de faktiske forhold i Skatterådets afgørelse af 27. november 2013 fremgår blandt andet:

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

ridiske enhed byder ind med en købesum for AUH Risskov. Denne købesum indgår i beregningen af OPP-projektets pris i tildelingskriterierne.”

Af referatet fra det andet dialogmøde mellem Region Midtjylland og TEAM OPP den 29. august 2013 fremgår, at TEAM OPP var suppleret med repræsentanter fra A. Enggaard A/S.

Ved brev af 24. september 2013 anmodede TEAM OPP Region Midtjylland om tilladelse til at udskifte MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S som konsortiedeltager. Af brevet fremgår:

”I forlængelse af 2. dialogmøde og den herpå varslede udskiftning af konsortiedeltager, skal jeg som aftalt redegøre nærmere herfor.

Vores konsortium Team OPP Psykiatrisk Center Skejby var oprindeligt prækvalificeret med MT Højgaard A/S som påtænkt anlægsopfører i en konstellation med DEAS A/S og Kemp & Lauritzen A/S som fremtidige driftsoperatører.

Grundet de kontraktuelle forhold og den sammenkobling der var imellem OPP projektet på DNU og købet af AUH Risskov grunden, traf MT Højgaard A/S i umiddelbar forlængelse af 1. dialogmøde den principelle beslutning, at man ikke så sig i stand til at deltage i det videre tilbudsarbejde.

Konsortiet har derfor haft en proces op mod 2. dialogmøde, hvor man har taget en drøftelse med nogle dygtige og kompetente totalentreprenører med OPP erfaring, og i forlængelse heraf besluttede konsortiet at lade A. Enggaard A/S indgå i konsortiet i stedet for MT Højgaard A/S, hvilket nu også er formaliseret internt i konsortiet.

Konsortiet er meget glad for at have A. Enggaard A/S med i det fremtidige konsortium, idet de har en udpræget OPP kompetence der er afgørende for, at få en så god en løsning som muligt, og samtidigt kunne afgive et meget konkurrencedygtigt tilbud.

Det er vores opfattelse, at der indenfor den udbudte OPP kontrakt og den igangværende konkurrenceprægede dialog, ikke skulle været noget til hinder for en sådan udskiftning rent udbudsretligt, men vi vil gerne for en ordens skyld bede Region Midtjylland om at bekræfte dette forhold, da man jo som bekendt skal tilføre processen nogle betydelige og ressourcekrævende tilbudsarbejder.

...

Efter afslutningen af dialogfasen udsendte Region Midtjylland udbudsbetingelser af 9. december 2013 til tilbudsgiverne. Det fremgår heraf blandt andet:

”1.1. Introduktion

...

Dialogfasen er afsluttet og nærværende dokument har til formål at fastlægge udbudsbetingelserne og proceduren frem til indgåelse af OPP-kontrakten. Tilbuddet skal således afgives på baggrund af nærværende Udbudsbetingelser.

...

2.2. Tilbudsgivere

Følgende 2 tilbudsgivere er efter den forudgående dialogfase udvalgt til at afgive tilbud på den udbudte OPPkontrakt om et nyt Psykiatrisk Center ved DNU.

KPC Herning A/S i konsortium med

...

TEAM OPP konsortium bestående af:

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

Med følgende underleverandører:

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

Region Midtjylland behandler på tidspunktet for offentliggørelse af udbudsmaterialet en ansøgning om udskiftning af MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S.

...

2.3. Kontraktpart

2.3.1. OPP-kontrakten

Den endelige kontraktpart kan være et til lejligheden stiftet selskab eller anden juridisk person, der i samarbejde med den vindende tilbudsgiver vil skulle forestå opfyldelsen af OPP-kontrakten.

I så fald skal det selskab eller den anden juridiske person, med hvem Region Midtjylland forventes at indgå kontrakt, oprettes af den vindende tilbudsgiver – senest i umiddelbar forlængelse af kontraktunderskrift.

Hvis tilbuddet afgives af et konsortium omfattende flere deltagere, kan det være en eller flere af deltagerne, der tilvejebringer selskabet. Det vil være forudsat, at selskabets ydelser til Region Midtjylland baserer sig på leverancer og ydelser fra tilbudsgiver på baggrund af de ressourcer, som tilbudsgiver kan råde over i henhold til prækvalifikationsansøgningen. De nærmere vilkår, herunder krav til egenkapital, sikkerhedsstillelse mv. fremgår af udbudsmaterialet.

2.3.2. Salgsaftale vedrørende AUH Risskov ejendommen

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

...

3.2. Opgavens omfang

...

3.2.3. AUH Risskov Ejendommen

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

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

...

6. Tilbuddets indhold og omfang

...

6.2. Tilbuddets beskrivelse

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

...

2. Pris

- a. Udfyldt tilbudsark
- b. AUH, Risskov

...

6.2.2. Ad 2. Pris

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

Tilbudsgiver skal i sit tilbud anføre prisen og kommentere denne.

b. Ad AUH, Risskov

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

...

7. Tildeling/tilbudsevaluering

...

7.2.1. Pris

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

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

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

Det i udbudsbetingelserne omtalte tilbudsark var ligesom det ”beskrivende dokument” tilknyttet et ”Appendiks 2 – Krav til tilbudsmodel”, hvoraf blandt andet fremgår:

”1 Krav til tilbudsmodel

1.1 Tilbudsark til tilbudsmodel

Der er udarbejdet et Tilbudsark (et Excel-ark), indeholdende en oversigt over de af Region Midtjylland fastlagte forudsætninger (for eksempel referencerente, diskonteringsrente, inflation). Ligeledes indeholder Tilbudsarket en oversigt over de af Region Midtjylland krævede output, herunder første hele enhedsbetaling, nutidsværdien af samtlige enhedsbetalinger og den budgetterede interne rente (før skat og finansiering).

Tilbudsarket skal indsættes som det første ark i tilbudsgivers tilbudsmodel. Det er dermed tiltænkt at sikre, at tilbudsgivere anvender de samme forudsætninger hvor disse er fastsat af Region Midtjylland, samt at tilbudsgivere afleverer de krævede outputs. Således skal cellerne markeret som ”Inputceller, som tilbudsgiver kan udfylde”, og som er farvet grå i Tilbudsarket, linkes op til de relevante celler i den af tilbudsgiver udarbejdede tilbudsmodel.

Det understreges, at hverken Region Midtjylland eller Region Midtjyl-

lands rådgivere kan holdes ansvarlig overfor tilbudsgivernes anvendelse af det af Region Midtjylland udarbejdede Tilbudsark eller de konklusioner tilbudsgiverne drager på baggrund af deres anvendelse heraf.

...

1.6 Inflationsregulering og indeksering

...

1.6.1 Driftsbetalingen

Tilbudsgiver skal angive Driftsbetalingen, hvilket er andel af Enhedsbetalingen, der kan henføres til ydelser, der relaterer sig til driften af det psykiatriske hospital. Driftsbetalingen vil i driftsfasen blive inflationskorrigeret med et vægtet gennemsnit af ILON2 og BYG4, som disse indeks er opgjort af Danmarks Statistik. Med henblik på at kunne foretage en sammenligning af de indkomne tilbud skal tilbudsgiver forudsætte, at Driftsbetalingen inflationsreguleres med 2 % om året, første gang 1. januar 2016.

1.6.2 Basisbetalingen

Basisbetalingen er den andel af Enhedsbetalingen, som dækker afkast af den investerede kapital samt eventuelle afdrag. Basisbetalingen inflationsreguleres årligt med netto-pris-indekset (NPI) som opgjort af Danmarks Statistik. Med henblik på at kunne foretage en sammenligning af de indkomne tilbud skal tilbudsgiver forudsætte, at Basisbetalingen inflationsreguleres med 2 % om året, første gang 1. januar 2016.

1.6.3 Købesummen for AUH Risskov ejendommen

Købesummen for AUH, Risskov inflationsreguleres årligt med NPI som opgjort af Danmarks Statistik (jf. Salgsaftalen). Med henblik på at kunne foretage en sammenligning af de indkomne tilbud skal køber af AUH Risskov ejendommen forudsætte, at Købesummen for AUH Risskov ejendommen inflationsreguleres med 2 % om året, første gang 1. januar 2016.

1.6.4 Forudbetalingen

Forudbetalingen under OPP-kontrakten inflationsreguleres ikke.

...

1.13 Forudbetaling

Region Midtjylland foretager en forudbetaling for levering af ydelser i henhold til OPP-kontrakten. Forudbetalingen svarer til 47 % af Anlægssummen, dog maksimalt købesummen for AUH Risskov ejendommen.

Såfremt køber af AUH Risskov ejendommen betaler mere end et beløb

svarende til 47 % af Anlægssummen, vil forudbetalingen alene andrage 47 % af Anlægssummen og den resterende del af købesummen over dette beløb blive beholdt af Region Midtjylland. Såfremt køber af AUH Risikov ejendommen betaler mindre end et beløb svarende til 47 % af Anlægssummen, vil hele dette beløb blive anvendt som forudbetaling.

...

2.2 Input til Tilbudsmodellen

...

- Forudbetalingen (som i tilbudsarket er en funktion af købesummen for AUH Risikov ejendommen)

...

3.4 Indregning af købesummen for AUH Risikov ejendommen i tilbudsmodellen

Hele købesummen for AUH Risikov ejendommen efter inflationsregulering, indgår i beregning af nutidsværdien af de samlede betalinger fra Region Midtjylland, jf. afsnit 2.3. Købesummen efter inflationsregulering indgår således i tilbudsmodellen med følgende prioriterede fordeling:

1. Forudbetaling på OPP-kontrakten (op til 47 % af anlægssummen på Nyt Psykiatrisk Center)
2. overskydende del af købesum efter forudbetaling indgår som supplerende betaling til Region Midtjylland.”

Det tilbudsark, som indgik i det udbudsmateriale, som dannede grundlag for de endelige tilbud, indeholdt ligesom det tilbudsark, som fulgte med det ”beskrivende dokument”, i punkt 1.01 ”Hovedresultater” en samlet post benævnt ”Nutidsværdi af enhedsbetalinger”, som nu bestod af posterne ”Driftsbetalingen for 1. hele driftsår før inflationsregulering”, ”Basisbetalingen for 1. hele driftsår før NPI regulering”, ” og ”Enhedsbetalingen for 1. hele driftsår før reguleringer”, der ligesom i det oprindelige tilbudsark hidrørte fra punkt 1.04, i tilbudsarket, som skulle udfyldes af tilbudsgiverne. Punkt 1.04 omfattede ”Nutidsværdi og interne renteberegninger”, med et underpunkt ”Nutidsværdi af enhedsbetalinger”, der nu indeholdt felterne ”Driftsbetalingen”, ”Basisbetalingen”, ”Forudbetalingen” [for AUH, Risikov ejendommen], ”Overskydende købesum efter forudbetaling”, ”Overtagelsessum”, som opsummeres til ”Samlede enhedsbetalinger”, som efter indregning af en diskonteringsfaktor, opsummeres i ”Nutidsværdi af enhedsbetalinger”. Parterne er enige om, at det resultat ”Nutidsværdi af enhedsbetalinger”, som fremkommer i celle D223 ved indtastning i dette tilbudsark, er udtryk for en ”bruttoberegning”, hvor der ikke, ud over fradraget i posten ”Forudbetaling”, sker fradrag for købesummen for AUH, Risikov ejendommen. Af tilbudsarket fremgik også af celle D216, at den over-

skydende del af købesummen for AUH, Risskov indgik til direkte modregning.

I udbudsmaterialets kontraktudkast af 9. december 2013 hedder det blandt andet:

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

1.1 Baggrund

...

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

1.1.4 Region Midtjylland har på baggrund heraf gennemført et samlet udbud af Psykiatrisk Center i DNU som et OPP-projekt og overtagelse af Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen). OPP-leverandøren har sammen med Køber af AUH Risskov Ejendommen afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud og har derfor fået tildelt opgaven.

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

...

7.3 Overordnet princip for betaling

7.3.1 Alle betalinger ifølge Aftalen sker, hvor ikke andet er angivet, som løbende Enhedsbetalinger i Driftsfasen reguleret i overensstemmelse med Indhold og beskrivelse af betalingsmekanisme (Bilag 2).

...

7.3.3 Vederlaget for OPP-leverandørens ydelser efter Aftalen omfatter:

- a) Region Midtjyllands forudbetaling af et beløb svarende til 47 % af Anlægssummen (dog maksimalt købesummen for AUH Risskov ejendommen). ...

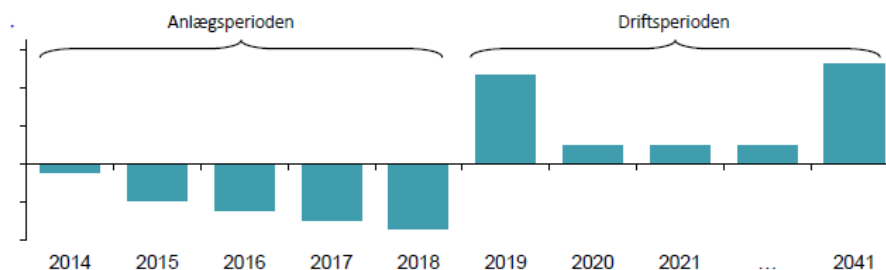
b) Enhedsbetalingen, som består af:

I. Basisbetalingen, der dækker betaling for tilrådighedsstillelse af Psykiatrisk Center i DNU, herunder forrentning af Anlægssummen og evt. afskrivninger på Psykiatrisk Center i DNU frem til Ophørsdagen samt af ændringsarbejder, der ikke betales kontant. Basisbetalingen reguleres, jf. Indhold og beskrivelse af betalingsmekanismen (Bilag 2). Basisbetalingen tillægges ikke moms.

II. Driftsbetalingen, der dækker betaling for OPP-leverandørens drift og vedligeholdelse af Psykiatrisk Center i DNU samt levering af serviceydelser iht. de Funktionsbaserede krav (Bilag 1), Den tilbudte driftsløsning (Bilag 8) samt Aftalen i øvrigt. Driftsbetalingen reguleres, jf. Indhold og beskrivelse af betalingsmekanismen (Bilag 2). Driftsbetalingen tillægges moms

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

Den 13. januar 2014 sendte Region Midtjyllands økonomiske rådgiver KPMG Statsautoriseret Revisionspartnerselskab (KPMG) en mail til Region Midtjyllands daværende advokat. I mailen refereres til et foregående møde afholdt med Deloitte Statsautoriseret Revisionspartnerselskab (Deloitte) (på daværende tidspunkt rådgiver for TEAM KPC) den 9. januar 2014. Præsentationsmateriale fra mødet var vedhæftet mailen og indeholdt blandt andet følgende tegning :



Sammen med præsentationsmaterialet fik regionens advokat tilsendt et memo af den 6. januar 2014, som var udarbejdet af KPMG til Deloitte.

Af memoet fremgår blandt andet:

”Projektbeskrivelse

Region Midtjylland har udbudt et projekt indeholdende to elementer

- i. opførelse mv. af et nyt Psykiatrisk Center i Det Nye Universitetshospital i Aarhus (DNU) (OPP-projektet) og
- ii. køb af Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen).

Modellen skal ses med baggrund i mulighederne for at opnå den totaløkonomisk mest fordelagtige løsning.

OPP-projektet omhandler finansiering, design, projektering, opførelse, anlæg, bygningsvedligehold, bygningsdrift samt levering af visse tilknyttede serviceydelser (ikke-kliniske) i en kontraktperiode på 30 år, hvilket er i lighed med andre OPP-projekter.

OPP-leverandøren skal finansiere hele anlægssummen og modtager først betalinger ved ibrugtagning.

OPP-leverandøren modtager i henhold til OPP-kontrakten tre betalings typer fra Region Midtjylland;

- a. én forudbetaling ved ibrugtagning af nyt psykiatrisk center (som udgør 47 % af anlægsomkostninger, dog maksimalt den af køber tilbudte købesum for AUH Risskov ejendommen),
- b. enhedsbetalingen som betales kvartalsvis i hele driftsperioden på 25,5 år (og som indeholder betaling for drift og vedligehold samt afkast på den investerede kapital) og
- c. overtagessummen (som udgør 53 % af anlægsomkostningerne og som er en ret og pligt for Region Midtjylland) ved udløb af OPP-kontrakten.

Pengestrømmen for investor (OPP-leverandøren) som finansierer hele anlægssummen og først ved ibrugtagning modtager betalinger fra Region Midtjylland kan illustreres som nedenfor.

[ovenstående tegning]

I tillæg til OPP-kontrakten indgås der salgsaftale med OPP-konsortiet om køb af AUH Risskov ejendommen, og hvor det er en forudsætning, at OPP-leverandøren og køber af AUH Risskov ejendommen ikke vil være samme juridiske person. Købesummen for AUH Risskov ejendommen indgår som et konkurrenceelement, hvor hvert OPP-konsortium byder ind med deres købesum. Denne købesum indgår i beregningen af OPP-projektets pris i tildelingskriterierne.

Region Midtjylland anvender hele eller dele af købesummen for AUH

Risskov ejendommen som forudbetaling til OPP-leverandøren, og dette afhænger af forholdet mellem anlægssummen, købesummen for AUH Risskov ejendommen og andelen som 47 % af anlægssummen udgør.

Køber af AUH Risskov ejendommen vil forventeligt være én eller flere investorer eller udviklere. For så vidt angår investorerne, vil der forventeligt være et vist sammenfald mellem ejeren af OPP-leverandøren og køber af AUH Risskov ejendommen. Der vil stadigvæk være tale om to forskellige juridiske personer.

Køber af AUH Risskov ejendommen overtager og betaler for ejendommen ved ibrugtagning af nyt psykiatrisk center, hvilket forventeligt er 1. januar 2019, men får først råderet over ejendommen 4 måneder senere hvor den psykiatriske hospitalsfunktion er fuldt og endeligt fraflyttet. Efter overtagelsen af AUH Risskov ejendommen er der ingen relation eller sammenhæng mellem OPP-projektet og AUH Risskov ejendommen.

Køber af AUH Risskov ejendommen skal stille sikkerhed for sin betaling, men betalingen sker først ved overtagelse af AUH Risskov ejendommen, hvilket tidsmæssigt er samtidig med ibrugtagning af nyt psykiatrisk center.

Der er således tale om to helt separate juridiske enheder der indgår hhv. en OPP-kontrakt og en købsaftale med Region Midtjylland. Om de to kontrakter gælder følgende

To kontrakter	
Nyt psykiatrisk center OPP-kontrakt som indgås med OPP-leverandøren	OPP-leverandøren har 1. Juridisk ejendomsret til ejendommen 2. skøde på ejendommen (bygning på lejet grund) 3. Jf. OPP-kontrakten krav på følgende betalinger a. Forudbetalingen (Købesummen for AUH Risskov ejendommen dog maks. 47 % af anlægssummen) b. Kvartalsvis betaling for tilrådighedsstillelse (Basisbetaling) af Nyt psykiatrisk center samt drift og vedligeholdelse (Driftsbetaling) i 25,5 år (samlet Enhedsbetaling) c. Overtagelsessummen ved udløb af OPP-kontrakten (53 % af anlægssummen)
AUH Risskov ejendommen Købsaftale som indgås med Køber af AUH Risskov ejendommen	En <u>ejendom</u> som formentlig værdiansættes til købesummen. Ejendommen købes til en fast pris. Betaling af købesum og overtagelse af ejendommen sker når Region Midtjylland ibrugtager nyt psykiatrisk center i DNU, forventeligt 1/1-2019. Indtil da modtager Region Midtjylland sikkerhed for købesum i form af garantistillelse.

Projektet og udbudsvilkårene er nærmere beskrevet i vedlagte bilag ”Udbudsbetingelser - Nyt Psykiatrisk Center i DNU som OPP.”

Den 20. januar 2014 rettede Pensionskassernes Administration A/S henvendelse til Finanstilsynet for at sikre, at indgåelse af en aftale på de skitserede

vilkår ikke ville være i strid med pensionsselskabernes forpligtelser i henhold til lov om finansiel virksomhed.

I brevet, som blev sendt i kopi til repræsentanter for TEAM OPP, står der blandt andet:

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

TEAM OPP's ansøgning fra september 2013 om tilladelse til udskiftning af MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S blev tilladt af regionen ved advokat Torben Brøggers e-mail af 10. marts 2014. Det fremgår heraf blandt andet:

”I fortsættelse af vores telefonsamtale skal jeg hermed bekræfte, at Region Midtjylland efter anmodning fra Team OPP har besluttet at acceptere udskiftning af MT Højgaard a/s med A. Enggaard A/S.

Region Midtjylland har lagt vægt på, at A. Enggaard A/S besidder de samme økonomiske og tekniske kompetencer som MT Højgaard a/s, således at Region Midtjylland også oprindeligt ville have prækvalificeret konsortiet med A. Enggaard A/S, og at konsortiet ikke har opnået nogen konkurrencemæssig fordel i forhold til de andre deltagende konsortier ved at udskifte MT Højgaard a/s.

Jeg bekræfter samtidig din oplysning om, at Team OPP har noteret og accepteret, at KPC-konsortiet er prækvalificeret uden deltagelse fra en facility management virksomhed. Som oplyst telefonisk har Region Midtjylland vurderet, at KPC-konsortiet utvivlsomt råder over de kompetencer og ressourcer, som er fastlagt i udvælgelseskriterierne.”

Advokat Henrik Puggaard stillede på vegne TEAM OPP ved brev af 12. marts 2014 en række spørgsmål til Region Midtjylland om forståelsen af udbudsbetingelserne. I en forklaring på et spørgsmål om og forslag til visse justeringer i betingelserne om ”Købesummens regulering” bemærkede han:

”at bestiller på baggrund af dialogfasen er bekendt med tilbudsgivernes tilgang til prissætning, og at den samlede pris jo skal være størst mulig, hvorfor et sådant eventuelt spørgsmål må manes i jorden.”

Spørgsmålet er gengivet som spørgsmål 21 i regionens rettelsesblad nr. 6

med spørgsmål og svar af 20. marts 2014.

Rettelsesbladet indeholder endvidere blandt andet svar på et spørgsmål 5 fra KPC Herning A/S udsendte Region Midtjylland ved den af regionen benyttede rådgivergruppe DNU I/S (Arkitektfirmaet C.F. Møller A/S, Cubo Arkitekter A/S, Søren Jensen Rådgivende Ingeniørfirma, Rambøll Danmark A/S og Alecia A/S). Vedrørende spørgsmål 5 fremgår det:

”Spørgsmål 5 ...

Tildelingskriteriet ”Pris”

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

Svar 5

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

7.2.1. Pris

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

Region Midtjyllands samlede betalinger udgør summen af.

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

Nutidsværdien er opgjort i D223 i Tilbudsarket.

...

Spørgsmål 21 ...

Salgsaftalen, Ad pkt. 11.1.1 og 11.2.1 – Købesummens regulering

Det følger af bestillers svar på spørgsmål 8, Rettelsesblad 5, at bestiller vil ændre bestemmelserne omkring købesummens regulering, således at reguleringen i nedadgående retning sker på baggrund af en opdeling af ejendommen i tre typer af ejendomme: 1) Fredede, 2) Bevaringsværdige og 3) Nybyggeri – og ellers forandret.

Den af tilbudsgiver afgivne specifikation af de enkelte byggefelter og priser (jf. Krav til Tilbudsmodel pkt. 3.2.) vil derimod danne grundlag for Købesummens regulering i opadgående retning, såfremt bebyggelsesmuligheden bliver mere end 110.000 m².

Det synes således at fremgå af svaret, at bestiller vil operere med to forskellige reguleringsmodeller, afhængig af om reguleringen sker i opadgående eller nedadgående retning, herunder at Bestiller til brug for regulering i nedadgående retning vil introducere en ny kategorisering af de enkelte ejendomme, der er uafhængig af tilbudsgivers aktuelle prissætning af de pågældende ejendomme.

Den herved af bestiller introducerede model for regulering i nedadgående retning forekommer uhensigtsmæssig, unødigt komplicerende og unødigt risikofyldt for en køber. Det bemærkes i den forbindelse, at eksempelvis fredede bygninger ikke prissætningsmæssigt kan skæres over én kam.

Såfremt Bestiller opretholder modellen, vil tilbudsgiverne være nødsaget til at indregne prisrisikoen i sin prissætning.

Såfremt baggrunden for bestillers indførelse af en ny kategorisering af ejendommene i tilfælde af regulering i nedadgående retning er en frygt for tilbudsgivers spekulation i prissætning på de enkelte byggefelter, kan tilbudsgiver oplyse, at denne frygt er ubegrundet. Såfremt tilbudsgiver valgte at spekulere i prissætningen af de enkelte byggefelter frem for prissætning på baggrund af realistisk vurdering af mulighederne, ville tilbudsgiver selv løbe en betydelig risiko. Det bemærkes, at bestiller på baggrund af dialogfasen er bekendt med tilbudsgivernes tilgang til prissætning, og at den samlede pris jo skal være størst mulig, hvorfor et sådant eventuelt spøgelse må manes i jorden.

Tilbudsgiver ønsker, at den af tilbudsgiver afgivne specifikation af de enkelte byggefelter (jf. Krav til Tilbudsmodel pkt. 3.2.) tilsvarende skal danne grundlag for Købesummens regulering i nedadgående retning.

Spørgsmål:

Vil Bestiller ændre reguleringsmodellen i tilfælde af regulering i nedadgående retning, således at reguleringsmodellen kommer til at lyde på, at

den af tilbudsgiver afgivne specifikation af de enkelte byggefelter (jf. Krav til Tilbudsmodel pkt.3.2.) danner grundlag for Købesummens regulering, således at der sker en 1:1 regulering ud fra de i tilbuddet forudsatte priser/m² i det/de byggefelter, der er berørt?

Svar 21

Region Midtjylland arbejder med en besvarelse, som følger hurtigst muligt.”

Der er som nævnt enighed om, at celle D223 i tilbudsarket ikke tager hensyn til størrelsen af købesummen for AUH, Risskov. Købesummen som sådan fradrages således ikke ved opgørelsen af ”Nutidsværdi af enhedsbetalinger” i tilbudsarket. Købesummen indgår derimod som et element i beregningen af finansieringsomkostningerne. Region Midtjylland har oplyst, at dette beror på en fejl ved den endelige udformning af tilbudsarket, som regionen ikke var opmærksom på, da man besvarede spørgsmål 5.

De endelige tilbud og evalueringen heraf

Region Midtjylland modtog herefter tilbud fra de to tilbageværende konsortier TEAM KPC og TEAM OPP.

Det tilbud af 31. marts 2014, som regionen modtog fra TEAM OPP, indeholdt en sammenfatning (”tilbudsbrev”), hvori der blandt andet står:

”0. Sammenfatning af tilbuddet

...

OPP-kontrakten med tilhørende bilag vil blive underskrevet af det kommende OPP-selskab. Salgsaftalen vil blive underskrevet af Bricks A/S.

Der er vedlagt dokumentation for underskriftberettigelsen fra de underskrivende parter i TEAM OPP.

...

Vi tilbyder et erfarent og leveringsdygtigt OPP-team bestående af A. Enggaard A/S, Kemp & Lauritzen A/S samt DEAS A/S, der i dag tilsammen enten er i driftsfase eller i gang med opførelse af 14 OPP-projekter, hvilket er cirka 2/3 af samtlige OPP-sager i Danmark.

...

Ad 1. Pris og styrke

...

Kapital- og garantistruktur

I forbindelse med indgåelsen af OPP-kontrakten stifter Pensionskasserne Sampension, PensionDanmark og forventeligt AP Pension et OPP-selskab, der vil stå som ejer af Nyt Psykiatrisk Center ved DNU.

Hovedleverandørerne i henholdsvis anlæg og drift vil være:

A. Enggaard A/S – projektering og byggeri med underleverandører
DEAS A/S – drift og vedligehold med underleverandører
Kemp & Lauritzen A/S – installation drift og vedligehold af tekniske installationer.

Finansiering af anlægsinvesteringen sker fuldt ud (100 %) ved de nævnte pensionskassers indskud af den nødvendige egenkapital i OPP-selskabet.

Den i OPP kontrakten krævede garanti i anlægsfasen, stilles af totalentreprenøren A. Enggaard A/S overfor OPP-selskabet og videretransporteres af OPP-selskabet til Region Midtjylland.

Bekræftelse på, at garantien vil blive stillet, og finansieringstilsagn fra pensionskasserne, er vedlagt under afsnit 6.

...

Ad. 6. AUH

Tilbudsgiver på salgsaftalen vedrørende AUH Risskov ejendommen er Bricks A/S. Det vil således også være Bricks A/S, der formelt indgår Salgsaftalen med Region Midtjylland.

...

På vegne af tilbudsgiverne på OPP-kontrakten:

DEAS A/S

A. Enggaard A/S

[underskrift fra
afdelingsdirektør
Lars Olaf Larsen]

[underskrift fra
direktør Asger Enggaard]

På vegne tilbudsgiver på Salgsaftalen:
Bricks A/S

[underskrifter]”

I en fuldmagt til DEAS A/S og A. Enggaard A/S’ respektive direktører fra Sampension KP Livsforsikring a/s og PensionDanmark Pensionsforsikringsaktieselskab, er det blandt andet anført:

”1. Baggrund

- 1.1 Nærværende fuldmagt er afgivet med henblik på afgivelse af tilbud og efterfølgende indgåelse af OPP kontrakt m/bilag ...
- 1.2 OPP kontrakten vil blive indgået med et til lejligheden oprettet nystiftet selskab/juridisk person (herefter ”OPP Selskabet”)
- 1.3 Kapitalandelene i OPP Selskabet tegnes 100 % af Fuldmagtsgiverne.

...

2. Fuldmagt

- 2.1 Fuldmagtsgiverne giver hermed fuldmagt til Fuldmagtshaverne til i forening at:
 - underskrive tilbudsmaterialet vedrørende Projektet samt indtil tidspunktet for tildeling af OPP kontrakt at foretage de på vegne [af] Fuldmagtsgiverne (tilbudsgiver) nødvendige handlinger,

3. Varighed

- 3.1 Nærværende fuldmagt ophører uden opsigelse umiddelbart efter tildeling af OPP kontrakt.”

Parterne er enige om, at Sampension KP Livsforsikring a/s, Sampension KP og Sampension A/S er samme selskab, og at den forskellige benævnelse af selskabet i forskellige dokumenter i udbudssagen er uden betydning.

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

MT Højgaard A/S var, jf. ovenfor, blevet erstattet af A. Enggaard A/S.

Tilbudsgiverne, herunder TEAM OPP, modtog den 11. april 2014 et orienteringsbrev fra Region Midtjylland. Det fremgår heraf, at regionen havde modtaget to tilbud, der begge blev vurderet at være konditionsmæssige og uden forbehold. Det fremgår videre:

”Følgende priser er modtaget (angivet i tkr.):

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

...

Den 25. juni 2014 udsendte Region Midtjylland en meddelelse til tilbudsgiverne om resultatet af tilbudsevalueringen.

Region Midtjyllands meddelelse til tilbudsgiverne var bilagt regionens evalueringsrapport, hvori det antages, at begge de modtagne tilbud er konditionsmæssige. Det blev vurderet, at TEAM KPC havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Ifølge meddelelsen blev TEAM OPP tildelt i alt 5,7 vægtede point, heraf 1,8 point på prisen, mens TEAM KPC blev tildelt 6,8 vægtede point, heraf 3,2 point på prisen. Af evalueringsrapporten fremgår blandt andet:

”2.2. Modtagne tilbud

Følgende 2 tilbudsgivere har efter den forudgående dialogfase afgivet tilbud på den udbudte OPP-kontrakt om et nyt Psykiatrisk Center ved DNU. Begge konsortier afgav tilbud inden tilbudsfristens udløb d. 31. marts 2014 kl. 12.00.

TEAM OPP bestående af:

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

Med følgende underrådgivere:

- Aarhusarkitekterne a/s
- Niras A/S
- Kemp & Lauritzen A/S
- SLA Landsskabsarkitekter A/S

- Arkitektfirmaet Schmidt Hammer og Lassen A/S

...

3. Tildeling

...

3.1.1. Pris 40 %

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

...

5. Bedømmelse TEAM OPP

5.1. Tildelingskriteriet Pris

...

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

Nutidsværdier (tkr.)

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

...

5.4 Tildelingskriteriet Finansiell robusthed

Team OPP tildeles 5 point med følgende begrundelse

I anlægsfasen leveres finansieringen fra to kilder. Den primære finansieringskilde for ca. 88 % af den totale anlægssum er Team OPP's bank, som finansielt vurderes at være meget tilfredsstillende. Den anden finansieringskilde er entreprenøren, der finansierer ca. 8 % af anlægs-

summen via tilbagehold i sine betalinger, som dermed først modtages ved ibrugtagning. De resterende 4 % af anlægssummen udgøres af renter på byggekreditten hos banken. Finansieringen af renterne er der ikke konkret redegjort for og er specifikt ikke indeholdt i tilsagnet fra banken.

Dette vurderes som en mindre usikkerhed, som reducerer den samlede vurdering. Team OPP vurderes derfor i anlægsfasen at tilbyde en middel sikkerhed om projektet og kapitalstrukturen. Den finansielle struktur i driftsfasen vurderes til at give størst mulig sikkerhed for Region Midtjylland. PensionDanmark, SamPension og AP Pension som investorer tilvejebringer driftsfinansieringen som 100 % egenkapital. ...

Hos TEAM OPP tilbyder Bricks A/S at købe AUH Risskov-ejendommen. ...”

Der er enighed om, at evalueringen af prisen er udtryk for, at regionen har beregnet den pris, der ligger til grund for bedømmelsen af tilbuddene, i henhold til priskriteriet efter en model, hvor den tilbudte købesum for AUH, Risskov ejendommen fradrages direkte ved opgørelsen af ”Nutidsværdi af enhedsbetalinger”, det vil sige en ”nettomodel”.

Beregninger og erklæringer

TEAM OPP har fremlagt konsekvensberegninger udarbejdet af Deloitte, der navnlig skal illustrere, hvorfor det økonomisk set er nærliggende, at den ”bruttomodel”, som TEAM OPP mener fulgte af udbudsbetingelserne, er den, som var foreskrevet, og som tilbuddene dermed rettelig skulle bedømmes efter. Beregningerne viser, hvad Region Midtjylland beregningsteknisk er enig i, blandt andet:

1. En beregning efter en ”bruttomodel” ændrer bedømmelsen af priskriteriet i en sådan grad, at det fører til, at TEAM OPP har afgivet det tilbud, som samlet set tildeles flest point og dermed er ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.
2. Ved at forhøje betalingen for AUH, Risskov ejendommen med 200 mio. kr. bliver TEAM OPP’s tilbud også ”det økonomisk mest fordelagtige”.
3. Ved at nedsætte betalingen for ”selve” OPP-projektet med 200 mio. kr. og forhøje købesummen for AUH, Risskov ejendommen tilsva-

rende opnås ligeledes, at TEAM OPP's tilbud bliver "det økonomisk mest fordelagtige".

Region Midtjylland har fremlagt en beregning af de tilbudte priser i tilbuddet fra TEAM OPP, hvor priserne i det afgivne tilbud er indsat i det oprindelige tilbudsark, som fulgte med det "beskrivende dokument".

Der er afgivet følgende erklæringer om forløbet:

- Erklæring af 15. december 2015 fra direktør Peter Christophersen, KPC Herning A/S, hvoraf blandt andet fremgår, at TEAM KPC under hele forløbet havde forstået det sådan, at den tilbudte pris for AUH, Risskov ejendommen, skulle være så høj som mulig, og at den skulle fratrækkes i anlægssummen for OPP-projektet, så der blev tale om en nettoanlægssum. TEAM KPC's interne revisor blev i forbindelse med udarbejdelsen af tilbuddet opmærksom på, at det ikke fremgik af tilbudsarket, at der skulle ske et sådant fradrag, men det tillagde Peter Christophersen ikke betydning, idet han gik ud fra, at regionen blot ville fradrage værdien af AUH, Risskov ejendommen, når priskriteriet skulle opgøres.
- Erklæring af 18. december 2015 fra økonomidirektør Per Grønbech og chefkonsulent Charlotte Dalsgaard Andersen, Region Midtjylland, hvoraf blandt andet fremgår, at det under hele forløbet og også ved udformningen af de endelige udbudsbetingelser var hensigten, at den tilbudte pris for AUH, Risskov ejendommen, skulle være så høj som mulig, og at den skulle fratrækkes i anlægssummen for OPP-projektet, så der blev tale om en nettoanlægssum. Dette blev også klart tilkendegivet over for deltagerne i dialogmøderne.
- Erklæring af 21. december 2015 fra projektdirektør Frank Skriver Mikkelsen, DNU, Region Midtjylland, hvoraf blandt andet fremgår, at det under hele forløbet og også ved udformningen af de endelige udbudsbetingelser var hensigten, at den tilbudte pris for AUH, Risskov ejendommen, skulle være så høj som mulig, og at den skulle fratrækkes i anlægssummen for OPP-projektet, så der blev tale om en nettoanlægssum. Dette blev også klart tilkendegivet over for deltagerne i dialogmøderne. Frank Skriver Mikkelsen blev opmærksom på, at det ikke fremgik af tilbudsarket (celle D223), at der skulle ske

et sådant fradrag (at der skulle modregnes), da man, da tilbuddene blev åbnet den 31. marts 2014, kunne se, at der var noget galt i regnearket og kort efter blev klar over, at der var en fejl i celle D223. Det var en fejl, at tilbudsarkets celle D223 ikke tog højde for, at der skulle foretages et fradrag/modregnes med den fulde købesum for AUH, Risskov ejendommen.

- Erklæring af 21. december 2015 fra direktør Torben Hartz i Ernst & Young P/S (Ernst & Young), som var leder af det team fra Ernst & Young, der bistod Region Midtjylland med OPP-projektet. Heraf fremgår blandt andet, at det under hele forløbet og også ved udformningen af de endelige udbudsbetingelser var hensigten, at den tilbudte pris for AUH, Risskov ejendommen, skulle være så høj som mulig, og at den skulle fratrækkes i anlægssummen for OPP-projektet, så der blev tale om en nettoanlægssum. Dette blev også klart tilkendegivet over for deltagerne i dialogmøderne. Ifølge Torben Hartz fremstod det under dialogmøderne mv. klart som om, det i TEAM OPP alene var Bricks A/S, som skulle stå for købet af AUH, Risskov ejendommen og Bricks A/S skulle ikke have noget med den øvrige del af projektet at gøre. Det blev over for TEAM OPP gjort klart, at købesummen skulle være betydeligt højere end det, som konsortiet i første omgang mente at kunne tilbyde. Både Bricks A/S og den øvrige del af TEAM OPP tilstræbte at undgå gensidige garantiforpligtelser for den del af projektet, som de hver især ikke skulle være en del af. Efter Torben Hartzs opfattelse er Deloitte's beregninger udtryk for en efterrationalisering. Efter hans forståelse af opdelingen i TEAM OPP var der ikke mulighed for, at man inden for TEAM OPP kunne ”flytte” 200 mio. kr. fra selve OPP-projektet til Bricks A/S’ køb af AUH, Risskov ejendommen. Deloitte's beregninger tager desuden ikke højde for, at der ved en forrentning af anlægssummen af OPP-delen af projektet på 0 kr. slet ikke vil være nogen værdi for Region Midtjylland i at sælge AUH, Risskov ejendommen – faktisk ville regionen i så fald være bedre stillet ved at forære ejendommen væk. Blandt andet dette viser det utænkelige i, at Region Midtjylland skulle have valgt at anvende den ”bruttomodel”, som tilbudsarket (isoleret betragtet) udtrykker. Havde Region Midtjylland foretaget en sådan betydelig ændring i forhold til det hidtil udmeldte, ville det ikke have været ”skjult” i en celle i tilbudsarket og i svaret på spørgsmål 5 af 20. marts 2014. Man er derfor nødt til at konkludere, at TEAM

OPP har ”misbrugt” celle D223 til, da konsortiet ikke vandt, at konstruere en bruttomodel. Det var en fejl, at celle D223 i tilbudsarket ikke foretog den forudsatte modregning af købesummen for ejendommen. Det blev opdaget i forbindelse med evalueringen, men der kunne efter Torben Hartzs opfattelse ikke have været nogen tvivl om, at meningen stadigvæk var at fastholde nettomodellen. Regionen valgte derfor at foretage evalueringen sådan, at denne metode blev anvendt. Torben Hartz har endvidere oplyst om en samtale efter tildelingsbeslutningen med Philip Foss fra Bricks A/S, som skulle have givet udtryk for, at Bricks A/S ikke kunne tilbyde en højere købesum for AUH, Risskov ejendommen end den, som fremgik af TEAM OPP’s tilbud,

- Erklæring af 22. december 2015 fra advokaterne Torben Brøgger og Frederik Østergaard Kristiansen, advokatfirmaet Bech-Bruun, som rådgav Region Midtjylland under udbuddet, som for så vidt angår Region Midtjyllands forudsætninger om, hvorledes AUH, Risskov ejendommen, skulle indgå ved bedømmelsen af priskriteriet, forløbet, opgavefordelingen inden for TEAM OPP, regionens påtale af den først af TEAM OPP udmeldte købspris for ejendommen og overvejelserne om betydningen af celle D223 i tilbudsarket i forbindelse med evalueringen svarer til de tidligere nævnte erklæringer.
- Erklæring af 8. januar 2016 fra advokat Henrik Puggaard, LETT Advokatpartnerselskab, som har bistået TEAM OPP under udbuddet. Heraf fremgår navnlig, at indholdet af de af Region Midtjylland fremlagte erklæringer fra medarbejdere og rådgivere for regionen bestrides, herunder særligt, at det skulle have stået TEAM OPP klart, at regionen med tilkendegivelsen om, at købsprisen for AUH, Risskov ejendommen ville indgå ved bedømmelsen af priskriteriet, havde lagt sig fast på en ”nettomodel”. Det fremgår endvidere, at TEAM OPP ikke fandt grundlag for at betvivle den udmelding, som svarede på spørgsmål 5 af 20. marts 2014 og henvisningen til tilbudsarket og herunder celle D223, var udtryk for i relation til bedømmelsen af priskriteriet og herunder særligt, hvordan AUH, Risskov ejendommen ville indgå ved denne bedømmelse.
- Erklæring af 10. januar 2016 fra Philip Foss, Bricks A/S, som ikke bestrider at have haft en samtale med Torben Hartz efter tildelings-

beslutningen, men i det væsentlige bestrider Torben Hartzs udlægning af samtalen.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

TEAM OPP har gjort gældende, at Region Midtjylland ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Pris” har anvendt en anden og uoplyst evalueringsmodel end den, der klart og tydeligt fremgik af udbudsbetingelserne. Region Midtjylland har dermed tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, med den følge, at TEAM OPP skal have medhold i påstand 1.

Det følger af fast klagenævnspraksis, at en ordregiver, der i udbudsbetingelserne har offentliggjort en evalueringsmodel, er forpligtet til at anvende den fremgangsmåde for evaluering, herunder den evalueringsmodel, som er fastsat i udbudsbetingelserne, jf. blandt andet klagenævnets kendelse af 10. april 2008, MT Højgaard A/S mod Slots- og Ejendomsstyrelsen og Helsingør Kommune, kendelse af 15. februar 2012, Activ Care A/S mod Billund Kommune, kendelse af 15. marts 2013, COWI A/S mod SKI, og kendelse af 19. marts 2013, Fresenius Medical Care Danmark A/S mod Region Midtjylland.

Det forhold, at Region Midtjylland – som anført af klagenævnet i delkendelse af 29. juli 2014 – måtte have forudsat anvendelsen af en anden model, konkret ”nettomodellen”, ændrer ikke herved, jf. blandt andet Østre Landsrets kendelse af 14. maj 2010, MT Højgaard, og klagenævnets kendelse af 20. august 2004, Miri Stål. Dette gælder uanset, om Region Midtjylland efter modtagelsen af tilbuddene måtte have vurderet, at den oplyste model for evaluering alligevel ikke var den mest hensigtsmæssige.

Klart valg af prisevalueringsmodel

De endelige udbudsbetingelser var klare og ikke indbyrdes modstridende. Det fulgte af disse, at underkriteriet ”Pris” skulle evalueres på baggrund af den nutidsværdi, der fulgte af celle D223 i det af tilbudsgiverne udfyldte tilbudsark (”bruttomodellen”). Det betød i praksis, at den tilbudte købesum for AUH, Risskov indgik med en vægtning svarende til 43 %.

Den beskrevne evalueringsmodel, hvorefter tilbudsgiverne skulle konkurrere på nutidsværdien af Region Midtjyllands samlede betalinger over kontraktens løbetid, var helt i overensstemmelse med den sædvanlige udtryksmåde af underkriteriet i andre OPP-projekter. Denne nutidsværdi er et resultat af en særdeles kompleks beregning baseret på en meget lang række af komponenter, der bliver opsamlet i én celle i tilbudsarket, i dette tilfælde i celle D223. Som det fremgår af kravene til tilbudsmodellen skulle der således i forbindelse med tilbudsafgivelse specificeres en lang række delkomponenter, ca. 70 poster fordelt på anlæg-, drifts- og finansieringsposter, der summeres op i tilbudsarket og ender ud i den nutidsværdi, der konkurreres på (celle D223). Evalueringsmodellen, således som den kommer til udtryk i tilbudsarket i form af en nutidsværdiberegning, udtrykker dermed den ”konkurrenceøkonomi”, som en ordregiver ønsker skal gælde for den pågældende konkurrence. Det er således ordregiver, der i den konstruerede konkurrenceøkonomi værdilader de enkelte priskomponenter med henblik på at opnå den prioritering hos tilbudsgiver, som ordregiver lægger sig fast på. Dermed vil tilbudsgivers valg og beslutninger omkring de enkelte priskomponenter være bestemt og styret af den måde, ordregiver fastlægger sin evalueringsmodel for priskriteriet på (konkurrenceøkonomien).

Det bestrides, at der er modstrid mellem de endelige udbudsbetingelser og det oprindelige dialogmateriale. Uanset om dette måtte være tilfældet, må det lægges til grund, at det endelige udbudsmateriale afløste og erstattede dialogmaterialet.

Hverken det oprindelige eller det endelige udbudsmateriale lagde på noget tidspunkt op til anvendelsen af en metode, hvorefter den fulde købesum for AUH, Risskov skulle indregnes både som værdi af forudbetalingen og igen som 100 % fradrag i den beregnede nutidsværdi af de samlede enhedsbetalinger, der allerede en gang havde taget højde for købesummens værdi af forudbetaling.

Det har gennem hele udbudsforløbet været klart, at værdien af AUH, Risskov ville indgå som en delkomponent i konkurrencen omkring DNU-byggeriet i form af en forudbetaling. Det har imidlertid ikke på noget tidspunkt før i forbindelse med det endelige udbudsmateriale fremgået, hvordan denne delkomponent ville indgå i konkurrenceøkonomien.

Det bestrides, at TEAM OPP burde have indset, at Region Midtjylland forudsatte, at evalueringen skulle ske efter ”nettomodellen”. Tilbudsarket og den endelige formulering af udbudsbetingelsernes punkt 7.2.1. var i fuld indbyrdes overensstemmelse og i øvrigt meget præcist formuleret. Der er derfor ingen holdepunkter for at antage, at TEAM OPP i forbindelse med tilbudsgivningen burde være nået frem til, at både tilbudsarket og udbudsbetingelserne var fejlbehæftet – og i stedet burde have indset, at Region Midtjylland ville følge en helt anden og uoplyst fremgangsmåde for tilbudsevalueringen.

Det har en meget klar formodning imod sig, at TEAM OPP i en sag med mange mio. kr. i tilbudsomkostninger ikke ville stille spørgsmål i tilfælde af fejl eller uklarheder i udbudsbetingelserne, hvis TEAM OPP konstaterede sådanne. Det har også ligeledes formodningen imod sig, at TEAM OPP var opmærksom på en fejlangivelse i tilbudsarket og desuagtet valgte at byde ”mod bedre vidende”.

Tilbudsarket er udformet af Region Midtjylland, og såfremt Region Midtjylland mener, at tilbudsarket har fået et andet udtryk end ønsket, fordi enkelte priskomponenter ikke er tillagt den af Region Midtjylland ønskede vægt eller andet, er det Region Midtjyllands risiko og ansvar, jf. herved blandt andet klagenævnets kendelse af 22. november 2004, Dansk Restproduktbehandling a.m.b.a. mod Århus Kommune.

Ingen del af udbudsmaterialet har givet TEAM OPP en anden forventning og forståelse, end at købesummen indgik i beregningen af nutidsværdien i celle D223. I prismæssig henseende er det i OPP-projekter almindeligt, at der alene konkurreres på nutidsværdien af de samlede betalinger, som den offentlige part skal betale til OPP-leverandøren for OPP-projektet. Den offentlige part har mulighed for at anvende mange forskellige principper for opgørelse og de nutidsværdiberegninger, som den offentlige part opererer med i OPP-projekter, som det prismæssige konkurrenceparameter, er ofte særdeles omfattende og komplekse. Det er således eksempelvis helt sædvanligt, at optioner indgår i konkurrencen med en lavere vægtning end 100 %, ligesom en overskridelse af en i udbudsbetingelserne anført maksimal anlægssum tillægges en større vægt end 100 % i konkurrencen. Der er endvidere intet usædvanligt i, at grunden ikke indgår som et selvstændigt konkurrenceparameter i priskonkurrencen, og der er således heller ikke noget tankevækkende i en model, hvorefter forudbetalingen på AUH Risskov

ejendommen alene indgår i konkurrencen med den værdi, som grunden har som forudbetaling på OPP-projektet. Tværtimod gælder det ofte, at tilbudsgiver (OPP-leverandøren) skal betale et beløb til den offentlige part for at overtage en grund, uden at grunden er blevet inddraget i prisevalueringen på en sådan måde, at den dels er inddraget i opgørelsen af nutidsværdien af de samlede betalinger og herefter fratrukket denne.

TEAM OPP gennemførte i tilbudsfasen simuleringer i tilbudsarket i tillid til, at tilbudsarket korrekt viste den økonomi, som Region Midtjylland ønskede at evaluere på. Simuleringerne viste f.eks., at en øgning af prisen på AUH, Risskov ejendommen med eksempelvis 200 mio. kr. havde en positiv effekt på 85 mio. kr. (eller ca. 43 % af den nominelle øgning af prisen) på den beregnede nutidsværdi af de samlede betalinger over kontraktens løbetid, det vil sige på celle D223-beregningen, som der blev konkurreret på. En øget købesum på AUH, Risskov ejendommen afstedkom således et forbedret tilbud. TEAM OPP lagde derfor til grund, at Region Midtjylland havde besluttet at give størrelsen af prisen på AUH, Risskov den effekt i konkurrencen, som fremgik af celle D223 i tilbudsarket.

”Bruttomodellen” er – i modsætning til ”nettomodellen” – egnet og hensigtsmæssig set i forhold til totaløkonomitankegangen i OPP-projekter. Gennem hele udbudsprocessen har den totaløkonomiske tilgang til OPP-projektet været fremtrædende jf. eksempelvis rettelsesblad nr. 6 af 20. marts 2014, svar på spørgsmål 27, hvor det anføres, at ”Region Midtjylland lægger vægt på en totaløkonomisk tilgang”.

Målet med en sådan totaløkonomitankegang er at skabe optimal ”værdi for pengene” set over hele den 30-årige kontraktperiode. Nærværende OPP-projekt adskiller sig ikke fra tidligere OPP-projekter, bortset fra det samtidige salg af AUH, Risskov med delvis anvendelse af denne købesum som forudbetaling. Købesummen for AUH, Risskov skulle anvendes som forudbetaling på OPP-projektet, og den udgjorde dermed en værdi i relation til minimering af finansieringsomkostningerne på OPP-projektet. Købesummen havde ikke herudover nogen værdi for OPP-projektet. ”Bruttomodellen”, hvorefter købesummen indgår som forudbetaling i priskonkurrencen, er derfor helt i tråd med den totaløkonomiske tankegang i OPP-projekter. ”Bruttomodellen” sikrer således på den ene side, at tilbudsgivers tilbud bliver væsentligt forbedret ved at forhøje prisen på AUH, Risskov, samtidig

med at den sikrer, at hovedincitamentet er opnåelse af bedst mulig totaløkonomi på DNU-byggeriet, som er konkurrencens genstand.

Hvis købesummen for AUH, Risskov derimod tillægges en anden og større værdi end den faktiske værdi for OPP-projektet går det ud over totaløkonomien i OPP-projektet, idet tilbudsgiverne af hensyn til at vinde konkurrencen vil være nødsaget til at tillægge købesummen forholdsmæssigt større værdi end optimering af anlægs- og driftsløsningen på det nye psykiatriske hospital. ”Nettomodellen”, hvorefter man fratrækker købesummen i de samlede betalinger, får således den effekt, at man alene lader tilbudsgiverne konkurrere på en del af de samlede betalinger, der skal afvikles udover forudbetalingen. Man konkurrerer dermed ikke på den samlede totaløkonomi på samtlige de udgifter, der er forbundet med anlæg og drift i kontraktperioden, men alene en del heraf, hvilket i væsentlig udstrækning fjerner incitamentet for at optimere/tænke totaløkonomi.

Dette er blandt andet belyst i de af TEAM OPP foretagne konsekvensberegninger, hvor indretningen af TEAM OPP’s tilbud ændres i 4 forskellige scenarier, og hvor man kan se ændringen efter bruttometoden og nettometoden samt den pointmæssige betydning i sidstnævnte.

Beregningerne viser, at ”nettomodellen” gør det muligt med ”papirpenge” at forbedre konkurrencesituationen på afgørende vis, uden at en øgning af købesummen på papiret medfører større værdi for Region Midtjylland. ”Nettomodellen” skaber alene et incitament til at forhøje købesummen på AUH, Risskov, på bekostning af konkurrenceøkonomien på DNU byggeriet – og dermed på bekostning af Region Midtjyllands samlede økonomi.

Udbudsbetingelsernes lovlighed

En evaluering af underkriteriet ”Pris” i overensstemmelse med ”bruttomodellen” ville ikke være i strid med Region Midtjyllands forpligtelser i henhold til grundsætningen om forsvarlig økonomisk forvaltning samt bekendtgørelse nr. 799 af 24. juni 2011 om offentligt udbud ved salg af kommunens henholdsvis regionens faste ejendomme.

”Bruttomodellen” indebærer, at købesummen for AUH, Risskov indgår som én blandt flere konkurrenceparametre i underkriteriet ”Pris”. En øgning af købesummen på AUH, Risskov med eksempelvis 200 mio. kr. ville påvirke

nutidsværdien af de samlede enhedsbetalinger positivt med ca. 80 mio. kr. svarende til ca. 43 % af øgningen. Tilbudsgiverne havde således ethvert incitament til at byde en realistisk og så høj en pris som muligt på ejendommen. Såfremt tilbudsgiverne valgte at spekulere i en lav prissætning frem for prissætning på baggrund af en realistisk vurdering, ville tilbudsgiver således selv løbe en betydelig konkurrencerisiko.

TEAM OPP bød rent faktisk markedsprisen for ejendommen, forstået som markedsprisen, efter at der er taget højde for de betydelige risikofaktorer, som eksempelvis kravene til infrastrukturændringer m.v. indebar.

Det følger desuden af § 6, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 799 af 24. juni 2011, at salg af offentlige ejendomme til under markedspris kan ske, såfremt regionen herved varetager en saglig, regional interesse. Det må betragtes som en saglig, regional interesse at sammenkoble opførelsen af et nyt psykiatrisk hospital med et samtidig salg af de eksisterende ejendomme, der hidtil var blevet anvendt til psykiatrisk hospital. Det fremgår således også af udbudsmaterialet, at Region Midtjylland ikke så sig i stand til at indgå aftale om et nyt hospital uden samtidig at have økonomisk klarhed over salget af det eksisterende hospital.

Tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” var sammensat af en række underkriterier, som tilbudsgiverne i sidste ende konkurrerede på. Det var herved op til tilbudsgiverne at finde den optimale sammensætning af tilbuddets elementer, som samlet set gav den bedste totaløkonomi i OPP-projektet. Region Midtjylland ville således under alle omstændigheder have ageret både økonomisk forsvarligt og samtidig varetager en saglig, regional interesse ved at tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud (ud fra en totaløkonomisk betragtning), uanset om den pågældende tilbudsgiver måtte have budt en lavere købesum på ejendommen end de øvrige.

Anvendelse af ”nettomodellen” ville endvidere være i strid med udbudsdirektivets artikel 53, hvoraf direkte fremgår, at de specifikke underkriterier ikke kan fastsættes efter ordregivers forgodtbefindende. Det er således et krav efter direktivet, at underkriterierne vedrører den konkrete ”genstand for kontrakten”, jf. tillige direktivets betragtning nr. 46 og EU-Domstolens afgørelser i C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab mod Helsingin*

kaupunki, og C-331/04, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc mod ACTV Venezia SpA.

I denne sag er kontraktgenstanden ”Nyt Psykiatriske Center i Skejby”. Det er således en forudsætning, at Region Midtjyllands underkriterier er blevet fastsat herudfra. Den af Region Midtjylland forfægtede forståelse af underkriteriet ”Pris – nutidsværdien af de samlede betalinger over OPP-kontraktens løbetid” – og dermed den af Region Midtjylland de facto anvendte ”nettomodel”, hvori der lægges betydelig og afgørende vægt på værdien af ejendommen i Risskov, herunder en vægt der er forholdsvist langt større end værdien af eksempelvis anlægs- og driftsomkostninger på det nye psykiatriske hospital i Skejby – har ikke en så tilstrækkelig tilknytning til kontraktgenstanden, at dette er lovligt som underkriterium. Ved anvendelse af ”bruttomodellen” har underkriteriet derimod en tilstrækkelig tilknytning til kontraktgenstanden, idet ”bruttomodellen” bygger på et grundlæggende princip om totaløkonomi.

Endelig ville anvendelse af ”nettomodellen” være i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip. Det var således både i udbudsbekendtgørelsen og prækvalifikationsskrivelsen forudsat, at købesummen for AUH, Risskov skulle indgå som forudbetaling i OPP-projektet (”bruttomodellen”), og alene indgå med værdien som forudbetaling i konkurrencen på OPP-projektet. Den faktisk anvendte model (”nettomodellen”) kan derimod hverken udledes af udbudsbekendtgørelse eller prækvalifikationsbeskrivelsen. Udbudsbekendtgørelsen og prækvalifikationsskrivelsen konstituerer tilsammen referencerammen for den efterfølgende dialog- og tilbudsfasen, idet de pågældende dokumenter danner basis for prækvalifikationsansøgningen og dermed for konkurrencedeltagelsen. Alle ændringer og præciseringer, der foretages under udbudsprocessen, skal derfor holdes op imod denne referenceramme for at sikre overholdelse af det grundlæggende ligebehandlingsprincip ved offentlige udbud, jf. blandt andet Kommissionens ”Explanatory Note” om konkurrencepræget dialog, punkt 3.1 in fine, hvor det anføres, at ”[i]t should be stressed that the award criteria (and the order of their importance) may not be changed during the award procedure (that is, at the latest after the transmission of the invitations to participate in the dialogue) for obvious reasons of equal treatment”. Det var derfor ikke muligt at tillægge købesummen for AUH, Risskov en anden værdi/effekt end den, der var oplyst i udbudsbekendtgørelsen henholdsvis prækvalifikationsskrivelsen.

Region Midtjylland har gjort gældende, at det på baggrund af sagens beviser og de fremlagte skriftlige erklæringer må lægges til grund, at det oprindeligt udmeldte priskriterium var baseret på en ”nettomodel”. Der er derfor ikke grundlag for at give TEAM OPP medhold i, at regionen skulle have baseret sin prisevaluering på en ”bruttomodel”.

Dette følger allerede af det forhold, at det ikke er muligt undervejs i et udbud med konkurrencepræget dialog at ændre på de udmeldte tildelingskriterier, jf. Kommissionens ”Explanatory Note” om konkurrencepræget dialog.

Region Midtjylland har således ved den endelige tilbudsevaluering alene foretaget en berigtigelse, som var i overensstemmelse med hele formålet med og baggrunden for udbuddet samt udbudsbetingelsernes materielle indhold.

Klart valg af prisevalueringsmodel

De endelige udbudsbetingelser var klare og indebar utvetydigt, at der ved evalueringen af underkriteriet ”Pris” skulle foretages en nettoopgørelse af Region Midtjyllands betalinger.

Formuleringen af spørgsmål 5 ved rettelsesblad 6 sammenholdt med det endelige tilbudsark kunne ganske vist isoleret set give anledning til misfortolkning, idet der ved en fejl ikke var indarbejdet det fradrag/den modregning af købsprisen for AUH, Risskov ejendommen, som det var forudsat skulle ske. Tilbudsgiverne har imidlertid ikke på baggrund af en basal fejl, i det af regionen udarbejdede endelige tilbudsark, berettiget kunne være i tvivl om forståelsen af underkriteriet.

Det fulgte således klart af både udbudsbekendtgørelsen, punkt II.1.5, prækvalifikationsbeskrivelsen, punkt 1, 4 og 5, det ”beskrivende dokument”, det oprindelige udkast til OPP-kontrakt, det oprindelige udkast til ”Salgsaftale”, punkt 1.5, det oprindelige tilbudsark, PowerPoint-præsentationen fra informationsmødet og referatet fra informationsmødet, at regionen forudsatte, at evalueringen af priskriteriet ville ske efter ”nettomodellen”. Formuleringen af priskriteriet blev ikke ændret eller præciseret i de endelige udbudsbetingelser, hvis indhold i forhold til priskriteriet var helt identiske med det ”beskrivende dokument”.

Det var kun det endelige tilbudsark, som efterfølgende blev ændret. Ved en fejl tog tilbudsarket ikke højde for, at købesummen for, at AUH, Risskov blev betalt af køber til Region Midtjylland. Tilbudsarket medregnede i stedet alene forudbetalingen som en bruttoudgift for Region Midtjylland. Herved fik købesummen for AUH, Risskov alene en likviditetsmæssig/finansieringsmæssig effekt for OPP-leverandøren. Købesummen for AUH, Risskov indgik dermed ikke i nutidsværdi – beregningen i celle D223. Celle D223 illustrerede dermed ikke ”de samlede betalinger fra Region Midtjylland”. Det kan derfor af besvarelsen af spørgsmål 5 udledes, at evalueringen fortsat – også efter den aftalemæssige opsplitning – skulle basere sig på ”Region Midtjyllands samlede betalinger over kontraktens løbetid” (”nettomodellen”) og ikke blot enhedsbetalingerne til OPP-leverandøren. Såvel TEAM OPP som TEAM OPP’s advokat var – kort før tilbudsfristen – bekendt hermed, jf. blandt andet bemærkningerne fra TEAM OPP’s advokat vedrørende den ”størst mulige” købesum for AUH, Risskov, som blev fremsat den 12. marts 2014 og som gengives i spørgsmål 21. Den deri nævnte konkurrencemæssige forudsætning om den størst mulige købesum for AUH, Risskov kan ikke opfyldes, hvis købesummen for AUH, Risskov alene tillægges betydning i forhold til tilbudsgivernes individuelle finansieringsomkostninger (”bruttomodellen”).

Også ”Appendiks 2 – Krav til tilbudsmodel” som blev udsendt sammen med det endelige udbudsmateriale i december 2013, og som skulle læses i sammenhæng med det endelige tilbudsark tilsiger, at det ikke med ændringen i tilbudsarket var hensigten, at ændre på den oprindeligt udmeldte evalueringsmodel. Det fremgik således af appendikset, at ”[h]ele købesummen for AUH Risskov ejendommen efter inflationsregulering, indgår i beregning af nutidsværdien af de samlede betalinger fra Region Midtjylland, jf. afsnit 2.3. Købesummen efter inflationsregulering indgår således i tilbudsmodellen, med følgende prioriterede fordeling: 1. Forudbetaling på OPP-kontrakten (op til 47 % af anlægssummen på Nyt Psykiatrisk Center) 2. overskydende del af købesum efter forudbetaling indgår som supplerende betaling til Region Midtjylland”. Det kan heraf umiddelbart udledes, at der ved opgørelsen af ”nutidsværdien af de samlede betalinger fra Region Midtjylland” var ment noget andet og mere end den enhedsopgørelse, som kom til udtryk i celle D223 i det endelige tilbudsark. Dette kan også konstateres ved det forhold, at Region Midtjylland i det endelige tilbudsark delvist havde fået indarbejdet ”nettomodellen”. Der var således i det endelige tilbudsark celle C216, taget højde for, at den eventuelt ”[o]verskydende del af

købesummen efter forudbetaling” skulle indgå som supplerende betaling til regionen. Beregningsteknisk var der dermed i tilbudsarket taget højde for en direkte modregning – men kun for så vidt angår en eventuelt overskydende købesum. Imidlertid fik denne post i tilbudsarket ingen selvstændig betydning, da ingen af de tilbudte købesummer for AUH, Risskov oversteg 47 % af de tilbudte anlægssummer for OPP-projektet. For så vidt angår posten, som i tilbudsarket var benævnt ”Maksimal forudbetaling (47 % af anlægssummen)”, skete der omvendt beregningsteknisk en reduktion i de af OPP-leverandøren forudsatte finansieringsomkostninger, fordi OPP-leverandøren fik en betaling up front, som efterfølgende ikke skulle finansieres af OPP-leverandøren – men den direkte modregning af købesummen for AUH, Risskov ejendommen, krone for krone, var ikke indeholdt. Opdelingen af købesummen i posterne; ”Forudbetalingen – max 47 % af OPP – anlægssummen” og ”Overskydende købesum efter forudbetaling”, var foranlediget af, at der for Nyt Psykiatrisk Center i DNU blev fastlagt en fikseret pris, som Region Midtjylland skulle betale for tilbagekøb af Nyt Psykiatrisk Center i DNU ved aftalens ordinære udløb (år 2044). Denne tilbagekøbssum blev fastlagt til 53 %, og som følge heraf ville det ikke give mening at modtage en forudbetaling, der oversteg 47 %. Det nævnte forhold er klart udtryk for, at regionen fortsat – også efter den aftalemæssige opsplitning – arbejdede ud fra, at regionen i såvel konkurrenceøkonomisk som realøkonomisk henseende skulle stilles, som om regionen ikke selv finansierede købesummen for AUH, Risskov ejendommen (”nettomodellen”).

Hverken Region Midtjylland eller TEAM KPC havde forestillet sig, at spørgsmål 5 og besvarelsen heraf skulle indebære en væsentlig ændring af den forudsatte nettoevalueringsmodel, hvorved hele købesummen for AUH, Risskov ikke længere skulle indgå ved opgørelsen af ”nutidsværdien af Region Midtjyllands samlede betalinger over kontraktens løbetid”. Der ville i givet fald være tale om en væsentlig ændring på et tidspunkt i udbudsprocessen, hvor Region Midtjylland ikke lovligt ville kunne foretage ændringer af den udmeldte evalueringsmodel, jf. blandt andet Kommissionens ”Explanatory Note” om konkurrencepræget dialog, punkt 3.1. in fine.

Selvom besvarelsen af spørgsmål 5 således isoleret set kunne give anledning til tvivl, idet formuleringen kunne fortolkes derhen, at Region Midtjylland nu ville anvende ”bruttomodellen”, ville en sådan forståelse ikke give nogen mening, henset til hele formålet med udbuddet.

Når TEAM OPP påstår, at besvarelsen af spørgsmål 5 har den konsekvens, at Region Midtjylland skulle have ændret den udmeldte (netto)evalueringsmodel til en (brutto)evalueringsmodel, hvor evalueringen alene baseres på ”nutidsværdien af enhedsbetalingerne” under OPP-kontrakten beregnet på grundlag af en (brutto)anlægssum, er der tale om en efterrationalisering fra TEAM OPP’s side. TEAM OPP kan ikke have haft en berettiget forventning om, at Region Midtjyllands uhensigtsmæssige formuleringer i forbindelse med spørgsmål/svar skulle være retningsgivende for valget af evalueringsmodel, når disse formuleringer ikke havde sammenhæng med det øvrige udbudsmateriale, og når disse formuleringer samtidig kunne danne grundlag for spekulation, jf. klagenævnets kendelse af den 1. februar 2013, Abena A/S mod SKI A/S.

Det må ligeledes have stået TEAM OPP klart, at Region Midtjylland aldrig hverken ville eller kunne gennemføre en prisevaluering baseret udelukkende på en ”bruttomodel”, når udbuddets konkurrenceøkonomi hermed ville være helt forskellig fra projektets realøkonomi.

Den i tilbudsarket indeholdte fejl, var derfor ikke bindende for Region Midtjylland jf. princippet i aftalelovens § 32, stk. 1, (erklæringsfejl) og praksis fra Højesteret, blandt andet UfR 2000.60 H og UfR 1974.42 H. En tilsvarende retsstilling må gælde for en ordregivende myndighed, hvis der foreligger åbenbare fejl i enten tilbudsblanket eller tilbudsark, som er udarbejdet af den ordregivende myndighed, og som først opdages efter tilbudsfristens udløb. Region Midtjylland var derfor ikke bundet af den i tilbudsarket indeholdte åbenbare fejl, som var i strid med alle udbuddets øvrige forudsætninger. Regionen var i stedet berettiget til at foretage en evaluering af underkriteriet ”pris” på grundlag af det oprindeligt udmeldte. Et tilsvarende resultat kan udledes af klagenævnets kendelse af den 19. marts 2013, Fresenius Medical Care Danmark A/S mod Region Midtjylland (ad påstand 2).

Den anvendte ”nettomodel” fjerner ikke incitamentet til at optimere og tænke totaløkonomi. Der skulle netop med udbuddet konkurreres på både OPP-projektet (pris og kvalitet) og prisen for AUH, Risskov. Det forhold, at OPP-projektet således dels udgjorde et tilnærmet OPS-projekt, fordi der i OPP-projektet var indregnet en vis offentlig finansiering af anlægssummen (svarende til købesummen for AUH, Risskov ejendommen), hvorved OPP-leverandørens finansieringsomkostninger blev mindsket, dels også indebar et salg af en offentlig fast ejendom, som skulle ske til markedspris, kan ikke

føre til, at der ikke var et incitament for tilbudsgiverne til at fokusere på totaløkonomien. OPP-projektets totaløkonomi var hele tiden den samme og skulle i princippet være uafhængig af prisen for AUH, Risskov, medmindre man spekulerede, som TEAM OPP's beregninger er udtryk for.

En ordregivende myndighed er – efter fast klagenævnspraksis – ikke forpligtet til på forhånd at oplyse om den anvendte evalueringsmodel. Det var derfor i princippet fuldt ud tilstrækkeligt for TEAM OPP, at TEAM OPP var bekendt med, at købesummen for AUH, Risskov skulle indgå som en del af det samlede priskriterium, og at købesummen selvsagt skulle være højst mulig, mens enhedsbetalingerne i henhold til OPP-kontrakten skulle være lavest mulige. Det forekommer derfor at være urimeligt strengt og uproportionalt, hvis Region Midtjylland i denne sag ved en åbenbar og særdeles beklagelig beregningsteknisk fejl i tilbudsarket og ved en efterfølgende besvarelse af spørgsmål 5 ved rettelsesblad nr. 6, som blev udsendt kun 11 dage før tilbudsfristens udløb, skal sidestilles med en ordregiver, som på forhånd har offentliggjort sin evalueringsmetode og efterfølgende ændret denne. Region Midtjylland havde på forhånd klart tilkendegivet over for tilbudsgiverne, hvilke fire priskomponenter regionen ville lægge vægt på.

Udbudsbetingelsernes lovlighed

Det fremgik af stort set samtlige dokumenter, som udgjorde en del af det endelige udbudsmateriale, at salget af AUH, Risskov skulle ske i henhold til bekendtgørelse nr. 799 af den 24. juni 2011 om offentligt udbud ved salg af kommunens henholdsvis regionens faste ejendomme.

Salg af fast ejendom i henhold til denne bekendtgørelse kan alene ske til markedsprisen, hvilket vil sige den højeste pris i handel og vandel, jf. blandt andet afsnit 7.1 i vejledning nr. 60 af den 28. juni 2004. Det følger heraf, at regionen har en forpligtelse til at handle økonomisk forsvarligt. Muligheden for at sælge til en lavere pris end den højst opnåelige foreligger kun, hvis regionen herved varetager en saglig regional interesse, og kommunen herved retligt sikrer sig, at den saglige regionale interesse også varetages ved aftalen, f.eks. ved aftale om rådighedsindskrænkning i forbindelse med salget, eller ved aftale om bestemt byggeri eller bestemt anvendelse. Udbuddet af AUH, Risskov var på ingen måde underlagt sådanne begrænsninger. Tværtimod pågik der betydelige drøftelser mellem regionen, kommunen og dialogdeltagerne om, hvordan de bedst tænkelige rammer kunne tilrettelæg-

ges, således af prisen for AUH, Risskov ikke blev påvirket af begrænsninger i denne henseende.

Det af TEAM OPP beregnede eksempel, hvor en øgning af købesummen med 200 mio. kr. alene påvirker nutidsværdien af enhedsbetalingerne til OPP-leverandøren positivt med 80 mio. kr. (svarende til 43 % af 200 mio. kr.) viser tydeligt, at købesummen for AUH, Risskov ikke får fuld ”nettoeffekt” i tilbudsarkets celle D223, men alene er indregnet i modellen med en mindre effekt som følge af, at den af OPP-leverandøren forudsatte investerede kapital ved opgørelsen af basisbetalingerne beregningsteknisk er blevet reduceret. Dermed får den øgede købesum alene betydning for det af OPP-leverandøren beregnede afkast af den investerede (anlægs)kapital (den likviditetsmæssige effekt).

Det er åbenbart, at Region Midtjylland ikke ville handle økonomisk forsvarligt, hvis Region Midtjylland kunne indgå en OPP-kontrakt til en værdi af 2,2 mia. kr., uden at det samtidig skulle have betydning ved evalueringen, at der fra Region Midtjyllands side også blev erlagt en kontant betaling svarende til købesummen for AUH, Risskov til OPP-leverandøren primo 2019 på enten ca. 339 mio. kr. (TEAM OPP) eller ca. 535 mio. kr. (TEAM KPC).

TEAM OPP's betragtninger om, hvorvidt Region Midtjylland kunne sælge AUH, Risskov til under markedspris i henhold til undtagelsesbestemmelsen i § 6, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 799 af den 24. juni 2011, er ikke relevante, allerede fordi tilbuddet fra Team KPC indeholdt den økonomisk mest fordelagtige pris for den samlede OPP-kontrakt, herunder den højeste købesum for AUH, Risskov på ca. 535 mio. kr. AUH, Risskov skulle naturligvis sælges til markedspris i forbindelse med gennemførelsen af det samlede udbud. En evaluering af priskriteriet i overensstemmelse med ”bruttomodellen” er derfor i strid med princippet om økonomisk forsvarlighed, da salget af AUH, Risskov ikke ville ske til markedspris. Bruttomodellen kunne derfor ikke have dannet grundlag for tildeling, hvilket burde have været klart for TEAM OPP som en professionel ejendomsinvestor og ikke mindst for TEAM OPP's advokat. Der henvises i den forbindelse til Statsforvaltningens udtalelse af den 19. oktober 2007, som er offentliggjort på Statsforvaltningens hjemmeside. Ved denne udtalelse er det fastslået, at en kommune lovligt kan gennemføre et offentligt udbud ved salg af fast ejendom samtidig med et udbud tilrettelagt efter principperne for projektkonkurrencer efter udbudsdirektivet. Statsforvaltningen lægger blandt andet til grund,

at der nødvendigvis skal foretages en vurdering af såvel den tilbudte købspris for arealerne som for projektkvaliteten, og at det er en forudsætning for salget, at kommunen opnår markedsprisen for ejendommen.

Den forudsatte evaluering efter ”nettometoden” er i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 53, da evalueringen på den ene side både forudsætter en fuld evaluering af OPP-kontrakten, herunder dennes kvaliteter og pris m.v., og på den anden side tillige tager højde for salget af AUH, Risskov, herunder at købesummen for AUH, Risskov naturligvis skal være størst mulig og derudover indgå som en del af finansieringen for det samlede OPP-projekt.

Hvis klagenævnet imidlertid – mod forventning – måtte finde, at den af Region Midtjylland forudsatte konkrete model, hvor et salg af en offentlig ejendom bliver udbudt samtidig med et offentligt OPP-projekt, ikke er lovlig efter udbudsdirektivets artikel 53, gælder dette både ved anvendelsen af ”bruttomodellen” og ”nettomodellen”. Købesummen for AUH, Risskov indgår ved prisevalueringen i begge modeller, uden at købesummen for AUH, Risskov har tilknytning til den af TEAM OPP påståede ”konkrete genstand for kontrakten”. TEAM OPP’s anbringender i relation til udbudsdirektivets artikel 53 indebærer i princippet, at Region Midtjyllands udbudsbetingelser ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, hverken efter ”bruttomodellen” eller ”nettomodellen”.

Region Midtjylland har ikke handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved – trods besvarelsen af spørgsmål 5 ved rettelsesblad 6 – at have gennemført en evaluering svarende til den, der hele tiden havde været forudsat, i stedet for at aflyse udbuddet. Regionen valgte at fratrække/modregne den tilbudte købesum for AUH, Risskov i de tilbudte enhedsbetalinger krone for krone, således at evalueringen blev foretaget i overensstemmelse med det oprindeligt udmeldte priskriterium og det oprindelige tilbudsark.

Regionen må anses for at være berettiget til at berigtige åbenbare fejl, jf. princippet i Rettens dom af den 10. december 2009 i sag T-195/08 og klagenævnets kendelse af den 19. december 2014, GEO mod Vejdirektoratet (ad påstand 7). De to afgørelser omhandler ordregivers berigtigelse af tilbudslistes, hvori tilbudsgiverne har lavet åbenbare fejl, men en tilsvarende retsstilling må også gøre sig gældende, hvis ordregiver som en del af udbudsmaterialet har udarbejdet et tilbudsark/tilbudsmodel, som indeholder

åbenbare fejl. Hvis ikke det i disse situationer skulle være muligt at foretage berigtigelse, vil konsekvenserne ved ordregivers offentliggørelse af tilbudsmodeller m.v. blive alt for store – også fremadrettet under den nye udbudslov. Korrektionen medførte således, at identiteten mellem den udbudte opgave og den indgåede kontrakt blev sikret.

Der ville derimod have været tale om en åbenbar favorisering af TEAM OPP, i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, hvis Region Midtjylland havde ændret det oprindeligt udmeldte vedrørende underkriteriet ”Pris” til en såkaldt ”bruttomodel”.

Ad påstand 2 og 4

Parternes anbringender om den kvalitative evaluering af Region Midtjyllands evaluering af TEAM OPP’s tilbud i relation til underkriteriet ”Finansiell robusthed” gengives ikke.

TEAM OPP har gjort følgende gældende:

Evalueringen af underkriteriet ”Pris”

En evaluering af underkriteriet ”Pris” jf. det ad påstand 1 anførte, skulle være sket efter ”bruttomodellen”, hvilket ville have ført til, at TEAM OPP havde afgivet det for Region Midtjylland økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvorfor TEAM OPP rettelig skulle have været tildelt den udbudte OPP-kontrakt.

Hvis Region Midtjylland havde anvendt ”bruttomodellen”, som denne kom til udtryk i celle D223, ville Team KPC være blevet tildelt 8 point for underkriteriet ”Pris” og TEAM OPP ville være tildelt 7,8 point for underkriteriet ”Pris”. TEAM OPP ville dermed have opnået samlet 7,0 vægtede point mens TEAM KPC ville have opnået samlet 6,8 vægtede point.

Det kan derfor objektivt konstateres, at en evaluering i overensstemmelse med udbudsbetingelserne ville have ført til, at TEAM OPP har afgivet det for Region Midtjylland økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvorfor TEAM OPP skulle have været tildelt den udbudte OPP-kontrakt.

Region Midtjylland har således handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele kontrakten til Team KPC, uagtet at denne tilbudsgiver ikke har afgivet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” bedømt efter kriterierne som beskrevet i udbudsbetingelserne.

Konditionsmæssigheden af TEAM KPC’s prækvalifikationsansøgning – og tilbud

TEAM KPC’s prækvalifikationsansøgning opfyldte ikke udbudsbekendtgørelsens krav om dokumentation for fornøden teknisk kapacitet som driftsoperatør, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3, idet TEAM KPC ikke havde en driftsoperatør med i prækvalifikationsansøgningen. TEAM KPC skulle derfor ikke have været prækvalificeret.

Af udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3 fremgår således, at i det omfang ansøgeren ønsker, at der lægges vægt på underleverandørers tekniske kapacitet ved prækvalifikationsansøgningen skal de nødvendige referencer for bygningsdrift m.v. vedlægges for den pågældende underleverandør, ligesom denne skal erklære at stille sine ressourcer til rådighed for ansøgeren.

Det fremgår udtrykkeligt af TEAM KPC’s prækvalifikationsansøgning, at teamet i tilfælde af kontrakttildeling ville overlade driften af det nye psykiatriske center til en selvstændig driftsoperatør, og at der ikke var vedlagt ”referencer vedrørende bygningsdrift og totaløkonomiske betragtninger, der baserer sig på den påtænkte driftsoperatørs erfaringer og kompetencer”.

På prækvalifikationstidspunktet havde Region Midtjylland dermed kendskab til, at TEAM KPC i tilfælde af kontrakttildeling ville overlade driften til en ukendt driftsoperatør med ukendte kompetencer og erfaringer, og ansøgningen indeholdt derudover ingen form for dokumentation for, at vedkommende driftsoperatør ville stille sine (ukendte) ressourcer til rådighed for TEAM KPC.

TEAM KPC’s prækvalifikationsansøgning var derfor i strid med udbudsbekendtgørelsens krav og skulle dermed rettelig have været afvist som ukonditionsmæssig. Da TEAM KPC ikke opfyldte prækvalifikationskravene, kunne TEAM KPC allerede af denne grund ikke lovligt tildeles kontrakten.

Konditionsmæssigheden af TEAM OPP’s tilbud

TEAM OPP's tilbud var konditionsmæssigt, uanset den foretagne udskiftning af MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S og det forhold, at TEAM OPP's tilbud på salgsaftalen vedrørende AUH, Risskov blev afgivet af Bricks A/S som konsortiedeltager, hvor selskabet i prækvalifikationsansøgningen var anført som forpligtende underleverandør.

Region Midtjylland accepterede direkte udskiftningen af MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S efter at have foretaget en nøje vurdering af, om dette ville være i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, jf. herved Region Midtjyllands advokat, advokat Torben Brøggers, e-mail til TEAM OPP's advokat, advokat Henrik Puggaard af den 10. marts 2014. Den foretagne vurdering er helt i tråd med generaladvokatens forslag til præjudiciel afgørelse af 25. november 2015 i sag C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark, hvori det anføres, at der med afsæt i udbudsreglernes formål om at sikre den bredest mulige åbning for konkurrence i forbindelse med en udbudsprocedure, i mangel af nationale regler herom, ikke gælder et absolut princip om identitet mellem de prækvalificerede aktører og de tilbudsgivende aktører, jf. præmis 62-67. Ændringer i sammensætningen af sammenslutninger af økonomiske aktører under udbudsprocessen er således tilladelige, i det omfang det grundlæggende princip om ligebehandling iagttages, jf. præmis 66-67. Ordregiveren skal herved foretage en konkret vurdering på baggrund af samtlige foreliggende oplysninger, af om udskiftningen vil medføre konkurrencefordele for det pågældende konsortium. Af e-mailen af 10. marts 2014 fremgår, at Region Midtjylland netop konkret har vurderet, at udskiftningen af MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S ikke vil medføre konkurrenceforvridning i udbudsprocessen.

Hertil kommer, at TEAM OPP's anmodning om udskiftningen blev fremsat meget tidligt i dialogfasen, at udskiftningen er foregået på en åben og gennemsigtig måde i forhold til de øvrige tilbudsgivere, og at udskiftningen ikke har haft indflydelse på prækvalifikationens udfald. I relation til Region Midtjyllands anbringende om, at TEAM OPP på tidspunktet for Region Midtjyllands accept af udskiftningen havde opnået kendskab til behovet for en optimering af købesummen for AUH, Risskov bemærkes, at A. Enggaard A/S deltog fra og med 2. dialogmøde i udbudsprocessen og dermed på et meget tidligt tidspunkt i dialogfasen, hvor parterne først var i færd med at afkode udbudsmaterialet og de implicerede risici og muligheder. På

det 1. dialogmøde, som var det eneste møde, A. Enggaard A/S ikke deltog i, blev størrelsen af en mulig købesum for AUH, Risskov, end ikke behandlet. Derudover var TEAM OPP's konsortium struktureret således, at Bricks A/S skulle forestå udviklingen af AUH, Risskov, hvorimod A. Enggaard A/S indtrådte som TEAM OPP's totalentreprenør i forhold til OPP-projektet. A. Enggaard A/S havde således ingen rolle i relation til AUH, Risskov. Ud over, at oplysningen om for lave budsummer på AUH, Risskov ikke har været kendt på tidspunktet for A. Enggaard A/S' involvering i udbudsprocessen, har oplysningen derfor også konkret været uden betydning for A. Enggaard A/S' deltagelse i TEAM OPP's konsortium.

Hvis EU-Domstolens dom i sag C-396/14 mod forventning måtte vise, at TEAM OPP's tilbud ikke kunne tages i betragtning som følge af, at udskiftningen af MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S og/eller opkvalificering af Bricks A/S, må Region Midtjylland være afskåret fra at påberåbe sig dette.

Region Midtjylland har således udtrykkeligt accepteret udskiftningen af MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S ved brev af 10. marts 2014, dels accepteret Bricks A/S rolle som aftalepart i salgsaftalen vedrørende AUH, Risskov. Dette må betragtes som et bindende tilsagn om, at Region Midtjylland ikke efterfølgende ville anfægte de pågældende ændringer.

At Region Midtjylland må være afskåret fra at anfægte konditionsmæssigheden af TEAM OPP's tilbud, kan tillige støttes på principperne om tilbagekaldelse af begunstigende forvaltningsafgørelser. TEAM OPP har således efter regionens ageren haft en berettiget forventning om, at Region Midtjyllands accept af udskiftningen og accepten af Bricks A/S som kontraktpart på salgsaftalen var truffet i overensstemmelse med de udbudsretlige regler.

Såfremt Klagenævnet alligevel måtte finde, at TEAM OPP's tilbud var ukonditionsmæssigt som følge af, at udskiftningen af MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S og/eller opkvalificering af Bricks A/S ikke skulle have været tilladt, er Region Midtjylland under alle omstændigheder erstatningsansvarlig overfor TEAM OPP. TEAM OPP havde således netop i forbindelse med sin anmodning om udskiftning redegjort for, at TEAM OPP som alternativ til en egentlig udskiftning havde muligheden for at opretholde MT Højgaard A/S som totalentreprenør, men med A. Enggaard A/S som

underentreprenør. Det var således alene på grund af Region Midtjyllands udtrykkelige accept af udskiftningen, at denne model blev forfulgt.

Opkvalificering af Bricks A/S er sket på Region Midtjyllands egen foranledning og eventuelle negative konsekvenser for TEAM OPP som følge heraf må derfor også bæres af Region Midtjylland.

Bricks A/S blev prækvalificeret som forpligtende underleverandør i TEAM OPP med ansvar for at udvikle det eksisterende område i Risskov, jf. herved TEAM OPP's prækvalifikationsansøgning punkt III 2.2. Bricks A/S indgik således fra starten på forpligtende vis i TEAM OPP, og det har fra begyndelsen stået klart for Region Midtjylland, at Bricks A/S skulle forestå købet og udviklingen af AUH, Risskov. I begyndelsen af udbudsprocessen var det forudsat, at Region Midtjylland skulle indgå én aftale med OPP-leverandøren, der både omfattede etablering af det nye psykiatriske hospital og køb af AUH, Risskov. Senere blev der foretaget en opdeling af henholdsvis salgsaftalen for AUH, Risskov og OPP-kontrakten, således at aftalerne kunne indgås med forskellige parter, idet det af de endelige udbuds-betingelser, punkt 2.3.2., fremgår, at "[k]øber af AUH Risskov ejendommen forventes at være én eller flere konsortiedeltagere".

Det er ifølge udbudsbetingelsernes punkt 2.3.2. ikke et mindstekrav, at køber af AUH, Risskov er konsortiedeltager, jf. ordlyden, hvorefter det alene er en "forventning", at køber er en konsortiepart. En eventuel uklarhed i udbudsbetingelserne i forhold til dette krav er Region Midtjyllands risiko. Allerede som følge heraf har TEAM OPP's tilbud med Bricks A/S som køber for AUH, Risskov ejendommen været konditionsmæssigt. Der er i øvrigt ikke noget usædvanligt i, at en udbudt kontrakt indgås af andre parter end dem, der oprindeligt er blevet prækvalificeret som økonomiske aktører i det tilbudsgivende konsortium. Det er således meget almindeligt, at kontrakten tillades indgået af et til lejligheden stiftet SPV-selskab, og at dette SPV-selskab ejes af pensionselskaber, uagtet at de pågældende pensionselskaber ikke har været prækvalificeret som økonomiske aktører i det tilbudsvindende konsortium. Det forhold, at Region Midtjylland accepterede den ovenfor beskrevne ændring af kontraktstrukturen med samtidig kendskab til Bricks A/S' tydelige og fra starten udtrykkeligt tilkendegivne rolle i TEAM OPP's konsortium, kunne desuden ikke forstås på anden måde end, at Region Midtjylland – i lighed med TEAM OPP selv – betragtede Bricks

A/S som en udbudsretlig mulig kontraktpart på salgsaftalen vedrørende AUH, Risskov.

Region Midtjyllands opkvalificering af Bricks A/S fra forpligtende underleverandør til økonomisk aktør er i fuld overensstemmelse med udbudsreglerne, herunder generaladvokatens udlægning heraf i forslaget til afgørelse i sag C-396/14. Den formelle opkvalificering af Bricks A/S uden materielle ændringer i konsortiet for så vidt angår rolle- og opgavefordelingen må, med generaladvokatens ord, karakteriseres som en ”intern omorganisering, der ikke har nogen væsentlige følger”, og er dermed i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Med henvisning til generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-396/14, bestrides det endvidere, at § 147, stk. 1, nr. 1, og stk. 4, i den nye udbudslov, som fastlægger under hvilke vilkår, en ordregiver kan acceptere ændringer hos ansøgere og tilbudsgivere, er udtryk for gældende ret. Det fremgår også direkte af lovforarbejderne til § 147 for det første, at bestemmelsen indebærer et nationalt krav, som er indført efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget, for det andet, at man fra lovgivers side ønsker at fastlægge klare retningslinjer for, hvornår det er tilladt at acceptere ændringer i ansøgere og tilbudsgivere, og for det tredje, at bestemmelsen skal regulere et uafklaret fortolkningsspørgsmål, som der er stillet spørgsmål om til EU-Domstolen i sag C-396/14. Af sidstnævnte følger underforstået, at bestemmelsen vil blive tilpasset det resultat EU-Domstolen måtte komme frem til i sag C-396/14. Det viser, at den foreslåede regulering netop ikke er udtryk for gældende ret, idet retsstillingen må anses for uafklaret. I øvrigt indeholder § 147 i den nye udbudslov ingen relevante fortolkningsbidrag for nærværende situation, idet Bricks A/S hverken har erstattet en anden virksomhed i TEAM OPP, jf. § 147, stk. 1, nr. 1, og der heller ikke var tale om en udvidelse af TEAM OPP’s ”sammenslutning”, jf. § 147, stk. 4. Bricks A/S var således blevet prækvalificeret som underleverandør med forpligtende deltagelse og er sidenhen af Region Midtjylland blevet accepteret som økonomisk aktør (konsortiedeltager).

Da TEAM OPP afgav ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” under anvendelse af den i de endelige udbudsbetingelser oplyste evalueringsmodel (”bruttomodellen”), da udbudsmaterialet, herunder den oplyste evalueringsmodel (”bruttomodellen”) lovligt kunne danne grundlag for en tildeling, da TEAM KPC’s tilbud var ukonditionsmæssigt, da TEAM OPP’s til-

bud var konditionsmæssigt, og idet Region Midtjylland i øvrigt under de foreliggende omstændigheder, er afskåret fra at påberåbe sig ukonditionsmæssighed for så vidt angår TEAM OPP's tilbud, skal påstand 2 og 4 tages til følge.

Region Midtjylland har gjort følgende gældende:

Evalueringen af underkriteriet "Pris"

Region Midtjylland har foretaget en evaluering af priskriteriet i overensstemmelse med det oprindeligt udmeldte jf. det, der er anført ad påstand 1.

Hvis Region Midtjylland været opmærksom på risikoen for, at underkriteriet "Pris" kunne forstås som hævdet af TEAM OPP, ville Region Midtjylland utvivlsomt have aflyst udbuddet. Region Midtjylland kunne således ikke lovligt anvende en evalueringsmodel, som indebar, at et samtidigt salg af offentlig fast ejendom skete til under markedspris eller en evalueringsmodel, der afveg væsentligt fra den oprindeligt udmeldte evalueringsmodel. Intentionen med udbuddet var ikke alene at tildele en OPP-kontrakt, men tillige at konkurrenceudsætte salget af AUH, Risskov, hvor købesummen skulle bruges til at finansiere OPP-projektet. Et udbud kan, jf. fast klagenævnspraksis, aflyses, hvis der foreligger en saglig grund. Det er åbenbart, at der foreligger en saglig grund til aflysning, hvis et underkriterium har fået et ikke-tilsigtet indhold i strid med anden lovgivning.

Der ville have været tale om en åbenbar favorisering af TEAM OPP i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, hvis Region Midtjylland – som TEAM OPP hævder, at det er sket – havde ændret underkriteriet fra "nutidsværdien af Region Midtjyllands samlede betalinger over kontraktens løbetid", hvor hele købesummen for AUH, Risskov skulle indgå i beregningen ("nettomodellen") til "nutidsværdien af enhedsbetalinger" som opgjort i tilbudsarkets punkt 1.04, celle D223, hvor købesummen alene indgik med op til 47 % af anlægssummen og samtidig alene fik en likviditetsmæssig effekt i forhold til finansieringen af enhedsbetalingerne under OPP-kontrakten ("bruttomodellen").

Konditionsmæssigheden af TEAM KPC's prækvalifikationsansøgning – og tilbud

Den prækvalifikationsansøgning, der blev afgivet af TEAM KPC var konditionsmæssig.

Det var i udbudsbekendtgørelsens punkt IV.1.2 angivet, at regionen som minimum forventede at prækvalificere 3 økonomiske aktører og maksimalt 5. Regionen modtog alene 3 konditionsmæssige ansøgninger om prækvalifikation. Det var derfor ikke nødvendigt for regionen at foretage en kvalitativ udvælgelse af de bedste ansøgere. I stedet kunne regionen nøjes med at påse, om de 3 ansøgere var egnede til at løse den udbudte opgave, jf. udbudsdirektivets artikel 44 samt praksis fra Klagenævnet for Udbud, herunder blandt andet kendelse af den 1. februar 2012, Tensid Danmark ApS mod Aarhus Kommune, og kendelse af den 26. juni 2012, Balco A/S og Balco AB mod Arbejdernes Andels Boligforening. Det var i udbudsbekendtgørelsen punkt III.2.3 udførligt angivet, at referencer på løsningen af tilsvarende eller lignende opgaver inden for de seneste 5 år ”især [skulle være] inden for følgende områder”. Der var således ikke fastsat mindstekrav til ansøgernes tekniske kapacitet. Det var derfor heller ikke noget ultimativt krav, at der skulle fremlægges relevante referencer for alle opgaverne/områderne, men dette ville naturligvis blive vurderet nærmere ved den kvalitative udvælgelse af ansøgerfeltet, jf. udbudsbekendtgørelsen punkt IV.1.2, hvis ansøgerfeltet var tilstrækkeligt stort. Ligeledes var det ikke noget ufravigeligt krav fra regionens side, at ansøgerne skulle byde ind med en selvstændig driftsoperatør, hvis ansøgeren vurderede selv at kunne løfte opgaven, herunder ved antagelse af underleverandører.

Vedrørende TEAM KPC's ansøgning om prækvalifikation vurderede regionen, at TEAM KPC havde dokumenteret tilstrækkelig teknisk kapacitet til at kunne løfte opgaven, uagtet at Team KPC ikke på ansøgningstidspunktet havde tilknyttet nogen selvstændig driftsoperatør. Det var regionens vurdering, at TEAM KPC via referencerne, som relaterede sig til KPC's egne opgaver vedrørende bygningsdrift og vedligeholdelse m.v. havde dokumenteret tilstrækkelig teknisk kapacitet til at kunne løfte opgaven.

Region Midtjylland har efter gældende klagenævnspraksis en vid skønsmargin ved vurderingen af egnethed og referencer i forbindelse med udvælgelsen af ansøgere ved prækvalifikation. Regionen har holdt sig inden for rammerne af dette skøn, herunder de rammer, som var oplyst i udbudsbekendtgørelsen og prækvalifikationsbeskrivelsen. Der er ikke i det, som TEAM OPP har anført, noget grundlag for at fastslå, at regionens vurdering

har været åbenbar urigtig, eller at Region Midtjylland har overskredet grænserne for dette vide skøn.

TEAM OPP har under alle omstændigheder fortabt retten til at gøre anbringendet vedrørende TEAM KPC's konditionsmæssighed gældende ved retsfortabende passivitet. TEAM OPP var således allerede ved brev af den 22. marts 2013 fra regionen blevet gjort bekendt med, hvilke virksomheder regionen anså som egnede. Det kunne umiddelbart af dette brev udledes, at TEAM KPC var blevet prækvalificeret uden en driftsoperatør. Ca. 1 år senere meddelte TEAM OPP's advokat mundtligt regionens advokat, at TEAM OPP ikke agtede at klage over, at TEAM KPC var blevet prækvalificeret uden en facility management virksomhed. Der henvises til kendelse af den 22. januar 2012, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Banedanmark.

Konditionsmæssigheden af TEAM OPP's tilbud

Region Midtjylland har gjort gældende, at TEAM OPP aldrig kunne være blevet tildelt kontrakten, da tilbuddet fra TEAM OPP under alle omstændigheder, henset til de foretagne konsortieudskiftninger/ændringer, ikke var konditionsmæssigt, jf. udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, den nye udbudslov § 147, klagenævnets kendelse af den 28. januar 2014, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark, samt generaladvokatens forslag til afgørelse af den 25. november 2015 i sag C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark.

Som også fastslået ved Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 28. januar 2014, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark, finder generaladvokaten, at de generelle EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed skal fortolkes således, "at der i princippet skal bestå en juridisk og materiel identitet mellem den økonomiske aktør, der er blevet prækvalificeret i en udbudsprocedure med prækvalifikation, og den økonomiske aktør, der afgiver tilbuddet i forbindelse med den samme udbudsprocedure". Det er videre generaladvokatens synspunkt, at særligt ændringer i sammenslutninger, som foretages inden tildeling af kontrakt, udgør en endnu større risiko for tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet end eventuelle ændringer i sammenslutninger efter kontrakttildeling.

Da hverken A. Enggaard A/S eller Bricks A/S blev prækvalificeret som økonomiske aktører i TEAM OPP, og da det må lægges til grund, at hverken A. Enggaard A/S eller Bricks A/S har nogen juridisk eller materiel identitet med det i form af et I/S prækvalificerede TEAM OPP (bestående af fire andre selvstændige juridiske personer), var tilbuddet fra TEAM OPP – med A. Enggaard A/S som ny totalentreprenør og Bricks A/S som ny køber af AUH, Risskov – ikke konditionsmæssigt.

Region Midtjylland ville dermed ikke – uanset om der blev anvendt en ”bruttomodel” eller ”nettomodel” – kunne have tildelt kontrakten til TEAM OPP og Bricks A/S uden at handle i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. også klagenævnets kendelse af den 10. maj 2002, Ementor Denmark A/S mod Århus Amt, som fastslår, at det ikke undervejs i udbudsprocessen er muligt at ophøje en oprindelig underleverandør til tilbudsgiver.

Det er i den henseende ikke relevant, om det i de endelige udbudsbetingelsers punkt 2.3.2., var angivet, at tilbud på AUH, Risskov kunne afgives af én eller flere konsortiedeltagere. Faktum er, at hverken A. Enggaard A/S eller Bricks A/S blev prækvalificeret som konsortiedeltagere.

Alle de i TEAM OPP foretagne ændringer i det prækvalificerede konsortium blev foretaget inden tildeling af kontrakt, og ingen af de af generaladvokaten omtalte undtagelsessituationer kan finde anvendelse i forhold til de af TEAM OPP foretagne materielle konsortieudskiftninger.

MT Højgaard A/S, DEAS A/S og de to pensionsselskaber havde inden indledningen af den konkurrenceprægede dialog besluttet at oprette en sammenslutning (TEAM OPP), som alene skulle have til formål at deltage i denne udbudsprocedure. Bricks A/S skulle oprindeligt alene indgå som underleverandør. Det må forudsættes – som anført af generaladvokaten – at de fire aktører nøje havde evalueret de muligheder og risici, der var forbundet med projektet, og på den baggrund havde truffet den forretningsmæssige beslutning om at deltage sammen i tilbuddet og dele de hermed forbundne fortjenester og risici. Region Midtjylland er ikke bekendt med, hvad der var årsagen til anmodningen fra TEAM OPP om at udskifte totalentreprenøren MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S. Repræsentanter fra A. Enggaard A/S deltog dog i det 2. dialogmøde med regionen den 29. august 2013, og anmodningen blev herefter fremsat af TEAM OPP's advokat den 24. sep-

tember 2013. I november 2013 modtog regionen materiale vedrørende A. Enggaard A/S' økonomiske og tekniske egnethed med henblik på at vurdere, om A. Enggaard A/S måtte antages at opfylde de stillede krav til egnethed. Først den 10. marts 2014 traf regionen endelig beslutning om at til-lade udskiftningen efter en række længere overvejelser herom. På tidspunktet for regionens endelige beslutning vedrørende "Enggaard-udskiftningen" medio marts 2014 var det endelige udbudsmateriale for længst sendt ud, og tilbudsfristen ultimo marts 2014 var nært forestående. TEAM OPP, A. Enggaard A/S og Bricks A/S havde på dette tidspunkt kendskab til det øvrige antal virksomheder, som måtte forventes at afgive bud, og TEAM OPP, A. Enggaard A/S og Bricks A/S havde tillige kendskab til det forhold, at regi-onen ikke fandt den under dialogfasen indikerede købesum for AUH, Ris-skov imponerende. TEAM OPP vidste derfor præcist, hvor man skulle sætte ind for at forbedre tilbuddet. Derfor må det lægges til grund, at såvel TEAM OPP, A. Enggaard A/S og Bricks A/S opnåede en uberettiget konkurrence-mæssig fordel, som var i strid med ligebehandlingsprincippet, da regionen accepterede udskiftningen af TEAM OPP's totalentreprenør.

Selvom Region Midtjylland på nuværende tidspunkt er klar over, at det var en fejl, at regionen efter endt prækvalifikation accepterede udskiftningen af totalentreprenøren i TEAM OPP, herskede der på daværende tidspunkt – ef-ter regionens opfattelse – en vis usikkerhed om retsstillingen. Derfor tillod regionen efter nøje overvejelse udskiftningen.

For så vidt angår ændringen vedrørende Bricks A/S, er det åbenbart, at TEAM OPP og A. Enggaard A/S i forretningsmæssig henseende opnåede en mulighed for at forbedre økonomien ved tilbuddet, da TEAM OPP og A. Enggaard A/S ved egenhændigt at ophøje Bricks A/S fra underleverandør til selvstændig tilbudsgiver kunne lade Bricks A/S afgive særskilt tilbud på AUH, Risskov.

I stedet for at TEAM OPP skulle bære risikoen for AUH, Risskov på vegne af en forpligtende underleverandør, kunne TEAM OPP således nu undgå nogle for OPP-tilbuddet fordyrende garantistillelser, som Bricks A/S som selvstændig tilbudsgiver selv måtte bære risikoen for. TEAM OPP kunne ligeledes undgå at afholde særskilte omkostninger til Bricks A/S' dæk-ningsbidrag, hvilket også gav mulighed for en optimering af tilbuddet.

Region Midtjylland blev aldrig spurgt om, hvorvidt underleverandøren Bricks A/S samtidig kunne ophøjes til konsortiedeltager. I stedet blev Bricks A/S blot undervejs i den konkurrenceprægede dialog af TEAM OPP italesat som konsortiedeltager, hvilket også foranledigede, at regionen ved en fejl angav Bricks A/S som konsortiedeltager i udbudsbetingelserne. TEAM OPP må være nærmest til at bære ansvaret for denne fejl.

Ad påstand 3 – Annulation

TEAM OPP har gjort gældende, at Region Midtjyllands tilbudsevaluering har været i strid med udbudsdirektivets artikel 2, og at Region Midtjyllands tildelingsbeslutning derfor skal annulleres.

Region Midtjylland har jf. det ad påstand 1, 2 og 4 anførte, principalt gjort gældende, at Region Midtjylland ikke har overtrådt udbudsreglerne som påstået af TEAM OPP. Der er derfor ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen. TEAM OPP burde – som alle andre – have indset, at der forelå en fejl i det endelige tilbudsark, hvorfor regionen ikke var bundet af tilbudsarkets indhold, og hvorfor regionen under alle omstændigheder var berettiget til at foretage den endelige tilbudsevaluering i overensstemmelse med det oprindeligt udmeldte vedrørende underkriteriet ”Pris”.

Region Midtjylland har subsidiært gjort gældende, at selv hvis klagenævnet måtte nå frem til, at TEAM OPP’s påstand 1 i visse henseender skal tages til følge som følge af overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet, bør klagenævnet alligevel ikke træffe afgørelse om annulation, da TEAM OPP ikke har godtgjort, at det af regionen udmeldte endelige tilbudsark sammenholdt med besvarelsen af spørgsmål 5 ved rettelsesblad nr. 6 af den 20. marts 2014 har haft nogen konkret betydning for TEAM OPP’s tilbud.

TEAM OPP var så sent som den 12. marts 2014 – ca. 14 dage før tilbudsfristens udløb – bekendt med, at prisen for AUH, Risskov skulle være ”størst mulig”. Region Midtjylland havde tilmed gentagne gange under dialogfasen indikeret over for TEAM OPP, at den forventede købesum ikke var imponerende, og TEAM OPP’s tilbud ville blive dyrt for regionen. Det var herved underforstået, at købesummen for AUH, Risskov naturligvis skulle modregnes i regionens samlede betalinger, og ikke blot indgå til nedbringelse af OPP-leverandørens finansieringsomkostninger. Når TEAM OPP således alene tilbød kr. 339 mio. for AUH, Risskov – hvilket svarede no-

genlunde til det niveau, som TEAM OPP havde tilkendegivet under dialogfasen – så var det, fordi TEAM OPP simpelthen ikke kunne tilbyde mere. Det var omvendt ikke afgørende for TEAM OPP, om Region Midtjylland havde udmeldt en ”brutto-” eller en ”nettomodel” i det endelige tilbudsark. Det var heller ikke afgørende for TEAM OPP, hvad regionen svarede i forhold til det af TEAM KPC stillede spørgsmål den 20. marts 2014 – kun 11 dage før tilbudsfristens udløb.

Region Midtjylland har mere subsidiært gjort gældende, at Region Midtjylland – uagtet anvendelsen af en ”brutto-” eller ”nettomodel” – under alle omstændigheder ikke lovligt ville kunne have tildelt den udbudte OPP-kontrakt og tilhørende salgsaftale til TEAM OPP, idet tilbuddet fra TEAM OPP var ukonditionsmæssigt jf. det ad påstand 2 og 4 anførte om udskiftning/ændring i konsortiesammensætningen.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

Som anført i klagenævnets delkendelse af 29. juli 2014 er det ubestridt, at Region Midtjyllands svar på spørgsmål 5 af 20. marts 2014, og herunder særligt celle D223 i det endelige tilbudsark – isoleret set – efter sin ordlyd må forstås sådan, at evalueringen af tilbuddene i henhold til priskriteriet ville ske uden, at der blev taget selvstændigt hensyn til, hvilken pris der blev tilbudt for AUH, Risskov (den såkaldte ”bruttomodel”). Regionen har herved erkendt, at det beror på en fejl, at der ikke i tilbudsarket er taget højde for det fradrag af købesummen for AUH, Risskov ejendommen, som regionen har oplyst var forudsat skulle ske ved bedømmelsen af priskriteriet (den såkaldte ”nettomodel”). Det er ligeledes ubestridt, at regionen ved evalueringen af tilbuddene har foretaget et sådant fradrag af den pris, der blev tilbudt for AUH, Risskov, og dermed benyttet ”nettomodellen”.

Spørgsmålet er således, hvorledes udbudsdokumenterne og herunder svaret på spørgsmål 5 af 20. marts 2014 og tilbudsarket med celle D223 samlet set skulle forstås. Der skal herved tages stilling til, om det for tilbudsgiverne var klart, enten at tilbudsarket betød, at prisevalueringen (nu) skulle ske efter ”bruttomodellen” (TEAM OPP’s standpunkt) – eller at det måtte stå tilbudsgiverne, herunder TEAM OPP klart, at det, som fremgik af svaret af 20. marts 2014 og henvisningen til tilbudsarket med celle D223 om en

”bruttomodel”, var en åbenbar fejl, og at hensigten fortsat var at fastholde den ”nettomodel”, som kunne udledes af de øvrige udbudsdokumenter (Region Midtjyllands standpunkt).

Klagenævnet bemærker om forståelsen af udbudsdokumenterne:

Det lå efter udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.5 fast, at købesummen for AUH, Risskov skulle indgå som en del af aftalen. På samme måde er det i prækvalifikationsbeskrivelsen punkt 1 anført, at værdien af AUH, Risskov vil indgå som en del af Region Midtjyllands betaling til OPP-leverandøren. I punkt 5 i prækvalifikationsbeskrivelsen anføres det endvidere, at AUH, Risskov udbydes i henhold til bekendtgørelse nr. 799 af 24. juni 2011, og at købesummen for AUH, Risskov udgør en forudbetaling af den enhedsbetaling, som regionen skal erlægge. Ifølge det ”beskrivende dokument” punkt 9.2.2. udregnes ”[i] tilbudsarket ... prisen for buddet som nutidsværdien af Region Midtjyllands samlede betalinger i kontraktens løbetid”, og i punkt 10.2 anføres det, at underkriteriet ”Pris” er ”nutidsværdien af de samlede betalinger over OPP-kontraktens løbetid”, at det vil sige ”nutidsværdien af Driftsbetalingerne i driftsfasen” og at driftsbetalingen er resultatet af blandt andet ”Værdien af ejendommene i Risskov (forudbetaling)”. Det fremgår videre af det oprindelige udkast til OPP-kontrakt, punkt 7.3 ”Overordnet princip for betaling” at ”alle betalinger ifølge Aftalen sker, hvor ikke andet er angivet, som løbende Enhedsbetalinger i Driftsfasen”, at vederlaget omfatter ”forudbetalingen ved overdragelse af adkomst til AUH, Risskov” og ”enhedsbetalingen”.

Som antaget i klagenævnets kendelse af 29. juli 2014 må det anføres i de nævnte dokumenter, der dannede grundlag for dialogen med de prækvalificerede virksomheder, forstås sådan, at Region Midtjylland oprindeligt forudsatte, at evalueringen af tilbuddene i henhold til priskriteriet ville ske efter ”nettomodellen”. Det vil sige således, at købesummen for AUH, Risskov direkte blev fradraget ved beregningen af tilbudsprisen.

At Region Midtjylland anlagde denne forudsætning støttes ligeledes af PowerPoint-præsentationen fra det indledende dialogmøde, referatet herfra, ”Appendiks 2 – Krav til tilbudsmodel” og angivelsen i det endelige tilbudsark, hvor det af celle D216 fremgår, at den overskydende del af købesummen for AUH, Risskov (de 53 %) indgik til direkte modregning. En forudsætning om en ”nettomodel” synes også at kunne udledes af, at be-

skrivelsen af priskriteriet alle steder omtales som nutidsværdien af ... de samlede betalinger mens celle D223 angiver at udtrykke ”nutidsværdi af enhedsbetalinger”. Samtidig opdeler udkastene til OPP-kontrakt vederlagsbetalingen i ”forudbetalingen for AUH, Risskov” og ”Enhedsbetalingen”.

Om baggrunden for udformningen af det endelige tilbudsark, med celle D223, hvorefter evalueringen – bedømt alene på dette grundlag – ville ske på grundlag af ”bruttomodellen”, bemærker klagenævnet, at det efter udbudsbekendtgørelsen, prækvalifikationsbeskrivelsen og det indledende oplæg til den konkurrenceprægede dialog i det ”beskrivende dokument” klart var forudsat, at køberen af AUH, Risskov og OPP-kontraktparten skulle være én og samme juridiske person.

Foranlediget af dialogen med særligt TEAM OPP accepterede Region Midtjylland imidlertid, at der kunne ske en adskillelse, så køberen af AUH, Risskov og OPP-kontraktparten kunne være to forskellige juridiske personer. Regionen sikrede i den forbindelse også, at en sådan model skattemæssigt kunne accepteres. De endelige udbudsbetingelser, herunder tilbudsarket, blev i konsekvens heraf ændret. Det kom herved af det endelige tilbudsark celle D223, jf. regionens svar på spørgsmål 5 af 20. marts 2014, til at fremgå, at evalueringen i henhold til priskriteriet ville ske efter ”bruttomodellen”. En række af de øvrige dokumenter blev imidlertid ikke ændret, og det fremgik derfor fortsat af disse, at evalueringen i henhold til priskriteriet ville ske efter ”nettomodellen”.

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

Den anden tilbudsgiver, TEAM KPC anlagde samme forståelse som Region Midtjylland, jf. den langt højere tilbudte købesum for AUH, Risskov og Peter Christophersens erklæring.

Regionens og TEAM KPC's henholdsvis TEAM OPP's forskellige opfattelse af, om det var den ene eller den anden model, som var den gældende, synes at afspejle uklarheden i udbudsbetingelserne om, hvordan prisen på AUH, Risskov indgik.

Klagenævnet finder, at svaret af 20. marts 2014 – som stod i åbenbar modstrid med de dele af udbudsgrundlaget, som ikke samtidig blev ændret – ikke medførte en sådan klarhed om, at det nu var en ”bruttomodel”, som skulle anvendes, at den anden tilbudsgiver, TEAM KPC, måtte indse, at selskabets tilbud skulle baseres på ”bruttomodellen”. Dette var som bekendt heller ikke den forståelse, som Region Midtjylland selv anlagde.

TEAM OPP’s anbringende om, at det klart fulgte af udbudsbetingelserne, at ”bruttomodellen” skulle anvendes ved prisbedømmelsen, kan på den baggrund ikke følges.

Ved bedømmelsen af, hvorvidt TEAM OPP, som anført af Region Midtjylland, måtte indse, at det måtte bero på en fejl, at Region Midtjylland i svaret af 20. marts 2014 og tilbudsarket anviste en ”bruttomodel”, må det tages i betragtning, at ændringen af udbudsbetingelserne ikke alene angik den tekniske ændring af tilbudsarket. Ændringen faldt sammen med en ændring af det grundlæggende oprindelige vilkår om identitet mellem OPP-kontraktparten og køberen af AUH, Risskov, sådan at det ikke længere nødvendigvis skulle være den samme juridiske person. Ændringen af grundvilkåret om identitet skete sent i forløbet og efter intensive drøftelser angående netop spørgsmålet om den indbyrdes afhængighed mellem de to aftaler. Den model, som Region Midtjylland valgte at anvende, var særegen, idet en i princippet uafhængig tredjeparts købspris for en bygning indgik som et væsentligt element i en prisevaluering på et i princippet af ejendomshandelen uafhængigt OPP-projekt. Det fremstod ikke som åbenbart for tilbudsgiverne om – og i givet fald hvilke – andre ændringer i udbudsgrundlaget, som denne grundlæggende ændring kunne give Region Midtjylland anledning til at foretage. I forbindelse med ændringen af den indbyrdes afhængighed mellem de to aftaler og den samtidige ændring af tilbudsarket blev der ikke af Region Midtjylland redegjort nærmere for om, og i givet fald på hvilken måde, ændringen i den grundlæggende indbyrdes sammenhæng mellem aftalen om OPP-projektet og købet af ejendommen ville få indflydelse på evalueringen af prisen, herunder om den nu mere begrænsede afhængighed mellem aftalerne ville få betydning for bedømmelsen af prisen for AUH, Risskov og OPP-betalingen.

Der er tale om et kompliceret udbud med en kontrakt til en værdi af ca. 2,2 mia. kr., hvor Region Midtjylland som ordregiver var bistået af professionelle rådgivere. Spørgsmålet vedrørte et for både regionen og tilbudsgiver-

ne fuldstændigt centralt spørgsmål og blev stillet i den afsluttende fase, hvor tilbudsgiverne skulle indgive deres endelige tilbud. Tilbudsgiverne måtte i den sammenhæng som udgangspunkt være berettiget til at gå ud fra, at de svar, som Region Midtjylland gav, og herunder de valg, som sådanne svar syntes at udtrykke, var velovervejede og udtryk for en endelig beslutning om, hvordan udbudsbetingelserne skulle udformes.

At Region Midtjyllands svar tilsyneladende medfører en ændring af tidligere tilkendegivne betingelser kan, navnlig under et udbud, der som her gennemføres som konkurrencepræget dialog, hvor de endelige udbudsbetingelser først kan og skal fastlægges efter en dialog med tilbudsgiverne, ikke i sig selv indebære, at TEAM OPP måtte indse, at svaret beroede på en fejl. Der er endvidere ikke grundlag for at antage, at en ændring af evalueringsmodellen for kriteriet pris fra en ”nettomodel” til en ”bruttomodel” ville være i en sådan åbenbar strid med ligebehandlingsprincippet, udbudsdirektivets artikel 53 eller reglerne om salg af offentligt ejede ejendomme, at det måtte stå en tilbudsgiver som TEAM OPP klart, at svaret af 20. marts 2014 og tilbudsarket, hvor der blev angivet en ”bruttomodel”, måtte bero på en fejl. Der er ikke ved denne afgørelse i øvrigt taget stilling til parternes modsattede synspunkter om, hvorvidt en ændring til en bruttomodel ville være i strid med de nævnte bestemmelser.

Klagenævnet finder på denne baggrund, at det ikke kan antages, at TEAM OPP er afskåret fra at påberåbe sig de indbyrdes modstridende angivelser i udbudsbetingelserne. Det kan således hverken antages, at TEAM OPP har været opmærksom på fejlen i svaret på spørgsmål 5, jf. tilbudsarket, men bevidst ignoreret denne viden og afgivet tilbud ”mod bedre vidende”, eller at TEAM OPP burde have været opmærksom på den fejl, Region Midtjylland har erkendt at have begået ved udformningen af tilbudsarket og svaret af 20. marts 2014 på spørgsmål 5, og dermed må bære risikoen for at have baseret sig på en fejlagtig forståelse.

Herefter, og da det ikke kan udelukkes, at udformningen af tilbuddene har været påvirket af de indbyrdes modstridende angivelser i udbudsbetingelserne – tværtimod synes dette højest sandsynligt – kunne udbudsbetingelserne ikke danne grundlag for en lovlig tildeling.

Påstand 1 tages på den baggrund til følge i det nedenstående mere begrænsede omfang.

Ad påstand 2 og 4

Som anført ad påstand 1 kunne udbudsbetingelserne ikke danne grundlag for en lovlig tildeling. Allerede af denne grund kan påstand 2 og 4 ikke tages til følge.

Påstand 2 og 4 tages herefter ikke til følge.

Klagenævnet bemærker om påstand 2 tillige, at der af de grunde, som Region Midtjylland har anført, ikke er grundlag for at antage, at TEAM KPC er prækvalificeret med urette, og at konsortiets tilbud af denne grund skulle have været afvist af Region Midtjylland.

Ad påstand 3 – Annulation

Den ad påstand 1 konstaterede overtrædelse, hvorefter udbudsbetingelserne ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildeling, indebærer efter sin karakter, at der skal ske annulation af tildelingsbeslutningen.

Region Midtjylland har imidlertid gjort gældende, at uanset om påstand 1 helt eller delvist måtte blive taget til følge, kan dette ikke føre til annulation af tildelingsbeslutningen, idet tilbuddet fra TEAM OPP rettelig skulle have været afvist som følge af ændringer i konsortiet, der ligger uden for rammerne af, hvad der lovligt kan foretages i fasen mellem prækvalifikationen og afgivelse af det endelige tilbud. Overtrædelsen har dermed ifølge regionen ikke haft nogen konkret betydning for tildelingen, da TEAM KPC var den eneste tilbudsgiver, hvis tilbud lovligt kunne tages i betragtning. Der er derfor ikke reale hensyn, som tilsiger, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Begge parter har fremført en række synspunkter om forståelsen af Generaladvokat Mengozzis forslag af 25. november 2015 til afgørelse i sag C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark.

Klagenævnet bemærker, at den forelagte sag og forslaget til afgørelse drejer sig om et tilfælde, hvor der ikke består nogen juridisk eller materiel identitet mellem den i form af et I/S oprettede prækvalificerede sammenslutning, ”JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S”, og den (materielt og juri-

disk selvstændige) juridiske person, Aarsleff A/S, som indgav tilbuddet, jf. herved udtrykkeligt generaladvokatens forslag til afgørelse præmis 63. I modsætning hertil er der i denne sag tale om ét og samme konsortium, TEAM OPP.

De spørgsmål, som kan rejses i denne sag, er dog til dels af samme karakter som dem, den præjudicielle forelæggelse vedrører, nemlig om de, jf. klagenævnets delkendelse af 17. august 2015, skete ændringer i konsortiet i form af udskiftningen af den ved prækvalifikationen oprindelige (entreprenør) konsortiedeltager, MT Højgaard A/S, med i tilbuddet A. Enggaard A/S og ændringen af Bricks A/S' status fra i prækvalifikationsansøgningen forpligtende underleverandør til i tilbuddet at være konsortiedeltager, men kun for så vidt angår købet af AUH, Risskov, kan medføre, at tilbuddet ikke lovligt kunne tages i betragtning. Hvis dette er tilfældet, er spørgsmålet dernæst, om det indebærer, at den ad påstand 1 konstaterede overtrædelse ikke i praksis har haft en sådan betydning, at der er grundlag for annulation af tildelingsbeslutningen.

Det kan ikke udelukkes, at EU-Domstolens afgørelse i sag C-396/14 vil kunne indeholde fortolkningsbidrag af betydningen for vurderingen af, om TEAM OPP i fasen mellem prækvalifikationen og det endelige tilbud undergik sådanne ændringer, at tilbuddet ikke lovligt kunne accepteres.

Klagenævnet finder imidlertid, at det er ufornuddent at tage stilling til, om der forelå sådanne ændringer i konsortiets sammensætning, at tilbuddet ikke lovligt kunne tages i betragtning – og dermed at afvente EU-Domstolens dom – for at kunne tage stilling til spørgsmålet om annulation af tildelingsbeslutningen.

Region Midtjylland var således inden modtagelsen af de endelige tilbud oplyst om de påtænkte udskiftninger og havde udtrykkeligt accepteret, at de skete. Det fremgår herved direkte af regionens senest ændrede udbudsbetingelser, at TEAM OPP var:

”TEAM OPP konsortium bestående af:

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

- MT Højgaard A/S og A. Enggaard A/S

Med følgende underleverandører:

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

Region Midtjylland behandler på tidspunktet for offentliggørelse af udbudsmaterialet en ansøgning om udskiftning af MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S.”

Regionen førte endvidere indgående drøftelser med TEAM OPP om den ændring af det grundlæggende oprindelige vilkår om identitet mellem OPP-kontraktparten og køberen af AUH, Risskov, sådan at det ikke længere nødvendigvis skulle være den samme juridiske person og sikrede herunder en skattemæssig godkendelse af den påtænkte konstruktion. Det måtte herved, jf. også udtrykkeligt udbudsbetingelserne, have stået regionen fuldstændigt klart, at den planlagte køber – og konsortiedeltager – var Bricks A/S.

Regionen accepterede endvidere ved advokat Torben Brøggers e-mail af 10. marts 2014 udskiftningen af MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S. Regionen fandt herved efter en nøje overvejelse, som gengives i e-mailen af 10. marts 2014, at udskiftningen kunne tillades.

Uanset om de udskiftninger og ændringer, der er foretaget i TEAM OPP efter prækvalifikationen, måtte ligge uden for rammerne af, hvilke ændringer og udskiftninger i prækvalificerede tilbudskonsortier som en ordregiver kan acceptere uden, at dette strider mod ligebehandlingsprincippet, kan de foretagne af regionen accepterede ændringer herefter ikke føre til, at påstanden om annulation af tildelingsbeslutningen ikke tages til følge.

Sagsomkostninger

Efter sagens udfald og omfang skal Region Midtjylland betale sagsomkostninger på 200.000 kr. til TEAM OPP (bestående af DEAS A/S, PensionDanmark Pensionsforsikringsaktieselskab, Sampension A/S (identisk med Sampension KP Livsforsikring a/s og Sampension KP) og Bricks A/S)

v/Bricks A/S, jf. bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud § 9, stk. 4, jf. stk. 6. Der er ved fastsættelsen af sagsomkostninger taget udgangspunkt i, at TEAM OPP i det væsentlige har vundet for så vidt angår påstand 1 og har fået medhold i påstand 3 om annulation, men ikke fået medhold i påstand 2 og 4 om, at kontrakten rettelig skulle have været tildelt konsortiet.

Der er ved fastsættelsen af sagsomkostninger lagt vægt på kontraktens værdi samt på sagens forløb og omfang, herunder at der er afsagt to delkendelser. Det er tillige tillagt betydning, at kendelsen om afvisningsspørgsmålet, som TEAM OPP vandt for så vidt angik spørgsmålene om fuldstændig afvisning af sagen og om Bricks A/S' status som part i klagerkonsortiet, men tabte for så vidt angik A. Enggaard A/S, i nogen grad var foranlediget af TEAM OPP's uklare tilkendegivelser under sagsforløbet om ind- og udtræden af aktører i TEAM OPP.

I forholdet mellem Region Midtjylland og A. Enggaard A/S skal ingen af parterne betale sagsomkostninger til den anden part. Klagenævnet bemærker, at A. Enggaard A/S ligesom resten af TEAM OPP tabte spørgsmålet om klagens afvisning, for så vidt angik spørgsmålet om, hvorvidt A. Enggaard A/S var udtrådt af klagerkonsortiet. men at den del af spørgsmålet om sagens afvisning, som specifikt angik A. Enggaard A/S, var særdeles begrænset, og i øvrigt for så vidt angår den resterende del af TEAM OPP er taget i betragtning ved fastsættelsen af de sagsomkostninger, som Region Midtjylland skal betale til konsortiet.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i udbudsbetingelserne, som endeligt fastsat ved besvarelsen af spørgsmål 5 i rettelsesblad nr. 6 af 20. marts 2014, at have fastsat og anvendt uklare og indbyrdes modstridende kriterier for evalueringen de indkomne tilbud efter underkriteriet ”Pris – nutidsværdien af de samlede betalinger over OPP-kontraktens løbetid”.

Påstand 3

Region Midtjyllands beslutning af 25. juni 2014 om at tildele kontrakten til KPC Herning A/S i konsortium med Pensionskassernes Administration

(PKA) og Lærernes Pension Ejendomsselskab (Lærernes Pension) annulleres.

Påstand 2 og 4 tages ikke til følge.

Region Midtjylland skal inden 14 dage betale 200.000 kr. i sagsomkostninger til TEAM OPP (bestående af DEAS A/S, PensionDanmark Pensionsforsikringsaktieselskab, Sampension A/S (identisk med Sampension KP Livsforsikring a/s og Sampension KP) og Bricks A/S) v/Bricks A/S.

Klagegebyret tilbagebetales.

Katja Høegh

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig