

K E N D E L S E

(visse oplysninger i kendelsen er på indklagedes begæring ikke offentliggjort)

Bruker Nordic AB
(advokat Anne Bergholt Sommer og
advokat Carsten Sommer Andersen, Aarhus)

mod

Syddansk Universitet
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Intervenient:
MR Solutions Group
(selv)

Ved bekendtgørelse nr. 00673099-2023 af 3. november 2023 udbød Syddansk Universitet (herefter "SDU") som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II en kontrakt om levering af et "Simultaneous Preclinical PET+7 Tesla MR system", der er et system til scanningsudstyr til små dyr i forskningsøjemed. Tildelingskriteriet var det økonomisk bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor pris vægtede 10 %, og kvalitet vægtede 90 %.

Tilbudsfristen var den 4. december 2023. Ved tilbudsfristens udløb havde SDU modtaget et tilbud fra Bruker Nordic AB (herefter "Bruker Nordic"). SDU havde også modtaget et tilbud fra "MR Solutions Group" med angivelse

af selskabsnummer 9717382. SDU meddelte den 20. december 2023, at kontrakten ville blive tildelt MR Solutions Group, og kontrakt blev herefter indgået den 5. januar 2024.

Klagenævnet bemærker, at der i sagen for klagenævnet optræder to koncernforbundne selskaber. På baggrund af oplysninger fra det engelske selskabsregister lægger nævnet til grund, at der er tale om selskaberne MR Solutions Ltd., selskabsnummer 9717382 (herefter ”MR Solutions”) og MR Solutions Group Ltd., selskabsnummer 0933475 (herefter ”MR Solutions Group”). I de tilfælde, hvor det er uoplyst, om en meddelelse eller en besked er adresseret til eller stammer fra MR Solutions eller MR Solutions Group, fordi dette ikke fremgår, er afsenderen eller modtageren betegnet ”MR Solutions/MR Solutions Group”.

Den 15. februar 2024 indgav Bruker Nordic klage til Klagenævnet for Udbud over SDU.

Bruker Nordic har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SDU har handlet i strid med udbudslovens § 61, stk. 4, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at anvende udbud med forhandling uden at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, fordi proceduren omfattede MR Solutions, der under det forudgående offentlige udbud ikke opfyldte SDU’s minimumskrav til økonomisk og finansiell formåen.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SDU har handlet i strid med udbudslovens § 94 ved at åbne og gennemgå tilbuddene før udløbet af tilbudsfristen.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere SDU’s beslutning af 20. december 2023 om at tildele kontrakten til MR Solutions.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal erklære SDU’s kontrakt med MR Solutions for uden virkning, jf. § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud.

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

Klagenævnet har den 23. februar 2024 meddelt MR Solutions Group, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

MR Solutions Group har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 6. marts 2024 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at MR Solutions Group intervenerer i sagen til støtte for SDU.

Sagens nærmere omstændigheder

SDU har den 6. november 2023 offentliggjort en bekendtgørelse vedrørende en kontrakt om levering af et ”Simultaneous Preclinical PET+7 Tesla MR system”. Af bekendtgørelsen fremgår bl.a. følgende:

”2.1 Procedure

Title: Simultaneous Preclinical PET+7 Tesla MR system

Description: Public tender On procurement and delivery of Simultaneous Preclinical PET+7 Tesla MR system The tender is carried through as a reverse tender with a total budget of 1.688.000 EUR for the equipment and a maximum of 64.000 EUR /year for the Service Contract. The specified value must not be exceeded, and the tenderer must optimize his tender based on this price according to the award criteria stated in the Tender specifications.

...

2.1.4 General information

Additional information: Economic and financial capacity Qualification requirement no.8 The tenderer must fulfil the following minimum requirement for economic and financial capacity, cf. section 142 of the Danish Act on Tender Procedures (Udbudsloven): o The tenderer must show a positive equity for the last two (2) available financial years...”

I udbudsbetingelserne står bl.a. følgende:

”3. QUALIFICATION AND EXCLUSION

When submitting the tender, the Tenderer must submit a completed European Single Procurement Document (ESPD) regarding the qualification requirements, the selection criteria, the exclusion criteria and any sub-suppliers or other supporting businesses.

The ESPD is the Tenderer's 'self-declaration', which serves as preliminary proof that the Tenderer is not subject to the mandatory and voluntary grounds for exclusion and meets the qualification requirements for the tender.

The ESPD must be completed electronically via Merzell and must be prepared in English. However, both Danish and English ESPD templates can be used.

Please note that it is the Tenderers own responsibility at all times that the ESPD is completed with the relevant information.

...

3.1.1 GROUNDS FOR EXCLUSION

The Tenderer shall not be subject to the grounds for exclusion applicable to this tender. The grounds for exclusion applicable to this tender are set out only in the ESPD.

3.1.2 QUALIFICATION REQUIREMENTS

Minimum qualification requirements are set out in the ESPD and the contract notice only.

The minimum requirements regarding qualification are as follows:

...

B. Economic and financial capacity

The tenderer must fulfil the following minimum requirement for economic and financial capacity, cf. section 142 of the Danish Act on Tender Procedures (Udbudsloven):

- The tenderer must show a positive equity for the last two (2) available financial years.

...

3.1.3 TENDERER CONSTELLATIONS

Tenderers should note of the following when submitting a Tender:

- Any Tenderer participating on its own behalf and not relying on the capacity of one or more entities to meet the minimum eligibility requirements and the objective and non-discriminatory selection criteria shall only complete its own ESPD containing the required information in Parts II to VI of the ESPD.
- Where a Tenderer participates on its own behalf but relies on the capacity of one or more entities (such as a parent/sister company or a subcontractor) to meet the minimum eligibility requirements and the objective criteria for selecting the limited number of tenderers, the Tenderer shall ensure that the Contracting Authority

receives the Tenderer's own ESPD containing the required information in Parts II to VI of the ESPD, as well as a separate ESPD containing the relevant information for each of the entities on which the Tenderer relies. In this context, the Tenderer must tick 'Yes' in Part II, Section C of the ESPD (Information on the use of capacity of other entities). Furthermore, if a Tenderer wishes to rely on the capacity of other entities, the Tenderer must prove to the Contracting Authority that the company has the necessary resources, e.g. by making an unconditional commitment from these entities, which must be submitted at the latest as part of the final documentation, cf. Section 5.3.

- Where groups of economic operators, including temporary associations (e.g. consortium), participate jointly in the tendering process, each economic operator must fill in an ESPD with the necessary information in Parts II to VI of the ESPD. In this context, all participating economic operators must tick 'Yes' in Part II, Section A of the ESPD (Is the economic operator participating in the procurement procedure together with others?). In addition, the final documentation must include a signed declaration by all the economic operators (joint venture, consortium or other) that the economic operators are jointly and severally, unconditionally and directly liable for the performance of the task tendered for.

...

4. SUBMISSION OF TENDERS

The Tenderer should initially read the entire tender documents carefully before preparing the tender.

The tender must clearly and unambiguously state which legal person is the Tenderer and thus liable to the Contracting Authority...

4.5 RESERVATIONS

Any intentional or unintended discrepancy between the tender documents and tenders shall be considered a reservation. This includes any discrepancies in the form of non-performance, error or nonresponse. Any discrepancies between the tender documents and the tender are the sole responsibility of the Tenderer.

The Contracting Authority shall be entitled to reject any tender subject to the tender documents. With regard to reservations for non-essential elements, the Contracting Authority is entitled, but not obliged, to capitalise on them, provided that this can be done in accordance with the principles of equal treatment and transparency.

The Contracting Authority is obliged to reject tenders with reservations regarding fundamental elements of the tender documents and thus cannot

conclude the Contract on the basis of tenders containing any such reservations.

As a result of the above, the Tenderer is encouraged not to make reservations, as reservations entail a significant risk that the tender will not be taken into account. If the Tenderer chooses to make reservations, the Tenderer is asked to expressly state the reservation and explain its content. Instead of introducing reservations, the Tenderer is encouraged to ask questions about the tender documents, cf. Section 2.2.1.

...

4.8 SUBMISSION OF TENDER

When submitting its tender, the Tenderer is asked to ensure that the following documents are attached to the tender. It is the sole responsibility of the Tenderer that all the materials requested in the tender documents is contained in the tender.

Requested documents:

- ESPD
- Annex 1 – Specification of requirements
- Annex 2 – Schedule of prices
- Annex 6 – Declaration of support (if applicable)
- Annex 7 – Associations (if applicable)

When submitting tenders, the Tenderer should use commonly used file formats, including Excel, Word and PDF. Please submit the schedule of prices in the native handout format.

...

5.1 AWARD CRITERION

...

The tender is carried through as a reverse tender with a total budget of 1.688.000 EUR for the equipment and a maximum of 64.000 EUR /year for the Service Contract.

The specified value must not be exceeded...

5.3 DOCUMENTATION OF QUALIFICATION AND EXCLUSION

After evaluation, the Tenderer to whom the Contract is awarded will be asked to submit proof of the information provided in the ESPD within an appropriate time limit which will be communicated to the Tenderer.

5.3.1 DOCUMENTATION OF ECONOMIC AND FINANCIAL STANDING

The Contracting Authority intends to ask tenderers to provide evidence of the information on financial and economic standing in the ESPD.

...”

Af kravspecifikationen fremgår bl.a. følgende:

”2. TERMINOLOGY

The Contracting Authority’s needs have been classified in three categories designated as follows:

MR = Minimum requirement

- Must be met
- Must be included in the price
- In the event of a reservation, the Contracting Authority has an obligation to reject the tender

...

3. SPECIFICATION OF REQUIREMENTS

3.1 PRICE			
ID no.	Name of the requirement	Description of the requirement	Type of requirement
3.1.1	Equipment and installation	A complete new and integrated preclinical simultaneous PET + 7 tesla MR system, including delivery, installation, and 12 months warranty, not exceeding 1.688.000 EUR in total. Price must be stated in Annex 2 – Price Schedule.	MR

...”

I udkastet til kontrakt står følgende:

”13. PAYMENT, REMINDER FEE AND CREDIT NOTE

Payment is due as follows:

40% on order, 40% on delivery, 20% upon acceptance/ successful installation of the Equipment, net 30 days calculated from the Customer's receipt of an adequate electronic invoice or **PDF** invoice which complies with the aforementioned requirements.

...”

Den 28. november 2023 har SDU offentliggjort en supplerende bekendtgørelse vedrørende udbuddet.

SDU havde ved tilbudsfristens udløb den 4. december 2023 modtaget tilbud fra Bruker Nordic og én anden tilbudsgiver, der betegnede sig selv som ”MR Solutions Group”.

Af tilbuddet fremgår om virksomheden bl.a.:

”

Supplier	
Name	MR SOLUTIONS GROUP
Contact	Fabrice Chaumard
Organisation number	9717382
Address	Ashbourne House, The Guildway, Old Portsmouth Road GU31LR Guildford

”

Det fremgår videre af tilbuddet, at tilbudsgiveren ikke har baseret sig på andre virksomheders formåen, hverken økonomisk eller teknisk og/eller fagligt, og heller ikke har afgivet tilbud sammen med andre virksomheder. Om økonomisk og finansiell formåen fremgår følgende af tilbuddet:

”

Selection
Economic and financial standing

Selection	
Other economic or financial requirements	
Concerning the other economic or financial requirements, if any, that may have been specified in the relevant notice or the procurement documents, the economic operator declares that:	
Buyer comment	
<i>The tenderer must show a positive equity for the last two (2) available financial years.</i>	
Please describe them	Accounts for September 2021 and June 2022 show a positive Balance Sheet as at the respective periods. Accounts can be supplied upon request.
Is this information available at no cost to the authorities from an EU Member State database?	No

”

Det er oplyst, at SDU efter modtagelse af tilbuddene rettede henvendelse til MR Solutions/MR Solutions Group for at få oplyst nøgletallene i relation til egenkapital. Den 6. december 2023 fremsendte Fabrice Chaumard, der ifølge sin e-mailadresse var fra MR Solutions Group, følgende til SDU:

”Please see the report: Accounts for September 2021 and June 2022 are attached which show a positive Balance Sheet as at the respective periods. Please note the year end was changed in FY 2022 to be a June Year End.

The Balance sheet has figures of £ 1,724,026 for June 2022 and £ 4,111,381 for September 2021.”

Af det vedhæftede årsregnskab fremgår følgende:

”

Company registration number 09334475 (England and Wales)

MR SOLUTIONS GROUP LIMITED
ANNUAL REPORT AND FINANCIAL STATEMENTS
FOR THE PERIOD ENDED 30 JUNE 2022

MR SOLUTIONS GROUP LIMITED

COMPANY INFORMATION

Directors	Dr DG Taylor N J Doughty
Company number	09334475
Registered office	Ashbourne House, The Guildway Old Portsmouth Road Artington Guildford Surrey United Kingdom GU31LR

...”

Videre fremgår det, at egenkapitalen for 2021 var £ 1.416.309 og for 2022 £ 1.409.317.

Den 6. december 2023 sendte SDU meddelelse til tilbudsgiverne om, at SDU ikke havde modtaget konditionsmæssige tilbud og derfor overgik til udbud med forhandling i henhold til udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2. Af meddelelsen til Bruker Nordic fremgår bl.a.:

”In connection with our tender of Simultaneous Preclinical PET+7 Tesla MR system cf. 722241-2023, SDU received two offers. During the review of the offers, it has unfortunately been concluded that both offers do not comply with the requirements of the tender specifications.

Pursuant to § 61 subsection 1 no. 2 of the Public Procurement Act, a negotiation is hereby initiated with a view to adapting the received offers so that they comply with the requirements in the tender documents. It is noted that all Tenderers, and only those, who have submitted offers which comply with the formal requirements of the tender procedure, and who are not subject to any of the grounds for exclusion and meet the requirements for suitability are invited to a negotiation with the possibility of submitting a revised offer. In accordance with § 61 subsection 4, a new tender notice for the negotiation procedure will therefore not be published.

Regarding the submission of the revised offer, the original conditions and requirements set out in the tender conditions of 03.11.2023 apply, with the adjustments set out below.

...

Appendix 1

- Annex 2 – Schedule of price

Offer on the annex 2 is: 1.842.764 EUR in total.

Could you adjust your offered price to not exceeding 1.688.000 EUR in total.”

Af meddelelsen til MR Solutions/MR Solutions Group fremgår, foruden samme oplysninger om overgang til udbud med forhandling, følgende:

”Appendix 1

- Could you accept the payment terms according to the draft contract in section 13? And not according to your quote; PET/MR system: 40% with order, 50% on shipment, 10% on installation and acceptance, payable immediately.”

Fristen for tilbudsgiverne til at afgive reviderede tilbud var den 14. december 2023.

Det er oplyst, at SDU efter fremsendelse af brevene om overgangen til udbud med forhandling havde korrespondance med begge tilbudsgivere om, at det ikke var nødvendigt at fremsende nyt tilbudsmateriale, men at tilbudsgiverne alene skulle bekræfte, at de frafaldt deres forbehold i tilbuddene.

MR Solutions/MR Solutions Group sendte den 6. december 2023 bekræftelse på, at forbeholdene for betalingsvilkår blev frafaldet, og den 8. december 2023 sendte Bruker Nordic bekræftelse på, at virksomheden frafaldt sit forbehold.

Den 12. december 2023 sendte SDU tildelingsbeslutning til Nordic Bruker og MR Solutions Group, hvoraf det fremgår, at SDU havde til hensigt at tildele kontrakten til MR Solutions Group.

Nordic Bruker henvendte sig til SDU den 14. december 2023 bl.a. med oplysning om, at MR Solutions efter Nordic Brukers opfattelse ikke opfyldte kravet til økonomisk og finansiell formåen, da MR Solutions ikke havde positiv egenkapital for de seneste to regnskabsår.

På baggrund af Bruker Nordics henvendelse gennemgik SDU det fremsendte årsregnskab. Gennemgangen viste, at der ikke var overensstemmelse mellem det selskabsnummer, der fremgik af årsregnskabet, og det selskabsnummer, som fremgik af tilbuddet. SDU rettede henvendelse til Fabrice Chaumard med henblik på en afklaring. Af korrespondancen mellem SDU og Fabrice Chaumard fremgår bl.a.:

”Fabrice Chaumard 18-12-2023 11:56:41 (UTC)

Dear [REDACTED],

We have been registered an Mercell for many years. MR SOLUTIONS GROUP 0933475 is the trading company. MR Solutions Ltd 9717382 is not used for tenders anymore. Unfortunately, Mercell doesn't allow us to edit the company number. Please see the attached screenshot as proof. For your information we have won many tenders using Mercell: e.g.' and this company's number has never been an issue for them as it is the same company.

Kind Regards Fabrice

...

[REDACTED] 12/18/2023 12:51:56 PM (UTC)

Dear Fabrice

We are sorry to hear about your registration problems on Mercell portal. But unfortunately, we cannot proceed until you either:

- Submit the financial figures regarding positive equity for business number 9717382, or
 - Confirm that company registration number 9717382 relies on the capacity of business number 0933457, and this business number must submit a separate ESPD containing the required information regarding references and financial figures. Furthermore the supporting entity must sign a declaration of support.
- ...”

SDU udarbejdede et notat vedrørende de juridiske overvejelser i forbindelse med korrespondancen med Fabrice Chaumard. Af notatet af 21. december 2023 fremgår bl.a.:

”Fakta:

Tilbudsfrist på Simultaneous Preclinical PET+7 Tesla MR system var d. 4 december 2023 kl. 12:00.

Tilbudsgiver MR Solutions Group og Bruker Nordic AB indgav begge rettidigt tilbud, og MR Solutions Group blev vurderet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Bruker Nordic AB henvendte sig til ordregiver d. 14. december 2023 vedrørende MR Solutions Group, MR Solutions Limited og MRS Magnetics Limited ikke opfyldte minimumskravene til egnethed.

På baggrund af Bruker Nordic AB's henvendelse foretog ordregiver en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet, jf. udbudsloven § 159, stk. 3. Ordregiver blev herefter opmærksom på, at MR Solutions Group havde fremsendt årsrapport for deres søsterselskab MR Solutions Group Limited.

Problem:

Tilbudsgiver har i ESPD'et svaret nej til at basere sig på støttende enheder på trods af, at tilbudsgiver baserede opfyldelsen af egnethedskravet til økonomisk og finansiel formåen på sit søsterselskab MR Solutions Group Limited. Dette blev bekræftet af tilbudsgivers mail af d. 18. december 2023 på ordregivers anmodning om at redegøre for de fremsendte tal vedr. egenkapital. Konklusionen herpå er, at ordregiver mangler et udfyldt ESPD fra den støttende enhed. Dette vil sige, at ordregiver på tidspunktet for tildelingsbeslutningen ikke var i besiddelse af den nødvendige dokumentation vedr. egnethedskravene. Ordregiver havde derfor begået en fejl ved den oprindelige vurdering af tilbuddene.

Vurdering:

Af bestemmelsen i § 159, stk. 5 fremgår følgende:

Ordregiveren kan under overholdelse af principperne i § 2 anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, som ansøgere eller tilbudsgivere har indsendt i forbindelse med en ansøgning eller tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter. Anmodningen må ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud.

Først og fremmest bemærkes det, at ordregiver som udgangspunkt har ret og ikke pligt til at reparere på manglen. Da ordregiver er interesseret i så meget konkurrence som muligt, ønsker ordregiver i dette udbud at benytte sig af denne ret, såfremt det er muligt.

Derudover følger det af bemærkningerne til bestemmelsen, at ESPD'et er et foreløbigt bevis for den efterspurgte dokumentation, hvormed efterfølgende fremsendelse af ESPD ikke giver tilbudsgiver en tidsmæssig fordel, at det som udgangspunkt ikke er en væsentlig byrde for tilbudsgiver at udarbejde et ESPD, hvormed ordregiver efter tilbudsfristens udløb kan anmode tilbudsgiver om at fremsende ESPD'et uden, at ligebehandlingsprincippet tilsidesættes, og at ordregiver ikke er begrænset i anvendelsen af stk. 5, så længe ordregiver ikke har anført, at manglende aflevering af et dokument (såsom ESPD) medfører afvisning.

Det bemærkes yderligere, at indsendelse af det manglende ESPD ikke fører til, at tilbudsgiveren fremsætter et nyt tilbud.

Med udgangspunkt i bemærkningerne til § 159, stk. 5 og fordi ordregiver ikke i udbudsbetingelserne punkt 3.1.3 har anført, at manglende indsendelse af den støttende enheds ESPD vil medføre afvisning, vurderes det, at ordregiver kan anmode tilbudsgiveren om at eftersende det manglende ESPD fra den støttende enhed i overensstemmelse med § 159, stk. 5.

Det følger af bestemmelsen i § 170, stk. 1, at en ordregiver kan tilbagekalde en tildelingsbeslutning og genoptage tilbudsevalueringen, når der er begået fejl ved den oprindelige vurdering af tilbuddene. Det er en betingelse for at kunne tilbagekalde en tildelingsbeslutning, at kontrakten endnu ikke er indgået og den fastsatte vedståelsesperiode ikke er udløbet.

Når ordregiver har konstateret, at der er begået fejl ved tilbudsevalueringen, og at hverken vedståelsesperioden er udløbet, eller kontrakten er indgået, kan ordregiver genoptage tilbudsvurderingen, jf. § 170, stk. 2. Den nye tildelingsbeslutning skal træffes på grundlag af en fornyet vurdering af de samme tilbud, som lå til grund for den oprindelige tildelingsbeslutning. I den forbindelse har ordregiver ikke pligt til at underrette tilbudsgiverne om tilbagekaldelsen, inden vurderingen af tilbuddene genoptages. På denne måde behøver ordregiver kun at underrette tilbudsgiverne én gang, nemlig efter at der er foretaget en fornyet tildeling, og den rigtige vinder af udbuddet kan tildeles kontrakten.

Med udgangspunkt i bestemmelsen til § 170, stk. 1 og 2, vurderes det, at ordregiver kan tilbagekalde den oprindelige tildelingsbeslutning og genoptage evalueringen af de indkomne tilbud på baggrund af den manglende dokumentation vedrørende minimumskravet til økonomisk og finansiel formåen i ESPD'et.”

Den 19. december 2023 tilbagekaldte SDU tildelingsbeslutningen af 12. december 2023 med henvisning til udbudslovens § 170, stk. 1, da SDU var blevet opmærksom på fejl ved tildelingen. SDU oplyste samtidig, at SDU ville foretage en ny tildeling.

Den 20. december 2023 modtog SDU fra MR Solutions den efterspurgte dokumentation, herunder støtteerklæring af 18. december 2023, udfyldt ESPD af 20. december 2023 fra MR Solutions Group og dokumentation i form af årsregnskab for MR Solutions Group. Samme dag sendte SDU en fornyet tildelingsbeslutning, hvoraf fremgår, at SDU havde til hensigt at indgå kontrakt med ”MR Solutions Group”. Der er ikke anført selskabsnummer i meddelelsen.

Den 5. januar 2024 indgik SDU kontrakt, hvoraf følgende bl.a. fremgår:

”

Between:
The University of Southern Denmark
CBR No.: 29283958
Campusvej 55
DK-5230 Odense M
(hereafter referred to as ‘the Customer’)

And:
MR SOLUTIONS GROUP
CBR No.: 9717382
Ashbourne House, The Guildway, Old Portsmouth Road
GU31LR Guildford
(hereinafter referred to as ‘the Supplier’)

...”

Det er således ikke i kontrakten overensstemmelse mellem selskabets navn og selskabsnummer.

Den 9. februar 2024 offentliggjorde SDU en bekendtgørelse om indgåede kontrakter. I bekendtgørelsen står bl.a. følgende:

”Winner:

Official name: MR SOLUTIONS GROUP, MR SOLUTIONS GROUP

Tender:

Tender identifier: 673099-2023

...

Official name: MR SOLUTIONS GROUP

Registration number: 9717382

Postal address: Ashbourne House, The Guildway, Old Portsmouth Road
Town: Guildford
Postcode: GU31LR
Country: United Kingdom
...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Bruker Nordic har gjort gældende, at MR Solutions ikke kunne deltage i SDU's udbud med forhandling, da der ikke blev offentliggjort en udbudsbekendtgørelse, jf. udbudslovens § 61, stk. 4, fordi MR Solutions ikke havde en positiv egenkapital i 2022 og derfor ikke opfyldte de opstillede egnethedskrav for udbuddet i relation til økonomisk og finansiel formåen.

SDU burde og kunne have konstateret, at MR Solutions ikke opfyldte minimumskravet om en positiv egenkapital i de seneste to regnskabsår, hvorfor MR Solutions ikke kunne deltage i udbuddet med forhandling.

MR Solutions har i sit tilbud svaret nej til, at virksomheden baserede sig på andre enheders kapacitet for at opfylde udvælgelseskriterierne, og tilbuddet indeholdt heller ikke ESPD, konsortie- eller støtteerklæring fra andre virksomheder. SDU kunne derfor ikke lade MR Solutions Group blive tilføjet som støttevirksomhed efter tilbudsfristens udløb, da dette ville medføre, at MR Solutions afgav et nyt tilbud i strid med udbudslovens § 159, stk. 5, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 23. marts 2022, Iveco Danmark A/S mod Fælles Affaldsindsamling A/S, og EU-Domstolens dom i sag C-387/14, Esaprojekt.

SDU havde derfor heller ikke mulighed for at lade MR Solutions Group indgå som støtteenhed til MR Solutions efter tilbudsfristens udløb, jf. også EU-Domstolens dom i sag C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S. Det følger af dommens præmis 40, at en ordregivende myndighed ikke kan anmode om manglende dokumenter eller oplysninger, som var krævet i udbudsmaterialet, hvorfor SDU ikke kunne anmode MR Solutions om at eftersende ESPD og en støtteerklæring fra MR Solutions Group, når det fremgår af afsnit 3.1.3 og afsnit 4.8 i udbudsbetingelserne, at ESPD og støtteerklæring fra støtteenheder skulle afgives som en del af tilbuddet.

Det følger også af udbudslovens § 147, stk. 4, at en ordregiver ikke kan acceptere, at en sammenslutning udvides med yderligere deltagere efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb. Uanset at tilbuddet fra MR Solutions ikke er afgivet af en sammenslutning, viser bestemmelsen, at SDU ikke kunne acceptere, at MR Solutions baserede sig på yderligere enheder som MR Solutions Group efter udløbet af tilbudsfristen.

SDU var derfor også forpligtet til at udelukke MR Solutions fra videre deltagelse i udbuddet med forhandling, når SDU kunne konstatere, at MR Solutions ikke kunne opfylde SDU's minimumskrav om en positiv egenkapital i de to seneste regnskabsår.

SDU begik en fejl ved ikke at konstatere, at tilbuddet var afgivet af MR Solutions med selskabsnummer 9717382, mens det modtagne årsregnskab vedrører MR Solutions Group med selskabsnummer 9334475. SDU havde således tilstrækkeligt grundlag for at konstatere, at årsregnskabet ikke vedrørte det selskab, som havde afgivet tilbuddet, herunder da selskabsnummeret fremgår både af årsregnskabets forside og den efterfølgende side.

Der var derfor ikke tale om en undskyldelig fejl, som ligger uden for SDU's undersøgelsespligt i forbindelse med overgangen til et udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. udbudslovens § 61, stk. 4, idet SDU skal sikre, at proceduren omfatter alle de tilbudsgivere, og kun dem, der under det forudgående offentlige eller begrænsede udbud har afgivet tilbud i overensstemmelse med udbudsprocedurens formelle krav, samt opfylder kravene i § 159, stk. 2, 2. pkt., nr. 1-3.

Det følger af udbudslovens § 159, stk. 2, 2. pkt., nr. 2, at SDU skal have verificeret på grundlag af det fælles europæiske udbudsdokument, jf. §§ 148-151, dokumentation indhentet i medfør af § 152, stk. 1, og e-Certis, jf. § 152, stk. 3, at tilbuddet er afgivet af en tilbudsgiver, der opfylder de minimumskrav til egnethed, som SDU har fastsat i henhold til §§ 140-143.

SDU var således forpligtet til at reagere, da SDU konstaterede uoverensstemmelsen mellem oplysningerne i tilbuddet og årsregnskabet efter Bruker Nordics henvendelse af 14. december 2023.

SDU har ikke henvist til, at SDU gennemførte et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, jf. udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 2, men har derimod angivet i brevet af 6. december 2023, at udbuddet med forhandling gennemføres i henhold til udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, og § 61, stk. 4.

Udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 2, kunne ikke finde anvendelse, da SDU ikke kun har modtaget tilbud, der er irrelevante i forhold til kontrakten. Af lovbetænkningerne til bestemmelsen fremgår det, at der sondres mellem, hvornår et tilbud og en ansøgning kan anses for irrelevant, og når en ordregiver har modtaget tilbud, skal det være åbenbart, at tilbuddet ikke kan opfylde ordregiverens behov som angivet i udbudsmaterialet uden omfattende ændringer heraf.

Hverken tilbuddet fra MR Solutions eller Bruker Nordic var irrelevante, idet SDU kun anmodede MR Solutions om at frafalde et forbehold vedrørende betalingsvilkår og Bruker Nordic om at frafalde forbehold vedrørende tilbudsprisen og leveringstiden. Tilbuddene kunne således accepteres med få justeringer og uden omfattende ændringer af udbudsmaterialet.

Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, jf. udbudslovens § 80, kan kun anvendes under helt ekstraordinære omstændigheder, hvorfor bestemmelsens anvendelsesområde skal fortolkes restriktivt, og hvorfor et tilbuds manglende opfyldelse af enkelte krav i udbudsmaterialet ikke kan føre til, at tilbuddet kan anses for irrelevant, jf. udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 2.

Et tilbuds manglende opfyldelse af kravene i udbudsmaterialet medfører derimod, at tilbuddet kan anses for et ikkeforskriftsmæssigt tilbud, jf. udbudslovens § 61, stk. 2, nr. 1.

SDU har gjort gældende, at SDU har kunnet anse MR Solutions for egnet i forbindelse med det gennemførte offentlige udbud, og at SDU dermed også har været berettiget til lade MR Solutions deltage i udbuddet med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse.

SDU's indhentelse af oplysninger om de eksplicite nøgletal vedrørende egenkapital hos MR Solutions har ligget inden for rammerne af udbudslovens § 159, stk. 5, da egenkapitalen vedrørte historiske regnskabsoplysninger, som

det objektivt set kunne kontrolleres forelå på tidspunktet for afgivelse af tilbud. Der er således ikke tale om, at MR Solutions fik mulighed for at afgive et nyt tilbud. Der var heller ikke tale om, at SDU i udbudsmaterialet havde afskåret muligheden for at indhente supplerende oplysninger eller dokumentation hos tilbudsgiverne, jf. udbudslovens § 159, stk. 6.

SDU burde ikke på baggrund af det indkomne tilbud fra MR Solutions have konstateret, at selskabet ikke opfyldte minimumskravet vedrørende egenkapital. SDU havde ikke grundlag for at registrere, at årsregnskabet og nøgletallene, der var angivet i meddelelsen i Merzell, ikke vedrørte det selskab, der havde afgivet tilbuddet – MR Solutions – men derimod det koncernforbundne selskab MR Solutions Group. Det var således MR Solutions der begik en fejl ved at afgive uoverensstemmende oplysninger til SDU i forbindelse med tilbudsafgivningen.

Ved en minutiøs gennemgang af det fremsendte årsregnskab kunne det være registreret, at der var angivet et selskabsnummer, der ikke svarede til det selskabsnummer, der var angivet i tilbuddet. SDU registrerede imidlertid ikke denne uoverensstemmelse, og det kan henses til sammenfaldet mellem selskabsnavnene i tilbuddet og i årsregnskabet heller ikke have ligget inden for SDU's undersøgelsespligt at registrere denne uoverensstemmelse i forbindelse med modtagelsen og gennemgangen af årsregnskabet.

SDU var derfor berettiget til at anse MR Solutions for egnet ved det offentlige udbud, og kunne derfor lade MR Solutions deltage i det efterfølgende udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, da det stod klart for SDU, at begge de afgivne tilbud ved det offentlige udbud indeholdt forbehold over for minimumskrav og grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Det var først, da Bruker Nordic den 14. december 2023 rettede henvendelse til SDU og fremhævede en række forhold vedrørende de forskellige selskaber, herunder at MR Solutions havde haft negativ egenkapital i seneste regnskabsår, at der for SDU opstod tvivl om, hvorvidt MR Solutions' egnethed var blevet dokumenteret af selskabet på et korrekt grundlag.

SDU rettede herefter henvendelse til MR Solutions, der oplyste, at det havde været hensigten, at MR Solutions Group skulle være tilbudsgiver ved udbuddet, og at det alene var en teknisk udfordring i Merzell, der var årsagen til, at det var selskabsnummeret for MR Solutions, der var angivet i ESPD'et.

På baggrund af juridiske overvejelser valgte SDU herefter at give MR Solutions mulighed for at rette op på de konstaterede uoverensstemmelser ved enten at fremsende dokumentation for positiv egenkapital i MR Solutions i de to seneste regnskabsår eller ved at fremsende støtteerklæring og ESPD for MR Solutions Group, således at egenkapitalen for dette selskab kunne indgå ved vurderingen af, om MR Solutions opfyldte minimumskravet vedrørende egenkapital.

MR Solutions fremsendte herefter støtteerklæring og ESPD for MR Solutions Group, som SDU efterfølgende lagde til grund for vurderingen af, at MR Solutions fortsat måtte anses for at opfylde egnethedskravene ved udbuddet, hvilket har ligget inden for rammerne af udbudslovens § 159, stk. 5.

MR Solutions' fremsendelse af støtteerklæring og ESPD for MR Solutions Group i forbindelse med udbuddet med forhandling kan derfor ikke betragtes som om, at der er afgivet et "nyt tilbud" i forhold til det tilbud, der blev afgivet ved det offentlige udbud, jf. også udbudslovens § 144, stk. 5.

SDU har desuden ikke forsømt sine forpligtelser i forhold til at foretage verifikation, jf. udbudslovens § 159, stk. 2, ligesom SDU var i god tro om det forhold, at MR Solutions opfyldte egnethedskravet vedrørende egenkapital ved udbuddet og dermed lovligt kunne deltage i det senere udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse.

Der har under alle omstændigheder og uafhængigt af udbudslovens § 61, stk. 4, været hjemmel til at gennemføre udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse med deltagelse af MR Solutions. Det følger af udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 2, at en ordregivende myndighed kan gennemføre udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, når der kun er modtaget tilbud, der er irrelevante i forhold til kontrakten, hvilket der netop har været tale om ved det konkrete udbud, hvis det lægges til grund, at MR Solutions var at betragte som uegnet ved det offentlige udbud.

Det følger af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, litra a, at en tilbudsgivers manglende opfyldelse af udvælgelseskriterierne ved et udbud er et af de tilfælde, der omfattes af bestemmelsen.

Ligeledes er det fastslået af såvel EU-domstolen i sag C-376/21 og af klagenævnet i kendelse af 20. november 2023, ABB A/S mod Udviklingselskabet By og Havn I/S, at bestemmelsen omfatter den situation, hvor der er modtaget tilbud, der overstiger den ordregivende myndigheds budget som fastlagt forud for udbuddets igangsættelse.

På tilsvarende måde som ved et begrænset udbud er der tale om et irrelevant tilbud, hvis det er afgivet af en tilbudsgiver, der ikke opfylder egnethedskravene ved udbuddet. At det i lovforarbejdernes specielle bemærkninger til udbudslovens § 80 er fremhævet, at en ansøgning om deltagelse afgivet af en ansøger, der ikke opfylder minimumskravene til egnethed, gør ansøgningen irrelevant, kan ikke føre til den konklusion, at det kun er ved tofasede udbud, at manglende opfyldelse af egnethedskrav er relevant i forhold til muligheden for at gennemføre udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse.

Det har ikke betydning, om der er henvist til den korrekte hjemmelsbestemmelse. Der følger ikke af udbudsloven et krav om, at en ordregiver, der vurderer, at det er muligt at gennemføre udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, skal fremhæve det eksplicitte hjemmelsgrundlag. En sådan forpligtelse følger i øvrigt heller ikke ved et traditionelt udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse.

SDU havde ikke mulighed for at tildele den udbudte kontrakt på baggrund af tilbuddene ved det offentlige udbud, idet tilbuddene – udover elementet vedrørende MR Solutions' egnethed – indeholdt forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet vedrørende priser og betalingsvilkår. Det ville således have udgjort en overtrædelse af forhandlingsforbuddet, hvis SDU inden for rammerne af det offentlige udbud havde igangsat en dialog med tilbudsgiverne omkring de forbehold, der indgik i tilbuddene.

Ad påstand 2

Parternes anbringender ad påstand 2 er udeladt.

Ad påstand 3

Bruker Nordic har gjort gældende, at SDU's beslutning om at tildele kontrakten til MR Solutions har haft direkte betydning for konkurrencens udfald til skade for Bruker Nordic, hvilket udgør en grov overtrædelse af udbudsreglerne.

Bruker Nordic afgav det eneste andet tilbud og skulle derfor have haft kontrakten, idet tilbuddet fra MR Solutions skulle være afvist.

Bruker Nordic gjorde SDU opmærksom på MR Solutions manglende opfyldelse af minimumskravet til egnethed, og SDU har i den forbindelse handlet i strid med udbudsreglerne ved at lade MR Solutions fremsætte et nyt tilbud med anvendelse af støttevirksomheden MR Solutions Group.

MR Solutions har ikke baseret sin økonomiske og finansielle formåen på MR Solutions Group, idet MR Solutions har svaret nej ved deltagelse sammen med andre og til, at virksomheden baserede sig på andre enheders kapacitet til opfyldelse af udvælgelseskriterierne. Tilbuddet indeholdt heller ikke ESPD eller konsortie- eller støtteerklæring fra andre selskaber, hvilket var et krav i henhold til udbudsbetingelsernes afsnit 3.1.3 og afsnit 4.8.

Af støtteerklæringen fremgår det også, at tilbuddet er afgivet af MR Solutions med selskabsnummer 9717382, og at MR Solutions har baseret sin økonomiske og finansielle formåen samt tekniske og faglige formåen på støttevirksomheden MR Solutions Group med selskabsnummer 933475.

SDU har således været opmærksom på, at MR Solutions ikke selv levede op til kravene i udbudsmaterialet forud for tildelingsbeslutningen den 20. december 2023.

SDU har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere SDU's beslutning om at tildele kontrakten til MR Solutions, jf. det ad påstand 1 og 2 anførte.

Uanset om Bruker Nordic måtte få medhold i påstand 1, kan det ikke føre til annullation af tildelingsbeslutningen. SDU havde desuagtet hjemmel på andet grundlag til at overgå til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse, jf. udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 2.

Ad påstand 4

Bruker Nordic har gjort gældende, at SDU i strid med udbudsloven har indgået kontrakten med MR Solutions uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og at kontrakten derfor skal erklæres for uden virkning.

Der foreligger ikke sådanne væsentlige hensyn til almenhedens interesser, der gør det nødvendigt, at kontrakten fortsat skal have virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 3.

Der er heller ikke tale om, at SDU skulle have fejlvurderet, om der i forbindelse med det forudgående offentlige udbud var modtaget ikkeforskriftsmæssige tilbud, og om SDU kunne anvende udbud med forhandling, jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, hvorfor det adskiller sig fra situationen i klagenævnets kendelse af 16. maj 2024, Nuuday A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

Klagenævnet opstiller i kendelsen to betingelser for, at en kontrakt, der er indgået efter et udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, jf. stk. 4, ikke skal erklæres for uden virkning, og SDU har ikke opfyldt begge betingelser.

SDU har ikke opfyldt betingelserne i udbudslovens § 61, stk. 4, idet SDU ændrede i feltet af tilbudsgivere ved at acceptere, at MR Solutions baserede sig på MR Solutions Group. SDU var derfor forpligtet til at offentliggøre en ny udbudsbekendtgørelse i forbindelse med udbuddet med forhandling.

SDU offentliggjorde heller ikke en bekendtgørelse om indgåede kontrakter i forbindelse med overgangen til udbud med forhandling, hvorfor potentielle tilbudsgivere ikke blev gjort opmærksomme på, at der kun var modtaget ikkeforskriftsmæssige tilbud i forbindelse med det forudgående offentlige udbud, og at SDU derfor ville gennemføre et udbud med forhandling.

Bruker Nordic rettede endvidere henvendelse til SDU den 14. december 2023, og SDU var derfor opmærksom på, at MR Solutions ikke selv opfyldte minimumskravet til økonomisk og finansiel formåen, idet SDU henvendte sig til MR Solutions den 18. december 2023.

Hvis SDU mente, at indgåelsen af en kontrakt med MR Solutions, som baserede sig på MR Solutions Group, var tilladt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, så havde SDU også mulighed for at sikre, at kontrakten ikke kunne erklæres for uden virkning, jf. § 4 i lov om Klagenævnet for Udbud, hvilket SDU ikke har gjort.

Sanktionen om ”uden virkning” i § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud skal finde anvendelse, når SDU var eller burde være opmærksom på, at en kontrakt med MR Solutions ikke kunne indgås uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

SDU har gjort gældende, at SDU var berettiget til at gennemføre et udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse med deltagelse af MR Solutions og Bruker Nordic i henhold til udbudslovens § 61, stk. 4.

For det tilfælde at det konkluderes, at SDU ikke havde hjemmel til at gennemføre forhandlingsproceduren med hjemmel i udbudslovens § 61, stk. 4, fordi MR Solutions var at betragte som uegnet i forbindelse med det offentlige udbud, havde SDU hjemmel til at gennemføre forhandlingsproceduren uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse med hjemmel i udbudslovens § 80, stk. 1, nr. 2, idet der i så fald ved det offentlige udbud kun var afgivet tilbud, der var irrelevante i forhold til kontrakten. Desuden blev der ikke foretaget ændringer af grundlæggende elementer i det oprindelige udbudsmateriale i forbindelse med overgangen til udbud med forhandling.

Der er således ikke grundlag for at erklære kontrakten for uden virkning.

Selv hvis SDU ikke var berettiget til at gennemføre et udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, hvor MR Solutions deltog, kan dette ikke bevirke, at kontrakten skal erklæres for uden virkning.

Klagenævnet har i kendelse af 16. maj 2024, Nuuday A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, fastslået, at der ikke er grundlag for at erklære en kontrakt for uden virkning i en situation, hvor den ordregivende myndighed har fejlvurderet muligheden for at kunne gennemføre udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse i forlængelse af et begrænset udbud, jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, jf. stk. 4.

Det afgørende hensyn i forhold til, at en kontrakt ikke skal erklæres for uden virkning i disse situationer, er, at der i disse tilfælde har været offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i forbindelse med det forudgående offentlige eller begrænsede udbud, hvilket har gjort det muligt for potentielle tilbudsgivere i markedet at komme i betragtning til kontrakten. Der foreligger således en anden situation end i de tilfælde, hvor en ordregivende myndighed uden forudgående offentliggørelse og transparens indgår en kontrakt med en leverandør, som den ordregivende myndighed eksempelvis anser for at være den eneste, der kan opfylde myndighedens behov.

Der er ingen hensyn, der taler for, at der skulle være forskel på den situation, hvor en ordregivende myndighed har fejlvurderet grundlaget for at kunne overgå til udbud med forhandling, fordi myndigheden fejlagtigt har lagt til grund, at alle tilbud er ikke-forskriftsmæssige, og den situation, hvor en ordregivende myndighed har fejlvurderet grundlaget for at lade en konkret virksomhed deltage i det efterfølgende udbud med forhandling, idet myndigheden fejlagtigt har lagt til grund, at den pågældende virksomhed opfyldte egnethedskravene ved udbuddet.

SDU har ved at offentliggøre udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 213-673099 den 6. november 2023, skabt transparens om kontrakten. Der foreligger således ikke en direkte tildeling i kontroldirektivets forstand, og der er ikke grundlag for at erklære kontrakten for uden virkning, selv om klagenævnet måtte nå frem til, at SDU ikke kunne lade MR Solutions deltage i det udbud med forhandling, der fulgte i forlængelse af det offentlige udbud, jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, jf. stk. 4.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

Klagenævnet lægger det som ubestridt til grund, at SDU tildelte og indgik kontrakt med selskabet MR Solutions, selskabsnummer 9717382.

Spørgsmålet er i første række, om SDU var berettiget til at lade MR Solutions indgå i udbuddet med forhandling.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 3, at tilbudsgiverne som minimum skulle have en positiv egenkapital for de seneste to disponible regnskabsår.

Videre fremgår det, at tilbudsgiverne skulle vedlægge et udfyldt ESPD vedrørende *"the qualification requirements, the selection criteria, the exclusion criteria and any sub-suppliers or other supporting businesses"*, og at det er tilbudsgivernes eget ansvar, at ESPD'et er udfyldt med de relevante informationer.

Af det vedhæftede og udfyldte ESPD til tilbuddet fra MR Solutions fremgår selskabsnummer 9717382 med adressen Ashbourne House, The Guildway, Old Portsmouth Road, GU31LR Guildford. Endvidere fremgår det, at tilbudsgiveren ikke baserer sig på andres økonomiske eller faglige formåen. Om økonomisk kapacitet i ESPD'et er det anført, at *"Accounts for September 2021 and June 2022 show a positive Balance Sheet as at the respective periods. Accounts can be supplied upon request"*, og at denne oplysning ikke er offentlig tilgængelig. Der er endvidere krydset af i "nej" til, at MR Solutions baserer sig på andre enheders formåen for at opfylde egnethedskriterierne.

Efter anmodning fra SDU fremsendte MR Solutions to årsregnskaber fra henholdsvis 2021 og 2022. Der var imidlertid ikke tale om MR Solutions årsregnskaber men derimod MR Solutions Groups årsregnskaber.

Efter at SDU af Nordic Bruker blev gjort opmærksom på forskellen mellem MR Solutions og MR Solutions Group, anmodede SDU MR Solutions om enten at fremsende årsregnskab for denne virksomhed eller bekræfte, at MR Solutions baserede sig på MR Solutions Groups økonomiske formåen, og fremsende støtteerklæring og ESPD for MR Solutions Group. Den 20. december 2023 sendte MR Solutions den efterspurgte dokumentation i form af bl.a. en støtteerklæring fra MR Solutions Group.

Fabrice Charmond har anført, at det var hensigten, at MR Solutions Group skulle afgive tilbud, og at det alene beroede på et teknisk forhold i Mercell, at der var anført selskabsnummer for selskabet MR Solutions i ESPD'et.

Af udbudslovens § 159, stk. 5, følger, at en ordregiver under overholdelse af principperne i § 2 kan anmode tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, som ansøgere eller tilbudsgivere har indsendt i forbindelse med en ansøgning eller tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler spe-

cifikke dokumenter. Anmodningen må ikke føre til, at tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Videre fremgår det bl.a. af lovbemærkningerne til bestemmelsen, at det beror på en konkret vurdering, om de nye oplysninger medfører, at tilbudsgiver har fremsat et nyt tilbud. Hvis det objektivt kan konstateres, at de relevante oplysninger forelå på tidspunktet for tilbudsfristens udløb, kan ordregiver eksempelvis anmode tilbudsgiver om at indsende de manglende oplysninger.

Det følger således af § 159, stk. 5, at ordregiveren har ret – men ikke pligt – til at indhente supplerende oplysninger, hvis der er indgivet et mangelfuldt eller fejlbehæftet tilbud, medmindre der er tale om åbenlyse fejl, der er nemme at berigtige.

MR Solutions har i ESPD'et udtrykkeligt oplyst, at virksomheden ikke baserer sig på andre enheders formåen. Der er heller ikke vedlagt en støtteerklæring eller et udfyldt ESPD fra en støttende enhed, hvilket er et krav, jf. udbudsbetingelserne pkt. 3.

Ved at have givet MR Solutions mulighed for efter tilbudsfristen at basere sig på en anden virksomheds økonomiske formåen og fremsende støtteerklæring og ESPD for denne virksomhed, har SDU tilladt, at MR Solutions har fremsendt et nyt tilbud. SDU har herved overtrådt udbudslovens § 2 og § 159, stk. 5.

I henhold til udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, kan en ordregiver overgå til udbud med forhandling, når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun afgives ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud. I henhold til § 61, stk. 4, kan ordregiveren i sådanne tilfælde undlade at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, når proceduren omfatter alle de tilbudsgivere, og kun dem, der under det forudgående offentlige eller begrænsede udbud har afgivet tilbud i overensstemmelse med udbudsprocedurens formelle krav og opfylder kravene i udbudslovens § 159, stk. 2, 2. pkt., nr. 1-3. Herefter er det bl.a. et krav, at ordregiveren har verificeret, at tilbudsgiveren opfylder de minimumskrav til egnethed, som ordregiveren har fastsat i henhold til udbudslovens §§ 140-143. Idet MR Solutions som anført ikke opfyldte de fastsatte krav, har SDU ikke været berettiget til at lade MR Solutions indgå i udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. udbudslovens § 61, stk. 4.

Påstand 1 tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Klagenævnet kan efter lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2, afgøre en sag helt eller delvis. Under hensyntagen til det, der er anført ad påstand 1, 3 og 4, tager klagenævnet ikke stilling til påstand 2.

Ad påstand 3

Efter det, som er anført ad påstand 1, tager klagenævnet påstanden om annullation til følge.

Ad påstand 4

Den 5. januar 2024 har SDU indgået kontrakt med MR Solutions.

Det fremgår af § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, at en kontrakt, der er omfattet af udbudslovens afsnit II eller III eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal erklæres for uden virkning, hvis en ordregiver i strid med udbudsloven eller EU-udbudsreglerne har indgået en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Bestemmelsen i § 17, stk. 1, nr. 1, implementerer artikel 2d, stk. 1, litra a, i direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (kontroldirektivet).

Artikel 2d, stk. 1, litra a, i kontroldirektivet har følgende ordlyd:

”Medlemsstaterne påser, at en klageinstans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, betragter en kontrakt som værende uden virkning, eller at en klageinstans beslutter, at den er uden virkning i hvert af følgende tilfælde:

a) hvis den ordregivende myndighed har tildelt en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, selv om dette ikke er tilladt i henhold til direktiv 2004/18/EF.”

Af præamblen til kontroldirektivet fremgår:

”...

(13) For at modvirke ulovlig indgåelse af direkte tildelte kontrakter, der af Domstolen er blevet betegnet som den alvorligste tilsidesættelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter, som en ordregivende myndighed eller en ordregiver kan begå, bør der indføres sanktioner, der er effektive, står i et rimeligt forhold til overtrædelsen og har afskrækkende virkning. Derfor bør en kontrakt, der bygger på en ulovlig direkte tildeling i princippet betragtes som værende uden virkning. Retsvirkningen »uden virkning« bør ikke indtræde automatisk, men bør fastslås af eller være resultatet af en afgørelse truffet af en uafhængig klageinstans.

(14) Retsvirkningen »uden virkning« er den mest effektive måde at genskabe konkurrencen og til at skabe nye forretningsmuligheder for de økonomiske aktører, der ulovligt er blevet frataget deres mulighed for at konkurrere. Direkte tildelte kontrakter bør i dette direktivs forstand omfatte enhver indgåelse af kontrakter uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, jf. direktiv 2004/18/EF. Dette svarer til procedurer uden forudgående udbud, jf. direktiv 2004/17/EF.

(15) Direkte tildelte kontrakter i dette direktivs forstand kan eventuelt være berettigede i kraft af de særlige situationer, der er nævnt i artikel 10-18 i direktiv 2004/18/EF, i medfør af artikel 31, 61 eller 68 i direktiv 2004/18/EF, tildeling af tjenesteydelseskontrakter i henhold til artikel 21 i direktiv 2004/18/EF eller lovlig tildeling af in-house-kontrakter, som fortolket af Domstolen.”

Artikel 31 i direktiv 2004/18/EF (det tidligere udbudsdirektiv), som der henvises til i præambelbetragtning nr. 15, omhandler ”Tilfælde, der kan begrunde anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse”, mens artikel 30 i direktiv 2004/18/EF, omhandler ”Tilfælde, der kan begrunde anvendelsen af udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse”. Tilfælde omfattet af artikel 30 i det tidligere udbudsdirektiv er således ifølge overskriften til bestemmelsen ikke omfattet af præambelbetragtning nr. 14's beskrivelse af ”direkte tildelte kontrakter”.

Direktiv 2004/18/EF blev ophævet ved direktiv 2014/24/EF, jf. direktivets artikel 91. Ifølge artikel 91, 2. led, jf. bilag XV i direktiv 2014/24/EF, skal henvisninger til den nu ophævede artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/18/EF gælde som henvisninger til artikel 26, stk. 4, i direktiv 2014/24/EF. Artikel

26, stk. 4, litra b, er implementeret ved udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, og § 61, stk. 4.

Udbudslovens § 61 fremgår under kapiteloverskriften ”Udbud med forhandling”, mens udbudslovens § 80, der implementerer artikel 32, stk. 2, litra a, i direktiv 2014/24/EF, tidligere artikel 31, stk. 1, i direktiv 2004/18/EF, som der henvises til i præampelbetragtning nr. 14, fremgår under overskriften ”Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse”.

Som anført af klagenævnet i kendelse af 16. maj 2024, Nuuday A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, taler bestemmelsernes tilblyvelshistorie for, at udbud med forhandling i henhold til udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, jf. stk. 4, hvor der i forbindelse med den indledende udbudsprocedure er offentliggjort en udbudsbekendtgørelse, ikke er en sådan ”direkte tildelt kontrakt” som beskrevet i præampelbetragtning nr. 14 til direktiv 2007/66/EF, og som skal erklæres for uden virkning.

På den baggrund og under hensyn til, at SDU har offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i forbindelse med det forudgående offentlige udbud, som MR Solutions afgav tilbud på baggrund af, finder klagenævnet, at artikel 2d, stk. 1, litra a, i direktiv 2007/66/EF og § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud ikke finder anvendelse i den foreliggende situation, uanset at SDU, som anført under påstand 1, ikke har været berettiget til at lade MR Solutions indgå i udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. udbudslovens § 61, stk. 4.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes

Ad påstand 1

Syddansk Universitet har handlet i strid med udbudslovens § 61, stk. 4, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at anvende udbud med forhandling uden at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, fordi proceduren omfattede MR Solutions, der under det forudgående offentlige udbud ikke opfyldte SDU’s minimumskrav til økonomisk og finansiel formåen.

Ad påstand 2

Klagenævnet træffer ikke afgørelse vedrørende påstand 2.

Ad påstand 3

Syddansk Universitets beslutning af 20. december 2023 om at indgå kontrakt med MR Solutions Ltd., selskabsnummer 9717382, annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 4.

Syddansk Universitet skal i sagsomkostninger til Bruker Nordic AB betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Johann Herzog

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
chefkonsulent