

K E N D E L S E

Danske Arkitektvirksomheder
(advokat Martin André Dittmer, København)

mod

1. Albertslund Boligselskab og
2. Vridsløselille Andelsboligforening
(advokat Kurt Bardeleben, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 5. september 2005 udbød Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening 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) en tjenesteydelse vedrørende totalrådgivning i forbindelse med en omfattende renovering af et større antal etagehuse, kaldet »Kanalens Kvarter«.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 12. oktober 2005 havde 19 konsortier anmodet om prækvalifikation.

Den 28. oktober 2005 besluttede Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening at prækvalificere 5 konsortier, bl.a. nr. 3, Nova 5 Arkitekter A/S sammen med Niras Rådgivende Ingeniører og Planlæggere A/S, og nr. 5, Witraz Arkitekter K/S sammen med Erik K. Jørgensen A/S Rådgivende Ingeniører.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 4. november 2005, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 15. december 2005 havde alle de prækvalificerede afgivet tilbud. Den 22. december 2005 besluttede Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening at indgå kontrakt med nr. 3, Nova 5 Arkitekter A/S sammen med Niras Rådgivende Ingeniører og

Planlæggere A/S, hvilket blev meddelt tilbudsgiverne ved e-mails af 23. december 2005. Kontrakt blev herefter indgået den 28. februar 2006.

Den 23. december 2005 indgav klageren, Danske Arkitektvirksomheder, der er brancheorganisation for alle de prækvalificerede arkitektvirksomheder, klage til Klagenævnet for Udbud over de indklagede, Albertslund Bopligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle tillægges opsættende virkning. Den 9. januar 2006 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 23. marts 2006.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at de indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at prækvalificere Witraz Arkitekter K/S sammen med Erik K. Jørgensen A/S Rådgivende Ingeniører, uanset at disse virksomheder i vidt omfang har rådgivet de indklagede i forbindelse med udbudet og derfor ikke kunne prækvalificeres.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere de indklagedes beslutning af 28. oktober 2005 om at prækvalificere Witraz Arkitekter K/S sammen med Erik K. Jørgensen A/S Rådgivende Ingeniører.

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

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 3

Om de indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, ved i forbindelse med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at have vægtet de fastsatte underkriterier, pris, kvalitet og proces/organisation, med 30-50 %, 30-50 % og 10-30%, idet en sådan vægtning ikke kan anses for at være en ramme med passende maksimalt udsving, jf. artikel 53, stk. 2, andet afsnit.

Sagens nærmere omstændigheder:

I udbudsbekendtgørelsen af 5. september 2005 er den udbudte tjenesteydelse beskrevet således:

»Med udgangspunkt i en allerede udarbejdet helhedsplan marts 2005 omfatter aftalen totalrådgivning i forbindelse med gennemførelse af følgende projekt:

.....

Renoveringen omfatter udbedring af byggeskader og udførelse af en række genopretnings- og miljøarbejder, bl.a. totalrenovering af facader og vinduer (herunder lukning af parterre), reparation af tage, renovering/udskiftning af bygningsdele og installationer, lejlighedssammenlægninger, etablering af altaner og indgangspartier, ældreboliger og fælleslokaler samt forbedring af friarealer.«

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Af udbudsbetingelserne fremgår, at underkriteriet pris vægtes med 30-50 %, underkriteriet kvalitet med 30-50 % og underkriteriet proces og organisation med 10-30 %.

Firmaet BD Konsulenter har efter det oplyste varetaget de indklagedes interesser i forbindelse med udbudet. Der er fremlagt en række mødereferater fra »Teknisk Gruppe« med deltagelse af dette firma [herefter BDK], Albertslund Boligselskab [herefter AB], Vridsløselille Andelsboligforening [herefter VA], Erik K. Jørgensen A/S Rådgivende Ingeniører [herefter EKJ] og Witraz arkitekter K/S [herefter Witraz].

BDK engagerede på vegne de indklagede ved brev af 17. juni 2004 EKJ til at foretage en »tilbundsgående byggeteknisk undersøgelse af bygningerne«. Det anføres i brevet, at der til brug for EKJ's undersøgelse snarest vil blive fremsendt forslag vedrørende facader, udført af Witraz for VA.

Af referatet fra et møde i Teknisk Gruppe den 23. september 2004 fremgår bl.a.:

»[EKJ] gennemgik de foreløbige resultater fra undersøgelserne, disse vil fremgå af pilotrapporten som forventes færdig i løbet af de næste 2 uger. Den endelige rapport forventes færdig omkring 1. november.

Følgende blev aftalt omkring de videre undersøgelser:

1.
2.
3.
4.
5. Yderligere 47 lejligheder skal undersøges. EKJ kommer med oplæg til hvilke (udpeges evt. sammen medfra AB og VA) Der skal udarbejdes en tidsplan for undersøgelserne og beboerne skal varsles senest en uge før.
6.
7.
8. VA og AB fremsender vedligeholdelsesplaner til EKJ for nærmere vurdering og udtalelse.«

EKJ udarbejdede herefter en såkaldt »Helhedsplan, Tilstandsrapport« dateret november 2004. Rapporten omfatter EKJ's tilstandsvurderinger, udbedringsforslag, prisoverslag og miljøvurderinger. Afslutningsvis indeholder rapporten økonomiske overslag.

I referatet fra et møde i Teknisk Gruppe den 9. november 2004 hedder det bl.a.:

»Der var i teknikgruppen generel enighed om at delrapporten er fornuftigt opdelt, overskuelig og nem at gå til, og at EKJ har udført opgaven tilfredsstillende.

Ligeledes var der generel enighed om den anbefalede istandsættelsesgrad.

.....

Efter at have gennemlæst delrapporten nåede teknik gruppen til enighed om følgende:

Rapporten skal bibeholde sin nuværende udformning og opbygning. Efter modtagelse af den endelige rapport afholder teknikgruppen et møde med EKJ hvor vi gennemgår rapporten.....

Efterfølgende kommer teknik gruppen med anbefalinger til valg af løsninger....

De særlige undersøgelser vedrørende fremtidsvisionerne for etagehuse- ne skal igangsættes. De økonomiske overslag skal bruges i forbindelse med helhedsplanen.

EKJ og Witraz indkaldes til et fællesmøde om dette.

.....«

I referatet fra et møde i Teknisk Gruppe den 12. november 2004, hvor dagsordenen var »Igangsætning af undersøgelser vedrørende muligheder og priser i forbindelse med renoveringen af etagehusene i Albertslund«, hedder det:

»Focus i undersøgelser skal være som følger:

1.

.....

8.

Generel prissætning af alle ovenstående punkter.

EKJ og WITRAZ arbejder sammen om opgaven, der fremsendes et tilbud (pr. mail) til [BDK] senest den 23. november 2004.«

I løbet af sidste halvdel af 2004 udarbejdede Witraz forskellige planer vedrørende renoveringsprojektet, herunder »Skitse af december 2004« med dispositionsforslag med økonomiske overvejelser samt grafiske fremstillinger.

I referatet fra et møde den 8. december 2004 i Teknisk Gruppe med dagsordenen »Gennemgang af skitser og økonomi vedrørende sammenlægning af lejligheder, etablering af altaner m.m.« hedder det:

»Witraz gennemgik skitser til sammenlægning og renovering af lejlighederne.

EKJ gennemgik tilhørende økonomi.«

Den 23. december 2004 blev der indgået skriftlige aftaler mellem de indklagede og EKJ om teknisk rådgivning og bistand i form af en teknisk tilstandsvurdering af bebyggelsen. Det anføres, at vurderingen senere skal indgå i en større helhedsløsning for bebyggelsen.

BDK skrev den 6. januar 2005 til EKJ og Witraz og oplyste, at der havde været holdt et møde i »samrådet«, hvor fordelingen af lejligheder efter størrelser var blevet besluttet. I brevet hedder det herefter:

»Priserne ønskes oplyst som

1) merpris for sammenlægninger pr. type

2) totalpris hvis der istandsættes fra nuværende niveau

3) samlet pris for sammenlægninger ud fra ovenstående.....«

Witraz og EKJ udarbejdede herefter »Skitse af januar 2005« som en fælles rapport. I rapporten redegøres for intentionerne med renoveringsprojektet. Desuden indeholder rapporten tekniske fremstillinger i forskellige plan af kvarteret, boligblokkene og de enkelte boliger.

I referatet fra et møde i Teknisk Gruppe den 11. januar 2005 hedder det:

»Materiale til brug for helhedsplanen for etagehusene

1. Samrådets ønsker til lejlighedsfordeling (Witraz)
2. Samrådets ønsker til valg af istandsættelsesønsker (EKJ)
3. Økonomi opstilling (EKJ)
4. Tekst til helhedsplaner (EKJ og Witraz)
5. Antal lejligheder opdelt på værelser, hvilke kriterier (Alle)
6. EVT.

På mødet i samrådet blev det besluttet at den fremtidige værelsesfordeling skal være:

20 % 1-værelse, 30 % 2 værelses, 30 % 3 værelses og 20 % 4 værelses.

Det nuværende forslag fra Witraz kan ikke honorere dette ønske og derfor skal der udarbejdes et nyt forslag

Deadline for dette er d. 20. januar hvor det skal være [BDK] i hænde

.....

Ad 2.

Samrådet har besluttet at EKJ's anbefalinger for renovering af etagehusene skal følges i helhedsplanen.

EKJ bedes derfor om at udarbejde materiale der viser økonomien når deres anbefalinger følges.....

Ad 3.

Økonomien bedes opdelt som følger:

.....

Ligeledes ønskes oplyst prisen for sammenlægning opdelt på type. Dette gerne som et selvstændigt kompendium i lighed med materialet fra Witraz.

Ad 4.

EKJ bedes skrive meget kort om:

1. byggetekniske problemer.....
2. udearealernes tilstand
3. Indsatsområder.....

Witraz bedes skrive meget kort om:

4. 1. Ideer og muligheder i etagehusene.....F.eks. noget om lys, altaner, rummelighed, tidssvarende boliger

Ad 6.

EKJ fremsender et nyt økonomisk bilag til det forrige materiale fra Witraz.....

EJK fremsender ligeledes nye rettede versioner af hovedrapporten for både VA og AB til.....Albertslund Kommune.

.....

EKJ og Witraz sender pris på arbejdet til [BDK].

EKJ vender tilbage med pris for driften af en elevator i et år.

.....«

Den 7. marts 2005 udarbejdede EKJ for de indklagede budget over håndværkerudgifter, byggepladssomkostninger m.v.

Den endelige helhedsplan, som er dateret marts 2005, anfører at være udarbejdet af BDK for de indklagede. Denne helhedsplan indgår i udbudsmaterialet og er således tilsendt de prækvalificerede.

I referatet af et møde i Teknisk Gruppe den 31. maj 2005 hedder det bl.a.:

».....

Partnerskabet blev enige om at anmode EKJ og Witraz om at fortsætte som rådgivere på etagehusene med henblik på at udarbejde dispositionsforslag således, at den beskrevne proces kan overholdes.

.....

EKJ og Witraz udarbejder et oplæg til, hvordan opgaven gribes an. Oplægget skal indeholde tidsplan, disposition, økonomi og andet, der er nødvendigt for at belyse opgavens løsning.

.....

Arbejdet med dispositionsforslaget vil blive opdelt mellem et strategisk niveau, overordnet:

Opstartmøde, statusmøder og afslutningsmøde, hvor deltagerne er teknikgruppen og den operationelle gruppe. Møderække aftales på næste møde d. 27. juni.

Og et operationelt niveau, detaljeret: løbende møder efter egne aftaler, hvor deltagerne er medarbejdere fra AB/VA/EKJ/Witraz.

.....«

På et møde i Teknisk Gruppe den 27. juni 2005 blev EKJ og Witraz udpeget til at udarbejde et økonomisk og teknisk overblik over sagen, og på et

møde i gruppen den 17. august 2005 blev det bl.a. besluttet, at Witraz skulle skrive et notat om baggrunden for »det valgte scenarie i Kanalens Kvarter«. På et møde den 29. august blev det besluttet, at Witraz skulle udarbejde materiale vedrørende udearealerne, og at et »Notat vedr. beboerinvolvering« skulle sendes til Witraz.

Den 29. august 2005 udarbejdede EKJ herefter en såkaldt »sammenstilling af nyt anbefalet budget«.

De nævnte referater fra møderne i Teknisk Gruppe indgår i det udbudsmateriale, der er sendt til de prækvalificerede.

EU-udbud blev herefter iværksat den 5. september 2005.

De indklagede sendte den 17. november 2005 »Skema A ansøgning« til Albertslund Kommune. Det anføres under overskriften »Udbudsforhold«, at den tekniske bygherrerådgivning indtil videre har været forestået af EKJ og Witraz, der har bistået bygherren med at udarbejde »udbudsmaterialet som illustreret byggeprogram«. Ansøgningen var bilagt »illustreret program, udarbejdet af Witraz/EKJ«.

Den 17. november 2005 udsendtes rettelsesblad nr. 1, vedlagt 2 referater af møder i Teknisk Gruppe afholdt henholdsvis den 19. september og den 2. november 2005. Det fremgår af referatet fra mødet den 19. september 2005, at Witraz fremtidig skal udføre oplæg til dagsorden og referater af møder i gruppen, og at Witraz fremsender revideret liste til materialeoversigten med mødereferatet. Af referatet fra mødet den 2. november 2005 fremgår bl.a.:

»Afklaringer:

Konkurrenceområdet er blevet reduceret til alene at omhandle VA og AB matrikler. Kommunens områder indgår ikke. Tegninger med markeringer af konkurrenceområder skal markeres [Witraz].

Materialeoversigten/bilaglisten. Alle tjekker endnu engang. Der skal koordineres mellem udbudsbrevets bilag og bilag til det illustrerede program. Witraz udleverede bilagsoversigten til BDK. BDK vender tilbage med hvad Witraz og EKJ skal medtage.[Alle]

Hele tegningsmaterialet skal være digitalt. Tillige skal de tegninger der konkret skal bruges til besvarelse af udbudet leveres med i udbudsmaterialet som papirtryk.Der er i alt 15 tegninger der dels belyser eksisterende forhold og dels er underlagstegninger for fremtidige forhold. [Witraz + EKJ]

.....

Tekst til illustreret program fremsendes i kladdeform senest onsdag 02.11.05 [Witraz +EKJ].«

Den 23. november 2005 blev der indgået skriftlige totalrådgivningsaftaler mellem de indklagede og Witraz og EKJ, hvorefter det som grundlæggende tidsplan er aftalt, at arbejdet udføres »fra programmeringens start juni til udsendelse af udbudsmaterialet den 4. november 2005«. Det anføres i aftalen bl.a.:

- »2.1. Ydelserne omfatter ingeniør- og arkitektbistand samt anden relevant rådgivning, som er nødvendig til løsning af opgave, der omfatter bygherrerådgivning i forbindelse med udarbejdelse af illustreret bygge-program for Etagehusene, alt til brug for indbudt konkurrence omkring udformning af fremtidigt facadeudtryk. Endvidere omfatter opgaven udarbejdelse af nødvendigt materiale, til brug for mødet med Landsbyggefonden, beboere, afdelingsbestyrelse, parterne i Masterplansamarbejdet med videre.«

»Rådgiverens ydelser« er i kontakten beskrevet således:

- »4.1. Rådgiverens arbejder skal omfatte de rådgivnings- og bistandsydelser, som er nødvendige i forbindelse med gennemførelse af programmering indenfor alment boligbyggeri.
- 4.2. Ydelserne omfatter i henhold til ydelsesbeskrivelse:
- 1.1. Idéoplæg- fsv. angår udarbejdelse af scenarier omkring lejlighedssammenlægninger.
 - 1.2. Planlægning af studier.
 - 1.3. Byggeprogram.
- 4.3. Rådgiveren samordner og koordinere al data/dokumenter, såvel elektronisk som i papirudgave, i forbindelse med udsendelse af udbudsmaterialet.
- 4.4. Kvalitetssikring af totalrådgivers ydelse, i henhold til bekendtgørelse nr. 169 af 15.03.2004 om kvalitetssikring af byggearbejder.«

Det fremgår af udkast til bedømmelsesmodel dateret 15. december 2005, at de 5 prækvalificerede konsortier havde tilbudt følgende priser:

Prækvalificerede konsortier	Tilbudspris
Nr. 1:	28.286.719 kr.
Nr. 2:	29.821.719 kr.

Nr. 3: Nova 5 + Niras	18.045.000 kr.
Nr. 4:	30.618.750 kr.
Nr. 5: Witraz + EKJ	28.015.156 kr.

Af vurderingsnotat dateret den 2. januar 2006 fremgår, at underkriteriet »Pris« ved den endelige vurdering er vægtet med 30 %. »Kvalitet« er ved den endelige vurdering vægtet med 50 %, mens »Proces og tilbudsgiverens organisation« er vægtet med 20 %.

Til brug for bedømmelsen af de tilbudte priser er anvendt et system, hvor honoraret er beregnet som en procentsats af de samlede forventede håndværkerudgifter. Tilbudsgiver nr. 4 var herefter dyrest med 9,75 %. Herefter følger nr. 2 med 9,50 % og nr. 1 med 9,00 %. Nr. 5, Witraz med EKJ, var næstbilligst med 8,90 %, mens nr. 3, Nova 5 Arkitekter A/S med Niras Rådgivende Ingeniører og Planlæggere A/S, var billigst med 5,70 %.

Om underkriteriet »Kvalitet« hedder det i vurderingsnotatet, at bedømmelsesudvalget »alt taget i betragtning« har vurderet, at tilbudet fra nr. 3, Nova 5 Arkitekter A/S med Niras Rådgivende Ingeniører og Planlæggere A/S, var bedst. Til brug for bedømmelsen af kvalitet var der stillet krav om udarbejdelse af skitseforslag til renovering af facader samt indgangspartier.

Om »Proces og tilbudsgiverens organisation« fremgår af vurderingsnotatet bl.a.:

».....

Forslag 5 [Witraz og EKJ] indeholder især en overbevisende og klar fremstilling, der formår at beskrive processen, så ansvar og roller er tydeligt defineret. Bedømmelsesudvalget vurderer, at dette forslag i særlig grad har forståelse for, hvordan beboerinvolvering og samarbejde mellem rådgivere, organisationer og myndigheder skal fortsætte i det videre forløb.

Samlet vurderer bedømmelsesudvalget, at forslag nr. 5 tilbyder den bedste »proces«.

I bedømmelsen af Tilbudsgiverens organisation er indgået følgende elementer, alle angivet i udbudsmaterialet:

.....

Der er usikkerhed i bedømmelsesudvalget om forslag nr.1 og nr.4's kompetencer set i forhold til erfaring med boligrenovering i henhold til opgavens størrelse. Bedømmelsesudvalget finder, at forslag nr. 2, 3 og 5

i særlig grad har dokumenteret det erfaringsgrundlag og de kompetencer, der ønskes.«

I vurderingsnotatet følger herefter en samlet vurdering af de enkelte tilbud. Om tilbudet fra Witraz og EKJ hedder det:

»Forslaget er gennemarbejdet og anviser en lang række brugbare og realistiske idéer til renovering af bebyggelsens facader.

.....

Den tilbudte »proces« er meget overbevisende beskrevet og gengivet i overskuelige diagrammer for hele forløbet.

Forslaget udtrykker absolut forståelse for procesrådgivning og styring med beboerinvolvering.

.....

Forslaget har som de eneste et oplæg til drift- og vedligehold samt forslag til, at man i forbindelse med entrepriseform laver en prøveblok for at effektivisere og optimere byggeprocessen mest muligt.

.....«

Witraz har fra de indklagede i honorar i forbindelse med det omhandlede renoveringsprojekt fået udbetalt 1.060.522,50 kr. inkl. moms, mens EKJ har fået udbetalt 2.024.275 kr. inkl. moms.

Der er afgivet forklaringer af arkitekt Peter Sass, Danske Arkitektvirksomheder, og projektleder Flemming Stenaa Jensen og byggechef Jesper Rasmussen, begge Vridsløselille Andelsboligforening.

Peter Sass har bl.a. forklaret, at der var usædvanlig kort frist for de prækvalificerede til at udarbejde tilbud. De øvrige tilbudsgivere har skullet anvende megen tid på at sætte sig ind i det omfattende udbudsmateriale, som bl.a. lå i CD-rom, og herunder afgøre, hvilke dele heraf der i det hele taget havde betydning for det tilbud, der skulle udarbejdes. Mødereferaterne er til dels meget indforståede.

Flemming Stenaa Jensen har bl.a. forklaret, at han fra 2005 har været projektleder på det omhandlede renoveringsprojekt. Punkt 4.3. i den skriftlige aftale om teknisk rådgivning af 23. november 2005, der er udarbejdet efterfølgende på et tidspunkt, hvor Witraz og EKJ var prækvalificeret, skal forstås således, at de oplysninger, der var indsamlet, kunne indgå i udbudsmaterialet. Witraz og EKJ har imidlertid kun bidraget med ganske få sider i Helhedsplanen. Det har efter hans opfattelse ikke været nødvendigt at kende

Witraz og EKJ's arbejder for at kunne udarbejde tilbud. Under møderne i Teknisk Gruppe er der slet ikke blevet talt med Witraz og EKJ om, hvorledes tildelingskriterierne skulle tilrettelægges. Det facadeforslag fra Witraz, der nævnes i brevet af 17. juni 2004 til EKJ, indgår ikke i udbudsmaterialet. Det er kun de endelige forslag, der er fremlagt. Det notat vedrørende beboerinvolvering, der ifølge referatet fra mødet den 29. august 2005 skulle sendes til Witraz, indgår heller ikke i udbudsmaterialet. Fra WITRAZ deltog bl.a. Christian Tranberg i alle møderne i Teknisk Gruppe. Christian Tranberg er anført som projektleder i det tilbud, som Witraz og EKJ har afgivet. Han selv er – sammen med Jesper Rasmussen – fremkommet med en indstilling til brug for bedømmelsesudvalget for så vidt angår underkriterierne »Pris« og »Proces og organisation«. Indstillingen blev fulgt. Det store prisudsving mellem tilbudene nødvendiggjorde, at prisens betydning blev nedtonet. De indklagede ville jo også gerne have en ordentlig kvalitet.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at de indklagede har overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at prækvalificere Witraz og EKJ, idet disse virksomheder ved deres tidligere rådgivning af de indklagede har opnået en konkurrencefordel, der ikke er afhjulpet ved fremlæggelsen af mødereferater og rapporter, og idet de indklagede har handlet langt uden for den skønsmargin, de efter praksis har ved udøvelsen af skønnet over tilbudsgivernes inhabilitet.

Klageren har nærmere gjort gældende, at Witraz og EKJ løbende har været involveret i arbejdet forud for gennemførelsen af udbudet. Samarbejdet med de indklagede vedrørende renoveringsprojektet har stået på over en længere periode og helt frem til udbudsbekendtgørelsen. Arbejdet har berørt snart sagt alle aspekter af projektet, herunder økonomi, arkitektur, beboerinvolvering m.v. På denne baggrund har Witraz og EKJ haft direkte indflydelse på eller medvirket til udformningen af udbudsmaterialet, herunder ved udfærdigelse af tekst til helhedsplanen.

Den konkurrencefordel, som Witraz og EKJ har haft, relaterer sig til alle 3 underkriterier for tildelingen. Witraz og EKJ har således haft mulighed for

at tilbyde en lavere pris, eftersom disse virksomheder ikke har skullet bruge ressourser på at sætte sig ind i udbudsmaterialet eller på at identificere de indklagedes præferencer. Det fremgår af mødereferaterne fra Teknisk Gruppe, at der har været løbende drøftelser vedrørende prissætning af delprojekter såvel som af det samlede renoveringsprojekt, og Witraz og EKJ afgav tilbudet med den næstlaveste pris. Med hensyn til underkriteriet »Kvalitet« har Witraz og EKJ på grund af det indgående forarbejde haft særlige forudsætninger for at opfylde de indklagedes behov. Det fremgår af mødereferaterne, at Witraz og EKJ generelt har bidraget med ideer, herunder bl.a. valget af arkitekturpolitik. Endelig har Witraz og EKJ haft mulighed for at bringe sig i en særlig gunstig position til opfyldelse af underkriteriet »Proces og organisation«, og tilbudet fra Witraz og EKJ blev da også vurderet til at være det bedste af de 5 afgivne tilbud på dette punkt.

Der må gælde skærpede krav i et tilfælde som det foreliggende, hvor begge de virksomheder, der indgår i det prækvalificerede konsortium, har udført omfattende rådgivningsarbejde for ordregiveren i forbindelse med forberedelsen af udbudet, og de indklagede har ikke sandsynliggjort, at Witraz og EKJ ikke har haft konkurrencefordele i strid med Udbudsdirektivet som følge af samarbejdet.

De indklagede har ikke udlignet de beskrevne fordele blot ved at lade de kortfattede mødereferater og det øvrige materiale, der belyser samarbejdet med Witraz og EKJ, indgå i udbudsmaterialet. Der er f.eks. ikke afholdt informationsmøder eller lignende med de prækvalificerede. Desuden er ikke alt materiale fremlagt. Dertil kommer, at de øvrige tilbudsgivere har haft usædvanlig kort frist til at udarbejde tilbud, nemlig fra den 4. november 2005 til fristen for modtagelse af tilbud den 15. december 2005. De øvrige tilbudsgivere har i den forbindelse – modsat Witraz og EKJ – skullet bruge store ressourser på at skille væsentligt fra uvæsentligt.

De indklagede har gjort gældende, at der ikke foreligger inhabilitet ved udbud af en rådgivningsopgave, blot fordi den pågældende rådgiver har ydet teknisk bistand i forbindelse med undersøgelser forud for udbudet, når den pågældende rådgiver ikke konkret har opnået nævneværdig konkurrencefordel i forhold til øvrige potentielle tilbudsgivere. De indklagede har henvist til 8. betragtning til præamblen til udbudsdirektivet. Der er ikke en sådan sammenhæng mellem det forberedende arbejde, som Witraz og EKJ har udført, og den rådgivningsopgave, som de indklagede har udbudt, at der

kunnet opnå en konkurrencefordel. De indklagede har således ikke overtrådt Udbudsdirektivets § 2 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip. De øvrige tilbudsgivere må antages på relativt kort tid at have kunnet gennemgå de rapporter, som Witraz og EKJ har udarbejdet, og som er fremlagt. Witraz og EKJ har ikke haft direkte indflydelse på udformningen af udbudsmaterialet, men har kun bidraget til dele heraf. Alt det materiale, som Witraz og EKJ har haft til rådighed, det materiale, de selv har udarbejdet, samt referater af møder er loyalt medtaget som en del af det samlede udbudsmateriale. Der er i vid udtrækning tale om baggrundsmateriale, og Witraz og EKJ har ikke haft lettere ved at udarbejde tilbud end de øvrige tilbudsgivere, endsige en større indsigt i, hvordan de indklagede ville bedømme tilbudene.

Kun den rådgivning, der relaterer sig til de 3 underkriterier, har betydning ved bedømmelsen om, om Witraz og EKJ har haft en konkurrencefordel. Med hensyn til »Pris« er det afgørende, at der er tale om et renoveringsprojekt med forventede håndværkerudgifter på ca. 250 mio. kr. Det er proportionsforvrængning at antage, at kendskab til dele af udbudsmaterialet vil have betydning for tilbudsgivernes prissætning. De afgivne tilbud lå da også alle – på nær det vindende – meget tæt. Med hensyn til »Kvalitet« har Witraz og EKJ kun udformet meget overordnede skitser og har på ingen måde været bedre stillet end de øvrige tilbudsgivere. Med hensyn til »Proces og organisation« kan det ikke diskvalificere Witraz og EKJ, at disse virksomheder – som de øvrige – har erfaring med byggeledelse, koordinering, beboeraktiviteter og renovering.

Endelig har de indklagede henvist til, at vurderingen af de indkomne tilbud er foretaget af et bedømmelsesudvalg bestående bl.a. af en uvildig arkitekt og repræsentanter for Albertslund Kommune.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet på grundlag af den overtrædelse, der må fastslås ad påstand 1, skal annullere de indklagedes beslutning om at prækvalificere Witraz og EKJ.

De indklagede har gjort gældende, at en eventuel overtrædelse som anført i påstand 1 ikke giver tilstrækkeligt grundlag for at annullere beslutningen om at prækvalificere Witraz og EKJ.

Ad spørgsmål 3

Klageren har gjort gældende, at de indklagede ved den fastsatte vægtning har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2. Det fremgår ikke direkte af direktivet, hvor store udsving der kan fastsættes, men det må forudsættes, at der ikke må skabes uklarhed om, hvad der vil blive tillagt vægt. Ved den valgte vægtning har de indklagede imidlertid reelt bibragt potentielle tilbudsgivere en mindre grad af information, end hvis de indklagede havde valgt at prioritere underkriterierne, og de har derved åbnet mulighed for en betydelig grad af vilkårlighed ved bedømmelsen af de indkomne tilbud.

De indklagede har gjort gældende, at det ikke er i strid med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, at fastsætte rammer som sket. De indklagede har herved henvist til Konkurrencestyrelsens Vejledning, pkt. 11.1.1, hvorefter et udsving på +/- 10 % point må være maksimum. De indklagede har netop holdt sig inden for denne ramme.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fremgår forudsætningsvis af 8. betragtning til præamblen til Udbudsdirektivet, at det forhold, at en virksomhed har ydet rådgivning i forbindelse med undersøgelser forud for udbudet, ikke i sig selv medfører, at virksomheden afskæres fra efterfølgende at afgive tilbud. Efter Klagenævnets praksis har ordregivere da også en betydelig skønsmargin ved beslutningen om, hvorvidt et tilbud fra en sådan rådgiver kan tages i betragtning eller skal afvises, fordi det ville være i strid med ligebehandlingsprincippet at tage det i betragtning. Det samme gælder selvsagt, når der ved begrænsede udbud skal tages stilling til, om en virksomhed kan prækvalificeres.

Klagenævnet finder imidlertid, at de indklagede ganske åbenbart har overskredet denne skønsmargin.

De indklagede har således prækvalificeret Witraz og EKJ, uanset at disse virksomheder igennem hele forberedelsen af det omfattende renoveringsprojekt havde fungeret som henholdsvis totalrådgiver og rådgivende ingeniør for de indklagede. Klagenævnet har i den forbindelse lagt vægt på, at såvel Witraz som EKJ deltog aktivt i møderne i den gruppe, som styrede projektet, og i den forbindelse løste en række mangeartede opgaver og modtog en overordentlig stor mængde oplysninger, og at de to virksomheder udarbejdede flere rapporter til brug for projektet, herunder om økonomien, ligesom de medvirkede ved den såkaldte »Helhedsplan«.

De indklagede har ikke godtgjort, at Witraz og EKJ ikke ved udarbejdelsen af deres tilbud har haft åbenbare fordele for så vidt angår alle 3 underkriterier.

Det forhold, at Witraz og EKJ ikke har afgivet tilbudet med den laveste pris, er ikke i sig selv udtryk for, at disse virksomheder ikke *har* haft en fordel for så vidt angår dette underkriterium. Det bemærkes i den forbindelse, at tilbudet fra Witraz og EKJ var næstlavest, og at det vindende tilbud lå overordentligt langt fra de øvrige fire tilbud, mens disse tilbud ikke afveg væsentligt fra hinanden. Kriteriet »Kvalitet« er vurderet på grundlag af en skitseprøve navnlig vedrørende facaderenoveringen, og i vurderingsnotatet hedder det blot, at bedømmelsesudvalget »alt taget i betragtning« har vurderet, at tilbudet fra Nova 5 Arkitekter A/S og Niras Rådgivende Ingeniører og Planlæggere A/S – hvilket tilbud lå ca. 10 mio. kr. under det næstlaveste tilbud fra Witraz og EKJ – var det bedste. Endelig var tilbudet fra Witraz og EKJ bedst for så vidt angår kriteriet »Proces og organisation«, og det fremgår af vurderingsnotatet, at det er tillagt vægt, at tilbudet bygger på forståelse for, hvordan beboerinvolvering og samarbejde mellem rådgivere, organisationer og myndigheder skal fortsætte i det videre forløb. Klagenævnet finder det nærliggende, at Witraz og EKJ netop i denne sammenhæng har kunnet udnytte sit langvarige samarbejde med de indklagede, således som dette fremstår på grundlag af mødereferaterne.

De særlige fordele, som Witraz og EKJ således har haft, kan efter Klagenævnets vurdering ikke anses for at være udlignet, blot fordi de meget kortfattede mødereferater og rapporter er indgået i udbudsmaterialet. Det bemærkes i den forbindelse, at samarbejdet mellem de indklagede og Witraz og EKJ om renoveringsprojektet efter det oplyste har strakt sig fra juni 2004 til udsendelse af udbudsbetingelserne den 4. november 2005,

mens de øvrige prækvalificerede ikke havde fulde 6 uger til at udarbejde tilbud, eftersom fristen for afgivelse af tilbud udløb den 15. december 2005.

De indklagede har derfor handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at prækvalificere Witraz og EKJ.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 2

Som følge af det, der er anført ad påstand 1, annullerer Klagenævnet de indstævntes beslutning af 28. oktober 2005 om at prækvalificere Witraz og EKJ.

Ad spørgsmål 3

Efter artikel 53, stk. 2, i Udbudsdirektivet skal ordregivere ved udbud med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« i udbudsbetingelserne oplyse, hvordan underkriterierne vil vægte »relativt«, og denne vægtning kan angives »ved fastsættelse af en ramme med et passende maksimalt udsving«. Kun når den ordregivende myndigheder ikke mener, at der kan foretages en vægtning, og kan påvise dette, kan underkriterierne i stedet anføres i prioriteret rækkefølge med det vigtigste først, jf. artikel 53, stk 3.

I forhold til de direktiver, som Udbudsdirektivet afløser, er der tale om en skærpelse, idet det efter de tidligere gældende regler var tilstrækkeligt, at de påtænkte underkriterier blev anført »så vidt muligt efter den betydning de tillægges, med de vigtigste først«

De indklagede har i udbudsbetingelserne anført, at de 3 underkriterier vægter henholdsvis 30-50 %, 30-50 % og 10-30 %. Ved den endelige vurdering blev underkriterierne vægtet med henholdsvis 30 %, 50 % og 20 %. Udbudsbetingelsernes oplysning om vægtning er således mindre informativ, end hvis de indklagede havde valgt blot at angive underkriterierne i prioriteret rækkefølge. I hvert fald under disse omstændigheder er den anvendte vægtning i strid med det gennemsigtighedsprincip, der er udmøntet i Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2.

Klagenævnet har ikke herved taget stilling til, om det fastsatte store udsving i sig selv er i strid med bestemmelsen, således at de indklagede også ville have handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og artikel 53, hvis de i stedet ved vurderingen havde valgt at vægte de 3 underkriterier med f.eks. henholdsvis 40 %, 40 % og 20 %, eller hvis de havde fastsat, at underkriterierne vægtede f.eks. 20-40 %, 40-60 % og 10-30 % og herefter ved vurderingen havde vægtet dem med henholdsvis 30 %, 50 % og 20 %.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

De indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at prækvalificere Witraz Arkitekter K/S sammen med Erik K. Jørgensen A/S Rådgivende Ingeniører, uanset at disse virksomheder i vidt omfang har rådgivet de indklagede i forbindelse med udbudet og derfor ikke kunne prækvalificeres.

Ad påstand 2

De indklagedes beslutning af 28. oktober 2005 om at prækvalificere Witraz Arkitekter K/S sammen med Erik K. Jørgensen A/S Rådgivende Ingeniører annulleres.

Ad spørgsmål 3

De indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53 ved i forbindelse med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« at have vægtet de fastsatte underkriterier, pris, kvalitet og proces/organisation, med 30-50 %, 30-50 % og 10-30 % og efterfølgende ved vurderingen at have vægtet de fastsatte underkriterier med 30 %, 50 % og 20 %.

De indklagede, 1. Albertslund Boligselskab og 2. Vridsløselille Andelsboligforening, skal in solidum i sagsomkostninger til klageren, Danske Arkitektvirksomheder, betale 75.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig