

Klagenævnet for Udbud

(Søren Holm Seerup, Michael Jacobsen, Melitta Keldebæk)

J.nr.: 2010-0022534

8. marts 2011

K E N D E L S E

HSS Engineering ApS med konsortium
(advokat Henrik Holtse, Aarhus)

mod

Beredskabsstyrelsen
(kammeradvokaten ved advokat Anders Hørlyck Jensen)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 97-146856 af 18. maj 2010 udbød Beredskabsstyrelsen som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet), vedligeholdelse af det landsdækkende sirenevarslingssystem.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 28. juni 2010 havde 12 virksomheder anmodet om prækvalifikation. Heraf var de 11 ansøgninger konditionsmæssige.

Den 14. juli 2010 besluttede Beredskabsstyrelsen at prækvalificere otte virksomheder, medens tre virksomheder, herunder HSS Engineering ApS med konsortium, blev fravalgt.

Den 13. august 2010 indgav klageren, HSS Engineering ApS med konsortium, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Beredskabsstyrelsen. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 9. september 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 25. november 2010.

Indklagede har den 9. november 2010 besluttet at indgå kontrakt med Dansk Kabel TV, og kontrakt er underskrevet den 25. november 2010.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at prækvalificere klageren.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 7, stk. 1, ved ikke at give en fyldestgørende begrundelse for beslutningen om ikke at prækvalificere klageren.

Påstand 3

Klagenævnet skal a) annullere indklagedes beslutning om ikke at prækvalificere klager b) annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Dansk Kabel TV A/S og c) pålægge indklagede at lovliggøre udbudsproceduren, sådan at indklagede lader klageren afgive tilbud i lighed med de øvrige prækvalificerede.

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

Udbudsbekendtgørelsen af 18. maj 2010 indeholder blandt andet følgende:

- » II.1.1) Den ordregivende myndigheds betegnelse for kontrakten Vedligeholdelse af det landsdækkende sirenevarslingssystem.
...
- II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene
...
Med nærværende udbud søges en leverandør til at forestå løbende fejlretning og vedligeholdelse af samtlige sirener samt til at varetage visse af de administrative opgaver, der er knyttet til sirenevarslingssystemet.
...
- III.2 Betingelser for at deltage
...
III.2.2) Økonomisk og finansiell kapacitet
...
Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves 1. Soliditetsgrad på

minimum 20 % i det seneste regnskabsår. Soliditetsgraden beregnes som tjenesteyderens samlede egenkapitals værdi i forhold til tjenesteyderens samlede aktiver.

Ved en sammenslutning af tjenesteydere (f.eks. et konsortium) beregnes soliditetsgraden som tjenesteydernes samlede egenkapitals værdi i forhold til deres samlede aktiver.

III.2.3) Teknisk kapacitet

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:

1. En liste over de betydeligste tjenesteydelser, der er udført i løbet af de seneste 3 år med angivelse af beløb og tidspunkter samt den offentlige eller private modtager.

...

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves

1. Tjenesteyderen skal inden for de sidste 3 år som minimum have udført én opgave med drift og/eller vedligeholdelse af master, antenner, andet kommunikationsudstyr eller lignende tekniske installationer.

Ved sammenslutning af tjenesteydere (f.eks. et konsortium) er det tilstrækkeligt, at én af tjenesteyderne i sammenslutningen har udført en sådan opgave.

...

IV.1.2) Begrænsning af det antal økonomiske aktører, som vil blive opfordret til at afgive tilbud eller deltage

Planlagt minimum antal 5 maksimum antal 8

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

- 1) den højeste soliditetsgrad og
- 2) de bedst matchende leverancer af tjenesteydelser i forhold til de opgaver, som den udbudte kontrakt vedrører.

...«.

Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

I klagerens ansøgning af 25. juni 2010 om prækvalifikation var der blandt andet en såkaldt referenceliste over de betydeligste tjenesteydelser udført i løbet af de sidste 3 år. I listen var der opregnet seks kontrakter vedrørende

sirener, hvoraf én omfattede vedligeholdelse. Listen var ledsaget af et notat udarbejdet af direktøren for HSS Engineering ApS med fotos fra en række masteinstallationer samt en udateret forside til en kontakt mellem klageren og NATO. Titlen på den pågældende kontrakt var »Giant Voice and Whelen Warning Systems Incl. Installation, Service and Maintenance«. Derudover var vedlagt anbefalingsskrivelser fra 1991, 1992 og 2003 fra eksterne samarbejdspartnere.

I evalueringsnotat af 12. juli 2010 fremgår, at tilbudsgiverne havde følgende soliditetsgrader i procent:

Bravida Danmark	23,6
Glenco A/S	25,0
Eltel Networks A/S	27,8
YIT A/S	29,0
Lindpro A/S	29,3
KM Telecom A/S	30,8
Intego A/S	31,1
Strøm Hansen A/S	33,2
Klageren	38,7
Dansk Kabel TV A/S	62,2
G4S Security Services A/S	64,5
Viby Elværk A.m.b.a.	79,0

I evalueringsnotat af 12. juli 2010 fremgår følgende vedrørende klageren:

»Konsortiets soliditetsgrad er 38,7 %.

...

Samlet set er det [indklagedes] vurdering, at konsortiets erfaringer med matchende tjenesteydelser i forhold til den udbudte kontrakt kun i ringe grad er dokumentet. Konsortiets ene deltager, HSS Engineering, har dokumenteret høj erfaring med sirener, nogen grad af erfaring med master, mens erfaring med vedligeholdelse og fejlretning kun i ringe grad er dokumenteret. Øvrige delopgaver i den udbudte kontrakt er ikke dokumenteret. Konsortiets øvrige medlemmer har ikke dokumenteret at have udført opgaver, der er i overensstemmelse med den udbudte kontrakt.

Konsortiets soliditetsgrad på 38,7 % er den tredje højeste af de ansøgende virksomheders, men soliditetsgraden er dog væsentlig lavere end de virksomheder, der har de højeste soliditetsgrader. [Klageren] har således en soliditetsgrad, som placerer sig i den høje ende af den midterste

del af skalaen i forhold til de øvrige ansøgere. [Indklagede] vurderer, at konsortiets soliditetsgrad ikke kan opveje den manglende dokumentation af referencer, der er i overensstemmelse med den udbudte kontrakt. På denne baggrund indstilles det, at [klageren] ikke prækvalificeres.«

Den samlede indstilling i notatet var, at Glenco A/S, klageren og Lindpro A/S ikke blev prækvalificeret, medens de øvrige otte tilbudsgivere blev prækvalificeret.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagedes frie adgang til skønsmæssigt at begrænse deltagerantallet ved prækvalifikationen er objektiveret gennem udvælgelseskriterierne. Indklagede har ved udvælgelsen i realiteten foretaget et helt frit skøn, hvorved klageren er fravalgt på et helt åbenbart forkert grundlag. Klagerens soliditetsgrad på 38,7 % var højere end flere af de prækvalificeredes. Eksempelvis havde Intego A/S kun en soliditetsgrad på 31,1 %. Klageren har leveret det system, der skal vedligeholdes, og er den suverænt førende virksomhed på området. Klageren har i 10 år udført vedligeholdelse og fejlretning på systemet. Klageren har ved fremlæggelse af forside til NATO-kontrakt om blandt andet vedligeholdelse af et tilsvarende system dokumenteret relevant reference.

Klageren har opstillet pointsystem, der viser, at klageren burde tildeles 60 ud af 100 point på kriteriet soliditetsgrad og 60 point ud af 100 på kriteriet relevante referencer. Forudsat de to kriterier hver vægter 50 %, fører dette til, at klageren i alt burde få tildelt 50 vægtede point, hvilket ville være det sjettehøjeste pointtal. Klageren burde derfor være placeret blandt de otte ansøgere, der blev prækvalificeret.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har inddraget alle relevante oplysninger og begrænset antallet af deltagere på baggrund af et lovligt og sagligt skøn i henhold til de kriterier, der er angivet i udbudsbekendtgørelsen. Med hensyn til soliditetsgrad er der ikke annonceret eller anvendt nogen pointmodel, hvorfor klagerens relativt høje soliditetsgrad ikke har afskåret indklagede fra at udelukke klageren på grund af klagerens ringe opfyldelse af udvælgelseskriteriet om bedst matchende leverancer af tjenesteydelser i forhold til de opgaver, som den udbudte kontrakt vedrører. Med

hensyn til dette kriterium har indklagede lagt den primære vægt på ansøgeres dokumenterede erfaringer med vedligeholdelse af master, antenner, andet kommunikationsudstyr eller lignende tekniske installationer inden for de sidste tre år. Klagerens referencer fra eksterne samarbejdspartnere er enten ældre end tre år eller helt udateret. Klagerens egne oplysninger om erfaring med vedligeholdelse omfatter kun en enkelt opgave.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at der efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 7, stk. 1, i meddelelsen om, hvem der er blevet prækvalificeret, skal være en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. Redegørelsen skal sætte ansøgeren i stand til at vurdere, hvorvidt der skal indgives klage til Klagenævnet for Udbud.

Indklagede har gjort gældende, at bestemmelsen i § 7, stk. 1, alene er en fristregel, men at indklagedes underretning under alle omstændigheder opfylder begrundelseskravet.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagedes overtrædelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet er af en sådan karakter, at klagenævnet skal annullere indklagedes beslutninger om ikke at prækvalificere klageren og om tildeling. Klagenævnet bør pålægge indklagede at lovliggøre udbudsproceduren ved at lade klageren afgive bud på lige fod med de øvrige prækvalificerede.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte indklagedes beslutninger, da indklagede ikke har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Den udbudte kontrakt vedrører vedligeholdelse af et sirenevarslingssystem. Indklagede har ved afgørelsen af, hvilke otte ansøgere der skulle prækvalificeres, lagt stor vægt på ansøgernes dokumenterede erfaring med vedlige-

holdelse af systemer som det i den udbudte kontrakt omhandlede. Klagerens ansøgning om prækvalificering refererer kun til en enkelt tidligere vedligeholdelsesopgave, der ikke er nærmere dokumenteret. Det er i indklagedes evalueringsnotat anført, at konsortiedeltageren, HSS Engineering, har dokumenteret en høj grad af erfaring med sirener, nogen grad af erfaring med master, mens erfaring med vedligeholdelse og fejlretning kun i ringe grad er dokumenteret. Klagenævnet finder, at der ikke består det fornødne sikre grundlag for at tilsidesætte denne skønsmæssige vurdering. Formuleringen af udvælgelseskriterier i udbudsbekendtgørelsen vedrørende solvensgrad forpligter ikke indklagede til at prækvalificere indklagede, uanset klagerens ringe dokumenterede tekniske kapacitet. Der er ikke i øvrigt grundlag for at anse indklagedes prækvalificeringsbeslutning for at udgøre en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Det fremgår af bestemmelsen i § 2, stk. 2, jf. stk. 1, nr. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., at der ikke er pligt til at lade en beslutning om prækvalificering af virksomheder ledsage af en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen. Fristbestemmelsen i § 7, stk. 1, ændrer ikke herved. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Allerede som følge af det, der er anført ad påstand 1 og 3, tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Søren Holm Seerup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig