

K E N D E L S E

Krüger A/S
(advokat John Adamsen, London)

mod

Horsens Bioenergi ApS
(advokat Christian Nielsen, Aarhus)

Ved udbudsbrev af 22. januar 2013 udbød indklagede, Horsens Bioenergi ApS, i offentlig licitation efter tilbudsloven en totalentreprise vedrørende etablering af et biomasseanlæg i Horsens. Licitationen blev offentliggjort på udbud.dk.

Der blev kun afgivet ét tilbud, som var fra et med indklagede koncernforbundet selskab, Bigadan A/S. Indklagede meddelte ved »acceptskrivelse« af 14. marts 2013, at indklagede agtede at indgå kontrakt med Bigadan A/S.

Den 31. marts 2013 indgav klageren, Krüger A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 24. april 2013 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet hverken betingelsen om fumus boni juris eller betingelsen om uopsættelighed blev anset for opfyldt. Indklagede har herefter indgået kontrakt med Bigadan A/S.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har endeligt nedlagt følgende påstande:

»Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede som privat selskab er en ordregiver i form af en privat forsyningsvirksomhed i forsyningsvirksomhedsdirektivets forstand, hvorfor udbuddet af biogasanlægget skulle have været gennemført efter forsyningsvirksomhedsdirektivet i stedet for tilbudsloven.

Påstand 2 A (tidligere 3 A)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Bigadan A/S på baggrund af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet var inhabil og derfor skulle have været udelukket fra at afgive tilbud på indklagedes udbudte biogasanlæg på grund af fuldstændigt ejersammenfald i kraft af Bigadan Holding A/S' 100 % ejerskab af såvel indklagede som af Bigadan A/S, indklagedes økonomiske afhængighedsforhold til Bigadan Holding A/S (og dette selskabs nærstående), det økonomiske afhængighedsforhold mellem Bigadan Holding A/S og Bigadan A/S, Bigadan A/S', mangeårige involvering i og bestemmende indflydelse på biogasanlægget, Bigadan Holding A/S' stiftelse af indklagede til formålet, Bigadan A/S' vederlagsfri overdragelse af det færdige projekt med biogasanlægget til indklagede og/eller Bigadan A/S' utilbørlige konkurrencefordele som følge af Bigadan A/S besiddelse af oplysninger/information, som ikke fremgik af udbudsmaterialet, og indklagede/indklagedes rådgivers manglende afhjælpning af Bigadan A/S' utilbørlige konkurrencefordele.

Påstand 2 B (tidligere 3 A) – subsidær til påstand 3 A

Klagenævnet for Udbud skal på baggrund af de i påstand 3A nævnte forhold og sagens faktiske omstændigheder konstatere, at det ikke med rimelig og tilstrækkelig sikkerhed kan fastslås, at indklagede ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbudsproceduren har dokumenteret, at ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet er overholdt i forhold til Bigadan A/S, der som eneste tilbudsgiver fik opgaven tildelt, og de andre potentielle tilbudsgivere, og at der ikke har fundet forskelsbehandling sted.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal på baggrund af overtrædelserne i påstand 1 og/eller påstand ...[2]A, subsidiært påstand ...[2]B, annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Bigadan A/S, da de pågældende overtrædelser hver for sig som samlet er udtryk for en kvalificeret overtrædelse af de udbudsretlige regler.«

Indklagede har principalt påstået klagen afvist og subsidiært, at den ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Offentlige tilskud m.v.

Indklagede er en privat virksomhed, som modtager offentlig støtte til biogasanlægget i henhold til bekendtgørelse nr. 293 af 27. marts 2012 om tilskud til biogasanlæg mv. Ifølge bekendtgørelsens § 8, stk. 1, nr. 3, skal der i ansøgninger om tilskud oplyses, hvorvidt projektet eller dele heraf er omfattet af EU's udbudsregler eller tilbudslovens regler. Af Natur- og Erhvervsstyrelsens vejledning fra maj 2012 om investering i gas fremgår, at det er en betingelse for at modtage støtte, at ansøgeren er omfattet af EU-udbudsreglerne eller tilbudsloven.

Ifølge indklagedes ansøgning til Natur- og Erhvervsstyrelsen af 13. september 2012 om støtte udgør de samlede tilskudsberettigede udgifter til projektet 59.512.283 kr. I projektbeskrivelsen i ansøgningen angives:

»Nyetablering af fællesbiogasanlæg i Horsens, hvor det forventes at kunne produceres omkring 9,9 mio. Nm³ biogas, som skal afsættes til naturgasnetværket.«

Koncernrelationen mellem indklagede og det vindende selskab og indklagedes samt vinderselskabets økonomiske situation

Indklagede blev stiftet den 11. september 2012 af Buchhave Invest ApS (oprindeligt Bigadan ApS og nu Bigadan Holding A/S). Direktionen i det indklagede selskab har siden stiftelsen bestået af Klaus Dalsgaard Johansen. Selskabet er et anpartsselskab uden bestyrelse. Indklagedes selskabskapital og likvide beholdning består ifølge fuldstændig rapport af 27.

marts 2013 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen af en selskabskapital på 80.000 kr.

Bigadan A/S, der som den eneste afgav tilbud, og som indklagede besluttede at indgå kontrakt med, blev stiftet den 10. februar 2000 af Bigadan Holding ApS (nu Bigadan Holding A/S og i en mellemliggende periode Buchhave Invest ApS). Direktionen udgøres af Karsten Buchhave og bestyrelsen af advokat Susanne Beck-Nielsen, Ghita Cordsen-Nielsen og direktør Karsten Buchhave. Bigadan Holding A/S er eneejer af Bigadan A/S.

Bigadan Holding A/S (oprindeligt Bigadan Holding ApS og senere Buchhave Invest ApS) er stiftet den 18. januar 2000 af direktør Karsten Buchhave, som også udgør direktionen. I bestyrelsen sidder advokat Susanne Beck-Nielsen, Ghita Cordsen-Nielsen og direktør Karsten Buchhave.

Den ultimative ejer af både indklagede og Bigadan A/S, som vandt ordren som eneste tilbudsgiver, er Karsten Buchhave, som er eneejer af anparterne i holdingselskabet.

Ifølge årsrapport af 18. juni 2012 for år 2011 for Bigadan Holding A/S (på offentliggørelsestidspunktet Buchhave Invest ApS) har holdingselskabet stillet obligationer med en kursværdi på 40.978.172 kr. til sikkerhed for Bigadan A/S' entreprenørgarantier på 15.834.206 kr. og bankgæld i koncernen. Holdingselskabet kautionerer endvidere for bankgæld og entreprenørgarantier i datterselskaberne Bigadan A/S, Bigadan Deutschland GmbH, Fangel Bioenergi ApS og Herning Bioenergi ApS.

Klagerens kvalifikationer i relation til udbuddet

Foranlediget af indklagedes afvisningspåstand har klageren oplyst følgende om sine kvalifikationer:

Klageren er et dansk selskab, som indgår i den internationale Veolia-koncern, som er førende indenfor behandling af vand og spildevand. Klageren er en del af divisionen Veolia Water Solutions & Technologies, som har ca. 9.500 medarbejdere og har aktiviteter i mere end 57 lande. Klageren leverer ydelser til den offentlige og den private sektor i form af rådgivning til nøglefærdige anlæg og teknologier med tilhørende services in-

den for vand, procesvand spildevand og slam. Klageren har betydelig erfaring med biogasanlæg og har i løbet af de sidste 50 år været involveret i hovedparten af biogasanlæg i Danmark. Klageren har som rådgiver og/eller totalentreprenør på nationalt og internationalt plan været involveret i mere end 130 biogasanlæg, herunder nogle af de største biogasanlæg i Europa (f.eks. anlæg i København, Warszawa og Budapest). Klagerens selvstændige interne ekspertise og erfaring med biogasanlæg suppleres med koncerndivisionen, Veolia Waters, kompetencer.

Klageren blev den 30. april 2013 som en af fire tilbudsgivere ud af i alt ni ansøgere prækvalificeret i international konkurrence på udbuddet af Envo Biogas Tønder Fase 2, som er Danmarks (og Nordens) største biogasanlæg i Tønder, og er tillige den 13. juni 2013 blevet prækvalificeret på Bionaturgas Danmarks udbud af Biogasnatures Ørbæk A/S – Biogasanlæg, hvor der var 10 egnede ansøgere, og 5 skulle udvælges. Desuden er klageren den 22. april 2013 blev prækvalificeret som en ud af 5 ud af i alt 10 ansøgere på Faaborg Midtfyn Biogas' udbud af etablering af Faaborg Midtfyn Biogas.

Klageren har desuden som eksempler oplyst følgende referencer indenfor de sidste 5 år, som efter klagerens opfattelse viser, at klageren ville kunne opfylde indklagedes mindstekrav til referencer, og har vedlagt nærmere omtale af 3 af projekterne:

- (i) El Pozo, Spanien: Behandling af slagteriaffald og slagterislam i biogasanlæg (2012).
- (ii) Artois i Frankrig: Behandling af agrikultur biomasse i biogasanlæg (2012).
- (iii) Mathus WWTP i Limassol på Cypern: Behandling af spildevandsslam i biogasanlæg (2008).
- (iv) Ferrera i Italien: Behandling af 25.000 t/år agrikultur biomasse i biogasanlæg (2010).
- (v) Pomposa, Italien: Behandling af 35.000 t/år agrikultur biomasse samt industriaffald i biogasanlæg (2010).

- (vi) Parma, Italien: Behandling af 20.000 t/år agrikultur biomasse i biogasanlæg (2008).
- (vii) Dalby Biogas, Lund Energikoncern AB, Sverige: Behandling af 150.000 t/år agrikultur biomasse i biogasanlæg (2011-).

Udbudsbetingelser m.v.

Af udbudsbetingelserne fremgår blandt andet:

»1 Del 1 - Almindelige betingelser

2 Baggrund

Horsens Bioenergi ApS etablerer et helt nyt biogasanlæg, som skal omsætte omkring 180.000 tons husdyrgødning på årsbasis og yderligere modtage omkring 57.800 tons organiske biprodukter. Samlet 237.800 tons biomasse per år.

Den producerede biogas skal renses og opgraderes til naturgasstandard og derefter distribueres via naturgasnettet. Den samlede biogasproduktion forventes at blive omkring 10 mio. Nm³/år

Anlægsbeskrivelse

Anlægskonceptet for Horsens Bioenergi fremgår af bilag 1. Biomassen aflæsses i en fortank i en lukket aflæssehal. Derfra ledes biomassen videre til en blandetank, som ligeledes fungerer som buffertank. Fra blandetanken skal biomassen efterfølgende opvarmes i pasteuriseringsanlæg, så sygdomsfremkaldende organismer dræbes. Biomassen varmeveksles ned til procestemperatur inden den ledes til reaktoren, hvor hovedparten af biogassen produceres. Biomassen skal have en opholdstid i reaktoren på 20 – 25 dage, hvor omkring halvdelen af tørstoffet er blevet omdannet til biogas.

Fra reaktortankene ledes biomassen til lagertankene, hvor der også foregår en vis biogasproduktion. Som option ønskes tilbud på en opkoblet til en separationsproces, hvor hovedparten af det uomsatte organiske materiale op koncentrerer i en fiberfraktion, som opbevares i en lukket lagerhal. Den resterende væskefraktion ledes til den anden lagertank, hvorfra den pumpes over i lukkede tankbiler, der returnerer gødningsvæsken til gyllebeholderne på de omkringliggende landbrug.

Al transport af biomassen på anlægget skal foregå i lukkede rørsystemer. Blandingen af gylle og øvrige biomasser skal derfor være flydende, så den kan pumpes.

Aflæssehal, fortanke, blandetanke og fiberlager er tilkoblet udsugningsanlæg, hvorfra ventilationsluften renses i et biofilter. Reaktortanke, pasteuriseringstanke og lagertanke er et forbundet gasopsamlingsystem.

Den produceret biogas forventes at blive rensat og opgraderet til naturgaskvalitet, så den kan distribueres via naturgasnettet.

3 Orientering

Bygherre

Horsens Bioenergi ApS
Erhvervsbyvej 13
8700 Horsens

...

3.2 Udbudsform

Arbejdet udbydes i totalentreprise i offentlig licitation.

Bygherren forbeholder sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud, evt. at forkaste dem alle. Bygherre vil forkaste tilbud fra bydende, som ikke kan dokumentere minimum 3 projekter indenfor 5 år. Endvidere vil tilbud fra bydende, hvis regnskaber set over seneste 3 år ikke viser overskudsgivende drift blive afvist, medmindre tilbudsgiver på anden måde kan dokumentere økonomisk soliditet.

Tilbudsgiver skal i tilbud angive følgende oplysninger:

- Samlede aktiekapital, omsætning og overskud
- Referencer fra tilsvarende projekter gennemført de seneste 5 år
- Oplysninger om tilbudsgiver som virksomhed, herunder virksomhedstype, ejerforhold, produkter, samlet omsætning og antal beskæftigede seneste 3 år.
- Redegørelse for tilbudsgivers erfaringer fra lignende opgaver vedlagt en referenceliste fra de seneste 5 år.
- Ved konsortier af tilbudsgivere og ved anvendelse af underleverandører skal oplysningerne gives for hver enkelt tilbudsgiver/underleverandør. Endvidere angives hvem konsortiet har bemyndiget til at forhandle på konsortiets vegne.

Udbuddet gennemføres som et samlet udbud med det formål at indgå én aftale omfattende det samlede udbud.

Bygherren forbeholder sig ret til at foretage mindre væsentlige korrektioner til udbudsmaterialet, såfremt Bygherren bliver opmærksom på fejl eller udeladelser. Sådanne korrektioner vil i givet fald blive offentliggjort ved fremsendelse af mail til tilbudsgivere. Eventuelle korrektioner vil senest blive offentliggjort 5 dage før tilbudsfristens udløb.

...

5 Udbudstidsplan

5.1 Besigtigelse

Besigtigelse af byggepladsen på byggepladsen på Østbirkvej kan om fornødent aftales. Tilbudsgiver kan efter ønske besigtige pladsen på egen hånd.

5.2 Anmodninger om yderligere oplysninger

Henvendelser

Eventuelle henvendelser vedrørende udbudsmaterialet kan indenfor den i udbudsbrevet angivne tidsfrist rettes skriftligt eller pr. mail til GasCon A/S att. Kim Paamand med tydelig anført reference: Horsens Bioenergi.

Skriftlig besvarelse vil blive udsendt pr. mail løbende men senest i h.t. udbudsbrevet.

Telefonisk henvendelse vedrørende udbudsmaterialet kan indenfor den i udbudsbrevet angivne tidsfrist rettes til GasCon, Kim Paamand, men svar afgivet pr. tlf. kan kun betragtes som vejledende og skal bekræftes skriftligt for at have samme gyldighed som nærværende udbudsmateriale.

5.3 Frist for modtagelse af tilbud

Sidste frist for modtagelse af tilbud er mandag den 4. marts 2013 kl. 12:00. Tilbud, der modtages efter dette tidspunkt, vil ikke blive taget i betragtning.

Tilbuddet fremsendes per e-mail. Det påhviler den bydende at sikre sig at det er afsendt og at det er modtaget af bygherren inden tidsfrist

Tilbuddet sendes til:

kip@gascon.dk

Der vil ikke blive mulighed for at overvære åbning af tilbud.

Tilbuddet skal være bindende i 6 måneder fra tilbudsfristens udløb.

Tilbuddet skal afgives på dansk.

6. Tildelingskriterier

Bygherren udvælger det for ham mest økonomiske tilbud baseret på en vurdering af nedenstående kriterier:

Teknisk kvalitet af tilbudte løsninger, vægtes	20 %
Tilbudspris, vægtes	40 %
Option på drift af anlægget i 5 år, vægtes	20 %
Tidsforløb for gennemførelse frem til garanteret gasproduktion opnås	10 %
Procesgaranti	10 %

...

8 Forbehold

Tilbudsgiver bedes angive evt. forbehold over for de enkelte bestemmelser i udbudsmaterialet.

Bygherren gør i den forbindelse opmærksom på, at antallet af forbehold er af betydning for vurderingen af, hvorvidt tilbuddet er konditionsmæssigt.

Forbehold skal være ledsaget af tilbudsgivers skriftlige begrundelse og skal - i det omfang forbeholdet har en økonomisk konsekvens - være prissat af tilbudsgiver.

I det omfang, tilbudsgiveren ikke udtrykkeligt i tilbuddet tager forbehold over for de enkelte bestemmelser, og herunder angiver, hvilken anden konkret formulering af de pågældende bestemmelser tilbudsgiveren vil indgå på, anses det at tilbudsgiveren har accepteret samtlige bestemmelser.

...

9 Alternative tilbud

Der ønskes ikke alternative tilbud.

10 Uklarheder

Tilbudsgiveren skal afklare eventuelle uklarheder gennem skriftlige spørgsmål.

Alle, der har modtaget udbudsmaterialet, vil blive gjort bekendt med samtlige stillede spørgsmål i anonymiseret form og afgivne svar.

Såfremt tilbudsgiveren efter udløbet af fristen for skriftlige spørgsmål bliver opmærksom på uklarheder, skal tilbudsgiveren i tilbuddet angive, hvilke forudsætninger der er lagt til grund, herunder eventuelt afgive alternative tilbud.

11 Behandling af tilbud m.v.

Tilbudsgiver har ikke adgang til at overvære åbningen af tilbud, eller til at få oplysninger om konkurrenters tilbud.

...

12 Annullering

Bygherren forbeholder sig ret til at annullere udbudsforretningen, såfremt de indkomne tilbud viser sig ikke at kunne give bygherre en bæredygtig teknisk og økonomisk løsning.

...

Del 2 - Særlige Betingelser

2 Særlige forhold

...

2.1.6 Jordbundsundersøgelser

Det påhviler totalentreprenøren at foretage de nødvendige jordbundsundersøgelser og om nødvendigt, at foretage supplerende undersøgelser, der kan anvise evt. anlægstekniske tiltag, til sikring af et forsvarligt byggeri.

...

3.3 Biogasanlæg

I biogasanlægget varmebehandles og afgasses biomassen. Herved produceres en gasmængde på omkring 10 mio. m³ biogas, svarende til ca. 6 mio. m³ naturgas.

Anlæggets dimensioner og layout fremgår af tegning A1-400.113 (bilag 6)

Anlægget skal fremstå som vist på visualisering af anlægget som vist på VVM og lokalplan (bilag 3 og 4).

...

4 Del 4: Bilag

Bilag:

Bilag 1 – Anlægskoncept

Bilag 2 – Tilbudsliste

Bilag 3 – VVM-redegørelse

Bilag 4 – Lokalplan

Bilag 5 – Miljøredegørelse

Bilag 6 – Tegning A1-400.113, situationsplan

Bilag 7 – Tro og love erklæring

Bilag 8 – Tidsplan«

Klageren modtog samme dag, som klageren anmodede om udbudsmaterialet, den 23. januar 2013, pr. e-mail: udbudsbrev af 22. januar 2013, udbudsbetingelser af januar 2013 med de heri i punkt 4 nævnte bilag, dog således at klageren selv via et anvist link skulle hente VVM-redegørelsen. (Bilag 3 til udbudsbetingelserne). »Miljøredegørelsen« i bilag 5 var et udkast til en miljøgodkendelse efter miljøbeskyttelseslovens § 33 af 2. august 2012 fra Horsens Kommune.

Klagerens betænkeligheder og spørgsmål til indklagede

Klageren blev angiveligt betænkelig ved udbudsmaterialets kvalitet og manglende overholdelse af udbudsretslige regler som følge af punkt 3.2 og 5.3 i udbudsbetingelserne samt punkt 8 om forbehold sammenholdt med punkt 9 og 10 om manglende adgang til alternative tilbud og den samtidige angivelse af, at tilbudsgiver, hvis denne efter udløbet af fristen for skriftlige spørgsmål måtte blive opmærksom på uklarheder, i tilbuddet skulle angive, hvilke forudsætninger der var lagt til grund, herunder eventuelt afgive alternative tilbud.

Klageren blev endvidere angiveligt betænkelig, da klageren fik kendskab til, at indklagedes koncernforbundne selskab, Bigadan A/S, ville afgive tilbud i konkurrence med de andre tilbudsgivere.

Indklagede stillede derfor en række spørgsmål til udbudsmaterialet og forholdet til Bigadan A/S.

Af rettelsesblad 1 fremgår blandt andet følgende spørgsmål/svar:

»1.

Det fremgår af virk.dk at Karsten Buchave har oprettet Horsens Bioenergi Aps. Er der andre i ejerkredsen? Ifølge vores oplysninger er Karsten Buchave også anlægsleverandør. Er der taget stilling til det faktum, at det kan medføre en inhabilitetsproblematik, hvis han ligeledes afgiver tilbud som anlægsleverandør?

Svar:

Der kan ikke blive tale om inhabilitet, da et tilbud fra Bigadan vil blive modtaget og evalueret af GasCon på samme vilkår som alle andre bydende.

GasCon har indgået rådgivningsaftale med Horsens Bioenergi ApS og dennes direktør Klaus D. Johansen. Efter licitation evaluerer GasCon i henhold til de i udbudsmaterialet oplyste kriterier og indstiller en entreprenør overfor bygherren.

2.

Hvilke regler udbydes projektet efter: Tilbudsloven eller Forsyningsvirksomhedsdirektivet?

Svar:

Tilbudsloven

3.

Ifølge Tilbudsloven har de bydende ret til at overvære åbningen af tilbuddene. Hvorfor er det ikke muligt at være til stede ved åbning af tilbud den 4. marts 2013 kl. 12?

Svar:

Jeg kunne ikke forestille mig at nogen ville have interesse i at se mig åbne mine mails 4/3 kl. 12 – blot for at få de samme oplysninger som vi sender ud jf. tilbudsloven til de bydende samme eftermiddag.

Hvis en tilbudsgiver ønsker at være til stede ved åbning af indkomne tilbud per mail, bedes deltagelse anmeldt pr. mail til undertegnede senest fredag d. 1 februar kl. 12

...

6.

Almindelige Betingelser pkt. 3.2: "Bygherren vil forkaste tilbud fra bydende, som ikke kan dokumentere minimum 3 projekter indenfor 5 år" ønskes uddybet.

Bygherren ønsker kun at modtage tilbud fra bydende med 3 dokumenterede gode referencer på bygning af store velfungerende biogasanlæg indenfor de seneste 5 år.«

Af rettelsesblad 3 fremgår blandt andet følgende spørgsmål/svar:

»1.

I henhold til rettelsesblad 1 af 1. februar 2013 præciseres det, at projektet udbydes efter tilbudsloven. Kan det bekræftes, at projektet forventes at overstige tærskelværdierne og dermed er underlagt EU's udbudsregler?

Nej. Horsens Bioenergi ApS er ikke omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvorfor der ikke er udbudspligt i medfør af dette direktiv, uanset at projektet må forventes at overstige tærskelværdien.

2.

I henhold til rettelsesblad 1 af 1. februar 2013 bekræftes det, at Karsten Buckhave har oprettet Horsens Biogas ApS. Det præciseres også, at hvis Bigadan A/S – med Karsten Buckhave som adm. dir. – vælger at afgive et tilbud, vil det blive optaget og behandlet på lige vilkår som alle andre bydende. Af bl.a. referater fra økonomiudvalgsmøder fra Horsens Kommune fremgår det, at anmeldelsen af omtalte biogasanlæg er udarbejdet og indleveret af Bigadan A/S og det noteres endvidere, at det er Bigadan A/S, som ønsker at opføre anlægget. Hvordan sikrer udbyder, at hvis Bigadan A/S skulle vælge at afgive tilbud, at ligebehandlingsprincippet er opfyldt?

Ved at behandle modtagne tilbud efter Tilbudslovens bestemmelser.

...

4.

I udbudsmaterialet fremgår det af udbudsbetingelserne s. 8, at ”bygherren forbeholder sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud”. Hvad betyder det i forhold til tildelingskriterierne?

Formuleringen er uklar og udgår. Den skal betyde, at alle tilbud vil blive evalueret jf. udbudsmaterialets kriterier.

5.

I udbudsmaterialet fremgår det af udbudsbetingelserne s. 12, at ”antallet af forbehold er af betydning for vurderingen af, hvorvidt tilbuddet er konditions-mæssigt”.

Er det muligt at præcisere det yderligere?

Hensigten er alene at minimere antallet af forbehold. Der vil ikke være en antalsgrænse. Forbehold der udelukker at bygge et anlæg der kan opfylde vilkår i lokalplan og VVM-redegørelse vil medføre at tilbud betragtes som ikke konditionsmæssigt.

6.

I udbudsmaterialet fremgår det af udbudsbetingelserne s. 12, at udbuddet kan blive annulleret, hvis ”de indkomne tilbud viser sig ikke at kunne give bygherre en bæredygtig teknisk og økonomisk løsning”. Hvilke kriterier vil udløse dette?

Hvis kombinationen af tilbudt pris og drift ikke giver mulighed for et driftsbudget, hvor Horsens Bioenergi kan servicere finansiering opnået på almindelige vilkår, samt opnå sædvanlig forrentning af egenkapital, vil udbuddet blive annulleret.

7.

Dimensioneringsforudsætningerne med henblik på substratets præcise mængde, sammensætning og egenskaber er meget begrænset. For at kunne definere en procesgaranti ønskes de udleveret.

Horsens Bioenergi har ikke på nuværende tidspunkt bedre data på biomasser end oplyst i VVM-redegørelsen, bilag 3.

...

10.

På rettelsesblad i Spørgsmål 1 er der ikke svaret på hele spørgsmålet. Der er ikke svaret på, om der er andre i ejerkredsen af Horsens Bioenergi ApS end Karsten Buchave?

Horsens Bioenergi ApS ejes af Buchave Invest.

11.

Har Horsens Bioenergi ApS nogen kommerciel og/eller ejermæssig sammenfald med firmaet BIGADAN, både direkte og indirekte?

Ja.

12.

Som der fremgår af den fremsendte VVM-redegørelse fremgår det, at det ikke er Horsens Bioenergi ApS der står som ansøger men firmaet BIGADAN. Hvordan vil denne redegørelse/godkendelser bliver overdraget Horsens Bioenergi ApS?

Horsens Bioenergi ApS har overtaget VVM-redegørelse mv. fra BIGADAN A/S.«

Af rettelsesblad 5 fremgår blandt andet følgende spørgsmål/svar:

»1.

Det fremgår af udbudsmaterialet, at anlægget skal leve op til forhold mv. i VVM-redegørelsen. I VVM-redegørelsen lægges til grund, at det er Bigadan A/S, som forventes at opføre og drive anlægget og der gives desuden information for at bekræfte og sikkerstille, at Bigadan A/S er kompetente til at løfte denne opgave. Hvordan skal det fortolkes i forhold til valg af totalentreprenør og har det nogle konsekvenser?

VVM-redegørelsen er udfærdiget før projektet blev overtaget af Horsens Bioenergi og sat i udbud. Udbudsmaterialet er udformet, således at det sikres at den valgte entreprenør besidder tilstrækkelig erfaring og ekspertise til at løfte opgaven.

2.

Eftersom der både direkte og indirekte er sammenfaldende ejer- og ledelsesmæssige forhold i henholdsvis Bigadan A/S og Horsens Bioenergi ApS, hvordan er det så sikret, at dette ikke giver anledning til, at Bigadan A/S i forhold til andre tilbudsgivere har en fortrinsstilling under tilbudsudarbejdelsen samt yderligere under udvælgelsen?

Svar: Udbudsmaterialet er udformet således, at Horsens Bioenergi lægger alle til rådighed værende oplysninger der er relevante for tilbuddets udformning frem. Tilbudsevalueringsproceduren er beskrevet i udbudsmateriale med tilhørende rettelsesblade.

3.

Har Horsens Bioenergi ApS adresseret, at ovenstående forhold og personkredsen i Bigadan A/S tidlige kendskab til og involvering i projektet med etablering af biogasanlægget ikke giver Bigadan A/S nogen form for fordele i forhold til de andre tilbudsgivere? Hvilke forholdsregler er der truffet i denne forbindelse?

Svar: Se besvarelse af spm. 2.«

Klageren besluttede ikke at afgive tilbud. Klageren angav i den forbindelse i en e-mail af 4. marts 2013 til indklagede:

»Vores vurdering af udbudsmaterialet – Horsens Bioenergi, Totalentreprise af 22. januar 2013 – samt efterfølgende rettelsesblade 1-5, giver os anledning til at indkomme med følgende meddelelse.

Det er vores opfattelse, at udbuddet inkl. informationer fra rettelses-

bladene antager en form, som efter vores opfattelse ikke overholder de udbudsretslige regler, særligt mht. såvel ligebehandlingsprincippet som gennemsigtighedsprincippet. Den ejer- og ledelsesmæssige relation mellem Horsens Biogas ApS og et af de andre selskaber, som forventes afgive bud, vil kunne medføre betydelige brud på netop ligebehandlingsprincippet. De modtagne svar via efterfølgende rettelsesblade har styrket denne opfattelse.

Yderligere synes udbuddet helt grundlæggende ikke at overholder de udbudsretslige pligter med henblik på anvendelse af de gældende direktiver på en korrekt måde.

Overordnet set finder vi, at der efter vores opfattelse foreligger grundlæggende fejl i et sådant omfang, at udbuddet ikke vil kunne gennemføres på en sådan måde, at der på lovlig vis vil kunne indgås kontrakt om bygge- og anlægsopgaven. Som følge af dette vil Krüger A/S afstå for at give tilbud på opgaven under disse forudsætninger.«

Materiale, som ifølge klageren understøtter, at tilbuddet fra Bigadan A/S ikke skulle tages i betragtning

Klageren har henvist til følgende materiale til støtte for, at Bigadan A/S havde et særligt kendskab til projektet, som ikke er »neutraliseret« ved udformningen af udbudsmaterialet, og til at der var en særlig relation mellem Bigadan A/S og indklagede, som burde have udelukket Bigadan A/S fra at afgive tilbud:

- Omtale på internettet af en artikel af 21. oktober 2009 fra Horsens Folkeblad, hvori oplyses »Virksomheden Bigadan har indgået et samarbejde med Landbrugets Rådgivningscenter og Danish Crown om etablering af et biogasanlæg ved Gedved ved Horsens«.
- En artikel fra Hansted-Egebjerg Lokaleråd fra december 2012. Det fremgår af et billede og en billedtekst, at Karsten D. Johansen fra indklagede og direktør Karsten Buchhave fra Bigadan A/S »orienterede om det nye biogasanlæg«. I teksten i artiklen angives det, at »Direktør Klaus D. Johansen fra det nystiftede Horsens Bioenergi A/S gav en udførlig information om det planlagte anlæg.«
- Horsens Kommunes lokalplan 7-2012. Klageren har særligt henvist til side 5, hvor det anføres:

»Bigadan A/S anmeldte et biogasanlæg ved Østbirkvej til Horsens Kommune i henhold til VVM-reglerne (VVM er en forkortelse for Væsentlige Virkninger på Miljøet). På grundlag af en VVM - screening besluttede Horsens Kommune, at der skulle udarbejdes et kommuneplantillæg med en VVM – redegørelse for anlægget og afholdt herefter en forudgående offentlighed omkring projektet. For at anlægget kan realiseres skal der tillige udarbejdes en lokalplan.«

- Dispositionsforslag af 22. august 2012 udarbejdet af Gottlieb Paludan, By og Bygning Arkitekter og Cowi A/S. Klageren har særligt henvist til side 20, hvor det angives:

»Horsens Biogasanlæg opføres af Bigadan. Firmaet har over 25 års national såvel som international erfaring. ...

I den periode er der samlet erfaringer med 30 anlæg. Det har blandt andet udmøntet sig i et ret fast designkoncept, hvor reaktorer, lagertanke, 2 bygninger, en modtagehal samt en komposteringshal, samt en række præfabrikerede og decentrale enheder, udgør det samlede byggeprogram, som varieres en smule fra anlæg til anlæg.

Der er således tale om en arkitektonisk udfordring, der skal stå på to ben. På den ene side skal det faste designkoncept, med de mange enheder, med vidt forskellige æstetiske udtryk, arrangeres så det opstår et samlet udtryk indpasset i landskabet. På den anden side må dette ikke ske på bekostning af teknik, funktion, drift og vedligeholdelse.«

- Udkastet til miljøgodkendelse af 30. august 2012 fra Horsens Kommune Teknik og Miljø med bilag 1-10 stilet til »Horsens Biogas c/o Bigadan A/S« på Bigadan A/S' forretningsadresse »Vroldvej 168, 8660 Skanderborg«. Klageren har påpeget, at der er forskelle mellem udkastet af 30. august 2012, som Bigadan A/S må formodes at have haft i sin besiddelse som følge af sit arbejde med projektet før overdragelsen til indklagede og det udkast til miljøgodkendelse af 2. august 2012, som var bilag 5 i udbudsbetingelserne. Det senere daterede udkast indeholder således følgende 10 bilag, som ikke var med i udbudsbetingelserne: Bilag 1: Luftfoto af Horsens Biogas beliggenhed, Bilag 2: Horsens Biogas beliggenhed i forhold til nabobeboelse (tegning A1-400-107), Bilag 3: Situationsplan for Horsens Biogas (tegning A1-400-101), Bilag 4: Place-

ring af luftemissionskilder (tegning A1-400-104), Bilag 5: Placering af afkast i forhold til nabobeboelse (tegning A1-400-110), Bilag 6: Placering af støjkilder (tegning A1-400-103), Bilag 7: Placering af kemikalieoplag (tegning A1-400-105), Bilag 8: Befæstede arealer med afløb (tegning A1-400-102), Bilag 9: Jordvold og forsinkelsesbassin (tegning A1-400-113), Bilag 10: OML beregninger af lugt, NOx og CO. Bilag 9 var dog et bilagene til udbudsbetingelserne, idet det heri hed: »Bilag 6 – Tegning A1-400.113, situationsplan« (og havde en anden dato og var påført indklagedes rådgivers navn i stedet for Bigadan A/S' navn).

- Indklagedes ansøgning af 13. september 2012, projektbeskrivelse af 13. september 2012 fra indklagedes rådgiver GasCon A/S, indklagedes investeringsbudget på beløb stort kr. 59.512.282,93 ekskl. moms svarende til budgettet i indklagedes ansøgning baseret på Bigadan A/S' tilbudsindhentning fra fagentreprenører samt et brev af 30. november 2012 fra indklagedes rådgiver til NaturErhvervsstyrelsen med udspecificering af investeringsbudget. Disse dokumenter, som klageren har oplyst at have fået adgang til ved aktindsigt hos NaturErhvervsstyrelsen indgik ikke i udbudsmaterialet.
- Bigadan A/S' overdragelse af projektet med biogasanlægget til indklagede, jf. besvarelse af spørgsmål 12 i rettelsesblad nr. 3 af 7. februar 2013, hvorefter »Horsens Bioenergi ApS har overtaget VVM-redegørelse mv. fra BIGADAN A/S«.

Indklagedes oplysninger om koncernforhold og koncernselskabernes økonomiske forhold

Indklagede har oplyst, at projektet udsprang af Bigadan Holding A/S' ønske om at opføre et biogasanlæg, og at tanken oprindelig var, at det koncernforbundne selskab Bigadan A/S skulle stå for selve opførelsen.

På et tidspunkt viste der sig mulighed for at modtage offentlig støtte til projektet. Denne støtte var interessant for Bigadan Holding A/S.

Modtagelsen af offentlig støtte medførte en samtidig forpligtelse til at udbyde opgaven i medfør af tilbudslovens regler samt at sikre behørig afstand mellem ordregiveren og de potentielle tilbudsgivere. Bigadan Hol-

ding A/S' datterselskab Bigadan A/S udfører sådanne opgaver, og det ville være naturligt, at Bigadan A/S i konkurrence med andre tilbudsgivere bød på opgaven. For at sikre upartiskhed i processen etablerede Bigadan Holding A/S indklagede. Indklagede er et anpartsselskab uden bestyrelse, jf. selskabslovens § 111, stk. 1, nr. 2. Indklagedes direktion består alene af administrerende direktør, cand.agro. Klaus Dalsgaard Johansen. Klaus D. Johansen er fortsat ansat i rådgivningsvirksomheden LMO og er ansat i indklagede som direktør på konsulentvilkår. Klaus D. Johansen har ikke tidligere været ansat i selskaber, der er koncernforbundne med indklagede, og er det fortsat ikke. Klaus D. Johansens eneste opgave er således at varetage indklagedes interesser. Hverken indklagede eller Klaus D. Johansen har nogen interesse i Bigadan A/S eller Bigadan Holding A/S. Det er korrekt, at den ultimative ejer af disse selskaber, Karsten Buchhave, er den samme, men der er ikke på ledelsesniveau noget sammenfald. Karsten Buchhave, som er direktør i Bigadan Holding A/S, og som ejer dette selskab, er således ikke en del af ledelsen i indklagede.

For yderligere at sikre upartiskheden valgte indklagede at lade udbuddet forestå af den eksterne rådgiver GasCon A/S. GasCon A/S har således stået for alle dele af udbudsprocessen, og det er GasCon A/S, der var udpeget til at forestå tilbudsevalueringen mv. Det forhold, at GasCon A/S som angivet i rettelsesblad nr. 1 skulle »indstille«, hvem kontrakten blev tildelt, er alene et udslag af, at indklagede ikke har haft mulighed for at overdrage ansvaret for udbuddets afholdelse til tredjemand, samt at det var indklagede, og ikke GasCon A/S, der skulle underskrive kontrakten med den vindende tilbudsgiver. Det er GasCon A/S, der fuldt ud har forestået udbuddet både i relation til udarbejdelse af udbudsbetingelser og fastsættelse af tildelingskriterier, og det var også GasCon A/S, der var udpeget til i det hele - og uden indblanding fra indklagede - at forestå evalueringen af de indkomne tilbud. Alene den formelle (men ikke reelle) endelige beslutning om kontraktindgåelse var (i sagens natur) ikke overdraget til GasCon A/S.

Indklagede har fremlagt en erklæring af 5. juni fra civilingeniør Kim Paa-
mand, projektchef i GasCon A/S, hvori angives:

»GasCon har indgået rammeaftale (Bilag 1) med Horsens Bioenergi om at bistå med teknisk rådgivning og ekspertise i forbindelse med udbud og opførelse af Horsens Bioenergi. Aftalen er udformet, så en rammeaftale der med konkrete aktivitetsplaner beskriver de aktuelle

opgaver. Denne aftaleform er standard for GasCon's opgaver.

Konkret er der indgået aktivitetsplan 1 omhandlende udbud (Bilag 2) og aktivitetsplan 2 (bilag 3) omhandlende kontraktindgåelse, tilsyn og aflevering.

Horsens Bioenergi har præciseret, at der med aftalerne ønskes en udbudsprocedure for biogasanlægget der har til formål at fremskaffe lødige tilbud med et teknisk indhold der på sikker vis kan løse opgaven, indenfor de rammer der er udstukket af VVM- og miljøgodkendelse. Horsens Bioenergi var fuldt opmærksomme på, behovet for at tilsikre alle bydende lige adgang til sagens oplysninger, og har efter vores opfattelse opnået dette.«

De nævnte bilag i form af aftalegrundlag er vedlagt erklæringen som bilag. I »Aktivitetsbeskrivelse 1: Udarbejdelse af udbudsmateriale m.v.« anføres følgende opgaver:

»Opgaven indeholder:

1. Udarbejdelse af udbudsmateriale med baggrund i arkitektkonkurrence, VVM og miljøgodkendelse.
2. Tegningsmateriale fra VVM-redegørelse og arkitektkonkurrence anvendes
3. Udbud efter Tilbudsloven på udbud.dk
4. Kommunikation med potentielle tilbudsgivere, samt mailudsendelse af udbudsmateriale.
5. Besvarelse af spørgsmål og udsendelse af rettelsesblade i fornødent omfang.
6. Modtagelse af tilbud pr, mail. Arkivering etc. jf. Tilbudsloven.
7. Udarbejdelse af evalueringsmodel (pointmodel),
8. Evaluering af indkomne tilbud. Afklaring og prissætning af evt. forbehold.
9. Indstilling vedr. valg af entreprenør til kontraktforhandling.«

Indklagede bestrider ikke, at selskabskapitalen i indklagede som påpeget af klageren er begrænset set i forhold til den udbudte kontrakt, men har oplyst, at det hele tiden har været hensigten, at indklagede skulle kapitaliseres, og eksterne investorer skulle have mulighed for at købe en andel i indklagede. Indklagedes moderselskab vurderede, at det ville give bedre grundlag for et delsalg, såfremt der kunne udbydes anparter i et selskab, som havde et færdigt projekt vedrørende biogasanlægget, samt en kontrakt med en entreprenør om den faktiske opførelse af anlægget. Der er nu indgået en sådan kontrakt med den vindende tilbudsgiver, og indklagedes moderselskab er derfor i princippet nu klar til at kapitalisere indklagede og

iværksætte arbejdet med at finde en egnet investor. Opgaven kan imidlertid ikke sættes i gang, så længe klagesagen verserer. Dette er baggrunden for, at indklagede fortsat ikke er kapitaliseret.

Udsættelsen af kapitaliseringen af indklagede har medført et behov for, at indklagede blev tilført midler, indtil en ekstern finansiering kunne falde på plads. Derfor har indklagedes moderselskab, Bigadan Holding A/S, midlertidigt betalt nogle regninger for indklagede. Der er således en mellemregningskonto som, når indklagede har fået tilført kapital, skal udlignes. Derudover har indklagede stillet en bankgaranti overfor sælgeren af grunden, hvor projektet skal udføres med henblik på iværksættelse af arkæologiske forundersøgelser på grunden. Det er indklagede, der har stillet garantien, men Bigadan Holding A/S hæfter ultimativt herfor. Bigadan A/S, altså den vindende tilbudsgiver, har derimod ikke på noget tidspunkt lånt penge ud til, stillet sikkerhed for eller på anden måde påtaget sig økonomiske forpligtelser overfor tredjemand på vegne af indklagede.

Parternes anbringender

Ad indklagedes afvisningspåstand

Indklagede har til støtte for *påstanden om afvisning af hele klagen* gjort gældende, at klageren, som ikke har afgivet tilbud, og som må antages ikke at ville kunne opfylde kravet i udbudsbetingelsernes punkt 3.2 om dokumentation for minimum 3 projekter indenfor de seneste 5 år, ikke har fornøden retlig interesse i påstandene, jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 1, nr. 1. Klagen bør derfor afvises. Indklagede ved fra sin rådgiver, Kim Paamand fra Gascon A/S, som tidligere har været ansat hos klageren, og som blev afskediget i 1999, da klageren nedlagde sin afdeling for biogasanlæg, at klageren ikke i de sidste 13 år har været aktiv i markedet for biogasanlæg, og først er gået ind i markedet igen inden for de seneste år. De projekter, klageren har henvist til som mulige referencer, er udført af Veolia-koncernen, ikke af klageren selv, og det er ikke godtgjort, at klageren ville råde over de relevante enheder i koncernens ressourcer i relation til dette udbud. Veolia er en stor international koncern, og det har formodningen i mod sig, at koncernen ville have interesse i dette relativt beskedne udbud i Horsens. Det bemærkes i den forbindelse, at seks af de påberåbte syv referenceprojekter er udført i Sydeuropa. Desuden er de pågældende projekter ikke sammenlignelige, idet de for seks sydeuropæiske

projekters vedkommende har en helt anden og mindre størrelse. Desuden vedrører fem af de seks projekter spildevandssystemer, medens det franske anlæg vedrører et koncernforbundet selskabs opførelse af et mindre biogasanlæg. Forbindelsen mellem klageren og det datterselskab af Veolia Water, som har udført opgaven i Frankrig, er uklar. Projekt nr. syv er efter det, indklagede har fået oplyst, en rådgivningsopgave, hvori et koncernselskab i Veolia medvirker i planlægningen af et udbud i Sverige i efteråret 2013. Det er helt uklart, hvilken forbindelse det pågældende svenske ingeniørfirma, VA-Ingenjörerne AB, har med indklagede. Hertil kommer, at en rådgivningsopgave selvsagt ikke kan være reference vedrørende opførelse af et biogasanlæg.

Påstand 2 B er under alle omstændigheder så uklar både med hensyn til, hvilken dokumentation klageren mener, at indklagede burde have fremlagt, samt hvad påstanden i øvrigt drejer sig om, at påstanden bør afvises, jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 2.

Klageren har vedrørende *indklagedes påstand om afvisning af hele klagen* gjort gældende, at indklagedes udsagn om, at klageren ikke besidder evnerne til at udføre den udbudte opgave, og at klageren ikke ville kunne opfylde minimumskravet om 3 referencer inden for de seneste 5 år i udbudsbetingelsernes punkt 3.2, er grundløs, når der henses til klagerens profil og betydelige erfaring med biogasanlæg, jf. de under klagesagen nævnte referencer. Indklagede forsøger i øvrigt under klagesagen, at ændre referencekravet til nu at skulle være »sammenlignelige projekter«, hvilket der ikke blev stillet krav om i udbudsbekendtgørelsen og i punkt 6 i rettelsesblad 1.

Klagerens refleksion på udbudsannoncen, dialogen med indklagede samt klagerens motiverede begrundelse for at undlade at afgive tilbud understøtter, at klageren har den fornødne retlige interesse i forhold til påstandene i replikken i henhold til håndhævelseslovens § 6, stk. 1, jf. tilsvarende blandt andet klagenævnets kendelse af 8. november 2011, Gregers Juel mod Nyborg Kommune.

Klageren har bestridt, at *påstand 2 B* er uklar, og at der er grundlag for at afvise påstanden.

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at betragtning 35 i forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke er afgørende for bedømmelsen af, om indklagedes virksomhed er omfattet af direktivet. Det afgørende er således de egentlige direktivbestemmelser i artikel 2, stk. 2, hvorefter:

»Dette direktiv gælder for ordregivere:

...

b) der ikke er ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, og som bl.a. udøver en eller flere af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7, og som råder over særlige eller eksklusive rettigheder, der er meddelt af en kompetent myndighed i en medlemsstat.«

På side 23 i Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne fra 2006 angives det:

»Artikel 3 i forsyningsvirksomhedsdirektivet nævner gas, varme og elektricitet.

Direktivet gælder for virksomheder, der driver eller stiller net til rådighed for produktion, transport eller distribution af gas, varme og elektricitet. Herudover gælder direktivet for forsyning af disse net.

Dette gælder således elselskaber og virksomheder, der varetager forsyningen med gas og varme, herunder kraftvarmeværker og affaldsforbrændingsselskaber.«

I artikel 8 i forsyningsvirksomhedsdirektivet henvises til de ikke udtømmende lister i bilag I til X over ordregivere efter direktivet. I bilag I nævnes som »ORDREGIVERE INDEN FOR TRANSPORT ELLER FORSYNING MED GAS ELLER VARME« for Danmarks vedkommende »Virksomheder, der varetager forsyning med gas og varme på grundlag af godkendelse ifølge § 4 i lov om varmemforsyning, jf. lovbekendtgørelse nr. 772 af 24. juli 2000«.

Lovbekendtgørelse nr. 772 af 24. juli 2000, som nævnes i bilag I, er nu erstattet af lovbekendtgørelse nr. 1184 af 14. december 2011 af lov om varmemforsyning.

Lovens § 2 lyder:

»§ 2. Ved kollektive varmemforsyningsanlæg forstås virksomhed, der

driver følgende anlæg med det formål at levere energi til bygningers opvarmning og forsyning med varmt vand, jf. dog stk. 2:

- 1) Anlæg til produktion og fremføring af andre brændbare gasarter end naturgas.

...

Stk. 2. Kollektive varmforsyningsanlæg som nævnt i stk. 1 omfatter ikke anlæg til produktion af opvarmet vand, damp eller gas, der har en varmekapacitet på under 0,25 MW, eller anlæg til fremføring af opvarmet vand, damp eller gas, hvor de produktionsanlæg, der leverer til anlægget, sammenlagt har en varmekapacitet på under 0,25 MW.

Stk. 3. I lovens kapitel 2 og 3 omfatter kollektive varmforsyningsanlæg tillige distributionsnet til fremføring af naturgas.

Stk. 4. Kollektive varmforsyningsanlæg som nævnt i stk. 1 omfatter ikke virksomhed, der er reguleret i lov om anvendelse af Danmarks undergrund eller lov om elforsyning bortset fra kraft-varme-anlæg med en eleffekt op til 25 MW«

Lovens § 4 lyder:

»§ 4. Kommunalbestyrelsen godkender projekter for etablering af nye kollektive varmforsyningsanlæg eller udførelsen af større ændringer i eksisterende anlæg.

Stk. 2. Klima-, energi- og bygningsministeren kan bestemme, at godkendelse i henhold til stk. 1 i særlige tilfælde meddeles af klima-, energi- og bygningsministeren eller forudsætter klima-, energi- og bygningsministerens samtykke.

Stk. 3. Producenter og leverandører af ledningsbunden energi samt varmemeforbrugere skal efter anmodning meddele klima-, energi- og bygningsministeren og kommunalbestyrelsen de oplysninger, der findes nødvendige for varmforsyningsplanlægningen.«

Af § 3 i den i medfør af varmforsyningslovens udstedte bekendtgørelse nr. 374 af 15. april 2013 om godkendelse af projekter for kollektive varmforsyningsanlæg (»projektbekendtgørelsen«) følger:

»Projekter for kollektive varmforsyningsanlæg, der er omfattet af bilag 1, skal forelægges kommunalbestyrelsen til godkendelse. Det samme gælder vedligeholdelses- og reparationsarbejder, der i væsentlig grad indebærer en forbedring af kollektive varmforsyningsanlægs drifts- og energiøkonomi eller levetid.

Stk. 2. Retlige og faktiske dispositioner til gennemførelse af et projekt må først foretages, efter at projektet er godkendt.«

I bilag til bekendtgørelsen nævnes:

»Projekter for kollektive varmforsyningsanlæg, der er omfattet af § 2 i lov om varmforsyning, er godkendelsespligtige. Der er tale om følgende kategorier af projekter:

1. Produktionsanlæg, herunder kraft-varme-anlæg
- 1.1 Opførelse, udvidelse, nedlæggelse af produktions- og behandlingsanlæg for bygas, ...biogas...«

Godkendelsen gives af kommunalbestyrelsen og under visse omstændigheder kræves klima-, energi- og bygningsministerens godkendelse eller samtykke. Kommunalbestyrelsens samtykke er endvidere baseret på en VVM-redegørelse om væsentlige miljømæssige forhold.

Det følger af de pågældende bestemmelser i varmforsyningsloven, at det udbudte biogasanlæg er et kollektivt varmforsyningsanlæg i henhold til varmforsyningslovens § 4, stk. 1, nr. 1, jf. varmforsyningslovens § 2.

Den tilladelse i form af godkendelsen, der i medfør af varmforsyningslovens § 4 kræves for at kunne etablere og drive et privat biogasanlæg omfattet af bilag I til forsyningsvirksomhedsdirektivet, er en særlig rettighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets forstand.

Dermed er indklagede som privat ejer af biogasanlægget og privat ordregiver i henhold udbuddet af biogasanlægget en ordregiver på lige fod med offentlige forsyningsvirksomheder efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Klagerens forståelse, hvorefter udbuddet af biogasanlægget skulle være sket efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, er i overensstemmelse med den opfattelse, som der er givet udtryk for i Tybirk, K. (red.) 2012 »Kogebog for etablering af biogasanlæg 2012, Agro Business Park/ Innovationsnetværket for Biomasse«, side 31.

Den omstændighed, at Horsens Kommune øjensynlig ikke har krævet anlægget godkendt i henhold til varmforsyningsloven, kan ikke indskrænke den måde, hvorpå varmforsyningsloven og godkendelsesbekendtgørelsen skal forstås.

Indklagede var som bygherre af et biogasanlæg, som skal sluttes til gasset, en privat ordregiver i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 2,

stk. 2 litra b's forstand, jf. artikel 3. Indklagede vil således med biogasanlægget forsyne gasnettet. Indklagede er omfattet af varmemforsyningsloven og får i kraft af § 4 i denne lov, jf. samme lovs § 2, efter bilag I til forsyningsvirksomhedsdirektivet status af ordregiver i direktivets forstand. Kommunalbestyrelsens tilladelse til biogasanlægget i medfør af § 4 i varmemforsyningsloven er en særlig rettighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets forstand, herunder i relation til betragtningerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke (længere) er relevant, om en privat virksomhed leverer til et net, der drives af et foretagende, der besidder en særlig og eksklusiv rettighed. Den kogebog, som klageren henviser til, omtaler den tidligere gældende retstilstand. Siden ændringen af forsyningsvirksomhedsdirektivet har det afgørende imidlertid været, om den pågældende virksomhed selv besidder en sådan særlig og eksklusiv rettighed.

Indklagede bestrider ikke, at en godkendelse i medfør af varmemforsyningslovens § 4 og bekendtgørelse nr. 374 af 15. 2013 § 3 udgør en sådan rettighed, jf. bilag 1 til forsyningsvirksomhedsdirektivet. Indklagede bestrider derimod, at indklagede besidder (eller burde besidde) en sådan godkendelse, eller i øvrigt andre godkendelser som anført i bilag 1 til forsyningsvirksomhedsdirektivet. Klageren synes da heller ikke trods de mange bilag at fremlægge nogen form for dokumentation for, at indklagede skulle være i besiddelse af en sådan rettighed, eller at en sådan rettighed skulle være en forudsætning for biogasanlæggets opførelse eller drift. Kommunalbestyrelsens godkendelse af projekter efter varmemforsyningslovens § 4 vedrører alene etablering af eller udførelsen af større ændringer i eksisterende kollektive varmemforsyningsanlæg. Kollektive varmemforsyningsanlæg er efter varmemforsyningslovens § 2 virksomheder, der med det formål at levere energi til bygningers opvarmning og forsyning med varmt vand driver enten

1. Anlæg til produktion og fremføring af andre brændbare gasarter end naturgas, eller
2. Anlæg til fremføring af opvarmet vand eller damp fra kraftvarmeværker, affaldsforbrændingsanlæg, industrivirksomheder, geotermiske anlæg mv., eller

3. Fjernvarmeforsyningsanlæg, solvarmeanlæg, affaldsforbrændingsanlæg mv., herunder kraftvarmeanlæg med en eleffekt op til 25 MW., eller
4. Blokvarmecentraler, herunder kraftvarmecentraler med en eleffekt op til 25 MW.

Udøves den pågældende virksomhed ikke med det formål at levere energi til bygningers opvarmning og forsyning med varmt vand, er ovenstående anlæg imidlertid ikke omfattet af varmeforsyningslovens definition på et kollektivt varmeforsyningsanlæg.

I bemærkningerne til forslag til lov om ændring af lov om varmeforsyning, lov om elforsyning og byggeloven fremsat den 2. maj 2012 (lovforslag nr. 183 2011/1) af klima, energi og bygningsministeren anføres det i afsnit 6.1, at:

»Anlæg, der producerer opvarmet vand, damp eller gas bortset fra naturgas, som bliver anvendt til andre formål end rumopvarmning eller forsyning med varmt brugsvand, er ikke kollektive varmeforsyningsanlæg, og er således generelt ikke omfattet af lovens bestemmelser. Procesanlæg, som producerer og leverer til procesformål, er f.eks. ikke kollektive varmeforsyningsanlæg.«

Etablering af et biogasanlæg med henblik på produktion af biogas til opgradering og distribution via naturgasnettet kan efter varmeforsyningsloven sammenlignes med etablering af en industrivirksomhed eller procesanlæg. Etableringen sker dermed ikke med det formål at levere energi til bygningers opvarmning og forsyning med varmt vand. I henhold til naturgasforsyningslovens § 2, stk. 2, finder denne lov også anvendelse på biogas, gas fra biomasse og andre typer gas, i det omfang sådanne gasser teknisk og sikkert kan injiceres og transporteres gennem naturgassystemet.

Der kan endvidere henvises til Energistyrelsens vejledning nr. 9664 af 2. december 2010 om bekendtgørelse om undtagelse af biogasanlæg og blokvarmecentraler fra kapitel 4 i lov om varmeforsyning (undtagelsesbekendtgørelsen), hvor det i afsnit 2 anføres:

»Hvis biogassen efter opgradering bliver injiceret i naturgasnettet til individuel forsyning med biogas, er dette omfattet af naturgasforsyningsloven og ikke af varmeforsyningsloven.«

Det er på den baggrund oplagt, at biogas, der efter opgradering bliver injiceret i naturgasnettet, ikke er omfattet af varmemforsyningsloven, og at etableringen af det udbudte biogasanlæg ikke er omfattet af kravet om godkendelse i henhold til varmemforsyningsloven § 4.

I Energiklagenævnets afgørelse af 7. maj 2013 i sag 1021-12-153-31 udtalte nævnet om projektbekendtgørelsens anvendelsesområde:

»Projektbekendtgørelsens regler gælder alene for kollektive varmemforsyningsanlæg, jf. bekendtgørelsens § 1. Begrebet kollektive varmemforsyningsanlæg er nærmere defineret i varmemforsyningslovens § 2. Af forarbejderne til varmemforsyningslovens § 2 fremgår, at der ikke er tale om et kollektivt varmemforsyningsanlæg, hvis anlægget er opført til procesformål. Et anlæg opført til procesformål skal således ikke godkendes efter reglerne i projektbekendtgørelsen.

Energistyrelsen har udarbejdet en vejledning til projektbekendtgørelsen... Det fremgår af vejledningen, at hvis et anlæg leverer energi både til opvarmning/varmt brugsvand og til procesformål må det vurderes, hvad hovedformålet med anlæggets energiproduktion er. Udgangspunktet for denne vurdering vil være, til hvilket formål over halvdelen af energiproduktionen går. Energiklagenævnet kan tiltræde denne forståelse...«.

Heraf følger, at et biogasanlæg alene vil være omfattet af godkendelseskravet, hvis anlægget i henhold til projektforslaget skal drives med det hovedformål at levere energi til bygningers opvarmning og forsyning med varmt vand. Dette er ikke tilfældet med nærværende anlæg.

Den konkrete vurdering af, om et projekt for etablering af et biogasanlæg er godkendelsespligtigt i henhold til varmemforsyningslovens § 4, skal i øvrigt foretages af den stedlige kommunalbestyrelse. Horsens Kommune har i løbet af processen vedtaget »Kommuneplantillæg 4 – 2012, Biogas Horsens Nord« og »Lokalplan 7 – 2012, Rådved by«, uden at dette har givet anledning til at indkalde et projektforslag til godkendelse i henhold til varmemforsyningslovens § 4. Klagenævnet for Udbud kan på den baggrund lægge til grund, at Horsens Kommune ikke anser det udbudte biogasanlæg for et kollektivt varmemforsyningsanlæg og dermed et godkendelsespligtigt projekt i henhold til varmemforsyningslovens § 4. Kommunalbestyrelsens afgørelse om eventuel godkendelsespligt kan påklages til Energiklagenævnet efter reglerne i varmemforsyningslovens kapitel 6. Indklagede gør

derfor tillige gældende, at Klagenævnet for Udbud under alle omstændigheder ikke med bindende virkning overfor indklagede (reelt) kan træffe beslutning om, at det udbudte biogasanlæg er omfattet varmemforsyningslovens § 4.

Samlet set synes klagerens anbringender at være støttet dels på det nu ophævede tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv og dels på en grundlæggende misforståelse af varmemforsyningslovens anvendelsesområde.

Indklagede har i øvrigt henholdt sig til klagenævnets delkendelse af 24. april 2013.

Ad påstand 2 A og 2 B

Klageren har til støtte for påstand 2 A gjort gældende, at det følger af det EU-retlige ligebehandlingsprincip, som finder anvendelse i denne sag, subsidiært ligebehandlingsprincippet i tilbudsloven, og gennemsigtighedsprincippet, at indklagede skulle have udelukket Bigadan A/S som tilbudsgiver på det udbudte biogasanlæg, da både indklagede og Bigadan A/S var ejet 100 % af den samme ejer, Bigadan Holding A/S (og ultimativt Karsten Buchhave). Det følger således af kendelse af 17. november 2003 fra klagenævnet, Helsingør Kommune og Ejendomsselskabet Stengade ApS, at ejersammenfald *altid* vil være udtryk for en utilbørlig fordel.

Indklagedes forpligtelse til at udelukke Bigadan A/S som tilbudsgiver på grund af ejersammenfaldet gør sig gældende med endnu større styrke end i kendelsen af 17. november 2003 på grund af:

- det ledelsesmæssige personsammenfald mellem indklagede, Bigadan Holding A/S og Bigadan A/S,
- det økonomiske afhængighedsforhold mellem Bigadan Holding A/S og Bigadan A/S i kraft af holdingselskabets hæftelse for Bigadan A/S' entreprenørgarantier og bankgæld samt sikkerhedsstillelsen i Bigadan Holding A/S' obligationsbeholdning på 40.978.172,00 kr. samt
- Bigadan Holding A/S' og dette selskabs ultimative ejer, Karsten Buchhaves, bestemmende indflydelse på Bigadan A/S.

Klageren har tillige henvist til indklagedes økonomiske afhængighedsforhold til Bigadan Holding A/S og/eller Bigadan A/S, da indklagede med en

selskabskapital på 80.000 kr. ikke kunne gennemføre et projekt med en budgetteret værdi på ca. 59,5 millioner kr. uden økonomisk støtte fra koncernforbundne selskaber.

Forpligtelsen til at udelukke Bigadan A/S følger endvidere af Bigadan A/S' oprindelige rolle som bygherre af biogasanlægget og heraf følgende involvering i projekteringen m.v. siden 2009, blandt andet i relation til VVM-redegørelsen. Indklagede overtog således et færdigt projekt fra Bigadan A/S. Klageren har særligt påpeget, at indklagede må have overtaget projektet fra Bigadan A/S/Bigadan Holding A/S i tiden mellem stiftelsen af det indklagede selskab den 11. september 2012 og indgivelsen af ansøgningen om offentlig støtte den 13. september 2012. Klageren har understreget, at indklagede var et af Bigadan Holding A/S til formålet stiftet selskab, og at indklagede overtog Bigadan A/S' rolle som bygherre umiddelbart efter indklagede blev stiftet den 11. september 2012, og at indklagede ikke har betalt Bigadan A/S for overtagelsen af projektet som bygherre. Såfremt projektet ikke var blevet overdraget til indklagede, ville Bigadan A/S have været afskåret fra at afgive tilbud på opgaven, da en privat ordregiver ikke kan optræde som tilbudsgiver på den af ordregiveren udbudte opgave.

Klageren har for så vidt angår omtalen på internettet af artiklen af 21. oktober 2009 fra Horsens Folkeblad om biogasprojektet anført, at den dokumenterer Bigadan A/S' involvering og samarbejde med Landbrugets Rådgivningscenter og Danish Crown. Vedrørende artiklen fra Hansted-Egebjerg Lokaleråd fra december 2012 om borgermødet om biogasanlægget har klageren anført, at den dokumenterer, at Karsten D. Johansen fra indklagede og direktør Karsten Buchhave fra Bigadan A/S optrådte »side om side« på borgermødet.

Der foreligger ifølge klageren desuden en omgåelse og en overtrædelse af konkurrencelovens § 6, jf. konkurrencelovens § 7, stk. 2.

Indklagedes engagering af GasCon A/S som rådgiver kunne ikke afhjælpe Bigadan A/S' absolutte inhabilitet, da rådgiveren ikke var den ultimative beslutningstager, og det ikke på entydig og gennemsigtig vis er dokumenteret, at Bigadan Holding A/S og den ultimative ejer, Karsten Buchhave, skulle have fraskrevet sig deres indflydelse på valg af tilbudsgiver. Rådgi-

vere har erfaringsmæssigt ikke mandat til at indgå entreprisekontrakter og har heller ikke haft det her.

Hvis klagenævnet ikke måtte finde, at indklagede skulle have udelukket Bigadan A/S som tilbudsgiver, har alle de nævnte forhold og/eller følgende supplerende forhold givet Bigadan A/S en eller flere utilbørlige konkurrencefordel(e) i forhold til de andre potentielle tilbudsgivere. Den manglende udelukkelse af Bigadan A/S er derfor af denne grund en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

Bigadan A/S' tidligere involvering, bestemmende indflydelse på biogasanlæggets udformning og den ejermæssige tilknytning til Bigadan Holding A/S med personsammenfald i selskabernes ledelse indebar, at Bigadan A/S var i besiddelse af følgende oplysninger, som de andre potentielle tilbudsgivere ikke var i besiddelse af:

- Indklagedes budgetforudsætninger, jf. side 5 i ansøgningsskemaet af 13. september 2012, baseret på Bigadan A/S' indhentede tilbud fra fagentreprenører. Det må således ud fra det materiale, som indklagede har modtaget ved aktindsigt hos NaturErhvervsstyrelsen, lægges til grund, at den koncernforbundne vindende tilbudsgiver, Bigadan A/S, til forskel fra de andre potentielle tilbudsgivere har haft fuldt kendskab til indklagedes budget.
- Indklagedes mulighed for at »servicere finansiering opnået på almindelige vilkår, samt opnå sædvanlig forrentning af egenkapital« og dermed mulighed for at bedømme risikoen for, at udbuddet ville blive annulleret, jf. pkt. 6 i rettelsesblad nr. 3 af 7. februar 2013. Dispositionsforslag af 22. august 2012 udarbejdet af Gottlieb Paludan, By og Bygning Arkitekter og Cowi A/S. Ifølge klageren var det relevant for tilbudsgiverne at få selve dispositionsforslaget af 22. august 2012 udarbejdet af Gottlieb Paludan, By og Bygning Arkitekter og Cowi A/S i stedet for kun at have den del af tegningerne i dispositionsforlaget, som indgik i udbudsbeskrivelsen, idet det side 31 i udbudsbeskrivelsen, angives, at anlægget »skal fremstå som vist på visualisering af anlægget som vist på VVM og lokalplanen«.
- Bilagene til udkast til miljøgodkendelse af 30. august 2012 fra Horsens Kommune Teknik og Miljø.

Indklagede skulle for at sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i det mindste have udleveret disse oplysninger til klageren og de andre potentielle tilbudsgivere.

Klageren har også henvist til udbudsmaterialets ifølge klageren dårlige kvalitet med væsentlige mangler, hvoraf de største mangler måtte afklares ved sene rettelsesbrev baseret på spørgsmål fra potentielle tilbudsgivere.

Indklagedes manglende indrømmelse af en forlænget frist for afgivelse af tilbud, hvilket i forhold til opgavens kompleksitet sammenholdt med Bigadan A/S' langvarige og indgående involvering i opgaven forud for udbuddet har også givet Bigadan A/S en utilbørlig konkurrencefordel i forhold til de andre potentielle tilbudsgivere.

Hertil kom opgavens betydelige kompleksitet og økonomiske størrelse sammenholdt med udbudsmaterialets manglende oplysninger om geotekniske forhold samt substratets præcise mængde, sammensætning og egenskaber, som var forhold af helt central betydning for potentielle tilbudsgiveres prissætning, udarbejdelse af tidsplan og formulering af procesgarantier.

At udbuddet har været fejlbehæftet m.v. understreges af den omstændighed, at der ikke blev modtaget tilbud fra andre end Bigadan A/S. Dette står i skærende kontrast til de øvrige udbud, hvor klageren er blevet prækvalificeret, hvor der har været op til 10 ansøgere.

Alt dette viser, at indklagede ikke har tilrettelagt udbuddet på en sådan måde, at der på entydig, sikker og gennemsigtig vis er sket en udjævning af Bigadan A/S' konkurrencefordele i forhold til de andre potentielle tilbudsgivere. Der er tale om langt alvorligere forhold end i kendelsen af 30. november 2011, Willis I/S mod Sønderborg Kommune.

Klageren har desuden anført, at det først er under klagesagen, at relationerne mellem indklagede og Bigadan A/S til fulde er blevet oplyst og kun i kraft af klagerens opfordringer og selvstændige undersøgelser.

Vedrørende påstand 2 B har klageren henvist til det samme som vedrørende påstand 2 A. Klageren har desuden anført, at det følger af det EU-retlige ligebehandlingsprincip, som finder anvendelse i denne sag, subsi-

diært ligebehandlingsprincippet i tilbudsloven, og gennemsigtighedsprincippet, at der i et udbud af den foreliggende karakter med en ganske betydelig risiko for, at de i afsnit 4 omtalte tætte relationer mellem indklagede som ordregiver og Bigadan A/S som tilbudsgiver kombineret med de øvrige forhold, herunder Bigadan A/S' betydelige involvering og indflydelse på projektet med biogasanlægget samt indklagedes budget, må stilles særlige krav om, at indklagede er i stand til at dokumentere, at indklagede ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbuddet på entydig og klar vis har adresseret og håndteret de pågældende forhold. Indklagede skal således på gennemsigtig vis dokumentere, at der ikke er sket brud på principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Da indklagede hverken i rettelsesbladene baseret på de rejste spørgsmål eller under nærværende sag har kunnet fremlægge nogen form for dokumentation herfor, er dette i sig selv udtryk for en overtrædelse af de udbudsretlige regler i form af ligebehandling og gennemsigtighed.

Indklagede har gjort gældende, at der intet reelt grundlag er for det indtryk, klageren søger at skabe, hvorefter indklagede på usaglig vis over flere år skulle have forberedt sig på at foretage et udbud med det ene formål at tildele en offentlig støttet kontrakt til en koncernforbundet virksomhed.

Indklagede bestrider ikke, at projektet udsprang af Bigadan Holding A/S' ønske om at opføre et biogasanlæg, og at tanken også oprindeligt var, at det koncernforbundne selskab Bigadan A/S skulle stå for selve opførelsen. Begge virksomheder er private virksomheder, og da ingen af virksomhederne er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivets regler, er der tale om en sædvanlig og uproblematisk konstruktion.

Modtagelsen af offentlig støtte medførte imidlertid en samtidig forpligtelse til at udbyde opgaven i medfør af tilbudslovens regler samt at sikre behørig afstand mellem ordregiveren og de potentielle tilbudsgivere. For at sikre upartiskhed i processen etablerede Bigadan Holding A/S det indklagede selskab og indsatte en selvstændig ny ledelse i form af adm. direktør, cand.agro. Klaus Dalsgaard Johansen. Det er således faktisk ukorrekt, når klageren gør gældende, at der mellem den vindende tilbudsgiver og indklagede er et ledelsesmæssigt sammenfald. Den avisartikel, hvori Klaus D. Johansen og Karsten Buchhave optræder til samme borgermøde, er uden betydning for sagen.

For yderligere at sikre upartiskheden valgte indklagede at lade udbuddet forestå af den eksterne uafhængige rådgiver GasCon. Klageren har ikke påvist, at indklagedes ledelse eller personer med tilknytning til indklagedes moderselskab eller andre koncernforbundne selskaber skulle have forsøgt at påvirke indklagedes rådgiver GasCon. Alene den formelle (men ikke reelle) endelige beslutning om kontraktindgåelse var (i sagens natur) ikke overdraget til GasCon.

At indklagede ikke har haft noget ønske om at favorisere og heller ikke rent faktisk har gjort det, understreges i øvrigt af den omstændighed, at indklagede, som kunne have valgt blot at indhente to underhåndsbud, jf. § 2 i bekendtgørelse nr. 817 af 23. august 2005 om visse udbyderes anvendelse af underhåndsbud efter lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, i stedet valgte at udbyde opgaven i offentlig licitation.

Som forklaret har det hele tiden været hensigten at skaffe ekstern finansiering i indklagede. Der er således intet suspekt, odiøst eller ulovligt i, at indklagedes selskabskapital er begrænset. Kapitalforholdene har heller ikke givet den vindende tilbudsgiver nogen fordel. Tværtimod ville det have en negativ betydning for indklagedes moderselskabs muligheder for at finde en ekstern investor, hvis den vindende tilbudsgiver var blevet givet utilbørlige fordele, eller hvis indklagede i øvrigt på nogen måde havde tiltrettet sig en proces, der ikke havde det reelle formål, at finde frem til det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Eftersom en investor ikke vil have nogen interesse i en bestemt vindende tilbudsgiver, vil det være umuligt at finde en investor, såfremt en investor i forbindelse med en due diligence kan identificere et udbudsforløb, der ikke er foretaget korrekt. Indklagedes moderselskab har derfor også af den grund haft en interesse i, at indklagedes ledelse og eksterne rådgiver kørte udbudsprocessen 100 % efter reglerne i tilbudsloven. Den mellemfinansiering, moderselskabet har måttet foretage af indklagede, er en følge af denne klagesag, og i øvrigt uden betydning for spørgsmålet om, hvorvidt Bigadan A/S skulle udelukkes som tilbudsgiver.

Klageren har argumenteret meget omfattende for, at koncernforholdet mellem indklagede og den vindende tilbudsgiver i sig selv skulle medføre, at den vindende tilbudsgiver var inhabil. Klageren bruger derimod ikke særligt meget plads på at argumentere for, at den vindende tilbudsgiver

konkret har haft nogen konkurrencemæssig fordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere. Klageren har således ikke påvist ét eneste forhold i udbudsmaterialet, der viser, at den vindende tilbudsgiver er tillagt fordele i forhold til andre tilbudsgivere.

Realiteten er, at samtlige tilbudsgivere har haft lige adgang til at afgive tilbud. De dokumenter, den vindende tilbudsgiver havde udarbejdet for indklagede inden tilbudsfristen, er endvidere i relevant og tilstrækkeligt omfang stillet til rådighed for samtlige potentielle tilbudsgivere.

Det følger af klagenævnets praksis, at udgangspunktet er, at det forhold, at en virksomhed har ydet rådgivning til ordregiveren inden udbuddets iværksættelse, ikke medfører inhabilitet, med mindre der er konkrete forhold, der taler for, at den pågældende virksomhed herved har opnået (i) væsentlige (ii) fordele, der (iii) ikke er blevet neutraliseret, jf. herved blandt andet klagenævnets kendelse af 31. maj 2010, Danske Arkitektvirksomheder mod Udenrigsministeriet. Der henvises tillige til betragtning 8 til udbudsdirektivet, hvoraf følger »Inden de ordregivende myndigheder indleder en udbudsprocedure, kan de ved hjælp af en »teknisk dialog« søge eller modtage rådgivning, der kan benyttes til at udarbejde udbudsbetingelserne, dog forudsat at en sådan rådgivning ikke har til følge, at konkurrence forhindres.« En ordregivers muligheder i den sammenhæng kan ikke være mindre vidtgående efter tilbudsloven end efter udbudsdirektivet.

Med hensyn til de konkret påståede fordele er den vindende tilbudsgivers arbejde i relation til udarbejdelse af VVM-redegørelse ikke forhold, der er egnede til at give den vindende tilbudsgiver nogen væsentlig konkurrencefordel. Hvordan vinderen af udbuddet, som hævdet af klageren, skulle have haft fordele i relation til udarbejdelse af tidsplan samt formulering af procesgarantier er fuldstændig uklart. Såvel tidsplan som procesgarantier var således underkriterier, der skulle anvendes i evalueringen af de indkomne tilbud. De fordele, som den vindende tilbudsgiver eventuelt måtte have haft som følge af den forudgående deltagelse i projektet, er blevet neutraliseret, blandt andet ved, at indklagede har givet en lang tidsfrist for afgivelse af tilbud. De manglende bilag til miljøgodkendelsen, som klageren henviser til, kan ikke have haft nogen betydning for konkurrencesituationen. I øvrigt bemærkes det, at indklagede ikke på noget tidspunkt lagde skjul på, at udbuddet var omfattet af tilbudsloven som følge af en ansøgning om offentlig støtte. Hvis klageren ønskede flere oplysninger om den

forudgående ansøgning, kunne klageren bare have efterspurgt disse oplysninger i spørgsmål/svarprocessen. Det forhold, at den vindende tilbudsgiver var klar over, hvilken pris der var anvendt i forbindelse med ansøgningen, gør ikke, at den vindende tilbudsgiver har haft en konkurrencemæssig fordel i forhold til andre potentielle tilbudsgivere. Der er således i det væsentligste tale om historiske dokumenter, som indklagedes rådgiver, som tilrettelagde udbuddet, har vurderet ikke var relevante i konkurrencesituationen. Den vindende tilbudsgivers priser er i øvrigt også baseret på nye underentreprenørtilbud, og ikke på dem, der ligger til grund for ansøgningen. De yderligere oplysninger, klageren mener manglede, er oplysninger, som indklagede heller ikke var i besiddelse af. Den vindende tilbudsgiver – eller indklagede – har således ikke foretaget forudgående geotekniske undersøgelser og klarlagt forhold vedrørende substrater af relevans for udbuddet.

Det af EUF-traktaten udledte ligebehandlingsprincip har ikke betydning for denne sag, idet indklagede ikke er forpligtet af traktatens bestemmelser eller principper. Som følge af en særlig regel i tilbudsloven er indklagede underlagt en forpligtelse til at foretage udbud i medfør af disse regler. Indklagede er alene forpligtet af det ligebehandlingsprincip, som følger af tilbudsloven, jf. tilsvarende klagenævnets kendelse af 30. januar 2012, Maja Consulting smba mod VisitNordsjælland F.M.B.A. samt delkendelsen i denne sag ad påstand 8.

Indklagede har givet en tilbudsfrist på 41 dage, hvilket er betydeligt længere, end hvad der havde været nødvendigt i en forholdsvis simpel licitation efter tilbudsloven. Hverken klageren eller andre virksomheder, som deltog i udbudsprocessen, anmodede om tidsfristforlængelser. Det er således ukorrekt, når klageren gør gældende, at indklagede ikke har forlænget tilbudsfristen.

Klageren har heller ikke i øvrigt identificeret nogen hverken aktuel eller potentiel risiko for ulovlig forskelsbehandling.

Klagerens anbringende vedrørende konkurrenceloven synes at bero på en misforståelse af konkurrencelovens § 6. Klagenævnets kompetence i medfør af håndhævelseslovens § 10, stk. 1, 1. pkt., jf. § 1, stk. 2 og 3, omfatter under alle omstændigheder ikke overtrædelser af konkurrenceloven.

Indklagede har som nævnt om påstand 2 B anført, at det er uklart, hvilken dokumentation klageren mener, at indklagede burde have fremlagt, samt hvad påstanden i øvrigt drejer sig om. Påstanden bør af denne grund afvises, jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 2. I øvrigt har indklagede henvist til det, som er anført vedrørende påstand 2 A.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at tildelingsbeslutningen bør annulleres som følge af de begåede overtrædelser.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for klagerens påstande 1, 2 A og 2 B. Påstanden skal derfor ikke tages til følge. Klagerens manglende indgivelse af tilbud indebærer, at selv hvis klagen helt eller delvist måtte blive taget til følge, skal der ikke annullation.

Klagenævnet udtaler:

Ad afvisningspåstanden

Klageren har efter de foreliggende oplysninger erfaring indenfor biogasanlæg og er i 2013 blevet prækvalificeret i andre udbud af biogasanlæg.

Klageren har anmodet om udbudsmaterialet vedrørende dette udbud. Efter at have stillet en række spørgsmål til indklagede afstod klageren fra at afgive tilbud, fordi klageren mente, at indklagede ville favorisere det med indklagede koncernforbundne selskab, Bigadan A/S.

Under disse omstændigheder har klageren retlig interesse i klagen, jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 1, nr. 1. Det er i den forbindelse ufornuddent at tage stilling til, om klageren kunne opfylde minimumskravet i udbudsbetingelsernes punkt 3.2 om 3 referencer fra »lignende« projekter indenfor de sidste 3 år. I øvrigt er der ikke i udbudsbetingelserne stillet nærmere krav til sådanne referencer. Det forekommer på den baggrund tvivlsomt, om indklagede ville have kunnet anse de af klageren påberåbte referencer for utilstrækkelige.

Ad påstand 1

Det anføres i klagenævnets delkendelse af 24. april 2013 om opsættende virkning om denne påstand:

»Indklagede har som modtager af offentlig støtte indhentet tilbud i offentlig licitation i henhold til tilbudslovens § 1, stk. 2, nr. 2, jf. § 2.

Spørgsmålet er, om der i stedet rettelig skulle have været foretaget et udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådet direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004).

Forsyningsvirksomhedsdirektivet gælder ifølge artikel 2, stk. 2, litra b, for ordregivere:

»der ikke er ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, og som bl.a. udøver en eller flere af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7, og som råder over særlige eller eksklusive rettigheder, der er meddelt af en kompetent myndighed i en medlemsstat.«

I artikel 2, stk. 3, defineres »særlige eller eksklusive rettigheder« som følger:

»Ved "særlige eller eksklusive rettigheder" forstås i dette direktiv rettigheder, som følger af en tilladelse, der er meddelt af en kompetent myndighed i den pågældende medlemsstat i henhold til en lov eller administrativ bestemmelse, og som tager sigte på at forbeholde en eller flere virksomheder at udøve en af de aktiviteter, der er omhandlet i artikel 3-7, og dermed i væsentlig grad påvirker andre virksomheders muligheder for at udføre den pågældende aktivitet.«

I direktivets betragtning 25 er det anført:

»Der bør fastlægges en passende definition af begrebet særlige og eksklusive rettigheder. Af denne definition følger, at det ikke i sig selv vil udgøre særlige eller eksklusive rettigheder i dette direktivs betydning, at en virksomhed til opbygningen af net eller havne- eller lufthavnsanlæg kan benytte ekspropriation eller brug af en servitut eller placere netudstyr på, under eller over offentlig vej. At en virksomhed leverer drikkevand, elektricitet, gas eller varme til et net, der drives af et foretagende, der har særlige eller eksklusive rettigheder, som er meddelt af en kompetent myndighed i den pågældende medlemsstat, udgør heller ikke i sig selv en særlig eller eksklusiv rettighed som omhandlet i dette direktiv. På samme måde kan rettigheder, som en medlemsstat i en eller anden form, også via koncessi-

onskontrakter, har givet et begrænset antal virksomheder på grundlag af objektive, forholdsmæssigt afpassede og ikke-diskriminerende kriterier, som giver enhver interesseret, der opfylder dem, mulighed for at drage fordel af dem, heller ikke betragtes som eksklusive eller særlige rettigheder.«

Som det fremgår af ovenstående omfattes private virksomheder, som leverer gas til et net, der drives af en indehaver af særlige eller eksklusive rettigheder - i modsætning til, hvad der var tilfældet i henhold til det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv (Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993) - ikke af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Ifølge anlægsbeskrivelsen i udbudsbetingelserne skal indklagede levere gas, som skal distribueres via naturgasnettet. Indklagede besidder ikke særlige (ene)rettigheder, tilladelser, koncessioner eller lignende, som kan begrunde, at totalentreprisen vedrørende biogasanlægget skal anses for omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Der er herefter foreløbigt vurderet ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Klagenævnet bemærker, at kommunalbestyrelsen i Horsens Kommune, som er den kompetente myndighed i henhold til varmemforsyningsloven, og som i forbindelse med projektet har udarbejdet »Kommuneplantillæg 4 – 2012, Biogas Horsens Nord« og »Lokalplan 7 – 2012, Rådved by«, ikke har anset indklagedes virksomhed for omfattet af godkendelseskravet i varmemforsyningslovens § 4 om projekter for etablering af nye kollektive varmemforsyningsanlæg. Da der efter ordlyden af varmemforsyningsloven, forarbejderne til denne og Energiklagenævnets praksis samt det oplyste om projektet ikke er noget, som tyder på, at kommunens vurdering er fejlagtig, har klagenævnet ikke fundet det relevant at høre de kompetente myndigheder Horsens Kommune eller Energiklagenævnet om baggrunden for, at indklagedes projekt ikke er anset for godkendelsespligtigt.

Herefter og af de grunde, som er anført i delkendelsen om opsættende virkning, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 2 A og 2 B

Det anføres i klagenævnets delkendelse af 24. april 2013 om opsættende virkning om påstand 2 A (dengang påstand 3):

»Koncernforbindelsen mellem indklagede og Bigadan A/S sammenholdt med, at Bigadan A/S ifølge spørgsmål/svar nr. 2 i rettelsesblad 3 og nr. 1 i rettelsesblad 5 har forestået, udarbejdet og indleveret anmeldelsen af biogasanlægget, idet det har været forudsat, at Bigadan A/S skulle stå for opførelsen af anlægget, kunne i princippet give selskabet en sådan særlig indsigt i projektet, at det ville være i strid med ligebehandlingsprincippet at lade selskabet afgive tilbud.

Klageren har imidlertid ikke på nogen måde påvist eller søgt at påvise, på hvilke punkter Bigadan A/S i kraft af den forudgående involvering i projektet skulle have opnået en særlig fordel set i forhold til andre mulige tilbudsgivere, herunder klageren – og herved en fordel, som ikke er imødegået ved den måde, hvorpå udbudsmaterialet er udformet, og den tid, tilbudsgiverne fik til at sætte sig ind i dette og udarbejde tilbud.

På det foreliggende foreløbige grundlag er der herefter ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.«

Klagenævnet bemærker om *klagerens principale anbringende om automatisk udelukkelse*, hvorefter koncernforbindelser mellem ordregiver og en tilbudsgiver automatisk skal indebære, at tilbud fra det koncernforbundne selskab ikke kan tages i betragtning, at en sådan retstilstand inden for udbudsdirektivets og forsyningsvirksomhedsdirektivets anvendelsesområde synes at stride mod princippet i Domstolens dom af 23. december 2009 i sag C-376/08, Serrantoni Srl. Consorzio stabile edili Scrl mod Comune di Milano, præmis 39, hvorefter EU-retten er til hinder for nationale bestemmelser, som indebærer automatisk udelukkelse af to eller flere koncernforbundne selskaber fra at deltage i samme udbudsprocedure, uden mulighed for at de koncernforbundne virksomheder kan påvise, at deres bud er blevet formuleret uafhængigt, og at der derfor ikke foreligger nogen risiko for påvirkning af konkurrencen, jf. i samme retning § 9 i bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Det kan endvidere ikke antages, at lovgiver har tilsigtet, at der efter tilbudsloven skal gælde anderledes og strengere regler om udelukkelse af koncernforbundne tilbudsgivere end efter de EU-retlige udbudsregler.

Klagerens principale anbringende kan derfor ikke følges.

Klageren er efter kendelsen om opsættende virkning fremkommet med forskellige anbringender om navnlig *indklagedes økonomiske forhold*.

Om disse anbringender bemærkes, at den omstændighed, at holdingselskabet i koncernen har mellemfinansieret indklagede, indtil der som forudsat kan tilvejebringes ekstern finansiering, ikke i sig selv kan indebære, at Bigadan A/S skulle udelukkes fra at afgive tilbud. Som anført af indklagede kan den omstændighed, at der skal tilvejebringes ekstern kapital i indklagede, og at indklagede har behov for en sådan ekstern finansiering, ikke antages at indebære et særligt incitament til at favorisere Bigadan A/S. Tværtimod synes behovet for ekstern finansiering at indebære et incitament til at sikre, at tilbudslovens regler med sikkerhed overholdes og undgå enhver form for favorisering af det koncernforbundne selskab. Holdingselskabets sikkerhedsstillelse i 2011 for Bigadan A/S' entreprenørgarantier på 15.834.206 kr. og for bankgæld i koncernen samt holdingselskabets kaution i 2011 for bankgæld og entreprenørgarantier udstedt af Bigadan A/S (og øvrige datterselskaber) kan heller ikke i sig selv indebære, at indklagede skulle have udelukket Bigadan A/S fra at afgive tilbud.

Andre af de anbringender, som klageren er fremkommet med efter kendelsen om opsættende virkning, vedrører *den særlige indsigt, som Bigadan A/S har opnået* ved oprindeligt at have været det selskab, som stod for forprojektering og ansøgningen om miljøgodkendelse.

Som angivet i kendelsen om opsættende virkning kunne koncernforbindelsen mellem indklagede og Bigadan A/S sammenholdt med, at Bigadan A/S ifølge spørgsmål/svar nr. 2 i rettelsesblad 3 og nr. 1 i rettelsesblad 5 har forestået, udarbejdet og indleveret ansøgningen om miljøgodkendelse af biogasanlægget, idet det har været forudsat, at Bigadan A/S skulle stå for opførelsen af anlægget, i princippet give selskabet en sådan særlig indsigt i projektet, at det ville være i strid med ligebehandlingsprincippet at lade selskabet afgive tilbud.

Bigadan A/S særlige indsigt kan imidlertid ikke i sig selv medføre, at selskabet skulle udelukkes fra at afgive tilbud, hvis de oplysninger af rele-

vans for tilbudsgivningen, som Bigadan A/S på forhånd var i besiddelse af, blev stillet til rådighed for de øvrige tilbudsgivere.

Klagenævnet bemærker i den forbindelse, at der fra holdingselskabets og indklagedes side er taget skridt til at afbalancere den forhåndsviden og særlige position, som Bigadan A/S umiddelbart havde. Der er således i selskabet, der ikke har nogen ledelse ud over direktionen, indsat en direktør, som er uden forbindelse med ledelsen og ejerkredsen i de koncernforbundne selskaber. Desuden er der antaget en uafhængig rådgiver, Gascon A/S, med kompetence inden for biogasanlæg til at udarbejde udbudsmateriale og forestå udbudsprocessen frem til indstillingen af den vindende tilbudsgiver.

Med hensyn til de oplysninger, som klageren konkret har fremhævet, som *oplysninger, der burde have været stillet til rådighed for tilbudsgiverne* for at ligestille dem med Bigadan A/S, bemærkes:

Klagerens anbringender om *»indklagedes budgetforudsætninger, jf. side 5 i ansøgningsskemaet af 13. september 2012, baseret på Bigadan A/S' indhentede tilbud fra fagentreprenører«* og *»indklagedes mulighed for at »servicere finansiering opnået på almindelige vilkår, samt opnå sædvanlig forrentning af egenkapital«* og *dermed mulighed for at bedømme risikoen for, at udbuddet ville blive annulleret, jf. pkt. 6 i rettelsesblad nr. 3 af 7. februar 2013«* er ikke klare.

Umiddelbart synes oplysninger om, hvilke økonomiske forudsætninger for gennemførelsen af projektet Bigadan A/S (som efterfølgende er erstattet af indklagede) har haft ved indgivelsen af oplysningen om støtte, ikke at være oplysninger af betydning, endsige væsentlig betydning for tilbudsgivernes udarbejdelse af tilbud. Det afgørende for tilbudsgiverne må således være, hvilke omkostninger de selv realistisk måtte forventes at skulle afholde for at kunne tilbyde et konkurrencedygtigt projekt, som levede op til kravene i udbudsbetingelserne – og ikke, hvilke omkostninger indklagede (oprindeligt Bigadan A/S) som bygherre havde regnet med at skulle afholde, henholdsvis, hvor indklagedes »tålegrænse« med hensyn til økonomien i projektet lå. Selvom Bigadan A/S måtte formodes at have bedre indsigt i indklagedes rammer for og forventninger til økonomien end de øvrige tilbudsgivere, kunne der næppe heller sættes lighedstegn mellem oplysningerne og forudsætningerne i støtteansøgningen indgivet af Bigadan

A/S, og de økonomiske rammer og forudsætninger, som ledelsen i indklagede efter ændringen af selskabskonstruktionen har anlagt op til og ved udbuddet af opgaven, herunder blandt andet indklagedes brev af 30. november 2012 til NaturErhvervsstyrelsen med yderligere oplysninger om budget.

Hvis anbringenderne skal forstås sådan, at Bigadan A/S navnlig i kraft af de tidligere indhentede tilbud fra underleverandører havde bedre forudsætninger end andre potentielle tilbudsgivere for at udarbejde tilbud, og at priserne i de pågældende tilbud derfor burde være stillet til rådighed for øvrige tilbudsgivere, bemærkes, at enhver potentiel tilbudsgiver – herunder både klageren og Bigadan A/S – måtte formodes at indhente aktuelle tilbud fra underleverandører til brug for tilbudsafgivelsen. De tilbudspriser, som Bigadan A/S havde indhentet til brug for ansøgningen om offentlig støtte af 13. september 2012, kan ikke antages at have haft en sådan betydning – og aktualitet – at de for i fornødent omfang at ligestille øvrige tilbudsgivere med Bigadan A/S skulle have været stillet til rådighed som en del af udbudsmaterialet.

Som anerkendt af klageren indgår en del af tegningerne fra *dispositionsforslaget af 22. august 2012 udarbejdet af Gottlieb Paludan, By og Bygning Arkitekter og Cowi A/S* i udbudsbetingelserne. Både VVM-redegørelsen og lokalplanen var bilag til udbudsbetingelserne. Klageren har ikke på nogen måde konkretiseret, hvad det er for oplysninger i dispositionsforslaget, som klageren mener, at klageren og øvrige tilbudsgivere manglede for på lige fod med Bigadan A/S at kunne opfylde kravet i udbudsbetingelsernes særlige betingelser om, at »Anlægget skal fremstå som vist på visualisering af anlægget som vist på VVM og lokalplan (bilag 3 og 4)«. Der er på den baggrund ikke grundlag for at fastslå, at dispositionsforslaget skulle have været en del af udbudsbetingelserne for i fornødent omfang at udligne Bigadan A/S' forhåndskendskab til projektet.

Så vidt ses er det eneste, som adskiller *udkastet til miljøgodkendelse af 30. august 2012 fra Horsens Kommune Teknik og Miljø* fra det udkast af 2. august 2012, som var bilag til udbudsbetingelserne, at der ikke i udkastet af 2. august 2012 var medtaget de bilag 1-10, som indgik i udkastet af 30. august. En del af det tegningsmateriale, som var bilag til ansøgningen af 30. august 2012, er tegningsbilag til udbudsbetingelserne.

Klageren har ikke på nogen måde konkretiseret, hvad det er for oplysninger i den resterende del af bilagene til udkastet af 30. august 2012, som klageren mener, at klageren og øvrige tilbudsgivere manglede for at være ligestillet med Bigadan A/S ved udarbejdelsen af tilbud. Der er på den baggrund ikke grundlag for at fastslå, at alle bilag til udkastet af 30. august 2012 skulle have været en del af udbudsbetingelserne for i fornødent omfang at udligne Bigadan A/S' forhåndskendskab til projektet.

Efter det oplyste er der ikke forud for udbuddet foretaget relevante *geotekniske undersøgelser*. Der var endvidere ifølge indklagedes svar i rettellesblad 3 på spørgsmål 7 ikke på udbudstidspunktet andre *data om substrat/biomasser* end dem, der fremgik af VVM-redegørelsen, som var bilag til udbudsbetingelserne. Der er på den baggrund ikke grundlag for at fastslå, at Bigadan A/S har opnået en fortrinsstilling ved at have bedre adgang end klageren og øvrige tilbudsgivere til oplysninger om geotekniske forhold eller substratets mængde, sammensætning og egenskaber.

Klageren har tillige gjort gældende, at indklagede burde have *forlænget fristen for afgivelse af tilbud*. Da ingen tilbudsgivere anmodede om en længere frist, menes muligvis hermed, at indklagede skulle have fastsat en længere tilbudsfrist.

Indklagede havde fastsat en frist på 41 dage for udarbejdelsen af tilbud. Hverken klageren eller andre tilbudsgivere anmodede om en længere frist end de 41 dage. Klagerens meddelelse om ikke at ville afgive tilbud henviser heller ikke til en for kort tilbudsfrist som begrundelse for at undlade at afgive tilbud. Klagenævnet finder på den baggrund ikke, at der – uanset at en tilbudsfrist på 41 dage kan forekomme relativt kort i et totalentreprisetilbud som dette – under de foreliggende omstændigheder er grundlag for at fastslå, at tilbudsfristen har været for kort til, at andre tilbudsgivere end Bigadan A/S har haft fornøden tid til at sætte sig ind i udbudsmaterialet og udarbejde konkurrencedygtige tilbud. Det bemærkes i den forbindelse, at der som netop anført ikke af klageren er påvist oplysninger, som alene har været til rådighed for Bigadan A/S, som må anses for at være af betydning, endsige væsentlig betydning ved udformningen af tilbud.

Henset til klagerens manglende angivelse af omstændigheder, der har indebåret en reel fortrinsstilling for Bigadan A/S i relation til udformningen

af tilbud, kan den omstændighed, at der *ikke blev modtaget tilbud fra andre* end Bigadan A/S, ikke føre til, at påstanden skal tages til følge.

De af klageren under spørgsmål/svar-processen påpegede *fejl i udbudsbetingelserne* i form af frit-valgsforbehold og manglende adgang til at overvære åbning af tilbud blev rettet af indklagede. Disse fejl kan derfor heller ikke begrunde, at klageren skal have medhold i påstanden.

Påstand 2 A tages herefter ikke til følge.

Påstand 2 B synes ikke at have et selvstændigt indhold, der ligger ud over påstand 2 A. Klagenævnet tager derfor ikke særskilt stilling til påstand 2 B og til indklagedes subsidiære påstand om afvisning af denne påstand.

Klagenævnet finder det ligeledes uforholdsmæssigt at tage stilling til parternes anbringender om anvendeligheden af det EU-retlige forbud mod forskelsbehandling. I relation til det spørgsmål som påstand 2 A vedrører om pligt til at undlade at tage tilbuddet fra Bigadan A/S i betragtning, er der således ikke tvivl om, at der efter tilbudsloven gælder et forbud mod forskelsbehandling, som svarer til det EU-retlige forbud.

Ad påstand 3

Da klagerens påstande 1 og 2 ikke er taget til følge, tages påstanden om annullation ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig