

K E N D E L S E

1. Dansk Fjernvarmes Decentrale Kraft/Varme-Selskab A.m.b.a.
2. Fjernvarmens Informationsfond
3. Viggo Folmer Ingeniørfirma A/S
(advokat Bente Lykke Sørensen, Århus)

mod

Energistyrelsen
(Kammeradvokaten ved advokat Britta Moll Bown)

Ved skrivelse af 24. november 1998 henvendte Foreningen Danske Kraftvarmeværker sig til Folketingets Energipolitiske Udvalg om de problemer, som barmarkskraftvarmeværkerne efter foreningens opfattelse havde og især ville få, idet foreningen samtidig opfordrede til, at der blev taget initiativer til at afhjælpe disse problemer. Folketingsudvalget anmodede i den anledning Miljø- og Energiministeren om at kommentere skrivelsen fra foreningen, og i sit svar af 4. januar 1999 til Folketingsudvalget oplyste ministeren, at Energistyrelsen i foråret 1999 vil tilbyde de enkelte barmarkskraftvarmeværker en teknisk og økonomisk gennemgang med henblik på at vurdere, hvad værket fremover kan gøre for at rette op på situationen, således at gennemgangen skulle udføres af en eksterne konsulenter. Ministeren oplyste endvidere, at han havde opfordret naturgasselskaberne til at yde deres bidrag til løsning af barmarkskraftvarmeværkernes problemer.

I begyndelsen af 1999 besluttede naturgasselskaberne over 3 år at stille i alt 60 mio. kr. til rådighed for barmarkskraftvarmeværkerne (Barmarkspuljen), således at tildelingen af midler til det enkelte barmarkskraftvarmeværk skulle besluttes af Barmarkspuljens styregruppe bestående af 5 medlemmer. Naturgasselskaberne udpegede 3 medlemmer af denne styregruppe, idet de regionale naturgasselskaber udpegede 2 medlemmer og Dansk Naturgas

A/S 1 medlem, mens Danske Fjernvarmeværkers Forening og Foreningen Danske Kraftvarmeværker blev opfordret til hver at udpege 1 medlem af styregruppen. På et møde den 16. februar 1999 fastsatte styregruppen »Forretningsorden for Barmarkspuljen af 16. februar 1999«. Forretningsordenen indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»§ 1. Puljens formål og opstart

Stk. 1. Puljens formål er at bidrage til, at naturgasfyrede barmarkskraftvarmeværker kan tilbyde deres fjernvarmekunder en langsigtet konkurrencedygtig varmepris.

Stk. 2. Puljens midler kan tildeles barmarkskraftvarmeværker.

Ved et barmarkskraftvarmeværk forstås et kraftvarmeværk med et samtidigt etableret tilhørende fjernvarmenet til forsyning af en flerhed af forbrugere i et område, hvor der ikke tidligere har været etableret kollektiv varmforsyning.

Puljens midler kan tildeles barmarkskraftvarmeværker, der primært er baseret på naturgas og som lovligt er iværksat efter den 1. januar 1990 og inden den 31. december 1998. Værket må ikke indgå i større energiforsyningselskaber og må ikke være et industrielt kraftvarmeværk.

De værker, der opfylder disse kriterier er oplistet i bilag 1 og det er disse værker, der kan ansøge om at få tildelt midler fra barmarkspuljen.

Barmarkskraftvarmeværker, der er oplistet i bilag 1, og som delvis benytter biomasse eller biogas, vil blive vurderet særskilt, således at puljen ikke tildeler midler til formål, der direkte eller indirekte er relateret til brugen af biomasse eller biogas.

Stk. 3. Puljen oprettes den 1. marts 1999.

§ 2. Tilførsel af midler til puljen

Stk. 1. Naturgasselskaberne stiller årligt 20 mio. kr. til rådighed i tre år.

Stk. 2. Beløbet er disponibelt hvert år den 1. januar. Det første år, 1999, er beløbet disponibelt den 1. marts 1999.

.....

§ 3. Styregruppens opgaver

Stk. 1. Puljen administreres af en styregruppe, der har ansvaret for tildelingen af puljens midler.

Stk. 2. Styregruppen skal sikre, at de midler der tildeles fra puljen varigt forbedrer det enkelte værks økonomi, med henblik på en varig styrkelse af fjernvarmeprisens langsigtede konkurrencedygtighed.

Stk. 3. Styregruppen fastsætter på baggrund af definitionen af støtteberettigede værker, jf. § 1, stk. 2, og på grundlag af hovedkriteriet jf. § 3 stk. 2, nærmere kriterier for fordeling af puljens midler.

- Stk. 4. På baggrund af indstillinger fra sekretariatet, afgør styregruppen hvilke værker, der skal have tilført midler.
- Stk. 5. Styregruppen har ansvaret for udarbejdelse af ansøgnings-skema og fastsættelse af ansøgningsfrist.
- § 4. Sekretariatet
- Stk. 1. Styregruppen nedsætter sekretariatet og udarbejder en arbejdsplan for sekretariatet.
- Stk. 2. Styregruppen planlægger de administrative procedurer for sekretariatet, herunder kontaktadresse, rådgivning af barmarks-kraftvarmeværker ved ansøgning o.lign.
- Stk. 3. Sekretariatet består af en repræsentant fra henholdsvis Danske Fjernvarmeværkers Forening, (og) Foreningen Danske Kraftvarmeværker.
- Stk. 4. Sekretariatet gennemgår ansøgningerne og indstiller til styregruppen hvilke værker, der skal have tildelt midler og beløbene for de enkelte værker.
- Stk. 5. De personer, der er repræsenterede i styregruppen, kan ikke samtidig være repræsenterede i sekretariatet.
- § 5. Styregruppens sammensætning og formandskab
- Stk. 1. Styregruppen består af en repræsentant fra henholdsvis Danske Fjernvarmeværkers Forening, Foreningen Danske Kraftvarmeværker, Dansk Naturgas A/S og to repræsentanter udpeget af de regionale naturgasselskaber. Energistyrelsen deltager indtil videre som observatør.
- Stk. 2. Puljen kan tegnes af en repræsentant fra DONG og en repræsentant fra de regionale selskaber i forening.
- Stk. 3. Styregruppen ledes af en formand. Formanden har følgende opgaver:
- Indkaldelse til møder i styregruppen og leder disse.
 - Varetager kontakten til sekretariatet.
 - Repræsenterer puljen eksternt.
- Stk. 4. De regionale selskaber og DONG varetager formandskabet i puljen, således at de regionale selskaber varetager formandskabet fra 1. marts 1999 til den 30. juni 2000, og DONG varetager formandskabet fra den 1. juli 2000 til den 31. december 2001. Formandskabet stiller sekretærbistand til rådighed for styregruppen.
- § 6. Afstemningsregler for styregruppen
- Stk. 1. Styregruppen søger at træffe afgørelser i enighed. Ved uenighed i styregruppen træffes afgørelse ved simpelt flertal. Hvert medlem af styregruppen har én stemme. Ved stemmelighed er formandens stemme afgørende. Energistyrelsens repræsentant har ikke stemmeret.
-

§ 8. Tildeling af midler fra puljen

Stk. 1. Der kan alene ydes midler til barmarkskraftvarmeværker, der er blevet gennemgået af en konsulent foranstaltet af Energistyrelsens rådgivningsordning og hvor der foreligger en rådgivningsrapport, der kan danne grundlag for tildelingen af midler.

Stk. 2. Ved ansøgningen skal værket angive, hvilket projekt/projekter eller formål, der ønskes midler til.

.....«

Sideløbende med naturgasselskabernes oprettelse af Barmarkspuljen fik Energi- og Miljøministeren tilvejebragt en bevilling på 5,3 mio. kr. til de tekniske og økonomiske rapporter, der skulle udarbejdes vedrørende hvert enkelt barmarkskraftvarmeværk. Beløbet svarer til udgifterne til ca. 80 rådgivningstimer pr. barmarkskraftvarmeværk. I sammenhæng hermed iværksatte Energistyrelsen et EU-udbud vedrørende totalrådgivningen til barmarkskraftvarmeværkerne.

Den 21. december 1998 udbød indklagede, Energistyrelsen, som begrænset udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (Tjenesteydelsesdirektivet) en tjenesteydelse vedrørende totalrådgivning til barmarkskraftvarmeværker med henblik på at forbedre disse værkers økonomiske situation. Det er i udbudsbekendtgørelsen oplyst, at der er ca. 80 barmarkskraftvarmeværker fordelt over hele landet, og at det påtænkes at opfordre 5–10 virksomheder til at afgive tilbud. I udbudsbekendtgørelsen er det anført, at der ikke kan afgives alternative tilbud, og der er under overskriften »Angivelse af, om der kan afgives bud på en del af de pågældende tjenesteydelser« anført følgende:

»Energistyrelsen forventer, at der tildeles ordre til flere konsulenter. Aftalen vil have karakter af en rammeaftale, som barmarkskraftvarmeværkerne kan anvende i forbindelse med rekvirering af rådgivning. Der skal derfor afgives tilbud på gennemgang af et barmarkskraftvarmeværk.«

I udbudsbekendtgørelsen var det anført, at rådgivningen forventedes gennemført fra juni 1999 til sommeren 2000.

Ved udløbet af fristen for modtagelsen af anmodninger om prækvalifikation den 27. januar 1999 havde 22 virksomheder anmodet om prækvalifikation. Den 19. februar 1999 besluttede indklagede, at 4 af disse virksomheder ikke skulle tages i betragtning ved prækvalifikationen, og samme dag besluttede indklagede blandt de resterende 18 virksomheder at prækvalificere 8 virksomheder.

Inden tilbudsfristens udløb den 7. april 1999 modtog indklagede tilbud fra alle 8 prækvalificerede virksomheder, og den 4. juni 1999 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Carl Bro A/S og Cowi Rådgivende Ingeniører A/S. Der blev herefter indgået kontrakt med disse tilbudsgivere henholdsvis den 16. juni 1999 og den 17. juni 1999.

En af de virksomheder, der havde anmodet om prækvalifikation, men som ikke var blevet taget i betragtning ved prækvalifikationen, var et konsortium bestående af følgende:

1. Dansk Fjernvarmes Decentrale Kraft/Varme-Selskab A.m.b.a.
2. Fjernvarmens Informationsfond
3. Viggo Folmer Ingeniørfirma A/S.

Indklagedes skrivelse af 23. februar 1999 til konsortiet er sålydende:

»Under henvisning til ovennævnte ansøgning kan det oplyses, at der er indkommet 22 ansøgninger om prækvalifikation.

Blandt disse er der nu prækvalificeret 8 ansøgere. Deres ansøgning er ikke blandt disse.

Energistyrelsens beslutning om ikke at prækvalificere Dem skal ses på baggrund af, at konsortiet har medtaget Dansk Fjernvarmes Decentrale Kraft/Varmeselskab (DFDK) som deltager. DFDK er et andelsselskab stiftet af bl.a. Danske Fjernvarmeværkers Forening.

Danske Fjernvarmeværkers Forening deltager i styregruppen for naturgasselskabernes barmarkspulje, som tildeler midler på baggrund af rådgivningen. Som medlem af styregruppen har Danske Fjernvarmeværkers Forening mulighed for at tildele midler til de værker, som DFDK har rådgivet, og dermed må DFDK betragtes som inhabile.

Desuden har Danske Fjernvarmeværkers Forening modtaget udkast til udbudsmateriale til høring. Dette medfører på grund af den nære tilknytning til DFDK, at den i tjenesteydelsesdirektivet forudsatte ligestilling mellem deltagerne kan blive tilsidesat. DFDK må på denne baggrund betragtes som inhabil, hvorfor Deres ansøgning afvises.«

Den 26. marts 1999 indgav 1. Dansk Fjernvarmes Decentrale Kraft/Varme-Selskab A.m.b.a., 2. Fjernvarmens Informationsfond, og 3. Viggo Folmer Ingeniørfirma A/S, klage over indklagede, Energistyrelsen, til Klagenævnet for Udbud. Klagerne anmodede Klagenævnet om i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 2. pkt., at tillægge klagen opsættende virkning. Den 13. april 1999 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Sagen har været behandlet på et møde den 27. august 1999.

Klagerne har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2, ved under indklagedes udbud vedrørende totalrådgivning til barmarkskraftvarmeværkerne i forbindelse med prækvalifikationen ikke at tage anmodningen om prækvalifikation fra konsortiet bestående af klagerne i betragtning.

Påstand 2.

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 22. februar 1999 om ikke at tage konsortiet bestående af klagerne i betragtning ved prækvalifikationen.

Påstand 3.

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 4. juni 1999 om at indgå kontrakt med Carl Bro A/S og Cowi Rådgivende Ingeniører A/S.

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

Vedtægter for Dansk Fjernvarmes Decentrale Kraft/Varme-Selskab A.m.b.a. af 29. april 1993 indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»§ 2. Formål

Stk. 1. Selskabets formål er at skaffe danske fjernvarmebrugere billigst mulig energi ved:

- a. At bistå fjernvarmeværker og kommuner med planlægning og etablering af decentrale kraftvarmeværker.
- b. At forestå/formidle indkøb og videresalg af såvel enkeltdele som komplette decentrale kraftvarmeværker.
- c. At forestå/formidle den billigst mulige finansiering af varmeværker, såvel i opførelsesfasen som i driftsfasen.
- d. At forestå etablering af selskaber med henblik på opførelse og drift af decentrale kraftvarmeværker.

Stk. 2. Selskabet søger sit formål realiseret gennem:

At udøve forretningsmæssig virksomhed over for medlemmerne i såvel engros- som i detailed. Selskabet skal dog i begrænset omfang være berettiget til at handle med andre end medlemmerne.

Stk. 3. Virksomheden drives efter andelsprincipper til gavn for de danske fjernvarmeforbrugere, ligesom selskabet i videst mulig omfang skal drive sin virksomhed i så nær tilknytning som muligt til og i samarbejde med de fjernvarmeværker, der skal aftage varme fra de decentrale kraftvarmeværker. Herudover skal selskabet søge etableret et mere eller mindre formaliseret samarbejde med de offentlige myndigheder, de regionale gas-selskaber og de relevante elselskaber alt med henblik på at søge opnået de gunstigst mulige priser på gas, el og varme for de enkelte værker, hvorved tilføjes, at de overordnede og generelle forhandlinger forudses ført af Danske Fjernvarmeværkers Forening.

§ 3. Andelshaverne

Stk. 1. Selskabets medlemskreds består af A-andelshavere og C-andelshavere.

Stk. 2. Som A-andelshavere i selskabet kan optages danske fjernvarmeværker, såvel private som kommunale. Andelshaverne skal samtidig være stemmeberettigede medlemmer af Danske Fjernvarmeværkers Forening.

Stk. 3. Som C-andelshavere i selskabet kan optages elselskaber, gas-selskaber, samt andre virksomheder, institutioner, foreninger og enkeltpersoner med tilknytning til selskabets virksomhed.

.....

§ 4. Andelskapital

Stk. 1. Medlemmer tegner ved deres optagelse i selskabet et andelskapitalbeløb (engangsindskud) efter gældende regler:

.....

§ 5. Hæftelse

Medlemmernes hæftelse for selskabets forpligtelser er begrænset til den til enhver tid tegnede andelskapital. Herudover har selskabets medlemmer intet personligt ansvar for selskabets forpligtelser og kan ej heller ved nogen generalforsamlingsbeslutning tilpligtes at gøre yderligere indskud.

.....

§ 7. Generalforsamling

Stk. 1. Generalforsamlingen har den højeste myndighed i alle selskabets anliggender.

.....

Stk. 3. På generalforsamlingen har hver A-andelshaver en stemme for hver fulde 1.000 kr. indbetalt andelskapitalbeløb og hver C-andelshaver én stemme for hver 10.000 kr. indbetalt andelskapitalbeløb. Enhver andelshaver har altid mindst een stemme.

Stk. 4. På generalforsamlingen afgøres alle anliggender ved simpel stemmeflerhed.

.....

§ 8. Bestyrelse

Stk. 1. Bestyrelsen består af 7 medlemmer, hvoraf 4 vælges blandt A-andelshaverne, 1 blandt C-andelshaverne, medens 2 udpeges af Danske Fjernvarmeværkers Forenings bestyrelse.

.....

§ 9. Regnskab og udbytte

.....

Stk. 2. Der udbetales ikke udbytte.

..... .«

Konsortiets anmodning om prækvalifikation af 25. januar 1999, som ikke var vedlagt Vedtægter for Dansk Fjernvarmes Decentrale Kraft/Varme-Selskab A.m.b.a. af 29. april 1993, indeholdt i afsnittet »Præsentation af Dansk Fjernvarmes Decentrale kraft/Varme-Selskab A.m.b.a.« følgende:

»Organisation. Dansk Fjernvarmes Decentrale Kraftvarme-Selskab A.m.b.a., kaldet DFDK, er et andelsselskab, der er stiftet i 1989 af Danske Fjernvarmeværkers Forening (DFF) og en række fjernvarmeværker. DFDK har adresse hos DFF, Galgebjergvej 44, 6000 Kolding.

DFDK's formål. DFDK's formål er at yde rådgivning for fjernvarmeværker i DK med hovedvægten på små og mellemstore decentrale kraftvarmeværker, herunder barmarksværker.«

Klagerne har til støtte for deres påstande gjort gældende, at Dansk Fjernvarmes Decentrale Kraft/Varme-Selskab A.m.b.a. ikke er »inhabil«, og at indklagede derfor har været uberettiget til at beslutte, at konsortiets anmodning om prækvalifikation ikke skulle tages i betragtning.

Klagerne har nærmere anført, at den forbindelse, der er mellem Danske Fjernvarmeværkers Forening og Dansk Fjernvarmes Decentrale Kraft/Varme-Selskab A.m.b.a., bl.a. derved at foreningens bestyrelse udpeger 2 medlemmer af andelsselskabets bestyrelse, at andelsselskabet køber sekretærbistand hos foreningen, og at Kurt Risager, der er ansat i foreningen, tillige har beskæftigelse i andelsselskabet, ikke indebærer, at andelsselskabet og dermed konsortiet er »inhabilt«.

Klagerne har endvidere anført, at heller ikke den omstændighed, at Kurt Risager tillige af Barmarkspuljens styregruppe er antaget til at udføre arbejde for styregruppen, indebærer, at andelsselskabet og dermed konsortiet er »inhabilt«.

Klagerne har endvidere til støtte for deres påstand gjort gældende, at den omstændighed, at indklagede sendte udkastet til udbudsbetingelserne til høring hos Danske Fjernvarmeværkers Forening, ikke ville kunne have haft nogen som helst betydning for konsortiets afgivelse af tilbud, og at en

prækvalifikation af konsortiet med deraf følgende mulighed for at afgive tilbud, således ikke ville indebære nogen tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

Klagerne har vedrørende påstand 2 og 3 yderligere gjort gældende, at den tilsidesættelse af EU-udbudsreglerne, som indklagede har gjort sig skyldig i, efter sin beskaffenhed kan begrunde en annullation af indklagedes beslutninger om udelukkelse af konsortiet fra prækvalifikationen og en annullation af indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Carl Bro A/S og Cowi Rådgivende Ingeniører A/S.

Indklagede har til støtte for sin påstand gjort gældende, at konsortiet på grund af Danske Fjernvarmes Decentrale Kraft/Varme-Selskab A.m.b.a. deltagelse i konsortiet er »inhabil«, og at indklagede derfor har været berettiget og forpligtet til at undlade at tage anmodningen fra konsortiet i betragtning ved prækvalifikationen.

Indklagede har nærmere anført, at der er en tæt forbindelse mellem interesseorganisationen Danske Fjernvarmeværkers Forening og Dansk Fjernvarmes Decentrale Kraft/Varme-Selskab A.m.b.a., idet H.C. Mortensen og Mogens Uhrskov, der er medlemmer af foreningens bestyrelse, er udpeget som foreningens medlemmer af andelsselskabets bestyrelse. Endvidere er Kurt Risager, der er ansat i foreningen, tillige deltidsansat i andelsselskabet.

Indklagede har endvidere anført, at der er en særlig forbindelse mellem interesseorganisationen Danske Fjernvarmeværkers Forening og Barmarkspuljens styregruppe, dels derved at styregruppens sekretariat udgøres af Danske Fjernvarmeværkers Forening og Foreningen Danske Kraftvarmeværker i fællesskab, dels derved at Kurt Risager er suppleant i styregruppen som udpeget af Danske Fjernvarmeværkers Forening og yderligere af styregruppen er udpeget som medlem af den arbejdsgruppe, der skal udarbejde udkast til retningslinier for styregruppens tildeling af midler.

Indklagede har yderligere gjort gældende, at indklagede i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsbetingelserne fremsendte udkastet til udbudsbetingelserne til Danske Fjernvarmeværkers Forening til udtalelse, og at der på grund af denne høring består en risiko for, at Dansk Fjernvarmes Decentrale Kraft/Varme-Selskab A.m.b.a. har fået kendskab til udbudsbetingelserne før alle andre tilbudsgivere, og muligvis haft indflydelse på foreningens svar, således at der som følge heraf er en risiko for tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

Indklagede har vedrørende påstand 2 og 3 gjort gældende, at en eventuel fejl begået af indklagede ikke efter sin beskaffenhed kan begrunde, at Klagenævnet annullerer de pågældende beslutninger.

Klagenævnet udtaler:

Denne sag vedrører spørgsmålet om, hvorvidt indklagede under det aktuelle udbud var forpligtet til at tage anmodningen om prækvalifikation fra klagerne i betragtning, fordi der ikke efter Tjenesteydelsesdirektivets artikel 29 var grundlag for at udelukke dem, eller om indklagede var berettiget til at undlade at tage anmodningen om prækvalifikation fra klagerne i betragtning, fordi der forelå helt konkrete omstændigheder, som indebar, at indklagede havde en saglig grund til at undlade at tage denne anmodning i betragtning.

Energistyrelsens etablering af ordningen med teknisk og økonomisk bistand til barmarkskraftvarmeværkerne (Totalrådgivning til barmarkskraftvarmeværkerne) skete i sammenhæng med den tilvejebringelse af økonomisk bistand til barmarkskraftvarmeværkerne, som naturgasselskaberne efter anmodning fra Miljø- og Energiministeren og efter forhandling med Danske Fjernvarmeværkers Forening og Foreningen Danske Kraftvarmeværker gennemførte i begyndelsen af 1999. Energistyrelsen har ikke nogen direkte indflydelse på, hvorledes de midler, som naturgasselskaberne har stillet til rådighed for barmarkskraftvarmeværkerne, anvendes, men under hensyn til, at det i § 8, stk. 1, i Forretningsordenen for Barmarkspuljen af 16. februar 1999 er bestemt, at der af Barmarkspuljen alene kan ydes økonomisk tilskud til barmarkskraftvarmeværker, der som led i Energistyrelsens totalrådgivningsordning er blevet gennemgået af en konsulent, og at tildelingen af midler først kan ske, når der foreligger en rådgivningsrapport, som kan danne grundlag for tildelingen, er der på denne måde for Energistyrelsen tilvejebragt en mulighed for indirekte at sikre sig, at de økonomiske midler, som naturgasselskaberne stiller til rådighed for barmarkskraftvarmeværkerne, bliver anvendt på en hensigtsmæssig måde.

Det følger heraf, at Energistyrelsen med henblik på, at de tekniske- og økonomiske rapporter, der skal udarbejdes vedrørende hvert enkelt barmarkskraftvarmeværk, bliver af så høj teknisk/økonomisk kvalitet som muligt, under udbudet har været berettiget til at vurdere, om der vedrørende nogen af de virksomheder, der ønskede at blive prækvalificeret, forelå omstændigheder, som kunne indebære en ikke fjerntliggende risiko for, at den pågæl-

dende virksomhed ved udarbejdelsen af sine rapporter ville tilgodese andre hensyn end rent faglige teknisk/økonomiske synspunkter.

På den anførte baggrund finder Klagenævnet, at indklagedes beslutning om ved prækvalifikationen ikke at tage anmodningen fra klagerne i betragtning var sagligt velbegrundet, og at indklagede – uanset at der ikke efter artikel 29 var grundlag for at udelukke klagerne – derfor var berettiget til at undlade at tage klagernes anmodning i betragtning. Klagenævnet lægger herved vægt på, at 2 af medlemmerne af bestyrelsen for Dansk Fjernvarmes Decentrale Kraft/Varme-Selskab A.m.b.a. efter vedtægterne udpeges af en interesseorganisation med tilknytning til branchen, nemlig Danske Fjernvarmeværkers Forening, hvilket i sig selv kan indebære en risiko for, at andre end rent teknisk/økonomiske hensyn kan påvirke rapporter udarbejdet af det konsortium, som andelsselskabet deltager i. Hertil kommer, at interesseorganisationen Danske Fjernvarmeværkers Forening tillige udpeger et medlem af Barmarkspuljens styregruppe, som netop skal anvende disse rapporter som grundlag for sine beslutninger om tildeling af midler fra puljen. Endelig bistår en person, som er ansat hos interesseorganisationen Danske Fjernvarmeværkers Forening, Barmarkspuljens styregruppe, således at han i forbindelse hermed har mulighed for at få indflydelse på udarbejdelsen af indstillinger til styregruppen.

Indklagede har således ikke ved at undlade at tage anmodningen fra det konsortium, som består af klagerne, i betragtning handlet i strid med EU-udbudsreglerne, og klagerens påstand 1 tages således ikke til følge. Det følger heraf, at heller ikke påstand 2 og påstand 3 tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagetales ikke.

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig