

K E N D E L S E

Munck Gruppen A/S  
(advokat Niels Nørgaard Rasmussen, København)

mod

Rønne Havn A/S  
(advokat Mette Ravn Steenstrup, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 076-147609 af 18. april 2017 udbød Rønne Havn A/S (herefter Rønne Havn) som udbud med forhandling efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en kontrakt om udvidelse af Rønne Havn til en anslået værdi af 500 mio. kr.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 22. maj 2017 havde seks virksomheder, herunder Munck Gruppen A/S, rettidigt anmodet om prækvalifikation:

Rønne Havn besluttede herefter at prækvalificere følgende virksomheder:

1. Boskalis International B.V
2. JV – Udvidelse af Rønne Havn, et konsortium bestående af Züblin A/S og Jan De Nul BV
3. Obrascón Huarte Lain S.A. (herefter Obrascón eller OHL)
4. Per Aarsleff A/S
5. Rønne Port Expansion Contractors, et konsortium bestående af DEME Infra Marine Contractors NV, M.J. Eriksson A/S og Dredging International NV.

Rønne Havn meddelte ved brev af 29. maj 2017 Munck Gruppen A/S (herafter Munck Gruppen), at virksomheden ikke var blevet prækvalificeret, og begrundede afgørelsen. Brevet indeholdt tillige oplysning om, hvilke virksomheder der var blevet prækvalificerede.

Den 18. juni 2017 indgav Munck Gruppen klage til Klagenævnet for Udbud over Rønne Havn. Munck Gruppen fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Efter modtagelsen af svarskrift besluttede klagenævnet at afgøre sagen uden at tage stilling til anmodningen om opsættende virkning, og parterne har herefter indleveret replik og duplik.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Munck Gruppen har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1 a

Klagenævnet skal konstatere, at Rønne Havn A/S har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivet, direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014, ved at anvende de i udbudsbekendtgørelsen angivne udvælgelseskriterier på en uigennemsigtig og ikke påregnelig måde.

Påstand 1 b

Klagenævnet skal konstatere, at Rønne Havn A/S har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivet ved ikke at have prækvalificeret Munck Gruppen A/S.

Påstand 2 a

Klagenævnet for Udbud skal annullere Rønne Havn A/S' beslutning om prækvalifikation.

Påstand 2 b

Klagenævnet for Udbud skal udstede et påbud om Rønne Havn A/S' lovliggørelse af udbudsforretningen.

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

### Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.9 fremgår blandt andet, at Rønne Havn forventede at prækvalificere fem ansøgere, men forbeholdt sig ret til at prækvalificere et mindre antal.

Om kriterierne for udvælgelse af ansøgere fremgår blandt følgende:

”The selection of applicants who will be asked to submit a tender will be made on the basis of a reasoned assessment of the following criteria:

- 1) Economical and financial standing.
- 2) Technical and professional ability.

Re. 1)

The assessment of the economical and financial standing of the applicants is based on the following key figures provided by the applicant

- Total and average turnover for the last 3 financial years available.
- Solvency ratio[]for the last 3 financial years available.
- Equity for the last 3 financial years available.

Re. 2)

The assessment of the technical and professional ability of the applicants is based on references and previous experience with port expansion projects, Particular emphasis will be paid to references and experience that document the ability to carry out construction work that is specifically needed for this project. Particular emphasis will also be paid to references documenting a history of effective and timely performance, especially in relation to port expansion projects of similar size and complexity.

When evaluating an applicant's technical and professional ability, attention will also be paid to the subcontracting proportion.”

I udbudsbekendtgørelsens del III om juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger fremgik blandt andet følgende:

”III.1 ) Betingelser for deltagelse

III.1.1) Egnethed til at udøve en erhvervsaktivitet, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregistre

Liste over og kort beskrivelse af betingelser:

To participate in the pre-qualification, all applicants must submit a European Single Procurement Document ('ESPD'). The ESPD must contain declarations on the following:

That the applicant is not subject to grounds for exclusion as stipulated in the Danish Procurement Act, section 135.

That the applicant is not subject to grounds for exclusion as stipulated in the Danish Procurement Act, section 136.

That the applicant is not subject to grounds for exclusion as stipulated in the Danish Procurement act. section 137(1)(1) - (4) and section 137(1)(6).

Declarations cannot be provided in any other manner than through the ESPD:

Where a group of applicants (consortium) applies for pre-qualification, each individual participant in the group must provide an ESPD containing the declaration above.

If an applicant relies on the economic and financial standing of other entities (e.g. entities within the same group, including parent companies, affiliates, subsidiaries etc.) each entity must provide an ESPD containing the declarations above.

### III.1.2) Økonomisk og finansiell kapacitet

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

To participate in the pre-qualification, all applicants must submit a European Single Procurement Document ('ESPD'). The ESPD must contain declarations on the following:

- The applicant's total turnover during the last 3 financial years available.
- The applicant's average turnover during the last 3 financial years available.
- The applicant's solvency ratio during the last 3 financial years available.
- The applicant's equity for the last three financial years available.

An application for pre-qualification will only be taken into consideration if the above declarations have been provided in

the ESPD. Declarations cannot be provided in any other manner than through the ESPD:

Where a group of applicants (consortium) applies for pre-qualification, each individual participant in the group must provide an ESPD containing the declaration above.

If an applicant relies on the economic and financial standing of other entities (e.g. entities within the same group, including parent companies, affiliates, subsidiaries etc.) each entity must provide an ESPD containing the declarations above.

The assessment of a group of applicants' (consortium) economic and financial standing will be based partly on an assessment of the individual entities' economic and financial standing, partly on the group's overall economic and financial standing.

### III.1.3) Teknisk og faglig kapacitet

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

To participate in the pre-qualification, all applicants must submit a European Single Procurement Document ('ESPD'.) The ESPD must contain declarations on the following:

- References and presentation regarding previous port (expansion) construction projects in the last five years that are similar in size, complexity and nature. Testimonials regarding the most important parts of the projects should be included.
- A statement regarding to what extent the applicant wishes to sub-contract.

Where a group of applicants (consortium) applies for pre-qualification, each individual participant in the group must provide an ESPD containing the declaration above.

If an applicant relies on the economic and financial standing of other entities (e.g. entities within the same group, including parent companies, affiliates, subsidiaries etc.) each entity must provide an ESPD containing the declarations above.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

The applicant (including sub-contractors) must have completed at least 1 port (expansion) construction project within the last 5

years with a contract sum equal to or above 175 000 000 DKK.”

I ESPD’et oplyste Obrascón ved afkrydsning, at selskabet opfyldte kravene til egnethed, og at virksomheden på ansøgningstidspunktet ikke var omfattet af udelukkelsesgrunde som anført i artikel 57 og 58 i direktiv 2014/24/EU.

Af Rønne Havns brev af 29. maj 2017 til Munck Gruppen fremgår blandt andet:

”Rønne Havn A/S har ved sin vurdering af, hvilke ansøgere, man ønskede at prækvalificere, lagt vægt på de følgende kriterier, som også er anført i udbudsbekendtgørelsens afsnit II.2.9:

- Ansøgerens økonomiske og finansielle formåen baseret på samlet omsætning, gennemsnitlig årsomsætning samt øvrige finansielle nøgletal i form af solvens og egenkapital.
- Ansøgerens tekniske og faglige formåen baseret på referencer og præsentationer for tidligere anlægsarbejder vedrørende havne(-udvidelser), som er sammenlignelige i størrelse, kompleksitet og beskaffenhed.

De indkomne tilbud er efter vurdering af ovennævnte kriterier blevet tildelt en karakter på følgende skala for hvert af kriterierne:

- Meget tilfredsstillende
- Tilfredsstillende
- Middel
- Mindre tilfredsstillende
- Ikke tilfredsstillende

Rønne Havn A/S har vurderet Munck Gruppen A/S' ansøgning som følger:

#### Økonomisk og finansiell formåen

Munck Gruppen A/S' omsætning vurderes at have værdien ”middel”, men opfattes som stabil. Soliditetsgraden er høj og stabil. Egenkapitalen er lav.

På denne baggrund har Munck Gruppen A/S' ansøgning modtaget karakteren middel vedrørende økonomisk og finansiell formåen.

### Teknisk og faglig formåen

Ansøgningens referencer opfylder forventningerne for udbuddet. Ansøgningen er rimeligt overbevisende. Dog tildeles det svagt negativ vægt, at referencer for havnerelaterede aktiviteter må støttes på Munck Íslandi for at være tilfredsstillende. Særligt referencerne fra Bakkavegur og Bökugarður - Forlængelse af havnekaj og ny stenmole, Aarhus Havn - Ny Omni-terminal, Blasting and dredging of Rauma Access Channel and Port anses som relevante for udbuddet, Der er endvidere vedlagt udtalelser for flere referencer, som understøtter referencerne.

Det er hensigten, at arbejderne skal leveres af Munck Gruppen NS, dog således at Munck Gruppen A/S støtter sig på kapaciteten af en række andre enheder. Disse enheder er WSP Parsons Brinckerhoff Danmark A/S, Wasa Dredging Oy Ltd., PL Entreprise A/S, Munck Havn & Anlæg A/S og A1 Consult A/S. Uanset ansøgerens hold samlet muligt ville kunne løfte opgaven, er der en vis usikkerhed forbundet ved de enkelte underleverandørers kapacitet til opgaver som den foreliggende basseret på referencerne. Dette vurderes at have en afsmittende effekt på ansøgningen som helhed. Rådgivernes roller synes ikke at være klart defineret indbyrdes. Ansøgernes sammensætning af hold modtager overordnet karakteren middel.

På denne baggrund har Munck Gruppen A/S' ansøgning modtaget karakteren middel vedrørende teknisk og faglig formåen.

...

Rønne Havn A/S kan overordnet informere om, at alle prækvalificerede ansøgere har modtaget karakteren ”tilfredsstillende” eller ”meget tilfredsstillende” for begge kriterier.”

Efter henvendelse fra Munck Gruppen uddybede Rønne Havn ved brev af 31. maj 2017 sin bedømmelse blandt andet således:

”Rønne Havn A/S kan supplerende oplyse følgende omkring vurderingen af Munck Gruppen A/S' ansøgning:

- Munck Havne & Anlæg A/S' eneste reference for kajkonstruktioner af en vis størrelse er Aarhus Havn, hvilken opgave dog er af betydeligt mindre omfang end forespurgt.
- Øvrige referencer for kajanlæg fra Munck Havne & Anlæg A/S er meget betydeligt mindre end den aktuelle opgave.
- Referencerne fra Munck Íslandi ehf. er i forhold til omfanget af kajentrepriser ikke af en tilfredsstillende størrelse målt i forhold til Rønne Havn-udvidelsen.

- Den forventede anlægssum for Rønne Havn-udvidelsen svarer til ca. 32 % af Munck Gruppen A/S' omsætning i 2016.
- Munck Gruppen A/S' omsætning har været faldende de sidste 3 år.
- Den forventede anlægssum for Rønne Havn-udvidelsen svarer til ca. 78 % af Munck Gruppen A/S' egenkapital i 2016.
- Samtlige øvrige ansøgers referencer er betydeligt mere overbevisende.

Det fastholdes, at Munck Gruppen A/S ikke er prækvalificeret til deltagelse i udbuddet.”

Af Rønne Havns evalueringsrapport vedrørende prækvalifikationsprocessen fremgår blandt andet:

”Overordnet blev ansøgernes økonomiske og finansielle formåen vurderet som vist i nedenstående skema. I skemaet er beløb angivet i kr. omregnet ved brug af følgende kurs: 100 EUR = 744 DKK.

	...	<b>Munck Gruppen A/S</b>	<b>Obrascón Huarte Lain S.A.</b>	...
Omsætning år 1		1.698.000.000	9.074.605.200	
Omsætning år 2		1.615.000.000	6.478.231.200	
Omsætning år 3		1.549.000.000	3.784.229.520	
Gennemsnitlig årsomsætning		1.620.666.667	6.445.688.640	
Vurdering af omsætning		Middel	Høj, men anses ikke for at være stabil.	
Soliditet år 1		51,00	8,10	
Soliditet år 2		60,00	25,50	
Soliditet år 3		58,00	15,20	
Vurdering af soliditet		Høj og stabil.	Lav og ustabil.	
Egenkapital år 2		499.691.000	2.797.343.280	
Egenkapital år 1		559.281.000	9.061.138.800	
Egenkapital år 3		579.698.000	5.455.558.560	
Vurdering af egenkapital		Lav.	Høj men ustabil.	



Endelig karakter

Middel

Tilfredsstillende

...

Evalueringen af ansøgernes økonomiske og finansielle formåen samt tekniske og faglige formåen resulterede i følgende resultater:

Ansøger	Begrundelse for prækvalifikation/manglende prækvalifikation
...	
<b>Munck Gruppen A/S</b>	<p data-bbox="544 510 1015 539">Ansøgeren blev ikke blevet prækvalificeret.</p> <p data-bbox="544 568 1324 748">Ved sin evaluering af Munck Gruppen A/S' økonomiske og finansielle formåen noterede ordregiver sig, at ansøgerens omsætning var den laveste blandt de seks ansøgere, faldende dog stabil. Ordregiver anså det for at være utilfredsstillende og risikabelt at prækvalificere en ansøger, hvis omsætning havde en størrelse, som alene svarede til projektets værdi multipliceret med ca. en faktor 3.</p> <p data-bbox="544 781 1324 902">Ordregiver noterede sig endvidere, at ansøgerens egenkapital var den laveste blandt de seks ansøgere. Ordregiver anså det for at være utilfredsstillende og risikabelt at prækvalificere en ansøger, hvis egenkapital alene svarede til projektets værdi.</p> <p data-bbox="544 936 1324 1057">Ordregiver noterede sig, at ansøgerens soliditet var høj og stabil igennem de seneste 3 år. Ordregiver anså dette for positivt. Samlet set tillagde ordregiver imidlertid ikke dette afgørende betydning, herunder når der sammenholdtes med den lave egenkapital.</p> <p data-bbox="544 1090 1324 1149">På denne baggrund modtog ansøgeren karakteren "middel" for sin økonomiske og finansielle formåen.</p> <p data-bbox="544 1182 1324 1303">Ved sin evaluering af ansøgerens tekniske og faglige formåen, noterede ordregiver sig indledningsvist, at minimumskravene for ansøgning var opfyldt. Ansøgningen var udformet overbevisende. Samtidig var referencer understøttet af udtalelser.</p> <p data-bbox="544 1337 1324 1516">Ved gennemgang af ansøgerens referencer noterede ordregiver sig imidlertid, at Munck Gruppen A/S' eneste tre referencer, som opfyldte det i udbudsbekendtgørelsen fastsatte mindstekrav, var referencerne fra Munck Íslandi for Bakkevegur og Bökagarður (kr. 200.000.000), Salthella – Austevoll (kr. 190.000.000) samt E6 Alta – T42 Melsvik Storvikeidet (kr. 393.700.780).</p> <p data-bbox="544 1550 1324 1639">Af de tre referencer var referencen for E6 Alta – T42 Melsvik tydeligt den største og mest omfattende opgave. Det var for referencen angivet, at den vedrørte</p> <ul data-bbox="544 1673 1031 1762" style="list-style-type: none"> <li>- uddybning &amp; opfyldning,</li> <li>- moler &amp; stenkastninger samt</li> <li>- kajkonstruktioner.</li> </ul> <p data-bbox="544 1796 1324 1975">Ordregiver noterede sig imidlertid, at der var tale om en opgave, som vedrørte "delstrækningen Melsvik – Storvikeidet, længde 7,1 km, og består af vej i åben land samt to tunneler, hhv. Kråknestunnelen og Storvikatunnelen." Endvidere var det for referencen angivet, at opgaven "drejede sig om en lufthavn og ikke en havn". Ordregiver anså ikke referencen for at være overbevisende.</p> <p data-bbox="544 2009 1324 2033">Ordregiver anså herefter referencen fra Bakkevegur og Bökagarður for</p>

	<p>at være den af ansøgerens referencer, som var mest relevant for udbuddet. Referencen vedrørte en opgave, som var betydeligt mindre end den udbudte opgave. Ordregiver anså ikke referencerne for at give udtryk for, at ansøgeren havde de optimale kompetencer til at løse opgaven.</p> <p>Ordregiver noterede sig, at de resterende referencer ikke opfyldte minimumskravene for ansøgning og/eller ikke var direkte relevante for den udbudte opgave. Ordregiver noterede sig, at ansøgeren støttede sig på en række støtteselskaber. Ordregiver konstaterede ved gennemgang af disse støtteselskabers referencer, at det samme gjaldt for disse referencer. Ordregiver vurderede på denne baggrund, at der var en vis usikkerhed forbundet med de enkelte støtteselskabers kapacitet til at løfte opgaver som den udbudte.</p> <p>Ordregiver vurderede på denne baggrund, at der var en vis usikkerhed forbundet med ansøgningen som helhed, herunder at det var usikkert, om ansøgeren kunne løfte en opgave som den udbudte. Ordregiver anså også rollefordelingen mellem rådgiverne for ikke at være klart defineret. Ordregiver vurderede på denne baggrund, at ordregivers hold alene kunne vurderes som middel.</p> <p>På denne baggrund modtog ansøgeren karakteren ”middel” for sin tekniske og faglige formåen.</p>
<p><b>Obrascón Huarte Lain S.A.</b></p>	<p>Ansøgeren blev prækvalificeret.</p> <p>Ved sin evaluering af Obrascón Huarte Lain S.A.s økonomiske og finansielle formåen noterede ordregiver sig, at omsætningen var høj, dog faldende over de seneste tre år og derfor ustabil. Ordregiver noterede sig, at soliditeten var lav og ustabil. Ordregiver noterede sig endvidere, at egenkapital var høj, dog ustabil. Ordregiver foretog et samlet skøn over de økonomiske nøgletal og vurderede, at den samlede absolutte størrelse af omsætningen og egenkapitalen måtte vægtes over den ustabilitet, som samme var udsat for. Ordregiver vurderede derfor, at ansøgerens økonomiske og finansielle formåen måtte anses for tilfredsstillende.</p> <p>Ved sin evaluering af ansøgerens tekniske og faglige formåen, noterede ordregiver sig indledningsvist, at minimumskravene for ansøgning var opfyldt. Flere af de oplyste referencer havde endvidere væsentligt højere anlægssummer end påkrævet, hvilket tillagdes positiv vægt.</p> <p>Ordregiver noterede sig endvidere, at særligt referencerne fra Poniente Quay (Spain) (EUR 28.518.432 ekskl. moms), Expansion of Gijón port (Spain) (EUR (708.787.625 ekskl. moms), New port installations at Punta Langosteira (Spain) (EUR 548.009.640 ekskl. moms) indeholdt langt de fleste elementer herunder ydre dækværker, uddybning og opfyldning, kajer med tilhørende aptering samt belægningsarbejder, der ansås som relevante for udbuddet. Der var endvidere vedlagt udtalelser for alle referencer, som understøttede referencerne. Referencerne viste flere store projekter i Spanien. Ordregiver noterede sig, at arbejderne skulle leveres af ansøger eller ansøgerens datterselskab. Endvidere var flere uddybere angivet som potentielle samarbejdspartnere, dog uden at man støttede sig på deres kapacitet. Ordregiver vurderede umiddelbart ansøgerens hold for at være stærkt.</p> <p>Ordregiver vurderede, at der var en vis usikkerhed forbundet med manglende arbejder i Danmark/den nordiske region. Endvidere var der en vis usikkerhed forbundet med, at ansøger havde angivet en række potentielle uddybere som samarbejdspartnere, dog uden at ansøger støttede sig på disse uddyberes kapacitet.</p>

	På denne baggrund modtog ansøgeren karakteren ”tilfredsstillende” for sin tekniske og faglige formåen.
...	

”

Ved brev af 2. juni 2017 sendte Munck Gruppens advokat links til to artikler offentliggjort i udenlandske medier den 24. april 2017. Af artiklerne fremgår blandt andet, at spansk politi har arresteret den tidligere bestyrelsesformand og CEO i Obrascón i forbindelse med efterforskning af en sag om korrupsion. Endvidere fremgår, at en yderligere person, der er svigersøn til den tidligere bestyrelsesformand (”member of the board of directors”), er blevet anholdt i samme sag. I den ene artikel oplyses det, at den pågældende er bestyrelsesmedlem i OHL, mens han i den anden artikel omtales som rådgiver (”OHL advisor”).

Der er under klagesagen desuden fremlagt uddrag af årsregnskaber for 2015 og 2016 for henholdsvis Obrascón og Munck Gruppen.

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1a

Munck Gruppen har gjort gældende, at udbudsbekendtgørelsen er ugenomsigtig, idet Rønne Havn åbenbart ikke har lagt vægt på samtlige de kriterier, der var anført i eller kunne udledes af udbudsbekendtgørelsen. Munck Gruppen har herved navnlig anført, at det ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen, hvorledes de anførte parametre om økonomisk og finansiel formåen samt teknisk og faglig formåen vægtes, eller om der måtte være oplysninger, der kunne føre til diskvalifikation. Det var således uklart for ansøgerne, hvilke forhold eller kombinationer heraf, der kunne føre til en lavere vurdering. Uklarheden medvirkede til at diskriminere og reducere konkurrencen i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36. På baggrund af Rønne Havns krav om, at ansøgere skal dokumentere seneste tre regnskabsårs nøgletal, kan det imidlertid lægges til grund, at der vil blive lagt vægt ikke kun på den aktuelle økonomiske status, men også på udviklingen over denne treårs periode. Dertil kommer, at de kriterier, der er anført i udbudsbekendtgørelsen, ikke er objektive, hvilket er i strid med kravet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 78. Rønne Havn har endvidere lagt vægt på kriterier, der ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen,

idet Rønne Havn lagde vægt på, at den forventede entreprisesum udgør henholdsvis 32 % og 78 % af Munck Gruppens omsætning og egenkapital i 2016. Såfremt der kan lægges vægt på dette, vil store udenlandske selskaber allerede under prækvalifikation kunne fortrænge danske virksomheder fra at indlevere konkurrencedygtige tilbud til skade for konkurrencen i Europa og for de danske skatteydere.

Rønne Havn har navnlig gjort gældende, at selskabet ikke har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed som anført i påstanden. Rønne Havn her herved nærmere anført, at det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, hvilke kriterier Rønne Havn ville anvende ved udvælgelsen af ansøgere om prækvalifikation, og disse har en objektiv karakter, og kan umiddelbart verificeres ud fra ansøgernes reviderede årsrapporter. En naturlig læsning af kriterierne kan kun give den forståelse, at stor omsætning er bedre end lille omsætning, at høj solvensgrad er bedre end lav solvensgrad, og at stor egenkapital er bedre end lille egenkapital. De anførte kriterier er derfor gennemsigtige. Det følger endvidere af en naturlig læsning af udbudsbekendtgørelsen, at kriterierne vil indgå i en samlet vurdering og vægtes lige. En ansøgers omsætning og egenkapital må nødvendigvis ses i lyset af størrelsen af den kontrakt, der er udbudt. De tre kriterier kan endvidere ikke anvendes isoleret hver for sig, idet f.eks. en virksomhed med en lav egenkapital kan have en tårnhøj solvensgrad, og en høj omsætning kan indebære betydelige risici, hvis der ikke er en hertil svarende solvensgrad og egenkapital. Rønne Havn har derfor foretaget en helhedsvurdering af ansøgernes økonomi og finansielle grundlag, hvor de tre kriterier er vægtet lige, ligesom der er lagt vægt på, hvilken udvikling i opad- eller nedadgående retning den enkelte ansøgers økonomi er undergået i den treårs periode, der er anmodet om oplysninger om. Evalueringen af ansøgernes økonomiske og finansielle kapacitet var således tilrettelagt på et objektivt og gennemsigtigt grundlag, og evalueringen af de indkomne ansøgninger blev gennemført på en gennemsigtig måde, hvor ansøgerne blev behandlet lige.

#### Ad påstand 1 b

Munck Gruppen har gjort gældende, at Rønne Havn burde have prækvalificeret Munck Gruppen i stedet for Obrascón.

Munck Gruppen har herved for det første anført, at Rønne Havn burde have udelukket Obrascón fra prækvalifikation i henhold til udelukkelsesgrundene

efter udbudslovens § 135 og § 137 stk. 1. nr. 1-4 og nr. 6, jf. udbudslovens § 159, stk. 3. Rønne Havn har pligt til at foretage effektiv kontrol med, at der ikke foreligger en udelukkelsesgrund. En sådan kontrol består både før og efter prækvalifikationen. Når der fremkommer oplysninger om potentielle udelukkelsesgrunde, har Rønne Havn pligt til at foretage en effektiv kontrol af, om der de facto foreligger udelukkelsesgrund af de prækvalificerede ansøgere, således at det kan vurderes, om klageren er blevet fravalgt til fordel for en ansøger, der skulle udelukkes efter udelukkelsesgrundene. Det fremgår af de fremlagte artikler fra 24. april 2017, som kan indhentes ved søgning på nettet, at politiet har indledt efterforskning af bestikkelsesmistanke mod henholdsvis et bestyrelsesmedlem og den indtil 2016 siddende bestyrelsesformand og CEO i Obrascón. Det er uvist, om der er faldet dom eller vedtaget bødeforlæg for de omtalte forhold, jf. udbudslovens § 135, men oplysningerne i artiklerne må indebære, at Rønne Havn skal revurdere Obrascóns ESPD. For det tilfælde, at der ikke er faldet dom eller vedtaget bødeforlæg, følger det af udbudslovens § 137, stk. 1. nr. 2, at der alligevel kan ske eksklusion, blandt andet, hvis virksomheden har foretaget handlinger omfattet af en af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135, stk. 1. På denne baggrund bør oplysningerne i avisartiklerne undersøges til bunds og føre til eksklusion, uanset om der er faldet endelig dom eller om der er vedtaget bødeforelæg.

For det andet havde Obrascón en økonomi, der burde have ført til, at selskabet ikke blev prækvalificeret. Det fremgår af revisorpåtegningen i Obrascóns offentliggjorte årsregnskab fra 2016, at aftalen med bankerne er betinget af overholdelsen af en ”business plan”, der blandt andet indeholder salg af aktiviteter, som skal gennemføres i løbet af de kommende måneder, og at manglende overholdelse af planen vil kunne skabe væsentlig usikkerhed om selskabets evne til at fortsætte driften. Selskabets kreditvurdering i 2016 er endvidere blevet reduceret med negative udsigter, og det har nødvendiggjort, at der med selskabets banker i februar 2017 blev indgået en ”standstill”-aftale på 18 måneder. Det er derfor usikkert, om selskabet vil være i stand til at udføre det udbudte anlægs- og byggeprojekt.

Vurderingen i evalueringsrapporten om, at Obrascóns omsætning og egenkapital er ustabil, og at solvensgraden er lav, står i kontrast til Munck Gruppens omsætning og egenkapital, der i samme periode har været stabil og til Munck Gruppens solvensgrad, der var blandt de bedste i ansøgerfeltet. Det fremgår af Munck Gruppens seneste årsrapport (2015/2016), at Munck

Gruppens soliditetsgrad har ligget stabilt på 50-60 % de seneste tre regnskabsår med en konstant stigende egenkapital. Det er på den baggrund uforståeligt, at Munck Gruppens økonomi alene klassificeres som ”Middel”.

Rønne Havn har navnlig gjort gældende, at havnen ikke var forpligtet til at prækvalificere Munck Gruppen.

Rønne Havn har i den forbindelse blandt andet gjort gældende, at havnen ikke var forpligtet til at udelukke Obrascón, og at havnen ikke har vurderet Obrascóns økonomiske og finansielle formåen forkert. Havnens vurdering er foretaget på baggrund af ansøgernes oplysninger i de indsendte ESPD-formularer. Munck Gruppens ansøgning blev vurderet lavere på såvel de økonomiske kriterier som de tekniske kriterier end de andre rettidigt indkomne ansøgninger, og havnen besluttede derfor ikke at prækvalificere Munck Gruppen. Efter oplysningerne i Obrascóns ansøgning og ESPD-formular var kravene til egnethed opfyldt, og Obrascón skulle derfor ikke udelukkes fra udbuddet. Det er ikke med de fremlagte avisartikler dokumenteret eller sandsynliggjort, at betingelserne for at udelukke Obrascón i medfør af udbudslovens § 135, stk. 1 og 2, var opfyldt. Det skyldes, at angivelser i en avis ikke kan danne grundlag for, at en i øvrigt kvalificeret ansøger udelukkes fra deltagelse i et udbud, og at det ikke er dokumenteret, at Obrascón eller personer i ledelsen af Obrascón endeligt er straffet for forhold, der kan begrunde udelukkelse af denne virksomhed. Udbudslovens § 137 giver under visse betingelser en ordregiver mulighed for at udelukke ansøgere af nærmere angivne grunde, men indholdet af avisartiklerne om forhold, som måske – og måske ikke – kan føre til domfældelse, er efter Rønne Havns vurdering ikke et tilstrækkeligt grundlag til, at havnen med henvisning til denne bestemmelse kunne løfte sin bevisbyrde for, at der var grundlag for at udelukke Obrascón. Rønne Havn ville eventuelt kunne få verificeret, at der er indledt efterforskning mod visse personer i ledelsen af Obrascón på grundlag af mistanke om bestikkelse, men en mistanke om bestikkelse og en indledning af efterforskning herom giver ikke grundlag for at udelukke Obrascón fra deltagelse i udbuddet, endsige en pligt for Rønne Havn hertil.

Rønne Havn anmodede i udbudsbekendtgørelsen ikke ansøgerne om at indsende årsrapporter til brug for havnens vurdering af ansøgernes økonomiske og finansielle formåen. Da Obrascón i ESPD’et ubestridt anførte, at de opstillede kriterier er opfyldt, var Rønne Havn afskåret fra at tillægge det be-

tydning ved sin beslutning om prækvalifikation, at Obrascóns årsrapport indeholdt den nævnte revisionspåtegning, der i øvrigt ikke anfægtede oplysningerne om de nøgletal, som Obrascón havde oplyst. Obrascón var ikke omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 2, vedrørende ansøgere, der er under konkursbehandling eller tilsvarende procedure. Der er derfor ikke rejst begrundet tvivl om Obrascóns økonomiske situation.

Rønne Havns vurdering af de enkelte ansøgninger som henholdsvis ”Middel”, ”Tilfredsstillende” og ”Meget tilfredsstillende” ligger inden for rammerne af havnens skøn ved vurderingen af en ansøgning om prækvalifikation.

#### Ad påstand 2 a og 2 b

Munck Gruppen har gjort gældende, at klagenævnet på baggrund af de anførte overtrædelser skal annullere beslutningen om prækvalifikation, og at klagenævnet skal pålægge Rønne Havn at lovliggøre udbudsforretningen.

Rønne Havn har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere beslutningen om prækvalifikation eller udstede påbud om lovliggørelse af udbudsforretningen.

#### Klagenævnet udtaler:

##### Ad påstand 1a

Rønne Havn har i udbudsbekendtgørelsen udførligt redegjort for, hvilke kriterier de indkomne ansøgninger ville blive vurderet på baggrund af. De anførte kriterier, der vedrører ansøgernes økonomiske og finansielle grundlag for en treårs periode samt referencer fra tidligere sammenlignelige arbejder, er objektive og ikke-diskriminerende.

I evalueringsrapporten har Rønne Havn udførligt beskrevet, hvordan de indkomne ansøgninger blev vurderet på baggrund af de anførte kriterier. Det fremgår heraf, at en stor omsætning blev vurderet bedre end en lille omsætning, at høj solvensgrad blev vurderet bedre end lav solvensgrad osv. Endvidere fremgår det, at de anførte kriterier indgik i en samlet vurdering, og at de blev vægtet ens, hvilket er i overensstemmelse med, hvad ansøgerne må forvente, når ordregiveren ikke har angivet nogen anden vægtning.

Der er endvidere lagt vægt på udviklingen i de nævnte økonomiske nøgletal, hvilket også må anses for sædvanligt og inden for det, som ansøgerne må forvente, når der henses til, at Rønne Havn havde anmodet om oplysninger om nøgletal for de seneste tre regnskabsår. Det er endvidere sædvanligt og påregneligt, at vurderingen af ansøgernes økonomiske og finansielle egnethed til at gennemføre den udbudte opgave skete i forhold til den forventede økonomiske værdi af den udbudte kontrakt, jf. herved bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 78, stk. 2.

Rønne Havn har herefter ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved anvendelsen af de i udbudsbekendtgørelsen anførte kriterier.

Påstand 1 a tages ikke til følge.

#### Ad påstand 1 b

Forsyningsvirksomhedsdirektivet er implementeret i dansk ret ved bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015. Det fastsættes i bekendtgørelsens § 1, at de ordregivende myndigheder skal overholde bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivet. I direktivets artikel 80, stk. 1, er det blandt andet fastsat, at kriterierne og reglerne for udelukkelse af økonomiske aktører kan omfatte udelukkelsesgrundene i artikel 57 i udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU) på de vilkår og betingelser, som er anført deri. Bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 57 er implementeret i udbudsloven, og det er i bekendtgørelsens § 10 fastsat, at bestemmelserne i udbudslovens §§ 135-137 om udelukkelsesgrundene samt § 138 om dokumentation for pålidelighed finder anvendelse.

Obrascón oplyste i ESPD'et, at selskabet opfyldte kravene til egnethed, og at virksomheden på ansøgningstidspunktet ikke var omfattet af udelukkelsesgrunde som anført i udbudslovens §§ 135-138.

Af de avisartikler, som Munck Gruppen har fremlagt, fremgår, at de personer, der i april 2017 var under mistanke for korruption, var henholdsvis et bestyrelsesmedlem/rådgiver og en tidligere bestyrelsesformand og CEO i Obrascón.



Det forhold, at der indledes efterforskning mod et tidligere medlem af ledelsen, er ikke omfattet af udbudslovens § 135, og det kan allerede derfor ikke føre til, at Obrascón skulle have været udelukket. Oplysningerne om den anden person er heller ikke af en karakter, der gør, at Rønne Havn i medfør af udbudslovens § 135 ved modtagelsen af disse var forpligtet til at udelukke Obrascón fra deltagelse i udbuddet, allerede fordi de alene fremgår af avisartikler, og fordi det ikke heraf fremgår, at den pågældende ved en endelig afgørelse skulle være straffet for de forhold om bestikkelse, som han mistænkes for.

Munck Gruppen har imidlertid gjort gældende, at Rønne Havn i medfør af bestemmelsen i udbudslovens § 159, stk. 3, om, at de ordregivende myndigheder i tvivlstilfælde skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i ansøgningen, var forpligtet til at kontrollere Obrascóns oplysninger i ESPD'et om, at der ikke foreligger grunde til udelukkelse, jf. udbudsdirektivets artikel 57. Hertil bemærkes for det første, at bestemmelsen i udbudslovens § 159, stk. 3, efter implementeringsbekendtgørelsen ikke finder anvendelse på det foreliggende udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Som fastslået i klagenævnets praksis forud for udbudsloven, følger det imidlertid af ligebehandlingsprincippet og princippet om gennemsigtighed, at ordregivende myndigheder efter omstændighederne kan være forpligtet til at kontrollere oplysninger. Uanset dette kan det imidlertid ikke lægges til grund, at resultatet af eventuelle yderligere undersøgelser ville føre til, at Rønne Havn skulle være forpligtet til at udelukke Obrascón i medfør af udbudslovens §§ 135-137.

Den revisorpåtegning om Obrascóns årsregnskab for 2016, som Munck Gruppen har fremlagt, viser ikke, at Obrascón er omfattet af udelukkelsesgrundene i udbudslovens §§ 135-137, og den angår ikke direkte oplysninger om de nøgletal, som Rønne Havn havde stillet krav om skulle oplyses i ESPD'et til belysning af ansøgernes økonomiske og finansielle formåen. Rønne Havn var allerede derfor ikke forpligtet til at lægge vægt på erklæringen.

Rønne Havns beslutning om, hvilke ansøgere der skulle prækvalificeres, bygger i sagens natur i et vist omfang på et skøn. Et sådant skøn kan kun tilsidesættes, hvis det er usagligt eller hviler på et objektivt forkert grundlag. Klagenævnet erstatter ikke ordregiverens skøn med sit eget. Rønne Havn har skønsmæssigt vurderet, at ansøgningerne fra de 5 prækvalificere-

de virksomheder opfyldte de objektive og ikkediskriminerende kriterier, der var fastsat i udbudsbekendtgørelsen, bedre end ansøgningen fra Munck Gruppen. Klagenævnet finder ikke grundlag for at tilsidesætte det skøn, som Rønne Havn har udøvet i den forbindelse.

Påstand 1 b tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2 a og 2 b

Da klagenævnet ikke har taget påstandene påstand 1 a og 1 b til følge, er der heller ikke grundlag for at tage Munck Gruppens annullations- og lovliggørelsespåstande til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Munck Gruppen A/S skal i sagsomkostninger til Rønne Havn A/S betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anne-Mette Schjerner  
specialkonsulent