

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Jørgen Egholm, Niels Henriksen)

J.nr.: 2008-0017702

20. januar 2009

K E N D E L S E

Neupart A/S
(advokat Lotte Hummelshøj, København)

mod

Økonomistyrelsen
(Kammeradvokaten ved advokat Tom Holsøe)

Ved udbudsbekendtgørelse af 27. juni 2008 udbød Økonomistyrelsen som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) 3 rammeaftaler om indkøb af IT-sikkerhedsovervågning gældende for 2009-2010. Det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at Økonomistyrelsen planlagde at prækvalificere 6 virksomheder, og at Økonomistyrelsen ville indgå rammeaftale med 3 tilbudsgivere.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 12. august 2008 havde 8 virksomheder/konsortier anmodet om prækvalifikation bl.a. Neupart A/S.

Den 19. september 2008 besluttede Økonomistyrelsen at afvise Neupart A/S' anmodning om prækvalifikation.

Økonomistyrelsen afviste yderligere 6 andre anmodninger om prækvalifikation.

Den 30. september 2008 indgav klageren, Neupart A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Økonomistyrelsen. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have

opsættende virkning. Den 13. oktober 2008 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 20. november 2008.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved den 19. september 2008 at beslutte at afvise anmodningen fra klageren om prækvalifikation med den begrundelse, at klageren havde fremsendt to anmodninger om prækvalifikation, uagtet det ikke i udbudsbekendtgørelsen var fastsat, at en virksomhed kun må fremsende én anmodning om prækvalifikation.

Påstand 2

Klagenævnet skal påbyde indklagede at annullere udbudet.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 19. september 2008 om at afvise klagerens anmodning om prækvalifikation.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Det blev på mødet den 20. november 2008 oplyst, at udbudet da endnu ikke var afsluttet. Indklagede har den 15. januar 2009 oplyst, at udbudet nu er afsluttet, idet indklagede har besluttet at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne og herefter har indgået kontrakt den 15. december 2008.

I udbudsbekendtgørelsen er fastsat følgende om rammekontrakterne:

»Rammekontrakten vil omfatte it-konsulentytelser i form af it-sikkerhedsmæssig rådgivning indenfor følgende områder:

- 1) Etablering af it-sikkerhedspolitik, sikkerhedshåndbog, risikovurderinger, handlingsplaner og beredskabsplaner.
- 2) Delanalyser indenfor it-sikkerhedsområdet.
- 3) Afprøvninger af sikkerhedsniveau hos kunden og kundens leveran-

dører.

- 4) Sparring indenfor it-sikkerhedsområdet, eksempelvis leveret i form af seminarer.«

I udbudsbekendtgørelsen er fastsat følgende om prækvalifikationen:

»Planlagt antal økonomiske aktører 6

.....

Begrænsning af ansøgere, der opfordrer til at afgive tilbud, vil ske ved vurdering af hvilke ansøgere, der (A) har dokumenteret den største samlede omsætning med særligt vægt på omsætning inden for de tjenesteydelser, som kontrakten vedrører, (B) har dokumentation for den bedste og mest relevante levering af de tjenesteydelser, som kontrakten vedrører og (C) har flest beskæftigede personer, der kan være ansvarlige for udførelsen af opgaverne, med de krævede betydelige uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer.«

I udbudsbekendtgørelsen er fastsat følgende om tilbudsgivernes »tekniske kapacitet«:

»Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves (i givet fald):

- Ansøgere skal som minimum dokumentere at have leveret relevante tjenesteydelser i betydeligt omfang.

Som mindstekrav kræves det herunder, at ansøger dokumentere at

- have ydet it-sikkerhedsmæssig rådgivning omfattende mindst de første tre af nedenstående områder og mindst fire af nedenstående områder i alt:

- 1) Assistance til kortlægning af kundens risikobillede på udvalgte it-sikkerhedsområder, herunder gennemførelse af generelle, eller specifikke »sundhedscheck« af sikkerhedsniveau og procedurer hos kunden og kundens leverandører.
- 2) Assistance til at identificere relevante tiltag for kunden, som medfører yderligere afdækning af, eller justering af it-sikkerhedsniveauet.
- 3) Assistance til saglig prioritering blandt relevante tiltag på it-sikkerhedsområdet via eksempelvis afdækning af ricisi, effekt og omkostninger forbundet med de enkelte tiltag.
- 4) Assistance til udarbejdelse af skabeloner og procedurer for indhentning af oplysninger om it-sikkerhedsniveauet hos kundens leverandører.
- 5) Planlægning og gennemførelse af kurser, workshops og seminarer omhandlende udvalgte discipliner og/eller relevante emner indenfor it-sikkerhed.
- 6) Assistance til forankring af it-sikkerhedspolitikken i kundens orga-

nisation via eksempelvis workshops og seminarer for nøglepersoner hos kunden.

- 7) Assistance med test af tekniske forhold, herunder identifikation af fejl og mangler via eksempelvis »stress tests« og »penetrations tests« samt udarbejdelse af forslag til udbedring af konstaterede uhensigtsmæssigheder.
- Ansøgere skal som minimum dokumentere, at de personer, der kan være ansvarlige for udførelsen af opgaverne, har betydelige uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer af relevans for udførelsen af opgaven.«

I anmodningen om prækvalifikation fra klageren af 12. august 2008 er anført følgende:

»Jeg henleder opmærksomheden på, at Neupart fremsender 2 udfyldte prækvalifikationer.

1. Med Neupart som kontraktholder og IBM som underleverandør
2. Med Neupart som kontraktholder og FortConsult som underleverandør

Der er IKKE tale om nogen konsortiekonstellation. Begge dækker samtlige 8 punkter der er efterspurgt i prækvalifikationsmaterialet. De 2 prækvalifikationsmaterialer er to separate besvarelser fra Neuparts side.«

I indklagedes skrivelse af 19. september 2008 til klageren hedder det:

»Neupart A/S har i ovennævnte udbud fremsendt en anmodning om at blive prækvalificeret. I den forbindelse skal Økonomistyrelsen meddele, at der nu er truffet beslutning om at prækvalificere virksomheder til at deltage i udbudsforretningen med tilbudsafgivelse. Det er med beklagelse, at Økonomistyrelsen må meddele, at Neupart A/S ikke er blandt de udvalgte virksomheder.

Nærmere om årsagen til, at Neupart A/S ikke er blevet prækvalificeret kan følgende oplyses:

[Herefter citeres den ovenfor anførte passus fra klagerens anmodning om prækvalifikation.]

Til den kendsgerning at Neupart A/S har indsendt to anmodninger om prækvalifikation, bemærker Økonomistyrelsen, at der således som udbudsbekendtgørelsen er formuleret alene er adgang til at indsende én anmodning om prækvalifikation.

Såfremt der for ansøgere var adgang til at afgive to anmodninger, måtte dette udtrykkeligt være fremgået af udbudsbekendtgørelsen.

Økonomistyrelsen har som følge heraf ikke taget nogen af de af Neupart A/S indsendte anmodninger i betragtning.

For en god ordens skyld bemærkes det, at beslutningen om ikke at tage nogen af ansøgningerne i betragtning er baseret på principperne fastlagt i Klagenævnets kendelse af 22. oktober 1998 i sagen Mangor og Nagel Arkitektfirma A/S mod Middelfart Kommune.«

Klageren har om sin begrundelse for at fremsende to anmodninger om prækvalifikation til indklagede oplyst, at klageren af udbudsbekendtgørelsen kunne se, at indklagede ved udvælgelsen af de virksomheder, som skulle prækvalificeres, ville lægge vægt på den største samlede omsætning, ville lægge megen vægt på omsætningen inden for de tjenesteydelser, som kontrakten vedrører, og ville lægge vægt på, om virksomhederne har den bedste og mest relevante erfaring inden for de tjenesteydelser, som kontrakten vedrører, og har flest beskæftigede personer med de mest relevante uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer. Klageren kunne imidlertid ikke af udbudsbekendtgørelsen aflæse, hvad der vægtede mest: erfaring og referencer eller omsætning. Klageren, der er en mindre virksomhed med kompetence netop inden for det område, som den udbudte tjenesteydelse vedrører, var klar over, at klageren på grund af kontraktens omfang ikke kunne opfylde kontrakten alene, og klageren allierede sig derfor med to forskellige underleverandører, som hver havde deres fortrin, referencer og erfaringsgrundlag. Formålet med at fremsende to anmodninger om prækvalifikation med hver sin underleverandør var således, at indklagede på den måde kunne lejlighed til at vælge, hvilken af disse underleverandører, indklagede foretrak.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det fremgår af Udbudsdirektivet, specielt artikel 44, at anmodninger om prækvalifikation fra virksomheder kun kan afvises af de grunde, der følger af Udbudsdirektivets artikel 45 og 46, dvs. at det forhold at virksomheden indsender ansøgningen for sent, det forhold at virksomheden ikke fremsender den krævede dokumentation, eller det

forhold at virksomheden ikke opfylder de minimumskrav for egnethed, som virksomheder skal opfylde for at blive prækvalificeret. Udbudsdirektivet indeholder således ikke nogen regel om, at virksomheder ikke må indsende to anmodninger om prækvalifikation, og udbudsbekendtgørelsen indeholdt heller ikke nogen bestemmelse om, at virksomhederne ikke måtte indsende to anmodninger om prækvalifikation. Klageren har således ikke ved at fremsende to anmodninger om prækvalifikation handlet i strid med hverken Udbudsdirektivet eller udbudsbekendtgørelsen.

Klageren har videre gjort gældende, at indklagede tværtimod har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet til skade for klageren ved ikke at gennemgå klagerens 2 anmodninger om prækvalifikation og sammenholde dem med betingelserne for udvælgelsen, idet indklagede herved ville have konstateret, at den ene anmodning fra klageren havde et sådant indhold, at klageren på grundlag af denne anmodning klart ville være blevet vurderet som en af de 6 virksomheder, der skulle prækvalificeres. Indklagede kunne herefter blot have set bort fra den anden anmodning fra klageren. Ved ikke at gennemgå og vurdere begge klagerens anmodninger har indklagede handlet klart i strid med ligebehandlingsprincippet til skade for klageren.

Indklagede har gjort gældende, at Udbudsdirektivets artikel 45 og 46 regulerer, hvilke forhold vedrørende de virksomheder, der anmoder om prækvalifikation, som medfører at en virksomheds anmodning om prækvalifikation kan eller skal afvises, at disse bestemmelser imidlertid ikke regulerer situationer, hvor der foreligger formelle grunde til at afvise anmodningerne, og at der derfor i sådanne tilfælde af formelle mangler ved anmodninger om prækvalifikation kan – og skal – ske afvisning af anmodninger om prækvalifikation, da en undladelse af at afvise sådanne anmodninger vil indebære en tilsidesættelse af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip. Indklagede her herved henvist til Klagenævnets kendelser af 17. februar 2004, 19. september 2007 og 12. februar 2008.

Indklagede har videre gjort gældende, at der i den konkrete situation netop har foreligget en sådan formel grund til at afvise klagerens anmodning om prækvalifikation, og at indklagede således ville have handlet i strid med de to nævnte principper ved at tage klagerens anmodning om prækvalifikation i betragtning. En virksomhed opnår ved at fremsende to forskellige anmodninger om prækvalifikation en fordel i forhold til de virksomheder, der ale-

ne fremsender én anmodning, og en sådan fordel kan en virksomhed kun få, hvis det i udbudsbekendtgørelsen udtrykkeligt er fastsat, at der kan fremsendes 2 eller flere ansøgninger om prækvalifikation. En sådan bestemmelse var ikke medtaget i udbudsbekendtgørelsen ved det aktuelle begrænsede udbud, og klageren ville således i forhold til de andre virksomheder, der anmodede om prækvalifikation, i strid med EU-udbudsreglerne have opnået en uberettiget fordel, hvis indklagede ikke havde afvist klagerens anmodninger. Klageren har herved henvist til Klagenævnets kendelse af 22. oktober 1998 (Mangor og Nagel Arkitektfirma A/S mod Middelfart Kommune), hvor Klagenævnet på grundlag af den samme vurdering fastslog, at en tilbudsgiver kun kan afgive to tilbud, når det udtrykkeligt af udbudsbetingelserne er fastsat, at der kan afgives flere tilbud.

Indklagede har endelig henvist til, at det i det konkrete tilfælde ikke alene ligger sådan, at klageren ved at fremsende to anmodninger om prækvalifikation ville kunne forberede sin mulighed for på grundlag af de fastsatte objektive kriterier for udvælgelsen af virksomheder at blive udvalgt, men at situationen er den, at klageren har oplyst, at virksomheden ved sin fremsendelse af to anmodninger om prækvalifikation bevidst tilsigtede at opnå denne fordel.

Ad påstand 2 og 3

Klageren har gjort gældende, at der, da udbudet endnu ikke er afsluttet, er grundlag for, at Klagenævnet skal påbyde indklagede at annullere udbudet. Klageren har videre gjort gældende, at der – specielt hvis udbudet bliver afsluttet inden Klagenævnets kendelse foreligger – er grundlag for, at Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning om at afvise klagerens 2 anmodninger om prækvalifikation.

Indklagede har gjort gældende, at en eventuel overtrædelse som beskrevet i påstand 1, ikke giver Klagenævnet grundlag for at påbyde indklagede at annullere udbudet eller grundlag for, at Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning om at afvise klagerens 2 anmodninger om prækvalifikation.

Klagenævnet udtaler:

Jørgen Egholm og Niels Henriksen og udtaler:

Ad påstand 1

Nærværende sag drejer sig om, hvorvidt en ordregiver kan afvise en prækvalifikationsansøger alene med den begrundelse, at den pågældende ansøger søger om prækvalifikation med 2 forskellige underentreprenører. Sagen drejer sig derimod ikke om en ordregivers ret eller pligt til at prækvalificere en ansøger, der søger prækvalifikation med 2 forskellige underentreprenører, og disse medlemmer har ikke ved denne afgørelse taget stilling til dette spørgsmål.

Hverken Udbudsdirektivet eller foreliggende domsafgørelser ses at have taget stilling til spørgsmålet, om en økonomisk aktør kan ansøge om prækvalifikation til en udbudt opgave med flere forskellige underentreprenører.

Det antages normalt, at en ansøger kan blive prækvalificeret, uanset at en eller flere af hans underleverandører også indgår som underleverandør hos andre ansøgere, ligesom et konsortium kan blive prækvalificeret, selv om en eller flere af konsortiedeltagerne indgår i et eller flere andre konsortier, der ligeledes ansøger om prækvalifikation under det pågældende udbud.

Det er derimod uafklaret, om en ansøger kan blive prækvalificeret flere gange med forskellige underleverandører, men som nævnt ovenfor, er det ikke det spørgsmål, der skal afgøres.

Såfremt en ansøger nægtes adgang til at blive bedømt, vil dette repræsentere et brud på ligebehandlingsprincippet, og indklagede har derfor handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at afvise at bedømme klagerens 2 anmodninger om prækvalifikation.

Ad påstand 2

Indklagede har oplyst, at indklagede har besluttet at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne og herefter den 15. december 2008 har indgået kontrakt. Udbudet er derfor afsluttet nu, hvorfor spørgsmålet om annullation af udbu-

det ikke er aktuelt. Disse medlemmer stemmer derfor for ikke at tage denne påstand til følge.

Ad påstand 3

Som følge af det, der er anført ad påstand 1, stemmer disse medlemmer for at tage denne påstand til følge.

Carsten Haubek udtaler:

Ad påstand 1

I Udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, 1. led, er bestemt følgende: ”Ved begrænsede udbud.....kan de ordregivende myndigheder begrænse antallet af ansøgere, som vil blive opfordret til at afgive tilbud.....forudsat at der er et tilstrækkeligt antal egnede virksomheder.” I artikel 44, stk. 3, 2. led, er bestemt følgende: ”Ved begrænset udbud er dette mindsteantal på fem.” Det fremgår af disse bestemmelser, dels at de ordregivende myndigheder mindst skal opfordre 5 virksomheder til at afgive tilbud, dels at denne begrænsning til mindst 5 virksomheder sker ved, at de ordregivende myndigheder blandt de ansøgninger, der er modtaget, begrænser antallet af ansøgninger, som skal danne grundlag for udvælgelsen, til 5. Såfremt en virksomhed havde mulighed for at indsende mere end én ansøgning, ville en udvælgelse blandt ansøgningerne af 5 ansøgninger kunne føre til, at der blev udvalgt færre end 5 forskellige virksomheder. Bestemmelsen i artikel 44, stk. 3, 1. og 2. led, forudsætter således, at en virksomhed kun kan indsende én anmodning om prækvalifikation. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at afvise klagerens 2 anmodninger om prækvalifikation, og dette medlem stemmer derfor for ikke at tage påstanden til følge.

Dette medlem finder dog anledning til yderligere at anføre følgende:

Såfremt indklagede havde undladt at afvise klagerens to ansøgninger om prækvalifikation og i stedet – som foreslået af klageren – i første omgang havde udvalgt den af de to ansøgninger, som måtte antages at have den største chance for i anden omgang ved den endelige vurdering af ansøgningerne at føre til prækvalifikation af klageren, og medtaget denne ansøgning ved vurderingen og ladet den anden ansøgning fra klageren ude af betragtning, ville denne fremgangsmåde have medført en fordel for klageren i for-

hold til de øvrige 7 virksomheder, og denne fordel ville have indebåret en klar tilsidesættelse af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Såfremt indklagede havde undladt at afvise klagerens to ansøgninger om prækvalifikation og i stedet have gennemført en vurdering af samtlige 9 modtagne ansøgninger – herunder begge ansøgninger fra klageren – og på grundlag heraf udvalgt de virksomheder, som skulle prækvalificeres, men herefter i tilfælde af, at begge klagerens ansøgninger havde medført prækvalifikation, havde udskudt den dårligste af klagerens ansøgninger, ville også denne fremgangsmåde have medført en fordel for klageren i forhold til de øvrige 7 virksomheder, og også denne fordel ville have indebåret en klar tilsidesættelse af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

Det følger af det anførte, at en ordregiver, der ikke allerede som følge af artikel 44, stk. 3, 1. led og 2. led, måtte anse sig for forpligtet til at afvise 2 ansøgninger om prækvalifikation fra én økonomisk aktør, på forhånd kan forudse, at han ved at tage de 2 ansøgninger i betragtning vil komme til at handle i strid med det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip. Det har derfor også af denne grund påhvilet indklagede at afvise de 2 ansøgninger.

Ad påstand 2 og 3:

Som følge af det, der er anført ad påstand 1, stemmer dette medlem for ikke at tage disse påstande til følge.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved den 19. september 2008 at beslutte at afvise anmodningen fra klageren om prækvalifikation med den begrundelse, at klageren havde fremsendt to anmodninger om prækvalifikation, uagtet det ikke i udbudsbekendtgørelsen var fastsat, at en virksomhed kun må fremsende én anmodning om prækvalifikation.

Påstand 3

Indklagedes beslutning af 19. september 2008 om at afvise klagerens anmodning om prækvalifikation annulleres.

Påstand 2 tages ikke til følge.

Indklagede skal til klageren, Neupart A/S, betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig