

K E N D E L S E

Haubjerg Interiør A/S
(selv)

mod

Københavns Kommune
(advokat Jesper Langemark, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 7. juni 2007 udbød Københavns Kommune som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en rammeaftale for indkøb af kontormøbler samt vejledning i forbindelse hermed.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 9. juli 2007 havde 14 virksomheder ansøgt om prækvalifikation, heriblandt Haubjerg Interiør A/S. Københavns Kommune afviste den 16. juli 2007 Haubjerg Interiør A/S' ansøgning om prækvalifikation og besluttede at prækvalificere 7 andre virksomheder.

Den 2. oktober 2007 indgav klageren, Haubjerg Interiør A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Københavns Kommune.

Sagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstand:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at afvise klagerens anmodning om prækvalifikation med den begrundelse, at de regnskabsoplysninger, som klageren havde fremsendt sammen med anmodningen om prækvalifikation, ikke opfyldte kravene i

udbudsbekendtgørelsen vedrørende soliditet for regnskabsåret 2004, uagtet de regnskabsoplysninger, der blev fremsendt sammen med anmodningen om prækvalifikation, opfyldte betingelserne i udbudsbekendtgørelsen om soliditet for regnskabsåret 2004.

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

Udbudsbekendtgørelsen af 7. juni 2007 indeholder følgende:

» ...

II.1.4. Oplysninger om rammeaftalen:

Rammeaftale med flere aktører.

Højeste antal deltagere i den påtænkte rammeaftale: 3

Rammeaftalen varighed: År: 2

Anslået samlet værdi af indkøbene i løbet af hele rammeaftalen varighed:

Anslået værdi ekskl. Moms: 50.000.000,00 DKK.

II.1.5) Kortfattet beskrivelsen af kontrakten eller indkøbet/ene:

Københavns Kommune ønsker at indgå en rammeaftale om indkøb af kontormøbler, herunder hæve-/sænkeborde, skriveborde, skuffemoduler, kontorstole, alternativ til almindelige kontorstole, opbevaring, konferenceborde, konferencestole og diverse varegrupper beslægtet hermed (f.eks. fodskamler, stumtjenere, knager, skærmvægge, tidsskriftsholder, arkivskabe m.v.).

...

IV.2) Tildelingskriterier

IV.2.1) Tildelingskriterier

Det økonomisk mest fordelagtige bud...

...«

I udbudsbekendtgørelsen af 7. juni 2007 er der vedrørende prækvalifikationen blandt andet anført:

»...

3. Udbuddets omfang

3.1. Beskrivelse af den udbudte ydelse

Københavns Kommune ønsker at indgå en rammeaftale om indkøb af kontormøbler, ...

...

3.2. Aftalens omfang

...

Det er hensigten, at nærværende udbud skal føre til en rammeaftale mellem Københavns Kommune og 3 leverandører i prioriteret rækkefølge efter forsyningsmodellen. ...

...

4. Udbudsprocedure

...

Udbuddet vil blive gennemført i to faser; en prækvalifikationsfase og en tilbudsphase.

I prækvalifikationsfasen vurderes ansøgernes økonomiske, finansielle, faglige og tekniske formåen på baggrund af de fremsendte oplysninger. Det er hensigten, at prækvalificere maksimalt 10 leverandører.

...

4.1. Egnethedsvurdering

Udvælgelsen af egnede tilbudsgivere vil ske på baggrund af en konkret vurdering af ansøgers personlige forhold (juridiske forhold) samt ansøgers økonomiske, finansielle, faglige og tekniske kvalifikationer.

4.1.1. Personlige forhold

....

4.1.2. Økonomiske og finansielle formåen

Ansøger skal vedlægge følgende oplysninger om ansøgers økonomiske og finansielle formåen:

- 1) Ansøgers årlige omsætning inden for de udbudte varer for de seneste 3 regnskabsår
- 2) Ansøgers soliditetsgrad for de seneste 3 regnskabsår beregnet efter følgende formel: $(\text{Egenkapital} \times 100) / (\text{Totale Aktiver})$.
- 3) Ansøgers likviditetsgrad for de seneste 3 regnskabsår beregnet efter følgende formel: $(\text{Kortfristede Omsætningsaktiver} \times 100) / (\text{Kortfristet gæld})$.
- 4) Erklæring om ansøgers aktuelle økonomiske situation.
- 5) Gyldig erhvervs- og produktansvarsforsikring

...

Mindstekrav:

Ad:

- 1) Omsætningen skal for hvert år i de seneste tre år have været mindst 15 mio. DKR.
- 2) Soliditetsgraden skal for hvert år i de seneste tre regnskabsår have været mindst 15
- 3) Likviditetsgraden skal for hvert år i de seneste tre regnskabsår have været mindst 80
- 4) Erklæring fra ansøgende virksomheds ledelse eller revisor
- 5) Dokumentation for gyldig erhvervs- og produktansvarsforsikring.

...

4.1.3. Teknisk og faglig formåen

...

Mindstekrav til det niveau, der kræves:

- 1) Tre referencer i perioden 2005-2007
- 2) CV for 2 medarbejdere

- 3) Beskrivelse af de foranstaltninger der er truffet til sikring af kvaliteten vedlægges. ...
...«

Klageren oplyste i sin ansøgning af 3. juli 2007 om prækvalifikation, at virksomhedens soliditetsgrad for år 2004 var 12,24 %.

Indklagede afviste den 16. juli 2007 klagerens anmodning om prækvalifikation. Indklagede begrundede afvisningen med, at der ikke var fremlagt dokumentation for, at de egnethedsniveauer, som Haubjerg Interiør A/S ikke selv opfylder, opfyldes af en tredjemand, hvis ressourcer klageren har rådighed over, jf. Udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2.

Klageren anmodede den 16. juli 2007 indklagede om yderligere begrundelse for afslaget. Indklagede svarede den 17. juli 2007. Klager anmodede i forlængelse heraf om yderligere uddybende begrundelse, hvilket indklagede imødekom ved mail af 18. juli 2007. I indklagedes besvarelse anføres:

»....På den baggrund kom kommunen til det resultat, at den af Haubjerg AS oplyste soliditetsgrad i 2004 ikke levede op til egnethedsniveau. I det af Haubjerg fremsendte materiale er der ikke forhold, der giver anledning til at antage, at der ved en fejl er afgivet forkerte regnskabsoplysninger. Der er heller ikke vedlagt information om, at Haubjerg støtter sig på andre (koncernforbundne) selskabers økonomiske formåen. I henhold til EU udbudsregler har Københavns Kommune derfor pligt til at afvise anmodningen, uanset hvilket kendskab der i øvrigt måtte være til Haubjerg Interiør AS' formåen som leverandør«.

Den 31. juli 2007 anmodede klageren indklagede om at genoptage behandlingen af klagerens ansøgning om prækvalifikation. I brevet anføres det:

»...
Af udbudsmaterialet fremgår, at soliditeten i samtlige officielle årsregnskab ikke må være under 15. Der står imidlertid ikke i samme materiale, at man kan basere sig på en tredje part.

Denne information tilgår først os i forbindelse med afslaget. Dermed er vi af den opfattelse, at den passus gør, at vi må kunne eftersende denne 3. parts garanti. Dette afslår I umiddelbart, hvilket vi ikke er enige i. Ændrede udbudsvilkår må kunne give ændrede tilbudsvilkår.

...«

Indklagede fastholdt ved e-mail af 17. august 2007 afslaget på klagerens anmodning om prækvalifikation og anførte i den forbindelse:

»...

Muligheden for, at virksomheder, der ikke selv opfylder betingelserne for prækvalifikation, kan basere sig på tredjepart, fremgår af retspraksis fra EF-domstolen og af Udbudsdirektivets art. 48 stk. 3. Det følger heraf, at der ikke er tale om udbudsvilkår, som er specifikt for Københavns Kommunes udbud af kontormøbler, men om en mulighed som er givet i medfør af de gældende udbudsregler, som Københavns Kommune er forpligtet til at følge. Københavns Kommune har således ikke foretaget ændringer i udbudsvilkårene.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det ikke fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at de økonomiske mindstekrav, som klageren skulle opfylde for at blive prækvalificeret, kunne opfyldes gennem den økonomiske og finansielle formåen hos en tredjemand, hvis ressourcer klageren råder over, jf. Udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2. Afvisningen af klagerens anmodning om prækvalifikation er derfor foretaget på fejlagtigt grundlag, og indklagede bør derfor revurdere klagerens anmodning om prækvalifikation og i den forbindelse give klageren lejlighed til at fremsende dokumentation for økonomisk formåen hos tredjemand, hvis ressourcer klageren råder over. Klageren har endvidere anført, at klageren, der har regnskabsafslutning pr. 30. juni, til forskel fra tilbudsgivere, som har kalenderåret som regnskabsår, ikke ved udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i udbudet har haft mulighed for at fremvise et officielt regnskab for det seneste år, men alene et internt regnskab. Klageren har således ikke haft lige vilkår sammenlignet med konkurrenter, der har kalenderårsregnskab.

Indklagede har gjort gældende, at oplysning til tilbudsgivere om reglen i Udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2, ikke er omfattet af indklagedes oplysningspligt i medfør af direktivets artikel 44, stk. 2. Indklagede var ikke i øvrigt forpligtet til i udbudsbekendtgørelsen at oplyse om bestemmelsen i ar-

tikel 47, stk. 2, men alene om minimumskriterierne, jf. Udbudsdirektivets artikel 44, stk. 2. Indklagede har endvidere gjort gældende, at undladelse af at oplyse om artikel 47, stk. 2, ikke er i strid med gennemsigtighedsprincippet, og at indklagede ikke havde kunnet prækvalificere klageren, selvom klageren efter ansøgningsfristens udløb har oplyst at være i stand til at fremlægge dokumentation for sin råden over de nødvendige økonomiske ressourcer gennem tredjemand, da disse oplysninger skal foreligge ved ansøgningsfristens udløb. Da klageren ikke opfyldte minimumskravet til soliditetsgrad, var indklagede berettiget – og som følge af ligebehandlingsprincippet også forpligtet – til ikke at prækvalificere klager.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Af udbudsbekendtgørelsens punkt 4.1.2 fremgår, at ansøgernes soliditetsgrad i hvert af de seneste tre regnskabsår skal have været mindst 15 %. Klagerens soliditetsgrad udgjorde i 2004 12,24 %. Herefter, og idet indklagede ikke er forpligtet til at oplyse tilbudsgivere om reglen i Udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2, har indklagede ikke handlet i strid med Udbudsdirektivet ved at afvise klagerens anmodning om prækvalifikation med den begrundelse, at de regnskabsoplysninger, som klageren havde fremsendt sammen med anmodningen om prækvalifikation, ikke opfyldte kravene i udbudsbekendtgørelsen.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig