

23. januar 1996

K E N D E L S E

Praktiserende Arkitekters Råd
(Selv)

mod

Glostrup Kommune
(advokat Ulf Andersen)

I Supplement til De Europæiske Fællesskabers Tidende af 30. juni 1994 udbød Glostrup Kommune som begrænset udbud i hasteprocedure efter Rådets Direktiv 92/50/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (tjenesteydelsesdirektivet) et udbud vedrørende »Totalrådgivning i forbindelse med udførelse af et dispositionsforslag samt 1. etape til en fuldt udbygget 2-sporet skole i muret byggeri« (94/S 123-PA43176/DA).

Bekendtgørelsen indeholder følgende oplysninger:

Dato for afsendelse af bekendtgørelsen: 23. juni 1994.

Dato for modtagelse af bekendtgørelsen: 23. juni 1994.

Sidste frist for modtagelse af anmodninger om deltagelse: 7. juli 1994.

Sidste frist for afsendelse af opfordringer til at afgive tilbud: 13. juli 1994.

Begrundelse for hasteprocedure: Der skal udarbejdes lokalplan for opgavens gennemførelse.

Tildelingskriterier: Kontrakten tildeles det firma der afgiver det økonomisk fordelagtigste tilbud.

Kriterierne vil blive oplyst i opfordringen til at afgive tilbud.

Bekendtgørelsen indeholdt ingen angivelse af, hvilke kriterier der ville blive anvendt ved prækvalifikationen.

Ved skrivelse af 13. juli 1994 fra Multiconsult ApS, som Glostrup Kommune havde antaget til at bistå sig ved gennemførelsen af udbuddet, fremsendte Multiconsult ApS udbudsmaterialet til de 5 firmaer, der var udvalgt ved prækvalifikationen. Det var i skrivelsen anført, at tilbud skulle være modtaget den 5. august 1994. De 5 prækvalificerede afgav alle tilbud, og ved skrivelse af 6. september 1994 meddelte Multiconsult ApS de 4 tilbudsgivere, hvis tilbud ikke blev antaget, navnet på det firma, som var blevet antaget.

Den 3. januar 1995 indgav Praktiserende Arkitekters Råd klage over Glostrup Kommune til Klagenævnet for Udbud. Sagen har været behandlet på et møde i Klagenævnet den 18. december 1995.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

1. Klagenævnet skal fastslå, at Glostrup Kommune ikke var berettiget til at udbyde totalrådgivningen i forbindelse med udbygningen af Skovvangsskolen som hasteprocedure efter reglerne i tjenesteydelsesdirektivets artikel 20.

2. Under forudsætning af, at Glostrup Kommune ikke var berettiget til at foretage udbud efter reglerne om hasteprocedure, skal Klagenævnet fastslå,
 - a. at bestemmelserne i direktivets artikel 19, stk. 1, er tilsidesat, idet fristen for modtagelse af anmodninger om at deltage var fastsat til den 7. juli 1994, uagtet fristen skal være mindst 37 dage fra tidspunktet for afsendelsen af bekendtgørelsen, dvs. 37 dage fra den 23. juni 1994 nemlig den 30. juli 1994.
 - b. at bestemmelsen i direktivets artikel 19, stk. 3, er tilsidesat, idet fristen for modtagelse af bud var fastsat til den 5. august 1994, uagtet fristen mindst skal være 40 dage fra tidspunktet for opfordringen til at afgive bud, dvs. 40 dage fra den 13. juni 1994 nemlig den 22. august 1994.

3. Under forudsætning af, at Glostrup Kommune var berettiget til at foretage udbud efter reglerne om hastende udbud, skal Klagenævnet fastslå, at bestemmelsen i direktivets artikel 20, stk. 1, litra a, er tilsidesat, idet fristen for modtagelse af anmodning om at deltage var fastsat til den 7. juli 1994, uagtet fristen skal være mindst 15 dage fra tidspunktet for afsendelsen af bekendtgørelsen, dvs. 15 dage fra den 23. juni 1994 nemlig den 8. juli 1994.

4. Klagenævnet skal fastslå, at kommunen har tilsidesat tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, ved ved tildelingen af ordren at tage hensyn til et yderligere tildelingskriterium end de 10 tildelingskriterier, der var angivet i udbudsmaterialet, nemlig et tildelingskriterium angivet som »11. Andet«.

5. Klagenævnet skal fastslå, at kommunen har handlet i strid med EF-Traktatens artikel 59 og tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved ved tildelingen af ordren at anvende følgende tildelingskriterium:

»11. Andet.
 Her bedømmes, om tilbudsgiveren har særlige fortrin eller relationer til Glostrup Kommune, eller der forekommer andre signifikante forhold i tilbud«,
 uagtet dette tildelingskriterium kun ville være til fordel for én bestemt af de prækvalificerede tilbudsgivere.

6. Klagenævnet skal fastslå, at kommunen har handlet i strid med EF-Traktatens artikel 59 og tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved forud for iværksættelsen af udbuddet vedrørende totalrådgivningen i forbindelse med udbygningen af Skovvangsskolen at have besluttet, at en bestemt tilbudsgiver skulle prækvalificeres, nemlig det arkitektfirma, der havde projekteret det oprindelige skolebyggeri.
7. Klageren har endvidere – men først under sagens behandling i Klagenævnet den 18. december 1995 – nedlagt påstand om, at Klagenævnet ophæver indklagedes beslutning om at tildele tjenesteydelsen til den udpegede tilbudsgiver.

Indklagede har heroverfor nedlagt følgende påstande:

Ad 1. Klagen tages ikke til følge.

Ad 2. Principalt: Klagen tages ikke til følge.

Subsidiært: Såfremt klageren får medhold i påstand 1, erkendes overtrædelserne i påstand 2.

Ad 3. Overtrædelserne erkendes.

Ad 4.-7. Klagen tages ikke til følge.

Klagenævnet har endvidere på eget initiativ behandlet følgende spørgsmål:

A.

De fastsatte tildelingskriteriers overensstemmelse med tjenesteydelsesdirektivets afsnit VI, kapitel 3.

B.

Overensstemmelse mellem den tjenesteydelse, der blev udbudt i begrænset udbud, og den tjenesteydelse, som de 5 prækvalificerede tilbudsgivere blev opfordret til at afgive tilbud på.

I udbudsbekendtgørelsen er den udbudte tjenesteydelse beskrevet således:

»Totalrådgivning i forbindelse med udførelse af et dispositionsforslag samt 1. etape til en fuldt udbygget 2-sporet skole i muret byggeri. Eksisterende skolebygninger og sportshal skal indgå«.

I udbudsmaterialet er den udbudte tjenesteydelse beskrevet således:

»...Totalrådgivningsopgaven ved udarbejdelse af dispositionsforslag til en fuldt udbygget 2-sporet skole, samt 1. etape af udbygningen...«. Denne angivelse er imidlertid suppleret med et afsnit med overskriften »Konkurrenceomfang«, hvor det i punkt 3 og 4 hedder:

»3.

Videreførelse af udbygningen med den fulde totalrådgivningsydelse i forbindelse med 2. etape, jf. program.

4.

Videreførelse af udbygningen med den fulde totalrådgivningsydelse i forbindelse med 3. etape, jf. program«.

I udbudsmaterialet er der anført følgende vedrørende tildelingskriterierne:

»Vurderingskriterier

Til vurdering af hvilket tilbud, der efter udbudsbetingelserne vil blive betragtet som »Det økonomisk mest fordelagtige tilbud« vil tilbuddene blive bedømt på følgende vurderingskriterier:

1. Den i tilbuddet angivne pris og procentuelle faktor.
2. De i tilbuddet angivne delpriser for enkelttydelser.
3. De i tilbuddet angivne satser for tillæg og fradrag i ydelsesomfang.
4. Tilbudsgiverens sammensætning af rådgivningsgruppe.
5. Tilbudsgiverens og rådgivningsgruppens referencer for gennemførte skolebyggerier, samt tidspunktet for disses udførelse.
6. Tilbudsgiverens projektorganisation og nøglepersoners kvalifikationer.
7. Tilbudsgiverens vurdering af projektets samlede økonomi.
8. Tilbudsgiverens egen økonomi.
9. Tilbudsgiverens forsikringsforhold.
10. Tilbudsgiverens mulighed for at aflevere projekt i digitalform konvertibelt til AUTO.CAD i DXF format, samt øvrige muligheder for EDB-mæssig sagsstyring.

De enkelte kriterier vil blive vægtet ud fra et pointsystem, hvis værdi er relateret til ovenstående vurderingskriterier i nævnte præferenceorden«.

I et dokument betegnet som »Internt notat for Glostrup Kommunes vurdering af indkomne tilbud over totalrådgivning for »Skovvangsskolen«, Glostrup Kommune, Danmark«, der er dateret 1. august 1994, og som er udarbejdet af Multiconsult ApS, hedder det bl.a.:

»Emne Som rådgiver for Glostrup Kommune, har vi vurderet de ved EU-licitation over totalrådgivning for opførelse af »Skovvangsskolen« indkomne tilbud.

...

...

Vurdering Til vurdering af hvilket tilbud der er det mest fordelagtige, er der anlagt en række vurderingskriterier, jf. udbud og efterfølgende vurderingsskemaer.

De enkelte kriterier vægtes i rækkefølge med et pointsystem, der giver mulighed for at pege på det mest fordelagtige tilbud, dog skal det understreges, at der i udvælgelsen vil ligge nogle subjektive vurderinger.

Bedømmelsen og pointgivningen vil fremgå af vedlagte vurderingsoversigt.

Vurderings- De i udbuddet valgte vurderingskriterier forventes samlet at give en reel bedømmelse af de indkomne kriterier tilbud for endeligt valg af totalrådgiver for videreudbygning af »Skovvangsskolen«.

Kriterierne vægtes og vurderes i den anførte rækkefølge således:

1. Den i tilbuddet angivne pris og procentuelle faktor.

...

2. De i tilbuddet angivne delpriser for enkeltydelser.

...

3. De i tilbuddet angivne satser for tillæg og fradrag i ydelsesomfang.

...

4. Tilbudsgiverens sammensætning af rådgivergruppe.

...

5. Tilbudsgiverens og rådgivningsgruppens referencer for gennemførte skolebyggerier samt tidspunkt for disses udførelse.

Der foretages en subjektiv vurdering af de oplysninger der er fremkommet ved tilbudsgivningen. Resultatet bedømmes ved en subjektiv pointgivning fra 0-100 ved multipla af 10 sat i relation til øvrige tilbud.

6. Tilbudsgiverens projektorganisation og nøglepersoners kvalifikationer.

Der foretages en subjektiv vurdering af de oplysninger, der er fremkommet ved tilbudsgivningen. Resultatet bedømmes ved en subjektiv pointgivning fra 0-100 ved multipla af 10 i relation til de øvrige tilbud.

7. Tilbudsgiverens vurdering af projektets samlede økonomi.

Det afgivne skøn er baseret på de af Glostrup Kommune oplyste skønnede arealstørrelser og vil derfor alene være et udtryk for tilbudsgiverens forventning til kvalitetsniveau. Da tilbudsgivernes opfattelse af skoleudbygningens struktur og kvalitet er ens, bedømmes den oplyste sum over samlede omkostninger at være fastsat ud fra samme kriterier, hvorfor en pointgivning vil kunne foretages ved beregning af den procentuelle forskel i relation til dyreste skøn, multipliceret med 10.

8. Tilbudsgiverens egen økonomi.

Der foretages en vurdering af firmaets omsætning, resultat og egenkapital for de seneste 3 regnskabsår. Der afgives en vurdering ved en subjektiv pointgivning fra 0-100 ved mutipla af 10 sat i relation til øvrige tilbudsgiveres økonomi.

9. Tilbudsgiverens forsikringsforhold.

Der foretages en bedømmelse af om tilbudsgiveren er forsikret, vil kunne stille forsikring i.h.t. udbudsmaterialet samt antal anmeldte skader. Vurderingen afgives ved en subjektiv pointgivning fra 0-100 ved multipla af 10 sat i relation til øvrige tilbud.

10. Tilbudsgiverens mulighed for at aflevere projektet i digital form.

...

11. Andet.

Her bedømmes, om tilbudsgiveren har særlige fortrin eller relationer til Glostrup Kommune, eller der forekommer andre signifikante forhold i tilbud. Der gives en subjektiv vurdering ved pointgivning fra 0+/100 ved multipla af 10.

...

» ...	Point	Placering
Resultat		
1) ...	1.369	2
2) ...	1.080	3
3) ...	640	5
4) ...	1.385	1
5) ...	869	4

Konklusion Ved den foretagne vurdering har honorarniveauet fået højeste prioritering ved vægtingen af tilbudene, idet de øvrige kriterier vil være subjektive, når der ikke udbydes på en egentlig projektkonkurrence. Det skal bemærkes, at forskellen imellem den tilbudsgiver der fik højeste pointtal og tilbudsgiveren der fik næsthøjeste pointtal, fremkommer ved delvis subjektive vurderinger, der dog er relevant i den pågældende situation.

Anbefaling Ud fra de foretagne vurderinger anbefales, at der optages forhandlinger med ... (nr.4) ..., der har opnået størst mulige pointtal.

...

Glostrup Kommune står dog frit med hensyn til valg af rådgiver samt rådgivere for senere etaper«.

I en revideret udgave af dette interne notat, der er dateret 14. oktober 1994, er i afsnittet »Vurderingskriterier« tildelingskriterie nr. 11 udgået, og i afsnittet »Resultat« er anført:

»...	Point	Placering
Resultat		

1) ...	1.289	2
2) ...	1.080	3
3) ...	640	5
4) ...	1.335	1
5) ...	869	4

Konklusion Ved den foretagne vurdering har honorarniveauet fået højeste prioritering ved vægtningen af tilbudene, idet de øvrige kriterier vil være subjektive, når der ikke udbydes på en egentlig projektkonkurrence. Det skal bemærkes, at forskellen imellem den tilbudsgiver der fik højeste pointtal og tilbudsgiveren der fik næsthøjeste pointtal, fremkommer ved delvis subjektive vurderinger, der dog er relevant i den pågældende situation.

Anbefaling Ud fra de foretagne vurderinger anbefales, at der optages forhandlinger med ...(nr.4)...., der har opnået størst mulige pointtal.

.....

Glostrup Kommune står dog frit med hensyn til valg af rådgivningens omfang samt rådgivere for senere etaper«.

Ved skrivelse af 22. september 1994 rettede klageren henvendelse til indklagede. Rådet anførte som begrundelse for henvendelsen, at Rådet var blevet bekendt med, at kommunen ved vurderingen af de 5 indkomne bud havde inddraget et yderligere tildelingskriterie udover de 10, der var anført i udbudsmaterialet. I anledning heraf blev der den 3. oktober 1994 afholdt et møde mellem parterne, hvori tillige arkitekt Arne Hammelboe som repræsentant for Multiconsult ApS deltog. Efter mødet skrev klageren den 27. oktober 1994 således til indklagede:

»... PAR har modtaget den reviderede vurdering, dateret august 1994, af de indkomne tilbud for totalrådgivning for Skovvangskolen.

Med henvisning til denne, samt vort sidste møde hos PAR med Jesper Kærgaard og Jørgen Hammelboe, skal vi fremkomme med følgende kommentarer.

På mødet blev det af Jørgen Hammelboe oplyst, at kriterie nr. 11 var blevet indført for at kunne medtage eller indregne forbehold samt , som det var nævnt i den forrige vurdering, at få mulighed for at vægte byder nr. 4's forhold til Glostrup kommune generelt samt at gruppen tidligere havde projekteret første etape af skolen.

PAR har tidligere fremført, at indførelsen af kriterie nr. 11 i selve bedømmelsesfasen ikke er i overensstemmelse med tjenesteydelsesdirektivet, og at selve teksten i kriteriet om bl.a. forhold til kommunen også er i strid med bestemmelserne i tjenesteydelsesdirektivet. Vi har noteret os at kriterie nr. 11 nu er blevet fjernet og bl.a. for byder nr. 1's vedkommende er blevet fratrasket kriterie nr. 1 med det antal point der på vort sidste møde kunne dokumenteres som tillagt for et forbehold for de i F.R.I.'s ydelsesbeskrivelser nævnte *- markerede ydelser. På mødet ønskede Jørgen Hammelboe ikke at fremlægge den samme dokumentation for byder nr. 4's point for kriterie nr. 11, uden at denne dokumentation først skulle forelægges Jørgen Hammelboe's advokat. Det har ikke i det fremsendte materiale været muligt at vurdere, hvordan disse point har været fordelt, og derfor heller ikke hvordan kriterierne i den reviderede udgave, er blevet tilgodeset med point fra kriterie nr. 11.

PAR skal ikke kommentere selve pointgivningen af forbehold, men vi er enige i, som vi også drøftede på vort møde, at forbehold skal kapitaliseres og at det kan gøres i kriterie nr. 1, men generelt burde kapitaliseringen fordeles på kriterierne 1-3 incl. og i øvrigt have været foretaget via en forhøjelse af selve tilbudet.

PAR er ikke enig i fordelingen af byder nr. 4's point fra kriterie nr. 11. Det blev oplyst på mødet at der var indregnet et slags bopælskriterie, og som vi fremførte på mødet er dette ikke i overensstemmelse med tjenesteydelsesdirektivet, hvorfor vi ville forvente at disse point ikke blev medregnet, og at evt. point for medvirken ved skolens første etape burde medregnes i kriterie nr. 5.

På det foreliggende materiale mener PAR derfor ikke, at vi kan godkende den reviderede vurdering eller bedømmelsesgrundlag, der efter vores opfattelse ikke har lovliggjort det nye kriterie nr. 11. Pointene er blevet overflyttet til andre kriterier, men tilsyneladende er »bopælspointene« ikke blevet fjernet.

Vi skal derfor forslå, at Glostrup kommune overvejer at anvende den første vurdering, men at kriterie nr. 11 bliver fjernet og at pointene i kriteriet ikke overflyttes til andre kriterier, alternativt at PAR får tilsendt den nødvendige dokumentation for fordelingen af pointene i kriterie nr. 11.

...

Kriterie nr. 8. Tilbudsgiverens egen økonomi. Vi finder det overraskende, efter en prækvalifikationsrunde, at det i selve bedømmelsesperioden bliver vurderet, at ud af 5 totalrådgivningsgrupper kan 2 grupper, ud af 100 mulige point, kun tildeles 0 point. Hvis disse bedømmelser er relevante, burde firmaerne enten ikke have været indbudt, eller være blevet opfordret til at fremkomme med supplerende oplysninger.

Kriterie nr. 9. Tilbudsgiverens forsikringsforhold. Da samtlige firmaer, på nær et enkelt, er omfattet af enten PAR's eller F.R.I.'s forsikringsordninger forekommer denne vurdering ikke umiddelbart indlysende, og slet ikke, da der i udbudsmaterialet var blevet forlangt en objektforsikring.
... ..«

Stadsingeniør J.F. Hovmand, Glostrup Kommune, har forklaret, at kommunalbestyrelsen traf beslutning om udbygning af skolen den 9. marts 1994, således at 1. etape skulle være færdig til skolestarten i august 1996. Der blev nedsat et programmeringsudvalg på 9 medlemmer, som herefter skulle behandle udbygningen. Teknisk forvaltning indstillede i april 1994 til dette udvalg, at udbudsproceduren blev gennemført som en hasteprocedure, og denne indstilling tiltrådte udvalget. Kommunen antog herefter Multiconsult ApS til at forestå EU-udbuddet. Det lå fra starten klart, at der i forbindelse med skolebyggeriet måtte udarbejdes en ny lokalplan, idet det ikke ville være nok med en dispensation fra den eksisterende lokalplan. Først når totalrådgiverens projekt med dispositionsplan for den fuldt udbyggede skole forelå, kunne udkastet til lokalplan udarbejdes. Han deltog ikke selv i prækvalifikationen af de 5 tilbudsgivere, men var bekendt med, at man fandt det hensigtsmæssigt at udvælge nogle store firmaer og nogle mindre, ligesom man fandt det »rimeligt« at udvælge det firma, som havde forestået opførelsen af den eksisterende skolebygning. Der var ikke på forhånd truffet beslutning om, at dette firma skulle prækvalificeres. Da tilbudene var modtaget, anmodede kommunen Multiconsult ApS om at udarbejde en metode til udvælgelse af den tilbudsgiver, der skulle tildeles opgaven. Han anvendte det materiale, som kommunen modtog fra Multiconsult ApS, da han mundtligt forelagde sagen for programmeringsudvalget, og han kom under forelæggelsen med nogle supplerende synspunkter. Han fulgte ved sin indstilling til programmeringsudvalget indstillingen fra Multiconsult ApS, og dette udvalg fulgte denne indstilling i sin indstilling til skoleudvalget. Skoleudvalget godkendte projektet på et møde den 20. september 1994, og kommunalbestyrelsen godkendte projektet på et møde den 12. oktober 1994. Han bemærkede, at der i materialet fra Multiconsult ApS var indsat yderligere et tildelingskriterium 11, men han reagerede ikke herpå. Kommunen tilsigtede åbenhed om tildelingsproceduren, og da kommunen modtog en henvendelse fra Praktiserende Arkitekters Råd, udleverede man bedømmelsesmaterialet bortset fra enkelte afsnit med følsomme oplysninger. Under de efterfølgende møder med PAR var det kommunens mål at løse

problemerne, så alle kunne være tilfredse. Han blev hurtigt klar over, at der var noget, der skulle rettes, og det skete så hurtigt, det var muligt.

Arkitekt Jesper Kjærgaard, Glostrup Kommune, har forklaret, at det var nødvendigt at udarbejde en ny lokalplan i forbindelse med udbygningen af skolen, og det var derfor vurderingen i teknisk forvaltning, at det var nødvendigt, at EU-udbuddet skete som hasteprocedure. Da opgaven vedrørende gennemførelsen af EU-udbuddet blev overdraget Multiconsult ApS, blev det derfor tilkendegivet, at udbuddet skulle ske som hasteprocedure. Ved prækvalifikationen, som han deltog i, gik man ikke dybt ind i en vurdering af de enkelte af de 25 interesserede, da der var dårlig tid dertil. Man foretog dog prækvalifikationen så grundigt, at det var sikkert, at ingen af de 5 prækvalificerede firmaer senere ville blive forkastet. Ved den senere bedømmelse af tilbuddene blev nogle af oplysningerne vedrørende tilbudsgiverne igen taget i betragtning. Det var teknisk forvaltning, der traf beslutning om, hvilken indstilling der skulle afgives til programmeringsudvalget, men forvaltningen byggede på Multiconsult ApS's pointgivning. Han har ikke selv foretaget en pointvurdering, men under de efterfølgende forhandlinger med Praktiserende Arkitekters Råd var han med til at ændre pointgivningen således, at point i forbindelse med tildelingskriterium 11 udgik. Da man afgav indstilling til udvalget, var man opmærksom på, at der var et yderligere kriterium 11.

Indklagede har vedrørende påstand 1 gjort gældende, at betingelserne for at iværksætte udbudsproceduren som hasteprocedure efter tjenesteydelses-direktivets artikel 20 var opfyldt som følge af, at der skulle godkendes ny lokalplan, idet det ellers ikke ville have været muligt at få 1. etape af skoleudbygningen færdig til 1. august 1996.

Indklagede har vedrørende påstand 2 gjort gældende, at klageren ved i tiden efter 6. september 1994 at indlade sig i forhandlinger med indklagede om det gennemførte udbudsprocedure har givet afkald på at klage over, at de pågældende frister ikke blev overholdt.

Indklagede har vedrørende påstand 4 og 5 gjort gældende, at der ikke ved kommunens udbudsprocedure er sket nogen tilsidesættelse af de pågældende regler.

Indklagede har vedrørende påstand 6 gjort gældende, at kommunen ikke på forhånd havde besluttet at prækvalificere den tilbudsgiver, der senere fik tildelt ordren.

Klagenævnet udtaler:

Ad 1.

Efter det, der er oplyst over for Klagenævnet, var Glostrup Kommune, da kommunalbestyrelsen den 9. marts 1994 traf beslutning om udbygning af Skovvangsskolen, bekendt med, at udbygningen af skolen krævede vedtagelse af en lokalplan, og at lokalplanforslaget skulle udarbejdes bl.a. på grundlag af det vindende dispositionsforslag, således at arbejdet med lokalplanforslaget først kunne påbegyndes, når udbudsproceduren efter tjenesteydelsesdirektivet var afsluttet. Selvom det lægges til grund, at det var magtpåliggende for kommunen, at 1. etape af skoleudbygningen kunne være klar til skoleårets start i august 1996, kunne alene den omstændighed, at der skulle udarbejdes en lokalplan, ikke begrunde, at kommunen ved gennemførelsen af udbudsproceduren anvendte

reglerne i tjenesteydelsesdirektivets artikel 20 om »Hastende tilfælde«. Klagenævnet træffer derfor afgørelse i overensstemmelse med klagerens påstand 1.

Ad 2.

Når en klage er indbragt for Klagenævnet, kan Klagenævnet tage stilling til, om der i forbindelse med et udbud, der er omfattet af Klagenævnets kompetence, er sket overtrædelse af regler, der gældende for det pågældende udbud. Den omstændighed, at klageren forud for indgivelsen af klagen har indledt forhandlinger med udbyderen og herunder har undladt at påtale en overtrædelse eller måske endog har accepteret en overtrædelse, afskærer ikke Klagenævnet fra – hvis Klagenævnet finder det rigtigst – at tage stilling til, om det pågældende forhold indebærer en overtrædelse af EU-retten. Som følge heraf træffer Klagenævnet afgørelse i overensstemmelse med klagerens påstand 2.

Ad 3.

Da Klagenævnet – ligesom parterne – finder, at der er sket en overtrædelse af den pågældende fristregel, træffer Klagenævnet afgørelse i overensstemmelse med klagerens påstand 3.

Ad 4.

Efter indholdet af »Internt notat til Glostrup Kommunes vurdering af indkomne tilbud over totalrådgivning ved »Skovvangsskolen«, Glostrup Kommune, Danmark« dateret 1. august 1995 og den reviderede udgave af dette notat dateret 14. oktober 1994 sammenholdt med de forklaringer, der er afgivet af stadsingeniør J.F. Hovmand og arkitekt Jesper Kjærgaard, lægger Klagenævnet til grund, at indklagede i forbindelse med tildelingen af opgaven har anvendt kriterium 11. Da dette kriterium ikke var med i udbudsvilkårene, træffer Klagenævnet afgørelse i overensstemmelse med klagerens påstand 4.

Ad 5.

Efter det oplyste lægger Klagenævnet til grund, at indklagede ved anvendelsen af kriterium 11 har tillagt det betydning, om tilbudsgiverne havde tilknytning til Glostrup Kommune, fx ved at en tilbudsgiver havde forretningssted i kommunen. Det lægges endvidere til grund, at der blandt de 5 prækvalificerede tilbudsgivere kun var ét firma, som ville drage fordel af kriterium 11, nemlig det firma, som faktisk fik tildelt opgaven. Som følge heraf træffer Klagenævnet afgørelse i overensstemmelse med klagerens påstand 5, dog således at alene tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, er overtrådt.

Ad 6.

Efter det, der er oplyst for Klagenævnet, er der ikke grundlag for at fastslå, at indklagede forud for det begrænsede udbud efter tjenesteydelsesdirektivet havde besluttet at prækvalificere det arkitektfirma, der havde projekteret det oprindelige skolebyggeri, og Klagenævnet tager derfor ikke klagen til følge på dette punkt.

Ad A.

Indklagede har valgt at udbyde den pågældende tjenesteydelse som begrænset udbud, og det har således påhvilet indklagede at foretage prækvalifikationen efter reglerne i tjenesteydelsesdirektivets afsnit VI, kapitel 2. Indklagede har herved kunnet foretage en vurdering af tilbudsgivernes økonomiske forhold og tilbudsgivernes forsikringsforhold og lade bl.a. disse momenter være afgørende for, om tilbudsgivere kunne prækvalificeres. Når

en udbyder har prækvalificeret en tilbudsgiver og fremsendt opfordring til den pågældende om at afgive tilbud, må det imidlertid som udgangspunkt kunne anses for fastlagt, at udbyderen har accepteret tilbudsgiverens økonomiske forhold og forsikringsforhold. Det vil herefter som udgangspunkt være i strid med tjenesteydelsesdirektivets artikel 36 tillige at tage disse forhold i betydning som tildelingskriterier. Det er således i strid med artikel 36, stk. 1, litra a, at indklagede ved tildelingen af ordren har anvendt tildelingskriterierne 8 og 9, jfr. herved EF-domstolens dom i sagen Gebroeders Beentjes BV mod den nederlandske stat (sag 31/87).

Indklagede har som tildelingskriterium 7 anvendt tilbudsgiverens vurdering af projektets samlede økonomi. »Projektets samlede økonomi« har omfattet de samlede udgifter ved skolebyggeriets etape 1, etape 2 og etape 3, og tilbudsgiverne har skullet afgive et skøn over udgifterne ved hver enkelt etape. Ved bedømmelsen af tilbuddene har tildelingskriterium 7 været anvendt således, at en lav skønsmæssigt anslået udgift var en positiv faktor ved bedømmelsen, mens en høj skønsmæssigt anslået udgift var en negativ faktor ved bedømmelsen. Da de skønsmæssigt anslåede udgifter ved de 3 etaper under et senere byggeri hverken er bindende for udbyderen eller for tilbudsgiveren, er det pågældende tildelingskriterium – som det er blevet anvendt af indklagede – ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og indklagede har derfor ved sin benyttelse af tildelingskriterium 7 handlet i strid med tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, litra a.

Ad B.

I bilag III til tjenesteydelsesdirektivet er det i afsnit C, nr. 2, anført, at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde en beskrivelse af tjenesteydelsen, og denne forskrift må forstås således, at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde en præcis og fyldestgørende beskrivelse af den udbudte ydelse. I udbudsbekendtgørelsen var tjenesteydelsen angivet som »Totalrådgivning i forbindelse med udførelse af et dispositionsforslag samt 1. etape til en fuldt udbygget 2-spolet skole«, men det fremgår af udbudsvilkårene, at tjenesteydelsen tillige omfattede »Videreførelse af udbygningen med den fulde totalrådgivning i forbindelse med 2. etape« samt »videreførelse af udbygningen med den fulde totalrådgivning i forbindelse med 3. etape«. Da der så således er en ikke uvæsentlig uoverensstemmelse mellem angivelsen af tjenesteydelsen i udbudsbekendtgørelsen og den tjenesteydelse, som indklagede ønskede tilbud på, og som der senere blev indgået aftale om, har indklagede ved sin udbudsprocedure tilsidesat reglerne i tjenesteydelsesdirektivets artikel 17, stk. 1, sammenholdt med bilag III, afsnit C, nr. 2.

Ad 7.

Efter lov om Klagenævnet for Udbud § 5, 1. pkt., kan Klagenævnet annullere ulovlige beslutninger, og det påhviler Klagenævnet – uanset om der under en klagesag er nedlagt påstand herom eller ej – i forbindelse med afgørelsen af klagesagen at tage stilling til, om denne sanktion skal anvendes. Ved afgørelsen af, om Klagenævnet med hjemmel i § 5, 1. pkt., skal annullere Glostrup Kommunes beslutning om at tildele ordren til det udvalgte tilbudsgiver, tillægger Klagenævnet det afgørende betydning, at den pågældende beslutning blev truffet omkring den 6. september 1994, mens klagen først blev indgivet for Klagenævnet 3. januar 1995. Det tillægges endvidere betydning, at klageren ikke har fremsat begæring om, at Klagenævnet i medfør af lovens § 10, stk. 1, 2. pkt., skulle beslutte, at klagen blev tillagt opsættende virkning. Allerede som følge heraf er der ikke grundlag for at annullere Glostrup Kommunes beslutning om at tildele ordren til den udvalgte

tilbudsgiver, og Klagenævnet har herefter ikke fundet anledning til at vurdere, om de overtrædelser af udbudsreglerne, som er konstateret ved kommunens udbud, under andre omstændigheder efter deres beskaffenhed ville have givet grundlag for at annullere kommunens beslutning.

Herefter bestemmes:

Glostrup Kommune var ikke berettiget til at udbyde totalrådgivningen i forbindelse med udbygningen af Skovvangsskolen som hasteprocedure efter reglerne i tjenesteydelsesdirektivets artikel 20.

Glostrup Kommune har ved sit udbud tilsidesat

a.

bestemmelserne i direktivets artikel 19, stk. 1, idet fristen for modtagelse af anmodninger om at deltage var fastsat til den 7. juli 1994, uagtet fristen skal være mindst 37 dage fra tidspunktet for afsendelsen af bekendtgørelsen, dvs. 37 dage fra den 23. juni 1994 nemlig den 30. juli 1994.

b.

bestemmelsen i direktivets artikel 19, stk. 3, idet fristen for modtagelse af bud var fastsat til den 5. august 1994, uagtet fristen mindst skal være 40 dage fra tidspunktet for opfordringen til at afgive bud, dvs. 40 dage fra den 13. juni 1994 nemlig den 22. august 1994.

Selvom Glostrup Kommune havde været berettiget til at foretage udbud efter reglerne om hastende udbud, var bestemmelsen i direktivets artikel 20, stk. 1, litra a, tilsidesat, idet fristen for modtagelse af anmodning om at deltage var fastsat til den 7. juli 1994, uagtet fristen skal være mindst 15 dage fra tidspunktet for afsendelsen af bekendtgørelsen, dvs. 15 dage fra den 23. juni 1994 nemlig den 8. juli 1994.

Glostrup Kommune har ved sit udbud tilsidesat tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, ved ved tildelingen af ordren at tage hensyn til et yderligere tildelingskriterium end de 10 tildelingskriterier, der var angivet i udbudsmaterialet, nemlig et tildelingskriterium angivet som »11. Andet«.

Glostrup kommune har handlet i strid med tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved ved tildelingen af ordren at anvende følgende tildelingskriterium:

»11. Andet.

Her bedømmes, om tilbudsgiveren har særlige fortrin eller relationer til Glostrup Kommune, eller der forekommer andre signifikante forhold i tilbud»,

fordi dette tildelingskriterium kun ville være til fordel for én bestemt af de prækvalificerede tilbudsgivere.

Glostrup Kommune har handlet i strid med tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, litra a, ved at anvende tildelingskriterierne 7, 8 og 9.

Glostrup Kommune har handlet i strid med tjenesteydelsesdirektivets artikel 17, stk. 1, jf. bilag III, afsnit C, nr. 2, ved udformningen af udbudsbekendtgørelsen.

Glostrup Kommune betaler inden 14 dage fra modtagelsen af kendelsen i sagsomkostninger 5.000 kr. til Praktiserende Arkitekters Råd.