

K E N D E L S E

Danske Arkitektvirksomheder
(advokat Martin André Dittmer, København)

mod

Thisted Gymnasium og HF-Kurser
(advokat Anne Bergholt Sommer, Aalborg)

Den 7. marts 2011 indgik indklagede, Thisted Gymnasium og HF-Kurser, en kontrakt med arkitektfirmaet Friis & Moltke A/S om teknisk rådgivning og bistand i forbindelse med opførelse af en ny aulabygning i tilknytning til Thisted Gymnasium. Kontrakten blev indgået på baggrund af en direkte tildeling og således uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Den 7. juli 2011 indgav klageren, Danske Arkitektvirksomheder, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte at tillægge klagen opsættende virkning. Den 26. juli 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet begrundede afgørelsen med, at betingelsen om »uopsættelighed« ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet på et møde den 3. november 2011.

Klageren har den 7. juli 2011 tillige indgivet klage til Klagenævnet for Udbud i en parallel sag om direkte tildeling af en kontrakt til Friis & Moltke vedrørende Skanderborg Gymnasiums opførelse af en idrætshal.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28 ved at tildele en kontrakt til Friis & Moltke A/S om totalrådgivning i forbindelse med opførelse af en ny aulabygning i tilknytning til Thisted Gymnasium ved udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, b), uden at betingelserne for anvendelse af denne procedure var opfyldt.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med artikel 35, stk. 4, ved ikke at afsende en meddelelse om kontraktindgåelse senest 48 dage efter indgåelsen af kontrakten.

Påstand 3

Klagenævnet skal erklære kontrakten for uden virkning for fremtidige leverancer i henhold til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1, og pålægge indklagede en økonomisk sanktion i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 18, stk. 2, nr. 3, og § 19.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 18, stk. 2, nr. 2, og § 19 pålægge indklagede en økonomisk sanktion.

Påstand 5 (mest subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, stk. 1, annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Friis & Moltke.

Indklagede har vedrørende påstand 1 og 3 – 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har erkendt overtrædelsen i påstand 2.

Klagenævnet har den 18. juli 2011 meddelt indklagedes kontraktpart, Friis & Moltke, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 5.

Friis & Moltke har meddelt, at virksomheden ikke ønsker at intervenere i sagen.

Sagsfremstilling:

1. Baggrunden for den indgåede kontrakt

Indklagede har i svarskriftet oplyst følgende om baggrunden for kontrakten:

»Forud for ovennævnte annoncering gik et forløb hos indklagede med planlægning og drøftelser vedrørende gennemførelse af en om-/tilbygning herunder med delvis nedbrydning af en del af de eksisterende bygninger, der samlet udgør Thisted Gymnasium. Om-/tilbygningen skulle opfylde samme formål som en del af de oprindelige bygninger i form af aula/multihal med nogle nye tiltag og muligheder. Således skulle om-/tilbygningen rumme aula- og halfaciliteter som de oprindelige bygninger tidligere havde indeholdt. Der blev afslutningsvis truffet beslutning om projektering af en sådan om-/tilbygning til Thisted Gymnasium.

På baggrund af den til Friis & Moltke tilkomne ophavsret til de eksisterende bygninger tog indklagede kontakt til denne virksomhed for afsøgning af mulighederne for at lade opgaven med projektering af om-/tilbygningen varetage af Friis & Moltke og derved opretholde det samlede arkitektoniske udtryk for Thisted Gymnasium og derved tillige iagttage Friis & Moltkes ophavsret til bygningerne.«

2. Kontraktens indhold

I kontrakten af 7. marts 2011 om »teknisk rådgivning og bistand i tilknytning til Thisted Gymnasium« står:

»...

2. Opgaven

2.1. Totalrådgivning i forbindelse med en ny aulabygning for ca. 700 personer i tilknytning til Thisted Gymnasium.

...

2.4. Som projekteringsleder er udpeget:
Friis & Moltke A/S ved Preben Christensen

...

4. Rådgiverens ydelser

4.1 Jfr. Ydelsesbeskrivelsens pkt.
Del 1 Forslagsfasen

- 1.1 - Ideoplæg
- 1.2 - Byggeprogram
- 3.1 - Dispositionsforslag
- 3.2 - Projektforslag

På grundlag af ovenstående ydelser. herunder rådgiverens kalkulationer, fastlægger klienten projektets budget- og tidsmæssige rammer. På denne baggrund udarbejdes en særskilt aftale, herunder fastsættelse af honorar, vedr. de nødvendige rådgiverydelser for projektets videre gennemførelse, herunder:

Del 2 Projekteringsfasen

- 3.3 - Forprojekt
- 3.4 - Hovedprojekt
- 3.5 - Projektopfølgning
- 6.1 - Standardinventar og –udstyr
- 6.2 - Projektering af inventar og udstyr

Del 3 Udførelsesfasen

- 4.1 - Byggeledelse
- 4.2 - Fagtilsyn

5.1 - Et års gennemgang

...

5. Klientens ydelser

...

6. Tidsfrister

- | | | |
|-----|----------------------------|--|
| 6.1 | Del 1 Forslagsfasen: | |
| | Ideoplæg og Byggeprogram - | Ultimo november 2010-
ultimo februar 2011 |
| | Dispositionsforslag - | Primo februar 2011 –
ultimo marts 2011 |
| | Projektforslag - | Ultimo marts –
medio maj 2011 |
| 6.2 | Del 2 Projektering: | |
| | Forprojekt | Primo maj 2011 –
medio juni 2011 |
| | Hovedprojekt | Ultimo maj 2011 –
medio august 2011 |
| 6.2 | Del 3 Udførelse: | |
| | Udførelse | Medio september 2011-
ultimo september 2012 |

7. Økonomisk grundlag for opgavens løsning

7.1. Økonomisk ramme er kr. 20.000.000, - ekskl. moms, men inkl. fast inventar, nødvendigt løst inventar som stole på gulv, tekniske omkostninger og honorar. Byggeriet skal holdes inden for den økonomiske ramme og kalkuleres i forbindelse med udarbejdelse af projektforslaget.

7.2. Totalrådgivningshonorar incl. Projekteringsledelse fastlægges som 12% af de honorarbærende håndværkerudgifter, anslået til kr. 16.700.000, - ekskl. moms.

7.3. Hvis projektforslaget overslag, på grund af andre forhold end anført i Danske Ark og FRI's ydelsesbeskrivelse pkt. 3.4.4., efter licitation viser sig at være overskredet, revideres projektet i samarbejde med klienten uden vederlag.

8. Honorar

8.1. Totalrådgivning honoreres, jf. pkt. 7.2.

8.2. Rådgivning i forbindelse med indkøb af løst inventar honoreres efter aftale.

8.3. Øvrige ydelse som klient evt. tilkøber honoreres med nedenstående satser:

Indehaver / projektleder	kr. 900,00
Arkitekt / konstruktør – senior	kr. 850,00
Arkitekt / konstruktør – junior	kr. 800,00
Tekn. Ass. – senior	kr. 600,00
Tekn. Ass. – junior, ark.stud, kon.stud.	kr. 500,00
Alle satser er excl. Moms	

9. Udlæg

...

10. Udbetaling af honorar og udlæg

Honorar jf. aftalens pkt. 8.1 afregnes iht. nedenstående:

Ideoplæg og Byggeprogram	5%
Dispositionsforslag	12%
Projektforslag	8%
Forprojekt (myndighedsprojekt)	10%

Betalingsplan vil blive revideret såfremt tidsplanen ændre sig i forhold til det angivne under pkt. 6, tidsplan.

Honorar, jf. aftalen pkt. 8 og udlæg jf. aftalens pkt. 9 faktureres månedsvis.

Betalingsfrist er 21 kalenderdage efter fakturadato.

...

15. Bilag

Bilag:

1 ABR 89

2 Kopi af forsikringspolice

3 Ratebetalingsplan dateret 1. februar 2011

... <<

Kontraktens bilag 3 - senest revideret den 30. marts 2011 - indeholder følgende betalingsplan for honoraret til Friis & Moltke:

»...

Rådgivningshonorar Kr. 2.000.000

Beløb er i hele tusinde
Ekskl. moms.

Beløb er i hele tusinde
Ekskl. moms.

[illegible]

<<

3. Offentliggørelse af tildelingsbeslutningen og kontraktindgåelsen, m.v.

Ved bekendtgørelse nr. 2011/S 110-181017 af 6. juni 2011 i Den Europæiske Unions Tidende offentliggjorde indklagede tildelingen. I bekendtgørelsen står:

»...

II.1.1) Den ordregivende myndigheds betegnelse for kontrakten

Aftale om teknisk rådgivning og bistand for opførelse af ny aula-bygning i tilknytning til Thisted Gymnasium.

...

II.1.4) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

Aftalen vedrører levering af arkitektydelser i forbindelse med opførelse af ny aulabygning i tilknytning til det eksisterende gymnasium. Herunder udføres idéoplæg, byggeprogram, dispositionsforslag, projektforslag, forprojekt, hovedprojekt, projektopfølgning, standardinventar og -udstyr, projektering af inventar og -udstyr, byggeledelse og tilsyn samt 1-års gennemgang af byggeriet.

...

II.2.1) Endelig samlet værdi af kontrakten/erne

Værdi 2 004 000,00 DKK

Eksl. moms

...

IV.1.1) Type af procedure

Tildeling af kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende (jf. punkt k) og I) i bilag D)

Begrundelse for tildeling af kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i den Europæiske Unions Tidende:

c) Bygge- og anlægsarbejdet/varerne/tjenesteydelserne kan kun leveres af en bestemt tilbudsgiver af [årsager], der vedrører beskyttelse af enerettigheder.

Kontrakt om rådgivning er tildelt direkte i henhold til Udbudsdirektivets art. 31, stk. 1, litra b. Thisted Gymnasium og HF-Kurser er oprindeligt tegnet af arkitektfirmaet Friis & Moltke A/S, som følgelig har de ophavsretlige rettigheder i forhold til de oprindelige bygninger. Det kan oplyses, at de oprindelige bygninger har et helt specielt præg, som kendetegner bygninger tegnet og projekteret af Friis & Moltke A/S, som gør, at det ikke vil være muligt at antage en ny rådgiver uden direkte at ødelægge helhedspræget eller krænke Friis & Moltke A/S' ophavsret. Thisted Gymnasium og HF-Kurser foretager en udbygning - ombygning og tilbygning - af en

eksisterende bygning, hvorved den oprindelige bygning påvirkes direkte. Idrætshallen [rettelig aulabygningen] opføres i tilknytning til de oprindelige bygninger, og bygningerne påvirkes således direkte af den nye hal. Dermed vil projekteringen og opførelsen af den påtænkte nye idrætshal medføre, at den ophavsretlige beskyttelse af de oprindelige bygninger bliver påvirket. En anden arkitekts/ rådgivers varetagelse af opgaven ville derfor udgøre en krænkelse af den oprindelige arkitekts – Friis & Moltke A/S' rettigheder til byggeriet. På den baggrund anses Thisted Gymnasium og HF-Kurser berettiget til uden udbud at henvende sig til Friis & Moltke A/S, der har tegnet en eksisterende bygning, som man nu ønsker ombygget eller udført en tilbygning til, idet de oprindelige bygninger vil blive påvirket af den nye idrætshal. Dermed er der tillige en direkte påvirkning af de ophavsretlige rettigheder til de eksisterende bygninger, hvorfor Friis & Moltke A/S er de eneste, der kan udføre opgaverne med tegning og projektering af den nye idrætshal uden at krænke de eksisterende ophavsrettigheder.

...

V.1) Dato for tildeling af kontrakten:

7.3.2011

...

V.3) Navn og adresse på den økonomiske aktør, til hvem kontrakten er blevet tildelt

Friis & Moltke A/S

....

V.4) Oplysninger om kontraktens værdi

Kontraktens oprindeligt anslåede samlede værdi

Værdi 2 004 000,00 DKK

Eksl. moms

Kontraktens endelige samlede værdi

Værdi 2 004 000,00 DKK

Eksl. Moms

...«

Ved brev af 28. juni 2011 til indklagede gjorde klageren indsigelse mod den direkte tildeling og begrundede indsigelsen.

Ved brev 29. juni 2011 til klageren fastholdt indklagede, at kontrakten var lovligt tildelt.

Indklagede har ikke offentliggjort en bekendtgørelse efter § 4 i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

4. Øvrige oplysninger i sagen

Klageren har fremlagt følgende udtalelse af 1. november 2011 fra arkitekt M.A.A. Henrik Terkelsen:

»...Det ønskes derfor belyst, hvorvidt gennemførelse af en om- og tilbygning af en ophavsretligt beskyttede bygning kan gennemføres uden involvering af den oprindelige arkitekt uden, at bygningens helhedspræg nødvendigvis ødelægges.

Det skal ved vurderingen lægges til grund, at både Skanderborg Gymnasium og Thisted Gymnasium og HF-Kurser er offentligt ejede bygninger med arkitektonisk værdi. Det lægges ligeledes til grund, at de oprindelige bygningstegninger er ophavsretligt beskyttet, og at bygningerne derfor også er ophavsretligt beskyttet.

For så vidt angår Skanderborg Gymnasium lægges det til grund, at der er tale om en om- og tilbygning til en eksisterende bygning og ikke opførelse af en fritliggende bygning. ...

For så vidt angår Thisted Gymnasium og HF-Kurser lægges det til grund, at der er tale om en om- og tilbygning til en eksisterende bygning og ikke opførelse af en fritliggende bygning. ...

På denne baggrund bedes følgende besvaret:

1. Er det ud fra en arkitektfaglig vurdering muligt at varetage de oprindelige bygningers helhedspræg uden deltagelse fra den oprindelige arkitekt ved om- og tilbygninger hertil?

Vidneudsagn til spørgsmål 1:

Ja, ud fra en arkitektfaglig vurdering er det efter min opfattelse muligt for enhver uddannet og kvalificeret arkitekt, at gennemføre om- og tilbygning til et eksisterende bygningsværk, med varetagelse af og hensyntagen til den oprindelige bygnings helhedspræg. Det er således ikke en forudsætning for en kvalificeret løsning af en sådan opgave, at bygningsværkets oprindelige arkitekt deltager.

Arkitekter er uddannet til, ved enhver bygningsopgave at tage hensyn til/udgangspunkt i eksisterende forhold, det kan f.eks. være landskabelige forhold, bymæssige forhold og det arkitektoniske helheds præg (eller mangel på samme) som bygningsværket skal indgå i. Dette gør sig således også gældende ved om- og tilbygninger.

...

Hvis et bygningsværk imidlertid er kendetegnet ved at være et meget personligt arkitektonisk udsagn, så mener jeg, at det i enkelte tilfælde vil være arkitektfagligt hensigtsmæssigt at inddrage den oprindelige arkitekt i løsningen af opgaven, hvis denne har kapacitet til dette, således at de tanker og kunstneriske intentioner, som den oprindelige arkitekt har lagt i løsningen af bygningsværket, kommer til leve ubrudt videre ved om- og tilbygninger. Det skal understreges, at jeg mener den oprindelige arkitekt (eller de arkitekter) personligt, hvorfor det efter min opfattelse i disse tilfælde ikke et juridisk ophavsretligt forhold, men et personorienteret kunstnerisk forhold.

2. Ud fra en arkitektfaglig synsvinkel, kan andre end den oprindelige arkitekt udføre en om- eller tilbygning som den ovenfor beskrevne idrætshal/aula?

Vidneudsagn til spørgsmål 2:

Ja, med begrundelse som i vidneudsagnet ved spørgsmål 1.

3. Er det sædvanligvis nødvendigt at inddrage den oprindelige arkitekts tegninger ved om eller tilbygninger som de foreliggende?

Vidneudsagn til spørgsmål 3:

Ja, det er helt afgørende at have fyldestgørende tegningsmateriale over eksisterende forhold, som grundlag for en om- og tilbygningsopgave. Hvis og hvor dette ikke findes er det nødvendigt selv at udarbejde dette på grundlag af grundige opmålinger og registreringer.

4. Sker om- og tilbygninger til offentlige bygninger, der overstiger udbudstærskelværdierne, normalt efter udbud?

Vidneudsagn til spørgsmål 4:

Ja.

5. Har det betydning for en eventuel mulighed for at opnå fredning/bevaringsbeskyttelse, at en bygning tilføres en tilbygning eller ombygning, der er tegnet af en anden end den oprindelige arkitekt?

Vidneudsagn til spørgsmål 5:

Her skal der skelnes mellem fredninger der foretages for at bevare et væsentligt arkitektonisk værk, og fredninger der foretages af kulturhistoriske årsager.

Et væsentligt arkitektonisk værk kan være om- og/eller tilbygget så meget af andre arkitekter end den oprindelige arkitekt, eller i det hele taget om- og/eller tilbygget så meget, at værkets oprindelige arkitektoniske kvaliteter er blevet forringet i et omfang, der medfører, at bygningen ik-

ke kan føres tilbage til det oprindelige arkitektoniske udtryk, og derfor ikke fredes.

På den anden side kan de om og tilbygninger der er udført, være af en så høj kvalitet, at de understøtter den oprindelige arkitektur, bare i en anden tids udtryk. I disse tilfælde vil om og tilbygningerne kunne være medvirkende til en fredning af det samlede arkitektoniske udsagn.

Hvor der er tale om fredninger af bygninger af kulturhistoriske årsager, så vil der ofte have været gennemført utallige om- og tilbygninger gennem tiderne, og her vil det være uden betydning, og i øvrigt uundgåeligt, at flere arkitekter end den oprindelige har medvirket.

...«

Rektor Finn Jorsal, Thisted Gymnasium og HF-Kurser, har under mødet i klagenævnet forklaret, at Thisted Gymnasium havde stor personlig betydning for den nu afdøde arkitekt Knud Friis, der havde tegnet gymnasiet sammen med Elmar Moltke Nielsen. Endvidere udgør Thisted Gymnasium et samlet arkitektonisk bygningsværk. Forud for indgåelse af kontrakten med Friis og Moltke havde indklagede ikke overvejet andre arkitektfirmaer til at forestå opgaven. Om-/tilbygningen blev nemlig betragtet som en videreudvikling af den eksisterende bygning, hvorfor det var af afgørende betydning, at kontrakten blev indgået med Friis & Moltke. På denne måde sikrede indklagede sig, at den eksisterende bygning med om-/tilbygningen ville fremstå som et samlet arkitektonisk bygningsværk, og dermed ville Thisted Gymnasium opnå og sikre opretholdelsen af gymnasiets status som ”trofæ-ejendom”. Endelig ville valget af et andet arkitektfirma som kontraktpart indebære yderligere omkostninger for indklagede.

Indklagede har fremlagt følgende udaterede erklæring fra arkitekt M.A.A. Mogens Husted Kristensen, Friis & Moltke:

»...

Thisted og Skanderborg Gymnasium - ophavsret

...

Arkitekters faglige identitet er nøje forbundet med ophavsretten til de bygnings- og designopgaver der er udført og som vi lægger navn til. Thisted Gymnasium og Skanderborg Gymnasium indtager, som eksempler på dette en særlig plads i tegnestuens produktion, og i al beskedenhed – i nyere dansk arkitekturhistorie.

Arkitektur hører til vores kulturarv. En del arkitektur fremhæves i faglitteratur, kulturkanon o.s.v. som særligt gode eksempler fra givne perioder. De aktuelle gymnasier hører til denne kategori. Flere af vores opgaver angår videreførelse og udvikling af opgaver, der er udført siden

tegnestuens grundlæggelse for 57 år siden; enfamiliehuse såvel som gymnasier, store og mindre offentlige bygninger o.s.v. Bygherrerne finder det naturligt at engagere Friis & Moltke til disse opgaver, da de er særdeles bevidste om, at deres hus er et Friis & Moltke hus. De ønsker, at det også fortsat og indiskutabelt skal være et Friis og Moltke hus. Når vores Friis & Moltke huse ind imellem alligevel ændres uden vores medvirken eller accept, kolliderer det derfor med vores ophavsret. Det har i denne sammenhæng ingen betydning, om ændringen fagligt set er god eller mindre god. Det afgørende er, om det fortsat og indiskutabelt er et Friis & Moltke værk.

Klagesagerne vedr. om- og udbygninger af gymnasierne i Thisted og Skanderborg er i vores øjne ikke blot sager, der vedrører en bygherres ret og fremgangsmåde ved valg af rådgiver. Sagerne har rækkevidde dybt inde i selve værdien af ophavsretten til arkitektur og dermed også betydningen af arkitektur som fælles kulturarv.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har bevisbyrden for, at betingelserne i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, b), for at tildele kontrakten direkte er opfyldt. Denne bevisbyrde er ikke løftet. Klageren har nærmere anført, at bygninger efter ophavsretslovens § 29 kan ændres af ejeren uden ophavsmandens samtykke, når det sker af tekniske grunde eller af hensyn til deres praktiske anvendelighed. Indklagede kunne allerede i medfør af § 29 ændre bygningen og dermed realisere projektet. Indklagede kunne have taget de hensyn, der lå til grund for den direkte tildeling, ved at vælge én blandt en lang række andre relevante fremgangsmåder, som var lovlige og forenelige med udbudsreglerne. Indklagede kunne således eksempelvis have valgt at inddrage det tidligere arkitektfirma i ordregiverens arbejde med udbudsbetingelserne for derved at sikre bl.a. hensynet til den eksisterende bygning. Indklagede kunne også have inddraget arkitektfirmaet som bygherrerådgiver i evalueringen af tilbuddene. Desuden kunne arkitektfirmaet have været inddraget i en projektkonkurrence som deltagende virksomhed eller som rådgiver ved udformningen og afviklingen af konkurrencen, herunder som deltager i en dommerkomite eller et bedømmelsesudvalg. Den praktiske konsekvens af indklagedes fortolkning og anvendelse af udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, b), vil være, at arkitektydelser i forbindelse med om-/tilbygningssager

helt undtages fra udbud. Dette er ikke formålet med den snævre undtagelsesbestemmelse.

Klageren har endvidere gjort gældende, at indklagedes ret til frit at fastsætte kontraktgenstanden og specifikationerne ikke omfatter en ret til frit at vælge en kontraktpart ved direkte tildeling.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har været berettiget til at tildele kontrakten direkte efter udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, b), idet betingelserne herfor er opfyldt. Indklagede har nærmere anført, at Friis & Moltke har ophavsret til den eksisterende bygning. Om/tilbygningen til den eksisterende bygning griber ind i Friis & Moltkes ophavsret. Opgaven kan af denne grund alene udføres af Friis & Moltke.

Indklagede har endvidere gjort gældende, at »de grundlæggende udbudsretlige principper om lovligt, sagligt og proportionalt grundlag for begrænsning af konkurrencen« er iagttaget. Indklagede har nærmere anført, at indklagede frit kunne definere kontraktens genstand og specifikationer og som følge heraf også lovligt tildele kontrakten direkte til Friis og Moltke. Ved tildelingen har indklagede varetaget følgende saglige hensyn: i) hensynet til det æstetiske, arkitektoniske helhedsindtryk, herunder sikring af grundlaget for en eventuel fredning/bevaringsbeskyttelse af Thisted Gymnasium, ii) økonomiske hensyn i relation til sikring af Thisted Gymnasiums værdi og iii) hensynet til den ophavsretlige beskyttelse i medfør af bernerkonventionens artikel 12, der kommer til udtryk i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, b). Disse legitime hensyn er afspejlet i EUF-Traktatens principper om varetagelse af økonomiske hensyn ved kontrakttildeling samt bernerkonventionens og udbudsdirektivets forskrifter om iagttagelse af enerettigheder.

Indklagede har vedrørende begge anbringender anført, at samlet set er den direkte tildeling saglig og proportional med dels Friis & Moltkes ophavsret til at foretage ændringer ved den eksisterende bygning, jf. bernerkonventionens artikel 12 og ophavsretslovens § 3 om droit moral, dels ønsket om at bevare det samlede arkitektoniske udtryk og den samlede arkitektoniske udførelse af Friis & Moltke.

Endelig har indklagede gjort gældende, at ophavsretslovens § 29 ikke finder anvendelse. Betingelserne i § 29 er således ikke opfyldt, og der er ikke grundlag for at tilsidesætte Friis & Moltkes ophavsret.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at kontrakten blev indgået den 7. marts 2011, og at meddelelsen først er fremsendt til EU-Kommissionen den 6. juni 2011, hvorfor fristen i artikel 35, stk. 4, på 48 dage fra kontraktens indgåelse ikke er overholdt.

Indklagede har erkendt overtrædelsen.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede har begået den alvorligste af alle overtrædelser af EU's udbudsregler ved den ulovlige tildeling og kontraktindgåelse. Betingelserne for at erklære kontrakten for uden virkning for fremtidige leverancer er derfor opfyldt, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1. Klageren har nærmere anført, at »god tro« ingen relevans har i denne henseende. Indklagede har ikke anvendt fremgangsmåden i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 4, jf. lovens § 17, stk. 1, nr. 1.

Klageren har endvidere gjort gældende, at betingelserne for at pålægge en økonomisk sanktion er opfyldt. Kontrakten er delvis opfyldt, og sanktionen skal derfor beregnes efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 18, stk. 2, nr. 3, og § 19.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at erklære den indgåede kontrakt for uden virkning og pålægge indklagede en økonomisk sanktion, idet tildelingen er lovlig.

Ad påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

For det tilfælde, at kontrakten opretholdes efter § 17, stk. 3, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., har klageren gjort gældende, at betingelserne for at pålægge en økonomisk sanktion efter § 18, stk. 2, nr. 2, og § 19 er opfyldt. Ved udmålingen af den økonomiske sanktion skal der

lægges vægt på, at indklagede har begået den alvorligste af alle overtrædelser af EU's udbudsregler, nemlig en ulovlig direkte kontrakt-tildeling.

Indklagede har gjort det samme gældende som ad påstand 3.

Ad påstand 5 (mest subsidier i forhold til påstand 3)

Klageren har gjort gældende, at indklagede har begået den alvorligste af alle overtrædelser af EU's udbudsregler ved at have foretaget en ulovlig direkte kontrakttildeling. Betingelserne for at annullation er derfor opfyldt.

Indklagede har gjort det samme gældende som ad påstand 3.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagede har foretaget en direkte tildeling og på grundlag heraf indgået kontrakt med Friis & Moltke A/S om teknisk rådgivning og bistand i forbindelse med opførelse af en ny aulabygning i tilknytning til den eksisterende bygning, som udgør Thisted Gymnasium.

Efter artikel 31, stk. 1, b), kan forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse undlades - og kontrakten tildeles direkte - når:

»... kontrakten af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt økonomisk aktør.«

Det påhviler indklagede at godtgøre, at betingelserne i udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, b), er opfyldt, jf. også klagenævnets kendelser af 15. september 2009, Almenbo a.m.b.a. mod den selvejende boligorganisation Boligorganisationen Nygårdsparken, og 25. marts 2010, Visma Services Odense A/S mod Hillerød Kommune.

Indklagede skal således godtgøre, at årsagen til den direkte tildeling var beskyttelsen af enerettigheder, jf. artikel 31, stk. 1, b), 1. led. Efter reglens 2.

led skal indklagede godtgøre, at Friis & Moltke objektivt set var den eneste leverandør på markedet, der kunne udføre opgaven, herunder opfylde indklagedes behov.

Af de grunde, som klageren har anført, har indklagede ikke godtgjort, at beskyttelsen af enerettigheder gjorde det nødvendigt at undlade udbud og at tildele kontrakten direkte. Med samme begrundelse har indklagede ikke godtgjort, at kontrakten kun kunne overdrages til én bestemt virksomhed. Indklagede har således ikke løftet bevisbyrden for, at de lovlige hensyn, som indklagede ønskede at varetage, ikke kunne have været tilgodeset ved, at Friis & Moltke blev inddraget i projektet på anden måde, eventuelt ved en af de fremgangsmåder, som klageren har anført.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 2

Af de grunde, som klageren har anført, tages påstanden til følge.

Ad påstand 3

Det er fastslået ad påstand 1, at indklagede i strid med udbudsreglerne har indgået kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Efter § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. skal en sådan kontrakt erklæres for uden virkning, medmindre ordregiveren har anvendt proceduren i lovens § 4.

Indklagede har ikke anvendt proceduren i § 4, og betingelserne for at erklære kontrakten for uden virkning er derfor opfyldt.

En kontrakt erklæres efter lovens § 18, stk. 1, 1 pkt., for uden virkning for alle fremtidige leverancer, og klagenævnet finder ikke grundlag for i medfør af § 18, stk. 1, 2. pkt., at fravige denne regel.

Ifølge kontrakten og kontraktbilag 3 befinder projektet sig nu i den sidste fase, også benævnt fase 3 »Udførelse«, som omfatter »Projektopfølgning«

og »Byggeledelse og fagtilsyn«. Fasen startede medio september 2011 og slutter ultimo september 2012.

Ved fastsættelsen af, fra hvilket tidspunkt kontrakten skal anses for uden virkning, har klagenævnet lagt vægt på overtrædelsens karakter, kontraktens art, projektets stade og hensynet til afviklingen af kontrakten.

Herefter erklæres kontrakten for uden virkning fra den 1. marts 2012.

Efter § 18, stk. 2, nr. 3, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. skal der herefter fastsættes en alternativ sanktion.

Henset til overtrædelsens karakter – en ulovlig direkte kontrakttildeling er den alvorligste overtrædelse af EU's udbudsregler – og til, hvor stor en del af kontrakten der opretholdes, fastsættes den økonomiske sanktion efter lovens § 19, stk. 1, og stk. 2, nr. 3, og forarbejderne hertil til 80.000 kr. Beløbet skal betales til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 19, stk. 4.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28 ved at tildele en kontrakt til Friis & Moltke A/S om totalrådgivning i forbindelse med opførelse af ny aulabygning i tilknytning til Thisted Gymnasium ved udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 31, stk. 1, b), uden at betingelserne for anvendelse af denne procedure var opfyldt.

Påstand 2

Indklagede har handlet i strid med artikel 35, stk. 4, ved ikke at afsende en meddelelse om kontraktindgåelse senest 48 dage efter indgåelsen af kontrakten.

Det pålægges indklagede, Thisted Gymnasium og HF-Kurser, at bringe kontrakten indgået med Friis & Moltke A/S den 7. marts 2011 om teknisk rådgivning og bistand i forbindelse med opførelse af ny aulabygning i til-

knytning til Thisted Gymnasium til ophør med virkning fra den 1. marts 2012.

Indklagede, Thisted Gymnasium og HF-Kurser, skal til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen betale en økonomisk sanktion på 80.000 kr. Beløbet skal betales inden 8 uger fra datoen for afsigelsen af denne kendelse.

Indklagede, Thisted Gymnasium og HF-Kurser, skal i sagsomkostninger til klageren, Danske Arkitektvirksomheder, betale 60.000 kr. Beløbet betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig