

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Trine Heidemann Garde, Michael Jacobsen)

J.nr.: 2009-0018898

11. september 2009

K E N D E L S E

Mecanoo Architecten b.v.
(advokat Henning Biil, København)

mod

Århus Kommune
(advokat Tina Braad, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2007/S 242-295505 af 13. december 2007 udbød Århus Kommune en projektkonkurrence i henhold til direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) vedrørende et nyt centralt havnebyrum og multimediehus i Århus.

Indklagede udpegede 3 konkurrencedeltagere som vindere af projektkonkurrencen, nemlig

1. Konsortiet A-Team bestående af Arkitema A/S og AART A/S
2. Schmidt Hammer Lassen K/S
3. Mecanoo Architecten b.v.

Vinderne blev efterfølgende indbudt til at deltage i et udbud efter forhandling uden offentliggørelse i henhold til Udbudsdirektivets artikel 31, stk. 3, vedrørende realisering af det foreslåede projekt i totalrådgivning. Klagen vedrører dette udbud.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 30. september 2008. Ved udløbet af fristen for afgivelse af forhandlingstilbud den 30. oktober 2008 havde alle vindere af projektkonkurrencen afgivet tilbud. Forhandlingstilbuddene

dannede efterfølgende grundlag for en forhandling mellem hver af tilbudsgiverne og indklagede. Tilbudsgiverne afleverede deres endelige tilbud den 29. januar 2009. Den 2. marts 2009 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Schmidt Hammer Lassen K/S (herefter Schmidt Hammer Lassen).

Den 13. marts 2009 indgav klageren, Mecanoo Architecten b.v., klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Århus Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 22. april 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 29. juni 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ved under forhandlingerne at undlade at underrette klageren om relevante forhold, som indklagede tillagde betydning under evalueringen af de endelige tilbud, idet

- a. indklagede undlod at gøre klageren opmærksom på, at indklagede fandt, at de snævre manøvreforhold i klagerens projekt for store lastbiler ved indkørslen til p-anlægget ikke var overbevisende.
- b. indklagede under forhandlingerne roste klagerens forslag til udviklings- og samarbejdsproces, uanset at indklagede fandt, at en lidt mere udfoldet metode- og aktivitetsredegørelse ville have styrket tilbuddet yderligere.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed, idet indklagede under forhandlingerne udvidede budgetrammen for parkeringsanlæg med 25 mio. kr. for én af tilbudsgiverne, Konsortiet A-Team, men ikke for de øvrige tilbudsgivere, herunder klageren.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ved i strid med

udbudsbetingelserne af 30. september 2008 pkt. 12 under forhandlingerne at have videregivet oplysninger om klagerens konkurrenceforslag og tilbud til én af de andre tilbudsgivere, Schmidt Hammer Lassen, vedrørende havnepladsen, kystlinien og broer.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 53 ved ikke at gennemføre evalueringen af de endelige tilbud i overensstemmelse med de fastsatte tildelingskriterier, idet:

- a. indklagede ved evalueringen af underkriteriet 1. »Arkitektonisk, funktionel og teknisk kvalitet af det tilbudte projekt« vurderede, at Schmidt Hammer Lassens og klagerens trafikale løsninger var ligestillede, uanset at Schmidt Hammer Lassens tilbud for bløde trafikanter kun indeholdt en ubeskyttet fodgængerovergang over veje og banelegeme, ligesom busstoppesteder var placeret i sving, medens klagerens tilbud indeholdt beskyttede fodgængerovergange, og busstoppesteder ikke var placeret i sving, hvorfor klagerens tilbud ikke var ligestillet med Schmidt Hammer Lassens tilbud.
- b. indklagede ved evalueringen af 1. »Arkitektonisk, funktionel og teknisk kvalitet af det tilbudte projekt« vurderede, at Schmidt Hammer Lassens og klagerens løsninger vedrørende installationer, energi og indeklima var ligestillede, uanset at Schmidt Hammer Lassens tilbud, som indeholdt en bygning helt i glas, havde den dårligste bæredygtighed blandt de afgivne tilbud, og således ikke var ligestillet med klagerens bud.
- c. indklagede ved evalueringen af Schmidt Hammer Lassens tilbud i relation til underkriteriet 2. »Projektets evne og robusthed i forhold til overholdelse af den økonomiske ramme« lagde afgørende vægt på den af Schmidt Hammer Lassen tilbudte traditionelle parkeringsløsning, men ved evalueringen af kriteriet »Arkitektonisk, funktionel og teknisk kvalitet af det tilbudte projekt« lagde afgørende vægt på den af Schmidt Hammer Lassen tilbudte mekaniske parkeringsløsning, som var dyrere end den traditionelle parkeringsløsning.
- d. indklagede ved vurderingen af underkriteriet »Arkitektonisk, funktionel og teknisk kvalitet af det tilbudte projekt« for så vidt angår den trafikale løsning og løsningen vedrørende installationer, energi og indeklima lagde vægt på tilbuddenes muligheder for yderligere bearbejdning efter kontraktindgåelsen og muligheder for yderligere tiltag

efter kontraktindgåelsen, uanset at tilbuddene alene skal vurderes i forhold til deres udformning på tilbudstidspunktet.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at sørge for oversættelses- og tolkningsbistand i forbindelse med klagerens præsentation af sit tilbud den 5. februar 2009 og evalueringen af klagerens tilbud den 17. februar 2009 til trods for, at ikke alle deltagere i evalueringen var »komfortable med det engelske sprog«.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed og med § 6 a, stk. 2 og 3, i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004, idet indklagede undlod at afgive en engelsksproget version af tildelingsbeslutningen og en summarisk begrundelse herfor samtidig med, at meddelelsen blev givet på dansk.

Påstand 7

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 2. marts 2009 om at indgå kontrakt med Schmidt Hammer Lassen.

Klageren har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 4 a – 4 c nedlagt påstand om afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge. For så vidt angår klagerens øvrige påstande har indklagede nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens omstændigheder

I 1997 vedtog Århus Havn, Århus Amt og Århus Kommune planer for Århus Havns udvikling, der medførte, at havneaktiviteterne på de arealer, som ligger nærmest byen, blev flyttet til nye arealer mod øst. Dette muliggjorde, at de bynære havnearealer kunne overgå til bymæssige formål.

I 1999 udskrev indklagede en idekonkurrence om »De Bynære Havnearealer«. 1. præmieforslaget var udarbejdet af arkitekterne Knud Fladeland og

Peer Teglggaard Jeppesen, og indklagede vedtog i 2003 med baggrund i 1. præmieforslaget »Helhedsplan for De Bynære Havnearealer«.

Indklagede offentliggjorde den 13. december 2007 en projektkonkurrence omfattende et nyt centralt havnebyrum og multimediehus på de bynære havnearealers sydlige bastion. Af konkurrenceprogrammet fremgår, at budgetrammen for det samlede projekt er 1.325 mio. kr., herunder en budgetramme på 435 mio. kr. til bastionsopbygning, P-anlæg, trafikkorridorer, kælderfunktioner, spor- og belægningsarbejder, inventar på terræn m.v.

Udbuddet efter forhandling blev igangsat med fremsendelse af udbudsbetingelserne til de 3 vindere af projektkonkurrencen.

Tildelingskriteriet er i udbudsbetingelserne fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne:

1. Arkitektonisk, funktionel og teknisk kvalitet af det tilbudte projekt efter afklaring af eventuelle usikkerhedselementer i forhold til forståelsen af konkurrencebesvarelsen, herunder fornøden viderebearbejdning inden for rammerne af det afleverede forslag. (30 %)
2. Projektets evne og robusthed i forhold til overholdelse af den økonomiske ramme. (30 %)
3. Forslag til bemanding af opgaven. (15 %)
4. Forslag til den kommende udviklings- og samarbejdsproces, inkl. interessent- og borgerinddragelse. (15 %)
5. Honorartilbud. (10 %)

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at projektet efter udpegning af en totalrådgiver forventes udviklet i en tværfaglig samarbejdsproces med deltagelse af de implicerede parter.

Tilbud kunne afgives på såvel dansk som engelsk, dog skulle nærmere angivet materiale som minimum foreligge i engelsk udgave. Forhandlings- og kontraktsproget var angivet til at være dansk eller engelsk afhængig af tilbudsgivernes sproglige forudsætninger. Møder vedrørende økonomi foregik dog alle på engelsk, da indklagede benyttede det engelske firma Davis Langdon LLP som rådgiver vedrørende økonomien.

Klageren afgav tilbud på engelsk, mens de 2 andre tilbudsgivere afgav tilbud på dansk.

Det fremgik af konkurrenceprogrammet til projektkonkurrencen, at udbuddet efter forhandling i tilfælde af, at der blev udpeget flere vindere af projektkonkurrencen, ville blive gennemført som fortrolige, parallelle forhandlinger mellem udbyderen og de enkelte vindere af projektkonkurrencen. I udbudsbetingelserne er forhandlingsforløbet blandt andet beskrevet som følgende:

»Forhandlingerne foregår fortroligt mellem udbyderen og den enkelte tilbudsgiver, hvorfor ingen oplysninger om tilbuddet og konkurrenceforslaget må videregives til 3. mand.

...

Forhandlingerne vil være en vekselvirkning mellem centrale møder med en fælles forhandlingsgruppe og decentrale møder baseret på nedennævnte temaer:

Tema 1:

- Arkitektur, funktion, indretning, materialevalg
- Byrum, havneplads, trafikale forhold

Tema 2:

- Bærende konstruktioner, anlægsteknik
- Installationer, energi, indeklimateknik, bæredygtighed

Tema 3:

- Udviklingsproces, inddragelse, bemanning og samarbejde
- Kontraktforhold

Tema 4:

- Anlægsøkonomi

Tilbudsgiveren vil efter hvert forhandlingsmøde modtage et brev fra udbyderen indeholdende et kort referat af forhandlingsmødet med angivelse af de forhold, som udbyderen særligt ønsker, at tilbudsgiverne tager højde for i forbindelse med deres videre bearbejdning af forslag/tilbud. Herudover vil brevet indeholde eventuelle generelle forhold, som udbyderen ønsker alle tilbudsgiveres stillingtagen til.«

Det fremgik af udbudsbetingelserne, at der skulle etableres et kvalitetspræget og veldesignet parkeringsanlæg med i alt ca. 1000 parkeringspladser, og at anlægget i sin udformning og integration med det øvrige bygningskompleks skulle fremstå som et demonstrationsprojekt med nye innovative løsninger for udformning af P-anlæg. Det fremgår yderligere:

»Som udgangspunkt ønskes som minimum et parkeringsanlæg, som opfylder de efterfølgende beskrevne minimumskrav til et traditionelt P-anlæg. Udskriver ønsker dog at understrege, at man gerne ser nytænkende løsninger – teknisk, funktionelt og æstetisk – såfremt den konkurrerende kan godtgøre særlige og nyskabende kvaliteter. Der afsættes en særlig pulje til at løfte parkeringsanlægget ud af det ordinære, men det påhviler de konkurrerende at angive forskellen på det generiske anlæg og det nytænkende anlæg, samt at redegøre for den ekstra økonomi dette involverer.«

Af referat af et møde den 25. november 2008 mellem indklagede og Konsortiet A-Team fremgår følgende:

»Bygherre vurderede det aktuelle forslag som lyst og venligt, men efterspurgte det innovative i løsningen og gjorde i den forbindelse opmærksom på, at der er afsat 25 mio. kr. ekstra til en innovativ parkeringsløsning.«

I indklagedes evalueringsrapport har indklagede for så vidt angår forslaget fra Schmidt Hammer Lassen blandt andet skrevet:

»Forslaget til et innovativt p-anlæg er en meget overbevisende løsning af høj arkitektonisk og funktionel kvalitet. Til- og udkørselsforholdene er enkle og overskuelige, og der er i niveau med ankomstcentret plads til specialparkering og korttidsparkering. Elevatorer af glas, dagslys

og kig til det fri giver et imødekomende og trygt miljø, hvor det er rart at opholde sig med fine forbindelser til Multimediehuset, åen, Havnepladsen og Midtbyen.

...

Den trafikale løsning er på en række punkter et solidt bud på udbudsmaterialets krav og kan ved yderligere bearbejdning blive en både smuk og velfungerende trafikale løsning.

...

Løsninger og beskrivelser vedr. installationer, energi og indeklima er overbevisende i forhold til projektets aktuelle stade, og bæredygtige tiltag er indtænkt i projektet bl.a. i form af anvendelse af havvand til køl. Projektet rummer muligheder for yderligere bæredygtige tiltag.«

Om klagerens forslag står der blandt andet følgende i evalueringsrapporten:

»Den trafikale løsning er på en række punkter et solidt bud på udbudsmaterialets krav og kan ved en yderligere bearbejdning blive en både smuk og velfungerende trafikale løsning. De snævre manøvreforhold for store lastbiler ved indkørslen til p-anlægget er dog ikke overbevisende.

...

Løsninger og beskrivelser vedr. installationer, energi og indeklima er overbevisende i forhold til projektets aktuelle stade, og bæredygtige tiltag er indtænkt i projektet bl.a. i form af anvendelse af havvand til køl og brug af termoaktive dæk. Projektet rummer muligheder for yderligere bæredygtige tiltag.

...

Tilbuddet indeholder en procesbeskrivelse, hvor såvel professionelle som slut-brugere inddrages gennem velbeskrevne mødefora og et klart procesforløb. Processerne indeholder en forholdsvis udfoldet aktivitetsliste og idéer til yderligere aktiviteter som optioner. En lidt mere

udfoldet metode- og aktivitetsredegørelse ville således have styrket tilbuddet yderligere.«

Indklagede orienterede telefonisk tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen den 2. marts 2009. For klagerens vedkommende tilgik meddelelsen klagerens kontaktperson i forbindelse med forhandlingerne og tilbudsafgivelsen, som er såvel dansk- som engelsksproget. Indklagede fremsendte umiddelbart efter den telefoniske henvendelse indklagedes evalueringsrapport på dansk til tilbudsgiverne pr. e-mail. Indklagede fremsendte ikke anden meddelelse om den trufne tildelingsbeslutning.

Michael Kirkfeldt, afdelingsingeniør i Århus Kommune, har blandt andet forklaret, at klageren ikke havde tegnet kørekurver på sine tegninger før i det endelige tilbud. Indklagede blev derfor først opmærksom på, at klagerens forslag indeholdt snævre manøvreforhold for store lastbiler ved indkørslen til p-anlægget efter modtagelsen af det endelige tilbud. På forhandlingsmødet den 22. januar 2009 med klageren blev klagerens metode- og aktivitetsredegørelse ikke drøftet yderligere, da der var andre og større udfordringer, som det var vigtigere at få talt om.

Mauro Parravicini, arkitekt hos Mecanoo Architecten b.v., har på mødet i Klagenævnet gennemgået og illustreret forskelle og ligheder mellem tilbuddene fra Schmidt Hammer Lassen og klageren.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klageren blev berøvet muligheden for at optimere sit tilbud på relevante punkter, som indklagede tillagde vægt, fordi indklagede fortav, at indklagede betragtede tilbuddet som relativt svagt på disse punkter. De snævre manøvreforhold blev slet ikke omtalt af indklagede under forhandlingerne, og indklagedes referat af forhandlingsmødet den 18. december 2008 gav klageren indtryk af, at der ikke var grund til at bearbejde tilbuddet yderligere for så vidt angår metode- og aktivitetsredegørelsen.

Indklagede har gjort gældende, at det hverken følger af ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2, at

en tilbudsgiver under et udbud efter forhandling skal have adgang til at optimere alle forhold i sit forhandlingstilbud. Det har ikke været muligt at drøfte hver en detalje i det enkelte projekt under forhandlingerne. Forhandlingerne har derimod måttet koncentrere sig om de væsentligste elementer i det enkelte forslag. For klagerens vedkommende har der således været andre forhold end manøvreforhold for lastbiler og en yderligere udfoldning af metode- og aktivitetsredegørelsen, som har påkaldt sig interesse, og hvor indklagede har vurderet, at klageren med fordel kunne optimere i sit tilbud. Endelig blev manøvreforholdene for lastbiler i klagerens tilbud først tydelige ved klagerens endelige tilbud, hvor der var vist kørekurver for lastbiler.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede gav Konsortiet A-Team oplysning om, at der var yderligere 25 mio. kr. til rådighed til en innovativ parkeringsløsning. Klageren og Schmidt Hammer Lassen fik ikke denne oplysning. Dette udgør klart et brud på ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Indklagede har gjort gældende, at budgetrammen var ens for alle tilbudsgivere. Indklagede oplyste allerede under projektkonkurrencen, at der i budgetrammen på 1.325 mio. kr. var indeholdt et ekstra beløb til en innovativ parkeringsløsning. Det var kun Konsortiet A-Team, som fik oplyst størrelsen på det ekstra beløb.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at Schmidt Hammer Lassens projekt ændrede sig væsentligt fra projektkonkurrencen til det endelige tilbud vedrørende friarealerne omfattende havnepladsen, kystlinien og broer. Det ændrede forslag fra Schmidt Hammer Lassen ligner klagerens forslag på disse punkter i så høj grad, at Schmidt Hammer Lassen nødvendigvis må have modtaget oplysninger om indholdet af klagerens tilbud. Disse oplysninger kan alene være kommet fra indklagede.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har været meget opmærksom på, at forhandlingerne foregik fortroligt mellem indklagede og den enkelte tilbudsgiver, og at ingen oplysninger om en tilbudsgivers tilbud og konkurrenceforslag derfor måtte videregives til de øvrige tilbudsgivere.

Havnepladsen var et af de svage elementer i konkurrenceforslaget fra Schmidt Hammer Lassen, og havnepladsen var som en naturlig følge heraf et af de elementer, som Schmidt Hammer Lassen har arbejdet intenst med under det efterfølgende udbud efter forhandling. Henset til det fælles udgangspunkt i form af konkurrenceprogrammet og Knud Fladelands helhedsplan for de bynære havnearealer er det ikke overraskende, at der er ligheder mellem Schmidt Hammer Lassens og klagerens projekt.

Ad påstand 4 a

Klageren har gjort gældende, at indklagede under evalueringen af underkriteriet 1. »Arkitektonisk, funktionel og teknisk kvalitet af det tilbudte projekt« vurderede, at Schmidt Hammer Lassens og klagerens trafikale løsninger var ligestillede. Dette er en forkert vurdering. Schmidt Hammer Lassens tilbud for bløde trafikanter indeholdt kun en ubeskyttet fodgængerovergang over veje og banelegeme, ligesom busstoppesteder var placeret i sving. Klagerens tilbud indeholdt derimod beskyttede fodgængerovergange, og busstoppesteder var ikke placeret i sving.

Indklagede har principalt gjort gældende, at påstanden i realiteten vedrører indklagedes skønsmæssige vurdering af tilbuddet fra Schmidt Hammer Lassen og dermed indklagedes pointgivning. I praksis erstatter Klagenævnet for Udbud ikke indklagedes skøn med sit eget, og påstanden skal derfor afvises.

Indklagede har subsidiært gjort gældende, at indklagede ved vurderingen af underkriteriet 1. »Arkitektonisk, funktionel og teknisk kvalitet af det tilbudte projekt«, hvori blandt andet løsningen af de trafikale forhold indgår, har foretaget en saglig og objektiv vurdering af Schmidt Hammer Lassens tilbud, og at indklagede ikke har forskelsbehandlet Schmidt Hammer Lassen på de øvrige tilbudsgiveres bekostning.

Ad påstand 4 b

Klageren har gjort gældende, at indklagede under evalueringen af underkriteriet 1. »Arkitektonisk, funktionel og teknisk kvalitet af det tilbudte projekt« vurderede, at Schmidt Hammer Lassens og klagerens løsninger vedrørende installationer, energi og indeklima var ligestillede. Dette er en forkert

vurdering, da tilbuddet fra Schmidt Hammer Lassen havde den dårligste bæredygtighed blandt de afgivne tilbud.

Indklagede har principalt gjort gældende, at påstanden i realiteten vedrører indklagedes skønsmæssige vurdering af tilbuddet fra Schmidt Hammer Lassen og dermed indklagedes pointgivning. I praksis erstatter Klagenævnet for Udbud ikke indklagedes skøn med sit eget, og påstanden skal derfor afvises.

Indklagede har subsidiært gjort gældende, at indklagedes vurdering er udtryk for en objektiv og saglig vurdering af Schmidt Hammer Lassens tilbud.

Ad påstand 4 c

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved evalueringen af Schmidt Hammer Lassens tilbud i relation til underkriteriet 2. »Projektets evne og robusthed i forhold til overholdelse af den økonomiske ramme« lagde afgørende vægt på den af Schmidt Hammer Lassen tilbudte traditionelle parkeringsløsning, men ved evalueringen af underkriteriet 1. »Arkitektonisk, funktionel og teknisk kvalitet af det tilbudte projekt« lagde afgørende vægt på den af Schmidt Hammer Lassen tilbudte mekaniske parkeringsløsning, som var dyrere end den traditionelle parkeringsløsning. Det er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet på denne måde at tage en løsning i betragtning ved vurderingen af ét underkriterium, men en anden løsning ved vurderingen af et andet underkriterium.

Indklagede har principalt gjort gældende, at påstanden i realiteten vedrører indklagedes skønsmæssige vurdering af tilbuddet fra Schmidt Hammer Lassen og dermed indklagedes pointgivning. I praksis erstatter Klagenævnet for Udbud ikke indklagedes skøn med sit eget, og påstanden skal derfor afvises.

Indklagede har subsidiært gjort gældende, at det ikke er korrekt, at indklagede ved vurderingen af Schmidt Hammer Lassens tilbud i henhold til underkriteriet »Projektets evne og robusthed i forhold til overholdelse af den økonomiske ramme« udelukkende har taget den af Schmidt Hammer Lassen tilbudte traditionelle parkeringsløsning i betragtning. Indklagede vurderede, at forskellen mellem den traditionelle og den mekaniske parkeringsløsning, der i forhold til det samlede budget er begrænset, ikke havde be-

tydning for vurderingen af underkriteriet »Projektets evne og robusthed i forhold til overholdelse af den økonomiske ramme«.

Ad påstand 4 d

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved vurderingen af underkriteriet 1. »Arkitektonisk, funktionel og teknisk kvalitet af det tilbudte projekt« for så vidt angår den trafikale løsning og løsningen vedrørende installationer, energi og indeklima lagde vægt på tilbuddenes muligheder for yderligere bearbejdning efter kontraktindgåelsen. Indklagede har dermed lagt vægt ikke på det foreliggende tilbud, men på teoretiske videreudviklinger efter kontraktindgåelsen. Tilbuddene skal imidlertid vurderes i forhold til deres aktuelle udformning.

Indklagede har gjort gældende, at det henset til projektets karakter og kompleksitet siger sig selv, at det ikke under udbuddet efter forhandling ville være muligt at videreudvikle de vindende konkurrenceforslag så langt, at indklagede efter forhandlingernes afslutning stod med et endeligt og færdigt projekt, som ikke skulle bearbejdes yderligere. Det fremgår da også direkte af underkriteriet 1. »Arkitektonisk, funktionel og teknisk kvalitet af det tilbudte projekt«, at indklagede som sket ved vurderingen af tilbuddene ville lægge vægt på mulighederne for inden for rammerne af det afleverede forslag at foretage den fornødne viderebearbejdning af forslaget. Indklagede har ikke ved vurderingen af tilbuddene lagt vægt på indklagedes forestilling om, hvordan tilbuddene vil se ud efter yderligere udvikling/viderebearbejdning, men har udelukkende lagt vægt på mulighederne for efterfølgende at foretage en yderligere og måske endog nødvendig viderebearbejdning af det tilbudte projekt.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede i kraft af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet var forpligtet til at sikre sig, at tilbuddene ville blive lige godt forstået på dansk såvel som på engelsk af de personer, som deltog i gennemgang og evaluering af tilbuddene. Indklagede tilkendegav, at ikke alle indklagedes deltagere i evalueringen var lige »komfortable med det engelske sprog«, og indklagede måtte derfor for at overholde sine forpligtelser sikre sig fornøden tolke- og oversættelsesbistand.

Indklagede har gjort gældende, at baggrunden for indklagedes beslutning om – med henvisning til, at ikke alle i bedømmelseskomiteens medlemmer var lige »komfortable med det engelske sprog« – at indkalde tolke- og oversættelsesbistand i forbindelse med klagerens præsentation af sit tilbud den 17. februar 2009, ikke er et udtryk for, at de pågældende deltagere ikke kan læse og forstå engelsk, men derimod et udtryk for, at visse af bedømmelseskomiteens medlemmer værgede sig ved at stille spørgsmål på engelsk. Bedømmelseskomiteens medlemmer er blevet bistået af en lang række tekniske rådgivere, herunder de rådgivere, som deltog i forhandlingerne med klageren, som alle kan læse og forstå engelsk.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at indklagede skulle have afgivet en meddelelse om tildelingsbeslutningen med en summarisk begrundelse herfor på engelsk til klageren. Korrespondance og forhandlinger var indtil dette tidspunkt sket direkte mellem indklagede og klageren på engelsk, og der var ikke aftalt ændringer i denne fremgangsmåde i relation til evalueringsrapporten og indklagedes bedømmelse af tilbuddene.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med orienteringen om tildelingsbeslutningen ikke at fremsende en summarisk begrundelse for den trufne tildelingsbeslutning på engelsk, men udelukkende at fremsende den fulde evalueringsrapport på dansk. Eftersom den person, som klageren udpegede til at modtage tildelingsbeslutningen, forstod dansk og i øvrigt talte flydende engelsk, modtog klageren således med indklagedes evalueringsrapport ligeledes en summarisk begrundelse for den tildelingsbeslutning, der var truffet.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at de under påstand 1 – 6 omhandlede overtrædelser udgør så væsentlige overtrædelser af grundlæggende udbudsretlige principper, at der er grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage klagerens påstand 7 til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det følger allerede af udbuddets omfang og genstand, at det ikke under forhandlingsforløbet har været muligt at drøfte samtlige detaljer i klagerens tilbud, og der kan ikke af Udbudsdirektivets artikel 2 udledes et krav om, at alle forhold i de meget omfattende og teknisk komplicerede tilbud belyses under forhandlingsforløbet. Forhandlingerne har med rette koncentreret sig om de væsentligste elementer i klagerens tilbud.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

I udbudsbetingelserne er budgetrammen fastsat til 1.325 mio. kr., herunder 435 mio. kr. til bastionsopbygning, P-anlæg, trafikkorridorer mv., og det er oplyst, at »der afsættes en særlig pulje til at løfte parkeringsanlægget ud af det ordinære«.

Indklagedes oplysning til Konsortiet A-Team på mødet den 25. november 2008 var foranlediget af, at A-Teams parkeringsløsning ikke levede op til indklagedes ønske om en innovativ parkeringsløsning, og oplysningen havde til hensigt at gøre Konsortiet A-Team opmærksom på den særlige pulje hertil, som var nævnt i udbudsbetingelserne.

Indklagede handlede ikke i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at gøre Konsortiet A-Team opmærksom på den særlige pulje, og påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Indklagede har i konkurrenceprogrammet og i udbudsbetingelserne udtrykkeligt skrevet, at forhandlingerne mellem indklagede og den enkelte tilbudsgiver skulle foregå fortroligt. Klageren har ikke sandsynliggjort, at dette ikke har været tilfældet, og påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4 a og 4 b

Efter fast praksis tager Klagenævnet for Udbud i sine afgørelser om, hvorvidt et konkret udbud med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« på forskellige punkter har været i strid med udbudsreglerne, ikke stilling til, hvilken relativ vurdering af tilbuddene indklagede skulle have foretaget, såfremt reglerne var blevet fulgt. Klagenævnet erstatter således ikke indklagedes skøn med sit eget. Derfor afvises påstand 4 a og 4 b.

Ad påstand 4 c

Der er ikke i indklagedes evalueringsrapport eller i det, der i øvrigt er kommet frem, grundlag for at fastslå, at indklagede ved evalueringen af Schmidt Hammer Lassens tilbud i henhold til underkriteriet 2. »Projektets evne og robusthed i forhold til overholdelse af den økonomiske ramme« har lagt vægt på den tilbudte traditionelle parkeringsløsning, og ved evalueringen i henhold til underkriteriet 1. »Arkitektonisk, funktionel og teknisk kvalitet af det tilbudte projekt« derimod har lagt vægt på den tilbudte mekaniske løsning. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4 d

I udbudsbetingelserne er underkriterium 1. fastsat som »Arkitektonisk, funktionel og teknisk kvalitet af det tilbudte projekt efter afklaring af eventuelle usikkerhedselementer i forhold til forståelsen af konkurrencebesvarelsen, herunder fornøden viderebearbejdning inden for rammerne af det afleverede projekt«, og det fremgår af udbudsbetingelserne, at projektet efter udpegning af en totalrådgiver forventedes udviklet i en tværfaglig samarbejdsproces med deltagelse af de implicerede parter.

Under disse omstændigheder finder Klagenævnet, at det ikke er i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed eller Udbudsdirektivets artikel 53, at indklagede under evalueringen har lagt vægt på mulighederne for efterfølgende at foretage en yderligere viderebearbejdning af de tilbudte projekter. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

I mail af 4. januar 2009 til klageren skrev indklagedes rådgiver blandt andet, at »vores overvejelser [går] netop på, at sikre alle teams de bedste muligheder for at præsentere deres projekt så optimalt som muligt og sikre, at sproget ikke sætter begrænsninger i forståelse af projekterne. Tina Braad er naturligvis involveret i overvejelserne – også i forbindelse med brugen af tolk under jeres dialog med bedømmelseskomiteen«.

Indklagede har under denne sag uddybende oplyst, at bedømmelseskomiteens medlemmer både kan læse og forstå engelsk, men at visse af medlemmerne værgede sig ved at stille spørgsmål på engelsk. Der deltog som følge heraf en tolk på mødet den 17. februar 2009 under klagerens præsentation og den efterfølgende dialog mellem indklagede og klageren.

Indklagede har yderligere oplyst, at de rådgivere, som bistod bedømmelseskomiteen, alle kan forstå og læse engelsk.

Der er herefter ikke grundlag for at antage, at klagerens afgivelse af tilbud og præsentation på engelsk eller indklagedes anvendelse af engelsksprogede rådgivere har givet anledning til problemer på klagerens møde med indklagede den 5. februar 2009 vedrørende tema 4 eller i forbindelse med indklagedes evaluering af klagerens tilbud på mødet den 17. – 18. februar 2009. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 6

Efter udbudsbetingelserne var forhandlings- og kontraktsproget dansk eller engelsk afhængig af tilbudsgivernes forudsætninger. Klageren var engelsksproget, og alle forhandlinger med klageren var foregået på engelsk. Under disse omstændigheder var indklagede forpligtet til at underrette klageren om tildelingsbeslutningen på engelsk, og herunder mindst give klageren en summarisk begrundelse for den trufne beslutning på engelsk.

Der er ikke grundlag for at antage, at klageren med valget af en såvel dansk- som engelsksproget kontaktperson havde frafaldet at modtage meddelelsen på engelsk.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 7

Overtrædelsen ad påstand 6 kan ikke føre til annullation af tildelingsbeslutningen.

Som følge af det, der er anført ad påstand 1 – 5, tager Klagenævnet ikke påstanden til følge.

Herefter bestemmes:Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed og med § 6 a, stk. 2 og 3, i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004, idet indklagede undlod at afgive en engelsksproget version af tildelingsbeslutningen og en summarisk begrundelse herfor samtidig med, at meddelelsen blev givet på dansk.

Klagen tages ikke til følge ad påstand 1, 2, 3, 4 c, 4 d, 5 og 7.

Påstand 4 a og 4 b afvises.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig