

Klagenævnet for Udbud

(Nikolaj Aarø-Hansen, Jens Fejøl, Jørgen Egholm)

J.nr.: 2011-0024548

8. november 2011

K E N D E L S E

Gregers Juel

(advokat Karsten Thomas Henriksen, København)

mod

Nyborg Kommune

(advokat Henrik Hoeck, Odense)

Den 27. april 2011 indgav klageren, Gregers Juel, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Nyborg Kommune.

Klagenævnet afviste klagen ved kendelse af 27. maj 2011, idet klagenævnet konstaterede, at klageren ikke var klageberettiget. På klagerens anmodning besluttede klagenævnet at genoptage sagen den 1. juli 2011.

Klageren har bl.a. nedlagt påstand om, at indklagede skal anerkende, at kommunen var forpligtet til at udbyde en støjvold i licitation.

Indklagede har i første række nedlagt påstand om, at klagen afvises.

Klagenævnet har besluttet at udskille spørgsmålet om, hvorvidt klagen skal afvises, til særskilt afgørelse.

Spørgsmålet er behandlet på skriftligt grundlag.

Sagens omstændigheder

Af klagenævnets kendelse af 27. maj 2011 fremgår bl.a. følgende:

»Indklagede, Nyborg Kommune, underskrev den 3. maj 2004 en aftale med Dansk Jordrens A/S (nu RGS 90 A/S) om udvidelse af en eksisterende støjvold langs motorvej E20 i Nyborg Kommune. Det fremgår af aftalen, at støjvolden skal opføres af lettere forurennet jord. I aftalen står der bl.a.:

»Aftale vedrørende levering og indbygning af jord til udvidelse af eksisterende støjvold; estimeret 50. – 70.000 m³. Grundlaget for udvidelsen er udleveret tegningsmateriale af eksisterende forhold, hvor nuværende støjvold skal hæves fra ca. 3 meter til ca. 7 meter.

...

Parterne er:

Nyborg Kommune (NK), som grundejer
Torvet 1
5800 Nyborg

og

Dansk Jordrens A/S (DJ), som jordleverandør/entreprenør.

...

Det er aftalt:

...

At jorden, skal overholde myndighedernes krav til indhold og dokumentation af miljøfremmede stoffer, og der forudsættes opnåelse af tilladelse til anvendelse af jord med indhold af miljøfremmede stoffer svarende til type 2-jord (øvre værdier) jf. Jordplan Fyn.

At DJ leverer type 2-jorden til projektet og udfører uddozning/indbygning.

...

Der tages forbehold for placering af jord på Juelsberg Gods.«

Klageren, Gregers Juel, som er indehaver af Juelsberg Gods, ejer markarealer i Nyborg Kommune langs motorvejen. Udvidelsen af den eksisterende støjvold skal bl.a. udføres på disse markarealer.

I brev af 27. maj 2004 til indklagede skrev klageren bl.a.:

»Indledningsvis skal jeg understrege, at jeg har stor forståelse for de støjproblemer Skovparkens beboere lider under som følge af en stærk stigende trafikmængde på E20.

Jeg har i forbindelse med tidligere møde herom, derfor også tilbudt at "lægge jord til" som led i et større støjvoldsprojekt, hvor jeg alene ønskede at blive kompenseret for den alternative økonomi arealet kunne oppebærer idet jeg af arronderingsmæssige årsager ikke ønskede at afhænde arealet.

Jeg har endvidere efterfølgende telefonisk understreget, at jeg ikke ønsker at påtage mig nogen form for risiko omkring opmagasineret af forurenede jord (kategori II jord).

I dette sammenhæng ville jeg have foretrukket, at Nyborg Kommune havde fremlagt alle væsentlige detaljer og oplysninger omkring etablering af jordvold med kategori II jord.

Jeg har erfaret, at markedsprisen for opbygning af en jordvold af kategori II jord er negativt med ca. 33 kr. pr kubikmeter. Entreprenøren betaler altså bygherre 33 kr. pr kubikmeter jord for at få levere en færdig og komplet jordvold. Endvidere har jeg i mine undersøgelser, kunne konstatere at Told og Skat kan have ikke uvæsentlige afgiftskrav såfremt formalia omkring brug af kategori II jord ikke opfylder lovens krav.

Slutteligt har min advokat Richard Sand meddelt, at det ikke er muligt at skrive sig ud af en risikoen og fraråder direkte, at jeg indgår en sådanne aftale.

Såfremt det forudsættes, at en jordvolden bliver 25 m² i grundplan samt 10 meter høj (6 meter køreflade på top) på en strækning på 200 meter, skal der således anvendes godt 31.000 kubikmeter jord. Omregnet til en markedspris vil der i givet fald være tale om at entreprenøren skulle betale bygherren én million kroner for at få lov til at opbygge en sådanne jordvold af kategori II jord.

Selvom der måtte forelægge en betaling i en sådanne størrelsesorden, er det ikke mit ønske, at påtage mig en sådanne forretning.

Jeg vil derfor foreslå, at jordvolden opbygges af enten ren jord eller at der foretages mageskifte med andet jordstykke som kan kompensere for den ændrede arrondering m.m.«

Nyborg Byråd besluttede den 7. oktober 2008 at ekspropriere et areal af klagerens ejendom med henblik på opførelse af støjvolden. Ved afgørelse af 16. december 2009 stadfæstede Naturklagenævnet byrådets ekspropriationsbeslutning. Klageren har indbragt Naturklagenavnets afgørelse for Østre Landsret, hvor sagen endnu verserer.«

Parternes anbringender

Klageren har navnlig gjort gældende, at han er erhvervsdrivende og driver sit personligt ejede gods, der er momsregistreret. Han ville med stor sandsynlighed have budt på opgaven, hvis indklagede havde handlet lovligt og udbudt opgaven. Han kunne med lethed have afgivet tilbud, da der er tale om en forholdsvis simpel jordentreprise med anlæg af store mængder jord. Klageren har det økonomiske fundament for at kunne løfte opgaven, og opførelse af en støjvold adskiller sig ikke markant fra anden sædvanlig godsdrift, hvor der sker en omfattende forarbejdning af jord, ændringer i bevoksning samt opførelse og ombygning af driftsbygninger og lignende.

Klageren har endvidere gjort gældende, at han med sin årelange kommunikation med kommunen om opførelse af støjvolden har påvist, at han har en stærk individuel retlig interesse i at kunne klage over indklagedes manglende udbud. Han har siden 2004 løbende været i dialog med kommunen om opførelsen af støjvolden. Klageren afslog et tilbud om at opføre støjvolden af lettere forurenede jord, da han helst så en vold af ren jord. Klageren har en stærk interesse i selv at opføre støjvolden, da han skal leve med anlægget i al fremtid, og da han selv vil have mulighed for at oppebære indtægten for anvendelse af lettere forurenede jord. Klageren har været i kontakt med et entreprenørselskab, der er indstillet på at udføre opgaven og levere den nødvendige, lettere forurenede jord, der skal bruges.

Indklagede har i første række gjort gældende, at klageren ikke har retlig interesse, og at klageren ikke er klageberettiget efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 1, nr. 1. Klageren driver landbrugsvirksomhed, og klageren har aldrig drevet entreprenørvirksomhed eller virksomhed omfattende handel med og forarbejdning af forurenede jord m.v. Klageren er endvidere ikke i besiddelse af tilladelse eller godkendelse til håndtering af forurenede jord. Der er intet holdepunkt for, at klageren på tidspunktet for indgåelse af kontrakten med RGS 90 A/S skulle have ønsket at byde på udførelsen af støjvoldsprojektet. Klageren meddelte således ved brev af 27. maj 2004 til indklagede, at han ikke ønskede at involvere sig økonomisk i projektet. At klageren nu oplyser at have interesse i at udføre projektet kan ikke tillægges betydning, idet bedømmelsen af, om indklagede har overtrådt udbudsreglerne, må ske i lyset af de forhold, der var gældende på tidspunktet for den påståede overtrædelse af udbudsreglerne.

Indklagede har endvidere gjort gældende, at klageren ikke har en direkte økonomisk interesse i at få klagenævnets stillingtagen i sagen. Klagerens interesse i at »beskytte« sin faste ejendom er således ikke en direkte økonomisk interesse, som medfører klageadgang.

Klagenævnet udtaler:

Efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 1, nr. 1, kan klage til Klagenævnet for Udbud indgives af enhver, der har retlig interesse heri.

Efter bestemmelsen er virksomheder og enkeltpersoner, der har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som potentielt har lidt et tab som følge af en påstået overtrædelse af udbudsreglerne, således klageberettigede. Klageberettigede er herefter personer, der har ansøgt om prækvalifikation eller har afgivet tilbud, samt personer, som reelt ville have kunnet ansøge om prækvalifikation eller ville have kunnet afgive tilbud (potentielle tilbudsgivere).

Det kan ikke efter det af klageren oplyste lægges til grund, at klageren forud for indgåelsen af den omtvistede aftale i andre sammenhænge havde afgivet tilbud om udførelse af lignende opgaver. Indklagede besluttede at udvide den eksisterende støjvold ved hjælp af lettere forurenede jord. Det indebærer, at støjvolden kunne opføres, uden at kommunen skulle betale vederlag herfor. Det fremgår af klagerens brev af 27. maj 2004 til indklagede, at klageren ikke ønskede at påtage sig at opføre en jordvold af lettere forurenede jord på egen grund. På den baggrund finder klagenævnet, at klageren ikke har sandsynliggjort, at han var en potentiel tilbudsgiver i forhold til aftalen mellem indklagede og RGS 90 A/S.

Klageren har oplyst, at han har en stærk interesse i selv at opføre støjvolden, da han skal leve med anlægget i al fremtid, og da han selv vil have mulighed for at oppebære indtægten for anvendelse af lettere forurenede jord. En sådan interesse indebærer, at klageren som bygherre selv opfører den pågældende jordvold for egen regning på egen (ikke-eksproprierede) ejendom, og den medfører ikke, at klageren har retlig interesse i at indgive klage til Klagenævnet for Udbud, da interessen er uafhængig af, om indklagede har overtrådt udbudsreglerne.

På den baggrund, og da det, Gregers Juel i øvrigt har anført, ikke kan føre til et andet resultat, har Gregers Juel ikke klageret efter håndhævelseslovens § 6, stk. 1, nr. 1.

Klagenævnet afviser herefter atter klagen.

Herefter bestemmes:

Klagen fra Gregers Juel afvises.

Klagegebyret tilbagebetales.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig