

K E N D E L S E

Arkitektfirmaet C. F. Møller A/S
(advokat Holger Schöer, Århus)

mod

Universitets- og Byggestyrelsen
(Kammeradvokaten v/advokat Britta Moll Brown)

Ved udbudsbekendtgørelse af 2. maj 2007 udbød indklagede Universitets- og Byggestyrelsen som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EU-udbudsdirektivet) rådgiverydelser i forbindelse med projektering og opførelse af et nybyggeri til brug for forskning og undervisning for Handelshøjskolen, Aarhus Universitet.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 30. maj 2007 havde 22 virksomheder anmodet om prækvalifikation, herunder klageren, Arkitektfirmaet C. F. Møller A/S.

I en skrivelse af 21. juni 2007 til klageren meddelte indklagede, at klagerens anmodning om prækvalifikation ikke var kommet til behandling under henvisning til, at klageren udtrykkeligt havde tilkendegivet at ville afgive tilbud i strid med det i udbudsbekendtgørelsen forudsatte om, at aftalen skal indgås med en totalrådgivergruppe.

Den 24. august 2007 indgav klageren, Arkitektfirmaet C. F. Møller A/S klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Universitets- og Byggestyrelsen. 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 10. september 2007 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip og EU-udbudsdirektivets art. 2 ved ikke at behandle klagers anmodning om prækvalifikation med henvisning til, at klager har tilkendegivet at ville afgive tilbud på en måde, der er i strid med det i udbudsbekendtgørelsen forudsatte om solidarisk og direkte hæftelse over for indklagede.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 21. juni 2007 om ikke at behandle klagerens anmodning om prækvalifikation.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere udbudet.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 19. oktober 2007 om at indgå kontrakt med Cubo Arkitekter A/S, Søren Jensen Rådgivende Ingeniørfirma, Via Trafik og Thing & Wainø landskabsarkitekter ApS.

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

Udbudsbekendtgørelsen af 2. maj 2007 indeholder følgende:

»DEL II: KONTRAKTENS GENSTAND

...

II.1.6) CPV-Klassifikation (Common Procurement Vocabulary): 74200000, 74230000, 74250000.

...

DEL III: JURIDISKE, ØKONOMISKE, FINANSIELLE OG TEKNISKE OPLYSNINGER

...

III.1) BETINGELSER I KONTRAKTEN

III.1.3) Retlig form, som kræves af den sammenslutning af økonomiske aktører, ordren tildeles: Der vil til sin tid blive indgået aftale med den vindende tilbudsgiver om rådgivning udført af en totalrådgivergruppe med solidarisk og direkte hæftelse mellem gruppens medlemmer, og at en af gruppen udpeget person kan optræde over for ordregiver med fuld prokura på gruppens vegne.

...

III.2) BETINGELSER FOR DELTAGELSE

III.2.1) De økonomiske aktørers personlige forhold, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregister: Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: For alle virksomheder der indgår i totalrådgivningsgruppen skal fremsendes følgende oplysninger: ...

III.2.2) Økonomisk og finansiell kapacitet: Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: For alle virksomheder der indgår i totalrådgivergruppen skal fremsendes følgende oplysninger: ...

III.2.3) Teknisk kapacitet: Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: For alle virksomheder der indgår i totalrådgivningsgruppen skal fremsendes følgende oplysninger: ... «

I udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.1.2) er om begrænsningen af det antal økonomiske aktører, som vil blive opfordret til at deltage, anført:

»Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal kandidater:

Ordregiver vil ud fra en vurdering af ansøgernes økonomiske og tekniske kapacitet sikre en sammensætning, som skønnes at give den bedst mulige konkurrence.«

I »Fælles glossar for offentlige kontrakter (cpv)« er anført følgende om de angivne cpv-klassifikationsnumre:

74200000-1 Arkitekt-, ingeniør- og byggevirksomhed samt hermed beslægtet teknisk rådgivning

74230000-0 Ingeniørvirksomhed

74250000-6 Byplanlægnings- og landskabsarkitektvirksomhed

Klageren anmodede om prækvalifikation ved en skrivelse af 29. maj 2007. I skrивelsen var bl.a. anført følgende:

»Med denne henvendelse vil vi hermed gerne anmode om deltagelse i ovennævnte prækvalifikation.

Projektgruppen består af Arkitektfirmaet C. F. Møller som totalrådgiver med COWI A/S som underrådgiver indenfor alle ingeniørfag.

...«

Indklagede skrev derpå den 21. juni 2007 således til klageren:

»...

Universitets- og Bygningsstyrelsen takker for Deres anmodning om deltagelse i ovennævnte.

Desværre kom Deres anmodning om prækvalifikation ikke til behandling, idet De udtrykkelig har tilkendegivet at ville afgive tilbud på en måde, der er i strid med det i udbudsbekendtgørelsen forudsatte om, at aftalen skal indgås med en total rådgivergruppe med solidarisk og direkte hæftelse mellem gruppens parter.

...«

Klageren henstillede ved skrivelse af 26. juni 2007, at anmodningen om prækvalifikation blev optaget til behandling, men indklagede har i en e-mail af 7. august 2007 fastholdt sin afgørelse.

Af indklagedes evalueringsnotat af 31. maj 2007 fremgår bl.a., at de modtagne anmodninger om prækvalifikation er grupperet med numrene 01-22 og bedømt i forhold til udbudsbekendtgørelsens del III for så vidt angår pkt. III, 1.3), III, 2.1), III, 2.2) og III, 2.3). Herved er 8 anmodninger godkendt. Foruden anmodningen om prækvalifikation fra klageren blev 7 af anmodningerne bedømt som stridende mod udbudsbekendtgørelsens angivelser i pkt. III, 1.3) om retlig form. I alle tilfælde var der tale om anmodninger fra arkitektfirmaer med de øvrige rådgivere som underrådgivere.

Blandt de anmodninger om prækvalifikation, som indklagede i evalueringsnotatet har godkendt i forhold til de nævnte punkter i udbudsbekendtgørelsen, var anmodninger fra følgende 3 virksomheder eller grupperinger af virksomheder:

- 01: Cubo Arkitekter A/S
Søren Jensen Rådgivende Ingeniørfirma
Via Trafik
Thing & Wainø landskabsarkitekter ApS
- 02: Arkitektur+Byplan DAI Gruppen A/S
- 15: GPP Arkitekter A/S
Hundsbæk & Henriksen A/S
Møller & Grønborg A/S

I anmodningen om prækvalifikation af 25. maj 2007 fra de under nr. 01 anførte tilbudsgivere hedder det bl.a.

»Cubo Arkitekter A/S anmoder i samarbejde med Søren Jensen Rådgivende Ingeniører, Via Trafik, trafikplanlæggere og landskabsarkitekterne Thing & Wainø om prækvalifikation til ovenstående udbud.«

Af prækvalifikationsanmodningen af 29. maj 2007 fra den under 02 nævnte virksomhed fremgår, at DAI-gruppen A/S er en rådgivende arkitekt- og ingeniørvirksomhed.

Endelig er der bl.a. anført følgende i prækvalifikationsanmodningen af 21. maj 2007 fra de under nr. 15 anførte virksomheder:

»Idet vi henviser til udbudsannoncen, anmoder undertegnede arkitektfirma GPP Arkitekter A/S hermed om prækvalifikation til nybyggeri til forskning og undervisning på Handelshøjskolen i Aarhus, umiddelbart nord for eksisterende bygninger på Fuglsangs Allé.

Til løsning af opgaven har vi etableret en rådgivningsgruppe bestående af:

Totalrådgiver/Arkitekt:	GPP ARKITEKTER A/S,
Ingeniør:	HUNDSBÆK & HENRIKSEN A/S,
Planlægning, Trafik & Landskab:	MØLLER & GRØNBORG A/S

...

Gruppens sammensætning tager udgangspunkt i et etableret samarbejde mellem de involverede firmaer, hvor vi udnytter hinandens kompetencer og erfaringer indenfor hhv. konceptudvikling, design, visioner, byggeri, planlægning, trafik, procesrådgivning og proceshåndtering mv.«

Af de omhandlede virksomheder eller grupperinger af virksomheder blev alene Cubo Arkitekter A/S i samarbejde med Søren Jensen Rådgivende Ingeniører, Via Trafik, trafikplanlæggere og landskabsarkitekterne Thing & Wainø prækvalificeret.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har bl.a. gjort gældende, at klageren har opfyldt samtlige betingelser for deltagelse i konkurrencen, og at indklagede derfor er forpligtet til at behandle anmodningen om prækvalifikation, at indklagedes afvisning af at behandle klagers anmodning om prækvalifikation er sket med henvisning til forhold, som ikke fremgår af udbudsbekendtgørelsens betingelser for prækvalifikation som angivet i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2, og at indklagedes beslutning tillige er i strid med udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.1.2, hvoraf det udtrykkeligt fremgår, at valget af deltagere udelukkende vil ske på baggrund af objektive kriterier om ansøgernes økonomiske og tekniske kapacitet. Klageren har endvidere gjort gældende, at indklagede har sammenblandet betingelser for prækvalifikation med tildelingskriterier, og at klagerens oplysning om projektgruppens rollefordeling intet har med projektgruppens ansvarsforhold over for indklagede at gøre, men alene har til formål at beskrive arbejdsfordelingen mellem projektgruppens deltagere, ligesom klageren og Cowi A/S har formuleret sig på en måde, som kun kan forstås således, at virksomhederne vil optræde som totalrådgivergruppe i forhold til indklagede.

Herudover har klageren gjort gældende, at indklagede i forbindelse med bedømmelse af en række af de øvrige anmodninger om prækvalifikation ikke har tillagt spørgsmålet om tilbudsgivers retlige form samme betydning som i forbindelse med bedømmelsen af anmodningen fra klageren og Cowi A/S. Cubo Arkitekter A/S mfl. er således blevet prækvalificeret på trods af, at det intetsteds fremgår af prækvalifikationsmaterialet, at de pågældende

rådgivningsfirmaers retlige form er en totalrådgivergruppe med solidarisk og direkte hæftelse over for indklagede. Anmodningen om prækvalifikation fra Arkitektur+Byplan DAI Gruppen A/S er blevet anset for i orden, uanset at der ikke er tale om en sammenslutning af økonomiske aktører eller en totalrådgivningsgruppe, men alene et enkelt aktieselskab. Anmodningen om prækvalifikation fra GPP Arkitekter A/S, Hundsbæk & Henriksen A/S, Møller & Grønborg A/S er ligeledes anset for i orden af indklagede, skønt GPP Arkitekter A/S er udpeget som totalrådgiver, og at anmodningen fra GPP Arkitekter A/S m.fl. vedrørende den retlige form stort set er identisk med anmodningen fra klageren og Cowi A/S.

At GPP Arkitekter A/S m.fl. og Arkitektur+Byplan DAI Gruppen A/S efter det oplyste ikke blev prækvalificeret er uden betydning for sagen, der udelukkende drejer sig om, hvorvidt indklagede har været berettiget til slet ikke at behandle anmodningen om prækvalifikation fra klageren og Cowi A/S.

Indklagede har bl.a. gjort gældende, at det af klagerens ansøgning om prækvalifikation utvetydigt fremgår, at det var klageren, der ansøgte om at blive prækvalificeret som totalrådgiver. Dette ville indebære, at indklagede ville få klageren som aftalepart og ikke Cowi A/S, der alene ville blive underrådgiver. Det ville være i strid med forhandlingsforbuddet efterfølgende at aftale, at totalrådgiveren alligevel skulle være en totalrådgivergruppe med solidarisk ansvar. Indklagede var berettiget til at bestemme, at totalrådgivningsaftalen skulle indgås med en gruppe eller en sammenslutning af ligeværdige rådgivere, jf. udbudsdirektivets artikel 4, stk. 2.

Indklagede har videre gjort gældende, at indklagede ikke var beføjet til at prækvalificere de 8 ansøgere, herunder klageren, som totalrådgivergrupper, når de udtrykkeligt havde tilkendegivet, at arkitektfirmaerne ville være totalrådgivere med de øvrige rådgivere som underrådgivere. Det må også antages at falde udenfor indklagedes kompetence at fastsætte, at tilbud skulle afgives af en totalrådgivergruppe, når det ikke var denne gruppe, der var prækvalificeret. Såfremt indklagede havde prækvalificeret ansøgerne, således som de havde ansøgt, og samtidig havde gjort det til et krav i totalrådgiveraftalen, at denne skulle indgås med en totalrådgivergruppe med solidarisk ansvar, ville en sådan løsning være i strid med de ansøgende arkitektfirmaers tilkendegivne intention. Det ville formentlig også være usagligt og i strid med ligebehandlingsprincippet at prækvalificere ansøgere, der havde

tilkendegivet at ville afgive tilbud på en måde, som var i strid med det, som var oplyst i udbudsbekendtgørelsen.

For så vidt angår ansøgningen om prækvalifikation fra Cubo Arkitekter A/S, Søren Jensen Rådgivende Ingeniørfirma, Via Trafik og Thing & Wainø landskabsarkitekter ApS, har indklagede gjort gældende, at ansøgningen må forstås således, at disse firmaer alle er ansøgere og dermed en sammenslutning af økonomiske aktører i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsen.

For så vidt angår ansøgningen fra Arkitektur+Byplan, DAI-Gruppen A/S, har indklagede gjort gældende, at der er tale om en ansøgning fra et firma, der både er et arkitektfirma og et ingeniørfirma, og det var ikke i strid med udbudsbekendtgørelsen at prækvalificere dette firma, selvom der ikke er tale om en sammenslutning. Udbudsbekendtgørelsen er skrevet med henblik på den helt fremherskende brancheopdeling i arkitektfirmaer og ingeniørfirmaer og i forventning om primært at modtage ansøgninger fra sammenslutninger af arkitektfirmaer og ingeniørfirmaer. Et firma med både arkitekter og ingeniører vil ofte have de samme kompetencer som en sammenslutning af arkitekt- og ingeniørfirmaer, og et sådant firma må også antages at sikre den tilsigtede ligeværdige repræsentation. Der er ikke tale om, at den ene faggruppe er totalrådgiver, medens den anden faggruppe alene er underrådgiver.

For så vidt angår ansøgningen fra GPP Arkitekter A/S, Hundsbæk & Henriksen A/S, Møller & Grønborg A/S, har indklagede gjort gældende, at det af anmodningen om prækvalifikation fremgår, at det er GPP Arkitekter A/S har anmodet om prækvalifikation, og at der er etableret en rådgivningsgruppe bestående af totalrådgiver/arkitekt GPP Arkitekter A/S, ingeniør Hundsbæk & Henriksen A/S samt planlægning, trafik & landskab Møller & Grønborg A/S. Indklagede har ved vurderingen af ansøgningen lagt vægt på, at rådgivergruppen benævner sig som en gruppe. Hvis ansøgningen fra GPP Arkitekter A/S m.fl. ikke burde være taget i betragtning, er dette ikke ensbetydende med, at klageren er blevet forskelsbehandlet. Indklagede har vurderet ansøgningerne på den måde, at ansøgninger, der udtrykkeligt var i strid med udbudsbekendtgørelsen, ikke blev taget i betragtning. Dette førte til, at klageren og 7 andre ansøgere blev ladet ude af betragtning, og der er ikke derved sket nogen forskelsbehandling af klageren.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Det er i udbudsbekendtgørelsen bestemt, at kun sammenslutning af økonomiske aktører kan opnå ordren. Dette er ikke i strid med udbudsdirektivets art. 4, stk. 2, om retlig form.

Virksomheder, der udtrykkeligt har anført, at der ikke ansøges om prækvalifikation som sammenslutning, kan ikke komme i betragtning som tilbudsgiver i den form, hvori der er anmodet om prækvalifikation. Indklagede har derfor med rette undladt at prækvalificere klageren, der udtrykkeligt i sin anmodning om prækvalifikation har anført, at klageren er totalrådgivere med COWI A/S som underrådgiver, hvorved bemærkes, at indklagede har bedømt klagerens anmodning om prækvalifikation på samme måde som anmodninger fra andre tilbudsgivere, der udtrykkeligt angav at være totalrådgivere med underrådgivere.

Klagerens påstand 1 tages ikke til følge.

Ad påstand 2-4

Som følge af det ad påstand 1 anførte tages disse påstande heller ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig