

Klagenævnet for Udbud

(Søren Holm Seerup, Thomas Grønkær, Kent Petersen)

J.nr.: 2010-0022817

15. august 2011

K E N D E L S E

Kailow Graphic A/S

(Advokat Lise Høgh, København)

mod

Økonomistyrelsen

(Kammeradvokaten v/advokat Tom Holsøe, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 114-173231 af 11. juni 2010 udbød indklagede, 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 (udbudsdirektivet) en rammekontrakt om indkøb af trykkeriydelser.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 13. juli 2010 havde 28 virksomheder og 9 konsortier anmodet om prækvalifikation, herunder Kailow Graphic A/S.

Den 31. august 2010 besluttede indklagede at prækvalificere 2 virksomheder og 5 konsortier bl.a. Rosendahls Schultz Grafisk, GP-Tryk A/S og Datagraf A/S. Kailow Graphic A/S blev ikke prækvalificeret.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 8. september 2010. Reviderede udbudsbetingelser blev udsendt den 12. oktober 2010. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 19. oktober 2010 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Den 11. november 2010 besluttede

indklagede at indgå kontrakt med Rosendahls Schultz Grafisk, GP-Tryk A/S og Datagraf A/S, og kontrakt blev herefter indgået.

Den 29. september 2010 indgav klageren, Kailow Graphic A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Økonomistyrelsen. 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 15. oktober 2010 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 udbudsreglerne ved at prækvalificere GP Tryk A/S i forbindelse med udbuddet af rammeaftale for statens udbud af trykkeriydelser i henhold til udbudsbekendtgørelsen 2010 2010/S 114-173231.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes prækvalificeringsbeslutning af 31. august 2010.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 11. juni 2010 indeholder blandt andet følgende:

»II.1.4 ...

Rammeaftale med flere aktører

...

Antal 3

...

Rammeaftalens varighed:

År: 2

...

II.1.5...

...

Rammekontrakten indebærer, at statslige myndigheder ... vil blive forpligtet til kun at købe ind hos de på rammekontrakten valgte leverandører inden for rammekontraktens område.

...

III.2.2 økonomisk og finansiell kapacitet

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

Virksomhedens balance eller uddrag heraf, såfremt offentliggørelsen er lovpligtig...

En erklæring om den økonomiske aktørs samlede omsætning i de seneste tre disponible regnskabsår...

Såfremt en virksomhed baserer sig på andre virksomheders formåen, skal virksomheden godtgøre, at virksomheden råder over de nødvendige ressourcer, fx ved at fremlægge dokumentation for disse enheders forpligtelse i så henseende.

...

Som mindstekrav kræves en omsætning på kr. 35 mio. i det seneste disponible regnskabsår... Såfremt virksomheden baserer sig på andre enheders formåen, beregnes soliditetsgraden som virksomhedens og de andre enheders samlede egenkapitals værdi i forhold til deres samlede aktiver.

...«

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

I skemaet »Anmodning om prækvalifikation for enkeltstående virksomheder« fremgår følgende under punkt C:

»...

Såfremt virksomheden baserer sig på andre enheders formåen, skal virksomheden godtgøre, at virksomheden råder over de nødvendige ressourcer, f.eks. ved at fremlægge dokumentation for disse enheders forpligtelser i så henseende. Har virksomheden nedenfor under punkt C4. klart identificeret de andre enheder, anses det for godtgjort, at virksomheden råder over de nødvendige ressourcer.«

I de følgende felter skulle ansøgerne udfylde felter med egenkapital (C1), aktiver (C2), samlet omsætning for de seneste tre år (C3). I punkt C4 er følgende anført:

»Andre enheders formåen

Har virksomheden ved afgivelsen af oplysninger under pkt. C1. – C3. baseret sig på andre virksomheders formåen?

Anfør ved afkrydsning

☐ Ja

☐ Nej

Såfremt der er sat kryds i feltet ”Ja”, angiv da de andre enheders navne og CVR-nr. i nedenstående felt: «

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagedes afgørelse om prækvalifikation er foretaget i strid med udbudsreglerne. Indklagede har overtrådt ligebehandlingsprincippet ved ikke at tilrettelægge prækvalifikationen således, at lighed i konkurrencen virksomhederne imellem sikres.

Indklagede har overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved at tillade, at ansøgerne baserer deres omsætning på underleverandører. En økonomisk aktør kan ikke, når der er tale om en rammeaftale, angive en retvisende omsætning baseret på brugen af underleverandører. Dokumentation efter udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2, kan kun anvendes i et tilfælde, hvor der er tale om en bestemt kontrakt. Indklagede har overtrådt udbudsreglerne ved at tillade, at de økonomiske aktører baserer deres oplysninger på referencer på underleverandører, idet dokumentation efter udbudsdirektivets artikel 48, stk. 3, kun anvendes i et tilfælde, hvor der er tale om en bestemt kontrakt.

Indklagede har gjort gældende, at det i udbudsbekendtgørelsen klart er anført, at GP Tryk A/S har været berettiget til at basere sin økonomiske formåen på andre enheder. I den elektroniske ansøgning er det udtrykkelig anført, at såfremt en ansøger baserer sig på andre enheders formåen, skal dette godtgøres. Det fremgår videre, at hvis ansøgere i skemaets punkt C4 klart har ”... identificeret de andre enheder, anses det for godtgjort, at virksomheden råder over de nødvendige ressourcer”. GP Tryk A/S har i sin ansøg-

ning klart identificeret de andre enheder, som omsætningen er baseret på. Der er for alle fire virksomheder, som GP Tryk A/S baserer sig på som en del af anmodningen om prækvalifikation, indsendt underskrevne erklæringer om, at virksomhederne sætter deres økonomiske og tekniske kapacitet til rådighed. GP Tryk har således over for indklagede godtgjort, at virksomheden råder over de nødvendige ressourcer, jf. herved udbudsdirektivets artikel 47, stk. 5. Indklagede har ikke haft pligt til at kontrollere de oplysninger, der er fremkommet, jf. herved U 2004.1294 H.

Det strider ikke mod ligebehandlingsprincippet, at en ordregivende myndighed i overensstemmelse med udbudsdirektivet tillader, at en økonomisk aktør kan basere sig på andre enheders formåen med henblik på at føre bevis for sin finansielle og økonomiske formåen. De samme betingelser og kriterier har været gældende for GP Tryk A/S og alle øvrige tilbudsgivere, der alle har haft de samme oplysninger til rådighed. Samtlige tilbudsgivere har derfor været sikret lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud.

Gennemsigtighedsprincippet kan ikke påberåbes til støtte for, at udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, ikke finder anvendelse på rammeaftaler. Denne forståelse strider mod ordlyden af artikel 32, stk. 2, der forudsætter, at samtlige procedureregler, herunder artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, finder anvendelse ved indgåelse af selve rammeaftalen.

Klagerens synspunkt strider grundlæggende med formålene med udbudsreglerne. Således har EU-Domstolen fastslået, at et af formålene med EU-rettens bestemmelser om offentlige kontrakter netop er at skabe så bred konkurrence som muligt, og at det er reglernes formål at sikre, at det størst mulige antal bydende kan deltage i udbudsproceduren, jf. dom af 23. december i sag C-305/08 CoNISMa, præmis 37.

Indklagede har endelig henvist til, at klagenævnet i afgørelse af 8. februar 2008 Haubjerg Interiør A/S mod Københavns Kommune, har forudsat, at bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2, finder anvendelse ved udbud af en rammeaftale.

Ad påstand 2

Hverken klageren eller indklagede har fremført særskilte anbringender vedrørende spørgsmålet om annullation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, fremgår, at de ordregivende myndigheder med henblik på indgåelse af en rammeaftale følger de procedureregler, der er omhandlet i udbudsdirektivet, i alle faser indtil tildelingen af de kontrakter, der er baseret på denne aftale. Heraf følger, at udbud af en rammeaftale skal følge de procedureregler, som skulle være fulgt, hvis de anskaffelser, som rammeaftalen omhandler, i stedet havde været udbudt som en offentlig kontrakt.

Indklagede har været berettiget til at fastsætte, at en økonomisk aktør kan basere sin formåen på andre enheders formåen, jf. udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3

Der er ikke godtgjort omstændigheder vedrørende udbuddets tilrettelæggelse og gennemførelse, der har været egnet til at tilsidesætte principperne om gennemsigtighed eller ligebehandling.

Klagerens påstand tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Af de grunde, der fremgår ad påstand 1, er der ikke grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Klagerens påstand tages derfor 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.

Camilla Nielsen
kontorfuldmægtig