

Klagenævnet for Udbud

(Katja Høegh, Vibeke Steenberg, Kent Petersen)

J.nr.: 2010-0021423

6. april 2010

K E N D E L S E

Triona AB

(advokat Stig Evers Kalsmose-Hjelmborg, København)

mod

Vejdirektoratet

(Kammeradvokaten v/advokat Kurt Bardeleben)

Ved udbudsbekendtgørelse, 2009/S 169-244423 af 31. august 2009 udbød Vejdirektoratet som konkurrencepræget dialog efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet), et forprojekt om Digitalt Vejnet som beslutningsgrundlag for en senere indstilling om gennemførelse af et landsdækkende Digitalt Vejnet.

Triona AB var én af de virksomheder, som blev prækvalificeret og som afgav tilbud inden for tilbudsfristen den 24. februar 2010. Tilbuddet indeholdt ikke en i udbudsbetingelserne krævet erklæring om at have taget hensyn til de gældende forpligtelser vedrørende beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold i øvrigt eller en ligeledes krævet bekræftelse af tidligere erklæringer om forfalden gæld til det offentlige.

Tilbuddet blev af denne grund afvist af Vejdirektoratet.

Den 11. marts 2010 indgav klageren, Triona AB, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Vejdirektoratet. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede er berettiget til at tage klagerens tilbud vedrørende forprojekt om digitalt vejnet i betragtning på trods af klagerens manglende overholdelse af kravene i udbudsbetingelsernes pkt. 12 om i tilbuddet at »angive at tilbudsgiver ved udarbejdelse af sit tilbud har taget hensyn til de gældende forpligtelser vedrørende beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold i øvrigt« og om »sammen med tilbuddet [at] bekræfte tidligere erklæringer om forfalden gæld til det offentlige«.

Indklagede har erklæret sig enig med klageren, idet indklagede ønsker fastslået, at indklagede er berettiget til at tilbuddet i betragtning.

Indklagede har dog samtidig oplyst, at indklagede kun vil tage tilbuddet i betragtning, såfremt klagerens påstand tages til følge ved en kendelse fra Klagenævnet for Udbud. I modsat fald vil indklagede henholde sig til sin ret til at forkaste tilbuddet.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 2

Hvorvidt indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 29 eller almindelige fællesskabsretlige principper om god forvaltningsskik og proportionalitet ved at undlade at tage klagerens tilbud vedrørende forprojekt om digitalt vejnet i betragtning, idet indklagede efter tilbudsfristens udløb skulle have tilladt klageren at supplere sit tilbud med de oplysninger, som krævedes efter udbudsbetingelsernes pkt. 12 om i tilbuddet at »angive at tilbudsgiver ved udarbejdelse af sit tilbud har taget hensyn til de gældende forpligtelser vedrørende beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold i øvrigt« og om »sammen med tilbuddet [at] bekræfte tidligere erklæringer om forfalden gæld til det offentlige«.

Med ansøgningen om prækvalifikation havde Triona AB blandt andet indsendt en erklæring om ikke at have forfalden gæld til det offentlige som krævet i udbudsbekendtgørelsen, pkt. II.2.1.

Udbudsbetingelserne af 15. januar 2010 foreskriver i pkt. 12:

»12 Pligtmæssige oplysninger

Tilbudsgiver skal angive, at tilbudsgiver ved udarbejdelse af sit tilbud har taget hensyn til de gældende forpligtelser vedrørende beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold i øvrigt. Tilbudsgiver skal sammen med tilbuddet bekræfte tidligere erklæringer om forfalden gæld til det offentlige.

...«

Triona AB's tilbud, som blev indgivet inden for tilbudsfristen den 24. februar 2010, indeholdt hverken den krævede angivelse af at have taget hensyn til de gældende forpligtelser vedrørende beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold i øvrigt eller bekræftelsen af tidligere erklæringer om forfalden gæld til det offentlige.

Ved e-mail af 1. marts 2010 afviste Vejdirektoratet tilbuddet, idet direktoratet angav:

»Vejdirektoratet ser sig ...nødsaget til at anse det modtagne tilbud som ikke, konditionsmæssig, og må derfor ikke tage tilbuddet i betragtning.«

Klageren sendte den 2. marts 2010 de erklæringer, som krævedes i udbudsbetingelsernes pkt. 12, og som havde manglet i tilbuddet.

Af en efterfølgende korrespondance fremgår, at Vejdirektoratet beklagede ikke at kunne tage tilbuddet i betragtning, men mente sig forpligtet hertil efter Klagenævnets for Udbuds praksis.

Parternes anbringender

Klageren har gjort gældende, at indklagede har været berettiget til at tage klagerens tilbud i betragtning, først og fremmest fordi udbuddet er afviklet som konkurrencepræget dialog. Denne udbudsform giver således, jf. Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 6, ordregiveren en bredere adgang til at anmode om afklaringer, præciseringer og tilpasninger af de afgivne tilbud efter afgivelsen af tilbuddene, end det er tilfældet efter det almindelige forhandlingsforbud, forudsat disse afklaringer m.m. ikke medfører en konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling. Klageren, som er en udenlandsk virksomhed, har misforstået udbudsbetingelsernes pkt. 12 og har således troet, at betingelsen om at angive, at udbuddet var baseret på, at der var taget hensyn til de gældende forpligtelser vedrørende beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold i øvrigt, var et krav, der, som alle andre krav til til-

buddet, skulle være opfyldt, uden at der samtidig positivt og eksplicit skulle afgives en erklæring herom. Klagerens tilbud opfyldte det indholdsmæssige krav, ligesom klagerens tilbud opfyldte alle andre krav, som der ikke udtrykkeligt var taget forbehold for. Uklarheden har således alene haft formel betydning, da der ikke kan være tvivl om, at de angivne krav vedrørende arbejdsplads og arbejdspladsforhold skulle opfyldes, og at de også er opfyldt i klagerens tilbud.

Det samme gør sig gældende med hensyn til bekræftelsen af tidligere erklæringer om forfalden gæld til det offentlige. Der er ikke sket en eksplicit bekræftelse, men kravet er opfyldt. En efterfølgende afklaring af dette forhold er dermed heller ikke egnet til at virke konkurrencefordrejende eller forskelsbehandlende.

Det følger ikke af Klagenævnets praksis, at indklagede var forpligtet til at afvise klagerens tilbud. I kendelserne: *Løgten Murer- og Entreprenørforretning mod Norddjurs Kommune* af 2. december 2009 og *DPC mod Universitets- og Bygningsstyrelsen* af 10. december 2009 udtaler Klagenævnet således alene, at ordregiveren har været »berettiget« til at afvise tilbud. En række andre kendelser vedrører på samme måde alene berettigelsen af at afvise.

Indklagede har gjort gældende, at det alene er praksis fra Klagenævnet for Udbuds praksis i navnlig kendelserne: *CT Renovation mod Skive-egnen* af 27. april 2007, *Løgten Murer- og Entreprenørforretning mod Norddjurs Kommune* af 2. december 2009 og *DPC mod Universitets- og Bygningsstyrelsen* af 10. december 2009, der har gjort, at indklagede har anset sig for forpligtet til at afvise tilbuddet. Det har imidlertid ikke støtte i Udbudsdirektivet eller Kontrolloven, at ligebehandlingsprincippet skal forstås så stramt, at forglemmelser vedrørende om faktuelle forhold – som dem, der her er tale om - ikke skal kunne berigtiges efterfølgende. Selvom det tillades klageren at give de glemte oplysninger efterfølgende, ændrer det ikke på de faktiske forhold, som klageren manglede at erklære sig om i tilbuddet. Klageren får således ikke en materiel konkurrencefordel ved den efterfølgende berigtigelse, klageren har foretaget af de bagatelagte formelle mangler ved tilbuddet. Tilbuddet bør derfor kunne tages i betragtning.

Indklagede har derimod ikke været forpligtet til at tage tilbuddet i betragtning og herunder enten lade klageren berigtige tilbuddet eller helt se bort

fra manglerne. Det er således udelukket klagerens ansvar, at formelle krav overholdes. Ikke mindst grundet den tvivl, der kan være om indklagedes forpligtelse til at afvise klagerens tilbud, må indklagede være berettiget til at træffe »det sikre valg«.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1:

I medfør af Klagenævnslovens § 1, stk. 1, behandler Klagenævnet klager over overtrædelse af de fællesskabsretlige udbudsregler m.v.

Da klagerens påstand ikke vedrører en *overtrædelse* af disse regler, afviser Klagenævnet påstanden.

Ad spørgsmål 2:

Indklagede har ikke handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 29 eller almindelige fællesskabsretlige principper om god forvaltningsskik og proportionalitet ved at undlade at tage tilbuddet i betragtning og herunder undlade at give klageren adgang til at supplere tilbuddet med de manglende oplysninger.

Klagenævnet har herved lagt vægt på, formuleringen af kravene i udbudsbetingelsernes pkt. 12, hvorefter tilbudsgiver skal angive at have taget hensyn til de gældende forpligtelser vedrørende beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold i øvrigt og skal bekræfte tidligere erklæringer om forfalden gæld til det offentlige, og at disse står under overskriften »Pligtmæssige oplysninger«. Efter ordlyden og konteksten er der dermed ingen tvivl om, at der er tale om ufravigelige krav.

Det følger af Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 6, andet afsnit, at der ved konkurrencepræget dialog i videre omfang end ved offentligt og begrænset udbud kan ske præciseringer, afklaringer og tilpasninger eller supplerings af afgivne tilbud. Den tilbudsgiver, hvis tilbud er valgt som det økonomisk mest fordelagtige, kan endvidere anmodes om at præcisere visse aspekter af i tilbuddet, jf. artikel 29, stk. 7.

Denne videre adgang til at justere og supplere indgivne tilbud ved konkurrencepræget dialog kan imidlertid ikke antages også at indebære, at ordre-

giveren kan se bort fra tilbudsgiveres manglende overholdelse af udbuds-
betingelsernes ikke-fravigelige krav til tilbuddene.

At der er tale om konkurrencepræget dialog kan dermed ikke begrunde, at
der i det foreliggende tilfælde skulle bestå en videre adgang til at bortse fra
de manglende oplysninger fra klageren eller tillade denne at supplere til-
buddet med disse, end hvad der gælder ved offentligt og begrænset udbud.

Det, der mangler i tilbuddet, er endvidere oplysninger, som efter udbudsbe-
tingelsernes pkt. 12 klart har skullet afgives. Der er således ikke tale om så-
danne helt begrænsede og undskyldelige misforståelser og uklarheder i til-
buddet, som det undtagelsesvis kan påhvile ordregiveren at få afklaret, jf.
Retten i Første Instans dom af 10. december 2009 i sag T-195/08, *Antwerp-
se Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen*, præmisserne 55-57.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Påstanden afvises.

Ad spørgsmål 2

Indklagede har ikke handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 29 eller
almindelige fællesskabsretlige principper om god forvaltningsskik og pro-
portionalitet ved at undlade at tage klagerens tilbud vedrørende forprojekt
om digitalt vejnet i betragtning. idet indklagede ikke efter tilbudsfristens
udløb har været forpligtet til at tillade klageren at supplere sit tilbud med de
oplysninger, som krævedes efter udbudsbetingelsernes pkt. 12 om i tilbud-
det at »angive at tilbudsgiver ved udarbejdelse af sit tilbud har taget hensyn
til de gældende forpligtelser vedrørende beskyttelse på arbejdspladsen og
om arbejdsforhold i øvrigt« og om »sammen med tilbuddet [at] bekræfte
tidligere erklæringer om forfalden gæld til det offentlige«.

Indklagede, Vejdirektoratet, skal ikke betale sagsomkostninger til klageren,
Triona AB

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Helle Seidelin
kontorfuldmægtig