



Andreas Christensen
Advokat



Christian Bennetzen
Advokatfuldmægtig

EGNET

IKKE EGNET

Øget fokus på ordregivers generelle egnethedsvurdering ved offentlige udbudsforretninger

I såvel begrænsede udbud som i offentlige udbud, har ordregiver mulighed for at foretage en vurdering af tilbudsgiveres egnethed til at varetage en udbudt opgave. Denne mulighed har hidtil ikke givet anledning til mange klagesager ved Klagenævnet for Udbud. Dette skyldes formentlig, at man almindeligvis har tillagt ordregivere et vidt skøn med hensyn til, hvem man anser som egnede til at indgå kontrakt med. Gennem den seneste tid har der dog været flere sager ved Klagenævnet, hvor ordregiver har afvist tilbudsgivere på baggrund af mere eller mindre skønmæssige vurderinger, og hvor der efterfølgende er blevet klaget.

Muligheden for at foretage en generel egnethedsvurdering

Offentlige ordregivere er utvivlsomt berettigede til at foretage en vurdering af, om tilbudsgivere er egnede til at varetage den udbudte opgave, inden de foretager den konkrete evaluering af tilbuddene. Dette er fastslået i udbudsdirektivets artikel 44, stk. 1, hvoraf det fremgår, at en sådan egnethedsundersøgelse skal udføres i overensstemmelse med kriterierne om økonomisk, finansiel, faglig og teknisk formåen som omhandlet i

artikel 47-52. Ordregiver kan således benytte denne egnethedsvurdering til at frasortere tilbudsgivere, som ikke kan antages at være i stand til at løfte opgaven. I forbindelse med denne vurdering kan ordregiver vælge at fastsætte visse saglige og objektive mindstekrav, som tilbudsgiverne skal opfylde for at være egnede, eksempelvis et mindstekrav om egenkapital på minimum 5 mio. kr. eller krav om referencer for minimum tre tilsvarende opgaver. Der er dog ingen pligt til at fastsætte sådanne specifikke mindstekrav.

Det har længe været et åbent spørgsmål, om offentlige ordregivere uafhængigt af fastsatte mindstekrav har mulighed for at foretage en generel egnethedsvurdering af tilbudsgivere på baggrund af den dokumentation, der fremsendes. Den generelle egnethedsvurdering skulle i givet fald være ordregivers redningsplanke i forhold til at frasortere virksomheder, der på baggrund af den fremsendte dokumentation utvivlsomt ikke vurderes egnede til at løfte den udbudte opgave. Eksempelvis som følge af en skrantende økonomi, eller fordi den

fremlagte dokumentation ikke giver ordregiver vished for, at virksomheden besidder alle de tekniske kompetencer, der skal til for at kunne udføre eller levere den udbudte ydelse.

Klagenævnets seneste praksis giver et værdifuldt, om end ikke helt klart billede af offentlige ordregivers mulighed for at foretage en sådan generel egnethedsvurdering uafhængig af fastsatte mindstekrav.

Tensid Danmark mod Aarhus Kommune

I Klagenævnets kendelse af 1. februar 2012 nåede Klagenævnet frem til, at det var i overensstemmelse med udbudsreglerne, at ordregiver havde afslået at prækvalificere en virksomhed efter at have foretaget en generel egnethedsvurdering af denne. Der var tale om et begrænset udbud af en rammeaftale vedrørende fjernelse af graffiti, hvor ordregiver vurderede, at en virksomhed ikke havde den fornødne økonomiske kapacitet til at løse den udbudte opgave. Dette skyldtes, at det fremgik af en revisorpåtegning og ledelsesberetning i virksomhedens årsregnskab, at en udvidelse af firmaets kreditter var nødvendigt for fortsat drift. På trods af, at der ikke var fastsat nogle specifikke mindstekrav til ansøgenes økonomi, fandt ordregiver ikke at kunne imødekomme den ellers konditionsmæssige ansøgning, da ansøgers økonomiske forhold var for usikre.

Klagenævnet konkluderede, at udbudsdirektivets artikel 44, stk. 2, kun fastslår en ret – ikke en pligt – til at opstille mindstekrav. Derfor er ordregiver ikke forhindret i at foretage en mere generel og skønmæssig egnethedsvurdering af ansøgerne om prækvalifikation efter artikel 44, stk. 1.

SOS International A/S mod Region Midtjylland

I Klagenævnets kendelse af 5. juli 2013 havde Region Midtjylland udbudt et projekt med etablering og drift af en landsdækkende akutlægehelikopterordning. Én ansøger, SOS International, blev ikke prækvalificeret med den begrundelse, at virksomheden efter regionens opfattelse måtte betragtes som "teknisk uegnet" til at varetage opgaven.

Dette begrundede Regionen med, at SOS International havde angivet, at den operationelle del af kontrakten skulle udføres af en endnu ikke udpeget underleverandør. Af udbudsmaterialet fremgik det, at hvis ansøgerne ønskede, at der skulle lægges vægt på underleverandørers tekniske eller økonomiske kapacitet ved prækvalifikationsvurderingen, skulle der vedlægges dokumentation herfor. Det fremgik dog også, at manglende vedlæggelse af disse oplysninger vedrørende underleverandører ikke ville føre til, at ansøgningen blev anset for ukonditionsmæssig.

Regionen havde fastsat nogle mindstekrav til økonomiske og tekniske evner, herunder at ansøgerne skulle fremlægge minimum én reference på drift af helikopterberedskab inden for patienttransport. SOS International havde opfyldt de opstillede mindstekrav, men Regionen var af den opfattelse, at disse mindstekrav ikke udtømmende bestemte, hvad Regionen kunne lægge vægt på ved egnethedsvurderingen. Under henvisning til formuleringen i udbudsmaterialet om, at "tilbudsgiverne vil blive udpeget blandt de ansøgere, der utvivlsomt har en tilstrækkelig økonomisk samt teknisk kapacitet til at kunne udføre den udbudte ydelse", mente Regionen således, at man var berettiget til at lægge vægt på, at SOS International ikke havde anført en underleverandør med flyoperationelle kompetencer, og at SOS International derfor ikke var egned til at udføre kontrakten fremadrettet.

I kendelsen af 5. juli 2013 slår Klagenævnet indledningsvist fast, at ordregiver har et overordentligt vidt skøn, når betingelserne for egnetheden skal fastsættes. Formuleringen om, at tilbudsgivere utvivlsomt skulle have tilstrækkelig økonomisk samt teknisk kapacitet, var dog ikke udtryk for et mindstekrav til egnethed. Ansøgere måtte derfor gå ud fra, at de prækvalificerede ville blive udpeget blandt de virksomheder, der opfyldte mindstekravene, og ordregiver kunne derfor ikke foretage en mere generel vurdering af de ansøgere, som opfyldte de opstillede mindstekrav eller inddrage "nye mindstekrav".

Klagenævnets konklusion var således, at det var i strid med udbudsreglerne, at Region Midtjylland havde afvist SOS Internationals

anmodning om prækvalifikation på baggrund af en generel egnethedsvurdering.

Hvad så nu?

Efter kendelserne i Tensid Danmark og SOS International kan det være fristende at antage, at så længe ordregiver ikke fastsætter nogle mindstekrav, så er man som ordregiver frit stillet til at foretage en generel egnethedsvurdering ud fra de oplysninger, man har krævet i udbudsmaterialet. Præmisserne i kendelsen af 5. juli 2013 taler således for, at fastsættelsen af specifikke mindstekrav begrænser ordregivers mulighed for at foretage en generel egnethedsvurdering.

Det forekommer ikke overbevisende, at en ordregiver skulle være afskåret fra at foretage en generel egnethedsvurdering af tilbudsgivere, blot fordi der er fastsat enkelte konkrete mindstekrav til den økonomiske eller tekniske kapacitet. Særligt ikke hvis muligheden for at afvise virksomheder på baggrund af en generel egnethedsvurdering begrænses til situationer, hvor det er helt åbenbart, at en virksomhed ikke har kapaciteten til at løfte den udbudte opgave. I lyset af Klagenævnets praksis bør man dog afstå fra at foretage en sådan generel egnethedsvurdering, når der er fastsat specifikke mindstekrav.

Ordregivere bør fremadrettet være særligt opmærksomme på, hvilke dokumentationskrav og mindstekrav, der fastsættes i udbudsbekendtgørelse og udbudsbetingelserne. Der bør i lyset af seneste praksis være fokus på, om de fastsatte dokumentationskrav følges op af relevante og proportionale mindstekrav, der sikrer, at der kan ske en frasortering af virksomheder, der ikke har den tilstrækkelige kapacitet til at løfte den udbudte opgave.

Der skal gøres opmærksom på, at Klagenævnet har afsagt en kendelse den 10. september 2013, som også i en vis udstrækning vedrører den generelle egnethedsvurdering, dog i forbindelse med et annonceringsudbud efter tilbudslovens afsnit II.

Har du spørgsmål til artiklen, er du velkommen til at kontakte advokat Andreas Christensen, ac@horten.dk eller advokatfuldmægtig Christian Bennetzen, ctb@horten.dk.