

Klagenævnet for Udbud

(A.F. Wehner, Lykstoft Larsen, Lene Dalsgaard)

J.nr.: 99-57.996

6. september 1999

K E N D E L S E

Foreningen af Rådgivende Ingeniører
(selv)

mod

Kulturministeriet
(Kammeradvokaten ved advokat Britta Moll Bown)

Under denne, ved klageskrift af 8. februar 1999 fra klageren, Foreningen af Rådgivende Ingeniører for Klagenævnet, indbragte sag foreligger til afgørelse spørgsmålet om, hvorvidt indklagede, Kulturministeriet, har handlet i strid med direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (Tjenesteydelsesdirektivet) ved i forbindelse med opførelsen af Det ny Rigsarkiv/Landsarkiv på Amager at have tildelt kontrakterne for den ingeniørmæssige rådgivning uden at dette er sket efter en af de i direktivet angivne instruktioner.

Sagens omstændigheder er bl.a. følgende:

Indklagede udskrev i 1996 en projektkonkurrence om forslag til udformning af et nyt bygningskompleks til brug for Rigsarkivet og Landsarkivet for Sjælland, Lolland-Falser og Bornholm. Bygningskomplekset skal opføres i Ørestaden.

Konkurrencen blev gennemført som en projektkonkurrence med begrænset deltagerantal, idet indklagede på forhånd havde udvalgt 4 udenlandske arkitektfirmaer til at deltage i konkurrencen:

Behnisch og Behnisch fra Tyskland.

Antoine Predock fra USA.

Enrico Miralles fra Spanien.

Mario Botta fra Schweiz.

I indklagedes udbudsbekendtgørelse afsendt til EF-Tidende den 19. juni 1996 hedder det:

- »2. Projektbeskrivelse: CPV: 74202000, 74203000.
Totalrådgivning (arkitekt- og ingeniørydelser) i forbindelse med opførelsen af et nybyggeri på ca. 65.000 m² til brug for Rigsarkivet og Landsarkivet for Sjælland, Lolland-Falster og Bornholm, fordelt med 50.000 m² magasin og 15.000 m² til publikumsformål, kontorer, værksteder mv.
- 3. Konkurrencens art: Projektkonkurrence med begrænset deltagerantal.
- 4.
- 5. a) Påtænkt deltagerantal: Op til 10 deltagere.
b) Allerede udvalgte deltagere: Følgende arkitekter er på forhånd udvalgt:
Behnisch + Behnisch, Tyskland;
Antoine Predock, USA;
Enrico Miralles, Spanien;
Mario Botta, Schweiz.
c) Kriterierne for udvælgelse: Totalrådgiverens referencer fra gennemførelse af opgaver af tilsvarende sværhedsgrad.
Den arkitektoniske behandling af tidligere opgaver, konkurrencebesvarelser mv. (maks. 4 A3-sider).
Oplysning om fordeling af rådgiverydelser med oplysning om uddannelsesmæssige og andre faglige kvalifikationer hos de medarbejdere, der skal være ansvarlige for præstation af rådgiverydelser.
Oplysning om erhversansvarforsikringsforhold.
Oplysning om kvalitetssikring af projektet (maks. 1 A4-side).
Oplysning om miljøsikring af projektet (maks. 1 A4-side).
Oplysning om firmaets økonomiske evne.
d) Sidste frist for modtagelse af anmodninger om deltagelse: 26.7.1996.
- 6.
- 7. Kriterier: Vil blive oplyst over for de valgte deltagere i konkurrencen.
- 8. Medlemmer af bedømmelseskomitéen vil fremgå af konkurrenceprogrammet.
- 9. Bedømmelseskomitéens afgørelse: Den ordregivende myndighed agter som udgangspunkt at anvende det vindende projekt.
-
- 13. Andre oplysninger: Beslutning om gennemførelse af byggeriet er ikke truffet.
Kulturministeriet agter dog efter konkurrencen at søge de bevilgende myndigheds tilladelse til at færdigprojektere og

opføre byggeriet i sin helhed.

Honorarbetingelserne for totalrådgivervydelsen vil fremgå af konkurrencevilkårene.

Konkurrenceperioden vil være 30.7.1996–22.10.1996

..... .«

Kravet om fordeling af rådgivervydelsen mv. var ikke stillet over for de 4 indbudte arkitektfirmaer, men Konkurrencesekretariatet udtalte i skrivelse af 5. juli 1996, at ligebehandlingsprincippet tilsagde, at eventuelle kriterier vedrørende det ønskede arbejde også opfyldes af de på forhånd udpegede deltagere.

På denne baggrund besluttede indklagede at lade kravet om fordeling af rådgivervydelsen mv. udgå af udvælgelseskriterierne, og den 9. juli 1996 afsendte indklagede til EF–Tidende sålydende ændringsbekendtgørelse:

»Vedr.: CPV: 74202000, 74203000.

Totalrådgivning (arkitekt- og ingeniørydelser) i forbindelse med opførelsen af et nybyggeri på ca. 65.000 m² til brug for Rigsarkivet og Landsarkivet for Sjælland, Lolland–Falster og Bornholm, fordelt med 50.000 m²

I stedet for:

5. c) Totalrådgiverens referencer fra gennemførelse af opgaver af tilsvarende sværhedsgrad.

Den arkitektoniske behandling af tidligere opgaver, konkurrencebesvarelser mv. (maks. 4 A3–sider).

Oplysning om fordeling af rådgivervydelsen med oplysning om uddannelsesmæssige og andre faglige kvalifikationer hos de medarbejdere, der skal være ansvarlige for præstation af rådgivervydelsen.

Oplysning om erhversansvarforsikringsforhold.

Oplysning om kvalitetssikring af projektet (maks. 1 A4–side).

Oplysning om miljøsikring af projektet (maks. 1 A4–side).

Oplysning om firmaets økonomiske evne.

- d) 26.7.1996.

13. Beslutning om gennemførelse af byggeriet er ikke truffet.

Kulturministeriet agter dog efter konkurrencen at søge de bevilgende myndigheders tilladelse til at færdigprojektere og opføre byggeriet i sin helhed.

Honorarbetingelserne for totalrådgivervydelsen vil fremgå af konkurrencevilkårene.

Konkurrenceperioden vil være 30.7.1996–22.10.1996.

Anmodning om deltagelse skal være affattet på dansk eller engelsk og sendes til adressen, der nævnes i punkt 1.

læses:

5. c) Totalrådgiverens referencer fra gennemførelse af opgaver af tilsvarende sværhedsgrad.
Den arkitektoniske behandling af tidligere opgaver, konkurrencebesvarelser mv. (maks. 4 A3-sider).
Oplysning om erhversansvarforsikringsforhold.
Oplysning om firmaets økonomiske evne.
- d) 28.7.1996.
13. Beslutning om gennemførelse af byggeriet er ikke truffet.
Kulturministeriet agter dog efter konkurrencen at søge de bevilgende myndigheds tilladelse til at færdigprojektere og opføre byggeriet i sin helhed.
Honorarbetingelserne for totalrådgiverydelsen vil fremgå af konkurrencevilkårene.
Konkurrenceperioden vil være 1.8. 1996–24.10.1996.

.....«

Ved skrivelse af 10. juli 1996 anmodede indklagede de 4 allerede indbudte arkitektfirmaer om at oplyse, hvilke ingeniørfirmaer og eller andre rådgivere, der ønskedes tilknyttet konkurrencen, og med enslydende skrivelser af 11. juli 1996 tilsendte indklagede et informationsblad til de 4 indbudte arkitektfirmaer.

I løbet af juli 1996 gav de 4 forud indbudte arkitektfirmaer indklagede oplysninger om deres tilknyttede rådgivende ingeniørfirmaer.

Ved skrivelse af 1. august 1996 gav indklagede meddelelse til de 4 indbudte arkitektfirmaer om udvælgelsen af de 10 konkurrencedeltagere. Tilsvarende meddelelse blev samme dag sendt til de 6 prækvalificerede danske og norske deltagere i konkurrencen.

Af det under sagen fremlagte konkurrenceprogram fremgår bl.a., at deltagerne i overensstemmelse med praksis ikke måtte bryde deres anonymitet før bedømmelsens afslutning, at aftale om teknisk rådgivning og bistand skulle afleveres i underskreven stand, at de kvalificerede enkeltpersoner eller teams var ansvarshavende for konkurrenceprojekterne, og på navnesedlen skulle anføres de prækvalificerede personer eller teams som sagsansvarlig, og øvrige rådgivere skulle anføres særskilt og endelig, at vinderforslaget ville blive udpeget som det forslag med den arkitektoniske og funktionelle bedste løsning.

Den af indklagede nedsatte dommerkomité afgav betænkning den 9. december 1996. Om dommerkomiteen er følgende oplyst:

»Dommerkomiteen har bestået af:
 Kulturminister Jytte Hilden, formand
 Departementschef Erik Jacobsen, næstformand.
 Rigsarkivar Johan Peter Noack
 Rigsarkivar John Herstad, Oslo
 Landsarkivar Grethe Ilsøe
 Adm. direktør Anne Grethe Foss
 Stadsarkitekt MAA Otto Käsner
 Direktør Lars Ole Hansen
 Arkitekt MAA Theo Bjerg, udpeget af DAL
 Arkitekt MAA Poul Ove Jensen, udpeget af DAL
 Arkitekt MAA Knud Fladeland Nielsen, udpeget af DAL

.....DAL har udpeget arkitekt Theo Bjerg i stedet for Professor, Dipl. Ing. Volkwin Marg, Hamburg som af tidsmæssige årsager måtte udtræde af dommerkomiteen.

Rådgivere for dommerkomiteen har været
 Direktør Erik Stig Jørgensen
 Kontorchef Niels-Jørgen Nielsen
 Administrationschef Klaus Kulmbach
 Kontorchef Peter Høiriis Nielsen
 Konsulent Klaus Kofod-Hansen
 Ejendomsdirektør Claus Bjarrum

Til vurdering af de klimatekniske forhold har følgende været indkaldt
 Civilingeniør Lars D. Christoffersen, Birch & Krogboe
 Professor, civilingeniør Svend Svendsen, DTU

Til vurdering af konstruktive forhold har været indkaldt bistand fra
 Birch & Krogboe

Til vurdering af brandtekniske forhold har følgende været indkaldt
 Københavns kommunes brandmyndighed

Til vurdering af forslagernes anlægsøkonomi har følgende været indkaldt
 Civilingeniør Viggo Spile, Viemose & Spile

.....«

Af dommerkomiteens betænkning fremgår bl.a., at dommerkomitéen vurderede, at 2 forslag, nr. 53852 og nr. 221096, hævdede sig over de øvrige forslag. Et flertal af dommerkomitéens medlemmer fandt, at forslag nr. 221096 var det bedste forslag, og dette blev udpeget som vinder af konkurrencen. Forslaget var udarbejdet af arkitekt, Benisch og Benisch fra Tyskland. De tilknyttede rådgivende ingeniører var COWI og Trans Solar. Dommerkomitéens flertal vurderede bl.a., at forslaget var et markant arkitektonisk værk udformet med stor kunstnerisk begavelse, og at forslaget hævdede sig som konkurrencens bedste og mest originale i relation til den stillede opgave. Et mindretal vurderede forslag nr. 53852 som det bedste forslag. Fler-

tallet udtalte om dette forslag, at det trods sine markante arkitektoniske værdier rummede så problematiske bymæssige aspekter og stod så langt fra konkurrenceprogrammets krav til klimatisering, at det efter flertallets opfattelse ikke burde realiseres. Mindretallet vurderede derimod, at forslaget gjorde sig gældende ved sin spektakulære attitude og sit stærkt ekspressive formsprog. Mindretallet fandt, at forslagens kvaliteter havde højere prioritet end de indkaldte konsulents vurderinger.

Det er i øvrigt oplyst, at det vindende arkitektfirma Benisch og Benisch ved indleveringen af forslaget havde tiltrådt Aftale om teknisk rådgivning og bistand med påtegningen af kendingsnummeret 221096.

Af Kulturministeriets aktstykke af 20. januar 1998 fremgår det, at der på finansloven for 1998 var bevilget kr. 25 mio. kr. til forprojektering af byggeriet. Der blev bevilget kr. 225 mio. kr. til køb af grunden.

Forprojekteringen blev herefter iværksat i foråret 1998. Som underrådgiver for COWI blev Birch og Krogboe A/S antaget.

Der er endvidere for Klagenævnet fremlagt en revideret og opdateret Aftale om teknisk rådgivning og bistand underskrevet den 6. november 1998 med totalrådgiveren Benisch, Benisch og Partnere Architekten. Det fremgår heraf, at der som underrådgivere er tilknyttet COWI, og at Birch og Krogboe A/S er underrådgiver for COWI.

Det rådgivende ingeniørfirma, Birch og Krogboe A/S har i en skrivelse af 1. juni 1999 bl.a. oplyst, at den første kontakt som firmaet havde med projektholdet bag Behnisch, Behnisch og Partnere vinderprojektet var i begyndelsen af februar måned 1997.

Under sagen, der har været mundtligt forhandlet den 11. juni 1999 har klageren nedlagt følgende endelige påstande:

Påstand 1.

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsbetingelserne ved tildeling af rådgiverkontrakten i forbindelse med opførelsen af Det ny Rigsarkiv/Landsarkiv på Amager ved at søge udbudsforretningen gennemført som en begrænset projektkonkurrence omfattende totalrådgivning på en sådan måde –uden at fikse den eller de reelt ansvarlige for omkring halvdelen af den udbudte opgave – at bygherren har mulighed for ved den drøftelse med vinderen af projektkonkurrencen, som kan gennemføres efter Tjenesteydelsesdirektivets artikel 13, at kunne pege på den

eller de underrådgivere på ingeniørområdet, som bygherren måtte foretrække, og samtidig forhandle størrelsen af vederlaget, således at eventuelle honorarkrav fra disse kan imødekommes, idet der herved reelt uden udbud overdrages en ingeniøropgave af samme betydelige størrelsesorden som den arkitektopgave, der er konkurreret om.

Påstand 2.

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har overtrådt proportionalitetsprincippet og har handlet i strid med EU-udbudsbetingelserne ved at forskelsbehandle erhvervene som henholdsvis arkitekt og rådgivende ingeniør, idet indklagede, uanset at der var sket udbud i totalrådgivning omfattende såvel arkitekturrådgivning som ingeniørrådgivning, ved prækvalifikationen alene vurderede totalrådgiverens kompetencer på arkitektområdet (udbudsbekendtgørelsens pkt. 5c) og helt bortså fra ingeniørområdet.

Påstand 3.

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at forskelsbehandle erhvervene som henholdsvis arkitekt og rådgivende ingeniør ved i udbudsbekendtgørelsen (pkt. 5b) at oplyse: »Følgende arkitekter er på forhånd udvalgt« om de på forhånd udvalgte firmaer, der alle er kendt som udelukkende at kunne præstere arkitektydelser og derned både ved at betegne dem som arkitekter og gennem deres navne samt kravet om dokumentation af arkitektonisk behandling af tidligere opgaver indirekte at tilkendegive, at ingeniørfirmaer ikke kan prækvalificeres eller med-prækvalificeres.

Påstand 4.

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, idet der er forskelsbehandlet mellem de på forhånd udvalgte arkitekter og de firmaer, som efterfølgende har søgt prækvalifikation, ved at indklagede efter at have ændret den første udbudsbekendtgørelse anmodede de på forhånd udvalgte arkitektfirmaer om at oplyse, hvilke ingeniører og/eller andre rådgivere, der ønsker at knytte til konkurrencen.

Påstand 5.

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at tildelingskriterierne for projektkonkurrencens ikke fremgår af udbudsbekendtgørelsen.

Påstand 6.

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 13, stk. 6 at sammensætte bedømmelseskomitéen for en projektkonkurrence, der i henhold til udbudsbekendtgørelsen (pkt. 1) både omfatter arkitekt- og ingeniørarbejde, uden at mindst et medlem af bedømmelseskomitéen har ingeniørmæssige kvalifikationer.

Påstand 7.

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 13, stk. 6 og de overordnede principper for ligebehandling og habilitet ved at indgå aftale med en totalrådgiver, der efter kontrakten med indklagede benytter en ingeniørvirksomhed, der i bedømmelsesfasen har medvirket som dommer komitéens tekniske konsulent.

Indklagede har for så vidt angår påstandene 1–4 og 6–7 påstået frifindelse, men har for så vidt angår påstand 5 anerkendt, at indklagede har overtrådt Tjenesteydelsesdirektivets artikel 13, stk. 6, 4. pkt., jf. artikel 15, stk. 3, ved ikke at anføre tildelingskriterierne i selve udbudsbekendtgørelsen men henvist til, at tildelingskriterierne ville blive oplyst overfor de udvalgte deltagere i konkurrencen.

Ad påstand 1.

Klagerens anbringender.

Klageren har bl.a. gjort gældende, at som det aktuelle udbud er tilrettelagt, står det åbent helt frem til underskriften af totalrådgivningskontrakten med det vindende arkitektfirma, hvem der skal være ansvarlig(e) for løsningen af den ingeniørmæssige del af opgaven.

Med breve af 10. og 11. juli 1996 anmodede udbyderen de på forhånd udvalgte arkitekter om at oplyse navne på de ingeniører og/eller andre rådgivere, som de ønskede knyttet til konkurrencen. Indklagede har i sit svarskrift anført, at Behnisch og Behnisch med skrivelse af 26. juli 1996 gav oplysninger om deres tilknyttede konsulenter. Dette er ikke korrekt, da bilaget kun indeholder nævnet på et enkelt firma, miljørådgiverfirmaet Max Fordham. Det anføres i brevet fra Behnisch og Behnisch, at man gerne vil arbejde sammen med et dansk ingeniørfirma på konstruktionsområdet, men at de firmaer, man havde adspurgt, har indgået aftaler til anden side. Behnisch og Behnisch foreslår derfor, at valget af ingeniører for bærende

konstruktioner og elektriske installationer besluttet ved en senere lejlighed. Spørgsmålet om valg af ingeniør ansvarlig for VVS-installationer berøres således ikke.

I et brev af 1. august 1996, som indklagede sendte til alle 10 prækvalificerede (arkitekt)firmaer, og hvori alle gøres bekendt med sammensætningen af den kreds, der er udvalgt til at fremkomme med konkurrenceforslag, er der med en enkelt undtagelse ikke angivet navne på de tilknyttede ingeniørfirmaer.

Det fremgår af dommerkomitéens betænkning, at det vindende forslag er udarbejdet af arkitektfirmaet Behnisch og Behnisch i samarbejde med de rådgivende ingeniørfirmaer COWI og Trans Solar samt rådgivende landskabsarkitekter Wes og Partner. Det miljørådgiverfirma, Max Fordham, som nævnes i brevet af 26. juli 1996 fra Behnisch og Behnisch, er ikke nævnt som medlem af gruppen bag vinderforslaget.

De endelige kontraktforhold for den tekniske rådgivning er overdraget arkitektfirmaet Behnisch og Behnisch som totalrådgiver med COWI, Trans Solar og Birch og Krogboe A/S som underrådgivere for så vidt angår ingeniøropgaverne.

Miljørådgiverfirmaet Max Fordham, som er nævnet i et brev af 26. juli 1996, indgår således ikke i dette team, som efter kontrakten skal løse opgaven. Landskabsarkitektfirmaet Wes og Partner, der har deltaget ved udarbejdelsen af konkurrenceforslaget, er heller ikke nævnt i rådgivningsaftalen. Birch og Krogboe A/S er medtaget i rådgivningskontrakten uden på noget tidligere tidspunkt at have været omtalt som deltager.

Forløbet viser, at der for sammensætningen af totalrådgivergruppen ikke er sammenfald mellem oplysningerne

- givet ved prækvalifikationen,
- om navnene bag vinderforslaget og
- om de firmaer, der efter kontrakten indgår i den endelige opgaveløsning.

Påstanden om, at man ved den valgte og anvendte fremgangsmåde i strid med EU-udbudsbetingelserne har kunnet overdrage betydelige dele af rådgivningsopgaven til navngivne firmaer uden udbud, er dermed dokumenteret.

Indklagedes anbringender.

Indklagede har vedrørende denne påstand bestridt at have handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at indgå totalrådgivningsaftale med vinderen

af projektkonkurrencen, arkitektfirmaet Behnisch, Behnisch og Partnere. Indklagede har gennemført udbudet som en projektkonkurrence efter Tjenesteydelsesdirektivets artikel 13 og efter forhandling indgået aftale indgået aftale med vinderne af projektkonkurrencen, jf. artikel 11, stk. 3, litra c.

Ved gennemførelsen af udbudet som en projektkonkurrence har indklagede lagt særlig vægt på at opnå originale forslag til det betydningsfulde byggeri, der havde arkitektonisk kunstnerisk værdi og samtidig opfyldt de funktionelle krav. Af samme grund valgte indklagede at benytte muligheden for at forudpege fire arkitektfirmaer, der er anerkendte for originale arkitektarbejder af høj kunstnerisk værdi. Tildelingskriterierne var således også den arkitektoniske og funktionelle bedste løsning.

De gøres endvidere gældende, at indklagede ved gennemførelsen af projektkonkurrencen og udvælgelsen af arkitektfirmaet Behnisch og Behnisch var berettiget til at lægge afgørende vægt på den arkitektmæssige side af rådgivningsopgaven. Indklagede udvalgte arkitektfirmaer som deltagere i projektkonkurrencen, og dommerkomitéen valgte, som det fremgår af dommerbetænkningen, det vinderforslag, som havde den arkitektoniske og funktionelle bedste løsning.

Indklagede modtog i forbindelse med udtagelsen og i forbindelse med bedømmelsen oplysninger om, hvilke ingeniørfirmaer totalrådgiverne ville anvende som underrådgivere, men indklagede tillagde ikke disse oplysninger afgørende betydning, idet den funktionelle løsning blev bedømt på grundlag af de fremkomne forslag. Indklagede har således ikke som anført af klageren udvalgt og bedømt en totalrådgivergruppe, men derimod udvalgt arkitektfirmaer som totalrådgivere og bedømt forslaget fra arkitektfirmaet Behnisch og Behnisch som værende det bedste.

Behnisch og Behnisch har i aftalen om teknisk rådgivning og bistand i det væsentlige fastholdt de underrådgivere, som var angivet i projektforslaget. Det bemærkes, at ingeniørfirmaet Max Fordham og Partners ikke var underrådgiver i konkurrenceforslaget, og at Landskabsarkitektfirmaet Wes og Partner vil blive antaget af Behnisch og Behnisch som underrådgiver. Det beror på en misforståelse, når det af klageren er anført, at det skulle være i strid med reglerne for projektkonkurrencer at forhandle med vinderen af projektkonkurrencen om underrådgivere.

Totalrådgivningsaftalen med Behnisch og Behnisch er indgået efter forhandling, jf. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 3, litra c. Under denne forhandling var indklagede naturligvis berettiget til at sikre sig godken-

delse af antagelse af underrådgivere. Men konstruktionen med en totalrådgivningsaftale indebærer samtidig, at indklagede ikke har nogen aftale med underrådgiverne, og disse alene er Behnisch og Behnisch' ansvar.

Ad påstand 2.

Klagerens anbringender.

Ved alene at vurdere kvalifikationer mv. på arkitektområdet og helt undlade en bedømmelse af de samme forhold for ingeniørdelen, der omfatter omkring halvdelen af opgaven, har indklagede krænket proportionalitetsprincippet.

Proportionalitetsprincippet i den europæiske fællesskabsret kræver, at enhver foranstaltning både skal være nødvendig og passende i forhold til de fastsatte målsætninger. Proportionalitetsprincippet påberåbes og lægges hyppigst til grund, hvor foranstaltninger og krav opfattes som værende for vidtgående i en konkret sag i forhold til størrelse og betydning. Proportionalitetsprincippet må efter sin formulering ligefuldt kunne anvendes med modsat fortegn, således at foranstaltninger og krav ikke må være utilstrækkelige til opnåelse af det fastsatte mål. Ved at udbyde en opgave, som for omkring halvdelen rummer fagdiscipliner og kompetencer, som udbyder undlader at medtage i prækvalifikationsprocessen, er proportionalitetsprincippet overtrådt.

Indklagedes anbringender.

Indklagede har vedrørende denne påstand bestridt, at det skulle være i strid med det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip eller i strid med EU-udbudsreglerne, at indklagede har udvalgt arkitektfirmaer til at deltage i projektkonkurrencen og indgået totalrådgivningsaftale med det vindende arkitektfirma.

Det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip, der er et almindeligt fortolkningsprincip, går i det væsentlige ud på, at en fællesskabsretsakts restriktive virkning for borgerne ikke må gå videre en nødvendigt af hensyn til retsaktens formål. Proportionalitetsprincippet har intet at gøre med de krav, der efter Tjenesteydelsesdirektivet skal stilles til de ordregivende myndigheders gennemførelse af udbud.

Tjenesteydelsesdirektivet og fællesskabsretten i øvrigt stiller ikke krav om, at indklagede ved udvælgelse af totalrådgivere og tildeling af kontrakten var forpligtet til at opstille kriterier for så vidt angår de ingeniørfirmaer,

som skulle levere ingeniørydelser som underrådgivere til arkitektfirmaet. Det er med andre ord ikke i strid med Tjenesteydelsesdirektivet, at indklagede lagde afgørende vægt på arkitektydelserne, uanset den økonomiske størrelse af de ingeniørydelser, der skal ydes til arkitektfirmaet. Det afgørende er i denne forbindelse, at ingeniørfirmaerne alene tilknyttedes som underrådgivere og ikke indgår aftale med indklagede.

Udvælgelseskriteriet om fordeling af rådgiverydelserne udgik i ændringsbekendtgørelsen. Kriteriet erhvervsansvarsforsikringsforhold havde naturligvis betydning for udvælgelsen af arkitektfirmaer, selvom det ikke dermed var afklaret, hvilke forsikringer der skulle tegnes af underrådgiverne.

Ad påstand 3.

Klagerens anbringender.

Klageren har bl.a. gjort gældende, at indklagede ensidigt i forbindelse med prækvalifikationen alene har vurderet totalrådgiverens kompetencer på arkitektområdet (udbudsbekendtgørelsen pkt. 5c), herunder referencer fra gennemførelse af opgaver af tilsvarende sværhedsgrad, den arkitektoniske behandling af tidligere opgaver, konkurrencebesvarelser mv., firmaets økonomiske evne og helt bortset fra ingeniørområdet, når de to fagområder hver udgør af størrelsesordenen 40–60 % af den samlede totalrådgivningssydelse. Indklagede har gjort sig skyldig i en forskelsbehandling mellem erhvervene som henholdsvis arkitekt og rådgivende ingeniør.

Klageren har yderligere anført, at indklagede ikke har gennemført prækvalifikationen baseret på det i udbudsbekendtgørelsen (pkt. 5c) stillede krav, om at totalrådgiveren skal fremlægge referencer fra opgaver af tilsvarende sværhedsgrad, idet hovedparten af de prækvalificerede rådgivere er rene arkitektvirksomheder, som alene kan dokumentere, at de har deltaget i løsningen af de fremlagte opgaver og været ansvarlige for arkitektydelserne i disse sager, mens andre virksomheder har haft det faglige og økonomiske ansvar for ingeniørydelserne på de samme opgaver.

I udbudsbekendtgørelsen er anført, at totalrådgiveren skal give oplysning om erhvervsansvarsforsikringsforhold. Spørgsmålet er irrelevant og uanvendeligt som udvælgelseskriterium, når sammensætningen af totalrådgivergruppen ikke tillige er kendt eller oplyst, idet alle løbende ansvarsforsikringer på rådgiverområdet alene dækker det ansvar, som et firma pådrager sig som følge af fejl og forsømmelser begået af firmaets egne medarbejdere. En løbende forsikring dækker derfor ikke underrådgivere, og det er alene

deres løbende forsikring, som de prækvalificerede arkitektfirmaer kan give oplysning om. En projektforsikring for den aktuelle opgave dækkende alle faglige discipliner og alle medvirkende rådgivere kan først tegnes, når gruppens deltagere er fastlagt.

Indklagedes anbringender.

Indklagede har vedrørende denne påstand bestridt at have handlet i strid med udbudsreglerne ved at forhåndsudpege arkitektfirmaer og anvende den arkitektoniske behandling af tidligere opgaver som udvælgelseskriterium og har yderligere gjort gældende, at det suverænt er indklagedes afgørelse på forhånd at udpege bestemte navngivne konkurrencedeltagere og at fastsætte udvælgelseskriterierne, selvom dette medførte, at det måtte være arkitektfirmaer og ikke ingeniørfirmaer, der deltog i konkurrencen.

Ad påstand 4.

Klagerens anbringender.

Klageren har bl.a. gjort gældende, at der i den første udbudsbekendtgørelse (pkt. 5c) var stillet krav om parallelle oplysninger for så vidt angår såvel arkitektområdet som ingeniørområdet. I den ændrede udbudsbekendtgørelse udgik kravene om oplysning om »rådgiverydelsen« og om totalrådgiverens medarbejderes uddannelsesmæssige og andre faglige kvalifikationer.

Det er på denne baggrund ikke forståeligt, at indklagede anmodede de på forhånd udvalgte arkitekter om at oplyse navne på de ingeniører og/eller andre rådgivere, som de ønskede knyttet til konkurrencen. Det er lige så lidt forståeligt, at indklagede modtog svar, der ikke indeholdt de forlangte oplysninger, uden efterfølgende at foretage sig yderligere.

Til de firmaer, der selv ansøgte om prækvalifikation, er der ikke gennem den endelige udbudsbekendtgørelse stillet de samme krav. Dermed er de to grupper gjort til genstand for forskelsbehandling.

Indklagedes anbringender.

Indklagede har vedrørende denne påstand bestridt at have handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at lade kravet om fordeling af rådgiverydelsen mv. udgå af udvælgelseskriterierne og alligevel anmode de fire indbudte arkitektfirmaer om at give oplysning om tilknyttede rådgivere.

Det omhandlede udvælgelseskriterium blev trukket tilbage efter Konkurrenceseekretariatets udtalelse af 5. juni 1996, og når de indbudte arkitektfir-

maer alligevel blev bedt om at give oplysning om tilknyttede rådgivere, skyldtes dette alene, at indklagede ønskede at stille konkurrencedeltagerne lige. Endelig har indklagede bestridt, at der har fundet forskelsbehandling sted i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, idet der ikke ved udvælgelsen af konkurrencedeltagerne er lagt vægt på fordeling af rådgive-rydelsen mv.

Ad påstand 5.

Idet der vedrørende denne påstand forligger erkendelse fra indklagedes side, udelades argumentationen vedrørende denne påstand.

Ad påstand 6.

Klagerens anbringender.

Klageren har bl.a. gjort gældende, at det af dommerkomitéens betænkning flere steder fremgår, at ingeniørmæssige spørgsmål har spillet en betydelig rolle og har haft afgørende betydning for udfaldet af konkurrencen. Den foreliggende situation er et tydeligt eksempel på, at en projektkonkurrence om en totalrådgivningsopgave ikke forsvarligt kan afgøres uden at bedømmelseskomitéen opfylder kravene i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 13, stk. 6, således at mindst et af de fuldgyldige medlemmer har ingeniørmæssige kvalifikationer.

Indklagedes anbringender.

Indklagede har vedrørende denne påstand bestridt at have handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 13, stk. 6, ved ikke at have udpeget medlemmer af bedømmelseskomitéen med ingeniørmæssige kvalifikationer.

Projektkonkurrencen blev som anført gennemført som en konkurrence mellem arkitektfirmaer, idet det var den arkitektoniske side af byggeriet, som indklagede prioriterede i forbindelse med udpegelse af totalrådgiver. De fagkyndige medlemmer i dommerkomitéen var derfor også arkitekter.

Indklagedes prioritering indebar samtidig, at ingeniørmæssige kvalifikationer ikke blev gjort til et tildelingskriterium, uanset at der vil indgå ingeniørydelser i rådgivningen. Efter som indstævnte ikke havde gjort bestemte ingeniørmæssige kvalifikationer til et udvælgelseskriterium var indklagede ikke forpligtet til at udpege ingeniører som medlemmer af bedømmelseskomitéen.

Indklagedes prioritering af den arkitektmæssige side af byggeriet frem for det ingeniørmæssige er ikke et udbudsretligt problem. Det bemærkes i øvrigt, at dommerkomitéen anvendte ingeniørmæssig bistand til vurdering af de klimatekniske og konstruktive forhold ved konkurrenceforslagene.

Ad påstand 7.

Klagerens anbringender.

Klageren har bl.a. gjort gældende, at det af dommerkomitéens betænkning fremgår, at det rådgivende ingeniørfirma Birch og Krogboe A/S har bistået dommerkomitéen ved vurdering af de klimatekniske forhold samt de konstruktive forhold. Særligt de klimatekniske forhold har i henhold til dommerbetænkningen haft en afgørende betydning for udfaldet af konkurrencen og for udpegningen af vinderforslaget. Samme firma medvirker nu ved løsning af opgaven, hvilket fremgår af rådgiverkontrakten.

Indklagedes anbringender.

Indklagede har bestridt at have handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 13, stk. 6, eller artikel 3, stk. 2, ved at indgå totalrådgivningsaftale med Behnisch og Behnisch, under hensyn til, at underrådgiveren COWI anvender ingeniørfirmaet Birch og Krogboe A/S som underrådgiver.

Birch og Krogboe A/S, der bistod dommerkomitéen med bedømmelse af konkurrenceforslagene, har ikke bistået Behnisch og Behnisch med udarbejdelse af vinderforslaget eller på noget tidspunkt forud for udpegelsen af Behnisch og Behnisch som vinder haft nogen forbindelse med dette firma, der kunne indebære en risiko for, at Birch og Krogboe A/S uden saglig grund ville anbefale Behnisch og Behnisch frem for de øvrige konkurrencedeltagere. Af Birch og Krogboe A/S' skrivelse af 1. juni 1999 fremgår det, at firmaet først fik kontakt med Behnisch og Behnisch i februar 1997.

Klagenævnet udtaler:

Det fremgår såvel af udbudsbekendtgørelsen som af sagens oplysninger i øvrigt, at indklagede – i begrænset udbud – udbød opgaven med det formål at få mulighed ud fra overordnede arkitektoniske vurderinger at vælge et blandt flere forslag til gennemførelse af det projekt, indklagede ønskede realiseret. Tjenesteydelsesdirektivet er ikke til hinder for, at udbudet gennemførtes som sket, således at indklagede alene – efter helt saglig og uafhængig

bedømmelse – udvalgte et arkitektfirma til at løse opgaven, herunder skaffe sig den fornødne, ingeniørmæssige bistand.

Ad påstandene 1.–3.

Som anført foran finder Klagenævnet ikke grundlag for at fastslå, at det skete udbud med henblik på tilvejebringelse af et samlet projekt med en arkitektvirksomhed som eneste kontrakt i sig selv indeholder en krænkelse af Tjenesteydelsesdirektivet. Herefter, og da Klagenævnet kan tiltræde det af indklagede vedrørende disse påstande anførte, tages disse påstande ikke til følge.

Ad påstand 5.

Klagenævnet er med klageren enig i, at indklagede har krænket Tjenesteydelsesdirektivet og lægger i øvrigt til grund for afgørelsen, at indklagede har erkendt krænkelsen.

Ad påstandene 6. og 7.

Klagenævnet kan i det hele henholde sig til indklagedes argumentation, idet det særligt vedrørende påstand 7 bemærkes, at der efter det under sagen oplyste intet kritisabelt findes i det forhold, at virksomheden Birch og Krogboe A/S har bistået dommerkomitéen. Disse påstande tages herefter ikke til følge.

Som følge af de foran vedrørende de enkelte påstande anførte

Herefter bestemmes:

Indklagede, Kulturministeriet skal anerkende at have handlet i strid med EU-udbudsreglerne, direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (Tjenesteydelsesdirektivet) ved ikke i udbudsbetingelserne at have medtaget tildelingskriterierne for projektkonkurrencen.

I øvrigt tages ingen af de af klageren, Foreningen af Rådgivende Ingeniører nedlagte påstande til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagetales.

A.F. Wehner

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig