

Klagenævnet for Udbud

(Katja Høegh, Gorm Kildahl Elikofer, Niels Sørensen)

J.nr.: 2010-0023063

4. marts 2011

K E N D E L S E

Projektgruppe Sygehus midt A/S
under dannelse
(ved Bjerg Arkitektur A/S)

mod

Region Midtjylland
(advokat Tina Braad, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse 2010/S 155-239663 af 10. august 2010 udbød Region Midtjylland en projektkonkurrence efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet) om en totalrådgivningsaftale om et nyt hospital DNV-Gødstrup.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 30. september 2010 var indkommet 14 ansøgninger om prækvalifikation, herunder en ansøgning fra, hvad der på side 1 i ansøgningen betegnes »projektgruppe sygehus midt a/s«. Om identiteten af denne ansøger fremgår af et brev af 28. september 2010, som indgik i ansøgningen, at ansøgeren er: »Projektgruppe Sygehus midt A/S (under dannelse)«. På de næste sider i ansøgningen angives under overskriften »gruppe« følgende virksomheder:

GMP International GmbH
Arkitektengruppe Schweitzer+Partner
Juul & Frost arkitekter a/s
Bjerg Arkitektur A/S
Ketner Olsen arkitekter a/s
dancker architekten
Horn + Horn ingenieurbüro
Pinck Ingenieur Consulting GmbH

Korsbæk & Partnere, rådgivende ingeniørfirma KS
S+P meditec GmbH
Energydesign Braunschweig
Institut für Gebäude- und Solartechnik

Den 26. oktober 2010 besluttede indklagede i overensstemmelse med indstillingen fra et nedsat prækvalifikationsudvalg at prækvalificere følgende ansøgere:

- 1) BDP, GB Sheffield
- 2) Konsortiet White arkitekter A/S
- 3) Arkitektfirmaet C.F. Møller A/S
- 4) Niras A/S
- 5) Konsortiet CuraVita

Projektgruppe Sygehus midt A/S under dannelse blev ikke prækvalificeret.

Den 5. november 2010 indgav Bjerg Arkitektur A/S på vegne Projektgruppe Sygehus midt A/S under dannelse klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Region Midtjylland. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning.

Klagenævnet angav i forbindelse med nævnets stillingtagen til begæringen om opsættende virkning at have forstået klagen sammenholdt med Bjerg Arkitektur A/S svar af 25 november 2010 på nævnets forespørgsel om klagerens identitet, således, at klagen er indgivet på vegne det kommende aktieselskab. Da Bjerg Arkitektur A/S indgår i den gruppe af virksomheder, som oplystes i ansøgningen under betegnelsen »gruppe«, og dermed må anses for klageberettiget, har klagenævnet ikke fundet det fornødent at foretage yderligere undersøgelser vedrørende arkitektfirmaets adkomst til at klage på vegne af aktieselskabet under dannelse.

Den 30. november 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet klagenævnet ikke fandt den første af de efter praksis gældende tre betingelser for at give en klage opsættende virkning om »fumus boni juris« opfyldt.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og strid med udbudsdirektivets artikel 72 ved at undlade at prækvalificere klageren, uagtet klagerens ansøgning var blandt de fem bedste ansøgninger bedømt efter de i udbudsbekendtgørelsen angivne kriterier.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 26. oktober 2010 om prækvalifikation.

Påstand 3

Klagenævnet skal pålægge indklagede at lovliggøre prækvalifikationsprocessen ved at pålægge indklagede at revurdere ansøgningerne efter de i udbudsbekendtgørelsen angivne kriterier under behørig hensyntagen til de i ansøgningen oplyste kvalifikationer hos klageren.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 4

Hvorvidt indklagede handlede i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at ikke afvise klagerens ansøgning, uagtet den ikke opfyldte kravene til ansøgninger vedrørende flere firmaer i udbudsbekendtgørelsens punkt III.1, A, nr. 1 og 2, om en redegørelse for, hvorledes disse firmaer organiserer sig (konsortium eller hoved/underleverandører), og hvordan den interne organisering mellem selskaberne forventes foretaget.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klager har påstået, at spørgsmål 4 besvares benægtende, medens indklagede har påstået, at spørgsmålet skal besvares bekræftende.

Oplysningerne i sagen

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens punkt III.1:

»Udvælgelsen af deltagerne vil finde sted udfra en vurdering af, hvorledes de samlede kompetencer og erfaringer hos ansøgerne bedst stemmer overens med de kvalifikationer, som er nødvendige til løsning af den konkrete opgave. Herudover vil der ved udvælgelsen blive taget hensyn til opnåelsen af den bedste konkurrencemæssige situation.

Med henblik på at belyse ovenstående skal anmodere om prækvalifikation oplyse følgende:

- A. De økonomiske aktørers personlige forhold
 - 1) Oplysninger om hvilke firma(er), der anmoder om prækvalifikation...
Såfremt anmodningen vedrører flere firmaer skal det fremgå af ansøgningen, hvorledes disse firmaer organiserer sig (konsortium eller hoved-/underleverandører).
Hvis et konsortium anmoder om prækvalifikation, skal hvert medlem af konsortiet afgive erklæring om solidarisk hæftelse for den planlagte rådgivningsopgave.
 - 2) En generel firmabeskrivelse med bl.a. ejermæssige og organisatoriske forhold. Såfremt anmodningen vedrører flere firmaer skal det tillige fremgå hvorledes den interne organisering mellem firmaerne forventes foretaget.
 - 3) Tro- og loveerklæring om ubetalt, forfalden gæld til det offentlige i henhold til lovebekendtgørelse nr. 336 af 13.5.1997.
 - 4) Serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der bekræfter at prækvalifikationsanmoderen ikke er udelukket fra deltagelse i udbuddet iht. Udbudsdirektivet artikel 45, stk. 1 eller anden tilsvarende dokumentation. Dokumentationen kan foreligge på alle de i udbudsdirektivets artikel 45, stk. 3, sidste afsnit, nævnte måder.
 - ...
- B. Økonomisk og finansiel kapacitet
 - 1) Oversigt med oplysning om som minimum
 - Omsætning for de 3 seneste regnskabsår
 - Resultatet efter skat for de 3 seneste regnskabsår
 - Egenkapital for de 3 seneste regnskabsår
 - ...
- C. Teknisk kapacitet
 - 1) Beskrivelse af referencer inden for de seneste 10 år for rådgivning vedrørende større hospitalsbyggerier af tilsvarende karakter og omfang. Referencerne skal angive anlægssummer, antal

etage-kvadratmeter, type af byggeri samt rådgiverens ydelse/honorarstørrelse i forbindelse med den aktuelle reference.

Udover de traditionelle hovedydelser for arkitekt- og ingeniørdiscipliner ønskes dokumenteret erfaring og kompetencer med brugerinvolvering på hospitalsprojekter. Endvidere ønskes dokumenteret erfaring med byplanopgaver af tilsvarende karakter, med funktionsplanlægning vedrørende hospitaler samt med risikostyring. Det skal oplyses, hvorvidt nøglepersonerne til den enkelte reference stadig er tilknyttet ansøgerens organisation.

- 2) Erklæring med virksomhedernes gennemsnitlige antal beskæftigede og faglige sammensætning (arkitekter, ingeniører, konstruktører m.v.) de seneste 3 år.

Såfremt anmodningen er fra et konsortium, eller ansøgeren agter at anvende underrådgivere skal eventuelle oplysninger, pkt. A2-A4 samt B1 og C1-C2 foreligge for samtlige deltagere i konsortiet samt for eventuelle underrådgivere.«

Det fremgår af pkt. IV.1, at projektkonkurrencen skulle gennemføres som et begrænset udbud med mindst 4 og højst 5 deltagere.

I klagerens ansøgning er aktieselskabet som nævnt angivet som ansøger på forsiden, hvorefter de næste sider indeholder en opstilling af en række virksomheder under overskriften »gruppe«. Brevet af 28. september 2010, som indgik i ansøgningen, lyder:

»Idet vi anmoder om at blive prækvalificeret til den udskrevne konkurrence om planlægningen af det nye storhospital for region midt, er det os påliggende at gøre opmærksom på baggrunden for og intentionerne med den valgte rådgivergruppe og et lige så stort anliggende at skildre mål og metode.

Projektgruppe Sygehus midt A/S (under dannelse) er skabt som den administrative solidarisk ejede og styrende enhed der skal danne et kvalitetssikret projektteam der ikke byder på en uoverskuelig samarbejdspartner for brugergrupperne og senere for de udførende firmaer.

Gruppens geografiske placering vil i forslagsfasen være koncentreret i Berlin og Hjørring – være bemandet med arkitekter, ingeniører og administrative medarbejdere – alle med tosprogede kvalifikationer – med kvalifikationer fra storprojekter i ind- og udland. Det er dels mandskab fra de deltagende firmaer og folk der ud fra vores headhunting allerede har signaliseret en interesse for vores projekt.

Da Projektgruppen er den udfarende kraft, har det været det primære mål at få deltagere med i gruppen som garanteret kan måle sig med opgaven, kan deltage i den omfattende brugerdeltagelse der nødvendig- og naturligvis kommer på tale i et projekt af denne art og denne størrelse.

Sværvægter i vores arkitektgruppe er generelt set, GMP International med referencer og projektstørrelser der ikke lever tvivl om såvel den arkitektoniske som den faglige kvalitet. GMP er et firma med stationer i "hele verdenen" sidst aktuel med deltagelse i konkurrencen om Niels Bohr Sciencecenter i København.

Fagkvalifikationen for sygehuse, leveres af Schweitzer+Partner med deres datterfirma S+P Meditech (medicoteknik) der råder over mere end 50 års erfaringer i byggerier for sundhedsvæsenet, herunder sygehuse med størrelse op til knap 40.000 m² Netto etageareal (NGF).

De videre firmaer i processen, er firmaer, der som f.eks. HORN + HORN udelukkende udfører statik for institutioner, for sygehuse og andre beslægtede byggerier. PINCK er fagingeniører for EL og VVS inden for samme byggerigrupper som lige nævnt.

Videre på arkitektursiden, er det lykkedes os at kunne inddrage arkitekterne Juul & Frost i, de referencer og erfaringer der her har kunnet inddrages i vores ansøgning, taler for sig selv, en blanding af eksteriøre planlægninger og en sans for helheden og brugerens tarv, byplan inkluderet.

For frirum og Green Design, deltager Ketner Olsen, et dansk/hollandsk firma med en fantastisk sans for et brugervenligt Urban Design, - sans for kunne inddrage eksteriøret i interiøret. s. Ketner Olsen er den urbane designside (byplan) sammen med GMP Internationals egne byplanlæggere.

Energidesign og bæredygtighed er for alle deltagerne i gruppen et absolut hjertesbarn. Bjerg Arkitektur A/S er et af landets mest fremadrettede inden for energidesign, passiv- og passiv+ huse (positiv energibalance). Vi vil ikke kun Klasse I, men vil have et byggeri der i design og udførelse også rækker ind i de næste bygningsreglementer og ud over de almindelige krav til energi og CO₂ balance.

Gruppen understøttes her af instituttet for Gebäude under Solartechnik, skaberen af konceptet til det meget publicerede kontorhus i HafenCity Haburg - Unilever Haus.

Gældende for alle deltagere, er de præget af en kontinuitet – f.eks. har Schweitzer & Partners ledergruppe, der forestår al projektering, bruger-

involvering og udførelse/afregning – alle været ansat i firmaet en år-række der dækker de vigtigste referencer og mere.

Efterfølgende er der et første udkast til et organisationsdiagram der forklarer metoden – ved tvivl kan alle deltagere dokumentere deres brugerdeltagelse over udtalelser fra nuværende og tidligere bygherrer – eller myndigheder.

Det er af overordnet betydning, at man ser de forskellige kvalifikationer i gruppen under en fællesnævner. Vi har trods de geografiske afstande en fast overbevisning om, og erfaringer fra f.eks. Niels Bohr Science-center, at afstande ikke er bremseklodsen

Selvom det er svært at beskrive og især fyldestgørende at dokumentere erfaringer, kan vi afsluttende bekræfte, at den sammensatte gruppe, alle er i besiddelse af nævneværdige erfaringer på hospitalsområdet, at alle deltagere er sat op til jobbet og til dets specielle karakter, alene på grund af størrelsen – og med væsentlig mere end 500 medarbejdere i de forskellige kategorier – er vi sikker på at kunne løse den planlægnings- og rådgivningsmæssige opgave. Vi råder, ud over den faglige kompetence over erfaringer i Risk Management inden for offentlige drifts- og byggeherrer, vi har to deltagere der har været partnere i PRIMO europe med fagområdet byplan og bygningsplanlægning – fremadrettet risikovurdering.

Vi håber at have kunnet dokumenteret vore faglige kunnen, vores visionære indstilling og især vores vilje, uden denne behøver vi slet ikke at begynde.

Deres kontaktpersoner for supplerende eller praktiske spørgsmål:

Direktør og Arkitekt Maa
Kjeld Berg

Telefon ...
Email ...

På projektgruppens vegne«

De næste sider indeholder nogle organisationsdiagrammer. I det første angives under overskriften »projektgruppe sygehus midt a/s (under oprettelse) projektgruppens organisation« fire grupper benævnt: »Arkitektur«, »Brugergrupper«, »Ingeniør« samt »Styregruppe Projektgruppe Sygehus midt A/S«.

Under overskrifter om »projektgruppe sygehus midt a/s (under oprettelse) kvalitetsmanagement« følger yderligere fire diagrammer, som på samme måde overordnet angiver overskrifter om i det første diagram blandt andet: »research«, »vurdering af projektrelevans«, »implementering i projektarbejdet«, »kontrol og risikovurdering« og »udgangskontrol«, i det andet diagram blandt andet: »Styringsgruppe Risk og Qualitymanagement«, »Rådgivergruppe Arkitektur Funktionsmanagement« og »Rådgivergruppe Ingeniører og bæredygtighed energi«. De øvrige diagrammer om »kvalitetsmanagement« indeholder lignende overordnede overskrifter. Et sidste organisationsdiagram indeholder under overskriften »projektgruppe sygehus midt a/s (under oprettelse) kvalitetssikring i udførelsesfasen« igen overordnede overskrifter – her om blandt andet »Projektering« og »Udbud og licitering«.

Der er ikke i nogle af diagrammerne angivet, hvilke virksomheder eller personer der deltager i de arbejdsgrupper/-processer, overskrifterne dækker over.

Ansøgningen indeholder desuden nærmere oplysninger om de enkelte virksomheder, som blev anført under overskriften »gruppe«, vedrørende tidligere opgaver, omsætning, tro- og loveerklæringer, om gæld til det offentlige m.v., som krævet i udbudsbekendtgørelsens punkt III, A2-A4 samt B1 og C1-C2. Ansøgningen indeholder ikke erklæringer fra de pågældende virksomheder om solidarisk hæftelse for den planlagte rådgivningsopgave.

Klagerens ansøgning blev ikke afvist som ukonditionsmæssig af indklagede, men klagerens tilbud blev ifølge indstillingsnotatet fra det nedsatte udvalg ikke vurderet at være blandt de fem bedste ansøgninger bedømt efter de i udbudsbekendtgørelsen angivne kriterier. Indklagede meddelte ved breve af 27. oktober 2010 ansøgerne, herunder klageren, resultatet af prækvalifikationen og sendte efterfølgende den 3. november 2010 en uddybende begrundelse for den manglende prækvalifikation.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klageren bedømt efter de i udbudsbekendtgørelsens punkt III.1 anførte kriterier for prækvalifikation burde ha-

ve været prækvalificeret, idet klagerens og de virksomheder, der var knyttet til klageren, havde samlede erfaringer og kompetencer, som tydeligt gjorde, at klageren var blandt de absolut bedst kvalificerede blandt ansøgerne. Disse kvalifikationer fremgår af såvel brevet af 28. september 2010 som referencerne vedrørende de enkelte virksomheder.

Indklagede har gjort gældende, at det valgte kriterium angående ansøgernes erfaringer/referencer fra tidligere, relevante og sammenlignelige opgaver er et ikke-diskriminerende, relevant og lovligt udvælgelseskriterium efter udbudsdirektivets artikel 72. Indklagede har foretaget en objektiv og saglig vurdering af alle ansøgninger. Bedømmelsen er sket på grundlag af de referencer, som ansøgerne selv har anført. Klagerens referencer var i vidt omfang meget kortfattede og dokumenterede ikke erfaringer med brugerinvolvering og funktionsplanlægning vedrørende hospitaler med risikostyring. Der manglede også oplysninger om, hvorvidt nøglepersoner vedrørende opgivne projekter fortsat var tilknyttet klagerens/de anførte virksomheders organisation. Bedømt ud fra det, som var oplyst i ansøgningen, var klageren ikke blandt de fem bedste ansøgere efter de i udbudsbekendtgørelsen anførte udvælgelseskriterier. Der er dermed ikke grundlag for at tage klagerens påstand til følge.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at der som følge karakteren og grovheden af den ad påstand 1 begåede overtrædelse skal ske annullation af prækvalifikationsbeslutningen.

Indklagede har gjort gældende, at da påstand 1 ikke skal tages til følge er der ikke grundlag for at foretage annullation.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede som følge karakteren og grovheden af den ad påstand 1 begåede overtrædelse skal pålægges at lovliggøre prækvalifikationsprocessen som påstået.

Indklagede har gjort gældende, at da påstand 1 ikke skal tages til følge, er der ikke grundlag for at pålægge indklagede at foretage lovliggørelse som påstået.

Ad spørgsmål 4

Klageren har gjort gældende, at det efter indholdet af klagerens ansøgning er klart, hvilke opgaver de enkelte virksomhederne i »gruppen« skulle varetage, og hvorledes organiseringen mellem virksomhederne i gruppen og aktieselskabet under dannelse skulle være. Aktieselskabet under dannelse er skabt som den administrative solidarisk ejede og styrende enhed, der skal danne et kvalitetssikret projektteam. Projektgruppen er umisforståeligt den administrative og udførende enhed. Der har aldrig været tale om, at opgaven skulle løses i konsortieform, og indklagede kan, jf. udbudsdirektivets artikel 4, ikke kræve, at ansøgerne har en bestemt retlig form. Spørgsmålet skal derfor besvares benægtende.

Indklagede har anført, at spørgsmålet bør besvares bekræftende.

Klagenævnet udtaler:

Ad spørgsmål 4

Den virksomhed, som bedømt ud fra forsiden i klagerens ansøgning søgte om prækvalifikation, er et aktieselskab ved navn »Projektgruppe Sygehus midt A/S«. Ansøgningen indeholder ikke oplysninger om, hvad forholdet var mellem aktieselskabet og de virksomheder, som også oplystes i ansøgningen under overskriften »gruppe«. Brevet af 28. september 2010 og organisationsdiagrammerne gør det heller ikke klart, hvordan forholdet er mellem aktieselskabet - som det oplyses var under dannelse, og som indklagede derfor ved bedømmelsen af ansøgningen måtte lægge til grund var en (endnu) ikke eksisterende juridisk person – og den række af virksomheder, der oplystes i ansøgningen, og hvis kvalifikationer fremhæves såvel i brevet som i de oplysninger om kvalifikationer m.m., der var indeholdt i ansøgningen. Ansøgningen opfylder dermed ikke kravet i udbudsbekendtgørelsens punkt III.1, A, nr. 1 og 2, om, at der, når ansøgningen vedrører flere firmaer, skal redegøres for, hvorledes disse firmaer organiserer sig (konsortium eller hoved/underleverandører) og hvordan den interne organisering mellem selskaberne forventes foretaget. Såfremt hensigten var, at de virksomheder, om hvilke oplysninger gives i ansøgningen, skulle indgå i et konsortium, som også ville omfatte aktieselskabet, når dette var etableret, manglede endvidere erklæring fra hver af virksomhederne om solidarisk

hæftelse for den planlagte rådgivningsopgave. Ansøgningen var dermed ukonditionsmæssig og kunne ikke lovligt tages i betragtning af indklagede.

Ad påstand 1-3

Da indklagede ikke lovligt kunne foretage en realitetsbedømmelse af klagerens ansøgning er der ikke grundlag for at tage stilling til påstandene 1- 3.

Herefter bestemmes:

Ad spørgsmål 4

Indklagede har handlet i strid med i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at ikke at afvise klagerens ansøgning, uagtet den ikke opfyldte kravene til ansøgninger vedrørende flere firmaer i udbudsbekendtgørelsens punkt III.1, A, nr. 1 og 2, om en redegørelse for, hvorledes disse firmaer organiserer sig (konsortium eller hoved/underleverandører) og hvordan den interne organisering mellem selskaberne forventes foretaget.

Påstand 1-3 behandles ikke.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig