

Klagenævnet for Udbud

(A.F. Wehner, Suzanne Helsteen, Viggo Olesen)

96-83.938

3. marts 1997

K E N D E L S E

Praktiserende Arkitekters Råd
(selv)

mod

Udenrigsministeriet
(Kammeradvokaten)

Ved klageskrift af 20. juni 1996, modtaget i Klagenævnet den 21. juni 1996, har klageren, Praktiserende Arkitekters Råd, overfor indklagede, Udenrigsministeriet nedlagt påstand om, at indklagede tilpligtes at udbyde rådgivningen som kontaktarkitekt i forbindelse med opførelsen af den danske ambassade i Berlin i overensstemmelse med EU-direktiv 92/50/EØF, og om at Klagenævnet skal annullere eventuel allerede indgået kontrakt om opgaven med det tyske firma Pysall & Ruge, der efter det oplyste har fået opgaven uden udbud.

Indklagede har principalt påstået klagen afvist, subsidiært frifindelse og mere subsidiært at nævnet alene konstaterer, at den nedsatte Styringsgruppe burde have fortsat udbudsforretningen i stedet for at aflyse den.

Sagen drejer sig om, hvorvidt indklagede i forbindelse med det nedenfor omtalte ambassadebyggeri har overtrådt EU-direktiv 92/50/EØF (Tjenesteydelsesdirektivet).

Af sagens oplysninger fremgår bl.a.:

Den 18. december 1995 indgik Danmark, Finland, Island, Norge og Sverige aftale om gennemførelsen af et fællesnordisk ambassadekompleks i Berlin. Det hedder heri blandt andet:

»1. Baggrund.

Efter aftale mellem bygherrerne har Finland, Sverige og Danmark erhvervet 3 sammenhængende grundstykker benævnt Klingelhöfer Dreieck centralt beliggende i Berlin.

Bygherrerne har i opdrag at opføre 5 nationale ambassadebygninger samt fællesanlæg med fælles faciliteter for alle 5 ambassader på Klingelhöfer Dreieck. En

overordnet arkitektkonkurrence vedrørende fællesanlæggene samt disponeringen af de individuelle ambassadebygninger er ved at blive gennemført.

.....

2. Formål.

Nærværende aftale har til formål at fastlægge rammerne for samarbejdet mellem bygherrerne vedrørende gennemførelsen af det fælles nordiske ambassadeprojekt i Berlin fra det tidspunkt, hvor vinderen af den overordnede arkitektkonkurrence er fundet.

.....

6. Styregruppens konstitution.

Bygherrerne nedsætter en Styregruppe for projektet.

Styregruppen består af 5 medlemmer. Hver af bygherrerne udpeger eet medlem og een stedfortræder.

Styregruppen er kun beslutningsdygtig, såfremt alle 5 lande har fået varsel om møde i Styregruppen forinden i rimelig tid. Styregruppens beslutninger træffes ved konsensus. Styregruppen skal således fortsætte forhandlingerne, indtil konsensus er nået.

.....

7. Styregruppens opgaver.

Styregruppens opgave er at gennemføre projektet frem til og med garantiperiodens udløb, og indtil alle forhold i forbindelse hermed er endeligt afklaret.

Følgelig har Styregruppen alle de beføjelser, som er nødvendige for at udføre denne opgave i alle projektets faser.

Styregruppen skal navnlig forestå og overvåge opgaver vedrørende:

.....

6) Indhentelse af tilbud.

.....

Dog gælder, at for det enkelte lands ambassadebygning kan den pågældende bygherre egenhændigt – og dermed uden Styregruppens samtykke – træffe beslutninger, forudsat at sådanne beslutninger ikke strider mod de overordnede rammer for projektet eller er til væsentlig ulempe eller skade for noget af de andre lande. Styregruppen skal dog under alle omstændigheder forestå den praktiske gennemførelse af projektet for de enkelte ambassadebygninger.

.....

E) Overholde gældende EØS- og EU-regler om gennemførelse af udbud ved statslige anskaffelser, herunder ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelsesaftaler.

.....

8. Bistand til Styregruppen.

Der skal engageres en projektleder, som under Styregruppens ledelse får til opgave at gennemføre projektet.

.....

14. Tvistigheder.

Uoverensstemmelser mellem bygherrerne skal løses ved forhandlinger på grundlag

af nærværende aftales ordlyd. Forhandlingerne fortsætter, indtil konsensus er nået.
.....«

I konsekvens af førnævnte aftale blev der den 6. maj 1996 mellem de førnævnte landes udenrigsministerier indgået sålydende:

»AVTALE

mellom

Udenrigsministeriet, Danmark,
Utrikesministeriet, Finland,
Utenriksministeriet, Island,
Statsbygg, Norge
Statens Fastighetsverk, Sverige
(som byggherre)

om

Prosjektledelse

angående

gjennomføring av det
felles nordiske ambassadeprosjektet
i Berlin«

Det hedder videre:

»1 Bakgrunn

Byggherrene inngikk 18. desember 1995 en avtale om gjennomføring av et felles nordisk ambassadeprosjekt i Berlin. I følge avtalen skal byggherrene ved styringsgruppen engasjere prosjektleder som under styringsgruppens ledelse bistår ved gjennomføringen av prosjektet.

Statens Fastighetsverk, representert ved Sigurd Ståhlgren, har fra et tidlig tidspunkt i utviklingen av prosjektet innehatt lederfunksjoner til beste for det nordiske felleskapet,

1. først som leder av arbeidsgruppen som gjennomførte tomtekjøpene og administrerte den felles arkitektkonkurransen.
2. dernest som leder av styringsgruppen frem til nåværende styreformann overtok,

3. og i den senere tid som fungerende prosjektleder.

2 Prosjektets organisering

Prosjektet ledes av en styringsgruppe bestående af én representant for hver av byggherrene, samt en aktivt fungerende styreformann som er uavhengig i sin funksjon.

Foruten styreformannen, ivaretas prosjektets daglige ledelse og administrasjon av Statens Fastighetsverk (heretter benevnt prosjektleder) og Dress & Sommer.

Prosjektleder rapporterer til styringsgruppen, i det daglige representert ved styreformannen.

Prosjektleder er personifisert ved Sigurd Ståhlgren. Han kan ikke erstattes av andre uten styringsgruppens samtykke.

Dress & Sommers hovedoppgaver er å ivareta prosjektets økonomifunksjon, tidsstyring, kontraktsadministrasjon og den løpende kontakt med lokale myndigheter.

Dress & Sommer rapporter formelt til prosjektleder, men kommuniserer også med styreformannen og styringsgruppens enkelte medlemmer.«

Det fremgår endvidere, at Statens Fastighetsverk den 22. november 1995 på den nordiske styringsgruppes vegne offentliggjorde en bekendtgørelse i EF-Tidende Supplement 223 vedrørende kontaktarkitektsopgaven.

I partiel oversættelse lyder bekendtgørelsen således:

»SE–Stockholm: Planlægningsopgave for højbebyggelse.
(Åben for tilbudsgivere fra USA)
(95/S 223-122387/DE)

1. Ordregivende myndighed: Statens Fastighetsverk (National Property Board),
.....
2. Kategori og beskrivelse af opgaven,
.....

4. Forbehold for en bestemt profession: Arkitekter med autorisation til
 - a) byggesagsfremlæggelse i delstaten Berlin.
 - b) Rets- og forvaltningsforskrifter: BGB, BauGB, Byggreglement for Berlin, HOAI.
-«

Det er oplyst, at der efter bekendtgørelsen meldte sig syv virksomheder. Projektsekretariatet skønnede imidlertid, at forudsætningerne vedrørende kontaktarkitektens samarbejde med arkitekterne på de nationale byggerier havde ændret sig siden udbudet. Virksomhederne fik skriftlig meddelelse om, at udbudet var trukket tilbage, uden at begrundelse for tilbagetrækkelsen blev meddelt. Projektsekretariatet traf herefter den 20. juni 1996 på den nordiske styringsgruppes vegne aftale med arkitektfirmaet Pysall & Ruge om, at dette firma skulle indtræde som kontaktarkitekt for det samlede projekt.

Klageren har til støtte for de nedlagte påstande nærmere gjort gældende, at indklagede ikke under sagen er fremkommet med en tilstrækkelig forklaring på det forløb, der førte til, at opgaven blev overdraget en arkitektvirksomhed uden forudgående udbud. En lang række danske arkitektvirksomheder kan uden besvær forhandle med tyske myndigheder og fremlægge den dokumentation, tyske myndigheder ville kræve i forbindelse med meddelelse af bygge- og ibrugtagningstilladelse m.v. Hvis den angivne begrundelse for at tilbagekalde udbudet var den reelle, burde nyt udbud på det angiveligt ændrede grundlag have været afholdt. Indklagede har overtrådt bestemmelserne i EU-direktiv 92/50/EØF ved at undlade at udbyde rådgivningen som kontaktarkitekt. Den eneste mulighed for at genoprette forholdene vil være at standse arbejdet med rådgivningen med kontaktarkitekten og gennemføre en udbudsforretning efter reglerne i direktivet. Klageren har iøvrigt bestridt, at afbrydelse af samarbejdet med den antagne kontaktarkitekt vil udløse større økonomiske konsekvenser for indklagede.

Klageren har for så vidt angår indklagedes påstand om sagens afvisning bemærket, dels at den er fremsat efter næsten ¾ års sagsforberedelse, dels at nævnet efter Klagenævnslovens § 6 selv kan tage stilling til dets kompetence. Efter klagerens vurdering er det intet grundlag for sagens afvisning som følge af inkompetence hos nævnet.

Indklagede har i det hele imødegået klagerens argumentation og har til støtte for den principale påstand gjort gældende, at Klagenævnet ikke er kompetent til at bedømme sagen. Det fremgår af Klagenævnslovens § 3, at ordregivere er bl.a. statslige myndigheder. Ordregiveren er imidlertid ikke indklagede, men derimod de fem nordiske lande i fællesskab repræsenteret ved den omtalte Styringsgruppe. Klagenævnsloven må forstås således, at Klagenævnet alene har kompetence til at påkende klager over danske myndigheder. Der er ikke hjemmel til, og der kan ikke af Folketinget gives hjemmel til, at et dansk klageorgan kan påkende klager over internationalt sammensatte ordregivere, idet dette ville stride mod grundlæggende folkeretlige regler om staters immunitet i forhold til andre staters dømmende myndigheder.

Der er heller ikke i Rådets direktiv 89/665/EØF om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageproceduren i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter nogen støtte for, at et klagenævn nedsat i den enkelte medlemsstat kan bedømme klager over ordregivende myndigheder, der også består af andre EU-lande og tredjelandes myndigheder. Særligt i forhold til Norge og Island bemærkes i øvrigt, at

Europa-Kommissionen efter EØS-traktaten ikke har beføjelse til at iværksætte en retlig klageprocedure, og at EF-Domstolen ikke har kompetence til at afsige bindende fortolkningsafgørelser.

Indklagede har endvidere gjort gældende, at tjenesteydelsesdirektivet og Klagenævnets kompetence i denne forbindelse kun vedrører handlinger, der finder sted på Danmarks territorium. Direktivet gælder ikke, og Klagenævnet er ikke kompetent vedrørende indkøb af ydelser, der skal leveres i udlandet.

Tjenesteydelsesdirektivet finder i øvrigt ikke anvendelse på tjenesteydelsesaftaler, for hvilke der gælder andre procedureregler, og som indgås i henhold til en international aftale, der er indgået mellem en medlemsstat og et eller flere tredjelande om tjenesteydelser med henblik på fælles gennemførelse af et projekt, jf. direktivets artikel 5, litra a. Kravet om, at der skal gælde andre procedureregler, er opfyldt i dette tilfælde, idet Statens Fastighedsverk på vegne styringsgruppen og efter anbefaling af byggestyreren Dress & Sommer har indgået kontrakt med Pysall & Ruge. Direktivets artikel 5, litra a, stiller ikke krav til indholdet af procedureregler.

Til støtte for den subsidiære påstand om frifindelse har indklagede gjort gældende, at klageren ikke ses at have retlig interesse i sagen. I udbudsbekendtgørelsen var der taget forbehold om, at tilbudsgiver skulle have autorisation til byggesagsfremlæggelse i delstaten Berlin. Da det må antages, at der ikke er nogen af de arkitekter, der er medlem af klageren, som opfylder denne betingelse, og da klagerens medlemmer derfor ikke vil kunne afgive tilbud under et nyt udbud, har klageren ikke retlig interesse i at få klagen påkendt.

Indklagede har endvidere til støtte for frifindelsespåstanden gjort gældende, at det var beføjet, at Statens Fastighedsverk aflyste udbudet og gennemførte et udbud efter forhandling, når det blev konstateret, at de indkomne bud ikke var egnede. Endvidere kræver vitale nationale sikkerhedsinteresser i denne sag, at tjenesteydelsesdirektivet ikke finder anvendelse, jf. direktivets artikel 4, stk. 2. Styringsgruppen har anset det for nødvendigt, at der udpeges en kontaktarkitekt for det samlede ambassadebyggeri og har efter indhentelse af en udtalelse fra et tysk advokatfirma skønnet, at artikel 4, stk. 2, var anvendelig. Klagenævnet bør afholde sig fra at tilsidesætte en retsopfattelse, der er indtaget af de 5 nordiske statsforvaltninger.

Til støtte for den mere subsidiære påstand har indklagede gjort gældende, at Klagenævnet ikke er bundet af klagers påstande, men kan nøjes med i givet fald at udtale, at der i forbindelse med en udbudsforretning er begået nærmere angivne fejl, men uden at dette får til følge, hverken at Udenrigsministeriet (eller Styringsgruppen) pålægges at gennemføre et nyt udbud.

Klagenævnet, der ikke har fundet grundlag for på grundlag af indklagedes argumentation at afvise sagen som følge af manglende kompetence, skal udtale, at den omhandlede arkitektopgave i det hele er omfattet af direktivet. Der er ikke af indklagede fremdraget sådanne særlige forhold, der isoleret set måtte føre til at udbud kunne udelades. Indklagede burde have foranlediget og fastholdt, at opgaven skulle tildeles efter sket, fornyet udbud. Imidlertid finder nævnet efter en samlet bedømmelse af indklagedes manglende, reelle muligheder, dels for selvstændige dispositioner, dels for inden for styringsgruppen at gennemføre selvstændige synspunkter, uden at en iøvrigt knap tidsplan kunne sprænges med betydelige økonomiske konsekvenser til følge, ikke tilstrækkeligt grundlag for at pålægge indklagede at foranstalte udbud afholdt.

Herefter bestemmes:

Den af klageren Praktiserende Arkitekters Råd mod indklagede, Udenrigsministeriet fremsatte klage tages ikke til følge.