

K E N D E L S E

UAB Tauro Zenklas
(advokat Kåre Wanscher, København)

mod

Vejdirektoratet
(advokat Kristian Hartlev, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 118-194971 af 20. juni 2012 udbød indklagede, Vejdirektoratet, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en entreprise om udførelse af vind- og støjskærme på Vejlefjordbroen. Tildelingskriteriet var »laveste pris«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 23. august 2012 havde CG Jensen A/S og klageren, UAB Tauro Zenklas, afgivet tilbud. Den 14. september 2012 besluttede indklagede at indgå kontrakt med CG Jensen A/S.

Den 24. september 2012 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte den 8. oktober 2012 anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 22. oktober 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglernes ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i forbindelse med EU-udbud af entreprise på vind- og støjskærm på Vejlefjordbroen, hvor eneste tildelingskriterium var »laveste pris«, at have afvist tilbuddet fra klageren, til trods for at klagerens tilbud indeholdt den laveste pris, og at udbudsmaterialet ikke indeholdt oplysninger om, at øvrige kriterier ville blive tillagt vægt.

Påstand 2a

Klagenævnet skal pålægge indklagede at annullere indklagedes ulovlige tildelingsbeslutning.

Påstand 2b (subsidiær i forhold til påstand 2a)

Klagenævnet skal pålægge indklagede at annullere udbuddet.

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

Klageren har taget forbehold for at nedlægge påstand om erstatning.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen af 20. juni 2012 fremgår blandt andet:

»III.1.1) Sikkerhedsstillelse og garantier, som forlanges:

Før påbegyndelse af arbejdet skal entreprenøren yde en sikkerhedsstillelse på 15 % af entreprisesummen (ekskl. moms) ...

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: Tilbudsgiveren må på forespørgsel, inden en uge efter modtagelsen af en sådan, bevise sin økonomiske soliditet ved at give oplysninger om denne ved hjælp af en eller flere af de i artikel 47 nævnte oplysninger.

III.2.3) Teknisk kapacitet

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

Tilbudsgiveren må på forespørgsel, inden en uge efter modtagelsen af en sådan, bevise sin tekniske kapacitet og/eller faglige formåen med information om en eller flere af de i artikel 48 nævnte oplysninger om samme.«

Det er oplyst, at klageren i et andet af indklagedes udbud vandt en kontrakt om opsætning af støjskærm ved Vestvolden (Rødovre) med en entreprisum på 3.931.641 kr., hvor kontrakt blev indgået 18. juli 2012. Indklagede ophævede denne kontrakt den 2. oktober 2012 under henvisning til, at klageren ikke inden den fastsatte frist havde stillet den krævede garanti på 15 % af entreprisensummen.

Ved e-mail af 28. august 2012 anmodede indklagede klageren om yderligere oplysninger. Af e-mailen fremgår blandt andet:

»I forlængelse af jeres tilbud på entreprisen 6063.321 Vind- og støjskærm på Vejlefjordbroen vil vi gerne have tilsendt følgende oplysninger (på dansk):

- Med henvisning til udbudsbekendtgørelsen pkt. III.2.2: Jeres omsætning og egenkapital for de sidste 3 år.
- Med henvisning til udbudsbekendtgørelsen pkt. III.2.3:
Referenceliste for lignende opgaver (fx montering af støjskærme samt udførelse af sikkerhedsmæssigt krævende arbejder i stor højde) udført indenfor de sidste 5 år.
- Hvem bliver jeres garantistiller?

Oplysningerne ønskes fremsendt pr. e-mail senest den 4. september 2012.«

Klageren oplyste i en e-mail af 4. september 2012, at »vores garantistiller bliver forsikringsselskab Ergo. ... Senere i dag vil jeg fremsende vores referenceliste og oplysninger om omsætning og egen kapital«.

Den 5. september 2012 skrev indklagede til klageren og rykkede for referencelisten og oplysningerne om omsætning og egenkapital. Hertil svarede klageren, at denne ville sørge for, at indklagede snarest fik de manglende oplysninger.

Den 10. september 2012 anmodede indklagede på ny om oplysningerne og skrev herefter i en e-mail til klageren, at det var »aftalt, at du [klageren] bestræber dig på at få de udbedte oplysninger fremsendt til Vejdirektoratet i dag, og under alle omstændigheder ikke senere end i morgen, tirsdag den 11. september 2012«.

Den 11. september 2012 fremsendte klageren referencelisten til indklagede. Af referencelisten, der indeholdt 118 referencer, fremgår fem referencer vedrørende støjskærme og syv referencer vedrørende broarbejde:

»Reference liste 2007 – 2012 m.

Nr.:	Projekt	Bygherre	Kontraktdato og – nr.
1	Montering af autoværn og støjskærme i Kaunas ved Akropolis, Karaliaus Mindaugo pr.	UAB »Punktyras«	2006 12 18, Nr. 06/12/18
...			
8	Vej Nr. 1904 Babtai-Antagynes-Vandziogala 5,48 km bro over Gynia flod, renovering	VI »Kauno regiono keliai«	2007 07 31
...			
15	Støjskærm på vej Nr. A5 Kaunas-Marijampolė-Sulvalkai 3.00-4,20 km.	Lietuvos automobiliu keliu direkcija prie Susisiekimo ministerijos	2008 01 28
...			
21	Indretning af parkeringsplads, vejskilte, autoværn og støjskærme ved M.K. Ciurlionio bro, venstre tilkørsel, transport knudepunkt, Kaunas by.	UAB »Keliu remonto grupe«	2008 03 03, Nr. 2008/03/03-02
...			
29	Vej Nr. 143 Jonava-Zasliai-Kalniniai Mijaugonys 1,18 km vejbro over jernbane ved AB Achema, renovering	VI »Kauno regiono keliai«	2008 06 02
...			
33	Vej Nr. 143 Jonava-Zasliai-Kalniniai Mijaugonys 1,18 km vejbro over jernbane ved AB Achema, renovering	Lietuvos automobiliu keliu direkcija prie Susisiekimo ministerijos	2008 06 28, Nr. S-859
...			
78	Vej Nr. A5 Kaunas-Marijampole-Suvalkai 14,11 km. Renovering af bro	VI »Kauno regiono keliai«	2009 10 22
79	Indretning af autoværn og støj-	UAB »Klaipėdos	2009 11 13, Nr.

	skærme ved bro over Dane flod, Mokyklos g., Klaipeda	keliai«	09/11/13-1
...			
82	Taurage by S. Dariaus ir S. Gireno gade mellem Vasario 16-osios g. og bro over Jura flod, belysning.	UAB »Taurakelis«	2009 12 10, Nr. S-27
...			
95	Støjskærm og autoværn på vej Nr. A1 Vilnius-Kaunas-Klaipeda strækning 36,88-39,28 km.	UAB »Kauno tiltai«	2010 10 26, Nr. 2010/10/26-03
...			
102	Vej Nr. 1812 Zeizmariai-Nemaitonys-Stakliskes 1,30 km bro over Streva flod, renovering.	VI »Kauno regiono keliai«	2011 04 26, Nr.S1-60
...			
115	Vej Nr. 197 Kryzkalnis-Rietavas-Vezaiciai 3,37 km. Bro over Ancia flod, renovering	VI »Kauno regiono keliai«	2012 05 03, Nr. S1-45
...			

«

Den 12. september 2012 fremsendte klageren oplysningerne om omsætning og egenkapital, der omregnet fra Litauiske Litas til Danske Kroner med den dagældende dagskurs udgjorde følgende beløb (indklagedes opgørelse):

Regnskabsår	Omsætning	Egenkapital
2009	8.885.134 kr.	4.450.961 kr.
2010	6.739.576 kr.	2.853.832 kr.
2011	7.490.101 kr.	1.311.376 kr.

I indklagedes e-mail af 14. september 2012 til klageren, hvoraf tildelingsbeslutningen fremgår, hedder det blandt andet:

»Ved tilbudsåbningen den 23. august 2012 er der modtaget følgende tilbud:

Etape 6063 Motorvejen Skærup – Vejle Nord
Entreprise 6063.321 Vind- og støjskærm på Vejlefjordbroen

Firma: Tauro Zenklas, Litauen
Tilbud ekskl. moms kr.: 35.302.314,97
Forbehold: Ingen
Bemærkninger:

Firma: CG Jensen, Lystrup

Tilbud ekskl. moms kr.: 36.822.000,00

Forbehold: Ingen

Bemærkninger:

Efter gennemgang af jeres referencer og økonomiske oplysninger, har vi desværre konkluderet, at vi ikke kan tildele opgaven til jer.

Der er tale om en teknisk og sikkerhedsmæssigt krævende opgave af relativt stor størrelse, og vi vurderer, at jeres faglige og økonomiske formåen ikke er tilstrækkelig til at udføre entreprisen.

På denne baggrund skal jeg meddele, at Vejdirektoratet agter at indgå kontrakt med CG Jensen. Kontrakten indgås efter udløbet af stand-still perioden den 25. september 2012.«

Indklagede har i sit svarskrift af 15. oktober 2012 redegjort således for indklagedes egnethedsvurdering:

»For det første vurderede Vejdirektoratet – som beskrevet i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.2 – klagers økonomiske og finansielle kapacitet. Vejdirektoratet lagde bl.a. vægt på, at klagers årlige omsætning kun udgør omkring en femtedel af den tilbudte entreprisum. Dette misforhold vurderede Vejdirektoratet ikke var betryggende for entreprisens korrekte udførelse. Dertil kommer, at den krævede sikkerhedsstillelse, som ifølge udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.1 udgør 15 % af entreprisensummen, er omkring fire gange så stor som klagers egenkapital i 2011. Det vurderedes derfor heller ikke synderligt sandsynligt, at klager ville være i stand til at stille den krævede garanti.

For det andet vurderede Vejdirektoratet – som beskrevet i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.3 – klagers faglige formåen. Af referencelisten fremgår 118 referencer. 5 referencer angår støjskærme – reference nr. 1, 15, 21, 79 og 95. Vejdirektoratet kunne således konstatere, at klager i et vist [omfang] havde erfaring med opsætning af støjskærme. Materialet indeholdt imidlertid ingen oplysninger om kompleksiteten mv. af de udførte støjskærmarbejder. Hertil kommer, at ingen af referencerne var fremhævet som særligt sikkerhedsmæssigt krævende, hvorfor direktoratet ikke kunne vurdere, om klager besad den nødvendige faglige formåen til at montere støjskærmene under de sikkerhedsmæssigt krævede omstændigheder, der forelå ved udførelsen af arbejder i stor højde nær trafik mv.

Samlet set var det Vejdirektoratets vurdering, at klager var åbenbart uegnet til at udføre den udbudte entreprise...«

Indklagede har oplyst, at CG Jensen A/S ikke blev anmodet om at fremsende dokumentation for selskabets økonomiske, finansielle eller faglige formlaan, fordi indklagede allerede i forbindelse med andre udbud var i besiddelse af den nødvendige dokumentation for selskabets økonomiske, finansielle og faglige kvalifikation, senest i forbindelse med et begrænset udbud af 6. juni 2012 af totalentreprise 6620.104 Spuns Syd, hvor CG Jensen A/S sammen med sin prækvalifikationsansøgning fremsendte en referenceliste og selskabets nøgletal

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.2) og III.2.3) er uklart formuleret og derfor i strid med det EU-retlige gennemsigtighedsprincip. Tilbudsgiverne har ikke haft mulighed for at vurdere, hvilke krav der skulle opfyldes, eller hvordan disse krav kunne opfyldes. Risikoen for, at en tekst indeholder uklarheder, som kan misforstås, ligger hos koncipisten. Ifølge udbudsdirektivet § 53, stk. 1, litra a, må den ordregivende myndighed, når »laveste pris« er valgt som tildelingskriterium, udelukke anvende dette kriterium. Idet indklagede ved tildelingen angiveligt lagde afgørende vægt på de af klageren fremsendte oplysninger, uden at dette var nævnt i udbudsbekendtgørelsen og således ikke alene lagde vægt »laveste pris«, der er det eneste kriterium, der er nævnt i udbudsbetingelserne, har indklagede handlet i strid med bestemmelserne i udbudsdirektivet. Der er forbud mod at anvende andre kriterier end de, der er nævnt i udbudsbekendtgørelsen. Når tildelingskriteriet er »laveste pris«, skal dette kriterium være eneafgørende for tildelingsbeslutningen. Den omstændighed, at der – uden at det på en gennemsigtig måde var anført i udbudsbetingelserne – ved tildelingsbeslutningen blev lagt afgørende negativ vægt på de supplerende oplysninger, som ikke ændrede på, at klagerens tilbud havde den laveste pris, er i strid med EU-udbudsreglernes ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip. Det følger af udbudsdirektivets artikel 44, stk. 2, at minimumskriterier skal være anført i udbudsbetingelserne.

Klageren besidder de nødvendige faglige kompetencer til udførelse af opgaven. Klageren har tydeligt dokumenteret, at klageren har stor erfaring både med opsætning af støjskærme, autoværn og broarbejde i højden og må betegnes som værende ekspert med hensyn til projekter vedrørende trafik.

Den omstændighed, at indklagede »ikke kunne vurdere, om klager besad den nødvendige faglige formåen«, er ikke tilstrækkelig begrundelse for at afvise klageren som sket. Såfremt indklagede ønskede at lægge afgørende vægt på tilbudsgivernes nøgletal, omsætning eller andet, burde dette have været anført i udbudsbetingelserne. Indklagedes undladelse af at anføre nogen form for indikation af, hvilke krav der blev stillet til tilbudsgiverne efterfulgt af en afgørelse, som i høj grad er baseret på klagerens omsættningstal, er i strid med gennemsigtighedsprincippet. Den omstændighed, at indklagede ikke fandt det sandsynligt, at klager ville være i stand til at stille den krævede garanti, er ikke en tilstrækkelig saglig grund til at afvise klageren som sket.

Afvisningen af klageren kan også være i strid med ikke-diskriminationsforbuddet.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er inddraget uvedkommende hensyn ved tildelingsbeslutningen. Tildelingen er sket til tilbudsgiveren med den laveste pris (CG Jensen A/S), idet klagerens tilbud på korrekt og saglig vis er kasseret som følge af, at klageren i henhold til indklagedes vurdering er åbenbart uegnet til at udføre entreprisen, jf. udbudsdirektivets artikel 44, stk. 1.

Klageren synes at have misforstået, at evalueringsprocessen i et offentligt udbud er toleddet: Først vurderer ordregiver tilbudsgivernes egnethed, jf. direktivets art. 44-48. Derefter foretages den egentlige tildeling i henhold til tildelingskriterierne. I forbindelse med egnethedsvurderingen har ordregiveren valget mellem to fremgangsmåder: Enten kan ordregiveren opstille minimumskrav til egnetheden, eller ordregiveren kan – som indklagede har gjort i denne sag – foretage egnethedsvurderingen uden minimumskrav, hvorved ordregiver vurderer tilbudsgivers egnethed på baggrund af den krævede dokumentation, jf. udbudsdirektivets artikel 44, stk. 2. Denne bestemmelse indeholder en ret, men ikke en pligt til at fastsætte mindstekrav til egnetheden i udbudsbekendtgørelsen. Præambelens betragtning 39 bygger på praksis fra EU-Domstolen og må forstås i overensstemmelse hermed. Denne forståelse af bestemmelsen er lagt til grund i den standardformular, der skal anvendes til udbudsbekendtgørelser, og er anerkendt i klagenævnets praksis. Klageren ses ikke at have bestridt indklagedes vurdering af, at klageren ikke er egnet til at løfte den udbudte opgave. Indklagede vurderede, at klageren ikke havde den fornødne økonomiske og faglige formåen ef-

ter en saglig samlet vurdering af, hvad der i forhold til den udbudte opgave må kræves af en tilbudsgivers økonomiske og faglige formåen.

Klagerens uddybende materiale fremkom først efter udløbet af den ultimative frist, indklagede havde fastsat. Indklagede havde allerede af den grund været berettiget til at se bort fra klagerens tilbud. Indklagede har heller ikke været forpligtet til at indhente yderligere oplysninger om klagerens økonomiske og faglige formåen.

Ad påstand 2a og 2b

Klageren har henvist til det ad påstand 1 anførte.

Indklagede har henvist til det ad påstand 1 anførte.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter udbudsdirektivets artikel 44, stk. 1, skal den ordregivende myndighed som led i udvælgelsen af tilbudsgiverne foretage en egnethedsundersøgelse af de tilbudsgivere, som ikke er udelukkede på grund af personlige forhold som anført i udbudsdirektivets artikel 45 og 46. Egnethedsundersøgelsen foretages ved offentlige udbud i overensstemmelse med kriterierne om økonomisk og finansiell formåen, faglig og teknisk viden eller evne som omhandlet i artikel 47 – 52. Efter bestemmelsen i stk. 2 kan de ordregivende myndigheder fastsætte minimumskriterier for egnethed, som tilbudsgivere i overensstemmelse med artikel 47 og 48 skal opfylde.

Det er i betragtning 39 i udbudsdirektivets præampel anført, at egnethedsundersøgelsen skal foretages under iagttagelse af gennemsigtighed. Det hedder videre (Klagenævnets kursivering):

»Der *skal* derfor anføres ikke-diskriminerende kriterier, som de ordregivende myndigheder kan anvende til at udvælge konkurrenterne og de midler, som de økonomiske aktører kan anvende til at bevise, at de opfylder kriterierne. Af hensyn til gennemsigtigheden *skal* den ordregivende myndighed, så snart en kontrakt udbydes, meddele, hvilke udvælgelseskriterier der vil blive anvendt, og hvilke *specifikke kvalifikati-*

oner der eventuelt kræves af de økonomiske aktører, for at de kan deltage i udbuddet.»

Artikel 44, stk. 1, må derfor forstås således, at de ordregivende myndigheder ikke skal, men kan fastsætte minimumskriterier (mindstekrav) for egnethed, og denne fortolkning er tidligere lagt til grund i klagenævnets praksis.

Efter udbudsdirektivets artikel 36 skal en udbudsbekendtgørelse indeholde de oplysninger, der er nævnt i udbudsdirektivets bilag VII A. Af punkt 17 i bilaget fremgår, at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde:

»Udvælgelseskriterier og oplysninger om den økonomiske aktørs personlige forhold samt de oplysninger og formaliteter, der er nødvendige for vurderingen af de økonomiske og tekniske minimumskrav, denne skal opfylde. Eventuelle specifikke minimumstærskelkrav. ...«.

Indklagedes udbudsbekendtgørelse af 20. juni 2012 indeholder ikke krav til tilbudsgiverne om afgivelse af oplysninger om tilbudsgiverens økonomiske og finansielle kapacitet eller tekniske kapacitet, og den mulighed, ordregiveren har efter udbudsdirektivets artikel 51 for at anmode om oplysninger hos en tilbudsgiver, forudsætter, at disse oplysninger skal supplere eller udbyde allerede afgivne oplysninger.

Indklagede har derfor ikke efter udbudsbekendtgørelsen haft grundlag for ikke at anse klageren for egnet til at deltage i udbuddet, og indklagede har derfor handlet i strid med udbudsreglernes ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip, jf. udbudsdirektivets artikel 2. Det bemærkes herved, at indklagede ikke stillede krav om oplysninger til brug for vurderingen af den vindende tilbudsgivers egnethed. Klagerens påstand 1 tages derfor til følge som anført nedenfor.

Ad påstand 2

Efter beskaffenheden af den konstaterede overtrædelse tages klagerens påstand om annullation af indklagedes tildelingsbeslutning til følge, jf. håndhævelseslovens § 13, nr. 2.

Herefter bestemmes:

Indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglernes ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved i forbindelse med EU-udbud af en entreprise på vind- og støjskærme på Vejle Fjord Broen at have fundet klageren uegnet til at deltage i udbuddet, selv om det ikke af udbudsbekendtgørelsen fremgår, hvilke oplysninger indklagede ville lægge vægt på under kriterier om økonomisk og finansiell formåen og om faglig og teknisk viden eller evne.

Indklagedes tildelingsbeslutning af 14. september 2012 annulleres.

Indklagede, Vejdirektoratet, skal i sagsomkostninger til klageren, UAB Tauro Zenklas, betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig