

K E N D E L S E

HedeDanmark A/S
(advokat Lone Møller, Århus)

mod

Greve Spildevand A/S
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 23-032935 af 29. januar 2010 udbød Greve Spildevand A/S som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet) en kontrakt vedrørende tømning af tre slambede med mineraliseret spildevandsslam fra det biologiske slammineraliseringsanlæg i Greve Kommune.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 3. februar 2010, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 18. marts 2010 havde Greve Spildevand A/S modtaget syv tilbud, herunder fra HedeDanmark A/S og FMT A/S. Den 26. marts 2010 besluttede Greve Spildevand A/S at indgå kontrakt med HedeDanmark A/S.

Den 31. marts 2010 indgav FMT A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Greve Spildevand A/S. Den 16. april 2010 aflyste Greve Spildevand A/S udbuddet, hvorefter FMT A/S tilbagekaldte klagen. Den 5. maj 2010 indgav klageren, HedeDanmark A/S, klage til klagenævnet over indklagede, Greve Spildevand A/S. FMT A/S er med klagenævnets tilladelse indtrådt i sagen til støtte for 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 27. maj 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 21. juni 2010.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at annullere udbuddet med den begrundelse, »at det ... har været i strid med udbudsreglerne:

- [a] at fastsætte et underkriterium for tildelingen af den udbudte kontrakt, der vedrører tilbudsgivernes erfaringer med tilsvarende opgaver.
- [b] at tage tilbuddet fra HedeDanmark A/S i betragtning, når henses til, at HedeDanmark A/S har et tæt interessefællesskab med Orbicon A/S, der som bekendt har rådgivet Greve Spildevand A/S under hele udbudsprocessen, herunder i forbindelse med evalueringen af tilbud»,

hvilket ikke var en saglig begrundelse for at annullere udbuddet.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at annullere udbuddet.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder:

Den udbudte kontrakt er i udbudsbekendtgørelsen beskrevet således:

»Tømning af tre slambede med mineraliseret spildevand fra det biologiske slammineraliseringsanlæg i Greve og efterfølgende transport, mellemdeponi og slutanbringelse på landbrugsjord, samt al myndighedsbehandling i denne forbindelse.«

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

Orbicon Leif Hansen A/S bistod som rådgiver indklagede under udbuddet, herunder med at udarbejde udbudsbetingelserne og evaluere tilbuddene.

Orbicon Leif Hansen A/S og HedeDanmark A/S ejes 100 % af Dalgasgroup A/S, der ejes 100 % af foreningen Hedeselskabet.

Orbicon Leif Hansen A/S, HedeDanmark A/S og Dalgasgroup A/S er i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen registreret med samme adresse, Klostermarken 12, 8800 Viborg.

Det er om sammensætningen af ledelsen i de tre selskaber bl.a. oplyst, at koncernchef Ove Kloch er administrerende direktør i Dalgasgroup A/S og bestyrelsesformand i Orbicon Leif Hansen A/S og HedeDanmark A/S. Frants Erich Bernstorff-Gyldensteen er bestyrelsesformand i Dalgasgroup A/S og medlem af bestyrelsen i Orbicon Leif Hansen A/S og HedeDanmark A/S. Peter Høstgaard-Jensen er næstformand for bestyrelsen i Dalgasgroup A/S og medlem af bestyrelsen i Orbicon Leif Hansen A/S og HedeDanmark A/S.

Det fremgår af bl.a. print fra HedeDanmark A/S' og Orbicon Leif Hansen A/S' hjemmesider, at de to virksomheder har et forretningsmæssigt samarbejde.

I udbudsbetingelserne står der bl.a. følgende:

»1.3 Udvalgelseskriterier

Bygherre vil i forbindelse med modtagelse af de indkomne tilbud foretage en vurdering af om hver enkelt bydende er egnet til opgaven. For at komme i betragtning skal de bydende opfylde nedenstående udvalgelseskriterier.

Økonomiske og finansielle forhold:

...

Teknik og erfaringer:

- Dokumentation for at tilbudsgiver har erfaring med tømning af bede på slammineraliseringsanlæg ved liste over tidligere tilsvarende opgaver, som det bydende firma har udført. Referencer fra før 2007 vil ikke blive medregnet. Referencerne skal indeholde en kort beskrivelse af hver enkelt opgave,

kontraktsum og kontaktperson hos kunden, som bygherre kan verificere oplysningerne hos.

- Oversigt over materiel og teknisk udstyr, som den bydende vil anvende til at løse opgaven med. Af hensyn til anlægget skal dele af opgaven løses med langtrækkende maskine.

1.4 Tildelingskriterier

Kriteriet for tildeling af entreprisen er det økonomisk mest fordelagtige bud for bygherren ud fra følgende kriterier:

1. Pris, vægt 50 %.
Prisen som indgår i vægtningen er kontraktsummen
2. Referencer, vægt 30 %.
Dokumentation for erfaringer fra lignende opgaver, for hhv. entreprenøren/firmaet der står for opgaveudførelsen samt føreren af den langtrækkende maskine.«
3. Opgaveudførelse, vægt 10 %.
- ...
4. Kvalitetskontrol, vægt 10 %.«

Udbudsbetingelserne indeholder desuden detaljerede krav til arbejdets udførelse, der efter udbudsbetingelserne er fastsat dels for at undgå, at anlægget beskadiges, og dels for at sikre, at anlægget, når arbejdet er udført, kan fungere som tilsigtet.

I et brev af 16. april 2010 til tilbudsgiverne aflyste indklagede udbuddet med den begrundelse, der er citeret i påstand 1.

Ove Kloch har til brug for klagenævnets behandling af sagen afgivet følgende erklæring:

»Hedeselskabet, der er en forening med status som erhvervsdrivende fond, driver sine kommercielle aktiviteter gennem Dalgas Group A/S. Dalgas Group A/S ejer 100 % af HedeDanmark A/S og 100 % af Orbicon Leif Hansen A/S samt øvrige selskaber, jf. sagens bilag 14.

Administrerende direktør i HedeDanmark er Carsten With Thygesen, og administrerende direktør i Orbicon Leif Hansen er Jesper Nyboe Andersen.

Jeg er udover at være administrerende direktør og koncernchef i Dalgas Group A/S født bestyrelsesformand i bestyrelsen for de 2 datterselskaber HedeDanmark A/S og Orbicon Leif Hansen A/S.

Den daglige drift i datterselskaberne varetages af den daglige ledelse, herunder de administrerende direktører. Den daglige drift udføres efter en udstukket klar linje, hvorefter datterselskaberne

beskæftiger sig med deres specifikke arbejdsopgaver, hvilke opgaver udføres inden for fastlagte strategier og fastlagte budgetter. I forbindelse med den daglige drift har datterselskaberne udarbejdet oplæg til strategier og budgetter, hvilke oplæg jeg som medlem af bestyrelsen i datterselskaberne har været med til at godkende. Disse strategier og budgetter har endvidere været behandlet af bestyrelsen i moderselskabet Dalgas Group A/S, der ligeledes har godkendt datterselskabernes strategiplaner og budgetter.

Datterselskabernes bestyrelser behandler/drøfter forhold, der udelukkende relaterer sig til det enkelte selskab på et overordnet strategisk/forretningsmæssigt niveau og drøfter ikke delområder, eller hvorledes konkrete projekter kan gennemføres. Hele strategien i Hedeselskabets omstilling ”fra forening til forretning” var, at de enkelte forretningsområder adskilles i selvstændige juridiske enheder. Selvstændige enheder i form af datterselskaber til Dalgas Group A/S er operative inden for de strategier og budgetter, der er godkendt, og datterselskaberne har alle markant forskellige forretningsområder og aktiviteter.

Dette beror på, at disse selskaber er operative inden for strategier og budgetter, der er godkendt, og hvor datterselskaberne har markant forskellige forretningsområder og aktiviteter.«

Under mødet i klagenævnet har Jens Schrøder, divisionsdirektør i HedeDanmark A/S, og Sune Aagot Sckerl, ligeledes HedeDanmark A/S, afgivet forklaring.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagedes annulation af udbuddet ikke var sagligt begrundet. Klageren har vedrørende punkt a. i indklagedes begrundelse for at annulationen nærmere anført, at den udbudte kontrakt angår en meget kompleks opgave, og at indklagede derfor lovligt kunne fastsætte og under evalueringen anvende underkriteriet 2. Referencer. Dette gælder både den del af underkriteriet, der vedrører virksomheden, og den del der vedrører maskinføreren. Vedrørende punkt b. i indklagedes begrundelse har klageren nærmere anført, at det forhold, at Orbicon Leif Hansen A/S er et søsterselskab til HedeDanmark A/S, og at der er personsammenfald i selskabernes bestyrelser, ikke har kunnet begrunde indklagedes annulation af udbuddet, idet der er tale to selvstændige virksomheder. Der ikke grundlag for at antage, at evalueringen af

tilbuddene konkret er blevet påvirket usagligt som følge af de to virksomheders indbyrdes forbindelse, og HedeDanmark A/S har således ikke på grund af relationen til indklagedes rådgiver, Orbicon Leif Hansen A/S, haft en væsentlig konkurrencefordel frem for de øvrige tilbudsgivere.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes annullation af udbuddet var sagligt begrundet. Indklagede har vedrørende punkt a. nærmere anført, at den del af underkriteriet 2. Referencer, der vedrørte maskinføreren, var lovlig, hvorimod den del af underkriteriet, der vedrørte virksomheden, ikke lovligt kunne fastsættes. Vedrørende punkt b. har indklagede nærmere anført, at indklagede - på trods af den nære forbindelse mellem Orbicon Leif Hansen A/S og HedeDanmark A/S - gennemførte udbuddet med Orbicon Leif Hansen A/S som rådgiver og således, at indklagede tog HedeDanmark A/S' tilbud i betragtning og tildelte virksomheden kontrakten. Da indklagede herved handlede i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, var indklagede berettiget til at annullere udbuddet med henvisning hertil.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet som følge af overtrædelsen i påstand 1 skal annullere indklagedes aflysning af udbuddet.

Indklagede har gjort gældende, at aflysningen af udbuddet er lovlig og derfor ikke skal annulleres.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Den del af underkriteriet 2. Referencer, der vedrører maskinføreren, er nært knyttet til selve udførelsen af arbejdet i henhold til kontrakten og dermed til indklagedes interesse i at undgå driftsforstyrrelser og tab som følge af fejl under arbejdet. Denne del af underkriteriet 2. Referencer er derfor egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Derimod vedrører den del af underkriteriet 2. Referencer, der angår dokumentation for virksomhedens erfaringer fra lignende opgaver, efter sit indhold udvælgelsen af de tilbudsgivere, hvis tilbud efterfølgende skal vurderes i relation til tilde-

lingskriteriet. Denne del af underkriteriet 2. Referencer er derfor fastsat i strid med udbudsdirektivet. Da en væsentlig del af underkriteriet 2. Referencer, der vægtede 30 %, således var ulovligt fastsat og derfor heller ikke lovligt kunne anvendes under evalueringen af tilbuddene, var indklagedes annullation af udbuddet ikke usaglig.

Orbicon Leif Hansen A/S' rådgivning til indklagede omfattede både bistand til at udarbejde udbudsbetingelserne og at gennemføre evalueringen. Orbicon Leif Hansen A/S og HedeDanmark A/S, som indklagede tildelte kontrakten, har samme adresse. Begge virksomheder ejes 100 % af Dalgasgroup A/S, og der er i virksomhedernes ledelse et meget betydeligt person-sammenfald. Det må endvidere lægges til grund, at virksomhederne har et indbyrdes forretningsmæssigt samarbejde af ikke ubetydeligt omfang. Uanset den nære forbindelse mellem Orbicon Leif Hansen A/S og HedeDanmark A/S gennemførte indklagede udbuddet med Orbicon Leif Hansen A/S som rådgiver, tog HedeDanmark A/S' tilbud i betragtning og tildelte HedeDanmark A/S kontrakten. Indklagede handlede herved i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2. Også henset hertil var indklagedes annullation af udbuddet ikke usaglig.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Det følger af det, klagenævnet har anført vedrørende påstand 1, at påstand 2 ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Mette Frimodt Hansen
fuldmægtig