

Klagenævnet for Udbud

(Erik P. Bentzen, Trine Heidemann Garde, Thomas Grønkær)

J.nr.: 2008-0017680

10. marts 2009

K E N D E L S E

Munkebjerg Hotel A/S
(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.

Denne klagesag vedrører alene delaftale 17. »Hotelophold i Vejle«.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 12. september 2008 havde følgende virksomheder anmodet om prækvalifikation vedrørende delaftale 17. »Hotelophold i Vejle«:

1. Best Western Torvehallerne
2. Danske Kroer & Hoteller, Hotel Hedegaarden
3. Danske Kroer & Hoteller, Bredal Kro
4. Munkebjerg Hotel A/S
5. Scandic Hotel A/S, Scandic Jacob Gade
6. Rezidor Hotels ApS Danmark, Park Inn Vejle

Virksomhederne indsendte anmodningerne elektronisk via en hjemmeside, som Økonomistyrelsen havde oprettet i forbindelse med udbuddet.

Ved brev af 19. september 2008 til Munkebjerg Hotel A/S meddelte Økonomistyrelsen, at Munkebjerg Hotel A/S ikke var blevet prækvalificeret til at afgive tilbud. Begrundelsen var, at Munkebjerg Hotel A/S i tro og loveklæringen, der var indleveret sammen med anmodningen om prækvalifikation, ikke havde anført, om virksomheden havde eventuel ubetalt, forfalden gæld til det offentlige.

Den 25. september 2008 indgav klageren, Munkebjerg Hotel A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Økonomistyrelsen. Klagen har været behandlet skriftligt.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved at kræve, at anmodningen om prækvalifikation kun kunne indleveres elektronisk via en særlig hjemmeside, uanset at det ikke var muligt at indsende den elektroniske anmodning om prækvalifikation fra klagerens computer, hvor styresystemet Windows Alta Vista fra Microsoft var installeret, hvilket indklagede ikke havde gjort opmærksom på.

Påstand 2

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 bagatelagtig fejl, at tro og love-erklæringen ikke var udfyldt.

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.«

Under udbudsbekendtgørelsen pkt. III.2.3) »Teknisk kapacitet« fremgår bl.a.:

»Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: - Ansøger skal oplyse, hvor mange enkelt- og dobbeltværelser af mellemklasse eller højere standard, ansøger råder over inden for den/de delaftale/r, ansøger søger om at blive prækvalificeret til. Det oplyste antal værelser skal leve op til de i punkt II.5.5) anførte krav«

Af udbudsbekendtgørelsen pkt. VI.3) »Yderligere oplysninger« fremgår det bl.a.:

»... Afgivelse af anmodning og efterfølgende tilbud kan kun ske elektronisk via en særlig hjemmeside, der indeholder de fornødne faciliteter til den elektroniske afgivelse af virksomhedens anmodning/tilbud. – Adgangen til denne særlige hjemmeside sker via hjemmesiden www.statensindkob.dk under menupunktet »Udbud«. For adgang til anmodning om prækvalifikation skal virksomheden for at ansøge om prækvalifikationen klikke på »prækvalifikation« og på »hotelophold« og kommer herefter til den særlige hjemmeside, hvor virksomheden via

menupunktet »Tilmelding« kan få tildelt brugernavn og adgangskode. – Afgivelse af anmodning om prækvalifikation forudsætter, at virksomheden har installeret programmet Adobe Acrobat (version 6.0 eller nyere version). ...«

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 »Tilmelding«. 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.

...

- 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.

...

Afslutning af prækvalifikationsanmodning

- På udbudshjemmesiden findes vejledning til, hvordan prækvalifikationsanmodningen afsluttes.«

På udbudshjemmesiden ETHICS under menupunktet »Generelt vedrørende elektronisk afgivelse af anmodning om prækvalifikation« fremgår følgende:

»...

Anmodningens indhold og fremsendelse

I relation til denne udbudsforretning er det muligt at anmode om prækvalifikation i en af de under menupunktet »Prækvalifikationsmateriale« anførte leverandørkategorier.

Der kan kun afgives anmodning i én af kategorierne. Anmodningen om prækvalifikation skal indeholde:

- det udfyldte dokument for den valgte leverandørkategori (eksempelvis »enkeltstående virksomhed«), der indeholder de i bekendtgørelsens punkt III.2) krævede oplysninger,
 - den udfyldte tro- og loveerklæring
 - et følgebrev, jf. menupunktet »Afslut anmodning«.
- ...«

Under menupunktet »Prækvalifikationsmateriale« fremgår under »Vejledning« følgende:

»Vælg den relevante leverandørkategori (eksempelvis »enkeltstående virksomhed«).

- Download filerne ved at højreklikke på hvert dokument, klik »Gem destination som ...« og udfyld feltet »Gem i ...«. Filerne ligger nu på virksomhedens eget edb-system.
- Udfyld dokumenterne og fremskaf krævede dokumentation.
- Signering af PDF-dokumenter med signaturfelt (tro- og loveerklæring og det via »Afslut Anmodning« dannede følgebrev) skal ske i overensstemmelse med de under menupunktet »Vejledning« anførte.
- Fremsendelse af virksomhedens anmodning bestående af dokumenter, herunder tro- og loveerklæring, sker via menupunktet »Send anmodning« samt menupunktet »Afslut Anmodning«, som indeholder virksomhedens endelige og samlede bekræftelse af anmodningen. ...
- Under menupunktet »Afleveringsstatus« findes en oversigt over det samlede anmodningsmateriale, virksomheden har fremsendt inden anmodningsfristens udløb.

- For at kunne læse og udfylde dokumenter i Word og/eller Excel format er det nødvendigt at have de relevante programmer installeret på computeren.
- For at kunne udfylde, gemme og signere dokumenter i PDF-format skal der på virksomhedens computer være installeret Adobe Acrobat (version 6.0 eller nyere version). Acrobat Reader kan ikke anvendes til dette formål.

...«

Menupunktet indeholder herefter link til dels tro og love-erklæring, dels anmodning om prækvalifikation for enkeltstående virksomhed.

Under menupunktet »Send Anmodning« er der en vejledning i, hvordan ansøgeren skal sende anmodningen til indklagede.

På hjemmesiden under menupunktet »Vejledning«, afsnittet »Hyppigt stillede spørgsmål«, er der i besvarelsen af spørgsmål 1 og 2 henvisning til, at Adobe Acrobat (version 6.0 eller højere) skal anvendes, og der er endvidere et link til Adobes hjemmeside, hvor det er muligt at downloade en gratis prøveversion af Adobe Acrobat i 30 dage. På Adobes hjemmeside fremgår bl.a., hvilket styresystem der skal være installeret på computeren, for at prøveversionen kan downloades.

Klageren indleverede via hjemmesiden anmodning om prækvalifikation, tro og love-erklæring og følgebrev. Det hele blev indleveret i 2 eksemplarer. De indleverede tro og love-erklæringer var ikke udfyldt for så vidt angik afsnit B. »Oplysning om eventuel ubetalt, forfalden gæld til det offentlige«, hvor der skulle have været sat en markering 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).

...«

I anmodningen om prækvalifikationen havde klageren anført navn og adresse på hotellet og under punkt A5. »Specifikation af prækvalifikationsanmodning« sat markering ved »Delaftale nr. 17: Hotelophold i Vejle (postnr.

7100 og 7120)«. Klageren havde ikke udfyldt rubrikken, hvor hotelnavn, adresse samt antal af værelser skulle anføres.

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 2

Klageren har gjort gældende, at klageren forsøgte at indlevere anmodningen om prækvalifikation fra egen computer, hvor Windows Alta Vista, som er Microsofts seneste udgave af sit styresystem, var installeret. Det var ikke muligt at indlevere anmodningen, idet indklagedes software ikke var kompatibelt med Windows Alta Vista. Dette burde indklagede have gjort tydeligt opmærksom på. Problemerne blev kun løst ved, at klageren fandt og benyttede en computer med et ældre styresystem fra Microsoft. Den opståede travlhed med softwareproblemerne medførte, at klageren ved en fejl ikke fik udfyldt tro og love-erklæringen, hvilket dog må betegnes som et bagatelagtigt forhold.

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. Indklagede havde også grundlag for at afvise klagerens anmodning som følge af, at klageren ikke havde givet oplysninger om antallet af værelser. Det er en ansøgers eget ansvar at undersøge, hvordan der søges om prækvalifikation. Proceduren for prækvalifikation var nøje beskrevet på hjemmesiden, og problemerne med at udfylde og indsende ansøgningen må tilskrives klageren selv.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Anmodningen om prækvalifikation skulle indleveres via en særlig hjemmeside. Det var både i udbudsbekendtgørelsen og på hjemmesiden beskrevet, hvordan anmodningen skulle udfyldes, herunder at det var en forudsætning, at der på ansøgerens computer var installeret Adobe Acrobat (version 6.0

eller nyere version). Da indklagede derved har oplyst, hvilket software en ansøger skulle have installeret på sin computer for elektronisk at kunne indlevere anmodningen om prækvalifikation, da det er en ansøgers eget ansvar at sikre sig, at kravene til software i den forbindelse er opfyldt, og da klageren rent faktisk fik indleveret anmodningen rettidigt, tager Klagenævnet ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2

Sammen med anmodningen om prækvalifikation skulle virksomhederne indlevere en tro og love-erklæring med besvarelse af afsnit B. »Oplysning om eventuel ubetalt, forfalden gæld til det offentlige« ved 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 tro og love-erklæring sammen med anmodningen om prækvalifikation, men uden markering ved 1), 2) eller 3). Da klageren således ikke som krævet oplyste, om klageren havde ubetalt, forfalden gæld til det offentlige, og da den manglende oplysning ikke kan betegnes som bagatelagtig, var indklagede berettiget – og forpligtet - til at afvise klagerens anmodning om prækvalifikation.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig