

K E N D E L S E

OSK Konsortiet:
OSK-SHIPTECH A/S,
BK Engineering A/S
og
Logimatic Engineering A/S
(advokat Kristian Højgaard Madsen, Aalborg)

mod

Forsvarets Materieltjeneste
(Kammeradvokaten v/ advokat Bo Schmidt Pedersen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse 2012/S 146-244250 af 31. juli 2012 udbød indklagede, Forsvarets Materieltjeneste, som offentligt udbud en rammeaftale med en enkelt aktør om konsulentytelser. Rammeaftalen er opdelt i 6 delaftaler. Delaftale 1 angår konsulentytelser udført af teknikere, og delaftale 2 angår konsulentytelser udført af ingeniører – begge delaftaler indenfor fagområderne elteknik, skibsteknik, flyteknik, maskinteknik og produktionsteknik. Udbudsbekendtgørelsen blev offentliggjort i EU-tidende den 1. august 2012.

Tildelingskriteriet er »laveste pris«

Indklagede orienterede ved brev af 16. november 2012 tilbudsgiverne om, at indklagede påtænkte at indgå rammeaftale med klageren vedrørende del-

aftale 2 – Ingeniør og med Idoc Engineering ApS vedrørende delaftale 1 - Tekniker.

Ved brev af 20. november 2012 orienterede indklagede klageren om, at et rettidigt indgivet tilbud på delaftale 2 ved en fejl ikke var blevet åbnet, at dette tilbud var konditionsmæssigt, og at det var tilbuddet med laveste pris, hvorfor indklagede alligevel ikke påtænkte at indgå rammeaftale med klageren om delaftale 2.

Klageren indgav herefter den 26. november 2012 klage til Klagenævnet for Udbud, idet klageren samtidig anmodede om, at klagen blev tillagt opsættende virkning. Klagenævnet traf ved kendelse af 18. december 2012 afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om »fumus boni juris« ikke var opfyldt.

Klageren har ved brev af 4. januar 2013 meddelt, at klagen opretholdes. Klagen har været behandlet skriftligt.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at træffe beslutning om at tildele kontrakt vedrørende konsulentytelser for delaftale 1 til Idoc Engineering ApS til trods for, at Idoc Engineering ApS ikke opfylder mindstekravene.

Påstand 2:

Klagenævnet for udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at træffe beslutning om at tildele kontrakt vedrørende konsulentytelser for delaftale 2 til Idoc Engineering ApS til trods for, at Idoc Engineering ApS ikke opfylder mindstekravene.

Påstand 3:

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele de udbudte delaftaler 1 og 2 til Idoc Engineering ApS.

Påstand 4:

Klagenævnet skal pålægge indklagede at lovliggøre det gennemførte udbud.

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

Andre oplysninger i sagen:

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a:

»III.2) Betingelser for deltagelse

...

III.2.2) Økonomisk og finansiell kapacitet

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

- 1) En erklæring over den samlede omsætning i de seneste tre disponible regnskabsår.
- 2) Et bilag der angiver soliditetsgraden ved udløbet af det seneste regnskabsår.

Såfremt en sammenslutning/konsortium afgiver tilbud, skal ovenstående oplysninger medsendes for hvert enkelt medlem.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves: Tilbudsgivers soliditetsgrad skal være positiv.

III.2.3) Teknisk kapacitet

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

Tilbuddet bør vedlægges en referenceliste som angiver de betydeligste lignende ydelser, som tilbudsgiver har udført indenfor de seneste 3 år og gerne med angivelse af beløb og tidspunkter samt den offentlige eller private modtager.«

I udbudsbetingelserne står der bl.a:

»5. Forbehold og mindstekrav

Forsvarets Materieltjeneste har udarbejdet vedlagte udkast til rammeaftale og udkast til rammeaftalebilag.

Alle krav i kravspecifikationen og udbudsmateriale er minimumskrav. Et minimumskrav er et krav, som ubetinget skal opfyldes/overholdes,

idet fravigelser fra kravet ikke accepteres. Der kan med andre ord ikke tages forbehold overfor krav, der er gjort til minimumskrav.

Tilbud, der ikke overholder samtlige minimumskrav (såkaldte ukonditionsmæssige tilbud), vil således ikke blive taget i betragtning.

Tilbudsgiver kan ikke tage forbehold over for bestemmelser i udkastet til rammeaftale, herunder bilag. Bestemmelser i udkastet til rammeaftale er således minimumskrav, som tilbudsgiveren ikke kan tage forbehold over for.

...

8. Tilbuddets udformning og indlevering

8.1. Generelt

Tilbud udformes på grundlag af vedlagte kravspecifikationer og udkast til rammeaftale med udkast til rammeaftalebilag 1-4, der udtrykker de krav og forventninger, som Forsvarets Materieltjeneste har til tilbudsgiverens ydelser m.v.

...

14. Tjekliste

Har tilbudsgiveren i sit tilbud husket:

...

- En referenceliste, som angiver de betydeligste lignende ydelser, som tilbudsgiver har udført indenfor de seneste tre år og gerne med angivelse af beløb og tidspunkter, samt den offentlige eller private modtager.«

Af de offentliggjorte spørgsmål og svar, der fremkom under udbuddet, fremgår bl.a.:

»2. Hvordan vil kvalitet indgå i vurderingen?

Som oplyst i opfordringsskrivelsens pkt. 5 tildeles rammeaftalen på baggrund af laveste pris, hvorfor kun den tilbudte pris vil indgå i vurderingen.

Kvaliteten sikres gennem minimumskravene i kravspecifikationerne, samt bestemmelserne i rammeaftalen med tilhørende bilag.

...

6. I Opfordringsskrivelsen er anført: »Kravspecifikationerne for de enkelte delaftaler er vedlagt som bilag til rammeaftalen. Alle krav i kravspecifikationerne er mindstekrav og skal opfyldes. Såfremt tilbudsgiver ikke opfylder kravene er tilbuddet ukonditionsmæssigt og vil ikke blive taget i betragtning.

Tilbudsgiver kan byde på én eller flere af de tilbudte delaftaler.

Det ønskes derfor oplyst om et tilbud på delaftale 1 og 2 kan foretages for 1 eller flere af de 5 nævnte expertiseområder (f.eks. et tilbud hvor det tilbydes at levere tekniker- og ingeniørydelser indenfor el-, maskin- og produktionsteknik, men IKKE indenfor skibs- og flyteknik) eller vil dette betyde at tilbud er ikke konditionsmæssigt og derfor ikke vil blive taget i betragtning?

Det er korrekt, at såfremt et tilbud kun omfatter ydelser inden for enkelte af de nævnte expertiseområder, f.eks. KUN indenfor el-, maskin- og produktionsteknik, vil tilbuddet blive betragtet som ukonditions-mæssigt, hvorfor det ikke vil blive taget i betragtning. FMT gør opmærksom på muligheden for at danne konsortier med andre aktører med henblik på at opnå en bredere vifte af kompetencer.

...

8. Vedr. udbudsbekendtgørelse 2012/S 146-244250 pkt. III.2.3) »Teknisk kapacitet«. Er det korrekt, at der ikke er stillet minimumskrav til de ønskede referencer ud over det forhold, at der skal gengives de betydeligste lignende ydelser »indenfor de seneste 3 år«?

Ja, det er korrekt, at der ikke er mindstekrav til de ønskede referencer. Krav til konsulenternes erfaringsniveau indenfor de enkelte delaftaler fremgår af kravspecifikationerne.

...

16. I forhold til delaftale 1 + 2 skal konsulentvirksomheden kunne tilbyde teknikere/ingeniører med erfaring indenfor følgende tekniske retninger:

- Elteknik
- Skibsteknik
- Flyteknik
- Maskinteknik

- Produktionsteknik

Vi vil gerne have en nærmere definition af disse 5 områder samt information om det vidensniveau, som er påkrævet fra FMT's side for ikke at blive vurderet ukonditionsmæssig.

Eksempelvis hvad er »Flyteknik« – og er det tilstrækkeligt at have specialist viden om enkeltdele – f.eks. motoren?

FMT behov for konsulenttydelser inden for de enkelte fagområder er meget varierende og spænder bredt. Det er FMT forventning, at der kan tilbydes konsulenttydelser bredt inden for det pågældende fagområde, eks. Flyteknik, og ikke kun en mindre og specifik del som eksempelvis flymotorer.

FMT opfordrer til at tilbudsgivere overvejer muligheden for at danne konsortier, men henblik på at opnå en bredere viden inden for fagområderne, såfremt dette er nødvendigt

...

38. Vores virksomhed har kun eksisteret siden 2010, så vi har ikke 3 fulde regnskabsår. Kan vi vedlægge omsætning for 2010, 2011 og første halvår af 2012?

Af udbudsbekendtgørelsen afsnit II.2.2. fremgår det, at der skal afgives en erklæring over den samlede omsætning i de seneste tre disponible regnskabsår. Da jeres virksomhed kun har eksisteret siden 2010, har i kun to disponible årsregnskaber, hvorfor det naturligvis er tilstrækkeligt at vedlægge oplysninger for disse regnskabsår.

Det er således helt fint, at i vedlægger oplysninger fra regnskabsårene 2010, 2011 og evt. første halvår af 2012.«

Tilbudsbilagene »Kravspecifikation« er udformet således, at indklagedes krav er anført i listeform og således, at tilbudsgiverne skal afkrydse i en kolonne for henholdsvis K, hvis kravet opfyldes og IK, hvis kravet ikke opfyldes. Herudover kan tilbudsgiveren uddybe sin besvarelse i et bemærkningsfelt.

Idoc Engineering ApS har i kravspecifikationen på delaftale 1 og 2 krydset af i feltet K for alle de opstillede krav og anført bemærkninger ud for hver enkelt post.

Idoc Engineering ApS har endvidere medsendt referenceliste for hver af delaftalerne 1 og 2.

Klageren har i kravspecifikationen på delaftale 1 og 2 krydset af i feltet K for alle de opstillede krav og i feltet til bemærkninger henvist til den medsendte referenceliste.

Parternes anbringender

Ad påstand 1-2

Klageren har gjort gældende, at tilbuddet fra tilbudsgiver Idoc Engineering ApS er ukonditionsmæssigt, idet tilbuddet ikke opfylder udbuddets minimumskrav. Idoc Engineering ApS har således ikke med referencelisten dokumenteret overfor indklagede, at man kan opfylde udbuddets minimumskrav. Idoc Engineering ApS oplysninger i tilbudsbilaget »kravspecifikation« understøttes således ikke af oplysningerne i referencelisten.

Indklagede har for det første gjort gældende, at det ikke var en betingelse for at afgive et konditionsmæssigt tilbud, at tilbuddet var vedlagt en referenceliste, for det andet, at der ikke i udbudsmaterialet var opstillet mindstekrav til indholdet af referencelisten, og for det tredje, at ordregiver ikke er forpligtet til at efterprøve tilbudsgivernes erklæring om, at mindstekrav er opfyldt, medmindre der på grundlag af de indkomne tilbud er åbenlyst tvivl om, hvorvidt de i tilbuddet angivne oplysninger er forkerte, hvilket ikke var tilfældet med tilbuddet fra Idoc Engineering ApS.

Ad påstand 3-4

Klageren har gjort gældende, at det vedrørende påstand 1 og 2 anførte udgør så grove tilsidesættelser af indklagedes udbudsretlige forpligtelser, at indklagedes tildelingsbeslutninger skal annulleres, og indklagede pålægges at lovliggøre udbuddet.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har tilsidesat de udbudsretlige regler, og at der derfor ikke er grundlag for at annullere indklagedes

tildelingsbeslutninger. Da udbuddet er lovligt gennemført, er der endvidere ikke grundlag for at pålægge indklagede en lovliggørelsesforpligtelse.

Klagenævnet udtaler:

I klagenævnets kendelse af 18. december 2012 er det anført:

»Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærker klagenævnet, at det af udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3) Teknisk kapacitet fremgår, at tilbuddet bør vedlægges en referenceliste. Udbudsbetingelserne i øvrigt, herunder særligt udbudsbetingelsernes punkt 5 om, at alle krav i udbudsmaterialet er minimumskrav, og punkt 14, hvor referencelisten er nævnt som en del af »tjeklisten«, kan give en indikation af, at fremsendelse af en referenceliste er et minimumskrav. Dette skal imidlertid sammenholdes med, at det af svaret på spørgsmål 8 udtrykkeligt fremgår, at der ikke stilles mindstekrav til de ønskede referencer. Det er ubestridt, at Idoc Engineering ApS har vedlagt sit tilbud en referenceliste. Det er ligeledes ubestridt, at Idoc Engineering ApS i tilbudsbilaget »kravspecifikation« har erklæret at opfylde alle mindstekrav. Idoc Engineering ApS har endvidere i tilbudsbilaget »kravspecifikation« redegjort nærmere for, hvordan mindstekravene var opfyldt.

Efter en umiddelbar vurdering er der derfor på det foreliggende grundlag ikke udsigt til, at klageren vil få medhold i påstand 1-2 og dermed heller ikke til, at klageren vil få medhold i påstand 3-4.«

Af de grunde, som klagenævnet har anført i kendelsen af 18. december 2012, og da det, som efterfølgende er kommet frem, ikke kan føre til andet resultat, tages klagerens påstande ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Thomas Schapiro
kontorfuldmægtig