

K E N D E L S E

LSI Metro Gruppen
(advokat Andreas Christensen, København)

mod

Metroselskabet I/S
(advokat Claus Berg, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 18. oktober 2006 udbød Ørestadsselskabet I/S som udbud med forhandling efter direktiv 2004/17/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (Forsyningsvirksomhedsdirektivet) følgende 2 tjenesteydelser:

- I. En multidisciplinær totalrådgivningsopgave inden for ydelsesområdet Civil Works (MCW-kontrakt) vedrørende udbygningen af den københavnske metro (Metroringen).
- II. En multidisciplinær totalrådgivningskontrakt inden for området Transportation Systems (MTS-kontrakt) vedrørende udbygningen af den københavnske metro (Metroringen).

Denne klagesag vedrører kun kontrakt I. MCW-kontrakten.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation til at deltage i udbudet med forhandling den 4. december 2006 havde 6 konsortier anmodet om prækvalifikation, og den 21. december 2006 besluttede indklagede at prækvalificere følgende 5 konsortier til at deltage i udbudet:

1. City Ring Consultants
2. Cowi Arup Systra JV
3. LSI Metro Gruppen
4. Parsons Brinckerhoff Ltd.
5. Rambøll Atkins Konsortiet.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 20. marts 2007 havde alle de 5 prækvalificerede konsortier afgivet tilbud. På grundlag af en evaluering af tilbudene besluttede indklagede, at tilbudsgiver nr. 2, 3, 4 og 5 skulle deltage i forhandlingerne. Efter at disse forhandlinger var gennemført, besluttede indklagede at anmode tilbudsgiver nr. 2, 4 og 5 om at afgive justeret tilbud med frister, der udløb i uge 28. De 3 tilbudsgivere afgav justeret tilbud, og på grundlag af disse tilbud besluttede indklagede efter yderligere forhandlinger med disse tilbudsgivere at anmode de 3 tilbudsgivere om at afgive endelige tilbud med frist til den 14. september 2006. Efter en vurdering af disse tilbud besluttede indklagede den 26. september 2007 at indgå kontrakt med nr. 2. Cowi Arup Systra JV. Kontrakt blev herefter indgået den 11. oktober 2007.

Den 26. juni 2007, dvs. mens udbudet endnu ikke var afsluttet, indgav konsortium 3. LSI Metro Gruppen, klage til Klagenævnet for Udbud mod Ørestaden I/S.

Klageren nedlagde under denne sag bl.a. følgende påstand:

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved den 21. december 2006 at prækvalificere konsortium 2. Cowi Arup Systra JV til at deltage i udbudet med forhandling, uagtet Cowi A/S, som er deltager i dette konsortium, forud for udbudet og under udbudet har fungeret som rådgiver for indklagede vedrørende Cityringen.

Klagenævnet afsagde kendelse i sagen den 24. august 2007. Ved denne kendelse blev ingen af klagerens påstande taget til følge.

Klageren gjorde under sagen ad påstand 2 et anbringende gældende, som Klagenævnet i kendelsen af 24. august 2007 har beskrevet således:

»Klageren har til støtte for sin påstand 2 yderligere gjort et anbringende gældende, som er formuleret således:

”Det faktum, at [projektdirektør hos indklagede] Arne Steen Jacobsen har været involveret i udbudsprocessen til trods for hans aktiebesiddelse i COWI og hans tidligere involvering i udbuddet i forbindelse med ansættelsen hos COWI, er udtryk for grov tilsidesættelse af det udbudsret-

lige ligebehandlingsprincip. Dette har i en sådan grad skabt usikkerhed om Indklagedes uafhængighed af COWI, at dette i sig selv bør føre til annullation af Indklagedes beslutning om at prækvalificere konsortiet COWI ARUP SYSTRA JV.”

Klageren har herudover henvist til, at også andre ansatte hos indklagede har eller har haft en sådan forbindelse med Cowi A/S, at disse ansatte personers forhold må vurderes sammen med projektdirektør Arne Steen Jacobsens forhold.«

Klagenævnet anførte i kendelsen herom følgende:

»Klagenævnet finder vedrørende dette anbringende alene anledning til at påpege følgende:

Såfremt en offentlig ordregiver træffer beslutning om, at en virksomhed, som anmoder om prækvalifikation, ikke kan prækvalificeres, fordi en person ansat hos den offentlige ordregiver har tætte forbindelser til den pågældende virksomhed, ville dette i forhold til denne virksomhed indebære en klar overtrædelse af Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10.«

Den 15. oktober 2007 indgav klageren, konsortium 3. LSI Metro Gruppen, en yderligere klage til Klagenævnet for Udbud mod indklagede, Ørestaden I/S, vedrørende MCW-kontrakten. Klagen har været behandlet på et møde den 12. december 2007.

Med virkning fra 26. oktober 2007 er Ørestaden I/S blevet likvideret, idet Metroselskabet I/S er succederet i Ørestaden I/S's rettigheder og forpligtelser, og indklagede under denne sag har herefter været Metroselskabet I/S.

Klageren har under denne yderligere sag nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at have ladet projektdirektør Arne Steen Jacobsen deltage ved beslutningen om, hvilke konsortier /virksomheder der skulle prækvalificeres, herunder Cowi Arup Systra JV, vedrørende totalrådgivningskontrakten ved Cityringen, uanset at projektdirektør Arne Steen Jacobsen selv havde en særlig personlig eller økonomisk interesse i udbudets udfald.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at have ladet projektdirektør Arne Steen Jacobsen deltage i forbindelse med evalueringen af tilbudene på totalrådgivningskontrakten ved Cityringen, uanset at projektdirektør Arne Steen Jacobsen selv havde en særlig personlig eller økonomisk interesse i udbudets udfald.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at have ladet projektdirektør Arne Steen Jacobsen deltage ved beslutningen om, hvilke tilbudsgivere der skulle deltage i yderligere forhandlinger om totalrådgivningskontrakten vedrørende Cityringen, uanset at projektdirektør Arne Steen Jacobsen selv havde en særlig personlig eller økonomisk interesse i udbudets udfald.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at have ladet projektdirektør Arne Steen Jacobsen deltage ved indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Cowi Arup Systra JV om totalrådgivningskontrakten ved Cityringen, uanset at projektdirektør Arne Steen Jacobsen selv havde en særlig personlig eller økonomisk interesse i, at indklagede indgik kontrakt med Cowi Arup Systra JV.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 26. september 2007 om at indgå totalrådgivningskontrakten ved Cityringen med Cowi Arup Systra JV.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har nedlagt følgende påstande:

Principal: Afvisning

Subsidiært: Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1-5.

Indklagede har oplyst, at Arne Steen Jacobsen blev ansat som projektdirektør hos indklagede med virkning fra 1. august 2006. I begyndelsen af sep-

tember 2007 besluttede indklagede, at projektdirektør Arne Steen Jacobsen ikke fra dette tidspunkt skulle medvirke ved gennemførelsen af de to udbud (vedrørende MCW-kontrakten og MTS-kontrakten). Indklagede har videre oplyst, at projektdirektør Arne Steen Jacobsen og hans ægtefælle Pia Susanne Jacobsen har afhændet deres aktier i Cowi A/S. Indklagede har endelig oplyst, at projektdirektør Arne Steen Jacobsen ikke har deltaget i evalueringen af de afsluttende tilbud fra de 3 tilbudsgivere, og at han heller ikke har deltaget i beslutningen om, hvilken tilbudsgiver der skulle indgås kontrakt med.

Klagerens anbringender

Ad den principale påstand om afvisning

Klageren har gjort gældende, at der ikke under den tidligere sag blev taget stilling til de overtrædelser, som denne sag vedrører. Klageren har endvidere henvist til Klagenævnets kendelse af 15. december 1999 (Lifeline I/S mod Dansk Hunderegister) påstand 4.

Ad påstand 1 - 4

Klageren har anført følgende: Indklagedes projektdirektør Arne Steen Jacobsen har været ansat hos Cowi A/S i 39 år. Under sin ansættelse hos Cowi A/S var han i sin egenskab af projektdirektør ansvarlig for arbejdet hos Cowi A/S med det kommende udbud af MCW-kontrakten, og han beskæftigede sig med forberedelserne til MCW-udbudet. Han fratrådte sin ansættelse hos Cowi A/S med udgangen af august 2006, og han blev pr. 1. september 2006 ansat hos indklagede som projektdirektør med ansvar for metro- og infrastrukturprojekter. Projektdirektør Arne Steen Jacobsen har ikke fra 1. september 2006 haft erhvervsmæssig tilknytning til Cowi A/S, men en økonomisk og personlig kontakt til Cowi A/S, idet han fra sin ansættelse hos Cowi A/S besidder medarbejderaktier for en kursværdi på ca. 400.000 kr., ligesom hans ægtefælle Pia Susanne Jacobsen er ansat hos Cowi A/S som teknisk assistent. Projektdirektør Arne Steen Jacobsen blev ansat hos indklagede på et tidspunkt, hvor det aktuelle udbud endnu ikke var igangsat, hvilket skete med udbudsbekendtgørelsen af 18. oktober 2006, og det fremgår at udbudsbekendtgørelsen, at projektdirektør Arne Steen Jacobsen er indklagedes kontaktperson i forbindelse med udbudet. Projektdirektør Arne

Steen Jacobsen har underskrevet skrivelsen at 17. januar 2007, hvorved indklagede meddelte klageren, at klageren var prækvalificeret til at afgive tilbud, samt skrivelsen at 6. februar 2007, hvori indklagede forlængede fristen for afgivelse af tilbud. Projektdirektør Arne Steen Jacobsen har derudover deltaget i forhandlingerne mellem indklagede og klageren. Det er på denne baggrund klagerens formodning, at han også har deltaget i indklagedes forhandlinger med de øvrige tilbudsgivere, at han har deltaget i indklagedes evaluering af tilbudene, at han har deltaget i indklagedes beslutning om, hvilke tilbudsgivere der skulle deltage i yderligere forhandlinger, og at han har deltaget i indklagedes beslutning om, hvilken tilbudsgiver der skulle indgå kontrakt med.

På baggrund heraf har klageren gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved trods projektdirektør Arne Steen Jacobsens personlige og økonomiske tilknytning til Cowi A/S at have ladet ham deltage ved indklagedes beslutning om, hvilke virksomheder der skulle prækvalificeres, ved indklagedes evaluering af tilbudene, ved indklagedes beslutning om, hvilke af tilbudsgiverne der skulle deltage i yderligere forhandlinger herunder endelige forhandlinger, samt ved indklagedes beslutning om, hvilken tilbudsgiver der skulle indgå kontrakt med.

Klageren har i øvrigt gjort gældende, at klageren under klagesagen har godtgjort, at projektdirektør Arne Steen Jacobsens deltagelse i indklagedes gennemførelse af udbudet har medført, at Cowi Arup Systra JV faktisk har haft en fordel i forhold til de andre tilbudsgivere, og at der derfor ved indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Cowi Arup Systra JV er sket en tilsidesættelse af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Indklagedes anbringender

Ad den principale påstand om afvisning

Indklagede har til støtte for sin påstand om afvisning i første række gjort følgende gældende: Klagenævnet har allerede i sin kendelse at 24. august 2007 behandlet spørgsmålet om betydningen af projektdirektør Arne Steen Jacobsens tilknytning til Cowi A/S i relation til det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip, hvorfor denne yderligere klage skal afvises. Problemstillingen under denne sag beskrevet i påstand 1-4 var ganske vist ikke un-

der den første sag beskrevet som selvstændige påstande, men den blev gjort gældende som anbringender under den første sag i klagerens processkrifter og delvis under den mundtlige procedure.

Indklagede har i anden række gjort følgende gældende: Klageren har under denne yderligere klagesag til støtte for sine påstande gjort gældende, at indklagede har handlet strid med regler i forvaltningsloven og i strid med almindelige forvaltningsretlige principper, herunder at disse principper også finder anvendelse uden for forvaltningslovens område. Stillingtagen til overtrædelser af disse regler ligger imidlertid uden for Klagenævnets kompetence, og denne yderligere klagesag skal derfor afvises.

Ad påstand 1 - 4

Indklagede har gjort gældende, at projektdirektør Arne Steen Jacobsen ikke under sin ansættelse hos Cowi A/S deltog i forarbejdet til Cowi A/S' afgivelse af tilbud på MCW-kontrakten, men alene på ledelsesniveau tog sædvanlige og begrænsede initiativer som led i markedsføringen af Cowi A/S som potentiel ansøger om prækvalifikation vedrørende MCW-kontrakten.

Indklagede har endvidere gjort en række anbringender gældende vedrørende det begrænsede omfang og beskaffenheden af projektdirektør Arne Steen Jacobsens medvirken ved indklagedes gennemførelse af udbudet og har sammenfattende gjort gældende, at projektdirektør Arne Steen Jacobsen hverken har påvirket eller kunnet påvirke beslutningsprocessen til fordel for Cowi Arup Systra JV.

Indklagede har endelig gjort gældende, at klageren hverken har ført bevis for, at Cowi Arup Systra JV har haft nogen fordel af projektdirektør Arne Steen Jacobsens ansættelse hos indklagede, eller har ført bevis for, at der ved beslutningen om at indgå kontrakt med Cowi Arup Systra JV er sket nogen favorisering af denne tilbudsgiver i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Klagenævnet udtaler:

Indklagede har gjort gældende, at Klagenævnet i kendelsen af 24. august 2007 allerede har taget stilling til det, der skal tages stilling til under denne sag. Det fremgår imidlertid utvetydigt af kendelsen af 24. august 2007 sammenholdt med Klagenævnets praksis med hensyn til udformningen af kendelser, hvad Klagenævnet under den første sag tog stilling til, nemlig overtrædelserne beskrevet i påstand 1 – 4. Klageren ønsker under denne yderligere sag Klagenævnets stillingtagen til de overtrædelser, som er beskrevet i denne sags påstand 1 – 4. Ingen af overtrædelserne under denne sag svarer til overtrædelserne under den tidligere sag, og der er derfor intet grundlag for – med den begrundelse, som indklagede i første række har anført til støtte for sin påstand om afvisning – at afvise denne sag eller at afvise enkelte af påstandene under denne sag.

Klagenævnet bemærker herefter, at det ligger uden for Klagenævnets kompetence at tage stilling til, om indklagede – i det omfang disse regler finder anvendelse på indklagede under gennemførelsen af et udbud som det aktuelle, jf. herved Forvaltningslovens § 2, stk. 2 – har handlet i strid med bestemmelserne i Forvaltningslovens kapitel 2 om speciel indhabilitet, jf. lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for Udbud § 3, stk. 1, jf. § 1, stk. 1, nr. 1 og 2.

Det ligger derimod inden for Klagenævnet kompetence at tage stilling til, om det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip er overtrådt, og klageren har da også til støtte for påstand 1 – 4 gjort gældende, at indklagede ved de beskrevne handlinger har handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip. Der kan imidlertid ikke af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip udledes detaljerede forskrifter for, hvornår der hos ordregivere forligger EU-udbudsretlig »speciel inhabilitet«. En tilbudsgivers mulighed for at få Klagenævnets vurdering i relation til speciel inhabilitet hos en ordregiver skal således ske ved, at tilbudsgiveren anmoder Klagenævnet om på baggrund af de foreliggende oplysninger om forhold, der karakteriseres som speciel inhabilitet hos ordregiveren, at vurdere, om den beslutning om prækvalifikation eller den beslutning om at indgå kontrakt, der er truffet, på grund af disse forhold hos ordregiveren i forhold til klageren og/eller andre tilbudsgivere indebærer en tilsidesættelse af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Klageren har imidlertid ikke under denne sag nedlagt påstande, hvorved klageren anmoder Klagenævnet om at tage stilling til, om indklagedes beslutning af 21. december 2006 om at prækvalificere Cowi Arup Systra JV og/eller indklagedes beslutning af 26. september 2007 om at indgå kontrakt med Cowi Arup Systra JV som følge af speciel indhabilitet hos indklagede er i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip, og eventuelt en supplerende påstand om, at beslutningen skal annulleres.

Ved påstand 1 – 4 har klageren alene anmodet Klagenævnet om at tage stilling til tilrettelæggelsen af arbejdet hos indklagede i forbindelse med gennemførelsen af det aktuelle udbud. En stillingtagen til disse påstande, uden at Klagenævnet samtidig skal foretage en vurdering af, hvilken betydning de påberåbte forhold har haft på indklagedes materielle beslutninger, og i fortsættelse heraf en vurdering af, om de påberåbte forhold skal medføre, at beslutningerne skal annulleres, ligger imidlertid uden for den kontrol med overholdelse af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip i relation til speciel inhabilitet hos ordregivere, som det påhviler Klagenævnet at foretage. Klagenævnet afviser derfor påstand 1- 4.

Klagenævnet har imidlertid på baggrund af sagens hele forløb ved Klagenævnet besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 5

Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved den 26. september 2007 at beslutte at indgå kontrakt med Cowi Arup Systra JV, idet indklagedes medarbejder projektdirektør Arne Steen Jacobsen, der har personlige relationer til Cowi A/S, der er deltager i konsortiet Cowi Arup Systra JV, under gennemførelse af udbudet hos indklagede deltog

- a. ved beslutningen om, hvilke konsortier/virksomheder der skulle prækvalificeres,
- b. ved evalueringen af tilbudene,
- c. ved beslutningen om, hvilke tilbudsgivere der skulle deltage i yderligere forhandlinger, og
- d. ved beslutningen om at indgå kontrakt med Cowi Arup Systra JV og herved har påvirket beslutningsprocessen under udbudet til fordel for Cowi Arup Systra JV.

Klagenævnet har foretaget en vurdering af de relationer, der har været mellem projektdirektør Arne Steen Jacobsen og Cowi A/S i perioden, indtil han med virkning fra 1. august 2006 blev ansat hos indklagede, og de relationer der også efter den 1. august 2006 har været mellem ham og Cowi A/S, med henblik på en vurdering af sandsynligheden og/eller risikoen for, at han på grund af disse relationer under sit arbejde hos indklagede i forbindelse med udbudet ville tilsigte at favorisere Cowi A/S. Klagenævnet har endvidere foretaget en vurdering af oplysningerne om den interne forretningsgang hos indklagede under gennemførelsen af udbudet med henblik på at vurdere, hvilke muligheder projektdirektør Arne Steen Jacobsen ville have for under udbudet at favorisere Cowi A/S. Klagenævnet har endelig på grundlag af det kendskab til indklagedes gennemførelse af udbudet, som Klagenævnet har fået under behandlingen dels af den første klagesag, som blev afsluttet med kendelsen af 24. august 2004, dels af denne klagesag, foretaget en vurdering af indklagedes beslutning af 26. september 2007 om at indgå kontrakt med Cowi Arup Systra JV og indklagedes begrundelse for denne beslutning. På denne baggrund er det Klagenævnets vurdering, at der ikke ved indklagedes beslutning af 26. september 2007 om at indgå kontrakt med Cowi Arup Systra JV er sket nogen overtrædelse af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Herefter bestemmes:

Påstand 1 - 4 afvises.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig