

K E N D E L S E

Mangor og Nagel Arkitektfirma A/S
(selv)

mod

Middelfart Kommune
(advokat Anne Vilslev Petersen, Middelfart)

Under denne, ved klageskrift af 28. november 1997 fra klageren Mangor og Nagel, Arkitektfirma A/S for Klagenævnet indbragte sag, foreligger til afgørelse spørgsmålet om, hvorvidt indklagede, Middelfart Kommune, med føje har udelukket to af klageren til bedømmelse indsendte projekter og dermed handlet i strid med direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (Tjenesteydelsesdirektivet).

Sagens omstændigheder er bl.a. følgende:

Ved udbudsbekendtgørelse afsendt til EF-Tidende den 22. januar 1997 bekendtgjorde indklagede bl.a.:

»Totalrådgivning

Aktivitetscenter

Middelfart kommune

EU udbudsbekendtgørelse, begrænset udbud, prækvalifikation (i henhold til direktiv 92/50/EØF/art. 36 stk. 1, litra a).

.....

2. Tjenesteydelsens kategori og beskrivelse CPC-nummer: CPC referencenummer 867, Kategori 12: Arkitekt- og rådgivende ingeniørvirksomhed som totalrådgivning.

Beskrivelse: Totalrådgivning i forbindelse med etablering af aktivitetscenter for integreret hjemmepleje af ældre og handicappede. Byggeprojektet omfatter opførelse af 80 almene ældreboliger samt ombygning af eksisterende plejehjem.

.....

7. Alternative bud: Alternative bud vil ikke komme i betragtning.

8.Bedømmelsen forventes afsluttet 2. juni 1997.

Byggeriet forventes afleveret år 2000.

9. Konsortiets retlige form: Totalrådgivning.

.....

14. Kriterier for tildeling af ordren og, om muligt, deres prioritering, hvis de ikke fremgår af opfordringen til at afgive bud: Ordren tildeles det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Kriterierne vil blive oplyst i opfordringen til at afgive bud.«

Ved skrivelse af 24. marts 1997 (»udbudsbrev«) tilskrev indklagede, bl.a. klageren således:

»Etablering af aktivitetscenter for lokalområde Skovgade.

Indledningsvis vil vi takke for Deres interesse i vores EU-udbud (begrænset udbud) vedrørende et tilbud på rådgivningsydelser til et byggeprojekt ved Middelfart plejehjem.

.....

Hvem inviteres ?

Kommunen har iblandt de interesserede firmaer prækvalificeret i alt fem rådgivere, som herved inviteres til at afgive et tilbud på etablering af et aktivitetscenter for lokalområde Skovgade, beliggende ved Middelfart plejehjem i Skovgade.

.....

Spørgsmål

Spørgsmål vedrørende udbudsmaterialet rettes skriftligt til bygherren og skal være fremme senest mandag d. 7. april 1997 kl. 12.00. Spørgsmålene besvares på et forhåndsmøde, som afholdes onsdag d. 9. april kl. 10.00 i byrådssalen på Rådhuset.

.....

Tilbudet

Middelfarts byråd har lagt vægt på, at bevare området omkring Middelfart plejehjem som et i forhold til byens centrum placeret tilbud til byens ældre.

Man har lagt vægt på, at se forskellige planløsninger for området, og derfor valgt, at invitere jer til at komme med et ide-oplæg til en løsning, der både gør området til et attraktivt og fremtidssikret tilbud til byens kommende gamle og samtidig respekterer de omgivelser centeret skal placeres i.

.....

Tilbud skal være Postkontoret i hænde mandag, den 5. maj 1997 inden posthuset lukker kl. 17.00.«

Af det ved udbudsbrevet udsendte materiale »Byggeprogram for området Skovgade« fremgår bl.a. følgende:

»Kap. 4 Kravspecifikation til center, hjælpemiddeldepot og boliger i Område Skovgade.

Aktivitetcentret skal disponeres på følgende måde:

Aktivitetcentret:

Aktivitetcentret skal bestå af et servicecenter samt 80 stk. ældreboliger.

Endvidere skal der indrettes et hjælpemiddeldepot på området. Eventuelt i kælderen på Middelfart Plejehjem.

Det nuværende Middelfart plejehjem nedlægges. Bygningerne danner ramme om det kommende servicecenter, og indgår dermed i fremtiden som en integreret del af aktivitetcentret.

.....

Ældreboligerne:

Målgrupper:

Der skal være tre forskellige ældreboligtyper i området, som retter sig mod tre forskellige målgrupper. 1. Boliger til de meget plejkrævende, dvs. en stor del af de personer der i dag bor på Middelfart plejehjem. 2. Boliger til senil demente. 3. Boliger til helt eller delvist selvhjulpne ældre.

.....

Meget plejkrævende:

Målgruppen for de plejhjemslignende boliger samt genoptræningspladserne vil være den svageste gruppe ældre, som er meget plejkrævende. Til denne gruppe skal der bygges 40 plejhjemslignende boliger samt 2 genoptræningsboliger.

.....

Senil demente:

Målgruppen til de 14 boliger til senil demente, er senil demente med en middelsvær grad af demens, hvilket betyder, at der til disse boliger må stilles nogle specielle krav til boligindretning.

.....

Helt eller delvist selvhjulpne ældre:

Endvidere skal der bygges 24 ældreboliger, hvor målgruppen er helt eller delvist selvhjulpne ældre, d.v.s. en målgruppe blandt de ældre som ikke har et så udpræget plejebenhov som de øvrige målgrupper.

Krav til ældreboligerne til helt eller delvist selvhjulpne ældre:

Der skal etableres boliger i to størrelser, fordelt på følgende måde:

[6 stk.] ¼ indrettes til ægtepar.

[18 stk.] ¾ indrettes til enlige.

.....

Kap. 5 Byggearbejdets organisation.

Entreprise- og udbudsform:

EU-udbud

Via et EU-udbud (begrænset udbud) prækvalificeres 5 rådgivere til at afgive et tilbud i form af et idéoplæg med tilhørende priser.

.....

Kap. 6 Økonomi.

Økonomiske enheder:

Byggeprojektet er opdelt i 2 selvstændige økonomiske enheder:

1. Etablering af aktivitetscentrets servicefunktioner samt hjælpemiddeldepot. Samlet økonomisk ramme 13,1 mill. kr. excl. moms.
2. Etablering af som udgangspunkt 80 almene ældreboliger med en maksimal etableringsudgift svarende til de senest offentliggjorte rammebeløb for støttet boligbyggeri.

Baseret på rammebeløbene pr. 1.1.97 kan den samlede maksimale etableringsudgift vejledende oplyses til 50,524 mill. kr. incl. moms
Beløbet er eksklusiv elevatortillæg.

1) Servicefunktionerne

.....

Der er forlods disponeret 0,5 mill. kr. excl. moms til alarmanlæg.«

Klageren blev sammen med fire andre virksomheder prækvalificeret og deltog i et den 9. april 1997 afholdt spørgemøde, hvor repræsentanter for indklagede samt bedømmelsesudvalgets sekretær, arkitekt Bent Kolind, var til stede.

Af det den 10. april 1997 udfærdigede mødereferat, der udsendtes til mødedeltagerne, fremgår bl.a.:

»5. Der savnes en generel præcisering af de ønskede rumstørrelser til de angivne funktioner i byggeprogrammet.

Svar:kommunen kun beder om et idéoplæg. Den endelige fastlæggelse af rumstørrelser og funktioner fastlægges i samråd med den valgte rågiver.

På mødet blev der i øvrigt stillet følgende spørgsmål:

Skal idéoplægget omfatte modeller ?

Svar : Nej.«

Af en af klageren rettidigt til indklagede indsendt »Økonomisk oversigt« fremgår bl.a.:

»Aktivitetscenter og boliger ved Skovgade i Middelfart

.....

Model 1

Forslaget med ombygningen af de eksisterende boligblokke, suppleret med nye blokke til ialt 78 boliger, synes at være gangbar inden for rammebeløbet. Der er regnet med et kvalitetsniveau svarende til god almennyttig standard. Økonomien tillader endog et fornuftigt anlæg af veje, P-pladser, stiforbindelser og overdækkede gangforbindelser, samt en smuk landskabsmæssig bearbejdning, når arealets i forvejen udtalte kvaliteter udnyttes.

Model 2

Forslaget med nyopførelse af 80 boliger kan ikke holdes inden for rammebeløbet, når der i den nuværende markedssituation regnes med et kvalitetsniveau, herunder en bearbejdning af udenomsarealerne, svarende til god almenyttig standard. En tilpasning til rammebeløbet vil kræve reduktioner i kvalitetsniveauet, der ud fra en totaløkonomisk betragtning kan være vanskelig at forsvare.

.....

Model 2 er dog ikke udenfor økonomisk rækkevidde. Der er tale om en beskedent overskridelse af rammebeløbet på ca. 7%. Lempelser i tilslutningsbidragene, alternativ finansiering af dele af vejanlægget, finansiering i henhold til sociallovgivningen af visse servicearealer i forbindelse med plejeboligerne o.a. kunne give en rimelig byggeøkonomi, der på sigt i driftsmæssig henseende vil være økonomisk mest fordelagtig.«

Anlægsudgifterne vedrørende »model 1« var af klageren opgjort til 36.313.000 kr., incl. moms, for »model 2« til 40.600.000 kr. incl. moms.

Ved skrivelse af 2. juni 1997 meddelte bedømmelsesudvalgets sekretær, arkitekt Bent Kolind klageren, at det indsendte materiale ikke kunne optages til bedømmelse. Som begrundelse herfor anførtes bl.a.:

»Ved udpakningen af jeres forslag kunne det konstateres, at forslaget indeholder 2 løsningsmuligheder, model 1 og model 2, hvilket efter min og dommerkomiteens umiddelbare opfattelse blev vurderet til at være i strid med udbudsbekendtgørelsens punkt 7, hvori det er angivet, at alternative bud ikke vil komme i betragtning.

Jeg har efterfølgende drøftet problemet med mine kolleger i konkurrencesekretariatet og endvidere forelagt problemet for Boligministeriet, Bygge- og boligstyrelsen,Man peger endvidere på det konkurrenceforvridende, der er i at én forslagsstiller afleverer flere forslag end de øvrige deltagere.«

Yderligere kontakter mellem klageren og indklagede førte ikke til ændring af den trufne beslutning om udelukkelse af klageren fra bedømmelse.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Principalt, at indklagede, tilpligtes at anerkende, at et tilbud fra klageren, er blevet uretmæssigt bortdømt fra et begrænset udbud af arkitekt- og ingeniørtjenesteydelser i forbindelse med 80 ældreboliger og ældrecenter i Skovgade, Middelfart.

Subsidiært, for det tilfælde, at Klagenævnet skulle finde, at der er tale om alternative forslag i Tjenesteydelsesdirektivets forstand, at indklagede til-

pligtes at anerkende, at tilbudet ikke kan bortdømmes, da udbudsbetingelserne ikke »forbyder« alternative forslag.

Indklagede har i det hele påstået frifindelse.

Der er for Klagenævnet afgivet forklaringer af økonomidirektør Søren Andersen, Middelfart Kommune, projektkoordinator, Allan Wissmann, Social- og Sundhedsforvaltningen, Middelfart Kommune samt arkitekt Bent Kolind. De har i det væsentligste forklaret samstemmende om sagsforløbet. Indklagedes mål var at finde en arkitektvirksomhed, der kunne forestå den endelige projektering, ikke så meget at få konkrete projekter præsenteret. På den anden side mente man, at de prækvalificerede virksomheder netop via projekter var i stand til at vise deres formåen. Det var givet, at der kun imødesås et projekt fra hver af deltagerne. Bent Kolind har særligt forklaret, at havde klageren præciseret, hvilken af de to modeller, der skulle være »alternativ«, kunne man muligt have udskudt dette og ladet det andet blive undergivet bedømmelse. Som situation forelå, fandt han det over for de andre konkurrencedeltagere rettest helt at udelukke klageren. Han rådgav kommunens embedsmænd i overensstemmelse hermed. Rådet blev fulgt og afgørelsen endeligt tiltrådt af borgmesteren.

Klageren har til støtte for de nedlagte påstande gjort gældende, at der ikke foreligger »alternative tilbud«, men alene 2 løsningsmodeller vedrørende samme projekt. Der er ikke så stor forskel på de to modeller, at de med rimelighed kan betegnes som alternative, heller ikke, hvis de alene bedømmes på baggrund af de skønnede omkostninger ved en eventuel realisering. Indklagedes udbudsbetingelser indbød netop til tilvejebringelse af løsninger. Det fremgår hverken af Tjenesteydelsesdirektivet eller af indklagedes udbudsbetingelser, at indsendelsen af mere end én løsningsmodel er »forbudt.« Den femgangsmåde stod også åben for de øvrige tilbudsgivere.

Indklagede har til støtte for påstanden om frifindelse nærmere anført, at såvel udbudsbekendtgørelsen som udbudsbetingelserne iøvrigt ikke kan forstås på anden måde end, at indklagede alene ønskede og forudsatte, at konkurrencedeltagerne indsendte eet projekt. Formålet var, at deltagerne kun måtte have adgang til foreslå et projekt, ikke flere varianter af samme eller flere forskellige projekter. Klageren har forstået udbudsbetingelserne på anden måde og må selv bære risikoen herfor. Havde indklagede disponeret på anden måde end sket, ville klageren på de øvrige konkurrencedeltageres

bekostning have opnået en sådan fordel, at indklagede havde krænket Tjenesteydelsesdirektivet ved ikke at give konkurrencedeltagerne lige vilkår. Udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne kan ikke med fornuft læses på anden måde end, at alternative forslag i denne konkurrence »er forbudt.«

Klagenævnet udtaler:

Således som udbudsbekendtgørelsen er formuleret og efter betingelserne i de øvrige af indklagede meddelte informationer, inden klageren indsendte de 2 løsningsmodeller til bedømmelse, lægges det til grund for afgørelsen, at der for konkurrencedeltagerne alene var adgang til indsendelse af 1 projekt til bedømmelse og ikke varianter af samme. Såfremt der for de bydende havde været mulighed for afgivelse af alternative bud eller for afgivelse af varianter af samme tilbud, måtte dette udtrykkeligt være fremgået af udbudet. Herefter, og da indklagede ikke har krænket Tjenesteydelsesdirektivet, kan klagerens påstande ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

De af klageren, Mangor og Nagel, Arkitektfirma overfor indklagede, Middelfart Kommune nedlagte påstande tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

A.F. Wehner

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig