

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Suzanne Helsteen, Wayne Jensen)

97-76.451

8. oktober 1997

K E N D E L S E

Praktiserende Arkitekters Råd
(selv)

mod

Københavns Pædagogseminarium
(Kammeradvokaten ved advokat Britta Moll Sørensen)

Den 19. august 1996 udbød indklagede, Københavns Pædagogseminarium, som begrænset udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler en tjenesteydelse, der i udbudsbekendtgørelsen er beskrevet således:

»Kategori 12,CPC nr.: 867. Rådgivende arkitekt- og ingeniørydelse i forbindelse med ny/tilbygning af 1400 m² med tilhørende kælder på Københavns Pædagogseminarium.«

Tildelingskriteriet er i udbudsbekendtgørelsen anført således:

»Ordren tildeles det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Kriterierene vil blive oplyst i udbudsmaterialet.«

I udbudsbekendtgørelsen var i afsnit »Andre oplysninger« anført følgende:

»Summarisk beskrivelse af projektets baggrund kan rekvireres hos: Undervisningsministeriet.....«

42 virksomheder anmodede om prækvalifikation. 6 virksomheder blev prækvalificeret, og de afgav alle tilbud inden fristens udløb den 3. marts 1997. Den 19. marts 1997 besluttede indklagede, at man ville tildele tilbudsgiver nr. 3 ordren under forudsætning af, at indklagede kunne overtage ejendommen fra Københavns Kommune og få byggetilladelse til en tilbygning i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Der er endnu ikke indgået kontrakt med denne tilbudsgiver. Undervisningsministeriet har bistået indklagede under udbudet.

Den 5. maj indgav Praktiserende Arkitekters Råd klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Københavns Pædagogseminarium. Sagen har været mundtligt forhandlet på et møde den 29. august 1997.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved i udbudsbekendtgørelsen af 19. august 1996 at beskrive tjenesteydelsen som »Rådgivende arkitekt- og ingeniørydelse i forbindelse med ny/tilbygning af 1400 m² med tilhørende kælder på Københavns Pædagogseminarium«, uagtet den udbudte tjenesteydelse i udbudsbetingelserne - nemlig i Konkurrenceprogram af december 1996 - er beskrevet som en nybygning/tilbygning på 1.400 m² brutto plus kælder samt »en eventuel 2. etape på yderligere ca. 380 m² brutto svarende til ca. 264 m² netto.«

Påstand 2.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at tage de 6 tilbud i betragtning ved ordretildelingen til trods for, at de alle 6 var ukonditionsmæssige, idet de ikke opfyldte kravet i udbudsbetingelserne - nemlig i Udbudsbrev af 6. januar 1997 - om, at den samlede udgift ikke må overstige 17,4 mio. kr. incl. moms.

Påstand 3.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede ved bedømmelsen af de afgivne tilbud ikke har foretaget en præcis vurdering af de enkelte tilbud i forhold til de fastsatte tildelingskriterier.

Påstand 4.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede ikke på noget tidspunkt har foretaget en prioritering/vægtning af tildelingskriterierne og derfor ikke har kunnet udvælge et af tilbuddene, som det økonomisk mest fordelagtige.

Påstand 5.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med forhandlingsforbudet i EU-udbudsreglerne, idet indklagede efter modtagelsen af de 6 tilbud ved skrivelse af 12. marts 1997 forespurgte de 6 tilbudsgivere, om deres »oplysninger om honorarprocenter er angivet i forhold til tilbudsblankettens punkt 8's tekst, og opfylder det, der er angivet i punkt 8«. Indklagede anmodede derfor tilbudsgiverne om at »genoplyse tilbudsblankettens punkt. 8«.

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

Arkitekt MAA Peter Dahl Larsen har forklaret, at han var medlem af den dommerkomité, som indklagede udpegede til at bedømme projekterne. De fastsatte bedømmelseskriterier A - C var egnede ved vurderingen af projekterne, men de hænger sammen og kan ikke anvendes isoleret. Kriterium A er klart det væsentligste på grund af opgavens beskaffenhed, men under vurderingen efter dette kriterium vil man uvægerligt undervejs blive nødt til i visse relationer også at inddrage

kriterium B og i andre relationer kriterium C. Ved det aktuelle udbud var det klart for dommerkomitéen, hvilket af de 6 projekter der var det væsentligste. Det er svært at lave en prioritering af kriterierne, da de ikke er absolutte, men relative og hænger sammen. Hvis man skulle lave en vægtning af kriterierne, ville det medføre, at man måtte gå væk fra en helhedsvurdering af projekterne. Selvom priserne i alle tilbudene oversteg 17,4 mio kr., anså dommerkomitéen dem for konditionsmæssige og overvejede ikke at indstille, at nogen af tilbudene skulle lades ude af betragtning. Det er sjældent, at projekter som de aktuelle rammer den pris, der er fastsat. Et tilbud anses ikke for »ukonditionsmæssigt«, hvis det vurderes, at projektet under den videre bearbejdning prismæssigt kan komme ned på det niveau, det skal, og det kunne alle 6 projekter. Man valgte de 2 mest »realistiske« projekter ud og lod dem bedømme ved en prisberegning. Det er rigtigt, at dommerkomitéens betænkning af 19. marts 1997 ikke udtrykkeligt omtaler alle kriterierne, men alle 4 kriterier blev anvendt ved bedømmelsen. Der skulle helt tydeligt ved alle projekterne foretages nogle ændringer og beskæringer, for at arealet og prisen kunne overholdes. Projekt nr. 3 blev valgt, bl.a. fordi det var det mest egnede til at blive beskåret, samtidig med at den bærende idé ved projektet blev bevaret.

Arkitekt Anne-Marie Kruse har forklaret, at hun var medlem af dommerkomitéen. Det er ikke muligt ved vurderingen af en tjenesteydelse som den aktuelle arkitekt- og ingeniørydelse at vurdere de indkomne projekter isoleret efter kriterierne A, B og C. Vurderingen på grundlag af disse kriterier må i et eller andet omfang ske i sammenhæng med hinanden, således at man på grundlag af en samlet vurdering når frem til, hvilket projekt der er det bedst egnede. Tilbud nr. 3 blev valgt, bl.a. fordi det kunne klare at blive bearbejdet og beskåret samtidig med, at den bærende idé ved projektet og projektets overordnede tanker blev bevaret. Dommerkomitéen vurderede alle projekterne på grundlag af alle kriterierne A, B og C, og inddrog derefter honorarprocenterne som anført i kriterium D. Også kriterium C er anvendt, selvom der ikke står noget herom i dommerkomitéens betænkning. Også efter dette kriterium var nr. 3 bedst. Komitéen var på forhånd enig om, hvor honorarprocenterne skulle ligge - nok på 16, 17 eller 18 % og i hvert fald under ca. 20 %. Komitéen var af den opfattelse, at der i tilbud nr. 3 var en misforståelse vedrørende angivelsen af honorarprocenterne i artikel 8, og rettede derfor henvendelse til Undervisningsministeriets Byggedirektorat vedrørende spørgsmålet, om der måtte rettes henvendelse til tilbudsgiverne. Resultatet blev, at der blev rettet henvendelse til alle tilbudsgiverne. Anonymiteten var på dette tidspunkt endnu ikke brudt. Det viste sig, at der forelå en misforståelse vedrørende projekt nr. 3. Vedrørende projekt nr. 5 blev honorarprocenterne ændret. Det lå som en forudsætning for dommerkomitéen, at alle 6 projekter blev vurderet til at kunne beskæres, så de kom ned på byggeprisen på 17,4 mio kr.

Ad påstand 1.

Udbudsbetingelserne indeholder følgende beskrivelser af tjenesteydelsen:

Udbudsbrev af 6. januar 1997: »projektering af og tilsyn med opførelse af en 1.400 m² nybygning«.

Konkurrenceprogram af december 1996:

»Formål og intention

Konkurrencens formål er at fremskaffe forslag til udvidelse af skolens undervisningslokaler i henhold til medfølgende forudsætninger og program.

Omfang

Konkurrencen omfatter forslag til ovennævnte formål samt et honorartilbud omfattende følgende totalrådgivningsydelser: Færdiggørelse af byggeprogram, udarbejdelse af dispositions- og projektforslag, øvrig projektering og rådgiverbistand til fuld gennemførelse af opgaven inkl. havearkitektarbejder, byggeledelse, fagtilsyn, projektopfølgning, administration af løst inventar og skilte, kvalitetssikring og miljøstyring alt i henhold til konkurrencetekniske betingelser poss. 4 og bilagte aftale om teknisk rådgivning og bistand.

.....

Størrelse og økonomi

Programmets 970 netto m² er med brutto/netto faktor svarende til 1400 m² brutto.

Her til kommer kælder.

.....

Udover ovenstående omfang er formålet med konkurrencen at få belyst hvorledes en eventuel 2. etape på yderligere ca. 380 m² brutto svarende til ca. 264 m² netto vil kunne indpasses i det samlede anlæg.«

I afsnittet »Byggeprogram« i Konkurrenceprogrammet er der anført 2 lokaleoversigter, dels en lokaleoversigt vedrørende etape 1 med i alt 970 m² netto fordelt på 20 rum, dels en lokaleoversigt vedrørende en eventuel etape 2 på 264 m² netto fordelt på 10 rum.

Aftale om teknisk rådgivning og bistand:

»14. Særlige bestemmelser

.....

14.2. Bygherren er berettiget til at prolongere denne aftale til at omfatte 2. etape udbygningen, ca. 384 m². Dette kan ske ved udfærdigelse af en allonge til nærværende kontrakt. Honorarprocenten vil være som anført under punkt 8.«

Klageren har gjort gældende, at tjenesteydelsen ikke tilstrækkeligt klart er beskrevet i udbudsbekendtgørelsen, idet 2. etape på ca. 264 m² netto ikke er omtalt, og at indklagede derved har tilsidesat EU-udbudsreglerne. 2. etape på ca. 264 m² er i forhold til 1. etape på ca. 1.400 m² en ikke uvæsentlig del af det samlede projekt, og det er af afgørende betydning, at virksomhederne gennem udbudsbekendtgørelserne bliver klar over, hvilke tjenesteydelser, prækvalifikationen vedrører. Efter udbudsbetingelserne skal projektet ikke alene beskrive, hvorledes 1. etape kan udformes, men projektet skal også belyse, hvorledes en eventuel 2. etape kan indpasses i den samlede bebyggelse. Endvidere er indklagede efter udbudsbetingelserne berettiget til at udvide en indgået aftale om 1. etape til også at omfatte 2. etape, således at tilbudets honorarprocenter i så fald også kommer til at gælde for 2. etape.

Indklagede har gjort gældende, at hensigten med at inddrage 2. etape alene var at sikre, at forslagene skulle tage højde for, at det ville være muligt at udføre 2. etape, og angive en mulig placering, og udbudsbetingelserne indeholder ikke noget krav om udformning af 2. etape, således som det er tilfældet med 1. etape. Indklagede har således i udbudsbekendtgørelsen angivet tjenesteydelsen tilstrækkeligt klart, og indklagede har derfor ikke tilsidesat EU-udbudsreglerne.

Klagenævnet udtaler:

Den omstændighed, at der ved udarbejdelsen af tilbudet vedrørende 1. etape tillige skal tages hensyn til, at en eventuel senere 2. etape kan indpasses i byggeriet på grunden, indebærer ikke, at det i udbudsbekendtgørelsen skal angives, at der kan blive tale om en 2. etape. Såfremt der ved det aktuelle udbud alene havde været tale herom, ville det være tilstrækkeligt, at oplysningen om en eventuel 2. etape - som alle øvrige mere detaljerede forudsætninger vedrørende projektet - var beskrevet i udbudsbetingelserne. Ved det aktuelle udbud er der imidlertid også tale om, at bygherren senere ensidigt kan udvide kontrakten vedrørende 1. etape til også at omfatte 2. etape, således at den antagne tilbudsgiver i denne situation er forpligtet til også at udføre arkitekt- og ingeniørydelserne vedrørende 2. etape, og at de honorarprocenter, der var gældende for 1. etape, i så fald også skulle anvendes ved 2. etape. I denne situation er det en tilsidesættelse af de krav til en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse i udbudsbekendtgørelsen af den udbudte tjenesteydelse, der må anses indeholdt i EU-udbudsreglerne, at indklagede ikke i udbudsbekendtgørelsen har angivet, at udbudet tillige vedrørte en eventuel 2. etape. Klagenævnet tager derfor klagerens påstand til følge.

Ad påstand 2.

Udbudsbetingelserne indeholder følgende vilkår:

Udbudsbrev af 6. januar 1997:

»Den samlede udgift er fastsat til 17,4 mio. kr. inkl. moms.

.....

(a) Forslag, der er mangelfulde, vil ikke blive medtaget i bedømmelsen.

Det valgte forslag skal kunne udføres inden for den anførte økonomiske ramme.

(b) Såfremt forslagsstiller/tilbudsgiver mener, at der er misforhold mellem byggeriets størrelse og de økonomiske vilkår, og i den anledning vil tage forbehold mod byggeriets forudsætninger, skal forbeholdet belyses størrelsesmæssigt og økonomisk. Forbeholdet vil da indgå i bedømmelseskriterierne.«

I Undervisningsministeriets skrivelse af 24. januar 1997 vedrørende svar på spørgsmål på et spørgemøde den 10. januar 1997 er under spørgsmål 14 anført følgende:

»Er den i udbudsmaterialet angivne byggeramme 17,4 mio. kr. fast og er moms indbefattet?
Svar: Ja, den anførte ramme er fast og må ikke overskrides.

Moms er inkluderet i byggerammen.«

Ved rettelsesblad nr. 1 af 27. januar 1997 blev det ovenfor citerede afsnit (a) ændret til:

»Forslag, der er mangelfulde, vil ikke blive medtaget i bedømmelsen.

Materiale udover det i udbudsmaterialet krævede vil ikke blive medtaget i bedømmelsen, jfr. Konkurrenceprogrammets pkt. 4.3.«

og det citerede afsnit (b) ændret til:

»Såfremt forslagsstiller/tilbudsgiver mener, at der er misforhold mellem byggeriets størrelse og de økonomiske vilkår, og i den anledning vil tage forbehold mod byggeriets forudsætninger, skal forbeholdet belyses størrelsesmæssigt og økonomisk. Forbeholdet vil da indgå i bedømmelsen.«

Ved rettelsesblad nr. 2 af 3. februar 1997 udgik det citerede afsnit (b) helt.

I Dommerkomiteens betænkning af 19. marts 1997 hedder det i et afsnit med overskriften »Realisering«:

»Med henblik på at vurdere konkurrenceforslagenes generelle prisniveau, har dommerkomiteen ladet to repræsentative projekter prisberegne.

Denne beregning indikerer et prisniveau der ligger noget over den i konkurrenceprogrammet fastsatte økonomiske ramme. På baggrund heraf må det påregnes, at det vindende projekt i forbindelse med den videre bearbejdning beskæres i samarbejde med Københavns Pædagogseminarium.«

I Dommerkomiteens betænkning hedder det først i konklusionen:

»På baggrund af den repræsentative prisberegning der blev foretaget under bedømmelsen, er det dommerkomiteens skøn, at ingen af forslagene vil kunne realiseres fuldt ud i den viste udformning.«

I et notat af 12. marts 1997 udarbejdet af den tekniske rådgiver, som var antaget til at foretage vurderingen af de 2 projekter, er anført følgende tal:

Ad projekt nr. 3:

Anskaffelsessum 2.196 m² á 11.844 kr.

26.009.000 kr.

Middelværdi minus standardafvigelse	21.908.000 kr.
Middelværdi plus standardafvigelse	30.110.000 kr.
Ad projekt nr. 2:	
Anskaffelsessum 2.155 m ² á 11.310 kr.	24.372.000 kr.
Middelværdi minus standardafvigelse	20.532.000 kr.
Middelværdi plus standardafvigelse	28.212.000 kr.

Undervisningsministeriet har i en skrivelse af 11. september 1997 kommenteret disse tal således:

»(Tallene) er udtryk for en usikkerhedsfaktor. En standardafvigelse, der markerer en statistisk usikkerhed på totalen. Beregnerfirmaet.....har oplyst, at sandsynligheden for at den endelige nybygning ligger indenfor de to tal er ca. 65 %.....

Det skal dog oplyses, at beregnerfirmaet fejlagtigt har indregnet etape 2 i beregningerne, hvilket betyder, at tallene.....er for store.

Projekt nr. 3.....bør kun beregnes for 1.800 m² svarende til etape 1. En forholdsmæssig reduktion giver følgende tal.....:

21.318.852 kr.
17.957.377 kr.
24.680.327 kr.

Projekt nr. 2..... bør kun beregnes for 1.820 m² svarende til etape 1. En forholdsmæssig reduktion giver følgende tal.....:

20.583.313 kr.
17.340.250 kr.
23.826.375 kr.«

Klageren har gjort gældende, at samtlige 6 tilbud er ukonditionsmæssige, og at indklagede derfor har tilsidesat EU-udbudsreglerne ved ikke at undlade at tage tilbudene i betragtning, men derimod at tage dem i betragtning som konditionsmæssige, efter en bedømmelse af dem at udvælge et af udbudene som det økonomiske mest fordelagtige samt endelig at beslutte at ville tildele ordren til denne tilbudsgiver, hvis projektet skulle udføres. Klageren har nærmere anført, at det utvetydigt fremgår af udbudsbetingelserne, at den økonomiske ramme for projektet var 17,4 mio. kr. Dette indebærer, at de projekter, som tilbudsgiverne indleverer, skal kunne realiseres nogenlunde til denne pris. Det fremgår imidlertid af vurderingen fra den dommerkomité, som indklagede lod foretage vurderingen af tilbudene, at ingen af de 6 tilbud kunne realiseres til den fastsatte maximale opførelsespris. Alle 6 tilbud er derfor ukonditionsmæssige, og konsekvensen heraf er, at indklagede var såvel berettiget som forpligtet til at undlade at tage de 6 tilbud i betragtning.

Indklagede har gjort gældende, at de 6 tilbud ikke var ukonditionsmæssige, og at indklagede derfor ikke var forpligtet til at undlade at tage dem i betragtning, men tværtimod berettiget til at tage dem i betragtning. Indklagede var derfor også berettiget til efter en vurdering af tilbudene at udvælge det tilbud, som efter tildelingskriterierne var det økonomisk mest fordelagtige. Indklagede har nærmere anført, at det ikke er angivet i udbudsbetingelserne som et ufravigeligt krav, at forslagene uden bearbejdning skulle kunne realiseres til den anførte udgiftramme på 17,4 mio. kr., og at det under et udbud af en tjenesteydelse af den aktuelle beskaffenhed - et konkurrenceforslag af skitse-mæssig karakter - er tilstrækkeligt, at forslagene efter en nødvendig bearbejdning og beskæring vil kunne gennemføres til den angivne maximale omkostning på 17,4 mio. kr. På grundlag af dommerkomiteens betænkning var det indklagedes vurdering, at alle 6 forslag efter bearbejdning og beskæring kunne realiseres til en samlet omkostning på 17,4 mio. kr. samtidig med, at den bærende idé i projektet blev bevaret, og indklagede har derfor ikke handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at anse alle 6 tilbud for konditions-mæssige.

Klagenævnet udtaler:

I udbudsbetingelserne er det udtrykkeligt anført, at den samlede byggeudgift incl. moms for 1. etape er 17,4 mio. kr., jf. også indklagedes svar på spørgsmål 14, og det burde herefter stå de 6 tilbudsgivere klart, at den bygning, der skulle opføres, maksimalt måtte koste 17,4 mio. kr. Den pågældende oplysning i udbudsbetingelserne indebærer imidlertid efter Klagenævnets opfattelse tillige, at den udbudte tjenesteydelse vedrører forslag til udvidelse af bygningerne, som efter en objektiv vurdering kan realiseres til 17,4 mio. kr. Afgiver tilbudsgivere, som det er sket under det aktuelle udbud, tilbud, der ikke kan realiseres til den angivne pris, må de gøre sig klart, at udbyderen muligt anser sig for forpligtet til at vurdere tilbudene som ukonditions-mæssige og derfor - under henvisning til EU-udbudsreglerne - forpligtet til at undlade at tage dem i betragtning.

Efter indholdet i dommerkomiteens betænkning sammenholdt med de forklaringer, der er afgivet af arkitekt Peter Dahl Larsen og arkitekt Anne-Marie Kruse, har det under det aktuelle udbud stået indklagede klart, at ingen af de 6 tilbud kunne realiseres til den fastsatte maximale omkostning. Indklagede valgte imidlertid ikke uden videre at anse alle 6 tilbud for ukonditions-mæssige, men derimod at afgøre, om de opfyldte udbudsbetingelsernes krav vedrørende bygningsomkostninger på grundlag af en vurdering af, om projekterne ved bearbejdning og beskæring under det videre arbejde med dem i forbindelse med udarbejdelse af dispositionsforlag og detailprojekt ville kunne komme til at opfylde kravet vedrørende byggeomkostningerne samtidig med, at den bærende idé i projekterne blev bevaret.

Klagenævnet har på grundlag af de oplysninger, som indklagede har meddelt Klagenævnet, skullet tage stilling til, om indklagede sagligt og med en fornøden kritisk vurdering af projekterne har konstateret, at de 6 projekter efter bearbejdning og beskæring, men med bevarelse af den bærende idé i projekterne ville kunne realiseres for 17,4 mio. kr., og om projekterne på dette grundlag var konditions-mæssige, eller om indklagede ikke har anset sig for forpligtet til at foretage en sådan vurdering, men har anset det for tilstrækkeligt alene at sikre sig, at det projekt, som blev bedømt som det økonomisk mest fordelagtige, efter bearbejdning og beskæring kunne realiseres for 17,4 mio. kr. Dommerkomiteens betænkning indeholder ingen omtale af dette spørgsmål, men Klagenævnet kan efter de forklaringer, som arkitekt Peter Dahl Larsen og arkitekt Anne-Marie Kruse har afgivet, fastslå, at indklagede ved vurderingen af de indkomne tilbud har haft tilstrækkeligt grundlag for at antage, at alle 6 projekter i bearbejdet og beskåret form kunne realiseres til 17,4 mio. kr.

På baggrund af den anførte fortolkning af udbudsbetingelserne og den anførte vurdering af indklagedes gennemgang af projekterne, tager Klagenævnet således ikke klagerens påstand til følge.

Ad påstand 3 og 4.

I udbudsbetingelserne - nemlig Konkurrenceprogram af december 1996 punkt 4.9 - er tildelingskriteriet fastsat således:

»Bedømmelseskriterier

Kriterier for tildeling af ordren

Kontrakten tildeles det økonomisk mest fordelagtige bud, efter følgende uprioriterede kriterier:

- (A) Den funktionelt og arkitektonisk bedste løsning i henseende til byggeriets udformning, opfyldelse af programkrav og samspil med eksisterende forhold.
- (B) Den teknisk bedste løsning i henseende til valg af egnede vedligeholdelsesvenlige materialer, enkle og klare installations- og konstruktionsprincipper.
- (C) Den bedste løsning i henseende til enhedsomkostninger ved anlæg og drift.
- (D) Rådgiverens honorartilbud på den samlede totalrådgivningsydelse.
Bedømmelsen gennemføres i to faser:

- Vurdering af alle forhold undtagen honorartilbud
- Efter åbningen af honorartilbud foretages en samlet vurdering

.....«

I Dommerkomitéens betænkning af 19. marts 1997 hedder det:

»De indkomne forslag bedømt efter følgende kriterier i uprioriteret rækkefølge:
.....(herefter er gengivet tildelingskriterierne A-D i udbudsbetingelserne).....

Udfra ovennævnte uprioriterede kriterier skulle dommerkomitéen finde frem til det for bygherren økonomisk mest fordelagtige forslag.

Dette var forudsat afviklet i to trin:

- 1) Det bedste forslag bedømt udfra alle kriterier ekskl. honorartilbud udvælges.
- 2) Kuverterne med honorartilbud åbnes og en samlet vurdering foretages.

Efter udarbejdelsen af dommerbetænkningen åbnes navnekuverten.

Alle forslag er afleveret rettidigt og overholder de formelle krav til indhold, omfang og anonymitet.

.....

Konklusion:

.....

I den endelige afgørelse er der lagt vægt på det enkelte forslags samlede arkitektoniske og funktionelle kvaliteter og på, hvor robust og tilpasningsdygtigt det arkitektoniske koncept vil være, i forhold til de tilpasninger der må forventes.

Honorarprocenterne gav ikke anledning til bemærkninger.

.....«

Klageren har gjort gældende, at det på grundlag af dommerkomitéens betænkning kan konstateres, **at** tilbudene er bedømt ud fra kriterium A, men at det ikke fremgår, hvilken rækkefølge tilbudene har indbyrdes, **at** der bortset fra enkelte bemærkninger vedrørende forslag nr. 1 og nr. 3 ikke er foretaget en bedømmelse efter kriterium B, **at** tilbudene overhovedet ikke er bedømt efter kriterium C, **samt at** det vedrørende kriterium D alene er anført, at der ingen bemærkninger er, men at der ikke er foretaget nogen bedømmelse.

Klageren har endvidere gjort gældende, at indklagede for i forbindelse med bedømmelsen at nå frem til det bedste forslag efter kriterierne A,B og C må foretage en prioritering og en vægtning af de 3 kriterier. En sådan prioritering og vægtning af disse kriterier er ikke foretaget, og udvælgelsen af tilbud nr. 3 synes i det væsentlige at være sket ud fra kriterium A.

Klageren har endelig gjort gældende, at det ikke fremgår af udbudsbetingelserne, hvorledes 2. trin i vurderingen (kriterium D) skal sættes i relation til 1. trin i vurderingen (kriterium A, B og C), og at det som følge heraf ikke har været muligt for indklagede at udvælge det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klageren har særligt anført, at det er i strid med udbudsreglerne efterfølgende under bedømmelsen af tilbudene at opstille en vægtning af kriterierne, som ikke fremgår af tildelingskriterierne.

Som følge heraf har indklagede tilsidesat princippet om ligebehandling.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke efter udbudsreglerne har været forpligtet til at foretage vurderingen af tilbudene på den måde, som klageren har anført. Udvælgelsen af den tilbudsgiver, der skal indgå kontrakt med, er sket ud fra de 4 uprioriterede kriterier i udbudsbetingelserne, således at indklagede på grundlag af disse kriterier har valgt det tilbud, der var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Bedømmelsen skete i to etaper, først en vurdering efter kriterium A, B og C, og dernæst en samlet vurdering efter alle 4 kriterier. Denne fremgangsmåde er i overensstemmelse med tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2.

Klagenævnet udtaler:

Det fremgår af tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, jf. stk. 1, litra a, at en offentlig udbyder, der har valgt at tildele ordren til den tilbudsgiver, der har afgivet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, ved offentliggørelsen af tildelingskriterierne så vidt muligt skal anføre tildelingskriterierne i prioriteret orden, således at de vigtigste tildelingskriterier står først. Når tildelingskriterierne i overensstemmelse med denne anvisning i direktivet er anført i prioriteret rækkefølge, må det påhvile udbyderen at anvende tildelingskriterierne i den anførte rækkefølge ved vurderingen af alle tilbudene og dermed også, når tilbudene skal sammenholdes med hinanden.

Hvis en offentlig udbyder efter en saglig vurdering af den udbudte tjenesteydelses beskaffenhed ikke har anset det for muligt at opstille tildelingskriterierne i prioriteret rækkefølge, og derfor - som artikel 36, stk. 2, giver mulighed for - har opstillet tildelingskriterierne i uprioriteret rækkefølge, er udbyderen ikke bundet på den anførte måde. I denne situation er udbyderen ikke forpligtet til ved vurderingen af tilbudene at anvende tildelingskriterierne i en bestemt rækkefølge. Udbyderen kan ved vurderingen af de enkelte tilbud tillægge de enkelte tildelingskriterier forskellig vægt eller lade dem alle eller flere af dem indgå i en helhedsvurdering, når der er sagligt grundlag herfor, blot der ved vurderingen af samtlige tilbud tages hensyn til alle tildelingskriterierne.

Under hensyn til tjenesteydelsens beskaffenhed tiltrædes det, at udbyderen har været berettiget til ikke at anføre tildelingskriterierne i prioriteret orden.

Efter de oplysninger, der fremkommet om indklagedes vurdering af tilbudene, er der ikke grundlag for at antage, at indklagede ikke ved vurderingen af samtlige 6 tilbud har taget alle 4 tildelingskriteriet i betragtning, eller at opdelingen af vurderingen af tilbudene i 2 etaper, hvor der i 1. etape blev foretaget en samlet vurdering af tildelingskriterierne A, B og C og i 2. etape skete inddragelse af tildelingskriterium D, ikke har været sagligt begrundet.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 3 og påstand 4 til følge.

Ad påstand 5.

Udbudsbetingelserne - nemlig Aftale om teknisk rådgivning og bistand punkt 8 - indeholder følgende:

»Honorar

For ydelserne til og med projektforslaget er der aftalt et honorar på% af projektforslagets budget for håndværker- og inventarudgifter.

For de øvrige normalydelse er der aftalt et honorar på% af de realiserede håndværker- og inventarudgifter.«

Tilbudsgiverne anførte i deres tilbud følgende procenter:

	Punkt 8, stk. 1	Punkt 8, stk. 2
Nr. 1	5,5	11
Nr. 2	3,9	11,6
Nr. 3	5	18,5
Nr. 4	5,5	12
Nr. 5	5,5	12
Nr. 6	4,05	12,15

Den 12. marts 1997 skrev Undervisningsministeriet således til tilbudsgiverne:

»Dommerkomitéen er blevet gjort opmærksom på, at tilbudsblankettens punkt 8 kan give anledning til misforståelser.

På grundlag af en gennemgang af det modtagne tilbudsmateriale finder Dommerkomitéen derfor behov for at sikre sig, at tilbudsgivernes oplysninger om honorarprocenter er angivet i forhold til tilbudsblankettens punkt 8's tekst, og opfylder det, der er angivet i punkt 8.

Af den grund bedes De skriftligt og anonymt (underskrevet med kendingstal og uden afsenderadresse/firmanavn) inden fredag den 14. marts 1997 kl. 15.00 genoplyse tilbudsblankettens punkt 8 til konkurrencens sekretær på følgende adresse:

Byggedirektoratet

.....«

Indklagede modtog herefter fra tilbudsgiver nr. 1, 2, 4 og 6 det samme procenttal, som var anført i tilbudene, mens tilbudsgiver nr. 3 ændrede sine tal fra 5 % og 18,5 % til 5 % og 13,5 %, og tilbudsgiver nr. 5 ændrede sine tal fra 5,5 % og 12 % til 5,5 % og 7,5 %. Indklagede lagde ved bedømmelsen af tilbudene de senest modtagne procenter til grund.

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved sin henvendelse til tilbudsgiverne vedrørende honorarprocenternes størrelse har tilsidesat EU-udbudsreglernes forbud mod at forhandle priser med tilbudsgivere. Selvom det antages, at henvendelsen til tilbudsgiverne er sket med henblik på at afklare, om en eller flere af tilbudsgiverne ved en fejl havde anført forkerte honorarprocenter, foreligger der alligevel en overtrædelse af udbudsreglerne, idet henvendelsen kan give anledning til forskelsbehandling, derved at tilbudsgiverne får mulighed for at nedsætte deres honorarprocenter.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke ved sin henvendelse til tilbudsgiverne vedrørende honorarprocenternes størrelse har tilsidesat EU-udbudsreglernes forbud mod at forhandle priser med tilbudsgivere, da det var indklagedes vurdering, at tilbudsgiverne havde misforstået punkt 8, stk. 1 og 2, og da henvendelsen til tilbudsgiverne alene skete med henblik på at afklare, om der forelå en misforståelse. Under disse omstændigheder kan henvendelsen til tilbudsgiverne ikke give anledning til forskelsbehandling.

Klagenævnet udtaler:

Bestemmelserne i § 8, stk. 1 og 2, i Aftale om teknisk rådgivning og bistand er ganske klare, og ingen af disse to bestemmelser kan således give anledning til, at professionelle arkitekt- og ingeniørvirksomheder er i tvivl om, hvorledes disse bestemmelser i forbindelse med udarbejdelse af et tilbud skal udfyldes. Det gør ingen ændring heri, at det i praksis i et eller andet omfang forekommer, at de 2 procenter vedrørende de 2 helt forskellige ydelser lægges sammen.

Enhver henvendelse fra en udbyder til tilbudsgivere om priser - herunder honorarprocenter - indebærer en risiko for, at tilbudsgivere benytter den mulighed, som forespørgslen giver, for ved besvarelsen af forespørgslen at sænke prisen, og enhver sådan henvendelse indebærer således en risiko for tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Dette gælder både i tilfælde, hvor udbyderen alene retter henvendelse til en enkelt tilbudsgiver, og i tilfælde, hvor udbyderen retter en enslydende henvendelse til alle tilbudsgivere, og det gør ingen forskel, at udbyderen - som det var tilfældet ved det aktuelle udbud - på tidspunktet for henvendelsen til tilbudsgiverne endnu ikke kendte tilbudsgivernes identitet.

Henvendelse til tilbudsgiverne vedrørende priser kan derfor kun ske uden tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, når det efter en vurdering af samtlige tilbud er åbenbart, at der i et eller flere tilbud er en fejl. De prisforskelle, der var mellem de 6 tilbud ved det aktuelle udbud, indebar ikke, at det var åbenbart, at der var begået en fejl ved angivelsen af honorarprocenterne i tilbudene, og indklagede var derfor uberettiget til at rette henvendelse til tilbudsgiverne om honorarprocenterne. Klagenævnet tager således denne påstand til følge.

Herefter bestemmes:

Klagenævnet konstaterer, at indklagede, Københavns Pædagogseminarium, har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved i udbudsbekendtgørelsen af 19. august 1996 at beskrive tjenesteydelsen som »Rådgivende arkitekt- og ingeniørydelse i forbindelse med ny/tilbygning af 1400 m² med

tilhørende kælder på Københavns Pædagogseminarium«, uagtet den udbudte tjenesteydelse efter udbudsbetingelserne tillige omfattede en option på en eventuel 2. etape på yderligere ca. 380 m² svarende til ca. 264 m² netto.

Klagenævnet konstaterer, at indklagede har handlet i strid med forhandlingsforbudet i EU-udbudsreglerne ved efter modtagelsen af de 6 tilbud ved skrivelse af 12. marts 1997 at forespørge de 6 tilbudsgivere, om deres »oplysninger om honorarprocenter er angivet i forhold til tilbudsblankettens punkt 8's tekst, og opfylder det, der er angivet i punkt 8«, og ved at anmode tilbudsgiverne om at »genoplyse tilbudsblankettens punkt. 8«.

Klagen tages iøvrigt ikke til følge.

Indklagede, Københavns Pædagogseminarium, skal i sagsomkostninger til klageren, Praktiserende Arkitekters Råd, betale 10.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales klageren.