

K E N D E L S E

Hedeselskabet Miljø og Energi A/S
(advokat Lone Møller, Århus)

mod

Sønderjyllands Amt
(advokat Tina Braad, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse af 20. december 2005 udbød Sønderjyllands Amt som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EU-udbudsdirektivet) en tjenesteydelse bestående af projektering af naturgenopretning af Vidå-systemet. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af en række underkriterier.

Udbudsbetingelserne blev udsendt til de interesserede virksomheder, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 1. februar 2006 var der indkommet følgende tilbud med tilbudspriser som angivet:

- 1...(1.940.250 kr.)
- 2...(1.122.250 kr.)
- 3...(1.888.543 kr.)
4. Carl Bro A/S (1.560.500 kr.)
5. Hedeselskabet Miljø og Energi A/S (1.469.375 kr.)
- 6...(2.081.094 kr.)

På et tidspunkt besluttede indklagede at indgå kontrakt med 4. Carl Bro A/S, og kontrakt med denne tilbudsgiver er efter det oplyste indgået.

Den 6. marts 2006 indgav klageren, 5. Hedeselskabet Miljø og Energi A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Sønderjyllands Amt.

Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 23. marts 2006 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet henviste herved til en samlet vurdering, herunder at sagen havde været forhåndsvurderet af Konkurrencestyrelsen, men Klagenævnet understregede samtidig, at Klagenævnet ved sagens afgørelse ville anlægge en selvstændig vurdering uden hensyntagen til Konkurrencestyrelsens forhåndsvurdering.

Klagen har været behandlet på et møde den 8. juni 2006.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsdirektivet 2004/18 ved at afvise tilbuddet fra klageren med den begrundelse, at klageren på grund af inhabilitet ikke kunne optræde som tilbudsgiver under udbuddet, fordi klageren havde udarbejdet skitseprojekter m.m., der indgik i udbudsbetingelserne.

Klageren har tilkendegivet, at der eventuelt senere vil blive nedlagt påstand om erstatning.

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

Den naturgenopretning, som sagen angår, går ud på etablering af tre fiskepassager med henblik på sikring af bestanden af snæbel (en lille laksefisk). Foranstaltningerne udføres med EU-støtte. Den udbudte tjenesteydelse går ud på udarbejdelse af projektforslag og hovedprojekt, dvs. detailprojekt, samt gennemførelse af udbud vedrørende arbejdets udførelse og tilsyn m.m. i forbindelse med arbejdet.

I udbudsbetingelserne indgik et projektforslag, der var udarbejdet af indklagede til brug for ansøgning om EU-støtte og offentlige høringer efter vand-

løbsloven m.m. Dette projektforslag byggede på skitseprojekter, som klageren i 2004 udarbejdede for indklagede for et vederlag på ca. 350.000 kr. Disse skitseprojekter indgik i udbudsbetingelserne, og passager fra skitseprojekterne var gengivet i projektforslaget. I projektforslaget og skitseprojekterne indgik nogle hydrauliske beregninger, dvs. beregninger af vandhastighed m.m., udført af klageren som et led i udarbejdelsen af skitseprojekterne.

Det fremgår af udbudsbetingelserne og af indklagedes svar på spørgsmål fra tilbudsgivere, at de tilbød projekter skulle udformes på grundlag af klagerens skitseprojekter og det projektforslag, der indgik i udbudsbetingelserne, således at tilbud om projekter, der ikke var udformet på dette grundlag, ville blive betragtet som alternative tilbud. Det fremgår videre, at det projektforslag, hvis udarbejdelse var omfattet af den udbudte tjenesteydelse, skulle have karakter af en skitseprojektering, der var mere detaljeret og omfattende end klagerens skitseprojekter og det projektforslag, der indgik i udbudsbetingelserne.

Før tilbudsfristens udløb gjorde flere virksomheder, der var interesseret i at afgive tilbud, over for indklagede gældende, at klageren havde en konkurrencefordel som følge af, at klageren havde udfærdiget skitseprojekterne. Indklagede tilkendegav heroverfor, at der efter indklagedes opfattelse ikke var tale om en forskelsbehandling til fordel for klageren. Indklagedes opfattelse herom byggede på en juridisk vurdering, som indklagede allerede havde foretaget forinden.

Efter at der var blevet rettet henvendelse til Konkurrencestyrelsen om spørgsmålet, tilkendegav Konkurrencestyrelsen i en e-mail af 13. februar 2006 til indklagedes rådgiver, at klageren efter styrelsens opfattelse ikke burde have adgang til at afgive tilbud. Indklagede besluttede derefter ikke at tage klagerens tilbud i betragtning.

I et efterfølgende brev af 23. februar 2005 fra Konkurrencestyrelsen udtaltes bl.a.:

»Konkurrencestyrelsen vurderer..., at det forhold, at skitseprojekterne/projektforslagene og de af DHH [dvs. klageren] udførte hydrauliske beregninger kan betragtes som en påbegyndelse af projekteringsarbejdet, indebærer, at DHH kan tilbyde en lavere pris end andre tilbudsgivere.

Herved finder Konkurrencestyrelsen, at DHH har fået en utilbørlig konkurrencefordel.

...

På baggrund af ovenstående er det Konkurrencestyrelsens opfattelse, at DHH bør udelukkes fra at deltage i tilbudskonkurrencen.«

I et ikke dateret notat fra klageren udtales bl.a.:

»Et skitseprojekt/ideoplæg er karakteriseret ved, at der **ikke** gennemføres egentlig projektering, idet de ofte omkostningstunge forundersøgelser udelades. Målet med et skitseprojekt er alene – ud fra eksisterende viden og den af bygherren besluttede tænkte anlægsmodel – at angive om ideen er praktisk realisabel...**Målet er således at vurdere og skønsmæssigt prissætte projektet, således at bygherre/-myndighed kan beslutte om arbejdet skal prioriteres og udbydes til hovedprojekt. Der er således tale om et beslutningsværktøj.**

...

Der er ingen egentlige forskelle mellem HME's [dvs. klagerens] skitseprojekt og det udbudet arbejde i sin form og ide. Skitseprojektet er en del af udbudsmaterialet (det er jo hele ideen med skitseprojektet at det skal være netop dette).

...

De hydrauliske beregninger er overslagsmæssige konsekvensberegninger som alle skal laves om efter nøjere forundersøgelser. Enkelte hydrauliske parametre er fastlagt i skitseprojekteringen – disse udgør skønsmæssigt under 3 % af den samlede omkostning til hydrauliske beregninger, **er angivet i skitseprojektet og kan således benyttes af alle der måtte vinde licitationen.**

Den samlede værdi af den viden som HME har fået ved at lave skitseprojekteringen, er af ganske uvæsentlig betydning, idet al viden er angivet i skitseprojektet – en viden som enhver professionel rådgiver således kan sætte sig ind i på få dage.

De hydrauliske forhold fra skitseprojektet der kan benyttes i det videre arbejde omfatter oplysninger tilgængelige for andre, idet den hydrauliske model skal beskrives forfra i forbindelse med hovedprojekt/detailprojekt, hvilket enhver professionel rådgiver kan, med det for ham tilgængelige værktøj (alle rådgivere i denne sammenhæng har et af de mindst 5 hydrauliske beregningsprogram der benyttes standard i Danmark). Denne værdi kan fastsættes til maksimalt 2 dages arbejde.

Der er i dette tilfælde således tale om maksimalt i alt ca. 4 arbejdsdages værdi af viden, hvilket med standardtimesatser for en professionel seniorrådgiver med en timesats på 625 kr./t modsvarer kr. 18.000 (i nærværende tilfælde ca. 1,4 % af det samlede tilbud).«

Der er afgivet forklaringer af klagerens direktør Preben Boock og afdelingschef hos klageren Henrik Vest Sørensen samt af landinspektør Kjeld Jacobsen, indklagede.

Preben Boock har bl.a. forklaret, at der kun er ca. 5 danske virksomheder, der udfører en ydelse som den udbudte. Hvis den af disse virksomheder, der har udført et skitseprojekt vedrørende en sådan ydelse, ikke kan bruges til hovedprojektet, må man som virksomhed vælge, om man vil udføre skitseprojekt eller hovedprojekt, og det kan blive vanskeligt at finde en kvalificeret virksomhed, der vælger at udføre skitseprojektet. Der vil også opstå forskellige andre komplikationer, bl.a. hvis det samme skitseprojekt udbydes flere gange, hvad der ofte sker.

Kjeld Jacobsen har forklaret om forskellige spørgsmål og har herunder bl.a. forklaret, at indklagede ved udarbejdelsen af det projektforslag, der indgik i udbudsbetingelserne, ikke ændrede meget i forhold til skitseprojekterne.

Klageren har gjort gældende: Klagerens konkurrencefordel ved at udarbejde skitseprojekterne er uvæsentlig, og det følger af Klagenævnets praksis, at indklagede herefter ikke har kunnet undlade at tage klagerens tilbud i betragtning.

Indklagede har navnlig henholdt sig til Konkurrencestyrelsens tilkendegivelse. Indklagede har desuden gjort gældende, at indklagede har haft adgang til at udøve et skøn med hensyn til, om klagerens tilbud kunne tages i betragtning, og at indklagede som følge af Konkurrencestyrelsens tilkendegivelse under alle omstændigheder har haft ret til ikke at tage klagerens tilbud i betragtning.

Klagenævnet udtaler:

Det lægges til grund, at klageren ved sin udarbejdelse af skitseprojekterne har opnået en konkurrencefordel, der meget muligt er af karakter og størrelsesorden som beskrevet i det notat fra klageren, der er gengivet ovenfor.

Udbyderne har ved EU-udbud pligt til at undlade at tage tilbud fra en virksomhed, der har udført forberedende arbejde, i betragtning, hvis udførelsen af det forberedende arbejde har givet virksomheden en konkurrencefordel. Da klageren som omtalt har opnået en konkurrencefordel følge af sin udførelse af skitseprojekterne, tages klagen herefter ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

H.P. Rosenmeier

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig