

K E N D E L S E

MR Motech ApS
(advokat Jesper Petersen Bach, Aarhus)

mod

Region Nordjylland
Nyt Aalborg Universitetshospital
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 062-115492 af 27. marts 2017 udbød Region Nordjylland, Nyt Aalborg Universitetshospital, som offentligt udbud efter udbudsloven ”16 andele af de samlede apterings- luknings- og inst-tekniske fagentreprise-udbud for Nyt Aalborg Universitetshospital”. Tildelingskriteriet var ”Pris”. MR Motech ApS afgav tilbud med den laveste pris og fremsendte herefter den 28. juni 2017 efter anmodning fra regionen dokumentation i henhold til virksomhedens ESPD. Den 14. juli 2017 besluttede regionen at annullere ”udbuddet af entreprise E940 Elevatorer - tværgående”.

Ved udbudsbekendtgørelse af 3. november 2017 udbød regionen på ny delkontrakten under betegnelsen ”Nyt Aalborg Universitetshospital – Fagentreprise E940 tværgående elevatorer”. Tilbudsfristen var fastsat til den 5. december 2017. Der er efter det foreliggende endnu ikke truffet beslutning om tildeling af delkontrakten. Det er oplyst, at MR Motech på ny har afgivet tilbud på delkontrakten.

Den 21. november 2017 indgav MR Motech klage til Klagenævnet for Udbud over regionen. Klagen har været behandlet skriftligt.

MR Motech har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Nordjylland har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have annulleret udbuddet med følgende begrundelse:

”Annullationen er begrundet i en usikkerhed vedrørende rækkevidden i mindstekravet i udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.3, hvorefter tilbudsgiver indenfor de seneste 5 år skal have gennemført én entreprise indeholdende lignende arbejder og i den forbindelse i hvilket omfang, det pågældende mindstekrav forpligter bygherren til at afvise et tilbud.”

selvom det klart fremgik af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.3, hvad mindstekravet gik ud på, idet det var præciseret, hvad der skulle forstås ved ”lignende arbejder”:

”Tilbudsgiver skal indenfor de seneste 5 år have gennemført én entreprise indeholdende lignende arbejder som defineret i den pågældende delkontrakt.”

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Region Nordjyllands beslutning om at annullere udbudsforretningen.

Klagenævnet har forstået klagen således, at påstand 2 er rettet mod regionens beslutning af 14. juli 2017 om annullation af ”udbuddet af entreprise E940 Elevatorer - tværgående”.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Den udbudte kontrakt og delkontrakten om elevatorer er i udbudsbekendtgørelsens Del II beskrevet således:

”II.1.4)

Nærværende udbudsbekendtgørelse omhandler 16 andele af de samlede apterings- luknings- og inst-tekniske fagentreprise-udbud for Nyt Aalborg Universitetshospital.

Delarbejderne er specificeret under de enkelte delkontrakter:

...

Delk. 11 Elevatorer tværgående b06, b08, b09, c04, c05, d01, d02, d03 og d07

...

II.2) Beskrivelse

II.2.1) Betegnelse:

E940 Elevatorer ...

Delkontraktnr.: E940

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet

Tværgående entreprise for elevatorer fordelt på alle 9 bygningsafsnit. Udgør ca. 150 000 m².

...

II.2.5) Tildelingskriterier

Pris

...”

Udbudsbekendtgørelsen indeholdt endvidere betingelser for, at en tilbudsgiver kunne deltage i udbuddet. Således skulle tilbudsgiverne bl.a. opfylde krav om ”Teknisk og faglig kapacitet”. Kravene, der var fastsat som fælles krav gældende for alle delaftalerne, var formuleret således:

”Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

Tidligere lignende arbejder.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Tilbudsgiver skal indenfor de sidste 5 år have gennemført én entreprise indeholdende lignende arbejder som defineret i den pågældende delkontrakt.

Erklæring herom sker ved tilbudsgivers udfyldelse af ESPD’en ...”

Dokumentet ”Entreprisens omfang/ Elevatorer – Tværgående/ Entreprisenummer E940/ Udbudsnr. 07 – 940/ Nyt Aalborg Universitetshospital/2017-03-27/”, der er en del af udbudsmaterialet, indeholder en beskrivelse af entreprisen. Heraf fremgår, at den omfatter 55 elevatorer inkl. en lift. En mere detaljeret og omfattende beskrivelse af arbejdet findes i kapitel 4 i en særskilt arbejdsbeskrivelse og i tilbudslisten.

I dokumentet ”Arbejdsbeskrivelse - Elevator 2. Omfang” hedder det:

”...

Arbejdet omfatter alle arbejder og leverancer, der er nødvendige for den fuldstændige færdiggørelse af bygningsdelene.

Arbejdet omfatter i alt 52 elevatorer med følgende typekoder i 3D modellen opdelt under følgende bygningsdele:

...”

Regionen modtog 4 tilbud på delkontrakten med følgende priser, der ikke indeholder moms:

- MR Motech 45.350.027 kr.
- PD Elevator A/S 46.745.100 kr.
- KONE A/S 51.068.040 kr.
- OTIS A/S 53.370.600 kr.

I regionens brev af 14. juli 2017 til MR Motech om annullation hedder det:

”Udbud af E940 Elevator - tværgående
Underretning om annullering

På vegne af Nyt Aalborg Universitetshospital annulleres udbuddet af entreprise E940 Elevatorer - tværgående.

Annulationen er begrundet i en usikkerhed vedrørende rækkevidden i mindstekravet i udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.3, hvorefter tilbudsgiver indenfor de seneste 5 år skal have gennemført én entreprise indeholdende lignende arbejder og i den forbindelse i hvilket omfang, det pågældende mindstekrav forpligter bygherren til at afvise et tilbud.

Entreprisen vil blive genudbudt.

...”

I e-mail af 2. august 2017 fra regionen til MR Motech hedder det endvidere:

”Kære Morten Raahede

Med henvisning til din e-mail af 19. juli 2017 kan vi oplyse, at annullationen, som anført i vores brev af 14. juli 2017, er begrundet i en usikkerhed i forhold til rækkevidden af mindstekravet i udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.3.

Mindstekravet er således et skønsmæssigt mindstekrav, idet det ikke er klart defineret, hvad der skal forstås ved ”lignende arbejder som defineret i den pågældende kontrakt”.

Den udbudte elevatorentreprise omfatter 52 elevatorer.

MR Motech ApS referenceliste omfatter udelukkende 2 referencer på mere end 10 elevatorer, hvoraf den største er på 13 elevatorer.

MR Motech ApS har på dette grundlag, ikke demonstreret de fornødne tekniske kompetencer til at udføre den udbudte opgave, idet MR Motech ApS ikke har demonstreret at have udført lignende arbejder som de udbudte.

Henset til, at det som følge af det skønsmæssige mindstekrav i udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.3, desuden er usikkert, om bygherren som følge af de af MR Motech ApS angivne referencer er forpligtet og/eller berettiget til at afvise tilbuddet fra MR Motech ApS som uegnet, har vi derfor valgt at annullere udbuddet

...”

I e-mail af 21. august 2017 fra MR Motech til regionen står der:

”...

I forhold til spørgsmålet om tekniske kompetencer skal jeg venligst henvende regionens opmærksomhed på det forhold, at der ikke i mere end 10 år har været udbudt et tilsvarende projekt i Danmark. Største enkelt ordre i nyere tid er 10 elevatorer til Rigshospitalet, men det var underentreprise som en del af teknikentreprise.

Til sammenligning udbydes på Nyt Skejby Sygehus også i byggefelter med 2-6 elevatorer under teknikentrepriserne. Der er nu snart opsat 100 elevatorer i Skejby, men opgaverne er udført af forskellige leverandører. De andre store udbygninger af sygehuse, hvor man anvender fagenreprise, er endnu ikke opsat.

Hvis regionen lægger til grund, at mindstekravet indebærer krav om udførelse af 52 elevatorer, vil ingen af de bydende således være i stand til at demonstrere de fornødne tekniske kompetencer til at udføre opgaven.

...”

I regionens e-mail af 1. september 2017 til MR Motech hedder det:

”...

Jeg kan i øvrigt oplyse, at vi arbejder på udbudsmaterialet til et genudbud af elevatorentreprisen. Vi har endnu ikke lagt os fast på, hvilke kriterier der skal opstilles for tilbudsgivernes tekniske og faglige kapacitet, men der vil ved fastlæggelsen af kriterierne naturligvis blive taget højde for, hvad markedet kan honorere.

...”

I udbudsbekendtgørelsen af 3. november 2017, hvorved delkontrakten blev udbudt på ny, er kravene til tilbudsgivernes tekniske og faglige kapacitet formuleret således:

”III.1.3) Teknisk og faglig kapacitet

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

A. Indenfor de sidste 5 år, referencer for levering og projektering af elevatoranlæg med 6 eller flere stop til sygehuse/hospitaler, hoteller, konferencecentre.

b. Reference vedrørende etablering og projektering af elevatoranlæg med gruppestyring og med integration af særkald inden for de seneste 5 år.

c. Reference vedrørende etablering og projektering af elevatoranlæg med kommunikation med andre transportanlæg inden for de seneste 5 år.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Ad a. Der skal dokumenteres referencer på mindst 3 projekter.

ad b. Der skal dokumenteres reference på mindst 1 projekt.

ad c. Der skal dokumenteres reference på mindst 1 projekt.”

Parternes anbringender

MR Motech har navnlig gjort gældende, at regionen har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at annullere udbuddet af delaftalen med den anførte begrundelse. Begrundelsen var ikke korrekt, og det var ikke uklart, hvad mindstekravet gik ud på. Annullationen af udbuddet var på den baggrund usaglig og skal derfor annulleres.

MR Motech har nærmere anført, at annullation af et udbud efter praksis kræver en saglig begrundelse, selvom der er vide rammer for adgangen til annullation. Annullation må således i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ikke bruges til at undgå en bestemt tilbudsgiver.

Regionen har ikke begrundet annullation sagligt, men har anført, dels at der er usikkerhed om rækkevidden af mindstekravet ”Tilbudsgiver skal inden for de seneste 5 år have gennemført én entreprise indeholdende lignende arbejder som defineret i den pågældende delkontrakt”, dels at MR Motech ikke opfyldte kravet.

Der er imidlertid ikke usikkerhed om mindstekravets indhold. Af formuleringen fremgår således klart, at der ved ”lignende arbejder” skal forstås arbejder ”som defineret i den pågældende delkontrakt”. Hvis regionen havde skrevet, at tilbudsgiverne alene skulle demonstrere at have udført ”lignende arbejder” uden yderligere henvisning til udbudsmaterialet, ville mindstekravet muligvis have været for uklart formuleret. Ved ”lignende arbejder som defineret i den pågældende delkontrakt” må forstås regionens tekniske specifikationer og krav til udførelse af elevatorarbejder. Antallet af elevatorer må være uden betydning. Mindstekravet må således antages at være opfyldt, hvis en tilbudsgiver inden for de seneste 5 år har gennemført 1 entreprise med levering af blot 1 elevator med de samme tekniske egenskaber som beskrevet i udbudsmaterialet. Ved fortolkningen og anvendelsen af mindstekravet er det i øvrigt relevant, at der er tale om fagentreprise omfattende 52 enkeltstående leverancer af forskellige typer af elevatorer, herunder personelevatorer, brandmandselevatorer, akut/traume elevatorer, senge-elevatorer, AGV-elevatorer, sengecentral-elevatorer og vareelevatorer og således ikke om totalentreprise eller levering af 1 stor elevator.

MR Motech opfylder i øvrigt både de stillede krav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen, herunder kravet om at have haft en positiv egenkapital de seneste 2 regnskabsår, og med en række relevante referencer også kravene til teknisk og faglig kapacitet. Regionens begrundelse er på papiret alene relateret til virksomhedens tekniske kompetencer, men må i realiteten antages at angå dens evne til at løfte opgaven. Hvis det var regionens opfattelse, at MR Motechs erfaring muligvis var begrænset, burde regionen have foretaget teknisk afklaring, hvilket ikke skete. I den uddybende begrundelse for annullationen, som MR Motech modtog den 2. august 2017, anførte regionen, at MR Motech ikke havde demonstreret de fornødne tekniske kompetencer til at udføre opgaven, idet virksomhedens referenceliste udelukkende omfattede 2 referencer på mere end 10 elevatorer, hvoraf den største var på 13 elevatorer, mens den udbudte elevatorentreprise omfattede 52 elevatorer. Regionen har dog ikke under det nye udbud fastsat mindstekrav om, hvor mange elevatorer hvert enkelt referencepro-

jekt skal indeholde. Derfor må det formodes, at antallet af elevatorer i hver reference ikke er afgørende for regionen og heller ikke var det ved annullationen.

Annulationen af udbuddet er på den baggrund ikke saglig og skal annulleres, jf. klagenævnets kendelse af 16. februar 2011, Dansk Glas A/S mod Christians Sogns Menighedsråd.

Regionen har gjort gældende, at regionen ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet ved at annullere udbuddet med den anførte begrundelse. Begrundelsen var korrekt, og det var således uklart, hvad mindstekravet gik ud på. Annulationen af udbuddet var derfor ikke usaglig, og der er ikke grundlag for at tilsidesætte den.

Regionen har nærmere anført, at ordregivende myndigheder efter fast praksis ikke har kontraheringspligt og derfor som det klare udgangspunkt er berettiget til at annullere et udbud, jf. Domstolens afgørelse i kendelsen C-244/02 af 16. oktober 2003, Kauppatalo Hansen Oy mod Imatran Kaupunki, præmis 29. De krav, der stilles til en annullationsbeslutning, er alene undergivet fællesskabsrettens grundlæggende principper, navnlig principperne om etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser. Tilsvarende er fastslået af Højesteret ved dom af 18. august 2011 (UfR 2011.3129H) og i praksis fra Klagenævnet for Udbud, jf. klagenævnets kendelse af 16. august 2012, Phonak Danmark A/S mod Kommunernes Landsforening. Ordregivende myndigheder har således en meget vidtgående adgang til at annullere igangværende udbud. Annulation af et udbud er alene afskåret, hvis den forfølger et åbenbart usagligt formål.

Et mindstekrav med en formulering svarende til kravet i udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.3 blev ved klagenævnets kendelse af 26. september 2017, G4S Security Services A/S mod Region Hovedstaden Psykiatri, vurderet at være skønspræget formuleret, og regionen havde derfor ikke pligt til at afvise de pågældende virksomheder, som havde ansøgt om at deltage i udbuddet.

Det forhold, at mindstekravet ikke blot indeholder krav om ”lignende arbejder”, men derimod ”lignende arbejder, som defineret i den pågældende delkontrakt”, opfylder ikke kravet om klarhed. Formuleringen har således ale-

ne karakter af en henvisning til, at der skal være tale om arbejder, der svarer til arbejderne omfattet af den konkrete delkontrakt.

Hvis MR Motechs forståelse af mindstekravet lægges til grund, hvorefter mindstekravet er opfyldt, hvis en tilbudsgiver inden for de seneste 5 år kan demonstrere at have gennemført 1 entreprise med levering af blot 1 elevator med de samme tekniske egenskaber som beskrevet i udbudsmaterialet, ville mindstekravet være uegnet til at sikre regionens interesser. En sådan forståelse af mindstekravet ville således i sig selv være en saglig grund til at annullere udbuddet.

Det er korrekt, at udbuddet blev annulleret med en todelt begrundelse. Annullationen var således foranlediget af, at MR Motechs referencer ikke dokumenterede, at virksomheden havde tilstrækkelig erfaring med udførelse af lignende elevatorentrepriser, hvorfor det blev relevant at vurdere, hvorvidt regionen var berettiget og/eller forpligtet til at afvise virksomhedens tilbud. Da det blev vurderet, at mindstekravet var skønspræget formuleret, besluttede regionen at annullere udbuddet. En annulation med det formål at præcisere et uklart mindstekrav til tilbudsgivernes tekniske og faglige formlaan er ikke usagligt, men lovligt.

Der er herefter ikke grundlag for at tage påstand 1 til følge og dermed heller ikke for annulation efter påstand 2.

Klagenævnet udtaler:

Ved annulation af et udbud er den ordregivende myndighed alene forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende bestemmelser i almindelighed og forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed. Når bortses herfra, er der efter de udbudsretlige regler ingen kontraheringspligt. Ingen tilbudsgiver kan således have en ”berettiget forventning” om at få tildelt kontrakt, jf. klagenævnets kendelse af 25. september 2017, Tømmer- og Snedkermester Børge Nielsen m.fl. mod Hillerød Kommune, den deri anførte EU-retspraksis og Højesterets dom af 18. august 2011 (UfR 2011.3129H).

Mindstekravet om, at virksomhederne ”inden for de sidste 5 år [skal] have gennemført én entreprise indeholdende arbejder som defineret i den pågældende delkontrakt” var fastsat som et fælles krav, der gjaldt for alle delaf-

ler. Når mindstekravets formulering sammenholdes med karakteren og omfanget af leverancerne i den pågældende delaftale, og når henses til, at der var tale om et væsentligt krav til virksomhederne, må mindstekravet som også anført af regionen anses for vagt og upræcist og dermed uegnet. Den del af begrundelsen for annullationen, der angik, at mindstekravet var upræcist, kunne herefter i sig selv bære annullationen af udbuddet af delkontrakten.

Region Nordjylland har herefter ikke handlet i strid med traktatens grundlæggende bestemmelser eller i øvrigt usagligt ved at annullere udbuddet af delaftalen som sket.

Klagen tages derfor ikke til følge.

Det, som MR Motech ApS i øvrigt har anført, kan ikke føre til et andet resultat.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

MR Motech ApS skal i sagsomkostninger til Region Nordjylland betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig