

K E N D E L S E

Sjælsø Entreprise A/S
(advokat Tina Braad, Århus)

mod

Statsbiblioteket i Århus
(Kammeradvokaten ved advokat Britta Moll Bown)

Ved udbudsbekendtgørelse af 14. december 2004 udbød Statsbiblioteket i Århus som begrænset udbud efter direktiv 93/37 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved direktiv 97/52 (Bygge- og anlægsdirektivet) en totalentrepriseaftale vedrørende opførelse af ny magasinbygning for Statsbiblioteket og Erhvervsarkivet i Århus.

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 21. januar 2005 havde 19 virksomheder anmodet om prækvalifikation.

Den 28. januar 2005 besluttede indklagede at prækvalificere 5 virksomheder, heriblandt Sjælsø Entreprise A/S og Davidsen Partnere A/S.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 28. januar 2005, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 22. marts 2005 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 28. april 2005 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Davidsen Partnere A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 16. september 2005.

Den 23. juni 2005 indgav klageren, Sjælsø Entreprise A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Statsbiblioteket i Århus. Klageren

fremSATte den 15. juli 2005 anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 25. juli 2005 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Ved kendelse af 23. september 2005 bestemte Klagenævnet, at klageren havde ret til aktindsigt i de afgivne tilbud, dog undtaget de udfyldte tilbudslister og afsnittet benævnt »Beskrivelse af drift og vedligehold samt totaløkonomi«.

Klagen har været behandlet på et møde den 8. december 2005.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning med den begrundelse, at klagerens tilbud ikke opfylder udbudsbetingelsernes krav om, at der skal etableres indkørsel fra Tangen, da det i klagerens tilbud – udover indkørsel fra Hedeager – var forudsat, at der kunne ske indkørsel fra Tangen.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning, uanset at tilbudet indeholder forbehold for udbudsbetingelsernes krav om, at indkørsel skal etableres fra Tangen, da forbeholdet ikke vedrører grundlæggende elementer og kan prissættes.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at tage tilbudet fra Davidsen Partnere A/S i betragtning, uanset at tilbudet indeholder forbehold for udbudsbetingelsernes bestemmelser om:

- a. Materiale for udvendige facader, jf. byggeprogrammet pkt. 6.6 (bilag D6).
- b. Placering af Pligtaflevering Aviser og Mikrofilm, jf. byggeprogrammets diagram over funktionssammenhænge og materialeflow (bilag D8)
- c. Placering af elevator, jf. byggeprogrammet pkt. 6.21 (bilag D6)
- d. Antallet af »HC pladser«, jf. byggeprogrammets pkt. 6.36 (bilag D6)

- e. Flugtveje, jf. byggeprogrammets pkt. 11, notat Brand 01(underbilag til bilag D11)
- f. Dokumentation af indeklima, jf. byggeprogrammets pkt. 2.4 (bilag D2)

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning med den begrundelse, at det indeholder forbehold for udbudsbetingelserne, når indklagede tog tilbudet fra Davidsen Partnere A/S i betragtning, uanset at dette tilbud indeholder forbehold for udbudsbetingelserne.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 16. september 2005 om at indgå kontrakt med Davidsen Partnere A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder:

I udbudsbekendtgørelse af 14. december 2004 er bl.a. fastsat, at varianter ikke vil blive taget i betragtning, og at tildelingskriteriet er »Det økonomisk mest fordelagtige tilbud vurderet på grundlag af de i udbudsmaterialet anførte kriterier.«

I udbudsbetingelsernes »Udbudsbrev« af 28. januar 2005 er bl.a. fastsat følgende:

»Udbudsmaterialet består ud over udbudsbekendtgørelsen af nr.

- A. Udbudsbrev
- B. Kontraktudkast
- C. Tilbudslister
- D. Byggeprogram
- E. Bilag«

I udbudsbetingelsernes »D. Byggeprogram« af 28. januar 2005 er bl.a. fastsat følgende:

»2. Konkurrencebetingelser

2.1 Udbudsform

.....

Bygherren vælger det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Alternative bud vil ikke komme i betragtning

Forbehold accepteres ikke bortset fra Standardforbehold for Totalentreprise. Dog ikke Standardforbeholdets stk. 2 og stk. 4.

2.2 Tildelingskriterier

De indkomne tilbud vil blive gennemgået af bedømmelsesudvalget med følgende overordnede kriterier og vægtning:

1. Funktion, rumdisponering, arkitektur og materialer
Vægtning: 30%
2. Drift og vedligehold, totaløkonomi og kvalitetssikring
Vægtning: 30%
3. Pris
Vægtning: 40%

.....

3. Plangrundlag

3.1 Lokalplan

Området er omfattet af lokalplan 358

Grunden er beliggende indenfor området 1c i lokalplanen, og afgrænses af Herredsvej, Hedeager og Tangen.

.....

Krav og betingelser angivet i lokalplanen skal overholdes.

.....

4. Grund og eksisterende forhold

4.1 Bebyggelsen skal opføres på matr. 9a, Skejby, Århus Jorder.

Grunden har en størrelse på ca. 8.650 m².

Endelig køb af grunden forventes gennemført primo 2005.

Terrænet er let kuperet.

Der er udarbejdet landinspektørplan med angivelse af skel, højdekurver samt øvrige forhold på grunden.

Landinspektørplanen i papirtryk samt CD er vedlagt byggeprogrammet som bilag E5

Bilag E2 fra Grundsalskontoret beskriver yderligere vedr. den

aktuelle grund.

.....

4.5 Adgang til grunden

Indkørsel skal etableres fra Tangen:

Adgangs- og tilkørselsforholdene skal være hensigtsmæssigt planlagt og disponeret, så større lastbiler, renovationsvogne mv. har let adgang. «

I Århus Kommunes lokalplan nr. 358 af april 1991, der er vedlagt udbudsbetingelserne som bilag E1, er bl.a. fastsat følgende:

» § 5. Trafikforhold

.....

Stk. 5. Placering af tilslutninger til vej A-B-C-D må kun ske efter nærmere godkendelse i Magistratens 2. Afdeling.«

Det fremgår af sagen, at vej A-B-C-D er Hedeager.

I Grundsalskontorets udaterede dokument om »Tangen, 8000 m²«, der er vedlagt udbudsbetingelserne som bilag E2, er bl.a. fastsat følgende:

»Salgsvilkår

.....

Vej- og stianlæg

.....

Vejadgang til parcellen skal ske fra den private fællesvej Tangen.«

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 22. marts 2005 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud.

Klagerens tilbud af 22. marts 2005 forudsatte indkørsel både fra Tangen og Hedeager, således at to indkørsler fra Hedeager udgør hovedadgangen.

Ved mail af 5. april 2005 har Grundsalskontoret i Århus Kommune tilkendegivet over for indklagede, at Vejkontoret kan give tilladelse til, at den ene af de to vejadgange fra Hedeager, som er indeholdt i klagerens tilbud, kan anvendes som adgang til Statsbiblioteket.

I beslutningsreferat af 4. maj 2005 fra møde den 28. april 2005 i styregruppen for opførelse af ny magasinbygning til Erhvervsarkivet og Statsbiblioteket i Århus er bl.a. anført:

»3. Responsum fra Kammeradvokaten

Det bestilte responsum fra Kammeradvokaten vedr. projekters konditionsmæssighed forelå og blev drøftet indgående. Kammeradvokaten anbefaler at afvise projekt mærket nr. 25116 som ukonditionsmæssigt. Der var enighed om at følge Kammeradvokatens anbefaling.

4. Pointgivning til projekterne

De fire projekter som er konditionsmæssige blev gennemgået med henblik på pointgivning på grundlag af de kriterier der er anført i udbudsmaterialet.

Resultatet blev følgende:

.....

5. Valg af vinderprojekt

Enighed om at udpege projekt mærket nr. 37721 som det projekt, der gennemføres under forudsætning af Finansudvalget godkendelse af aktstykke.

Vinderprojektet er udarbejdet af: Davidsen Partnere med Friis & Moltke og Wissenberg Rådgivende Ingeniører.

.....

Det ikke accepterede tilbud (nr. 25116) var udarbejdet af Sjælsø Gruppen sammen med A.A.R.T. og Søren Jensen.«

I indklagedes brev af 11. maj 2005 til klageren er bl.a. anført:

»Bedømmelsesudvalget har afsluttet sit arbejde i forbindelse med bedømmelsen af de modtagne tilbud.

I forbindelse med bedømmelsen opstod der i bedømmelsesudvalget tvivl om, hvorvidt Deres tilbud var konditionsmæssig, idet indkørslen var placeret med adgang fra Hedeager og ikke fra Tangen, som beskrevet i udbudsmaterialet.

Problemstillingen blev forelagt Kammeradvokaten til udtalelse. Kammeradvokaten vurderer, at tilbudet ikke kan tages i betragtning, idet han anser tilbudet for at være i klar uoverensstemmelse med udbudsvilkårenes angivelse af, at indkørslen skal ske fra Tangen og dermed er ukonditionsmæssigt.

Bedømmelsesudvalget har derfor besluttet ikke at bedømme tilbudet.«

Klageren og indklagede har herefter skriftvekslet om spørgsmålet om, hvorvidt klagerens tilbud er ukonditionsmæssigt, og klageren indgav klage til Klagenævnet den 23. juni 2005.

Afdelingschef Carsten Raundahl, Sjælsø Gruppen, har bl.a. forklaret, at han var chef for den projektgruppe, der udarbejdede klagerens tilbud. Den placering af bygningen, som er indeholdt i klagerens tilbud, blev valgt på grund af indlysende fordele, herunder med hensyn til energiforbruget. I forbindelse med udarbejdelsen af tilbudet spurgte klageren ikke indklagede, om der kunne etableres indkørsel fra Hedeager, da klageren ikke ønskede at røbe sin gode ide med hensyn til placeringen af bygningen for de andre tilbudsgivere. Klageren spurgte derimod Århus Kommune, der uformelt tilkendegav, at indkørsler fra Hedeager formentlig kunne godkendes. Klagerens tilbud kan ændres, således at der kun er indkørsel fra Tangen. Set i sammenhæng med klagerens projekt i øvrigt vil en hovedindkørsel fra Tangen efter hans opfattelse dog virke malplaceret og fjerne idégrundlaget fra projektet.

Projektchef Palle Røge, indklagedes bygherrerådgiver NIRAS, har bl.a. forklaret, at ingen af tilbudene opfyldte alle de krav, der er fastsat i udbudsbetingelserne, og at indklagede ikke inddrog byggeprogrammets pkt. 2.1. hvorefter forbehold ikke accepteres, ved vurderingen af tilbudene.

Nærmere ad påstand 3. a

I udbudsbetingelsernes »D. Byggeprogram« af 28. januar 2005 er bl.a. fastsat følgende:

»6. Funktionsbeskrivelser

.....

6.6. Ydervægge

Udvendig facader kan udføres i tegl, beton, eller plader jf. lokalplanen. Igen af hensyn til de klimatiske forhold foretrækkes en tung konstruktion. Der lægges vægt på, at der trods den noget bundne form søges at give bygningen et udtryk, som adskiller den fra traditionelle industribygninger.«

I Århus Kommunes lokalplan nr. 358 af april 1991, der er vedlagt udbudsbetingelserne som bilag E1, er bl.a. fastsat følgende:

»§ 5. Bebyggelsens udseende

Område I a, I b, I c og III

Stk. 1. Bygninger skal opføres af materialer, der sammen danner en harmonisk helhed.

Det dominerende materiale i facaderne skal være tegl, beton eller pladebeklædning. Se fodnote 10.«

I lokalplanens fodnote 10 henvises til lokalplanens retsvirkninger, side 1.7, vedrørende dispensationsmuligheder.

Det er forudsat i tegningsmaterialet i tilbudet fra Davidsen Partnere A/S, at facaden mod syd udgøres af vinduer fra gulv til loft på begge etager, mens der ikke er vinduer i facaden mod nord. Der er endvidere enkelte vinduespartier i facaderne mod vest og øst, ligesom der er glasbeklædninger på facaderne mod vest og øst. I tilbudet er endvidere anført følgende:

»AFSNIT 2 – REDEGØRELSE FOR PROJEKTET

.....

Hovedidé

.....Fra ankomsten og modtagelsen af bygningens indhold, nærmest strækker bygningen sin »håndflade« frem som en hylde, og afslutningen mod nord favner omkring magasinet med alle udgivelserne, som i et fast greb der beskytter værdierne, men som også i facaden skaber indtrykket eller idéen om en reol med mangfoldige bøger – en reol og et glasskrin – formet som en moderne bygning.....

Overflader

Bygningen karakteriseres i facaderne ved anvendelsen af få, gedigne og vedligeholdelsesfrie materialer. De rytmiske og markante facader på kontor- og værkstedsbygningen, samt base og nordfacade på magasinbygningen er beklædt med plane grå cementbaserede plader anbragt i forskudt forbandt. Pladerne er slagfaste, og indtrykket er djærvt og solidt, hvilket er en karakter der generelt gennemsyrrer hele bygningsanlægget. Glasfacaderne er udført i en glas/alukonstruktion med silverfarvede vandrette og lodrette profiler, hvori er monteret termoenergiruder med en neutral nuance. Foran glasfacaden er der arbejdet med en skoddekonstruktion af strækmetalplader i galvaniserede fladstålrammer. Skodderne tænkes ideelt flytbare.

Facaden på magasinbygningen er opbygget omkring en solid indvendig skal af armeret beton. Høje panelglas med forskellige nuancer strækker sig fra basen mod himlen, og giver facaden variation og liv.«

I brev af 17. november 2005 fra Århus Kommune, Magistratens 2. afdeling, til Friis & Moltke A/S er bl.a. anført følgende:

»De har ansøgt om godkendelse af bebyggelsesplan for magasinbygning til Statsbiblioteket og Erhvervsarkivet på Tangen 2. Bygningen er i 2 etager og har et samlet etageareal på 4313 m².

Projektet er vist på tegningmateriale modtage den 12. og 14. oktober 2005.

Ejendommen er omfattet af lokalplan nr. 358 og ligger i lokalplanens område I c.

Vi kan godkende bebyggelsesplanen på betingelse af, at der udføres beplantning omkring parkeringsarealet i form af hæk og træer.

Vi forudsætter, at de bebyggelsesregulerende bestemmelser i lokalplanen overholdes.«

Nærmere ad påstand 3. b

I udbudsbetingelsernes »D. Byggeprogram« af 28. januar 2005 er bl.a. fastsat følgende:

» Diagram over funktionssammenhænge og materialeflow

.....

Generelt

.....

Det er vigtigt, at der i bygningen skabes en funktionel indretning, der i videst mulig omfang sikrer et effektivt flow mellem funktioner og personale. Samtidig skal den overordnede indretning være med til at give et godt socialt arbejdsmiljø.

.....

Specifikt

.....

Rum 2 Pligtaflevering Aviser skal placeres i tæt kontakt med 3 Mikrofilm og 10 Ekspedition/pakning aviser og 11 Pakning.Ugeaviser. Meget gerne med et fælles lokale/areal mellem 2 og 3.«

Det er forudsat i tilbudet fra Davidsen Partnere A/S, at »Pligtaflevering« placeres i stuen, mens »Mikrofilmining/Pakning« placeres på 1. sal.

Nærmere ad påstand 3. c

I udbudsbetingelsernes »D. Byggeprogram« af 28. januar 2005 er bl.a. fastsat følgende:

»6. Funktionsbeskrivelser

.....

6.21. Magasinbygning:

Der etableres min. 1 stk. person/godselevator i varemodtagelse som skal betjene både statsbiblioteket og erhvervsarkivet i forbindelse med adgang til mezzaninetagen.

.....

Såfremt forslaget omfatter kontordel i 2 etager skal der indbygges centralt placeret elevator. ...

Såfremt placeringen af de 2 elevatorer kan tilrettelægges, så der er tilfredsstillende adgang til både 1.salen og magasinerne vil 1 elevator evt. kunne accepteres.«

Det er forudsat i tilbudet fra Davidsen Partnere A/S, at elevatoren placeres ved »Manøvrepads«.

Ad påstand 3. d

I udbudsbetingelsernes »D. Byggeprogram« af 28. januar 2005 er bl.a. fastsat følgende:

»6. Funktionsbeskrivelser

.....

6.36. Parkering og befæstigelse

.....

Der etableres min 25 parkeringspladser plus 2 HC pladser.«

Det er forudsat i tilbudet fra Davidsen Partnere A/S, at der foran bygningen på parkeringspladsen er 25 parkeringspladser og én handicap-parkeringsplads.

Nærmere ad påstand 3. e

I udbudsbetingelsernes »D. Byggeprogram« af 28. januar 2005 er bl.a. fastsat følgende:

- »11. Projektdokumentation
-
- 11.6. Myndighedsbehandling

Totalentreprenøren fører alle forhandlinger og kontakt med myndigheder herunder alle forsyningselskaber.

Totalentreprenøren søger byggetilladelse inkl. byggetilladelse for magasinbygningen og det inventar som installeres i magasinbygningen.

Totalentreprenøren er ansvarlig for al myndighedsbehandling. Aflevering kan ikke finde sted såfremt ibrugtagningstilladelse ikke foreligger.

Bygherren forbeholder sig mulighed for at deltage i totalentreprenørens møder med Århus Kommune byggesagsafdeling og brandmyndigheder.

I forbindelse med planlægning og overordnet disponering, har der været afholdt møde med brandmyndighederne og notat fra dette møde er indsat efterfølgende.

Al korrespondance med myndigheder og forsyningselskaber skal løbende sendes til bygherren.

Bygherren skal godkende eventuelle dispensationsansøgninger i forhold til bygningsreglement.«

I »Notat Brand 01«, der er vedlagt som bilag til udbudsbetingelsernes »D. Byggeprogram« af 28. januar 2005 pkt. 11 »Projektdokumentation«, er bl.a. fastsat følgende:

»På et møde d. 02 december 2004 mellem H.J. Samuelson fra Århus Brandvæsen og Palle Røge blev følgende aftalt vedr. brandsikring af magasinerne.

.....

Der etableres flugtvejsdøre fra de enkelte brandceller. Flugtveje fra en brandcelle må højst gå igennem yderligere en brandcelle, hvorfra der er direkte udgang til det fri.«

Projektchef Palle Røge, indklagedes bygherrerådgiver NIRAS, har bl.a. forklaret, at indklagede efter tilbudsfristens udløb har aftalt med Davidsen Partnere A/S, at der etableres flugtveje til det fri fra magasinbygningen, idet

der graves ned i skrænten bag bygningen og etableres udgange ad den vej. Dette har ikke medført ekstraomkostninger for bygherren.

Nærmere ad påstand 3. f

I udbudsbetingelsernes »D. Byggeprogram« af 28. januar 2005 er bl.a. fastsat følgende:

»2. Konkurrencebetingelser

.....

2.4 Tilbudets indhold og omfang

.....

Projektbeskrivelsen skal som minimum indeholde:

.....

- Beskrivelse af indeklima, herunder i særlig grad indeklimaet i magasinerne. Der skal medleveres beregninger som dokumentation af indeklima.

.....

6. Funktionsbeskrivelser

.....

6.12 Indeklima

Magasinbygning:

Magasinet skal indrettes så indeklimaet lever op til følgende minimumskrav til basisklima for papir:

.....

Der skal udføres Bsim-beregninger suppleret med eventuelt andre anerkendte beregningsmodeller, der dokumenterer at ovennævnte klimaparametre kan overholdes igennem året med den valgte bygning og anlægsbestykning.«

Der er redegjort for indeklimaet i tilbudet fra Davidsen Partnere A/S.

I notat af 25. november 2005 har indklagede oplyst, at indklagede har accepteret, at en egentlig B-SIM beregning fremkommer på et senere tidspunkt.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klagerens tilbud er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, da der ifølge tilbudet etableres indkørsel både fra

Hedeager og Tangen. Afvisningen af klagerens tilbud beror alene på en fejlfortolkning af lokalplanen, og der er intet i det fremlagte materiale, der tyder på, at begrundelsen for afvisningen er, at adgangs- og tilkørselsforholdene efter klagerens tilbud er uhensigtsmæssigt planlagt og disponeret. Lokalplanen er ikke til hinder for, at der etableres indkørsel fra Hedeager, da lokalplanens § 5, stk. 5, alene foreskriver, at den konkrete placering af en indkørsel fra Hedeager skal godkendes af Magistratens 2. afdeling. Grundsalgskontoret i Århus Kommune har den 5. april 2005 tilkendegivet over for indklagede, at Vejkontoret kan give tilladelse til den ene af de to vejadgange fra Hedeager, som er indeholdt i klagerens tilbud. Lokalplanens § 5, stk. 5, svarer i øvrigt til kravet i lokalplanens § 7, stk. 2, om, at bebyggelse skal ske på grundlag af en bebyggelsesplan, som er godkendt af Magistratens 1. og 2. afdeling. Kravet i salgsbetingelserne om, at vejadgang skal ske fra Tangen, beror således på en fejlfortolkning af lokalplanen. Dertil kommer, at der kun er henvist til salgsbetingelserne i byggeprogrammets pkt. 4.1. På den baggrund udelukker byggeprogrammets pkt. 4.5 ikke, at der kan etableres indkørsel fra andre veje end Tangen, herunder Hedeager. Det er endvidere tilstrækkeligt, at indkørslen fra Hedeager opfylder kravet i byggeprogrammet pkt. 4.5 om, at adgangs- og tilkørselsforholdene skal være hensigtsmæssigt planlagt og disponeret, så større køretøjer har let adgang. Indklagede har derfor handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at afvise klagerens tilbud med den begrundelse, at tilbudet indeholder et forbehold for udbudsbetingelsernes krav om, at indkørsel skal etableres fra Tangen, da tilbudet er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede i byggeprogrammets pkt. 4.5 har fastsat, at indkørsel skal etableres fra Tangen, og at adgangs- og tilkørselsforholdene skal være hensigtsmæssigt planlagt og disponeret, så større lastbiler, renovationsvogne mv. har let adgang. Ifølge lokalplanens § 5, stk. 5, må placering af tilslutninger til Hedeager kun ske efter nærmere godkendelse i Magistratens 2. afdeling, og det følger af salgsbetingelserne, der er vedlagt udbudsbetingelserne som bilag E2, at vejadgangen til parcellen skal ske fra Tangen. Kravene til adgangs- og tilkørselsforholdene er præciseret yderligere i et senere rettelsesblad. Indklagede har endvidere gjort gældende, at klagerens tilbud ikke er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, da der ifølge tilbudet etableres indkørsel både fra Hedeager og Tangen. Indkørslerne fra Tangen har således karakter af bagindgange og kan ikke – som bygningen er placeret på grunden –

anvendes som fastsat i udbudsbetingelserne. Indklagedes fastsættelse af tilkørselsforholdene er netop sket efter en vurdering af, hvad der må anses for en hensigtsmæssig placering af byggeriet på grunden, og med respekt af de salgsbetingelser, der gælder for indklagedes køb af grunden. Dertil kommer, at indkørsel fra Hedeager ifølge lokalplanens § 5, stk. 5, kræver dispensation, der ikke forelå ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud. I øvrigt har klageren tilsigtet at opnå en konkurrencefordel ved at forhøre sig hos kommunen om muligheden for at få dispensation til indkørsel fra Hedeager i stedet for at forhøre sig hos indklagede, så alle tilbudsgivere kunne orienteres om mulighederne for indkørsel fra Hedeager. Indklagede har endelig gjort gældende, at forbeholdet vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og at indklagede derfor havde pligt til at afvise klagerens tilbud. Forbeholdet angår således planmæssige krav, der har væsentlig betydning for mulighederne for at placere et byggeri af den pågældende størrelse på grunden, og efter indklagedes vurdering vil der ikke være mulighed for at ændre klagerens tilbud, således at hele bebyggelsen betjenes med indkørsel fra Tangen. De øvrige tilbud, der alle har respekteret kravet om tilkørsel fra Tangen, har foreslået en væsentlig anderledes disponering af bygningen på grunden. Da tilbudet kun kunne bringes i overensstemmelse med udbudsbetingelserne ved at indklagede foretog en egentlig omprojektering af tilbudet, kunne forbeholdet heller ikke prissættes.

Ad påstand 2

Klageren har – hvis Klagenævnet finder, at klagerens tilbud indeholder et forbehold vedrørende indkørsel fra Tangen – gjort gældende, at indklagede i byggeprogrammets pkt. 2.1 har fastsat, at forbehold ikke accepteres bortset fra Standardforbehold for Totalentreprise, dog ikke standardforbeholdets stk. 2 og stk. 4. Som udgangspunkt har indklagede derved fraskrevet sig retten til at acceptere tilbud med forbehold, uanset om forbeholdene vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne eller ej. Da ingen af tilbudene opfyldte alle kravene i udbudsbetingelserne havde indklagede to muligheder: enten at annullere udbudet eller at bortse fra byggeprogrammets pkt. 2.1. Når indklagede valgte at bortse fra byggeprogrammets pkt. 2.1 og tage tilbudene fra de øvrige tilbudsgivere i betragtning, har indklagede givet afkald på retten til at afvise tilbud med forbehold, der ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne og kan prissættes. Da forbeholdet vedrørende

indkørsel fra Tangen ikke angår grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne og kan prissættes, har indklagede haft pligt til at tage klagerens tilbud i betragtning. Forbeholdet vedrører ikke grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, fordi formuleringen »skal« i forbindelse med et krav i udbudsbetingelserne – særligt når der er tale om en totalentreprise – ikke i sig selv medfører, at forbehold over for kravet må betragtes som grundlæggende. Kravet om indkørsel fra Tangen er på ingen måde særligt fremhævet i udbudsbetingelserne. Det taler i samme retning, at kravet som anført ad påstand 1 beror på en fejlfortolkning af lokalplanen. Dertil kommer, at hensynet til de øvrige tilbudsgivere ikke taler for at anse kravet som grundlæggende, da de øvrige professionelle tilbudsgivere har haft samme mulighed som klageren for at fortolke udbudsbetingelserne. Forbeholdet kan endvidere prissættes, fordi klagerens tilbud vil kunne ændres, således at hele bygningen betjenes med tilkørsel fra Tangen, ligesom omkostningerne ved en sådan ændring umiddelbart kan beregnes. Indklagede har derfor handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at afvise klagerens tilbud, da forbeholdet vedrørende indkørsel fra Tangen ikke angår grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne og kan prissættes.

Indklagede har henvist til det anførte ad påstand 1.

Ad påstand 3

Klageren har i første række gjort gældende, at indklagede i byggeprogrammets pkt. 2.1 har fastsat, at forbehold ikke accepteres bortset fra Standardforbehold for Totalentreprise, dog ikke standardforbeholdets stk. 2 og stk. 4. Indklagede har derved fraskrevet sig retten til at acceptere tilbud med andre forbehold end de udtrykkeligt nævnte, uanset om forbeholdene vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne eller ej. Da tilbudet fra Davidsen Partnere A/S, som anført nærmere ad påstand 3 a – f, indeholder forbehold, har indklagede i medfør af det EU-retlige ligebehandlingsprincip været forpligtet til at afvise tilbudet. Klageren har i anden række gjort gældende, at hvert af de forbehold, der er anført nærmere ad påstand 3 a – f, principalt angår grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, subsidiært ikke kan prissættes. Indklagede har derfor i medfør af det EU-retlige ligebehandlingsprincip haft pligt til at afvise tilbudet. Klageren har i tredje række gjort gældende, at de forbehold,

som er anført nærmere ad påstand 3 a – f, tilsammen vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og at indklagede derfor i medfør af det EU-retlige ligebehandlingsprincip har haft pligt til at afvise tilbudet.

Indklagede har gjort gældende, at der er ingen – eller kun bagatelagtige – uoverensstemmelser mellem udbudsbetingelserne og tilbudet fra Davidsen Partnere A/S. De forhold, der er anført nærmere ad påstand 3 a – f, kan efter deres karakter hverken enkeltvist eller tilsammen begrunde, at indklagede har haft pligt til at afvise tilbudet fra Davidsen Partnere A/S.

Nærmere ad påstand 3. a

Klageren har gjort gældende, at indklagede i byggeprogrammets pkt. 6.6 har fastsat, at udvendige facader kan udføres i tegl, beton eller plader, og ifølge lokalplanens § 8, stk. 1, skal det dominerende materiale i facaderne være tegl, beton eller pladebeklædning. Tilbudet fra Davidsen Partnere A/S indeholder et forbehold for udbudsbetingelsernes krav om materiale for udvendige facader, da tilbudet forudsætter, at tre ud af bygningens fire facader udføres i glas. Glas er ikke pladebeklædning, og bygningen er i tilbudet fra Davidsen Partnere A/S beskrevet som et »glasskrin«. Brevet af 17. november 2005 er ikke udtryk for, at Århus Kommune har godkendt, at den udvendige facade er i overensstemmelse med lokalplanen. Kravet til materiale til udvendige facader er grundlæggende, fordi kravet er fastsat i lokalplanen, og planmæssige krav til byggeriet generelt må anses for væsentlige forudsætninger for udbudet. Desuden kan forbeholdet ikke prissættes, da facaden kun kan bringes i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, hvis kommunen meddeler dispensation fra lokalplanen, eller facaden udføres i tegl, beton eller plader.

Indklagede har gjort gældende, at det i byggeprogrammets pkt. 6.6. er fastsat, at udvendige facader kan udføres i tegl, beton eller plader. Ifølge lokalplanens § 8, stk. 1, skal bygninger opføres af materialer, der sammen danner en harmonisk helhed, og det dominerende materiale i facaderne skal være tegl, beton eller pladebeklædning. Tilbudet fra Davidsen Partnere A/S er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, da projektet vil fremstå med materialer af forskellig karakter og i en harmonisk helhed. Glaspanelerne må således betragtes som pladebeklædning, da de indgår i facaderne som beklædning og ikke som vinduer. Der er kun vinduer i den

del af bygningen, hvor der er egentlige arbejdsmæssige funktioner, mens magasinerne, der udgør den største del af bygningen, er uden vinduer. Dertil kommer, at kommunen ved brev af 17. november 2005 har godkendt bebyggelsesplanen uden at stille krav om ændring af glaspladebeklædningen, og kommunen er derfor også af den opfattelse, at facaderne er i overensstemmelse med lokalplanen.

Nærmere ad påstand 3. b

Klageren har gjort gældende, at indklagede i byggeprogrammets »Diagram over funktionssammenhænge og materialeflow« har fastsat, at »2 Pligtaflevering Aviser« skal placeres i tæt kontakt med »3. Mikrofilm«, »10 Ekspedition/pakning« og »11 Pakning. Ugeaviser«. Tilbudet fra Davidsen Partnere A/S indeholder et forbehold vedrørende placeringen af »2 Pligtaflevering Aviser« og »3. Mikrofilm«, da tilbudet forudsætter, at »Pligtaflevering« placeres i stuen, mens »Mikrofilmining/Pakning« placeres på 1. sal. Kravet til placeringen af de to lokaler er grundlæggende, fordi kravet er særligt fremhævet i udbudsbetingelserne i byggeprogrammets »Diagram over funktionssammenhænge og materialeflow« under overskriften »Specifikt«. Dertil kommer, at indklagede og Davidsen Partnere A/S efter tilbudsfristens udløb har aftalt at ændre placeringen af de pågældende lokaler.

Indklagede har gjort gældende, at tilbudet fra Davidsen Partnere A/S er i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes krav til placeringen af »2 Pligtaflevering Aviser« og »3. Mikrofilm«, da de to lokaler efter tilbudet ikke er placeret så langt fra hinanden, at det er i strid med de krav til funktionssammenhænge, som er fastsat i byggeprogrammets »Diagram over funktionssammenhænge og materialeflow«. Der er tale om en totalentreprise, som er udbudt på grundlag af et byggeprogram, og man er således på et tidligt stadie af projekteringen. Det er umuligt at placere alle rum umiddelbart ved siden af hinanden, og der er derfor fastsat en række sammenhænge i byggeprogrammets »Diagram over funktionssammenhænge og materialeflow«, som ønskes tilgodeset. Projektet i tilbudet fra Davidsen Partnere A/S kan tilpasses uden ekstra omkostninger, således at alle funktionssammenhænge falder på plads til en fin og optimal indretning i overensstemmelse med brugernes ønsker og behov.

Nærmere ad påstand 3. c

Klageren har gjort gældende, at indklagede i byggeprogrammets pkt. 6.21 har fastsat, at der etableres min. 1 stk. person/godselevator i varemottagelsen, som skal betjene både statsbiblioteket og erhvervsarkivet i forbindelse med adgang til mezzaninetagen. Tilbudet fra Davidsen Partnere A/S indeholder et forbehold vedrørende placeringen af elevatoren, da tilbudet forudsætter, at elevatoren placeres ved »Manøvrerum«. Muligheden for kun at tilbyde én elevator, selvom kontordelen er i to etager, må forstås, således at elevatoren skal placeres i varemottagelsen. Kravet til placeringen af elevatoren er grundlæggende, fordi kravet er formuleret som et minimumskrav. Dertil kommer, at indklagede og Davidsen Partnere A/S efter tilbudsfristens udløb har aftalt at placere elevatoren i varemottagelsen.

Indklagede har gjort gældende, at det i byggeprogrammets pkt. 6.21 er fastsat, at elevatoren skal placeres centralt, hvis kontordelen er i to etager, og at 1 elevator eventuelt kan accepteres, hvis den placeres med tilfredsstillende adgang til både 1. salen og magasinerne. Tilbudet fra Davidsen Partnere A/S er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, da elevatoren er placeret centralt med en tilfredsstillende adgang til både 1. salen og magasinerne. Elevatoren er således placeret i gangen, der går fra varemottagelsen gennem administrationsbygningen, således at der kun er 6 meter fra varemottagelsen til elevatordøren.

Nærmere ad påstand 3. d

Klageren har gjort gældende, at det i byggeprogrammets pkt. 6.21 er fastsat, at der etableres min. 25 parkeringspladser plus 2 handicapparkeringspladser (HC-pladser). Tilbudet fra Davidsen Partnere A/S indeholder et forbehold vedrørende antallet af HC-pladser, da det forudsætter, at der kun etableres én HC-plads. Kravet om antallet af HC-pladser er grundlæggende, fordi det er formuleret som et minimumskrav. Dertil kommer, at etableringen af yderligere en HC-plads vil betyde en væsentlig forringelse af adgangsforholdene eller alternativt, at bygningen ikke kan placeres som sket.

Indklagede har gjort gældende, at tilbudet fra Davidsen Partnere A/S er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, da der uden problemer kan etableres endnu en parkeringsplads i forlængelse af den eksisterende parkeringsplads, uden at forholdene forringes.

Nærmere ad påstand 3. e

Klageren har gjort gældende, at indklagede i det notat, der er vedlagt som bilag til byggeprogrammets pkt. 11, har fastsat, at der etableres flugtvejsdøre fra de enkelte brandceller, og at flugtveje fra en brandcelle højst må gå igennem yderligere én brandcelle, hvorfra der er direkte udgang til det fri. Tilbudet fra Davidsen Partnere A/S indeholder et forbehold vedrørende flugtveje, da det forudsætter, at der ikke etableres flugtveje til det fri fra de bagerste magasinbygninger, hvorfor flugt skal ske igennem mere end én brandcelle. Kravet til flugtveje er grundlæggende, fordi det er et myndighedskrav, og fordi indklagede har anvendt formuleringen »må højst«. Dertil kommer, at etableringen af yderligere flugtveje vil forudsætte en betydelig og væsentlig ændring af projektet i tilbudet fra Davidsen Partnere A/S.

Indklagede har gjort gældende, at tilbudet fra Davidsen Partnere A/S er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, da kravene i det notat, der er vedlagt som bilag til byggeprogrammets pkt. 11, er generelle. Det er således uden betydning, at tilbudet fra Davidsen Partnere A/S ikke specifikt viser branddøre, da brandmæssig og øvrige myndighedsmæssig sagsbehandling forudsættes udført efter kontraktindgåelse.

Nærmere ad påstand 3. f

Klageren har gjort gældende, at indklagede i byggeprogrammets pkt. 2.5 har fastsat, at der skal medleveres beregninger som dokumentation af indeklima. Tilbudet fra Davidsen Partnere A/S indeholder et forbehold vedrørende dokumentation af indeklima, da det kun indeholder resultatet af nogle beregninger og ikke selve beregningerne af indeklima. Dertil kommer, at de beregninger, der er indeholdt i tilbudet, slet ikke vedrører magasinbygningen. Til støtte herfor har klageren endvidere henvist til Klagenævnets kendelse af 25. oktober 2005, Hoffmann A/S mod Skjern Kommune. Kravet om dokumentation af indeklima er grundlæggende, fordi indklagede har anvendt formuleringen »minimum«.

Indklagede har gjort gældende, at tilbudet fra Davidsen Partnere A/S er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, da det lever op til udbudsbetingelsernes krav om optimal drift. Indklagede finder således, at tilbudet indeholder tiltag, der vil være tilstrækkelige til at opretholde et tilfredsstillende og godt indeklima, at tilbudet opfylder opfylder formkravene, og at tilbudet beskriver en bygning, som på alle væsentlige punkter opfylder udbudsbetingelsernes klimakrav og krav om økonomisk drift. Den dobbelte facadekonstruktion bidrager således til at reducere varmepåvirkningen om sommeren og kuldepåvirkningen om vinteren. Dertil kommer, at en større del af magasindelen er placeret under terræn, hvilket også medfører et stabilt indeklima. Som back-up har Davidsen Partnere A/S endvidere tilbudt et ventilationsanlæg forsynet med køleflade, be- og affugter samt varmefflade.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede som anført ad påstand 1 – 3 har undladt at tage klagerens tilbud i betragtning med den begrundelse, at tilbudet indeholder et forbehold for udbudsbetingelserne, og samtidig har taget tilbudet fra Davidsen Partnere A/S i betragtning, selvom tilbudet indeholder forbehold for udbudsbetingelserne. Dertil kommer, at indklagede har anvendt en strengere målestok ved bedømmelsen af klagerens tilbud end ved bedømmelsen af tilbudet fra Davidsen Partnere A/S. Indklagede har derved handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip til skade for klageren.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har forskelsbehandlet klageren.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Davidsen Partnere A/S er en væsentlig overtrædelse af det EU-retlige ligebehandlingsprincip, da indklagede som anført ad påstand 3 havde pligt til at afvise tilbudet fra Davidsen Partnere A/S. Dertil kommer, at indklagede under udbudet som anført ad påstand 1, 2 og 4 har foretaget flere markante tilsidesættelser af det EU-retlige ligebehandlingsprincip og det EU-retlige gennemsigtighedsprincip. Værdispildshensyn taler ikke imod

annullation, da indklagede den 8. december 2005 endnu ikke er gået i gang med at byggeriet. Klagenævnet har derfor grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Davidsen Partnere A/S.

Indklagede har gjort gældende, at Klagenævnet – hvis det antages, at indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved at beslutte at indgå kontrakt med Davidsen Partnere A/S – ikke har grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt. Indklagede har henvist til sagsforløbet.

Klagenævnet udtaler:

Generelt vedrørende forbehold

Som anført i Klagenævnets kendelse af 26. november 2004, Pihl & Søn mod Direktoratet mod Kriminalforsorgen, har en udbyder, hvis et tilbud afviger fra udbudsbetingelserne – uanset om afvigelsen betegnes som et forbehold eller ej – som følge af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip pligt til ikke at tage tilbudet i betragtning, såfremt forbeholdet angår grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Hvis forbehold i et tilbud ikke angår grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, har udbyderen som udgangspunkt ret, men ikke pligt til ikke at tage tilbudet i betragtning. Udbyderen vil dog, hvis et forbehold er helt bagatelagtigt, kunne være forpligtet til desuagtet at tage tilbudet i betragtning. Udbyderen kan således som udgangspunkt frit vælge, om tilbud, der afviger fra ikke grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, skal tages i betragtning. Der skal ikke gives nogen særlig begrundelse for, at et tilbud på denne baggrund ikke tages i betragtning, ud over at det skal anføres, hvilke dele af tilbudet, der udgjorde forbehold i forhold til udbudsbetingelserne, som begrundede, at tilbudet ikke blev taget i betragtning. Det bemærkes, at det følger af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip, at udbyderen, hvis tilbudet omvendt tages i betragtning, har pligt til sagligt og korrekt at prissætte forbeholdet. Det er herved en forudsætning for, at tilbudet kan tages i betragtning, at forbeholdet kan prissættes.

Udgangspunktet om, at en udbyder har ret, men ikke pligt til at tage tilbud med forbehold vedrørende ikke grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne i betragtning, kan modificeres i udbudsbetingelserne. En udbyder vil således i udbudsbetingelserne kunne forpligte sig til at afvise alle tilbud, der indeholder forbehold, uanset at forbeholdene vedrører ikke grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Omvendt vil en udbyder i udbudsbetingelserne kunne forpligte sig til at tage alle tilbud med forbehold, der ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, i betragtning, såfremt der kan ske en saglig og korrekt prissætning af forbeholdene.

Vurderingen af forbehold under det aktuelle udbud

Indklagede har i byggeprogrammets pkt. 2.1 fastsat følgende: »Forbehold accepteres ikke bortset fra Standardforbehold for Totalentreprise. Dog ikke Standardforbeholdets stk. 2 og 4«.

Indklagede har derved – uanset om det har været tilsigtet eller ej – forpligtet sig til under udbudet at afvise tilbud med forbehold – uanset om forbeholdene vedrører grundlæggende elementer eller ej – medmindre der er tale om Standardforbehold for Totalentreprise bortset fra standardforbeholdets stk. 2 og 4. Det er på denne baggrund, at Klagenævnet skal vurdere indklagedes beslutninger om at afvise klagerens tilbud og tage tilbudet fra Davidsen Partnere A/S i betragtning som følge af de forhold, der er anført i påstand 1 – 3.

Ad påstand 1 – 2

Indklagede har i byggeprogrammets pkt. 4.5 fastsat, at indkørsel skal etableres fra Tangen. Ifølge lokalplanens § 5, stk. 5, må placering af tilslutninger til Hedeager kun ske efter nærmere godkendelse i Magistratens 2. afdeling, og det følger af salgsbetingelserne, der er vedlagt udbudsbetingelserne som bilag E2, at vejadgangen til parcellen skal ske fra Tangen.

Klagerens tilbud forudsætter, at der etableres hovedindkørsel fra Hedeager samt bagindkørsel fra Tangen.

Klagenævnet finder, at indklagede har haft grundlag for at vurdere tilbudet således, at det indeholder et forbehold for udbudsbetingelsernes krav om, at indkørsel skal etableres fra Tangen. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at byggeprogrammets pkt. 4.5 efter en ordlydsfortolkning udelukker, at der kan etableres indkørsel fra andre veje end Tangen.

Lokalplanens § 5, stk. 5, kan ikke føre til et andet resultat.

I overensstemmelse med byggeprogrammets pkt. 2.1 har indklagede derfor været forpligtet til at afvise klagerens tilbud, uanset om forbeholdet vedrørende indkørsel fra Tangen angår grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne eller ej.

Påstand 1 og 2 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3. a

Indklagede har i byggeprogrammets pkt. 6.6. fastsat, at udvendige facader kan udføres i tegl, beton eller plader, jf. lokalplanen. Ifølge lokalplanens § 8, stk. 1, skal bygninger opføres af materialer, der sammen danner en harmonisk helhed, og det dominerende materiale i facaderne skal være tegl, beton eller pladebeklædning.

Tilbudet fra Davidsen Partnere A/S forudsætter, at den væsentligste del af facaden mod syd udgøres af vinduer, at facaderne mod vest og øst indeholder enkelte vinduespartier og i øvrigt er udført i beton, som er beklædt med cementbaserede plader og glaspaneler, og at facaden mod nord er beton, som kun er beklædt med cementbaserede plader.

Klagenævnet finder, at indklagede har haft grundlag for at vurdere tilbudet fra Davidsen Partnere A/S således, at tilbudet er i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes krav om materialet på de udvendige facader. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at glaspanelerne på facaderne mod vest og øst indgår i bygningen som pladebeklædning på en betonskal. Klagenævnet har endvidere lagt vægt på, at såvel byggeprogrammets pkt. 6.6. og lokalplanens § 8, stk. 1, forudsætter, at der kan være vinduer i facaden, ligesom vinduesglas efter en samlet vurdering af hele bygningen ikke kan anses for det dominerende materiale i facaderne.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3. b

Indklagede har i byggeprogrammets »Diagram over funktionssammenhænge og materialeflow« under overskriften »Specifikt« fastsat, at »2 Pligtaflevering Aviser« skal placeres i tæt kontakt med »3. Mikrofilm« og »10 Ekspedition/pakning« og »11 Pakning. Ugeaviser«.

Tilbudet fra Davidsen Partnere A/S forudsætter, at »Pligtaflevering« placeres i stuen, mens »Mikrofilmining/Pakning« placeres på 1. sal.

Klagenævnet finder, at indklagede har haft grundlag for at vurdere tilbudet fra Davidsen Partnere A/S, således at tilbudet er i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes krav om placeringen af »2 Pligtaflevering Aviser« og »3. Mikrofilm«. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at kravene i byggeprogrammets »Diagram over funktionssammenhænge og materialeflow« efter deres karakter overlader indklagede et betydeligt skøn, da de skal sikre en funktionel indretning. Klagenævnet har endvidere lagt vægt på, at de to lokaler ligger i samme ende af bygningen og i nærheden af trappen mellem de to etager.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3. c

Indklagede har i byggeprogrammets pkt. 6.21 fastsat, at der etableres min. 1 stk. person/godselevator i varemottagelse, som skal betjene både statsbiblioteket og erhvervsarkivet i forbindelse med adgang til mezzaninetagen. Indklagede har endvidere fastsat i byggeprogrammets pkt. 6.21, at der skal indbygges centralt placeret elevator, hvis kontordelen er i to etager, og at 1 elevator eventuelt kan accepteres, hvis den placeres med tilfredsstillende adgang til både 1. salen og magasinerne.

Tilbudet fra Davidsen Partnere A/S forudsætter, at elevatoren placeres i »Manøvrum«.

Klagenævnet finder, at indklagede har haft grundlag for at vurdere tilbudet fra Davidsen Partnere A/S således, at tilbudet er i overensstemmelse med

udbudsbetingelsernes krav om placeringen elevatoren. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at det efter byggeprogrammets pkt. 6.21 er uklart, om indklagede, hvis kontordelen er i to etager, vil acceptere en elevator, som ikke er placeret i varemottagelsen. Denne uklarhed i udbudsbetingelserne betyder, at indklagede i medfør af det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip er afskåret fra at afvise tilbudet fra Davidsen Partnere A/S alene med den begrundelse, at elevatoren ikke er placeret i varemottagelsen.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3. d

Indklagede har fastsat i byggeprogrammets pkt. 6.21, at der etableres min. 25 parkeringspladser plus 2 HC-pladser.

Tilbudet fra Davidsen Partnere A/S forudsætter, at der kun etableres én HC-plads.

Klagenævnet finder, at indklagede ikke har haft grundlag for at vurdere tilbudet fra Davidsen Partnere A/S således, at tilbudet er i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes krav om antallet af HC-pladser.

Klagenævnet finder heller ikke, at indklagede har godtgjort, at kravet til antallet af HC-pladser kan betragtes som helt bagatelagtigt.

I overensstemmelse med byggeprogrammets pkt. 2.1. har indklagede derfor været forpligtet til at afvise tilbudet fra Davidsen Partnere A/S, uanset om forbeholdet vedrørende antallet af HC-pladser vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne eller ej.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 3. e

Indklagede har fastsat i det notat, der er vedlagt som bilag til byggeprogrammets pkt. 11, at der etableres flugtvejsdøre fra de enkelte brandceller, og at flugtveje fra en brandcelle højst må gå igennem yderligere én brandcelle, hvorfra der er direkte udgang til det fri.

Tilbudet fra Davidsen Partnere A/S hverken viser eller beskriver flugtveje til det fri fra magasinbygningen, hvorfor flugt skal ske igennem mere end én brandcelle.

Klagenævnet finder ikke, at indklagede har haft grundlag for at vurdere tilbudet fra Davidsen Partnere A/S således, at tilbudet er i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes krav om flugtveje. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at de krav til brandsikringen af magasinbygningen, som er fastsat i det notat, der er vedlagt som bilag til byggeprogrammets pkt. 11, er konkretiserede og har en sådan karakter, at de skal opfyldes af de projekter, der er indeholdt i tilbudsgivernes tilbud.

I overensstemmelse med byggeprogrammets pkt. 2.1. har indklagede derfor været forpligtet til at afvise tilbudet fra Davidsen Partnere A/S, uanset om forbeholdet vedrørende flugtveje vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne eller ej.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 3. f

Indklagede har i byggeprogrammets pkt. 2.4 fastsat, at projektbeskrivelsen som minimum skal indeholde en beskrivelse af indeklima, herunder i særlig grad af indeklimaet i magasinerne, og at der skal medleveres beregninger som dokumentation af indeklima. Indklagede har endvidere i byggeprogrammets pkt. 6.12 fastsat, at der skal udføres Bsim-beregninger suppleret med eventuel andre anerkendte beregningsmodeller, der dokumenterer, at de fastsatte klimaparametre kan overholdes igennem året med den valgte bygning og anlægsbestykning.

Tilbudet fra Davidsen Partnere A/S indeholder ikke Bsim-beregninger af indeklimaet.

Klagenævnet finder, at indklagede ikke har haft grundlag for at vurdere tilbudet fra Davidsen Partnere A/S, således at tilbudet er i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes krav om dokumentation af indeklima.

I overensstemmelse med byggeprogrammets pkt. 2.1. har indklagede derfor været forpligtet til at afvise tilbudet fra Davidsen Partnere A/S, uanset om forbeholdet vedrørende dokumentation af indeklimaet vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne eller ej.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 4

En udbyder har til enhver tid ret til at se bort fra et tilbud, der indeholder ikke-bagatelagtige forbehold, men kan som anført ved ikke-grundlæggende forbehold have mulighed for i stedet at vælge at prissætte forbeholdet. Under det udbud, som denne sag handler om, har indklagede imidlertid i byggeprogrammets pkt. 2.1. fraskrevet sig denne mulighed. Indklagede har således som anført ad påstand 1 – 2 været forpligtet til at se bort fra klagerens tilbud. Indklagede var tillige på baggrund af det, der er anført ad påstand 3. d – f, forpligtet til at se bort fra tilbudet fra Davidsen Partnere A/S. Denne forpligtelse blev som fastslået ikke overholdt. Heri ligger imidlertid ikke en selvstændig overtrædelse af det EU-retlige ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip i forhold til klageren.

Påstanden tages ikke til følge .

Ad påstand 5

De overtrædelser af det EU-retlige ligebehandlingsprincip, som er fastslået ad påstand 3. d – f, giver grundlag for annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Davidsen Partnere A/S. Påstanden tages derfor til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at tage tilbudet fra Davidsen Partnere A/S i betragtning, uanset at tilbudet indeholder forbehold for udbudsbetingelsernes bestemmelser om:

- d. Antallet af »HC pladser«, jf. byggeprogrammets pkt. 6.36 (bilag D6)
- e. Flugtveje, jf. byggeprogrammets pkt. 11, notat Brand 01(underbilag til bilag D11)
- f. Dokumentation af indeklima, jf. byggeprogrammets pkt. 2.4 (bilag D2)

Indklagedes beslutning af 16. september 2005 om at indgå kontrakt med Davidsen Partnere A/S annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1 – 2, påstand 3. a – c og påstand 4.

Indklagede, Statsbiblioteket i Århus, skal i sagsomkostninger til klageren, Sjælsø Entreprise A/S, betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig