

Udbuddet er efterfølgende annulleret af kommunen og klagen herefter tilbagekaldt, således at delafgørelsen er klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Veksø A/S
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

mod

Aarhus Kommune
(advokat Mette Høgh, Aarhus)

Klagenævnet har den 5. december 2016 modtaget en klage fra Veksø A/S.

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

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

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 18 og svarskrift med bilag A - B.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1A

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslo-

vens § 2 ved ikke at have forkastet Flexys A/S' tilbud, uagtet at Flexys A/S' tilbud indeholdt forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsgrundlaget.

Påstand 1B

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have forkastet Flexys A/S' tilbud, uagtet at Flexys A/S' tilbud indeholdt forbehold, der ikke kunne kapitaliseres med tilstrækkelig sikkerhed.

Påstand 1C

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have kapitaliseret alle forbehold i Flexys A/S' tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have forkastet Flexys A/S' tilbud, uagtet at Flexys A/S' tilbud ikke opfyldte mindstekravene til tilbuddets indhold vedrørende underkriteriet "B – Design".

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have forkastet Flexys A/S' tilbud, uagtet at Flexys A/S før tilbudsfristens udløb rettede telefonisk henvendelse til kommunens rådgiver og derved opnåede en konkurrencefordel, idet Flexys A/S modtog oplysninger af betydning for tilbudsafgivningen, som de øvrige prækvalificerede tilbudsgivere ikke modtog.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere Aarhus Kommunes tildelingsbeslutning af 22. november 2016.”

Aarhus Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Aarhus Kommune udbød ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 130-232626 af 5. juli 2016, offentliggjort den 8. juli 2016, som begrænset udbud efter udbudsloven en rammeaftale med en enkelt leverandør om levering og montering af cykelparkering i forbindelse med letbanestationer i Aarhus.

Rammeaftalen har en varighed af 24 måneder med mulighed for forlængelse i op til yderligere 24 måneder.

Ved e-mail af 9. september 2016 til Veksø A/S meddelte Aarhus Kommune, at Veksø A/S sammen med 4 andre virksomheder, herunder Flexys A/S, var blevet prækvalificeret til at afgive tilbud på aftalen.

Af udbudsbetingelserne af juli 2016 ”Bestemmelser om udbud og tilbud (BUT)” fremgår bl.a.:

”...

2. Orientering

...

Der er 41 stationer på strækningen, der skal have et ensartet og klart design-koncept, der blandt andet sikres ved hjælp af ens udstyr og inventar.

...

2.2 Opgaven

...

Rammeaftalen træder i kraft d. 1. januar 2017, og leverancer skal primært leveres frem til maj 2017. Der skal leveres på 11 prioriterede stationer i første omgang, samt udstyr til cykelparkering ved supercykelrute. Dertil kommer levering af udstyr løbende til øvrige stationer i takt med deres færdiggørelse samt mulige yderligere leverancer til andre projekter

...

2.3 Tidsplan

Udstyrsudbuddet gennemføres efter følgende tidsplan:

Udsendelse af PQ—og udbudsmateriale	5. juli 2016
Frist for anmodning om PQ	16. august 2016
Besked om valg af prækvalificerede	7. september 2016
Tilbudsfrist	27. oktober 2016
Udpegning af leverandør	15. november 2016
Standstill-periode	16. – 28. november 2016
Indgåelse af rammeaftale	december 2016
Aftalestart	januar 2017
Primær levering og montering forventes	januar-maj 2017

...

5. Udbudsbetingelser

...

5.3 Tildeling

5.3.1 Generelt

Rammeaftalen vil blive tildelt den tilbudsgiver, der afgiver det for Aarhus Kommune økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra kriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet.

5.3.2 Bedste forhold mellem pris og kvalitet

Følgende underkriterier lægges til grund for tildeling:

Underkriterium	Vægtning
A. Pris	40 %
B. Design	40 %
C. Kvalitet	20 %

...

6. Tilbud

...

6.2 Forbehold

Såfremt tilbuddet indeholder forbehold eller oplysninger, der strider mod grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, vil dette medføre, at tilbuddet afvises af Ordregiveren.

Forbehold overfor ikke-grundlæggende elementer i udbudsmaterialet kan kapitaliseres, idet der benyttes en konservativ kapitalisering. Såfremt forbeholdene ikke kan kapitaliseres med tilstrækkelig sikkerhed, vil tilbuddet blive afvist

...

7. Tilbudsdisposition

Tilbudsdispositionen indeholder en ramme for tilbudsafgivelsen. Tilbuddet bør således omfatte alle punkter i tilbudsdispositionen. Formålet er at sikre sammenlignelighed i tilbuddene samt, at alle relevante forhold bliver behandlet i tilbuddet.

Vedrørende forbehold bedes disse oplyst samlet under tilbudsdispositionens punkt 2.

Punkt	Indhold
[...]	[...]
2	Eventuelle forbehold Tilbudsgiver skal klart redegøre for eventuelle forbehold til de i det samlede udbudsmateriales indeholdte krav, herunder forbehold til udkastet til Rammeaftale. Der henvises i øvrigt til udbudsbetingelsernes afsnit 6.2, Forbehold, vedrørende retsvirkningerne af forbehold
...	...
5 [...]	Underkriterium B, Design Tilbudsgiveren skal levere snit, plan, opstalt og isometrisk afbildning af det enkelte inventar i mål 1:20 samt samlingsdetaljer

	i passende mål. Desuden en 3d illustration af inventaret vist i bymiljø. Tilbudsgiveren skal levere beregningsdokumentation for hvert enkelt stykke inventar. Tilbudsgiveren skal udarbejde monteringsvejledning
--	---

...

Af udbudsbetingelserne af juli 2016 ”Særlig arbejdsbeskrivelse (SAB)” fremgår bl.a.:

”2. Materialer

...

2.3 Cykelstativer på terræn

2.3.1 lige, dobbelte og skrå

Generel beskrivelse: Cykelstativet skal fremstå i et enkelt og nordisk design, der kan indgå neutralt i sammenhæng med andet byrumsinventar. Stativet skal udføres modulopbygget og indgå i en produktserie, der omfatter lineære og stativer til skråparkering 45°. Komponenter der indgår i produktserien skal udføres i rundt profilrør. Cykelstativets moduler skal kunne leveres både enkelt- og dobbeltsidet med henholdsvis 5/6 pladser. Stativet skal egne sig til parkering af cykler med racerdæk, mountainbikedæk og alle almindelige cykeldæk”

Af rettelsesblad 1, udsendt den 21. september 2016 fremgår bl.a.:

”Spørgsmål 1:

Udkast til rammeaftale, punkt 7.1 Leveringsbetingelser.

4 ugers leveringstid kræver et stort lagerhold. Vil det være acceptabelt med 6-8 uger eller er der evt. mulighed for at aftale et forventet aftræk 6-12 måneder frem i tiden for bedst muligt at kunne disponere materialer og mandskab.

Svar 1:

Vi kan acceptere op til 5 ugers leveringstid”.

Af rettelsesblad 2, udsendt den 4. oktober 2016 fremgår bl.a.:

”Spørgsmål 1:

Jf. 7 Tilbudsdisposition punkt 5.

Tilbudsgiver skal ”levere beregningsdokumentation for hvert enkelt stykke inventar”.

Dette krav synes urimeligt, da statiske beregninger typisk er en del af detailprojekteringen. Disse beregninger er dels forbundet med relative

store omkostninger og dels kræver dette megen tid, som vi ikke har i denne fase.

Svar 1:

Det er tilstrækkeligt med beregningsdokumentation for de bærende dele i tilbuddet, og yderligere detaljeret beregningsdokumentation efterfølgende tildeling af kontrakt.”.

Af rettelsesblad 4, udsendt den 18. oktober 2016 fremgår bl.a.:

”Spørgsmål 4:

LED-belysning:

Hvis LED-belysning i overdækning skal kunne dæmpes kan det ikke tilsluttes gadebelysning, fast strøm ved hver tilslutning er nødvendig. Men i BUT er beskrevet at elkabler fra belysning skal tilsluttes gadebelysning.

Svar 4:

LED-belysningen skal kunne tilsluttes eksisterende gadebelysning og stadig dæmpes. Eventuelle komponenter for lysdæmpning skal indarbejdes i konstruktionen/overdækningen, så der stadig kan tilsluttes gadebelysning. Dæmpningen skal være konvertibel med kommunens eksisterende dæmpningssystem med Amplex”.

Flexys A/S afgav tilbud inden tilbudsfristens udløb den 27. oktober 2016.

Af Flexys A/S’ tilbud fremgår bl.a.:

”2. Eventuelle Forbehold

Tidsplanen:

Vi tænker, at afgørende for Bygherre og Rådgiver må være, at leverandøren leverer og monterer inventar successiv henover vinteren/foråret 2017, således de 11 prioriterede stationer samt supercykelruten bliver klar til maj 2017.

Der skal udarbejdes en detailleveranceplan for prioriterede stationer/supercykelsti samt resten i tæt samspil med jer, som vi naturligvis vil følge.

Leveranceplanen bør dog tage hensyn til opstart herunder tid for produktion og godkendelse af et endelig produktionsgrundlag, hvorfor en leveringstid på 5 uger for den første leverance er meget optimistisk. Det er vi dog overbeviste om, at der vil være forståelse for.

Beregningsdokumentation for bærende dele:

Vi har i samspil med Aart Designers foretaget justeringer i designet helt frem til "lukketid". Det er helt normalt for tilbud af denne karakter, hvor

design og ikke mindst pris udgør to væsentlige parametre for at vinde opgaven.

Designet herunder valg af profiler, dimensioner og godstykkelse er baseret på mange års erfaringer med leveringer af tilsvarende produkter.

Som telefonisk aftalt den 26.10 med Marie Kjellerup Thesbjerg fra Rambøll, har Flexys a/s ansvar for at vores leverancer kan bestå en statistisk beregning. Skulle det mod forventning vise sig, at vi skal lidt op i godstykkelse for et profil (når den statistiske beregning foreligger), har dette ingen indflydelse på designudtryk eller prisen for Bygherre.

Vedr. el:

Det forudsættes, at der er plads i eksisterende tavle/målerskab til tilslutning af cykelskure og pumpestandere. Det drejer sig om elinstallation af pumpestander og skure, transientbeskyttelse og mekanisk ur (med backup batteri) samt lysdæmper. Ur/lysdæmper imødekommer krav om dæmpning på cykelskure. For en god ordens skyld bør nævnes, at uret ikke tager hensyn til sommer/vintertid.

...

6 Underkriterium C, Kvalitet

1. Cykeloverdækning med cykelstativer

1.1 Beskrivelse af kvalitet

...

Grundmodulet er udført af søjler i firkantprofiler ...

Den ene tagvange er et firkantsprofil [...]. Den anden vange fungerer som tagrende og er udført i et bukket profil [...] ...”

Af kommunens evalueringsskema ”Retningslinjer for tilbudsevaluering” fremgår vedrørende Flexys A/S bl.a.:

”Forbehold for tidsplanen, Beregningsdokumentation for bærende dele, samt vedr. el. Forbeholdene vurderes til ikke at vedrøre grundlæggende og væsentlige elementer. Dog er forbeholdet vedr. dokumentation for beregninger kapitaliseret og tilbuddet tillægges kr. 50.000. Der er udarbejdet et særskilt notat herom”.

To yderligere tilbud er beskrevet som indeholdende forbehold, der vurderes ikke at vedrøre grundlæggende og væsentlige elementer. Ingen af disse angår ”Beregningsdokumentation” og ingen af disse er kapitaliseret.

Af en mailkorrespondance i perioden 17. november 2016 til 18. november 2016 mellem Aarhus Kommune og kommunens rådgiver fremgår bl.a.:

”Hej Marie m.fl.

Har I mulighed for at fremsende den beregning eller lignende, I har lagt til grund for de kr. 50.000, der bliver tillagt Flexys' tilbudssum?

Med venlig hilsen

Trine ...

Aarhus Kommune”

”Hej Trine

Der foreligger ikke en beregning – men det er et skøn, der er baseret på, at det vil kunne løse[s] af en ingeniør på 1- 2 uger for at alt er dokumenteret. Dette har vi vurderet kan løses for kr. 25-50.000 kr. ekskl. moms afhængigt af ingeniørens anciennitet.

Med venlig hilsen

Tina ...

Rambøll”

”Hej Trine

De 25-50.000 kr.

Ja og vi er nødt til at erkende at det er beløb Tina og jeg rystede ud af ærmet uden at have set mere dybdegående på det. Vi har udelukkende set på mængden af materiale fra de øvrige. ...

Med venlig hilsen

Karen ...

Rambøll”

”Jeg vil bare gerne have at vi har en begrundelse for hvorfor vi har vurderet det koster 25.-50.000. ...

Med venlig hilsen

Trine ...

Aarhus Kommune”

”Hej Trine

Hvis vi skal vide det mere præcist skal vi få en der har forstand på statiske beregninger til at vurdere det. Jeg kikkede bare på mængden af beregninger, som de andre havde medsendt, og det samme gjorde Tina uafhængigt af mig. Og vi blev enige om 1 uge[] måske mere skulle der til. 30.000 kr. er ca. 1 uges arbejde. Derfor endte den på 25.000-50.000

kr. Vi mener ikke at beløbet er det afgørende. Men sig til vi skal få en til at bruge tid på at regne et mere præcist beløb. Vi vurderede det her var nok.

Med venlig hilsen
Karen ...
Rambøll”

Den 22. november 2016 modtog Veksø A/S meddelelse om, at kommunen agtede at indgå kontrakt med Flexys A/S, efter standstill fristens udløb med udgangen af den 5. december 2016.

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Veksø A/S har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Aarhus Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1A har Veksø A/S overordnet gjort gældende, at det direkte af Flexys A/S' tilbud fremgår, at Flexys A/S har taget forbehold over for (1) tidsplanen, (2) beregningsdokumentation og (3) kommunens krav om installation af lysdæmpning i konstruktionen/overdækningen. Hertil kommer (4), at Flexys A/S' tilbud specificerer, at søjler og vange udføres i firkantede og bukkede profilrør, hvilket ikke er i overensstemmelse med vilkårene i SAB, hvoraf fremgår, at de komponenter, der indgår i produktserien, skal udføres i rundt profilrør.

Det følger således af Flexys A/S' forbehold vedrørende tidsplanen, at Flexys A/S ikke kan levere ca. 73 % af den samlede leverance inden for den fastsatte tidsfrist, idet alene 11 stationer ud af 41 samt supercykelruten leveres inden for dette tidsrum. Yderligere har Flexys A/S anført, at ”Leveranceplanen bør dog tage hensyn til opstart herunder tid for produktion og godkendelse af et endelig produktionsgrundlag, hvorfor en leveringstid på 5 uger for den første leverance er meget optimistisk. Det er vi dog overbeviste om, at der vil være forståelse for”.

Forbeholdet vedrørende beregningsdokumentationen må forstås således, at Flexys A/S ikke har foretaget de krævede statiske beregninger på det designforslag, som er indeholdt i tilbuddet, jf. det, der er anført ad påstand 2.

Flexys A/S har i sit tilbud anført, at eventuelle komponenter for lyddæmpning indarbejdes i "eksisterende tavle/målerskab". Det følger imidlertid af rettelsesblad 4, at eventuelle komponenter for lyddæmpning skal indarbejdes i "konstruktionen/overdækningen". Forbeholdet er derfor i direkte modstrid med udbudsmaterialet.

Ifølge Flexys A/S' tilbud udføres søjler og vange i firkantede og bukkede profilrør og ikke som krævet i runde profilrør. Anvendelsen af runde profilrør er af afgørende betydning for det endelige designudtryk og angår derfor et grundlæggende element. Tilbuddet skulle derfor have været afvist.

De 4 forbehold udgør, hver for sig – eller i hvert fald samlet – forbehold over for grundlæggende vilkår i udbudsgrundlaget. Kommunen har derfor været forpligtet til at forkaste tilbuddet.

Særligt vedrørende påstand 1A har Aarhus Kommune overordnet gjort gældende, at Flexys A/S ikke i sit tilbud har taget forbehold, subsidiært ikke har taget forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsgrundlaget.

Flexys A/S' angivelse under overskriften "Tidsplanen", hvorefter "de 11 prioriterede stationer samt supercykelruten bliver klar til maj 2017", er i fuld overensstemmelse med såvel kommunens forventninger til tidsplanen som udbudsmaterialets angivelser herom. Flexys A/S' afsluttende bemærkning til tidsplanen, hvorefter leveringstiden for den første leverance er "optimistisk", udgør ikke et forbehold over for udbudsmaterialet. Flexys A/S afviser således ikke at kunne levere inden for den krævede leveringstid på 5 uger, men påpeger blot, at overholdelsen af de enkelte faser i tidsplanen, er afgørende for fristens overholdelse. Det er uden videre klart, at Flexys A/S' bemærkninger til tidsplanen ikke ville berettige Flexys A/S til tidsfristforlængelse, hvilket er den afgørende forudsætning for, hvorvidt der er tale om et forbehold.

Det var ikke et ufravigeligt krav, at tilbuddene skulle være vedlagt beregningsdokumentation. Det fremgår således udtrykkeligt af BUT'ens pkt. 7, at "Tilbuddet bør således omfatte alle punkter i tilbudsdispositionen" Kom-

munen kunne dermed utvivlsomt heller ikke erklære et tilbud for ukonditionsmæssigt som følge af manglende beregningsdokumentation, hvilket tillige støttes af, at såfremt kravet om beregningsdokumentation skulle forstås som et ufravigeligt mindstekrav, ville alle fem indkomne tilbud, herunder tilbuddet fra Veksø A/S være ukonditionsmæssige. Det er på den baggrund principielt kommunens synspunkt, at der ikke er noget grundlag for at prissætte ”forbeholdet”, dels fordi det ikke var et ufravigeligt krav, at dokumentationen var vedlagt tilbuddet, dels fordi Flexys A/S ikke opnåede nogen økonomisk fordel i forhold til den udbudte kontrakt. Selvom Flexys A/S således ikke havde vedlagt sit tilbud beregningsdokumentationen, var Flexys A/S fortsat under kontrakten forpligtet til at levere beregningsdokumentation for hvert enkelt stykke inventar, jf. SAB’en pkt. 5, hvilket Flexys A/S’ tilbud ikke indeholder noget forbehold overfor. For at udelukke enhver risiko for at Flexys A/S skulle have opnået en økonomisk fordel ved at udskyde udførelsen af beregningsdokumentationen, valgte kommunen dog at prissætte de arbejder, som Flexys A/S’ sparede i forbindelse med udarbejdelsen af tilbud jf. påstand 2.

Flexys A/S har vedrørende lysdæmpning i sit tilbud udelukkende gjort opmærksom på, at der i den eksisterende tavle/målerskab skal være plads til tilslutningen af alle el-komponenter fra cykelskure og pumpestandere (herunder lysdæmper), hvorimod Flexys A/S ikke omtaler placeringen af komponenter for lysdæmpning. Det kan derfor lægges til grund, at disse vil blive indarbejdet i konstruktionen/overdækningen som krævet i udbudsmaterialet, jf. rettelsesblad 4, ad spørgsmål 4.

De i SAB’en opstillede specifikationer for udformningen af de enkelte dele i den udbudte produktserie hverken kan eller skal betragtes som ufravigelige mindstekrav, heller ikke for så vidt angår bemærkningen om runde profilrør. Specifikationerne i SAB’en er således intet sted beskrevet som mindstekrav. Tværtimod er specifikationerne for de enkelte dele i den udbudte produktserie ikke kommet klart og entydigt til udtryk i SAB’en, og specifikationerne kan også af denne grund ikke tjene som mindstekrav. Måtte klagenævnet finde, at udbudsmaterialet tilstrækkeligt klart indeholder et krav om, at selve grundmodulet for cykelstativerne skulle være udført i rundt profilrør, har kommunen gjort gældende, at dette forbehold kan prissættes. Priserne for et firkantet henholdsvis rundt profilrør kan således objektivt identificeres. En sådan prissætning ville imidlertid ikke påvirke tilbuddet

fra Flexys A/S negativt, idet det ville være billigere at udføre cykelstativet i rundt profilrør frem for i en firkantsprofil.

Særligt vedrørende påstand 1B har Veksø A/S overordnet gjort gældende, at kapitaliseringen af Flexys A/S' forbehold til 50.000 kr., fremkom med en betydelig usikkerhed, idet kapitaliseringen skete ud fra "et skøn", som kommunens rådgiver "rystede ud af ærmet uden at have set mere dybdegående på det" jf. E-mailkorrespondancen herom. Kapitaliseringen er desuden tilsyneladende baseret på de forventede udgifter til at få foretaget de statiske beregninger. Disse udgifter er imidlertid irrelevante for kapitaliseringen, idet kapitaliseringen skal dække den økonomiske fordel, som Flexys A/S har fået af forbeholdet.

Særligt vedrørende påstand 1B har Aarhus Kommune overordnet gjort gældende, at Flexys A/S' tilbud ikke er behæftet med forbehold, hvorfor det heller ikke er relevant at tale om en kapitalisering af en økonomisk fordel for Flexys A/S. Den kapitalisering, der er sket, er foretaget af kommunens tekniske rådgiver, der har stor erfaring med at projektere og udarbejde dokumentation herfor, og prissætningen kunne derfor vanskeligt foretages mere kvalificeret. Den potentielle økonomiske fordel, Flexys A/S måtte have opnået ved at udskyde arbejderne med udarbejdelse af beregningsdokumentation, består udelukkende i, at Flexys A/S ikke skulle anvende samme ressourcer under tilbudsudarbejdelsen som de øvrige tilbudsgivere. Der er derimod ikke tale om, at Flexys A/S ved den manglende beregningsdokumentation har fraskrevet sig ansvaret for, om det tilbudte design kunne udføres. Tværtimod har Flexys A/S i sit tilbud udtrykkeligt bekræftet at have ansvaret herfor.

Særligt vedrørende påstand 1C har Veksø A/S overordnet gjort gældende, at kommunen har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at have kapitaliseret alle forbehold i Flexys A/S tilbud, men alene forbeholdet vedrørende beregningsdokumentationen.

Særligt vedrørende påstand 1C har Aarhus Kommune henvist til det, der er anført ad påstand 1A og 1B.

Særligt vedrørende påstand 2 har Veksø A/S overordnet gjort gældende, at det følger af BUT'en og rettelsesblad 2, at tilbudsgiver var forpligtet til at

levere beregningsdokumentation. Det følger endvidere forudsætningsvist af spørgsmål/svar, at den krævede beregningsdokumentation også skulle omfatte statiske beregninger. Beregningsdokumentation er af afgørende betydning for det endelige designudtryk og udgør derfor et centralt krav til egenskaberne for den udbudte rammeaftale. Flexys A/S har taget forbehold for beregningsdokumentationen, jf. påstand 1A. Flexys A/S' forbehold må efter sin ordlyd skulle forstås således, at Flexys A/S' tilbud enten ikke var vedlagt den krævede beregningsdokumentation for i hvert fald de statiske beregninger, eller at statiske beregninger ikke var vedlagt i endelig form. Da Flexys A/S' tilbud således ikke opfyldte de formelle krav til tilbuddets indhold, skulle tilbuddet have været forkastet som ukonditionsmæssigt. Dertil kommer, at den manglende og/eller ufuldstændige beregningsdokumentation indebærer, at kommunen ikke har kunnet foretage en vurdering af Flexys A/S' designudtryk i forhold til underkriteriet B – Design. Kommunen har således ikke kunnet lægge det designudtryk, som var indeholdt i tilbuddet, til grund ved evalueringen, idet det – henset til den manglende beregningsdokumentation – ikke var givet, at dette designudtryk faktisk afspejlede det, som endeligt ville blive udført. Der henvises herved til Klagenævnets kendelse af 17. december 1999, Renoflex A/S mod Søllerød Kommune. Også af denne grund var kommunen forpligtet til at forkaste tilbuddet fra Flexys A/S.

Særligt vedrørende påstand 2 har Aarhus Kommune overordnet gjort gældende, at fremsendelsen af beregningsdokumentation ikke udgjorde et mindstekrav, jf. det der er anført ad påstand 1A. Den manglende vedlæggelse af beregningsdokumentation indebærer ikke, at kommunen var afskåret fra at vurdere de indkomne tilbud, der alle i større eller mindre omfang ikke var vedlagt beregningsdokumentationen. Beregningsdokumentationen var således blot tænkt som et supplement/støttedokument til den tilbudte løsning, som denne fremgik af snit, plan, opstalt og isometrisk afbildning, og beregningsdokumentationen indgik således ikke i tilbudsvurderingen i forhold til underkriteriet ”Design”. Konkret påvirkede den ikke vedlagte beregningsdokumentation således ikke tilbudsvurderingen. Ved Flexys A/S' fremsendelse af et tilbud på en specifik løsning, blev Flexys A/S kontraktuelt forpligtet til at udføre denne tilbudte løsning. Den risiko, der var forbundet med, at de statiske beregninger ikke var foretaget forud for tilbuddets afgivelse, påhvilede dermed udelukkende Flexys A/S. Viser det sig således ved de endelige statiske beregninger, at den tilbudte løsning ikke kan udføres som forudsat i tilbuddet, vil Flexys A/S dermed også være forpligtet til

at foretage omprojektering for Flexys A/S' egen regning. Ved en sådan potentiel omprojektering vil Flexys A/S endvidere være forpligtet til at sikre, at det tilbudte designmæssige udtryk bevarer.

Særligt vedrørende påstand 3 har Veksø A/S overordnet gjort gældende, at det specifikt af Flexys A/S' tilbud fremgår, at Flexys A/S én dag inden tilbudsfristens udløb havde telefoniske drøftelser med kommunens rådgiver. Formuleringen i tilbuddet må forstås således, at Flexys A/S indgik en aftale med kommunens rådgiver om indholdet af den beregningsdokumentation, som skulle vedlægges tilbuddet. Mest naturligt må forbeholdet skulle forstås således, at Rambøll Danmark A/S gav tilladelse til, at tilbuddet ikke indeholdt den endelige statiske dokumentation. Det følger af klagenævnets faste praksis, at en tilbudsgiver ikke må have telefonisk kontakt med ordregiver og/eller dennes rådgiver jf. eksempelvis klagenævnets kendelse af 24. marts 2009, FMT A/S mod Vestforbrænding. Konkret har kommunen ikke løftet sin bevisbyrde for, at Flexys A/S ved sin telefoniske henvendelse ikke har opnået en fordel. Tværtimod anfører Flexys A/S i sit tilbud, at man har ”foretaget justeringer i designet helt frem til ”lukketid”. Det er helt normalt for tilbud af denne karakter, hvor design og ikke mindst pris udgør to væsentlige parametre for at vinde opgaven”. Den aftale, som Flexys A/S har indgået med Rambøll Danmark A/S, har således utvivlsomt givet Flexys A/S en fordel, idet virksomheden – uden at skulle sikre statisk dokumentation – har kunnet arbejde på den design- og konstruktionsmæssige løsning helt frem til tilbudsfristens udløb. Under disse omstændigheder er det således klart, at Flexys A/S har opnået en væsentlig konkurrencefordel ved den telefoniske kontakt.

Særligt vedrørende påstand 3 har Aarhus Kommune bekræftet, at Flexys A/S dagen før tilbudsfristens udløb kontaktede kommunens tekniske rådgiver. Kommunen kan imidlertid ikke være ansvarlig for tilbudsgivers dispositioner, og alene det forhold, at Flexys A/S kontaktede kommunens tekniske rådgiver, kan således ikke forpligte kommunen til at afvise tilbuddet fra Flexys A/S. Det fremgår af Flexys A/S' tilbud, at selskabet ikke fik noget resultat af sin henvendelse. Henvendelsen blev således alene besvaret med, at Flexys A/S selv bærer ansvaret for, at den tilbudte ydelse kan bestå en statisk beregning. Dette gælder imidlertid, jf. også ovenfor ad påstand 2, uanset om Flexys A/S havde fået dette bekræftet af kommunens tekniske rådgiver eller ej. Flexys A/S har dermed heller ikke ved sin henvendelse fået supplerende information og dermed heller ikke opnået nogen konkurren-

cefordel. Veksø A/S' påstand 3 skal allerede på dette grundlag ikke tages til følge. Kommunen har supplerende gjort gældende, at der i relation til kommunikation omkring et ikke-grundlæggende element som fx beregningsdokumentationen ikke gælder noget forbud om mundtlig kommunikation, jf. udbudslovens § 5, stk. 3. Beregningsdokumentationen, der ikke blev anvendt i forbindelse med tilbudsvurderingen, udgør et sådant ikke-grundlæggende element i § 5, stk. 3's forstand, og der gælder dermed heller ikke noget forbud mod mundtlig kommunikation vedrørende dette forhold. Til støtte for at beregningsdokumentationen er et ikke-grundlæggende element kan henvises til lovforarbejderne til § 5, stk. 3, hvor fremgår, "Endvidere vil det for eksempel være muligt at lade en skalamodel, eller andet indgå som et supplement til den skriftlige løsningsbeskrivelse uden, at dette indgår i tilbudsevalueringen. Eksempelvis kan en skalamodel fungere som en illustration af den skriftlige løsningsbeskrivelse, selvom skalamodellen ikke vil indgå i tilbudsevalueringen. Sådanne elementer karakteriseres ikke som vigtige elementer. Beregningsdokumentationen udgør på tilsvarende vis som skalamodellen, der nævnes i forarbejderne til § 5, stk. 3, alene et støttedokument for den tilbudte løsning, og beregningsdokumentationen kan dermed heller ikke karakteriseres som et "vigtigt element", i forhold til hvilket, der gælder et forbud mod mundtlig kommunikation. Også af den grund skal påstand 3 ikke tages til følge.

Særligt vedrørende påstand 4 har Veksø A/S gjort gældende, at tildelingsbeslutningen som følge af overtrædelserne beskrevet ad påstand 1-3 er behæftet med så væsentlige retlige mangler, at tildelingsbeslutningen ikke kan opretholdes. På den baggrund skal tildelingsbeslutningen annulleres.

Særligt vedrørende påstand 4 har Aarhus Kommune gjort gældende, at udbuddet i det hele er gennemført i overensstemmelse med reglerne i udbudsloven, hvorfor påstand 4 ikke skal tages til følge. Særligt i forhold til påstand 3 har kommunen gjort gældende, at såfremt Klagenævnet for Udbud måtte finde, at Flexys A/S uberettiget er blevet givet en konkurrencefordel som følge af den telefoniske kontakt mellem Flexys A/S og kommunens tekniske rådgiver forud for tilbudsfristens udløb, følger det af praksis fra Klagenævnet for Udbud, at en sådan overtrædelse ikke er tilstrækkelig til at føre til en annulation af den trufne tildelingsbeslutning, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. august 2003, KAS Transport mod Aarhus Kommune.

Ad uopsættelighed

Veksø A/S har gjort gældende, at selskabet ubetinget vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Muligheden for at blive tilkendt erstatning i denne situation udgør ikke et tilstrækkeligt værn mod, at Veksø A/S lider et tab.

Henset til den udbudte rammeaftales karakter og omfang vil Veksø A/S, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning, befinde sig i en situation, som vil ændre selskabets markedsposition på uoprettelig vis. Muligheden for at blive tilkendt erstatning vil ikke ændre herpå.

Aarhus Kommune har gjort gældende, at det påhviler Veksø A/S at godtgøre, at selskabet vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, hvilket ikke på nogen måde er dokumentet. Der er ingen forhold, der taler for, at en manglende tildeling af kontrakten skulle true Veksø A/S' eksistens eller i øvrigt ændre selskabets markedsposition på uoprettelig vis. Der er derfor intet, der taler for, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt.

Ad interesseafvejning

Veksø A/S har med henvisning til det, der er anført ad uopsættelighed, gjort gældende, at en interesseafvejning mellem parterne må falde ud til fordel for Veksø A/S.

Aarhus Kommune har gjort gældende, Veksø A/S intet konkret har anført om sin interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning. Selskabet har dermed heller ikke godtgjort sin interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning ud fra et interesseafvejningshensyn.

Klagenævnet udtaler:

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

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse fore-

ligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*) bemærker klagenævnet forløb, at det af udbudsmaterialets ”Bestemmelser om udbud og tilbud (BUT)” punkt 7 fremgår, at ”[t]ilbuddet bør [] omfatte alle punkter i tilbudsdispositionen.” og ”[v]edrørende forbehold bedes disse oplyst samlet under tilbudsdispositionens punkt 2”. Af tilbudsdispositionens punkt 2 fremgår bl.a. at ”[t]ilbudsgiver skal klart redegøre for eventuelle forbehold til de i det samlede udbudsmateriale indeholdte krav, herunder forbehold til udkastet til Rammeaftale”.

Det har på den baggrund formodningen for sig, at forhold, der anføres i tilbuddene under punkt 2 i tilbudsdispositionen, af tilbudsgiver anses som forbehold.

Flexys A/S har i sit tilbud omtalt 3 forhold i tilbudsdispositionens punkt 2.

Kommunen har i relation til et enkelt af disse forhold foretaget en kapitalisering. Kommunen er alene berettiget hertil, såfremt der er tale om et forbehold, idet kommunen i modsat fald i forhold til Flexys A/S har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet. Kommunen har i relation til ”beregningssdokumentation” gjort gældende, at ingen af tilbudsgiverne fuldt ud har vedlagt ”beregningssdokumentation”, men har så vidt ses af det foreløbigt foreliggende grundlag, ikke foretaget kapitalisering i forhold til andre tilbudsgivere. Det har på den baggrund formodningen for sig, at også kommunen har anset bemærkningerne i Flexys A/S’ tilbud angående ”beregningssdokumentation” for et forbehold i udbudsretlig henseende. Dette støttes af, at det direkte i evalueringsskemaet ”Retningslinier for tilbudsevaluering” er anført, at der er tale om et forbehold.

Den kapitalisering, der er foretaget i relation til forbeholdet for ”beregningssdokumentation”, skal på det foreløbigt foreliggende grundlag foretages i lyset af, at det af rettelsesblad 2, spørgsmål 1 fremgår, at ”[d]isse beregninger er dels forbundet med relative store omkostninger og dels kræver dette megen tid, som vi ikke har i denne fase”. En eventuel kapitalisering kan derfor ikke alene foretages ud fra en beregning af omkostningen til foretagelse af beregningerne, hvilket efter det oplyste er det, som er kapitaliseret. Det må endvidere anses for tvivlsomt, om det overhovedet er muligt at kapitalisere den tidsmæssige fordel, Flexys A/S har opnået ved i tilbudsfasen at undlade at foretage samme omfang af beregninger, som de øvrige tilbudsgivere, der – efter de foreliggende oplysninger – har respekteret kravet i svar 1 om ”beregningssdokumentation for de bærende dele i tilbuddet”.

På det foreløbige grundlag, der foreligger, er der herefter udsigt til, at i hvert fald den del af påstand 1A eller 1B, som angår forbehold for kravet om beregningssdokumentation for de bærende dele i tilbuddet, vil blive taget til følge. Hvis påstand 1A eller 1B i hvert fald i dette omfang tages til følge, er der ligeledes udsigt til, at påstand 4 vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 om *fumus boni juris* er derfor opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at ethvert udbud indebærer en kommerciel risiko for, at det ikke lykkes at få tildelt ordren. Det forhold, at en forbigået tilbudsgiver er af den opfattelse, at virksomheden som følge af en påstået overtrædelse af udbudsreglerne kan få en væsentlig ringere markedsposition inden for det udbudte område, er

således ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt.

Veksø A/S har ikke sandsynliggjort, at en eventuel økonomisk kompensati-on ikke vil kunne udgøre fuld erstatning, og at der således skulle være tale om en uoprettelig skade.

På det foreliggende grundlag kan det herefter ikke antages, at Veksø A/S vil lide et uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Betingelse nr. 2 om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig