

Klagenævnet for Udbud

(Søren Holm Seerup, Kent Petersen, Thomas Grønkær)

J.nr.: 2010-0022715

16. januar 2012

K E N D E L S E

Lettershop Mailservice A/S
(selv)

mod

Økonomistyrelsen
(Kammeradvokaten v/advokat Tom Holsøe, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 114-173234 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 standard kopi- og printtydelser.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 13. juli 2010 havde 15 virksomheder anmodet om prækvalifikation, herunder:

Formula A/S,
ISS Facility Service A/S,
Rosendahls A/S,
Rosendahls – Schultz Grafisk A/S,
Scanprint A/S,
Strålfors Information Logistics A/S og
Lettershop Mailservice A/S.

Derudover havde følgende 4 konsortier anmodet om prækvalifikation:

Pekema Gruppen
Prinfo Danmark
Rosendahls Schultz Grafisk (konsortium)
Schølin Tryk

Den 31. august 2010 besluttede indklagede at prækvalificere alle 4 konsortier og følgende 6 virksomheder:

Formula A/S,

ISS Facility Service A/S,

Rosendahls A/S,

Rosendahls – Schultz Grafisk A/S,

Scanprint A/S

Strålfors Information Logistics A/S

Lettershop Mailservice 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 16. september 2010 indgav klageren, Lettershop Maiservice 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 4. oktober 2010 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har ikke formuleret egentlige påstande, men klagenævnet har opfattet klagerens standpunkter som udtrykt i følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tillade enkelte virksomheder at blive prækvalificeret flere gange til samme udbud, både som enkeltvirksomheder og som deltager i et konsortium.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at prækvalificere virksom-

heder med en mindre omsætning end klagerens, uanset at udvælgelseskriteriet var fastsat som virksomheder, der: A) har dokumenteret den største samlede omsætning og B) har dokumenteret de mest relevante og omfattende leverancer af de vare- og serviceydelser, som rammekontrakten vedrører, hvilket må opfattes som en prioriteret rækkefølge.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har tilsidesat gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at anmode tilbudsgivere om at indsende liste med de betydeligste lignende leverancer, hvilket må forstås som kopi- og printydelser, uanset indklagede ved evalueringen primært har prækvalificeret trykkerier.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 11. juni 2010 indeholder blandt andet følgende:

»Del II: Kontraktens genstand

...

II.1.1)...

Rammekontrakt om indkøb af standard kopi- og printydelser.

...

II.1.4) ...

Rammeaftale med flere aktører

...

Antal 3

...

Rammeaftalens varighed:

År: 2

...

II.1.5...

Som en del af Statens Indkøbsprogram er det besluttet at effektivisere statslige myndigheders indkøb af standard kopi- og printydelser...

...

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 finansiel 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.

Ved sammenslutning af leverandører (fx et konsortium) skal oplysningerne om økonomisk formåen gives for hver enkelt leverandør.

...

Som mindstekrav kræves en omsætning på 10.000.000 DKK i det seneste disponible regnskabsår. Ved sammenslutning af leverandører (fx et konsortium) beregnes omsætning som leverandørens samlede omsætning i det seneste regnskabsår.

...

III.2.3) Teknisk kapacitet

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

Oversigt over de betydeligste lignende leverancer af de udbudte varer og serviceydelser udført i løbet af de seneste 3 år... Såfremt virksomheden baserer sig på andre virksomheders formåen, skal virksomheden godtgøre, at virksomheden råder over de ressourcer, der er nødvendige for kontraktens udførelse, fx ved at fremlægge dokumentation for disse enheder tilsagn om at stille de nødvendige ressourcer til rådighed for kontraktens udførelse.

...

Ansøgerne skal som minimum dokumentere at have leveret relevante varer og serviceydelser, som beskrevet i punkt II.1.5), i betydeligt omfang.

...

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

Planlagt antal økonomiske aktører 10

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

A) Har dokumenteret den største samlede omsætning, og

B) har dokumenteret de mest relevante og omfattende leverancer af de vare- og serviceydelser, som rammekontrakten vedrører.

...

VI.3) Yderligere oplysninger

Hver ansøger kan alene indgive én ansøgning om prækvalifikation.

Afgivelse af anmodning og efterfølgende tilbud kan kun ske elektronisk via en særlig hjemmeside, der indeholder de fornødne faciliteter til den elektroniske afgivelse af virksomhedens anmodning/tilbud.

...«

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

Ved brev af 31. august 2010 har indklagede meddelt klageren afgørelsen af prækvalifikationen. Af brevet fremgår blandt andet følgende med henvisning til udbudsbekendtgørelsens udvælgelseskriterier:

»Ad A

Med hensyn til A er [klageren] vurderet til at have dokumenteret en stor samlet omsætning, hvilket er lavere end omsætningen hos ni af de prækvalificerede virksomheder, og marginalt højere end omsætningen hos én prækvalificeret virksomhed.

Ad B)

Med hensyn til B vurderes [klagerens] leverancer af de varer og serviceydelser, som kontrakten vedrører samlet at være gode, hvilket er en lavere vurdering end samtlige 10 prækvalificerede virksomheder.

[Klageren] er således vurderet lavere fsva. leverancer end samtlige prækvalificerede virksomheder og lavere en ni prækvalificerede virksomheder fsva. omsætning. Det forhold, at [klageren] har en marginalt højere omsætning end én prækvalificeret virksomhed, kan ikke opveje, at denne virksomhed vurderes at have dokumenteret markant bedre referencer end [klageren].

På denne baggrund prækvalificeres [klageren] derfor ikke].

... «

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at tillade virksomheder at deltage i prækvalifikationen flere gange, nemlig både som enkeltstående virksomhed og som deltager i et konsortium.

Klageren har videre gjort gældende, at indklagede har overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved at anvende begreberne »virksomhed« og »ansøger« på en måde, der ikke har muliggjort for klageren at gennemskue, hvad de dækker over.

Indklagede har gjort gældende, at det ville være i strid med EU-retten automatisk at udelukke en virksomhed fra deltagelse med henvisning til, at virksomheden var deltager i et konsortium, der også deltager i udbuddet, jf. herved EU-Domstolens domme i sagerne C-376/08 (Serratoni) og C-538/07 (Assitur). Når det i udbudsbekendtgørelsens punkt VI.3 er anført, at hver ansøger alene kan indgive én ansøgning om prækvalifikation, beror det på Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. januar 2009 (Neupart). Denne passus er alene rettet mod hver »ansøger«, og regulerer således ikke, hvor mange forskellige ansøgere der kan deltage i udbuddet.

Gennemsigtighedsprincippet er ikke tilsidesat ved den anvendte formulering. Udtrykket »ansøger« er et fast begreb, som anvendes i udbudsdirektivets artikel 1, stk. 8, hvoraf fremgår, at enhver, der har anmodet om en opfordring til at deltage i et begrænset udbud, betegnes »ansøger«. Begrebet dækker såvel over konsortier og enkeltstående virksomheder.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det af udbudsbekendtgørelsens punkt IV 1.2 fremgår, at prækvalifikationen foregår efter følgende kriterier: ansøgere, der A) har dokumenteret den største samlede omsætning, og B) har dokumenteret de mest relevante og omfattende leverancer af de vare- og serviceydelser, som rammekontrakten vedrører.

Det fremgår ikke, hvorledes disse vægtes, og A+B opfattes derfor som en prioritering. Imidlertid er virksomheder med mindre omsætning end klageren blevet valgt på baggrund af deres referencer. Der må derfor være tale om en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er anført noget i udbudsbekendtgørelsens klare ordlyd, der angiver, at kriterierne A og B skulle være udtryk for en prioriteret rækkefølge. Der er kun én af de prækvalificerede virksomheder, der havde en mindre omsætning end klageren, nemlig Rosendahls Schultz Grafisk A/S. Det fremgår af indklagedes brev af 31. august 2010, at den omstændighed, at klagerens omsætning var marginalt højere

end én af de prækvalificerede virksomheders, ikke kunne opveje, at denne virksomhed vurderedes at have markant bedre referencer end klageren. Indklagede har således foretaget et skøn, og klagenævnet sætter efter fast praksis ikke sit eget skøn i stedet for den ordregivende myndigheds. Samlet set er udbudsbekendtgørelsens udvælgelseskriterier iagttaget, og prækvalificeringen er sket i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at klageren har forstået materialet således, at tilbudsgiverne skal sende en liste med de betydeligste lignende leverancer, hvorefter klageren er gået ud fra, at bedømmelsen sker på de betydeligste leverancer af kopi- og printydelser. Man bør ikke som tilbudsgiver kunne få en fordel af at indsende alle sine leverancer (kundeliste). Det må samtidig være indklagedes ansvar at sikre, at der kun benyttes referencer inden for print- og kopi ydelser.

Indklagede har gjort gældende, at det har stået enhver ansøger frit at udfærdige den i udbudsbekendtgørelsen krævede oversigt over ansøgerens betydeligste leverancer, herunder selv at fastlægge, hvilket indhold oversigten skulle have.

Ved vurderingen af ansøgerens leverancer har indklagede i overensstemmelse med det i udbudsbekendtgørelsen anførte lagt vægt på relevansen og omfanget af leverancer af de vare- og serviceydelser, som rammekontrakten vedrører. Dette er sket ved, at indklagede har vurderet hver enkelt ansøgning og de deri indeholdte oplysninger om ansøgerens betydeligste lignende leverancer af de udbudte varer og serviceydelser udført i løbet af de seneste tre år. Det er således relevansen og omfanget af de leverancer, som ansøgerne selv har skullet beskrive, der er bedømt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Klagenævnet finder, at udbudsbekendtgørelsens formulering, herunder anvendelsen af begrebet »ansøger«, ikke strider mod udbudsdirektivets definitioner eller på anden måde giver anledning til uklarhed. Af de grunde, som indklagede har anført, har indklagede ikke været berettiget til at afvise ansøgere som enkeltvirksomheder alene med den begrundelse, at disse virk-

somheder tillige indgik i konsortier, der havde ansøgt om prækvalifikation. Klagenævnet skal hertil bemærke, at ansøgere anmodninger om prækvalifikation som både enkelt virksomhed, og som en del af et konsortium, ikke har givet disse virksomheder en uberettiget fordel i forhold til ansøgere, som udelukkende har ansøgt som enkelt virksomhed.

Klagerens påstand tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Den af klageren antagne prioritering af kriterierne A og B i udbudsbekendtgørelsens punkt IV 1.2 er uden grundlag. Klagenævnet har ikke grundlag for at tilsidesætte den vurdering, som indklagede har foretaget vedrørende ansøgernes opfyldelse af udbudsbekendtgørelsens udvælgelseskriterier.

Klagerens påstand tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Udbudsbekendtgørelsens formulering i punkt III.2.3, jf. punkt II.1.5 definerer uden uklarhed, hvilke oplysninger ansøgerne skal indsende med henblik på at dokumentere teknisk kapacitet, nemlig som minimum, at de i betydeligt omfang har leveret relevante varer og serviceydelser inden for standard kopi- og printydelser.

Klagenævnet har ikke grundlag for at antage, at udbudsbekendtgørelsens formulering på dette punkt er mangelfuld. Den omstændighed, at de prækvalificerede ansøgere primært skulle være trykkerier, kan ikke i sig selv give grundlag for en antagelse om, at der ved prækvalifikationen ikke er lagt vægt på ansøgernes dokumentation vedrørende som minimum betydelige leverancer af relevante varer og serviceydelser inden for standard kopi- og printydelser.

Påstanden 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.

Joan Bach
kontorfuldmægtig