

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Michael Jacobsen, Ole Bajda Nielsen)

J.nr.: 2006-0006719

6. november 2006

K E N D E L S E

Thorup Gruppen A/S
(selv)

mod

Skjern Kommune
(advokat Erik Hørlyck, Århus)

I foråret 2003 gennemførte indklagede, Skjern Kommune, en totalentreprisekonkurrence i form af begrænset udbud uden prækvalifikation efter lov nr. 450 af 7. juni 2001 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (den dagældende tilbudslov) vedrørende projektering og udførelse af en udbygning af Skjern Hallen til Skjern Kulturcenter. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Der indkom tilbud fra følgende virksomheder:

1. NCC Construction A/S
2. MT Højgaard A/S (MT Højgaard)
3. Hoffmann A/S (Hoffmann)
4. Vagn Henriksen A/S (Vagn Henriksen)
5. Hansen & Larsen A/S (Hansen & Larsen)

I juni 2003 besluttede Skjern Kommune at tildele opgaven til tilbudsgiveren Hansen & Larsen, og kontrakt blev indgået den 30. oktober 2003.

Klagenævnet har i kendelser af 25. oktober 2005 og 23. februar 2006 taget stilling til en klage vedrørende udbuddet fra tilbudsgiveren Hoffmann. Disse kendelser er indbragt for domstolene.

Klageren i den nu foreliggende sag, Thorup Gruppen A/S, er en arkitekt- og ingeniørvirksomhed, der i forbindelse med licitationen indgik i et samarbej-

de med Vagn Henriksen, og som havde udført arkitektarbejdet ved udfærdigelsen af denne tilbudsgivers tilbud.

Klageren indgav klagen til Klagenævnet for Udbud den 23. maj 2006. Klagen har været behandlet på et møde den 13. september 2006. Efter mødet har Klagenævnet haft forskelligt planchemateriale til gennemsyn og har modtaget nogle skriftlige indlæg fra klageren og indklagedes advokat.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med § 11, stk. 5, i bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren ved at give en eller flere andre tilbudsgivere oplysning om, at tilbuddet fra Vagn Henriksen A/S angik opførelse af en hal, der kunne bruges både til træning og til sportsskampe med tilskuere m.m. (multihal).

Indklagede har principalt påstået klagen afvist og har subsidiært nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Skjern Hallen bestod af to idrætshaller med betegnelserne hal I og hal II samt nogle tilhørende bygninger. Den udbudte opgave gik ud på at opføre forskellige nybygninger i tilknytning til Skjern Hallen, således at resultatet blev et nyt samlet bygningskompleks med betegnelsen Skjern Kulturcenter. Nybygningerne skulle bestå af endnu en idrætshal, dvs. en træningshal benævnt hal III, en koncertsal, en foyer, en musikskole, et klubhus og forskellige andre lokaler. Ud over at angå det beskrevne grundprojekt skulle tilbudene yderligere angå forskellige »projektpakker«, dvs. grundprojektet suppleret på forskellig måde. Af betydning for sagen er kun projektpakke 3, der gik ud på udførelse af grundprojektet, men med en større hal III med tilskuerpladser.

Licitationsbetingelserne var udarbejdet af indklagedes tekniske rådgiver, Cowi A/S (Cowi), og licitationen blev hos Cowi forestået af afdelingschef Bjarne Nielsen.

I licitationsbetingelserne var angivet følgende ikke prioriterede underkriterier til tildelingskriteriet:

1. Arkitektonisk kvalitet og funktionalitet.
2. Totalentreprisesum.
3. Materialekvalitet og teknisk kvalitet samt kvantitet.
4. Drifts- og vedligeholdsekonomi.

Det var endvidere angivet, at underkriterium 1. ville blive vægtet med 40 % og de øvrige underkriterier tilsammen med 60 %. Licitationsbetingelserne indeholdt nærmere angivelser om en vægtningsmodel, efter hvilken tilbudsbedømmelsen ville blive foretaget.

Det fremgik af licitationsbetingelserne, at tilbudene ville blive bedømt af en dommerkomité bestående af repræsentanter for indklagede og forskellige idrætsforeninger m.m. I dommerkomitéen indgik desuden medlemmer udpeget af Totalentrepriseudvalget, dvs. et udvalg, der er nedsat af forskellige organisationer i byggebranchen bl.a. med det formål at udpege sagkyndige til bedømmelsesudvalg ved totalentrepriser.

Med hensyn til hal III gik tilbudsgivernes projekter i hovedtræk ud på følgende:

Vagn Henriksens projekt: Hal III skulle opføres som en såkaldt multihal, dvs. en hal med flere funktioner, og projektet gik nærmere ud på følgende: Hallen skulle kunne opdeles i to træningsbaner uden tilskuerpladser til brug for træning i forskellige boldspil. Hallen skulle også kunne bruges uopdelt til forskellige sportskampe med tilskuerpladser langs hallens langvægge. Disse tilskuerpladser skulle anbringes på såkaldte teleskoptribuner, dvs. tribuner, der kunne trækkes ind i væggene for at give plads til de to træningsbaner, og som kunne skydes frem fra væggene ved kampe. Herudover skulle hallen kunne bruges til boksekampe og koncerter m.m. med tilskuersæder anbragt på gulvet.

De øvrige tilbudsgiveres projekter gik med hensyn til projektpakke 3 ud på opførelse af hal III som en hal til brug for sportskampe og eventuelt koncerter og omfattede ikke indretning af hallen som træningshal. Tilbuddet fra MT Højgaard omfattede teleskoptribuner langs hallens endevægge.

Ved en afstemning i dommerkomiteen den 21. maj 2005 tildeltes tilbuddet fra Hofmann 375 points vedrørende projektpakke 3 og tilbuddet fra Hansen & Larsen 220 points vedrørende projektpakke 3.

Den 27. maj 2003 sendte Bjarne Nielsen sålydende e-mail til bl.a. tilbudsgiverne:

»...

Evalueringen af tilbudene er nu ved at være i den afsluttende fase. Dommerkomitéen har været samlet 2 gange. På sidste møde blev vurderingen af tilbudenenes arkitektoniske kvalitet og funktionalitet afsluttet...

De sidste 60 % vedrører totalentreprisesum/Materialekvalitet og teknisk kvalitet samt kvantitet/Drifts- og vedligeholdsekonomi.

Arbejdet med at gøre projekterne økonomisk sammenlignelige pågår.

I den forbindelse vil bygherren i henhold til "Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, § 11" gøre brug af retten til at forhandle om de modtagne tilbud.

Proceduren vil være, at alle bydende indledningsvis inviteres til tilbudsforhandlinger mandag den 2. juni 2003. Særskilt invitation vil tilgå de bydende. Efter denne forhandlingsrunde vil det blive vurderet om der er behov for yderligere forhandlinger – evt. med en mindre kreds af de bydende.«

Den 28. maj 2003 indkaldte Bjarne Nielsen tilbudsgiverne til særskilte forhandlinger den 2. juni 2003. Disse indkaldelser skete ved enslydende e-mails af sålydende indhold:

»...

I inviteres hermed til afklarings/forhandlingsmøde mandag den 2. juni 2003 kl. 11. Mødet finder sted...

Mødets hovedtema vil være at få belyst mulighederne i projektpakke 3 for følgende:

- Faste tribuner udgår.
- Der etableres sportsgulv på hele gulvarealet.
- Hallens geometri tilpasses således at der i træningssituationer kan være 2 baner ved siden af hinanden adskilt af net.

- Hallens geometri tilpasses således at der i håndboldkampsituationer kan være den tilskuerkapacitet som der er fastsat i udbudet. Blot etableret som teleskoptribuner.
- Teleskoptribunerne er bygherreleverance.

Der ønskes på mødet belyst de økonomiske konsekvenser af ovenstående.

...«

Den 4. juni 2003 sendte Bjarne Nielsen en e-mail til bl.a. tilbudsgiverne, i hvilken der blev givet udtryk for, at kommunen havde udvist interesse for at gennemføre projektpakke 3, og at de økonomiske muligheder herfor skulle drøftes på et byrådsmøde.

Den 13. juni blev der holdt en ny afstemning i dommerkomiteen, nu kun om projektpakke 3. Ved denne afstemning fik tilbuddet fra Hoffmann stadig 375 points, men tilbuddet fra Hansen & Larsen fik nu 374 points i modsætning til 220 points ved afstemningen den 21. maj 2005.

Den 17. juni 2003 holdt Bjarne Nielsen særskilte forhandlinger med Hoffmann og Hansen & Larsen, og i en e-mail af 20. juni 2003 til bl.a. tilbudsgiverne foretog Bjarne Nielsen en bedømmelse af tilbuddene vedrørende projektpakke 3. I denne e-mail udtaltes bl.a.;

»

...

Dommerkomitéen har nu afsluttet bedømmelsen af de indsendte projekter.

Bygherren har besluttet at gennemføre projektpakke 3...

...

På den baggrund er projekterne blevet vurderet i henhold til udbudsmaterialets vurderingskriterier og pointskala. Desuden er resultaterne af forhandlingerne med i første omgang alle 5 bydende og i sidste ende Hoffmann og Hansen & Larsen indregnet.

Projektpakke 3 – samlet bedømmelse

[Her følger en tilbudsvurdering i henhold til underkriteriet til tildelingskriteriet, mundende ud i tildeling af flest points til tilbuddet fra Hansen & Larsen.]

...

På ovenstående baggrund vurderer dommerkomitéen, at projektet fra Hansen & Larsen er det økonomisk mest fordelagtige for bygherren.

Projektet vil nu blive indstillet til byrådet til endelig godkendelse.

Yderligere information, herunder udstilling af forslagene, vil komme efter byrådsmødet tirsdag den 24. juni 2003.

.
...«

Den 24. juni 2003 vedtog byrådet at tildele opgaven til Hansen & Larsen.

I kendelsen af 25. oktober 2005 lagde Klagenævnet følgende til grund: Efter tilbuddenes modtagelse opfordrede indklagede og/eller Cowi Hansen & Larsen til at ændre projektet, så det kom til at svare til Hoffmanns projekt med hensyn til udførelsen af taget på hal III, placeringen af hovedindgangen og fortsat anvendelse af den hidtidige parkeringsplads. Hansen & Larsen var indforstået hermed og gik i gang med at ændre projektet som beskrevet, hvilket indgik i grundlaget for den anden afstemning i dommerkomiteen.

Det projekt fra Hansen & Larsen, der er blevet gennemført, svarer med hensyn til indretningen af hal III til Vagn Henriksens projekt.

Gunnar Thorup har som repræsentant for klageren bl.a. forklaret: Et væsentligt led i Vagn Henriksens projekt vedrørende hal III var, at tilskuertribunerne kunne flyttes på luftpuder. Det var en idé, der bevirkede, at teleskoptribunerne kunne udføres væsentligt billigere end teleskoptribunerne i fx sportshallen i Kolding. Da tilbudsgivernes projektforslag blev udstillet, indeholdt de alle en multihal med plads til to træningsbaner og tilskuerpladser, der kunne trækkes frem. På et meget senere tidspunkt fandt Gunnar Thorup ud af, at Vagn Henriksens projekt var det eneste projekt, der fra begyndelsen havde indeholdt en multihal. Gunnar Thorup havde derefter kontakt med indklagede om en honorering, men det afviste indklagede, hvorefter klageren indbragte sagen for Klagenævnet. Efter tilbuddenes afgivelse havde klageren lejlighed til at forelægge sit projekt for dommerkomiteen. Borgmesteren, der var medlem af dommerkomiteen, sagde, at det netop var en multihal, man ønskede, og at man havde set en multihal i Kolding, men at det var for dyrt. Vagn Henriksen havde i tilbuddet kunnet holde den an-

givne økonomiske ramme ved forskellig udnyttelse af de eksisterende bygninger.

John Christensen, der som medlem af indklagedes direktion har deltaget i licitationssagen, har bl.a. forklaret: På tidspunktet for dommerkomiteens andet møde tegnede der sig mulighed for at udføre projektpakke 3. Alle dommerkomiteens medlemmer havde kendskab til sportshallen i Kolding med teleskoptribuner, og nogle af komiteens medlemmer havde set teleskoptribuner andre steder. Endvidere ville håndboldklubben nu gerne have en dobbelthal med to træningsbaner og en kampbane med teleskoptribuner. John Christensen mener ikke, at nogen af tilbudsgiverne fik udleveret projektmateriale fra de andre tilbudsgiveres tilbud, og den endelige udførelse af hal III var ikke inspireret af Vagn Henriksens projekt. John Christensen mener, at tilbuddet fra MT Højgaard gik ud på etablering af hal III i lighed med Vagn Henriksens projekt, men på en anden måde. John Christensen kan ikke huske, om andre projekter end Hansen & Larsens projekt blev ændret før udstillingen af projekterne.

Parternes anbringender

Ad afvisningspåstanden

Indklagede har gjort gældende, at sagen reelt angår et ophavsretligt spørgsmål, der ikke hører under Klagenævnets kompetence.

Klageren har ikke kommenteret afvisningspåstanden.

Ad klagerens påstand

Klageren har gjort gældende: Det fremgår tydeligt af sagens omstændigheder, at indklagede opfordrede Hansen & Larsen til at ændre sit projekt, så det kom til at svare til Vagn Henriksens projekt med hensyn til indretningen af hal III, og at indklagede også gav de øvrige tilbudsgivere oplysning om indretningen af hal III i Vagn Henriksens projekt. Dette er i strid med det principielle forbud i § 11, stk. 5, i den dagældende tilbudsbekendtgørelse mod, at udbyderen giver oplysninger til en tilbudsgiver om andre tilbudsgiveres løsninger.

Indklagede har gjort gældende: Indretning af en dobbelthal med teleskoptribuner er en almindeligt kendt løsning, og ønsket om en sådan hal kom fra håndboldklubben. Inspirationskilden var ikke Vagn Henriksens projekt, men kendskab til andre dobbelthaller, navnlig sportshallen i Kolding. Det bestrides, at indklagede har givet Hansen & Larsen oplysninger om klagerens projekt.

Klagenævnet udtaler:

Ad afvisningspåstanden

Klagen angår en overtrædelse af lovgivningen om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren. Klagenævnet har kompetence til at tage stilling til klager over overtrædelse af denne lovgivning, jf. § 1, stk. 1, nr. 3) i Lov om Klagenævnet for Udbud. Endvidere har klageren som deltager i udformningen af Vagn Henriksens projekt retlig interesse i at klage til Klagenævnet, jf. lovens § 4, stk. 1, nr. 1).

Klagenævnet er herefter kompetent til at behandle klagen, hvorfor afvisningspåstanden ikke tages til følge.

Ad klagerens påstand

Klagenævnet konstaterer, at Hansen & Larsens projekt blev ændret, så det kom til at svare til Vagn Henriksens projekt med hensyn til indretningen af hal III.

Ved kendelsen af 25. oktober 2005 konstaterede Klagenævnet, at indklagede og/eller Cowi havde opfordret Hansen & Larsen til at ændre projektet, så det kom til at svare til tilbuddet fra tilbudsgiveren Hoffmann med hensyn til placeringen af hal III m.m.

På den anførte baggrund er der en klar formodning for, at ændringen af Hansen & Larsens projekt med hensyn til indretningen af hal III ligeledes skete efter opfordring fra indklagede og/eller Cowi, således at indklagede eller Cowi herunder gav Hansen & Larsen oplysning om Vagn Henriksens

projekt med hensyn til indretningen af hal III. Indklagede har ikke afkræftet denne formodning.

Der er endvidere en formodning for, at indklagede og/eller Cowi desuden gav de øvrige tilbudsgivere oplysning om Vagn Henriksens projekt med hensyn til indretningen af hal III, jf. at etablering af hal III med teleskoptribuner indgik i forhandlingstemaet for Cowi's møder med tilbudsgiverne den 2. juni 2003. Heller ikke denne formodning er afkræftet.

Påstanden tages herefter til følge.

Klagenævnet har ikke haft anledning til at tage stilling til, om Cowi's forhandlinger med tilbudsgiverne den 2. juni 2005 var i strid med reglen i § 11, stk. 5, i den dagældende tilbudsbekendtgørelse om, at udbyderens forhandlinger med tilbudsgivere skal føres inden for det enkelte buds egne rammer.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Skjern Kommune, har handlet i strid med § 11, stk. 5, i bekendtgørelse nr. 595 af 9. juli 2002 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren ved at give en eller flere andre tilbudsgivere oplysning om, at tilbuddet fra Vagn Henriksen A/S angik opførelse af en hal, der kunne bruges både til træning og til sportsskampe med tilskuere m.m. (multihal).

Indklagede, Skjern Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Thorup Gruppen A/S, betale 10.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig