

Klagenævnet for Udbud

(Katja Høegh, Mette Langborg, Michael Jacobsen, Anne-Mette Udsen)

J.nr.: 2014-7641

17. august 2015

K E N D E L S E

TEAM OPP

v/DEAS A/S

(advokat Henrik Puggaard, Aarhus)

mod

Region Midtjylland

(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 011-013892 af 11. januar 2013 udbød Region Midtjylland efter reglerne om konkurrencepræget dialog efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en opgave om ”OPP-kontrakt vedr. etableringen af Nyt Psykiatrisk Center i Skejby”.

Efter en dialogfase modtog Region Midtjylland to rettidige tilbud fra henholdsvis TEAM KPC og TEAM OPP.

Ved e-mail af 25. juni 2014 meddelte Region Midtjylland TEAM OPP, at regionen have besluttet at tildele kontrakten til TEAM KPC.

Klagenævnet modtog den 1. juli 2014 en klage fra TEAM OPP v/DEAS A/S over udbuddet.

Klagenævnet afsagde den 29. juli 2014 delkendelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Klagenævnet fandt, at betingelsen om fumus boni juris var opfyldt, idet der var udsigt til, at TEAM OPP ville få medhold i påstand 1 om, at regionen har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennem-

sigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke at have evalueret de indkomne tilbud efter underkriteriet ”Pris – nutidsværdien af de samlede betalinger over OPP-kontraktens løbetid” i overensstemmelse med det, der var anført i udbudsbetingelserne, som ændret ved besvarelsen af spørgsmål 5 i rettelsesblad nr. 6 af 20. marts 2014, og i påstand 3 om annullation af tildelingsbeslutningen.

Da klagen blev indgivet, var klageren som nævnt betegnet som ”TEAM OPP v/DEAS A/S”. Klagerens advokat har under den efterfølgende skriftveksling den 21. november 2014 meddelt, at:

” ...
 ...de aktive klagere fremover vil være Enggaard, Bricks og Kemp & Lauritzen med forpligtende underrådgivere, men at DEAS A/S, Sampension, Pension Danmark og AP Pension udtræder af sagen og således frafalder deres eventuelle individuelle erstatningskrav overfor Region Midtjylland. ...
 ...”

Samtidig anmodede advokaten om, at klagenævnet, før de pågældende ”formelt udtræder” af sagen, bekræftede, at ændringen ikke ville have betydning for det fortsættende klagende konsortium.

Region Midtjylland varslede den 28. november 2014 en mulig påstand om, at klagen skulle afvises som følge af en sådan ændring af kredsen af virksomheder, der stod bag klagen.

Den 4. december 2014 skrev klagenævnet følgende til parterne:

”I anledning af klagerens e-mail brev af 21. november 2014 og indklagedes e-mail brev af 28. november 2014 bemærkes, at klagenævnet som et domstolslignende tvistløsningsorgan, ex officio skal påse, om en klager er klageberettiget. Som følge af klagenævnets opgaver og karakter, udtaler klagenævnet sig ikke på forhånd om, hvorvidt en klager eller konstellation af klagere er klageberettigede heller ikke i tilfælde, hvor en klager, som tilfældet er her, overvejer at ændre sammensætning. Spørgsmålet vil derfor, hvis ændringen gennemføres, først blive behandlet i forbindelse med sagens endelige afgørelse.
 ...”

Region Midtjylland har herefter principalt påstået sagen afvist som følge af ændring af klagerens identitet.

Efter skriftveksling mellem parterne om afvisningsspørgsmålet besluttede klagenævnet den 15. juli 2015 at udskille dette spørgsmål til særskilt afgørelse på skriftligt grundlag. Parterne har herefter haft adgang til at fremkomme med yderligere skriftlige indlæg.

Denne kendelse drejer sig om det udskilte spørgsmål om, hvorvidt klagen skal afvises som følge af en ændring i klagerens identitet.

Der har under forberedelsen tillige været rejst spørgsmål om, hvorvidt møde i sagen burde afvente EU-Domstolens afgørelse i den præjudicielle forelæggelsessag C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark.

Det møde, som var berammet i januar 2015, blev på parternes anmodning aflyst, da der ikke ved berammelsen var taget højde for en efterfølgende opstået uenighed om TEAM OPP's adgang til aktindsigt, som af konsortiet blev påklaget til klagenævnet.

EU-Domstolen har meddelt klagenævnet, at den mundtlige forhandling i sag C-396/14 finder sted den 8. september 2015.

Det er blandt andet henset til det mulige behov for yderligere skriftveksling mellem parterne om sagens realitet ikke sandsynligt, at der i denne sag vil kunne berammes møde før hen mod slutningen af året. Hvis parterne i lyset af de påstande og anbringender, som de måtte nedlægge om sagens realitet, måtte finde, at det er af betydning at have adgang til at kommentere EU-Domstolens dom i den præjudicielle sag, kan klagenævnet vente med at optage sagen til kendelse til dommen foreligger, og parterne har haft mulighed for at afgive et kort skriftligt indlæg.

På den baggrund er det uforment at tage stilling til, om berammelse bør afvente EU-Domstolens dom i den præjudicielle sag. Hvis dommen først foreligger efter, der er afholdt møde i sagen, vil parterne således, hvis de måtte ønske dette, kunne få mulighed for yderligere skriftveksling om dommens betydning, før klagenævnet træffer afgørelse i denne sag.

Parternes påstande

Klageren har påstået, at sagen ikke skal afvises, og at sagen skal udsættes på udfaldet af den præjudicielle forelæggelse.

Region Midtjylland har påstået, at sagen skal afvises, og at sagen ikke udsættes på udfaldet af den præjudicielle forelæggelse.

Oplysninger under udbuddets forløb og efterfølgende om konsortiesammensætningen.

Den udbudte OPP-kontrakt omfatter projektering, opførelse og delvis finansiering af et nyt psykiatrisk center samt drift, vedligeholdelse og levering af serviceydelser i en 30-årig kontraktperiode.

Som en del af projektet udbød Region Midtjylland en salgsaftale vedrørende Region Midtjyllands ejendom i Risskov ved Århus (AUH, Risskov). Indklagede har angivet, at dette udbud skete efter reglerne i bekendtgørelse nr. 799 af 24. juni 2011 om offentligt udbud af kommunens henholdsvis regionens salg af faste ejendomme.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår blandt andet:

”II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

... Baggrunden for DNU-projektet er, at samle alle driftsenheder under Aarhus Universitetshospital under en fælles bygningsmæssig og funktionel enhed. Projektet Psykiatrien i DNU udbydes som et OPP-projekt indeholdende overtagelse af ejendommene i Risskov og opførelse af et nyt psykiatrisk center med voksen-, børne- og ungdomspsykiatrisk samt retspsykiatrisk afdeling ved DNU. ...

Region Midtjylland forventer, at OPP-leverandøren skal have ansvar for design, projektering, udførelse, drift og vedligehold af bygningerne tilligemed eventuelle øvrige serviceydelser (kun non-kliniske) samt delvis finansiering, idet købesummen for overtagelse af ejendommene i Risskov indgår. ...

...

Der henvises til Prækvalifikationsbeskrivelsen og i øvrigt til DNU-projektets hjemmeside for yderligere oplysninger om Psykiatrien: <http://www.dnu.dk> ...”

Ifølge udbudsbekendtgørelsen gjaldt endvidere blandt andet følgende krav:

”Del III: Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger

III.1) Kontraktbetingelser

...

III.1.3) Retlig form, som kræves af den sammenslutning af økonomiske aktører, ordren tildeles:

III.1.4) Andre særlige vilkår

...

Den endelige kontraktpart kan være et til lejligheden stiftet selskab eller anden juridisk person, der i samarbejde med den vindende tilbudsgiver vil skulle forestå opfyldelsen af OPP-kontrakten. I så fald skal det selskab eller den anden juridiske person, med hvem Region Midtjylland forventes at indgå kontrakt, oprettes af den vindende tilbudsgiver – senest i umiddelbar forlængelse af kontraktunderskrift. Hvis tilbuddet afgives af et konsortium omfattende flere deltagere, kan det være en eller flere af deltagerne, der tilvejebringer selskabet. Det vil være forudsat, at selskabets ydelser til Region Midtjylland baserer sig på leverancer og ydelser fra tilbudsgiver på baggrund af de ressourcer, som tilbudsgiver kan råde over i henhold til prækvalifikationsansøgningen. De nærmere vilkår, herunder krav til egenkapital, sikkerhedsstillelse mv. vil fremgå af dialogmateriale og vil være genstand for drøftelse i dialogfasen.

III.2) Betingelser for deltagelse

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

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: Ansøgere skal vedlægge følgende:

A) Oplysning om ansøgers/ansøgernes navn, adresse, CVR-nr og kontaktperson.

B) Der skal gives en kortfattet generel virksomhedsbeskrivelse, herunder om ejermæssige og organisatoriske forhold hos ansøger.

c) Erklæring på tro og love om at ansøger (samtlige konsortiedeltagere) ikke befinder sig i de i direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) artikel 45, stk. 1 eller 2 anførte udelukkelsessituationer. Erklæringen/erklæringerne vedlægges ansøgningen.

D) Erklæring på tro og love fra ansøger (samtlige konsortiedeltagere) vedrørende ubetalt gæld til det offentlige i henhold til lovbekendtgørelse nr. 336 af 13.5.1997. Erklæringen/erklæringerne vedlægges ansøgningen.

Hvis ansøgning om prækvalifikation afgives af et konsortium skal oplysningerne anført under punkt A) til og D) gives for alle konsortiedeltagerne.

I det omfang ansøgeren ønsker, at der skal lægges vægt på underleverandørers økonomiske og finansielle kapacitet eller tekniske kapacitet ved prækvalifikationsvurderingen, skal ansøger godtgøre at den pågældende underleverandør stiller sine res-

sourcer til rådighed for ansøger, eksempelvis ved at ansøgningen vedlægges en erklæring om, at underleverandøren stiller sine økonomiske og finansielle og/eller tekniske kompetencer til rådighed for ansøgeren i forbindelse med projektets udførelse. Derudover skal der for den pågældende underleverandør i relevant omfang indsendes den dokumentation, der kræves i henhold til pkt. III.2.2, såfremt ansøger baserer sig på underleverandørens ressourcer i henseende til økonomisk og finansiell kapacitet, eller den dokumentation, der kræves i henhold til pkt. III.2.3, såfremt ansøger baserer sig på underleverandørens ressourcer i henseende til teknisk kapacitet. Indsendes det krævede materiale ikke for en sådan underleverandør, vil ansøgers ansøgning om prækvalifikation blive bedømt uden hensyn til den pågældende underleverandør.

III.2.2) Økonomisk og finansiell kapacitet

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: E) Kopi af seneste aflagte årsregnskab for ansøger (samtlige konsortiedeltagere)

F) Oplysninger om ansøgers (samtlige konsortiedeltageres) omsætning, overskudsgrad, soliditetsgrad, egenkapital og balancesum de seneste 3 regnskabsår, der vedlægges ansøgningen i et separat dokument i overskuelig form. Der stilles ikke krav om, at dette dokument skal være revisorpåtegnet.

G) Erklæring om, hvorvidt ansøgers (samtlige konsortiedeltageres) økonomiske nøgletal fortsat må antages at være et udtryk for ansøgers (samtlige konsortiedeltageres) økonomiske situation, eller om der er sket væsentlige ændringer heri, som har indvirkning på den økonomiske formåen. Der stilles ikke krav om, at erklæringen skal være revisorpåtegnet. Denne dokumentation afleveres alene, hvis årsregnskabet er afsluttet for mere end 6 måneder siden. Oplysning om økonomiske nøgletal (omsætning, overskudsgrad, soliditetsgrad, egenkapital og balance-sum) fra seneste kvartals- eller halvårsregnskab eller fremlæggelse af seneste kvartals- eller halvårsregnskab kan være en måde til opfyldelse af dette punkt. For børsnoterede virksomheder kan kopi af fondsbørsmeddelelser eller erklæring om, at virksomheden ikke har afgivet fondsbørsmeddelelse omfattende væsentlige ændringer i virksomhedens økonomiske situation siden seneste regnskabsår, være en måde til opfyldelse af dette punkt.

H) Redegørelse for, hvordan ansøger påtænker at tilvejebringe kapital- og finansieringsstrukturen af den udbudte opgave i relation til projektering, opførelse og drift af nyt Psykiatrisk Center i DNU samt overtagelse af det nuværende psykiatriske hospital i Risskov (AUH)

Hvis ansøgning om prækvalifikation afgives af et konsortium skal oplysningerne anført under punkt E) til H) gives for alle konsortiedeltagerne.

Hvis ansøger ønsker, at der skal lægges vægt på underleverandørers (herunder koncernforbundne selskaber) økonomiske og finansielle kapacitet ved prækvalifikationsvurderingen, skal oplysningerne anført under punkt E) til H) gives for den/de underleverandør(er), der stiller finansiell og økonomisk kapacitet til rådighed for ansøger, og ansøger skal godtgøre, at den/de pågældende underleverandør stiller sine ressourcer til rådighed for ansøger.

III.2.3) Teknisk kapacitet

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:

...

Hvis ansøgning om prækvalifikation afgives af et konsortium skal oplysningerne anført under punkt I), nr. i) til iv) og J) i relevant omfang gives for konsortiedeltagerne. Oplysningerne skal således gives i det omfang den enkelte konsortiedeltager bidrager med teknisk kapacitet til konsortiet.

Hvis ansøger ønsker, at der skal lægges vægt på underleverandørers tekniske kapacitet ved prækvalifikationsvurderingen, skal oplysningerne anført under punkt I), nr. i) til iv) og J) i relevant omfang gives for den/de underleverandør(er), der stiller teknisk kapacitet til rådighed for ansøger, og ansøger skal godtgøre, at den/de pågældende underleverandør stiller sine ressourcer til rådighed for ansøger.”

Af ”Prækvalifikationsbeskrivelsen”, som der henvises til i udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.5), fremgår:

”1. Indledning

...

Som en del af OPP-opgaven udbyder Region Midtjylland salget af ejendommen AUH, Risskov. Værdien af AUH, Risskov ejendommen vil således indgå som en del af Region Midtjyllands betaling (forudbetaling) til OPP-leverandøren.

OPP-leverandøren vil derfor ikke skulle betale en kontant købesum for AUH, Risskov ejendommen. Region Midtjylland forventer, at OPP-leverandøren vil kunne overtage dele af AUH, Risskov ejendommen, inden ejendommen endelig fraflyttes i forbindelse med ibrugtagning af det nye Psykiatriske Center i DNU ved årsskiftet 2018/19.

...

4. Den eksisterende ejendom AUH, Risskov

...

AUH, Risskov ejendommen udbydes på vilkår, således at den vindende tilbudsgiver kan påregne en ændret fremtidig anvendelse, primært som boliger.

Den vindende tilbudsgiver vil efterfølgende skulle tilvejebringe det fremtidige plangrundlag i et samarbejde med Aarhus Kommune. Tilbudsgiver vil således skulle udarbejde en masterplan, som skal danne grundlag for et kommuneplantillæg og efterfølgende ny lokalplan - bortset fra de dele af ejendommen, som i dag i henhold til gældende lokalplan kan anvendes til boligformål.

...

5. Udbudsprocessen - konkurrencepræget dialog.

...

Som følge af den udbudte opgaves kompleksitet, herunder de finansielle og juridiske forhold, har Region Midtjylland valgt at gennemføre udbuddet efter reglerne om konkurrencepræget dialog.

...

For så vidt angår AUH, Risskov ejendommen forudsættes dialogfasen primært anvendt til afklaring af spørgsmål om fremtidig anvendelse på baggrund af tilbudsgivers konkrete forslag hertil. Endvidere ønsker Region Midtjylland at drøfte vilkår for en mulig etapevis overtagelse af AUH, Risskov ejendommen.

...

Købesummen for AUH, Risskov ejendommen forudsættes, som anført indledningsvis, at udgøre en forudbetaling af den enhedsbetaling, som Region Midtjylland skal erlægge til OPP-leverandøren efter ibrugtagning af det nye Psykiatriske Center i DNU. Region Midtjyllands sikkerhed for OPP-leverandørens opfyldelse af OPP-kontrakten i forhold til en etapevis overdragelse af AUH, Risskov ejendommen, vil ligeledes være et forhold, der vil blive gjort til genstand for drøftelse i dialogfasen.

”

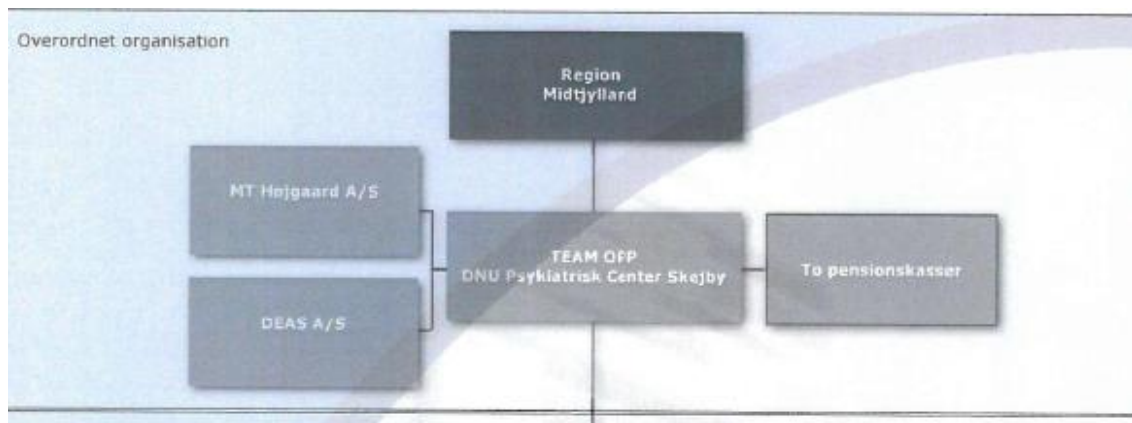
...

Ifølge prækvalifikationsansøgningen fra TEAM OPP var TEAM OPP et konsortium bestående af:

- MT Højgaard A/S
- DEAS A/S
- Sampension KP Livsforsikring a/s
- PensionDanmark Pensionsforsikringsaktieselskab

Om disse fire virksomheder blev der fremlagt økonomiske og tekniske oplysninger mv. som krævet i udbudsbekendtgørelsen.

Ansøgningen indeholder desuden følgende overordnede organisationsdiagram:



Af ansøgningen fremgår om ”Kapital- og finansieringsstruktur”:

”DEAS A/S og MT Højgaard A/S vil ved tildeling af OPP-aftalen, sammen med de nedenfor nævnte Pensionskasser, oprette et til lejligheden stiftet selskab.

...

Finansiering af projektet vil tage udgangspunkt i den rammeaftale MT Højgaard og DEAS har indgået med pensionskasserne PensionDanmark og Sampension om samarbejde og finansiering af bygningsrelaterede projekter inden for OPP.

...

Totalentreprenør - udførelse

MT Højgaard varetager, foruden entreprenørrollen, også hele koordineringen af processen i de første to faser, herunder

...

Drift og vedligehold

DEAS varetager drift og vedligehold af det nye psykiatriske center i Skejby. Derudover bidrager de også under hele processen med vigtig erfaring og viden, som sikrer at byggeriet bliver projekteret, så den fremtidige drift bliver bedst muligt. DEAS fører også bygherretilsyn under opførelsen af tilbygningen, og sikrer dermed, at der også er sammenhæng mellem den tilbudte løsning og den byggetekniske kvalitet af den opførte tilbygning.

I forbindelse med deltagelse i opførelse og drift af behandlingsbygningerne vil DEAS varetage Facility Management rollen...

DEAS vil udover Facility Management rollen tillige stå for den daglige administration af OPP-selskabet ...

Forpligtende underleverandører

Øvrige parter som arkitekt og ingeniør med flere er tilknyttet indenfor egne fagområder og bidrager med kompetencer og ressourcer.

Rådgiverne bistår nøgleaktørerne i teamet og stiller deres ressourcer fuldt til rådighed. De kan således ikke arbejde for andre parter i denne konkurrence.

Følgende deltagere er at betragte som forpligtende underleverandører:

Arkitekt:	aarhus arkitekterne a/s
Ingeniør:	Niras A/S
Installationer:	Kemp & Lauritzen A/S
Projektudvikler,	
Risskov (AUH):	Bricks A/S

...

[Organisationsdiagram]

Organisation/bemanning i tilbudsfasen:

TEAM OPP DNU Psykiatrisk Center Skejby
(tilbudsgiver)

- har det overordnede ansvar for projekter og hæfter over for Region Midtjylland i tilbudsfasen
- forpligtende underleverandører hæfter alene individuelt og direkte over for TEAM OPP DNU Psykiatrisk Center Skejby
- er organiseret med en fælles projektkoordinator, som er bindeled mellem Region Midtjylland og teamet i tilbudsfasen.

Kemp & Lauritzen A/S er med som forpligtende underleverandør på installationer og deltager i alle faser med deres viden om tekniske installationer og sygehusdrift, så projektet på de tekniske installationer bliver skruet rigtig sammen fra starten. Efterfølgende udfører de tekniske installationer og i driftsfasen bidrager de med drift og vedligehold af tekniske installationer.

Bricks A/S er med reference til TEAM OPP DNU Psykiatrisk Center Skejby ansvarlig for at udvikle det eksisterende område i Risskov (AUH) og få udarbejdet masterplan og efterfølgende godkendt lokalplan for området.

[Organisationsdiagram]

Organisation/bemanning i udførelsesfasen:

Region Midtjyllands kontraktpart vil være et OPP selskab ejet af MT Højgaard A/S, DEAS A/S og de tre pensionskasser.

MT Højgaard vil være bindeled mellem Region Midtjylland og OPP selskabet.

De rådgivere, som er tilknyttet tilbudsfasen, anvendes fremadrettet i projektet for så vidt muligt at sikre kontinuitet i projektet.

Byggeriet bliver udført af MT Højgaard for så vidt angår projektering, teknisk rådgivning og udførelsen i samarbejde med en række underentreprenører.

Kemp & Lauritzen A/S er med som forpligtende underleverandør på installationer og forsætter i driftsfasen under DEAS med drift og vedligehold af de tekniske installationer.

Bricks A/S er med reference til OPP selskabet ansvarlig for at udvikle det eksisterende område i Risskov (AUH) og få udarbejdet masterplan og efterfølgende godkendt lokalplan for området.

[Organisationsdiagram]

Organisation/bemanning i driftsfasen:

OPP driftsselskabet, ejet af MT Højgaard A/S og DEAS A/S, har det overordnede ansvar for drift og vedligeholdelse af ejendommen.

Som aktionærer i både OPP selskabet som OPP driftsselskabet har såvel MT Højgaard A/S som DEAS A/S direkte interesse i at sikre, at den daglige drift forløber planmæssigt.

DEAS forestår den daglige drift.

Der er tilknyttet en fast tekniker (projektleder), som varetager og koordinerer drift og vedligehold.

Kemp & Lauritzen A/S bidrager i driftsfasen med drift og vedligehold af de tekniske installationer.

...

Tilbuddet indeholdt referencer samt ressourceerklæringer vedrørende teknisk kapacitet fra aarhus arkitekterne a/s, Niras A/S, Kemp & Lauritzen A/S og Bricks A/S. Niras A/S og Bricks A/S stillede tillige økonomiske ressour-

cer til rådighed, medens Kemp & Lauritzen A/S uspecificeret stillede ”vores ressourcer” til rådighed.

Region Midtjylland besluttede at prækvalificere blandt andre TEAM OPP.

Der blev efter prækvalifikationen iværksat en dialogfase på grundlag af et ”Beskrivende dokument” af 18. april 2013. Af det ”Beskrivende dokument” fremgår blandt andet

”1.1. Introduktion

...

Som led i dialogfasen og på baggrund af Dialogdeltagernes input udarbejdes et endeligt udbudsmateriale, som beskriver opgavens endelige omfang og Region Midtjyllands krav. Det endelige udbudsmateriale vil blive udsendt efter afslutning af dialogfasen og danner efterfølgende grundlag for tilbudsafgivelsen.

...

2.2 De prækvalificerede virksomheder (Dialogdeltagerne)

Følgende 3 Dialogdeltagere er efter den forudgående prækvalifikation udvalgt til at deltage i den konkurrenceprægede dialog og i den forbindelse til at afgive tilbud på den udbudte OPP-kontrakt om et nyt Psykiatrisk Center ved DNU:

...

MT Højgaard A/S i konsortium med

- DEAS A/S
- Sampension KP
- PensionDanmark Pensionforsikringsaktieselskab

Med følgende underrådgivere:

- aarhus arkitekterne a/s
- Niras A/S
- Kemp & Lauritzen A/S
- Bricks A/S
- SLA Landskabsarkitekter A/S
- Arkitektfirmaet Schmidt Hammer Lassen A/S

...

3.2. Opgavens omfang

Den udbudte OPP-opgave omfatter følgende:

3.2.1. Projektering og opførelse af nyt Psykiatrisk Center i DNU – Anlægsfasen

...

3.2.2. Drift og vedligehold samt levering af serviceydelser i Driftsfasen

...

3.2.3. Ejendommen, AUH, Risskov

I OPP-kontrakten indgår overtagelse af alle ejendommene i Risskov ejet af Region Midtjylland. Ejendommene sælges samlet og i henhold til bekendtgørelse nr. 799 af 24. juni 2011 om offentligt udbud af kommunens henholdsvis regionens salg af faste ejendomme.

Der skal ikke betales en kontant købesum for AUH Risskov ejendommen, idet købesummen indgår som delvis forudbetaling for levering af ydelser i henhold til OPP-kontrakten.

...

4. Rammebetingelser for nyt psykiatrisk center ved DNU

...

4.10 Den skatte- og momsmæssige behandling

Region Midtjylland vil indhente bindende svar fra SKAT om de skatte- og momsmæssige konsekvenser af projektet.

...

6. Rammebetingelser for overtagelse af AUH, Risskov

...

6.2. Fastsættelse af købesummen for AUH, Risskov ejendommen

Værdien af AUH, Risskov [Drøftes i dialogfasen]

6.2.1. Basisværdi, optionspræmie og budværdi for AUH, Risskov

Indeholdt i tilbuddets pris er værdifastsættelsen af AUH, Risskov.

I dialogfasen forventer Region Midtjylland, at der for så vidt angår den fremtidige anvendelse af AUH, Risskov ejendommen vil kunne fastlægges en minimumsbebyggelsesmulighed baseret på en anvendelse primært til boligformål. Minimumsbebyggelsesmuligheden skal lægges til grund ved afgivelse af tilbud.

Tilbudsgiver skal derfor forventeligt, som del af sit tilbud, angive en basisværdi for AUH, Risskov.

...

Hvis Tilbudsgiver efter dialogfasen vurderer, at Tilbudsgiver ved den fremtidige udnyttelse af AUH, Risskov ejendommen vil kunne opnå en højere bebyggelsesmulighed (yderligere antal etagemeter byggeret) end

forudsat ved den af Region Midtjylland fastlagte minimumsbebyggelsesmulighed, skal Tilbudsgiver i tilbuddet oplyse den forventede yderligere bebyggelsesmulighed, som Tilbudsgiver forventer at kunne opføre på AUH, Risskov ejendommen.

Værdifastsættelsen af den yderligere bebyggelsesmulighed kommer til udtryk som en merværdi, som Tilbudsgiver i Tilbudsmodellen angiver som en købesum pr. etagemeter byggeret for det yderligere antal etagemeter, som Tilbudsgiver vurderer at ville kunne opnå tilladelse til udover minimumsbebyggelsesmuligheden.

...

Region Midtjylland er samtidig opmærksom på, at der knytter sig en vis usikkerhed til de etagemeter, som overstiger den i udbudsmaterialet fastlagte minimumbebyggelsesmulighed. Tilbudsgiver skal derfor anføre med hvilken sandsynlighed Tilbudsgiver mener at kunne realisere den yderligere bebyggelsesmulighed med.

...

Den samlede værdi for AUH, Risskov som indgår som forudbetaling for ydelser på OPP-kontrakten udgøres dermed af basisværdien tillagt optionspræmien, samlet kaldet budværdien AUH, Risskov.

...

10. Tildeling/Tilbudsevaluering

...

10.2 Tildelingskriterium og tilhørende underkriterier

...

10.2.1. Pris

I relation til dette underkriterium skal der konkurreres på nutidsværdien af Region Midtjyllands samlede betalinger over kontraktens løbetid, hvilket vil sige nutidsværdien af Driftsbetalingerne i driftsfasen.

Driftsbetalingen er resultatet af en række priskomponenter, herunder bl.a.

- Anlægsomkostninger for nyt Psykiatrisk Center i DNU
- Driftsomkostningerne i kontraktperioden
- Finansieringsomkostningerne i kontraktperioden
- Værdien af ejendommene i Risskov (forudbetaling)

...”

Dialogmaterialet indeholdt desuden et kontraktudkast af 18. april 2013, hvoraf blandt andet fremgår:

”1. Aftalens baggrund, formål, vilkår, ydelser m.v.

1.1 Baggrund

- ...
- 1.1.3 Etablering af Psykiatrisk Center i DNU er afhængig af, at Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen), hvorfra der pt. drives psykiatrisk hospital, indgår som en del af finansieringen.
- 1.1.4 Region Midtjylland har på baggrund heraf gennemført et samlet udbud af Psykiatrisk Center i DNU som et OPP-projekt og overtagelse af Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen). OPP-leverandøren har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud og har derfor fået tildelt opgaven, som også omfatter overtagelse af AUH Risskov ejendommen.
- 1.1.5 Købesummen for Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen) indgår i denne Aftale som en del af Region Midtjyllands betaling til OPP-leverandøren (forudbetaling) for tilrådighedsstillelse af Psykiatrisk Center i DNU. Der er samtidig med Aftalen indgået en salgsaftale vedrørende overdragelsen af Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen) til OPP-leverandøren (Bilag 11), hvori de nærmere vilkår for denne overdragelse er fastlagt.

...

7.3 Overordnet princip for betaling

- ...
- 7.3.3 Vederlaget for OPP-leverandørens ydelser efter Aftalen omfatter:

- a) Forudbetaling ved overdragelse af adkomst til AUH Risskov ejendommen ...

...

8. Overdragelse af rettigheder, forpligtelser og ejerandele

8.1 OPP-leverandørens overdragelse af rettigheder og forpligtelser

- 8.1.1 OPP-leverandøren kan ikke overdrage sine rettigheder og forpligtelser i medfør af Aftalen uden dette sker i form af en overdragelse af ejerandelene i OPP-leverandøren, medmindre overdragelsen sker som led i Financierens afværgeret, jf. punkt 11.9

8.2 Overdragelse af ejerandele i OPP-leverandøren

- 8.2.1 Indtil 2 år efter Ibrugtagningstidspunktet kan overdragelse af ejerandele i OPP-leverandøren alene ske med Region Midtjyllands accept. Derefter kan Region Midtjylland kun modsætte sig overdragelse, når saglige hensyn vedrørende modtagerens mang-

lende økonomiske eller faglige styrke taler for det. Ejerandele i OPP-leverandøren kan dog uden Region Midtjyllands accept overdrages til ejernes koncernforbundne selskaber eller imellem de bestående ejere.”

Det fremgår ligeledes af dialogmaterialets udkast til ”Salgsaftale”, at ”Køber skal overtage AUH, Risskov ejendommen som delvis forudbetaling for levering af ydelser i henhold til OPP-kontrakten. Der skal derfor ikke betales en kontant købesum for AUH, Risskov ejendommen.”

Efter udsendelse af dialogmaterialet blev der afholdt en række møder mellem Region Midtjylland og de prækvalificerede konsortier.

Under dialogmøderne blev det forhold, at ”OPP-kontrakten” og ”Salgsaftalen” blev forudsat indgået med den samme juridiske person, drøftet. Af referatet fra første dialogmøde mellem Region Midtjylland og TEAM OPP den 12. juni 2013 fremgår om ”organisering og ansvarsfordeling” blandt andet, at Lars O. Larsen (”LOL”) fra TEAM OPP oplyste følgende:

”Team OPP er ejet af 2 pensionskasser – Sampension og Pension Danmark.

...

I dialog- og tilbudsfasen indgår følgende i forhold til nyt Psykiatrisk Center:

MT Højgaard A/S, aarhus arkitekterne A/S, Kemp & Lauritzen A/S, Deas og Niras

I forhold til køb af AUH Risskov vil køber være Bricks A/S med rådgiver Schmidt Hammer og Lassen Architects.

...

I udførelsesfasen indgår Totalentreprenør MT Højgaard A/S, Aarhus Arkitekterne A/S og Deas A/S.

I driftsfasen vil MT Højgaard A/S og Deas A/S være ansvarlige i hele kontraktperioden.

En række underleverandører vil blive inddraget yderligere, f.eks. har Kemp & Lauritzen ansvaret for den tekniske del ...”

Af referatet fremgår tillige under samme punkt:

” ...

Spørgsmål fra Torben Brøgger (TB):

Står Bricks A/S udelukkende for projektudvikling i forhold til AUH, Risskov?

Svar fra LOL:

Bricks A/S overtager AUH Risskov grunden og indgår ikke i TEAM OPP.

...

Under punktet om ”Finansiering og juridiske vilkår” står der blandt andet:

”TEAM OPP mener, at der er behov for, at OPP-kontrakten og salgsaftalen bliver adskilt. RM ønsker, at der er sammenhæng mellem de to kontrakter i hvert fald indtil der er sket opførelse af nyt Psykiatrisk Center og fraflytning af AUH Risskov.”

På grundlag af drøftelserne valgte Region Midtjylland at acceptere, at tilbud kunne afgives på en sådan måde, at ”OPP-kontrakten” og ”Salgsaftalen” forudsattes indgået med to forskellige juridiske personer indenfor samme konsortium.

Endelig var den skattemæssige behandling af aftalerne genstand for drøftelse. I overensstemmelse med punkt 4.10 i det ”Beskrivende dokument” rettede Region Midtjylland den 2. maj 2013 henvendelse til Skatterådet med henblik på afklaring af de skatte- og momsmæssige forhold.

Af beskrivelsen af de faktiske forhold i Skatterådets afgørelse af 27. november 2013 fremgår blandt andet:

”I sammenhæng med projektet udbyder Regionen salget af den gamle hospitalsgrund i Risskov (AUH Risskov), med tilhørende bygninger. I tillæg til OPP-kontrakten indgås der salgsaftale vedrørende AUH Risskov ejendommen, hvor det er en forudsætning, at OPP-leverandøren og køber af AUH Risskov ejendommen ikke vil være samme juridiske person. Købesummen for AUH Risskov ejendommen indgår som et konkurrenceelement, hvor hvert OPP-konsortium ved den selvstændige juridiske enhed byder ind med en købesum for AUH Risskov. Denne købesum indgår i beregningen af OPP-projektets pris i tildelingskriterierne.”

Efter afslutningen af dialogfasen udsendte Region Midtjylland udbudsbetingelser af 9. december 2013 til tilbudsgiverne. Det fremgår heraf blandt andet:

”2.2. Tilbudsgivere

...

TEAM OPP konsortium bestående af:

- DEAS A/S
- Sampension KP
- PensionDanmark Pensionsforsikringsaktieselskab
- Bricks A/S
- MT Højgaard A/S og A. Enggaard A/S

Med følgende underleverandører:

- aarhus arkitekterne a/s
- Niras A/S
- Kemp & Lauritzen A/S
- SLA Landskabsarkitekter A/S
- Arkitektfirmaet Schmidt Hammer Lassen A/S

Region Midtjylland behandler på tidspunktet for offentliggørelse af udbudsmaterialet en ansøgning om udskiftning af MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S.

...

2.3. Kontraktpart

2.3.1. OPP-kontrakten

Den endelige kontraktpart kan være et til lejligheden stiftet selskab eller anden juridisk person, der i samarbejde med den vindende tilbudsgiver vil skulle forestå opfyldelsen af OPP-kontrakten.

I så fald skal det selskab eller den anden juridiske person, med hvem Region Midtjylland forventes at indgå kontrakt, oprettes af den vindende tilbudsgiver – senest i umiddelbar forlængelse af kontraktunderskrift.

Hvis tilbuddet afgives af et konsortium omfattende flere deltagere, kan det være en eller flere af deltagerne, der tilvejebringer selskabet. Det vil være forudsat, at selskabets ydelser til Region Midtjylland baserer sig på leverancer og ydelser fra tilbudsgiver på baggrund af de ressourcer, som tilbudsgiver kan råde over i henhold til prækvalifikationsansøgningen. De nærmere vilkår, herunder krav til egenkapital, sikkerhedsstillelse mv. fremgår af udbudsmaterialet.

2.3.2. Salgsaftale vedrørende AUH Risskov ejendommen

Køber af AUH Risskov ejendommen forventes at være én eller flere konsortiedeltagere.

...

3.2. Opgavens omfang

Den udbudte OPP-opgave omfatter følgende:

3.2.1. Projektering og opførelse af nyt Psykiatrisk Center i DNU – Anlægsfasen

...

3.2.2. Drift og vedligehold samt levering af serviceydelser i Driftsfasen

...

3.2.3. AUH Risskov Ejendommen

Samtidig med indgåelse af OPP-kontrakten indgår Region Midtjylland salgsaftale vedrørende Region Midtjyllands ejendomme i Risskov. ...

En del af købesummen for Region Midtjyllands ejendom i Risskov (AUH Risskov ejendommen) anvendes af Region Midtjylland som forudbetaling til OPP-leverandøren for tilrådighedsstillelse af Psykiatrisk Center i DNU på de vilkår, der fremgår af OPP-kontrakten.

...

3.4 Den skatte- og momsmæssige behandling

Region Midtjylland har indhentet bindende svar fra Skatterådet om den skatte- og momsmæssige behandling af projektet, jf. Appendiks 1.

...

I henhold til bindende svar fra Skatterådet er OPP-leverandørens anlæg og drift af Psykiatrisk Center momspligtig virksomhed og OPP-leverandøren vil kunne opnå momsfradragsret for anlægsomkostninger og omkostninger til drift af Psykiatrisk Center i DNU. Endvidere gælder, at salget af AUH Risskov ejendommen er fritaget for moms.”

Af udbudsmaterialets kontraktudkast af 9. december 2013 fremgår blandt andet:

”1. Aftalens baggrund, formål, vilkår, ydelser m.v.

1.1 Baggrund

...

1.1.3 Etablering af Psykiatrisk Center i DNU er afhængig af, at Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen), hvorfra der pt. drives psykiatrisk hospital, indgår som en del af finansieringen.

- 1.1.4 Region Midtjylland har på baggrund heraf gennemført et samlet udbud af Psykiatrisk Center i DNU som et OPP-projekt og overtagelse af Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen). OPP-leverandøren har sammen med Køber af AUH Risskov Ejendommen afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud og har derfor fået tildelt opgaven.
- 1.1.5 En del af købesummen for Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen) indgår i denne Aftale som en del af Region Midtjyllands betaling til OPP-leverandøren (forudbetaling) for tilrådighedsstillelse af Psykiatrisk Center i DNU. Der er samtidig med Aftalen indgået en salgsaftale vedrørende overdragelsen af Region Midtjyllands ejendomme i Risskov (AUH Risskov ejendommen) til Køber af AUH Risskov Ejendommen (Bilag 12), hvori de nærmere vilkår for denne overdragelse er fastlagt.”

Som citeret ovenfor fremgår det af udbudsbetingelserne af 9. december 2013, at Region Midtjylland på dette tidspunkt behandlede en ansøgning om udskiftning af MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S. Udskiftningen blev tilladt af regionen ved advokat Torben Brøggers e-mail af 10. marts 2014. Det fremgår, at regionen lagde vægt på, at A. Enggaard A/S besad samme økonomiske og tekniske ressourcer som MT Højgaard A/S, og at konsortiet ikke havde opnået nogen konkurrencemæssig fordel, idet det også ville være blevet prækvalificeret med denne entreprenør som deltager fremfor MT Højgaard A/S.

Det tilbud af 31. marts 2014, som regionen modtog fra TEAM OPP, indeholdt en for klagenævnet fremlagt sammenfatning (”tilbudsbrev”), hvori der blandt andet står:

”0. Sammenfatning af tilbuddet

...

OPP-kontrakten med tilhørende bilag vil blive underskrevet af det kommende OPP-selskab. Salgsaftalen vil blive underskrevet af Bricks A/S.

Der er vedlagt dokumentation for underskriftberettigelsen fra de underskrivende parter i TEAM OPP.

...

Vi tilbyder et erfarent og leveringsdygtigt OPP-team bestående af A. Enggaard A/S, Kemp & Lauritzen A/S samt DEAS A/S, der i dag til-

sammen enten er i driftsfase eller i gang med opførelse af 14 OPP-projekter, hvilket er cirka 2/3 af samtlige OPP-sager i Danmark.

...

Ad 1. Pris og styrke

...

Kapital- og garantistruktur

I forbindelse med indgåelsen af OPP-kontrakten stifter Pensionskasserne Sampension, PensionDanmark og forventeligt AP Pension et OPP-selskab, der vil stå som ejer af Nyt Psykiatrisk Center ved DNU.

Hovedleverandørerne i henholdsvis anlæg og drift vil være:

Enggaard A/S – projektering og byggeri med underleverandører

DEAS A/S – drift og vedligehold med underleverandører

Kemp & Lauritzen A/S – installation drift og vedligehold af tekniske installationer

Finansiering af anlægsinvesteringen sker fuldt ud (100 %) ved de nævnte pensionskassers indskud af den nødvendige egenkapital i OPP-selskabet.

Den i OPP kontrakten krævede garanti i anlægsfasen, stilles af totalentreprenøren A. Enggaard A/S overfor OPP-selskabet og videretransporteres af OPP-selskabet til Region Midtjylland.

Bekræftelse på, at garantien vil blive stillet, og finansieringstilsagn fra pensionskasserne, er vedlagt under afsnit 6.

...

Ad 6 AUH

Tilbudsgiver på salgsaftalen vedrørende AUH Risskov ejendommen er Bricks A/S. Det vil således også være Bricks A/S, der formelt indgår Salgsaftalen med Region Midtjylland.

...

På vegne af tilbudsgiverne på OPP-kontrakten:

DEAS A/S

A. Enggaard A/S

[underskrift fra
afdelingsdirektør
Lars Olaf Larsen]

[underskrift fra
direktør Asger Enggaard]

På vegne tilbudsgiver på Salgsaftalen:
Bricks A/S

[underskrifter]”

Der er fremlagt en fuldmagt til DEAS A/S og A. Enggaard A/S' respektive direktører fra Sampension KP Livsforsikring a/s og PensionDanmark Pensionsforsikringsaktieselskab. Der fremgår heraf blandt andet:

”1. Baggrund

- 1.1 Nærværende fuldmagt er afgivet med henblik på afgivelse af tilbud og efterfølgende indgåelse af OPP-kontrakt m/bilag ...
- 1.2 OPP-kontrakten vil blive indgået med et til lejligheden nyoprettet/nystiftet selskab/juridisk person (herefter ”OPP-selskabet”).
- 1.3 Kapitalandelene i OPP-selskabet tegnes 100 % af Fuldmagtsgiverne.

...

2. Fuldmagt

- 2.1 Fuldmagtsgiverne giver hermed Fuldmagt til Fuldmagtshaverne til i forening at:
 - underskrive tilbudsmaterialet vedrørende Projektet samt indtil tidspunktet for tildeling af OPP kontrakt at foretage de på vegne af Fuldmagtsgiverne (tilbudsgiver) nødvendige handlinger,

3. Varighed

- 3.1 Nærværende fuldmagt ophører uden opsigelse umiddelbart efter tildeling af OPP-kontrakt.”

Parterne er enige om, at Sampension KP Livsforsikring a/s, Sampension KP og Sampension A/S er samme selskab, og at den forskellige benævnelse af selskabet i forskellige dokumenter i udbudssagen er uden betydning.

Tilbudsgiverne, herunder TEAM OPP, modtog den 11. april 2014 et orienteringsbrev fra Region Midtjylland. Det fremgår heraf, at Region Midtjylland havde modtaget to tilbud, der begge var konditionsmæssige og uden forbehold.

I Region Midtjyllands tildelingsmeddelelse af 25. juni 2014 og den medfølgende evalueringsrapport er det ligeledes forudsat, at begge tilbud er konditionsmæssige.

Af evalueringsrapporten fremgår blandt andet:

”2.2. Modtagne tilbud

Følgende 2 tilbudsgivere har efter den forudgående dialogfase afgivet tilbud på den udbudte OPP-kontrakt om et nyt Psykiatrisk Center ved DNU. Begge konsortier afgav tilbud inden tilbudsfristens udløb d. 31. marts 2014 kl. 12.00.

TEAM OPP bestående af:

- DEAS A/S
- A. Enggaard A/S
- PensionDanmark Pensionsforsikringsaktieselskab
- Sampension A/S
- Bricks A/S

Med følgende underrådgivere:

- Aarhusarkitekterne a/s
- Niras A/S
- Kemp & Lauritzen A/S
- SLA Landsskabsarkitekter A/S
- Arkitektfirmaet Schmidt Hammer og Lassen A/S

...

5.4. Tildelingskriteriet Finansiell robusthed

Team OPP tildeles 5 point med følgende begrundelse

I anlægsfasen leveres finansieringen fra to kilder. Den primære finansieringskilde for ca. 88 % af den totale anlægssum er Team OPP's bank, som finansielt vurderes at være meget tilfredsstillende. Den anden finansieringskilde er entreprenøren, der finansierer ca. 8 % af anlægssummen via tilbagehold i sine betalinger, som dermed først modtages ved ibrugtagning. De resterende 4 % af anlægssummen udgøres af renter på byggekreditten hos banken. Finansieringen af renterne er der ikke konkret redegjort for og er specifikt ikke indeholdt i tilsagnet fra banken.

Dette vurderes som en mindre usikkerhed, som reducerer den samlede vurdering. Team OPP vurderes derfor i anlægsfasen at tilbyde en middel sikkerhed om projektet og kapitalstrukturen. Den finansielle struktur i driftsfasen vurderes til at give størst mulig sikkerhed for Region Midtjylland. PensionDanmark, SamPension og AP Pension som investorer tilvejebringer driftsfinansieringen som 100 % egenkapital. ...

Hos TEAM OPP tilbyder Bricks A/S at købe AUH Risskov-ejendommen. ...

Samlet set vurderes Team OPP at levere en over middel sikkerhed om projektet og kapitalstrukturen, som særligt er påvirket af forholdet omkring OPP-leverandørens fremskaffelse af anlægsfinansieringen og 40 % sikkerhedsstillelsen fra køberne af AUH Risskov-ejendommens for deres finansielle forpligtelser.”

Klageren har ikke imødekommet Region Midtjyllands opfordring til at fremlægge den konsortieaftale, der er oprindeligt antages at være indgået om TEAM OPP, eller eventuelle efterfølgende tillæg om ændringer. Der er heller ikke fremlagt den/de aftaler, som er indgået med de underleverandører, der er nævnt i prækvalifikationsansøgningen henholdsvis tilbuddet med eventuelle tillæg.

Forløbet under klagesagen

Klageskriftet blev som tidligere nævnt indgivet af ”TEAM OPP v/DEAS A/S”.

Klagenævnet anmodede den 21. juli 2014 parterne om at be- eller afkræfte klagenævnets forståelse af de modtagne oplysninger, hvorefter:

”TEAM OPP’s tilbud, jf. det oplyste på det første dialogmøde mellem indklagede og klageren den 12. juni 2013 (bilag L) var struktureret sådan, at OPP-leverandøren i TEAM OPP var DEAS A/S, A. Enggaard A/S, Sampension KP og PensionDanmark Pensionsforsikringsaktieselskab, idet Bricks A/S alene indgik i konsortiet som køber af AUH-ejendommen (med Arkitektfirmaet Schmidt Hammer og Lassen A/S som underrådgiver).”

Advokat Tina Braad oplyste ved e-mail af 23. juli 2014 på vegne Region Midtjylland med kopi til klagerens advokat:

”at TEAM OPP’s tilbud – efter Region Midtjyllands klare opfattelse - var struktureret sådan, at OPP-leverandøren i TEAM OPP var DEAS A/S, A. Enggaard A/S, Sampension KP og PensionDanmark Pensionsforsikringsaktieselskab, idet Bricks A/S alene indgik i konsortiet som køber af AUH, Risskov ejendommen (med Arkitektfirmaet Schmidt Hammer Lassen A/S som underrådgiver).

Det bemærkes dog samtidig, at det i svarskriftet (side 11) er angivet, at der var 3 pensionselskaber (PensionDanmark, Sampension KP og AP Pension), der sammen med A. Enggaard A/S og DEAS A/S skulle være ansvarlige for opfyldelsen af OPP-kontrakten (opførelsen og drift af nyt Psykiatrisk Hospital). Dette skyldes det forhold, at det efterfølgende er blevet oplyst for Region Midtjylland, at AP Pension tilsyneladende også skulle deltage (i en ikke-oplyst form) i TEAM OPP.

Endelig kan det oplyses at A. Enggaard A/S oprindeligt ikke var deltager i TEAM OPP, men i forbindelse med dialogfasens afslutning indtrådte i dette team i stedet for MT Højgaard A/S, som samtidig udtrådte af teamet.”

Klagerens advokat besvarede den 23. juli 2014 klagenævnets spørgsmål som følger:

”Med henvisning til Klagenævnets henvendelse pr. e-mail af 21. juli 2014 vedrørende konstruktionen af klagers konsortium kan det oplyses, at Bricks A/S - som mulig investor på AUH, Risskov ejendommen - indgik i dialogfasen som konsortiepart på lige fod med de øvrige konsortieparter.

I overensstemmelse med udbudsbetingelserne blev tilbuddet afgivet således, at kontrakterne i tilfælde af tildeling skulle indgås således, at

- Bricks A/S skulle indgå Salgsaftalen, dvs. aftalen vedrørende AUH Risskov grunden

mens

- Pensionskasserne Sampension, PensionDanmark og forventeligt AP Pension sammen skulle stifte et OPP-selskab, der skulle indgå OPP-kontrakten vedrørende Nyt Psykiatrisk Center i DNU. De nævnte pensionskasser skulle finansiere OPP-projektet vedrørende Nyt Psykiatrisk Center i DNU, og OPP-selskabet skulle kontrahere med de øvrige konsortieparter som følger:
 - A. Enggaard A/S for så vidt angår projektering og byggeri
 - DEAS A/S for så vidt angår drift og vedligehold
 - Kemp & Lauritzen A/S for så vidt angår installation drift og vedligehold af tekniske installationer.”

Den 21. november 2014 skrev klagerens advokat følgende i et brev til klagenævnet:

” ...

Herudover kan jeg oplyse, at der i forbindelse med den videre forberedelse af sagen, fra alle deltagerne i klagers konsortium har været taget stilling til deres rolle i det videre klageforløb efter Region Midtjyllands udmelding om, at Region Midtjylland – på trods af klagenævnets tilkendegivelse i delkendelsen – har valgt at indgå kontrakt med KPC.

For nogle af de deltagende parter har den primære interesse i klagesagen været at søge og opnå en tildeling af kontrakten til Team OPP, og Region Midtjyllands udmelding om kontraktindgåelse med KPC har som ventet givet anledning til nogle ændringer i klagers deltagerkreds. Det kan således oplyses, at de aktive klagere fremover vil være Enggaard, Bricks og Kemp & Lauritzen med forpligtende underrådgivere, men at DEAS A/S, Sampension, Pension Danmark og AP Pension udtræder af sagen og således frafalder deres eventuelle individuelle erstatningskrav overfor Region Midtjylland. De pågældende udtrædende parter understreger, at der ikke heri kan indfortolkes nogen anerkendelse af Region Midtjyllands påstande og anbringender eller ageren i sagen, men at man alene ud fra partsinteresse og procesøkonomi finder sin rolle udspillet.

Ændringen af klagers deltagerkreds får ikke nogen betydning for det klagende konsortium i øvrigt. Uagtet at det ikke skulle være nødvendigt, ønsker man dog - forud for at de pågældende formelt udtræder af klagesagen - for en god ordens skyld klagenævnets bekræftelse på, at en ændring som ovenfor beskrevet ikke har nogen betydning for det fortsættende klagende konsortium.”

I de mails, klageren har skrevet i tiden herefter om blandt andet fristudsættelse, betegnes klageren i overskrifterne fortsat ”TEAM OPP/v DEAS A/S”. I et brev af 12. december 2014 fra klagerens advokat om spørgsmålet om udsættelse på afgørelsen i den verserende præjudicielle sag for EU-Domstolen betegnes klageren i overskriften som ”TEAM OPP”, medens klageren i overskriften på fremsendelsesmailen af samme dato betegnes som ”TEAM OPP v/ DEAS A/S”.

Region Midtjylland har den 29. november 2014 offentliggjort i EU-tidende, at der er indgået kontrakt.

Klageren er i det processkrift, som er indgivet den 1. april 2015 om sagens realitet og de spørgsmål, som denne kendelse vedrører, betegnet som ”Team OPP/v Kemp & Lauritzen A/S”. I processkriftet anføres det under anbringenderne om ”Processuelle forhold – Retlig interesse”, at:

”... ændringen [i kredsens af klager] ikke formelt er gennemført.”

Det anføres endvidere, at:

”... Bricks A/S og Kemp & Lauritzen A/S blev ... prækvalificeret som forpligtende underleverandører i Team OPP og indgik dermed i det tilbudsgivende konsortium. ...

Ifølge de endelige udbudsbetingelser ... er Bricks A/S tilmed opregnet som en del af det tilbudsgivende konsortium.”

For så vidt angår A. Enggaard A/S henvises der til Region Midtjyllands godkendelse af udskiftningen af MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S.

I processkrift af 1. juni 2015 er klageren igen betegnet som ”Team OPP/v Kemp & Lauritzen A/S”. Det fastholdes heri, at kredsens af klager fortsat er den samme, som da klagen blev indgivet, idet:

”Den varslede ændring af klagekredsens sammensætning er ... ikke blevet gennemført, idet klager aldrig har modtaget Klagenævnet for Udbuds bekræftelse på, at ændringen ikke ville påvirke den fortsatte klagesag.

... udtræden [kan] alene processuelt ... gennemføres, hvis Klagenævnet for Udbud bekræfter, at dette ikke vil påvirke den fortsatte klagesag.

DEAS A/S, A. Enggaard A/S, Sampension og PensionDanmark deltager således fortsat processuelt i klagesagen, dog uden at være forpligtet til at afholde ressourcer hertil. Dette er også baggrunden for ændringen af klagers kontaktperson fra Team OPP v/DEAS A/S til Team OPP v/Kemp & Lauritzen A/S.”

Region Midtjylland har fremlagt en e-mail til klagerens advokat af 26. marts 2015 fra A. Enggaard A/S, som regionen samme dato har fået sendt fra A. Enggaard A/S til orientering. Det fremgår heraf:

”Vi har besluttet at trække os fra klagesagen mod Region Midtjylland vedrørende ”OPP – Nyt psykiatrisk hospital i DNU”.

Vil du venligst gøre vores andel af sagsomkostningerne op pr. dags dato og fremsende faktura på den del, vi ikke har betalt.

...

Påstande og anbringender ad realiteten

Klageren (hvor klageren som nævnt er betegnet som ”TEAM OPP v/Kemp & Lauritzen A/S”) har i processkriftet af 1. april 2015 nedlagt følgende påstande om realiteten (heraf er påstand 4 og 5 nye set i forhold til de påstande som blev nedlagt i relation til spørgsmålet om opsættende virkning):

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke at have evalueret de indkomne tilbud efter underkriteriet ”Pris – nutidsværdien af de samlede betalinger over OPP-kontraktens løbetid” i overensstemmelse med det anførte i udbudsbetingelserne, som endeligt fastsat ved besvarelsen af spørgsmål 5 i rettelsesblad nr. 6 af 20. marts 2014.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med udbudsdirektivet artikel 2 ved at tildele kontrakten til KPC Herning A/S i konsortium med Pensionskassernes Administration (PKA) og Lærernes Pension Ejendomsselskab (Lærernes Pension).

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Region Midtjyllands beslutning af 25. juni 2014 om at tildele kontrakten til KPC Herning A/S i konsortium med Pensionskassernes Administration (PKA) og Lærernes Pension Ejendomsselskab (Lærernes Pension).

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at en evaluering af underkriteriet ”Pris” i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, som endeligt fastsat ved besvarelsen af spørgsmål 5 i rettelsesblad nr. 6 af 20. marts 2014, ville have ført til, at klager havde afgivet det for Region Midtjylland økonomisk mest

fordelagtige tilbud, hvorfor klager skulle have været tildelt den udbudte OPP-kontrakt.

Påstand 5

Region Midtjylland tilpligtes at anerkende at skulle betale klager erstatning, således at klager stilles som om:

- a. Principalt: At Team OPP havde fået tildelt den udbudte OPP-kontrakt og salgsaftale, således at Region Midtjylland skal erstatte klager den fortjeneste, som klager herved mistede (positiv opfyldelsesinteresse).
- b. Subsidiært: At Team OPP ikke havde deltaget i udbuddet, således at klagers forgæves afholdte udgifter ved tilbudsafgivning skal erstattes af Region Midtjylland (negativ kontraktsinteresse).

Region Midtjylland har for så vidt angår realiteten påstået, at påstand 1-4 ikke tages til følge og frifindelse for så vidt angår påstand 5.

Vedrørende annullationspåstanden har regionen i et processkrift af 14. november 2014 blandt andet gjort gældende, at Region Midtjylland – uagtet anvendelsen af en ”brutto” – eller ”nettomodel” – under alle omstændigheder ikke lovligt ville kunne have tildelt den udbudte OPP-kontrakt og tilhørende salgsaftale til TEAM OPP, idet tilbuddet fra TEAM OPP forudsatte, at salgsaftalen vedrørende AUH, Risskov ejendommen skulle indgås med en kontraktpart (Bricks A/S), som ikke var en del af det konsortium, som oprindeligt havde opnået prækvalifikation. Vilkåret i de endelige udbudsbe-
tingelser punkt 2.3.2, om, at ”Køber af AUH Risskov forventes at være én eller flere konsortiedeltagere”, var således ikke opfyldt, idet det var en underforstået forudsætning, at disse ”én eller flere konsortiedeltagere” på tidspunktet for opnåelse af prækvalifikation udgjorde en del af det ansøgende konsortium. TEAM OPP blev prækvalificeret med Bricks A/S som forpligtende underleverandør, jf. prækvalifikationsansøgningen og det ”Beskrivende Dokument”, punkt 2.2, og opfylder dermed ikke kravet i udbudsbe-
tingelsernes punkt 2.3.2.

Det følger herudover af klagenævnets kendelse af den 28. januar 2014, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark, at regionen ikke lovligt kunne tildele den udbudte aftale til en virksomhed, Bricks A/S, som ikke var en del af det konsortium, som oprindeligt var blevet prækvalificeret.

Formuleringen af udbudsbetingelserne, tilbudsarket og besvarelse af spørgsmål 5 har dermed ikke haft nogen konkret betydning for den trufne tildelingsbeslutning, herunder TEAM OPP's mulighed for at få tildelt kontrakten. Der er derfor ikke grundlag for annulation. Region Midtjylland ville således under alle omstændigheder have været berettiget til at tildele kontrakten til den sidste tilbageværende og konditions-mæssige tilbudsgiver i form af Team KPC.

Region Midtjylland har ikke gjort gældende, at udskiftningen af MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S ikke skulle have været tilladt med den konsekvens, at TEAM OPP (allerede af denne grund) ikke skulle have været tildelt kontrakten.

Klageren har bestridt, at tildeling af OPP-kontrakten ikke kunne ske til Team OPP, da Bricks A/S ikke var en prækvalificeret konsortiedeltager, som forudsat i udbudsbetingelserne punkt 2.3.2, og har henvist til, at Bricks A/S er prækvalificeret som konsortiedeltager, idet Bricks A/S var nævnt som forpligtende underleverandør i prækvalifikationsansøgningen.

Region Midtjylland var fra starten klar over, at Bricks A/S som forpligtende underleverandør skulle være ansvarlig for at udvikle det eksisterende område i AUH, Risskov, jf. prækvalifikationsansøgningens afsnit om "Kapital- og finansieringsstruktur". Region Midtjylland opgav efter forslag fra TEAM OPP den oprindelige forudsætning om, at der skulle være fuldstændig sammenfald mellem de konsortieparter, der købte AUH, Risskov, og de konsortieparter, der skulle bygge det nye psykiatriske hospital, og opdelte i stedet salgsaftalen for AUH, Risskov og OPP-kontrakten, således at aftalerne kunne indgås med forskellige parter, jf. herved de endelige udbudsbetingelser punkt 2.3.2. At regionen accepterede opdeling af kontrakterne med samtidigt kendskab til Bricks A/S' rolle i TEAM OPP konsortiet (køb af AUH, Risskov), kunne og kan ikke forstås på anden måde end, at regionen – i lighed med klageren selv – betragtede Bricks A/S som konsortiedeltager. Dette bekræftes da også af udbudsbetingelsernes punkt 2.2, hvor Bricks A/S udtrykkeligt nævnes som konsortiedeltager.

Ifølge udbudsbetingelserne er det i øvrigt ikke et ufravigeligt krav, at køber af AUH, Risskov-ejendommen er konsortiedeltager, jf. ordlyden af punkt 2.3.2, hvor der alene nævnes en "forventning" om, at køber er en konsortie-

part. Også af denne grund kunne og skulle Bricks A/S accepteres som køber af ejendommen i henhold til tilbuddet.

Parternes anbringender

Klageren har gjort gældende, at klagerkredsens sammensætning blev drøftet mellem klager og Region Midtjylland, jf. klagerens svar af 23. juli 2014 på klagenævnets e-mail af 21. juli 2014. Det fremgår heraf, at tilbuddet indebar, ”at kontrakterne i tilfælde af tildeling skulle indgås således, at Bricks A/S skulle indgå Salgsaftalen, dvs. aftalen vedrørende AUH Risskovgrunden mens Pensionskasserne Sampension, PensionDanmark og forventeligt AP Pension sammen skulle stifte et OPP-selskab, der skulle indgå OPP-kontrakten vedrørende Nyt Psykiatrisk Center i DNU. De nævnte pensionskasser skulle finansiere OPP-projektet vedrørende Nyt Psykiatrisk Center i DNU, og OPP-selskabet skulle kontrahere med de øvrige konsortieparter som følger: ... Kemp & Lauritzen A/S for så vidt angår installation”. Heraf følger, at regionens anbringende om, at Kemp & Lauritzen A/S ikke var en del af den oprindelige klagerkreds er forkert. Klageren har således fra starten umisforståeligt gjort det klart over for såvel Region Midtjylland som klagenævnet, at klagers konsortium (klagerkredsen) består af samtlige ovenfor nævnte aktører, herunder Bricks A/S og Kemp & Lauritzen A/S.

Hvorvidt Bricks A/S og Kemp & Lauritzen A/S må betragtes som henholdsvis forpligtende underleverandører eller økonomiske aktører i konsortiet, er i forhold til klagerkredsens sammensætning uden betydning. De fuldmagter, som indgik i tilbuddet, og som Region Midtjylland har henvist til, er følgelig uden betydning. Hertil kommer, at de pågældende fuldmagter ikke forholder sig til det tilbudsgivende konsortiums sammensætning eller tidspunktet for konsortiets ophør. Det afgørende for identiteten og sammensætningen af det klagende konsortium er, om de deltagende virksomheder var en del af den oprindelige klagerkreds, og det var de udtrykkeligt angivet at være i brevet af 19. juli 2014.

Som forpligtende underleverandører – for Bricks A/S’ vedkommende utvivlsomt i både tilbud og efter Region Midtjyllands egen bedømmelse i evalueringsrapporten tillige udtrykkeligt konsortiedeltager – havde og har både Bricks A/S og Kemp & Lauritzen A/S utvivlsomt retlig interesse og dermed klageadgang i henhold til håndhævelseslovens § 6, stk. 1.

Allerede fordi Kemp & Lauritzen A/S fra starten indgik i klagerkredsen, kan der ikke være tale om en ny klage, og Region Midtjyllands afvisningspåstand bør allerede af den grund ikke tages til følge.

I øvrigt består den oprindelige klagerkreds også fortsat. Klageren har således i brevet af 21. november 2014 alene varslet en påtænkt ændring af klagerkredsen under forudsætning af, at ændringen ikke påvirker den resterende klagerkreds' muligheder for at fortsætte klagesagen.

Den varslede ændring af klagekredsens sammensætning er ikke blevet gennemført, idet klager aldrig har modtaget Klagenævnet for Udbuds bekræftelse på, at ændringen ikke ville påvirke den fortsatte klagesag.

Det er korrekt, at A. Enggaard A/S umiddelbart forud for afgivelse af processkrift 1 meddelte, at man ønskede at udtræde, men ganske som for så vidt angår de øvrige er dette et forhold, der i konsortiet aftalemæssigt skal forventningsafstemmes, hvilket endnu ikke er tilendebragt. Oplysningen er også uden betydning, fordi udtræden alene processuelt kan gennemføres, hvis Klagenævnet for Udbud bekræfter, at dette ikke vil påvirke den fortsatte klagesag.

DEAS A/S, A. Enggaard A/S, Sampension og PensionDanmark deltager således fortsat processuelt i klagesagen, dog uden at være forpligtet til at afholde ressourcer hertil. Dette er også baggrunden for ændringen af klagers kontaktperson fra DEAS A/S til Kemp & Lauritzen A/S.

Det bestrides, at TEAM OPP skulle være ophørt/opløst som følge af den manglende tildeling af OPP-kontrakten og derved have mistet sin retssubjektivitet/partsevne. Hvis dette skulle være tilfældet, ville det i givet fald indebære den mærkværdige retsstilling, at et tilbudsgivende konsortium ikke kan klage over en truffen og eventuel ulovlig tildelingsbeslutning. En sådan retsstilling er selvsagt uholdbar.

I øvrigt gælder det for alle konsortier, at deres konstellation og varighed afhænger af konsortieparternes aftale.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens standardkontrakt for konsortier (og pensionskassernes fuldmagter til underskrift på tilbud) er uden betydning. Det skyldes dels, at man i TEAM OPP ikke har anvendt Konkurrence- og

Forbrugerstyrelsens standardkontrakt, og dels at de pågældende fuldmagter ikke forholder sig til konsortiets ophørstidspunkt. Ophørstidspunktet er som nævnt underlagt den almindelige grundsætning om aftalefrihed. Det er i den forbindelse unødvendigt at fremlægge parternes konsortieaftale, hvis indhold i øvrigt er underlagt fortrolighed. Det afgørende er, at konsortieparterne har tilkendegivet at udgøre klagerkonsortiet, hvilket klart er tilfældet, jf. klagerens svar af 23. juli 2014.

Region Midtjylland har gjort gældende, at klagesagen, jf. det, som er anført i klagerens advokats brev af 21. november 2014 og i hvert fald senest ændringen af partsangivelsen i klagerens processkrift af 1. april 2015, ikke længere videreføres af deltagerne i det oprindelige konsortium ved DEAS A/S, CVR-nr. 20283416, Dirch Passers Allé 76, 2000 Frederiksberg, men i stedet ved underleverandør Kemp & Lauritzen A/S uden nærmere oplysning om forretningssted, hvilket må føre til, at sagen skal afvises. Klagenævnet må i den forbindelse ex officio være forpligtet til at påse, at der ikke indgives klager efter udløbet af klagefristen i håndhævelseslovens § 7.

Ifølge prækvalifikationsansøgningen bestod TEAM OPP på daværende tidspunkt af følgende konsortiedeltagere:

- MT Højgaard A/S
- DEAS A/S
- Sampension KP Livsforsikring a/s
- PensionDanmark

Det fremgår ligeledes, at både Kemp & Lauritzen A/S og Bricks A/S alene var forpligtende underleverandører.

Da det ikke er muligt for hverken Kemp & Lauritzen A/S eller Bricks A/S på samme tid at være såvel forpligtende underleverandører som konsortiedeltagere, må det lægges til grund, at både Bricks A/S og Kemp & Lauritzen A/S blev prækvalificeret som forpligtende underleverandører. Hverken Bricks A/S eller Kemp & Lauritzen A/S indgik således i det tilbudsgivende konsortium. Det følger i den forbindelse af forslaget til udbudslov § 147, stk. 4, at "[o]rdregiveren kan ikke acceptere, at en sammenslutning udvides med yderligere deltagere efter ansøgnings- eller tilbudsfristen udløb". Bestemmelsen modsvarer ganske vist ikke en tilsvarende bestemmelse i det

nye udbudsdirektiv (2014/24/EU), men må imidlertid antages at være et udtryk for, hvad der følger af det almindelige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip.

Den omstændighed, at klagerens advokat i en e-mail af 23. juli 2014 har besvaret klagenævnets spørgsmål om ”strukturen” i TEAM OPP’s tilbud, kan ikke indebære, at virksomheder, der både ved prækvalifikationen og i tilbuddet alene er forpligtende underleverandører sidestilles med og opfattes som fuldgældende konsortiedeltagere. Spørgsmålet om identiteten af klagerkredsen blev først aktuelt, da klagerens advokat den 21. november 2014 skrev om de bebudede ændringer heri.

Klageren har i øvrigt i hele udbudsforløbet italesat deltagerkredsen på en måde, som er egnet til at skabe forvirring og usikkerhed. Det er også årsagen til, at Bricks A/S i udbudsbetingelsernes fejlagtigt blev angivet som konsortiedeltager, uagtet Region Midtjylland aldrig havde modtaget en anmodning om en sådan ændring fra forpligtende underleverandør til konsortiedeltager.

Ingen af de oprindelige konsortiedeltagere er dermed efter det, som er oplyst i klagerens advokats brev af 21. november 2014, en del af klagesagen - TEAM OPP v/DEAS A/S mod Region Midtjylland.

Klagenævnet meddelte den 4. december 2014, at klagenævnet ikke forlods kunne bekræfte, at den mulige ændring ikke havde nogen betydning. Klageren har herefter gentagne gange anført, at de foretagne ændringer i det klagende konsortium ikke har nogen formel betydning. Imidlertid viser den i processkrift 1 af den 1. april 2015 foretagne ændring af klager fra TEAM OPP v/DEAS A/S til TEAM OPP v/Kemp & Lauritzen A/S præcist det modsatte.

Af brevet af 21. november 2014 fremgår klart, at alle de oprindelige konsortiedeltagere har valgt at udtræde af sagen og frafalde deres individuelle erstatningskrav mod Region Midtjylland. Når de frafalder erstatningskrav og udtræder, har de ikke længere retlig interesse – og det er i den forbindelse uden betydning, om de aftaler med underleverandørerne, at de af hensyn til underleverandørerne rent pro forma, skal holde klagesagen kørende. Region Midtjylland har desuden ultimo marts 2015 fået oplyst, at A. Enggaard A/S har meddelt klagerens advokat, at A. Enggaard A/S ikke længere vil

være en del af klagesagen og ikke ønsker at gøre noget erstatningskrav gældende mod Region Midtjylland, jf. den fremlagte e-mail. Det samme må antages at gælde pensionskasserne, jf. også at DEAS A/S ikke længere står angivet som ”ordførende” for TEAM OPP fra og med processkriftet af 1. april 2015. Dette indebærer, at alene Bricks A/S og Kemp & Lauritzen A/S står tilbage som klagere. Disse selskaber var som sagt ikke en del af TEAM OPP, men alene underleverandører.

Spørgsmålet er, om Kemp & Lauritzen A/S og/eller Bricks A/S på nuværende tidspunkt kan videreføre klagesagen på vegne af TEAM OPP.

Dette må på den ene side kræve, at TEAM OPP fortsat består som et retssubjekt, og på den anden side tillige kræve, at Kemp & Lauritzen A/S og Bricks A/S i øvrigt opfylder betingelserne for at klage på egne vegne, idet TEAM OPP under alle omstændigheder er et transparent selskab, jf. blandt andet Rettens dom af den 19. marts 2010 i sag T-50/05, Evropaïke Dynamiki mod Europa-Kommissionen, præmis 40, hvor det netop blev tilladt, at Evropaïke Dynamiki kunne føre sagen på egne vegne uden den anden konsortiedeltager (det franske selskab Steria SA), da konsortiet Evropaïke Dynamiki-Steria ”henset til, at ad hoc-strukturen [var] transparent hvad angår dens medlemmer”.

Ifølge udbudsbekendtgørelsens blev der ikke stillet krav om tilbudsgiverens retlige form, idet der først i forbindelse med kontraktindgåelsen var krav om selskabsstiftelse forhold til den endelige kontraktpart.

Det fremgår heller ikke udtrykkeligt af hverken prækvalifikationsansøgningen eller af tilbuds brevet fra TEAM OPP, hvilken retlig form konsortiet benævnt ”TEAM OPP DNU Psykiatrisk Center Skejby” havde.

I ansøgningen om prækvalifikation er det imidlertid under punktet benævnt ”Kapital og finansieringsstruktur – Tilbudsfasen” udtrykkeligt tilkendegivet i forbindelse med ansøgningen om prækvalifikation, at ”TEAM OPP DNU Psykiatrisk Center Skejby” udgjorde et samarbejde mellem 4 konsortiedeltagere; MT Højgaard A/S og DEAS A/S og de to pensionskasser.

Det samme blev tilkendegivet i forbindelse med afgivelse af endeligt tilbud. ”TEAM OPP DNU Psykiatrisk Center Skejby” udgjorde fortsat et samarbejde mellem 4 konsortiedeltagere, men MT Højgaard A/S var nu udskiftet

med A. Enggaard A/S. Det fremgår således af tilbuds brevet af den 31. marts 2014, at der er vedlagt dokumentation for underskriftberettigelsen for de underskrivende parter i TEAM OPP.

De underskrivende parter på vegne af TEAM OPP var DEAS A/S ved afdelingsdirektør Lars Olaf Larsen og A. Enggaard A/S ved direktør Asger Enggaard, som også underskrev på vegne de to pensionskasser i henhold til den fuldmagt, som var indeholdt i tilbuddet.

Hverken Kemp & Lauritzen A/S eller Bricks A/S var dermed på tidspunkterne for ansøgning om prækvalifikation og for afgivelse af tilbud ultimo marts 2014 en del af konsortiet TEAM OPP (klager).

Udgangspunktet for konsortier er, som anført i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om udbud med deltagelse af konsortier (2014), punkt 2.1, at et konsortium i udbudsretlig forstand er et aftalebaseret samarbejde mellem to eller flere virksomheder med henblik på at afgive tilbud på en offentlig kontrakt. Set i det lys kan det aftalebaserede samarbejde i selskabsretlig regi sidestilles med et interessentskab.

For interessentskaber gælder for det første, at disse må betragtes som selvstændige retssubjekter. Herudover gælder den almindelige udfyldende regel, at en almindelig ophørsgrund er ophør som følge af selskabets forhold.

Hvis det således på forhånd er aftalt, at selskabet alene skal fungere i en bestemt tidsperiode eller indtil en vis begivenhed indtræder, foreligger der en automatisk virkende ophørsgrund fra tidsperiodens udløb.

”TEAM OPP DNU Psykiatrisk Center Skejby” (bestående af først MT Højgaard A/S, DEAS A/S og de to pensionskasser og siden af A. Enggaard A/S, DEAS A/S og de to pensionskasser) var sat i værk – med en transparent ad hoc struktur – med henblik på at afgive tilbud.

Hvis TEAM OPP opnåede kontrakten, var det planen, at de to pensionskasser skulle stifte et egentligt OPP-selskab, der skulle stå som ejer af Nyt Psykiatrisk Hospital, jf. tilbuds brevet, og herefter være den egentlige kontraktpart. Hvis TEAM OPP ikke opnåede kontrakten, var det planen, at ad hoc tilbudsgiverkonsortiet skulle ophøre uden opsigelse, jf. fuldmagten fra de to pensionskasser.

Vedståelsesfristen for afgivelse af tilbud var i udbudsbetingelsernes punkt 5.7 fastsat til 6 måneder fra afleveringsdagen. Endeligt tilbud blev afleveret den 31. marts 2014. Vedståelsesfristen udløb således pr. den 1. oktober 2014.

Det må derfor antages, at TEAM OPP reelt er opløst og dermed ophørt, dels ved oplysningen om Region Midtjyllands kontraktindgåelse med Team KPC den 25. september 2014, jf. det ovenfor anførte, dels ved udløbet af vedståelsesfristen pr. den 1. oktober 2014, dels ved klagerens advokats brev af den 21. november 2014, hvori alle konsortiedeltagere – bortset fra A. Enggaard A/S – tilkendegiver at være udtrådt, dels ved A. Enggaard A/S' seneste meddelelse til klagerens advokat ultimo marts 2015 om at udtræde af sagen.

Det er i øvrigt muligt, at TEAM OPP reelt var opløst/ophørt allerede i forbindelse med udskiftningen af MT Højgaard A/S (oprindelig konsortiedeltager) med Enggaard A/S.

I hvert fald afgivelsen af processkrift 1 af den 1. april 2015 må tages som udtryk for, at det oprindelige tilbudsgiverkonsortium ”TEAM OPP DNU Psykiatrisk Center Skejby” er opløst og ophørt i forbindelse med den manglende kontrakttildeling og det manglende ønske om at videreføre klagesagen, og at klagesagen nu ønskes videreført i eget navn af de to underleverandører Kemp & Lauritzen A/S – muligt også Bricks A/S – uagtet at disse to underleverandører ikke tidligere har været en del af klagesagen – og uagtet at Bricks A/S formelt set end ikke er anført i processkrift 1 som egentlig klager.

Det er i den forbindelse ikke forståeligt, hvordan klageren kan mene, at samtlige deltagere i TEAM OPP på den ene side ”materielt” kan udtræde af klagesagen og frafalde individuelle erstatningskrav over for Region Midtjylland, mens klagesagen på den anden side ”formelt” videreføres af ”procesfællesskabet” i form af de to underleverandører Kemp & Lauritzen A/S og Bricks A/S.

Det bør tillægges såvel Kemp & Lauritzen A/S som Bricks A/S processuel skadesvirkning, at der ikke foreligger nogen klar og entydig dokumentation

for, at de to selskaber var en del af TEAM OPP, hverken på tidspunktet for ansøgning om prækvalifikation eller på tidspunktet for aflevering af tilbud.

Henset til, at klagesagen på vegne af TEAM OPP er endeligt opgivet, herunder senest ved A. Enggaard A/S' udtræden, at samtlige oprindelige konsortiedeltagere i TEAM OPP for længst er udtrådt, og at samarbejdet i konsortiet (interessentskabet) dermed er opløst/ophørt, har TEAM OPP ikke længere nogen retssubjektivitet, jf. retsplejelovens 238, stk. 1, hvorefter TEAM OPP på nuværende tidspunkt – med DEAS A/S' udtræden – er uden forretningssted. Sagen skal derfor afvises for så vidt angår en klager benævnt TEAM OPP.

Klagesagen må på nuværende tidspunkt antages at være søgt videreført af Kemp & Lauritzen A/S – muligvis også Bricks A/S – i eget navn og for egen regning og risiko. For Bricks A/S' vedkommende må dette dog afvises, allerede fordi Bricks A/S ikke nævnes som klager i processkrift 1 af den 1. april 2015.

Der synes således ved processkrift 1 af den 1. april 2015 at være tale om en egentlig hovedintervention/succession, uden at Kemp & Lauritzen A/S (og/eller Bricks A/S) på nogen måde formelt har anmodet klagenævnet herom, og uagtet at det i forarbejderne til håndhævelseslovens § 6, stk. 3, fremhæves, at der alene er hjemmel til biintervention.

Det må følgelig anses for at være et krav for at kunne lade Kemp & Lauritzen A/S (og/eller Bricks A/S) videreføre klagesagen på egne vegne (hovedintervenere/succedere), at fristerne for klage i medfør af håndhævelsesloven er overholdt. Muligt bør der også indbetales nyt klagegebyr.

Efter håndhævelseslovens § 7, stk. 2, nr. 1, skal klage over udbud omfattet af udbudsdirektivet været indgivet til Klagenævnet for Udbud inden 45 dage efter, at ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende om, at ordregiveren har indgået en kontrakt. Fristen regnes fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort. Region Midtjylland offentliggjorde bekendtgørelsen om den indgåede kontrakt den 29. november 2014.

Da klagen fra Kemp & Lauritzen A/S først er modtaget i klagenævnet den 1. april 2015 i forbindelse med afgivelsen af processkrift 1, er klagefristen

udløbet, og sagen skal derfor afvises. Uanset om det, som er anført i klagerens advokats brev af 21. november 2014, måtte kunne opfattes som en anmodning om tilladelse til intervention i sagen fra Kemp & Lauritzen A/S og/eller Bricks A/S, kan dette ikke føre til et andet resultat. Intervenienter ved klagenævnet har således samme status som biintervenienter efter retsplejeloven. De kan derfor ikke selvstændigt videreføre en klagenævns sag, hvis den egentlige klager (TEAM OPP) er ophørt med at eksistere og klagen fra den pågældende må derfor afvises.

Hvis Bricks A/S af klagenævnet anses for konsortiedeltager og dermed som udgangspunkt berettiget til at anlægge klagesag, har Region Midtjylland gjort gældende, at selskabet mangler retlig interesse, og at klagen derfor – for så vidt som den antages at hidrøre fra selskabet – skal afvises af denne grund. Bricks A/S har således alene indgivet et separat tilbud på køb af AUH Risskov-ejendommen. Dette salg var omfattet af bekendtgørelse nr. 799 af 24. juni 2011 om offentligt udbud af kommunens henholdsvis regionens salg af faste ejendomme. Bricks A/S har derfor ikke retlig interesse i at få prøvet et spørgsmål om krænkelse af EU-udbudsreglerne.

Klagenævnet udtaler:

Det bemærkes indledningsvis, at klagenævnet i kendelsen om opsættende virkning ikke har gennemgået oplysningerne i det modtagne materiale om sammensætningen af TEAM OPP nærmere, og at der for en del af sagsfremstillingens vedkommende er tale om en gengivelse af de oplysninger, som parterne har givet, herunder som svar på nævnets spørgsmål af 21. juli 2014.

Det bemærkes desuden, at denne kendelse alene drejer sig om spørgsmålet om hel eller delvis afvisning som følge af eventuelle ændringer i klagerens identitet og sammensætning, og ikke om, hvorvidt eventuelle udskiftninger i kredsen af deltagere i det prækvalificerede TEAM OPP-konsortium i det tilbud, som blev indgivet, materielt må anses for berettigede eller ej.

Klagerens identitet ved indgivelsen af klagen

I klageskriftet og de efterfølgende processkrifter frem til 1. april 2015 er klageren betegnet som ”TEAM OPP v/DEAS A/S”. Klageren må efter denne betegnelse anses for at være ”TEAM OPP”. Det er således af betydning i

første række at fastlægge, hvilke virksomheder, der efter de for Region Midtjylland og klagenævnet foreliggende oplysninger, indgik i TEAM OPP på det tidspunkt, hvor klagen blev indgivet.

Ifølge udbudsbekendtgørelsen skulle ansøgerne om prækvalifikation, hvis ansøgningen blev afgivet af et konsortium omfattende flere deltagere, alle afgive de krævede tekniske og økonomiske oplysninger samt tro- og loveerklæringer. Det var forudsat, at den endelige kontraktpart kunne være et til lejligheden stiftet selskab eller anden juridisk person, der i samarbejde med den vindende tilbudsgiver ville skulle forestå opfyldelsen af OPP-kontrakten. Det pågældende selskab eller den juridiske person skulle i givet fald oprettes af den vindende tilbudsgiver – senest i umiddelbar forlængelse af kontraktunderskrift. Hvis tilbuddet blev afgivet af et konsortium omfattende flere deltagere, kunne det være en eller flere af deltagerne, der tilvejebragte selskabet. Det fremgik endvidere, at i det omfang, ansøgerne støttede sig på underleverandørers tekniske og økonomiske kapacitet, skulle der tillige afleveres tekniske og økonomiske oplysninger for underleverandørerne.

Efter de i udbudsbekendtgørelsen indeholdte krav, som ikke er fraveget i ”Prækvalifikationsbeskrivelsen”, er der en afgørende forskel på ansøgere om prækvalifikation – som kan indgå som tilbudsgivere i et konsortium omfattende flere deltagere – og forpligtende underleverandører. Dette svarer til den sontring, der også foretages i udbudsdirektivet mellem ansøgere/tilbudsgivere og de underleverandører, de pågældende agter at anvende, og eventuelt støtter sig på for så vidt angår økonomiske og/eller teknisk kapacitet.

Ifølge prækvalifikationsansøgningen fra TEAM OPP var TEAM OPP et konsortium bestående af: MT Højgaard A/S, DEAS A/S, Sampension KP Livsforsikring a/s og PensionDanmark Pensionsforsikringsaktieselskab. Det var alene for disse fire virksomheder, at der med ansøgningen blev fremlagt tro- og loveerklæringer samt alle de økonomiske og tekniske oplysninger mv., som kræves i udbudsbekendtgørelsen. Det anføres endvidere i ansøgningen, at ”DEAS A/S og MT Højgaard A/S vil ved tildeling af OPP-aftalen, sammen med de nedenfor nævnte Pensionskasser, oprette et til lejligheden stiftet selskab”. I ansøgningen anføres aarhus arkitekterne a/s, Niras A/S, Kemp & Lauritzen A/S og Bricks A/S alene som forpligtende underleverandører. Bricks A/S anføres i prækvalifikationsansøgningen ikke

som køber af AUH Risskov-ejendommen, men angives at skulle projektudvikle ejendommen. Tilbuddet indeholdt referencer samt ressourceerklæringer vedrørende teknisk kapacitet fra aarhus arkitekterne a/s, Niras A/S, Kemp & Lauritzen A/S og Bricks A/S. Niras A/S og Bricks A/S stillede tillige økonomiske ressourcer til rådighed, medens Kemp & Lauritzen uspecifiseret stillede ”vores ressourcer” til rådighed.

I prækvalifikationsansøgningen sondres der således – i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsen – mellem de egentlige ansøgere (konsortiedeltagerne) og de forpligtende underleverandører, som ansøgerne vil anvende, og på hvis økonomiske og/eller faglige ressourcer de tillige støtter ansøgningen.

I Region Midtjyllands ”Beskrivende dokument” af 18. april 2013 angives det prækvalificerede TEAM OPP konsortium i overensstemmelse hermed at være MT Højgaard A/S i konsortium med DEAS A/S, Sampension KP Livsforsikring a/s, PensionDanmark Pensionforsikringsaktieselskab. Endvidere nævnes de underleverandører, som fremgik af prækvalifikationsansøgningen.

Klagenævnet finder, at det på den baggrund er MT Højgaard A/S, DEAS A/S, Sampension KP Livsforsikring a/s og PensionDanmark Pensionforsikringsaktieselskab, der som udgangspunkt anses for at udgøre det prækvalificerede TEAM OPP-konsortium.

Særligt om A. Enggaard A/S

Region Midtjylland har under den efterfølgende dialogfase tilladt en udskiftning af entreprenøren MT Højgaard A/S med A. Enggaard A/S, jf. oplysningen i de endelige udbudsbetingelser om anmodningen om tilladelse til denne udskiftning, mailen om godkendelse heraf af 10. marts 2014 samt evalueringsrapporten, hvori A. Enggaard A/S nævnes som en af tilbudsgiverne i TEAM OPP. Tilbuddet er i den forbindelse i såvel den indledende meddelelse om modtagelse af tilbud som tildelingsbeslutningen og evalueringsrapporten anset for konditionsmæssigt.

Efter klagenævnets opfattelse er der på den baggrund ingen tvivl om, at Region Midtjylland har accepteret, at A. Enggaard A/S indgår som en af tilbudsgiverne i TEAM OPP-konsortiet. A. Enggaard A/S må således anses

for at være en del af det tilbudsgivende TEAM OPP-konsortium, idet virksomheden herved erstattede MT Højgaard A/S.

Klagenævnet bemærker, at ingen af parterne har gjort gældende, at den foretagne udskiftning var uberettiget, og at klagenævnet alene kan tage stilling til de påstande og anbringender, som parterne har gjort gældende, jf. håndhævelseslovens § 10, stk. 1.

Uanset om et sådant synspunkt måtte blive gjort gældende, ville A. Enggaard A/S, som af regionen er accepteret som tilbudsgiver og deltager i TEAM OPP-konsortiet, i øvrigt anses for deltager i konsortiet og for at have retlig interesse i klagen.

Om udskiftningen er berettiget, ville være et spørgsmål, der vedrørte sagens realitet – og det tages der ikke stilling til i denne kendelse. For så vidt som parternes påstande og anbringender om realiteten måtte give anledning hertil, vil klagenævnet skulle tage stilling hertil, når klagenævnet træffer afgørelse om realiteten.

Særligt om Bricks A/S

Region Midtjylland har ved tilrettelæggelsen af udbuddet valgt at lade salget af AUH Risskov-ejendommen indgå som en integreret del af udbuddet af OPP-projektet.

Region Midtjylland tillod efter anmodning fra TEAM OPP og langvarige drøftelser og forhandlinger herom under dialogfasen en opdeling af opgaverne således, at den opgave, der består i projektering, anlæg og drift af et nyt psykiatrisk center varetages af en juridisk person, medens købet af AUH Risskov-ejendommen foretages af en anden juridisk person.

Region Midtjylland har i den forbindelse, jf. referatet af det første dialogmøde med TEAM OPP, siden dette møde været bekendt med, at TEAM OPP forudsatte, at Bricks A/S – som i prækvalifikationsansøgningen og det ”Beskrivende dokument” var anført som forpligtende underleverandør, der ifølge ansøgningen skulle bistå med at ”projektudvikle” AUH Risskov-ejendommen – kunne blive køber af AUH Risskov-Ejendommen, og at udbuddet blev opdelt, således at købet af ejendommen kunne foretages af en

anden juridisk person, Bricks A/S, som ikke i øvrigt skulle påtage sig forpligtelser vedrørende den øvrige del af projektet.

Det er ubestridt, at Region Midtjylland accepterede dette.

I de endelige udbudsbetingelser er Bricks A/S i overensstemmelse hermed nævnt som konsortiedeltager på linje med A. Enggaard A/S, DEAS A/S, Sampension KP Livsforsikring a/s, PensionDanmark Pensionforsikringsaktieselskab. Desuden fremgår det udtrykkeligt, at det er muligt at opdele OPP-aftalen og købet af AUH Risskov-ejendommen således, at det ikke er alle konsortiedeltagere, som bliver part i og hæfter for begge aftaler. Tilbuddet fra TEAM OPP blev ligeledes i overensstemmelse med den ændring, som var aftalt med Region Midtjylland, struktureret sådan, at Bricks A/S på samme måde som A. Enggaard A/S, DEAS A/S og de to andre pensionsselskaber, underskrev tilbuddet som konsortiedeltager, men sådan at Bricks A/S alene underskrev for så vidt angår tilbuddet om køb af AUH Risskov-ejendommen, og de fire øvrige virksomheder underskrev for så vidt angik den øvrige del af projektet.

Bricks A/S må på denne baggrund anses for deltager i TEAM OPP-konsortiet.

Der er endvidere ikke grundlag for at følge Region Midtjyllands synspunkt om, at Bricks A/S' tilbud på ejendommen ikke er omfattet af EU-udbudsreglerne og i stedet reguleres af bekendtgørelse nr. 799 af 24. juni 2011 om offentligt udbud af kommunens henholdsvis regionens salg af faste ejendomme, og at Bricks A/S derfor ikke er klageberettiget, jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 1.

Selvom Bricks A/S som køber af ejendommen og de øvrige konsortiedeltagere ikke gensidigt hæftede for opfyldelsen af henholdsvis OPP-delen af opgaven og købet af ejendommen, var købet af ejendommen således fortsat en integreret del af tilbuddet i og med, at den tilbudte købesum indgik som et væsentligt parameter ved vurderingen af priskriteriet. Når Region Midtjylland besluttede at anvende den valgte særegne model, hvorefter en i princippet uafhængig tredjeparts (Bricks A/S) købspris for en bygning indgik som et væsentligt element i en prisevaluering på et i princippet af ejendomshandelen uafhængigt OPP-projekt, må købet af ejendommen følgelig fortsat anses for en del af det samlede udbud.

Bricks A/S var således, som en af Region Midtjylland anerkendt tilbudsgiver i TEAM OPP-konsortiet, klageberettiget og må anses for at indgå i det klagende konsortium. Om ændringen af Bricks A/S' rolle er berettiget, ville være et spørgsmål, der vedrørte sagens realitet – og det tages der ikke stilling til i denne kendelse. For så vidt som parternes påstande og anbringender om realiteten måtte give anledning hertil, vil klagenævnet skulle tage stilling hertil, når klagenævnet træffer afgørelse om realiteten.

Særligt om underleverandørerne, herunder Kemp & Lauritzen A/S

Klagenævnet bemærker, at det efter indholdet af klagerens processkrifter er højest uklart, om klageren gør gældende, at andre underleverandører end Kemp & Lauritzen A/S (og Bricks A/S, der som allerede nævnt må anses for konsortiedeltager) er en del af TEAM OPP-konsortiet og dermed part i den oprindeligt indgivne klage. Det er således tvivlsomt, om klageren gør gældende, at aarhus arkitekterne a/s, Niras A/S, SLA Landskabsarkitekter A/S og Arkitektfirmaet Schmidt Hammer Lassen A/S indgår som en del af det TEAM OPP-konsortium, der har indgivet klagen.

Det synes dog ikke at være fornødent at få denne tvivl afklaret.

Underleverandørerne kan således efter udformningen af udbudsbekendtgørelsen, TEAM OPP's prækvalifikationsansøgning, det "Beskrivende Dokument", udbudsbetingelserne, TEAM OPP's tilbud og regionens bedømmelse heraf ikke anses for at være en del af det konsortium, som blev prækvalificeret til at afgive tilbud og afgav tilbud. Dette gælder, uanset om det har været en forudsætning for prækvalifikationen og konditionsmæssigheden af det endelige tilbud, at konsortiet kunne støtte sig til de underleverandører, der har givet tilsagn om, at konsortiet kunne benytte underleverandørens økonomiske og/eller tekniske kapacitet, og uanset om underleverandørerne selvstændigt må anses for klageberettigede, jf. håndhævelseslovens § 6, stk. 1, nr. 1.

Underleverandørerne, herunder Kemp & Lauritzen A/S, kan dermed heller ikke anses for at være en del af det konsortium TEAM OPP, som har indgivet klagen.

Klagerens advokats svar i brev af 23. juli 2014 på klagenævnets anmodning af 21. juli 2014 om, at parterne be- eller afkræftede klagenævnets forståelse, hvorefter TEAM OPP's tilbud var struktureret sådan, at OPP-leverandøren i TEAM OPP var DEAS A/S, A. Enggaard A/S, Sampension KP og PensionDanmark Pensionsforsikringsaktieselskab, idet Bricks A/S alene indgik i konsortiet som køber af AUH Risskov-ejendommen, kan ikke føre til et andet resultat.

Ophør af TEAM OPP og bortfald af klageadgang på klagetidspunktet

Der er, uagtet Region Midtjyllands opfordring hertil, ikke fremlagt konsortieaftaler eller andet, som viser, hvilken karakter samarbejdet mellem MT Højgaard A/S (senere A. Enggaard A/S), DEAS A/S, Sampension KP Livsforsikring a/s og PensionDanmark Pensionforsikringsaktieselskab nærmere havde og har.

Efter kravene i udbudsbekendtgørelsen og indholdet af prækvalifikationsansøgningen, udbudsbetingelserne samt tilbuddet har det udadtil og over for Region Midtjylland fremstået, som om der er indgået aftale om et tids- og opgavemæssigt begrænset erhvervsmæssigt samarbejde om at indgive ansøgning og tilbud på opgaven. Konsortiedeltagerne A. Enggaard A/S (som afløste MT Højgaard A/S), DEAS A/S, Sampension KP Livsforsikring a/s, og PensionDanmark Pensionforsikringsaktieselskab synes herved over for Region Midtjylland at have påtaget sig at hæfte som interessenter for opfyldelse af tilbuddet, herunder for oprettelsen af det særlige OPP-selskab og for A. Enggaard A/S' vedkommende for påtagelse af den garantiforpligtelse over for OPP-selskabet, der forudsættes videretransporteret til regionen, medens Bricks A/S har påtaget sig ansvaret for at opfylde tilbuddet for så vidt angår salgsaftalen om AUH Risskov-ejendommen. Konsortiet synes således at have haft karakter af et interessentskab, som omfattes af erhvervsvirksomhedsloven, jf. § 1, stk. 1 og 2, jf. § 2, stk. 1. Om konsortiet har været omfattet af erhvervsvirksomhedsloven og i den forbindelse har skullet og er blevet registreret i overensstemmelse med reglerne i kapitel 10 i bekendtgørelse nr. 1476 om anmeldelse, registrering, gebyr samt offentliggørelse m.v. i Erhvervsstyrelsen af 11. december 2013 (nu kapitel 11 i bekendtgørelse nr. 243 af 10. marts 2015) er ikke klart.

Efter klagenævnets opfattelse er det ufornuddent at tage stilling til disse spørgsmål og den nærmere karakter af samarbejdet. Indgivelsen af klagen

med TEAM OPP som klager må således tages som udtryk for, at konsortiedeltagerne har valgt at fortsætte konsortiesamarbejdet under klagesagen med det formål at opnå at få medhold i de nedlagte påstande.

På det tidspunkt, hvor klagen blev indgivet, og under den efterfølgende skriftveksling, hvor klageren fortsat betegnes som TEAM OPP/v DEAS A/S er der således ingen tvivl om, at klageren var og forblev TEAM OPP (bestående af A. Enggaard A/S, DEAS A/S, Sampension KP Livsforsikring a/s, PensionDanmark Pensionforsikringsaktieselskab og Bricks A/S).

Udtræden af konsortiedeltagere

Ved klagerens advokats brev af 24. november 2014 blev der bebudet en ændring i sammensætningen af det klagende konsortium. Ændringen var betinget af klagenævnets bekræftelse på, at en ændring som ovenfor beskrevet ikke har nogen betydning for det fortsættende klagende konsortium.

Da en sådan bekræftelse ikke er fremkommet, må sammensætningen af TEAM OPP i tiden herefter anses for ikke at være ændret.

A. Enggaard A/S har den 22. marts 2015 meddelt advokaten for TEAM OPP, at selskabet udtræder af klagesagen, og har sendt kopi af denne meddelelse til Region Midtjylland.

Klagenævnet finder, at dette må opfattes sådan, at A. Enggaard A/S er udtrådt af klagesagen.

Der er ikke grundlag for at antage, at dette indebærer, at TEAM OPP-konsortiet dermed er ophørt. Under alle omstændigheder må det antages, at de deltagere i det TEAM OPP, som indgav klagen, i tilfælde af konsortiets ophør, vil være berettiget til sammen eller hver især at fortsætte klagesagen i eget navn.

Den 1. april 2015 indgav klageren et processkrift, hvor betegnelsen for det klagende konsortium blev ændret til ”TEAM OPP v/Kemp & Lauritzen A/S”. Uden sikre holdepunkter for andet må den ændrede partsbetegnelse i sig selv forstås sådan, at selve TEAM OPP-konsortiet (A. Enggaard A/S, DEAS A/S, Sampension KP Livsforsikring a/s, PensionDanmark Pensionforsikringsaktieselskab og Bricks A/S) fortsat er klager, idet Kemp & Lau-

ritzen A/S søger at indtræde som selvstændig klager – og samtidig som den, der er ordførende for den oprindelige klager, som er TEAM OPP-konsortiet.

Den ændrede partsbetegnelse kan således ikke føre til afvisning af hele eller dele af klagen for så vidt angår TEAM OPP-konsortiet (A. Enggaard A/S, DEAS A/S, Sampension KP Livsforsikring a/s, PensionDanmark Pensionforsikringsaktieselskab og Bricks A/S). Spørgsmålet om Kemp & Lauritzen's indtræden behandles særskilt nedenfor.

De meget varierende udsagn, klageren er kommet med i processkrifterne om sammensætningen af TEAM OPP og om hvilke virksomheder, der (nu) står bag klagen, har skabt betydelig usikkerhed om, hvorvidt også andre af de oprindelige klagende konsortiedeltagere DEAS A/S, Sampension KP Livsforsikring a/s, PensionDanmark Pensionforsikringsaktieselskab fortsat indgår i TEAM OPP og fortsat deltager i klagesagen. Det er således kun Bricks A/S, som efter indholdet af processkrifterne med sikkerhed fortsat er klager.

Da det i de seneste processkrifter fra klagerens advokats side er fastholdt, at alle de nævnte virksomheder, som indgik som tilbudsgivere i TEAM OPP-konsortiet, og var en del af det konsortium, som indgav klagen, fortsat indgår i konsortiet og står bag klagen, finder klagenævnet ikke fuldt tilstrækkeligt grundlag for at anse klagen for frafaldet af DEAS A/S, Sampension KP Livsforsikring a/s og/eller PensionDanmark Pensionforsikringsaktieselskab. Klagenævnet bemærker, at dette blandt andet indebærer, at disse virksomheder også hæfter for den del af de eventuelle sagsomkostninger, TEAM OPP måtte blive pålagt at betale til Region Midtjylland, hvis TEAM OPP ikke måtte få medhold i klagen, der vedrører tiden efter A. Enggaard A/S' udtræden. Sagsomkostninger i forhold til A. Enggaard A/S (den andel af de samlede omkostninger som TEAM OPP måtte blive pålagt eller tilkendt, som A. Enggaard A/S hæfter for eller har krav på vedrørende tiden frem til selskabets udtræden af klagesagen) fastsættes ved klagenævnets afgørelse om sagens realitet.

Indtræden af Kemp & Lauritzen A/S

Processkriftet af 1. april 2015, hvori betegnelsen for det klagende konsortium ændres til ”TEAM OPP v/Kemp & Lauritzen A/S”, må som nævnt forstås sådan, at Kemp & Lauritzen A/S indtræder som klager.

Da Kemp & Lauritzen A/S ikke indgår som part i den oprindeligt anlagte klagesag, og da virksomheden tydeligvis ikke alene ønsker at indtræde i klagesagen som intervenient, skal selskabet opfylde kravene efter håndhævelseslovens § 6, stk. 1, nr. 1, om retlig interesse, betale klagegebyr, ligesom klagen skal være indgivet inden for fristen på 45 kalenderdage efter ordregiverens offentliggørelse i EU-tidende om kontraktindgåelse i håndhævelseslovens § 7, stk. 2, nr. 1. Da klagen fra Kemp & Lauritzen A/S er indgivet den 1. april 2015, og Region Midtjylland har offentliggjort bekendtgørelsen om kontraktindgåelse den 29. november 2014, er klagen for sent indgivet.

Kemp & Lauritzen A/S' klage afvises som følge heraf.

Øvrige underleverandører

aarhus arkitekterne a/s, Niras A/S, SLA Landskabsarkitekter A/S og Arkitektfirmaet Schmidt Hammer Lassen A/S har ikke på samme måde, som Kemp & Lauritzen været direkte nævnt som klagende parter. Disse virksomheder kan derfor ikke antages at have indgivet klage over udbuddet.

Sagsomkostninger

Kemp & Lauritzen A/S skal i sagsomkostninger betale 10.000 kr. til Region Midtjylland. Ved fastsættelsen af sagsomkostninger er der lagt vægt på omfanget af skriftvekslingen, herunder at den yderligere skriftveksling, Kemp & Lauritzen A/S' indtræden har givet anledning til, alene har drejet sig om dette selskabs klageadgang. De øvrige spørgsmål om retlig interesse har således vedrørt andre parter.

Eventuelle sagsomkostninger i forhold til A. Enggaard A/S fastsættes i forbindelse med afgørelsen om sagens realitet.

Herefter bestemmes:

Kemp & Lauritzen A/S' klage afvises.

Kemp & Lauritzen A/S skal i sagsomkostninger betale 10.000 kr. til Region Midtjylland, der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagen fra TEAM OPP afvises ikke, idet A. Enggaard A/S dog anses for udtrådt af TEAM OPP for så vidt angår denne klagesag.

Eventuelle sagsomkostninger i forhold til A. Enggaard A/S fastsættes i forbindelse med afgørelsen om sagens realitet.

Katja Høegh

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig