

K E N D E L S E

Kuben Management
(advokat Tina Braad, Aarhus)

mod

Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S
(selv v/advokat Michael Lund Nørgaard)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S181-295140 af 15. september 2011 udbød indklagede, Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale 17.05 Bygherrerådgivning opdelt i 6 delaftaler (3 ydelsesområder og 3 geografiske områder). Indklagede udbød aftalen som indkøbscentral. Der var tale om parallelle rammeaftaler med ifølge udbudsbekendtgørelsen op til 42 leverandører i den samlede rammeaftale. Værdien er anslået til 550 mio. kr.

Indklagede modtog 96 ansøgninger om prækvalifikation. Den 15. december 2011 besluttede indklagede at prækvalificere en lang række virksomheder, men ikke klageren, Kuben Management.

Den 10. februar 2012 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 13. marts 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klageren har i klageskriftet nedlagt følgende påstand:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med kravene til underretning i udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, ved ikke efter anmodning fra klageren at give klageren en tilstrækkelig udførlig begrundelse for den trufne prækvalifikationsbeslutning, herunder meddelelse om, på hvilke punkter de prækvalificerede virksomheder var bedre end klageren.

Klageren har desuden i replikken af 28. marts 2012 nedlagt følgende påstand:

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere indklagedes beslutning om at prækvalificere:

1) Bascon, COWI A/S, DIK2 Bygherrerådgivning as, Emcon/signal, Alecia A/S, Arkitema K/S, Grontmij A/S, Albæk og Co bygherrerådgivning, Henneby Nielsen Rådgivende Ingeniørfirma A/S, Konsortiet Hifab og Drees & Sommer, Rambøll Danmark A/S, Orbicon A/S, aarhus arkitekterne a/s, NIRAS A/S til at afgive tilbud på delaftale 1A.

2) Bascon A/S, COWI A/S, DIK2 Bygherrerådgivning as, Emcon/signal, Alecia A/S, Arkitema K/S, Grontmij A/S, Albæk og Co bygherrerådgivning, Henneby Nielsen Rådgivende Ingeniørfirma A/S, Konsortiet Hifab og Drees & Sommer, Rambøll Danmark A/S, Orbicon A/S, aarhus arkitekterne a/s, NIRAS A/S til at afgive tilbud på delaftale 1B.

3) Bascon A/S, COWI A/S, DIK2 Bygherrerådgivning as, Emcon/signal, Alecia A/S, Arkitema K/S, Grontmij A/S, Albæk og Co bygherrerådgivning, arkitektfirmaet NORD as, Konsortiet Hifab og Drees & Sommer, MidtNord Ingeniørerne, Rambøll Danmark A/S, Orbicon A/S, NIRAS A/S til at afgive tilbud på delaftale 1C.

Indklagede har vedrørende påstand 1 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Vedrørende påstand 2 har indklagede nedlagt påstand om afvisning og har subsidiært nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder:

Denne klagesag vedrører samme udbud som klagenævnets kendelse af 16. maj 2012 (EKJ Rådgivende Ingeniører A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbscentral A/S).

I udbudsbekendtgørelsen anføres blandt andet:

»III.2.3) **Teknisk kapacitet**

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

1) Forelæggelse af maksimalt de syv (7) mest betydningsfulde referencer inden for de ydelsesområder, hvor der anmodes om prækvalifikation, og som er udført i løbet af de sidste tre år, uanset hvor de(n) enhed(er), der ansøger om prækvalifikation, har løst de pågældende opgaver. Referencerne skal indeholde de i spørgeskemaet "Referencer for ydelsesområde" angivne oplysninger. Såfremt ansøgeren baserer sig på andre virksomheders formåen inden for de(n) delaftale(r) hvortil der anmodes om prækvalifikation, skal ansøgeren godtgøre, at ansøgeren råder over de nødvendige ressourcer ved at fremlægge dokumentation for disse virksomheders forpligtelser i så henseende.

2) Oplysning om kvalitetsledelsessystem.

3) Oplysning om byggeriets nøgletal for kundetilfredshed for de oplyste referencer eller tilsvarende dokumentation i form af udtalelse fra bygherre vedr. kundetilfredshed i original version. Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Som mindstekrav kræves et Kvalitetsledelsessystem ISO 9001 eller tilsvarende.

Som mindstekrav kræves byggeriets nøgletal for kundetilfredshed eller tilsvarende i form af udtalelse fra bygherre for de oplyste referencer.

...

Del IV: Procedure

...

IV.1.1) Type procedure

Begrænset

IV.1.2) Grænse for, hvor mange økonomiske aktører der vil blive opfordret til at afgive bud eller deltage

Forventet antal økonomiske aktører: 84

Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal kandidater:
Begrænsning af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud pr. delaftale, vil ske efter en helhedsvurdering af, hvilke ansøgere, der har de bedste og mest relevante referencer, jvf. pkt. III.2.3. SKI forbeholder sig ret til at anvende en bedømmelseskomité bestående af Kunder fra SKI's kundekreds i forbindelse med vurderingen af de indkomne anmodninger.

...

VI.3) Yderligere oplysninger

...

D II.1.4) SKI vil indgå rammeaftale med op til 7 virksomheder pr. delaftale, dvs. samlet set påtænkes indgåelse af rammeaftaler med op til 42 leverandører i alt.

Ad II.1.8) Ved ansøgning om prækvalifikation skal man angive, hvilken af de 6 delaftaler (delaftale 1A til delaftale 2C) man ønsker at blive prækvalificeret til. Ved manglende angivelse heraf lægges det til grund, at man ansøger om prækvalifikation til samtlige delaftaler indenfor et eller flere ydelsesområde(r). Egnethedsvurderingen og udvælgelsen sker i forhold til det enkelte ydelsesområde.

...

Ad IV.1.2) SKI vil prækvalificere op til 14 virksomheder pr. delaftale, dvs. samlet set prækvalifikation af op til 84 leverandører. Hver selvstændigt ansøgende virksomhed kan alene indgive én ansøgning om prækvalifikation.

...

.«

I den elektroniske ansøgningsblanket, som skulle anvendes ved den elektroniske ansøgning om prækvalifikation, jf. udbudsbekendtgørelsens afsnit VI.3, skulle ansøgeren i afsnit A angive, hvilke delaftaler ansøgeren ønskede prækvalifikation på. Desuden fremgår det af afsnit B, at ansøgeren skulle angive sine maksimalt 7 mest betydningsfulde referencer inden for hvert af de ydelsesområder, ansøgeren søgte om prækvalifikation på.

SKI modtog inden for ansøgningsfristen den 18. oktober 2011 96 ansøgninger om prækvalifikation inden for rammeaftalen, herunder en ansøgning fra klageren om at blive prækvalificeret inden for ydelsesområde 1 Bygherrerådgivning i forbindelse med byggeprojekter på de 3 delaftaler 1A, 1B, 1C.

Af indstillingsnotatet af 15. december 2012 vedrørende rammeaftale 17.05 samt de yderligere udbudte rammeaftaler 17.06 og 17.07 fra det evalueringsskud, indklagede benyttede, fremgår blandt andet:

»Referencerne er vurderet enkeltvis, hvorefter der er foretaget en helhedsvurdering af referencerne med baggrund i hvor høj grad referencerne dækker ydelsesbeskrivelsen i bredden og dybden.

Helhedsvurderingen har resulteret i, at hver ansøger har fået tildelt point for hvor godt referencerne dækker ydelsesbeskrivelserne i bredden og dybden. Nedenstående pointskala er anvendt. Det skal bemærkes, at pointskalaen er grupperet i 8 grupper, hvor der til hver gruppe er en redegørelse for hvad der skal kendetegne referencerne for at opnå de pågældende point.

Eksempelvis opnås 9 eller 10 point såfremt virksomhedens referencer vurderes som værende **tilfredsstillende** beskrivelser, der dækker betydelige dele af delaftalens ydelsesbeskrivelse i dybden og bredden. Der gives 10 point hvis beskrivelsen i særlig grad efterkommers, dvs. at der er ingen eller meget få undtagelser og ellers 9 point.

16 - 15 point

Deres referencer vurderes som værende **fremragende** beskrivelser, der er **udtømmende** i forhold til ydelsesbeskrivelsen, og dermed samlet set dækker **hele** delaftalens ydelsesfelt i såvel bredden som dybden.

14 - 13 point

Deres referencer vurderes som værende **fortrinlige** beskrivelser, der med **enkelte undtagelser** er udtømmende i forhold til ydelsesbeskrivelsen, og dermed **stort set** dækker hele delaftalens ydelsesfelt i såvel bredden som dybden.

12 - 11 point

Deres referencer vurderes som værende **meget tilfredsstillende** beskrivelser, der med få undtagelser dækker delaftalens ydelsesfelt i både dybden og bredden.

10 - 9 point

Deres referencer vurderes som værende **tilfredsstillende** beskrivelser, der dækker betydelige dele af delaftalens ydelsesbeskrivelse i dybden og bredden.

8 - 7 point

Deres referencer vurderes som værende **tilfredsstillende** beskrivelser, der med undtagelser samlet set dækker delaftalens ydelsesbeskrivelse i dybden og bredden.

6 - 5 point

Deres referencer vurderes som værende **mindre tilfredsstillende** beskrivelser, med **en række mangler** i bredden og dybden i forhold til delaftalens ydelsesbeskrivelse.

4 - 3 point

Deres referencer vurderes som værende **utilstrækkelige** beskrivelser, der kun **sporadisk** dækker delaftalens ydelsesbeskrivelse i bredden og dybden.

2 - 0 point

Deres referencer vurderes som værende **utilstrækkelige** beskrivelser, der kun **yderst sporadisk** dækker delaftalens ydelsesbeskrivelse i bredden og dybden.«

I et regneark er angivet pointtildelingen til de prækvalificerede ansøgere på ydelsesområde 1.

Ved e-mail af 19. december 2011 meddelte indklagede klageren resultatet af bedømmelsen. Det anføres heri:

»I fortsættelse af Deres anmodning om at blive prækvalificeret til Rameaftale 17.05, ydelsesområde 1, delaftale 1A, 1B, 1C, skal SKI meddele, at Deres virksomhed *ikke* er blevet prækvalificeret.

SKI har i alt modtaget 82 anmodninger om prækvalifikation til delaftalen, der som beskrevet i udbudsbekendtgørelsen er blevet vurderet ud fra hvilke ansøgere, der, efter en helhedsvurdering, har de for det pågældende ydelsesområde bedste og mest relevante referencer. Referencerne har ved vurderingen vægtet 100 %, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt IV.1.2)

Angående referencer, har vi vurderet hver ansøgers referencer i forhold til delaftalens ydelser, der nærmere er beskrevet i udbudsbekendtgørelsens bilag B. På baggrund heraf er vurderingen som følger:

Deres referencer vurderes som værende tilfredsstillende beskrivelser, der med undtagelser samlet set dækker delaftalens ydelsesbeskrivelse i dybden og bredden.

...

De 14 prækvalificerede virksomheder/konsortier er:

...

SKI håber at De med ovenstående forklaring har fået den nødvendige indsigt i prækvalifikationen, hvorfor vi betragter prækvalifikationen som afsluttet, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 2. Der er således ikke mulighed for yderligere uddybning af gennemførelsen af prækvalifikationen.«

Ved e-mail af 20. december 2011 anmodede klageren om en uddybende begrundelse for, at klageren ikke var blevet prækvalificeret.

Ved e-mail af 22. december 2011 besvarede indklagede anmodningen således:

»...

Angående referencer, har vi vurderet hver ansøgers referencer i forhold til delaftalens ydelser, der nærmere er beskrevet i udbudsbekendtgørelsens bilag B. På baggrund heraf er vurderingen som følger:

Deres referencer vurderes som værende tilfredsstillende beskrivelser, der med undtagelser samlet set dækker delaftalens ydelsesbeskrivelse i dybden og bredden.

Deres ansøgning er dermed ikke blandt de 14 bedste og mest relevante referencer modtaget på det pågældende ydelsesområde, og som konsekvens heraf kan SKI ikke prækvalificere Kuben Management til 1705, Ydelsesområde 1, delaftale 1A, 1B og 1C.

SKI betragter prækvalifikationen som afsluttet, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 2. Der er således ikke mulighed for yderligere uddybning af gennemførelsen af prækvalifikationen.«

Ved e-mail af 6. januar 2012 anmodede klageren på ny med henvisning til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2 samt udbudsdirektivets artikel 41 om en uddybende begrundelse for indklagedes manglende prækvalifikation af klageren.

Denne henvendelse blev ikke besvaret af indklagede.

Ved e-mail af 13. januar 2012 meddelte indklagede ansøgerne, heriblandt klageren, at indklagede havde revurderet og ændret prækvalifikationsbeslutningen, idet indklagede havde overset dokumentationen i en ansøgning fra en virksomhed. Ændringen berørte dog ikke klagerens ansøgning.

Ved e-mail af 18. januar 2012 rykkede klageren på ny indklagede for en uddybende begrundelse for, at klageren ikke var blevet prækvalificeret.

Indklagede besvarede denne henvendelse ved e-mail af 27. januar 2012 således:

»...

Det fremgår af jeres mail, at I ønsker en uddybende begrundelse for afvisningen af jeres anmodning om prækvalifikation på ydelsesområdet.

Indledningsvis skal det bemærkes, at SKI modtog et stort antal anmodninger om prækvalifikation på Rammeaftale 17.05, herunder også på ydelsesområde 1.

Der var mange gode og velkvalificerede virksomheder blandt de anmodende virksomheder. Der har således været tale om en stærk konkurrence, hvilket har givet sig udtryk i, at SKI har måttet afvise at prækvalificere kvalificerede virksomheder, idet andre virksomheder havde bedre og mere relevante referencer.

Jeres referencer blev vurderet at være »tilfredsstillende beskrivelser«, der med undtagelser samlet set dækker delaftalens ydelsesbeskrivelser i dybden og bredden. Jeres referencer har således ikke en bredde og dybde som dækker hele delaftalen.

De virksomheder, som er prækvalificeret på ydelsesområde 1, delaftalerne 1A, 1B og 1C har som minimum haft referencer, der blev vurderet at være »tilfredsstillende beskrivelser«, der dækker betydelige dele af ydelsesområdet.

Der er således tale om, at de prækvalificerede virksomheder har referencer, som i højere grad og efter en helhedsvurdering, er bedre og mere relevante referencer for ydelsesområdet.

I henhold til Håndhævelseslovens § 7, stk. 1, skal samtidig underretning være ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde til ordregivers beslutning om prækvalifikation. Der er i mail af 19. december 2011 redegjort for de relevante grunde til SKI's beslutninger i forbindelse med prækvalifikationen. Det fremgår således af mailen, hvorledes jeres referencer er vurderet i forhold til det objektive kriterium for begrænsning af antallet af kandidater, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt IV.1.2.

Vi vil gerne benytte lejligheden til at takke for jeres interesse for udbuddet og håber, at I vil deltage næste gang, vi gennemfører udbud inden for jeres område.«

Klagenævnet udtalte i sin afgørelse af 13. marts 2012 om ikke at tillægge klagen opsættende virkning bl.a.:

»... Vedrørende betingelse nr. 1 (»*fumus boni juris*«) bemærker klagenævnet, at klageren ikke har nedlagt påstand om, at indklagedes beslutning om ikke at prækvalificere klageren skal annulleres. Indklagedes eventuelle overtrædelse af udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, kan ikke i sig selv føre til, at der tillægges klagen opsættende virkning. Allerede af den grund er betingelsen om »*fumus boni juris*« ikke opfyldt.

Klagenævnet bemærker i øvrigt, at indklagede har skullet træffe afgørelse om, hvilke af de 96 ansøgere om prækvalifikation der havde de bedste og mest relevante referencer. Ved afgørelsen har indklagede skullet foretage et skøn, og der er ikke anført noget til støtte for, at evalueringsholdets skøn har været behæftet med mangler, der kan føre til, at skønnet tilsidesættes. I sagens natur vil en afgørelse som den omhandlede indebære, at ansøgere med endog meget gode referencer ikke prækvalificeres, fordi der er et antal ansøgere med endnu bedre referencer. Indklagedes begrundelse for ikke at prækvalificere klageren afspejler dette forhold og ses ikke på det foreliggende grundlag at være i strid med udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede i medfør af gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 bærer bevisbyrden for, at udvælgelsen af tilbudsgivere er sket i overensstemmelse med reglerne i udbudsdirektivet. En ordregivende myndighed kan ikke opfylde sin underretningspligt i henhold til udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, ved blot at oplyse, hvilken karakter ansøgerne har opnået på baggrund af en tilfredshedsskala udarbejdet af ordregiveren, uden at ordregiveren nærmere redegør for, hvilke momenter der har været afgørende for den pågældende karaktergivning. En ordregivende myndighed er derimod forpligtet til at redegøre for, hvilke momenter der er indgået i udvælgelsen af tilbudsgivere, herunder på hvilke områder de udvalgte tilbudsgivere har dokumenteret at være mere egnede end fravalgte tilbudsgivere. En sådan pligt gælder i sagens natur også i en situation som den foreliggende, hvor den ordregivende myndighed modtager et meget stort antal ansøgninger, uanset de vanskeligheder der må være forbundet med dette for den ordregivende myndighed. Klageren har desu-

den henvist til præmis 118-130 i Rettens dom af 20. september 2011 i sag T-461/08, *Evropaiki Dynamiki mod Den Europæiske Investeringsbank*.

Indklagede har gjort gældende, at hverken håndhævelseslovens § 7, stk. 1, eller udbudsdirektivets artikel 41 indebærer en begrundelsespligt, der går videre end det, der er nødvendigt, for at en ansøger kan vurdere, om der er grundlag for en klagesag. Indklagede har desuden efter udbudsdirektivets artikel 6 en selvstændig pligt til ikke at offentliggøre oplysninger, som de økonomiske aktører betragter som fortrolige, jf. bl.a. C-450/06 *Varec AS mod État Belge*. Indklagede har vurderet, at klagerens referencer ikke var blandt de 14 bedste og dermed ikke var gode nok til at opnå prækvalifikation, og har herved foretaget en helhedsvurdering af, hvilke ansøgere der har de bedste og mest relevante referencer. Indklagedes e-mail af 19. december 2011 inkluderer en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen om ikke at prækvalificere klageren samt en oversigt over, hvilke virksomheder der er blevet prækvalificeret. Ved e-mails af 22. december 2011, 13. januar 2012 og 27. januar 2012 har indklagede givet en omfattende og uddybende begrundelse for, hvorfor klageren ikke var blevet prækvalificeret.

Indklagede havde i sagens natur foretaget sin vurdering, inden indklagede skrev til ansøgerne med en nærmere begrundelse for et afslag på prækvalifikation. Begrundelsen er således uden betydning for udbuddets resultat, og manglende eller mangelfuld begrundelse kan ikke være tilstrækkelig til en annullation af indklagedes afslag på prækvalifikationen af klageren. En eventuel mangelfuld begrundelse kan alene medføre, at den præklusive frist i håndhævelseslovens § 7, stk. 1, suspenderes.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det forhold, at klageren - i hvert fald på nuværende tidspunkt - ikke har opnået aktindsigt i ansøgningerne fra de virksomheder, der er blevet prækvalificeret, har medført, at det er nødvendigt at nedlægge annullationpåstand som sket efter klagenævnets kendelse af 13. marts 2012.

Indklagede har i første række gjort gældende, at påstanden skal afvises, da påstanden ikke indeholder en præcis beskrivelse af, hvilke overtrædelser indklagede måtte have begået. Indklagede, der ikke er underlagt reglerne

om aktindsigt i den offentlige forvaltning, har ikke villet fremlægge de prækvalificerede virksomheders ansøgninger, allerede fordi disse ansøgninger ikke har betydning for påstanden om, at indklagedes begrundelse over for klageren ikke opfylder kravet i udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2. I anden række har indklagede gjort gældende, at påstanden ikke skal tages til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Indklagede har i sine mails til klageren i det væsentlige gentaget sin oprindelige begrundelse, der dog er uddybet ved fremsendelse af den seneste mail af 27. januar 2012.

Det ligger imidlertid i sagens natur - som også anført i klagenævnets kendelse af 13. marts 2012 - at indklagede ved prækvalifikationen har skullet foretage et skøn blandt mange egnede virksomheders referencer. Indklagede har til brug for dette skøn og som redskab til at undgå, at skønnet blev vilkårligt, anvendt et udførligt pointsystem, som fremgår af indstillingsnotatet. Klagenævnet har intet grundlag for at fastslå, at skønnet er foretaget i strid med udbudsreglerne.

Den begrundelse, som indklagede ifølge udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, er forpligtet til at give ansøgere, hvis ansøgning er forkastet, kan på den anførte baggrund – igen i sagens natur – vanskeligt komme til at gå ud på andet, end at der var 14 af de 96 ansøgere, hvis referencer blev skønnet bedre end de ansøgers, der ikke blev prækvalificeret.

Da klageren ikke har anført noget til støtte for, at tildelingsbeslutningerne skal annulleres, tages påstandene ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Nielsen
kontorfuldmægtig