

#### **24. august 2007. LSI Metro Gruppen mod Ørestadsselskabet I/S**

*Udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet af projektering m.m. vedrørende et anlægsprojekt. Udbyderen kunne ikke undlade at prækvalificere en virksomhed med den begrundelse, at virksomheden havde erfaringer fra et tidligere lignende projekt. Udbyderen kunne prækvalificere virksomheder, der havde stillet medarbejdere til rådighed for forberedelsen af det udbudte projekt, men ikke enighed i Klagenævnet om begrundelsen herfor og dissens. En udbyder må ikke undlade at prækvalificere en virksomhed med den begrundelse, at en ansat hos udbyderen har tætte forbindelser til den pågældende virksomhed. Ikke opsættende virkning*

Efter anlægget af den københavnske metros etape 1-3 iværksatte Trafikministeriet et udredningsarbejde med hensyn til, om der skulle anlægges en yderligere metrolinje, benævnt »Cityringen«. Udredningsarbejdet blev forestået af en styregruppe med repræsentanter for staten og de berørte kommuner mfl. Ørestadsselskabet I/S, der driver metroen, fungerede som rådgiver for styregruppen. Til brug herfor indgik Ørestadsselskabet I/S aftale med nogle ingeniør- og arkitektfirmaer, der havde fungeret som rådgivere under anlægget af metroens etape 1-3, om at stille forskellige »ressourcepersoner« til rådighed ved udredningsarbejdet, dvs. nogle personer, der som ansatte i de pågældende virksomheder havde beskæftiget sig med metroens etape 1-3. De pågældende ressourcepersoner deltog herefter i udarbejdelsen af en udredningsrapport vedrørende Cityringen.

Efter udredningsarbejdets afslutning iværksatte Ørestadsselskabet I/S et udbud efter forhandling i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet af en tjenesteydelse bestående i projektering m.m. vedrørende Cityringen. Der prækvalificeredes 5 konsortier, der hver bestod af forskellige ingeniørvirksomheder m.m. Alle 5 konsortier indgav tilbud, hvorefter Ørestadsselskabet indledte forhandlinger med tilbudsgiverne.

Kort efter forhandlingernes iværksættelse klagede en af tilbudsgiverne til Klagenævnet over prækvalifikationen af tre af de andre tilbudsgivere. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge med henvisning til, at Klagenævnets afgørelse i sagen ville foreligge hurtigt, og inden udbyderens forhandlinger med tilbudsgiverne ville være afsluttet.

Klageren gjorde gældende, at prækvalifikationen af de tre tilbudsgivere var i strid med ligebehandlingsprincippet, fordi de pågældende konsortier omfattede virksomheder, der havde stillet ressourcepersoner til rådighed for udredningsarbejdet.

Alle Klagenævnets medlemmer udtalte:

Ifølge udbudsbetingelserne skulle Cityringen projekteres sådan, at erfaringerne fra etape 1-3 i vidt omfang kunne udnyttes. Cityringen var imidlertid et helt nyt projekt, og udbyderen var derfor ikke berettiget til at undlade at kvalificere virksomheder, der ved deltagelse i etape 1-3 havde opnået en viden om etape 1-3, som andre virksomheder ikke havde, uanset at sådanne virksomheder som følge heraf ville have en betydelig konkurrencefordel. Det afgørende var derimod, om de virksomheder, der havde stillet ressourcepersoner til rådighed for udredningsarbejdet vedrørende Cityringen, herved havde opnået en konkurrencefordel ud over den konkurrencefordel, som de havde i forvejen som følge af deres deltagelse i etape 1-3. En sådan yder-

ligere konkurrencefordel ville i givet fald af nærmere angivne grunde kun kunne foreligge i relation til den indledende fase af udførelsen af den udbudte tjenesteydelse.

Et af Klagenævnets medlemmer fandt af nærmere angivne grunde, at der ikke var tilført de virksomheder, der havde stillet ressourcepersoner til rådighed for udredningsarbejdet, en yderligere konkurrencefordel, hvorfor dette medlem stemte for ikke at tage klagen til følge.

Et andet af Klagenævnets medlemmer fandt af nærmere angivne grunde, at de virksomheder, der havde stillet ressourcepersoner til rådighed for udredningsarbejdet, havde opnået en yderligere konkurrencefordel. Dette medlem af Klagenævnet fandt imidlertid af nærmere angivne grunde, at den yderligere konkurrencefordel for 2 af de pågældende virksomheder ikke havde nogen praktisk betydning, og at den yderligere konkurrencefordel for den tredje virksomhed ikke var så betydende, at udbyderen havde pligt til ikke at prækvalificere den tilbudsgiver, som den pågældende virksomhed indgik i. Medlemmet af Klagenævnet henviste herved til, at det relevante underkriterium kun skulle vægtes med 10 %. Dette medlem af Klagenævnet stemte herefter ligeledes for ikke at tage klagen til følge.

Det tredje medlem af Klagenævnet udtalte følgende: Ressourcepersonernes særlige viden ville medføre tidsbesparelser for de pågældende tilbudsgivere, og udbyderen havde ikke sikret, at den særlige viden var tilgængelig for alle tilbudsgiverne. Under disse omstændigheder havde udbyderen bevisbyrden for, at de virksomheder, der havde stillet ressourcepersoner til rådighed, ikke havde opnået en konkurrencefordel. Denne bevisbyrde var ikke løftet, hvorfor dette medlem stemte for at tage klagen til følge.

Som følge af stemmeflertallet blev klagen ikke taget til følge.

Med hensyn til en af de tre tilbudsgivere gjorde klageren yderligere gældende, at en ledende medarbejder hos udbyderen havde aktier i en af de virksomheder, der indgik i det pågældende konsortium og havde været ansat i denne virksomhed, og at udbyderen allerede af denne grund havde været forpligtet til at undlade at prækvalificere dette konsortium.

Klagenævnet udtalte om dette punkt alene, at en beslutning om ikke at prækvalificere en virksomhed, fordi en person ansat hos udbyderen har tætte forbindelser til virksomheden, vil være en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet i Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10.

Opretholdt ved Østre Landsrets dom af 18. september 2009 i sag 16. afd. B-926-08.

Klagenævnets kendelse af 14. januar 2008 angår en yderligere klage fra samme klager over samme udbud.