

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor nævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Züblin A/S
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, København)

mod

Metroselskabet I/S
(advokat Ilka Bödewadt Lauritzen, København)

Klagenævnet har den 5. februar 2018 modtaget en klage fra Züblin A/S.

Züblin har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Metroselskabet I/S har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagen er indgivet af Züblin inden udløbet af standstill-perioden. Züblin har i første række anmodet om, at klagenævnet afgør selve sagen i stedet for at træffe afgørelse vedrørende opsættende virkning inden udløbet af fristen herfor, den 7. marts 2018. Metroselskabet har ikke tilsluttet sig dette. Klagenævnet har efter en samlet vurdering af påstandene og sagens karakter alene truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning.

Klagens indhold:

Klageskriftet og replikken indeholder følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Metroselskabet I/S har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i evalueringen af tilbuddene i forhold til delkriteriet Ledelse (L) at lægge vægt på forhold, som ikke lovligt kunne inddrages i evalueringen.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Metroselskabet I/S har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i evalueringen af tilbuddene i forhold til delkriteriet Tidsplan (T) at anvende den på forhånd oplyste pointskala på en måde, som er egnet til at forrykke den offentliggjorte vægtning af de kvalitative delkriterier.

Påstand 3 (nedlagt ”subsidiært i forhold til påstand 1”)

Klagenævnet skal konstatere, at Metroselskabet I/S har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og udbudslovens § 160, stk. 1, ved ikke i udbudsgrundlaget at beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen efter underkriteriet Teknisk kvalitet.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Metroselskabet I/S har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og artikel 82, stk. 2, ved at anvende delkriteriet Organisation (O), idet dette kriterium ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 4.1 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Klagenævnet skal konstatere, at Metroselskabet I/S har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i evalueringen af tilbuddene efter delkriteriet Organisation (O) at lægge afgørende vægt på de tilbudte nøglepersoner, uanset at Metroselskabet I/S ikke havde oplyst herom på forhånd.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere Metroselskabet I/S' tildelingsbeslutning af 10. januar 2018.

Andre oplysninger i sagen:

Iværksættelse af udbuddet

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 118-237805 af 22. juni 2017 iværksatte Metroselskabet som udbud med forhandling efter direktiv 2014/25/EF (forsyningsvirksomhedsdirektivet) "Cityringen – Kontrakt T7 – Hovedentreprise – Transfer Kh - Københavns Hovedbanegård". Kontrakten angår bl.a. etablering af en forbindelsestunnel til Københavns Metro mellem Københavns Hovedbanegård og den kommende station ved Stampesgade.

Tildelingskriterium, underkriterier mv.

Tildelingskriteriet var fastsat til "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Som underkriterier var i Appendix A fastsat Pris (70 %) og Teknisk kvalitet (30 %). Endvidere var fastsat, at "Den evaluerede pris vil være tilbudssummen tillagt kapitalisering af evt. forbehold (fremsatte eller skjulte)".

Til underkriteriet Teknisk kvalitet var fastsat delkriterierne:

- Konstruktionsredegørelse (K) (13 %)
- Tidsplan (T) (5 %)
- Ledelse (L) (7 %)
- Organisation (O) (5 %).

Særligt vedrørende delkriteriet Ledelse (L) var i Appendix B fastsat, at tilbudsgiverne skulle afgive:

- "Redegørelse for miljøtiltag" (tilbudsbilag 7 (L))
- "Redegørelse for arbejdsmiljø" (tilbudsbilag 8 (L))
- "Redegørelse i relation til sociale klausuler" (tilbudsbilag 9 (L)).

Det var endvidere fastsat, at "Hvert underkriterie vurderes som en helhedsvurdering af tilbudsbilag, som er mærket med hhv. "K", "T", "L" og "O" i

appendix B. Det økonomisk mest fordelagtige tilbud vil blive identificeret i overensstemmelse med det ovenstående”.

I Appendix A hed det om evalueringen (pointgivningen) efter de kvalitative kriterier:

”Alle underkriterier tildeles mellem 0 og 8 point iht. nedenstående tabel.

Point	Opfyldelse af krav/Præstation
0	Bedst mulige opfyldelse af kriteriet
1	Glimrende/fortrinlig opfyldelse af kriteriet
2	God / meget tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet
3	Over middel opfyldelse af kriteriet
4	Middel / tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet
5	Under middel opfyldelse af kriteriet
6	Mindre tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet
7	Ringe opfyldelse af kriteriet
8	Dårlig opfyldelse af kriteriet

Hvert point har værdien 2.750.000,- DKK.

Point omregnes til pristillæg ved anvendelse af ovennævnte omregningsfaktor.”

I Appendix A var endvidere fastsat følgende om evalueringen af tilbuddene og i den forbindelse beregningen af, hvilket var det økonomisk mest fordelagtige (beregning af tilbuddenes ”konkurrencesum”):

”3. Identificering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud

Konkurrencesum beregnes således:

Evalueret pris * vægt pris + TK * vægt K + TT * vægt T + TL * vægt L + TO * vægt O, hvor

TK Tillægspris for underkriteriet Konstruktionsredegørelse
 TT Tillægspris for underkriteriet Tidsplan
 TL Tillægspris for underkriteriet Ledelse
 TO Tillægspris for underkriteriet Organisation”

I Appendix B hed det om de tilbudsbilag, som tilbudsgiverne skulle udarbejde, og som indgik i evalueringen:

” ...

Nummer	Reference til tildelingskriterier	Beskrivelse af tilbudsbilag
5	K	Konstruktionsredegørelse vedr. Transfertunnel Kh. Konstruktionsredegørelsen skal redegøre for tilbudsgivers forventede udførelsesmetoder for alle væsentlige fagområder, og væsentligste materiel med henblik på at demonstrere tilbudsgivers forståelse af det udbudte projekts kompleksitet og væsentligste udfordringer samt forslag til løsning af sidstnævnte. Tilbudsgiver bedes redegøre for hvorledes de enkelte udførelsesmetoder planlægges udført ved de begrænsede pladsforhold. Desuden ønskes et forslag til indretning af byggepladsen med hensyntagen til blandt andet tekniske anlæg til grundvandshåndtering og grouting. Redegørelsen forventes at udgøre maksimalt 10 A4 sider ekskl. evt. bilag i form tryksager (materielspecifikationer m.v.)
6	T	Tidsplan Tidsplanen skal udformes som et stavdiagram, som detaljerer alle nødvendige aktiviteter til gennemførelsen af kontrakten og illustrere afhængigheder herimellem. Tidsplanen skal overholde milepæle i udbudstidsplanen. Såfremt tilbudsgiver kan acceptere udbudstidsplanen som grundlag for sit tilbud kan tilbudsbilaget udformes som følgende erklæring: ”Vort tilbud er baseret på udbudstidsplanen, som vi overtager som vores egen tidsplan.” Kritisk vej skal være illustreret/beskrevet uanset om der afleveres en tidsplan eller ej.

Nummer	Reference til tildelingskriterier	Beskrivelse af tilbudsbilag
7	L	Redegørelse for miljøtiltag Der skal redegøres for, hvilke tiltag tilbudsgiver vil iværksætte for overholde alle gældende regler for vedr. miljøforhold og der skal redegøres for, hvorledes tilbudsgiver vil opfylde bygherrens krav i relation til miljøforhold, jf. <i>MCW-3-OMS-GM-Kh-REP-004</i>, <i>T7 - Byggesagsbeskrivelse</i>, afsnit 6 og her nævnte referencer til andre udbudsdokumenter. Særskilt skal der redegøres for, hvorledes støjkraft vil blive overholdt med anvendelse af det i tilbudsbilag ”konstruktionsredegørelse” beskrevne materiel. Tilbudsbilaget forventes at udgøre maksimalt 5 sider ekskl. evt. bilag i form tryksager.
8	L	Redegørelse for arbejdsmiljø Der skal redegøres for, hvorledes tilbudsgiver vil sikre overholdelse af alle gældende regler for arbejdsmiljø, og der skal redegøres for, hvorledes tilbudsgiver vil medvirke til at realisere bygherrens mål og politik for arbejdsmiljø, jf. <i>MCW-3-OMS-GM-Kh-REP-004</i>, <i>T7 - Byggesagsbeskrivelse</i>, afsnit 5. Tilbudsbilaget forventes at udgøre maksimalt 5 sider ekskl. evt. bilag i form tryksager.

Nummer	Reference til tildelingskriterier	Beskrivelse af tilbudsbilag
9	L	Redegørelse i relation til sociale klausuler Der skal redegøres for, hvorledes tilbudsgiver vil sikre overholdelse af arbejdsklausulen vedrørende ILO-konventionen jf. <i>MCW-3-OMS-GM-Kh-REP-004, T7 - Byggesagsbeskrivelse</i>, bilag 3, herunder hvilke konkrete kontrolforanstaltninger tilbudsgiver påtænker at iværksætte i den forbindelse med henblik på at sikre ordentlige løn- og arbejdsvilkår, eksempelvis screening, registreringssystem, dokumentation, QA-system, samarbejde med fagforeninger eller andre tiltag. Tilbudsgiveren skal endvidere redegøre for, hvorvidt denne agter at anvende egenproduktion mv. eller at fremskaffe arbejdskraft gennem et eller flere vikarbureauer. Tilbudsgiver skal herudover redegøre for, hvilke initiativer tilbudsgiver påtænker at iværksætte, for at sikre, at kravet til anvendelse af lærlinge opfyldes, herunder planlægning og oplysning. Tilbudsbilaget forventes at udgøre maksimalt 3 sider ekskl. evt. bilag i form tryksager.
10	O	CV for nøglepersoner og redegørelse for organisering af projektet. Der skal vedlægges CV for de nøglepersoner, som varetager væsentlige funktioner i tilbudsgivers organisation. Endvidere skal der redegøres for ansvar og kompetence hos de enkelte nøglepersoner og kommunikations- og beslutningsveje skal beskrives internt og eksternt i forhold til bygherre og øvrige væsentlige interessenter.

”

I Byggesagsbeskrivelsen, afsnit 4.16 Entreprenørens ydelser, Arbejdsledelse, var fastsat:

” ...

Entreprenøren skal i sin organisation have medarbejdere, der er fuldt fortrolige med og ansvarlige for de anførte arbejder.

...”

I byggesagsbeskrivelsen, afsnit 5.1, var fastsat, at ”Entreprenøren skal gennemføre arbejdsmiljøledelse i overensstemmelse med intentionerne i standarden DS/ENOHSA 18001”, og i afsnit 5.3, at ”Entreprenøren skal sikre, at alle underentreprenører lever op til de opstillede arbejdsmiljøkrav.

Tilbud m.v.

Efter at have modtaget 3 ansøgninger prækvalificerede Metroselskabet Züblin og Aarsleff Bane & Anlæg I/S (Aarsleff).

Begge virksomheder afgav tilbud inden tilbudsfristen den 22. december 2017. I det følgende er medtaget visse oplysninger fra virksomhedernes tilbud.

Ad delkriteriet Tidsplan (T)

I tilbuddet fra Aarsleff hed det om den tilbudte tidsplan:

” ...

Vi har baseret vores tilbud på udbudstidsplanen, som vi overtager som vores egen tidsplan. Vi har anført kritisk vej på tidsplanen med rødt.

...”

Ad delkriteriet Organisation (O)

Züblin havde i sit tilbud beskrevet følgende nøglefunktioner/-personer:

Projektleder.

Sikkerheds- og kvalitetsansvarlig.

Entrepriseleder (fundering og nedbrydning)

Entrepriseleder (beton, aptering og el)

Sparring til entrepriseleder for fundering og nedbrydning

Formand (fundering)

Formand (beton)

Aarsleff havde i sit tilbud beskrevet følgende nøglefunktioner/-personer:

Overordnet leder

Projektleder

”Ekspert på Københavns Hovedbanegård”

Kvalitetssikringsleder

Sikkerheds- og arbejdsmiljøkoordinator

Entrepriseleder (fundamentarbejder)

Entrepriseleder (betonarbejder)

Entrepriseleder (underentreprisestyring)

Fagansvarlig for jet grouting

Fagansvarlig for jordarbejder

Fagansvarlig for grundvandssænkning

Ad delkriteriet Ledelse (L) - ”Redegørelse for miljøtiltag”

I tilbuddet fra Züblin hed det herom bl.a., at ”Håndtering af affald sker iht. gældende affaldsregulativ fra Københavns Kommune og generering af af-

fald og forbrug af energi minimeres”, og at ”Håndtering og bortskaffelse af forurennet jord sker i henhold til Københavns Kommunes anvisninger”.

I tilbuddet fra Aarsleff hed det i afsnit 7.1, Miljøledelsessystem:

” ...

Kvalitets- og Miljøplanen udarbejdes på baggrund af et eksisterende paradigme, som løbende opdateres, når erfaringer for udførte projekter giver mulighed for en forbedring.

...”

I tilbuddets afsnit 7.9, Miljøaudit, var endvidere anført:

” ...

Miljøchefen initierer, at der udføres interne miljøaudits for at verificere, at projektets kvalitets- og miljøplan efterleves samt for at identificere evt. forbedringsmuligheder.

...”

Ad delkriteriet Ledelse (L) - ”Redegørelse for arbejdsmiljø”

I tilbuddet fra Züblin hed det bl.a.:

”ZÜBLIN udfører, implementerer og vedligeholder en projektspecifik OHS1-handlingsplan med udgangspunkt i lovgivning, udbudsmateriale samt egne interne krav. OHS-handlingsplanen er opbygget efter principperne fra OHSAS18001. Vi lever op til ILO konventionerne 155 om arbejdsmiljø og 176 om arbejdsmiljø i byggeri.

...

ZÜBLIN sikrer, at leverandører og underentreprenører er informeret om og forpligtiget til at følge de opstillede rammer og regler for arbejdsmiljø.

...

Der udføres Arbejdspladsvurdering (APV) indeholdende risikovurdering og metodeangivelser ud fra opgaverart hvorved arbejdsprocesser kan fastlægges.

Medarbejderne opfordres til at komme med forslag/løsninger, da de er en del af løsningen.

Foranstaltninger planlægges ud fra de vurderede risici, og etableres før arbejdet udføres jf. Bekendtgørelse 559, ”om arbejdets udførsel” herunder bilag 1, ”Generelle forebyggelsesprincipper”.

...”

Ad delkriteriet Ledelse (L) - ”Redegørelse i relation til sociale klausuler”

I tilbuddet fra Aarsleff hed det:

” ...

På T7 anvendes egenproduktion på funderingsarbejder og jord- og betonarbejder. De timelønnede medarbejdere på disse fagentrepriser er ansat i Aarsleff-koncernen.

...”

Evaluering og tildeling

Den 10. januar 2018 besluttede Metroselskabet at indgå kontrakt med Aarsleff. Metroselskabets brev af samme dato med begrundelse for evalueringen indeholder følgende skema med sammenfatning:

”

Tilbudsgiver	AARSLEFF BANE & ANLÆG	ZÜBLIN
Evalueret pris (vægtet)	23.018.283	21.664.809
Tillægspris Konstruktionsredegørelse (K-vægtet)	357.500	1.430.000
Tillægspris Tidsplan (T-vægtet)	550.000	412.500
Tillægspris Ledelse (L-vægtet)	385.000	770.000
Tillægspris Organisation (O-vægtet)	137.500	550.000
Konkurrencesum	24.448.283	24.827.309

”

Metroselskabet forlængede den 30. januar 2018 standstill-fristen til den 5. februar 2018 kl. 11.59. Den 31. januar 2018 fremsendte selskabets advokat efter anmodning fra Züblin en uddybende begrundelse for evalueringen.

Züblin og Aarsleff blev ved evalueringen tildelt følgende point efter underkriteriet Teknisk Kvalitet:

	Aarsleff	Züblin
Konstruktionsredegørelse (K)	1	4
Tidsplan (T)	4	3
Ledelse (L)	2	4
Organisation (O)	1	4

I begrundelsen af 10. januar 2018 hed det om evalueringen efter delkriteriet Tidsplan (T), idet bemærkes, at kolonne 2 og 3 angår Aarsleffs tilbud, og kolonne 4 og 5 Züblins tilbud, og at ”4” hhv. ”3” udtrykker de point, der er givet:

”

6 (T)	Tilbudsgiver har leveret en tilfredsstillende tidsplan. Tilbudsgiver har baseret deres tilbud på udbudstidsplanen, som de overtager som deres egen tidsplan. Tilbudsgiver har illustreret kritisk vej på tidsplanen.	4	Tilbudsgiver har leveret en tidsplan som vurderes til som over middel. Tilbudsgiver har udarbejdet en tidsplan der tager højde for de tiltag der er beskrevet i konstruktionsredegørelsen. Tilbudsgiver vil anvende 3D modellering og ved gennemførelse af projektet. Tilbudsgiver har illustreret og beskrevet den kritiske vej.	3
-------	--	---	--	---

”

I den uddybende begrundelse for evalueringen var herom anført:

”
...

Det afvises, at der ved tidsplanen er tale om et mindstekrav. Som det fremgår af både Udbudsbetingelsernes Appendix A og Appendix B, er der netop tale om et krav, der inddrages i evalueringen.

Det fremgår ligeledes af Appendix B, at tilbudsgiver kan vælge at henvise til, at tilbuddet er baseret på udbudstidsplanen. Da der herved ikke tages forbehold for udbudstidsplanen, anses en evaluering svarende til en ”middel/tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet” for rigtigt.

”
...

I den uddybende begrundelse for evalueringen hed det om Aarsleffs tilbud i relation til delkriteriet Organisation (O):

”
...

Det er Metroselskabets vurdering, at ABA har leveret en glimrende redegørelse for ansvar og kompetencer hos de tilbudte nøglepersoner. Dette er afspejlet i, at ABA har tilknyttet nøglepersoner, som har kompetencer fra arbejder af sammenlignelige karakter, herunder arbejde med baneprojekter i drift i begrænset arbejdsområder. Ansvar for arbejdsmiljø, jernbanesikkerhed og kvalitetsarbejde bliver også forankret i projektorganisationen, som sikrer forståelse for, at gældende lovgivning (fredningskrav, jernbanesikkerhed m.v.) overholdes.

Endvidere er det Metroselskabets vurdering, at ABA har redegjort for en glimrende organisation, der har erfaring med at håndtere det udbudte projekts væsentlige interesser og grænseflader (DSB bygninger og den nye metro). ABA har redegjort for kommunikations- og beslutningsveje samt illustreret dette på et organisationsdiagram.

”
...

Züblins klageskrift indeholder følgende oversigt, hvori er medtaget uddrag af udbudsbetingelserne (kolonne 2), uddrag af evalueringen af tilbuddet fra

Aarsleff (kolonne 3) og fra Züblin (kolonne 4) for så vidt angår delkriteriet Ledelse (L) - ”Redegørelse for miljøtiltag”:

”

Bilag	Beskrivelse af tilbudsbilag	Aarsleff Bane & Anlæg I/S	Klager
7 (L)	Redegørelse for miljøtiltag Der skal redegøres for, hvilke tiltag tilbudsgiver vil iværksætte for overholde alle gældende regler for vedr. miljøforhold og der skal redegøres for, hvorledes tilbudsgiver vil opfylde bygherrens krav i relation til miljøforhold, jf. <i>MCW-3-OMS-GM-kh-REP-004, T7 – Byggesagsbeskrivelse</i>, afsnit 6 og her nævnte referencer til andre udbudsdokumenter. Særskilt skal der redegøres for, hvorledes støjkrav vil blive overholdt med anvendelse af det i tilbudsbilag ”konstruktionsredegørelse” beskrevne materiel. Tilbudsbilaget forventes at udgøre maksimalt 5 sider ekskl. Evt. bilag i form tryksager.	Tilbudsgiver har leveret en meget tilfredsstillende redegørelse for miljøtiltag. Tilbudsgiver har udarbejdet en velstruktureret beskrivelse, med alle de væsentligste emner. Tilbudsgiver har foretaget indledende identificering af væsentlige fokuspunkter for miljøhåndtering. Præsentationen af løbende vurdering af forbedringsmuligheder og indarbejdelse af læring er grundigt og fyldestgørende beskrevet i redegørelsen.	Tilbudsgiver har leveret en tilfredsstillende redegørelse for miljøtiltag. Tilbudsgiver har beskrevet alle de væsentligste emner. Tilbudsgiver planlægger at anvende støjmodellering.

”

I den supplerende begrundelse for evalueringen har Metroselskabet endvidere anført bl.a.:

”Det er Metroselskabets vurdering, at ZAS har leveret en tilfredsstillende redegørelse for miljøtiltag, idet ZAS har redegjort for de fleste af de væsentligste emner, hvortil dette understøttes af en miljøhandleplan, der er opbygget efter principperne i DS/EN ISO 1400, som ZAS vil iværksætte for at overholde alle gældende regler, samt opfylde Metroselskabets krav i relation til miljøforhold.

Redegørelsen indeholder beskrivelser af omgivende miljø, herunder støj, vibrationer, støv, emissioner til atmosfæren, spild af olie og kemiske produkter samt forurening på tilstødende veje og konstruktioner i overensstemmelse med MCW-3-OMS-GM-Kh-REP-004, T7 - Byggesagsbeskrivelse, afsnit 6. Redegørelsen indeholder dog ikke affaldshåndtering og bortskaffelse.”

Klageskriftet indeholder en tilsvarende oversigt for så vidt angår delkriteriet Ledelse (L) - ”Redegørelse for arbejdsmiljø”:

Bilag	Beskrivelse af tilbudsbi-lag	Aarsleff Bane & Anlæg I/S	Klager
8 (L)	Redegørelse for arbejdsmiljø Der skal redegøres for, hvorledes tilbudsgiver vil sikre overholdelse af alle gældende regler for arbejdsmiljø, og der skal redegøres for, hvorledes tilbudsgiver vil medvirke til at realisere bygherrens mål og politik for arbejdsmiljø, jf. <i>MCW-3-OMS-GM-kh-REP-004, T7 - Byggesagsbeskrivelse</i>, afsnit 5. Tilbudsbilaget forventes at udgøre maksimalt 5 sider ekskl. Evt. bilag i form tryksager.	Tilbudsgiver har leveret en meget tilfredsstillende redegørelse for arbejdsmiljø. Tilbudsgiver har siden 2009 været certificeret efter OHSAS 18001. Tilbudsgiver gennemfører arbejdsmiljø introduktion for alle på de pågældende projekter. Arbejdsmiljøkrav overføres til underentreprenører via underentreprenørkontrakt. Risikofyldte aktiviteter er omfattet af procedurer og beskrives grundigt i redegørelsen. Standard APV tilpasses de konkrete projekter og APV indgår i de ugentlige møder.	Tilbudsgiver har leveret en tilfredsstillende redegørelse for arbejdsmiljø. Tilbudsgiver udfører arbejdsmiljøledelse og har arbejdsmiljøhandlingsplaner efter intentioner i OHSAS 18001. Tilbudsgiver etablerer APV og medarbejdere inviteres til at bidrage til APV.

I den supplerende begrundelse har Metroselskabet vedrørende Züblins tilbud endvidere anført:

”Der savnes projektilpassede APV’er som allerede ved igangsættelsen af projektet bliver indarbejdet, og ikke alene løbende indarbejdes, når medarbejdere inviteres til at bidrage til APV.

ZAS har beskrevet en flytbar container til undervisning af medarbejdere på pladserne, men har ikke redegjort for, hvordan denne container skal placeres på det begrænsede byggepladsareal.”

”Som det fremgår af MCW-3-OMS-GM-Kh-REP-004, T7 – Byggesagsbeskrivelse, afsnit 5.1, skal entreprenøren gennemføre arbejdsmiljøledelse i overensstemmelse med intentionerne i standarden DS/EN OHSAS 18001, hvorved Metroselskabet ikke tillægger en OHSAS 18001 certificering højere vægtning, end hvis arbejdsmiljøledel-

ses gennemføres i overensstemmelse med intentionerne i OHSAS 1801.”

Klageskriftet indeholder en tilsvarende oversigt for så vidt angår delkriteriet Ledelse (L) - ”Redegørelse i relation til sociale klausuler”:

Bilag	Beskrivelse af tilbudsbilag	Aarsleff Bane & Anlæg I/S	Klager
9 (L)	Redegørelse i relation til sociale klausuler Der skal redegøres for, hvorledes tilbudsgiver vil sikre overholdelse af arbejdsklausulen vedrørende ILO-konventionen, jf. <i>MCW-3-OMS-GM-kh-REP-004, T7 - Byggesagsbeskrivelse</i>, bilag 3, herunder hvilke konkrete kontrolforanstaltninger tilbudsgiver påtænker at iværksætte i den forbindelse med henblik på at sikre ordentlige løn- og arbejdsvilkår, eksempelvis screening, registreringssystem, dokumentation, QA-system, samarbejde med fagforeninger eller andre tiltag. Tilbudsgiver skal endvidere redegøre for, hvorvidt denne agter at anvende egenproduktion mv. eller at fremskaffe arbejdskraft gennem et eller flere vikarbureauer. Tilbudsgiver skal herudover redegøre for, hvilke initiativer tilbudsgiver påtænker at iværksætte, for at sikre, at kravet til anvendelse af lærlinge opfyldes, herunder planlægning og oplysning. Tilbudsbilaget forventes at udgøre maksimalt 3 sider ekskl. evt. bilag i form tryksager.	Tilbudsgiver har leveret en meget tilfredsstillende udlægning af hvorledes denne påtænker at håndhæve de i klausulerne fremsatte krav. Tilbudsgiver vil anvende egenproduktion på funderingsarbejder og jord- og betonarbejder med timelønnet arbejde hos entreprenørens koncern. Tilbudsgiver tilkendegiver at som minimum at kunne opnå målsætningen om minimumskravet på årsværk lærlinge beskrevet i projektet. Tilbudsgiver beskriver præcist, at denne løbende påtænker at fremlægge en opgørelse over antallet af lærlinge.	Tilbudsgiver har leveret en tilfredsstillende udlægning af hvorledes denne påtænker at håndtere de i klausulerne fremsatte krav. Tilbudsgiver tilkendegiver at kunne opnå målsætningen om minimumskravet på årsværk lærlinge beskrevet i projektet, samt at den krævede lærlingeplanlægning vil blive gennemført.

I den supplerende begrundelse hedder det:

” ...

Som beskrevet i Appendix B er evalueringen foretaget på baggrund af beskrivelsen af tilbudsbilag Redegørelse i relation til sociale klausuler.

Det er Metroselskabets vurdering, at ABA har leveret en meget tilfredsstillende redegørelse for sociale klausuler, idet ABA har redegjort for, hvordan det sikres, at arbejdsklausulerne i henhold til ILO konvention nr. 94 overholdes, samt grundigt har redegjort for, hvilke konkrete kontrolforanstaltninger, der vil blive implementeret i projektet, herunder registrering af medarbejdere, løbende kontrol af løn- og arbejdsvilkår og indsamling samt håndtering af disse dokumentationer.

Endelig er det Metroselskabets vurdering, at ABA leveret en meget tilfredsstillende redegørelse for, hvordan ABA vil anvende lærlinge på projektet, herunder redegøre for initiativer understøttet af Politik for lærlinge og elever, samt tilknytning til en fagansvarlig, som sørger for løbende opfølgning gennem læretiden, således at ABA sikrer, at kravet til anvendelse af lærlinge opfyldes, herunder planlægning, og oplysning. ABA angiver at kunne opnå målsætningen om minimumskravet til anvendelse af lærlinge. En plan vil blive fremlagt til bygherre senest 1 måned efter kontraktunderskrivelse.

...”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Züblin har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 5, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

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

Særligt vedrørende påstand 1 har Züblin gjort gældende, at Metroselskabet har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i evalueringen efter delkriteriet Ledelse (L) at lægge vægt på forhold, som ikke lovligt kunne inddrages, og som ikke var indeholdt i udbudsbetingelserne.

Efter § 14 i bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 finder udbudslovens § 160 anvendelse, således at ordregivende enheder i udbudsmaterialet skal angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden, og hvad

der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen. Af forarbejderne fremgår, at ordregiveren ikke ved evalueringen må lægge vægt på forhold, som ikke har været angivet i udbudsmaterialet, og som en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver ikke har kunnet udlede af dette, og som kunne have været af betydning for tilbudsgiverne ved udformningen af deres tilbud eller ved deres stillingtagen til, om de ønskede at afgive tilbud.

Af Züblins samlede oversigt over evalueringen (gengivet ovenfor) og den supplerende begrundelse for tildelingen fremgår, at evalueringen ikke stemmer overens med udformningen af konkurrenceparameteret Ledelse (L) og tilbudsbilaget. Det var således forudsat i udbudsbetingelserne, at der skulle foretages en vurdering af de tilbudte tiltags egnethed i forhold til at sikre de miljømæssige krav og ikke af, om selve tilbudsbeskrivelsen var ”velstruktureret” eller ”grundig og fyldestgørende”. Det er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, hvis ordregiveren er overladt et frit skøn.

Vedrørende ”Redegørelse for miljøtiltag” (tilbudsbilag 7 (L)) har Züblin nærmere anført, at evalueringen synes at forudsætte, at Züblins tilbud ”mangler” beskrivelser. Redegørelsen i tilbuddet indeholder imidlertid bl.a. oplysning om affaldshåndtering og bortskaffelse, og Metroselskabets begrundelse er derfor behæftet med fejl. Det påhviler Metroselskabet at bevise, at dette ikke har haft konkret betydning. Et ønske om en mere konkret beskrivelse skulle i øvrigt have været anført i udbudsbetingelserne.

Vedrørende ”Redegørelse for arbejdsmiljø” (tilbudsbilag 8 (L)) har Züblin nærmere anført, at bestemmelserne i afsnit 5.1 i Byggesagsbeskrivelsen, ”Entreprenøren skal gennemføre arbejdsmiljøledelse i overensstemmelse med intentionerne i standarden DS/ENOSHAS 18001”, og afsnit 5.3, ”Entreprenøren skal sikre, at alle underentreprenører lever op til de opstillede arbejdsmiljøkrav”, er mindstekrav, der ikke kan overopfyldes, og som Züblin i lighed med Aarsleff har oplyst at ville overholde. Der skulle derfor ikke have været evalueret på dette parameter. I begrundelsen for tildelingen har Metroselskabet i relation til tilbudsbilag 8 (L) om arbejdsmiljø for så vidt angår tilbuddet fra Aarsleff anført, at ”Arbejdsmiljøkrav overføres til underentreprenører via underentreprenørkontrakt”. Evalueringen indeholder ingen tilsvarende bemærkning for så vidt angår Züblin, selvom også Züblin tilbød at overføre kravene til underentreprenører. Metroselskabet skal godtgøre, at der ikke er lagt vægt på dette ved evalueringen, men bevisbyrden er

ikke løftet. Det må derfor lægges til grund, at forholdet (fejlagtigt) er tillagt vægt.

Udbudsbetingelserne indeholdt endvidere ikke krav om, at tilbuddet skulle indeholde projektilpassede APV'er, ligesom der ikke var krav om en redegørelse for, hvor på byggepladsen en flytbar container skulle placeres. Metroselskabet har desuden lagt vægt på OHSAS-certificering og på beskrivelsesgraden i tilbuddene, selvom dette ikke fremgik af udbudsbetingelserne.

Vedrørende ”*Redegørelse i relation til sociale klausuler*” (tilbudsbilag 9 (L)) har Züblin nærmere anført, at der ved evalueringen fejlagtigt er lagt vægt på, at Aarsleff tilbød ”egenproduktion på funderingsarbejder og jord- og betonarbejder”. Betydningen af egenproduktion var imidlertid ikke fastsat i udbudsbetingelserne, og det var derfor ikke gennemsigtigt, at dette blev tillagt betydning. Dertil kommer, at Aarsleff ikke tilbød egentlig egenproduktion, men at anvende ansatte i Aarsleff-koncernen og dermed i en anden juridisk enhed end Aarsleff Bane & Anlæg I/S.

Metroselskabet har generelt gjort gældende, at selskabet har gennemført evaluering af tilbuddene i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Det var i udbudsbetingelsernes Appendix A fastsat, at hvert underkriterium ville blive vurderet som en helhedsvurdering af tilbudsbilagene ”K”, ”T”, ”L” og ”O” i Appendix B. Heraf fremgår nærmere, hvad tilbudsgiverne skulle redegøre for i de enkelte tilbudsbilag, således at det var tilbudsgivernes beskrivelse i de enkelte tilbudsbilag, der indgik i tilbudsevalueringen. Udbudsmaterialet var overskueligt, og det var tilstrækkeligt klart, hvad tilbudsgiverne skulle redegøre for i deres tilbud, og hvad der ville blive tillagt vægt. Metroselskabet har ikke haft et ubetinget frit skøn ved evalueringen og pointtildelingen. Tilbudsgiverne havde mulighed for selv at beskrive den tilbudte ydelse bedst muligt, og beskrivelserne er indgået i evalueringen. Züblin har på flere punkter givet ret kortfattede besvarelser, hvilket kan påvirke pointtildelingen. At Züblin er uenig i pointtildelingen på nogle – men ikke alle – punkter, giver ikke tilstrækkeligt grundlag for at klage. Metroselskabet har som ordregiver i forbindelse med tilbudsevalueringen udøvet et skøn, der i overensstemmelse med udbudsmaterialet har inddraget faktorerne i tilbudsbilagene til at vurdere, hvilket tilbud bedst imødekom selskabets behov i forbindelse med etablering af Transfertunnelen og dermed var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Særligt vedrørende påstand 1 har Metroselskabet gjort gældende, at der ikke ved evalueringen efter delkriteriet Ledelse (L) er lagt vægt på forhold, der ikke lovligt kunne inddrages i evalueringen. Metroselskabet har ved evalueringen i overensstemmelse med Appendix B lagt vægt på tilbudsgivernes redegørelse for henholdsvis miljøtiltag, arbejdsmiljø og sociale klausuler (tilbudsbilagene 7, 8 og 9, mærket "L"). De tre tilbudsbilag blev vægtet ligeligt ved tildeling af point efter delkriteriet "Ledelse". Aarsleff blev tildelt 2 point og Züblin 4 point, og Metroselskabet har herved lagt vægt på beskrivelsernes indhold og dermed det, der blev tilbudt.

Vedrørende "*Redegørelse for miljøtiltag*" (tilbudsbilag 7 (L)) har Metroselskabet nærmere anført, at det fremgår af udbudsbetingelsernes Appendix B, at tilbudsgiverne skulle redegøre for de tiltag, de hver især ville iværksætte for at overholde gældende regler om miljøforhold, og for, hvordan de hver især ville opfylde Metroselskabets krav til miljøforhold. Det er ikke ved evalueringen af Aarsleffs tilbud tillagt selvstændig betydning, at beskrivelsen var "velstruktureret", hvorimod det er indgået, at beskrivelsen indeholdt "alle de væsentligste emner". Det er endvidere indgået, at Aarsleff har tilbudt "løbende vurdering af forbedringsmuligheder og indarbejdelse af læring", og at dette er "grundigt og fyldestgørende beskrevet". Selve beskrivelsen (tilbuddets afsnit 7.1 Miljøledelsessystem, og afsnit 7.9, Miljøaudit) har alene bevirket, at Metroselskabet har opnået en indgående forståelse for, hvad Aarsleff har tilbudt.

Metroselskabet er enig i, at Züblin i sin redegørelse har nævnt, at håndtering af affald sker i henhold til gældende affaldsregulativ fra Københavns Kommune, samt at bortskaffelse af forurenede jord sker i henhold til Københavns Kommunes anvisninger. Dette ændrer imidlertid ikke på den foretagne pointgivning, da disse to punkter ikke har været udslagsgivende for Metroselskabets helhedsvurdering af redegørelsen i tilbudsbilaget.

Vedrørende "*Redegørelse for arbejdsmiljø*" (tilbudsbilag 8 (L)) har Metroselskabet anført, at det - i overensstemmelse med Byggesagsbeskrivelsen afsnit 5.1 - er indgået i evalueringen, hvorvidt arbejdsmiljøledelsen er i overensstemmelse med intentionerne i standarden DS/EN OHSAS 18001. Det er ikke korrekt, at Metroselskabet har tillagt OHSAS-certificeringen mere vægt end det forhold, at Züblin har oplyst at ville efterleve standarden, hvilket også fremgår af den supplerende redegørelse. Herudover har Metro-

selskabet vurderet, at Aarsleff har leveret en meget tilfredsstillende redegørelse for arbejdsmiljø, idet Aarsleff dybdegående har redegjort for, hvilke tiltag virksomheden vil iværksætte for at overholde alle gældende regler og opfylde Metroselskabets mål og politik for arbejdsmiljø. Aarsleffs redegørelse forstærkes desuden af en supplerende beskrivelse af anvendelsen af standard APV med tilpasningsmulighed ved risikofyldte aktiviteter, således at den projektilpassede APV allerede ved igangsættelse af projektet vil blive indarbejdet og anvendt. Endvidere har Aarsleff redegjort for, at medarbejdere, der ikke taler dansk, vil modtage en oversættelse af APV'en på deres modersmål, hvilket opfylder krav i Byggesagsbeskrivelsen, afsnit 5.3.1.

Det er korrekt, at udbudsmaterialet ikke indeholder et krav om en redegørelse for, hvor på byggepladsen en flytbar container skulle placeres. Det er dog væsentligt, at det tilbudte er realistisk, hvilket efter Metroselskabets opfattelse ikke er tilfældet vedrørende containeren, der spiller en afgørende rolle for Züblins opfyldelse af arbejdsmiljøkravene. Derfor har Metroselskabet fundet, at det var nødvendigt at inddrage dette i evalueringen.

Det er ikke korrekt, at Metroselskabet ved evalueringen fejlagtigt har bortset fra, at også Züblin (og ikke blot Aarsleff) viderefører arbejdsmiljøkrav til underentreprenører. Metroselskabet har foretaget tilbudsevalueringen i overensstemmelse med beskrivelsen af delkriteriet i Appendix B, hvorefter forholdet ikke tillægges betydning ved evalueringen. Metroselskabet har ”godt nok” i evalueringsrapporten vedrørende Aarsleffs tilbud anført, at ”Arbejdsmiljøkrav overføres til underentreprenører via underentreprenørkontrakt”, hvorimod dette – i overensstemmelse med beskrivelsen af delkriteriet – ikke er fremhævet vedrørende evalueringen af Züblins tilbud. Bemærkningen til Aarsleffs tilbud i evalueringsrapporten er imidlertid ikke ledsaget af kvalificerende bemærkninger om, at det har vægtet positivt ved evalueringen af Aarsleffs tilbud, at denne virksomhed vil videreføre arbejdsmiljøkrav til underentreprenørerne. Heller ikke den udvidede redegørelse nævner noget herom. Züblin har derfor ikke dokumenteret, at Metroselskabet – i strid med delkriteriets formulering – har inddraget forholdet positivt i evalueringen og pointgivningen af Aarsleffs tilbud. Bemærkningerne i evalueringsrapporten er ikke i sig selv bevis for, at den helhedsvurdering, som Metroselskabet har foretaget efter delkriteriet om arbejdsmiljø, er ulovlig.

Vedrørende ”Redegørelse for i relation til sociale klausuler” (tilbudsbilag 9 (L)) har Metroselskabet gjort gældende, at det fremgår af beskrivelsen af tilbudsbilaget 9, at tilbudsgiverne skulle redegøre for, hvorvidt de vil anvende egenproduktion mv. Der er i forhold til Aarsleff lagt vægt på det oplyste om, at virksomheden vil anvende egenproduktion på jord- og betonarbejder, som udføres af timelønnede ansatte i Aarsleff-koncernen. Det er ikke vægtet positivt, at Aarsleff har tilbudt egenproduktion, og dette fremgår heller ikke af evalueringen og den uddybende redegørelse. Aarsleff har behandlet alle de punkter, der fremgår af beskrivelsen i tilbudsbilaget, og Metroselskabet har foretaget en overordnet vurdering heraf i overensstemmelse med udbudsmaterialet i øvrigt. Metroselskabet har foretaget samme evaluering af Züblins tilbud, således at det har været Metroselskabets ”overordnede frie skøn”, der har været afgørende.

Særligt vedrørende påstand 2 har Züblin gjort gældende, at Metroselskabet har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved under evalueringen af tilbuddene efter delkriteriet ”Tidsplan” at anvende den på forhånd oplyste pointskala på en måde, som er egnet til at forrykke den offentliggjorte vægtning af de kvalitative delkriterier.

Züblin har nærmere anført, at det i udbudsbetingelserne er fastsat, at ”Tidsplanen skal overholde milepæle i udbudstidsplanen”. Aarsleff har overtaget udbudstidsplanen som sin egen. Herved er tilbuddet imidlertid alene blevet konditionsmæssigt, idet det har opfyldt mindstekravet om tidsplanen, men i øvrigt har tilbuddet intet indhold i forhold til opfyldelsen af konkurrenceparameteret. Det savner derfor mening at evaluere tilbuddet som ”middel/tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet” på dette punkt. Tilbud, som ikke måtte have overholdt mindstekravet, ville således have indeholdt et forbehold. Anvendelsen af pointskalaen i forhold til delkriteriet Tidsplan (T) betyder, at et (kun) konditionsmæssigt tilbud får 4 (og ikke 8) point, hvilket indebærer, at alene den nederste (bedste) del af pointskalaen anvendes. Dette er i strid med den offentliggjorte pointskala, ligesom en sådan fremgangsmåde er egnet til at forrykke vægtningen af de enkelte konkurrenceparametre i strid med udbudsbetingelserne, jf. klagenævnets kendelse af 29. april 2014, Scandinavian Air Ambulance Holding AB og Scandinavian MediCopter AB mod Region Midtjylland. Dertil kommer, at Metroselskabet ikke har begrundet, hvad der ”mangler” i Züblins tidsplan, som har fået 3 – men ikke 0 point.

Metroselskabet har gjort gældende, at pointskalaen ikke er anvendt forkert og ikke er blevet forrykket ved evalueringen som anført af Züblin. Reelt dækker klagepunktet over utilfredshed med, at Züblin og Aarsleff har opnået henholdsvis 3 og 4 point, idet Aarsleff efter Züblins opfattelse burde have fået en højere (dvs. ringere) pointscore.

Aarsleff har leveret en tilfredsstillende tidsplan, idet Aarsleff har valgt at basere sit tilbud på udbudstidsplanen, som illustrerer alle de nødvendige aktiviteter til gennemførelse af kontrakten, herunder den kritiske vej på tidsplanen. Udbudsbetingelserne indeholder intet mindstekrav for så vidt angår tidsplan, og et sådant kan heller ikke indfortolkes. Et tilbud, der havde fra-veget udbudstidsplanen, ville således ikke have været ukonditionsmæssigt, men ville have opnået en dårligere evaluering efter delkriteriet. Pointskalaen kunne således også udnyttes fra 5-8, hvilket dog ikke var aktuelt med de afgivne tilbud, der fik 4 og 3 point.

Af udbudsbetingelserne fremgår, at 8 point gives for ”dårlig opfyldelse af kriteriet”. En tidsplan, der lægger sig op af udbudstidsplanen, skal ikke anses for en dårlig opfyldelse af kriteriet om tidsplan. Züblin har udarbejdet en mere detaljeret tidsplan og har også fået en bedre evaluering på dette delkriterium end Aarsleff. En tidsplan, der skulle have opnået karakteren 0 for ”bedst mulige opfyldelse af kriteriet”, skulle på en overbevisende måde have beskrevet yderligere ”robusthed og slæk” til imødegåelse af tabt tid.

Særligt ad påstand 3 har Züblin gjort gældende, at Metroselskabet har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt udbudslovens § 160, stk. 1, ved ikke at fastsætte i udbudsbetingelser, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen efter underkriteriet Teknisk kvalitet.

Züblin har nærmere anført, at det følger af § 14 i bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015, at udbudslovens § 160 finder anvendelse, således at ordregivende enheder i udbudsmaterialet skal oplyse kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen. Af forarbejderne fremgår bl.a., at ordregiveren ikke må have et ubetinget frit valg ved evalueringen. Det fremgår imidlertid ikke af udbudsbetingelserne, hvad Metroselskabet ville lægge vægt på, og hvordan en tilbudsgiver skulle indrette sit tilbud for at opnå en god score.

Formuleringen af konkurrenceparametrene ("helhedsvurdering af tilbudsbi-lag") giver reelt Metroselskabet et ubetinget frit valg, hvilket også er afspej-let i evalueringen og er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtigheds-princippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og udbuds-lovens § 160, stk. 1.

Metroselskabet har gjort gældende, at der ikke efter udbudsbetingelserne er givet Metroselskabet et ubetinget frit valg. Af Appendix B fremgår, at der ved evalueringen foretages en helhedsvurdering af indholdet af de enkelte tilbudsbi-lag. Heri ligger, at en fyldestgørende beskrivelse utvivlsomt giver et mere fuldstændigt billede af, hvad det reelt er, tilbudsgiveren tilbyder med sit tilbud. Herudover har Metroselskabet nærmere evalueret, hvad der faktisk er beskrevet i tilbuddet, og i hvilket omfang dette stemmer overens med kravene i udbudsmaterialet i øvrigt. Züblin har på forhandlingsmødet modtaget en generel tilbagemelding på sit tilbud, og virksomheden kunne tage højde herfor ved det endelige tilbud.

Særligt ad påstand 4 har Züblin gjort gældende, at Metroselskabet har hand-let i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsy-ningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og artikel 82, stk. 2, ved at anvende delkriteriet Organisation (O), da dette ikke er egnet til at identifice-re det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Züblin har nærmere anført, at indholdet af udbudsbetingelserne, herunder Appendix A om CV for nøglepersoner, ikke på tilstrækkelig vis fastsætter krav i relation til underkriteriet. Efter forsyningsvirksomhedsdirektivets ar-tikel 82, artikel 2, litra (b), kan kvalitative underkriterier omfatte "organise-ringen af det personale, der skal gennemføre kontrakten, og dets kvalifika-tioner og erfaring, såfremt kvaliteten af det personale, der skal udføre kon-trakten, kan påvirke niveauet af kontraktens opfyldelse betydeligt". I direk-tivets præambelbetragtning 99 hedder det endvidere:

"Når kvaliteten af de benyttede medarbejdere er relevant for gennemfø-relsen af kontrakten, bør ordregivende enheder desuden kunne anvende organiseringen af de medarbejdere, der er udpeget til at gennemføre den pågældende kontrakt, og deres kvalifikation og erfaring som et tilde-lingskriterium, da dette kan have indflydelse på kvaliteten af gennemfø-relsen af kontrakten og dermed på tilbuddets økonomiske værdi. Dette kan for eksempel være tilfældet i forbindelse med kontrakter vedrøren-

de intellektuelle tjenesteydelser såsom konsulent- eller arkitektvirksomhed.”

Et konkurrenceparameter skal således være knyttet til kontraktens genstand, jf. ligeledes EU-Domstolens dom i sag C-601/13 (Ambisig), præmis pr. 31 og 32:

”Kvaliteten af gennemførelsen af en offentlig kontrakt kan på afgørende vis være afhængig af den faglige formåen hos de personer, der er pålagt at gennemføre den. Denne formåen udgøres af deres faglige erfaring og deres uddannelse.

Dette gælder så meget desto mere, når den ydelse, der er genstand for kontrakten, er af intellektuel art og som i hovedsagen vedrører uddannelses- og konsulenttydelser.”

Heraf følger, at organisation og/eller nøglepersoners kvalifikationer og erfaring som udgangspunkt alene kan anvendes ved udbud af tjenesteydelser. Kontrakten omfatter en hovedentreprise med bygge- og anlægsarbejder. Den vindende tilbudsgiver skal således ikke projekttere eller på anden vis tilvejebringe løsningsforslag. Karakteren af den udbudte kontrakt og Metroselskabets detailprojektering udelukker, at den tilbudte organisation og tilbudte nøglepersoner kan påvirke niveauet af kontrakten betydeligt. Endvidere skal visse af de nøglefunktioner, som tilbudsgiverne har oplistet, herunder overordnet leder og projektleder, varetage funktioner, som skal udføres adskillige organisatoriske ”led” fra de medarbejdere, som faktisk skal udføre bygge- og anlægsarbejderne. Det må være en betingelse for, at kriteriet lovligt kan anvendes, at den pågældende personkreds befinder sig tæt på den faktiske udførelse af kontrakten, jf. i samme retning kendelse af 8. juni 2012, Marius Pedersen mod Aalborg Kommune.

Metroselskabet har gjort gældende, at delkriteriet ”Organisation (O)” er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Metroselskabet har nærmere anført, at det er af afgørende betydning for den udbudte kontrakt, at den tilbudte organisation er hensigtsmæssig, og at de udvalgte nøglepersoner har de fornødne kompetencer og erfaringer fra lignende opgaver. Som det fremgår af den uddybende redegørelse for evalueringen, er der lagt vægt på erfaringer med tilsvarende arbejder, herunder med fredede bygninger og på tilbuddenes indhold med hensyn til håndtering af projektets væsentlige interesser. Metroselskabet har således lagt

vægt på de tilbudte nøglepersonernes kompetencer i forhold til det samlede projekt, og ikke kun organisationens opbygning. Det har betydning, at arbejdet foregår på Københavns Hovedbanegård, som vil være i drift under udførelsen af projektet, og som er en fredet bygning, hvis fremtoning ikke må ændres.

De væsentlige funktioner, som der henvises til, fremgår af Byggesagsbeskrivelsen afsnit 4.16 om Entreprenørens ydelser og underafsnittet Arbejdsledelse, hvori er fastsat, at ”Entreprenøren skal i sin organisation have medarbejdere, der er fuldt fortrolige med og ansvarlige for de anførte arbejder.” Det er således tilbudsgivernes konkrete tilbudte organisation til udførelse af det udbudte projekt om Transfertunnelen og tilbudsgivernes tilbudte organisations erfaring, der er inddraget i evalueringen, og ikke tilbudsgivernes organisation i almindelighed og den generelle erfaring. Der er evalueret ikke blot på referencer/CV’er, men også på ansvar, erfaring og kompetencer hos det konkrete hold, som tilbudsgiverne har budt ind med, ligesom selve projektorganisationen, herunder kommunikations- og beslutningsveje for denne, er evalueret. Det er således evalueret, hvorvidt tilbudsgivernes konkrete tilbudte organisation vil kunne udføre den opgave, der er udbudt, og ikke blot tilbudsgivernes generelle egnethed. Evalueringen er foretaget i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, hvorefter Aarsleff er tildelt 1 point og Züblin 4 point.

Særligt vedrørende påstand 4.1 har Züblin gjort gældende, at Metroselskabet har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i evalueringen af tilbuddene i forhold til delkriteriet ”Organisation” at lægge afgørende vægt på de tilbudte nøglepersoner og disses erfaring med sammenlignelige projekter, selvom Metroselskabet ikke havde oplyst dette på forhånd.

Züblin har nærmere anført, at der er pligt til at oplyse om delkriteriers vægtning, hvis ordregiveren i forbindelse med evalueringen anvender en vægtning, som ville have været af betydning for tilbudsgiverne at kende, jf. bl.a. Klagenævnets kendelse af 25. august 2011, WelMed mod Gentofte Kommune. Det følger ligeledes af praksis fra Klagenævnet for Udbud, at en ordregiver har pligt til på forhånd at oplyse om en evalueringsmetode, hvis denne må betegnes som usædvanlig. At Metroselskabet vægtede nøglepersoners erfaring med ”sammenlignelige projekter”, herunder arbejder ved fredet bygning, højere end organisering af projektet, fremgik ikke af ud-

budsmaterialet, men var af afgørende betydning for, hvordan tilbudsgiverne sammensatte deres tilbud. Den manglende oplysning om den differentierede vægtning af elementerne under delkriteriet "Organisation" har derved været egnet til at forrykke konkurrencen mellem tilbudsgiverne i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Særligt vedrørende påstand 4.1 har Metroselskabet gjort gældende, at det fremgik af udbudsbetingelserne (Appendix B), at tilbudsgiverne skulle fremsende CV for nøglepersoner og redegørelse for organisering af projektet. Der er ikke tale om, og Züblin har ikke sandsynliggjort, at Metroselskabet har lagt afgørende vægt på de tilbudte nøglepersoner, således at dette har vægtet tungere i evalueringen end beskrivelsen af organisering af projektet.

Særligt vedrørende påstand 5 har Züblin gjort gældende, at det følger af det ovenfor anførte vedrørende påstandene 1-4.1, at Metroselskabets tildelingsbeslutning er behæftet med sådanne fejl, at den skal annulleres. Metroselskabet skal bevise, at de begåede fejl ikke konkret har påvirket resultatet af evalueringen og dermed tildelingen af kontrakten, og denne bevisbyrde er ikke løftet.

Metroselskabet har gjort gældende, at der ikke er begået fejl, og at der derfor ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Ad uopsættelighed

Züblin har gjort gældende, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, idet muligheden for at blive tilkendt erstatning ikke udgør et tilstrækkeligt værn mod tab.

Metroselskabet har gjort gældende, at Züblins eksistens ikke vil blive truet, ligesom virksomhedens markedsposition ikke vil lide uoprettelig skade, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Züblins eventuelle tab vil således kunne kompenseres ved erstatning.

Ad interesseafvejning

Züblin har gjort gældende, at en interesseafvejning på den anførte baggrund er til fordel for virksomheden, og klagen skal derfor tillægges opsættende virkning.

I anden række har Züblin gjort gældende, at overtrædelserne (og betingelsen ”fumus boni juris”) må tillægges afgørende vægt ved vurderingen af, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, jf. herved EU-Domstolens kendelse af 23. april 2015, sag C-35/15 P(R), Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits.

Metroselskabet har gjort gældende, at selskabet har en betydelig interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, idet der knytter sig tungtvejende samfundsmæssige interesser til indgåelsen af den udbudte kontrakt.

Meromkostningerne ved en udskydelse af Transfertunnelen vil udgøre et ikke ubetydeligt millionbeløb til støjdæmpende foranstaltninger, accelerationsomkostninger samt mulig udbetaling af naboerstatninger ved genoptagelse af støjende aften- og nattearbejde, og selskabet vil have månedlige indtægststab grundet estimerede passagertab som følge af fravalg af Metroen grundet manglende transfertunnel. Der vil også kunne blive tale om meromkostninger ved en udskydelse af Transfertunnelen i form af erstatningskrav mv. fra andre entreprenører. Derimod er der kun mindre tungtvejende hensyn at tage til Züblin, som kan opnå fuld økonomisk genopretning gennem erstatningsreglerne.

Klagenævnet udtaler:

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

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

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

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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") og nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet:

Ad påstand 1 og 5:

Udbudsbetingelsernes bestemmelser om evaluering

Metroselskabet I/S havde som underkriterier til tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" foruden Pris (70 %) fastsat underkriteriet Teknisk kvalitet (30 %) med 4 delkriterier, nemlig Konstruktionsredegørelse (K) (13 %), Tidsplan (T) (5 %), Ledelse (L) (7 %) og Organisation (O) (5 %).

For delkriteriet Ledelse (L) var det fastsat, at tilbudsgiverne i 3 tilbudsbilag skulle redegøre for miljøtiltag, arbejdsmiljø og sociale klausuler (tilbudsbilag 7, 8 og 9 markeret med "L"). Der skulle redegøres for, hvilke tiltag virksomheden ville iværksætte for at overholde gældende regler mv. og opfylde bygherrens krav og mål mv. Bilagene indeholdt en uddybende tekst om kravene. Det var endvidere fastsat bl.a., at Metroselskabet I/S ville foretage "en helhedsvurdering" på grundlag af tilbudsbilagene mærket med "K", "T", "L" og "O", der efter det foreliggende vægtede ligeligt.

Der er efter klagenævnets foreløbige vurdering ikke grundlag for at antage, at der efter udbudsbetingelserne reelt har været overladt Metroselskabet I/S et frit skøn, således som Züblin A/S har gjort gældende. Udøvelsen af skønnet har således været afgrænset af de kriterier og med tilhørende vurderingstemaer, der var fastsat i udbudsbetingelserne, og som under hensyn til karakteren af den udbudte kontrakt var tilstrækkeligt beskrevet.

Evalueringen af tilbuddene

Klagenævnet har ikke fundet grundlag for at antage, at der er lagt afgørende vægt på tilbuddenes rent sproglige formulering og ikke på deres materielle indhold, således som Züblin A/S har gjort gældende.

Züblin A/S har anført, at evalueringen ikke er sket i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, herunder delkriteriet *Ledelse (L)* og bestemmelserne om, at der i tilbuddene skulle redegøres for miljøtiltag, arbejdsmiljø og sociale klausuler.

Ved evalueringen efter delkriteriet *Ledelse (L)*, der vægtede 7 %, blev Züblin A/S tildelt 4 point, svarende til karakteren middel / tilfredsstillende opfyldelse af delkriteriet, hvilket medførte en tillægspris 770.000 kr. Aarsleff Bane & Anlæg I/S blev tildelt 2 point, svarende til karakteren god / meget tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet, hvilket medførte en tillægspris 385.000 kr.

Kontrakten blev tildelt Aarsleff Bane & Anlæg I/S på grundlag af en samlet evalueret konkurrencesum på 24.448.283 kr., mens den samlede konkurrencesum for Züblin A/S blev evalueret til 24.827.309 kr.

Om evalueringen i forhold til miljøtiltag og sociale klausuler

Klagenævnet har ikke fundet grundlag for at antage, at den fejlagtige bemærkning i den supplerende begrundelse fra Metroselskabet I/S' advokat om, at Züblin A/S' tilbud ikke indeholder oplysning om affaldshåndtering og bortskaffelse, kan antages at have haft konkret betydning for pointgivningen efter delkriteriet om ledelse. Der er herved lagt vægt på tilbuddets indhold, hvorefter håndtering af affald sker i henhold til Københavns Kommunes affaldsregulativ, generering af affald og forbrug af energi minimeres, og forurennet jord håndteres og bortskaffes i henhold til Københavns Kommunes anvisninger. Det er endvidere indgået, at Metroselskabet I/S ved evalueringen har lagt vægt på en lang række oplysninger.

Det er i øvrigt i begrundelsen for evalueringen i relation til tilbudsbilaget om sociale klausuler klart anført, at det er tillagt vægt, at Aarsleff Bane & Anlæg I/S ville anvende *egenproduktion* på den måde, at der ville blive anvendt timelønnet arbejde hos virksomhedens koncern.

Klagenævnet har herefter og efter det i øvrigt foreliggende ikke fundet grundlag for at antage, at denne del af evalueringen er behæftet med fejl.

Om evalueringen i forhold til arbejdsmiljø

Efter indholdet og sammenhængen er der ikke grundlag for at antage, at bestemmelserne i afsnit 5.1 i Byggesagsbeskrivelsen om, at ”Entreprenøren skal gennemføre arbejdsmiljøledelse i overensstemmelse med intentionerne i *standarden DS/EN OHSAS 18001*” (fremhævet her) var fastsat som mindstekrav, der ikke kunne overopfyldes. Når kravet sammenholdes med tilbudsbilag 8 ”Redegørelse for arbejdsmiljø” og tildelingskriterierne, fremtræder det derimod som et konkurrenceparameter, Metroselskabet I/S var forpligtet til at inddrage ved evalueringen.

Der er efter det foreliggende enighed om, at det forhold, at *tilbudsgiveren viderefører arbejdsmiljøkrav* til underentreprenører, ikke er et konkurrenceparameter efter udbudsbetingelserne. I den skriftlige redegørelse af 10. januar 2018 fra Metroselskabet I/S for evalueringen i relation til tilbudsbilag 8 (L) om arbejdsmiljø er vedrørende tilbuddet fra Aarsleff Bane & Anlæg I/S anført, at ”Arbejdsmiljøkrav overføres til underentreprenører via underentreprenørkontrakt”. Evalueringen indeholder ingen tilsvarende særskilt bemærkning herom for så vidt angår Züblin A/S, selvom også denne virksomhed efter det foreliggende tilbød at overføre disse krav til underentreprenører.

Det påhviler Metroselskabet I/S at bevise, at det nævnte forhold vedrørende overførelse af arbejdsmiljøkrav til underentreprenører på trods af ordlyden i evalueringen ikke er tillagt vægt. Det er klagenævnets vurdering, at denne bevisbyrde ikke er løftet. Det må derfor lægges til grund, at forholdet i strid med udbudsbetingelserne blev tillagt vægt.

Det påhviler herefter Metroselskabet I/S at bevise, at denne fejl ikke har haft konkret betydning. Det er klagenævnets vurdering, at heller ikke denne bevisbyrde er løftet. Klagenævnet har herved lagt vægt på karakteren af det

nævnte forhold sammenholdt med resultatet af evalueringen i øvrigt som udtrykt ved de evaluerede priser, tillægspriserne for delkriteriet Ledelse (L) (7 %) og de samlede konkurrencesummer for de to virksomheder, der afgav tilbud.

Det er herefter klagenævnets foreløbige vurdering, at der er grundlag for at tage påstand 1 til følge i det anførte omfang, og at der derfor også er grundlag for at tage annullationspåstanden til følge.

Ad påstand 2:

Der er i tilbudsbilag 6 fastsat bestemmelser om kravene til *tidsplan*. Heraf fremgår bl.a., at tilbudsgiverne kunne erklære at ville overtage Metroselskabet I/S' tidsplan som deres egen. Efter indholdet og sammenhængen med delkriteriet Tidsplan (T) er der ikke grundlag for at antage, at det som mindstekrav var fastsat, at tilbudsgiverne var forpligtede til mindst at overtage Metroselskabet I/S' tidsplan.

På denne baggrund, og da der i øvrigt ikke er grundlag for at tilsidesætte Metroselskabet I/S' evaluering, hvorefter Aarsleff Bane & Anlæg I/S er tildelt 4 point og Züblin A/S 3 point efter dette delkriterium, er der foreløbigt vurderet ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Ad påstand 4 og 4.1:

Til underkriteriet Teknisk kvalitet var som nævnt fastsat bl.a. delkriteriet *Organisation* (O) (5 %). I tilbudsbilag 10 markeret med "O" var fastsat, at tilbudsgivernes beskrivelse skulle indeholde CV for nøglepersoner og redegørelse for organisering af projektet. Det var nærmere fastsat, at der skulle vedlægges CV for de nøglepersoner, som efter tilbuddet skulle varetage væsentlige funktioner i tilbudsgiverens organisation. Endvidere skulle der redegøres for ansvar og kompetence hos de enkelte nøglepersoner, og kommunikations- og beslutningsveje skulle beskrives internt og eksternt i forhold til bygherren og øvrige væsentlige interessenter.

Det er klagenævnets vurdering, at der lovligt er fastsat et delkriterium om organisation og om nøglepersoner og deres CV'er med en vægt på 5 %, idet det må antages, at kvaliteten af det personale, der skal udføre kontrakten, kan påvirke niveauet af kontraktens opfyldelse betydeligt. Klagenævnet har

herved lagt vægt på det oplyste om størrelsen af den udbudte kontrakt, der indgår som led i et omfattende og komplekst metrobyggeri af stor samfundsmæssig betydning, hvor hensynene til byggeprocessen, byggeriets kvalitet og planmæssige fremdrift vejer tungt.

Det er endvidere klagenævnets vurdering, at de nærmere bestemmelser i udbudsbilag 10 også er lovlige, idet det på den anførte baggrund må anses for sagligt at lægge vægt på kvalifikationer og den dokumenterede erfaring (CV'er) hos de personer, der varetager væsentlige funktioner i tilbudsgiverens organisation, og på deres ansvar og kompetencer.

I et projekt som det omhandlede har det endvidere været sagligt som sket at lægge vægt på beskrivelsen af kommunikations- og beslutningsveje internt og eksternt. Det har i denne forbindelse været tydeligt og dermed gennemsigtigt også for Züblin A/S, at projektet involverede arbejder med Københavns Hovedbanegård, som er en fredet bygning, hvorfor det var relevant og forudsigeligt, at der blev lagt vægt på dokumenteret erfaring som sket, herunder arbejde med sammenlignelige projekter med forbindelse til fredede bygninger.

Der er herefter efter en foreløbig vurdering ikke udsigt til, at påstand 4 og 4.1 vil blive taget til følge.

Selvom der foreløbigt vurderet er udsigt til, at betingelsen om ”*fumus boni juris*” er opfyldt i relation til påstand 1, finder klagenævnet, at Züblin A/S ikke efter de oplysninger, som foreligger på nuværende tidspunkt, har godtgjort, at der foreligger sådan særlig alvorlig ”*fumus boni juris*”, at virksomheden ikke skal bevise, at en manglende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at virksomheden lider en uoprettelig skade.

Da Züblin A/S ikke har bevist dette, er betingelsen om uopsættelighed ikke opfyldt.

Betingelse nr. 2 er således ikke opfyldt, hvorfor betingelserne for opsættende virkning ikke er opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig