

Klagenævnet for Udbud

(Michael Kistrup, Trine Heidemann Garde, Kaj Kjærsgaard)

J.nr.: 2011-0023805

1. februar 2012

K E N D E L S E

Tensid Danmark ApS

(advokat Nicolai A. Clausen, Aarhus)

mod

Aarhus Kommune

(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 208-318051 af 22. oktober 2010 udbød indklagede, Aarhus Kommune, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) fjernelse af graffiti og forebyggende behandling af overflader mod graffiti for nogle magistratafdelinger i Aarhus Kommune. Udbuddet omfattede ligeledes fjernelse af graffiti samt forebyggende behandling af overflader mod graffiti på visse private og øvrige offentlige ejendomme i det omfang, de private og øvrige offentlige grundejere ønskede at benytte rammeaftalen.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 1. december 2010 havde 9 virksomheder, herunder klageren, anmodet om prækvalifikation.

Den 17. december 2010 besluttede indklagede ikke at tage klagerens anmodning i betragtning.

Den 9. februar 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Indklagede nedlagde i forbindelse med klagen påstand om sagens afvisning under anbringende af, at klageren ikke havde overholdt klagefristen i § 7, stk. 1, i lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Ved kendelse af 14. juli 2011 bestemte klagenævnet, at klagen ikke skulle afvises, under henvisning til, at indklagede i sin orientingsskrivelse af 17. december 2010 ikke havde oplyst, hvilke virksomheder, der blev prækvalificeret, og at orienteringen derfor ikke havde været i overensstemmelse med lovens § 2, stk. 1, nr. 1, hvorfor klagefristen ikke begyndte at løbe fra dette tidspunkt.

Klagenævnet har forstået klageren således, at klageren nedlægger følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 44 ved ikke at tage klagerens ansøgning om prækvalifikation i betragtning med henvisning til klagerens økonomiske kapacitet, uagtet at der ikke i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.2 var fastsat mindstekrav til tilbudsgivernes økonomiske kapacitet, og uagtet at der ikke i udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.1.3 var fastsat kriterier for udvælgelse af tilbudsgiverne blandt de egnede ansøgere.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 17. december 2010 om ikke at prækvalificere klageren.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 22. oktober 2010 indeholder bl.a. følgende:

»...

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:

1) I muligt omfang årsrapporter for de seneste 2 afsluttede regnskabsår, eksempelvis regnskabsårene 2008/2009 og 2009/2010. Redegørelse for virksomhedens status pt., eventuelle koncernforhold og uddybning af specielle forhold, der fremgår af de vedlagte regnskaber, kan medsendes.

2) Bevis for relevant, tegnet erhvervsansvarsforsikring, fx i form af kopi af police. Forsikringssum skal fremgå og skal være på minimum 5000000 DKK pr. skade og 5000000 DKK pr. forsikringsår.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves. Se ovenfor.

...«

Der var ikke i udbudsbekendtgørelsens punkt IV.1.3) »Reduktion af antallet af økonomiske aktører i forbindelse med forhandlingerne eller dialogen« anført yderligere tekst.

Tildelingskriteriet var fastsat til »laveste pris«.

I indklagedes e-mail af 17. december 2010 til klageren, hvorved det meddeltes, at klageren ikke blev prækvalificeret, er anført følgende:

»Vi har med tak modtaget jeres anmodning om at blive prækvalificeret i forbindelse med Århus Kommunes udbud på fjernelse af graffiti - EU-udbud 2010/S 208-318051. Arbejdsgruppen vedrørende udbuddet har nu afsluttet sin bedømmelse af de indkomne anmodninger. I den forbindelse skal vi hermed meddele, at jeres firma desværre ikke er blevet prækvalificeret til at give tilbud på det aktuelle udbud.

Afslaget skyldes, at Århus Kommune ikke vurderer, at jeres virksomhed har den fornødne økonomiske kapacitet til at løse den udbudte opgave. Af den seneste årsrapport for 2009/2010 fremgår det af både revisorpåtegningen og ledelsesberetningen, at udvidelse af virksomhedens nuværende kreditter er et kriterie for fortsat drift. Jeres anmodning om deltagelse er ikke vedlagt oplysninger, som dokumenterer, at kreditterne er blevet udvidet efter årsrapportens godkendelse, hvorfor Århus Kommune må betragte Tensid Danmarks økonomiske situation som for usikker til, at Århus Kommune kan prækvalificere jeres virksomhed.

...«

Klagerens advokat rettede ved skrivelse af 2. februar 2011 henvendelse til indklagede og anmodede om, at indklagede genovervejede sin beslutning. Indklagede fastholdt ved skrivelse af 3. februar 2011 sin afgørelse. I skrivelsen er bl.a. anført følgende:

»...

Aarhus Kommune har ikke pligt til at indhente supplerende oplysninger fra ansøgere om deltagelse i udbud og har i det konkrete tilfælde ikke vurderet at indhentelse af supplerende oplysninger var relevant. Det skal den forbindelse understreges, at Aarhus Kommune i udbudsbekendtgørelsens afsnit III.2.2 udtrykkeligt har anført, at »Redegørelse for virksomhedens status pt., eventuelle koncernforhold og uddybning af specielle forhold, der fremgår af de vedlagte regnskaber, kan medsendes«. Tensid Danmark ApS har - til trods for de specielle forhold, som fremgår af ledelsesberetning og revisorpåtegning i virksomhedens seneste årsrapport - valgt ikke at medsende uddybende oplysninger.

Det er korrekt, at Aarhus Kommune ikke har anført mindstekrav til ansøgers økonomiske og finansielle kapacitet i udbudsbekendtgørelsen. Efter Aarhus Kommunes opfattelse indebærer dette imidlertid ikke, at Aarhus Kommune er forpligtet til at imødekomme alle konditionsmæssige ansøgninger om deltagelse, såfremt det ud fra de fremsendte oplysninger vedrørende økonomisk og finansiell kapacitet må vurderes, at ansøger ikke har en tilstrækkelig økonomisk og finansiell kapacitet til at løfte den udbudte opgave. Det skal i den forbindelse bemærkes, at Aarhus Kommune finder et krav om, at tilbudsgiver skal have en tilstrækkelig økonomisk og finansiell kapacitet til at kunne løfte den udbudte opgave, yderst sagligt og relevant. At Tensid Danmark ApS i en årrække har udført samme opgaver for Aarhus Kommune er i den forbindelse irrelevant.

...«

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det fremgår af udbudsdirektivets artikel 44, stk. 1, at den ordregivende myndighed skal tildele kontrakt, efter at den ordregivende myndighed har undersøgt, om de økonomiske aktører er egnede. Det fremgår videre af samme bestemmelse, at en sådan egnethedsundersøgelse skal udføres i overensstemmelse med kriterierne om økonomisk og finansiell formåen, faglig og teknisk viden eller evne som omhandlet i artikel 47-52 og om nødvendigt i overensstemmelse med de ikke-diskriminerende regler og kriterier, der er nævnt i artikel 44, stk. 3.

Artikel 44, stk. 2, bestemmer, at den ordregivende myndighed kan kræve minimumskriterier for egnethed, som ansøgere og tilbudsgivere i overens-

stemmelse med artikel 47 og 48 skal opfylde. Den ordregivende myndighed er efter bestemmelsen ikke forpligtet til at opstille sådanne minimumskriterier.

Indklagedes udbud var i følge udbudsbekendtgørelsen et begrænset udbud, men indklagede har ikke fastsat udvælgelseskriterier i udbudsbekendtgørelsen, som anført i udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3. Denne omstændighed betyder imidlertid ikke, at indklagede ikke kan foretage en egnethedsundersøgelse af ansøgerne om prækvalifikation, men at indklagede har skullet foretage bedømmelsen efter reglen i artikel 44, stk. 1, på samme måde som ved et offentligt udbud.

Herefter, og da klagenævnet ikke finder grundlag for at tilsidesætte indklagedes vurdering af klagerens økonomiske evne til at løfte den udbudte opgave, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 2

Efter det ad påstand 1 anførte tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig