

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Jens Fejøl, Viggo Olesen)

96-162.516

23. april 1997

K E N D E L S E

Crocus I/S
(advokat Erik Hørlyck)

mod

Århus Havn
(advokat Henrik Kleis)

Århus Havn er omfattet af loven om trafikhavne og skal som følge deraf anses for offentlig udbyder i henseende til EU's forsyningsvirksomhedsdirektiv 93/38, jfr. direktivets bilag IX.

Sagen angår en ombygning i 1995-96 af havnens kulterminal til bulkterminal, d.v.s. terminal for foderstoffer o.l. Ombygningen blev foretaget uden EU-udbud.

Klager (Crocus) har endeligt nedlagt følgende påstand:

Indklagede Århus Havn tilpligtes at anerkende, at indklagede har overtrådt EU's forsyningsvirksomhedsdirektiv 93/38 derved

at

indklagede har undladt at udbyde ombygningen af kulterminalen til bulkterminal i overensstemmelse med udbudsreglerne,

at

indklagede har tilsidesat reglerne om offentliggørelse, meddelelser, frister og tildelingskriterier samt

at

indklagede ulovligt har udelukket og diskrimineret klageren som ansøger og bydende ved tildeling af kontrakt.

Århus Havn har påstået afvisning, subsidiært frifindelse.

Sagen har været mundtligt forhandlet for Klagenævnet den 21. februar 1997.

Sagens omstændigheder er i hovedtræk:

Kulterminalen blev etableret i slutningen af 1980'erne af et interessentskab bestående af forskellige virksomheder. På kulterminalen var opført forskellige bygninger og et transportanlæg. Umiddelbart uden for kulterminalen lå et pakhús, der tilhørte DLG. Efter at behovet for kulterminalen var blevet

mindre, søgte havnen at finde frem til en anden anvendelse af den. I 1993-94 foregik der nogle forhandlinger mellem havnen og DLG, og der opnåedes efter det foreliggende enighed om at ændre kulterminalen til en bulkterminal. Det rådgivende ingeniørfirma William Hansen & Co. A/S (William Hansen), der var antaget af DLG, udarbejdede efter det oplyste et projekt. På et tidspunkt besluttedes, at havnen skulle være udbyder af hele projektet. William Hansen fortsatte som rådgivende ingeniør, og der blev i slutningen af 1994 indgået en egentlig rådgiverkontrakt mellem havnen og William Hansen. Efter William Hansens vurdering var EU-udbud ikke nødvendigt, og ca. december 1994 udbød William Hansen ombygningen opdelt i entrepriser ved at udsende udbudsmateriale til forskellige virksomheder. Crocus bød på en entreprise vedrørende »manilabåndet«, jfr. punkt 1) nedenfor, men blev ikke antaget.

Ombygningen blev derefter gennemført. Den gik ud på:

1. Der etableredes en forbindelse fra transportanlægget til DLG's pakhusheden for terminalens område. Forbindelsen er i sagen benævnt »manilabåndet«.
2. Der udførtes i nogle eksisterende bygninger forskellige foranstaltninger til miljøforbedring af transportanlæggets funktion m.m.
3. Der etableredes et vejeanlæg i nogle eksisterende bygninger.
4. Der opførtes en ny lagerhal.
5. Der anskaffedes nogle frontlæssere.
6. Der udførtes et sigteanlæg i en eksisterende bygning.

Kontrakterne med entreprenørerne blev efter det oplyste indgået i begyndelsen af 1995. Med hensyn til »manilabåndet« var DLG efter det oplyste angivet som ordregiver, uanset at udbudet var foretaget af havnen. Iøvrigt var havnen efter det oplyste angivet som ordregiver.

Udgiften ved ombygningen er ikke oplyst for klagenævnet. Derimod er det oplyst, at William Hansen ultimo 1993 havde budgetteret udgiften som følger excl. moms:

Ad 1) »Manilabåndet«	4.460.000 kr.
Ad 2) Miljøforbedringer m.m.	5.591.000 kr.
Ad 3) Vejeanlæg	4.877.000 kr.
Ad 4) Ny lagerhal	42.200.000 kr.
heraf	
Rådgiverhonorar	2.700.000 kr.
Byggemodning	1.500.000 kr.
Byggetilladelse	500.000 kr.
	4.700.000 kr.
Ad 5) Frontlæssere	3.000.000 kr.
Ad 6) Sigteanlæg	1.000.000 kr.

61.128.000 kr.

Projekteringen for »manilabåndet« blev efter det oplyste på et tidspunkt ændret. Det angivne beløb angår det oprindelige projekt.

En del af sagens oplysninger angår det passerede i forbindelse med Crocus' afgivelse af tilbud og med, at Crocus ikke blev antaget som entreprenør. Disse oplysninger refereres ikke, da de angår forhold, som klagenævnet ikke har fundet anledning til at tage stilling til.

Der er for klagenævnet afgivet vidneforklaringer af Peter Klena, Kristian Ellersgaard, Klaus Bergulf og Ejvind Møller.

Peter Klena, der er anlægsingeniør i Århus Havn, har forklaret om bulkterminalens funktion og om sagsforløbet og forskellige enkeltheder i dette. Fremstillingen ovenfor om sagsforløbet i hovedtræk bygger til dels på Klenas forklaring.

Kristian Ellersgaard, der er underdirektør i William Hansen, har bl.a. forklaret, at William Hansen ikke vurderede ombygningen som et hele. Det eneste enkeltelement, der nærmede sig tærskelværdien, var lagerhallen. De egentlige bygningsudgifter til denne var imidlertid projekteret til 37.500.000 kr., d.v.s. under tærskelværdien, da udgift til rådgiverhonorar, byggemodning og byggetilladelse ikke skal medregnes. Veje anlægget omfatter Nordeuropas største vægt. Det meste af den er udført på stedet af hensyn til størrelsen.

Klaus Bergulf, der er ingeniør i William Hansen, har bl.a. forklaret, at hele ombygningen angik DLG, der derfor også deltog i den projektgruppe, der stod for projektet. På projekterings tidspunkt holdt foreningen af rådgivende ingeniører et møde om EU's udbudsregler, herunder om hvornår et projekt skal ses som en helhed, og hvornår de enkelte dele skal bedømmes særskilt.

Ejvind Møller, der er direktør for Crocus, har bl.a. forklaret: Crocus er en maskinfabrik med teknisk indsigt og udfører både standardudstyr og specialprojekter. Hele ombygningen bortset fra lagerhallen ligger inden for Crocus' fagområde, og Crocus ville have været interesseret i at byde på hele ombygningen bortset fra lagerhallen, hvis man havde haft muligheden. Ejvind Møller har desuden bl.a. forklaret om nogle forhandlinger i forbindelse med det tilbud, som Crocus afgav.

Århus Havns advokat har i hovedtræk anført: Crocus har ikke retlig interesse i sagen, da Crocus ikke har haft med lagerhallen at gøre og ikke har lidt skade med hensyn til resten af projektet. Crocus er derfor ikke klageberettiget, hvorfor sagen bør afvises. Til støtte for den subsidiære frifindespåstand har advokaten anført: Der har været tale om en række adskilte projekter, der har tjent hver sit formål, og manilabåndet ligger uden for terminalens område. Projekternes værdi skal derfor ikke sammenlægges ved beregningen af, om de når forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdier. Hertil kommer, at en udbyder må have en vis skønsmargin ved den nødvendige forhåndsvurdering af, om et projekt når tærskelværdien og derfor skal udbydes. I den foreliggende sag har udbyders rådgiver udøvet et sådant skøn og er nået frem til, at udbud ikke var nødvendigt. Klagenævnet bør ikke tilsidesætte dette skøn. Det bestrides, at Crocus er blevet diskrimineret eller behandlet usagligt.

Crocus' advokat har i hovedtræk anført: Crocus har som potentiel tilbudsgiver naturligvis retlig interesse og er derfor klageberettiget. Det ligger fast, at projektets samlede værdi har oversteget forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdi, og at dette har været klart fra begyndelsen. Det fremgår endvidere klart, at projektet har været et samlet projekt. Ingen af enkeltelementerne ville være blevet iværksat isoleret. Også projekteringsydelse skal medregnes, d.v.s. som tjenesteydelse. Selvom projektet imidlertid ikke opfattes som et samlet projekt, skal der desuagtet ske sammenlægning i medfør af direktivets artikel 14, stk. 10. Iøvrigt overstiger hvert enkelt element tærskelværdien i sig selv. Med hensyn til lagerhallen skal der medregnes projekteringsomkostninger, hvorfor værdien overstiger direktivets tærskelværdi for bygge- og anlægskontrakter, og de øvrige elementers værdi overstiger tærskelværdien med hensyn til indkøb. Århus Havn har diskrimineret Crocus og har ikke behandlet Crocus på seriøs måde. Advokaten har argumenteret nærmere på dette punkt.

Klagenævnet skal udtale:

Århus Havn har været udbyder af hele projektet, også med hensyn til »manilabåndet«, og udbudet er sket ca. december 1994, d.v.s. efter ikrafttrædelsen i Danmark af forsyningsvirksomhedsdirektivet 93/38. Hele projektet skal derfor bedømmes i henhold til dette direktiv. Det findes uden betydning, at kontrakterne vedrørende »manilabåndet« blev indgået med DLG som ordregiver.

Crocus har som potentiel tilbudsgiver vedrørende entrepriser under projektet retlig interesse i, at EU's udbudsregler overholdes. Crocus er derfor klageberettiget i henhold til klagenævnslovens § 4, nr. 1), og Århus Havns afvisningspåstand kan ikke tages til følge.

Klagenævnet finder ikke anledning til at tage stilling til om, og i bekræftende fald i hvilket omfang projekteringsomkostninger skal medregnes ved beregningen af et bygge- og anlægsarbejdes værdi i henhold til direktiv 93/38, da spørgsmålet ikke har betydning for sagens afgørelse.

Anskaffelsen af frontlæssere må skulle anses for et indkøb, og den anslåede værdi var efter det oplyste under tærskelværdien for indkøb i direktiv 93/38, således at der ikke har været udbudspligt med hensyn til frontlæsserne.

Iøvrigt har det projekt, som sagen angår, omfattet forskellige bygge- og anlægsarbejder. Da disse arbejder er blevet udbudt nogenlunde samtidig som led i et samlet projekt med fælles formål, må de betragtes som en helhed, der skal bedømmes under ét som et bygge- og anlægsarbejde i henseende til direktiv 93/38, jfr. direktivets artikel 14, stk. 10. Da den budgetterede udgift til de nævnte arbejder ubestridt har overskredet direktivets tærskelværdi for bygge- og anlægsarbejder, har Århus Havn haft pligt til at foretage udbud i henhold til direktivet. Det gør ingen forskel heri, at havnens rådgiver efter det oplyste var opmærksom på spørgsmålet, men fejlvurderede det. Dette gælder uanset, om fejlvurderingen var i overensstemmelse med en almindelig opfattelse i teknikerkredse på udbudstidspunktet.

Som følge af det anførte tager klagenævnet det første led i Crocus' påstand til følge.

Klagenævnet finder ikke anledning til at tage stilling til andet led i Crocus' påstand, allerede fordi denne del af påstanden ikke har nogen reel selvstændig betydning ved siden af påstandens første led.

Klagenævnet tager endvidere ikke stilling til tredje led i Crocus' påstand. Dette led i påstanden angår Århus Havns administration af et udbud, som ikke var foretaget i henhold til EU's udbudsregler, hvilket klagenævnet finder ikke kræver selvstændig behandling, når det første led i påstanden er taget til følge.

I medfør af klagenævnslovens § 13 c pålægges det Århus Havn at betale sagsomkostninger til Crocus som nedenfor bestemt.

Det gebyr, som Crocus har betalt til klagenævnet, tilbagebetales ikke.

Herefter bestemmes:

Indklagede Århus Havn har overtrådt EU's forsyningsvirksomhedsdirektiv 93/38 ved, at indklagede har undladt at udbyde ombygningen af kulterminal til bulkterminal i overensstemmelse med direktivets udbudsregler.

Indklagede Århus Havn skal til klager Crocus I/S betale sagsomkostninger med 50.000 kr. Beløbet betales inden 14 dage.