

## Muligheden for at supplere tilbud

### -C-387/14, Esaprojekt

#### Indledning

EU-Domstolen har ved dom afsagt den 4. maj 2017 i sag C-387/14, Esaprojekt, taget stilling til og præciseret en række forhold, der vedrører udvælgelses- og tildelingsfaserne i en udbudsproces, primært mulighederne for at påberåbe sig tredjemands kompetencer og mulighederne for at supplere udvælgelsesmaterialet eller tilbuddet.

#### Sagen

Sagen baserede sig på et udbud vedrørende ”modernisering af de eksisterende og indførelse af nye informationssystemer på sygehuse inden for det regionale medicinske informationssystem (RMI)” i en provins i Polen.

Kontrakten var opdelt i delkontrakter, og sagen vedrørte delkontrakt 3 omhandlende et integreret sygehussystem til administration af det administrative (grå) og det medicinske (hvide) område på et provinssygehus. Interesserede virksomheder blev bedt om at godtgøre deres erfaring ved bl.a. at bevise at have udført mindst to kontrakter, som hver omhandlede levering, installation, konfiguration og indførelse af et integreret sygehussystem inden for det hvide og det grå område på et sygehus med mindst 200 sengepladser til en værdi af mindst 450 000 polske zloty.

For at godtgøre dette skulle hver økonomisk aktør bl.a. fremlægge en liste over de væsentligste leveringer på området.

Tilbudsgiveren Konsultant Komputer (herefter KK) angav på en liste en henvisning til to integrerede sygehussystemer, som var gennemført af et konsortium med KK som den ene partner. KK blev i første omgang tildelt kontrakten, men en anden deltager i udbuddet, Esaprojekt, indledte et søgsmål under henvisning til, at KKs tilbud var støttet på urigtige oplysninger og ikke opfyldte betingelserne fastsat i udbudsmaterialet. Krajowa Izba Odwoławcza (appeldomstol i udbudsretlige sager) pålagde den ordregivende myndighed at annullere valget af KK for delkontrakt 3 og at anmode KK om at fremlægge præciseringer om de kontrakter, som denne havde omtalt i sit bud. Af disse præciseringer fremgik, at den ene af de kontrakter, der blev henvist til, ikke indeholdt det hvide område, og at den anden kontrakt ikke indeholdt det grå område. Hermed mente ordregiver, at KK ikke overholdt de krav, der var stillet, og i forlængelse heraf blev KK bedt om at supplere sine dokumenter for at sikre, at de efterspurgte krav blev opfyldt.

Domstolen var forelagt syv spørgsmål, men besvarede flere af dem samlet. Domstolen skulle først tage stilling til, hvorvidt det tidligere udbudsdirektivs art. 51 og de generelle principper medførte, at en

tilbudsgiver ikke "efter fristen for at afgive bud i et offentligt udbud med henblik på at godtgøre, at han opfylder alle betingelserne for at deltage i en offentlig udbudsprocedure, kan forelægge den ordregivende myndighed dokumenter, der ikke fremgik af hans oprindelige bud, såsom en kontrakt gennemført af tredjemand samt dennes tilsagn om at stille sin formåen og de ressourcer, der er nødvendige for at gennemføre den pågældende kontrakt, til rådighed for denne aktør." (præmis 34)

Domstolen henviste i den forbindelse til tidligere praksis i forhold til bl.a. forhandlingsforbuddet (se præmis 37), og muligheden for at rette fejl (se præmis 38) og påpegede efterfølgende, at KK konkret forelagde den ordregivende myndighed dokumenter, som ikke fremgik af virksomhedens oprindelige bud. Med henblik på en kvalificering af de dokumenter, der blev fremsendt, påpegede Domstolen, at sådanne præciseringer ikke udgjorde en præcisering i enkelttilfælde eller en berigtigelse af åbenlyse indholdsmæssige fejl, men udgjorde i virkeligheden *en indholdsmæssig og væsentlig ændring af et oprindelige bud, som snarere svarede til fremsættelsen af et nyt bud.* (præmis 42) Domstolen henviste til generaladvokatens forslag, hvori sidstnævnte anførte, at en sådan meddelelse (af oplysninger) direkte påvirker grundlæggende forhold i udbudsproceduren, "nemlig selve identiteten på den økonomiske aktør, der eventuelt vinder det pågældende offentlige udbud, samt kontrollen af denne aktørs formåen og således dennes egnethed til at gennemføre den pågældende kontrakt som omhandlet i artikel 44, stk. 1, i direktiv 2004/18." (præmis 43) Domstolen konkluderede herefter, at ordregiver, ved at tillade den økonomiske aktør at fremlægge de supplerende dokumenter, har givet denne aktør en uberettiget fordelagtig behandling i forhold til de øvrige tilbudsgivere, at principperne er overtrådt.

### **Påberåbelse af tredjemands kompetence**

Dernæst tog Domstolen stilling til tre spørgsmål, der alle vedrørte reglerne om virksomhedernes formåen og ligebehandlingsprincippet og fortolkningen af mulighederne for at påberåbe sig andre enheders formåen:

- Kan flere virksomheders kompetencer lægges sammen, hvis ordregiver finder, at en kontrakt er udelelig og skal gennemføres af én aktør?
- Kan en enkelt økonomisk aktør basere sig på erfaring opnået hos en gruppe af virksomheder, uafhængigt af arten af den økonomiske aktørs deltagelse i udførelsen af kontrakten?
- Kan en økonomisk aktør basere sig på sin erfaring på den måde, at den økonomiske aktør baserer sig på to eller flere kontrakter sammen som én kontrakt, selv om ordregiver hverken har givet denne mulighed i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne?

Ved det første af disse tre spørgsmål startede Domstolen med at henvise til C-324/14, Partner Apolski Dariusz, og den faste praksis, hvorefter en økonomisk aktør som udgangspunkt har mulighed for at anvende andre virksomheders formåen som basis for deres udførelse af kontrakten. Samtidig fremgår det af samme praksis at der kan være undtagelser hertil, og dette kan eksempelvis være i situationer, hvor kontrakten fremstår som udelelig og dermed skal gennemføres af én virksomhed. Domstolen konkluderede som en naturlig konsekvens heraf, at hvis kontrakten er udelelig og kun skal udføres af én person, kan tilbudsgiver ikke basere sig på flere virksomheders samlede kompetencer. (præmis 50-53)

I forhold til det andet af spørgsmålene fastslog Domstolen ikke overraskende, at "når en økonomisk aktør baserer sig på erfaringen hos en gruppe af virksomheder, som han har været en del af, skal denne erfaring således vurderes i forhold til denne aktørs konkrete deltagelse og dermed hans effektive bidrag til gennemførelsen af den virksomhed, som kræves af denne gruppe som led i en bestemt offentlig kontrakt." Denne tilgang skyldes, at en økonomisk aktør jo ikke reelt erhverver erfaring ved blot at være medlem af en gruppe af virksomheder og uafhængigt af sit bidrag til denne, men kun ved direkte at deltage i gennemførelsen af i hvert fald en del af den pågældende kontrakt. (præmis 62-63)

Endelig blev det tredje af disse spørgsmål besvaret med, at det er en mulighed at lægge erfaringer fra to eller flere kontrakter sammen til én, så længe det ikke er udelukket i hverken udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet, og så længe den forenede erfaring fra to eller flere kontrakter under hensyntagen til kontraktens art giver mulighed for at sikre, at kontrakten gennemføres korrekt. (se præmisserne 79-87)

### **Svigagtig**

Med det sidste spørgsmål ønskede den forelæggende ret oplyst, om art. 45 (om udelukkelse hvis den økonomiske aktør svigagtigt afgiver urigtige oplysninger) i det tidligere udbudsdirektiv skulle forstås således, at bestemmelsen skal fortolkes således, at den også kan anvendes, når disse oplysninger kan påvirke udbuddets resultat, uafhængigt af om denne økonomiske aktør har handlet forsætligt. (præmis 66) Domstolen udtalte i den forbindelse, at det er tilstrækkeligt for at der foreligger svigagtighed, at tilbudsgiver har udvist en *vis form for grad af uagtsomhed*, dvs. en uagtsomhed, der kan have afgørende indflydelse på beslutningerne om udelukkelse, udvælgelse eller tildeling af den offentlige kontrakt. (præmis 71) Dermed kunne ordregiver legitimt udelukke den pågældende tilbudsgiver på baggrund af de oplysninger, der var blevet afgivet.

### **Konklusion**

De forskellige resultater i dommen synes for flertallets vedkommende at være forholdsvis forudsigelige. Hvis der skal trækkes en interessant tendens ud af afgørelsen, må det siges at være, at Domstolen understreger den linje, at anvendelsen af tredjemandskompetencer skal ske ud fra de konkrete omstændigheder. Dommen er således udtryk for helt naturlige overvejelser og en styrkelse af grundsætningen om, at der skal være sammenhæng mellem de krav, der stilles, og den kontrakt, der skal indgås. Ordregiver skal således have en mulighed for at teste, at de kompetencer, der påberåbes, er et reelt udtryk for de kompetencer, der er til rådighed, ligesom tilbudsgiverne skal have mulighed for at få fuldt anerkendelse for de kompetencer, de rent faktisk besidder eller har til deres rådighed.

### **Dommen og de nye udbudsregler**

Dommen tog stilling til flere forskellige bestemmelser: reglerne om muligheden for at supplere tilbudsgivers afgivne dokumenter, tilbudsgivers mulighed for at påberåbe sig tredjemands kompetencer samt muligheden for at udelukke virksomheder, såfremt disse svigagtigt har afgivet urigtige oplysninger. Disse bestemmelser er i stort set identisk form videreført i det nye udbudsdirektiv og udbudsloven, dog

med enkelte nuanceforskelle. Dette betyder, at sagen også har værdi i forbindelse med fortolkningen af de nye regler.

Den største forskel på de tidligere og de nuværende regler ses i bestemmelserne om muligheden for at supplere ansøgningen mv: Med det nye udbudsdirektiv er der i art. 56, stk. 3 indført en bestemmelse der angiver rammerne for supplerende og præciserende informationer, samt muligheden for at rette i et indsendt tilbud. I forhold til den tidligere art. 51 er nuværende art. 56, stk. 3 mere udførlig men har et stort set identisk indhold. Domstolen lader formuleringen i art. 51 i kraftig grad støtte af ligebehandlingsprincippet, og dette samspil mellem ligebehandlingsprincippet og reglen om suppleringer må forventes at fortsætte også med de nye regler.

**// Michael Steinicke**