

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Jørgen Egholm, Niels Henriksen)

J.nr.: 2009-0020290

24. februar 2010

K E N D E L S E

Atea A/S

(advokat Lotte Hummelshøj, København)

mod

Økonomistyrelsen.

(Kammeradvokaten ved advokat Tom Holsøe)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 125-182001 af 26. juni 2009 udbød Økonomistyrelsen som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EU-udbudsdirektivet) en 2-årig rammeaftale med option på forlængelse i op til to gange et år vedrørende indkøb af antivirusprogrammel til pc-klienter og servere til en anslået værdi af mellem 54 mio. kr. og 108 mio. kr.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 5. august 2009 havde 14 virksomheder, heriblandt Atea A/S, anmodet om prækvalifikation.

Den 4. september 2009 besluttede Økonomistyrelsen at prækvalificere seks virksomheder og afvise otte virksomheder som ukonditionsmæssige, heriblandt Atea A/S. Ansøgerne modtog begrundede meddelelser herom ved breve af samme dato.

Den 24. september 2009 indgav klageren, Atea A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Økonomistyrelsen. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 9. oktober 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillæg-

ge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 samt det EU-udbudsretlige proportionalitetsprincip ved den 4. september 2009 at beslutte at afvise klagerens anmodning om at blive prækvalificeret med den begrundelse, at klageren ikke opfyldte de fastsatte mindstekrav til teknisk kapacitet, idet de anførte referencer i prækvalifikationsanmodningen ikke som krævet var leveret i løbet af det seneste år, uagtet at de referencer, som var beskrevet i klagerens anmodning, opfyldte dette mindstekrav.

Påstand 2:

Klagenævnet skal pålægge indklagede at annullere udbuddet.

Påstand 3 (subsidiær til påstand 2):

Klagenævnet for Udbud skal annullere indklagedes beslutning af 4. september 2009 om at afvise klagerens anmodning om prækvalifikation.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3) lyder:

»Teknisk kapacitet:

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: Oversigt over de betydeligste leverancer af de i punkt II.1.5 beskrevne varer og tjenesteydelser udført i løbet af de seneste tre år, afhængigt af hvornår den økonomiske aktør blev etableret eller startede sin virksomhed. Såfremt virksomheden baserer sig på andre enheders formåen, skal virksomheden godtgøre, at virksomheden råder over de ressourcer, der er nødvendige for kontraktens udførelse, f.eks. ved at fremlægge dokumentation for disse enheders tilsagn om at stille de nødvendige ressourcer til rådighed for virksomheden.

Ved sammenslutning af leverandører (f.eks. et konsortium) skal oplysningerne om referencer gives for hver enkelt leverandør.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Som mindstekrav kræves det, at ansøger dokumenterer at have leveret samtlige nedenstående leverancer i løbet af det seneste år:

1. Mindst 5 leverancer (såvel nysalg som vedligehold af sikkerhedsbeskyttelsen til eksisterende kunder) bestående af antivirusprogrammel installeret på mindst 500 pc-klienter og/eller servere.
2. Mindst 1 leverance bestående af support til enten installation, fejlsøgning eller optimering af antivirusprogrammel til mindst 500 pc-klienter og/eller servere.

Reserverede kontrakter:

Nej.«

Udbudsbekendtgørelsens punkt IV.1.2) lyder:

»Begrænsning af det antal økonomiske aktører, som vil blive opfordret til at afgive tilbud eller deltage:

Planlagt antal økonomiske aktører 6

Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal kandidater: Begrænsning af ansøger, der opfordres til at afgive tilbud, vil ske ved vurdering af hvilke ansøgere der.

(A) har dokumenteret den største samlede omsætning med særlig vægt på omsætningen inden for de varer og tjenesteydelser, som kontrakten vedrører,

(B) har dokumentation for de mest relevante og omfattende leverancer af de varer og tjenesteydelser, som kontrakten vedrører (leverancer til virksomheder, der opretholder et højere sikkerhedsniveau grundet personfølsomme og/eller fortrolige data, vil blive vurderet mere relevante) og

(C) har den bedste soliditet opgjort på grundlag af størrelsen af ansøgers soliditetsgrad sammenholdt med udviklingen heri.«

Ansøgningerne om prækvalifikation skulle udfyldes elektronisk.

I den fortrykte tekst, punkt D1, til den elektroniske prækvalifikationsansøgning hedder det:

»Ordregiver ser gerne, at oversigten for hver leverance indeholder navn på kunden, en kort beskrivelse af ydelsen, ydelsens omfang (herunder antal pc-klienter/servere), ydelsens værdi og leveringstidspunkt. Opmærksomheden henl[e]des i den forbindelse på udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3, hvorefter det som mindstekrav kræves, at ansøger som minimum skal have leveret samtlige nedenstående leverancer i løbet af det seneste år:

1. Mindst 5 leverancer (såvel nysalg som vedligehold af sikkerhedsbeskyttelsen til eksisterende kunder) bestående af antivirusprogrammel installeret på mindst 500 pc-klienter og/eller servere.

2. Mindst 1 leverance bestående af support til enten installation, fejl-søgning og optimering af antivirusprogrammel til mindst 500 pc-klienter og/eller servere.

(Bemærk, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt IV.1.2, at ved begrænsning af det antal, som vil blive opfordret til at afgive tilbud, vil leverancer til virksomheder, der opretholder et højere sikkerhedsniveau grundet personfølsomme og/eller fortrolige data, blive vurderet mere relevante.)«

I klagerens anmodning om prækvalifikation har klageren angivet 12 referencer. Leverancerne er beskrevet fx således:

»Beskæftigelsesministeriets IT-BIT:2.000 licenser af PC/server.
Aftalen indeholder licenser og software vedligehold. Atea leverer support 24/7...«

Udtrykket »Atea leverer support 24/7...« er gentaget ud for alle tolv referencer.

Ved brev af 4. september 2009 meddelte indklagede, at klagerens ansøgning ikke var taget i betragtning. Det hedder i brevet bl.a.:

»I udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.3) ("teknisk kapacitet") fremgår det, at ansøger som mindstekrav for at deltage skal dokumentere "...at have leveret samtlige nedenstående leverancer i løbet af det seneste år:

1. Mindst 5 leverancer (såvel nysalg som vedligehold af sikkerhedsbeskyttelsen til eksisterende kunder) bestående af antivirusprogrammel installeret på mindst 500 pc-klienter og/eller servere.
2. Mindst 1 leverance bestående af support til enten installation, fejl-søgning eller optimering af antivirusprogrammel til mindst 500 pc-klienter og /eller servere. " (Økonomistyrelsens understregning)

I Atea's anmodnings punkt D1 nævnes 12 leverancer, hvor kundenavn og antallet af licenser blandt andet angives.

Det fremgår ikke, jf. udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.3), 1. pind og 2. pind, om leverancerne er leveret i løbet af det seneste år, da det ikke i ansøgningen er angivet, hvornår leverancerne har fundet sted.

Økonomistyrelsen har som følge heraf ikke kunne konstatere, at Atea har leveret de krævede leverancer "i løbet af det seneste år". Økonomistyrelsen har som konsekvens heraf ikke taget ansøgningen fra Atea i

betragtning, da betingelsen for deltagelse i henhold til udbudsbekendtgørelsen pkt. III.2.3) ikke er dokumenteret at være overholdt.«

Efter modtagelsen af indklagedes brev af 4. september 2009 fremsendte klageren på ny referencelisten, nu med tilføjelsen »(2009)« efter hver kundeangivelse og med tilføjelsen af følgende sætning:

»Alle ovenstående leverancer er leveret indenfor det seneste år«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har i første række gjort gældende, at det var umiddelbart objektivt konstaterbart, at klagerens ansøgning opfyldte samtlige udvælgelseskriterier, uanset at klageren ikke ud for beskrivelsen af hver reference havde angivet, at den var leveret inden for det seneste år. Klageren havde ikke taget forbehold for kravet om, at leveringerne skulle være sket inden for det seneste år. Det er en grov overtrædelse af ligebehandlingsprincippet at afvise klagerens ansøgning og samtidig acceptere en ansøgning fra McAfee, hvor det mindre tydeligt end af klagerens ansøgning fremgik, at leverancerne var leveret inden for det seneste år. Klageren har i alle tilfælde anvendt nutidsform (...leverer...indeholder...). I anden række har klageren gjort gældende, at klagerens undladelse af at angive, hvilken periode hver enkelt reference vedrørte, er en så beskeden »fejl«, at det ikke burde føre til afvisning af klagerens ansøgning om prækvalifikation. Det vil således ikke udgøre en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet at søge forholdet bedre oplyst.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede var forpligtet – og under alle omstændigheder berettiget – til at afvise klagerens ansøgning om prækvalifikation, idet indklagede ikke på baggrund af de oplysninger, som klageren havde afgivet i sin ansøgning, kunne konstatere, at klageren opfyldte det tekniske mindstekrav i udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3) for at deltage i udbuddet. Klageren har således for at dokumentere, at mindstekravet var opfyldt, selv set sig nødsaget til efterfølgende at fremsende en ny oversigt over referencer. Indklagede er imidlertid afskåret fra at tage disse oplysninger i betragtning. Klageren oplyste således – i modsætning til McAfee - ikke i forbindelse med ansøgningen leveringstidspunkterne og angav ikke på anden vis, hvornår leverancerne havde fundet sted. Der gælder ikke en for-

håndsformodning for, at en ansøger har opfyldt et stillet mindstekrav. Udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3) og det elektroniske ansøgningsskema er helt klart.

Ad påstand 2 og 3

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet som følge af overtrædelsen skal annullere udbuddet, subsidiært annullere indklagede beslutning af 4. september 2009 om ikke at prækvalificere klageren.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstandene til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Kirsten Thorup og Jørgen Egholm udtaler:

I Udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.3) anføres som »Mindstekrav til det niveau, der *muligvis* kræves« (Klagenævnets kursivering), at ansøgerne skal dokumentere, at en række leverancer skal være leveret i løbet af det seneste år. I den elektroniske ansøgningsformular er anført: »Ordregiver *ser gerne*, at oversigten indeholder.....leveringstidspunkt« (Klagenævnets kursivering).

Klageren har udfyldt den elektroniske ansøgningsformulars punkt D1, »Oversigt over de betydeligste lignende leverancer« med angivelse af det tilstrækkelige antal leverancer. Udtrykket »ser gerne« indebærer ikke et krav om, at leveringstidspunktet angives. Når en tilbudsgiver udfylder en rubrik, der er beregnet til angivelse af bestemte oplysninger, i dette tilfælde leverancer i løbet af det seneste år, med det ønskede antal leverancer, og når der som i det foreliggende tilfælde ikke er fastsat krav om angivelse af, på hvilket nærmere tidspunkt leverancen er leveret, følger det af en simpel ordlydsfortolkning, at de anførte leverancer alle er leveret i løbet af det seneste år. Det følger da også af den anvendte sprogbrug (fx »Atea leverer...«).

Indklagede har derfor ikke været berettiget til at afvise klagerens ansøgning om prækvalifikation med den begrundelse, at klageren ikke opfyldte de fastsatte mindstekrav til teknisk kapacitet, idet de anførte referencer i præ-

kvalifikationsanmodningen ikke som krævet var leveret i løbet af det seneste år.

Vi stemmer derfor for at tage påstand 1 til følge.

Niels Henriksen udtaler:

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3), at ansøgerne skulle dokumentere »Teknisk kapacitet« ved oplysning om leverancer af et nærmere bestemt omfang *i løbet af det seneste år*. Klagerens ansøgning om prækvalifikation indeholder det tilstrækkelige antal referencer, men det er ikke som krævet dokumenteret, at leverancerne hidrører fra det seneste år. At klageren ikke havde taget forbehold for udbudsbetingelserne, fører ikke til, at indklagede skulle se bort fra den manglende oplysning og gå ud fra, at leverancerne alle var fra det seneste år. Indklagede var derimod forpligtet til at se bort fra ansøgningen, idet indklagede ikke kunne have rettet henvendelse til klageren med henblik på fremsendelse af de manglende oplysninger uden at handle i strid med ligebehandlingsprincippet.

Jeg stemmer derfor for ikke at tage påstanden til følge.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet.

Ad påstand 2 og 3

Det følger af det anførte, at påstand 3 tages til følge, således at indklagedes beslutning om at afvise klagerens anmodning om prækvalifikation med den begrundelse, at klageren ikke opfyldte de fastsatte mindstekrav til teknisk kapacitet, idet de anførte referencer i prækvalifikationsanmodningen ikke som krævet var leveret i løbet af det seneste år, annulleres.

Klagenævnet har ikke grundlag for at tage stilling til, om indklagede, der som anført i udbudsbekendtgørelsen har begrænset antallet af økonomiske aktører til seks og prækvalificeret et tilsvarende antal virksomheder, i stedet for en af disse skulle have prækvalificeret klageren.

Der er heller ikke i øvrigt grundlag for at annullere udbuddet.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 samt det EU-udbudsretlige proportionalitetsprincip ved den 4. september 2009 at beslutte at afvise klagerens anmodning om at blive prækvalificeret med den begrundelse, at klageren ikke opfyldte de fastsatte mindstekrav til teknisk kapacitet, idet de anførte referencer i prækvalifikationsanmodningen ikke som krævet var leveret i løbet af det seneste år, uagtet at de referencer, som var beskrevet i klagerens anmodning, opfyldte dette mindstekrav.

Indklagedes beslutning om at afvise klagerens anmodning om prækvalifikation med den begrundelse, at klageren ikke opfyldte de fastsatte mindstekrav til teknisk kapacitet, idet de anførte referencer i prækvalifikationsanmodningen ikke som krævet var leveret i løbet af det seneste år, annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 2.

Indklagede, Økonomistyrelsen, skal til klageren, Atea A/S, i sagsomkostninger betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Helle Seidelin
kontorfuldmægtig