

Klagenævnet for Udbud

(Michael Ellehauge, Michael Jacobsen, Erik Hammer)

J.nr.: 2009-0090020775

31. maj 2010

K E N D E L S E

Danske Arkitektvirksomheder
(advokat Martin André Dittmer, København)

mod

Udenrigsministeriet
(Kammeradvokaten v/ advokat Jacob Pinborg)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 135-197738 af 15. juli 2009 udbød Udenrigsministeriet som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en kontrakt om rådgivning til Udenrigsministeriet i forbindelse med opførelsen af en såkaldt »UN City« i København. Projektet er organiseret således, at By og Havn I/S bliver ejer - og udlejer - af bygningerne, og at bygningerne lejes af Udenrigsministeriet og anvendes af FN som bruger. Den 17. september 2009 besluttede Udenrigsministeriet at prækvalificere følgende 5 virksomheder:

1. PLH Arkitekter A/S
2. Albæk Byggerådgivning ApS
3. Konsortiet EKJ Consulting Engineers A/S og Arkitema K/S
4. Konsortiet Vilhelm Lauritzen A/S og Grontmij Carl Bro A/S
5. COWI A/S

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 17. september 2009, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud oprindeligt fastsat til den 26. oktober 2009 og senere ændret til den 2. november 2009 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud.

Den 20. november 2009 besluttede Udenrigsministeriet at indgå kontrakt med 1. PLH Arkitekter A/S (»PLH«), og kontrakt blev herefter indgået den 28. december 2009.

Den 27. november 2009 indgav klageren, Danske Arkitektvirksomheder, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Udenrigsministeriet. 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. december 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 15. april 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at prækvalificere PLH Arkitekter A/S, uanset virksomheden forud for udbuddet havde rådgivet indklagede vedrørende udbuddet, herunder ved en »Preliminary Needs Analysis«.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 20. november 2009 om at indgå kontrakt med PLH Arkitekter A/S.

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

Sagsfremstilling:

Den udbudte kontrakt:

Udbudsbekendtgørelsen af 15. juli 2009 indeholder følgende beskrivelse af den udbudte kontrakt:

- »II.1.1) Den ordregivende myndigheds betegnelse for kontrakten:
Design Consultant for implementation of UN's new Copenhagen Premises.

...

II.1.5 Kortfattet beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/ene:

In January 2009 the detailed planning of common premises for all UN Agencies in Copenhagen, better known as "UN City" commenced. The development is based on a partnership between the Government of Denmark and CPH City & Development.

UN City comprises 2 campuses. Campus 1 contains the largest office component (approximately 28 000 m²) whilst Campus 2 is primarily UNICEF's warehouse facility. The planning of Campus 2 and the final planning for the relocation of the current warehouse facility has been put on hold pending an agreement concerning the size of the office component in Campus 2. Campus 1 is expected to commence construction in the beginning of 2010.

The Consultant's overarching role is to advise the client on all technical aspects, engineering as well as architectural, in relation to the UN City thereby safeguarding the interests of the client in this respect. The Consultant has design and design integration responsibility for all tenant deliverables to the project (both architectural and engineering related), as well as being the client's independent representative and adviser.«

Udbudsbetingelserne:

Udbudsbetingelserne findes - foruden i udbudsbekendtgørelsen - i dokumentet »Consultancy Services Tender Dossier«, hvori det bl.a. hedder:

»The following attached documents provide a more detailed description of the project basis:

1. UN City in Copenhagen, Preliminary Needs Analysis, prepared by PLH arkitekter, dated 11. juni 2008
2. The preliminary building program for campus 1 ("Tenancy brief"), draft no. 3, dated 2009.06.18 with appendices 1-7
3. By og Havn's: Overordnet tentative tidsplan med angivelse af hovedaktiviteter, udarbejdet af Emcon dateret 16. juni 2009«

Tildelingskriteriet og øvrige kriterier:

Tildelingskriteriet var i udbudsbetingelserne fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud« med følgende underkriterier og vægtning:

1. »Technical part«, 80 %, med delkriterierne:

1.a. »Technical Quality of the tender«, 20 %.

1.b. »Qualifications of key personnel«, »Team leader«, 80 %.

2. »Price part«, 20 %.

Efter udbudsbetingelserne er der til delkriteriet 1.a »Technical Quality of the tender« knyttet følgende yderligere kriterier:

»

<u>Criteria</u>	<u>Sub-weight</u> <u>%</u>	<u>Weight</u>
[1.a] <u>Technical Quality of the tender</u>	100	20
Adequacy of the proposed methodology and work plan	30	
• Description of the proposed work plan with a detailing of the activities and outputs outlined in the Terms of Reference as well as any additional activities as required. • Description of the Consultant's organization, including the Consultant's cooperation with the affiliated experts, and an indication of the response time required to answer questions involving experts. • Overall description of the Consultant's plan for quality management for this specific assignment	70	

«

Efter udbudsbetingelserne er der til delkriteriet 1.b »Qualifications of key personnel«, »Team leader« knyttet følgende yderligere kriterier:

»

<u>Criteria</u>	<u>Sub-weight</u> <u>%</u>	<u>Weight</u>
[1.b] <u>Qualifications of key personnel</u>		80
<u>Team leader</u>	100	
General Qualifications • A University degree in architecture, engineering or similar • Considerable relevant professional experience • Proven cooperation and communication skills • Ability to work in multi-cultural settings	40	

Adequacy for the assignment: • Extensive experience as tenant/user advisor • Experience from working with government institutions and international organizations • Experience from working with projects of a similar size and setting	60	

«

PLH's rådgivning til indklagede forud for udbuddet:

I den forundersøgelse, »Preliminary Needs Analysis«, som PLH foretog for indklagede forud for udbuddet, hedder det bl.a.:

»EXECUTIVE SUMMARY

Background

An Inter Ministerial Committee, under the chairmanship of the Ministry of Foreign Affairs (MFA), has recommended that the Danish Government undertake a coherent strategy to attract new UN Agencies to relocate their offices to Copenhagen. As part of such a strategy, it has been recommended to establish common premises for all UN Agencies in Copenhagen, better known as a UN City”.

Today, the UN agencies in Denmark are based in three locations in Copenhagen. The WHO Regional Office for Europe and UNICEF Supply Division each have their own stand alone premises, whilst a cluster of UN agencies (detailed later in this report) share a common site referred to as UN House.

A Key driver for the establishment of a common UN premises is to enhance the effectiveness of the UN Agencies, through the harmonization of procedures and the introduction of a still increasing number of common facilities in one UN compound. Collocation of the agencies should lead to the introduction of common service functions including, for example, reception, meeting and dining facilities, together with common systems for security, IT and telecommunications.

Based on the recommendations of the Inter Ministerial Committee, the Ministry for Development Cooperation has decided to engage in planning for building of UN City, based on a partnership between the Government of Denmark and Copenhagen Harbor Inc. (CMH).

The Project has been approved by the Financial Committee of the Danish Government, subject to the anticipated standard conditions and protocols regarding, for example, costs and legal structures.

The project site is identified to be Copenhagen North Harbor area.

It is expected that this needs analysis will be instrumental in the development of the brief for the master plan and local planning guidelines for the area, such that UN City's requirements can be satisfied by the future development.

VISION FOR UN CITY

...

SUCCESS CRITERIA

...

SUMMARIZED ANALYSIS OF NEEDS

Image and architectural expression

...

Adjacencies between organisations

...

General building requirements and zoning

...

Car parking

...

Common services

...

Agency space

...

Special requirements – The UNICEF Warehouse

...

Security

...

Safety

...

Environmentally sustainable design (ESD) and energy consumption

...

Building structure and engineering installations

...

EXTRA CONSTRUCTION BUDGET EXPENCES

There are a number of building and non-building related costs that MFA will need to allow for that are over and above the actual construction costs of the UN City.

Already in the planning process, it is highly recommended that a budget is prepared for and released in relation to costs within the following categories:

- Moving costs.
- New furniture and fittings.
- Special Inventory such as photo copiers, coffee machines, tableware for the canteen, kitchen equipment etc.
- ICT infrastructure, conferencing facilities.
- Security
- Technical advisory services to the organizations- and users during the planning and construction phase.

A preliminary draft on such a budget is attached as Appendix E “Preliminary cost estimate, benchmarks rates”.

1.0 INTRODUCTION

This report is prepared by PLH arkitekter in October 2007 and finalized in June 2008, following an interactive process involving the project’s stakeholders, coordinated via the decision making body for this Needs Analysis – the UN City Planning Committee (UNCPC).

Since May 2007, the committee has been presented with a monthly summation of findings and progress for comment and approval.

This process culminated in UNCPC’s review and approval of this Needs Analysis.

...

1.1 Overall Purpose of Consultancy

The purpose of this needs analysis is to serve as a basis for decision making at policy level, and to constitute the performance standards that will form the basis for the building project’s prescriptive technical brief in the future

The report contains:

- Overall visions and objectives, including expansion options for the UN City project.
- Needs and requirements regarding office space and special facility types.
- Space budget.
- Adjacency requirements and functional interrelationships.
- Zoning concept.
- Performance standards for the project – including engineering installations and security philosophy.

1.2 Approach and Methodology

The report is based on a series of data gathering activities; input from focus groups and specialist consultants as outlined below:

...

2.0 FUNCTIONAL NEEDS – COMMON SPACE AND AGENCY SPACE

2.1 General requirements for UN City

...

2.2 Requirements for common space

...

2.3 Requirements for agency space

...

2.4 Special requirements

...

2.5 Space budget – schedule of spaces and areas

...

3.0 BASE BUILDING REQUIREMENTS

3.1 General

...

3.2 Security

...

3.3 Safety

...

3.4 Flexibility

...

3.5 Navigation and access

...

3.6 Construction and fitout

...

3.7 Environment, air quality and comfort

...

3.8 Electrical installations and flexibility of installations

...

3.9 Parking and transportation

...

3.10 Landscaping and outdoor space

...

4.0 EXTRA CONSTRUCTION BUDGET EXPENCES

...

5.0 NEXT STEPS – DEVELOPMENT OF UN CITY AT AN OPERATIONAL LEVEL

This Needs Analysis reflects the guiding vision, principles and requirements that are a starting point to enable the design of the physical framework for UN City.

However, there is an extensive scope of work commencing immediately, required to achieve the outcomes desired for UN City at an operational level. There is a significant workload entailed in the preparatory tasks of aligning the various organizations for the future cohabitation. An outline of the tasks include, but is not necessarily limited to:

- Mapping current organizational processes in order to secure business continuity during transition.
- Description of Common services and facilities at an operational level.
- Cost/benefit analysis of the various possible operational models for each element of common services.
- Protocols, procedures and charge-back models.
- Change management process and phase-in implementation (including phase-out of existing service/supply contracts).
- Involvement of agencies (users) in the future processes.

The UNCPC will remain focused on the project implementation through to its completion, and to this end it recommends that the committee be expanded to include not only representatives of all Copenhagen based UN agencies, the Ministry of Foreign Affairs, the Security Service (PET), and the UN Department of Security, but also, as observers, representatives of the Municipality of Copenhagen and the developer “Copenhagen City and Port development Inc.«

I »UN City – Campus I Tenancy Brief (Draft no. 3 – 2009.06.18« står der bl.a.:

»Prolog

This Tenancy Brief – ”Lejemålsbeskrivelse” – (LB) of the UN City is to be included as an annex to the lease contract of ... between (as landlord) and the Ministry of Foreign affairs (as tenant).

The LB aims to describe and define the overall level of quality of materials and key components, and describe the selected installation principles of the UN City located on Marmormolen.

...

In further outlining and design of the project basis, there will be taken due consideration for the overall requirements and wishes in regard to security, interior design, the buildings expression and functionality as defined in the UN Preliminary Needs Analysis (PNA), rev. 1, dated 11th June 2008.«

I en skrivelse af 9. april 2010 fra indklagedes advokat, Kammeradvokaten ved advokat Jacob Pinborg, til Klagenævnet anføres følgende om udarbejdelsen af »Tenancy Brief«:

»I ovennævnte sag har jeg i svarskriftet anført, at PLH har bistået med udarbejdelsen af den [med] bilag 4 fremlagte Tenancy Brief.

Min klient har imidlertid nu oplyst, at Tenancy Brief er udfærdiget af By og Havn, og at PLH's bistand mere præcist har bestået i at bistå Udenrigsministeriet og FN med udarbejdelse af bemærkninger m.v. til By og Havn vedrørende Tenancy Brief.

Det er derfor ikke fuldt dækkende, når det i skriftvekslingen er blevet anført, at Tenancy Brief er udarbejdet af PLH.«

Nærmere om den udbudte kontrakt:

I udbudsbetingelserne er den ydelse, som kontrakten vedrører, nærmere beskrevet således:

»...

Terms of reference for design consultant for implementation of UN's new Copenhagen premises

...

2. Objective

The aim of the assignment is to ensure that the building owner and landlord "BY og HAVN" establishes a UN City where the requirements and wishes of the tenant and user are fulfilled in accordance with the agreements made between the landlord and the tenant.

3. Outputs

The User-/Tenant Consultant will be responsible to advise the User/Tenant to achieve the following outputs (refer to the activities in attachment no. 3 mentioned above) in close cooperation with the Chairman of the UNCPC:

- 1) *General User-/Tenant consultancy*
- 2) *Phase A: 1.11, 1.12 and 1.13 Clarification of tender programme / extended building*
- 3) *Phase B: 1.14 Detailed Design*
- 4) *Phase C: 1.15 – 1.20 Execution phases and occupancy*

4. Scope of Work and Activities

The work should include but not necessarily be limited to the following activities:

Output 1 General User-/Tenant consultancy:

- a) Management of information flow between landlord's design team and users, including compilation of user feedback and UN approvals, e.g. to achieve required sign-offs.
- b) Provision of assistance to the UNCPC, its chairman and its Focus Groups in the form of technical advice on all UN City matters, including regular update on project status.
- c) Participation, as needed in selected meetings of the UN's Focus Groups to ensure the necessary outputs for the project process;
- d) Participation in landlord's project steering committee meetings, design team meetings and technical meetings as required;
- e) Management of documentation issued to and from landlord's design team and the Client.
- f) Provide additional information as required by landlord's design team to finalise design/specification;
- g) Assist client with input to budget for items outside of the building project, as well as assist client in understanding and managing any proposed variations to the building project budget resulting from client requests or alterations.

Expected input of 360 hours to fulfil these activities, based on an average of 10 hours per month for 36 months.

Output 2 Phase A: 1.11, 1.12 and 1.13 Clarification of tender programme / extended building programme.

- a) Based on the landlord's draft for extended building programme (1.11) the Consultant cooperates intensively with UNCPC and the Focus Groups as well as the landlord's representatives in order to identify the users' detailed requirements, and to assure that the basis specified in Appendix 1, Preliminary Needs and Appendix 2, tenancy Brief has been taken sufficiently into account in the extended building programme.
- b) Undertake all process planning required within the UN directly related to the building project (such as preparation of the necessary studies and material to enable the required decision making from the UNCPC and its Focus Groups.
- c) Generally, assist the tenant in fulfilling its obligations to the landlord in terms of providing required decision making within the agreed project time frame.
- d) Consult as needed with UN Focus Groups to coordinate their detailed design input to all matters requiring engineering

integration (e.g. security, audio-visual, IT), liaise with landlord's design team to assess impact on budget and liaise with UN to achieve sign-off.

- e) Liaise with UN agencies and Focus Groups as required to compile detailed briefing information required for the landlord's design team in order to prepare specific floor plans for each group, based on the generic floor plans tendered, and ensuring that any specific functions/needs are addressed.
- f) Ensure that the engineering implications of the floor plans are integrated and coordinated by the landlord's design team.

Expected input of 300 hours to fulfil these activities, based on an average of 100 hours per month for 3 months.

Output 3 Phase B: 1.14 Detailed Design

- a) Review all ongoing detailed architectural and engineering design documentation/specifications issued for review and or approval by the landlord's design team, to ensure compliance with Tenancy Brief and the UN City Preliminary Needs Assessment.
- b) Facilitate the client's obligations regarding review, feedback and approval to the landlord's detailed development of the main project, to safeguard that the requirements of the client are satisfied. This covers review of both architectural design and engineering design (including energy usage and indoor climate, Environmentally Sustainable Design (ESD) solutions, flexibility of installations, building automation, building management systems, perimeter security and internal security, ICT, AV).
- c) Assist the client in analyzing and making decisions in relation to alternative design solutions which may be proposed by the landlord's design team after initial tender of the project.

Expected input of 170 hours to fulfil these activities, based on an average of 10 hours per month for 11 months plus 60 hours to complete the final approval of the project.

Output 4 Phase C: 1.15 – 1.20 Execution phases and occupancy

- a) Facilitate the client's obligations regarding review, feedback and approval during construction of the building to safeguard that the requirements of the client are satisfied.
- b) Assist client in analyzing and making decisions in relation to alternative construction solutions, materials etc. proposed by

- the landlord's design team.
- c) Provide additional information as required by the landlord's design team during the construction process.
 - d) Input to the client's tenders for furniture contracts, contracts for AV equipment et cetera.
 - e) Input to the client's tender for moving consultancy.
 - f) Assistance regarding the handing over of the tenancy.

Expected input of 300 hours to fulfil these activities, based on an average of 12½ hours per month for 24 months.

It must be stressed that the stated average time consumption does not indicate a steady and stable consultancy service over a period of time. On the contrary the intensity of the Design Consultant's work effort is expected to vary substantially.

...

7. Technical proposal

The tender documents shall contain a short account of the following (max. 5 pages):

- a) Description of the proposed work plan with a detailing of the activities and outputs outlined in the Terms of Reference as well as any additional activities as required.
- b) Description of the Consultant's organisation, including the Consultant's cooperation with the affiliated experts, and an indication of the response time required to answer questions involving experts.
- c) Overall description of the Consultant's plan for quality management for this specific assignment.

8. Input by the consultant

The Consultant will provide a part time Design Consultant for a period of 3 years. The estimated input by the Design Consultant is 1,130 hours.

The profile of the Design Consultant is as follows:

General qualifications:

- A university degree in architecture, engineering or similar
- Considerable relevant professional experience
- Proven cooperation and communication skills
- Ability to work in multi-cultural settings

Adequacy for the assignment:

- Extensive experience as tenant/user advisor
- Experience from working with government institutions and international organisations

- Experience from working with projects of a similar size and setting

...

The consultant is to provide a technical back-up team available to supplement and complement the Design Consultant. The cost of the back-up shall be covered by the Consultant's overhead.

9. Price proposal

The price must be based on input of 1,130 hours for the Design Consultant. Personnel related expences are not envisaged. The price proposal must include a fixed amount of DKK 50,000 for project related expences to cover possible expenses for seminars etc. as per prior agreement with the Client.

«

Sagens øvrige omstændigheder:

I klagerens brev af 19. oktober 2009 til indklagede står der:

»Design Consultant for implementation of UN's new Copenhagen Premises, Contract Notice: 2009/S 135-197738

I forbindelse med ovennævnte udbud er DANSKE ARK blevet opmærksom på en habilitetsproblematik, som Udenrigsministeriet bedes forholde sig til.

Foranlediget af en konkret henvendelse fra et af vores medlemmer har vi foretaget en vurdering af udbudsmaterialet og har i den forbindelse også indhentet en vurdering fra vor eksterne advokat, Gorrissen Feder-spiel samt en arkitektfaglig vurdering.

Det er vor konklusion, at der er sket en fejl i forbindelse med prækvalificeringen af PLH Arkitekter A/S, idet den forudgående bistand, som PLH Arkitekter A/S har ydet til ordregiver i forbindelse med udarbejdelsen af "Preliminary Needs Analysis", har bibragt PLH Arkitekter A/S en klar konkurrencefordel i forhold til øvrige potentielle tilbudsgivere. Denne konkurrencefordel kan ikke anses for udlignet ved fremlæggelsen af den af PLH Arkitekter A/S' udarbejdede rapport, og det er samtidig vor vurdering, at der er tale om en konkurrencefordel, som næppe kan afhjælpes ved fremlæggelse af yderligere materiale. ...«

I indklagedes brev af 23. oktober 2009 til klageren hedder det bl.a.:

»Udenrigsministeriet er ikke enig i Danske Arkitektvirksomheders konklusion. Spørgsmålet om PLH Arkitekter A/S' habilitet har været

nøje overvejet i forbindelse med udvælgelsen af tilbudsgivere. Udbudskomiteen for det pågældende udbud har konkluderet, at PLH Arkitekter A/S ikke har skaffet sig en utilbørlig konkurrencefordel gennem deres arbejde med Preliminary Needs Analysis.

PLH Arkitekter A/S har i 2007 bistået Udenrigsministeriet med udarbejdelse af foreløbigt byggeprogram og har efterfølgende foretaget revision af dette den 11. juni 2008 til den endelige udgave. Dette materiale er udarbejdet til brug for udlejer, "By og Havn", dennes rådgivere og dennes kommende totalentreprenør, som forestår den videre programmering, projektering og udførelse. Analysen er gjort tilgængelig for alle tilbudsgivere som et baggrundsdokument.

I det videre forløb har Udenrigsministeriet brug for bistand af en lejerrådgiver. Ministeriet har antaget Rørbæk og Møller Arkitekter som rådgivere ved udbud af denne tjenesteydelse, og det er dem, der har bistået ministeriet med udarbejdelse af udbudsmaterialet og gennemførelsen i øvrigt af nærværende udbud. PLH Arkitekter A/S' arbejde med analysen har ikke givet dem indflydelse på udformningen af udbudsdokumentet, herunder tildelingskriterierne for nærværende udbud.

Tildeling af kontrakten sker på grundlag af det økonomiske mest fordelagtige tilbud. Pristilbuddet skal baseres på et forud fastsat timetal, hvorved prisdelen i alle tilbud vil være baseret på et ensartet tidsforbrug. Vi skal yderligere henlede opmærksomheden på de valgte tildelingskriterier, der lægger afgørende vægt på lejerrådgivers (Teamleader's) personlige kvalifikationer.«

I indklagedes evaluering, der er underskrevet den 20. og 23. november 2009, hedder det bl.a.:

»Evaluation of technical proposals

The result of the evaluation of the technical proposals is shown in Annex D for each Tenderer. If interviews were part of the technical evaluation the results are shown in Annex C.

The level of responsiveness for each sub-criterion is rated on a scale 0-100 point using the following discrete grades

- Poor: 40 points
- Satisfactory: 70 points
- Good: 90 points
- Very good: 100 points

A summary of the technical evaluation is shown in the table below:

Criteria	Weight	EKJ Rådgivende Ingeniører AS / Arkitema	Vilhelm Lauritzen Architects / Grontmij Carl Bro A/S	PLH Arkitekter A/S	Albæk Construction Consulting ApS	COWI A/S
Technical quality of the proposal	20	14,0	14,0	18,0	8,0	14,0
Key Personnel	80	62,4	62,4	76,8	41,6	72
Total technical part	100	76,4	76,4	94,8	49,6	86,0

Only those Tenderers with a final score of at least 75 points qualify for the financial evaluation.

Opening of price proposals

...

The Tender with lowest corrected total price was given 100 points and the other tenders scores inversely proportional to their total price. The result of the price evaluation is shown in Table below:

	EKJ Rådgivende Ingeniører AS / Arkitema	Vilhelm Lauritzen Architects / Grontmij Carl Bro A/S	PLH Arkitekter A/S	Albæk Construction ApS	COWI A/S
Price quoted	1,524,650	1,696,750	1,984,110	N/A	1,686,875
...					
Score (points)	100	89,9	76,8	N/A	90,4

Conclusion

The composite evaluation of the technically compliant tenders was as follows:

	Weight	Score (points)				
		EKJ Rådgivende Ingeniører AS / Arkitema	Vilhelm Lauritzen Architects / Grontmij Carl Bro A/S	PLH Arkitekter A/S	Albæk Construction ApS	CO WI A/S
Technical part	80	61,1	61,1	75,8	N/A	68,8
Price Part	20	20,0	18,0	15,4	N/A	18,1
Total	100	81,1	79,1	91,2	N/A	86,9

«

Lars Møller, Rørbæk Møller Arkitektfirma ApS, har forklaret, at hans arkitektvirksomhed har virket som rådgiver for Udenrigsministeriet under det udbud, som sagen vedrører. Sagen er kørt som et ”klassisk projektudvikler-/lejerforhold”, hvor en grundejer får kontakt til en lejer og udarbejder et fælles projekt. By og Havn I/S kom i kontakt med Udenrigsministeriet, der skulle beskrive sine ønsker og behov. Dette skete ved udarbejdelse af Preliminary Needs Analysis. Da han skulle udarbejde udbudsmaterialet, forelå analysen, der er et programoplæg, samt Tenancy Brief, der er en lejemålsbeskrivelse. Der er tale om et stort og temmelig kompliceret byggeprojekt. På grundlag af Preliminary Needs Analysis, Tenancy Brief og By og Havn I/S’ tidsplan udarbejdede han udbudsmaterialet. Den faglige del af lejerrådgivningen skulle beskrives. Den økonomiske del skulle efter Danidas praksis vægte 20 % og den faglige del 80 %. Preliminary Needs Analysis og Tenancy Brief har givet ham et forholdsvis præcist billede af, hvor man var i forhold til samarbejdet med By og Havn I/S. Udenrigsministeriet har behov for en teknisk rådgiver, der kan bistå, hver gang By og Havn I/S bringer et spørgsmål frem. Det arkitektoniske ansvar er hos By og Havn I/S. Under projekteringsprocessen vil der opstå en lang række spørgsmål af teknisk karakter, hvor Udenrigsministeriet har behov for rådgivning. Tildelingskriterierne er fastsat ud fra hans viden om, hvilke processer man skal igennem, når en »developer« og en lejer går sammen om et projekt. 7 virksomheder havde ansøgt om prækvalifikation. Den del af projektet, der er benævnt Campus 1, vedrører administrationsdelen. PLH’s habilitet blev

drøftet. Han så dog ingen problemer. Der er i udbuddet fastsat et bestemt antal timer for hver enkelt af de arbejdsopgaver, der indgår i kontrakten, samt et samlet antal timer. Han har deltaget i evalueringen af tilbuddene. Danida satte priserne ind i evalueringsrapporten, og hans arkitektvirksomhed vurderede det faglige. Rapporten blev taget til efterretning. Der er i udbudsbetingelserne lagt op til, at tilbudsgiveren i sit tilbud redegør for den rådgivningsproces, der skal finde sted. De fleste tilbud var lidt skuffende og indeholdt kun en gengivelse af hans egen beskrivelse i udbudsbetingelserne. Kuverterne, der indeholdt tilbuddenes priser, blev først åbnet, efter at den faglige vurdering var foretaget. PLH udarbejdede Preliminary Needs Analysis for Udenrigsministeriet og komiteen UNCPC, og analysen skulle afleveres til By og Havn I/S med henblik på at afklare, om man kunne komme videre. Han har ikke overvejet, om arbejdet med at udarbejde Preliminary Needs Analysis og Tenancy Brief kunne have været udbudt sammen med den kontrakt, der nu er udbudt. Projektets størrelse og hovedstrukturen, sikkerheden samt kontorhuset var behandlet i programoplægget. PLH har udarbejdet programoplægget og kommenteret Tenancy Brief. Udbuddet er imidlertid ”fremadrettet”. I praksis vil By og Havn I/S som udlejer og Udenrigsministeriet som lejer på grundlag af »det summariske niveau« i det materiale, der allerede forelå, arbejde sig frem til en detaljering, der fører til, at der kan bygges et hus.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at prækvalificere PLH, selvom virksomheden forud for udbuddet havde rådgivet indklagede vedrørende udbuddet, herunder ved en »Preliminary Needs Analysis«.

Klageren har nærmere anført, at PLH som følge af rådgivningen har opnået en væsentlig konkurrencefordel i forhold til de øvrige virksomheder, der ansøgte om prækvalifikation. Denne konkurrencefordel er ikke afhjulpet ved, at de øvrige virksomheder med udbudsbetingelserne fik adgang til oplysninger om PLH's rådgivning, herunder adgang til »Preliminary Needs Analysis«. Den rådgivning, PLH har ydet i forbindelse med udarbejdelsen af »Preliminary Needs Analysis«, har meget nær sammenhæng med den kontrakt, som udbuddet vedrører. Det må lægges til grund, at kun en del af

de oplysninger, som PLH modtog under den forudgående rådgivning, blev stillet til rådighed for de øvrige virksomheder. Hertil kommer, at PLH har haft indflydelse på fastsættelsen af underkriteriet 1. »Technical part«, som til fordel for PLH blev vægtet med 80 %, hvorimod underkriteriet 2. »Price Part« kun blev vægtet med 20 %.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at prækvalificere PLH, selvom virksomheden før udbuddet havde rådgivet indklagede.

Indklagede har nærmere anført, at PLH ikke som følge af rådgivningen har opnået en konkurrencefordel i forhold til de øvrige virksomheder. Den tekniske rådgivning, som udbuddet vedrører, indebærer alene byggesagkyndig rådgivning til indklagede som lejer af UN City. PLH's rådgivning før udbuddet indeholdt derimod en indledende behovsanalyse. Behovsanalysen har intet at gøre med udbudsbetingelsernes underkriterier og delkriterier. Selvom PLH måtte have opnået en konkurrencefordel i forhold til de øvrige virksomheder, er dette afhjulpet ved, at udbudsbetingelserne indeholder oplysninger om PLH's rådgivning, herunder oplysningerne i »Preliminary Needs Analysis« og »Tenancy Brief«.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet på grund af karakteren af overtrædelsen i påstand 1 skal annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke skal ske annulation, idet indklagede ikke har begået fejl ved at prækvalificere PLH. I anden række har indklagede gjort gældende, at overtrædelsen i påstand 1 ikke er af en sådan karakter, at der skal ske annulation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Som anført i Klagenævnets kendelse af 2. maj 2006, Danske Arkitektvirksomheder mod 1. Albertslund Boligselskab og 2. Vridsløselille Andelsboligforening, fremgår det forudsætningsvis af 8. betragtning i Udbudsdirektivets præambel, at det forhold, at en virksomhed har ydet rådgivning i for-

bindelse med undersøgelser forud for udbuddet, ikke i sig selv medfører, at virksomheden afskæres fra efterfølgende at afgive tilbud. Efter Klagensævnets praksis har ordregiveren en betydelig skønsmargin ved beslutningen om, hvorvidt et tilbud fra en sådan rådgiver kan tages i betragtning, eller om tilbuddet i stedet skal afvises, fordi det ville være i strid med ligebehandlingsprincippet at tage det i betragtning. Det samme gælder, når der ved et begrænset udbud skal tages stilling til, om en virksomhed kan prækvalificeres.

Det er Klagensævnets vurdering, at indklagede ikke har overskredet denne skønsmargin.

Klagensævnet har herved lagt vægt på, at indklagede forud for udbuddet antog PLH til som rådgiver at undersøge, hvilke behov der set fra indklagedes og FN's side skulle tages i betragtning ved realiseringen af projektet UN City. Arbejdet resulterede i, at PLH udarbejdede »Preliminary Needs Analysis« til indklagede. PLH bistod endvidere indklagede med at udarbejde bemærkninger til By og Havn I/S' »Tenancy Brief« - lejemålsbeskrivelsen.

En anden rådgiver, Rørbæk Møller Arkitektfirma ApS, bistod indklagede med det efterfølgende udbud og udarbejdede dels udbudsbetingelserne på grundlag af »Preliminary Needs Analysis«, »Tenancy Brief« og By og Havn I/S' tidsplan, dels en evaluering af tilbuddene.

Udbuddet angår en kontrakt om teknisk rådgivning til indklagede som lejer i relation til en lejeaftale med By og Havn I/S vedrørende UN City. Efter en samlet vurdering og navnlig henset til indholdet af udbudsbetingelserne sammenholdt med »Preliminary Needs Analysis« og »Tenancy Brief« må det lægges til grund, at den udbudte kontrakt helt overvejende vedrører rådgivning med et væsentligt andet indhold end det, der var genstand for PLH's forudgående rådgivning til indklagede.

De væsentligste resultater af PLH's undersøgelser og rådgivning kom til udtryk i »Preliminary Needs Analysis« og »Tenancy Brief«, som tilbudsgiverne fik udleveret sammen med udbudsbetingelserne og derfor havde mulighed for at gøre sig bekendt med og anvende ved udarbejdelsen af tilbuddene, herunder forslag til arbejdsplan (»proposed workplan«).

Den konkurrencemæssige fordel, som PLH efter den forudgående rådgivning havde, er herefter i det væsentlige udlignet. Indholdet af underkriterierne og delkriterierne og vægtningen af disse ændrer ikke herved.

Indklagede har således ikke handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2.

Påstand 1 tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Som følge af det anførte tages denne påstand ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig