

K E N D E L S E

MCI Copenhagen A/S
ICS A/S
DIS Congress Service A/S og Congrex Sverige AB
BDP A/S og Eventually ApS
(advokat Jens Peter Fabricius, København)

mod

Udenrigsministeriet
(Kammeradvokaten v/advokat Kenneth Elmegaard Borgstrøm)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 54-088772 af 15. marts 2011 udbød indklagede, Udenrigsministeriet, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en tjenesteydelsesaftale om varetagelse af mødere registrering og akkreditering samt tilvejebringelse af og administration af hotelværelser i forbindelse med det danske EU-formandskab i 2012.

Følgende virksomheder, som var blevet prækvalificeret, afgav tilbud inden for tilbudsfristen den 20. juni 2011:

MCI Copenhagen A/S (klager 1)
ICS A/S (klager 2)
Konsortiet DIS Congress Service A/S og Congrex Sverige AB (klager 3)
Konsortiet BDP A/S og Eventually ApS (klager 4) og
Crone & Co. ApS

Den 1. juli 2011 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Crone og Co. ApS.

Den 11. juli 2011 indgav klager 1-4 (samlet betegnet klagerne i det følgende) klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Udenrigsministeriet.

Klagerne fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 25. juli 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet klagenævnet hverken fandt betingelsen om »fumus boni juris« eller betingelsen om uopsættelighed opfyldt.

Indklagede har indgået kontrakt med Crone & Co. ApS den 29. juli 2011.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klagerne har endeligt nedlagt følgende påstande:

Påstand 1 (nedlægges alene af klager 2 og 3)

Klagenævnet skal konstatere, at Udenrigsministeriet har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt det EU-retlige proportionalitetsprincip ved at anse tilbuddene fra klager 2, ICS A/S, og klager 3, Konsortiet DIS Congress Service A/S og Congrex Sverige AB, for ukonditionsmæssige.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Udenrigsministeriet har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at anse tilbuddet fra Crone & Co ApS for konditionsmæssigt.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutninger om:

- (i) at udelukke klagerne,
- (ii) at tildele kontrakten til Crone & Co ApS.

Påstand 4 (subsidiær til påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede skulle have annulleret udbuddet og ladet det gå om.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelsernes punkt 5 om »Forbehold og mindstekrav« anføres:

»Der kan ikke tages forbehold for grundlæggende eller ufravigelige udbudsbetingelser og krav.

...

Mindstekrav

Tilbudsgiver skal være opmærksom på, at udbudsmaterialet indeholder en række mindstekrav. Et mindstekrav er et krav, som ubetinget skal opfyldes/overholdes, idet fravigelser fra kravet ikke accepteres. Der kan med andre ord ikke tages forbehold over for krav, som er gjort til mindstekrav.

Tilbud, der ikke overholder samtlige mindstekrav (såkaldte ukonditionsmæssige tilbud) vil således blive afvist.

I det følgende er angivet, hvorvidt krav og bestemmelser i udbudsmaterialet er mindstekrav, eller om tilbudsgiveren kan tage forbehold.

...

Udkast til bilag 1-20

I hvert bilag er det direkte angivet, hvorvidt krav er mindstekrav, som tilbudsgiver ikke kan tage forbehold over for. Manglende opfyldelse mindstekrav vil medføre afvisning af tilbuddet.

...«

Afvisningen af klager 2's tilbud som ukonditionsmæssigt

I bilag 5 »Hotelindkvartering« til kontraktudkastet i udbudsbetingelserne er blandt angivet følgende »Mindstekrav«:

»47: Ved A og B møder skal tilbudsgiveren udarbejde en »skyggebooking« for indkvartering af ministre og delegerede.«

Klager 2 har i besvarelsen af mindstekrav 47 i sit tilbud angivet:

»ICS/KK foretager »skyggebookinger« på hoteller for specielle VIP deltagere i A og B møder. Dette er i øvrigt normal procedure for ICS/KK ved større konferencer. ICS/KK har tilsvarende bl.a. håndteret tilsvarende møder med Bill Clinton o.a.«

I resuméet i tilbuddet har klager 2 angivet:

»ICS/KK har i opgavebeskrivelsen opfyldt og løst alle Udenrigsministeriets mindstekrav såvel som krav, og har således ikke taget noget forbehold i forhold til udkast til aftale og bilag 1 – 20.«

Indklagede afviste ved mailbrev af 1. juli 2011 tilbuddet som ukonditionsmæssigt med den begrundelse, at besvarelsen strider mod mindstekrav 47.

Afvisningen af klager 3's tilbud som ukonditionsmæssigt

I bilag 3 »Registrering og adgangskort« til kontraktudkastet i udbudsbetingelserne anføres blandt andet:

»Mindstekrav:

...

17: Tilbudsgiveren skal elektronisk registrere deltagere til D møder/aktiviteter og støttepersonel, således at de indgår i databasen med stamoplysninger, jf. bilag 7.

...«

I bilag 7: Detaljeret oversigt over stamoplysninger« er det blandt andet angivet:

»Nedenstående oversigt over stamoplysninger skal registreres for hver enkel person i den pågældende deltagerkategori. Bilaget er inddelt således, at det passer til de overordnede deltagerkategorier: Delegationer, tolke, presse, støttepersonel. For delegationer sondres mellem stamdata for A + B og C møder. Der sondres ikke mellem mødetype for pressen tolke og støttepersoner. Derudover er der ved D-aktiviteter krav om møderegistrering...

Der skelnes mellem selvindtastede informationer foretaget af delegerede, tolke og pressen og data indtastet af Udenrigsministeriet eller andre myndigheder. Tilbudsgiver har pligt til at sørge for, at al stamdata markeret som »obligatorisk« er indført fyldestgørende, jf. specifikationerne nedenfor. Det er tilbudsgivers opgave at registrere støttepersonel og deltagere ved D-aktiviteter.

...

Markeringer

(stjernen ved overskrift gælder for hele afsnittet).

* Obligatoriske stamdata der skal registreres. Det er tilbudsgivers ansvar at indhente og indføre manglende oplysninger

** Data som registreres af Udenrigsministeriet, den delegerede eller anden relevant myndighed med adgang til IT-værktøjet

*** Indtastes af tilbudsgiver

...

A og B møder: Delegationer

Personlige oplysninger*

...

A, B og C møder: Støttepersonale

Om støttepersonale skal registreres nedenstående oplysninger. Oplysningerne indtastes af tilbudsgiver baseret på lister leveret af politiet.

Personlige oplysninger***

[alle de herefter oplyste yderligere datakategorier er ligeledes markeret med ***]

...

D-aktiviteter

(Informationer registreres af tilbudsgiver)

Personlige oplysninger*

...

Foto*

(only if required by the Police)

...«

I klager 3's tilbud er det i besvarelsen af mindstekrav 17 i bilag 3 anført:

»Deltagere i D-møder vil på samme måde som deltagerne i A, B, og C møder kunne registrere sig online gennem vores system.«

Indklagede har ved mailbrev af 1. juli 2011 afvist tilbuddet som ukonditionsmæssigt med den begrundelse, at besvarelsen strider mod mindstekrav 47.

Tilbuddet fra Crone & Co. ApS

I bilag 2 »Mødeafholdelse ved A, B og C mødes« til kontraktudkastet i udbudsbetingelserne anføres blandt andet:

»Krav:

14. Tilbudsgiveren skal udarbejde en plan for håndtering af A, B og C møder. Tilbudsgiveren bedes redegøre for: Opgaveforståelse for hele processen fra planlægning over implementering til sidste øjeblikks løsninger for både hotel og registreringsmodulet

i forhold til serviceniveau på drift og akkrediteringscentrene, forventet bemanning, effektivitet, nødplaner og fleksibilitet.«

Med hensyn til dette krav har Crone & Co ApS i sit tilbud anført:

»Driftcenter

Driftcenteret håndterer både A, B, C og D møder.

...

I samråd med Udenrigsministeriet og en mere eksakt endelig viden om mødedeltagerantal, antallet af samtidige møder og deraf afledes viden om peakbelastninger vurderes det, at der i perioder kan blive behov for 1-2 personer mere end medtaget i budgetforudsætningerne (bilag 17). Men baseret på de i udbuddet givne informationer er det anførte tilstrækkeligt.«

Som nævnt indeholder bilag 5 »Hotelindkvartering« et mindstekrav nr. 47 om, at tilbudsgiveren ved A og B møder skal udarbejde en »skyggebooking« for indkvartering af ministre og delegerede. Desuden fremgår af mindstekrav nr. 46 i samme bilag:

»Tilbudsgiveren skal samarbejde med værtsministerierne/Udenrigsministeriet om den rette placering af mødedeltagerne. For møder med sikkerhed skal fordelingen af hoteller og værelser fordeles efter PET's og Udenrigsministeriets Protokol's forskrifter.«

Mindstekrav 47 er i Crone & Co ApS tilbud besvaret som følger:

»Ja

I samarbejde med PET udarbejder vi den mest hensigtsmæssige metode til at udarbejde skyggebookinger for indkvartering af ministre og delegerede.«

Det fremgår af mindstekrav nr. 61 bilag 5 til kontraktudkastet i udbudsbetingelserne:

»61. Priser på alle tilbudte værelser må ikke overstige listepreiser.«

I tilbuddet fra Crone & Co. ApS hedder det herom:

»Alle hotelaftaler er billigere eller er lig med listepriser. Vi har ved henvendelserne til hotellerne oplyst, at der vil blive brugt de hoteller med de laveste priser.

Jvnf. ovenfor forestår der rige forhandlingsmuligheder, og en lang række af hotellerne har valgt at afvente vinderen af udbuddet før de agter at indgå i egentlige forhandlinger om pris, betingelser m.v.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klager 2 og klager 3 har gjort gældende, at indklagedes afvisning af tilbuddene som ukonditionsmæssige beror på en fejlagtig forståelse af tilbuddene som stridende mod minimumskrav i udbudsbetingelserne. Det er forfejlet, når indklagede ud fra en modsætningsslutning og en usikker fortolkning når frem til, at når teksten i tilbuddene ikke er identisk med det, som står i udbudsbetingelserne, er dette udtryk for, at klagerne ikke vil leve op til mindstekravene.

Klager 2 har yderligere gjort gældende, at afvisningen beror på indklagedes uberettigede snævre forståelse af begrebet »specielle VIP deltagere« som synonymt med Bill Clinton personligt.

Klager 3 har gjort gældende, at når det i bilag 7 til kontraktudkastet ud for »Personlige oplysninger« om D-aktiviteter er anført et * må dette, jf. den indledende forklaring på stjerneangivelserne, betyde, at deltagerne selv kan indtaste oplysningerne, når blot tilbudsgiveren sikrer, at alle oplysninger er registreret. Dette følger også af den indledende forklaring på ***, hvorefter *** betyder »Indtastes af tilbudsgiver«. Når klager 3 derfor i sit tilbud har angivet, at registreringen til D-møder vil kunne ske på samme måde som til A, B og C møder, skyldes det, at indklagede i det nævnte bilag har markeret alle møder med en stjerne. At indklagede visse steder i bilag 7, herunder i en parentes under D-aktiviteter har anført, at oplysningerne skal »registreres« af tilbudsgiveren, kan ikke forstås sådan, at data skal »indtastes« af tilbudsgiveren, for det er ikke det, der står. Undladelsen af at nævne støttepersonel i besvarelsen i tilbuddet bevirker ikke, at tilbuddet er ukonditionsmæssigt. Der må i den forbindelse lægges vægt på den uklare formulering af mindstekravet. Desuden henvises der i besvarelsen til, at

registrering vil ske på samme måde som til A, B og C møder, hvor støttepersonel er omtalt.

Tilbuddene fra klager 2 og klager 3 var dermed begge konditionsmæssige og påstanden skal derfor tages til følge.

Indklagede har gjort gældende, at der i overensstemmelse med klagenævnets kendelse om opsættende virkning ikke er grundlag for at tage denne påstand til følge. Om klager 3's manglende opfyldelse af mindstekrav 17 har indklagede yderligere bemærket, at der i mindstekravet sondres mellem to vidt forskellige persongrupper henholdsvis deltagere til D-møder/-aktiviteter og på den anden side støttepersonel. I klager 3's besvarelse omtales alene møde-/aktivitetsdeltagere, medens støttepersonel slet ikke omtales. Angivelsen af »på samme som til A, B og C« refererer til persongruppen »Deltagere til D møder/aktiviteter«. Indklagede kunne derfor ikke gå ud fra, at klager 3 også ville registrere støttepersonel. Der fremgår klart og tydeligt, at mindstekrav 17 og kontraktudkastets bilag 7, at registrering af støttepersonel skulle ske ved indtastning af tilbudsgiveren selv. Der har således ikke været den af klager 3 påberåbte uklarhed.

Ad påstand 2

Klagerne har gjort gældende, at Crone & Co. ApS har taget forbehold for krav 14 i deres pristilbud ved det anførte om, at der kan blive behov for flere personer end anført i prisdelen af tilbuddet (bilag 17). Tilbuddet skulle derfor have været afvist. Det anførte om samarbejde med PET om skyggebookinger er desuden en fravigelse af mindstekrav nr. 46 om skyggebookinger, som også betyder, at tilbuddet skulle have været afvist. Angivelsen af, at Crone & Co. ApS har oplyst over for hotellerne, at der vil blive brugt de hoteller med de laveste priser, er udtryk for en fravigelse af mindstekrav 61 om, at prisen for hotelværelser ikke må overstige listepriiser, og betyder desuden, at tilbudsgiveren afskærer sig fra at benytte de sikkerhedshoteller, som PET kræver. Tilbuddet skulle tillige af denne grund have været afvist.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er de af klagerne påståede afvigelser fra og forbehold for mindstekrav i Crone & Co. ApS' tilbud. Klagerne kan kun nå frem til, at der er tale om afvigelser og forbehold, fordi klagerne undlader at tage væsentlige dele af besvarelsene i tilbuddet i

betragtning. For så vidt angår mindstekrav 47 fremgår det således udtrykkeligt af besvarelsen, at Crone & Co. ApS svarer »Ja« til mindstekravet, hvilket sidste led af besvarelsen, som blot er en oplysning om metode for løsning af opgaven, heller ikke rejser tvivl om. Med hensyn til mindstekrav 61 indeholder første led af Crone & Co. ApS' besvarelse en direkte bekræftelse på mindstekravet om, at alle hotelaftaler er billigere end listepreiser. Mindstekrav 61 indeholder ikke krav om benyttelse af bestemte hoteller af sikkerhedsmæssige årsager, og det i besvarelsen anførte strider i øvrigt heller ikke mod mindstekrav 46.

Det klagerne har anført om, at der er taget forbehold for krav 14, beror ligeledes på en fejltolkning af det konkurrerende tilbud, som undlader at tage hensyn til sidste led i besvarelsen, hvorefter den tilbudte bemanning »baseret på i udbuddet givne informationer« er tilstrækkelig. Hertil kommer, at der ikke er tale om et mindstekrav.

Ad påstand 3

Klagerne har gjort gældende, at der efter karakteren af de begåede overtrædelser skal ske annulation.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for annulation.

Ad påstand 4 (subsidiær til påstand 3)

Klagerne har til støtte for den subsidiære påstand gjort gældende, at indklagede i stedet for at tildele kontrakten til den ifølge indklagede eneste tilbudsgiver, som havde afgivet et konditionsmæssigt tilbud, skulle have annulleret udbuddet og foranstaltet et nyt udbud. Klagerne har videre anført, at undladelsen heraf strider mod hensynet til effektiv konkurrence, som ligger til grund for udbudsreglerne, og at indklagede dermed har handlet i strid med udbudsreglerne.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er noget udbudsretligt grundlag for klagernes påstand. Hertil kommer, at der har været en effektiv konkurrence ved afgivelsen af tilbud.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

I klagenævnets kendelse om opsættende virkning anføres:

»Klager 2, ICS A/S', besvarelse af mindstekrav 47 i bilag 5, hvorefter der alene vil ske »skyggebookinger« af »specielle VIP deltagere« i A og B møder, medens der ifølge mindstekravet kræves sådan booking for »ministre og delegerede«, fremstår umiddelbart som en fravigelse af mindstekravet. Besvarelsen giver under alle omstændigheder anledning til betydelig usikkerhed om forståelsen. Efter en umiddelbar vurdering var indklagede således både forpligtet og berettiget til at undlade at tage klager 2's tilbud i betragtning. Det ændrer ikke herpå, at klageren i resuméet af tilbuddet generelt har angivet at have opfyldt alle mindstekrav. Det bemærkes herved, at risikoen for, at en uklar formulering i tilbuddet fører til, at der opstår tvivl om betydningen og rækkevidden af det anførte, påhviler tilbudsgiveren. Betingelse nr. 1 er dermed ikke opfyldt i forhold til klager 2.

Med hensyn til afvisningen af tilbuddet fra klager 3, DIS Congress Service A/S' og Congrex Sverige AB, er udbudsbetingelsernes krav til registrering af D-aktiviteter og støttepersonel ikke klare. Efter formuleringen af mindstekravet 17 til bilag 3 er det således ikke klart, om kravet om registrering af støttepersonel gælder generelt eller om det støttepersonel, der henvises til i krav 17, kun er støttepersonel til D-møder/-aktiviteter. Risikoen for denne usikkerhed påhviler indklagede. Kravet må derfor forstås sådan, at mindstekrav 17 alene vedrører delegerede m.v. og støttepersonel til D-møder/-aktiviteter. Kravene til registreringen er ligeledes uklare. På den ene side anføres det således både i mindstekravet i bilag 3, punkt 17, og flere steder i bilag 7, at tilbudsgiveren skal »registrere støttepersonel og deltagere ved D-aktiviteter« og at »Informationer [vedrørende D-aktiviteter] registreres af tilbudsgiver«. Samtidig er de oplysninger, der angives under overskriften »D-aktiviteter« i bilag 7 markeret med *, hvilket ifølge definitionen i bilaget betyder, at der er tale om stamdata, som skal registreres, og at tilbudsgiver har ansvaret at indhente og indføre manglende oplysninger, men at der ikke (nødvendigvis)[, at] er tale om data, som skal indtastes af tilbudsgiver. Risikoen for heraf følgende usikkerhed om forståelse af mindstekrav 17 og bilag 7 påhviler indklagede.

Mindstekrav 17 sammenholdt med bilag 7 må på den baggrund forstås sådan, at tilbudsgiveren skal sikre registrering af data, herunder angående støttepersonel, der er anført i bilag 7 angående D-aktiviteter og selv indhente dem, hvis de mangler, men at tilbudsgiveren ikke er udelukket

fra i muligt omfang at lade delegerede m.fl. og støttepersonel selv foretage de fornødne indtastninger.

I besvarelsen fra klager 3, DIS Congress Service A/S og Congrex Sverige AB, af mindstekrav 17 i bilag 3, nævnes intet om, hvordan der forholdes med støttepersonel. Der gives heller ikke tilsagn om, at klageren om nødvendigt selv indhenter og indtaster manglende oplysninger. Formuleringen kan dermed nærliggende forstås som en fravigelse af krav 17 i bilag 3, jf. bilag 7, (som dette krav, jf. det ovenfor anførte, må forstås) og giver under alle omstændigheder anledning til ikke ubetydelig usikkerhed. Indklagede var dermed både forpligtet og berettiget til at undlade at tage klager 3's tilbud i betragtning. Det bemærkes herved på ny, at risikoen for, at en uklar formulering i tilbuddet fører til, at der opstår tvivl om betydningen og rækkevidden af det anførte, påhviler tilbudsgiveren. Betingelse nr. 1 er dermed heller ikke opfyldt i forhold til klager 3.«

Af de i kendelsen anførte grunde tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 2

Besvarelsene i Crone & Co. ApS' tilbud på mindstekrav 47 samt 61 kan efter deres ordlyd ikke forstås som afvigelser fra eller forbehold for mindstekravene eller af mindstekrav 46. Besvarelsen af krav nr. 14 kan heller ikke forstås som en fravigelse eller et forbehold, hvortil kommer, at der ikke er tale om et mindstekrav, som ifølge udbudsbetingelserne ubetinget skal overholdes.

Påstanden tages dermed ikke til følge.

Ad påstand 3

Da hverken påstand 1 eller 2 er taget til følge tages påstandene om annulation ikke til følge.

Ad påstand 4 (subsidiær til de øvrige påstande)

Som anført i klagenævnets kendelse om opsættende virkning har ordregivere ikke pligt til at foretage annulation og genudbud i et tilfælde som dette, hvor der kun modtages ét konditions-mæssigt tilbud.

Påstanden tages ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Nielsen
kontorfuldmægtig