

K E N D E L S E

Noe Net A/S
(selv)

mod

Sikkerhedsstyrelsen
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 157-261409 af 15. august 2011 udbød Sikkerhedsstyrelsen (indklagede) som begrænset udbud efter direktiv 2014/18/EF (udbudsdirektivet) udførelse af tilsyn (stikprøver) vedrørende elinstallationer i forbindelse med kampagneindsatser i de 3 tilsynsregioner. Kontrakten skulle løbe fra 1. januar 2012 til udgangen af 2013, men med mulighed for forlængelse i 1 år. Fristen for anmodning om prækvalifikation var fastsat til den 15. september 2011.

NOE Net A/S (klageren) anmodede den 14. september 2011 om prækvalifikation. I brev af 29. september 2011 meddelte indklagede, at klagerens anmodning var afslået, da klageren ikke samtidig med sin anmodning om prækvalifikation havde vedlagt en serviceattest, som indklagede først modtog den 22. september 2011.

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, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at have set bort fra klagerens anmodning om prækvalifikation, fordi en serviceattest ikke var vedlagt anmodningen om prækvali-

fikation, idet en medarbejder hos indklagede havde oplyst, at serviceattesten kunne eftersendes.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om ikke at prækvalificere klageren.

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

Den 11. oktober 2011 indgav klageren, Noe Net A/S klage til klagenævnet for Udbud over indklagede, Sikkerhedsstyrelsen. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Klagenævnet har den 8. november 2011 afsagt kendelse om at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Sagens nærmere omstændigheder

Det var efter udbudsbekendtgørelsens punkt III. 2. 2) et mindstekrav for at opnå prækvalifikation, at anmodningen var vedlagt en serviceattest i henhold til udbudsdirektivet. I udbudsbetingelserne blev dette mindstekrav (»minimumskrav«) gentaget og det hedder videre:

»Tjenesteydere, der ikke opfylder ovennævnte minimumskrav og ikke afgiver ovennævnte minimumsoplysninger, vil ikke blive opfordret til at afgive bud.«

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at indklagedes kontaktperson var fuldmægtig Anders Aaselund Høier, hos hvem yderligere oplysninger kunne fås, og til hvem tilbud og ansøgninger skulle sendes til.

Klagerens anmodning af 14. september 2011 om prækvalifikation var ikke vedlagt serviceattest, men en kopi af en anmodning om serviceattest af 9. september 2011 og tro og love erklæringer. Klageren anførte herom:

»...

Serviceattesten er ikke vedlagt eftersom svarfristen er op til 14 dage. Det kan i denne sammenhæng anføres at bestillingsproceduren er ændret fra tidligere, hvorfor den udelukkende kan fremskaffes via digital

anmodning og ikke ved direkte henvendelse. Så snart serviceattesten foreligger, vil den blive fremsendt. Der vedlægges dokumentation for rekvirering af serviceattest. ...«

Klageren har oplyst, at serviceattesten blev rekvireret 9. september 2011 kl. 14.19. Det anføres i klagen om det videre forløb:

»Da vi søgte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om serviceattesten fik NOE at vide, at der kunne gå op til 14 dage inden attesten kunne fremskaffes. Dette ville medføre, at serviceattesten ikke kunne leveres til tiden i forhold til udbudsbrevet.

Derfor kontaktede NOEs tilsynsførende Johannes Kristensen straks telefonisk Sikkerhedsstyrelsens inspektør Brian Grau Andersen, som er NOEs daglige kontaktperson vedrørende spørgsmål om tilsynsordningen ... med henblik på at få at vide, hvorvidt det var i orden blot at sende kvitteringen for bestillingen af serviceattesten med ansøgningen om prækvalifikation og midlertidigt redegøre for de forhold som serviceattesten omfatter.

Ved telefonsamtalen med Brian Grau Andersen blev Johannes Kristensen bekræftet i denne opfattelse, at det var et mindre problem og NOE foretog sig derfor ikke noget ekstra ordinært for at fremskaffe attesten ... jf. at vi fik den opfattelse at den fremgangsmåde vi foreslog i stedet var i orden. NOE blev dermed forhindret i at fremskaffe serviceattesten ved en ekstraordinær indsats over for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. ...

Den 22. september 2011 sendte vi den originale serviceattest ...«

Indklagede har fremlagt et telefonnotat af 8. september 2011 udarbejdet af Brian Grau Andersen. Det er heri anført:

» ...

Direkte adspurgt oplyser Johannes [Kristensen] at årsagen til at NOE ikke kan vedlægge serviceattesten er, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har problemer med at udskrive den.

Jeg oplyser at: idet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke kan nå at udskrive attesten rettidigt ikke skal gå ud over NOE, da Johannes med baggrund i det oplyste angiver, at fejlen alene ligger ved Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Jeg betragter det som force majeure.

Johannes skal i prækvalifikationsmaterialet vedlægge dokumentation for, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har de omtalte problemer. Evt. i form af en mail korrespondance mellem dem.

Efterfølgende orienteres Anders om samtalen og indholdet.«

Den nævnte Anders må være fuldmægtig Anders Aaselund Høier, der i udbudsbekendtgørelsen er anført som kontaktperson.

Klageren har om sin forståelse af telefonsamtalen anført:

»I telefonsamtalen med Brian Grau Andersen forklarede denne, at NOE kunne sende en begrundelse og dokumentation på, hvorfor NOE ikke kunne fremskaffe den originale Serviceattest til tiden, og at vi i øvrigt overholdt vores forpligtelser på en underskrevet tro og love erklæring, som anvendt ved tidligere udbud i 2007. NOE skulle så sende den originale Serviceattest til Sikkerhedsstyrelsen, så snart denne forelå.
... «

I brev af 29. september 2011 afviste indklagede en anden tilbudsgivers anmodning om prækvalifikation, da serviceattest ikke var vedlagt anmodningen.

Parternes anbringender

Klageren har gjort gældende, at klageren har vedlagt de oplysninger, som blev aftalt med Brian Grau Andersen, og har derfor ikke haft nogen anledning til at anmode Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at fremsende en serviceattest i en form for hastebehandling. Klageren har ikke ved sin henvendelse til Brian Andersen på nogen måde forsøgt at omgå den kontaktperson, der var anført i udbudsbekendtgørelsen, men har blot rettet henvendelse til en medarbejder, som man antog kunne tage stilling til det opståede formelle og praktiske problem. Klageren har fået en egentlig tilladelse til den mindre væsentlige og meget kortvarige forsinkelse med fremsendelse af serviceattesten. Ordregiveren har i medfør af bekendtgørelsen nr. 712 af 5. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, § 12, haft hjemmel til at se bort fra mindre og uvæsentlige forhold, såfremt ordregiveren allerede har de nødvendige oplysninger, og indklagede kunne af egen drift have indhentet disse oplysninger uden at overtræde ligebehandlingsprincippet. Der må også lægges vægt på, at serviceattesten kun indeholder information, som allerede er offentlig tilgængelig.

Indklagede har gjort gældende, at klageren for sent rettede henvendelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for at få en serviceattest. Klageren rettede

ikke henvendelse til den person, som i udbudsmaterialet var anført som kontaktperson, og klageren har ikke haft grund til at antage, at fremsendelsen af serviceattesten var et mindre problem, da det klart er anført i udbudsbetingelserne, at ikke-opfyldelse af minimumskravene, herunder medsendelse af serviceattesten, vil medføre, at ansøgningen ikke kan tages til følge. Det er kun den angivne kontaktperson, der kan sikre gennemskuelighed og ligebehandling i udbuddet. Udbudsbekendtgørelser, der offentliggøres i Den Europæiske Unions Tidende, skal indeholde kontaktoplysninger. Klageren burde under de konkrete omstændigheder selv have fået bekræftet de meddelte oplysninger, og indklagede har ikke haft nogen anledning til konkret at instruere andre medarbejdere. Klageren må have været bekendt med, at Brian Andersen intet har haft med det konkrete udbud at gøre. Brian Andersen har i øvrigt givet en korrekt vejledning, men grunden til, at serviceattesten ikke kunne foreligge, var ikke som klageren oprindeligt oplyste udskrivningsproblemer, men som det nu fremgår en ændret bestillingsprocedure, som klageren kunne have taget højde for. Klageren kan ikke med rette være blevet bibragt den opfattelse, at serviceattesten kunne eftersendes. Indklagede har afvist en anden ansøger, som heller ikke havde medsendt serviceattest, og det ville være et klart brud på ligebehandlingsprincippet ikke at behandle de 2 ansøgere ens. Bekendtgørelsens § 12, stk. 1, pålægger ikke en ordregiver at se bort fra fejl og mangler, og efter formuleringen af udbudsbetingelserne har indklagede været forpligtet til at afvise en ansøgning, hvor serviceattest ikke var vedlagt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter § 12, stk. 4, i bekendtgørelse, nr. 712 af 15. juni 2011, er en ordregiver forpligtet til at afvise en ansøgning eller et tilbud, såfremt det fremgår af udbudsbetingelserne, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at ansøgningen eller tilbuddet afvises, og den pågældende ansøgning eller det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel. Det følger af udbudsbetingelserne, at manglende serviceattest vil føre til, at ansøgningen afvises, og indklagede kunne derfor ikke se bort fra manglen uanset manglens karakter eller betydning.

Uanset om klageren måtte være blevet bibragt den opfattelse, at mindstekravet om serviceattest kunne fraviges i forhold til klageren ved at service-

attesten blev eftersendt, når der samtidig i ansøgningen blev redegjort for de forhold, som serviceattesten skulle belyse, kunne indklagede ikke i forhold til de øvrige ansøgere fravige fristen for fremsendelse af serviceattesten uden at bryde med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, jf. udbudsdirektivets artikel 2. En sådan fravigelse kunne medføre, at udbudsforretningen blev annulleret, jf. håndhævelseslovens § 13, stk. 1. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med de EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at afvise klagerens anmodning om prækvalifikation.

Klagerens påstand tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Efter det, der er anført om påstand 1, skal indklagedes beslutning om ikke at prækvalificere klageren ikke annulleres.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig