

K E N D E L S E

gmp International GmbH
(selv)

mod

Aarhus Kommune
(advokat Tina Braad og advokat Mette Høgh, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 211-555956 af 27. oktober 2021 udbød Aarhus Kommune en projektkonkurrence vedrørende et nyt stadion i Aarhus.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 30. november 2021 havde 42 ansøgere anmodet om prækvalifikation, herunder et team bestående af gmp International GmbH (herefter ”gmp”), Adept ApS og Friis & Moltke A/S.

Den 21. december 2021 besluttede Aarhus Kommune at prækvalificere 6 virksomheder/konsortier. Teamet bestående af gmp, Adept ApS og Friis & Moltke A/S blev ikke prækvalificeret med henvisning til, at gmp ikke levede op til kravene om økonomisk formåen.

Den 10. januar 2022 indgav gmp klage til Klagenævnet for Udbud over Aarhus Kommune. Klagen har været behandlet skriftligt.

gmp har nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise gmp's ansøgning som ikke-konditionsmæssig.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Aarhus Kommune har som betingelse for deltagelse i projektkonkurrencen stillet visse egnethedskrav til ansøgernes økonomiske formåen. Af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.10) fremgår således:

“... ”

The participants in the design contest must meet the following minimum requirements:

- The applicant must have had a pre-tax profit in two of the past three financial years.
- The applicant must have a solvency ratio of a minimum of 20% in the most recently concluded financial year.

...”

Kravene til dokumentation for økonomisk formåen fremgår af udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.3:

“... ”

To the extent a participating applicant bases its application on the skills of sub-consultants, the application for participation must also include:

- 7) A declaration signed by the sub-consultant in question from which it appears that the sub-consultant will make its skills available to the applicant if the contract is awarded to the applicant.”

Til brug for ansøgerne har Aarhus Kommune udarbejdet et prækvalifikationsdokument, der blandt andet indeholder paradigmer for tro- og love-erklæring, konsortieerklæring og støtteerklæring. Af indledningen i prækvalifikationsdokumentet fremgår, at det anbefales at anvende dokumentet med tilhørende paradigmer, men at det ikke er et krav. Endvidere fremgår:

“... ”

To the extent that the applicant wishes that emphasis should be placed on collaborative partners / subconsultants economic or technical capacity in

the prequalification evaluation, the application shall be accompanied by a declaration stating that the partner / subconsultant makes its economic or technical skills available to the applicant in connection with the project. For such partners / subconsultants the application should also be accompanied by the required information listed in contract notice section III.1.10.

The declaration is to be enclosed and must be accompanied by the information required for each partner / subconsultant.

If such information is not included, or is not fully sufficient, for one partner / subconsultant, the application will not necessarily be regarded as non-compliant, but any such failure to include this information may influence the prequalification evaluation process.

...”

Derudover indeholder prækvalifikationsdokumentet et paradigme for støtteerklæringer vedrørende henholdsvis økonomisk formåen og teknisk formåen.

Aarhus Kommune modtog 42 ansøgninger inden for tidsfristen, herunder en ansøgning fra gmp. Ansøgningen var vedlagt støtteerklæringer fra Adept ApS og Friis & Moltke A/S. Støtteerklæringerne vedrører alene den tekniske formåen, og det fremgår af erklæringerne, at Adept ApS og Friis & Moltke A/S som underrådgivere ville støtte gmp ”...in delivering services for architecture...”. Støtteerklæringerne var udarbejdet på baggrund af det paradigme, som Aarhus Kommune havde stillet til rådighed, men for begge støtteerklæringer var den del, der omhandlede økonomisk støtte, slettet.

Som dokumentation for den økonomiske formåen var ansøgningen vedlagt revisorerklæringer indeholdende nøgletal for de tre seneste regnskabsår for gmp, Adept ApS og Friis & Moltke A/S.

Aarhus Kommune har oplyst, at kommunen ved gennemgang af de økonomiske oplysninger i ansøgningen konstaterede, at gmp levede op til kravet om et positivt resultat før skat i 2 af de 3 seneste regnskabsår.

Aarhus Kommune har endvidere oplyst, at selvom de fremsendte revisorerklæringer ikke indeholdt oplysninger om soliditetsgrad, kunne kommunen beregne soliditetsgraden på baggrund af de modtagne oplysninger. Ifølge kommunens beregninger levede gmp ikke op til kravet om en soliditetsgrad på 20 % for det seneste regnskabsår.

Den 9. december 2021 skrev Aarhus Kommune til gmp, at kommunen havde beregnet soliditetsgraden for gmp for det seneste regnskabsår til 14,53 % og anmodede gmp bekræfte, at beregningerne var foretaget korrekt.

Den 10. december 2021 bekræftede gmp, at soliditetsgraden var beregnet korrekt.

Aarhus Kommune rettede herefter den 13. december 2021 igen henvendelse til gmp. Af henvendelsen fremgår:

“ ...
For good measure, please note that a solvency ratio of 14.53% will not make gmp comply with the minimum requirement of a solvency ratio of at least 20%. Consequently, I ask you again to kindly confirm that the solvency ratio has been calculated correctly?
...”

Henvendelsen fra Aarhus Kommune blev besvaret af Friis & Moltke A/S den 14. december 2021. Af svaret fremgår:

” ...
Tak, fordi du gjorde os opmærksom på den fejl, der er opstået i vores ansøgning til prækvalifikation. Vi var af den opfattelse, at vi havde fremsendt dokumentation for, at Adept støttede GMP Architekten med både økonomisk og teknisk kapacitet, da teamet dermed lever op til udbudskravene om 20% soliditetsgrad. Det fremgår tydeligt af fremsendte regnskabstal, at Adept er den eneste i teamet, der kan levere dette (GMP har 14,5% og F&M har 17,7%). Det er en yderst uheldig administrativ fejl, at vi ikke har bemærket, at appendix 3 ikke indeholdt afsnit A, der bekræfter dette forhold.

Vi håber, at I og Aarhus Kommune vil tillade os at benytte udbudslovens §12 stk. 3 til at berigtige fejlen og vedhæfter derfor det rigtige appendix 3.”

Den 21. december 2021 meddelte Aarhus Kommune, at gmp ikke var blevet prækvalificeret, idet gmp ikke levede op til egnethedskravet om en soliditetsgrad i det seneste regnskabsår på 20 %.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

gmp har gjort gældende, at der i prækvalifikationsdokumentet ikke er nævnt faktiske mindstekrav. Der må ikke være uoverensstemmelser mellem indholdet i udbudsbekendtgørelsen og det øvrige udbudsmateriale.

Det fremgår af udbudsmaterialet, at ”If such information is not included, or is not fully sufficient, for one partner / subconsultant, the application will not necessarily be regarded as non-compliant ...”.

Efter forespørgsel fra bygherrerådgiver er den manglende afkrydsning i støtteerklæringen opdateret og fremsendt med henvisning til § 12, stk. 3. Det er en yderst uheldig administrativ fejl, at støtteerklæringen ikke indeholdt afsnittet om økonomisk støtte, der bekræftede, at gmp baserede sig på underrådgivers soliditetsgrad.

Alle holdets rådgivere har fremsendt dokumentation i form af regnskabstal, hvoraf det tydeligt fremgår, at Adept ApS opfylder mindstekravet til fulde med en soliditetsgrad igennem de seneste tre regnskabsår på henholdsvis 72,1 % (2018), 77 % (2019) og 54,1 % (2020). Med rettelsen af støtteerklæringen burde det fremgå tydeligt, at gmp kan støtte sig til denne soliditetsgrad.

Aarhus Kommune har gjort gældende, at det er ubestridt, at gmp ikke selv opfyldte mindstekravet til soliditetsgraden. Selvom Adept ApS lever op til mindstekravet, kan gmp ikke påberåbe sig den økonomiske formåen hos Adept ApS, idet prækvalifikationsansøgningen ikke indeholdt en erklæring om økonomisk støtte. Dette er erkendt af gmp, der selv beskriver det som en ”uheldig administrativ fejl”.

Aarhus Kommune har i udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.3 udtrykkeligt stillet krav om fremlæggelse af en støtteerklæring. Støtteerklæringen skulle godtgøre, at ansøgeren faktisk råder over den nødvendige økonomiske formåen, herunder at den støttende enhed var forpligtet over for ansøgeren.

På den baggrund var Aarhus Kommune såvel berettiget som forpligtet til at afvise ansøgningen som ukonditionsrættig, idet gmp ikke selv levede op til de økonomiske mindstekrav, og idet gmp heller ikke med sin ansøgning havde fremlagt dokumentation for, at Adept ApS stillede sin økonomiske kapacitet til rådighed for gmp, herunder at Adept ApS var juridisk forpligtet

hertil over for gmp. Dette understøttes i øvrigt af, at Adept ApS i den støtteerklæring, som var vedlagt ansøgningen, og som var baseret på det paradigme, der indgik i udbudsmaterialet, aktivt havde slettet al den tekst, der vedrørte den økonomiske støtte. Det forhold, at Adept ApS' nøgletal var fremlagt sammen med ansøgningen, kan ikke ændre herpå.

gmp gør endvidere tilsyneladende gældende, at det forhold, at mindstekravet til økonomisk kapacitet ikke var nævnt i prækvalifikationsdokumentet, skulle indebære en uklarhed i udbudsmaterialet. Dette afvises. Det fremgår da også med al tydelighed af såvel gmp's prækvalifikationsansøgning som af klagen, at gmp var fuldt bevidst om, hvilke økonomiske mindstekrav der gjaldt for deltagelse i udbuddet. Mindstekravet til den økonomiske kapacitet fremgår klart af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.10). Dette er det eneste sted, hvor mindstekravet er omtalt, og der kan derfor i sagens natur ikke opstå en uoverensstemmelse i udbudsmaterialet.

gmp's henvisning til prækvalifikationsdokumentets afsnit 3, hvoraf det fremgår, at manglende oplysninger fra underrådgivere ikke nødvendigvis fører til, at ansøgningen må anses for ukonditionsmæssig, er irrelevant. Denne passus i vejledningen omhandler Aarhus Kommunes mulighed for at bortse fra manglende oplysninger, hvor disse ikke påvirker konditionsmæssigheden, men hvor der fx blot er tale om mangelfulde oplysninger om indholdet af en udvalgt reference eller lignende, der kan påvirke vurderingen af ansøgers egnethed. Idet der i det konkrete tilfælde imidlertid var tale om en manglende støtteerklæring, og idet gmp ikke uden denne støtte kunne leve op til mindstekravene til økonomisk formåen, var Aarhus Kommune såvel berettiget som forpligtet til at afvise ansøgningen fra gmp.

Aarhus Kommune havde ikke mulighed for at lægge vægt på den støtteerklæring, som Friis & Moltke A/S fremsendte efter ansøgningsfristens udløb.

Klagenævnet udtaler:

Det fremgår klart af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.10), hvilke egnethedskrav der stilles til deltagerens økonomiske og finansielle formåen. Det fremgår endvidere klart af det af Aarhus Kommune udarbejdede prækvalifikationsdokument, at hvis en ansøger ønsker at støtte sin økonomiske eller finansielle formåen på en "collaborative partner / subconsultant", så skal der med

ansøgningen indsendes en støtteerklæring samt de oplysninger, der fremgår af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.10).

Det fremgår således også klart af prækvalifikationsdokumentet, at der skal indsendes oplysninger om de støttende enheders forhold til dokumentation for, at egnethedskravene i udbudsbekendtgørelsen er opfyldte. Det forhold, at egnethedskravene ikke er gentaget udtrykkeligt i prækvalifikationsdokumentet, kan efter klagenævnets vurdering ikke føre til, at udbudsmaterialet kan anses som uklart eller uigennemsigtigt.

Det er ubestridt, at gmp ikke lever op til egnethedskravet i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.10) om en soliditetsgrad på mindst 20 % i det senest afsluttede regnskabsår. Det er ligeledes ubestridt, at ansøgningen fra gmp ikke indeholdt en støtteerklæring fra Adept ApS og Friis & Moltke A/S om økonomisk støtte, men alene en erklæring om teknisk støtte.

Det forhold, at Aarhus Kommune ifølge prækvalifikationsdokumentet havde mulighed for at indhente supplerende oplysninger, medfører ikke, at gmp har krav på efter ansøgningsfristen at kunne indlevere en erklæring om økonomisk støtte, når en sådan ubestridt ikke er indleveret med ansøgningen.

Klagenævnet finder, at Aarhus Kommune allerede af den grund var berettiget til at afvise ansøgningen om prækvalifikation.

Klagenævnet tager derfor ikke klagen til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

gmp International GmbH skal i sagsomkostninger til Aarhus Kommune betale 12.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig