

K E N D E L S E

Adams Transport Co. ApS
(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

mod

Udenrigsministeriet
(Kammeradvokaten ved advokat Thomas Impgaard Sørensen)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 173-284060 af 6. september 2011 udbød indklagede, Udenrigsministeriet, en række flytte- og opmagasineringsopgaver, opdelt på fire delaftaler efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet).

Udbudsforretningen blev gennemført som et begrænset udbud. Delaftale 4 angik en rammeaftale om et sikret lager til opbevaring af statsmøblement med en enkel leverandør. Indklagede annullerede den 22. december 2011 udbuddet omfattet af delaftale 4 på grund af manglende konkurrence.

For delaftale 1-3 var der tale om parallelle rammeaftaler vedrørende flytte- og opmagasineringsopgaver med op til tre leverandører pr. delaftale. Delaftalerne omfattede håndtering af indklagedes flytte- og opmagasineringsopgaver for de medarbejdere, der udsendes til eller fra tjeneste i hele verden, samt flytning af statsmøblement, teknisk udstyr og it-udstyr over 5 m³ fra de danske statsrepræsentationer og de udsendte medarbejders boliger.

De prækvalificerede virksomheder modtog den 1. november 2011 et opfordringsbrev bilagt det samlede udbudsmateriale for de delaftaler, hvor den pågældende virksomhed var blevet prækvalificeret.

Ved tilbudsfristens udløb den 13. december 2011 havde indklagede modtaget tilbud fra 5 tilbudsgivere, herunder klageren, Adams Transport Co. ApS, og Crown Worldwide ApS. Indklagede meddelte imidlertid den 22. december 2011 klageren, at indklagede efter en gennemgang af klagerens tilbud ikke fandt klagerens tilbud konditions-mæssigt. Samtidig meddelte indklagede, at tilbuddet fra Crown Worldwide ApS var fundet konditions-mæssigt.

Den 2. januar 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede og nedlagde i den forbindelse påstande om bl.a., at klagenævnet skulle konstatere, at indklagede handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud som ukonditions-mæssigt og ved at prækvalificere Crown Worldwide ApS. Klageren havde endvidere nedlagt en påstand om, at klagenævnet skulle annullere ordregiverens tildelingsbeslutning.

Ved klagenævnets kendelse af 26. juli 2012 bestemte klagenævnet, at »Indklagedes beslutning af 22. december 2011 om at prækvalificere Crown Worldwide ApS annulleres.«

I en e-mail af 1. oktober 2012 til klagerens advokat har indklagede afvist at ophøre med at anvende Crown Worldwide ApS. Det hedder i e-mailen bl.a.:

»...

Det er på den baggrund ikke helt klart for Udenrigsministeriet, om Klagenævnet annullerer Udenrigsministeriets beslutning om at prækvalificere Crown Worldwide ApS, hvilket foregik uafhængigt af tildelingsbeslutningen (der var tale om et begrænset udbud, og prækvalifikationsbeslutningen blev afsluttet og meddelt ansøgerne den 1. november 2011) eller om det er tildelingsbeslutningen af 22. december 2011, der annulleres.

Uagtet denne uklarhed har Udenrigsministeriet taget til efterretning, at Klagenævnet i kendelsen udtaler, at Udenrigsministeriet ikke havde været berettiget til at prækvalificere Crown Worldwide ApS, idet den af moderselskabet modtagne støtteerklæring efter sin ordlyd ikke var

uigenkaldelig. Det kan i forlængelse heraf oplyses, at Udenrigsministeriet ikke agter at ophøre med at anvende Crown Worldwide ApS til flytteopgaver omfattet af den indgåede rammekontrakt vedrørende flytte- og opmagasineringsydelser.

Selv hvis det må lægges til grund, at det er Udenrigsministeriets tildelingsbeslutning af 22. december 2011, der annulleres af klagenævnet og ikke blot beslutningen om at prækvalificere Crown Worldwide ApS, følger det således af fast praksis, at klagenævnets annulation af en tildelingsbeslutning ikke i sig selv medfører, at den indgåede kontrakt er ugyldig. Kun i ganske få tilfælde af meget grove og alvorlige overtrædelser af udbudsreglerne, har domstolene fraveget denne praksis.

Hertil kommer, at Deres klient netop ikke fik medhold i, at Udenrigsministeriet skulle påbydes at lovliggøre udbudsforretningen. I den forbindelse bemærkes, at det fremgår af forarbejderne til håndhævelseslovens § 13, at Klagenævnet så vidt muligt udsteder påbud, når der er konstateret overtrædelser af udbudsreglerne, hvorfor klagenævnets afgørelse modsætningsvis kan tages til indtægt for, at Udenrigsministeriet ikke skal eller bør ophøre med at samarbejde med Crown Worldwide ApS.

Da det er noteret, at Deres klient ikke ønsker at nedlægge påstand om erstatning, betragter Udenrigsministeriet hermed sagen for afsluttet.«

Klageren har derpå den 11. oktober 2012 på ny indgivet klage til Klagenævnet for Udbud og har endeligt nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28 ved at tildele kontrakter til Crown Worldwide ApS på baggrund af de mellem parterne indgåede rammekontrakter for henholdsvis delaftale 1-3 vedrørende flytte- og opmagasineringsydelser, på trods af at klagenævnet ved kendelse af 26. juli 2012 annullerede indklagedes beslutning om at prækvalificere Crown Worldwide ApS til at afgive tilbud på rammeaftalen, delaftale 1-3.

Påstand 2

Klagenævnet skal erklære kontrakter indgået mellem indklagede og Crown Worldwide ApS efter den 26. juli 2012 på baggrund af rammeaftale vedrørende flytte- og opmagasineringsydelser, delaftale 1-3, for uden virkning i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1.

Påstand 3 (subsidiær til påstand 2)

Klagenævnet skal pålægge indklagede at bringe rammekontrakter indgået med Crown Worldwide ApS under delaftale 1-3 til ophør.

Påstand 4 (mere subsidiær til påstand 2)

Klagenævnet skal pålægge indklagede en økonomisk sanktion, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 19, jf. § 18, stk. 3.

Indklagede har over for påstand 1 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge og over for påstand 2 – 3 nedlagt påstand om principalt afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Oplysninger i sagen

I udbudsbetingelserne er i pkt. 4.1. bl.a. anført følgende:

»4.1 Valg af flere tilbud og køb under flere parallelle rammeaftaler

Udenrigsministeriet agter at indgå op til 3 parallelle rammekontrakter (dvs. aftaler med flere forskellige leverandører vedrørende levering af de ydelser, der er omfattet af delaftalen) med henblik på at sikre, at Udenrigsministeriet til enhver tid kan få udført de nødvendige flytte og opmagasineringsopgaver.«

Det anførte er ligelydende for alle tre delaftaler.

På tilsvarende måde er i rammeaftalens pkt. 6 anført følgende:

»Rammekontrakten er indgået på grundlag af et udbud, hvor der for denne delaftale er indgået flere parallelle rammekontrakter, som giver mulighed for at anvende andre leverandører efter nedenstående nærmere beskrevne kaskademodel.

Ved tildeling af flere parallelle rammekontrakter meddeler Udenrigsministeriet hver enkelt leverandør, hvilken prioritet den pågældende leverandør har fået på baggrund af tilbudsevalueringen, samt hvilke øvrige parallelle rammeaftaler, der er indgået.

Såfremt Leverandøren efter modtagelse af information fra Udenrigsministeriet om udførelse af en konkret flytning/opgave anser det for sandsynligt, at Udenrigsministeriets krav/behov ikke kan imødekommes, f.eks. vedrørende flyttekvote, fraflytningsadresse og tilflytteradresse

samt forventet dato for flytning, skal dette straks meddeles Udenrigsministeriet skriftligt.

Udenrigsministeriet er herefter berettiget til at vælge den Leverandør, på baggrund af det afholdte udbud, er tildelt pladsen som Leverandør nr. 2.

Hvis Leverandør nr. 2 heller ikke anser det for sandsynligt, at Udenrigsministeriets krav/behov kan imødekommes, f.eks. vedrørende flyttekvote, fraflytningsadresse og tilflytteradresse samt forventet dato for flytning, er Udenrigsministeriet berettiget til at vælge den Leverandør, på baggrund af det afholdte udbud, er tildelt pladsen som Leverandør nr. 3.

Det er kun muligt for en Leverandør at afslå en konkret flytning/opgave, såfremt Leverandøren efter modtagelse af information fra Udenrigsministeriet om udførelse af en konkret flytning anser det for sandsynligt, at Udenrigsministeriets krav/behov ikke kan imødekommes, f.eks. vedrørende flyttekvote, fraflytningsadresse og tilflytteradresse samt forventet dato for flytning, ikke har kapacitet til at gennemføre flytningen. En leverandør kan således ikke frit vælge at afstå fra en konkret flytning.«

I klagenævnets kendelse af 26. juli 2012 om annullation af indklagedes beslutning om at prækvalificere Crown Worldwide ApS er bl.a. anført følgende:

»Indklagede har vedrørende Crown Worldwide ApS oplyst, at indklagede ved gennemgangen af prækvalifikationsansøgningen fra Crown Worldwide ApS konstaterede, at det fremsendte regnskab ikke relaterede sig til prækvalifikationsansøgeren Crown Worldwide ApS, men til Crown Worldwide Holdings Ltd., og at indklagede på baggrund af prækvalifikationsanmodningen ikke umiddelbart fandt det godtgjort, at Crown Worldwide ApS i den forbindelse kunne råde over de økonomiske ressourcer, der relaterer sig til Crown Worldwide Holdings Ltd., f.eks. ved at fremlægge dokumentation for Crown Worldwide Holdings Ltd.'s forpligtelse over for Crown Worldwide ApS.

...

Indklagede lod Crown Worldwide ApS berigtige de ovenstående forhold i medfør af § 12 i bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Ved brev af 19. oktober 2011 til indklagede oplyste Crown Worldwide Holdings Ltd. således følgende om Crown Worldwide ApS' adgang til at kunne råde over Crown Worldwide Holding Ltd.'s ressourcer, herunder i relation til det for prækvalifikationen opstillede mindstekrav om positiv egenkapital:

»We undersigned, Crown Worldwide Holdings Ltd., being the holding company of Crown Worldwide ApS, will provide any necessary financial support to enable Crown Worldwide ApS to continue to trade and to meet their commitments as and when they fall due".

"Crown worldwide Group is a privately held organization. The group and also hereby Crown Worldwide ApS operates is business under the brands Crown Relocations, Crown Logistics, Crown Records Management, Crown Fine Arts, and Crown Wine Cellars.

This letter of support will remain effective until termination in writing by Crown Worldwide Holdings Ltd.«

I præmissen vedrørende spørgsmålet er i kendelsen anført følgende:

»Støtteerklæringen fra Crown Worldwide Holdings Ltd. har efter sit indhold virkning, indtil Crown Worldwide Holdings Ltd. erklærer, at erklæringen ikke længere skal have virkning. Erklæringen kan derfor ikke reelt afhjælpe de mangler, som indklagede konstaterede i Crown Worldwide ApS' ansøgning om prækvalifikation.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indgåelse af kontrakter på grundlag af en rammeaftale forudsætter, at rammeaftalen er indgået i overensstemmelse med udbudsdirektivet, således som dette udtrykkeligt er anført i forsynings-virksomhedsdirektivet. Klagenævnets annullation af indklagedes beslutning om at prækvalificere Crown Worldwide ApS til at afgive tilbud på rammeaftalen, delaftale 1-3, indebærer, at den indgåede rammeaftale ikke har kunnet afløfte indklagedes udbudspligt i relation til de kontrakter, der er indgået af indklagede med Crown Worldwide ApS efter klagenævnets kendelse den 26. juli 2012.

Det følger af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2 og 4, at brug af en rammeaftale sker derved, at der efterfølgende indgås kontrakter med de enkelte leverandører om de konkrete ydelser/ leverancer, som er omfattet af rammeaftalen.

Kontrakter, der er indgået mellem indklagede og Crown Worldwide ApS efter den 26. juli 2012 med henvisning til rammeaftalen, delaftale 1-3, er således reelt indgået uden forudgående udbud.

Indklagede har bestridt, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28 ved at tildele kontrakter til Crown Worldwide ApS på baggrund af den mellem parterne indgåede rammeaftale, delaftale 1-3, på trods af, at klagenævnet ved kendelse af 26. juli 2012 annullerede indklagedes beslutning om at prækvalificere Crown Worldwide ApS.

Indklagede har herved gjort gældende, at indklagedes anvendelse af den mellem indklagede og Crown Worldwide ApS indgåede rammeaftale, delaftale 1-3, herunder indklagedes tildeling af ordrer, ikke skal betragtes som indgåelse af (nye) selvstændige offentlige kontrakter, der skal udbydes, som omhandlet i udbudsdirektivets artikel 28, men at der alene er tale om, at indklagede i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, jf. artikel 32, stk. 2, tildeler konkrete ordrer på baggrund af de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen, delaftale 1-3. Tildelingen af de konkrete ordrer under rammeaftalen er således i overensstemmelse med de i udbudsdirektivet anførte procedurer. Det forhold, at klagenævnet ved kendelse af 26. juli 2012 har annulleret indklagedes beslutning om at prækvalificere Crown Worldwide ApS, ændrer ikke herved.

Lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1, finder ikke anvendelse på sådanne tildelinger. Da opgaverne er tildelt ved direkte tildeling uden genåbning af konkurrencen, finder lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 3, heller ikke anvendelse.

Ved klagenævnets kendelse af 26. juli 2012 fik klageren netop ikke medhold i en påstand om, at indklagede skulle lovliggøre udbudsforretningen, og i forlængelse heraf har indklagede videre gjort gældende, at klageren ved sin påstand 1 reelt søger at opnå, at rammeaftalen i realiteten erklæres for uden virkning, hvilket der ikke er hjemmel til i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Indklagede har videre gjort gældende, at det følger af klagenævnets kendelse af 26. juli 2012, at det er indklagedes beslutning om at prækvalificere Crown Worldwide ApS, der annulleres, hvilket foregik tidsmæssigt og procesmæssigt uafhængigt af indklagedes beslutning om at indgå rammeaftalen, delaftale 1-3, med bl.a. Crown Worldwide ApS.

Hvis klageren får medhold i sin påstand 1, medfører dette således reelt, at også forhold begået under prækvalifikationsprocessen tillægges uden virkning, hvilket der heller ikke er hjemmel til i hverken lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. eller kontroldirektiverne.

Indklagede har supplerende gjort gældende, at tildelingen og indgåelsen af rammeaftalen med de parallelle leverandører Crown Worldwide ApS og Beta AB naturligvis må ses som én udbudsretlig beslutning, og at klagenævnet allerede i sin kendelse af 26. juli 2012 har taget stilling til rammeaftalen, der ikke er erklæret for uden virkning eller på anden måde uden retskraft.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indgåelse af en kontrakt uden forudgående udbud er en af de alvorligste overtrædelser af udbudsreglerne, og klagenævnet skal derfor i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1, erklære kontrakter, der er indgået mellem indklagede og Crown Worldwide ApS, for uden virkning. Dette følger også af det EU-retlige effektivitetsprincip, hvorefter offentlige myndigheder skal sikre, at håndhævelsen af udbudsreglerne sker på en effektiv måde, ligesom reglerne skal anvendes på en måde, der effektivt sikrer opfyldelse af målet med reglerne

Det er fast praksis fra klagenævnet, at sanktionen ved grove overtrædelser af udbudsreglerne som udgangspunkt vil være, at tildelingsbeslutningen annulleres, for det tilfælde, at der både er nedlagt en påstand om udstedelse af påbud om lovliggørelse af udbudsforretningen, samt en påstand om annullering af tildelingsbeslutningen, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 8. juni 2012, Marius Pedersen A/S mod Aalborg Kommune, Forsyningsvirksomhederne, Renovationsvæsenet.

Klagenævnets annullering af en tildelingsbeslutning i stedet for udstedelse af påbud om lovliggørelse af udbudsforretningen medfører således ikke, at den ordregivende myndighed ikke skal følge kendelsen fra klagenævnet.

Indklagede har til støtte for den principale og subsidiære påstand gjort gældende, at der efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, ikke er hjemmel til at erklære indklagedes tildeling af ordrer på baggrund af de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen, delaftale 1-3, for uden virkning.

Ad påstand 3 (subsidiær til påstand 2)

Klageren har gjort gældende, at det følger af retspraksis, at kontrakter skal bringes til ophør, såfremt den ordregivende myndighed har overtrådt udbudsreglerne i en sådan kvalificeret form, at en tildelt kontrakt ikke kan opretholdes, jf. UfR 2012.323V.

Indklagedes opretholdelse af rammekontrakterne med Crown Worldwide ApS på trods af denne virksomheds manglende opfyldelse af mindstekrav ved ansøgning om prækvalifikation i udbuddet er at anse for en sådan kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne, at klagenævnet skal pålægge indklagede at bringe rammekontrakter indgået med Crown Worldwide ApS til ophør.

Indklagede har til støtte for sin afvisningspåstand henvist til det ad påstand 1 anførte om, at tildelingen og indgåelsen af rammeaftalen med de parallelle leverandører må ses som én udbudsretlig beslutning, og at kendelsen, der ikke er indbragt for domstolene, er endelig.

Til støtte for, at klagen ikke skal tages til følge, har indklagede gjort gældende, at indklagedes tildeling af ordrer til Crown Worldwide ApS sker på baggrund af de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen, hvilket er i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, jf. artikel 32, stk. 2. Der er derfor ikke grundlag for at bringe disse konkrete ordrer til ophør.

Indklagede har videre gjort gældende, at klageren ved sin påstand forsøger at opnå, at rammeaftalen i realiteten erklæres for uden virkning, hvilket der ikke er hjemmel til i håndhævelsesloven.

Indklagede har bestridt, at sagen som forelå i Vestre Landsrets afgørelse refereret i UfR 2012.323V, hvor en ordregiver gentagne gange havde overtrådt udbudsreglerne på en meget kvalificeret måde, hvilket ikke er tilfældet her, er relevant.

I forhold til klageren, der i henhold til klagenævnets kendelse af 26. juli 2012 havde afleveret et ukonditionsmæssigt tilbud, har prækvalifikationen af Crown Worldwide ApS ikke haft konkret betydning, hvorfor det i øvrigt vil være uforholdsmæssigt byrdefuldt for indklagede, hvis en procedurefejl under prækvalifikationsfasen uden klar hjemmel kan medføre en så vidtgående retsfølge på dette sene tidspunkt.

Ad påstand 4 (mere subsidiær til påstand 2)

Klageren har, for det tilfælde at klagenævnet ikke erklærer kontrakter indgået med Crown Worldwide ApS for uden virkning, gjort gældende, at klagenævnet skal pålægge indklagede en økonomisk sanktion, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 19, stk. 2, nr. 3.

Klageren har herved i øvrigt henvist til det under påstand 2 anførte.

Indklagede har til støtte for den principale og subsidiære påstand gjort gældende, at indklagedes tildeling af ordrer på baggrund af de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen, delaftale 1-3, ikke er omfattet af § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., hvorfor der ikke er hjemmel til at pålægge indklagede en økonomisk sanktion i medfør af § 19, stk. 2, nr. 3, i samme lov.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1:

Klagenævnet for Udbud annullerede ved sin kendelse af 26. juli 2012 indklagedes beslutning om at prækvalificere Crown Worldwide ApS til det udbud, som indklagede havde iværksat ved sin udbudsbekendtgørelse af 6. september 2011.

Crown Worldwide ApS har derfor ikke, uden at indklagede krænkede udbudsdirektivets artikel 2, kunnet deltage i udbuddet som tilbudsgiver, og indklagede har derfor heller ikke uden at krænke udbudsdirektivet kunnet

tildele Crown Worldwide ApS opgaver efter de af udbuddet omfattede rammekontrakter.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 2:

Indklagede har tildelt Crown Worldwide ApS ordrer på grundlag af en rammeaftale, der – skønt uretmæssigt, jf. påstand 1 – kom i stand efter offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse af 6. september 2011 og en i øvrigt i tilknytning hertil gennemført udbudsforretning.

Der er derfor ikke hjemmel i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, nr. 1, til at erklære de mellem indklagede og Crown Worldwide ApS indgåede kontrakter for uden virkning.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3 og 4:

Indklagede blev ikke ved klagenævnets kendelse af 26. juli 2012 pålagt at lovliggøre udbudsforretningen, ligesom der ikke skete annullation af indklagedes tildelingsbeslutning.

Herefter og af de i øvrigt af indklagede anførte grunde, tages påstandene ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28 ved at tildele kontrakter til Crown Worldwide ApS på baggrund af de mellem parterne indgåede rammekontrakter for henholdsvis delaftale 1-3 vedrørende flytte- og opmagasineringsydelser, på trods af at klagenævnet ved kendelse af 26. juli 2012 annullerede indklagedes beslutning om at prækvalificere Crown Worldwide ApS til at afgive tilbud på rammeaftalen, delaftale 1-3.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 2-4.

Indklagede, Udenrigsministeriet, skal i sagsomkostninger til klageren, Adams Transport Co. ApS, betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig