

K E N D E L S E

Adams Transport Co ApS
(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

mod

Udenrigsministeriet
(Kammeradvokaten ved advokat Thomas Impgaard Sørensen)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 173-284060 af 6. september 2011 udbød indklagede, Udenrigsministeriet, en række flytte- og opmagasineringsopgaver, opdelt på fire delaftaler efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet).

Udbudsforretningen blev gennemført som et begrænset udbud. Delaftale 4 angik en rammeaftale om et sikret lager til opbevaring af statsmøblement med en enkel leverandør. Indklagede annullerede den 22. december 2011 udbuddet omfattet af delaftale 4 på grund af manglende konkurrence. Klagen vedrører herefter alene delaftale 1-3.

For delaftale 1-3 er der tale om parallelle rammeaftaler vedrørende flytte- og opmagasineringsopgaver med op til tre leverandører pr. delaftale. Delaftalerne omfatter håndtering af indklagedes flytte- og opmagasineringsopgaver for de medarbejdere, der udsendes til eller fra tjeneste i hele verden, samt flytning af statsmøblement, teknisk udstyr og it-udstyr over 5 m³ fra de danske statsrepræsentationer og de udsendte medarbejders boliger.

De prækvalificerede virksomheder modtog den 1. november 2011 et opfordringsbrev bilagt det samlede udbudsmateriale for de delaftaler, hvor den pågældende virksomhed var blevet prækvalificeret.

Ved tilbudsfristens udløb den 13. december 2011 havde indklagede modtaget tilbud fra 5 tilbudsgivere, herunder klageren, Adams Transport Co ApS, og Crown Worldwide ApS. Indklagede meddelte imidlertid den 22. december 2011 klageren, at indklagede efter en gennemgang af klagerens tilbud ikke fandt klagerens tilbud konditionsmæssigt. Samtidig meddelte indklagede, at tilbuddet fra Crown Worldwide ApS var fundet konditionsmæssigt.

Den 2. januar 2012 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 31. januar 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt, selvom klagerens tilbud overholdt alle mindstekrav i udbudsgrundlaget.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at prækvalificere Crown Worldwide ApS, uagtet at denne virksomhed ikke opfyldte mindstekravet om positiv egenkapital.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have evalueret underkriteriet »økonomi« på baggrund af tilbudslistes, der fraveg den angivne vægtning for de enkelte destinationer.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har udbudt rammeaftalen i strid med udbudsdirektivets artikel 32, jf. artikel 1, stk. 5, jf. 11. betragtning, ved ikke at fastsætte alle vilkår for tildeling af kontrakter ved direkte tildeling.

Påstand 5

Klagenævnet skal i medfør af § 13, stk. 1, nr. 3, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne, udstede påbud over for indklagede om lovliggørelse af udbudsforretningen.

Påstand 6 (subsidiær til påstand 5)

Klagenævnet skal i medfør af § 13, stk. 1, nr. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne annullere ordregiverens ulovlige tildelingsbeslutning.

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

Klageren har taget forbehold om senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Oplysninger i sagen:

I udbudsbekendtgørelsen er bl.a. anført følgende:

»...

III.2.2) Økonomisk og finansiell kapacitet

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: Det senest afsluttede årsregnskab.

Ansøgere, der ikke kan fremvise et afsluttet regnskab, kan dokumentere den økonomiske og finansielle kapacitet på anden måde, for eksempel ved fremsendelse af et kvartals- eller halvårsregnskab, nøgletal for omsætning og egenkapital suppleret af en revisorerklæring.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves Ansøgeren skal have positiv egenkapital. Ved en sammenslutning af virksomheder (f.eks. et konsortium) beregnes ansøgerens egenkapital som sammenslutningens samlede egenkapital. Såfremt ansøgeren baserer sig på andre virksomheders formåen, skal ansøgeren godtgøre, at ansøgeren råder over de nødvendige ressourcer, f.eks. ved at fremlægge dokumentation for disse enheders forpligtelser i så henseende.

...«

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 4, at tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Det fremgår sammesteds, at kontrakten tildeles på baggrund af underkriterierne »økonomi« med en vægtning på 40 % og »kvalitet« med en vægtning på 60 %. Der er i pkt. 4 angivet 3 delkriterier til underkriteriet »økonomi« således:

»

1. Priser for flytning af bohavede samt statsmøblement og IT udstyr over 5 m³ vurderet på baggrund af de i underbilag 1A til rammekontraktens bilag 1 anførte priser og vægtfaktorer, der vægtes med 60 %.
2. Øvrige omkostninger vurderet på baggrund af de i underbilag 1, afsnit 2 til rammekontraktens anførte priser, der vægter med 10 %.
3. Priser på opmagasinering af bohavede i Danmark vurderet på baggrund af de i underbilag 1, afsnit 3, til rammekontraktens bilag 1 angivne priser, der vægter med 30 %.

Der vil som grundlag for vurdering af underkriteriet økonomi tages udgangspunkt i en »evalueringspakke« sammensat på baggrund af et estimeret forbrug af de i bilag 1 oplistede ydelser. Estimaterne er udelukkende til evalueringsmæssige formål, og er således ikke et udtryk for et garanteret forbrug.

Alle opgivne priser for flytning af bohavede samt statsmøblement mv. over 5 m³ (60 %) som angivet i bilag 1A indgår i evalueringspakken med den i underbilag 1A angivne vægtfaktor. Der er i bilaget til disse udbudsbetingelser anført et eksempel på princippet for udregningen af den vægtede totalpris, der indgår i evalueringen.«

I forhold til delkriterium nr. 1: »Priser for flytning af bohavede mv.«, fremgår det af rammekontraktens underbilag 1A, at dette delkriterium på hver aftale er delt op i yderligere 4 delkriterier afhængig af nærmere angivne flytninger. For delaftale 1 gælder det f.eks. at:

- a) Nærmere angivne flytninger fra Danmark til Europa vægter med 40 % af den samlede vurdering på 60 %.
- b) Nærmere angivne flytninger fra Europa til Danmark vægter med 40 % af den samlede vurdering på 60 %.
- c) Nærmere angivne flytninger fra Europa til Europa og til resten af verden vægter med 10 % af den samlede vurdering på 60 %.
- d) Luftfragt af nærmere angivne flytninger af bohavede samt statsmøblement på over 5 m³ vægter med 10 % af den samlede vurdering på 60 %.

I bilag til udbudsbetingelserne er fremgangsmåden ved evaluering af tilde-
lingskriteriet »pris« nærmere behandlet. Af bilaget fremgår bl.a. følgende:

»I rammekontraktens underbilag 1A er der indlagt en kolonne
»VÆGTFAKTOR,« hvor der ud fra den enkelte repræsentation er angivet et tal. Dette tal er udtryk for, hvilken flyttefrekvens og flytteaktivitet, der forventes til den pågældende repræsentation.

Når priserne sammenlignes, vil de blive vægtet med den vægtfaktor, der er givet i kolonnen VÆGTFAKTOR.

Udenrigsministeriet tillægger således priserne på de enkelte repræsentationer betydning i forhold til, hvilken flyttefrekvens og flytteaktivitet der forventes til den pågældende repræsentation.

Således tillægges repræsentationer med højere flyttefrekvens forholds-
mæssig større betydning, end repræsentationer med lavere flyttefre-
kvens.

Eksempel på principperne for beregning af den vægtede totalpris for
flytning af bohaves samt statsmøblement og IT udstyr over 5 m³:

1A	Flytning af bohaves samt statsmøblement og IT udstyr over 5 m ³							
PRIS DKK PR. M3	VÆGT-FAKTOR	0-6 m3	0-10 m3	0-14 m3	0-18 m3	0-20 m3	SUM	SUM x VÆGTFAKTOR
Athen x	1	2.500,00	2.400,00	2.300,00	2.200,00	2.150,00	11.550,00	11.550,00
Bruxelles x	22	2.400,00	2.300,00	2.200,00	2.100,00	2.050,00	11.050,00	243.100,00
Paris x	8	2.450,00	2.350,00	2.250,00	2.150,00	2.100,00	11.300,00	90.400,00
Summen af samtlige priser x "VÆGTFAKTOR" = "VÆGTET PRIS"								345.050,00

...«

I udbudsbetingelserne er endvidere anført følgende:

»...

5. Forbehold og mindstekrav

Grundlæggende udbudsbetingelser

Der kan ikke tages forbehold for grundlæggende eller ufravigelige udbudsbetingelser og krav. Tilbud med forbehold over for grundlæggende eller ufravigelige udbudsbetingelser og krav vil blive afvist som ikke-konditionsmæssige.

...

Behandling af forbehold

Tilbudsgiver har ikke mulighed for at tage forbehold over for de enkelte dele af udbudsmaterialet, der indeholder krav eller bestemmelser vedrørende ydelserne og/eller deres udførelse, herunder særligt i relation til kontrakt og dennes bilag 1. (kravspecifikation) med underbilag A-C, samt bilag 2 og 3.

Tilbudsgiver skal være opmærksom på, at kontrakt og dennes bilag 1 (kravspecifikation) med underbilag A-C således er at betragte som mindstekrav. Et mindstekrav er et krav, som ubetinget skal opfyldes/overholdes, idet fravigelser fra kravet ikke accepteres. Der kan med andre ord ikke tages forbehold over for krav, som er gjort til mindstekrav.

...

8. Tilbuddets indhold og udformning

8.1. Generelt

Tilbud udformes på grundlag af vedlagte udkast til rammekontrakt med bilag 1 med underbilag 1 og 2 og A-C og bilag 2 og 3, der udtrykker de krav og forventninger, som ordregiver har til tilbudsgiverens tilbud. ...

De bilag, der forudsættes udarbejdet/færdiggjort af tilbudsgiveren, skal indleveres sammen med tilbudsgivers tilbud. Det er vigtigt at tilbudsgiver er opmærksom på, at alle felter i underbilag 1, 1A og 2 til kontraktens bilag 1 bliver udfyldt korrekt. I relation til underbilag 1 og 1A til kontraktens bilag 1 må der alene udfyldes en pris pr. felt. Hvis et felt i underbilag 1 og 1A til kontraktens bilag 1 ikke er udfyldt med en pris, vil det blive opfattet som en pris på 0 (nul) kr. Derudover vil angivelse af 0 kr. ligeledes opfattes som en pris på 0 (nul) kr.

...«

I udbudsbetingelserne (kravspecifikation) er i afsnit 1.2 om afregningsforhold anført følgende:

»I priserne skal alle de med opgaven, herunder de ovenfornævnte tidsmæssige krav, forbundne omkostninger, jvf. kravspecifikationen afsnit 1.1, være inkluderet, herunder, men ikke begrænset til, vej- og parkeringsafgifter, bond fees, warfage fortoldning, indklarering, administrationsgebyr, fragt, fragtterminaludgifter, omlæsning, havne- og indregi-

streringsgebyrer med de for destinationerne almindelige ekspeditionstider samt dokument- og stempelafgifter, BAF (Bunker Adjustment Factor), CAF (Currency Adjustment Factor) emballering m.v. Dog kan leverandøren oplyse tillægspriser på lift/hejs og shuttle service jf. bilag 1 pkt.1A.«

I udbudsmaterialets bilag 1, punkt 1A vedrørende prisafgivelse for flytning af bohavede samt statsmøblement og it-udstyr over 5 m³ er følgende bl.a. supplerende anført:

»Leverandør skal i bilag 1A oplyse priser på flytning af bohavede, gældende for både Udenrigsministeriets medarbejdere og Danida rådgivere, flytning af statsmøblement, teknisk udstyr samt It udstyr over 5 m³.

- a) I priserne skal alle de med opgaven forbundne omkostninger, jvf. kravspecifikationen afsnit 1.1, være inkluderet, herunder, men ikke begrænset til, vej- og parkeringsafgifter, bond fees, warfage, fortoldning, indklarering, administrationsgebyr, fragt, fragt-terminaludgifter, omlæsning, havne- og indregistreringsgebyrer med de for destinationerne almindelige ekspeditionstider samt dokument- og stempelafgifter, BAC, CAF emballering m.v. dog kan leverandøren oplyse tillægspriser på lift/hejs og shuttle service, jf. kravspecifikationen afsnit 1.2 og bilag 1 pkt. 2

...«

I rammekontraktens pkt. 6 er der fastsat nærmere bestemmelse om indkøb efter rammeaftale. I rammeaftalens pkt. 8 er bl.a. følgende anført:

»...

Opstår der undtagelsesvis behov for flytninger fra Danmark til en destination, som ikke er direkte angivet i underbilag 1A, fastsættes prisen ved individuel aftale og efter følgende princip:

Prisen for flytninger til eller fra en destination i et land hvori en anden by, som er angivet i underbilag 1A, er beliggende, fastsættes efter den i underbilag 1A geografisk nærmeste by.

Opstår der behov for flytning mellem destinationer beliggende uden for Danmark, som ikke er direkte angivet i underbilag 1A, fastsættes prisen ved individuel aftale og efter følgende princip:

Prisen kan maksimalt fastsættes til gennemsnittet af 2 priser: Prisen fra destination 1 til Danmark og prisen fra Danmark til destination 2.

...«

I meddelelsen af 22. december 2011 har indklagede vedrørende klageren begrundet sin vurdering således:

»Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 5, at tilbudsgiver ikke har mulighed for at tage forbehold overfor de enkelte dele af udbudsmaterialet, der indeholder krav eller bestemmelser vedrørende ydelserne og/eller deres udførelse, herunder særligt i relation til kontrakt og dennes bilag 1 (kravspecifikation). Det fremgår endvidere af udbudsbetingelsernes pkt. 8.1, at der i relation til underbilag 1 og 1A (prisbilag) til kontraktens bilag 1 (kravspecifikation) alene må udfyldes en pris pr. felt.

Af det af Adam fremsendte tilbud fremgår følgende af bilag 1, der indeholder priser for øvrige omkostninger og priser for opmagasinering af bohave:

Pkt. 2.4 vedr. shuttle service:

Der er angivet en pris som pris/m³, hvilket burde være en fast pris. Det vurderes som et forbehold overfor et grundlæggende element i udbudsmaterialet (prisstrukturen), hvilket medfører ukonditionsmæssighed.

Udenrigsministeriet vurderer således, at tilbuddet fra Adam er ukonditionsmæssigt, og tilbuddet er derfor ikke blevet taget i betragtning.«

Indklagede har vedrørende Crown Worldwide ApS oplyst, at indklagede ved gennemgangen af prækvalifikationsansøgningen fra Crown Worldwide ApS konstaterede, at det fremsendte regnskab ikke relaterede sig til prækvalifikationsansøgeren Crown Worldwide ApS, men til Crown Worldwide Holdings Ltd., og at indklagede på baggrund af prækvalifikationsansøgningen ikke umiddelbart fandt det godtgjort, at Crown Worldwide ApS i den forbindelse kunne råde over de økonomiske ressourcer, der relaterer sig til Crown Worldwide Holdings Ltd., f.eks. ved at fremlægge dokumentation for Crown Worldwide Holdings Ltd.'s forpligtelse over for Crown Worldwide ApS.

Indklagede konstaterede endvidere, at det ikke klart fremgik af den vedlagte referenceliste, om de angivne referencer alle relaterede sig til opgaver udført af Crown Worldwide ApS. Hvis dette ikke var tilfældet, var det ikke godtgjort over for indklagede, at Crown Worldwide ApS i den forbindelse rådede over de angivne referencer, f.eks. ved at fremlægge dokumentation for, at de selskaber, der har udført de opgaver, der lå til grund for referencerne, har forpligtet sig over for Crown Worldwide ApS.

Indklagede lod Crown Worldwide ApS berigtige de ovenstående forhold i medfør af § 12 i bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Ved brev af 19. oktober 2011 til indklagede oplyste Crown Worldwide Holdings Ltd. således følgende om Crown Worldwide ApS' adgang til at kunne råde over Crown Worldwide Holding Ltd.'s ressourcer, herunder i relation til det for prækvalifikationen opstillede mindstekrav om positiv egenkapital:

»We undersigned, Crown Worldwide Holdings Ltd., being the holding company of Crown Worldwide ApS, will provide any necessary financial support to enable Crown Worldwide ApS to continue to trade and to meet their commitments as and when they fall due".

"Crown worldwide Group is a privately held organization. The group and also hereby Crown Worldwide ApS operates is business under the brands Crown Relocations, Crown Logistics, Crown Records Management, Crown Fine Arts, and Crown Wine Cellars.

This letter of support will remain effective until termination in writing by Crown Worldwide Holdings Ltd.«

Indklagede anså herefter de rejste spørgsmål for afklarede. Indklagede har oplyst, at der blev givet samme mulighed for at berigtige sådanne forhold til de øvrige prækvalifikationsansøgere, der heller ikke i tilstrækkeligt omfang havde godtgjort, at de kunne råde over andre enheders ressourcer til brug for opfyldelsen af de i udbudsbekendtgørelsen stillede krav til økonomisk og teknisk kapacitet.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klagerens tilbud er i overensstemmelse kravene i udbudsmaterialet, og at indklagede derfor har været uberettiget til at se bort fra klagerens tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har været ikke bare berettiget, men også forpligtet til at afvise klagers tilbud som ukonditionsmæssigt som følge af, at klagers tilbud ikke er afgivet i overensstemmelse med kravene i udbudsmaterialet, og fordi klagers prisangivelse må betragtes som et forbehold mod et grundlæggende element i udbudsmaterialet, nemlig den af indklagede valgte prisstruktur.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke har haft mulighed for at berigtige den fejlagtige regnskabsfremlæggelse i medfør af § 12 i implementeringsbekendtgørelsen, idet der ikke, som krævet efter § 12 i bekendtgørelsen, har været tale om indhentelse af supplerende oplysninger. Indklagede har derimod indhentet helt nye, grundlæggende oplysninger til brug for vurderingen af Crown Worldwide ApS' egnethed til at kunne løse opgaven.

Der er ikke i Crown Worldwide ApS' anmodning om prækvalifikation fremlagt regnskabsoplysninger for virksomheden selv, og det var ikke i anmodningen anført, at Crown Worldwide ApS kunne råde over Crown Worldwide Holdings Ltd.'s ressourcer. Crown Worldwide ApS har derfor ikke levet op til indklagedes udbudsbetingelser.

Klageren har videre gjort gældende, at når i det i erklæringen fra Crown Worldwide Holdings Ltd. anføres, at »this letter of support will remain effective until termination in writing by Crown Worldwide Holdings Limited«, har selskabet taget det væsentlige forbehold for sin indeståelse, at Crown Worldwide Holdings Ltd. ensidigt og til hver en tid kan trække sin indeståelse tilbage. Crown Worldwide Holdings Ltd. har derfor ikke reelt stillet sin økonomiske formåen til rådighed for hele kontraktperioden.

Endelig har klageren gjort gældende, at det hverken direkte eller indirekte af erklæringen fra Crown Worldwide Holdings Ltd. kan udledes om referencerne i ansøgningen hidrører fra Crown Worldwide ApS, Crown Worldwide Holdings Ltd. eller en tredje virksomhed, eller om Crown Worldwide Holdings Ltd. eller en anden virksomhed stiller sin faglige og/eller tekniske formåen til rådighed for Crown Worldwide ApS. Det fremgår derimod alene, at Crown Worldwide Holdings Ltd. stiller »financial support« til rådighed for Crown Worldwide ApS.

Indklagede var derfor forpligtet til at afvise ansøgningen om prækvalifikation fra Crown Worldwide ApS.

Indklagede har gjort gældende, at implementeringsbekendtgørelsens § 12 omfatter alle tilfælde, hvor en berigtigelse af formelle fejl og mangler kan ske uden at krænke ligebehandlingsprincippet eller forhandlingsforbuddet, og at § 12 supplerer og uddyber, at der ved begreberne »uddybning« og »supplering« i udbudsdirektivets artikel 51 også ligger en mulighed for at rette op på fejl eller mangler af ufuldstændig dokumentation i en ansøgning.

Den berigtigelse, som indklagede lod Crown Worldwide ApS foretage, ligger i kerneområdet for de tilfælde, som implementeringsbekendtgørelsen er rettet mod at skulle omfatte. Herudover har indklagede gjort gældende, at der ikke er givet Crown Worldwide ApS mulighed for at forbedre sin prækvalifikationsansøgning og dermed opnå en uberettiget fordel i forhold til de øvrige prækvalifikationsansøgere, idet berigtigelsen alene vedrører formelle forhold, der ikke berører den materielle vurdering af ansøgningerne.

Indklagede en videre gjort gældende, at det af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.2) fremgår, at ansøgeren, for så vidt angår spørgsmålet om økonomisk og finansiell kapacitet, kan basere sig på andre virksomheders formåen, og at ansøgeren i så tilfælde skal godtgøre, at ansøgeren råder over de nødvendige ressourcer, men at der således ikke er stillet krav om en specifik form for dokumentation eller særlige indholdsmæssige krav til denne dokumentation i udbudsbekendtgørelsen.

Det er efter udbudsdirektivets art. 47, stk. 2, den ordregivende myndighed, der afgør, hvorvidt tjenesteyderen forekommer egnet på grundlag af de opregnede kriterier, og der må således i forbindelse med egnethedsvurderingen overlades ordregiver et vidt skøn, der alene er begrænset af udbudsbekendtgørelsens ordlyd og tilfælde, hvor der er udøvet et åbenbart urigtigt skøn.

Crown Worldwide Holdings Ltd. har klart og utvetydigt tilkendegivet et løfte. Det gør ikke nogen forskel på denne utvetydige løftevirkning, at Crown Worldwide Holdings Ltd. har indlagt en opsigelsesadgang i støtteerklæringen. En sådan opsigelsesadgang er en naturlig og sædvanlig bestemmelse, der alene tilsigter at undgå en tidsubestemt løftevirkning af den afgivne erklæring. Hertil kommer, at støtteerklæringen er afgivet netop med

henblik på at demonstrere, at Crown Worldwide ApS kunne prækvalificeres. Der bør således anlægges en fortolkning, hvorefter Crown Worldwide Holdings Ltd. ikke tillægges en intention om at tilbagekalde løftevirkningen i kontraktperioden. En sådan fortolkning ville stride mod erklæringens øvrige ordlyd, og de omstændigheder hvorunder den er afgivet.

På samme måde som vedrørende økonomisk og finansiell formåen, kan ansøgere om prækvalifikation i forhold til teknisk og faglig formåen, basere sig på andre enheders formåen uden derved at overtræde udbudsreglerne. Crown Worldwide Holdings Ltd.'s erklæring skal læses på baggrund af indklagedes anmodning om berigtigelse både vedrørende økonomisk og finansiell formåen og teknisk formåen, og der må i forbindelse med prækvalifikationen overlades ordregiver et vidt skøn for, hvorvidt en i udbudsbekendtgørelsen tilladt dokumentation er fyldestgørende.

Det kan således ikke kritiseres, at indklagede på baggrund af en helhedsvurdering af den fremsendte støtteerklæring skønnede, at de af Crown Worldwide ApS fremlagte referencer relaterede sig til Crown Worldwide ApS eller at Crown Worldwide ApS under alle omstændigheder kunne råde over de i referencelisten angivne referencer, og indklagede var følgelig ikke forpligtet til at afvise Crown Worldwide ApS' anmodning om prækvalifikation.

Indklagede har endelig gjort gældende, at referencelisten ikke konkret havde betydning for egnethedsvurderingen i forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt Crown Worldwide ApS skulle prækvalificeres, da der ikke er opstillet mindstekrav for referencer, i modsætning til hvad der var gældende under udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.2) vedrørende økonomisk og finansiell kapacitet.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at de tilbudte priser for hver enkelt destination tillægges en individuel vægt – en »vægtfaktor« – der afspejler den flyttefrekvens og flytteaktivitet, der forventes til den pågældende destination. Når denne faktor indregnes i vurderingen, vægtes priserne reelt med en anden vægt end oplyst i udbudsmaterialet.

Indklagede har gjort gældende, at de angivne vægtfaktorer, som det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 4 og bilaget til udbudsbetingelserne, alene er et udtryk for den indbyrdes vægtning mellem destinationerne under hvert enkelt punkt, og således i praksis blot et udtryk for indklagedes estimering af sit forbrug. Disse punkter udgør, således som det er angivet i udbudsmaterialet, de faktorer der skal indgå i den samlede (del)pris. Det er denne samlede (del)pris, der bliver vægtet med den af indklagede angivne vægtning til de yderligere delkriterier, mens vægtfaktoren som angivet under hvert enkelt punkt i tilbudslisten ikke relaterer sig til vægtningen af underkriteriet.

Indklagede har således anvendt den i udbudsmaterialet beskrevne fremgangsmåde ved beregningen af den samlede delpris, der efterfølgende er vægtet i overensstemmelse med den angivne vægtning af de enkelte yderligere delkriterier.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at det af pkt. 4.1 i udbudsbetingelserne for delaftale 1 til 3 følger, at kontrakter på rammeaftalen vil blive tildelt ved direkte tildeling efter den såkaldte kaskademodel.

Det er i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, nr. 1, jf. udbudsdirektivets artikel 1, nr. 5, jf. 11. betragtning til udbudsdirektivets præambel, at tildele kontrakter på flytning mellem destinationer ved direkte tildeling, når alle vilkår ikke er endeligt fastlagt i rammeaftalen, men i stedet for afhænger af en individuel forhandling mellem Indklagede og leverandøren.

Indklagede har bestridt, at indklagede har udbudt rammeaftalen i strid med udbudsdirektivets art. 32, stk. 4, ved ikke at fastsætte alle vilkår for tildeling af kontrakten ved direkte tildeling.

Det fremgår af rammekontraktens pkt. 6, at aftalen udbydes efter en »kaskademodel«, og at en sådan model anvendes ved direkte tildeling til flere leverandører efter udbudsdirektivets art. 32, stk. 4. Det fremgår således klart af rammekontraktens pkt. 6, hvordan leverandøren vælges til de konkrete opgaver. Det er korrekt, at det fremgår af rammekontraktens pkt. 8, at for destinationer uden for Danmark, der ikke direkte er angivet i underbilag 1A, fastsættes prisen ved »individuel aftale«. Anvendelsen af begrebet »in-

dividuel aftale« er set i bakspejlet ikke velvalgt, idet faktum er, at prisfastsættelsen i sådanne situationer, som det fremgår af rammekontraktens pkt. 8, ikke er fri, men skal følge den i rammekontrakten bestemte fremgangsmåde. Prisfastsættelsen sker således på forhånd fastsatte vilkår, og der er ikke mulighed for reel forhandling af prisen.

Indklagede har gjort gældende, at den omstændighed, at alle vilkår skal være fastsat, når der udbydes en rammekontrakt i overensstemmelse med udbudsdirektivets art. 32, stk. 4, ikke betyder, at der skal være tale om at prisen i alle tilfælde skal være angivet som bestemte og på forhånd fastsatte beløb.

Der er ikke i kontrakten lagt op til, at der skal forhandles om prisen, men i stedet til at leverandøren blot skal fremsende sin regning. Såfremt der havde været tale om en reel forhandlingsmulighed, ville kontrakten have afspejlet dette ved at have indlagt en bestemmelse om forhandlingsprocessen, hvilket ikke er tilfældet. Indklagede har således ingen kontraktuel mulighed for at øve indflydelse på prisen, der er fastlagt på forhånd ved angivelse af en objektiv beregningsmetode.

Ad påstand 5 og 6

Klageren har gjort gældende, at indklagede har overtrådt udbudsreglerne så groft, at indklagede skal pålægges en lovliggørelse, subsidiært at klagenævnet skal annullere tildelingsbeslutningen.

Indklagede har gjort gældende, at ikke har handlet i strid med de udbudsretlige regler, og der er derfor intet grundlag for et påbud om lovliggørelse eller for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Indklagede har endvidere gjort gældende, at der, selv hvis klager helt eller delvist skulle få medhold i sine klagepunkter, ikke har været tale om alvorlige eller grove overtrædelser af udbudsreglerne.

Klagenævnet udtaler:

Ved kendelse af 31. januar 2012 traf klagenævnet afgørelse om, at klagen ikke skulle tillægges opsættende virkning. Klagenævnet udtalte i den forbindelse bl.a. følgende:

»...

Vedrørende betingelse nr. 1 (»*fumus boni juris*«) bemærker klagenævnet, at klagerens prisangivelser i bilag 1 vedrørende shuttle service skal anses som forbehold mod et grundlæggende element i udbudsmaterialet, nemlig den af indklagede valgte prisstruktur. Klagerens tilbud er derfor ikke afgivet i overensstemmelse med kravene i udbudsmaterialet, og indklagede har allerede derfor været berettiget og forpligtet til at afvise klagers tilbud som ukonditionsmæssigt. Det kan således ikke forventes, at klageren vil få medhold i sin påstand 1.

...«

Ad påstand 1:

Af de i kendelsen af 31. januar 2012 anførte grunde, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 2:

Støtteerklæringen fra Crown Worldwide Holdings Ltd. har efter sit indhold virkning, indtil Crown Worldwide Holdings Ltd. erklærer, at erklæringen ikke længere skal have virkning. Erklæringen kan derfor ikke reelt afhjælpe de mangler, som indklagede konstaterede i Crown Worldwide ApS' ansøgning om prækvalifikation.

Påstanden tages allerede derfor til følge.

Ad påstand 3:

De vægtfaktorer, som fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 4 og bilaget til udbudsbetingelserne, er alene et udtryk for den indbyrdes vægtning mellem destinationerne under hvert enkelt punkt, og således et udtryk for indklagedes estimering af sit forbrug.

Der er herefter ikke grundlag for en antagelse om, at indklagede ikke har anvendt den i udbudsmaterialet beskrevne fremgangsmåde ved beregningen af den samlede delpris, eller ikke efterfølgende har vægtet denne i overensstemmelse med den angivne vægtning af de enkelte yderligere delkriterier.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4:

Af rammekontraktens pkt. 8 fremgår for destinationer uden for Danmark, der ikke direkte er angivet i underbilag 1A, at prisen fastsættes ved »individueel aftale«. Klagenævnet er enig med indklagede i, at udtrykket »individueel aftale« ikke er velvalgt. Udtrykket kan give anledning til antagelser om, at der i de omhandlede situationer, kan ske tildeling af kontrakter i strid med udbudsdirektivets art. 32.

Når bestemmelsen læses i sammenhæng med de øvrige kontraktbestemmelser, fremgår det, at der ikke skal ske en forhandling om prisen, men at leverandøren i stedet skal fremsende sin regning, og at indklagede ingen mulighed har for at øve indflydelse på prisen, der er fastlagt på forhånd ved angivelse af en objektiv beregningsmetode.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5 og 6:

Når henses til, at klageren ikke kunne forventes at få tildelt en aftale med Udenrigsministeriet som følge af manglerne ved klagerens tilbud, tages påstand 5 ikke til følge.

Efter karakteren af den konstaterede overtrædelse af udbudsbestemmelserne, tages påstand 6 til følge.

Herefter bestemmes:Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at prækvalificere Crown Worldwide ApS, uagtet at denne virksomhed ikke opfyldte mindstekravet om positiv egenkapital.

Indklagedes beslutning af 22. december 2011 om at prækvalificere Crown Worldwide ApS annulleres.

Indklagede, Udenrigsministeriet, skal i sagsomkostninger til klageren, Adams Transport Co ApS, betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1 og påstand 3 - 5.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Mette Frimodt Hansen
fuldmægtig