

K E N D E L S E

Eurofins Danmark A/S
(selv)

mod

Ringkøbing Amt
(advokat Erik Hørlyck, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse af 2. juni 2003 udbød Ringkøbing Amt som offentligt udbud efter direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ændret ved direktiv 97/52 (Tjenesteydelsesdirektivet) tjenesteydelsen laboratorieanalyser og prøvetagning inden for områderne grundvand, fersk og marint overfladevand, spildevand, luft samt kemisk og hygiejnisk tilsyn med svømmebade i Ringkøbing Amt for perioden 2004 - 2006.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 15. august 2003 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. Steins Laboratorium A/S
2. Eurofins Danmark A/S
3. Analycen A/S
4. Milana A/S.

Den 16. september 2003 besluttede indklagede at afvise tilbudet fra nr. 2, 3 og 4. Den 15. oktober 2003 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Steins Laboratorium A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 24. oktober 2003.

Den 14. november 2003 indgav klageren, Eurofins Danmark A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Ringkjøbing Amt. Klagen har været behandlet på et møde den 9. februar 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets ligebehandlingsprincip ved at afvise tilbudet fra klageren med den begrundelse, at klagerens tilbud ikke var vedlagt serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som foreskrevet i udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.1.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 15. oktober 2003 om at indgå kontrakt med Steins Laboratorium A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

I udbudsbetingelsernes punkt »3.9. Tildelingskriterier« var det fastsat, at tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med følgende underkriterier:

- (a) Prisen 60 %
- (b) Kvalitet 40 %

Klageren havde ved en fejl alene vedlagt sit tilbud en erklæring af 11. juni 2003 fra Told og Skat Østjylland med betegnelsen »Serviceattest - oplysning om restanceforhold« i stedet for den foreskrevne attest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Det er oplyst, at en medarbejder hos indklagede den 21. august 2003 rettede telefonisk henvendelse til klageren for at gøre opmærksom på, bl.a. at klageren ikke havde medsendt en attest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Senere samme dag rettede den pågældende medarbejder hos indklagede på ny telefonisk henvendelse til klageren og oplyste, at det ville tage ca. en uge

for klageren at få attesten fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og at indklagede ville acceptere denne udsættelse. Den manglende attest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen blev modtaget hos indklagede den 29. august 2003.

Udbudsbekendtgørelsen af 2. juni 2003 indeholder følgende:

»Del III: Retlige, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger

.....

III.2. Betingelser for deltagelse

III.2.1. Oplysninger om leverandørens/entreprenørens/tjenesteyderens egne forhold og de nødvendige oplysninger og formaliteter til vurdering af den krævede minimumskapacitet af økonomisk, finansiell og teknisk art.

III.2.1.1. Retlig situation – krævet dokumentation

Serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller anden fuldgældig dokumentation for, at tjenesteyderen ikke befinder sig i nogen af de i artikel 29, stk. 1 a), b), c), e) og f) nævnte situationer.«

I skrivelse af 16. september 2003, hvorved indklagede meddelte klageren, at indklagede havde besluttet at afvise klagerens tilbud, hedder det:

»Vi takker for Deres tilbud, men må med beklagelse meddele, at da De ikke rettidigt har opfyldt kravet i udbudsbekendtgørelsens afsnit III.2.1.1. om fremsendelse af serviceattest fra Erhvervs- & Selskabsstyrelsen, har vi ikke mulighed for at tage Deres tilbud i betragtning.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke var berettiget til at afvise tilbudet fra klageren, selvom den pågældende attestation ikke var vedlagt tilbudet ved tilbudets aflevering hos indklagede og ikke nåede at blive afleveret inden fristens udløb den 15. august 2003. Klageren har herved henvist til, at Tjenesteydelsesdirektivets artikel 34 sammenholdt med artikel 29 giver de ordregivende myndigheder mulighed for netop vedrørende den kvalitative udvælgelse af tilbudsgiverne at anmode tilbudsgiverne om at supplere eller uddybe den fremlagte dokumentation, og at indklagede med

fremlæggelsen af erklæringen af 11. juni 2003 fra Told og Skat Østjylland havde fremlagt en dokumentation, som indklagede imidlertid ikke fandt fyldestgørende og derfor ønskede suppleret. Klageren har endvidere henvist til, at en accept fra indklagedes side af, at klageren inden for ca. 2 uger fra 21. august 2003 kunne fremsende den manglende attestation fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, ikke ville have forsinket indklagedes beslutning om, hvem der skulle indgås kontrakt med, da indklagede straks kunne være gået i gang med at evaluere alle tilbudene, og da indklagedes afgørelse faktisk først blev truffet væsentlig mere senere end 14 dage efter den 21. august 2003, nemlig først den 15. oktober 2003. Heller ikke i relation til den valgte tilbudsgivers mulighed for at indrette sig på at skulle påbegynde kontraktsforholdet den 1. januar 2004 ville der have været problemer, idet beslutningen om indgåelse af kontrakt som anført alligevel først blev truffet den 15. oktober 2003. Klageren har endvidere gjort gældende, at klagerens beslutning om at afvise de 3 tilbud, således at der kun var eet tilbud tilbage, afskærer den lige og uhindrede konkurrence, som er formålet med Tjenesteydelsesdirektivet, og at klagerens fremgangsmåde således er i strid med Tjenesteydelsesdirektivets formål og med Tjenesteydelsesdirektivets ånd, jf. herved Tjenesteydelsesdirektivets præambel 18, hvorefter direktivet tilsigter at »afskaffe enhver praksis, der er konkurrencebegrænsende i almindelig«.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede var såvel berettiget som forpligtet til at afvise tilbudet fra klageren, fordi klagerens tilbud ikke som foreskrevet i udbudsbekendtgørelsen var vedlagt en attestation fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller anden fuldgældig dokumentation. Indklagede har endvidere gjort gældende, at indklagede ved ikke at afvise klagerens tilbud ville have handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip i forhold til den tilbudsgiver, som havde overholdt udbudsbekendtgørelsen på dette punkt, og at indklagede endvidere ved ikke at afvise tilbudet fra klageren men afvise de to andre tilbud, som heller ikke var vedlagt attestation fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, ville have handlet i strid med EU- udbudsrettens ligebehandlingsprincip i forhold til de to andre tilbudsgivere. Indklagede har endvidere gjort gældende, at bestemmelsen i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 34 alene giver de ordregivende myndigheder mulighed for at anmode tjenesteyderne om at supplere eller uddybe »den fremlagte dokumentation«, men ikke mulighed for at anmode tjenesteyderne om at fremsende manglende dokumentation.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagedes overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivet er væsentlig og har haft afgørende betydning for udbudets forløb og afgørende betydning for klageren som tilbudsgiver, og at Klagenævnet således har grundlag for at annullere indklagedes beslutning om indgåelse af kontrakt med Steins Laboratorium A/S.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Bestemmelsen i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 34 kan ikke antages at give de ordregivende myndigheder ret til – i strid med ligebehandlingsprincippet – at undlade at afvise tilbud, som ikke opfylder de krav, der vedrørende kriterierne for kvalitativ udvælgelse er fastsat i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Bestemmelsen kan alene antages at give de ordregivende myndigheder ret til at afkræve virksomheder yderligere oplysninger, hvis det viser sig, at de oplysninger, der er krævet i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, ikke er tilstrækkelige til den vurdering, som den ordregivende myndighed ønsker at foretage af de virksomheder, der under et begrænset udbud anmoder om prækvalifikation, eller virksomheder, der under et offentligt udbud afgiver tilbud. Bestemmelsen finder derfor ikke anvendelse på den aktuelle situation.

Fristen for afgivelse af tilbud var i udbudsbekendtgørelsen fastsat til den 15. august 2003, og det var i udbudsbekendtgørelsen fastsat, at tilbudet skulle være vedlagt serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller anden fuldgyldig dokumentation for, at tjenesteyderen ikke befinder sig i nogen af de situationer, der er nævnt i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 29, stk. 1, litra a, litra b, litra c, litra e eller litra f. Da tilbudet fra klageren ikke var vedlagt den krævede dokumentation vedrørende alle disse punkter, og da denne dokumentation heller ikke efterfølgende blev afleveret inden fristens udløb, var indklagede forpligtet til at afvise klagerens tilbud. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Det følger af det, der er anført ad påstand 1, at denne påstand ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1 og påstand 2.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig