

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Erik Hammer, Melitta Keldebæk)

J.nr.: 2009-0019394

21. oktober 2009

K E N D E L S E

Konsortiet Rindum Skole
(advokat Jonas Valhøj Kleffel Nielsen, Randers)

mod

Ringkøbing-Skjern Kommune
(advokat Tina Braad, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 26-037496 af 6. februar 2009 udbød Ringkøbing-Skjern Kommune 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 hovedentreprisekontrakt om om- og tilbygning til en eksisterende musikskole i Ringkøbing-Skjern Kommune.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 10. marts 2009 havde 26 virksomheder anmodet om prækvalifikation, herunder Konsortiet Rindum Skole bestående af 1. Hee Entreprise A/S, 2. Gert S. Andersen A/S, 3. H. Juul Mikkelsen A/S, 4. Jacobsen & Winding A/S og 5. Vagn Henriksen A/S.

Konsortiet vedlagde anmodningen om at blive prækvalificeret serviceattest for Hee Entreprise A/S samt anmodning om serviceattest til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for selskaberne Gert S. Andersen A/S, Jacobsen & Winding A/S og Vagn Henriksen A/S. Der var ikke vedlagt serviceattest eller anmodning om serviceattest for H. Juul Mikkelsen A/S. Anmodningen om prækvalifikation var for samtlige selskabers vedkommende vedlagt en tro- og love erklæring vedrørende ubetalt gæld til det offentlige, men var ikke vedlagt anden dokumentation for, at der for selskaberne ikke forelå udelukkelsesgrunde som nævnt i Udbudsdirektivet artikel 45.

Den 28. april 2009 besluttede indklagede at prækvalificere 6 virksomheder. Samme dag skrev indklagedes rådgiver således til klageren:

».....

Vi må desværre meddele Dem, at Konsortiet Rindum Skole ikke er blandt de 6 firmaer, der inviteres til at deltage i udbuddet.

.....

Udvælgelsen af de 6 firmaer er i overensstemmelse med de angivne kriterier i EU-bekendtgørelsen foretaget ud fra en samlet vurdering af ansøgeren vurderet på økonomisk formåen, teknisk kapacitet, relevante referencer og faglig formåen.

.....«

Den 4. maj 2009 skrev indklagede efter at have korresponderet og afholdt møde med klageren således til klageren:

».....

Ansøgningen er afvist med den begrundelse, at der ikke er afleveret serviceattester fra alle deltagerne i konsortiet. Konsortiet har på møde den 30.4 over for os oplyst, at de ikke mente at der skulle afleveres for alle deltagerne, men kun for den virksomhed som tegner konsortiet. Det fremgår ikke af ansøgningen, hvem der tegner konsortiet, ud over at en afdelingschef fra en af virksomhederne har underskrevet ansøgningen. Vi har måttet fastholde, at alle deltagerne skal aflevere serviceattester.

.....«

Den 22. maj 2009 indgav klageren, Konsortiet Rindum Skole bestående af 1. Hee Entreprise A/S, 2. Gert S. Andersen A/S, 3. H. Juul Mikkelsen A/S, 4. Jacobsen & Winding A/S og 5. Vagn Henriksen A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Ringkøbing-Skjern Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 19. juni 2009 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 ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at afvise ansøgningen

om prækvalifikation fra Konsortiet Rindum Skole bestående af 1. Hee Entreprise A/S, 2. Gert S. Andersen A/S, 3. H. Juul Mikkelsen A/S, 4. Jacobsen & Winding A/S og 5. Vagn Henriksen A/S med den begrundelse, at der ikke for samtlige konsortiedeltagere var vedlagt serviceattester, uagtet det ikke i udbudsbekendtgørelsen var fastsat, at der skulle fremsendes erklæringer fra hver af konsortiedeltagerne, som indgår i Konsortiet Rindum Skole.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige forbud mod nationalitetsdiskrimination ved i udbudsbekendtgørelsen for danske ansøgere om prækvalifikation at fastsætte, at de med ansøgningen om prækvalifikation skulle vedlægge en serviceattest, hvilket krav ikke var gældende for udenlandske ansøgere om prækvalifikation.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 28. april 2009 om at afvise klagerens ansøgning om prækvalifikation.

Påstand 4

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 4.050.000 kr. med procesrente fra 26. maj 2009.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 4)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale 181.473,97 kr. med procesrente fra 26. maj 2009.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 5)

Indklagede tilpligtes til klageren at betale et beløb mindre end 181.473,97 kr. med procesrente fra 26. maj 2009.

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

Indklagede har vedrørende påstand 4 - 6 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 4 og 5, indtil Klagenævnet har taget stilling til påstand 1-3.

Udbudsbekendtgørelsen af 6. februar 2009 indeholder i »Del III: Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger« blandt andet følgende:

- » III.1.3) Retlig form, som kræves af den sammenslutning af økonomiske aktører, ordren tildeles:
Hvis tilbuddet afgives af flere virksomheder i forening (et konsortium) skal deltagerne påtage sig solidarisk ansvar samt udpege en fuldmægtig, som bygherren med bindende virkning for sammenslutningen kan indgå aftaler med.

.....

III 2) Betingelser for deltagelse:

III 2.1) De økonomiske aktørers personlige forhold, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregister:

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere om kravene er opfyldt: Ansøger bedes aflevere prækvalifikationsanmodningen i 2 eksemplarer. Kan ikke afleveres elektronisk. Firmaoplysninger i form af firmanavn, adresse og e-mailadresse på kontaktperson. Tro- og love-erklæring vedrørende ubetalt gæld til det offentlige i henhold til bekendtgørelse nr. 336 af 13.5.1997. Dokumentation for at ansøgeren ikke befinder sig i en af de i direktiv 204/18/EF artikel 45 anførte situationer. Dokumentationen kan for virksomheder hjemmehørende i Danmark vedlægges i form af serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Serviceattesten må ikke være ældre end 6 måneder regnet i forhold til fristen for anmodning om prækvalifikation. Virksomheder hjemmehørende andetsteds end i Danmark må tilvejebringe den fornødne dokumentation på anden måde.

.....

III.2.3) Teknisk kapacitet

.....

Projektorganisation med angivelse af nøglepersoner. CV-er for de nøglepersoner i virksomhedens organisation, der skal udføre opgaven. CV-er for projektleder og entrepriseleder.

.....

DEL IV:PROCEDURER

IV.1.1) Type procedure:

Begrænset

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

Planlagt minimum antal: 5. Maksimum antal: 7.

.....

IV.2) Tildelingskriterier:

Laveste pris

.....

IV.3.4) Frist for modtagelse af bud eller ansøgninger om deltagelse:
10.3.2009

.....«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det ikke fremgår af teksten i udbudsbekendtgørelsen, at der skulle foreligge serviceattester for samtlige konsortiedeltagere. Der skulle ifølge udbudsbekendtgørelsen foreligge en tro- og love erklæring vedrørende ubetalt gæld til det offentlige, og »dokumentation« for, at ansøgeren ikke befandt sig i en af de i Udbudsdirektivet art. 45 anførte situationer. »Dokumentation« forudsætter, at det pågældende dokument er udarbejdet af en offentligt autoriseret person eller myndighed. De nødvendige erklæringer, som indklagede som minimum skal godkende, er ikke kun erklæringer udstedt af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i form af serviceattester, men også fra andre myndigheder såsom Arbejdsmarkedets Tillægspension og SKAT. Indklagedes krav om kun at ville acceptere en serviceattest som bevis for ansøgerens »overholdelse« af betingelserne i artikel 45, stk. 1, og 2, er i strid med Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 3, hvorefter betingelserne i art 45 kan opfyldes ved erklæringer fra forskellige offentlige myndigheder. Dertil kommer, at det for klageren ikke var muligt at fremskaffe en serviceattest inden udløbet af fristen for prækvalifikation, idet ekspeditionstiden hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen var for lang. Ved at stille krav om serviceattester har indklagede stillet ansøgere, som jævnligt indhenter serviceattester bedre end klageren. Endelig fremgår det af indklagedes kontrol af, at prækvalifikationsanmodningerne opfyldte kravene i udbudsbekendtgørelsen, at indklagede ved denne kontrol lagde til grund, at der skulle foreligge en serviceattest fra hver konsortiedeltager. Den uklare formulering i udbudsbekendtgørelsen havde således materiel betydning for udbuddet, hvilket også fremgår af, at ingen af ansøgerne benyttede sig af muligheden af at dokumentere på anden måde end ved fremlæggelse af en serviceattest.

Indklagede har gjort gældende, at en ansøgers mulighed for at dokumentere, at ansøgeren ikke er omfattet af en af udelukkelsesgrundene i artikel 45, ef-

ter udbudsbekendtgørelsens ordlyd, jf. ordet »kan«, klart og tydeligt ikke er begrænset til en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Indklagede har med den valgte formulering i udbudsbekendtgørelsen ikke begrænset dokumentationskravet til erklæringer fra offentlige myndigheder, men derimod givet ansøgerne en meget vid adgang til at dokumentere, at de ikke er omfattet i en af udelukkelsesgrundene i Udbudsdirektivets artikel 45. Indklagede har endvidere gjort gældende, at klageren efter beskaffenheden af de forhold, der i henhold til udbudsdirektivets artikel 45 skulle fremlægges dokumentation for, ikke kunne være i tvivl om, at serviceattesten skulle afgives for samtlige deltagere i konsortiet. Indklagede var derfor forpligtet til at afvise klagerens anmodning om prækvalifikation.

Ad påstand 2

Klageren har ud over det under påstand 1 anførte gjort gældende, at danske ansøgere kun kunne, det vil sige skulle, vedlægge en serviceattest for at opfylde indklagedes dokumentationskrav. Udenlandske ansøgere måtte tilvejebringe den fornødne dokumentation på anden måde end danske ansøgere, hvilket var nationalitetsdiskriminerende over for danske ansøgere.

Indklagede har bestridt, at det kan være nationalitetsdiskriminerende at kræve, at danske ansøgere om prækvalifikation skulle indhente en serviceattest, idet disse ansøgere i lighed med udenlandske ansøgere også på anden måde kunne dokumentere, at der ikke forelå forhold som nævnt i art 45.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet som følge af det, der er anført vedrørende påstand 1 og 2 skal annullere indklagedes beslutning af 28. april 2009 om afvisning af klagerens anmodning om at blive prækvalificeret.

Indklagede har bestridt, at der er grundlag for at tage denne påstand til følge.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Af de i udbudsbekendtgørelsen fastsatte betingelser for at kunne opnå prækvalifikation var det i relation til dokumentation for, at tilbudsgiveren ikke befandt sig i en af de i Udbudsdirektivets artikel 45 anførte situationer anført, at »dokumentationen kan for virksomheder hjemmehørende i Danmark vedlægges i form af serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen«. Heraf fremgår, at det ikke udelukkes, at dokumentation kunne foreligge på anden måde end ved indhentelse af en serviceattest. I øvrigt ville krav om serviceattest ikke kunne anses for nationalitetsdiskriminerende. Det er endvidere ikke i strid med udbudsreglerne at forlange den relevante dokumentation for alle deltagere i et konsortium. Som følge af det anførte tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 2

Som følge af det, der er anført under påstand 1, tages denne påstand ikke til følge.

Ad påstand 3

Som følge af det, der er anført under påstand 1 og 2, tages denne påstand ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig