

K E N D E L S E

Dorte Mandrup A/S  
(cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen og advokat Maria Matzen, København)

mod

Aarhus Kommune  
(advokat Tina Braad og advokat Mette Høgh, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 211-555956 af 27. oktober 2021 udbød Aarhus Kommune en projektkonkurrence vedrørende et nyt stadion i Aarhus.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 30. november 2021 havde 42 ansøgere anmodet om prækvalifikation.

Den 21. december 2021 besluttede Aarhus Kommune at prækvalificere 6 virksomheder/konsortier, herunder Dorte Mandrup A/S (herefter "Dorte Mandrup").

Den 30. marts 2022, kl. 12.00, udløb fristen for at aflevere konkurrenceforslag. Ved fristens udløb havde Dorte Mandrup uploadet sit konkurrenceforslag bortset fra dokumenterne B) En af to A3 size folders og F) 3D model (ifc).

Ved e-mail af 31. marts 2022 til Dorte Mandrup meddelte Aarhus Kommune, at kommunen afviste konkurrenceforslaget som følge af, at det fulde konkurrencemateriale ikke var uploadet ved fristens udløb. Aarhus Kommune oplyste samtidig, at kommunen på trods af afvisningen var indstillet på at lade konkurrenceforslaget indgå på lige fod med de øvrige konkurrenceforslag under forudsætning af, at Dorte Mandrup straks indbragte afvisningen for klagenævnet. Aarhus Kommune oplyste endvidere, at parterne derved kunne opnå klagenævnets stillingtagen til, om der bestod en egentlig pligt for Aarhus Kommune til at afvise konkurrenceforslaget.

Den 1. april 2022 indgav Dorte Mandrup klage til Klagenævnet for Udbud over Aarhus Kommune. Klagen har været behandlet skriftligt.

Dorte Mandrup A/S har nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at afvise konkurrenceforslaget fra Dorte Mandrup A/S, uagtet at konkurrenceforslaget blev indleveret inden fristens udløb, og Aarhus Kommune derved ikke var forpligtet til at afvise konkurrenceforslaget.

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

#### Sagens nærmere omstændigheder

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 7, at konkurrenceforslagene skulle afleveres i en digital version senest den 30. marts 2022, kl. 12.00, og i en fysisk version senest den 1. april 2022, kl. 12.00.

Konkurrenceforslagene skulle ifølge udbudsbetingelsernes pkt. 12.1 bestå af:

- A) seks A0 size boards
- B) A3 size folders
- C) Cost estimate
- D) Fee proposals
- E) Area Schedule
- F) Digital 3D model (ifc-fil)

Både A) og B) skulle afleveres ”in a print-ready version and a version in presentation mode”. Parterne er enige om, at der ikke er nogen indholdsmæssig forskel på en ”print-ready” version og en ”presentation mode” version.

Dorte Mandrup har vedrørende F) oplyst følgende:

”IFC-filen er en digital 3D model af bygningen. IFC er et filformat udviklet til udveksling af informationer mellem byggebranchens parter på tværs af softwareplatforme. En IFC-fil er en objektbaseret datamodel, hvis formål er at imødekomme bygge- og anlægsbranchens behov for at dele viden og informationer.

Filen følger af IKT-bekendtgørelsen, og er oplyst uden betydning for bedømmelse af selve konkurrenceforslaget. Det er oplyst, at filen er usædvanlig at fremsende i forbindelse med en udbudsforretning, da denne udelukkende bruges til tjek af arealer.

Eksempelvis kan denne fil bruges af rådgiverne til at udføre fagspecifikke beregninger/simuleringer direkte på IFC-filer eller importere/linke IFC-filerne ind i deres fagmodel og på denne måde kontrollere, at deres løsninger stemmer overens med resten af projektteamets.”

Aarhus Kommune har vedrørende F) oplyst følgende:

”For så vidt angår 3D-modellen i ifc-format er det, som også oplyst af klager, korrekt, at 3D modellen af bygningen i ifc-filformatet er en objektbaseret datamodel, der kan bruges til udveksling af informationer på tværs af forskellige softwareplatforme.

Det er et krav, at der afleveres 3D-bygningsmodeller i ifc-format i projektkonkurrencer, jf. § 6 i bekendtgørelse nr. 118 af 6. februar 2013 om anvendelse af informations- og kommunikationsteknologi i offentligt byggeri (IKT-bekendtgørelsen), hvilket også er baggrunden for, at kravet er stillet i projektkonkurrencen vedrørende Nyt stadium i Aarhus.

Som det fremgår af IKT-bekendtgørelsens § 6, er det således et krav, at de visualiseringer, som indgår i konkurrenceforslaget, er udført på baggrund af den 3D bygningsmodel, der er indeholdt i ifc-filen. Oplysningerne i ifc-filen er således grundlaget for og understøtter de visualiseringer, der er indeholdt i konkurrenceforslaget, ligesom ifc-filen kan bruges til kontrol af oplysningerne i konkurrencedeltagernes arealskemaer.

Ifc-filen indgår ikke i det materiale, som bedømmelsesudvalget får til rådighed, og indgår dermed heller ikke direkte i vurderingen af konkurrenceforslagene. Ifc-filen anvendes dog af indklagedes tekniske rådgiver til

kontrol af, at visualiseringerne i konkurrenceforslaget fremstår korrekte. Ifc filen indgår dermed indirekte i den samlede helhedsvurdering af konkurrenceforslagene, jf. også spørgsmål/svar 69 (...)"

Af spørgsmål/svar nr. 69 fremgår:

“Spørgsmål (...)

What is expected for the delivered 3D-model in ifc-format? Is the model supposed to be used for the jury to extract information about material amounts, amounts of each specific element in the construction and so on or is the model to be seen merely as a diagrammatic massing model showing the overall volume of each area?

Svar (...)

The digital model must meet the requires described in “NSA\_C02\_M23\_LX\_N001\_Terms and Conditions” section 7 page 15.

The model will be included in the assessment of the design proposal, based on an overall consideration.

The digital model is recognized as a design tool, and not as a presentation model.”

Dorte Mandrup har supplerende vedrørende F) oplyst følgende:

”IFC-filen er en objektbaseret datamodel af det konkurrenceforslag, som Indklagede allerede har modtaget. IFC-filen udarbejdes som led i det samlede konkurrenceforslag.

Det tegningsmateriale, som er indeholdt i konkurrenceforslaget, er svarende til datamodellen, der fremgår af IFC-filen.

IFC-filen udgør den digitale databaserede dokumentation for tegningerne i konkurrenceforslaget.

Netop som Indklagede også har oplyst, har filen på nuværende tidspunkt til formål at give Indklagedes tekniske rådgivere mulighed for at kontrollere oplysningerne i konkurrencedeltagernes arealskemaer. Filen er derfor udelukkende bagvedliggende dokumentation for at kunne kontrollere oplysningerne i konkurrenceforslaget.

Først i forbindelse med selve projekteringen vil IFC-filen få en anden anvendelse.

Der er ikke flere informationer i IFC-filen, som ikke allerede fremgår af det indleverede materiale.

Ydermere er det vigtigt at understrege, at IFC-filen samler konkurrenceforslagets data på facader, tage, overflader mv., en sammensætning af data der sker i forbindelse med tilblivelsen af konkurrenceforslaget. En proces, der ikke kan ske inden for kort tid. IFC-filen blev delt straks efter fristens udløb, da Indklagede indså udfordringen med afleveringen. Filen var altså beviseligt klar ved fristens udløb, da denne ikke vil kunne skabes på så kort tid, hvilket også understøttes af klokkeslættet på IFC-filens oprindelse.

Afslutningsvist bemærkes, at filen ikke indgår i selve bedømmelsen. Dette bekræftes af Indklagede i sagens bilag A, hvor Indklagede oplyser, at materialet uploadet på Byggeweb er svarende til det materiale, der fremsendes til bedømmelsesudvalget fra de øvrige konkurrencedeltagere. Konkurrenceforslaget fra Klager indgår dermed med fuldt materiale ligesom de øvrige konkurrencedeltagere.”

I udbudsbetingelsernes pkt. 12.2 er de nærmere krav til indholdet af litra A) - F) beskrevet, herunder krav til hvilke oplysninger de enkelte dele af konkurrenceforslaget skal indeholde. Herefter er i pkt. 12.2 anført:

“If the design proposal does not include any of the above-mentioned information, the Client is entitled to reject the design proposal, but reserves the right to repair the design proposal where this is compliant with applicable law.

The Client is under an obligation to reject the design proposal if obtaining the missing information afterwards is non-compliant, or if the design proposal cannot be lawfully evaluated without the missing information.”

Den digitale version af konkurrenceforslaget skulle afleveres via en online portal, Byggeweb. Af udbudsbetingelsernes pkt. 7 fremgår herom:

“The Contestant is requested to acquaint itself with the tendering online portal and the practice of uploading the design proposal files in good time before the deadline for submission. Relevant files must be submitted in a print-ready version and a version in presentation mode. ...”

Portalen på Byggeweb var opbygget i en mappestruktur med på forhånd oprettede mapper A) – F) svarende til de dokumenter, som konkurrenceforslaget skulle bestå af, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 12. Ved opsætningen af

mappestrukturen er det stillet som et afleveringskrav, at konkurrencedeltageren uploader dokumenterne i hver enkelt mappe, for at afleveringen kan afsluttes. Manglende upload af materiale til en af de seks mapper medfører således, at afleveringen af konkurrenceforslaget ikke kan afsluttes, og at der ikke bliver udstedt en afleveringskvittering.

Parterne er enige om, at ved udløbet af fristen for aflevering den 30. marts 2022, kl. 12.00, havde Dorte Mandrup uploadet sit konkurrenceforslag til Byggeweb bortset fra den ene version af B) A3 size folders og F) Digital 3D model (ifc-fil).

Den manglende upload af dokumenterne betød, at den digitale aflevering af konkurrenceforslaget ikke kunne afsluttes, og at de uploadede dokumenter ikke kunne frigives til Aarhus Kommune.

Der er for klagenævnet fremlagt en log, hvorefter fremgår, at den første fil blev uploadet den 30. marts 2022, kl. 11.39. Dorte Mandrup har oplyst, at arkitektfirmaet den 30. marts 2022, kl. 11.53, kontaktede Byggeweb, fordi upload-processen ikke skete med samme tempo, som de sædvanligvis arbejdede med. Byggeweb henviste til konkurrencens administrator, Rambøll. Dorte Mandrup fik telefonisk kontrakt til administrator, som bad Dorte Mandrup sende konkurrenceforslaget til Aarhus Kommunes juridiske rådgiver, Bech-Bruun. Kl. 12.37 sendte Dorte Mandrup det fulde konkurrenceforslag til Bech-Bruun via et Wetransfer-link.

Dorte Mandrup rettede endvidere den 30. marts 2022, kl. 22.58, henvendelse til Byggeweb med spørgsmål til, om der havde været problemer med upload i den relevante periode. Byggeweb besvarede henvendelsen således:

”Jeg kan bekræfte, at upload af 1,6 GB data normalvis kan uploades på kort tid, også mindre end 10 minutter.

I det nævnte tidsrum kan vi dokumentere normal drift, hvor andre bydende fint har kunne uploade materiale.

Jeg kan bekræfte, at du har været i dialog med RIB Support i tidsrummet, og at I oplevede udfordringer ifm. upload af materialet, men da det hverken skyldes nedetid hos os eller forsinket upload, så er det sandsynligt at det skyldes routing på internettet, eller andet mellem os og jer.”

Dorte Mandrup har oplyst, at de har undersøgt deres eget it-system, og at det var fuldt funktionsdygtigt i perioden.

### Parternes anbringender

Dorte Mandrup har gjort gældende, at de opsatte afleveringskrav i form af mapper var hindringen for frigivelse af de uploadede dokumenter. Det er selvmodsigende, at Aarhus Kommune forbeholder sig ret til at reparere på konkurrenceforslaget, såfremt konkurrenceforslaget mangler nogle af de ovenfor oplyste informationer, og samtidig opstiller et afleveringskrav i form af mapperne, der forhindrer aflevering af konkurrenceforslag med manglende informationer. Afleveringskravene er ikke forenelige med udbudsbetingelserne, idet afleveringskravene umuliggør Aarhus Kommunes adgang til at foretage den i udbudsbetingelsernes afsnit 12 beskrevne vurdering af Dorte Mandrups konkurrenceforslag. En fastholdelse af Aarhus Kommunes beslutning om at være forpligtet til at afvise Dorte Mandrups konkurrenceforslag er i strid med gennemsigtighedsprincippet.

Det fremgår ikke af udbudsbetingelserne, at manglende dokumenter vil medføre en afvisning af konkurrenceforslaget. Af udbudsbetingelsernes afsnit 12 følger derimod, at Aarhus Kommune forbeholder sig ret til at reparere på et konkurrenceforslag, såfremt dette kan foretages inden for udbudsrettens rammer. Desuden fremgår det af udbudsbetingelserne, at kun hvis der ikke kan foretages en lovlig bedømmelse uden de manglende informationer, foreligger der en forpligtigelse til at afvise konkurrenceforslaget. Dorte Mandrups konkurrenceforslag manglede udelukkende den ene af de to materielt identiske A3-mapper og ifc-filen. Alt materialet fra A3-mappen var allerede uploadet. Aarhus Kommune har således dette materiale til at kunne foretage den fulde bedømmelse. Det påvirker ikke den konkurrencemæssige situation mellem deltagerne, om materialet i mappen med A3 læses i 'print-ready' eller 'presentation mode'. Ydermere vurderes de manglende dokumenter ikke at have afgørende betydning for forståelsen af Dorte Mandrups konkurrenceforslag. De manglende dokumenter er afleveret og overbragt til Aarhus Kommunes advokat efter instruks givet inden fristens udløb fra udbuddets administrator. IFC-filen er udelukkende et dokument, som skal benyttes i forbindelse med projekteringsfasen, og således ikke anvendelig for selve bedømmelse. Dokumentet påvirker ikke Aarhus Kommunes forpligtigelse til at afvise konkurrenceforslaget med henvisning til formuleringen i udbudsbetingelserne. Indholdet af det afleverede konkurrenceforslag dækker fuldt ud det grundlag,

som bedømmelseskomiteen skal anvende i forbindelse med deres bedømmelse.

Af udbudsbetingelserne fremgår ikke en forpligtigelse til at afvise konkurrenceforslaget i den pågældende situation, og en afvisning af konkurrenceforslaget vil være en krænkelse af gennemsigtighedsprincippet.

Aarhus Kommunes forpligtigelse til at afvise Dorte Mandrups konkurrenceforslag skal vurderes i henhold til udbudslovens § 159, stk. 5. Hensynet bag udbudslovens § 159, stk. 5, er, at en tilbudsgiver ikke må opnå en fordel i viden eller tid ved at få mulighed for at indsende oplysninger eller dokumentation efter fristens udløb, ligesom tilbudsgiveren ikke må få adgang til at fremsende et nyt tilbud. Dertil følger det af lovbemærkningerne til udbudslovens § 159, stk. 5, at ordregiveren skal behandle tilbudsgivere ens og rimeligt.

Anvendelse af udbudslovens § 159, stk. 5, vil ikke være udelukket, da Aarhus Kommune alene har anført, at dokumentet skal afleveres, men uden at det fremgår, at en overtrædelse vil medføre afvisning. To forhold er afgørende: i) den manglende A3-mappe var de facto tilgængelig, og ii) der er ikke informationer i ifc-filen, som ikke allerede fremgår af det indleverede konkurrenceforslag.

Den eneste forskel på de to A3-mapper er, at den ene er dobbeltsidet for at se de fulde sammenhængende sider, og den anden er ensidet pdf, som kan anvendes nemmere til print. Det kan således udelukkes, at Dorte Mandrup får en fordel i viden eller tid, ligesom Dorte Mandrup på ingen måde herved vil have adgang til at fremsende et nyt tilbud. På det foreliggende grundlag forekommer det urimeligt, hvis Aarhus Kommune er forpligtet til at se bort fra konkurrenceforslaget med henvisning til, at de tilgængelige oplysninger er i et andet filformat. Da Aarhus Kommune allerede de facto har oplysningerne fra den konkrete mappe, foreligger der intet grundlag for, at Aarhus Kommune skulle have en forpligtigelse til at afvise konkurrenceforslaget.

Der er ikke informationer i IFC-filen, som ikke allerede fremgår af det indleverede konkurrenceforslag. Tegningsmateriale og oplysninger fra IFC-filen er gengivet i det materiale, som er tilgængeligt for Aarhus Kommune. Filen er udelukkende relevant for Aarhus Kommune i relation til at kunne



kontrollere det allerede fremsendte tegningsmateriale i en digital model. Eftersom tegninger fra filen fremgår af konkurrenceforslaget, måtte filen unægteligt eksistere i dens nuværende form ved fristens udløb. Filen kan ikke udgøre et nyt tilbud, når denne er en direkte datamodel af det materiale, som Aarhus Kommune allerede har. Dorte Mandrup vil derfor ikke få en konkurrencefordel ved at fremsende filen efter fristens udløb. Da det objektivt kan konstateres, at filen forelå på tidspunktet for fristens udløb, vil Aarhus Kommune ikke være forpligtet til at afvise konkurrenceforslaget.

Aarhus Kommune har indledningsvis ikke bestridt, at det er de opstillede afleveringskrav i Byggeweb, der er årsagen til, at det af Dorte Mandrup faktisk uploadede materiale ikke blev frigivet til Aarhus Kommune ved fristens udløb. Aarhus Kommune har dog heroverfor gjort gældende, at afvisningen af Dorte Mandrups konkurrenceforslag ikke er sket under henvisning til, at Dorte Mandrup slet ikke har leveret et konkurrenceforslag, men derimod under henvisning til, at det uploadede konkurrenceforslag ikke omfatter det fulde efterspurgte materiale, og til, at Aarhus Kommune har vurderet, at det er tvivlsomt, om kommunen lovligt kan indhente det manglende konkurrencemateriale efterfølgende.

Reparation af et konkurrenceforslag kan i sagens natur alene foretages inden for lovens rammer. Adgangen til at berigtige et fejlbehæftet tilbud i henhold til udbudslovens § 159, stk. 5, er efter domstols- og klagenævnspraksis ganske snæver, og en indhentelse af supplerende informationer eller dokumenter må således ikke føre til, at en tilbudsgiver reelt får mulighed for at indlevere et andet tilbud. Da vurderingen af, om der består en ret for ordregiver til at indhente supplerende informationer fra en tilbudsgiver, beror på en konkret vurdering med en deraf følgende usikkerhed, og da praksis på området er relativt streng, har Aarhus Kommune vurderet, at det er yderst tvivlsomt, om kommunen kunne indhente den manglende information fra Dorte Mandrup efter fristens udløb.

Selv om indholdet af den manglende A3-mappe således de facto var tilgængeligt, og selv om ifc-filen ikke udleveres til bedømmelsesudvalget og dermed ikke indgår direkte i vurderingen af konkurrenceforslagene, er der tale om specifikt krævede dokumenter, som de øvrige konkurrencedeltagere har afleveret inden for fristen. Hertil kommer, at der for så vidt angår ifc-filen er tale om et afleveringskrav, der følger direkte af IKT-bekendtgørelsen, og som Aarhus Kommune således ikke lovligt kunne fravige. Endelig anvendes ifc-

filen til en granskning af projektforslagene også i konkurrencefasen, og dermed er der ikke tale om et materiale, der er helt irrelevant i den nuværende konkurrencefase.

Det er Aarhus Kommunes samlede vurdering, at kommunen ikke alene var berettiget, men formentlig også forpligtet til at afvise konkurrenceforslaget fra Dorte Mandrup.

#### Retsgrundlaget:

Ifølge udbudslovens § 159, stk. 2, kan en ordregiver alene tildele kontrakten, hvis ordregiveren har verificeret, at tilbuddet opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale.

Inden ordregiveren endeligt verificerer, om tilbuddet opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og det øvrige udbudsmateriale, kan ordregiveren i henhold til § 159, stk. 5, under overholdelse af principperne i § 2 anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, som ansøgere eller tilbudsgivere har indsendt i forbindelse med en ansøgning eller tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter. Anmodningen må dog ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud.

Ifølge § 159, stk. 6, skal ordregiveren dog uanset stk. 5 afvise en ansøgning eller et tilbud, såfremt det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at ansøgningen eller tilbuddet afvises, og den pågældende ansøgning eller det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel.

Udbudslovens § 159, stk. 5 og 6, er ifølge forarbejderne til bestemmelserne, jf. de specielle bemærkninger i lovforslag nr. 19. af 7. oktober 2015, en kodificering af EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S. I dommen udtalte EU-Domstolen i præmis 39 og 40:

”39. Den ordregivende myndighed kan således anmode om, at de oplysninger, der fremgår af en sådan ansøgning, i enkelttilfælde berigtiges eller

suppleres, for så vidt som en sådan anmodning vedrører forhold eller oplysninger, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres forelå forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud.

40. Det skal imidlertid præciseres, at dette ikke ville være tilfældet, hvis udbudsmaterialet krævede fremsendelse af det manglende dokument eller den manglende oplysning, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet. Det påhviler således den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat (jf. i denne retning dom af 29.4.2004, sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, Sml. I, s. 3801, præmis 115).”

Af forarbejderne til udbudslovens § 159, stk. 5, jf. de specielle bemærkninger til bestemmelsen i lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015, fremgår bl.a.:

”... Hvis en ansøgning eller et tilbud, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, kan ordregiveren i henhold til denne bestemmelse anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende de relevante oplysninger og/eller den relevante dokumentation inden for en passende frist. Dog kan sådan en anmodning alene fremsættes ved overholdelse af principperne i § 2, herunder i særdeleshed ligebehandlingsprincippet. Dette betyder eksempelvis, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke må opnå en fordel i viden eller tid ved at få mulighed for at indsende relevante oplysninger og dokumentation efter ansøgning- eller tilbudsfristens udløb.

... Endvidere må anmodningen ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Endelig skal ordregiveren behandle ansøgere og tilbudsgivere ens og rimeligt.

Ordregiveren kan fremsætte en anmodning om relevante oplysninger og dokumentation, selvom ansøgningen eller tilbuddet helt mangler de efterspurgte oplysninger eller dokumentation. Hermed er ordregiveren ikke begrænset til alene at kræve oplysninger, der supplerer eller præciserer allerede indsendte oplysninger og dokumentation, men kan også anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at indsende relevante oplysninger og dokumentation, der fuldstændiggør ansøgningen eller tilbuddet, selvom disse oplysninger og dokumentation ikke fremgik af ansøgningen og tilbuddet. Eksempelvis kan ordregiveren anmode om at få fremsendt en manglende årsrapport.

Det vil være en konkret vurdering, om nye oplysninger medfører, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har fremsat en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Det vil eksempelvis ikke betragtes som en fremsættelse af et nyt

tilbud, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren efter anmodning, indsender relevante oplysninger, hvis det objektivt kan konstateres, at de relevante oplysninger forelå på tidspunktet for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb. Det er ikke et krav, at selve dokumentet forelå på tidspunktet forud for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb, men det skal objektivt konstateres og dokumenteres, at oplysningerne forelå, og at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke har opnået nogen konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne til ordregiveren efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.

Det vil være fremsættelse af et nyt tilbud, hvis ordregiveren anmoder en ansøger eller tilbudsgiver om at sende nye oplysninger, der kan give ansøgeren eller tilbudsgiveren en konkurrencemæssig fordel.

... Endvidere vil det være muligt for ordregiveren at anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at udbedre formelle fejl, såsom for få indsendte eksemplarer eller indsendelse i et forkert format.”

Af forarbejderne til § 159, stk. 6, jf. de specielle bemærkninger til bestemmelsen i lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015, fremgår bl.a.:

”... Ordregiveren kan ikke anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at indsende relevante oplysninger og dokumentation, hvis ordregiveren udtrykkeligt i udbudsmaterialet har krævet fremsendelse af den manglende oplysning eller det manglende dokument og angivet, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ellers vil blive afvist. Det påhviler således ordregiveren at overholde de regler, som denne selv har fastsat.

Brugen af stk. 5 vil ikke være udelukket, hvis ordregiveren alene har anført, at en oplysning eller et dokument skal afleveres, men uden at det fremgår, at overtrædelse vil medføre afvisning.

Hvis ordregiver har fastsat kravet om indsendelse af specifik dokumentation som et mindstekrav, kan stk. 5 ikke benyttes til at indhente den manglende dokumentation eller supplere eller fuldstændiggøre den indsendte dokumentation, hvis det fremgår af udbudsmaterialet eller i øvrigt kan udledes af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav vil medføre afvisning.”

#### Klagenævnet udtaler:

Ved udløbet af fristen for at aflevere konkurrenceforslag havde Dorte Mandrup uploadet sit konkurrenceforslag til Byggeweb, bortset fra dokumenterne B) en af de to A3 size folders og F) 3D model (ifc).

De to A3 size folders skulle afleveres i en ”print-ready” version og en ”presentation mode” version. Efter det oplyste kan det lægges til grund, at der ikke er nogen indholdsmæssig forskel på de to folders. Den manglende aflevering af den ene version må derfor svare til det nævnte tilfælde i forarbejderne til udbudslovens § 159, stk. 5, hvorefter det vil være muligt for ordregiveren at anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at udbedre formelle fejl, såsom indsendelse i et forkert format.

Klagenævnet finder på den baggrund, at Aarhus Kommune i overensstemmelse med udbudslovens § 159, stk. 5, efter udløbet af afleveringsfristen kunne have anmodet Dorte Mandrup om at indsende den manglende A3 size folder, uden at dette ville have været i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Konkurrenceforslaget skulle endvidere indeholde en 3D Model (ifc). Efter det oplyste kan det lægges til grund, at datamodellen i ifc-filen svarer til det øvrige tegningsmateriale, som er indeholdt i konkurrenceforslaget, og at ifc-filen ikke indgår i det materiale, som bedømmelsesudvalget får til rådighed, og dermed heller ikke indgår direkte i vurderingen af konkurrenceforslagene.

Det kan endvidere lægges til grund, at Dorte Mandrup sendte den manglende ifc-fil til Aarhus Kommunes rådgiver 37 minutter efter afleveringsfristens udløb.

Klagenævnet finder, at indleveringen af ifc-filen under de konkrete omstændigheder ikke har givet Dorte Mandrup en konkurrencefordel, hverken i viden eller tid, eller reelt har givet Dorte Mandrup mulighed for at fremsætte et nyt konkurrenceforslag.

Aarhus Kommune var således ikke på grund af den manglende aflevering af den ene A3 size folder og ifc-filen forpligtet til at afvise konkurrenceforslaget fra Dorte Mandrup, medmindre en sådan forpligtelse følger af udbudslovens § 159, stk. 6.

Aarhus Kommune vil efter udbudslovens § 159, stk. 6, være forpligtet til at afvise Dorte Mandrups konkurrenceforslag, såfremt det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at manglende indsendelse af dokumenterne vil føre til,

at konkurrenceforslaget afvises, jf. herved også EU-Domstolens dom i Manova-sagen (C-336/12), præmis 40.

Det fremgår ikke udtrykkeligt af udbudsbetingelserne, at manglende indsendelse af dokumenterne vil føre til, at konkurrenceforslaget afvises. Derimod fremgår det af udbudsbetingelserne under pkt. 12.2, at hvis et konkurrenceforslag mangler oplysninger, forbeholder Aarhus Kommune sig ret til at reparere konkurrenceforslaget, i den udstrækning dette er i overensstemmelse med gældende ret. Det forhold, at konkurrenceforslagene skulle uploades via en portal-løsning, som var opsat på en sådan måde, at Aarhus Kommune ikke fik adgang til konkurrenceforslaget, medmindre alle de krævede dokumenter i udbudsbetingelserne var uploadet, medfører ikke, at Aarhus Kommune var forpligtet til at afvise et mangelfuldt konkurrenceforslag, når et sådant krav ikke er beskrevet i udbudsmaterialet i øvrigt.

Samlet finder klagenævnet, at Aarhus Kommune ikke var forpligtet til at afvise konkurrenceforslaget.

Spørgsmålet er herefter, om Aarhus Kommune var berettiget til at afvise konkurrenceforslaget som sket.

Som anført havde Dorte Mandrup ved udløbet af fristen for at aflevere konkurrenceforslag ikke uploadet B) en af de to A3 size folders og F) 3D model (ifc).

Det fremgår klart af udbudsbetingelserne, at de pågældende dokumenter skulle indgå i konkurrenceforslaget, og den manglende indlevering kan efter omstændighederne ikke anses som en så åbenlys fejl, at Aarhus Kommune havde pligt til at indhente de manglende dokumenter fra Dorte Mandrup. Der foreligger heller ikke i øvrigt omstændigheder, der gør, at Aarhus Kommune havde en pligt til at indhente de manglende dokumenter fra Dorte Mandrup.

Aarhus Kommune var derfor berettiget til at afvise konkurrenceforslaget fra Dorte Mandrup, idet forslaget ikke levede op til kravene i udbudsbekendtgørelsens pkt. 7 og 12. Aarhus Kommune har således ikke handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at afvise konkurrenceforslaget fra Dorte Mandrup. Dette gælder, uanset at Aarhus Kommune ikke var forpligtet hertil.

Klagenævnet tager derfor ikke klagen til følge.

Henset til sagens ganske særlige omstændigheder, skal ingen af parterne betale sagsomkostninger til den anden part.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til den anden part.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig