

Klagenævnet for Udbud

(Charlotte Hove Lasthein, Christina Kønig Mejl)

J.nr.: 21/02167

15. juli 2021

K E N D E L S E

Fineman A/S

(advokat Kasper Ingemann Larsen, Hellerup)

mod

Region Hovedstaden

(advokat Henning Biil, København)

Intervenient:

Scheibye General Trading LLC

(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 252-634965 af 23. december 2020 udbød Region Hovedstaden som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II en kontrakt vedrørende levering af 28,9 mio. stk. type IIR masker (mundbind) til levering i perioden den 19. februar 2021 til den 30. april 2021 med option på yderligere 15 mio. stk. masker. Udbuddet gennemføres som led i etablering af et EU-nødlager for katastrofemedicinsk udstyr.

Den 18. februar 2021 indgav Fineman A/S (herefter Fineman) klage til Klagenævnet for Udbud over Region Hovedstaden. Fineman fremsatte anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 23. marts 2021 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

Fineman har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved i tilbudsfasen at foretage ændringer i grundlæggende elementer i udbudsgrundlaget i form af fastsættelse af nye mindstekrav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen.

Påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, samt udbudslovens § 56 ved i tilbudsfasen at foretage ændringer i udbudsgrundlaget i form af fastsættelse nye mindstekrav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen uden samtidig at offentliggøre en ændringsbekendtgørelse i Supplement til Den Europæiske Unions Tidende.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved uden saglig grund at fastsætte differentierede minimumskrav til økonomisk og finansiell formåen for henholdsvis nystartede og etablerede tilbudsgivere.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med udbudslovens § 159, stk. 2, ved at tildele kontrakten til Scheibye General Trading LLC, inden Region Hovedstaden havde verificeret, om Scheibye General Trading LLC levede op til kravene fastsat i udbudsbekendtgørelsen og det øvrige udbudsmateriale, samt verificeret oplysningerne afgivet af Scheibye General Trading LLC i det fælleseuropæiske udbudsdocument.

Påstand 4b

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med udbudslovens § 159, stk. 2, nr. 1), ved den 22. februar 2021 at tildele kontrakten til Scheibye General Trading LLC uden at have verificeret, at Scheibye General Trading LLC ikke var omfattet af den obligatoriske udelukkelsesgrund om gæld til det offentlige på mere end 100.000 kr., jf. udbudslovens § 135, stk. 3.

Påstand 5 og 5b er frafaldet.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal annullere Region Hovedstadens tildelingsbeslutning af 26. februar 2021.

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

Klagenævnet har den 19. februar 2021 meddelt Region Hovedstadens kontraktpart, Scheibye General Trading LLC, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Scheibye General Trading LLC har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 4. marts 2021 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at Scheibye General Trading LLC intervenserer i sagen til støtte for Region Hovedstaden.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbuddet var tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor to kvalitative kriterier ”kvalitet og funktionalitet” og ”forsyningsikkerhed og bæredygtighed” vægtede hver 30%, og pris vægtede 40%.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår bl.a. følgende:

”III.1) **Betingelser for deltagelse**

III.1.2) **Økonomisk og finansiel kapacitet**

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

Gennemsnitlig årsomsætning. Den økonomiske aktørs gennemsnitlige årsomsætning for seneste 3 regnskabsår.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Den økonomiske aktørs gennemsnitlige årsomsætning for seneste 3 regnskabsår: minimum 10 mio. DKK.”

I udbudsbetingelserne står der i pkt. 4.1 om art, omfang og formål:

”...

Region Hovedstaden har i samarbejde med Styrelsen for Forsyningsikkerhed, og med hjemmel i Folketingets aktstykke 45 d. 19. november

2020, fået til opdrag at etablere det EU-nødlager af værnemidler, herunder handsker under rescEU programmet, som Styrelsen for Forsynings-sikkerhed har indgået aftale om med EU-Kommissionen. Formålet hermed er at kunne bistå medlemsstaterne i tilfælde af svigtende forsyninger af værnemidler til de nationale lagre. I henhold til aftalen med EU-Kommissionen skal der ske en hurtig, men gradvis opbygning af EU-nødlageret i Danmark, som skal være fuldt implementeret i april 2021.
 ...”

Den 6. januar 2021 modtog Region Hovedstaden følgende spørgsmål, nr. 128487, til udbuddet:

”Vi er et start up firma, og har derved ikke 10 millioner kr. i omsætning, i de 3 forudgående år - Kan vi derved byde ind?”

Spørgsmålet blev den 7. januar 2021 besvaret som følger:

”Ja. Kravet gælder kun for perioden fra tilbudsgivers etablering til tilbudsfristen, hvorfor omsætningskravet nedsættes proportionalt for ny-startede virksomheder. Eks. En virksomhed, som blev etableret for et halvt år siden skal kun vise halv årlig omsætning (kr. 5 mio.) fra etablering, etc. Alternativt kan man bero sig på anden aktør (for det fulde omsætningskrav). ...

Hvis tilbudsgiveren vinder kontrakten, kan ordregiver inden kontraktindgåelse kræve, at aktøren vinderen beror sig på forpligter sig til at indskyde de nødvendige midler til tilbudsgiver, for at tilbudsgiver kan levere på kontrakten. Et eksempel på en sådan støtteerklæring er uploadet i CTM og bliver i givet fald et bilag til kontrakten.”

Fineman indleverede tilbud inden tilbudsfristen den 26. januar 2021, men tilbuddet blev den 5. februar 2021 afvist, fordi det viste sig, at næsebøjlen i de indsendte vareprøver ikke havde den krævede længde.

Den 8. februar 2021 blev kontrakten tildelt Scheibye General Trading LLC.

Af evalueringsnotat af 8. februar 2021 fremgår, at regionen havde modtaget 35 tilbud, hvoraf tre tilbud var ”fuldt i overensstemmelse med udbudsmaterialet”. Af evalueringsnotatet fremgår endvidere blandt andet:

”Ordregiver har, jf. ESPD del IV, finansiell og økonomisk formåen samt faglig og teknisk formåen krævet, at de bydende skulle fremlægge ESPD

til belysning af mindstekrav til egnethed samt fravær af de obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde, jf. bilag 1.

Ordregiver har ved Strategisk indkøbskonsulent [...] gennemgået de afgivne tilbud og konstateret, at alle tilbudsgivere har udfyldt ESPD, bortset fra Ekkomed, TGLMedical, og United Medical Supply. Mindstekravene til egnethed er ikke opfyldt eller dokumenteret for Reamedix s.r.o. (LLC), SOS Medco og Veltuff, jf. bilag 1, hvilket har ført til afvisning.

Mindstekravene til egnethed ses herefter foreløbigt opfyldt for samtlige øvrige tilbudsgivere.

På baggrund af ESPD er ingen tilbudsgiver udelukket fra deltagelse i udbuddet.

På grund af hensynet til kontraktens rettidige gennemførelse, drifts- og patienthensyn, foretages en tildeling, betinget af at, vinderen fremsender dokumentation for ESPD.

Evalueringsrapporten tilrettes kun efterfølgende, hvis vinderen ikke præsterer dokumentationen.”

Det er oplyst, at tre af tilbudsgiverne var virksomheder, som var etableret for mindre end tre år siden, men da disse virksomheders tilbud blandt andet ikke opfyldte mindstekravene til maskerne, blev tilbuddene erklæret ukonditions-mæssige. Det er videre oplyst, at den virksomhed, som stillede spørgsmål 128487, ikke afgav tilbud.

Den 9. februar 2021 anmodede Fineman om aktindsigt, men fik afslag herpå den 10. februar 2021 under henvisning til, at Finemans masker ikke opfyldte mindstekravet.

Den 11. februar 2021 skrev Region Hovedstaden følgende til Scheibye General Trading LLC:

”Hej [...]

Jeg har vedhæftet tro og love erklæringerne som skal benyttes til at bekræfte opfyldelsen af ESPDen. Og så er det regnskaberne for firmaet i Dubai vi skal have.

Med venlig hilsen”

Det fremgår af en intern mail af 17. februar 2021 i regionen, at der blev videresendt ”A Tro og love erklæring Virksomhedens forhold” og ”B Tro og

love erklæring Bestyrelse Direktion Tilsyn” med teksten ”og endnu en mail til Scheibye”.

Den 17. februar 2021 blev Fineman efter yderligere korrespondance mellem parterne meddelt aktindsigt i visse dokumenter.

Af afgørelsen om aktindsigt fremgår blandt andet:

”Region Hovedstaden har lavet en betinget tildeling og evaluering af indkomne oplysninger vedr. ESPD. De dokumenter vil ikke blive udleveret i denne aktindsigt, da dokumenterne indeholder personfølsomme oplysninger.”

Den 17. februar 2021 sendte AA en mail med emnet ”ESPD” til Region Hovedstaden, hvoraf fremgår:

”Hej [...]

Vedlagt følgende:

- Service attest på vores danske CVR nummer
- Straffe attest, fra Dubai Police, for [AB] og [AA]
- Dubai courts brev på Dubai selskabet, som viser der ikke er nogle sager, dette svare til en dansk service attest.

Den fåes kun på arabisk, så den er oversat af en Legal oversætter.

- 3 års regnskab.

2018 og 2019, er fra vores gamle selskab, som i 2020 flyttede adresse og samtidig ændrede navn og inkluderet General så vi kan sælge alle type produkter. Hvis der er brug for andet dokumentation på dette, så skriv til mig.

Alle tal er i AED, som skal ganges med ca 1.7 AED til DKK.

Er der brug for andet ?

...”

Det er oplyst, at Scheibye General Trading LLC tidligere hed Scheibye Trading Middle East FZC, og at selskabet havde en omsætning på 18.900.000 kr. i gennemsnit de seneste tre år.

Den 22. februar 2021 annullerede Region Hovedstaden sin tildelingsbeslutning af 8. februar 2021 og tildelte på ny kontrakten Scheibye General Trading LLC. Af den nye tildelingsbeslutning fremgår følgende:

”Den 8. februar 2021 udsendte Region Hovedstaden meddelelse om tildelingsbeslutning. På dette tidspunkt havde Region Hovedstaden endnu ikke set dokumentation for, at den vindende tilbudsgiver opfyldte kravene i udbudsbekendtgørelse, udbudsmateriale og ESPD. En tilbudsgiver har anket over dette under henvisning til Udbudslovens § 159. På den baggrund har Region Hovedstaden besluttet at annullere tildelingsbeslutningen af 8. februar 2021.

Region Hovedstaden har nu modtaget og verificeret den nævnte dokumentation og herved konstateret, at den vindende tilbudsgiver opfylder alle de opstillede krav.
...”

Den samme dag modtog Fineman yderligere dokumenter på baggrund af sin aktindsigtsanmodning.

Den 26. februar 2021 annullerede Region Hovedstaden tildelingsbeslutningen af 22. februar 2021 og tildelte samtidig på ny kontrakten til Scheibye General Trading LLC. Af tildelingsbeslutningen af 26. februar 2021 fremgår blandt andet:

”Med beklagelse må Region Hovedstaden endnu en gang annullere den seneste tildelingsbeslutning af 22. februar 2021. Annullationen på samme måde som sidst Region Hovedstadens ønske om at fjerne enhver tvivl om, hvorvidt der foreligger behørigt indhentet og kontrolleret dokumentation fra den vindende tilbudsgiver inden udmelding af tildelingsbeslutningen. Senest har Region Hovedstaden således måttet rekvirere en notarpåtegnet tro og love erklæring vedrørende betalte skatter fra den vindende tilbudsgiver, der er hjemmehørende i UAE.

Region Hovedstaden har nu modtaget og verificeret den nævnte erklæring og herved endeligt konstateret, at den vindende tilbudsgiver opfylder alle de opstillede krav.

Herefter meddeler Region Hovedstaden nedenstående beslutning, som indholdsmæssigt i øvrigt er identisk med den tidligere beslutning på nær standstill fristen, jf. afsnit 4:”

Regionen har oplyst, at regionen efter den 23. marts 2021 indgik kontrakt med Scheibye General Trading LLC.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Fineman har gjort gældende, at der med besvarelsen af spørgsmål 128487 blev fastsat mere lempelige minimumskrav til virksomheder, der på tilbudstidspunktet ikke havde eksisteret i tre år, og der forelå derfor en situation, hvor ”minimumskrav til egnethed vedrørende den økonomiske og finansielle formåen og tekniske og faglige formåen tilføjes, fjernes eller rækkevidden heraf på andre måder ændres”. Fineman har herved henvist til udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 37, og de specielle bemærkninger til udbudslovens § 2.

Fineman har videre anført, at det er uklart, hvad rækkevidden og indholdet egentligt er, når henses til formuleringen af det ændrede krav. Det er således ikke klart, hvilket omsætningskrav der eksempelvis er gældende for en virksomhed, der har eksisteret i 0 måneder eller i 13 måneder.

Svaret på spørgsmål 128487 må forstås sådan, at det også angik, hvilken dokumentation regionen havde til hensigt at acceptere, og det skøn, som en ordregiver har i medfør af udbudslovens § 154, stk. 2, kan ikke erstattes af en regel. En ordregiver er som udgangspunkt forpligtet til at udøve et skøn, hvis tilbudsgiveren af en gyldig grund - fx som en nystartet virksomhed – ikke kan leve op til de fastsatte krav til dokumentationen for økonomisk og finansiell formåen. En ordregiver kan dog også på forhånd angive, hvilke former for dokumentation der kan accepteres, men disse krav skal anføres i udbudsmaterialet eller i udbudsbekendtgørelsen som anført i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af 24. februar 2020 om ”Gennemgang af reglerne om dokumentation”. Det sidste vilkår, som var anført i besvarelsen af spørgsmål 128487, iagttog et legitimt formål, men det forudsatte også, at vilkåret var angivet i udbudsbekendtgørelsen.

Besvarelsen af spørgsmål 128487 ændrede således minimumskravene til egnethed ved udbuddet, og ændringen udgjorde en ændring af grundlæggende elementer, som forudsatte, at udbuddet blev annulleret, og at der blev offentliggjort en ny udbudsbekendtgørelse. Formålet med ændringen var netop at udvide kredsen af tilbudsgivere, og der vil have været tilbudsgivere, som på baggrund af udbudsbekendtgørelsen kan have fravalgt udbuddet, og som reelt ville have haft mulighed for at afgive tilbud, hvis de havde været bekendt med regionens vilkår for nystartede virksomheder. Region Hovedstaden har

derfor handlet i strid med udbudslovens § 2. Det er i øvrigt regionen, som har bevisbyrden for, at udbudslovens § 2 er overholdt.

Fineman har bestridt, at besvarelsen af spørgsmål 128487 er fortolket eller "oversat", da kravet efter ordlyden netop vedrører omsætningskravet. Hvis svaret faktisk angik dokumentation, er svaret uklart og tvetydigt formuleret. Det er afgørende for ligebehandlingen og gennemsigtigheden, at de grundlæggende elementer er defineret klart i udbudsmaterialet og ikke ændres undervejs, jf. bl.a. EU-Domstolens dom i sag C-368/10, præmis 55-56. At det var regionens reelle ønske at sænke kravene til deltagelse illustreres også ved, at der ikke foreligger økonomiske mindstekrav i Region Hovedstadens andet udbud af masker og mundbind.

Ad påstand 2

Fineman har gjort gældende, at regionen ved besvarelsen af spørgsmål 128487 under alle omstændigheder har foretaget en ændring, der har nødvendiggjort offentliggørelse af en ændringsbekendtgørelse, jf. herved de specielle bemærkninger til udbudslovens § 2. Da der var tale om en væsentlig ændring, krævede ændringen en fristforlængelse, jf. udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2, og da der er tale om et offentligt udbud, skulle Region Hovedstaden have offentliggjort en ændringsbekendtgørelse i Supplement til den Europæiske Unions Tidende, hvori de nye krav fremgår og med en forlænget tilbudsfrist. Ved ikke at have indsendt en ændringsbekendtgørelse handlede regionen i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2 og § 56.

Ad påstand 3

Fineman har gjort gældende, at Region Hovedstaden med svaret på spørgsmål 128487 fastsatte differentierede krav til tilbudsgiverne, afhængigt af om tilbudsgiverne var nystartede eller etablerede, og de differentierede krav gik ud over, hvad hensynet til konkurrencen kunne begrunde. En nystartet virksomhed fik med ændringen betydeligt lettere ved at opfylde mindstekravet i forhold til en etableret virksomhed, jf. klagenævnets kendelse af 28. juli 2016, UCPlus A/S mod Esbjerg Kommune. Region Hovedstaden må have fastsat mindstekravet til økonomisk og finansiel formåen ud fra en afvejning af risiko, og der var under alle omstændigheder mulighed for, at virksomheder kunne slå sig sammen og/eller støtte sig på andre enheders formåen. Der

var derfor ikke en saglig grund til, at mindstekravet til økonomisk og finansiel formåen skulle være anderledes for nystartede end for etablerede virksomheder.

Region Hovedstaden har vedrørende påstand 1-3 gjort gældende, at Finemans påstande bygger på en overfortolkning af svaret til spørgsmål 128487, og at svaret skal læses i sammenhæng med udbudslovens § 154. Spørgsmålet går på dokumentationen, når en nystartet virksomhed ikke kan fremlægge tre årsregnskaber. Kravet i svaret skal på den baggrund naturligt læses sådan, at det vedrører den dokumentation, som en nystartet tilbudsgiver skal præstere for at opfylde omsætningskravet. Det er kravet til dokumentationen, som nedsættes proportionelt, og ikke mindstekravet til 10 mio. kr. i gennemsnitlig årlig omsætning. Det er en strid om ord, hvorvidt svaret er udtryk for en lempelse af omsætningskravet eller dokumentationskravet, og det er vanskeligt at få øje på en praktisk forskel i håndteringen af tilbudsgivningen og evalueringen alt efter hvilken fortolkning, der anlægges. Det bestrides, at situationen er sammenlignelig med klagenævnets kendelse af 28. juli 2016, UCPlus mod Esbjerg Kommune. Det forhold, at regionen i svaret har anvendt udtrykket ”omsætningskravet” i stedet for ”dokumentationskravet” har ikke haft en praktisk betydning.

Det har ikke været regionens intention med besvarelsen at fastsætte lempeligere mindstekrav til nystartede virksomheder, men alene at lempe dokumentationskravet, jf. udbudslovens § 154, stk. 2. Dette støttes også af og er begrundelsen for, at Region Hovedstaden ikke annullerede udbuddet med henblik på genudbud eller indrykkede en ændringsbekendtgørelse. Det bestrides, at det fremgår af notatet fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at dokumentationskravet skal fastsættes i udbudsmaterialet, men det kan derimod anføres i udbudsbetingelserne, og også under sådanne omstændigheder vil en tilbudsgiver kunne dokumentere sin formåen ved andre former for dokumentation.

Den sidste del af svaret til spørgsmål 128487 er alene en uddybning af konsekvenserne, hvis en virksomhed afgiver en støtteerklæring i forhold til en tilbudsgiver. Det indebærer heller ikke nogen ændring af udbudsbetingelserne.

Der er således ikke foretaget en ændring af et grundlæggende element, og der er heller ikke tale om en ændring, som nødvendiggjorde en ændringsbekendtgørelse eller fastsatte differentierede minimumskrav.

Det bestrides i øvrigt, at et senere udbud kan tillægges nogen betydning i forhold til denne sag.

Ad påstand 4

Fineman har gjort gældende, at en ordregiver har pligt til at sikre, at den tilbudsgiver, der tildeles kontrakten, har fremlagt den fornødne dokumentation for oplysningerne i ESPD'et, jf. udbudslovens § 151, stk. 1. Dette støttes også af notatet "Gennemgang af reglerne for dokumentation" fra Konkurrence og Forbrugerstyrelsen. Regionen har derfor handlet i strid med reglerne for verificering og dokumentation, jf. § 151, stk. 1, og kontrakten kunne derfor ikke lovligt tildeles, jf. udbudslovens § 159, stk. 2.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at der er rettet op på forholdet, som har formel karakter, og påstanden, som ikke længere er relevant, skal derfor ikke imødekommes.

Ad påstand 4b

Fineman har gjort gældende, at det fremgår af udbudslovens § 153, stk. 3, hvilken form for dokumentation en ordregiver skal acceptere for, at en tilbudsgiver ikke omfattes af en udelukkelsesgrund, og den dokumentation, som Scheibye General Trading LLC har fremlagt, tjener ikke som endelig dokumentation for, at selskabet ikke har ubetalt forfalden gæld på mere end 100.000 kr. til det offentlige. Dokumentationen fra Scheibye General Trading LLC omfatter en kortfattet erklæring fra Dubai Courts, som ikke specifikt adresserer, om der foreligger forfalden gæld til det offentlige, jf. udbudslovens § 135, stk. 3, og det fremgår utvetydigt af de specielle bemærkninger til udbudslovens § 153, stk. 2, at en erklæring afgivet på tro og love af en tilbudsgiver selv ikke udgør tilstrækkelig dokumentation. Egenerklæringen, som Scheibye General Trading LLC har fremlagt, er reelt blot en gentagelse af erklæringen afgivet i ESPD'et, og den har derfor ikke reel betydning.

Da Region Hovedstaden har accepteret dokumentation, som ikke lever op til kravene, har regionen reelt ikke verificeret, om Scheibye General Trading

LLC var omfattet af en udelukkelsesgrund, jf. udbudslovens § 135, stk. 3, og kontrakten kunne derfor ikke lovligt tildeles, jf. udbudslovens § 159, stk. 2.

Region Hovedstaden har gjort gældende, der er rettet op på forholdet, som har formel karakter, og påstanden, som ikke længere er relevant, skal derfor ikke imødekommes.

Ad påstand 6

Fineman har gjort gældende, at de overtrædelser af udbudsreglerne, der følger af påstand 1-4 såvel isoleret som samlet skal bevirke, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Det skal fremhæves, at regionen har repareret og truffet nye tildelingsbeslutninger, hvilket ikke ændrer på, at overtrædelserne er begået. Region Hovedstaden har ikke af egen drift fulgt reglerne for verifikation inden tildelingen, men har alene foretaget dette, fordi Fineman har gjort opmærksom herpå. Denne handlemåde strider mod ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, da det ikke er en forbigået tilbudsgivers opgave at sikre verifikationen. Det underminerer hele ESPD- og dokumentationssystemet, hvis det skulle være Finemans opgave at undersøge, om dokumentationen er verificeret og acceptabel. Regionen har desuden ikke konkret påvist, at ændringen af mindstekravet til omsætningen ikke har haft nogen betydning for udbuddet, herunder navnlig i forhold til andre virksomheder end Fineman og de øvrige virksomheder, som afgav tilbud. Bevisbyrden for at ændringen af mindstekravet ikke har haft betydning for udbuddets potentielle deltagere, påhviler efter fast praksis ordregiveren, og det kan ikke sluttes, at ændringen ikke har haft væsentlighed eller relevans for udbuddets udfald, jf. herved klagenævnets kendelse af 24. juli 2018, Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune og kendelse af 3. april 2020, Kære Pleje Fredericia ApS mod Fredericia Kommune.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at selv hvis der måtte foreligge en overtrædelse af udbudsreglerne som anført i påstand 1-3, er det en betingelse for annullation, at overtrædelserne har haft betydning for, hvem der blev udpeget som vinder af udbuddet, eller at udbudsmaterialet ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildeling. Der var ikke nogen af de tilbudsgivere, som var konditionsmæssige, som var nystartede virksomheder, og forholdene havde derfor ikke betydning for disse tilbud. Den virksomhed, som stillede

spørgsmålet, afgav ikke tilbud. Henset til antallet af tilbud er det vanskeligt at forestille sig, at der herudover skulle være yderligere tilbudsgivere, som har afholdt sig fra at afgive tilbud i fravær af oplysningen om en af de måder, hvorpå regionen ville håndtere dokumentation fra nystartede virksomheder i henhold til udbudslovens § 154, stk. 2.

Da forholdet i påstand 1 ikke har haft indflydelse på antallet af tilbudsgivere eller på tildelingen af kontrakten, savner forholdet den væsentlighed og relevans for udbuddets udfald, der må være forudsætningen for at annullere tildelingsbeslutningen.

Det afvises, at udbudsmaterialet var uegnet til at danne grundlag for tildeling på baggrund af spørgsmålsbesvarelsen og håndteringen af de indkomne tilbud. I vurderingen af annullationsspørgsmålet må i øvrigt indgå den betydelige samfundsmæssige interesse, som knytter sig til gennemførelsen af udbuddet, og en annullation må derfor forudsætte, at der er begået betydelige og tungtvejende overtrædelser af udbudsreglerne.

Regionen har rettet for sig for at undgå en diskussion af de indsigelser, som Fineman har fremsat. Standstill-perioden er netop indført for, at ordregiver kan rette for sig, hvor det lader sig gøre inden for det verserende udbud. Det er hverken hensigtsmæssigt eller i overensstemmelse med klagenævnspraksis, hvis en formel uoverensstemmelse alene kan repareres ved annullation og genudbud.

Klagenævnet udtaler:

I kendelsen af 23. marts 2021 udtalte klagenævnet blandt andet:

Ad påstand 1

”Ad påstand 1

Af udbudsbekendtgørelsens betingelser om økonomisk og finansiell kapacitet fremgik følgende:

”...

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Den økonomiske aktørs gennemsnitlige årsomsætning for seneste 3 regnskabsår: minimum 10 mio. DKK.

...”

Virksomheden, som stillede spørgsmål 128487, spurgte på baggrund af udbudsmaterialet, om virksomheden, som var nystartet, og som derfor ikke havde 10 mio. kr. i omsætning i de tre forudgående år, kunne ”byde ind”.

Regionen svarede følgende:

”Ja. Kravet gælder kun for perioden fra tilbudsgivers etablering til tilbudsfristen, hvorfor omsætningskravet nedsættes proportionalt for nystartede virksomheder. Eks. En virksomhed, som blev etableret for et halvt år siden skal kun vise halv årlig omsætning (kr. 5 mio.) fra etablering, etc. Alternativt kan man bero sig på anden aktør (for det fulde omsætningskrav). ...”

Efter ordlyden af besvarelsen blev omsætningskravet nedsat proportionalt for nystartede virksomheder. Ifølge besvarelsen skulle en virksomhed, som havde været etableret i et halvt år, alene vise en halvårlig omsætning på 5 mio. kr. Alternativt kunne virksomheden bero sig på anden aktør.

Med denne besvarelse finder klagenævnet efter en vurdering af de foreløbigt foreliggende oplysninger, at Region Hovedstaden lempede mindstekrav vedrørende økonomisk og finansiell formåen for tilbudsgivere, som havde været etableret i mindre end 3 år.

Af de specielle bemærkninger til § 2 i lovforslag til udbudsloven, nr. 19 af 7. oktober 2015, fremgår blandt andet:

”Ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet udgør ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

...

Endvidere kan der eksempelvis være tale om ændringer af grundlæggende elementer, hvis minimumskrav til egnethed vedrørende den økonomiske og finansielle formåen og tekniske og faglige formåen tilføjes, fjernes eller rækkevidden heraf på andre måder ændres.

...

Mindstekrav er centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have. Som følge heraf vil ændring af mindstekrav som klart udgangspunkt kunne karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure.”

På denne baggrund finder klagenævnet, at der foreløbigt vurderet er ud-sigt til, at Finemans påstand 1 vil blive taget til følge.”

Da der ikke under den efterfølgende behandling af sagen er fremkommet nye oplysninger, og da de supplerende bemærkninger, som Region Hovedstaden er kommet med, ikke fører til en anden vurdering, tager klagenævnet påstand 1 til følge.

Ad påstand 6

Efter karakteren af den overtrædelse, som er fastslået med påstand 1, og da Region Hovedstaden ikke har godtgjort, at overtrædelsen ikke har haft betydning for, hvilke virksomheder der valgte at afgive tilbud, og dermed for udfaldet af udbuddet, tages påstand 6 til følge. Det forhold, at hverken Fineman eller Scheibye General Trading LLC var nystartede virksomheder, at der blev modtaget 35 tilbud, eller at etableringen af nødlageret er af en ikke ubetydelig samfundsmæssig interesse, kan ikke føre til et andet resultat.

Ad påstand 2, 3, 4 og 4b

Klagenævnet kan behandle en klage helt eller delvist. Herefter og efter det, som er anført ovenfor vedrørende påstand 1 og 6, tager klagenævnet ikke stilling til påstand 2, 3, 4 og 4b, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2.

Sagsomkostninger

Efter udfaldet og sagens forløb og omfang skal Region Hovedstaden betale sagsomkostninger til Fineman som nedenfor bestemt.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Region Hovedstaden har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved i tilbudsfasen at foretage ændringer i grundlæggende elementer i udbudsgrundlaget i form af fastsættelse af nye mindstekrav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen.

Ad påstand 6

Region Hovedstadens tildelingsbeslutning af 26. februar 2021 annulleres.

Påstand 2, 3, 4 og 4b behandles ikke.

Region Hovedstaden skal i sagsomkostninger til Fineman A/S betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Charlotte Hove Lasthein

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
specialkonsulent