

Retten i Første Instans' dom af 12. december 2012, sag T-457/07, Evropaïki Dynamiki mod EFSA

Kort resumé

Udbud af rammeaftale om en tjenesteydelse med tildelingskriterium det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Sagen var anlagt af en forbigået tilbudsgiver. Tilbudsgiverne skulle vedlægge cv'er for nøglepersoner, og det var ikke en overtrædelse af udbudsreglerne, at disse cv'er både indgik i dokumentationen for tilbudsgivernes formåen og i tilbudsvurderingen. Herved henvist til, at udbuddet angik en opgave af kompleks teknisk karakter, og at cv'erne indgik i udbyderens vurdering af tilbuddenes kvalitet. Udbyderen overtrådte udbudsreglerne ved under tilbudsvurderingen at lægge vægt på dårlige erfaringer med sagsøgerens udførelse af en anden opgave end den udbudte. Desuden overtrædelse af udbudsreglerne ved lav pointtildeling til sagsøgerens tilbud i relation til et kvalitativt delkriterium, da udbyderens begrundelse for denne pointtildeling klart ikke afspejlede tilbuddets indhold. Forskellige klagepunkter i øvrigt ikke taget til følge. Annullation.

Kommentar

1) Afgørelsen om, at tilbudsgivernes cv'er for nøglepersoner kunne indgå både i kravene til dokumentation for tilbudsgivernes formåen og i tilbudsvurderingen (klagepunkt 2 i det fulde resumé):

a) Afgørelsen må være udtryk for, at egnethedsspørgsmål efter omstændighederne kan indgå i tilbudsvurderingen, hvis de er direkte relateret til den udbudte ydelse. Dette er således tilfældet efter Klagenævnet for Udbuds praksis, se herom kommentaren til klagenævnets kendelse af 11. december 2012, Waldner mod Bygningsstyrelsen.

Generelt synes Retten dog afvisende over for noget sådant, se herved kommentaren til Rettens dom af 8. december 2011, sag T-39/08, samme sagsøger mod Kommissionen (link gennem linket i venstre spalte på materialesamlingens forside om afgørelser fra EU-domstolen og Retten i Første Instans).

b) Afgørelsen må desuden ses som udtryk for, at de samme forhold i visse særlige tilfælde kan indgå både i vurderingen af tilbudsgivernes egnethed og i tilbudsvurderingen.

Klagenævnet for Udbud har tilsvarende nogle gange udtalt, at det ikke kan udelukkes, at et forhold både kan være en kvalifikationsbetingelse og et underkriterium. Således kendelser af 2. maj 2000, Uniqsoft mod Odense Kommune, 11. oktober 2004, Weilbach mod Kort- og Matrikelstyrelsen, og 13. september 2005, Navigent mod Arbejdsmarkedstyrelsen.

Det må dog utvivlsomt høre til de *absolutte undtagelser*, at de samme forhold kan indgå både i vurderingen af tilbudsgivernes egnethed og i tilbudsvurderingen. De nævnte kendelser fra klagenævnet er i øvrigt afsagt før EU-domstolens dom af 24. januar 2008, sag C-532/06, Lianakis, der opfattes som den principielle tilkendegivelse om, at der skal være et skarpt skel mellem udvælgelseskriterier og tildelingskriterier. Dette kan muligvis have betydning for deres rækkevidde i dag.

2) Afgørelsen om, at udbyderen overtrådte udbudsreglerne ved under tilbudsvurderingen at lægge vægt på dårlige erfaringer med sagsøgerens udførelse af en anden opgave (klagepunkt 3 i det fulde resumé):

Det må være sagligt nok, at en udbyder ønsker at undgå en leverandør, som udbyderen kender i forvejen og har dårlige erfaringer med. Det synes imidlertid vanskeligt uden videre at indpasse dette i de gældende udbudsregler. Emnet trænger nok til en nærmere analyse, som det imidlertid ville føre for vidt at forsøge her.

Klagenævnet for Udbud har beskæftiget sig med spørgsmålet i kendelse af 23. februar 2001, Kæmpes Taxi mod Sønder sø Kommune, og kendelse af 23. marts 2004, Tolkeservice mod Viborg Amt.

I kendelsen af 23. februar 2001 fastslog klagenævnet, at udbyderen i relation til et tilladeligt underkriterium om referencer var berettiget til at lægge vægt på dårlige erfaringer med klagerens tidligere anpartsselskabs udførelse af en anden opgave end den udbudte. I kendelsen af 23. marts 2004 fastslog klagenævnet, at udbyderen ved prækvalifikationen ved et begrænset udbud var berettiget til at lægge vægt på sine dårlige erfaringer med en ansøger om prækvalifikation. Denne afgørelse har imidlertid næppe nogen rækkevidde i dag.

Dette hænger sammen med, at kendelsen af 23. marts 2004 angår det tidligere tjenesteydelsesdirektiv 92/50, der ikke indeholdt en regel om, at kriterierne for prækvalifikation skulle angives på forhånd. Kendelsen henviser således bl.a. til, at udbudsdirektiverne ikke indeholdt regler om, at hvad udbyderne kunne eller skulle lægge vægt på ved beslutninger om udvælgelse af ansøgere til prækvalifikation. En sådan henvisning kunne ikke gives i dag som følge af udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, hvorefter kriterierne for prækvalifikation skal angives på forhånd (tilsvarende forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 54, stk. 2, og forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 38, stk. 3).

3) Afgørelsen om, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne ved for lav pointtildeling til sagsøgerens tilbud i relation til et delkriterium (klagepunkt 5 i det fulde resumé):

Et (sjældent) eksempel på tilsidesættelse af den skønsmæssige del af udbyderens tilbudsvurdering, fordi den er oplagt forkert.

Resumé

Denne dom er ekstremt lang og uoverskuelig (57 sider, 309 præmisser), og en egentlig tilegnelse af den ville forudsætte en indsats, som det ikke er rimeligt at gøre. Men med dette forbehold skønnes det forsvarligt at gengive dommen som gjort nedenfor. Ved resuméets udfærdigelse er dommen ikke oversat til dansk, og resuméet er udformet på grundlag af den franske originalversion af dommen.

EU-institutionen EFSA (European Food Safety Authority) iværksatte et udbud vedrørende en rammeaftale om en tjenesteydelse bestående i rådgivning om informationsteknologi. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Sagen var anlagt af en tilbudsgiver, hvis tilbud udbyderen havde afvist, fordi det ved en indledende tilbudsvurdering ikke havde

opnået et foreskrevet antal minimumpoint. Sagsøgerens klagepunkter og Rettens stillingtagen til dem kan gengives således:

Klagepunkt 1: Udbyderen havde ikke givet sagsøgeren tilstrækkelig begrundelse for tilbudsvurderingen, og den givne begrundelse var uklar:

Ikke taget til følge, da der ikke var grundlag herfor (præmis 41-59).

Klagepunkt 2: Udbyderen havde ladet egnethedsspørgsmål indgå i tilbudsvurderingen.

Dette klagepunkt sigtede til følgende:

Tilbudsgiverne skulle vedlægge cv'er for visse af de medarbejdere, der ville blive anvendt ved opgavens udførelse, til dokumentation for, at disse medarbejdere havde nogle krævede kvalifikationer (præmis 4). De pågældende cv'er indgik desuden i tilbudsvurderingen i relation til et underkriterium om sikring af de anvendte medarbejders kvalitet, idet der blev henvist til cv'erne i et spørgeskema, som tilbudsgiverne skulle udfylde i relation til underkriteriet (præmis 73, jf. præmis 5). Sagsøgeren gjorde gældende, at forholdet var i strid med udbudsreglerne.

Sagsøgeren fik ikke medhold i klagepunktet. Rettens begrundelse herfor er indeholdt i præmis 75-97. Fra begrundelsen kan nævnes: Der var tale om en opgave af kompleks teknisk karakter, og opretholdelsen af de udførende personers kompetence var berettiget som følge af kontraktgenstanden (præmis 76, sammentrængt gengivet). Evalueringen af tilbudsgivernes strategi for uddannelse og navnlig fortsat uddannelse var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud (præmis 82). Evalueringen af tilbudsgivernes besvarelse af spørgeskemaet angik ikke tilbudsgivernes evne til at udføre den udbudte opgave, men tilbuddenes kvalitet (præmis 86).

Klagepunkt 3: Udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne ved i relation til et underkriterium om tilbudsgiverens foreslåede administration af opgavens udførelse og organisering at lægge vægt på dårlige erfaringer med sagsøgerens udførelse af en anden opgave:

Taget til følge (præmis 103-107). Herved bl.a. udtalt, at et tilbuds kvalitet skal vurderes på grundlag af tilbuddet selv (præmis 104).

Klagepunkt 4: Udbyderen havde ved tilbudsvurderingen lagt vægt på nogle forhold, der ikke fremgik af udbudsbetingelserne:

Ikke taget til følge, da der ikke var grundlag herfor (præmis 111-135).

Klagepunkt 5: Udbyderen havde begået nærmere angivne fejl ved tilbudsvurderingen:

Retten tog stilling til dette klagepunkt i præmis 138-306. Klagepunktet blev taget til følge for så vidt angår udbyderens vurdering af klagerens tilbud i relation til et delkriterium om foreslåede dagbøder, da udbyderens begrundelse for en lav pointtildeling til klagerens tilbud på dette punkt klart ikke afspejlede tilbuddets indhold (præmis 304-305).

I øvrigt blev klagepunktet ikke taget til følge, da der ikke var grundlag herfor (præmis 306).

Retten annullerede udbyderens beslutning om at afvise sagsøgerens tilbud.