

K E N D E L S E

Kinnarps A/S
(advokat Povl Nick Bronstein, København)

mod

VUC Sønderjylland
(advokat Erik Hørlyck, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse 2011/S 108-178441 af 3. juni 2011 udbød VUC Sønderjylland (indklagede) som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) indkøb af møbler og inventar til brug for indregning og ibrugtagning af VUC Sønderjyllands nybyggede afdelinger i Sønderborg og Haderslev. Indflytning oplyses at skulle medio oktober 2011 i Sønderborg og medio 2012 i Haderslev. Opgaven var opdelt i delaftalerne: 1) Specialdesignet inventar lounge og dialog, 2) Specialdesignet inventar og 3) Standard inventar. Der kunne gives tilbud på én eller flere af delaftalerne.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 4. juli 2011 havde 24 virksomheder blandt andet Kinnarps A/S (klageren) anmodet om prækvalifikation. Alle ansøgningerne blev fundet konditions-mæssige. Klageren blev ikke prækvalificeret.

Den 9. august 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. 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 30. august 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 38, stk. 5, jf. stk. 3, litra a, ved at fastsætte en ansøgningsfrist på mindre end 37 dage i forbindelse med gennemførelsen af begrænset udbud af møbler og inventar, jf. udbudsbekendtgørelse 2011/S 108-178441.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 38, stk. 3, litra a, jf. stk. 5, ved at fastsætte en ansøgningsfrist på mindre end 30 dage i forbindelse med gennemførelsen af begrænset udbud af møbler og inventar, jf. udbudsbekendtgørelse 2011/S 108-178441.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigthedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 44, stk. 3, ved ikke i udbudsbekendtgørelse 2011/S 108-178441 at have fastsat objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler for udvælgelse af de ansøgere, som skulle opfordres til at afgive tilbud.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 1, ved ikke at oplyse navnene på de ansøgere, som blev opfordret til at afgive tilbud.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigthedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 44, stk. 1, ved i forbindelse med vurderingen af, hvilke ansøgere som skulle opfordres til at afgive tilbud, at tildele ansøgerne point i forhold til beskaffenheden af den fremlagte dokumentation i henhold til udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.1 – III.2.3.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes udbud af 3. juni 2011 om indkøb af møbler og inventar.

Indklagede har erkendt den i påstand 2 angivne overtrædelse og har i øvrigt nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsens punkt III.2 om betingelser for deltagelse stilles der krav om:

»III.2.1) *De økonomiske aktørers forhold...*

A) Tilbudsgiver skal dokumentere, at denne ikke befinder sig i nogen af de i udbudsdirektivet artikel 45, stk. 1 og stk. 2 litra a-c og e-f nævnte situationer.

...

III.2.2) *Økonomisk og finansiell kapacitet*

...

B) Revisorattesterede nøgletal for de seneste 3 regnskabsår omfattende omsætning, resultat, balance, soliditetsgrad og egenkapital.

III.2.3) *Teknisk kapacitet*

...

C) Liste over de betydeligste tilsvarende leverancer, der er leveret i løbet af de sidste 3 år med angivelse af kunde, beløb og tidspunkt.

...«

I punkt IV.1.2 er det angivet, at antallet af økonomiske aktører, som vil blive opfordret til at afgive tilbud, er begrænset til minimum 5 og maksimum 7. Endvidere angives:

»... Ved udvælgelse blandt de konditionsmæssige ansøgere vil ordregiver vælge de ansøgere, der i lyset af den udbudte opgave vurderes at give ordregiver den mest optimale konkurrencesituation.«

Fristen for modtagelse af ansøgning om deltagelse er anført at være den 4. juli 2011, kl. 12.00. Om indgivelse af klage oplyses det i punkt VI.4.2:

»Klager over prækvalifikation skal indgives for 30 kalenderdage, regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har afsendt underretning til ansøgerne.«

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation havde 24 virksomheder anmodet om prækvalifikation. Alle ansøgningerne blev ifølge et evalueringsskema vedrørende prækvalifikation af 4. juli 2011, som er udarbejdet af indklagedes rådgiver, fundet konditionsmæssige.

Klageren fik ved brev af 5. juli 2011 fra indklagedes rådgiver meddelelse om, at klageren ikke ville blive opfordret til at afgive tilbud. Der var ikke oplysninger om, hvem indklagede havde prækvalificeret.

Efter klageren havde anmodet om en begrundelse, modtog klageren en e-mail af 14. juli 2011 fra indklagede, hvor angives:

»Ved bedømmelsen har vi lagt vægt på betingelserne, jf. III.2.1), III.2.2) og III.2.3)

Vi har vurderet deres forhold således:

- A. (III.2.1) med 10 point
- B. (III.2.2) med 7 point
- C. (III.2.3) med 7. point
i alt 24 point

Kort begrundelse:

- A. Max. point
- B. Deres økonomiske forhold er vurderet til 7 point. Imidlertid har andre ansøgere økonomiske forhold, der giver en højere score.
- C. De af Dem anførte referencer er vurderet til 7 point. Andre ansøgere har imidlertid anført referencer, der indebærer en højere score.«

Det anførte om pointtildelingen svarer til, hvad der fremgår af evalueringskemaet. Øvrige ansøgere fik på samme måde tildelt point vedrørende forholdene angivet i udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.1, III.2.2 og III.2.3. Alle ansøgere fik 10 points vedrørende punkt III.2.1. Der blev vedrørende hver af de 3 delaftaler prækvalificeret 7 ansøgere. For delaftale 1 og 2 var det samme 7 ansøgere, medens 4 af de 7 prækvalificerede vedrørende delaftale 3 ikke blev prækvalificeret på delaftale 1 og 2.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke har opfyldt de indholdsmæssige krav ved udarbejdelsen af udbudsbekendtgørelsen. Ifølge udbudsdirektivets artikel 38, stk. 5, skal elektroniske bekendtgørelser for at kunne nyde godt af den forkortede frist således :

»udarbejdes og fremsendes elektronisk og i det format, der er anført i bilag VIII, nr. 3.«

Disse formater er fastsat i Kommissionsforordning 1564/2005 af 7. september 2005 om standardformularer til brug ved offentliggørelse af bekendtgørelser i forbindelse med offentlige kontrakter med senere ændringer (»skabelonforordningen«). Ifølge artikel 2 i denne forordning skal ordregivere anvende blandt andet standardformular 2, jf. forordningens bilag II. Heri angives, at ordregiver under udbudsbekendtgørelsens punkt VI.4.2 skal anføre præcise oplysninger om frister for indgivelse af klager. Dette følger også af punkt 24 i udbudsdirektivets bilag VII A.

Indklagede har i uoverensstemmelse med ordlyden af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 7, stk. 1, i udbudsbekendtgørelsen alene angivet, at klager over ordregivers prækvalifikationsbeslutning skal indgives inden 30 kalenderdage:

»regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har afsendt underretning til ansøgerne.«

Indklagede har således undladt at citere følgende, som også angives i bestemmelsen:

»hvem der er blevet prækvalificeret ...hvis underretningen har angivet en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen.«

Da indklagedes oplysning om klagefristen hverken var korrekt eller præcis, kunne ansøgningsfristen ikke forkortes som sket i medfør af udbudsdirektivets artikel 38, stk. 5. Påstanden skal derfor tages til følge.

Indklagede har gjort gældende, at udbudsbekendtgørelsen blev udarbejdet og fremsendt elektronisk i fuld overensstemmelse med udbudsdirektivets bilag VIII, nr. 3, og artikel 38, stk. 5, og at betingelserne for at anvende den forkortede frist på 30 dage dermed var opfyldt.

Ad påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Indklagede har erklæret sig enig i, at fristen i overensstemmelse med Rådets forordning nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastlæggelse af regler for tidsfrister, datoer og tidspunkt (»fristforordningen«) burde have omfattet hele da-

gen den 4. juli 2011 og ikke kun løbe til kl. 12, som angivet i udbudsbekendtgørelsen.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 44, stk. 3, ved ikke i udbudsbekendtgørelse 2011/S 108-178441 at have fastsat objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler for udvælgelse af de ansøgere, som skulle opfordres til at afgive tilbud. Der er i udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, 1. afsnit, 2. punktum, fastsat et udtrykkeligt krav herom. Kravene til objektivitet af de fastsatte udvælgelseskriterier er endvidere skærpet betydeligt i nyere klagenævnsspraksis, jf. klagenævnets kendelse af 19. november 2010, ISS Facility Services A/S mod Skive Kommune. Klagenævnets kendelse af 9. oktober 1996, Elinstallatørernes Landsforening mod Københavns Lufthavne, som vedrørte det dagældende Forsyningsvirksomhedsdirektiv 93/38/EF artikel 31, stk. 3, er som følge af det ændrede regelgrundlag i det nye fælles udbudsdirektiv og det nye forsyningsvirksomhedsdirektiv og den nævnte skærpede praksis ikke længere udtryk for gældende ret.

Indklagede har gjort gældende, at det fastsatte kriterium om »de ansøgere, der i lyset af den udbudte opgave vurderes at give ordregiver den mest optimale konkurrencesituation« opfylder kravet i udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, om, at kriteriet skal være objektivt og ikke-diskriminerende.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at det, jf. klagenævnets kendelse af 14. juli 2011, Tensid Danmark ApS mod Aarhus Kommune, følger af håndhævelseslovens § 2, stk. 1, at indklagedes meddelelse om prækvalifikation skulle have indeholdt oplysning om, hvilke ansøgere der var blevet prækvalificeret. Da dette krav ikke er opfyldt, skal påstanden tages til følge.

Indklagede har gjort gældende, at der efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 1, alene kræves, at ordregiveren skal underrette samtlige berørte ansøgere om, hvilke beslutninger ordregiveren træffer. Det kræves ikke, at underretningen indeholder navnene på de ansøgere, der er blevet prækvalificeret.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagedes anvendelse af den pointtildelingsmodel, indklagede anvendte til at udvælge, hvilke ansøgere der skulle prækvalificeres, indebar en sammenblanding af egnethedsbedømmelsen efter artikel 44, stk. 2, og indklagedes objektive begrænsning af deltagerantallet efter artikel 44, stk. 3, som er strid med udbudsdirektivets artikel 44, stk. 1. Derudover strider det mod udbudsdirektivets artikel 44, stk. 1, at der ved bedømmelsen af ansøgernes økonomiske, tekniske og finansielle formåen også blev taget hensyn til ansøgernes personlige forhold, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.1 og direktivets artikel 45, stk. 1 og 2. Hertil kommer, at fremgangsmåden med brug af pointmodellen ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen. Også af denne grund har indklagede handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke er i strid med udbudsdirektivets artikel 2 eller 44, stk. 1, at indklagede har kvantificeret sin vurdering af, hvilke ansøgere der gav den bedst mulige konkurrencesituation, ved brug af en pointmodel. Brugen af en pointtildeling har henset til ansøgerantallet været nødvendigt for at undgå subjektive skøn. Det medgives, at det er meningsløst, at der også gives point med hensyn til udelukkelsesgrunde, men eftersom alle 24 ansøgere opfyldte deltagelsesbetingelserne og derfor på dette punkt alle fik 10 point, har denne del af pointgivningen ikke haft nogen reel betydning.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at overtrædelserne hver for sig og samlet er af en sådan grovhed, at påstanden om annulation skal tages til følge.

Indklagede har gjort gældende, at overtrædelserne i påstand 2 ikke kan begrunde annulation, da prækvalifikationsbeslutningen ville have været den samme, uanset om fristangivelsen havde været korrekt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det forhold, at indklagede ikke i udbudsbekendtgørelsens punkt VI.4.2) fuldt ud har citeret bestemmelsen om klagefrist i håndhævelseslovens § 7, stk. 1, indebærer ikke en tilsidesættelse af betingelsen for at anvende den kortere ansøgningsfrist på 30 dage i udbudsdirektivets artikel 38, stk. 5, hvorefter ordregiveren skal anvende formatet i direktivets bilag VIII, nr. 3. Det af klageren anførte om indklagedes forpligtelse til at give præcise oplysninger om frister for indgivelse af klage, jf. artikel 2 i Kommissionsforordning 1564/2005 af 7. september 2005 om standardformularer til brug ved offentliggørelse af bekendtgørelser i forbindelse med offentlige kontrakter med senere ændringer, jf. forordningens bilag II, standardformular 2, og det tilsvarende krav i udbudsdirektivets bilag VII A punkt 24, kan ikke føre til et andet resultat.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 2

Som erkendt af indklagede indebærer angivelsen af ansøgningsfristen til den 4. juli 2011 kl. 12 en overtrædelse som påstået, idet fristen rettelig burde have været anført at være kl. 24 den 4. juli 2011.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 3 og 5

Klagenævnet finder, at en angivelse af, at valget af de egnede ansøgere, som vil blive udvalgt til at afgive tilbud, vil ske ud fra en vurdering af, hvilke ansøgere der i lyset af den udbudte opgave vurderes at give ordregiver den mest optimale konkurrencesituation, som udgangspunkt er et objektivi og ikke-diskriminerende kriterium, jf. udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3. Da det kan variere fra ordregiver til ordregiver, hvad der udgør en »optimal konkurrencesituation«, skal det imidlertid yderligere fremgå, hvordan det vil blive vurderet, om prækvalifikation af en given ansøger bidrager til en optimal konkurrencesituation. Udbudsdirektivets artikel 44, stk. 1 og 3, er i den forbindelse ikke til hinder for, at en ordregiver ved vurderingen af,

hvad der giver den mest optimale konkurrencesituation lægger vægt på, hvilke af de ansøgere, som opfylder ordregivers eventuelle minimumskrav efter udbudsdirektivets artikel 44, stk. 2, og ikke er udelukket efter udbudsdirektivets artikel 45, stk. 1 og 2, der er bedst egnede for så vidt angår økonomisk og finansiell kapacitet samt teknisk kapacitet, jf. udbudsdirektivets artikel 47 og 48. Der kan herunder anvendes en pointbaseret model, hvor ansøgerne tildeles point efter graden af egnethed.

Ad påstand 3:

Det er ikke i udbudsbekendtgørelsen angivet, hvilke forhold indklagede ville lægge vægt på ved vurderingen af, om prækvalifikation af en given ansøger vil bidrage til en optimal konkurrencesituation. Det fremgår herunder ikke, at der ville blive anlagt en vurdering, hvorefter indklagede valgte de bedst egnede for så vidt angår personlige forhold, økonomisk og finansiell kapacitet samt teknisk kapacitet, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.1-III.2.3. (Se i øvrigt om lovligheden af at lægge vægt på personlige forhold nedenfor ad påstand 5).

Indklagede har af disse grunde overtrådt gennemsigthedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og kravet om angivelse af objektive og ikke-diskriminerende kriterier for en begrænsning af antallet af ansøgere, som prækvalificeres i artikel 44, stk. 3.

Påstand 3 tages derfor til følge.

Ad påstand 5:

Som anført strider det ikke mod udbudsdirektivets artikel 44, stk. 1, at indklagede har lagt vægt på, hvilke blandt de ikke-udelukkede konditionsmæssige ansøgere, der var bedst egnet for så vidt angår økonomisk og finansiell kapacitet samt teknisk kapacitet, jf. udbudsdirektivets artikel 47 og 48. Indklagede har imidlertid tillige anvendt egnethed for så vidt angår personlige forhold, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.1, som et kriterium for udvælgelse af de ansøgere, som skulle opfordres til at afgive tilbud, uagtet dette krav vedrører en udelukkelsesgrund efter udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2. Anvendelsen af et sådant uegnet kriterium strider mod udbudsdirektivets artikel 2 og mod artikel 44, stk. 1. Herudover har indklagede handlet i strid med gennemsigthedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og i strid

med artikel 44, stk. 1, ved ikke at oplyse i udbudsbekendtgørelsen, om de kriterier, indklagede ville anvende ved udvælgelsen af de ansøgere, der blev opfordret til at afgive tilbud.

Påstand 5 tages i dette omfang til følge, som nedenfor bestemt.

Ad påstand 4

Som antaget i klagenævnets afgørelse af 14. juli 2011, Tensid Danmark ApS mod Aarhus Kommune, følger det af § 2, stk. 1, nr. 1, i lov nr. 492 af 12. maj 2010, at kravet om underretning af samtlige berørte ansøgere og tilbudsgivere om, hvilke beslutninger ordregiveren træffer, herunder blandt andet om beslutninger om prækvalifikation af virksomheder, omfatter oplysning om, hvem ordregiveren har prækvalificeret.

Indklagedes underretning til klageren indeholder ikke en sådan oplysning.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 6

Den ad påstand 2 anførte overtrædelse, som indklagede har erkendt, vedrører en ganske begrænset fristoverskridelse, som efter de foreliggende oplysninger ikke kan antages at have påvirket klagerens eller øvrige ansøgers muligheder for at indgive en ansøgning, som kunne føre til prækvalifikation. Denne overtrædelse kan derfor ikke føre til annullation. Det samme gælder påstand 4, som vedrører mangler ved underretningen om prækvalifikation.

For så vidt angår den ad påstand 3 fastslåede overtrædelse er der ikke oplysninger, som støtter, at den manglende angivelse af, hvordan udvælgelsen blandt de konditionsræssige ansøgere, som ikke var uegnede, ville finde sted, har haft betydning for klagerens og øvrige ansøgers mulighed for at blive prækvalificeret. Den ad påstand 5 fastslåede overtrædelse har heller ikke haft praktiske konsekvenser for udvælgelsen, da alle konditionsræssige ansøgere i konsekvens af, at der fejlagtigt anvendes en udelukkelsesgrund til at bedømme graden af egnethed har fået samme pointantal.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 38, stk. 3, litra a, jf. stk. 5, ved at fastsætte en ansøgningsfrist på mindre end 30 dage i forbindelse med gennemførelsen af begrænset udbud af møbler og inventar, jf. udbudsbekendtgørelse 2011/S 108-178441.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 44, stk. 3, ved ikke i udbudsbekendtgørelse 2011/S 108-178441 at have fastsat objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler for udvælgelse af de ansøgere som skulle opfordres til at afgive tilbud.

Påstand 4

Indklagede har handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 1, ved ikke at oplyse navnene på de ansøgere som blev opfordret til at afgive tilbud.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 44, stk. 1, ved i forbindelse med vurderingen af, hvilke ansøgere som skulle opfordres til at afgive tilbud, at tildele ansøgerne point i forhold til beskaffenheden af den fremlagte dokumentation i henhold til udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.1-III.2.3, uagtet der ikke i udbudsbekendtgørelsen var oplysning om, at vurderingen ville blive foretaget efter denne metode, og da punkt III.2.1 er en udelukkelsesgrund, som ikke kan anvendes til at bedømme graden af egnethed.

Indklagede, VUC Sønderjylland, skal i delvise sagsomkostninger til klageren, Kinnarps A/S, betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Påstand 1 og 6 tages ikke til følge.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig