

K E N D E L S E

FMT A/S
(selv)

mod

Vestforbrænding
(advokat Jesper Kaltoft, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2008/S 158-214064 af 13. august 2008 udbød Vestforbrænding (indklagede), som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet), kontrakt om transport og slutdisponering af spildevandsslam. Udbuddet omfattede to forskellige løsningsmodeller, der blev udbudt som sideordnede kontrakter:

- 1) etablering og drift af omlasteplads for slam fra renseanlæg i Gribskov, Ballerup og Hillerød kommuner, transport af slam fra omlasteplads til slutdisponering samt slutdisponering af slammet, og dels
- 2) transport af slam fra renseanlæg i Gribskov, Ballerup og Hillerød kommuner til slutdisponering samt slutdisponering af slammet.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 18. september 2008 havde 7 virksomheder anmodet om prækvalifikation.

Indklagede besluttede herefter at prækvalificere

1. DanBørs A/S,
2. FMT A/S (klageren) og
3. HedeDanmark A/S.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 2. oktober 2008, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud, der var blevet forlænget fra den 12. november 2008 til den 26. november 2008, havde DanBørs A/S og klageren afgivet tilbud. DanBørs A/S havde afgivet tilbud på løsningsmodel 1. Denne tilbudsgiver afgav tillige et alternativt tilbud for denne løsningsmodel. Klageren afgav tilbud på begge løsningsmodeller. Klageren indgav ikke alternative tilbud.

Den 3. december 2008 besluttede indklagede at indgå kontrakt med DanBørs A/S på grundlag af denne tilbudsgivers alternative tilbud, og kontrakt blev herefter indgået den 30. december 2008.

Den 19. december 2008 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 3. februar 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 9. marts 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet ved at have taget tilbud fra DanBørs A/S i betragtning, uanset indklagede er aktionær i DanBørs A/S.

Påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet ved at have taget tilbud fra DanBørs A/S i betragtning, uanset at DanBørs A/S efter at være blevet prækvalificeret, men før tilbudsfristens udløb rettede mundtlig henvendelse til et af de involverede rensningsanlæg.

Påstand 3 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet ved at have taget tilbud fra DanBørs A/S i betragtning, uanset at DanBørs A/S efter at være blevet prækvalificeret, men før tilbudsfristens udløb i forbindelse med sin under påstand 2 an-

førte henvendelse har modtaget oplysninger af betydning for tilbudsgivningen.

Påstand 4 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat Udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlingsprincippet ved ikke at have orienteret alle tilbudsgivere om de oplysninger, som DanBørs A/S modtog i forbindelse med sin under påstand 2 anførte henvendelse.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 3. december 2008 om at indgå kontrakt med DanBørs A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

I udbudsbetingelserne af 1. oktober 2008 er anført følgende vedrørende spørgsmålsstilling og besigtigelse:

»...

Spørgsmål

Ved modtagelse af udbudsmaterialet bør tilbudsgiver sikre sig, at udbudsmaterialet er komplet i forhold til beskrivelsen ovenfor. Såfremt det modtagne materiale ikke er komplet rettes straks henvendelse til John Sørensen, COWI via ... eller per telefon

Tilbudsgiverne har mulighed for at stille spørgsmål til eller anmode om en uddybende beskrivelse af de enkelte punkter i dette udbudsmateriale. Af hensyn til en ensartet behandling af tilbudsgiverne skal eventuelle spørgsmål sendes pr. e-mail til COWI, att.: John Sørensen, via e-mail

Alle spørgsmål der er fremsendt senest den 27. oktober 2008 kan forventes besvaret. Spørgsmål der fremsendes før denne frist, vil blive besvaret 6 dage efter modtagelse af spørgsmålet. Sidste svar på spørgsmål vil foreligge senest den 5. november 2008. Spørgsmål der modtages efter den 27. oktober 2008 vil blive besvaret, såfremt det er muligt at besvare disse inden den 5. november 2008.

Kopi af alle spørgsmål og de tilhørende svar samt evt. kommentarer vil i anonymiseret form blive sendt til samtlige tilbudsgivere.

Besigtigelse af anlæg

Der er mulighed for at besigtige de enkelte renseanlæg inden afgivelse af tilbud. Besigtigelsen foregår fredag, d. 10. oktober og følger nedenstående plan:

...[skema]...

Der vil være en repræsentant fra Vestforbrænding til stede under besigtigelserne. Alle spørgsmål og svar vil i anonymiseret form blive fremsendt til de prækvalificerede.

...«

I udbudsbekendtgørelsen er anført følgende om oplysning om de økonomiske forhold for de virksomheder, der anmoder om prækvalifikation:

»...

III.2.1) De økonomiske aktørers personlige forhold, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregister:

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: Tilbudsgiver skal dokumentere, at denne ikke befinder sig i nogen af de i udbudsdirektivet artikel 45 stk. 1 og stk. 2 litra a-c og e-f nævnte situationer. Dokumentation skal fremsendes i form af serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller via dokumenter, der indeholder tilsvarende oplysninger. Dokumenterne skal være udstedt af de relevante myndigheder. ... Ved ansøgning om prækvalifikation skal afleveres tro og love erklæring vedrørende ubetalt forfalden gæld til det offentlige i henhold til bestemmelserne i LBK nr. 336 af 13.5.1997. Erklæringen skal indeholde oplysninger om, hvorvidt virksomheden på tidspunktet for ansøgning om prækvalifikation har ubetalt forfalden gæld til det offentlige, der overstiger 100 000 DKK. Såfremt dette er tilfældet skal virksomheden erklære, hvorvidt der er stillet sikkerhed for den del af gælden der overstiger 100 000 DKK. eller der er indgået og overholdt aftale om en afviklingsordning med inddrivningsmyndigheden.

III.2.2) Økonomisk og finansiell kapacitet:

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: Oplysninger om virksomhedens nøgletal, herunder egenkapital og soliditet for de sidste 2 år. Oplysninger om virksomhedens omsætning i forbindelse med tilsvarende opgaver i de seneste 2 disponible regnskabsår. For virksomheder, der har eksisteret i mindre end

2 år, fremsendes virksomhedens nøgletalsoplysninger samt oplysninger om omsætning for den tid virksomheden har eksisteret.«

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Udbudsbetingelserne tillod alternative tilbud.

Klageren stillede følgende spørgsmål inden tilbudsfristens udløb:

»Jeg har brug for en prøve af slammet, jeg beder om lov til at kontakte Hillerød rensningsanlæg for at udtage en prøve af slammet.«

Ved e-mail af 30. oktober 2008 fra COWI A/S blev spørgsmålet besvaret således:

»Denne anmodning kan ikke imødekommes af to årsager.

For det første er der allerede afholdt en besigtigelse af anlæggene, hvor der var lejlighed til at udtage prøve af slammet. Det kan ikke accepteres at tilbudsgivere besøger anlæggene uden deltagelse af en repræsentant fra Vestforbrænding, og da der allerede er afholdt en besigtigelse, vil der ikke blive afholdt yderligere besigtigelser.

For det andet har alle tilbudsgivere modtaget oplysninger om kvaliteten af det slam, der skal disponeres.«

Ved en e-mail af 18. november 2008 orienterede COWI A/S om en henvendelse til et af de rensningsanlæg, som er omfattet af udbuddet. I e-mailen er anført følgende:

»COWI er blevet opmærksom på, at en af tilbudsgiverne har rettet henvendelse til et af de involverede rensesanlæg i udbuddet.

Som beskrevet i udbudsmaterialet skal alle henvendelser ske skriftligt til COWI, Det skal indskræpes, at dette respekteres af tilbudsgiverne.

For god ordens skyld skal der gøres opmærksom på, at oplysninger man har fået ved henvendelse til rensesanlægget ikke kan tillægges værdi ved tilbudsgivningen.«

Til brug for sagens behandling i Klagenævnet har DanBørs A/S den 14. januar 2009 udarbejdet følgende redegørelse:

»DanBørs A/S, Bo Frederiksen, har kontaktet Måløv Renseanlæg en gang på 22 10 16 40 (fra hjemmeside), for at forespørge om renseanlægget havde mulighed for at deltage i opgaveløsningen vedr. slambortskaffelse for Vestforbrænding, som underentreprenør for DanBørs A/S, i forbindelse med omlastning af slam fra samtlige renseanlæg i udbuddet. Driftslederen er ikke til stede, og der lægges besked om at han gerne må ringe tilbage snarest muligt.

Da driftslederen ikke ringer tilbage, kontaktes Ballerup kommune Miljø & Teknik, direkte for at stille samme spørgsmål. På spørgsmålet om evt. deltagelse som underentreprenør for DanBørs A/S afvises dette med begrundelse i at spørgsmålet skal stiles til politikerne, da det vil omfatte slam fra andre kommuner end Ballerup. Det vil derfor ikke kunne nås at blive politisk behandlet inden tilbud til Vestforbrænding skulle være afgivet.

Herudover har der ikke været kontakt til nogen af de i udbuddet deltagende renseanlæg eller kommuner.«

Specialkonsulent hos indklagede Brit Schøt-Nielsen har bl.a. forklaret, at indklagede ejer mere end 5% af aktierne i DanBørs A/S, men at indklagede er mindretalsaktionær i selskabet. DanBørs A/S er et selvstændigt selskab med selvstændig ledelse, der ikke udgør en del af ledelsen hos indklagede. I forbindelse med prækvalifikation af de virksomheder, der havde anmodet herom, var det med hensyn til de økonomiske oplysninger afgørende, at virksomhederne havde afgivet de krævede nøgletal, der muliggjorde den fornødne økonomiske prøvelse af virksomhederne.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede som aktionær i DanBørs A/S er i en interessekonflikt og derfor ikke kan forventes at bedømme tilbuddene fra de øvrige tilbudsgivere forsvarligt.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes deltagelse i ejerkredsen til Danbørs A/S ikke udgør et forhold, som afskærer DanBørs A/S fra at deltage i udbuddet, idet der ikke foreligger en interessekonflikt mellem indklagede og dentilbudsgiver, som indklagede valgte at indgå kontrakt

med. Indklagede har behandlet DanBørs A/S på samme måde som øvrige tilbudsgivere.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at der i udbudsbetingelserne er fastsat bestemmelser om besigtigelse af renseanlæggene, ligesom COWI A/S i e-mail af 30. oktober 2008 til tilbudsgiverne har gjort opmærksom, at tilbudsgiverne ikke selv må besøge rensningsanlæggene. Når DanBørs A/S alligevel selv retter henvendelse til et renseanlæg og dermed - for at opnå en konkurrencemæssig fordel - tilsidesætter de regler, der gælder for udbuddet, har det påhvilet indklagede ikke at tage tilbuddet fra denne tilbudsgiver i betragtning.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har været forpligtet til at ikke at tage tilbuddet fra DanBørs A/S i betragtning, uanset at DanBørs A/S har rettet henvendelse til et af de involverede renseanlæg, da der ikke i udbudsmaterialet er anført en konsekvens af, at en tilbudsgiver på egen hånd retter henvendelse til et af de involverede renseanlæg. Dette kan heller ikke udledes af princippet om ligebehandling.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at da indklagede har fundet DanBørs A/S' alternative tilbud økonomisk mest fordelagtigt, er der begrundet mistanke om, at denne tilbudsgiver ved sin henvendelse til renseanlægget har modtaget information af betydning for denne tilbudsgivers tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har givet DanBørs A/S nogen form for yderligere information, som kunne give denne tilbudsgiver en fordel ved udbuddet, og det er ikke dokumenteret eller sandsynliggjort, at Danbørs A/S ved sin henvendelse til renseanlægget modtog oplysninger om renseanlæggene af en sådan karakter eller indhold, at det har haft væsentlig indflydelse på udbuddet. Det kan ikke af COWI's e-mail af 18. november 2008 til tilbudsgiverne udledes, at COWI A/S skulle være bekendt med, at DanBørs A/S ved sin henvendelse til renseanlæggene skulle være kommet i besiddelse af særlige oplysninger.

Af redegørelsen fra DanBørs A/S fremgår det, at DanBørs A/S' henvendelse til renseanlægget hverken havde som formål eller som følge, at DanBørs A/S kom i besiddelse af oplysninger, som kunne være relevante for udbudet.

Ad påstand 4

Klageren har henvist til det ad påstand 2 og 3 anførte yderligere gjort gældende, at det er en tilsidesættelse af det EU-retlige ligebehandlingsprincip, at indklagede ikke har orienteret de øvrige tilbudsgivere om de informationer, som DanBørs A/S opnåede ved sin henvendelse til Måløv Renseanlæg.

Indklagede har gjort gældende, at DanBørs A/S ikke ved sin henvendelse til renseanlægget har modtaget oplysninger af betydning for udbudsforretningen, og der derfor ikke forelå oplysninger, som der kunne orienteres om.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at overtrædelserne af de udbudsretlige regler bør medføre, at tildelingsbeslutningen annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at da der ikke er sket overtrædelse af udbudsretlige regler, skal påstanden ikke tages til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Som udgangspunkt betyder den omstændighed, at indklagede er en del af ejerkredsen hos en tilbudsgiver ikke, at indklagede er forpligtet til at undlade at tage et tilbud fra denne tilbudsgiver i betragtning, men det interessesammenfald, der følger eller kan følge af den omstændighed, at indklagede er en del af ejerkredsen i en virksomhed, som afgiver tilbud, skal tages i betragtning ved vurderingen af, om udbyderen under udbuddet har handlet på en sådan måde, at der er sket en forskelsbehandling af denne

tilbudsgiver i forhold til de øvrige tilbudsgivere, jf. således Klagenævnets kendelse af 30. januar 2001 (Dansk Transport og Logistik mod Haderslev Kommune).

Da der ikke er konstateret omstændigheder, der betyder, at dette udgangspunkt skal fraviges, tages påstanden ikke til følge, hvorved bemærkes, at indklagede er minoritetsaktionær i DanBørs A/S.

Ad påstand 2

Klagenævnet lægger i overensstemmelse med erklæringen af 14. januar 2009 fra DanBørs A/S til grund, at en repræsentant for denne tilbudsgiver havde telefonisk kontakt med Måløv Renseanlæg i den hensigt at tale med driftslederen, men at driftslederen ikke blev truffet, og at der derefter ikke var yderligere kontakt til renseanlægget.

DanBørs A/S har herved handlet i strid med de bestemmelser, der er fastsat for udbuddet, og hvorefter tilbudsgiverne var henvist til at rette skriftlig henvendelse til COWI A/S i stedet for at henvende sig til rensningsanlæggene. Indklagede kunne derfor have undladt at tage tilbuddet fra DanBørs A/S i betragtning. Indklagede har imidlertid løftet sin bevisbyrde for, at DanBørs A/S ikke ved sin henvendelse har opnået en fordel i forbindelse med sit tilbud på den udbudte kontrakt om transport og slutdisponering af spildevandsslam, og indklagede har derfor ikke været forpligtet til at se bort fra tilbuddet fra denne tilbudsgiver.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

I overensstemmelse med det ad påstand 2 anførte lægger Klagenævnet til grund, at DanBørs A/S i et tilfælde forgæves har forsøgt at træffe driftslederen på Måløv Renseanlæg, og at der ikke har været yderligere kontakt. Det kan derfor heller ikke lægges til grund, at denne tilbudsgiver har modtaget information til brug for afgivelsen af sit tilbud, hvorved bemærkes at dette heller kan anses som en følge af, at denne tilbudsgivers alternative tilbud blev anset for det økonomisk mest fordelagtige.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4

Som følge af det ad påstand 2 og 3 anførte, kan det ikke lægges til grund, at DanBørs A/S har modtaget oplysninger, der skulle videregives til de øvrige tilbudsgivere.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

Da Klagenævnet ikke har konstateret, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige regler, tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig