

K E N D E L S E

Ecolog Deutschland GmbH
(selv)

mod

Københavns Kommune
(advokat Sidsel Marcussen og advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 127-337979 af 30. juni 2021 udbød Københavns Kommune som offentligt udbud efter udbudslovens afsnit III (light-regimet) en 3-årig rammeaftale vedrørende covid-19-testning af personale og elever fra 12-årsalderen i Børne- og Ungdomsforvaltningens institutioner.

Københavns Kommune modtog tilbud fra fire tilbudsgivere: Valida Health ApS, Falck Danmark A/S, Copenhagen Contractors A/S og Ecolog Deutschland GmbH (herefter Ecolog).

Den 18. august 2021 meddelte Københavns Kommune til Ecolog, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten til Copenhagen Contractors A/S. Københavns Kommune oplyste samtidig, at Ecologs tilbud var ukonditions-mæssigt som følge af manglende overholdelse af mindstekrav til teknisk og faglig formåen.

Den 27. august 2021 indgav Ecolog klage til Klagenævnet for Udbud over Københavns Kommune og anmodede samtidig om, at klagen i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle tillægges opsættende virkning. Den 24. september 2021 besluttede klagenævnet, at klagen ikke skulle tillægges opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

Ecolog har nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet skal konstatere, at Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise Ecologs tilbud som ikke-konditionsmæssigt.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen af 30. juni 2021 fremgår bl.a.:

”Del II: Genstand

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Leverandøren skal stå for udførelse af test for Covid-19 af både kommunens personale og elever fra 12 år og opefter, i Børne og Ungdomsforvaltningen. Personale som er omfattet af aftalen, er folkeskoler, 10. klasse centre, samt "andre særlige tilbud" og specialskoler beliggende i Københavns Kommune. Ordregiver stiller testfacilitet/lokaler til rådighed til leverandørens podepersonale. Det estimeres at leverandøren skal foretage op til 15.000 podninger om ugen, fordelt på 85 lokationer. Ordregiver vil dog fremhæve at vi på nuværende tidspunkt ikke kender til det konkrete behov, da det afhænger af eksterne faktorer herunder, men ikke begrænset til, vaccinationsprogrammets progression, vaccinationsprogrammets udvidelse af målgruppen til børn og hjemlen og den afledte pligt til at drive tilbuddet for podning af personale og børn. Derfor kan det vise sig at løsningen drives i et varierende omfang alt efter disse omstændigheder.

Ordregiver gør tilbudsgiverne opmærksomme på at såfremt hjemmel til at pode målgruppen ophører, eller på anden måde ikke forlænges i aftaleperioden, vil ordregiver opsiges samarbejdet. Det samme gør sig gældende for udbudsforretningen, at så-

fremt ordregiver ingen hjemmel har til at drive tilbuddet, annulleres udbuddet. Kontrakten vil løbe 3 år, uden mulighed for forlængelse.

...

Del III: Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger

...

III.1.4) Objektive regler og kriterier for deltagelse

Liste over og kort beskrivelse af regler og kriterier:

Tilbudsgiver skal opfylde følgende minimumskrav for økonomisk, teknisk og faglig formåen.

1) Gennemsnitlige årsomsætning for omsætning i de 2 seneste disponible regnskabsår eller tilbudsgivers omsætning i det seneste disponible regnskabsår skal udgøre minimum 20 mio. DKK (ekskl. moms).

2) Finansielle nøgletal: Soliditetsgrad på mindst 15 % i det seneste disponible regnskabsår.

3) Referencer: Tilbudsgiver skal have præsteret mindst 1 referencer af varer eller tjenesteydelser [..], der er udført inden for de seneste 2 år, og som har lighed med kontraktens genstand. Med lighed menes at tilbudsgiver skal have driftet minimum 40 lokationer, med minimum 15 000 ugentlige podninger gennemsnitligt over perioden.

...

Del IV: Procedure

...

IV.2.4) Sprog, der må benyttes ved afgivelse af tilbud eller ansøgninger om deltagelse:

Dansk”

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 2, 4.3 og 4.5.1, at Københavns Kommune havde valgt at anvende udbudssystemet Merzell Sourcing Service til gennemførelsen af udbudsprocessen, at det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD’et) skulle udfyldes i Merzell i forbindelse med tilbudsafgivelsen, og at der var mulighed for sende tekniske spørgsmål til Merzell og spørgsmål til Københavns Kommune vedrørende udbudsmaterialet til en nærmere angivet mail-adresse.

Af udbudsbetingelserne fremgår endvidere bl.a.:

”4.6 Sprog

Kommunikation og tilbud skal være på dansk.

Eventuelle bilag omfattende tekniske specifikationer, egnethedsdokumentation eller brochuremateriale må dog gerne være formuleret på engelsk, svensk og norsk.

...

5 Afgivelse af tilbud

...

5.1.1 Foreløbigt bevis angående udelukkelse og egnethed

Tilbudsgiver skal elektronisk udfylde det fælles europæiske udbudsdocument i Merccell, hvori tilbudsgiver skal oplyse om:

...

- Teknisk og faglig formåen, jf. pkt. 6.2.2

...

6.2 Tilbudsgiver[s] egnethed

6.2.2 Egnethed i forhold til teknisk og faglig formåen

Tilbudsgiver skal opfylde følgende minimumskrav for at være teknisk og fagligt egnet til at opfylde kontrakten:

- Tilbudsgiver skal have præsteret mindst 1 referencer af varer eller tjenesteydelser der, der er udført inden for de seneste 2 år, og som har lighed med kontraktens genstand. Med lighed menes at tilbudsgiver skal have driftet minimum 40 lokationer, med minimum 15.000 ugentlige podninger gennemsnitligt over perioden.

...

7.2 Dokumentation angående udelukkelse og egnethed

Før Ordregivers underretning om tildeling af kontrakt ... skal den tilbudsgiver, som Ordregiver har til hensigt at tildele kontrakten til, fremlægge dokumentation for, at der ikke er grundlag for udelukkelse, og for at minimumskravene til egnethed er opfyldt.

Det er således ikke et krav, at dokumentationen vedlægges tilbuddet, men dette kan dog gøres for at fremme udbudsprocessen, eksempelvis hvis tilbudsgiver allerede besidder dokumentationen.

Ordregiver vil udelukke tilbudsgiveren, såfremt denne ikke opfylder minimumskravene til egnethed og fremlægger den ønskede dokumentation.

...

7.2.3 Teknisk og faglig formåen

Tilbudsgiver skal dokumentere sin tekniske og faglige formåen ved [...] at udfylde ESPD'ens DEL IV, afsnit C: teknisk og faglig formåen.”

Af ESPD'et, som var udfyldt af Ecolog i forbindelse med tilbudsafgivelsen, fremgår bl.a.:

”

Technical and professional ability	
For service contracts: performance of services of the specified type	
For public service contracts only: During the reference period, the economic operator has provided the following main services of the type specified. Contracting authorities may require up to three years and allow experience dating from more than three years.	
Buyer comment	
<i>Tilbudsgiver skal have præsteret mindst 1 referencer af varer eller tjenesteydelser [...], der er udført inden for de seneste 2 år, og som har lighed med kontraktens genstand. Med lighed menes at tilbudsgiver skal have driftet minimum 40 lokationer, med minimum 15.000 ugentlige podninger gennemsnitligt over perioden.</i>	
Description	Ecolog har udført COVID-19 test siden pandemiens begyndelse i Europa. Ecolog har – bl.a. ved hjælp af vores Eco-Care digitale platform, udført PCR-test i en lang række lande, der omfatter Luxemburg, Tyskland, Belgien, Holland, Kosovo og Storbritannien. Vores erfaring med test, gør det muligt for os at garantere at vi vil kunne imødekomme vores kunders forventninger, og nå de opstillede mål, på en effektiv og driftssikker måde. Siden det første projekt, har Ecolog udført over 440.000 PCR-test om ugen i alle vores projekter.
Amount	1,872,575,377.30 NOK
Start date	5/24/2020
End date	12/31/2021
Recipients	1.Reunis laboratorier 2. Bayerns statskontor for sundhed og fødevarer sikkerhed (LGL) 3. EUROFINS 4. Ansbach bystyre – Tyskland 5. Augsburg bystyre – Tyskland 6. Nürnberg bystyre – Tyskland 7. Neustadt og Weiden bystyre – Tyskland 8. Bruhl universitet i Bonn 9. Indenrigsministeriets indkøbsafdeling – Tyskland 10. Distriktskontoret i Landshut 11. Senat afdelingens sundhedspleje 12. Bruxelles lufthavn 13. Bruxelles Airlines 14. EU-parlamentet, Bruxelles 15. NSPA – Nato's indkøbsagentur 16. Eindhoven lufthavn 17. Storbritanniens kontor for sundhed- og social omsorg (DHSC)
Is this information available at no cost to the authorities from an EU Member State database?	No

”

Parternes anbringender

Ecolog har gjort gældende bl.a., at virksomhedens tilbud var konditionsmæssigt. I tilbuddet er de ønskede bilag udfyldt som påkrævet, og der er som supplement hertil fremsendt en kort præsentation af virksomheden. Der er i den forbindelse bl.a. sket udfyldelse af ESPD'et, hvor teknisk og faglig formåen skal dokumenteres, og hvoraf det fremgår, at der skal udfyldes rubrikker med overskriften "description" samt "recipients". Direkte oversat er "recipients" det samme som modtagere, hvorfor Ecolog ved udfyldelsen har anført 17 modtagere af deres ydelser – kontraktpartnere – og ikke adresser på konkrete teststationer, som er drevet af Ecolog.

Ecolog har endvidere under "description" anført, at virksomheden har udført COVID-19-test siden pandemiens begyndelse i Europa, herunder i Luxembourg, Tyskland, Belgien, Holland, Kosovo og Storbritannien, at virksomheden har udført over 440.000 PCR-test om ugen i alle sine projekter, at virksomhedens erfaring med test gør det muligt at garantere, at alle ordregivers forventninger vil kunne imødekommes, og at de opstillede mål vil kunne nås på en effektiv og driftssikker måde.

Med beskrivelsen er det dokumenteret, at de anførte krav til teknisk og faglig formåen kan opfyldes af Ecolog, idet virksomheden har garanteret, at kundens forventninger og de opstillede mål kan imødekommes. Københavns Kommune burde desuden have overvejet, at der var tale om en misforståelse, hvis de over 440.000 test om ugen kun var udført på 17 adresser, og en enkelt forespørgsel til Ecolog kunne have rettet denne misforståelse. Ecolog udelukkes således som tilbudsgiver på grund af en sproglig misforståelse, som Københavns Kommune ikke har sikret sig imod.

Udbudsmaterialet har endvidere været utilstrækkeligt i forhold til sproglige krav, idet det fremgår af udbudsbetingelserne, at kommunikation og tilbud skal være på dansk, hvilket ikke er tilfældet i ESPD'ets del IV, afsnit C. Københavns Kommune burde derfor have overvejet, om der kunne ske en fejltagtig udfyldelse, når det ikke var præciseret, at de 40 lokationer skulle dokumenteres med adresser i rubrikken med overskriften "recipients".

Det fremsendte tilbud og tilhørende ESPD er udfyldt og indsendt på baggrund af en tro- og loveerklæring om, at de anførte oplysninger er korrekte, og at tilbudsgiver vil kunne imødekomme Københavns Kommunes krav.

I Udbudsbetingelsernes afsnit 7.2 om ”Dokumentation angående udelukkelse og egnethed” anfører Københavns Kommune, at kommunen efter udvælgelse af det mest fordelagtige tilbud vil bede den relevante tilbudsgiver om dokumentation for, at der ikke er grundlag for udelukkelse, og for at minimumskravet til egnethed er opfyldt. Der er derfor ikke sket en korrekt behandling af det, som Ecolog har indsendt, herunder ESPD’et og den supplerende information om virksomhedens formåen, inden udelukkelsen er sket.

Københavns Kommune har gjort gældende bl.a., at det fremgår utvetydigt af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiver i ESPD’et skulle afgive oplysninger vedrørende opfyldelsen af mindstekravet til teknisk og faglig formåen. Tilbudsgivers beskrivelse af referencerne i ESPD’et udgjorde den endelige dokumentation, jf. udbudsbetingelserne afsnit 7.2.3, og det var derfor nødvendigt, at beskrivelsen i ESPD’et entydigt satte Københavns Kommune i stand til at kunne vurdere, om mindstekravet til teknisk og faglig formåen var opfyldt.

Ecolog har i sit ESPD oplistet 17 modtagere og et samlet ugentligt antal podninger, men har ikke oplyst, hvor mange lokationer de enkelte referencer omfatter. Ecolog har altså ikke i ESPD’et forholdt sig til udbudsgrundlagets mindstekrav om drift af minimum 40 lokationer. Oplysningerne fremgår heller ikke af andre dele af Ecologs tilbud.

Ecolog har anerkendt, at formuleringen i ESPD’et kunne bibringe Københavns Kommune den forståelse, at mindstekravet til teknisk og faglig formåen ikke var opfyldt af virksomheden.

Det er Ecologs indstillinger i Merccell, som dikterer, hvilket sprog ESPD’et åbnes på. Dertil kommer, at det alene er ESPD’ets standardtekst, der oversættes til engelsk, når dokumentet åbnes i engelsk version. Formuleringen af Københavns Kommunes mindstekrav var derimod – uanset tilbudsgivers valg af sprogversion – formuleret på dansk.

Heller ikke ordlyden af den engelske version af ESPD’et, herunder brugen af ordet ”recipients” kan forklare, hvorfor Ecolog ikke i ESPD’et i beskrivelsen af referencerne har forholdt sig til udbudsgrundlagets mindstekrav til teknisk og faglig formåen.

Københavns Kommune kan alene vurdere Ecologs egnethed som tilbudsgiver på baggrund af de oplysninger, som Ecolog har indsendt i forbindelse med tilbuddet.

Det følger desuden af klagenævnets faste praksis, at det er tilbudsgiveren, der bærer risikoen for eventuelle mangler og uklarheder i sit tilbud, ligesom en ordregiver aldrig er forpligtet til at stille afklarende spørgsmål til tilbuddet. Københavns Kommune kunne på baggrund af det udfyldte ESPD ikke konstatere, at mindstekravet til teknisk og faglig formåen var opfyldt, og kommunen var derfor berettiget til at afvise Ecologs tilbud.

Klagenævnet udtaler:

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiver via udbudssystemet Mer-cell Sourcing Service skulle udfylde ESPD'et og herunder oplyse om teknisk og faglig formåen, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 5.1.1, samt at tilbudsgiver som et minimumskrav vedrørende teknisk og faglig formåen skulle præsentere 1 reference udført inden for de seneste 2 år, hvor der var driftet minimum 40 lokationer med minimum 15.000 ugentlige podninger gennemsnitligt over perioden, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 6.2.2.

Ecolog har i ESPD'et under punktet, som omhandler teknisk og faglig formåen, anført, at virksomheden har udført PCR-test i en lang række lande med over 440.000 test om ugen i alle projekterne og har endvidere oplistet 17 konkrete myndigheder mv. som "recipients". Det fremgår imidlertid ikke af ESPD'et, at Ecolog opfyldte mindstekravet om drift af minimum 40 lokationer.

Klagenævnet finder, at det ud fra indholdet af udbudsmaterialet har været tydeligt for en rimelig oplyst og påpasselig tilbudsgiver, at der som led i udfyldelsen af ESPD'et skulle gives oplysninger til ordregiver om de fastsatte mindstekrav vedrørende teknisk og faglig formåen, herunder om tidligere drift af minimum 40 lokationer. Da disse oplysninger ikke er givet, var Københavns Kommune som udgangspunkt berettiget til at afvise Ecologs tilbud som ukonditionsmæssigt.

Spørgsmålet er herefter, om Københavns Kommune var forpligtet til at give Ecolog mulighed for at korrigere tilbuddet, således at det herefter kunne tages i betragtning.

Ecolog har herom gjort gældende, at Københavns Kommune burde have overvejet, om der kunne ske en fejlagtig udfyldelse, og at kommunen kunne have rettet misforståelsen ved en enkelt henvendelse til virksomheden.

Klagenævnet bemærker, at det fremgår af udbudslovens § 159, stk. 5, at ordregiveren under overholdelse af principperne i § 2 kan anmode tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, som tilbudsgivere har indsendt i forbindelse med et tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter. Anmodningen må ikke føre til, at tilbudsgiveren fremsætter et nyt tilbud.

Ordregiveren skal dog uanset stk. 5 afvise et tilbud, såfremt det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at tilbuddet afvises, og det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel, jf. udbudslovens § 159, stk. 6.

Som det fremgår af de nævnte bestemmelser i udbudsloven, der udgør en kodificering af EU-Domstolens afgørelse i C-336/12, Manova A/S, er ordregiveren i en situation som den foreliggende, hvor det krav, der ikke er opfyldt, er fastsat som et mindstekrav, hverken forpligtet eller berettiget til at anmode tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre sit tilbud.

Københavns Kommune har således ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtig i udbudslovens § 2 ved at afvise Ecologs tilbud som ikke-konditionsmæssigt. Ecologs påstand kan derfor ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Ecolog Deutschland GmbH skal i sagsomkostninger til Københavns Kommune betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jesper Jarnit

Genpartens retlighed bekræftes.

Katrine Kirkegaard Gade
Overassistent