

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Anchersen A/S
(advokat Christian Riewe, København)

mod

Trafikselskabet Movia
(advokat Mikala Berg Dueholm, København)

Klagenævnet har den 29. februar 2024 modtaget en klage fra Anchersen A/S ("Anchersen").

Anchersen har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Trafikselskabet Movia ("Movia") har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning på grundlag af klageskrift med bilag 1-6, svarskrift med bilag A, replik med bilag 7-10 og duplik i form af en mail af 20. marts 2024 fra advokat Mikala Berg Dueholm.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder foruden anmodningen om opsættende virkning følgende påstande:

”1.

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Movia har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise Anchersens ansøgning om prækvalifikation som ”ikke indgivet”, uanset at Anchersen havde indleveret en ansøgning på den måde der var beskrevet i udbudsbetingelserne.

2.

Klagenævnet for Udbud skal annullere Movias beslutning om ikke at prækvalificere Anchersen.”

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

Andre oplysninger i sagen

Ved bekendtgørelse 00030388-2024 af 14. januar 2024, der blev offentliggjort den 16. januar 2024, udbød Movia 11 delaftaler vedrørende almindelig rutekørsel. Der var tale om i alt ca. 545.000 køreplanstimer pr. år og ca. 130 driftsbusser. Der vil blive indgået kontrakter med forventet driftsstart i perioden 12. oktober 2025 til 8. februar 2026. Den samlede værdi eksklusive moms blev anført til 5.805.000.000 kr. Der ville blive prækvalificeret op til 25 egnede ansøgere.

I udbudsbetingelserne er anført følgende blandt andet:

”...

4. Movias forhold

...

4.2. Kontakt til Movia

Alle henvendelser under udbudsprocessen skal rettes til Movia via Ethics.

...

7. Kontakt indtil ansøgningsfrist og tilbudsafgivelse

7.1 Kommunikation

Udbudsmaterialet og efterfølgende supplerende oplysninger vil være tilgængeligt på Ethics.

Ansøger/tilbudsgiver skal selv holde sig opdaterede om udbuddets forløb via Ethics.

7.2 Spørgsmål om udbuddet

Ansøger/tilbudsgiver kan til brug for sin ansøgning/tilbud skriftligt stille spørgsmål om udbudsmaterialet via Ethics.

Ansøger/tilbudsgiver opfordres til at rette henvendelse til Movia så tidligt som muligt. Det bedes angivet, hvilke(n) del(e) af udbudsmaterialet, spørgsmålet relaterer sig til.

Forud for ansøgningsfristen forbeholder Movia sig ret til kun at besvare spørgsmål, der er direkte relevante for udarbejdelsen af ansøgningen. Spørgsmål vil blive besvaret skriftligt.

...

8. Foreløbig tidsplan

Den foreløbige tidsplan for udbuddet er følgende:

Offentliggørelse af udbudsmateriale	16. januar 2024
Ansøgningsfrist	20. februar 2024 kl.13.00
Meddelelse om prækvalifikation	23 februar 2024
Frist for indlevering af første tilbud	25. april 2024
Mulig forhandlingsrunde	Nærmere information følger
Frist for eventuel indlevering af endeligt tilbud	Nærmere information følger
Tildeling	Forventet 14. maj 2024
Forventet kontraktindgåelse (Kontraktstart)	Juni 2024

...

9. Ansøgning om prækvalifikation

9.1 Formkrav

Aktører, der ønsker at deltage i udbuddet, skal indgive ansøgning om prækvalifikation.

Ansøgningen skal være på dansk og udgøres af et udfyldt ESPD, der udgør det foreløbige bevis for, at ansøger (i) ikke er omfattet af de nedenfor anførte udelukkelsesgrunde, jf. afsnit 11.1, (ii) opfylder de nedenfor anførte krav til egnethed, jf. afsnit 11.2, og (iii) ansøgers opfyldelse af udvælgelseskriteriet, jf. afsnit 11.3.

ESPD'et udfyldes via den integrerede ESPD-funktion i Ethics.

For konsortiedeltagere og for ansøgere, der baserer sig på andre økonomiske enheders økonomiske og/eller tekniske formåen, skal der afleveres et udfyldt ESPD for hver økonomisk aktør.

Ansøger skal klart og entydigt angive, hvilken juridisk person, der ansøger om prækvalifikation.

...

Vejledning i udfyldelse af ESPD kan findes på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside: <https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/esp/>

Movia gør for god ordens skyld opmærksom på, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning ikke er en del af udbudsmaterialet. Movia påtager sig derfor ikke ansvar for indhold og eventuelle fejl i vejledningen og er ikke bundet af vejledningen. Det er alene ansøgers ansvar, at ESPD er udfyldt korrekt.

...

9.2 Ansøgningsfrist

Ansøgning skal fremsendes til Movia via Ethics. Ansøgning skal være uploadet i Ethics senest den **20. februar kl. 13.00**.

Ansøgninger, der uploades efter ansøgningsfristens udløb, eller som ikke indleveres via Ethics, vil ikke blive taget i betragtning.

...”

Anchersen har fremlagt screenshots fra sin udfyldelse af ESPD-funktionen i Ethics, som angiveligt er foretaget den 9. februar 2024. Der er enighed om, at fire felter i formularen ikke er udfyldt.

Den 20. februar 2024 kl. 12.01 modtog Anchersen en autogenereret mail fra Merzell Danmark A/S ("Merzell"), der driver udbudsplatformen Ethics, med følgende indhold:

”...

Udbud af A23 - udbud af almindelig rutekørsel - Påmindelse om evt. redigering og afslutning af tilbuddet

I forbindelse med udbuddet A23 - udbud af almindelig rutekørsel har du ikke foretaget ændringer i dit tilbud efter påbegyndelsen af den igangværende tilbudsrunde. Hvis du vil foretage ændringer til dit tilbud, skal du efter redigeringen afslutte tilbuddet på ny. Dette gøres for at sikre, at ordregiveren modtager den seneste version af tilbuddet.

Denne advarsel bliver sendt henholdsvis 24 timer, 4 timer, 1 time og 10 minutter før fristens udløb. Du kan, via status-fanen på udbudssiden, afmelde fremtidige advarsler ifm. dette udbud.

...”

Anchersen har oplyst at have modtaget flere mails med lignende indhold forud herfor.

Inden udløbet af ansøgningsfristen den 20. februar 2024 kl. 13 rettede Anchersen efter det oplyste telefonisk henvendelse til Movia for at få oplyst, om ansøgningen om prækvalifikation var modtaget. Movia oplyste, at ansøgningerne først kunne tilgås efter udløbet af ansøgningsfristen, hvorfor forespørgslen ikke var mulig at besvare.

Ved mail af 20. februar 2024 kl. 15.44 rettede Movia henvendelse til Mercell med anmodning om at få oplyst, om Anchersen havde ansøgt eller forsøgt at ansøge om prækvalifikation, en log for Anchersen i forbindelse med udbuddet og oplysning om eventuelle nedbrud eller uregelmæssigheder i de seneste 48 timer op til ansøgningsfristen.

Mercell besvarede den 21. februar 2024 Movias henvendelse med en mail, hvoraf følgende fremgår blandt andet:

”...

Vi har undersøgt det nærmere i forhold til Anchersen A/S ansøgning om prækvalifikation på Movias udbud af A23. Den overordnede konklusion er, at Anchersen A/S ikke har afsluttet deres prækvalifikationsanmodningen, da der er manglende udfyldelse af felter i ESPD, og derfor har Movia ikke modtaget en anmodning fra Anchersen. De tre tilknyttede brugere fra Anchersen har alle fået besked om den manglende afslutning af tilbuddet, og der har ikke været nedbrud eller uregelmæssigheder i Ethics i dagene op til fristen.

Jeg har herunder kommet med en besvarelse af dine spørgsmål. Du må sige til, hvis der er behov for yderligere informationer, så skal enten jeg eller Ethics support (cc på den mail) sikre at du får det.

- Hvorvidt Anchersen A/S (og/eller Anchersen-Fladså ApS) har ansøgt om prækvalifikation

Anchersen A/S har ikke anmodet om prækvalifikation på udbuddet.

- Hvorvidt Anchersen A/S (og/eller Anchersen-Fladså ApS) har forsøgt at ansøge om prækvalifikation

Anchersen A/S har påbegyndt udfyldelse af ESPD, men mangler udfyldelse af flere felter under udvælgelseskriterierne B samt C i ESPD'en. Dette betyder at man rent teknisk i Ethics ikke kan indsende prækvalifikationsanmodningen.

Mercell kan se at Anchersen senest har foretaget seneste ændringer af ESPD-besvarelsen d. 9. februar 2024. Under fanen "Anmodningsafgivelse" er følgende advarsel angivet for Anchersen A/S som følge af deres manglende indsendelse af prækvalifikationsanmodningen: "Anmodningen er ikke afsluttet. Bemærk at det fortsat er muligt at foretage tilpasning efter afslutning, og helt frem til fristen. Man skal blot huske at afslutte igen."

Herudover har Anchersen A/S haft tre tilmeldte brugere (pan@anchersen.dk ; mni@anchersen.dk ; fne@anchersen.dk) på det pågældende udbud, som i forbindelse med udarbejdelse af Anchersen A/S tilbud/prækvalifikationsanmodning, alle brugere har hver især modtaget 4 beskeder om manglende indsendelse af prækvalifikationsanmodningen. Beskeder bliver sendt til brugerne 24 timer, 4 timer, 1 time, 10 min inden anmodningsfristen både på mail og via notifikation i Ethics.

...

- Log for Anchersen A/S (og/eller Anchersen-Fladså ApS) i forbindelse med ovenstående udbud

Vi har set nærmere på, hvornår de tre brugere har logget ind i Ethics. Herunder er angivet historikken for de respektive brugere:

Pan@anchersen.dk loggede ind i Ethics i går kl. 14.28, så først efter fristen. Før det var det hans seneste login d. 8/2 kl. 10:11.

Fne@anchersen.dk var logget ind d. 20/2 kl. 04:26, og igen kl. 14.00 i går. Før dette var seneste login 8 dage før fristen.

Mni@anchersen.dk var senest logget ind i Ethics d. 16/2 kl. 09:18.

- Hvorvidt der på systemet har været nedbrud eller uregelmæssighed i de seneste 48 timer op til ansøgningsfristen (i bekræftende fald hvornår og varigheden heraf)

Der har ikke været nogle nedbrud eller generelle uregelmæssigheder i Ethics de seneste 48 timer op til ansøgningsfristen.

...”

Ved mail af 26. februar 2024 oplyste Movia, at ordregiveren inden fristen den 20. februar kl. 13.00 havde modtaget seks ansøgninger om prækvalifikation. Movia havde ifølge mailen ikke modtaget en ansøgning fra Anchersen.

Anchersen rettede ved mail af 7. marts 2024 henvendelse til Mercell med henblik på blandt andet at få oplyst, om ESPD’et med den manglende udfyldelse af de angivne felter var tilgængeligt for Mercell forud for udløbet af ansøgningsfristen.

Mercell besvarede ved mail af 11. marts 2024 Anchersens henvendelse med følgende blandt andet:

”Hverken Mercell eller Movia har adgang til Anchersen A/S udkast til prækvalifikationsanmodning, da det kræver at Anchersen har afsluttet og indsendt anmodningen før det kommer i betragtning hos ordregiveren (I dette tilfælde Movia - på udbud af A23). Det vil altid kræve, at en tilbudsgiver afslutter sit tilbud/anmodning, før det vil blive tilgængeligt for ordregiveren eller Mercell (efter anmodning/tilbudsfristen).”

Anchersen rettede ved mail af 11. marts 2024 på ny henvendelse til Mercell med henblik på at præcisere, at spørgsmålet vedrørte, hvorvidt Mercell på tidspunktet for ansøgningsfristens udløb havde mulighed for at læse eller se ESPD’et i den form, det havde.

Mercell besvarede ved mail af 12. marts 2024 Anchersens henvendelse med følgende:

”...

ETHICS er et udbudsværktøj, som tilgås online, og hvor udbudsprocessens dokumenter lagres online. Det er korrekt, at MERCELL kan tilgå ESPD'et efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb som led i fejlsøgning.

Forud herfor har ordregiver og MERCELL adgang til den log, som løbende registrerer ansøgere og tilbudsgiveres handlinger i systemet under udbudsprocessen.

Jeg forstår dine spørgsmål sådan, at Anchersen A/S påtænker at gøre indsigelse imod den udbudsprocedure, som de omhandlede dokumenter relaterer sig til.

Jeg skal fremover henvise til, at spørgsmål til udbudsproceduren og systemets funktionalitet adresseres i en eventuel klagesag herom.

...”

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

Anchersen har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Movia har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Anchersen gjort gældende, at Movia har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 ved at afvise ansøgningen om prækvalifikation, uanset at ansøgningen var indgivet den 9. februar 2024 i overensstemmelse med de formkrav, der er angivet i udbudsbetingelserne.

Der er ikke i udbudsbetingelserne anført en betingelse om, at der – ud over upload i Ethics – skal foretages ”afslutning af anmodning”. Movia kunne effektivt have elimineret enhver risiko for tvivl om, hvilke handlinger der skulle være udført ved at anvende entydige begreber og anvisninger i udbudsmaterialet. Usikkerheden om den rette forståelse af udbudsbetingelserne skal i henhold til koncipistreglen komme Movia til skade. På den baggrund må

ansøgningen anses for modtaget, når ansøgningen er gjort tilgængelig for Ethics ved upload i systemet.

Hverken indholdet af de fire autogenererede mails og systemnotifikationer eller den tekst, der angiveligt fremgår under fanebladet ”Anmodningsafgivelse” i Ethics, kan føre til, at ansøgningen ikke kan anses for uploadet, idet en sådan forståelse ikke med nogen klarhed kan udledes heraf. Den manglende udfyldelse af felterne ”Kode”, ”Udsteder”, ”Startdato” og ”Slutdato” i ESPD’et kan ikke føre til et andet resultat, idet det afgørende må være, at ESPD’et var udfyldt med alle de oplysninger, som anmodningen om prækvalifikation efter udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne skulle indeholde. For så vidt angår felterne ”Kode” og ”Udsteder” er det Anchersens opfattelse, at der ikke kræves nogen kode eller oplysning om udsteder for at tilgå regnskabsoplysningerne. De afgivne oplysningerne opfyldte således kravene til, at Anchersen kunne prækvalificeres.

Det kan herefter lægges til grund, at Anchersen har udfyldt et ESPD, at dette er sket via den integrerede ESPD-funktion i Ethics, at ansøgningen er uploadet i Ethics, og at disse skridt alle er foretaget i god tid inden udløbet af ansøgningsfristen den 20. februar 2024 kl. 13.00.

Særligt vedrørende påstand 1 har Movia gjort gældende, at principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 ikke er overtrådt, da Anchersen ikke har indgivet ansøgning om prækvalifikation rettidigt. Formkravene for indgivelse af ansøgning om prækvalifikation var tydeligt angivet i udbudsmaterialets pkt. 9.1-9.2, herunder at ansøgningsfristen var den 20. februar 2024 kl. 13.00, at ansøgningen skulle bestå af et udfyldt ESPD, at det alene var ansøgers ansvar, at ESPD var udfyldt korrekt, og at ansøgninger, der blev modtaget for sent eller uden om udbudsværktøjet, ikke ville blive taget i betragtning.

Det påhviler Anchersen at løfte bevisbyrden for, at ansøgningen er indgivet rettidigt og i overensstemmelse med formkravene, jf. kendelse af 3. december 2009, Murerfirmaet Bent Klausen ApS mod Norddjurs Kommune, samt Retens dom i sag T-70/5, Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systemata Tilepikonion Pliroforikis kai Tilematikis AE v Agence européenne pour la sécurité maritime (EMSA), forudsætningsvist.

Anchersen blev inden ansøgningsfristens udløb i fire mails og systemnotifikationer underrettet om, at ansøgningen ikke var afsluttet, ligesom det fremgik af fanen ”Anmodningsafgivelse”, at ansøgningen ikke var afsluttet, hvorfor den manglende indgivelse af ansøgning udelukkende beror på Anchersens forhold. Anchersens anbringende om, at det ikke fremgår af udbudsbetingelserne, at der skal foretages ”afslutning af en anmodning”, bestrides. Udbudsbetingelsernes krav om, at ansøgningen skal indeholde et udfyldt ESPD, må forstås således, at det skal være et færdigudfyldt ESPD, og dermed at udfyldelsen skal afsluttes i Ethics. Hverken Movia eller Mercell havde således adgang til prækvalifikationsansøgningen inden ansøgningsfristens udløb.

Det ville således være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis Anchersens ansøgning blev taget i betragtning, da dette ville medføre, at Anchersen opnåede fristudsættelse og dermed en utilbørlig konkurrencefordel i strid med udbudslovens § 2, jf. klagenævnets kendelser af 22. december 2017, AOF Syd mod Sønderborg Kommune, og af 21. november 2003, Entreprenørfirmaet Harry Andersen & Søn mod Vejle Amt. Endvidere ville det være i strid med gennemsigtighedsprincippet, hvis Movia tillod Anchersen at indlevere sin ansøgning efter ansøgningsfristens udløb og prækvalificerede Anchersen i strid med udbudsbetingelsernes pkt. 9.2.

Som følge heraf skal Anchersens ansøgning afvises, da denne er indleveret efter ansøgningsfristens udløb, jf. bl.a. klagenævnets kendelser af 19. september 2007, Råstof og Genanvendelse Selskabet af 1990 A/S mod Århus Kommune, og af 29. august 2011, Itella Information A/S mod Økonomistyrelsen.

Særligt vedrørende påstand 2 har Anchersen gjort gældende, at beslutningen om ikke at prækvalificere virksomheden skal annulleres under henvisning til det, der er anført vedrørende påstand 1.

Særligt vedrørende påstand 2 har Movia gjort gældende, at der under henvisning til det, der er anført ad påstand 1, ikke er grundlag for annullere beslutningen om ikke at prækvalificere Anchersen.

Parternes anbringender ad betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) og betingelse nr. 3 (*interesseafvejning*) gengives ikke i kendelsen.

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*) bemærker klagenævnet, at det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 9.2, at ansøgningen om prækvalifikation skulle være uploadet i Ethics senest den 20. februar kl. 13.00, og at ansøgninger, som uploades efter ansøgningsfristens udløb eller ikke indleveres via Ethics, ikke ville blive taget i betragtning.

Det lægges efter sagens oplysninger til grund, at Movia inden udløbet af ansøgningsfristen ikke havde modtaget Anchersens ansøgning om prækvalifikation, og at årsagen hertil var, at Anchersen ikke havde udfyldt samtlige felter i ESPD'et og afsluttet formularen i Ethics.

Af pkt. 9.1 i udbudsbetingelserne fremgår blandt andet, at ansøgningen skulle indeholde et udfyldt ESPD, at ESPD'et skulle udfyldes via den integrerede ESPD-funktion i Ethics, og at det alene var ansøgerens ansvar, at ESPD'et var udfyldt korrekt.

Klagenævnet finder, at bestemmelsen i udbudsbetingelsernes pkt. 9.1 om "et udfyldt ESPD" sammenholdt med de øvrige nævnte bestemmelser i udbudsbetingelserne må forstås sådan, at *samlige* felter i ESPD'et skulle være udfyldt, og at formularen skulle være "*afsluttet*" i Ethics, for at en ansøgning overholdt udbudsbetingelserne, herunder ansås for "uploadet" i udbudsbetingelsernes pkt. 9.2's forstand.

Idet Anchersen således ikke opfyldte udbudsbetingelserne for afgivelse af ansøgning om prækvalifikation, kunne Movia ikke tage Anchersens ansøgning i betragtning.

Det er herefter uden betydning, om Anchersens udfyldelse af ESPD'et i den form, som den forelå ved ansøgningsfristens udløb, dvs. med fire tomme felter, måtte være registreret som modtaget ved Mercell. Det kan heller ikke føre til en anden vurdering, at de autogenerede mails, som skulle advare Anchersen mod, at udfyldelsen af ESPD'et ikke var afsluttet i Ethics, eventuelt havde et uklart indhold.

Da Anchersen således ikke overholdt udbudsbetingelserne, ville det have været i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, hvis Movia havde taget ansøgningen i betragtning.

Der er efter det anførte ikke grundlag for at fastslå, at Movia har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2.

Der er derfor på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at klagen vil blive taget til følge.

Da betingelsen om "*fumus boni juris*" således ikke er opfyldt, tillægges klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mads Spanggaard Stockholm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Ingo Zubcevic Eriksen
Fuldmægtig