

K E N D E L S E

Urbaser A/S  
(advokat Michael Lund Nørgaard, København)

mod

Ringkøbing-Skjern Kommune  
(advokat Henrik Holtse, København)

Intervenient:  
Meldgaard Miljø A/S  
(advokat Sune Troels Poulsen, Kolding)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 015-031393 af 18. januar 2019, offentliggjort den 22. januar 2019, udbød Ringkøbing-Skjern Kommune som offentligt udbud en kontrakt om indsamling og transport af organisk affald og restaffald.

Den 14. marts 2019 indgav Urbaser A/S ("Urbaser") klage til Klagenævnet for Udbud over Ringkøbing-Skjern Kommune. Urbaser fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 12. april 2019 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om "fumus boni juris" ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Urbaser har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 152, stk. 2, jf. § 154, ved at stille krav om, at tilbudsgiveren i de seneste tre reviderede og godkendte regnskabsår har haft en omsætning på minimum 30 mio. kr.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 140, stk. 2, § 142, § 154 samt princippet om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, jf. udbudslovens § 2, ved at stille krav om, at tilbudsgiveren i hvert af de seneste tre godkendte reviderede regnskabsår skal have en egenkapital på minimum 3 mio. kr. og en soliditetsgrad på minimum 15%, herunder ved ikke at angive, hvorledes soliditetsgraden skulle beregnes, fx for nyetablerede virksomheder.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 144 samt princippet om gennemsigtighed, ligebehandling og proportionalitet, jf. udbudslovens § 2, ved at afvise Urbasers tilbud som følge af, at virksomheden blev vurderet ikke at leve op til mindstekravene med hensyn til økonomisk og finansiell formåen, uanset at Urbaser baserede sin økonomiske formåen på virksomhedens moderselskab, Urbaser Nordic AS, der havde dokumenteret en økonomisk kapacitet, som langt oversteg mindstekravene i udbuddet.

#### Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 2, ved ikke i sin underretning til Urbaser om udbuddets resultat at have oplyst Urbaser om, hvorledes Urbaser Nordic AS' økonomiske kapacitet blev inddraget i vurderingen af Urbasers tilbud, samt hvorledes Ringkøbing-Skjern Kommune beregnede Urbasers soliditet.

#### Påstand 5

Klagenævnet skal i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 2, annullere Ringkøbing-Skjern Kommunes tildelingsbeslutning af 14. marts 2019 om at tildele den udbudte kontrakt til Meldgaard Miljø A/S.

Ringkøbing-Skjern Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 14. marts 2019 underrettet den vindende tilbudsgiver Meldgaard Miljø A/S ("Meldgaard Miljø") om klagen og har oplyst om muligheden for at indtræde til fordel for Ringkøbing-Skjern Kommune, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3. Meldgaard Miljø har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved mail af 26. marts 2019 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at Meldgaard Miljø intervenerer i sagen til støtte for kommunen.

### Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen af 18. januar 2019 står der:

” ...

Del II: Genstand

...

II.1.1) Betegnelse:

Udbud af indsamling og transport af organisk og restaffald

...

II.1.4) Kort beskrivelse:

Af budgetmæssige grunde ønsker ordregiver at modtage 2 sideordnede tilbud fra tilbudsgiver.

Det ene tilbud skal omfatte indsamling og transport af dagrenovation, kildesorteret i organisk affald og restaffald fra familieboliger, etageboliger og sommerhus, samt ejendomme i landzonen i Ringkøbing-Skjern Kommune.

Desuden omfatter Entreprisen indsamling og transport af organisk affald og restaffald fra de institutioner og virksomheder, som har tilmeldt sig den kommunale ordning. Entreprisen omfatter hele Ringkøbing-Skjern Kommune.

Det andet tilbud er præcis som det første på nær, at alle sommerhusene i kommunen ikke kildesortere dagrenovationen i organisk affald og restaffald. Tilbuddet indeholder stadig indsamling og transport af dagrenovation fra sommerhusområderne, men usorteret og som én fraktion.

...

## II.2.5) Tildelingskriterier

...

Pris

...

### III.1.2) Økonomisk og finansiell kapacitet

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskræfter:

Det er et mindstekrav for deltagelse, at tilbudsgiveren i hvert af de seneste 3 reviderede og godkendte regnskabsår har haft:

- Omsætning på minimum 30 000 000 DKK,
- Egenkapital på minimum 3 000 000 DKK,
- Soliditetsgrad på minimum 15%.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Det er et mindstekrav for deltagelse, at tilbudsgiveren i hvert af de seneste 3 reviderede og godkendte regnskabsår har haft:

- Omsætning på minimum 30 000 000 DKK,
- Egenkapital på minimum 3 000 000 DKK,
- Soliditetsgrad på minimum 15%.

...

### IV.1.1) Proceduretype

Offentligt udbud

...”

I udbudsbetingelserne hedder det blandt andet:

#### ”4.2 Økonomisk og finansiell formåen

Tilbudsgiver skal opfylde følgende mindstekrav til økonomisk og finansiell formåen, jf. Udbudslovens § 142:

Det er et mindstekrav for deltagelse, at tilbudsgiveren i hvert af de seneste tre reviderede og godkendte regnskabsår har haft:

- Omsætning på minimum DKK 30.000.000
- Egenkapital på minimum DKK 3.000.000
- Soliditetsgrad på minimum 15 %

Ved udfyldelse af e-ESPD-formularen oplyses omsætning, egenkapital og aktiver for hvert af de seneste tre reviderede og godkendte regnskabsår i del IV, afsnit B.

Det skal i tilbuddet oplyses, hvis der siden seneste reviderede og godkendte regnskabsår er sket væsentlige ændringer, der påvirker virksomhedens omsætning, egenkapital og/eller soliditetsgrad. I sådanne tilfælde kan ordregiver efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse være berettiget og forpligtet til at inddrage oplysningen i vurderingen og eventuelt afvise tilbudsgiveren på det grundlag.

...

### 5.1 Tilbudsgiver baserer sig på andre enheders formåen

Hvis tilbudsgiver – under henvisning til udbudslovens § 144, stk. 1 – i forbindelse med afgivelse af tilbud baserer sig på andre enheders finansielle og økonomiske formåen og/eller tekniske og/eller faglige formåen, skal de krævede oplysninger under pkt. 4.1 til 4.3 afgives for samtlige enheder. Desuden skal de enkelte deltagere i tilbudsgiverteamets ydelser/roller angives. Det vil i forbindelse med egnethedsvurderingen være tilbudsgiverteamets samlede egnethed, der vurderes.

Baserer tilbudsgiver sig for en del af tjenesteydelsen vedrørende teknisk og/eller faglig formåen på en kapacitet fra en anden enhed, skal den anden enhed udføre den pågældende del af tjenesteydelsen, jf. udbudslovens § 144, stk. 3.”

Ved udløbet af tilbudsfristen havde fire virksomheder afgivet tilbud. To af tilbudsgiverne, herunder Urbaser, blev anset for ukonditionsmæssige, idet de ikke opfyldte kravene til egnethed.

I tilbuddet fra Urbaser (tidligere Renonorden A/S) er i ESPD-dokumentet blandt andet anført følgende om virksomhedens finansielle og økonomiske formåen:

»

| Info   | Leverandør                               |
|--|--|
| Dato<br>26-02-2019 13:39   | Navn<br>RENONORDEN A/S                   |
| Tilbudsfrist<br>27-02-2019 12:00   | Kontakt<br>Stefan Olin                   |
| Revision<br>5  | Adresse<br>Islandsvej 5<br>4681 Herfølge |
| Valuta<br>DKK  |  |
| Firmastørrelse<br>Stor - Over 250 ansatte og omsætning over EUR 50 million eller balance over EUR 43 million |  |

| Bemærkninger   |
|--|
| Bemærk venligst, at vi baserer vores finansielle og økonomiske formåen på vores moderselskab, Urbaser Nordic AS, Norge. Bemærk i øvrigt, at Urbaser Nordic AS ejes af Urbaser S.A. med hovedsæde i Spanien, som har over 12 mia. DKK i omsætning og over 5 mia. DKK i egenkapital. Åbningsbalance for Urbaser Nordic A/S er vedhæftet under "Filer". |

...

| Oplysninger om udnyttelse af andre enheders kapacitet  |             |              |
|--|-------------|--------------|
| Baserer den økonomiske aktør sig på andre enheders kapacitet for at opfylde udvælgelseskriterierne og de kriterier og regler, der eventuelt er fastsat nedenfor? |             |              |
| Dit svar   | Ja          |              |
| Name   | Contact     | Status       |
| Urbaser Nordic AS  | Finn Lodsby | Svar afsendt |

...

| Specifik årsomsætning   |                |             |      |
|---|----------------|-------------|------|
| Den økonomiske aktørs specifikke årsomsætning på det forretningsområde, som er omfattet af kontrakten, for det antal regnskabsår, der anmodes om i den relevante meddelelse, i udbudsdokumenterne eller i ESPD, er som følger:<br><b>Mindstekrav til udvælgelseskriteriets opfyldelse</b><br><i>Minimum 30.000.000 kr. i hver af de seneste tre år.</i>   |                |             |      |
| Beløb   | 507.079.000,00 |             | DKK  |
| Startdato   | 01-01-2017     |             |      |
| Slutdato  | 31-12-2017     |             |      |
| Beløb   | 487.194.000,00 |             | DKK  |
| Startdato   | 01-01-2016     |             |      |
| Slutdato  | 31-12-2016     |             |      |
| Beløb   | 453.626.000,00 |             | DKK  |
| Startdato   | 01-01-2015     |             |      |
| Slutdato  | 31-12-2015     |             |      |
| Er disse oplysninger gratis tilgængelige for myndighederne fra en EU-medlemsstats database?   | Nej            |             |      |
| Etablering af virksomhed  |                |             |      |
| Hvis oplysningerne vedrørende omsætning (samlet eller specifik) ikke er til rådighed for hele den periode, der anmodes om, angives den dato, hvor virksomheden blev etableret, eller den økonomiske aktør startede sin virksomhed:  |                |             |      |
| Angiv nærmere   |                |             |      |
| Finansielle nøgletal  |                |             |      |
| For så vidt angår de finansielle nøgletal (såsom forholdet mellem aktiver og passiver), der er anført i den relevante meddelelse, i udbudsdokumenterne eller i ESPD, erklærer den økonomiske aktør, at de faktiske værdier for de nøgletal, der anmodes om, er som følger:<br><b>Mindstekrav til udvælgelseskriteriets opfyldelse</b><br><i>For hver af de seneste 3 år: Egenkapital på minimum 3 mio. kr. og en soliditetsgrad på minimum 15%.</i> |                |             |      |
| Nøgletal  | -1,30          | Beskrivelse | 2017 |
| Nøgletal  | 11,40          | Beskrivelse | 2016 |
| Nøgletal  | 16,30          | Beskrivelse | 2015 |
| Er disse oplysninger gratis tilgængelige for myndighederne fra en EU-medlemsstats database?   | Nej            |             |      |

»

I ESPD-dokumentet fra Urbasers norske moderselskab, Urbaser Nordic AS, står der:

»

### Udbud af indsamling og transport af organisk og restaffald

| Info  | Leverandør                               |
|---|--|
| Dato<br>26.02.2019 13.32  | Navn<br>Urbaser Nordic AS                |
| Tilbudsfrist<br>27.02.2019 12.00  | Kontakt<br>Finn Lodsby                   |
| Revisjon<br>4   | Adresse<br>Haldenvegen 321<br>1923 Sorum |
| Firmakategori<br>Mellomstor: Under 250 ansatte - Omsetning under 50 mill. EUR. og/eller balanse under 43 mill. EUR. |  |

| Kvalifikasjonskrav  |                |             |   |
|---|----------------|-------------|---|
| B: Økonomisk og finansiell kapasitet  |                |             |   |
| <b>"Spesifikk årsomsetning"</b>   |                |             |   |
| Er leverandørens ("spesifikke") årsomsetning innenfor det området kontrakten gjelder og spesifisert i kunngjøringen eller i anskaffelsesdokumentene for det antall regnskapsår det anmodes om er som følger:                      |                |             |   |
| <b>Kommentarer fra oppdragsgiver</b>  |                |             |   |
| Minimum 30.000.000 kr. i hver af de seneste tre år.   |                |             |   |
| Beløp   | 0,00           |             | DKK   |
| Startdato   |                |             |   |
| Sluttdato   |                |             |   |
| Er disse opplysningene mulig for oppdragsgiver å innhente kostnadsfritt i en database i en EØS-stat?  | Nei            |             |   |
| <b>Leverandørens etableringsdato</b>  |                |             |   |
| Hvis opplysningene om omsetning (samlet eller spesifikt) ikke er tilgjengelige for hele perioden som det anmodes om, vennligst angi den dato da virksomheten ble etablert, eller leverandørene startet sin virksomhet:            |                |             |   |
| Vennligst spesifiser  | 17072018       |             |   |
| <b>Finansielle nøkkeltall</b>   |                |             |   |
| Når det gjelder finansielle nøkkeltall som er angitt i kunngjøringen eller i anskaffelsesdokumentene erklærer leverandøren at den eller de faktiske verdien(e) for det eller de nøkkeltall(ene) som det anmodes om er som følger: |                |             |   |
| <b>Kommentarer fra oppdragsgiver</b>  |                |             |   |
| For hver af de seneste 3 år: Egenkapital på minimum 3 mio. kr. og en soliditetsgrad på minimum 15%.   |                |             |   |
| Nøkkeltall  | 369 416 000,00 | Beskrivelse | Beløpet i NOK (The amount in NOK). Soliditetsgrad 100 % (capital ratios 100 %). |
| Er disse opplysningene mulig for oppdragsgiver å innhente kostnadsfritt i en database i en EØS-stat?  | Nei            |             |   |

Tilbuddet var endvidere vedlagt en åbningsbalance dateret den 21. desember 2018 fra Urbaser Nordic AS. Af dokumentet fremgår blandt andet følgende opplysninger om egenkapitalen, som er anført i norske kroner:

»

| <b>EGENKAPITAL OG GJELD</b> |             |
|-----------------------------|-------------|
| Sum egenkapital             | 369 416 000 |
| Sum egenkapital og gjeld    | 369 416 000 |

»

Ved brev af 4. marts 2019 meddelte Ringkøbing-Skjern Kommune, at Urbasers tilbud var blevet afvist som ukonditionsmessigt. I brevet hedder det:

» ...  
Ringkøbing-Skjern Kommune har nu avsluttet behandlingen af de 4 indkomne tilbud, der er evalueret i forhold til udvælgelseskriterierne og tildelingskriteriet, laveste pris. Evalueringen viste, at to tilbud ikke op-

fyldte udvælgelseskriterierne, og derfor blev dømt u-konditionsmæssige.

På baggrund af tildelingskriteriet ”Laveste Pris” agter Ringkøbing-Skjern Kommune at indgå kontrakt med Meldgaard Miljø A/S, hvis tilbud for scenarie 1 og 2 i alt var på 40.590.240,94 kr.

Tilbuddet fra Urbaser A/S – Renonord blev vurderet til ikke at leve op til udvælgelseskriterierne med hensyn til finansiell formåen, da der i tilbuddet var krav om en soliditetsgrad på minimum 15 % i hver af de seneste 3 år. Kravet var kun opfyldt i 2015 og ikke i 2016 og 2017, hvilket er udslagsgivende.

...”

Urbaser har, efter klagenævnet den 12. april 2019 traf afgørelse om spørgsmålet om opsættende virkning, fremlagt kommunens evalueringsnotat. I notatet står der:

”...

Tilbuddet fra Renonord A/S [Urbaser] opfyldte kravene til teknisk og faglig formåen. I forhold til kravet om en soliditetsgrad på mindst 30% [rettelig 15 %] i de seneste tre år var det alene graden fra 2015, som var over det fastsatte krav. Der var ikke oplysninger om egenkapital.

Renonord havde oplyst at støtte sig finansielt på Urbaser [Nordic] AS. Der var derfor vedhæftet en åbningsbalance for det pågældende selskab, og der var vedhæftet en norsk ESPD for virksomheden; men de fastsatte krav til finansiell formåen var stadig ikke fyldestgørende, ligesom der ikke var vedhæftet noget juridisk dokument, der bekræftede, at det norske selskab ville støtte tilbuddet.

Derfor blev tilbuddet vurderet ukonditionsmæssigt.

...”

## Parternes anbringender

### Ad påstand 1

Urbaser har gjort gældende, at kravet om, at tilbudsgiverne i de seneste tre reviderede og godkendte regnskabsår har haft en omsætning på minimum 30 mio. kr., er i strid med udbudslovens § 154, stk. 2, da kravet i sin egenkab af mindstekrav afskærer tilbudsgivere fra – når tilbudsgiverne har gyl-



dig grund hertil – at dokumentere økonomisk kapacitet på anden måde end ved den metode, der er normeret af Ringkøbing-Skjern Kommune.

Urbaser har nærmere anført, at kommunen eksplicit har fastsat som et formelt mindstekrav, at tilbudsgiverne skal fremlægge de seneste tre reviderede og godkendte regnskaber, som skulle vise, at tilbudsgiver i alle årene har haft en omsætning på minimum 30 mio. kr., en egenkapital på minimum 3 mio. kr. og en soliditetsgrad på minimum 15 %. Kommunen har ved formuleringen af mindstekravet ”*Det er et mindstekrav for deltagelse, at tilbudsgiveren i hvert af de seneste 3 reviderede og godkendte regnskabsår har haft: (...)*” skærpet den fortrykte tekst i udbudsbekendtgørelsen både for så vidt angår ”beskrivelse af udvælgelseskriterier” og for så vidt angår ”mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves”.

Kommunen har dermed tilføjet et ekstra formelt mindstekrav til udbuddet, som går videre end det, udbudsbekendtgørelsen lægger op til, og som består af to dele. For det første indebærer kravet, at tilbudsgiver som et mindstekrav skal have haft en økonomisk kapacitet, som angivet i kravet i de seneste tre år. Hvis en tilbudsgiver ikke opfylder kravet, fx fordi en tilbudsgiver ikke har haft omsætning eller nøgletal for fulde tre år, er kommunen dermed efter klagenævnets faste praksis forpligtet til at se bort fra vedkommendes tilbud. For det andet skal tilbudsgiver opfylde den formelle del af kravet – dvs. at tilbudsgiver som et mindstekrav skal kunne fremlægge reviderede og godkendte årsregnskaber for alle tre år, der dokumenterer den økonomiske del af kravet.

Ifølge klagenævnets praksis er en ordregiver både berettiget og forpligtet til at efterleve udbuddets mindstekrav til økonomisk kapacitet, jf. herved kendelse af 7. februar 2013, Uniteam A/S mod Forsvarets Materieltjeneste, og kendelse af 12. juni 2013, Køge Boglade mod Køge Kommune. Ringkøbing-Skjern Kommune var derfor ikke berettiget til konkret at fravige det fastsatte mindstekrav. En fravigelse af kravet ville stride mod gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet, jf. herved klagenævnets kendelse af 28. juli 2016 UCplus A/S mod Esbjerg Kommune m.fl.

Da Ringkøbing-Skjern Kommune således hverken kunne eller ville fravige sit mindstekrav vedrørende omsætning og dokumentationskravet i relation hertil, har kommunen ved skærpelsen af udbudsbekendtgørelsen fastlagt krav, som har afskåret tilbudsgivere fra – når tilbudsgiverne har gyldig

grund hertil – at dokumentere økonomisk kapacitet på anden måde end den måde, som er normeret af kommunen. Denne skærpelse er ikke lovlig, jf. herved udbudslovens § 152, stk. 2, jf. § 154, og EU-Domstolens dom i sag C-76/16, Ingsteel spol. S r. r. og Metrostav a.s. mod Úrad pre verejné obstarávanie, og bilag 2 til Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) 2016/7 af 5. januar 2016 om en standardformular for det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD).

Ringkøbing-Skjern Kommune har bestridt, at kommunen har afskåret ny-stiftede virksomheder eller andre fra at deltage i udbuddet ved at fastsætte krav til dokumentation i form af reviderede og godkendte årsrapporter for de seneste tre år.

Det var ikke minimumskravet til omsætning, men derimod kravet vedrørende egenkapital og soliditetsgrad, der var årsag til, at Urbasers tilbud blev afvist. Påstand 1 har derfor ikke haft betydning for vurderingen af Urbasers tilbud.

Systematikken i udbudslovens § 142, stk. 1, jf. § 154, er, at ordregiver skal anføre, hvilke krav der stilles til dokumentation for opfyldelse af mindstekrav til økonomisk og finansiell formåen. Det er kun den vindende tilbudsgiver, der skal fremlægge denne dokumentation, da udfyldelse af ESPD-dokumentet anses for et foreløbigt bevis for opfyldelse af minimumskrav til egnethed, jf. udbudslovens § 148, stk. 1, nr. 2.

De i § 154, stk. 1, oplyste krav til dokumentation er kun et udgangspunkt, jf. udbudslovens § 154, stk. 2. En tilbudsgiver kan således godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som ordregiveren vurderer passende, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge de dokumenter, som ordregiveren forlanger. Kravene til dokumentation kan således fraviges, hvis der er en gyldig grund til dette.

Mindstekrav skal være objektive og målbare. Der må således ikke være tvivl om, hvilke perioder der er relevante for opgørelsen af omsætning, egenkapital og soliditetsgrad. Der kan være forskel på, om en tilbudsgivers regnskabsår følger kalenderåret eller starter midt i kalenderåret, og der kan være forskel på, hvornår et regnskab er godkendt. Derfor er det i udbudsbeholdningen angivet, at de relevante perioder i det foreliggende udbud er

tilbudsgivernes anvendte regnskabsår, og der anvendes afsluttede perioder, dvs. reviderede og godkendte regnskabsår.

Kommunen har udfyldt udbudsbekendtgørelsen i overensstemmelse med udbudslovens § 142, stk. 1. Udbudsbekendtgørelsen indeholder ikke som ufravigeligt krav, at en tilbudsgiver skal fremlægge tre reviderede og godkendte årsrapporter. Det forhold, at der i § 142, stk. 1, anvendes termen ”skal”, forhindrer naturligvis ikke anvendelse af udbudslovens § 154, stk. 2, hvorefter en tilbudsgiver kan dokumentere sin økonomiske og finansielle formåen på anden vis end ved at fremlægge reviderede og godkendte årsrapporter, hvis det konkret findes passende.

Tilbudsgivere forventes at kende til udbudsloven, herunder udbudslovens § 154, stk. 2. Der er således ikke i udbudsloven krav om, at ordregiver i udbudsbekendtgørelsen oplister alle de situationer, hvor det kan være relevant at fremlægge alternativ dokumentation. Det vil i øvrigt altid bero på en konkret vurdering, hvad der i givet fald skal til for at opfylde dokumentationskravet ved alternativ dokumentation.

### Ad påstand 2

Urbaser har gjort gældende, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 140, stk. 2, § 142, § 154 samt princippet om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 ved at stille mindstekrav om, at tilbudsgiverne i hvert af de seneste tre godkendte reviderede regnskabsår skal have en egenkapital på minimum 3 mio. kr. og en soliditetsgrad på minimum 15 %.

Urbaser har nærmere anført, at mindstekravet afskærer tilbudsgivere fra at dokumentere økonomisk kapacitet på anden måde end den, der er normeret af Ringkøbing-Skjern Kommune, uanset om tilbudsgiver måtte have gyldig grund hertil.

I kommunens begrundelse til Urbaser fremgår, at kommunen i sin bedømmelse inddrog Urbasers økonomiske nøgletal for soliditet for perioden 2015, 2016 og 2017, uanset at Urbaser oplyste, at Urbaser baserer sin økonomiske formåen på sit moderselskab, Urbaser Nordic AS. Mindstekravet til økonomisk kapacitet har dermed afskåret Urbaser fra at dokumentere sin økonomiske kapacitet ved at basere sig på sit moderselskab, som er et ny-

stiftet selskab, fordi Urbaser har økonomiske nøgletal for årene 2015, 2016 og 2017. Allerede derfor er kommunens krav til økonomisk kapacitet ulovlige.

Urbaser har yderligere anført, at udbudslovens § 152 fastslår, at ordregivere kun kan kræve dokumentation for tilbudsgivers økonomiske kapacitet, som udtrykkeligt er hjemlet i lovgivningen. Af udbudsdirektivets artikel 60, stk. 1, følger, at ordregiver ikke må kræve andre former for dokumentation end dem, der er angivet i udbudsdirektivet. Denne bestemmelse og dermed udbudslovens § 152 er ny i forhold til det tidligere udbudsdirektiv (2004/18/EF). I udbudsdirektivets artikel 58 stk. 3, første afsnit, andet punkt, er det angivet, at *”Ordregivende myndigheder kan desuden kræve, at de økonomiske aktører fremlægger oplysninger om deres årsregnskab, der viser forholdet mellem f.eks. aktiver og passiver.”* Videre er det i udbudsdirektivets præambel 83 angivet: *”Ordregivende myndigheder bør også kunne anmode om oplysninger om forholdet mellem f.eks. aktiver og passiver i årsregnskabet. Et positivt resultat, hvor der er flere aktiver end passiver, kan være yderligere bevis på, at de økonomiske aktørers finansielle formåen er tilstrækkelig.”* Dette understreger, at det er det aktuelle nøgletal, der er relevant for tilbudsgivers økonomiske formåen. Der er ikke hjemmel i lovgivningen, jf. udbudslovens § 152, til at efterspørge historiske soliditetsoplysninger – i hvert fald ikke i en situation, hvor det ikke er muligt for tilbudsgiver at opfylde kravene til økonomisk kapacitet ved anden dokumentation end den, som ordregiver foreskrev, jf. udbudslovens § 154, stk. 2.

Ved at stille krav om historiske soliditetsoplysninger udelukker ordregiveren virksomheder, der har været i økonomiske vanskeligheder og efterfølgende er blevet rekonstrueret med fornyet styrket soliditet, fra at deltage i konkurrencen om offentlige kontrakter, hvilket udgør en usaglig fordrejning af konkurrencen.

Urbaser har videre anført, at det på ingen måde er proportionalt konkret at fastholde et formelt krav til soliditet i en situation, hvor ordregiver præsenteres for en virksomhed med en egenkapital på NOK 369.416.000 og en soliditetsgrad på 100 %. Urbaser er i sin egenskab af dansk datterselskab i Urbaser-koncernen ubestridt det danske markeds økonomisk og finansielt mest solide renovationsvirksomhed. Det er derfor åbenbart forkert, når Ringkøbing-Skjern Kommune udelukker Urbaser med den begrundelse, at virksomheden ikke er tilstrækkelig økonomisk og finansielt solid til at kunne varetage kontrakten i en lille kommune som Ringkøbing-Skjern Kommune.

Urbaser har yderligere anført, at minimumskravet ikke er gennemsigtigt, idet metoden for beregning af soliditetsgraden ikke var angivet i udbudsmaterialet, hvilket i sig selv er i strid med udbudslovens § 142.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at kommunens egnethedskrav var i overensstemmelse med udbudslovens § 140, stk. 2, § 142, § 154 samt princippet om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2.

Kommunen har nærmere anført, at der ikke er grundlag for Urbasers fortolkning af udbudsdirektivets artikel 58, stk. 3, hvorefter det kun skulle være den aktuelle soliditetsgrad, der kan kræves oplyst. Det følger af udbudslovens § 2, stk. 1, og § 140, stk. 2, 2. pkt., at minimumskrav til økonomisk og finansiel formåen skal være proportionale og relevante i forhold til den udbudte kontrakt. Der er herved ikke indlagt en særlig begrænsning, således at der aldrig kan stilles krav til den historiske egenkapital og soliditetsgrad, jf. herved blandt andet klagenævnets kendelse af 4. juli 2017, Munck Gruppen A/S mod Rønne Havn A/S. Vurderingen af, om kravene til økonomisk kapacitet er proportionale og relevante, skal foretages ud fra hensynet til leveringssikkerhed. I det foreliggende tilfælde er der tale om en kontrakt vedrørende affaldsindsamling. Der er således tale om en ydelse, som har en væsentlig samfundsmæssig betydning. Hvis der ikke bliver indsamlet affald, vil det på kort sigt være til stor gene for borgerne, og på længere sigt kan det udgøre en sundhedsrisiko. På dette marked er det ikke muligt med kort varsel at få andre til at overtage opgaven eller selv at udføre opgaven, indtil en ny leverandør er fundet. Det skyldes, at det kræver indsamlingsmateriel, som det tager meget lang tid at fremskaffe. Det er på dette marked derfor relevant og proportionalt at sikre, at den leverandør, der indgås kontrakt med, er økonomisk solid.

Vurderingen af, om en virksomhed er økonomisk solid, kan ikke begrænses til den aktuelle økonomiske situation, da markedet er karakteriseret ved, at leverandørerne har få, men meget store kontrakter. Virksomhedernes økonomiske situation kan således ændre sig væsentligt fra år til år. På markedet er der endvidere effektiv konkurrence, som betyder, at overskudsgraden typisk ikke er stor. For at opnå et retvisende billede af tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen er det relevant og proportionalt at foretage en vurdering over flere år, konkret tre år. Hvis tilbudsgiver kan fremvise en

positiv egenkapital på minimum 3 mio. kr. og en positiv soliditetsgrad på minimum 15 % tre år tilbage, er det udtryk for en økonomisk sund tilstand over en årrække, hvilket er den bedst mulige indikator for, at der ikke i kontraktperioden vil opstå økonomiske problemer.

Ringkøbing-Skjern Kommune har videre anført, at soliditetsgraden er et almindeligt kendt og veldefineret økonomisk nøgletal, som anvendes til at vise, om virksomheden er velpolstret og modstandsdygtig over for et eventuelt tab. Der var ikke behov for at oplyse nærmere om en almindelig kendt beregningsmetode. Minimumskravet skulle dokumenteres ved årsrapporter. Soliditetsgraden vil typisk være oplyst i årsrapporten, og hvis dette ikke er tilfældet, vil den nemt kunne beregnes ud fra oplysningerne om egenkapital og aktiver. I Urbasers tilfælde var soliditetsgraden for årene 2013-2017 oplyst i årsrapporten for 2017.

### Ad påstand 3

Urbaser har gjort gældende, at Ringkøbing-Skjern Kommune handlede i strid med udbudslovens § 2 og § 144 ved at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt, idet Urbaser levede op til mindstekravet om finansiell formåen.

Ved at basere sig på moderselskabet Urbaser Nordic AS' økonomiske og finansielle formåen dokumenterede Urbaser en økonomisk kapacitet, som langt oversteg mindstekravene i udbuddet.

Udbudslovens § 144, stk. 2, om anvendelse af en støttende enhed skal fortolkes således, at en tilbudsgiver opfylder kravene til økonomisk kapacitet i en situation, hvor den støttende virksomhed opfylder de dele af udbuddets økonomiske mindstekrav, som tilbudsgiveren ikke selv opfylder. Denne fortolkning støttes tillige af, at den støttende enhed skal indlevere et selvstændigt ESPD-dokument, og tilbudsgiver dermed hverken kan eller skal sammenstille den støttende enheds økonomiske oplysninger med sine egne i sit eget ESPD-dokument.

Moderselskabet, Urbaser Nordic AS, har som nystiftet enhed gyldig grund til at godtgøre sin økonomiske kapacitet ved en åbningsbalance – og kommunen kan ikke fastholde et krav om regnskabstal for perioden forud for moderselskabets stiftelse, jf. udbudslovens § 154, stk. 2, og lovbemærkning

gerne hertil. Da Urbaser samtidig opfylder kravet til omsætning selvstændigt, opfylder virksomheden juridisk kravet til økonomisk kapacitet. Denne fortolkning støttes tillige af EU-Domstolens dom af 14. april 1994 i C-389/92 og EU-Domstolens dom af 18. december 1997 begge Ballast Nedam Group NV mod Belgien. Klagenævnets kendelse af 28. juli 2016, UCplus A/S mod Esbjerg Kommune m.fl., er ikke relevant i denne forbindelse, idet den konkrete begrænsning af Ringkøbing-Skjern Kommunes handlemuligheder i forhold til at inddrage moderselskabets åbningsbalance netop skyldtes kommunens ulovligt opstillede mindstekrav. Havde kommunen udfyldt udbudsbekendtgørelsen korrekt og undladt ulovligt at skærpe kravene ved fastlæggelse af egnethedskrav, der konkret udelukkede nystiftede virksomheder i at deltage i udbuddet, havde kommunen ikke haft samme begrænsninger ved vurderingen af Urbasers tilbud, idet Urbaser i givet fald ville kunne dokumentere sin økonomiske formåen gennem anden dokumentation.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at Urbaser ikke var egnede, uanset det nystartede norske moderselskabs egenkapital og soliditetsgrad blev taget i betragtning, da dette ikke udgjorde en passende dokumentation, jf. udbudsloven § 154, stk. 2.

Kommunen har nærmere anført, at Urbaser overser, at lovens systematik er, at hvis tilbudsgiver ikke kan opfylde kravet til dokumentation, er det en mulighed for ordregiver at acceptere en anden form for dokumentation, men ikke en forpligtelse, henset til at det udtrykkeligt står i loven, at det er ordregiveren, der vurderer, om den alternative dokumentation er passende. Ordregivers vurdering heraf skal ske under hensyntagen til overholdelse af ligebehandlingsprincippet, jf. udbudsloven § 2. Det indebærer fx, at hvis der er stillet krav til økonomiske nøgletal tre år tilbage i tid, skal det vurderes konkret, om dette kan fraviges for en bestemt tilbudsgiver, hvilket kan være relevant, hvis der er tale om en nystartet virksomhed, som objektivt ikke kan fremlægge økonomiske nøgletal tre år tilbage i tid.

Klagenævnets praksis viser, at undtagelsesreglen skal fortolkes restriktivt, jf. kendelse af 28. juli 2016, UCplus A/S mod Esbjerg Kommune m.fl. Der skal derfor altid foretages en konkret vurdering.

Urbaser er ikke en nystartet virksomhed. Der foreligger derfor ikke en objektiv og gyldig grund til, at Urbaser ikke kunne fremlægge dokumentation

i form af de seneste tre års reviderede og godkendte årsrapporter, og minimumskravene kan derfor i det hele opretholdes i forhold til Urbaser.

Urbaser opfylder ikke selv de opstillede minimumskrav og ønskede derfor at basere sig på sit moderselskabs økonomiske og finansielle formåen.

Det er imidlertid i den situation op til kommunen at foretage en vurdering af, om moderselskabets forhold kan opveje Urbasers egen manglende økonomiske og finansielle formåen. I den konkrete situation vurderede kommunen, at Urbaser ikke fremlagde passende dokumentation, jf. udbudslovens § 154, stk. 2. Vurderingen beror på to forhold, som hver for sig kan begrunde afvisning af Urbasers tilbud.

For det første havde Urbaser ikke vedlagt dokumentation for, at det norske moderselskab ville stille sin økonomiske og finansielle kapacitet til rådighed for Urbaser.

Udbudslovens § 151, stk. 1, henviser til § 152, hvor det anføres, hvilken dokumentation en ordregiver kan kræve af den vindende tilbudsgiver. Udbudslovens § 152, stk. 1, henviser til §§ 153-155, 157 og 158.

Det fremgår af udbudslovens § 152, stk. 2, at ordregiveren ikke kan kræve andre former for dokumentation end dem, der er nævnt i §§ 153-155, 157 og 158, samt dokumentation krævet i henhold til § 141.

Dokumentation for at kunne råde over andre enheders økonomiske formåen følger af udbudslovens § 144, stk. 2, og det følger af ovenstående, at dén form for dokumentation ikke efterfølgende kan kræves, da det ikke er omfattet af henvisningen i udbudslovens § 152, stk. 2. Det må forudsætningsvist følge heraf, at hvis en tilbudsgiver baserer sig på andre enheders økonomiske formåen, skal tilbudsgiver i henhold til udbudslovens § 144, stk. 2, sammen med sit tilbud medsende støtteerklæringer eller anden dokumentation.

Det kan ikke være afgørende, om ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen positivt har anført, at støtteerklæring eller anden form for dokumentation skal medsendes tilbuddet. Dette vil i øvrigt også være en fravigelse af det grundlæggende princip i udbudslovens § 151, hvorefter relevant dokumen-



tation kun kan kræves fremlagt af den vindende tilbudsgiver, og ordregiver således ikke i udbudsbekendtgørelsen kan kræve dokumentation fra andre.

Støtteerklæringer eller anden dokumentation for at kunne basere sig på andre enheders økonomiske formåen kan derfor ikke sidestilles med dokumentation, som kun kan kræves af den vindende tilbudsgiver.

Allerede fordi Urbaser ikke havde vedlagt støtteerklæring eller anden dokumentation for at kunne råde over det norske moderselskabs økonomiske og finansielle formåen, var kommunen afskåret fra at tage moderselskabets forhold i betragtning.

Ringkøbing-Skjern Kommune har herudover gjort gældende, at selv hvis det norske moderselskabs aktuelle egenkapital og soliditetsgrad tages i betragtning, vil det ikke udgøre en passende dokumentation.

I det konkrete udbud var der stillet krav til omsætning, egenkapital og soliditetsgrad tre år tilbage, idet forholdene på det konkrete marked tilsiger, at vurderingen af økonomisk og finansiell formåen baseres over en længere periode.

Tilbudsgiverne skulle derfor kunne påvise at have opretholdt en sund økonomi i form af en omsætning på minimum 30 mio. kr., en egenkapital på minimum 3 mio. kr. og en positiv soliditetsgrad på minimum 15 % over en periode på tre regnskabsår. Hvis de minimumskrav var opfyldt, var der tilstrækkelig basis for at antage, at tilbudsgiver også fremadrettet ville have tilstrækkelig økonomisk og finansiell formåen til at løfte den udbudte opgave. Henset hertil fandtes det ikke passende i forhold til Urbaser at se bort fra virksomhedens egen manglende økonomiske og finansielle formåen, alene fordi Urbaser havde et moderselskab, som i 2018 var blevet stiftet med en betydelig egenkapital og positiv soliditetsgrad.

Urbaser Nordic AS er efter det oplyste et tomt selskab uden medarbejdere, ingen kunder og ingen aktiviteter. Der er alene en regnskabsteknisk egenkapital, som er fremkommet ved, at aktierne er tegnet til overkurs. Selskabets egenkapital kan således uden videre blive reduceret igen ved udlodning. Det er ikke det samme som et selskab, der kan påvise en sund økonomi over en årrække, herunder en betydelig egenkapital og positiv soliditetsgrad.

Moderselskabets aktuelle økonomiske formåen ansås således ikke for at være passende i forhold til at kunne opveje Urbasers egen manglende økonomiske og finansielle formåen, fordi moderselskabets aktuelle egenkapital og soliditetsgrad ikke ændrer på, at Urbaser ikke kan påvise en sund økonomisk og finansiell formåen over tre år. Dette krav var stillet til andre, og det ville ikke være i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, hvis det var blevet fraveget i relation til Urbaser.

Urbaser har ikke krav på, at kommunen accepterede at se bort fra de opstillede minimumskrav i forhold til Urbaser, alene fordi virksomheden baserer sig på det nystartede norske moderselskab. Hvis dette synspunkt følges, vil det betyde, at en tilbudsgiver altid kan omgå krav til økonomisk og finansiell formåen tilbage i tid blot ved at stifte et nyt selskab, som afgiver tilbud og derfor ifølge Urbaser ikke skal opfylde de samme minimumskrav som andre.

Det er altid ordregivers vurdering, og i dette tilfælde vurderede kommunen, at Urbaser ikke var egnet, uanset det nystartede norske moderselskabs egenkapital og soliditetsgrad blev taget i betragtning, da dette ikke udgjorde en passende dokumentation, jf. udbudslovens § 154, stk. 2.

#### Ad påstand 4

Urbaser har gjort gældende, at Ringkøbing-Skjern Kommune handlede i strid med udbudslovens § 171, stk. 2, ved ikke i sit afslagsbrev at have oplyst, hvorledes Urbasers økonomiske og finansielle kapacitet blev beregnet.

Urbaser har nærmere anført, at underretningen ikke indeholdt oplysning om, hvorledes eller hvorvidt Urbaser Nordic AS' økonomiske kapacitet blev inddraget i vurderingen af Urbasers tilbud. Hvis moderselskabets kapacitet ikke blev inddraget i vurderingen af tilbuddet, burde kommunen have anført årsagen hertil i afslagsbrevet.

Af brevet fremgår endvidere, at soliditetsgraden ikke var opfyldt i 2016-2017, men ikke hvorledes kommunen har beregnet soliditeten i disse år.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at den relevante bestemmelse må være udbudslovens § 171, stk. 4, jf. § 171, stk. 1, nr. 3. Den-

ne bestemmelse indeholder krav om, at ordregiveren skal oplyse tilbudsgivere, som har afgivet et uantageligt tilbud, om grundene til afvisning af tilbuddet. Der ligger ikke heri en forpligtelse for ordregiver til at udarbejde en detaljeret redegørelse for grundlaget for beslutningen om afvisning af tilbuddet, herunder hvorfor oplysninger om moderselskabet ikke var blevet taget i betragtning ved gennemgangen af tilbuddet. Kommunens brev af 4. marts 2019 opfylder således kravene til underretningen.

Ringkøbing-Skjern Kommune har vedrørende spørgsmålet om beregningen af soliditetsgrad anført, at kommunen opfattede det oplyste nøgletal som soliditetsgraden og kunne derfor – på baggrund af ESPD-dokumentet – konstatere, at Urbaser ikke havde haft en soliditetsgrad på minimum 15 % i 2016 og 2017. Kommunen anvendte således ikke en bestemt metode til beregning af soliditetsgraden, som ikke er blevet oplyst til Urbaser, men lagde nøgletallene, der var oplyst i ESPD-dokumentet, til grund for beslutningen.

#### Ad påstand 5

Urbaser har med henvisning til det anførte ad påstand 1-3 gjort gældende, at Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med udbudsloven, og at tildelingsbeslutningen derfor skal annulleres.

Ringkøbing-Skjern Kommune har gjort gældende, at Urbaser ikke var lavestbydende tilbudsgiver. Det havde derfor ikke gjort en forskel for resultatet af udbuddet, hvis kommunen havde anset Urbasers tilbud for at være konditionsmæssigt. Der kan allerede derfor ikke gives medhold i annullationspåstanden.

Intervenienten Meldgaard Miljø har fremsat anbringender til støtte for Ringkøbing-Skjern Kommunes påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet udtaler:

#### Ad påstand 1

Ringkøbing-Skjern Kommune havde i udbudsbekendtgørelsen fastsat følgende krav til tilbudsgivernes økonomiske kapacitet:

”III.1.2) Økonomisk og finansiel kapacitet

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

Det er et mindstekrav for deltagelse, at tilbudsgiveren i hvert af de seneste 3 reviderede og godkendte regnskabsår har haft:

- Omsætning på minimum 30 000 000 DKK,
- Egenkapital på minimum 3 000 000 DKK,
- Soliditetsgrad på minimum 15%.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

Det er et mindstekrav for deltagelse, at tilbudsgiveren i hvert af de seneste 3 reviderede og godkendte regnskabsår har haft:

- Omsætning på minimum 30 000 000 DKK,
- Egenkapital på minimum 3 000 000 DKK,
- Soliditetsgrad på minimum 15%.”

Af udbudslovens § 140 fremgår følgende om krav til ansøgeres eller tilbudsgiveres egnethed:

”§ 140. En ordregiver kan fastsætte krav til ansøgeres eller tilbudsgiveres egnethed i forhold til

- 1) udøvelse af det pågældende erhverv, jf. § 141,
- 2) økonomisk og finansiell formåen, jf. § 142, eller
- 3) teknisk og faglig formåen, jf. § 143.

Stk. 2. Ordregiveren skal fastsætte egnethedskravene som minimumskrav i udbudsbekendtgørelsen.

...”

Det fremgår endvidere af udbudslovens § 142, stk. 1, at ordregiveren – når der stilles krav om, at ansøgere eller tilbudsgivere opfylder visse minimumskrav i forbindelse med den økonomiske og finansielle formåen, jf. § 140 – i udbudsbekendtgørelsen skal anføre, hvordan ansøgeren eller tilbudsgiveren skal dokumentere, at minimumskravene til egnethed i forhold til den økonomiske og finansielle formåen er opfyldt, jf. § 154.

Af udbudslovens § 154 fremgår blandt andet:

”En ordregiver kan kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren dokumenterer sin økonomiske og finansielle formåen. Dette kan eksempelvis ske på en eller flere af følgende måder:

...

Stk. 2. En ansøger eller en tilbudsgiver kan godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som ordregiveren

vurderer passende, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge de dokumenter, som ordregiveren forlanger.”

Urbaser havde i ESPD-dokumentet oplyst en omsætning på 453.626.000 kr., 487.194.000 kr. og 507.079.000 kr. i henholdsvis 2015, 2016 og 2017 og levede dermed selv op til det krævede niveau.

Påstanden angår tekststykket ”*Det er et mindstekrav for deltagelse, at tilbudsgiveren i hvert af de seneste 3 reviderede og godkendte regnskabsår har haft (...)*”, indsat i udbudsbekendtgørelsen efter den fortrykte tekst, ”*Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier (...)*” og ”*Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves*”. Klagepunktet vedrører, om kommunen ved denne formulering af egnethedskravet er gået videre, end udbudsloven tilsiger, og har afskåret tilbudsgivere fra at godtgøre deres økonomiske og finansielle formåen på anden vis, hvis tilbudsgiverne af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge de dokumenter, som kommunen har krævet.

Klagenævnet finder, at formuleringen af egnethedskravet, herunder brugen af ordet ”mindstekrav”, ikke kan fortolkes således, at kommunen har skærpet egnethedskravet på en sådan måde, at tilbudsgivere afskæres fra at fremlægge anden relevant dokumentation, hvis de måtte have gyldig grund dertil, jf. udbudslovens § 154, stk. 2.

Kommunens tilføjelse må læses som en specificering af kravet, og specificeringen går ikke i sig selv videre end det, som allerede følger af udbudslovens § 140, stk. 2, 1. pkt., hvorefter egnethedskrav skal formuleres som minimumskrav. Kommunens præcisering af, at egnethedskravet er et mindstekrav medfører således ikke, at visse tilbudsgivere afskæres fra at fremlægge anden relevant dokumentation, jf. udbudslovens § 154, stk. 2.

Ringkøbing-Skjern Kommune har derfor ikke handlet i strid med udbudslovens § 152, stk. 2, jf. § 154, ved formuleringen og fastsættelsen af egnethedskravet om en omsætning på minimum 30 mio. kr. i de seneste tre reviderede og godkendte regnskabsår.

Påstanden tages ikke til følge.

## Ad påstand 2

Klagenævnet har i delkendelsen af 12. april 2019 ad påstand 2 udtalt:

”Det var i udbudsbekendtgørelsen fastsat som mindstekrav, at tilbudsgiverne i hvert af de seneste tre reviderede og godkendte regnskabsår havde haft en egenkapital på minimum 3 mio. kr. og en soliditetsgrad på minimum 15 %.

I ESPD’et fra Urbaser var oplyst tallene ”- 1,30”, ”11,40” og ”16,30” for henholdsvis 2017, 2016 og 2015. Det var ikke oplyst, om tallene udgjorde soliditetsgraden eller egenkapitalen.

Som anført oven for ad påstand 1 følger det af bestemmelsen i udbudslovens § 154, at Ringkøbing-Skjern Kommune kunne fastsætte, at den økonomiske formåen skulle dokumenteres ved årsregnskaber, og at tilbudsgivere, som af en gyldig grund ikke måtte være i stand til at honorere det fastsatte dokumentationskrav, kunne dokumentere den økonomiske kapacitet ved at fremlægge anden dokumentation.

Henset til kontraktgenstandens karakter, det anførte om markedet og konkurrencesituationen finder klagenævnet, at de fastsatte krav til økonomisk formåen for årene 2015-2017 var sagligt begrundede, proportionale og i overensstemmelse med udbudslovens § 2. Der er heller ikke grundlag for at fastslå, at kommunen har handlet i strid med udbudslovens § 140, stk. 2, eller § 142.

Der er derfor ikke udsigt til at påstand 2 vil blive taget til følge.”

Det, der efterfølgende er fremkommet, kan ikke føre til et andet resultat, og klagenævnet tager derfor ikke påstand 2 til følge.

## Ad påstand 3

Klagenævnet har ved påstand 1 og 2 konstateret, at kommunens krav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen, som dette er formuleret i udbudsbekendtgørelsen, ikke har afskåret virksomheder, som har gyldig grund dertil, fra at godtgøre deres økonomiske og finansielle kapacitet ved at fremlægge anden relevant dokumentation i medfør af udbudslovens § 154, stk. 2.

Kommunen har i udbudsbekendtgørelsen stillet krav om økonomiske nøgletal, som kunne påvise en solid økonomi tre år tilbage i tid. Kommunen har

under klagesagen redegjort for, at kravet var nødvendigt henset til kontraktgenstandens karakter.

Urbaser er ikke en nystiftet virksomhed og kunne fremlægge regnskabstal, som går tre år tilbage. Urbaser opfyldte dog ikke selv de stillede krav til økonomisk formåen i relation til soliditetsgraden og egenkapital og ønskede derfor at basere sig på sit norske moderselskab i relation til disse nøgletal. Det norske moderselskab er imidlertid en nystiftet virksomhed, som alene for 2018 kan påvise egenkapital og soliditetsgrad. Moderselskabets nøgletal for dette år lever op til det krævede niveau.

Ringkøbing-Skjern Kommune vurderede, at det medsendte materiale vedrørende moderselskabet ikke udgjorde passende dokumentation, jf. udbudslovens § 154, stk. 2. Kommunen har herom navnlig anført, at Urbaser ikke havde vedlagt en støtteerklæring, som kunne påvise, at det norske moderselskab ville stille sin økonomiske og finansielle kapacitet til rådighed for Urbaser. Den manglende støtteerklæring medførte ifølge kommunen i sig selv, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet fandt ved delkendelsen om opsættende virkning af 12. april 2019, at kommunen handlede i strid med udbudslovens § 2 og § 144 ved at afvise tilbuddet fra Urbaser som ukonditionsmæssigt uden at have inddraget moderselskabets oplysninger i egnethedsvurderingen.

Det fremgår imidlertid af det evalueringsnotat, som Urbaser har fremlagt efter nævnets kendelse om opsættende virkning, at Ringkøbing-Skjern Kommune inddrog moderselskabets oplysninger om økonomisk og finansiell formåen i egnethedsvurderingen.

Ringkøbing-Skjern Kommune vurderede ifølge det fremlagte evalueringsnotat, at moderselskabets økonomiske og finansielle formåen ikke var passende i forhold til at kunne opveje Urbasers egen manglende økonomiske og finansielle formåen i relation til soliditetsgrad og egenkapital. Kommunen fandt, at dokumentationen ikke godtgjorde en solid økonomi over en periode på tre år, som kommunen krævede og havde specificeret i det fastsatte egnethedskrav. Kommunen foretog herved en vurdering, som ikke var bundet op på et formelt og ufravigeligt mindstekrav til egnethed, men som var konkret og baseret på Urbasers og moderselskabets dokumenterede

økonomiske formåen sammenholdt med kontraktgenstanden og et sagligt hensyn til leveringssikkerhed.

Klagenævnet finder ikke grundlag for at tilsidesætte kommunens vurdering, og kommunen var derfor berettiget til at afvise tilbuddet fra Urbaser som ukonditionsmæssigt, idet Urbaser og moderselskabet ikke havde fremlagt dokumentation vedrørende økonomisk og finansiell kapacitet, som Ringkøbing-Skjern Kommune fandt passende, jf. udbudslovens § 154 stk. 2.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

#### Ad påstand 4

Klagenævnet lægger til grund, at påstanden retteligt angår udbudslovens § 171, stk. 4, jf. stk. 1, nr. 3.

Udbudslovens § 171, stk. 4, lyder:

”Stk. 4. En ordregiver skal i underretninger om beslutninger som nævnt i stk. 1, nr. 3, angive, hvornår standstillperioden udløber, jf. § 3 i lov om Klagenævnet for Udbud. Beslutningerne skal være ledsaget af følgende begrundelser:

- 1) Til tilbudsgivere, der afgiver et uantageligt tilbud, skal ordregiveren angive grundene til, at tilbudsgiverens tilbud er afvist.  
...”

Ringkøbing-Skjern Kommune har i brevet af 4. marts 2019 underrettet Urbaser om, at virksomhedens tilbud var afvist som ukonditionsmæssigt, idet Urbaser ikke levede op til de fastsatte egnethedskriterier vedrørende finansiell formåen i relation til soliditetsgraden i 2016 og 2017. Kommunen oplyste endvidere, at kommunen agtede at indgå kontrakt med Meldgaard Miljø på baggrund af tildelingskriteriet ”Laveste Pris” efter udløbet af standstillperioden. Det var oplyst, hvornår standstill-perioden udløb.

Kommunen har imidlertid ikke oplyst, hvorledes eller hvorvidt oplysningerne om Urbaser Nordic AS’ økonomiske og finansielle formåen blev inddraget i vurderingen af Urbasers tilbud, og klagenævnet finder, at kommunen derved har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 1.



Påstanden tages i dette omfang til følge.

#### Ad påstand 5

En utilstrækkelig begrundelse kan efter fast praksis ikke i sig selv føre til annullation af tildelingsbeslutningen, og påstand 4 ses da heller ikke at være påberåbt til støtte for påstand 5. Herefter, og da påstand 1-3 ikke er taget til følge, er der ikke grundlag for at tage påstanden om annullation til følge.

#### Herefter bestemmes:

#### Ad påstand 4

Ringkøbing-Skjern Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 1, ved i sin underretning til Urbaser A/S om udbuddets resultat ikke at have oplyst Urbaser A/S om, hvorledes oplysningerne om Urbaser Nordic AS' økonomiske formåen blev inddraget i vurderingen af Urbaser A/S' tilbud.

Klagegebyret tilbagebetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1-3 og påstand 5.

Urbaser A/S skal i sagsomkostninger til Ringkøbing-Skjern Kommune betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Hanne Aagaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell  
fuldmægtig