

**K E N D E L S E**

Foreningen af Rådgivende Ingeniører  
(advokat Lene Damkjær Christensen )  
mod

Roskilde Kommune  
(Kammeradvokaten ved advokat K. Hagel-Sørensen)

Den 17. marts 1995 udbød indklagede, Roskilde Kommune, som begrænset udbud efter Rådets direktiv 92/50/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler to tjenesteydelser, der i udbudsbekendtgørelserne var beskrevet således:  
Udbud 1.

»Tjenesteydelsen omfatter bygherrerådgivning i forbindelse med etablering af museumshavn med tilhørende bygninger og parkeringsplads, vandrehjem, maritimt aktivitetscenter, restaurant og administrationsbygning for Vikingskibshallen på arealer beliggende i havneområdet vest for Vikingskibshallen. Derudover omfatter tjenesteydelsen gennemførelse af en miljøteknisk undersøgelse af en del af den tidligere gasværks-/rensingsanlægsgrund. Rådgivningen omfatter projekt- og økonomistyring samt overordnet tilsyn i forbindelse med de enkelte delprojekters gennemførelse. Planlægning og projektering af ovennævnte anlægsarbejder udbydes særskilt«.

Udbud 2.

»Tjenesteydelsen omfatter rådgivning i forbindelse med projektering af museumshavn med tilhørende bygninger og parkeringsplads, samt projektering af afværgeforanstaltninger i forbindelse med håndtering af forurennet jord. Projektet omfatter udgravning af kanalhavn med tilhørende havnemøler, etablering af 2 broer til museumsøen, bygning af 2 haller til bådeværft, 3 formidlingsbygninger, 1 bygning til fundsmodtagelse samt 3 bådenauster på museumsøen samt etablering af p-pladser til ialt ca. 140 biler. Rådgivningen omfatter endvidere udbud i hoved/eller fagentrepriser samt tilsyn i byggeperioden«.

I begge udbudsbekendtgørelser var kriterierne for tildeling af ordren fastsat således: »Kriterier for tildeling af ordren vil være økonomisk mest fordelagtige tilbud under hensyntagen til pris og kendskab til byggeri af ovennævnte karakter«.

I begge udbudsbekendtgørelser var det anført, at udbyderen påtænkte maksimalt at opfordre 5 tjenesteydere til at afgive tilbud, og at sidste frist for modtagelse af anmodning om deltagelse var 24. april 1995. Vedrørende udbud 1 fremkom der anmodning om prækvalifikation fra 10 firmaer, hvoraf 5 firmaer blev prækvalificeret. Vedrørende udbud 2 fremkom der anmodning om prækvalifikation fra 14 firmaer, hvoraf 5 firmaer blev prækvalificeret.

Ingeniørfirmaet Cowiconsult A/S fremsendte anmodning om at blive prækvalificeret vedrørende udbud 2, men kommunen afviste firmaets anmodning om at blive prækvalificeret. Kommunen meddelte Cowiconsult A/S afgørelsen ved en skrivelse af 15. maj 1995, hvori det bl.a. hedder:

»Med henvisning til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992, artikel 3, stk. 2, om forskelsbehandling af tjenesteydere, er det forvaltningens opfattelse, at De, på baggrund [af] Deres arbejde for Roskilde kommune i forbindelse med forureningen på gasværks- og rensningsanlægsgrunden, har en særfordel frem for andre tjenesteydere og derfor desværre må erklæres inhabile i denne sag.

.....

Vi skal på denne baggrund beklage, at Deres anmodning ikke kunne efterkommes«.

Den 17. januar 1996 indgav klageren, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, klage over Roskilde Kommune til Klagenævnet for Udbud vedrørende udbud 2. Undervisningsministeriet er under sagen indtrådt til støtte for indklagede, Roskilde Kommune. Sagen har været behandlet på et møde i København den 6. juni 1996.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede, Roskilde Kommune, har været uberettiget til ved udbudet af 17. marts 1995 af rådgivning i forbindelse med projektering af museumshavn m.v. at afvise anmodningen fra Cowiconsult A/S om prækvalifikation med den begrundelse, at en prækvalifikation af Cowiconsult A/S ville indebære en forskelsbehandling i forhold til andre tilbudsgivere, jf. tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2.

Indklagede, Roskilde Kommune, har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Undervisningsministeriet har støttet kommunens påstand.

Cowiconsult A/S udarbejdede i 1992 til Roskilde Kommune en miljøundersøgelse med titlen »Roskilde Gasværk, affaldsdepot 265-106, matr. 763a og 763d, Roskilde bygrunde«. Rapporten bestod af 3 delrapporter og en sammenfatningsrapport. I indledningen til 1. delrapport »Miljøundersøgelse af grunden« hedder det:

»I forbindelse med Roskilde Kommunes helhedsplan for havneområdet, har kommunen besluttet at gennemføre en undersøgelse af jord- og grundvandsforurening på gasværksgrunden. COWIconsult har efter anmodning fra kommunen forestået undersøgelse, der omfatter hele det tidligere gasværksområde, både kulgasværket og spaltegassværket, beliggende Havnevej 44 og

46 samt Skt. Ibsvej 12, matr. nr. 763a og 763d begge Roskilde bygrunde.  
Placeringen af grundene fremgår af figur 1.1.

Undersøgelsens omfang: Undersøgelsen er opdelt på tre emner, hvoraf nærværende rapport omhandler jordforurening på selve gasværksgrundene:

- |               |                                    |
|---------------|------------------------------------|
| 1. delrapport | Miljøundersøgelse af grunden.      |
| 2. delrapport | Miljøundersøgelse af grundvandet.  |
| 3. delrapport | Undersøgelse af gasværksbygninger. |

De tre rapporters konklusioner samles i en sammenfatningsrapport, hvor der gives en sammenstilling af resultaterne og en vurdering af de økonomiske konsekvenser af den konstaterede forurening.

### **1.1 Formål med undersøgelsen**

Det overordende formål med undersøgelsen er at fremskaffe et beslutningsgrundlag for anvendelse af såvel grunden som bygninger, herunder:

- at afklare udgifter ved afværgeforanstaltninger til forskellige fremtidige arealanvendelser.
- at sikre en koordination og billiggørelse af oprydningen af det samlede gasværksareal.
- at tilrettelægge en afværgestrategi, der sikrer mod yderligere spredning af forureningen, samt sigter mod frigivelse af de mindst belastede områder først.

Det specifikke formål med forureningsundersøgelsen af jordforureningen er:

- afgrænsning af forurenede arealer både horisontalt og vertikalt.
- karakterisering af forurenningernes sammensætning samt deres koncentrationsniveauer.
- undersøgelse af de geologiske forhold.
- vurdering af forureningens konsekvenser for arealets fremtidige anvendelsesmuligheder.
- skitseforslag til afværgeforanstaltninger«.

Indledningen til 2. delrapport »Miljøundersøgelse af grundvandet« svarer til indledningen i 1. delrapport, men således at afsnittet om formålet med undersøgelsen vedrørende jordforureningen er erstattet af følgende afsnit om formålet med undersøgelsen vedrørende grundvandsforureningen:

»Det specifikke formål med forureningsundersøgelsen af grundvandsforureningen er:

- afgrænsning af forurening i grundvandet både horisontalt og vertikalt.
- karakterisering af forurenningernes sammensætning samt koncentrationsniveauer.
- undersøgelse af de geologiske og hydrogeologiske forhold.

- risikovurdering af forureningen i forhold til grundvandet, drikkevandsindvinding og recipienter.
- vurdering af forureningens konsekvenser ved ændret arealanvendelse.
- skitseforslag til afværgeforanstaltninger«.

I Sammenfatningsrapporten er det i afsnit 6.3. »Beskrivelse af grundvandsforureningen«, afsnit 6.3.4. »Ændret anvendelse af arealet« anført, at der, hvis arealet skal overgå til anden anvendelse, må påregnes, at der skal ske en oprydning ved en eller flere af forureningskilderne, og at der herunder vil indgå oprensning af den koncentrerede forurening ved kilden.

I Sammenfatningsrapportens afsnit 6.4. »Jordforurening« er der foretaget en vurdering af den konstaterede jordforurening i relation til en ændret anvendelse af arealet og påvirkning af grundvandet. På grundlag af en skitse over en eventuel anvendelse af arealet, der var udarbejdet af kommunen og stillet til rådighed for Cowiconsult A/S, afgav selskabet en udtalelse om 1) Parken, 2) Planlagt grønt område, 3) Byggefelt I, 4) Byggefelt II, 5) Byggefelt III, 6) Byggefelt IV og 7) Grønne friarealer.

I august 1993 udarbejdede Cowiconsult A/S til Roskilde Kommune en rapport med titlen »Roskilde Gasværk, Skitseprojekt for midlertidige afværgeforanstaltninger«. I indledningen til rapporten hedder det:

»Roskilde Kommune har anmodet Cowiconsult om at udarbejde et skitseprojekt for midlertidige afværgeforanstaltninger på Roskilde Gasværk og Havnens Renseanlæg. Projektet omfatter grunden Roskilde Gasværk, affaldsdepot nr. 265-106, matr.nr. 763a og 763d, begge Roskilde bygrunde, og naboarealet mod nord, som er Havnens Renseanlæg. Begge arealer ejes af Roskilde Kommune. Undersøgelserne af forureningstilstanden på Roskilde Gasværk er udført af flere omgange, og har vist, at der både på gasværksgrunden og på renseanlæggets grund er områder med kraftige forureninger, som udgør en risiko for miljøet og for en fremtidig anvendelse af arealerne. Havnens renseanlæg er under afvikling, og i den forbindelse nedlægges en del af de nuværende kloakker og bassiner. Dette vil få betydning for forureningens spredning, idet installationerne dræner grundvandet fra området. Det er derfor nødvendigt at opretholde pumpningen fra installationerne, eller at etablere nye dræn som erstatning«.

I afsnittet »Formål og strategi« hedder det bl.a.:

»På længere sigt forventer Roskilde Kommune, at området skal udlægges til byggeri eller til rekreative områder. Det er derfor økonomisk fordelagtigt at planlægge en oprydning af området, og indtil dette projekt kan igangsættes at forhindre yderligere spredning af forureningen. I forbindelse med afviklingen af Havnens Renseanlæg er det formålet at etablere et afværagesystem, som sikrer opretholdelse af den nuværende grundvandsstrømning«.

I afsnittet »Afværgeforanstaltninger« hedder det bl.a.:

»Det vil være en midlertidig løsning at bruge det gamle ledningssystem.....Når det med tiden bliver nødvendigt at nedlægge pumpebrønden og ledningerne, kan der

være kommet andre og mere konkrete planer om området og anlægsinvesteringerne kan foretages mere målrettet. Desuden kan der i mellemtiden være foretaget en del oprydninger på gasværksgrunden, som gør dele af dræn/pumpe anlægget overflødigt. Det anbefales ud fra en funktionsmæssig afvejning, at det eksisterende system anvendes til afværgeprojektet..... .«

Projektleder Anne von Huth, Cowiconsult A/S nu Cowi, Rådgivende Ingeniører A/S, har forklaret, at det var hende, der var ansvarlig for miljøundersøgelsen i 1992, som kostede ca. 500.000 kr. excl. moms. Cowiconsult A/S frarådede i forbindelse med undersøgelsen bebyggelse på byggefelt IV, ligesom selskabet frarådede anlæggelse af en kanal, der var anført på kommunens skitse over området. Hun stod endvidere for udarbejdelsen af Skitseprojektet for midlertidige afværgeforanstaltninger i august 1993. I oktober 1993 anmodede kommunen Cowiconsult A/S om at deltage i et møde med Roskilde Amtskommune om den helhedsplan for havneområdet i Roskilde, som kommunen havde udarbejdet bl.a. på grundlag af en offentlig debat. Kommunen ønskede, at en repræsentant for Cowiconsult A/S skulle deltage i mødet med amtskommunen bl.a. med henblik på at besvare eventuelle spørgsmål vedrørende miljøundersøgelsen. Hun deltog selv i formødet hos kommunen den 1. oktober 1993, men på grund af ferie kunne hun ikke selv deltage i selve mødet med amtskommunen den 13. oktober 1993, hvor Cowiconsult A/S i stedet var repræsenteret af konsulent Lars Kaalund. På formødet bad kommunen om at få hendes umiddelbare vurdering af, om projektet kunne gennemføres. Hun fremkom med forskellige vurderinger i relation til projektet, og referatet fra mødet gengiver, hvad der skete på mødet. Der var ikke sat meget af til forberedelse, men hun har et stort kendskab til gasværksgrunde. Hele denne bistandsydelse skulle holdes inden for 15.000 kr. excl. moms.

Miljøplanlægger Marthe Gudmand-Høyer, Roskilde Kommune, har forklaret, at Cowiconsult A/S i oktober 1993 skulle bistå kommunen ved den grundlæggende vurdering af, hvad der videre skulle ske, og det var bl.a. vigtigt at få afklaret, om det var muligt at få delarealer frigivet til udnyttelse. Cowiconsult A/S skulle endvidere på mødet med amtskommunen bistå kommunen med at besvare miljømæssige spørgsmål. På mødet med amtskommunen var det konsulent Lars Kaalund der førte ordet vedrørende de miljømæssige spørgsmål.

Klageren har til støtte for sin påstand gjort gældende, at Cowiconsult A/S ikke i forbindelse med sit tidligere arbejde for kommunen er kommet i besiddelse af oplysninger, som giver ingeniørfirmaet en særlig favorabel stilling i forhold til andre tilbudsgivere, og at kommunen derfor ikke har haft grundlag for med denne begrundelse at afvise selskabets anmodning om at blive prækvalificeret. Dette indebærer, at kommunen ved sin afgørelse om at afvise anmodningen fra Cowiconsult A/S om prækvalifikation har handlet i strid med tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, idet der er sket en usaglig forskelsbehandling af Cowiconsult A/S til skade for dette selskab.

Klageren har nærmere anført, at en tilbudsgiver efter gældende praksis for det første kan være afskåret fra at deltage i et udbud, hvis firmaet har deltaget i fastlæggelsen af den ydelse, der skal udbydes, eller i udarbejdelsen af udbudsmaterialet. En sådan situation foreligger ikke i dette tilfælde, idet den miljøundersøgelse, som Cowiconsult A/S foretog for kommunen ikke blev foretaget med henblik på det aktuelle udbud, ligesom Cowiconsult A/S ikke på nogen måde har bistået kommunen vedrørende det aktuelle udbud.

Klageren har endvidere anført, at en tilbudsgiver efter gældende praksis for det andet kan være afskåret fra at deltage i et udbud, hvis firmaet tidligere har udført arbejde for udbyderen eller på

anden måde haft kontakt med udbyderen, og firmaet i forbindelse med dette arbejde eller denne kontakt er kommet i besiddelse af oplysninger, som andre tilbudsgivere ikke er i besiddelse af, og disse oplysninger nu har direkte betydning for firmaet ved dets afgivelse af tilbud i forbindelse med et konkret udbud. Heller ikke denne situation foreligger i dette tilfælde. De oplysninger, som Cowiconsult A/S fik adgang til og selv tilvejebragte i forbindelse med undersøgelsen i 1992, må antages at være indeholdt i de rapporter, som blev udarbejdet i forbindelse med undersøgelsen, og disse rapporter er en del af udbudsmaterialet og dermed tilgængelige for alle tilbudsgivere.

Indklagede har til støtte for sin påstand gjort gældende, at Cowiconsult A/S på grund af selskabets tidligere arbejde for kommunen ville have en særlig favorabel stilling ved afgivelse af tilbud vedrørende udbud 2 i forhold til andre tilbudsgivere, og at det som følge heraf har påhvilet kommunen af denne grund at afvise anmodningen fra Cowiconsult A/S om at blive prækvalificeret. En beslutning om at prækvalificere Cowiconsult A/S vedrørende udbud 2 ville tværtimod indebære en tilsidesættelse af tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, hvorefter det påhviler den ordregivende myndighed at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem tjenesteydere.

Indklagede har nærmere anført, at en ordregiver først og fremmest har pligt til at sikre, at konkurrencen mellem tilbudsgiverne sker på lige vilkår, og at dette indebærer, at en ordregiver er berettiget til at udvise forsigtighed ved vurderingen af, om der vedrørende en tilbudsgiver foreligger forhold, som giver eller kan give denne tilbudsgiver en særlig favorabel stilling i forhold til andre tilbudsgivere. Der må derfor gives ordregiverne en bred margin, når de skal vurdere, om en begæring fra en tilbudsgiver om at blive prækvalificeret på grund af sådanne forhold skal afvises. Indklagede har i den forbindelse anført, at det - såfremt der indgives klage over en ordregiver - er ordregiveren, der har bevisbyrden for, at der ikke er sket forskelsbehandling.

Indklagede har særligt henvist til følgende forhold vedrørende Cowiconsult A/S' forbindelse med det område, som tjenesteydelserne i udbud 2 vedrører:

Cowiconsult A/S har gennemført en indgående miljøundersøgelse af det område, som udbud 2 vedrører, og har i forbindelse hermed foretaget 10 boringer på området, og selskabet kan som følge heraf have et bedre kendskab til dette areal, idet selskabet kan ligge inde med oplysninger om arealet, som ikke er medtaget i undersøgelsesrapporterne fra 1992, og som derfor ikke vil være tilgængelige for andre tilbudsgivere.

Cowiconsult A/S har også efter afleveringen af rapporterne af november 1992 bistået kommunen om miljøspørgsmål vedrørende det areal, som udbudet vedrører, idet repræsentanter for selskabet i oktober 1993 deltog i møder vedrørende en helhedsplan for havneområdet, dels et formøde med kommunens teknikere den 1. oktober, dels det efterfølgende møde med Roskilde Amtskommune den 11. oktober. Også ved denne fortsatte rådgivning af kommunen om miljøspørgsmål med relation til det areal, som udbudet vedrører, har Cowiconsult A/S opnået fordele i forhold til andre tilbudsgivere.

### **Klagenævnet udtaler:**

Forinden Roskilde Kommune tog stilling til, hvilke af de firmaer, der havde anmodet om at deltage i udbudet, der skulle prækvalificeres, påhvilede det kommunen at vurdere, om der vedrørende nogle af firmaerne forelå sådanne særlige forhold, at anmodningen fra det pågældende firma om

prækvalifikation på forhånd måtte afvises, selvom firmaet i øvrigt opfyldte betingelserne for at blive prækvalificeret. Afvisning vil bl.a. skulle ske, hvis særlige forhold vedrørende det pågældende firma medfører, at en prækvalifikation af firmaet indebærer, at der ved den efterfølgende tilbudsgivning foreligger forskelsbehandling til gunst for dette firma, jf. tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2.

Roskilde Kommune har foretaget denne vurdering, og kommunen har på grundlag af sin vurdering af den miljøundersøgelse, som Cowiconsult A/S udførte for kommunen vedrørende gasværksgrunden, og firmaets øvrige bistand til kommunen vedrørende det pågældende område sammenholdt med beskaffenheden af den tjenesteydelse, der var udbudt, skønnet, at kommunen ved en prækvalifikation af Cowiconsult A/S ville tilsidesætte sin forpligtelse til at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem tjene stejderne. Denne afgørelse kan efter lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 1, nr. 4, efterprøves af Klagenævnet, og under behandlingen for klagenævnet har kommunen redegjort for det grundlag, som kommunen traf sin afgørelse på, jf. lovens § 11.

Klagenævnet har vurderet grundlaget for kommunens afgørelse, og det er efter denne vurdering Klagenævnets standpunkt, at kommunen ikke - heller ikke når der tages hensyn til, at de ordregivende myndigheder på grund af disse afgørelses beskaffenhed bør have en vid ramme for deres vurdering - i den konkrete situation har haft fornødent grundlag for at beslutte, at anmodningen fra Cowiconsult A/S på forhånd skulle afvises. Det er således Klagenævnets standpunkt, at der ikke vedrørende Cowiconsult A/S forelå sådanne særlige forhold, at dette firmas deltagelse i udbudet som tilbudsgiver ville indebære en favorisering af dette firma i strid med tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2. Klagenævnet har herved især lagt vægt på, at de tekniske informationer, der blev tilvejebragt ved de miljøundersøgelser, som Cowiconsult A/S gennemførte, må antages at have været af helt uvæsentlig betydning i forbindelse med afgivelsen af tilbud på den tjenesteydelse, der var udbudt ved udbud 2.

Klagenævnet træffer derfor afgørelse i overensstemmelse med klagerens påstand.

#### **Herefter bestemmes:**

Roskilde Kommune var uberettiget til ved udbudet af 17. marts 1995 af rådgivning i forbindelse med projektering af museumshavn m.v. at afvise anmodningen fra Cowiconsult A/S om prækvalifikation med den begrundelse, at en prækvalifikation af Cowiconsult A/S ville indebære en forskelsbehandling i forhold til andre tilbudsgivere, jf. tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2.

Roskilde Kommune skal i sagsomkostninger til Foreningen af Rådgivende Ingeniører betale 4.000 kr.