

K E N D E L S E

Danske Kroer & Hoteller
(selv)

mod

Økonomistyrelsen
(Kammeradvokaten ved advokat Kristian Hartlev)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2008/S 159-215672 af 14. august 2008 udbød Økonomistyrelsen som begrænset udbud rammeaftaler om hotelophold i Danmark. Efter udbudsbekendtgørelsen var der tale om et parallelt udbud af 34 rammeaftaler. Rammeaftalerne var opdelt i byer eller geografiske områder i Danmark, og der skulle indgås delaftale for hver by eller geografiske område. Delaftalerne skulle gælde for perioden 1. januar 2009 - 31. december 2010.

Tjenesteydelsen »hotelophold« er omfattet af kategori 17 i bilag II B til direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet), og efter direktivets artikel 21 skal Økonomistyrelsens aftale om denne tjenesteydelse således indgås i overensstemmelse med artikel 23 og 35, stk. 4. Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at udbudsproceduren endvidere vil følge de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, ligesom Tilbudslovens § 15 c og § 15 d vil blive overholdt.

Ved udbudsbekendtgørelse med supplerende oplysninger (nr. 2008/S 190-250898) af 26. september 2008 til udbudsbekendtgørelsen af 14. august 2008 bortfaldt 9 af de oprindelige 34 delaftaler.

Virksomhederne indsendte anmodningerne om prækvalifikation elektronisk via en hjemmeside, som Økonomistyrelsen havde oprettet i forbindelse med udbuddet. Fristen for at indsende anmodningerne var den 12. september 2008.

Danske Kroer & Hoteller, som er en forening, anmodede om prækvalifikation for 21 kroer og hoteller vedrørende i alt 19 delaftaler.

Ved brev af 19. september 2008 til Danske Kroer & Hoteller meddelte Økonomistyrelsen følgende:

»... Vi må samtidig beklage at meddele, at Deres virksomhed ikke er blevet udvalgt til at deltage. Afslaget gælder alle 21 hoteller.

Afslaget er begrundet i, at Deres virksomhed ikke har indsendt en udfyldt tro- og loveerklæring som krævet, jf. udbudsbekendtgørelsen.

...«

En virksomhed skulle i tro og love-erklæringen bl.a. anføre, om den havde ubetalt, forfalden gæld til det offentlige.

Den 12. november 2008 indgav klageren, Danske Kroer & Hoteller, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Økonomistyrelsen. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 12. december 2008 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-retlige princip om ligebehandling ved ikke at prækvalificere klageren som følge af, at tro og love-erklæring om, at klageren ikke har ubetalt forfalden gæld til det offentlige, ikke var udfyldt ved indsendelsen af den elektroniske anmodning om prækvalifikation, uanset at det var en åbenbar fejl, at tro og love-erklæringen ikke var udfyldt.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at afvise klagerens anmodning om prækvalifikation.

Påstand 3

Klagenævnet skal påbyde indklagede at gennemføre et nyt udbud af rammeaftaler om hotelophold i Danmark.

Klagerne har taget forbehold om senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

Udbudsbekendtgørelsen indeholder under pkt. III.2.1) »De økonomiske aktørers personlige forhold, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregister« bl.a. følgende:

»Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: - En tro og love-erklæring på, hvorvidt tjenesteyder har ubetalt forfalden gæld til det offentlige i henhold til bekendtgørelsen af lov om begrænsning af skyldnerens muligheder for at deltage i offentlige udbudsforretninger og om ændringer af visse andre love, LBK nr. 336 af 13.5.1997. ... Ved sammenslutning af leverandører (f.eks. et konsortium) skal hver af de deltagende virksomheder aflevere en tro og love-erklæring ved ansøgningen om prækvalifikation «

Af vejledningen »Prækvalifikation til statens udbud af hotelophold i Danmark« på hjemmesiden www.statensindkob.dk fremgår følgende:

»... Adgang til udbudshjemmesiden ETHICS sker via Indkøbssekretariatets hjemmeside:

<http://www.statensindkob.dk/prækvalifikation>

For at anmode om prækvalifikation skal du gøre følgende:

- På <http://www.statensindkob.dk/prækvalifikation> skal du klikke på linket »Anmod om prækvalifikation« under »Udbud af hotelophold«. Herfra kommer du ind på udbudshjemmesiden ETHICS.
- Under punktet »Prækvalifikation: Rammeaftale om hotelophold i Danmark« skal du starte med at vælge menupunktet »Tilmel-

ding«. Her opretter du dig som bruger i det elektroniske udbudssystem, og du vil inden for få timer få tilsendt en mail med login og link til ETHICS. Det er vigtigt, at du er omhyggelig med at angive korrekt e-mailadresse mv., når du opretter dig som bruger. Når du er oprettet som bruger og har modtaget login, kan du begynde selve anmodningen om prækvalifikation.

Selve prækvalifikationsanmodningen:

- Du skal udfylde en prækvalifikationsanmodning samt en tro- og loveerklæring. Det er meget vigtigt, at begge dele udfyldes korrekt.
- Bemærk, at prækvalifikationsmaterialet er opdelt i to grupper: 1. Enkeltstående virksomhed og 2. Konsortium.
- Hvis du søger om prækvalifikation for egen virksomhed - herunder også en hotelkæde der ansøger på vegne af flere hoteller – udfyldes: 'a. Tro- og loveerklæring' og 'b. Anmodning om prækvalifikation for enkeltstående virksomhed' under pkt. 1. Enkeltstående virksomhed.
- Hvis hotellet/hotelkæden er befuldmægtiget/deltager i et konsortium (en gruppe af selvstændige virksomheder, der afgiver et fælles tilbud), skal alle virksomheder i konsortiet udfylde 'a. Tro- og loveerklæring' under pkt. 2. Konsortium. Herudover skal den befuldmægtigede virksomhed udfylde 'b. Anmodning om prækvalifikation for den befuldmægtigede i et konsortium' under pkt. 2. Den/de deltagende virksomhed(er) skal udfylde 'c. Anmodning om prækvalifikation for deltagende virksomhed i et konsortium' under pkt. 2.

...«

Klageren indleverede den 8. september 2008 via hjemmesiden en anmodning om prækvalifikation for 21 kroer og hoteller vedrørende 19 delaftaler. Der blev endvidere indleveret et følgebrev og en tro og love-erklæring. Den indleverede tro og love-erklæring var ikke udfyldt, hverken ved at anføre virksomhedens navn og cvr-nr. (afsnit A. »Generelt«) eller ved i afsnit B. »Oplysning om eventuel ubetalt, forfalden gæld til det offentlige« at markere ved en af følgende muligheder:

»...

- 1) Virksomheden har ikke ubetalt, forfalden gæld til det offentlige.
- 2) Virksomheden har ubetalt, forfalden gæld til det offentlige, men denne gæld overstiger ikke 100.000 kroner (eller tilsvarende beløb i anden valuta).
- 3) Virksomheden har ubetalt, forfalden gæld til det offentlige, og denne gæld overstiger 100.000 kroner (eller tilsvarende beløb i anden valuta).

...«

Det er i selve anmodningen om prækvalifikation pkt. A1. »Virksomhedsoplysninger« anført, at virksomhedens navn er »Danske Kroer & Hoteller«. Under pkt. A4. »Selskabsform« er der en markering i »Anden selskabsform«, og i pkt. A5 er det oplyst, at navnet på konsortiet er »Danske Kroer & Hoteller«. Klageren har under pkt. C1. »Oplysninger om ansøgers erfaringer med hoteldrift de seneste tre år« oplyst følgende:

»Danske Kroer & Hoteller er en frivillig kæde (forening) af 91 hoteller og kroer fordelt over hele landet. Foreningen har eksisteret i mere end 25 år og består af Dansk Kroferie, City Hotels og Classic Hotels.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1-3

Klageren har gjort gældende, at klageren ved et uheld fik vedhæftet en ikke udfyldt tro og love-erklæring, da anmodningen om prækvalifikation blev indleveret til indklagede. Først da klageren ikke blev prækvalificeret, blev klageren bekendt med, at der var mangler ved den indleverede erklæring. Begrundelsen for afvisningen er ikke tilstrækkelig tungtvejende. Klageren har ikke haft til hensigt at undgå at oplyse, om klageren havde ubetalt, forfalden gæld til det offentlige, hvilket indleveringen af den udfyldte erklæring dokumenterer. Der er tale om en så åbenbar indholdsmæssig fejl, at indklagede enten burde have gjort klageren opmærksom på den eller have accepteret en berigtigelse af fejlen.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens anmodning om prækvalifikation med rette er afvist. Klageren havde ikke udfyldt tro og love-erklæring, og anmodningen om prækvalifikation opfyldte derfor ikke udbudsbekendtgørelsens formkrav. Det er en ansøgers eget ansvar at undersøge, hvordan der søges om prækvalifikation, herunder udfylde eventuelle formularer korrekt. Anmodningen om prækvalifikation angiver endvidere at vedrøre et konsortium. Det er derfor uvist for indklagede, om den indleverede udfyldte tro og love-erklæring vedrører klageren eller den/de deltagende virksomheder i et eventuelt konsortium, f.eks. alle de kroer og hoteller, som klageren har nævnt i anmodningen. Det er også uvist, om den manglende

markering i erklæringen betyder, at klageren eller den/de deltagende virksomheder i et eventuelt konsortium har eller ikke har ubetalt, forfalden gæld til det offentlige.

Indklagede har over for påstand 2 gjort gældende, at klageren ikke har godtgjort, at indklagede ville have besluttet at indgå kontrakt med klageren om en rammeaftale, hvis indklagede ikke havde afvist klagerens anmodning om prækvalifikation.

Indklagede har over for påstand 3 gjort gældende, at Klagenævnet ikke har hjemmel til at pålægge indklagede at gennemføre et nyt udbud, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Virksomhederne skulle sammen med anmodningen om prækvalifikation indlevere en tro og love-erklæring med oplysning om virksomhedens navn og cvr-nr. Erklæringens afsnit B. »Oplysning om eventuel ubetalt, forfalden gæld til det offentlige« skulle endvidere udfyldes med en markering ved enten 1) virksomheden har ikke ubetalt, forfalden gæld til det offentlige, 2) virksomheden har ubetalt, forfalden gæld til det offentlige, men denne gæld overstiger ikke 100.000 kroner (eller tilsvarende beløb i anden valuta) eller 3) virksomheden har ubetalt, forfalden gæld til det offentlige, og denne gæld overstiger 100.000 kroner (eller tilsvarende beløb i anden valuta).

Klageren indleverede en tro og love-erklæring sammen med anmodningen om prækvalifikation, men uden at udfylde den med navn, cvr-nr. eller en markering ved 1), 2) eller 3) i erklæringens afsnit B. Da klageren således ikke som krævet oplyste, om klageren eller de virksomheder, som klageren indleverede anmodning om prækvalifikation for, havde ubetalt, forfalden gæld til det offentlige, var indklagede berettiget – og forpligtet - til at afvise klagerens anmodning om prækvalifikation.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2 og 3

Allerede fordi Klagenævnet ikke har taget påstand 1 til følge, tager Klagenævnet ikke påstand 2 og 3 til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkosninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig