

19. oktober 2009. DSV Transport mod I/S Vestforbrænding

At en virksomhed tidligere havde ophævet en kontrakt med udbyderen og tabt en efterfølgende voldgiftssag om ophævelsen, var ikke en alvorlig fejl som omhandlet i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, og forholdet kunne derfor ikke begrunde, at virksomheden i medfør af denne bestemmelse blev afvist som tilbudsgiver ved et nyt udbud fra udbyderen. Ikke opsættende virkning

Et fælleskommunalt affaldsselskab V indgik i 2005 på grundlag af et EU-udbud kontrakt med en virksomhed D om transport af containere til og fra en genbrugsstation. Efter at have udført opgaven i nogen tid konstaterede D, at opgaven havde et større omfang, end hvad D havde regnet med, og i 2006 hævdede D kontrakten som følge deraf. Der blev derefter indgået en aftale mellem V og D om D's udførelse af opgaven mod merbetaling i en periode, indtil V havde gennemført et nyt udbud. V gennemførte det nye udbud i 2007 og indgik på grundlag af dette udbud en ny kontrakt med D om opgavens udførelse.

I henhold til en voldgiftsklausul i kontrakten fra 2005 rejste V i 2007 voldgiftssag mod D i anledning af D's ophævelse af denne kontrakt. V gjorde for voldgiftsretten gældende, at D's ophævelse af kontrakten havde været uberettiget, og påstod D tilpligtet at betale erstatning.

I 2009 iværksatte V et EU-udbud i henhold til Udbudsdirektivet vedrørende transport af containere til og fra en anden genbrugsstation. Før udløbet af tilbudsfristen traf voldgiftsretten afgørelse i voldgiftssagen vedrørende D's ophævelse af kontrakten fra 2005. Voldgiftsrettens afgørelse gav V medhold, idet voldgiftsretten konstaterede, at D's ophævelse af kontrakten havde været uberettiget, og voldgiftsretten pålagde D at betale erstatning til V.

Bl.a. D afgav tilbud i henhold til EU-udbuddet i 2009. Efter tilbuddenes modtagelse tilkendegav V imidlertid, at D's tilbud ikke ville blive taget i betragtning, da det var omfattet af udelukkelsesgrunden i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d. (Efter denne bestemmelse kan en økonomisk aktør, som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig og bevisligt konstateret fejl, afvises som tilbudsgiver). V henviste herved dels til D's uberettigede ophævelse af kontrakten fra 2005, dels til en klausul i udbudsbetingelserne, hvorefter tilbudsgivere, der var omfattet af udelukkelsesgrundene i Udbudsdirektivets artikel 45, ville blive udelukket fra at komme i betragtning.

D klagede til Klagenævnet. En begæring fra D om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

V tilkendegav under sagens behandling for Klagenævnet, at D ville blive afvist som tilbudsgiver vedrørende opgaver af den omhandlede karakter i op til 5 år fra voldgiftsrettens afgørelse. V tilkendegav videre, at ændringer i ejerkreds og ledelse for D ville kunne afkorte denne periode, men at nye alvorlige fejl eventuelt ville føre til forlængelse af perioden.

Klagenævnet henviste til ordlyden og placeringen af Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, og udtalte, at reglen må forstås sådan, at en virksomhed alene kan afvises som tilbudsgiver, hvis den fejl, der er tale om, vedrører udøvelsen af virksomhedens erhverv, hvis fejlen er af en vis bety-

delig grovhed, og hvis fejlen efter en saglig, objektiv vurdering er af væsentlig betydning for virksomhedens egnethed som kontraktpart. Ud fra en samlet vurdering var det endvidere Klagenævnets vurdering, at D's uberettigede ophævelse af kontrakten ikke var en »alvorlig« fejl, og at der heller ikke var tale om en fejl, der efter en saglig, objektiv vurdering var af betydning for D's egnethed som kontraktpart. Klagenævnet henviste herved til forskellige omstændigheder, herunder baggrunden for den tvist, der førte til voldgiftssagen, og forløbet under tvisten, og til parternes øvrige generelt velfungerende samarbejde gennem en årrække m.m.

Klagenævnet konstaterede herefter, at V ikke havde været berettiget til at afvise D som tilbudsgiver efter Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, og D's klage blev således taget til følge.

Opretholdt ved Højesterets dom af 4. juni 2013 i sag 103/2011.