

K E N D E L S E

Henning Larsens Tegnestue
(advokat Henrik Viltoft)

mod

Kulturministeriet
v/Undervisningsministeriet,
Byggedirektoratet
(Kammeradvokaten)

Klageren, Henning Larsens Tegnestue, har indbragt indklagede Kulturministeriets beslutning om ikke at tildele klageren totalrådgivningsopgaven vedrørende det såkaldte »Projekt Filmhus« for Klagenævnet for Udbud.

En af klageren fremsat begæring om, at klagen tillægges opsættende virkning navnlig således, at projekteringen sættes i bero på klagenævnets endelige afgørelse af klagen, er ved klagenævnets kendelse af 8. marts 1995 ikke taget til følge.

Klageren har under hovedforhandlingen nedlagt følgende påstande:

1.

Indklagede tilpligtes at anerkende, at den af Henning Larsens Tegnestue angivne, uddybende forudsætning:

»4. Der er forudsat en normal, til opgaven svarende, tidsplan for projekteringen, uden særskilt forcering og med normal kontinuitet.«

ikke gør tilbudet ukonditionsmæssigt i forhold til EU-Rådets direktiv 92/50 EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler sammenholdt med Romtraktatens regler og princippet om ligebehandling af tilbudsgivere.

2.

Indklagede tilpligtes at anerkende, at Henning Larsens Tegnestue dermed med urette blev bortdømt af dommerkomiteen som ukonditionsmæssig ved denne endelige bedømmelse af arkitektkonkurrencen vedrørende Filmhuset i Gutenberghus.

3.

Indklagede tilpligtes at lovliggøre forholdet, principalt ved at indkalde dommerkomiteen til en annullering af den foretagne bedømmelse og at tildele Henning Larsens Tegnestue opgaven eller dog subsidiært efter en annullering af den stedfundne bedømmelse at foretage en fornyet bedømmelse efter de bedømmelseskriterier, der var udstukket for konkurrencen.

4.

Den mellem indklagede og 3 x Nielsen, Arkitekter MAA/PAR den 8. februar 1995 indgæede kontrakt om totalrådgivning vedrørende »Filmhuset« annulleres.«

Indklagede har påstået frifindelse over for samtlige påstande.

Sagens omstændigheder er følgende:

Efter en prækvalifikationsfase, annonceret i Supplement til De Europæiske Fælleskabers Tidende, blev klageren indbudt til at deltage i en totalrådgivningskonkurrence sammen med 4 andre.

Udbudsmaterialet omfattede ifølge skrivelse af 29. november 1994 som pkt. 10 »Skema - tidsplan«. Der anførtes videre i udbudsmaterialet, at byggeriet påregnedes igangsat snarest muligt i 1995 og at være klar til ibrugtagning snarest muligt i 1996 - senest den 1. juni.

Som bedømmelseskriterier var i uprioriteret rækkefølge anført

- den arkitektoniske løsning og samspil med eksisterende forhold
- alt andet lige det økonomiske mest fordelagtige bud.

Spørgemødet blev berammet til den 13. december 1994

Et af de stillede spørgsmål lød:

»... Ingen af de bydende har modtaget det i udbudsbrevet nævnte skema - tidsplan.

Der tages forbehold for eventuelle kommentarer hertil. ...«

Der blev ved skrivelse af 14. december 1995 fra Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet, svaret, at dette punkt udgik.

Dommerkomiteen bestod efter det oplyste af følgende:

»... Kulturministeriet:
Kulturminister Jytte Hilden, formand
Departementschef Erik Jacobsen, næstformand

Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet:
Direktør Lars Ole Hansen
Arkitekt Mikael Olrik

Det Danske Filminstitut:
Direktør Henrik Bering Liisberg

Statens Filmcentral:
Direktør Else Relster

Det Danske Filmmuseum:
Direktør Ib Monty

2 repræsentanter for D.A.L.:
(Udpeget blev arkitekterne Christoffer Harlang og Finn Selmar)

Som rådgiver for juryen blev udpeget:
Ingeniør Ninna Borre
Bygningschef John Kjær

Som konkurrencens sekretær fungerede:
Arkitekt Flemming Deichmann fra D.A.L.
...«

På grundlag af en arkitektonisk vurdering udvalgte dommerkomiteen ifølge et udateret mødereferat to projekter og foretrak, ud fra en første vurdering af æstetiske og funktionelle forhold, forslag 4/24935 (klagerens projekt).

Dommerkomiteen udtalte herefter:

»... Efter åbningen af kuverterne med tilbud på honoraraftale, med henblik på vurdering af det økonomisk mest fordelagtige bud, konstaterede man, at forslag nr. 4/24935 var ledsaget af 6 forbehold, herunder et meget vidtgående forbehold om de tidsmæssige rammer for projekteringen.

Forbeholdet kan ikke kapitaliseres og ikke accepteres, når de konkurrerende skal behandles lige.

Ved en samlet bedømmelse blev dommerkomiteens medlemmer derfor enige om, at projekt nr. 2/94165 tildeles opgaven til videre bearbejdning og gennemførelse. ...«

Klageren havde anført følgende i sit tilbud:

»... Idet der henvises til honorartilbud anført i konkurrencematerialets bilag 2, skal herunder anføres uddybende forudsætninger for det afgivne tilbud:

1. Det forudsættes, at projekteringen tager udgangspunkt i det anførte klientmateriale samt i det vedlagte idéforslag af 11. januar 1995, og at programarbejde for rådgiveren alene er en kompletterende ydelse i forhold hertil.
2. Tilbuddet er baseret på deltagelse i brugermøder - ud over normale klientmøder - i et omfang svarende til 50 teknikertimer.
3. Etablering af CAD basistegninger af de eksisterende bygninger vil ske ved digitalisering af eksisterende tegninger leveret af bygherren.
4. Der er forudsat en normal, til opgaven svarende, tidsplan for projekteringen, uden særskilt forcering og med normal kontinuitet.

5. Der er af rådgiveren indhentet forsikringstilbud på projektforsikring svarende til det forlangt omfang i UBDs skrivelse af 15. december 1995, men policenummer oplyses først ved accept af tilbud.
6. På grundlag af punkt 5 er ansvaret forudsat begrænset til forsikringssummen.
...«

Som sagen er oplyst for klagenævnet, var tilbudsgivernes anonymitet på dette tidspunkt ikke brudt, og der blev indhentet en udtalelse fra Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet, der ved skrivelse af 20. januar 1995 meddelte:

»... På baggrund af de forbehold, der var knyttet til honoraraftalen til forslag 4, har der dags dato været afholdt møde med PAR og Bygge- og Boligstyrelsen.

Til de enkelte forbehold skal der knyttes følgende bemærkninger:

Ad 1:

Dette forbehold kan umiddelbart accepteres.

Ad 2 og 3:

Disse forbehold kan kapitaliseres.

Ad 5 og 6:

Disse 2 forbehold giver heller ikke anledning til de store problemer.

Ad 4:

Dette forbehold kan fortolkes på 2 måder

1. At man ikke kan leve op til tidsplanen, hvilket er væsentligt i denne sag, da færdiggørelse af byggeriet er absolut af afgørende betydning på grund af filmens 100 års jubilæum.
2. Man kan fortolke forbeholdet således, at tilbudsgiver kræver et forceringstillæg. - Dette er den milde fortolkning.

Både PAR og Bygge- og Boligstyrelsen er af den opfattelse, at det vil være vanskeligt, om ikke umuligt, at kapitalisere dette forbehold. PAR gav endvidere udtryk for, at man kunne komme ind i et ligebehandlingsproblem.

Endelig gav PAR udtryk for, at man, såfremt der kom en klage fra en af de andre forslagsstillere, måtte støtte den.

KONKLUSION:

Bygge- og Boligstyrelsen udtrykte, at forlag 4 ikke på den nævnte baggrund kunne karakteriseres som det mest økonomisk fordelagtige bud, når man ikke

kan kapitalisere forbeholdet, eller i værste fald ved hvornår, det bliver færdig.
...«

På denne baggrund traf dommerkomiteen sin beslutning om at forkaste klagerens tilbud.

Arkitekt Henning Larsen skrev den 24. januar 1995 til Kulturministeriet bl.a:

»... I dommerbetænkningen blev det tydeliggjort at det omtalte forbehold, som man ikke mente at kunne kapitalisere, betingede sig en til opgaven svarende tidsplan uden særskilt forcering og med normal kontinuitet. Det bemærkes herved, at vi ikke har haft nogen indvendinger mod det programmerede færdiggørelsestidspunkt, som vi fortsat ser os i stand til at leve op til uden ekstrahonorar, såfremt tidsplanen er normal, uden særskilt forcering og kontinuerlig.

Enhver der har beskæftiget sig med byggeri ved at tidsplaner er en meget vigtig parameter for et byggeris pris og kvalitet. Da der i dette tilfælde ikke kun konkurreres på pris, men også kvalitet, kan man undre sig over at det skal være desavouerende at fastlægge en kvalitetsparameter - specielt da konkurrenceudskriverne trak en i programmet lovet projekteringstidsplan tilbage.

I øvrigt mener vi at en kapitalisering er mulig og enkel - for når der ikke i programmet er gjort opmærksom på nødvendig forcering, er tidsplanen formodentlig normal og kontinuerlig - så forbeholdet svarer til kr. 0.

Hertil kommer, at ingen af de øvrige konkurrencedeltagere ville kunne anke bedømmelsen, såfremt det bedste forslag havde fået den påtænkte 1. plads. For det bedste forslag var jo ifølge ministeren det dyreste før forbeholdet blev offentliggjort - og ingen af de arkitektfirmaer med »billigere« forslag kan derfor føle sig forurettet.
...«

og i skrivelse af 27. januar 1995 yderligere

»... Vort forbehold går ikke på at udskyde afleveringsfristen for det færdige projekt - men vi har ønsket at sikre os, at vi ville blive igangsat så betids, at det færdige produkt lever op til de kvalitetskrav, vi mener vort konkurrenceforslag er udtryk for. Forbeholdet kan kapitaliseres til kr. 0.

Men selv om forbeholdet kapitaliseredes til eksempelvis kr. 50.000 (svarende til ca. 500 timers overtidstillæg, hvad der er et usandsynligt forbrug), ville de øvrige konkurrencedeltagere ikke være ringere stillet, da vort projekt, i følge kulturministerens pristale, i forvejen var dyrere end de øvrige.

Det af os stillede forbehold er i øvrigt en selvfølge, idet ingen deltagende arkitekt kan give et honorartilbud, hvis ikke de tidsmæssige arbejdsbetingelser er normale.
...«

Klagers advokat overbragte den 1. februar 1995 en redegørelse om sagen til kulturministeren samt tog forbehold i anledning af dommerkomiteens bedømmelse af forslagene.

Kammeradvokaten udarbejdede et notat af 8. februar 1995 til Kulturministeren, hvori det konkluderes, at sagen efter Kammeradvokatens vurdering er behandlet korrekt. Notatet blev overbragt til klageren og dennes advokat.

Kontrakt med det andet firma blev indgået samme dag.

Kommissionen for De europæiske Fælleskaber har på grundlag af en henvendelse fra Undervisningsministeriets byggedirektorat afgivet en uforbindende vurdering, gående ud på, at afvisningen af klagerens tilbud var i overensstemmelse med tjenesteydelsesdirektivet og princippet om ligebehandling af tilbudsgivere.

Det fremgår af sagen, at der i foråret 1994 var kontakt mellem direktøren for Det danske Filminstitut, Henrik Bering Liisberg, der som anført var medlem af dommerkomiteen, og dels Henning Larsen, dels to af dennes medarbejdere om mulige arkitektnavne og skitseideer om biografindretningsmuligheder. Liisberg har afgivet en udtalelse herom, hvori bl.a. anføres, at skitseideerne blev henlagt og ikke senere er indgået i det videre arbejde med sagen.

Tegnestuechef hos klageren, arkitekt Bo Bøje Larsen, har herom forklaret, at man bl.a. drøftede, om der kunne indrettes en biograf med ca. 200 pladser med skrånende gulv. Dette var muligt ved at kombinere stueplanen enten med kælderen eller at gå op fra stueplan i den åbne gård. Der blev af tegnestuen udarbejdet skitser herom. Da Liisberg nævnte, at der var tale om en statsopgave, tilkendegav han, at man så ikke kunne fortsætte drøftelserne, og der var ikke yderligere kontakt. De informationer, han da havde adgang til, adskilte sig ikke fra det senere udbudsmateriale. Hvis klageren nu tildeles opgaven, vil det være uden problemer at overholde færdiggørelsesfristen.

Arkitekt Mikael Olrik, Undervisningsministeriets byggedirektorat, har forklaret, at han har kendt til opgaven fra begyndelsen. Han har aldrig set de skitser, Henning Larsens tegnestue udarbejdede i foråret 1994.

Klageren har til støtte for sine påstande navnlig anført, at der er tale om en selvfølgelig uddybende forudsætning og ikke et forbehold for tid og økonomi på en sådan måde, at det er berettiget at bortse fra tilbudet. Den uddybende forudsætning er en følge af, at den i udbuddet annoncerede tidsplan, som alle tilbudsgiverne havde taget forbehold for kommentarer til, blev frafaldet. Klageren er indstillet på indsættelse af de nødvendige ressourcer og har alene taget forbehold for et unormalt forløb af arbejdsopgaven fx i tilfælde af uenighed mellem de kommende brugere om udnyttelse med en midlertidig standsning af arbejdet til følge. Tilbuddet er således ikke ukonditionsmæssigt, idet klageren ligeså lidt som andre tilbudsgivere kunne have forlangt yderligere honorar, hvis opgaven fik et normalt forløb. Ved at bortse herfra har dommerkomiteen overtrådt ligebehandlingsprincippet.

Klagenævnet har efter klagenævnslovens § 5 adgang til at annullere en indgået kontrakt. En rådgiveraftale kan frit annulleres uden krav på positiv opfyldelsesinteresse, og den, der har vundet konkurrencen, må have krav på at udføre opgaven, hvis den gennemføres.

Med hensyn til det rejste inhabilitetsspørgsmål har klageren anført, at der ikke på grundlag af kontakten til klageren før udbuddet er tale om en forskelsbehandling til fordel for klageren. Der er i det højeste tale om en bagatelagtig forhåndsviden, som ikke har haft indflydelse på tilvejebringelse af udbudsmaterialet, der slet ikke har sammenhæng med klagerens skitsemateriale.

Indklagede har anført, at tidsplanen udgik, fordi man - idet man ikke kunne forudse, hvilke arbejder, herunder udgravninger, der ville blive foreslået - ikke ønskede at binde tilbudsgiverne til andet end afleveringsfristen.

Der er ikke i udbuddet tilladt forbehold eller fravigelser. Indklagede har derfor hverken ret eller pligt til antagelse af tilbud, der indeholder sådanne. Klagerens tilbud indeholder et tidsmæssigt forbehold eller i hvert fald et forbehold om større honorar. Hvis sådanne forbehold ikke kan prissættes af bygherren, må formodningen være for, at de ligger uden for udbuddets rammer.

Hertil kommer, at det af klageren tagne forbehold går på dennes egen projektering og ikke retter sig mod bygherrebeslutninger eller lignende forsinkelser.

Hvis der konstateres fejl i udbudsproceduren, kan der være tale om at lovliggøre denne og eventuelt betale erstatning. Der er efter klagenævnslovens § 5 og dennes forarbejder derimod ikke indført en adgang til at annullere en allerede indgået kontrakt eller tildele en anden kontrakten.

Med hensyn til habilitetsspørgsmålet har indklagede anført, at klageren har haft en særlig forhåndsviden om ønskerne til projektet. Selv om dette ikke har haft nogen reel indflydelse, er selve risikoen for, at der foreligger inhabilitet, tilstrækkelig til, at der må statueres forskelsbehandling i forhold til de andre tilbudsgivere.

Klagenævnet skal udtale:

Den udbudte opgave har i hele forløbet været belagt med et betydeligt tidspres. At den tidsplan, der var stillet i udsigt, ikke kom til at foreligge, kan yderligere have vanskeliggjort tilbudsgivningen.

Den af klageren anførte uddybende forudsætning - hvis formulering findes at være klagers risiko - har imidlertid, også efter klagers supplerende redegørelser af 24. og 27. februar 1995, et sådant indhold, at den kan rejse tvivl om overholdelse af såvel tidsfrist som honorar. Allerede fordi anonymiteten ikke på daværende tidspunkt var brudt, kommer opklarende drøftelser ikke på tale.

Det findes herefter ikke uberettiget, at dommerkomiteen har bortset fra klagerens forslag.

Der findes således ikke at foreligge overtrædelser af fællesskabsretlige regler, herunder princippet om ligebehandling, hvorfor

bestemmes:

Den indgivne klage tages ikke til følge.