

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Jens Fejø og Michael Jacobsen)

J.nr.: 2009-0018573

3. april 2009

K E N D E L S E

Smith & Nephew A/S
(advokat Morten Færch, Århus)

mod

Region Nordjylland
(advokat Tina Braad, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse af 22. oktober 2008 udbød Region Nordjylland som offentlig udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en vareindkøbsaftale vedrørende sårbehandlingsprodukter til Region Nordjylland opdelt på 21 delaftaler.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af en række underkriterier. Den 22. december 2008 besluttede indklagede at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt på grund af, at serviceattesten, som klageren vedlagde sit tilbud, på tidspunktet for tilbuddets indgivelse var for gammel.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 19. november 2008, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 12. december havde 13 virksomheder afgivet tilbud, heriblandt klageren, Smith og Nephew A/S.

Den 20. januar 2009 indgav klageren, Smith & Nephew A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Region Nordjylland. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 samt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, ved at stille krav om, at alene danske tilbudsgivere skal indsende en serviceattest, der skal være udstedt senest 6 måneder før fristen for indlevering af tilbuddet den 12. december 2008.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 samt gennemsigtighedsprincippet, ved ikke i udbudsbetingelserne at beskrive konsekvensen af, at en tilbudsgiver indsendte en serviceattest, der var udstedt tidligere end 6 måneder før fristen for indlevering af tilbuddet den 12. december 2008.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 22. december 2008 om at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Udbudsbekendtgørelsen indeholder bl.a. følgende vedrørende »III.2.2. Økonomisk og finansiell kapacitet«:

- » Oplysninger om formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:
Serviceattest. «

I udbudsbetingelserne er anført følgende vedrørende punkt »1.9. Betingelser for deltagelse/Udvælgelseskriterier (egnethedsvurdering)«:

- » 1.9.1. Serviceattest
Serviceattest om opfyldelse af Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra a-c. Erklæring kan vedlægges som Tilbuds-bilag 2.«

I udbudsbetingelserne er anført følgende vedrørende punkt »1.16. Grundlag for udelukkelse af tilbudsgiver«:

- » Ordregiver anbefaler, at tilbudsgiver sætter sig grundigt ind i udbudsmaterialet og udarbejder sit tilbud i overensstemmelse hermed.

Tilbudsgivers opmærksomhed henledes på, at ordregiver er berettiget til og kan være forpligtet til at se bort fra et i øvrigt godt tilbud, hvis tilbudet ikke nøje overholder forskrifterne i udbudsmaterialet. Det er som udgangspunkt ikke lovligt for ordregiver, at tillade tilbudsgiver at korrigere fejlbehæftede tilbud efter at tilbudet er indleveret.

.....

Særligt vedrørende tilbudsgivernes egnethed er det i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2 og i pkt. 1.9 Betingelser for deltagelse/Udvælgelseskriterier (egnethedsvurdering) ovenfor anført, at det er en betingelse for deltagelse, at tilbudsgiver fremsender en række dokumenter og oplysninger. Fremsendes de udbedte dokumenter og oplysninger ikke, vil ordregiver være forpligtet til at afvise tilbudsgivers tilbud.«

I udbudsbetingelserne er anført følgende vedrørende punkt »2.1. Vejledning og information om brug af Disposition for tilbud«:

- » 2.1.1 Disposition for tilbud er et værktøj, der skal lette tilbudsgiver i udarbejdelse af det materiale, som tilbudsgiver skal aflevere i forbindelse med tilbudsgivningen. Disposition for tilbud opregner punkt for punkt, hvad tilbudsgiver bør tage højde for, både formelt og indholdsmæssigt.

Disposition for tilbud henviser til vedlagte Tilbuds-bilag 1 til 6. Disse bilag er udarbejdet med henblik på at sikre en ligeværdig vurdering af de indkomne tilbud. Hvis alle tilbudsgivere følger samme tilbudsstruktur, bliver sammenligningen af de indkomne tilbud lettere og mere gennemsigtig.

Ordregiver ser gerne, at disposition for tilbud følges. Tilbudsgivere, der vælger ikke at følge disposition for tilbud, må selv påse, at deres tilbud indeholder de nødvendige oplysninger og dokumentation m.v.

Om tilbud, som afviger fra udbudsmaterialet henvises til Udbudsbetingelsernes pkt. 1.16. Grundlag for udelukkelse af tilbudsgiver«

I udbudsbetingelserne er anført følgende vedrørende serviceattest i punkt »2.3. Betingelser for deltagelse/udvælgelseskriterier (egnethedsvurdering)«:

- » Som dokumentation for tilbudsgivers finansielle, økonomiske og tekniske formåen skal tilbudsgiver fremsende den i Udbudsbetingelserne 1.9 anførte dokumentation, der anbefales vedlagt som: Tilbuds- bilag 2: Serviceattest.«

I udbudsbetingelsernes »Tilbuds-Bilag 2 Serviceattest« er anført følgende:

»Serviceattest udstedes, for danske tilbudsgivere, af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, Kampmannsgade 1, 1780 København V eller af den relevante myndighed i tilbudsgiver hjemland, jf. Udbudsdirektivets artikel 45. Serviceattest kan rekvireres via www.cvr.dk « klik på »Serviceattest« eller attesten kan rekvireres via Erhvervs- og Selskabsstyrelsens hjemmeside.

Ordregiver skal gøre opmærksom på, at sagsbehandlingstiden vil være omkring 1-2 uger fra modtagelsen af korrekt udfyldt anmodning om udstedelse af serviceattest.

Kun danske tilbudsgivere kan få udstedt serviceattest af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Udenlandske tilbudsgivere skal rette henvendelse til den tilsvarende myndighed i tilbudsgivers hjemland.

Såfremt tilbudsgiver ikke kan få udstedt serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, skal tilbudsgiver fremlægge anden fuldgyldig dokumentation for, at tilbudsgiver ikke befinder sig i nogen af de i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 1 og 2, litra a), b), c), e) og f) nævnte situationer, f.eks. i form af attester udstedt af kompetente retlige eller administrative myndigheder i tilbudsgivers hjemland.

Serviceattesten skal være udstedt senest 6 måneder før tilbudsfristen for udbuddet.

Serviceattesten anbefales vedlagt som Tilbuds-bilag 2.

Den 11. december 2008 afgav klageren tilbud, der bl.a. indeholdt en serviceattest dateret den 9. juni 2008, udstedt af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og en kopi af en e-mail dateret 10. december 2008 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvoraf fremgår:

»Serviceattest

Vi bekræfter hermed at have modtaget en anmodning om serviceattest den 3. december 2008 på SMITH & NEPHEW A/S, CVR nummer

.....

Attesten vil blive udfærdiget så hurtigt som muligt.«

I en e-mail af 22. december 2008 fra Region Nordjylland til klageren er bl.a. anført følgende:

»Jeg har nu sammen med vores jurist gennemgået de indkomne tilbud. Jeres tilbud er ukonditionsmæssigt, da den fremsendte serviceattest er for gammel ved indlevering af tilbudet. Fremsendelse af en ny

serviceattest vil stride mod ligebehandlingsprincippet, hvorfor vi er nødt til at se bort fra jeres tilbud i den videre proces.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at de dokumentationskrav, som en ordregivende myndighed stiller, skal være ens for alle potentielle tilbudsgivere. Hverken udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne stillede krav om, inden for hvilket tidsrum serviceattesten skulle være udstedt. Den af klageren fremsendte serviceattest opfylder derfor kravene i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne. I »Tilbuds-Bilag 2 Serviceattest« nævnes 6 måneders fristen alene i forhold til danske tilbudsgivere. Udenlandske tilbudsgivere skal i stedet fremlægge anden fuldgyltig dokumentation vedrørende de i direktivets artikel 45 nævnte forhold udstedt af de kompetente myndigheder i tilbudsgiverens hjemland. Da uklarheder i udbudsmaterialet er den ordregivende myndigheds ansvar, vil 6 månedersfristen ikke kunne fortolkes udvidende, således at fristen også skal anses for at omfatte udenlandske tilbudsgiveres dokumentation. Det må derfor lægges til grund, at indklagede ikke vil kunne afvise en udenlandsk tilbudsgivers tilbud, hvis tilbudsgiverens dokumentation eksempelvis var udstedt 6 måneder og 3 dage inden tilbudsfristens udløb.

Konsekvensen af denne forskelsbehandling må være, at 6 måneders fristen ikke kan opfattes som et absolut krav, der i sig selv kan begrunde en afvisning af et tilbud som værende ukonditionsræssigt.

Klageren har endvidere gjort gældende, at der er uklarheder i udbudsmaterialet, idet der i udbudsbetingelserne pkt. 1.16 henvises til udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2) og udbudsbetingelsernes pkt. 1.9., hvorimod der ikke henvises til Tilbuds-Bilag 2. Det er derfor tvivlsomt, om 6 måneders fristen skal fortolkes som et selvstændigt krav, hvis manglende overholdelse skal resultere i, at tilbudsgivere ikke kan komme i betragtning.

Klageren har tillige gjort gældende, at klagerens tilbud ved tilbudsfristens udløb indeholdt den af indklagede krævede dokumentation, herunder en serviceattest. Serviceattesten skal tjene som dokumentation for, at

tilbudsgiveren ikke er begæret konkurs, ikke er dømt for strafbart forhold, der rejser tvivl om den faglige hæderlighed, eller er i restance med sociale bidrag, skat og afgifter. Bevisværdien af en serviceattest forringes med tiden, da der kan være indtrådt relevante begivenheder i perioden mellem udstedelsen og indlevering til den ordregivende myndighed. Overholdelse af 6-månedersfristen er ingen garanti for, at serviceattesten er retvisende på indleveringstidspunktet. Derfor indeholder Udbudsdirektivets artikel 51 en hjemmel til, at ordregiveren kan anmode klageren om at supplere den allerede indgivne serviceattest med en nyere serviceattest, således at ordregiveren kan få bekræftet, at oplysningerne i den rettidigt indgivne serviceattest fortsat er retvisende. Så længe tilbuddet allerede omfattede den ønskede dokumentation, har den pågældende tilbudsgiver ikke haft nogen fordel. Det vil således ikke være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis indklagede lader oplysningerne i den rettidigt indgivne serviceattest bekræfte ved modtagelsen af en ny serviceattest.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har stillet forskellige dokumentationskrav til danske og udenlandske tilbudsgivere. Af udbudsbetingelserne fremgår, at tilbuddet skulle vedlægges en serviceattest som dokumentation for, at tilbudsgiveren ikke befinder sig i nogle af de i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 1, og stk. 2 anførte udelukkelsesgrunde. Kravene til det nærmere indhold af denne serviceattest fremgik af Tilbuds Bilag 2. Af dette bilag fremgår, at kravet om serviceattest både gælder danske og udenlandske tilbudsgivere. Betegnelsen serviceattest er således ikke kun anvendt i forbindelse med den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udstedte serviceattest, men anvendes generelt som betegnelse for, at tilbudsgiveren ikke befinder sig i nogle af de i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 1, og stk. 2 anførte udelukkelsesgrunde, og kravet om, at serviceattesten ikke må være udstedt senere end 6 måneder for tilbudsfristen, gælder for såvel danske som udenlandske tilbudsgivere, der fra sit hjemland ikke kan skaffe en serviceattest. Denne tilbudsgiver skal fremsende dokumentation for, at tilbudsgiveren ikke befinder sig i nogle af de i Udbudsdirektivet art. 45 anførte udelukkelsesgrunde. Dokumentationen skal være udstedt mindre end 6 måneder før tilbudsfristens udløb. Indklagede har endvidere gjort gældende, at klageren ikke var i tvivl om, at tilbuddet skulle vedlægges en serviceattest, der var højst 6 måneder gammel, idet klageren med sit tilbud vedlagde en oplysning om, at der var bestilt en ny serviceattest. Indklagede har bestridt, at betingelserne for i den givne situation at anvende adgangen til at indhente supplerende oplysninger efter Udbudsdirektivets artikel 51 er

opfyldte, idet bestemmelsen forudsætter, at tilbudsgiveren har afleveret den dokumentation, som tilbudsgiveren i henhold til udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne er anmodet om at aflevere, hvilket ikke er tilfældet i denne sag, da vedlæggelse af en serviceattest, der er mere end 6 måneder gammel, er at sidestille med, at klageren ikke har vedlagt en serviceattest.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at formålet med 6-månedersfristen ikke er at beskære antallet af tilbudsgivere, som kan komme i betragtning. Da formålet fuldt ud kan tilgodeses ved indhentelse af supplerende dokumentation i de tilfælde, hvor den i øvrigt rettidigt indgivne dokumentation er udsendt mere end 6 måneder inden tilbudsfristen, vil det stride mod formålet med fristen, hvis ordregiveren ikke lader en tilbudsgiver komme i betragtning i stedet for at indhente supplerende dokumentation. Udelukkelse af en tilbudsgiver vil i en sådan situation være en uproportional reaktion fra ordregiverens side, medmindre det udtrykkeligt fremgår af udbudsmaterialet, at dette vil være konsekvensen af en manglende overholdelse af en opstillet tidsfrist. I den konkrete sag indeholder udbudsmaterialet ingen angivelse af, at en overskridelse af tidsfristen vil resultere i, at tilbudsgiveren ikke kommer i betragtning, hvorfor indklagede vil være forpligtet til at anmode om supplerende dokumentation. Det må derfor antages, at klageren var berettiget til at lade den rettidigt indsendte serviceattest supplere af en ny serviceattest.

Indklagede har gjort gældende, at det følger af såvel ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 som af Klagenævnets faste praksis, at et tilbud fra en tilbudsgiver, der ikke afleverer den krævede dokumentation for vurderingen af tilbudsgiverens egnethed eller tilbudsgiverens tilbud, ikke lovligt kan tages i betragtning, og at indklagede derfor ikke har været forpligtet til i udbudsbetingelserne at beskrive denne konsekvens yderligere. Indklagede har tilføjet, at det af udbudsbetingelserne klart fremgår, at tilbud fra en tilbudsgiver, som ikke har vedlagt de udbedte dokumenter og oplysninger til brug for vurderingen af tilbudsgiverens egnethed, ikke ville blive taget i betragtning.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at de af indklagede begåede fejl skal medføre, at Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede var såvel berettiget som forpligtet til at afvise tilbuddet fra klageren, idet dette ikke opfyldte kravet om, at serviceattesten maksimalt måtte være 6 måneder gammel. Der er derfor ikke grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagede stillede i udbudsbekendtgørelsen vedrørende juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger krav om, at tilbudsgiveren vedlagde en serviceattest med henblik på at vurdere, om tilbudsgiveren befandt sig i en af de i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 1, og stk. 2 anførte udelukkelsesgrunde. Af udbudsbetingelserne fremgår vedrørende »serviceattest om opfyldelse af Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra a-c«, at »erklæring kan vedlægges som Tilbuds-bilag 2.«. Af dette bilag fremgår, »såfremt tilbudsgivere ikke kan få udstedt serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, skal tilbudsgiver fremlægge anden fuldgyldig dokumentation for, at tilbudsgiver ikke befinder sig i nogen af de i Udbudsdirektivets artikel 45, stk. 1 og 2, litra a), b), c), e) og f) nævnte situationer, f. eks. i form af attester udstedt af kompetente retlige eller administrative myndigheder i tilbudsgiverens hjemland«, og at serviceattesten skal være udstedt senest 6 måneder før tilbudsfristen for udbuddet.

Af udbudsbetingelserne fremgår, at serviceattesten kan vedlægges som Tilbuds-bilag 2, og endvidere at tilbudsgivere, der vælger ikke at følge disposition for tilbud, selv må påse, at deres tilbud indeholder de nødvendige oplysninger og dokumentationer m.v. og endelig fremgår, at serviceattesten anbefales vedlagt.

Ansøgere om prækvalifikation kunne, såfremt serviceattester ikke udstedes i deres hjemland, eller såfremt serviceattesten ikke kunne fremskaffes inden ansøgningsfristens udløb, indhente oplysningerne nævnt i Udbudsdirektivets artikel 45 direkte fra de relevante offentlige myndigheder. Efter sammenhængen, hvori kravene til dokumentation fremgår, skal også erklæringer, der dokumenterer, at tilbudsgiveren ikke befinder sig i en af de i artikel 45 nævnte udelukkelsesgrunde være udstedt senest 6 måneder før tilbudsfristens udløb. Da klagerens serviceattest var udstedt mere end 6 måneder før tilbudsfristen for udbuddet, og da klageren ikke har fremskaffet de nævnte erklæringer, var indklagedes afvisning af klagerens kvalifikationsansøgning berettiget. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Idet det fremgår af det der er anført vedrørende påstand 1, at serviceattesten og øvrige dokumentationer skulle være udstedt senest 6 måneder før tilbudsfristen for udbuddet, var indklagede såvel berettiget som forpligtet til at afvise klagerens tilbud. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Henset til det, der er anført ovenfor, er der ikke grundlag for at annullere indklagedes beslutning af 22. december 2008 om at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig