

K E N D E L S E

SZCZEŚNIAK Special Vehicles Ltd.
(advokat Jens Sømod Mønster Birk, Viby Sj.)

mod

Aarhus Kommune, Teknik og Miljø
Østjyllands Brandvæsen I/S
Interessentskabet Brand & Redning Midtvest
Beredskab & Sikkerhed – Randers Favrskov Djursland I/S
Midtjysk Brand & Redning I/S
Trekantområdets Brandvæsen I/S
Beredskab Fyn I/S
Nordsjællands Brandvæsen
Beredskab 4K I/S
Vejle Kommune
(alle ved advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 036-089510 af 17. februar 2021, offentliggjort den 22. februar 2021, udbød Aarhus Kommune, Østjyllands Brandvæsen I/S, Interessentskabet Brand & Redning Midtvest, Beredskab & Sikkerhed – Randers Favrskov Djursland I/S, Midtjysk Brand & Redning I/S, Trekantområdets Brandvæsen I/S, Beredskab Fyn I/S, Nordsjællands Brandvæsen, Beredskab 4K I/S og Vejle Kommune (herefter beredskaberne) som udbud med forhandling efter udbudsloven en kontrakt om opbygning og levering af sprøjter. Kontraktens værdi er anslået til 120 mio. kr.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 22. marts 2021 havde ni virksomheder anmodet om prækvalifikation.

Den 9. april 2021 besluttede beredskaberne at prækvalificere følgende virksomheder:

- Rosenbauer International AG
- Copenhagen Global A/S & Magirus GmbH (konsortium med Copenhagen Global A/S og Magirus GmbH)
- Scania Danmark A/S (baserer sig på Ziegler Brandweertechnik B.V. og Scania CV AB)
- Egenes-RK (konsortium med Egenes Brannteknikk AS, Egenes Holding A/S og RK Brand & Teknik A/S)
- Wawraszek ISS Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością

Den 28. april 2021 indgav SZCZEŚNIAK Special Vehicles Ltd. (herefter SSV) klage til Klagenævnet for Udbud over beredskaberne. Klagen har været behandlet skriftligt.

SSV's klage indeholdt ikke påstande, som umiddelbart gjorde det muligt at konstatere, hvilke udbudsretlige regler der efter SSV's opfattelse var overtrådt, og hvordan reglerne i givet fald var overtrådt. SSV blev på den baggrund opfordret til at præcisere sine påstande, og virksomheden har herefter nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudslovens §145, ved at prækvalificere flere virksomheder, som faktisk ikke har opfyldt mindstekravene i udbudsmaterialet.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudslovens §143 ved ikke tydeligt at præcisere hvordan klager skal dokumentere opfyldelse af mindstekrav i udbuddet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudslovens §145, stk 3, ved anlægge ikke ens og dermed diskriminerende vægtning i forhold til udvælgelse af de prækvalificerede virksomheder i udbuddet.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudslovens §137, stk. 1, ved at indklagede har udvalgt to virksomheder med personsammenfald i ledelsen, idet man herved udelukker ellers kvalificerede virksomheder, der ikke har sammenfaldende interesser. Praksis er således at hvis udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 ikke er tilvalgt, og ordregivers prøvelse derfor alene sker efter ligebehandlingsprincippet, kræves der ifølge Klagenævnet et mere sikkert grundlag for at antage, at en konsortieaftale eller støtteaftale er indgået i strid med konkurrencereglerne.

(Dette mere sikre grundlag ses ikke indhentet, hvorfor udbudslovens § 137 hermed er krænket.)

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede endelig har handlet i strid med Konkurrencelovens §6, ved at indklagede har udvalgt to virksomheder med personsammenfald i ledelsen, idet man herved udelukker ellers kvalificerede virksomheder, der ikke har sammenfaldende interesser.”

Beredskaberne har i forhold til påstand 1 og 5 påstået afvisning, subsidiært at de ikke tages til følge, og over for påstand 2, 3 og 4 påstået, at de ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen indeholder følgende:

”...

II.2.9) Oplysning om begrænsningen af antallet af ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive bud eller deltage

Forventet antal ansøgere: 5

Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal ansøgere:

Ordregiver prækvalificerer på baggrund af ovenstående udelukkelsesgrunde og egnedskriterier. Såfremt der er flere ansøgere, end det antal der kan prækvalificeres, der ikke er omfattet af en eller flere af udelukkelsesgrundene samt opfylder kravene til egnethed, prækvalificeres de ansøgere der bedst muligt opfylder nedenstående udvælgelseskriterier: Udvalgelsen sker med udgangspunkt i bedste egnethed i forhold til den konkrete udbudte opgave vurderet på baggrund af de adspurgte referencer i afsnit 6.2 ”Teknisk og/eller faglig formåen”.

...

Del III: Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger

...

III.1.3) Teknisk og faglig kapacitet

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

I ESPD angiver referencer for de betydeligste lignende leverancer inden for de seneste 3 år forud for tilbudsfristen. Der ønskes maksimalt indleveret 5 referencer.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Det er et mindstekrav, at ansøger har:

- 2 referencer til forskellige kunder af minimum en lignende opbygning og levering af sprøjte.
- 2 reference der indeholder opbygning og levering af 3 eller flere lignende sprøjter, hvor de 3 eller flere lignende sprøjter er leveret til den samme kunde.

...

Del VI: Supplerende oplysninger

...

VI.3) Yderligere oplysninger:

Ud over de obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudslovens §§ 135 og 136 gælder i dette udbud de 'frivillige' udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137. Ordregiver er således forpligtet til at udelukke en tilbudsgiver, der er omfattet af følgende 'frivillige' udelukkelsesgrunde (medmindre tilbudsgiveren kan dokumentere sin pålidelighed i henhold til udbudslovens § 138):

...

— Ordregiver har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at ansøger/tilbudsgiver har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning, jf. udbudslovens § 137, nr. 4.

...

Referencelisten fra ESPD'et betragtes som endelig dokumentation. Der vil således ikke blive indhentet yderligere dokumentation for referencerne fra den ansøger/tilbudsgiver, som ordregiver forventer at indgå aftale med. Ordregiver forbeholder sig ret til at kontakte de oplyste referencer.

..."

Det fremgår af udbudsmaterialets prækvalifikationsbetingelser pkt. 4, at der ville blive prækvalificeret fem ansøgere til at afgive tilbud, og af pkt. 5, at alle de frivillige udelukkelsesgrunde finder anvendelse ved udbuddet. Det

fremgår i øvrigt:

”...

6. Egnethed

Ordregiver kan ikke indgå aftale med en ansøger/tilbudsgiver, der ikke vurderes egnet i relation til det udbudte område. Vurderingen foretages i forhold til de nedenfor angivne kriterier. Som foreløbig dokumentation for opfyldelse af kriterierne udfyldes ESPD.

Ansøgninger, der ikke indeholder de efterspurgte oplysninger, kan Ordregiver afvise som ukonditionsmæssige. Alternativt kan Ordregiver vælge at indhente supplerende oplysninger i henhold til udbudslovens § 159 stk. 5.

...

6.2 Teknisk og / eller faglig formåen

Ordregiver accepterer kun tilbud fra tilbudsgivere, som:

- I ESPD angiver referencer for de betydeligste lignende leverancer inden for de seneste 3 år forud for tilbudsfristen. Der ønskes maksimalt indleveret 5 referencer.

Det er et mindstekrav, at ansøger har:

- 2 referencer til forskellige kunder af minimum en lignende opbygning og levering af sprøjte.
- 2 reference der indeholder opbygning og levering af 3 eller flere lignende sprøjter, hvor de 3 eller flere lignende sprøjter er leveret til den samme kunde.

Referencer må være fra indgåede kontrakter på sprøjter og på leverede sprøjter.

6.3 Udvalgelse af ansøgere

Ordregiver prækvalificerer på baggrund af ovenstående udelukkelsesgrunde og egnethedskriterier. Såfremt der er flere ansøgere, end det antal der kan prækvalificeres, der ikke er omfattet af en eller flere af udelukkelsesgrundene samt opfylder kravene til egnethed, prækvalificeres de ansøgere der bedst muligt opfylder nedenstående udvælgelseskriterier:

Udvælgelsen sker med udgangspunkt i bedste egnethed i forhold til den

konkrete udbudte opgave vurderet på baggrund af de adspurgte referencer i afsnit 6.2 ”Teknisk og/eller faglig formåen”.

7. Udfyldelse af ESPD og indhentning af dokumentation

...

Referencelisten fra ESPD’et betragtes som endelig dokumentation. Der vil således ikke blive indhentet yderligere dokumentation for referencerne fra de ansøgere, som Ordregiver forventer at prækvalificere. Ordregiver forbeholder sig ret til at kontakte de oplyste referencer.

...”

Som anført ovenfor havde ni virksomheder anmodet om prækvalifikation ved fristens udløb den 22. marts 2021, og beredskaberne har oplyst, at der efterfølgende i overensstemmelse med prækvalifikationsbetingelsernes pkt. 6 blev indhentet en række supplerende oplysninger hos enkelte ansøgere, jf. udbudslovens § 159, stk. 5.

Beredskaberne evaluated ansøgningerne, og alle ansøgere, herunder SSV, blev vurderet egnede til at afgive tilbud på den udbudte kontrakt. Beredskaberne har således i forhold til alle ansøgerne anført i det udarbejdede evalueringsskema: ”Opfylder mindstekravene. Det vurderes, at virksomheden kan håndtere en ordre i den størrelsesorden, som er udbudt i nærværende udbud.”

Ud af de ni ansøgere skulle beredskaberne udvælge fem til at afgive tilbud. Evalueringsskemaet indeholder beredskabernes evaluering af, om de enkelte ansøgere opfylder de fastsatte minimumskrav. Som anført var SSV ikke blandt de fem udvalgte virksomheder, og beredskaberne har i evalueringsskemaet under ”Udvælgelsen sker med udgangspunkt i bedste egnethed i forhold til den konkrete udbudte opgave vurderet på baggrund af de adspurgte referencer i afsnit 6.2 ”Teknisk og/eller faglig formåen”” anført følgende i forhold til SSV’s ansøgning:

”Opfylder mindstekravene.

Det vurderes, at virksomheden kan håndtere en ordre i den størrelsesorden, som er udbudt i nærværende udbud.

Det er vurderet, at der er leveret mangelfulde beskrivelser af referencerne uden angivelse af pumpekapacitet mv.. Det er ligeledes vurderet, at de beskrevne referencer på nogle punkter ikke bærer præg af at være som den konkrete udbudte opgave, fx i forhold til primært at være på 4x4/6x6 chassis, hvilket ikke efterspørges i nærværende udbudte kontrakt.

Virksomheden prækvalificeres ikke.”

I underretningsbrevet af 9. april 2021 til SSV skrev beredskaberne:

”...

Arbejdsgruppen omkring udbuddet har vurderet, at virksomheden kan håndtere en ordre i den størrelsesorden, som er udbudt i nærværende udbud.

Det er dog ligeledes vurderet, at der er leveret mangelfulde beskrivelser af referencerne uden angivelse af pumpekapacitet mv.. Derudover er det vurderet, at de beskrevne referencer på nogle punkter ikke bærer præg af at være som den konkrete udbudte opgave, fx i forhold til primært at være på 4x4/6x6 chassis, hvilket ikke efterspørges i nærværende udbud.

De virksomheder, der er blevet prækvalificeret, er ligeledes vurderet at kunne håndtere en ordre i den størrelsesorden, som er udbudt i nærværende udbud, samt at have fremsendt gode og meget relevante referencer i forhold til den konkrete udbudte opgave.

...”

SSV gjorde ved brev af 15. april 2021 indsigelse mod beredskabernes beslutning om prækvalifikation og anførte bl.a., at der er en selskabsretlig relation mellem Egenes Brannteknik AS, der indgår i det prækvalificerede konsortium Egenes-RK, og en anden prækvalificeret ansøger, Rosenbauer International AG.

Beredskaberne anmodede Egenes-RK om bemærkninger til SSV's oplysninger, og Egenes-RK svarede ved mail af 16. april 2021:

”...

Stein Egenes oplyser ..., at Egenes Brannteknik AS er et 100 % selvstændigt firma, som i sin helhed er ejet af Egenes Holding, som igen er 100 % ejet af Stein Egenes. Se opstilling vedhæftet.

Virksomheden, med organisationsnummer 966 861 320) var i perioden 1993 til 2002 datterselskab af Rosenbauer International AG, med 90 % ejerskab (resten af Egenes Holding AS), under navnet Rosenbauer Norge AS. Dette blev i 2002, gennem et såkaldt ”Management Buy-Out”, kø[b]t op af Egenes Holding AS, som et selvstændigt selskab uden nogen former for økonomiske tilknytninger til Rosenbauer.

Egenes Brannteknik AS importerer Rosenbauers produkter til Norge, men har også en række andre leverandører indenfor Brand- og Redningssektoren, fra hele Europa og USA.

Egenes Brannteknik AS har egen ISO9001 og ISO14001 certificeret produktion af brandbiler i Norge og benytter komponenter fra en række leverandører, med egen udvikling, konstruktion og produktion.

...”

Egenes-RK sendte samtidig dokumentation for, at Egenes Holding AS i det hele ejer Egenes Brantteknikk AS, og at Stein Egenes i det hele ejer Egenes Holding AS.

Beredskaberne foretog ikke yderligere undersøgelser i forhold til SSV's indsigelse.

SSV har fremlagt registerudskrifter fra ”Brønnøysundregistrene” for selskaberne Rosenbauer International AG og Egenes Brantteknikk AS. Af registret for Egenes Brantteknikk AS fremgår, at Stein Egenes er administrerende direktør og bestyrelsesmedlem. Af registret for Rosenbauer International AG fremgår, at selskabet har adresse i Østrig, og at ”Norsk repr. for utenl. enhet” er Egenes Brantteknikk AS, hvor kontaktpersonen er Stein Egenes.

Beredskaberne har fremlagt oversigt over ledelsen i Rosenbauer International AG.

Parternes anbringender

SSV har præciseret sine påstande i et særskilt dokument uden sammenhæng med den indleverede klage. Det har på den baggrund været vanskeligt at fastslå, hvilke anbringender der knytter sig til hvilke påstande. I det lys har beredskaberne overordnet gjort gældende, at klagenævnets behandling af de enkelte påstande må ske i lyset af det faktum, at det er overordentlig vanskeligt at fastslå, hvilke forhold SSV gør gældende i relation til de enkelte påstande, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10 stk. 1, 2. led.

Ad påstand 1

SSV har gjort gældende, at virksomheden efter at have fået aktindsigt i de ESPD'er, som er blevet sendt ind i forbindelse med prækvalifikationsfasen, har kunnet konstatere, at beredskaberne har prækvalificeret ansøgere, der ikke overholder de mindstekrav, der er beskrevet i udbudsmaterialet.

Mindstekravene i forhold til teknisk og/eller faglig formåen er således:

”Ordregiver accepterer kun tilbud fra tilbudsgivere, som:

- I ESPD angiver referencer for de betydeligste lignende leverancer inden for de seneste 3 år forud for tilbudsfristen. Der ønskes maksimalt indleveret 5 referencer.

Det er et mindstekrav, at ansøger har:

- 2 referencer til forskellige kunder af minimum en lignende opbygning og levering af sprøjte.
- 2 referencer der indeholder opbygning og levering af 3 eller flere lignende sprøjter, hvor de 3 eller flere lignende sprøjter er leveret til den samme kunde.

Referencerne må være fra indgåede kontrakter på sprøjter og på leverede sprøjter.”

Som mindstekravene er beskrevet, er det altså et krav, at der skal være minimum fire referencer, hvoraf de to skal vedrøre lignende opbygning, og to skal vedrøre opbygning og leverance af minimum tre sprøjter til den samme kunde.

SSV er blevet udelukket fra prækvalifikation med bl.a. den begrundelse, at virksomheden har benyttet referencer, som relaterer sig til 4x4 chassiser. En række af de andre – prækvalificerede – ansøgere har også indsendt ESPD'er, hvor en del af referencerne er baseret på 4x4 chassis-leverancer. Det drejer sig om referencer fra virksomhederne Egenes, Rosenbauer, Scania, Magirus og Wawrzaszek.

I overensstemmelse med kravene har SSV indleveret det maksimalt tilladte antal referencer, der indeholdt konstruktion og levering af "lignende sprøjter". Beredskaberne vurderede imidlertid, at SSV leverede ufuldstændige beskrivelser uden angivelse af teknisk specifikation såsom pumpekapacitet, tankkapacitet, besætningskabinedetaljer osv. Beredskaberne specificerede ikke i udbudsmaterialet, hvilke tekniske parametre der skulle beskrives i referencerne. Udbudsmaterialets kravspecifikation indeholder over 108 tekniske parametre, der karakteriserer konstruktionen af et brandslukningskøretøj, og som er efterspurgt ved dette udbud. Beredskaberne specificerede ikke i udbudsmaterialet, hvilke af disse 108 parametre der skulle medtages i referencerne, og hvilke der ville være afgørende i forhold til vægningen af referencerne.

Under hensyn til, at en leverandør ved levering af 4x4 chassiser faktisk tilbyder en leverance, der betyder, at beredskaberne i driftssituationen selv kan vælge, om der skal køres med 4x2 eller med 4x4, må en reference, der tilbyder mere end det udbudte, ikke komme nogen af leverandørerne til skade – heller ikke SSV.

SSV har i sin klage gennemgået de prækvalificerede ansøgers referencer i forhold til den udbudte kontrakt og deres opfyldelse af minimumskravene. SSV har konkluderet, at *Wawrzaszek* alene har én reference, som er relevant, og som opfylder mindstekravene i udbudsmaterialet, at *Scandia* i bedste fald har én reference, som lever op til mindstekravene, at *Magirus* alene har én reference, som er relevant, og som opfylder minimumskravene, at *Rosenbauer* formentlig har op til tre referencer, som er relevante, og som opfylder minimumskravene, og at *Egenes* har fem referencer, som alle er relevante, og som lever op til minimumskravene.

Ved at have meddelt SSV afslag på prækvalifikation med bl.a. den begrundelse, at SSV's referencer ikke er relevante i forhold til den udbudte kontrakt, fordi SSV har indleveret referencer baseret på 4x4 chassiser, men samtidig ikke har bedømt andre ansøgers referencer baseret på 4x4 chassiser på samme måde, har beredskaberne ikke overholdt det generelle princip om ligebehandling og transparens, jf. udbudslovens § 2.

Beredskaberne gør gældende, at de prækvalificerede ansøgere har afgivet gode og meget relevante referencer i forhold til det specifikke udbud, men dette er en meget subjektiv vurdering, der er i strid med udbudslovens § 145. De prækvalificerede ansøgere er således ikke udvalgt på baggrund af objektive kriterier. Beredskaberne evaluerede ikke ansøgerne i forhold til de indleverede referencer, men i stedet i forhold til beredskabernes egne præferencer og styret af beredskabernes subjektive vurdering af, hvilket køretøj der ligner mere eller mindre.

SSV er ikke kommet med bemærkninger til beredskabernes afvisningspåstand.

Beredskaberne har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at SSV's påstand er upræcis og efter sin ordlyd går på, at "flere" virksomheder ikke har opfyldt minimumskravene i udbudsmaterialet. Det er uklart, hvilke af de

fem prækvalificerede ansøgere, påstanden relaterer sig til, ligesom det er uklart, hvilke minimumskrav SSV mener, at de pågældende ”flere” ansøgere ikke har opfyldt.

En påstand, der er så upræcist formuleret, er uegnet til at danne grundlag for klagenævnets behandling af sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2. Påstanden indebærer efter sit indhold reelt, at klagenævnet skal vurdere, om alle fem prækvalificerede ansøgere har opfyldt samtlige fastsatte minimumskrav i udbudsmaterialet.

Til støtte for, at påstanden ikke skal tages til følge, har beredskaberne gjort gældende, at en undladelse af at afvise ansøgere, der ikke opfylder minimumskravene til egnethed, ikke udgør en overtrædelse af udbudslovens § 145. Beredskaberne har under alle omstændigheder ikke prækvalificeret ansøgere, der ikke har opfyldt minimumskravene i udbudsmaterialet.

Beredskaberne har påset, at alle stillede minimumskrav til virksomhedernes egnethed har været opfyldt af ansøgerne. Selv om det i lyset af SSV’s strukturering af klagen kan være vanskeligt at konstatere, hvilke minimumskrav SSV gør gældende ikke er opfyldt, har beredskaberne lagt til grund, at det alene er minimumskravene til teknisk og faglig formåen, SSV mener, at ”flere” af ansøgerne ikke har opfyldt.

Som det fremgår af minimumskravene, skulle de krævede referencer blot vedrøre opbygning og levering af lignende sprøjter. På det grundlag har beredskaberne ikke været forpligtet – og heller ikke berettiget – til at se bort fra indleverede referencer, som ikke fuldstændig svarer til den udbudte kontrakt.

SSV synes i øvrigt at befinde sig i den vildfarelse, at SSV ikke er blevet prækvalificeret, fordi virksomheden ikke har opfyldt minimumskravene i forhold til referencer. SSV blev dog vurderet egnet til at udføre kontrakten og opfyldte således minimumskravene til referencer. Beredskaberne vurderede imidlertid blot, at SSV’s referencer var mindre relevante end de fem ansøgere, der blev udvalgt til at afgive tilbud. Det er derfor ikke korrekt, når SSV tegner et billede af, at virksomhedens ansøgning om prækvalifikation blev afvist under henvisning til, at beredskaberne vurderede, at referencer, der vedrørte 4x4 chassiser, ikke kunne anvendes til at opfylde minimumskravene til referencer. Beredskaberne lagde konsekvent i forhold til alle ansøgere til grund, at referencer, der vedrørte levering af 4x4 chassiser, kunne anvendes

til opfyldelse af minimumskravene, hvilket var helt i tråd med, at referencerne blot skulle være ”lignende”.

Beredskaberne har herefter kommenteret SSV’s indsigelser mod de prækvalificerede ansøgers referencer, og beredskaberne har fastholdt, at alle ansøgere opfyldte minimumskravene til referencer, og at det er lagt til grund i evalueringsskemaet.

De fastsatte minimumskrav har i øvrigt hjemmel i udbudslovens § 155, nr. 2.

Beredskaberne har ikke været forpligtet til at specificere i udbudsmaterialet, hvilke af kravene fra kravspecifikationen der var relevante i forhold til vurderingen af, om en reference kunne anses for ”lignende”. Der består ikke en udbudsretlig forpligtelse til at fremkomme med en sådan specifikation, og der er heller ikke kutyme for det.

SSV havde beskrevet sine referencer overordnet, mens de prækvalificerede ansøgere i videre udstrækning havde beskrevet detaljer i forhold til deres referencer. Dette fremgår af referencebeskrivelserne i evalueringsskemaet. SSV’s overfladiske beskrivelse af referencerne i ESPD’et har indgået ved beredskabernes skønsmæssige vurdering af, hvilke ansøgere der blev vurderet bedst egnede. Beredskaberne har alene kunnet vurdere på det skrevne ansøgningsmateriale, og det var derfor afgørende at få beskrevet referencerne på en måde, som gjorde det muligt for beredskaberne at vurdere deres relevans i forhold til den udbudte kontrakt. Det er SSV’s egen risiko, at virksomheden valgte kun at beskrive referencerne ganske overordnet i sit ESPD. Som professionel markedsaktør må det have stået klart for SSV, at en detaljeret beskrivelse af referencerne ville have bevirket, at virksomheden ville have stået bedre ved beredskabernes vurdering af, hvilke ansøgere der blev anset for bedst egnede i lyset af de indleverede referencer.

I en situation, hvor en ordregiver modtager flere ansøgninger end det antal, der kan prækvalificeres, ligger det inden for ordregiverens skønsmæssige beføjelser at fastslå, hvilke ansøgere der skal prækvalificeres i lyset af de objektive kriterier for udvælgelsen. Det følger af fast klagenævnsspraksis, at klagenævnet ikke efterprøver ordregiverens skøn i forbindelse med udvælgelsen, medmindre skønnet er udøvet på et usagligt grundlag.

Ad påstand 2 og 3

SSV har gjort gældende, at beredskaberne har gennemført udbuddet i strid med udbudslovens § 143 og § 145, stk. 3, ved ikke klart at gøre ansøgerne opmærksom på, hvilke konkrete kriterier der vil ligge bag udvælgelse af de prækvalificerede virksomheder. Hvis beredskaberne har kriterier, som ansøgerne bliver målt op imod, er det et krav, at disse kriterier skal være eksplicit dokumenterede i udbudsmaterialet. Det kan således konstateres, at beredskaberne har lagt vægt på, om ansøgernes tidligere leverancer er sket på baggrund af 4x4 chassiser og ikke 4x2. Dette er dog ikke et kriterium i udbudsmaterialet.

Beredskaberne har gjort gældende, at de har iagttaget deres forpligtelse til i udbudsbekendtgørelsen at anføre, hvordan minimumskravene til egnethed i forhold til den tekniske og faglige formåen er opfyldt, jf. udbudslovens § 143. Det er således anført i udbudsbekendtgørelsen, at minimumskravene i forhold til den tekniske og faglige formåen knytter sig til de referencer, som ansøgerne skulle anføre i ESPD'et. Der har derfor ikke for ansøgerne hersket tvivl om, hvilke minimumskrav til den tekniske og faglige formåen der har været gældende ved udbuddet, og der har heller ikke hersket tvivl om, at ansøgerne skulle dokumentere opfyldelsen af minimumskravene i form af et udfyldt ESPD. Minimumskravene er i øvrigt gentaget i prækvalifikationsbetingelsernes punkt 6.2.

I udbudsbekendtgørelsens afsnit VI.3) og prækvalifikationsbetingelsernes pkt. 7 er det tydeliggjort, at referencelisten fra ESPD'et udgør den endelige dokumentation, og at der således – helt standardmæssigt – ikke vil blive indhentet yderligere dokumentation for referencerne. Samtlige ansøgere om prækvalifikation opfyldte de stillede minimumskrav til den tekniske og faglige formåen, og det viser med al tydelighed, at ingen af ansøgerne har været i tvivl om, hvori beredskabernes minimumskrav til den tekniske og faglige formåen bestod, og hvordan de skulle dokumenteres.

Beredskaberne har også ved udbudsbekendtgørelsen opfyldt kravene i udbudslovens § 145, stk. 3.

Det er således i udbudsbekendtgørelsens afsnit II.2.9) anført, at beredskaberne ville prækvalificere fem ansøgere, og at referencerne ville danne grundlag for udvælgelsen af ansøgere, der ville blive prækvalificeret til at

afgive tilbud. Endelig fremgår det af udbudsbekendtgørelsens afsnit II.2.9), at udvælgelsen ville ske med ”udgangspunkt i bedste egnethed i forhold til den konkrete udbudte opgave vurderet på baggrund af de adspurgte referencer i afsnit 6.2 ”Teknisk og/eller faglig formåen”.

Beredskaberne er uforstående over for den del af SSV's påstand 3, der går på, at beredskaberne skulle have anlagt ”ikke ens og dermed diskriminerende vægtning i forhold til udvælgelse af de prækvalificerede virksomheder i udbuddet”. Denne del af påstanden synes udelukkende at gå på beredskabernes konkrete udvælgelse af ansøgere og ikke på selve udformningen af udvælgelseskriteriet i udbudsbekendtgørelsen. Udformningen af udvælgelseskriteriet er dog i fuld overensstemmelse med udbudsreglerne. Som udvælgelseskriteriet er formuleret, kan ansøgerne ikke være i tvivl om, at udvælgelsen ville ske på baggrund af beredskabernes vurdering af, hvilke ansøgere der kunne påvise de mest relevante referencer set i lyset af karakteren af den udbudte opgave som nærmere beskrevet i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsmaterialets kravspecifikation. Beredskaberne har ikke anlagt en forskellig og dermed diskriminerende vægtning i forhold til udvælgelse af de prækvalificerede virksomheder. Alle ansøgninger er blevet håndteret på et ensartet grundlag i forbindelse med vurderingen af de indleverede referencer, og der er således ikke tale om, at enkelte ansøgere er blevet ”straffet” for forhold, som andre ansøgere ikke er blevet straffet for i tilfælde, hvor forholdene har været ens.

SSV synes at være af den opfattelse, at der er tale om, at SSV ikke er blevet prækvalificeret, alene fordi virksomhedens referencer ikke baserede sig på 4x2 chassiser. Det er imidlertid ikke korrekt. SSV blev ligesom tre andre ansøgere frasorteret ved prækvalifikationen, fordi SSV's referencer ikke blev vurderet lige så relevante som de fem udvalgte ansøgers referencer. At beredskaberne har valgt at prækvalificere ansøgere, der ligesom SSV i en vis udstrækning har indleveret referencer, der baserer sig på 4x4 chassiser, er således ikke udtryk for, at beredskaberne har anvendt en ”ikke ens og dermed diskriminerende vægtning”. De udvalgte ansøgere har, selv om de også i en vis udstrækning har baseret sig på referencer med 4x4 chassiser, i højere grad end SSV været i stand til at fremlægge og beskrive referencer, der svarer til den udbudte kontrakt.

Det har været inden for beredskabernes skønsmæssige beføjelser at foretage

vurderingen af, hvilke ansøgere der har indleveret de mest relevante referencer og dermed skal prækvalificeres ved udbuddet. Der er ikke efter gældende klagenævnspraksis krav om, at en ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen i detaljer skal beskrive de elementer, der vil blive tillagt betydning ved vurderingen af, om en reference i højere eller mindre grad er relevant i forhold til den udbudte kontrakt. En ordregiver har i forbindelse med sin udvælgelse et bredt råderum i forhold til at vurdere referencers relevans, og det vil være sagligt at lægge vægt på forhold vedrørende referencerne, der ikke har været eksplicit fremhævet i udbudsbekendtgørelsen, men knytter sig til det anvendte udvælgelseskriterium.

Ad påstand 4 og 5

SSV har gjort gældende, at beredskaberne ved at prækvalificere Rosenbauer International AG og konsortiet Egenes-RK har valgt to ansøgere, der – ud over, at de historisk har tæt tilknytning til hinanden – byder med samme produktportefølje. Det ses således fra Egenes-RK's ESDP-besvarelse, at begge virksomheder benytter Rosenbauers produkter til at løfte opgaven.

Denne sammenhæng imellem virksomhederne bestyrkes også ved, at der er personsammenfald i den overordnede ledelse. Det er således samme person, som står i spidsen for begge selskaber. Det er svært at forestille, at selskaberne ikke deler priser og projekter for at fordele markedet imellem sig. Ved at prækvalificere disse to virksomheder mister beredskaberne muligheden for 20 % større "leverandør differentiale". I forhold til principperne om transparens og ligebehandling er beredskabernes prækvalifikation alt andet end transparent.

Ligeledes vurderes det at være i strid med konkurrencelovens § 6, når to virksomheder med personsammenfald prækvalificeres i det samme udbud og derved udelukker andre leverandører fra konkurrencen.

SSV er ikke kommet med bemærkninger til beredskabernes afvisningspåstand over for SSV's påstand 5

Beredskaberne har gjort gældende, at de har iagttaget deres oplysningspligt om de frivillige udelukkelsesgrunde, idet det under udbudsbekendtgørelsens afsnit VI.3) er anført, at samtlige frivillige udelukkelsesgrunde finder anvendelse ved udbuddet. Der er derfor ikke grundlag for at tage påstand 4 til følge.

Hvis klagenævnet mener, at SSV's påstand også indebærer, at klagenævnet skal tage stilling til, om beredskaberne har handlet i strid med udbudsreglerne ved konkret at prækvalificere konsortiet Egenes-RK og Rosenbauer International AG, som SSV tilsyneladende mener er omfattet af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4, er det beredskabernes opfattelse, at der ikke er grundlag for at fastslå, at Egenes-RK og Rosenbauer International AG skulle være omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4. Begge ansøgere havde i deres ESPD'er svaret "nej" til, at de befandt sig i den pågældende frivillige udelukkelsesgrund, og det er også fremhævet i beredskabernes evalueringsskema. Der var heller ingen indikationer i øvrigt på, at Egenes-RK og Rosenbauer International AG skulle have indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.

Da SSV efter underretningen om prækvalifikationen gjorde indsigelse mod denne og påpegede en selskabsretlig relation mellem Egenes-RK og Rosenbauer International AG, valgte beredskaberne at undersøge forholdet nærmere. Beredskaberne modtog i den forbindelse bemærkninger og dokumentation, der viste, at der tidligere har foreligget en koncernforbindelse mellem Rosenbauer International AG og Egenes Brannteknikk AS, men at denne koncernforbindelse ophørte helt tilbage i 2002. Den fremlagte dokumentation viser, at der ikke længere består nogen ejerskabsrelation mellem Rosenbauer International AG og Egenes Brannteknikk AS, idet sidstnævnte selskab er 100 % ejet af Egenes Holding AS, der tilsvarende er 100 % ejet af Stein Egenes, og der består ikke nogen økonomiske forbindelser mellem Rosenbauer International AG og Egenes Brannteknikk AS.

I lyset af Egenes-RK's bemærkninger og dokumentation havde beredskaberne ikke grundlag for at betvivle, om ansøgningerne fra Egenes-RK og Rosenbauer International AG var afgivet uafhængigt af hinanden, ligesom der ikke var grundlag for at fastslå, at der skulle ligge en konkurrencebegrænsende aftale til grund for de to ansøgers deltagelse i udbuddet.

SSV har fremlagt et bilag fra norske "Brønnøysundregistrene", hvoraf det fremgår, at Rosenbauer International AG tilsyneladende skulle være registreret med forretningsadresse hos Egenes Brannteknikk AS. Beredskaberne er ikke nærmere bekendt med karakteren af "Brønnøysundregistrene" og opdateringen af de oplysninger, der fremgår af det pågældende register. Der er imidlertid ikke på baggrund af det fremlagte bilag grundlag for at fastslå, at

der skulle være "personsammenfald i ledelsen" i Egenes Brannteknikk AS og Rosenbauer International AG, og som det er dokumenteret består der ingen ejerskabsmæssige relationer mellem de to selskaber.

Det fremgår af oversigten over ledelsen i Rosenbauer International AG, at den ultimative ejer af Egenes Brannteknikk AS, Stein Egenes, ikke indgår i direktionen og i øvrigt efter det oplyste for beredskaberne heller ikke på anden vis er tilknyttet virksomheden. Det er således misvisende, når SSV hævder, at "Det er således samme person, som står i spidsen for begge selskaber".

Der er i øvrigt som udgangspunkt ikke noget til hinder for, at flere koncernforbundne selskaber kan deltage i samme udbud som adskilte ansøgere/tilbudsgivere, så længe ejerskabsrelationen ikke påvirker tilbudsafgivningen ved udbuddet, jf. bl.a. Domstolens dom af 19. maj 2009 i sag C-538/07 (Asitur Srl.). Selv hvis der havde bestået en koncernforbindelse mellem Egenes Brannteknikk AS og Rosenbauer International AG, havde dette således ikke i sig selv udelukket, at begge virksomheder kunne deltage i udbuddet. Beredskaberne er i øvrigt uforstående over for den del af SSV's påstand, der henviser til en indgået "konsortieaftale eller støtteaftale". Det er uklart, hvilken sammenhæng der er mellem på den ene side påstandens henvisninger til "konsortieaftale eller støtteaftale" og på den anden side SSV's synspunkter om relationen mellem Egenes Brannteknikk AS og Rosenbauer International AG, idet disse aktører hverken indgår i et fælles konsortium eller har støttet sig på hinanden.

Beredskaberne har til støtte for afvisningspåstanden over for påstand 5 gjort gældende, at klagenævnet ikke har kompetence til at behandle klager over overtrædelser af konkurrenceloven, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, jf. § 1, stk. 2 og 3.

Til støtte for, at påstand 5 ikke skal tages til følge, har beredskaberne gjort gældende, at deres beslutning om udvælgelse af ansøgere ved en prækvalifikation ikke har karakter af en konkurrencebegrænsende aftale og dermed en overtrædelse af konkurrencelovens § 6. Beredskaberne har under alle omstændigheder ikke handlet i strid med konkurrencelovens § 6 ved at prækvalificere både konsortiet Egenes-RK og Rosenbauer International AG. Selskaberne har som anført ovenfor ingen selskabsretlige relationer mellem på den ene side de deltagende selskaber i konsortiet Egenes-RK og på den anden side Rosenbauer International AG. Der har ikke været nogen indikationer på,

at de to virksomheder skulle have indgået en konkurrencebegrænsede aftale i forbindelse med udbuddet.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter indholdet af påstanden og de anbringender, som klagenævnet har fundet, SSV gør gældende til støtte for påstanden, er der ikke grundlag for at afvise påstanden.

Beredskaberne modtog ni ansøgninger om prækvalifikation, og alle ansøgere blev vurderet egnede til at afgive tilbud på den udbudte kontrakt. SSV's ansøgning blev således ikke afvist, men indgik i den evaluering, som beredskaberne foretog efter udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.9) og prækvalifikationsbetingelsernes pkt. 6.3, hvoraf det fremgår:

”...

... Såfremt der er flere ansøgere, end det antal der kan prækvalificeres, der ikke er omfattet af en eller flere af udelukkelsesgrundene samt opfylder kravene til egnethed, prækvalificeres de ansøgere der bedst muligt opfylder nedenstående udvælgelseskriterier:

Udvælgelsen sker med udgangspunkt i bedste egnethed i forhold til den konkrete udbudte opgave vurderet på baggrund af de adspurgte referencer i afsnit 6.2 ”Teknisk og/eller faglig formåen.”

...”

Efter prækvalifikationernes pkt. 6.2 ”Teknisk og faglig formåen” skulle ansøgeren opfylde følgende mindstekrav:

”Ordregiver accepterer kun tilbud fra tilbudsgivere, som:

- I ESPD angiver referencer for de betydeligste lignende leverancer inden for de seneste 3 år forud for tilbudsfristen. Der ønskes maksimalt indleveret 5 referencer.

Det er et mindstekrav, at ansøger har:

- 2 referencer til forskellige kunder af minimum en lignende opbygning og levering af sprøjte.

- 2 reference der indeholder opbygning og levering af 3 eller flere lignende sprøjter, hvor de 3 eller flere lignende sprøjter er leveret til den samme kunde.

Referencer må være fra indgåede kontrakter på sprøjter og på leverede sprøjter.”

Det fremgår i øvrigt, at beredskaberne ville prækvalificere fem ansøgere. Beredskabernes vurderingen af, hvilke ansøgere der skulle prækvalificeres, skulle herefter ske ud fra et skøn over, i hvor høj grad det leverede i ansøgerens referencer svarede til den udbudte kontrakt. Der var således ikke krav om, at de leverede sprøjter i referencerne fuldstændigt skulle svare til sprøjterne i den udbudte kontrakt, men de skulle være ”lignende”.

SSV's referencer blev vurderet til at være mangelfuldt beskrevet og til ikke ”at være som den konkrete udbudte opgave”, f.eks. i forhold til chassis. Deri ligger ikke, at SSV ikke opfyldte mindstekravene. Beredskaberne vurderede, at i hvert fald fem andre ansøgere havde referencer, som i højere grad svarede til den udbudte kontrakt. Selv om det kan lægges til grund, at nogle af de prækvalificerede ansøgere også havde enkelte eller flere referencer, hvor chassiset havde samme dimensioner som i SSV's referencer, medførte det heller ikke, at disse ansøgere ikke opfyldte minimumskravene.

Da beredskaberne ikke har overtrådt deres beføjelser til at fastslå, hvilke ansøgere der skulle prækvalificeres ud fra en skønsmæssige vurdering af de indleverede referencers relevans i forhold til den udbudte kontrakt, og da udvælgelsen af de prækvalificerede ansøgere i øvrigt er foretaget på baggrund af objektive og ikkediskriminerende kriterier, har beredskaberne ikke handlet i strid med udbudslovens § 145.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

Beredskaberne har i udbudsbekendtgørelsen anført, at minimumskravene i forhold til den tekniske og faglige formåen knytter sig til de referencer, som ansøgerne skulle anføre i ESPD'et. Alle ansøgerne indleverede da også referencer i form af et udfyldt ESPD. Beredskaberne har derfor ikke handlet i strid med udbudslovens § 143.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 3

Efter det, som klagenævnet har anført ad påstand 1, er der ikke grundlag for at konstatere, at beredskaberne foretog en "ikke ens og dermed diskriminerende vægtning i forhold til udvælgelse af de prækvalificerede virksomheder i udbuddet". Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at udvælgelsen af de ansøgere, der skulle prækvalificeres, ville ske med "udgangspunkt i bedste egnethed i forhold til den konkrete udbudte opgave vurderet på baggrund af de adspurgte referencer i afsnit 6.2 "Teknisk og/eller faglig formåen". Kriterierne var objektive og ikke diskriminerende, og der er derfor heller ikke grundlag for at konstatere, at beredskaberne handlede i strid med udbudslovens § 145, stk. 3.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 4

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.3), at alle de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137 gælder for udbuddet.

Efter at SSV havde gjort indsigelser mod beredskabernes prækvalifikation af konsortiet Egenes-RK og Rosenbauer International AG, anmodede beredskaberne Egenes-RK om bemærkninger til SSV's oplysninger om, at der er en selskabsretlig relation mellem Egenes Brannteknikk AS, der indgår i konsortiet, og Rosenbauer International AG.

Det kan på baggrund af Egenes-RK's redegørelse for relationen til Rosenbauer International AG og den fremlagte dokumentation lægges til grund, at Rosenbauer International AG indtil 2002 ejede en betydelig andel af Egenes Brannteknikk AS, men at Rosenbauer International AG ikke ejer nogen del af selskabet i dag. Der er desuden ikke personsammenfald i ledelserne af de to selskaber.

Der foreligger ikke dokumentation for, at konsortiet Egenes-RK og Rosenbauer International AG har indgået "en konsortieaftale eller støtteaftale", og selv om det ud fra "Brønnøysundregistrene" og redegørelsen fra Egenes-RK

kan lægges til grund, at Egenes Brannteknikk AS importerer Rosenbauer International AG's produkter til Norge, har beredskaberne ikke haft plausible indikationer til at konkludere, at konsortiet Egenes-RK og Rosenbauer International AG har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 5

Klagenævnet har ikke kompetence at tage stilling til, om konkurrencelovgivningen er overtrådt, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, jf. § 1, stk. 2 og 3.

Klagenævnet afviser derfor påstanden.

Herefter bestemmes:

Påstand 1, 2, 3 og 4 tages ikke til følge.

Påstand 5 afvises

SZCZEŚNIAK Special Vehicles Ltd. skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 25.000 kr. i sagsomkostninger til Aarhus Kommune, Østjyllands Brandvæsen I/S, Interessentskabet Brand & Redning Midtvest, Beredskab & Sikkerhed – Randers Favrskov Djursland I/S, Midtjysk Brand & Redning I/S, Trekantområdets Brandvæsen I/S, Beredskab Fyn I/S, Nord-sjællands Brandvæsen, Beredskab 4K I/S og Vejle Kommune.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig