

K E N D E L S E

1. Kontech A/S og
2. ES Stålintustri ApS
(advokat Morten Hove, Rødovre)

mod

Boligorganisationen Tårnbyhuse
(advokat Nina Petri, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 036-058434 af 17. februar 2014 udbød Boligorganisationen Tårnbyhuse som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) nedtagning og bortskaffelse af 591 tunge altaner og levering og montering af 591 lette altaner i visse dele af Tårnby-parken til en anslået værdi på 45 mio. kr. uden moms.

Ved udløbet af fristen for ansøgning om prækvalifikation den 27. marts 2014 havde Boligorganisationen Tårnbyhuse modtaget i alt 7 anmodninger om prækvalifikation, herunder en anmodning fra Kontech A/S i konsortium med ES Stålintustri ApS.

Ved e-mail af 24. april 2014 meddelte indklagede, at boligorganisationen havde besluttet at prækvalificere 3 ansøgere, nemlig Kærsgaard A/S, Altan DK og Hauge Gruppen A/S. Det fremgik af boligorganisationens brev, at ansøgningerne fra Kontech A/S og ES Stålintustri ApS samt 3 andre ansøgere blev anset for ukonditionsmæssige. I forhold til klagerens ansøgning blev det anført, at ansøgningen ikke opfyldte kravet om en tro og love-erklæring om udelukkelsesgrunde efter udbudsdirektivets artikel 45, stk. 1 og 2.

Den 12. maj 2014 indgav klageren, Kontech A/S i konsortium med ES Stålintustri ApS, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Boligorganisationen Tårnbyhuse.

Klagen er behandlet på skriftligt grundlag uden medvirken af sagkyndig, jf. håndhævelseslovens § 10, stk. 6.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om ligebehandling i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at have taget klagerens ansøgning om prækvalifikation i betragtning med den begrundelse, at anmodningen om prækvalifikation ikke opfyldte udbudsbekendtgørelsens bestemmelser, idet anmodningen om prækvalifikation ikke var vedlagt en tro og love-erklæring, men derimod en serviceattest.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om ikke at prækvalificere klageren.

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

Oplysningerne i sagen

Udbudsbekendtgørelsen indeholder blandt andet følgende:

»III.2.1) De økonomiske aktørers personlige forhold...

...

Anmodning om prækvalifikation skal indeholde:

- a. ...
- b. Erklæring på tro og love om udelukkelsesgrunde efter artikel 45, stk. 1 og 2, direktiv 2004/18/EF.
- c. Erklæring på tro og love vedrørende ubetalt, forfalden gæld til det offentlige.«

Klagerens tilbud indeholdt ikke en erklæring på tro og love om udelukkelsesgrundene efter artikel 45, stk. 1 og 2, i udbudsdirektivet. Derimod indeholdt ansøgningen en serviceattest af 25. marts 2014 fra Erhvervsstyrelsen vedrørende Kontech A/S samt en tilsvarende serviceattest af 2. april 2014 vedrørende ES Stålintustri ApS. Af serviceattesterne fremgik, at Erhvervsstyrelsen erklærede, attesterede og bekræftede for hvert af selskaberne, at det:

»...

- ikke er under konkurs, rekonstruktion, likvidation, ikke har indstillet sin virksomhed eller befinder sig i enhver anden lignende situation, ikke er begæret taget under konkursbehandling, behandling med henblik på rekonstruktion, eller enhver anden lignende behandling,
- ikke ved en retskraftig dom i henhold til dansk lovgivning er dømt for et strafbart forhold, der rejser tvivl om virksomhedens/selskabets faglige hæderlighed og ikke ved endelig dom i henhold til dansk lovgivning er dømt for et strafbart forhold omfattet af udbudsdirektivets artikel 45, stk. 1.,
- har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af bidrag til sociale sikringsordninger i henhold til lovgivningen i Danmark, og
- har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og udgifter i henhold til lovgivningen i Danmark.«

I indklagedes e-mail af 24. april 2014 er der blandt andet anført følgende:

»Vi kan meddele Dem, at deres firma er erklæret ukonditionsmæssig.

Vi er som alment boligselskab forpligtet til at afvise tilbud, der ikke opfylder de krav, der er stillet i udbudsbetingelserne. Iht. udbudsbekendtgørelsen skulle anmodningen indeholde erklæring om tro og love om udelukkelsesgrunde efter artikel 45, stk. 1 og 2, Direktiv 2004/18/EF. Idet Jeres virksomhed ikke har fremsendt denne erklæring, opfylder ansøgningen ikke udbudsbekendtgørelsens krav, hvorfor Tårnbyparken er forpligtet til at afvise ansøgningen som ukonditionsmæssig.«

Ved e-mail af 25. april 2014 skrev indklagede endvidere blandt andet følgende til klageren:

»På baggrund af Jeres henvendelse vedrørende meddelelsen om, at Jeres firmas ansøgning om prækvalifikation ikke opfyldte de formelle og indholdsmæssige krav i udbudsbekendtgørelsen og dermed er ukonditionsmæssig, i forbindelse med prækvalifikationen til ovennævnte udbud, har vi nu undersøgt muligheden for, at serviceattesten kan accepteres som erstatning for tro og love-erklæringen vedrørende artikel 45, stk. 1 og stk. 2, i Udbudsdirektivet (Direktiv 2004/18/EF).

Vi må desværre meddele Dem, at vi ikke vurderer, at den fremsendte serviceattest kan erstatte den krævede tro og love-erklæring, idet serviceattesten efter dens indhold ikke svarer til den krævede tro og love-erklærings indhold. Det bemærkes i den sammenhæng, at serviceattesten ikke omfatter udelukkelsesgrundene i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d) og g).

Samtidig skal jeg for god ordens skyld gøre opmærksom på, at implementeringsbekendtgørelsens ... § 12 ikke ændrer herpå, idet bekendtgørelsen ikke giver ordregivende myndigheder mulighed for at indhente manglende tro og love-erklæring efter ansøgningsfristens udløb.

Vi fastholder derfor, at ansøgningen om prækvalifikation ikke opfylder de formelle krav, og vi anser os derfor forpligtet til at afvise ansøgningen som ukonditionsmæssig i overensstemmelse med udbudsreglerne og gældende praksis.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har til støtte for påstand 1 navnlig anført, at klagerens ansøgning opfyldte betingelserne for at blive prækvalificeret, idet serviceattesten, uanset manglende henvisning til udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, og litraafsnittene substantielt er det samme som indholdet af tro og love-erklæringen, og at indklagede derfor var forpligtet til at anse klagerens ansøgning for konditionsmæssig. Indklagedes beslutning om ikke at prækvalificere klageren bør derfor annulleres.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at klagerens ansøgning ikke opfyldte de dokumentationskrav, der er opstillet i udbudsannoncen, idet serviceattesten ikke indeholder henvisning til udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, og litraafsnittene, og idet en serviceattest ikke er det samme som en tro og love-erklæring. Serviceattesten indeholder endvidere ikke dokumentation vedrørende de frivillige udelukkelsesgrunde i henhold til artikel 45, stk. 2, litra d, om alvorlige fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv og artikel 45, stk. 2, litra g, om svigagtig afgivelse af oplysninger i forbindelse med udbud. Indklagede ville derimod have overtrådt ligebehandlingsprincippet i forhold til de øvrige prækvalifikationsansøgere ved over for klageren at fravige kravet om tro og love-erklæringerne, og indklagede var derfor forpligtet eller i hvert fald berettiget til at anse klagerens ansøgning for ukonditionsmæssig og dermed ikke tage den i betragtning. Indklagede har herudover gjort gældende, at det er ansøgeren, der må bære risikoen for, om ansøgningen opfylder kravene i udbudsbekendtgørelsen, hvis der er tvivl om dette.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Klagerens ansøgning indeholdt ikke en tro og love-erklæring om udelukkelsesgrunde i henhold til udbudsdirektivets artikel 45, stk. 1 og 2, selvom indklagede i udbudsbekendtgørelsen havde fastsat dette som et krav til ansøgninger om prækvalifikation. De af Erhvervsstyrelsen udstedte serviceattester, som klageren i stedet vedlagde ansøgningen, indeholdt ikke oplysninger svarende til de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d og g. Uanset at en del af serviceattesterne i øvrigt svarede til det indhold, som tro og love-erklæringen efter udbudsbekendtgørelsen skulle have, kunne de allerede af den grund ikke erstatte den krævede tro og love-erklæring. Indklagede har herefter været berettiget til at anse klagerens ansøgning for ikke konditionsmæssig.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1 til følge, er der heller ikke grundlag for at annullere indklagedes beslutning om ikke at prækvalificere klageren.

Efter sagens udfald, forløb og omfang skal klageren betale sagsomkostninger for klagenævnet til indklagede med 10.000 kr.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Kontech A/S og ES Stålintustri ApS skal in solidum i sagsomkostninger for klagenævnet betale 10.000 kr. til Boligorganisationen Tårnbyhuse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
Kontorfuldmægtig