

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Suzanne Helsteen,
Gorm K. Elikofer)

J.nr.: 2006-0009366

19. december 2007

K E N D E L S E

HIQ Wise A/S

(advokat Philip Nyholm, København)

mod

Danske Spil A/S

(advokat Søren Staugaard Nielsen, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse af 28. juni 2006 udbød Danske Spil A/S efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) som begrænset udbud rammeaftaler om IT-konsulenttydelser med flere virksomheder på 3 områder (delaftaler). De 3 delaftaler var 1. Body Shopping, 2. Sikkerhed og 3. Teknik, infrastruktur og drift.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 7. september 2006 havde 34 virksomheder anmodet om prækvalifikation fordelt på de 3 delaftaler.

Klageren anmodede om prækvalifikation på delaftale 1, hvor der blev modtaget anmodning om prækvalifikation fra 25 virksomheder, hvoraf 22 virksomheder opfyldte udvælgelseskriterierne.

Den 28. september 2006 besluttede indklagede at prækvalificere følgende virksomheder:

1. Ciber Danmark A/S
2. Topnordic
3. Interim Competance A/S
4. IBM Global Business Services
5. Rambøll Informatik A/S

Den 20. november 2006 indgav klageren, HIQ Wise A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Danske Spil A/S. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med princippet om ligebehandling i Udbudsdirektivets artikel 2 ved den 28. september 2006 at beslutte ikke at prækvalificere klageren med den begrundelse, at klagerens anmodning ikke opfyldte kravene i 2. afsnit i udbudsbekendtgørelsens afsnit III, 2.1 »De økonomiske aktørers personlige forhold, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregister«, uagtet klageren havde opfyldt kravene i 2. afsnit ved som bilag 1 til anmodningen om prækvalifikation at have afgivet en erklæring på tro - og love om de forhold, der er omhandlet i 2. afsnit.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 28. september 2006 om at afvise klagerens anmodning om prækvalifikation.

Påstand 3

Klagenævnet skal påbyde indklagede at gennemføre et nyt udbud af rammeaftalen om IT-konsulentytelser vedrørende Body Shopping.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Udbudsbekendtgørelsen af 28. juni 2007 indeholder følgende vedrørende kontraktens genstand og juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger:

»Tjenesteydelsesaftale

DEL I: Ordregivende myndighed

- I. 1) Navn, adresser og kontakt(er):
 Danske Spil A/S Korsdalsvej 135, Postboks 847, Att.
 Jesper Nordentoft,

.....

Yderligere oplysninger kan fås ved henvendelse til: Se under kontakt(er) ovenfor,

..... ...

DEL II: Kontraktens genstand

II. 1) Beskrivelse

II.1.1) Den ordregivende myndigheds betegnelse for kontrakten:
Rammeaftale om IT-konsulenttydelser.

... ...

II.1.3) Bekendtgørelsen vedrører:

Udarbejdelse af en rammeaftale.

II.1.4) Oplysninger om rammeaftalen:

Rammeaftale med flere aktører.

Antal deltagere i den påtænkte rammeaftale: 15.

Rammeaftalens varighed: År: 2

Anslået værdi af indkøbene i løbet af hele rammeaftalens varighed: Anslået værdi: 20.000.000,00 DKK.

II.1.5) Kortfattet beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/ene:

Danske Spil ønsker at indgå rammeaftaler med flere leverandører om It - konsulenttydelser:

De pågældende konsulenttydelser omfatter bistand inden for følgende 3 opgaveområder (delaftaler):

1. Body shopping

2. Sikkerhed

3. Teknik, infrastruktur og drift.

Der kan afgives tilbud på et eller flere opgaveområder, jf. pkt. II. 1.8.

Opgaveområde 1 (Bodyshopping) omfatter konsulentbistand til projektledelse, systemudvikling samt planlægning og kvalitetssikring, herunder tests.

... ...

Oplysninger vedrørende delaftaler

Delaftale nr. 1

Betegnelse: Body Shopping

1) Kort beskrivelse:

Delaftalen omfatter konsulentbistand til projektledelse, systemudvikling samt planlægning og kvalitetssikring, herunder tests.

...

DEL III: Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger

...

III.2) Betingelser for deltagelse

III.2.1) De økonomiske aktørers personlige forhold, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregister:

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: 1. En erklæring på tro og love

(eventuelt i form af en aktuel serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen) om, hvorvidt tilbudsgiver har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og afgifter og bidrag til sociale sikringsordninger i henhold til retsfor skrifterne i det land, hvor tilbudsgiver er etableret, og i Danmark.

Desuden enten en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som attesterer, at ansøger ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i Udbudsdirektivets art. 45, stk. 2, eller - hvis en serviceattest ikke kan fremlægges, eller ikke kan fremlægges inden ansøgningsfristens udløb - fremlæggelse af den dokumentation, som er anført i Udbudsdirektivets art. 45, stk. 3.

...
 ...
Del IV: Procedurer

- ...
 IV.1.2) Begrænsning af det antal økonomiske aktører, som vil blive opfordret til at afgive tilbud eller deltage:
 Planlagt minimum antal: 5. Maksimum antal: 15
 Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal kandidater: Ordregiver vil ved udvælgelsen lægge vægt på etableringen af det bedst egnede konkurrencefelt, idet der vil blive lagt vægt på de tekniske og finansielle oplysninger, som beskrevet under pkt. III, herunder særligt kvalitetssikring og referencer.
- ...
 IV.2) Tildelingskriterier
 IV.2.1) Tildelingskriterier:
 Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af de kriterier, der er anført i specifikationerne, opfordringen til at afgive bud eller til at forhandle eller i det beskrevende dokument.
- ...
 IV.3.4) Frist for modtagelse af bud eller ansøgninger om deltagelse:
 7.9.2006 – 12:00.
 ...
 ...«

Gilbert Jensen fra klageren sendte den 5. september 2006 kl.13.30 sålydende mail til Jesper Nordentoft:

»... Vedrørende serviceattest om udelukkelsesgrunde

Hej Jan

Som aftalt over telefonen, vil jeg anmode om at få tilsendt den mail, hvor det står beskrevet, hvordan vi får fat i den nødvendige dokumenta-

tion om udelukkelsesgrundene i Udbudsdirektivets art. 45, stk. 2. Som sagt kender de ikke til det i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.
...«

Jesper Nordentoft svarede pr. mail samme dag kl. 14.02:

»Hej Gilbert

Her er den fulde tekst fra art.45. Det fremgår af art 45, stk.3 hvilke former for dokumentation, der kan accepteres.

Andre muligheder er der ikke.«

Herefter fulgte hele artikel 45.

I klagerens anmodning af 7. september 2006 om prækvalifikation vedr. »Rammeaftale om IT-konsulentytelser« til indklagede, fremgår følgende vedrørende opfyldelse af betingelser i forbindelse med kontrakt«:

»...Erklæring på tro og love vedr. betaling af skatter og afgifter samt udelukkelsesgrunde.

For så vidt angår del 1, er der i bilag 1 ligeledes vedlagt en erklæring på tro og love vedr. skatter, afgifter og bidrag til sociale sikringsordninger, da det i henhold til formuleringen i udbudsbekendtgørelsen er tilstrækkeligt.

For så vidt angår del 2, er der i bilag 1 ligeledes vedlagt en erklæring om at HIQ ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i Udbudsdirektivets art 45, stk. 2. Som vi fortolker teksten i udbudsbekendtgørelsen, er det fuldt tilstrækkeligt med en erklæring under ed. Formuleringen i III.2.1 er udformet på en sådan måde, så det er svært at forstå hvad Danske Spil ønsker, så vi har vedlagt den seneste serviceattest i bilag, men HiQ kan også fremskaffe en serviceattest, hvis Danske spil ønsker dette.«

Som bilag 1 er vedlagt en serviceattest dateret 1. oktober 2002.

Af indklagedes indstilling om prækvalifikation fremgår, at fem af de modtagne prækvalifikationsanmodninger, herunder klagerens anmodning ikke opfyldte udvælgelseskriterierne.

Indklagede meddelte den 28. september 2006 klageren:

»... At anmodningen om prækvalifikation må afvises, da den ikke opfylder de formelle betingelser på følgende punkter:

- En erklæring på tro og love (eventuelt i form af en aktuel serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen) om, hvorvidt tilbudsgiver har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og afgifter og bidrag til sociale sikringsordninger i henhold til retsfor skrifterne i det land, hvor tilbudsgiver er etableret, og i Danmark.
- En serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som attesterer at ansøger ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i Udbudsdirektivets art. 45, stk. 2, eller – hvis en serviceattest ikke kan fremlægges eller fremlægges inden ansøgningsfristens udløb – fremlæggelse af den dokumentation, som er anført i Udbudsdirektivets art. 45, stk. 3.

Der er i prækvalifikationsanmodningen vedlagt en serviceattest fra 1. oktober 2002, hvilket ikke opfylder betingelsen om at være aktuel.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede i udbudsbekendtgørelsen skal anføre, hvilke bevismidler der vil blive forlangt dokumentation for, at tilbudsgiverne ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene efter art. 45, stk. 2. Det er i den forbindelse ikke tilstrækkeligt for en udbyder at henvise til artikel 45, stk. 3. Udbudsbekendtgørelsen indeholder således uigen-nemsigtige dokumentationskrav vedrørende dokumentationen til opfyldelse af art. 45, stk. 2. Klageren har derfor gjort gældende, at klageren med rette måtte forstå udbudsmaterialet således, at en tro og love erklæring opfyldte dokumentationskravet, hvilket også er i overensstemmelse med pro-portionalitetsprincippet. Dertil kommer, at en ordlydsfortolkning af udbuds-materialet fører til, at dokumentationskravet kan opfyldes på to måder: enten skal der fremlægges en serviceattest, eller såfremt denne ikke kan skaffes eller i hvert fald ikke indenfor den fastsatte frist, da en tro og love erklæring eller anden dokumentation efter Udbudsdirektivets art. 45, stk. 3. Tro og love erklæringer til opfyldelse af dokumentationskravet efter art. 45 gælder ikke kun for tilbudsgivere fra lande, hvor der ikke udstedes service-attester, idet et sådant prærøgativ ville være uforeneligt med lige-behandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet samt ikke forskels-behandling af økonomiske aktører efter Udbudsdirektivets art. 2. Udbuds-bekendtgørelsens betingelser vedrørende de økonomiske aktørers per-sonlige forhold skal fortolkes indskrænkende og til fordel for klageren og

derfor alene refererende til undtagelsesafsnittet i Udbudsdirektivets art. 45, stk.3, omhandlende anvendelse af tro og love erklæringer. Indklagede har derfor handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip ved ikke for klageren, men for andre at anse dokumentationskravet efter Udbudsbekendtgørelsen for opfyldt. Indklagede var derfor ikke berettiget til at afvise klagerens anmodning om prækvalifikation med den begrundelse, at serviceattest ikke var vedlagt ansøgningen.

Klageren er ikke fremkommet med bemærkninger vedrørende påstand 2 og 3.

Indklagede har for så vidt angår påstand 1 vedrørende klagerens anbringende om, at både serviceattest og tro - og love erklæring hver for sig kan opfylde dokumentationskravet for, at tilbudsgiver ikke befinder sig under konkurs eller lignende gjort gældende, at den af klageren afgivne tro - og love erklæring under alle omstændigheder ikke kan betragtes som tilstrækkelig kvalificeret til at opfylde dokumentationskravet. Tro- og love erklæringens særlige bevismæssige betydning udspringer af, at afgivelse af forkerte oplysninger vil kunne medføre et strafferetligt ansvar. Indenfor udbudsretten er der i bestemte tilfælde særlig hjemmel til straf for afgivelsen af forkerte oplysninger, hvilket gør afgivelsen af oplysninger under loven kvalificerede. Klagerens erklæring efter Udbudsdirektivets art. 45, stk. 2, er ikke forbundet med strafansvar for afgivelse af urigtige erklæringer, ligesom erklæringen ikke indeholder et samtykke til, at Danske Spil kan kontrollere de afgivne oplysninger. Denne del af erklæringen kan derfor ikke betragtes som kvalificeret, hvorfor Danske Spil A/S har været berettiget til ikke at acceptere den. Indklagede har endelig gjort gældende, at erklæringer i Danmark ikke kan afgives under ed.

Udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.1, nr. 1, indeholder en mulighed for anvendelse af tro- og loveerklæringer, men dette er ikke tilfældet for udbudsbekendtgørelsens punkt III, 2.2, nr. 2. Efter den sidstnævnte bestemmelse skal den, der ønsker prækvalifikation, vedlægge en serviceattest, og kan denne ikke fremskaffes, da skal dokumentation som anført i direktivets artikel 45, stk.3, vedlægges. Klageren har ikke dokumenteret, at der ikke var mulighed for at indhente en serviceattest indenfor den fastsatte frist, og indklagede har ved bedømmelsen af anmodningen om prækvalifikation ikke haft grund til at antage, at der forelå en situation, hvor serviceattesten ikke kunne fremskaffes rettidigt. Klageren

burde derfor i god tid inden fremsendelsen af anmodningen om prækvalifikation have sørget for at indhente en serviceattest. Endelig har indklagede gjort gældende, at en ensidig erklæring, der ikke er afgivet under strafansvar, ikke kan udgøre fornøden dokumentation efter udbudsdirektivets art. 45, stk. 3, for ansøgerens opfyldelse af de i art 45, stk 2, indeholdte krav.

Vedrørende påstand 2 har indklagede gjort gældende, at den manglende prækvalifikation af klageren ikke har en sådan karakter, at det kan medføre annullation af indklagedes beslutning om prækvalifikation. Dertil kommer, at klagerens anmodning om prækvalifikation sammenholdt med de prækvalificerede virksomheders anmodninger viser, at klageren, selvom dennes tilbud havde opfyldt betingelserne for prækvalifikation, ikke ville være blevet prækvalificeret. Indklagede bestrider således, at Klagenævnet skal annullere beslutningen om prækvalifikation.

Vedrørende påstand 3 har indklagede gjort gældende, at Klagenævnet efter lov om Klagenævnet for udbud §6, stk.1, ikke har kompetence til at tage denne påstand til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagede stillede i udbudsbekendtgørelsen krav om, at ansøgere om prækvalifikation ikke var omfattet af udelukkelsesgrundene i Udbudsdirektivets art. 45 stk. 2.

Som dokumentation krævede indklagede, for så vidt angår de i art. 45 stk. 2 e) og f) nævnte udelukkelsesgrunde om skatterestancer og restancer med sociale bidrag, en erklæring på tro og love eller en aktuel serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Bestemmelsen må forstås således, at ansøgerne om prækvalifikation havde valget mellem de to nævnte former for dokumentation. Klageren valgte at præstere dokumentationen i form af en tro og love erklæring.

Desuden stillede indklagede i udbudsbekendtgørelsen krav om en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som attesterer, at ansøgere om prækvalifikation ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i art. 45 stk. 2 eller – hvis sådan erklæring ikke kunne fremskaffes inden ansøgningsfristens udløb – den dokumentation, der er nævnt i Udbudsdirektivets artikel 45 stk.3.

Under hensyn til den udtrykkelige bestemmelse om, at dokumentation med hensyn til skatterestancer og restancer med sociale bidrag kunne gives ved en erklæring på tro og love, må udbudsbekendtgørelsen fortolkes således, at kravet om serviceattest eller anden dokumentation som nævnt i artikel 45 stk.3 alene vedrørte de i artikel 45 stk.2, a), b) og c) nævnte udelukkelsesgrunde, og at en erklæring på tro og love ikke var tilstrækkelig dokumentation for, at ansøgere om prækvalifikation ikke var omfattet af disse udelukkelsesgrunde.

Efter artikel 45 stk. 3 kan dokumentation præsteres i form af erklæringer fra offentlig myndighed. Typisk indhentes en serviceattest fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Som grundlag for udstedelse af serviceattester koordinerer Erhvervs- og Selskabsstyrelsen indsamlingen af oplysninger fra andre offentlige myndigheder. Det er herved gjort nemt for ansøgere om prækvalifikation, idet de kan benytte én indgang til det offentlige.

I den foreliggende sag har ansøgere om prækvalifikation udtrykkeligt fået mulighed for i tilfælde, hvor serviceattest ikke kunne fremskaffes inden ansøgningsfristens udløb, at indhente oplysningerne direkte fra de relevante offentlige myndigheder, dog med den lempelse, at indhentning af oplysninger fra offentlig myndighed om restancer vedrørende sociale bidrag og skat kan erstattes af en erklæring på tro og love.

For fuldstændighedens skyld bemærkes, artikel 45 stk. 3 sidste afsnit om beedigede erklæringer ikke er relevant i Danmark, da der er adgang til at få de ønskede erklæringer fra offentlig myndighed.

Klageren har herefter været forpligtet til at fremskaffe erklæringer fra offentlige myndigheder i henhold til art. 45 stk. 3 om de i art. 45 stk. 2, a), b) og c) nævnte udelukkelsesgrunde. Da sådanne erklæringer ikke er præsteret, har indklagedes afvisning af klagers kvalifikationsansøgning været berettiget.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Henset til det, der er anført vedrørende påstand 1, er der ikke grundlag for at annullere indklagedes beslutning af 28. september 2006.

Ad påstand 3

Som følge af det der er anført under påstand 1 og 2 tager Klagenævnet ikke stilling til denne påstand.

Herefter bestemmes

Ad påstand 1 og 2

Klagen vedrørende disse påstande tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Klagenævnet tager ikke stilling til denne påstand.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig