

Klagenævnet for Udbud

(Katja Høegh, Jens Fejøl)

J.nr.: 2011-0025171

19. januar 2012

K E N D E L S E

Atea A/S

(advokat Lotte Hummelshøj, København)

mod

Københavns Kommune

(advokat Torkil Høg, København)

Furesø Kommune

Jammerbugt Kommune

Gribskov Kommune

Ærø Kommune

Høje-Taastrup Kommune

Herlev Kommune

(advokat Torkil Høg, København)

Guldborgsund Kommune

(advokat Povl Nick Bronstein, København)

Roskilde Kommune og

Nationalbanken

(advokat Martin André Dittmer, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 127-210847 af 1. juli 2011 udbød Københavns Kommune på vegne sig selv samt som indkøbscentral for Furesø Kommune, Jammerbugt Kommune, Gribskov Kommune, Ærø Kommune, Høje-Taastrup Kommune, Herlev Kommune, Guldborgsund Kommune, Roskilde Kommune og Nationalbanken som offentligt udbud

efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en 2-årig rammeaftale med flere aktører om indkøb af IT-udstyr opdelt på 7 delaftaler.

I udbudsbetingelsernes punkt 2.3 angives det:

»Ordregiver vil afgive sine bestillinger under Rammeaftalen til leverandøren via selskabet Comenxa Trade ApS, som administrerer ordregivers bestillinger. Leverandøren skal være opmærksom på, at Leverandøren er forpligtet til at betale 1 % af værdien af de ordrer, som Ordregiver afgiver til Leverandøren i medfør af Rammeaftalen, til selskabet Comenxa Trade ApS for dennes administration af bestillingerne...«

Atea A/S (klageren) stillede i en e-mail til Københavns Kommune af 8. juli 2011 spørgsmålstejn ved lovligheden af dette vilkår og ved tildelingen af denne opgave til Comenxa Trade ApS. Københavns Kommune afviste indsigelsen i en e-mail af 15. juli 2011.

Klageren undlod herefter at indgive tilbud.

Der blev inden for fristen for afgivelse af tilbud den 12. august 2011 afgivet tilbud af KMD A/S, Elgiganten A/S, Comm/2 IT-Solutions ApS og TDC Erhvervscenter. Tilbuddet fra TDC Erhvervscenter blev anset for ikke konditionsmæssigt, medens de øvrige tre tilbud blev fundet konditionsmæssige.

Den 23. august 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over Københavns Kommune.

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.

Comenxa Trade ApS meddelte ved breve af 7. september 2011 til tilbudsgiverne, at Københavns Kommune på vegne sig selv og de øvrige ordregivere havde besluttet at tildele delaftalerne til de tre leverandører, KMD A/S, Elgiganten A/S, Comm/2 IT-Solutions ApS, som havde afgivet konditionsmæssige tilbud, således at de pågældende leverandører på de underliggende »produktaftaler« blev rangordnet som leverandør 1,

leverandør 2 og leverandør 3 baseret på, hvilke tilbud, der ved en vurdering efter tildelingskriterierne, var det økonomisk mest fordelagtige.

Den 28. september 2011 besluttede klagenævnet at tillægge klagen opsættende virkning.

Københavns Kommune annullerede herefter ved breve af 7. oktober 2011 til de tilbudsgivere, som havde fået kontrakt tildelt, på vegne sig selv og de øvrige ordregivere tildelingsbeslutningerne og »udbuddet«. Klageren meddelte på klagenævnets forespørgsel ved brev af 12. oktober 2011, at klageren ønskede at fastholde klagen for at få klagenævnets stillingtagen til de påstande, som klagenævnet ikke havde taget stilling til i kendelsen om opsættende virkning, og som klageren anså for principielle.

I kendelsen om opsættende virkning anførte klagenævnet om spørgsmålet om, hvem der var indklaget:

»Københavns Kommune er angivet som den indklagede i klageskriftet. Københavns Kommune, der i udbudsbekendtgørelsen står som udbyder af rammeaftalen, idet det angives, at kommunen køber ind på vegne af andre ordregivende myndigheder, har afgivet udtalelse om opsættende virkning på egne vegne, men ikke på de øvrige ordregiveres vegne. Københavns Kommune har endvidere angivet, at kommunen mener, at klagen kun omfatter Københavns Kommune. Indklagede blev derfor af klagenævnet anmodet om at præcisere, hvem der er indklaget – eller med andre ord om klagen også omfatter de øvrige ordregivende myndigheder, som er tilsluttet den udbudte rammeaftale. Indklagede svarede i sit processkrift 1, at »Betegnelsen »indklagede« ... omfatter Københavns Kommune og de øvrige tilsluttede ordregivere«. Samtidig angav klageren også, at »Københavns Kommune... som indkøbscentral har været ansvarlig for udbuddets tilrettelæggelse og gennemførelse«. Klageren anførte endelig, at klageren først, når klageren havde fået adgang til de oplysninger, klageren har opfordret Københavns Kommune til at fremkomme med, vil tage stilling til, om de øvrige ordregivere har begået selvstændige overtrædelser af udbudsdirektivet. På den baggrund betragter klagenævnet foreløbigt alene Københavns Kommune (herefter »indklagede«) som indklaget.«

Klageren har efterfølgende i et processkrift af 26. oktober 2011 meddelt, at klageren nu betragter alle de ordregivende myndigheder, som ville være

omfattet af rammeaftalen, som indklagede. I en e-mail af 11. november 2011 har klageren dog efterfølgende anført:

»...det fremgår af sagens dokumenter, at det er Københavns Kommune, der som indkøbscentral har været primært ansvarlig for at udforme disse udbudsbetingelser, da de øvrige ordregivere blot har tilsluttet sig, men ikke i praksis synes at have haft indflydelse på udformningen af udbudsbetingelserne svarende til, at det er SKI, der som indkøbscentral er ansvarlig for at udforme udbudsbetingelser for de rammeaftaler, som SKI udbyder og ikke de ordregivere, der som SKI abonnenter vælger at trække på rammeaftalerne.«

Klagenævnet forstår det senest af klageren anførte sådan, at de indklagede for så vidt angår påstand 1, 5 og 6 er alle ordregiverne, som deltog i rammeaftaleudbudet (Københavns Kommune, Furesø Kommune, Jammerbugt Kommune, Gribskov Kommune, Ærø Kommune, Høje-Taastrup Kommune, Herlev Kommune, Guldborgsund Kommune, Roskilde Kommune og Nationalbanken - herefter »alle indklagede«), medens det for så vidt angår påstand 2-4 alene er Københavns Kommune, som er indklaget (herefter »indklagede« eller »indklagede Københavns Kommune«).

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at alle indklagede har handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, jf. udbudsdirektivets artikel 2 og udbudsdirektivets artikel 9, stk. 5, litra a, ved uden EU-udbud at indgå en aftale med Comenxa Trade ApS om levering af diverse tjenesteydelser, herunder administrationsydelser i relation til en rammeaftale om køb af it-udstyr, uanset at den samlede værdi af tjenesteydelsesaftalen overstiger udbudsdirektivets tærskelværdi for tjenesteydelsesaftaler.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, ved i udbudsbetingelserne at angive så detaljerede minimumskrav til specifikatio-

nerne af de produkter, der er omfattet af udbuddet, at alene produkter af bestemte fabrikater og bestemte varemærker kan opfylde kravene til disse specifikationer, uagtet at det havde været muligt på en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig måde at beskrive de udbudte produkter uden så detaljerede specifikationer.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, ved i udbudsbetingelserne at anvende betegnelser for komponenter i produkterne fra en bestemt producent og/eller varemærkeindehaver, uagtet at det havde været muligt at angive de tekniske krav til de udbudte produkter på en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig måde uden at anvende betegnelser for bestemte varemærker.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at fastsætte underkriteriet »Kvalitet«, uagtet at de tekniske specifikationer til de udbudte produkter er angivet så specifikt, at der reelt ikke er mulighed for at vurdere tilbuddene på grundlag af dette underkriterium.

Påstand 5 (tidligere 6)

Klagenævnet skal annullere alle indklagedes beslutning om at indgå kontrakt om de enkelte delaftaler under rammeaftalen med KMD A/S, Elgiganten A/S og Com/2 IT-Solutions ApS.

Påstand 6 (tidligere 7)

Klagenævnet skal erklære konsulentaftalerne mellem Comenxa ApS og alle indklagede for uden virkning med virkning for fremtiden, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, stk. 1, og § 18, stk. 3.

Indklagede Københavns Kommune har erkendt den i påstand 3 angivne overtrædelse og har vedrørende påstand 1 og 2 samt 4-6 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

De øvrige indklagede har kun i begrænset omfang udtalt sig om klagen, idet dog visse blandt de øvrige indklagede har bestridt at have indgået en aftale med Comenxa Trade ApS, medens andre har udtrykt sig på en måde, som muligvis kan forstås sådan, at der erkendes at være sket en overtrædelse som angivet i påstand 1. Klagenævnet antager som følge af den manglende klarhed vedrørende de øvrige indklagedes påstande, at alle de øvrige indklagede har påstået, at påstand 1, 5 og 6 ikke tages til følge.

Klagenævnet har i forbindelse med behandlingen af begæringen om opsættende virkning modtaget svar på nogle af klagenævnet stillede spørgsmål til de øvrige ordregivere, som er tilsluttet udbuddet af den rammeaftale, som klagen vedrører, fra Furesø Kommune, Gribskov Kommune, Herlev Kommune, Høje-Taastrup Kommune, Roskilde Kommune og Guldborgsund Kommune, jf. nedenfor i afsnittet »Oplyste omstændigheder gengivet i kendelsen om opsættende virkning«.

En række af de øvrige indklagede er endvidere kommet med supplerende oplysninger og bemærkninger, efter at klageren udvidede klagen til også at omfatte dem, jf. nedenfor afsnittet om efterfølgende oplysninger samt afsnittet om parternes anbringender.

Comenxa Trade ApS, som ifølge klagerens påstand 1 er Københavns Kommunes kontraktspart, er underrettet om, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 4. Selskabet har benyttet sig af muligheden herfor og har afgivet udtalelse om begæringen om opsættende virkning og herunder også sagens realitet.

Oplyste omstændigheder gengivet i kendelsen om opsættende virkning

Om de faktiske oplysninger i sagen fremgår det af klagenævnets kendelse om opsættende virkning:

»Rammeaftale med Comenxa A/S om »bruttolønsordning«

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 37-054055 af 19. februar 2010 udbød indklagede en rammeaftale med en enkelt aktør om ydelser til implementering af personalegoder i Københavns Kommune samt indkøb af visse personalegoder og tilknyttede ydelser (blandt andet hardwareservice, leverance til slutbrugerne (medarbejdere, der deltager i en bruttolønsordning, og leasingfinansiering). Aftalen havde

til formål at give indklagede mulighed for at indføre en bruttolønsordning for sine medarbejdere, således at medarbejderne kunne få rådighed over for eksempel IT-udstyr mod træk i lønnen. Aftalen omfattede ikke andre kommuner eller offentlige myndigheder og gav heller ikke mulighed for, at andre kommuner mv. kunne tilslutte sig den. Den pågældende aftale omfattede levering af it-udstyr til medarbejderne. Leverandøren skulle endvidere stille en bestillings- og administrationsportal til rådighed og levere administrationsydelser i forbindelse med administrationen af bruttolønsordningen, herunder varetage kontakten med indklagedes lønadministrator, håndtere medarbejdernes til- og frameldinger til ordningen m.v. Medarbejderne skulle via portalen kunne bestille de omfattede produkter samt leasingfinansiering, service og support. Vederlaget for levering af bestillings- og administrationsportalen blev i udbudsbetingelserne angivet til at være en pris pr. måned pr. tilmeldt medarbejder, som betales af indklagede.

Klageren og Comenxa A/S afgav begge tilbud på denne aftale. Der var ikke andre tilbudsgivere. Comenxa A/S fik aftalen tildelt, og der blev herefter indgået aftale baseret på udbudsbetingelsernes vilkår. Aftalen er efter det af indklagede oplyste ikke ændret, siden den trådte i kraft.

Udbuddet i juli 2011 - anvendelse af Comenxa Trade ApS' leveringsportal

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 127-210847 af 1. juli 2011 udbød indklagede på vegne sig selv samt for Furesø Kommune, Jammerbugt Kommune, Gribskov Kommune, Ærø Kommune, Høje-Taastrup Kommune, Herlev Kommune, Guldborgsund Kommune, Roskilde Kommune og Nationalbanken, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en 2-årig rammeaftale med flere aktører om indkøb af IT-udstyr opdelt på 7 delaftaler.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår:

»DEL I: ORDREGIVENDE MYNDIGHED

NAVN, ADRESSER OG KONTAKTER
Københavns Kommune – Økonomiforvaltningen

...

Bud eller ansøgninger om deltagelse skal sendes til:
Comenxa Trade ApS

...

DEN ORDREGIVENDE MYNDIGHEDS ART OG
HOVEDAKTIVITET(ER)

...

Den ordregivende myndighed køber ind på vegne andre ordregivende myndigheder: Ja

...

II.1.2) Kontrakttype og udførelses- eller leveringssted

Hovedleveringssted Københavns Kommune, Furesø Kommune, Jammerbugt Kommune, Gribskov Kommune, Ærø Kommune, Høje Tåstrup Kommune, Herlev Kommune, Guldborgsund Kommune, Roskilde Kommune, Nationalbanken.

...

II.1.4) Oplysninger om rammeaftalen

Rammeaftale med flere aktører

...

Rammeaftalens varighed: Periode i måneder: 24

Anslået samlet værdi af indkøbene i løbet af hele rammeaftalens varighed anslået værdi ekskl. moms

mellem 200 000 000,00 og 300 000 000,00 DKK

II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

Ordregiverne ønsker at etablere medarbejderbruttolønsordninger, som kan benyttes til indkøb af arbejdsrelaterede it-produkter, samt indkøb til ordregivers eget behov, herunder:

- mobil-terminaler,
- skærme,
- printere,
- ekstern opbevaring (NAS server),
- bærbare og stationære PC'er, samt
- tablet-computere.

Ordregiveren Københavns Kommune kan alene indkøbe udstyr til bruttolønsordninger for sine medarbejdere gennem rammeaftalen.

...

II.2.2) Optioner

Ja

beskrivelse af disse optioner: Rammeaftalen kan forlænges 2 x 1 år.

...

VI.3) YDERLIGERE OPLYSNINGER«

1) Liste over tilsluttede kommuner og offentlige myndigheder til rammeaftale vedrørende indkøb af IT-udstyr m.v.:

Kommuner:

Københavns Kommune

Furesø Kommune

Jammerbugt Kommune.

Gribskov Kommune.

Ærø Kommune

Høje Tåstrup Kommune

Herlev Kommune

Guldborgsund Kommune

Roskilde Kommune.

Offentlige myndigheder:

Nationalbanken

2) Formidlingsaftale

Rammeaftalen vil desuden indeholde vilkår for en formidlingsaftale mellem Comenxa Trade ApS og de(n) enkelte leverandør(er) vedrørende administration af rammeaftalen.

3) Samlet mængde eller omfang

Der forventes en omsætning på mellem 200 000 000 og 300 000 000 DKK, alt efter om optionerne udnyttes.

...«

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår herudover, at rammeaftalen er opdelt i følgende 7 delaftaler:

- 1) Mobil-terminaler,
- 2) Skærme,
- 3) Printere,
- 4) Ekstern opbevaring (NAS server),
- 5) Bærbare [Pc'er],
- 6) Tablets, og
- 7) Stationære [Pc'er].

Det fremgår, at der kan afgives tilbud på en eller flere delaftaler.

I udbudsbetingelsernes punkt 2.3 angives det:

»Ordregiver vil afgive sine bestillinger under Rammeaftalen til leverandøren via selskabet Comenxa Trade ApS, som administrerer ordregivers bestillinger. Leverandøren skal være opmærksom på, at Leverandøren er forpligtet til at betale 1 % af værdien af de ordrer, som Ordregiver afgiver til Leverandøren i medfør af Rammeaftalen, til selskabet Comenxa Trade ApS for dennes administration af bestillingerne...«

I det udkast til rammeaftale, som var vedlagt udbudsbetingelserne, anføres blandt andet:

»1. Rammeaftalens parter

Denne rammeaftales parter er

X-kommune
(i det følgende benævnt kunden)

og

[Navn]

...

Herudover er der vedlagt aftale mellem leverandøren og formidleren af Rammeaftalen, jf. afsnit 2, vedrørende administration af rammeaftalen, jf. bilag 3.

2. Definitioner

...

Ved formidler forstås den af kunden udpegede leverandør til administration af Rammeaftalen, som leverandøren i medfør af denne rammeaftale skal samarbejde med i rammeaftalens løbetid, herunder afholde administrationsbidrag til, jf. afsnit 10.2.

...

10.2 Administrationsbidrag

Leverandøren opkræves 1 % i administrationsbidrag af værdien af en Bestilling for hver gang kunden afgiver en Bestilling på rammeaftalen. Dette bidrag faktureres af formidleren af Rammeaftalen, jf. bilag 3. Denne opkrævning sker, efter at Kunden har indtastet Bestillingen på formidlerens portal, jf. Bilag 3.

...

27. Ikrafttrædelse og varighed

Denne rammeaftale løber 2 år fra ikrafttrædelsesdatoen.

Med et skriftligt varsel på 1 måned til udgangen af aftaleperioden har kunden ret til at forlænge rammeaftalen på uændrede vilkår med yderligere 2 gange 1 år.

...«

Udbudsbetingelserne var vedlagt en liste over de tilsluttede kommuner og offentlige myndigheder, som svarer til det i udbudsbekendtgørelsen anførte.

I den »formidlingsaftale« mellem Comenxa Trade ApS og leverandøren, som indgik i udbudsbetingelserne, og som der henvises til i udkastet til rammeaftale under 1, anføres i punkt 3 - 5:

»3. YDELSER

Formidleren af Rammeaftalen stiller sin E-handelsportal til rådighed over for kommuner, som er tilsluttet Rammeaftalen,

således at disse herigennem kan foretage indkøb af de produkter, som leverandøren har tilbudt i medfør af Rammeaftalen.

Leverandøren forpligter sig i medfør af Rammeaftalen til at stille sine produkter elektronisk til rådighed - via produktkataloger - på E-handelsportalen. Desuden forpligter leverandøren sig til at indlæse specifikationer på produkterne, samt indlægge billedmateriale på de enkelte produkter på E-handelsportalen.

4. BETALING

Leverandøren opkræves 1 % i administrationsbidrag af værdien af en bestilling, for hver gang Kunden afgiver en bestilling på rammeaftalen. Dette bidrag faktureres af Comenxa Trade ApS over for Leverandøren.

...«

Aftalen/erne med Comenxa Trade ApS og indklagede

Indklagedes medarbejder, Kristian Handberg stillede i en e-mail af 3. maj 2011 til Comenxa A/S følgende spørgsmål:

»Vi har tidligere snakket om, at Comenxa skulle assistere Københavns Kommune med et udbud i forbindelse med en udvidelse af produktsortiment til efterårets bestillingsrunde. I den forbindelse vil vi gerne drøfte de nærmere omstændigheder og muligheder. Jeg skal derfor høre hvilken person hos Comenxa der er kontaktperson ift. udbud?«

Af Anne Dorthe Jensen fra Comenxa A/S' svar af 4. maj 2011 fremgår:

»Det er mig, der håndterer alt omkring udbud. Vi har engageret et advokatfirma, Horten, til at bistå med alt det juridiske, da vi skal lave flere udbud til andre kommuner i år. Vi påtænker p.t. at slå nogle udbud sammen for at få en mere optimal prissætning. Skal vi evt. aftale et møde indenfor de næste par uger for at få detaljer på plads?«

Ved e-mail af 27. juni sendte Anne Dorthe Jensen »forslag fra Horten« til indklagede. I den medfølgende e-mail fra advokatfuldmægtig Thomas Grønkær fra advokatfirmaet Horten af samme dato anføres:

»Til Københavns Kommune (KK), att.: Kristian Handberg,

Mht. nr. 1 nedenfor, så vil der være følgende mulighed for at præcisere kommunens forpligtelser:

- 1) At Rammeaftalen kun vedrører produkter til brug for bruttolønsordninger, og at kommunerne er forpligtede til at indkøbe via Rammeaftalen til dette brug.
- 2) At Rammeaftalen vedrører produkter til brug for bruttolønsordninger og at kommunen er forpligtet til at indkøbe via Rammeaftalen til dette brug. Mht. produkter til »kommunens øvrige forvaltningsområde« vil der alene være mulighed for at tilslutte sig rammeaftalen, såfremt der vil opstå behov herfor. Dvs. såfremt SKI-udbud, eller eksisterende aftaler ikke dækker behovet eller der opnås bedre priser på rammeaftalen til bruttolønsordningen, vil kommunen kunne forpligte sig til at indkøbe via rammeaftalen også til disse områder.

Mht. nr. 2, så vil KK kun stå som udbyder på vegne af de øvrige kommuner (»kontaktkommune«). Det vil blive præciseret i Konsulentaftalen, at »Konsulenten indestår for, at udbuddet gennemføres i overensstemmelse med udbudsreglerne, herunder Direktiv 2004/18/EF«, således at det er klart, at KK ikke påtager sig noget ansvar for rammeaftalens udformning, dens overensstemmelse med udbudsreglerne, samt klagersager«

Indklagede har oplyst, at der herefter var telefoniske drøftelser mellem Comenxa A/S og indklagede, som førte til, at advokatfuldmægtig Thomas Grønkær fra Horten på vegne Comenxa A/S/Comenxa Trade ApS den 27. juni 2011 sendte »et udkast til konsulentaftale mellem Comenxa Trade ApS og Københavns Kommune vedrørende gennemførelse af Rammeaftalen«. Det anføres i mailen:

»Mht. ansvaret for valg af leverandører på Rammeaftalen, så fremgår det af afsnit 3.2, at KK skal tiltræde det oplæg til leverandører på Rammeaftalen, som Comenxa Trade ApS udarbejder..., da beslutningen om hvilke leverandører der skal handles med, ikke kan uddelegeres«

I en e-mail af 28. juni 2011 anmodede Kristian Handberg fra indklagede advokatfirmaet om at udtage en sætning om »de øvrige forvaltningsområder i stk. 1.1« i et modtaget udkast til konsulentaftale og anførte:

»Hvis du tilretter og fremsender igen sørger jeg for underskrift.«

Samme dag sendte advokatfirmaet per e-mail en revideret aftale til indklagedes underskrift. Desuden vedhæftedes en

»opdateret version af Udbudsbetingelserne, hvor tidsplanen for udbuddet fremgår af pkt. 18«

Af det medsendte udkast til »Konsulent aftale« fremgår blandt andet:

»1. BAGGRUND

- 1.1 Kommunen ønsker at indgå Rammeaftalen med Leverandørerne, så Kommunen kan til sine medarbejdere at købe it-udstyr via ordningen (Bruttolønsordning).
- 1.2 Kommunen ønsker af ressourcemæssige årsager at lade Konsulenten forestå tilrettelæggelsen af udbuddet af Rammeaftalen, idet Konsulenten har erfaring med at udbyde aftaler af samme karakter som Rammeaftalen.
- 1.3 Når Rammeaftalen er indgået, er Kommunen indstillet på og forpligtet til alene at anvende Selskabet til at håndtere Bestillinger omfattet af Ordningen, jf. afsnit 1.4.
- 1.4 Selskabet har betydelig erfaring med engroshandel med såvel hard- som software. Selskabet har desuden tidligere bistået offentlige myndigheder med at administrere aftalegrundlaget med leverandørerne af de relevante produkter, som den offentlige myndighed har ønsket at indkøbe. Kommunen kan således indtaste Bestillingerne via Selskabets elektroniske portal, hvorefter Selskabet afgiver Bestillingerne til Leverandørerne. De nærmere aftalevilkår mellem Kommunen og Selskabet er fastsat i Bilag 1.
- 1.5 Kommunen har ingen omkostninger forbundet med gennemførelse af udbuddet. Konsulentens vederlag betales således af Leverandørerne, når Kommunen afgiver Bestillingerne til Leverandørerne.

...

2. DEFINITIONER

...

»Ikrafttrædelsesdato« Datoen for Aftalens underskrift.

...

3. SERVICEYDELSERNE

- 3.1 Med virkning fra Ikrafttrædelsesdatoen skal Konsulenten udarbejde Rammeaftalen. Konsulenten skal også udarbejde udbudsmaterialet, herunder udbudsbekendtgørelsen, hvorved Rammeaftalen udbydes ved et EU-udbud. Kommunen skal godkende indholdet af Rammeaftalen og udbudsmaterialet, inden udbudsbekendtgørelsen offentliggøres i EU-Tidende.
- 3.2 Når Kommunens godkendelse af Rammeaftalen og udbudsmaterialet foreligger, gennemfører Konsulenten et EU-udbud af Rammeaftalen på vegne af Kommunen. Konsulenten evaluerer de indkomne tilbud og udarbejder et indstillingsnotat til Kommunen. Som ordregivende myndighed træffer Kommunen selv beslutning om at tildele Rammeaftalen til Leverandørerne.
- 3.3 Konsulenten indestår for, at udbuddet af Rammeaftalen gennemføres i overensstemmelse med udbudsreglerne, herunder Direktiv 2004/18/EF. Konsulenten håndterer desuden evt. indsigelser overfor udbuddet, herunder varetager evt. klagesager mod Kommunen over udbuddet.
- 3.4 Konsulenten kan ikke gøres ansvarlig for Kommunens brug af rammeaftalen. Tilsvarende kan Konsulenten ikke gøres ansvarlig for leverandørernes opfyldelse af Rammeaftalen, jf. pkt. 3.2.

...

4. VEDERLAG

- 4.1 Konsulentens vederlag for at udføre Serviceydelserne udgør 1 % af værdien af en Bestilling for hver gang, Kommunen afgiver en Bestilling på rammeaftalen. Når Kommunen har indtastet Bestillingen på Selskabets portal, jf. aftalevilkårene i Bilag 1, fakturerer Konsulenten sit vederlag til Leverandørerne.
- 4.2 Konsulentens vederlag for at udføre Serviceydelserne betales på baggrund af pkt. 4.1 alene af Leverandørerne.

5. IKRAFTTRÆDEN, VARIGHED OG OPHØR
- 5.1 Aftalen træder i kraft på Ikrafttrædelsesdatoen og varer indtil 28. juni 2013.
- 5.2 Aftalen kan forlænges med to (2) gange ad (1) år. Dette skal i så fald ske senest seks (6) måneder før Aftalen, eller forlængelse af aftalen, ellers ville udløbe.
6. ...«

Den 28. juni 2011 bekræftede Kristian Handberg, at han ville sørge for at få sin chefs underskrift på aftalen og meddelte:

»Anne Dorthe og jeg mener at vi sagtens kan offentliggøre udbuddet før end den fuldt underskrevne og daterede aftale foreligger. Vi regner derfor med at udbuddet bliver offentliggjort senere i dag?«

I en anden e-mail af 28. juni 2011 var Kristian Handberg fremkommet med forskellige spørgsmål/kommentarer til udbudsbetingelserne. Han angav blandt andet, at det var »problematisk« at indklagede alene stod som ordregivende myndighed.

Ved e-mail af 8. juli 2011 anmodede klageren indklagede om oplysning om:

»på hvilket grundlag Comenxa Trade ApS er blevet tildelt opgaven med at bistå kommunen ved udbuddet og den angivne formidlingsopgave [E-handelsportalen], idet der efter vores opfattelse kan rejses spørgsmål om, hvorvidt denne tildeling er sket efter de udbudsretlige regler.«

Advokat Andreas Christensen fra Horten besvarede som advokat for Comenxa Trade ApS/Comenxa Trade A/S i en e-mail af 13. juli 2011 nogle spørgsmål, som ifølge mailen blev rejst af indklagede på et møde samme dag. Mødet blev ifølge e-mailen gennemført som følge af henvendelsen fra klageren om lovligheden af at tildele Comenxa Trade ApS opgaven med at udforme udbuddet og levere e-handelsportalen. Advokat Andreas Christensens svar lød:

»...

Vedrørende de ydelser, som Comenxa Trade ApS varetager.

...

Ifølge afsnit 3 gennemfører selskabet et EU-udbud af Rammeaftalen på vegne af Kommunen.

...

Desuden foretager Comenxa Trade ApS selve administrationen af Rammeaftalen, jf. Formidlingsaftalens afsnit 1 – en aftale som indgås mellem Comenxa Trade ApS og de valgte leverandører.

For opgaven med gennemførelse af udbuddet, samt administrationen af Rammeaftalen, opkræves af Comenxa Trade ApS et administrationsbidrag hos leverandørerne på rammeaftalen, på 1 %, som opkræves ved kommunens bestilling hos leverandørerne på rammeaftalen.

Vedrørende overholdelse af tærskelværdierne iht. annoncering af ydelsen, jf. Tilbudslovens afsnit II.

Der er tale om, at ovennævnte Konsulentaftale indgås selvstændigt mellem Comenxa Trade ApS, og hver af de 10 kommuner og offentlige myndigheder, som er tilsluttet Rammeaftalen, jf. bilag 5 i Udbudsmaterialet. De 10 aftaler er således indgået uafhængigt af hinanden og på baggrund af selvstændige beslutninger fra kommunerne/offentlige myndigheder om at lade Comenxa Trade ApS forestå udbuddet og administrationen af rammeaftalen. På den baggrund har hver kommune også truffet selvstændig beslutning om at tilslutte sig rammeaftalen.

Hver af de tilsluttede myndigheder skønnes at omsætte for under 30 mio. kr. pr. myndighed i hele rammeaftalens løbetid (inkl. option), hvorfor den samlede mængde på rammeaftalen også skønnes at ligge på mellem 200-300 mio. kr.

Den reelle udgift for de tilsluttede myndigheder for Comenxa Trade ApS' ydelse vil derved ligge under 500.000 kr. pr. myndighed. Der er således ikke tale om, at hver myndighed har en udgift pr. kontrakt for Comenxa Trade ApS' ydelser, som ligger over tærskelværdierne i henhold til tilbudsloven eller udbudsdirektivet.

...«

I indklagedes svar af 15. juli 2011 på henvendelsen fra klageren anføres blandt andet, at indklagede:

»forud for indgåelsen af konsulentaftalen med føje har anslået, at omsætningen på rammeaftalen vil blive væsentligt lavere end kr. 50 mio., og der skulle allerede af den grund ikke gennemføres procedure efter tilbudsloven forud for indgåelse af konsulentkontrakt med Comenxa Trade ApS...

Hertil kommer, at Københavns Kommune efter EU-udbud har indgået et større aftalekompleks med Comenxa A/S om bruttolønsordning. Det er ikke tilfældet, men selv om tærskelværdierne havde været overskredet vedrørende konsulentrådgivningen, ville det efter principperne om adgang til at aftale uvæsentlige ændringer til indgåede kontrakter have været lovligt for Københavns Kommune at foretage direkte tildeling til det med sin kontraktpart koncernforbundne selskab.

For fuldstændighedens skyld skal Københavns Kommune bemærke, at det er uden betydning for bedømmelsen af Københavns Kommunes udbudsforpligtelse, at Comenxa Trade ApS har indgået beslægtet aftale med andre kommuner i forbindelse med udbuddet. Københavns Kommune har som anført sin egen kontrakt, og den er lovlig indgået. De 10 kommuner og offentlige myndigheder, som er tilsluttet Rammeaftalen... er i øvrigt indgået uafhængigt af hinanden og på baggrund af selvstændige beslutninger fra Kommunerne/offentlige myndigheder om at lade Comenxa Trade ApS forestå udbuddet og administrationen af rammeaftalen. På den baggrund har hver kommune også truffet selvstændig beslutning om at tilslutte sig rammeaftalen.«

Den 12. august 2012 sendte advokatfuldmægtig Thomas Grønkær per e-mail til Kristian Handberg et ændret udkast til en allonge til konsulentaftalen. I mailen angives, at den tilsendte version er »Comenxa's bemærkninger« til et udkast til allonge af 9. juli 2011 fra indklagede. I det medsendte udkast omtales indledningsvis i præamblen aftalen mellem Comenxa Trade A/S og indklagede om bruttolønsordningen, og det nævnes, at der efterfølgende er ønsket en udvidelse af sortimentet under aftalen, som betyder, at der skal afholdes et nyt udbud. Det anføres videre (overstregningerne viser rettelser, og det med kursiv angivne er forslag til ny tekst):

»Comenxa A/S har i den forbindelse tilbudt at gennemføre et EU-udbud af en Rammeaftale på vegne Københavns Kommune på et tillægssortiment til den eksisterende rammekontrakt (herefter Rammeaftalen). Sammen med Københavns Kommune udbydes der et sortiment, der også vil kunne anvendes af en række andre kommuner samt Nationalbanken.

Drøftelserne med Comenxa A/S vedrørende gennemførelse af et EU-udbud på et større sortiment er påbegyndt ~~XX~~ i marts måned 2011.

~~Comenxa A/S har den 22. juni 2011 kort for offentliggørelsen af Udbuddet har oprettet det helejede datterselskabet Comenxa Trade ApS, som For at sikre adskillelse mellem rådgivningsydelser og administrationsydelser i Comenxa har Comenxa den 22. juni 2011 oprettet selskabet Comenxa Trade ApS som efter ønske fra Comenxa A/S er blevet kontraktpart i forhold til Københavns Kommune i henhold til nærværende allonge til Konsulentaftale.~~

~~Den samlede omsætning på Rammeaftalen skønnes, jf. udbudsbekendtgørelsen, til at være 200-300 mio. kr. over en 2-årig periode. Herudover er der mulighed for anvendelse af 2 optioner á et år.~~

Københavns Kommunes accept af at allongen indgås med Comenxa Trade ApS i stedet for Comenxa A/S må ikke føre til en forøgelse af kommunens risiko eller anden forringelse. Derfor er nu følgende aftalt:

1. Økonomi:

Det er med Comenxa Trade ApS aftalt, at selskabet får dækket sine udgifter ved sin varetagelse af EU-udbuddet og administrationen af den efterfølgende Rammekontrakt gennem opkrævning af et administrationsbidrag på 1 % ~~[skal være entydigt]~~ af værdien af de bestillinger, som ordregiverne foretager eksklusiv moms og andre afgifter hos de kommende leverandører på Rammeaftalen. Administrationsbidraget opkræves af Comenxa Trade ApS hos den pågældende leverandør ved kommunens bestilling hos leverandøren under rammeaftalen. Københavns Kommune har ingen ansvar for betalingen af administrationsbidraget.

Comenxa Trade ApS og koncernforbundne selskaber forpligter sig ved nærværende allonge til ikke selv at byde på Rammeaftalen.

2. Selvskyldnerkaution og fortolkning af aftalens afsnit 3

Konsulentaftalens afsnit 3 skal fortolkes således, at Comenxa Trade ApS indestår for enhver økonomisk udgift i forbindelse med gennemførelse af ~~Rammeaftalen~~ udbuddet, som Københavns Kommune måtte pådrage sig.

Dette inkluderer også alle omkostninger og evt. erstatninger, som Københavns Kommune måtte blive mødt med i forbindelse med gennemførelse af udbuddet, herunder varetagelse og afholdelse af advokatudgifter i forbindelse med evt. klagesager mod kommunen over udbuddet.

Til sikkerhed for Comenxa Trade ApS' opfyldelse af enhver forpligtelse efter nærværende allonge indestår som kautionistfølgende som selvskyldnerkautionister:

Comenxa A/S Lauritzen Fonden

...

[Comenxa A/S og Comenxa Trade ApS indgår efter det oplyste i Lauritzen-koncernen]

~~Selvskyldnerkautionisterne underskriver samtidig med allongen erklæringer herom.~~

3. Korrekt anvendelse af Rammeaftalen

Følgende punkt indskrives i Konsulentaftalens afsnit 3:

3.3.1 Pkt. 3.3 skal fortolkes således, at Konsulenten indestår for enhver økonomisk udgift i forbindelse med gennemførelse af ~~Rammeaftalen~~ udbuddet, som måtte tilfalde Kommunen.

Dette inkluderer også betaling af alle omkostninger og evt. erstatninger, som Kommunen måtte blive mødt med, herunder varetagelse og afholdelse af advokatudgifter i forbindelse med evt. klagesager mod Kommunen over udbuddet.

3.5 Konsulenten skal medvirke til at understøtte, at anvendelsen af Rammeaftalen sker korrekt, herunder at Københavns Kommune ikke anvender Rammeaftalen til indkøb uden for Bruttolønsordningen. Såfremt aftalen anvendes til indkøb til eget brug skal Konsulenten medvirke til at dette ophører.

3.6 Såfremt Konsulenten er bekendt med en forkert eller ulovlig anvendelse af Rammeaftalen, er denne forpligtiget til at orientere Københavns Kommune herom uden ugrundet ophold.

3.6 Manglende medvirken til at sikre korrekt anvendelse af Rammeaftalen kan være ansvarspådragende for Konsulenten, og således være en undtagelse til punkt. 3.4. [Det anføres i en kommentar, at dette bør udgå, da det allerede fremgår af punkt 7, at konsulenten er ansvarlig efter dansk rets almindelige regler.]

4. Erstatningspligt

Følgende indskrives i Konsulentaftalens pkt. 7:

- 7.3 Konsulentens erstatningspligt overfor Københavns Kommune kan maksimalt udgøre det samlede vederlag, som Konsulenten oppebære i medfør af allongens pkt. 1.

4.5. Opsigelsesmulighed

Følgende punkt indskrives i Konsulentaftalens afsnit 5:

- 5.3 Aftalen kan opsiges af Kommunen med 3 måneders varsel fra udgangen af den indeværende måned.

...

I henhold til Konsulentaftalens pkt. 14.5 indskrives Københavns Kommune ovenstående i Konsulentaftalens version X.X, der herefter vil være gældende.«

Den 19. august skrev indklagedes advokat, advokat Torkil Høg, som følger til Comenxa Trade ApS/Comenxa Trade A/S' advokat:

»Som aftalt vender jeg tilbage med bemærkninger til seneste udkast af allongen til konsulentaftalen. Den vedhæftes i korrekturmarkeret version.

Vi mener ikke, at noget taler for at foretage ansvarsbegrænsninger, hvorfor dette punkt er slettet. Størstedelen af de øvrige seneste rettelser er accepteret. Der er foretaget visse korrekturagtige rettelser.

I lyset af, at konsulentaftalen endnu ikke er indgået, foreslår vi, at de materielle dele af allongen sammenskrives med selve konsulentaftalen... Herved undgår vi at have flere aftaledokumenter.

Til din orientering kan jeg oplyse, at kommunen påtænker at foretage frivillig forudgående offentliggørelse af hensigten om at indgå konsulentaftalen, jf. håndhævelseslovens § 4.«

Det vedhæftede udkast var i overensstemmelse med det i e-mailen angivne.

Ved e-mail af 24. august 2011 sendte advokatfuldmægtig Thomas Grønkær et revideret forslag til konsulentaftale til advokat Torkil Høg. I dette udkast var de bestemmelser i allongen, som skulle indføjes i

konsulentaftalen, indføjet i yderligere revideret form. Thomas Grønkær anførte om ændringerne i udkastet:

»Mht. ansvarsbegrænsning, jf. aftalens pkt. 7, så kan Comenxa ikke indgå på vilkår, hvor der ikke er en ansvarsbegrænsning i forhold til det erstatningsansvar, som Comenxa kan blive pålagt.

...

For at imødekomme Københavns Kommunes behov for sikkerhed, stilles der imidlertid i forhold til bemærkningerne i mail af 12. august 2011 forslag om en ansvarsbegrænsning på maksimalt 3 gange det vederlag, som Konsulenten oppebærer ved Kommunens anvendelse af rammeaftalen.

...«

Herudover gjorde han det klart, at der på grund af vedtægtsmæssige forhold m.v. i Lauritzen-koncernen ikke kunne blive tale om en selvskyldnerkaution.

Af Torkil Høgs mailsvar af 24. august 2011 fremgår, at indklagede accepterede, at der alene blev tale om en simpel kaution. Det anføres endvidere:

»Kommunen kan også principielt acceptere en form for beløbsmæssig ansvarsbegrænsning, men ikke med en model, hvor beløbet afhænger af Comenxa Trade ApS' vederlag. Kommunen ønsker i stedet en fast beløbsbegrænsning på kr. 2 mio., hvilket er rimeligt som led i en samlet løsning af sidste udeståender.«

Ved e-mail af 25. august 2011 bekræftede Thomas Grønkær over for Torkil Høg, at Comenxa havde accepteret en ansvarsbegrænsning på 2 mio. kr., og vedhæftede et yderligere revideret aftaleudkast, hvori blandt andet denne ændring var indarbejdet.

I en yderligere e-mailkorrespondance den 25. – 26. august 2011 mellem parternes advokater blev parterne enige om, at en henvisning til den eksisterende rammeaftale med Comenxa A/S og optagelse af denne aftale som bilag til konsulentaftalen skulle udgå.

Indklagede har oplyst, at konsulentaftalen med Comenxa Trade ApS om gennemførelsen af udbuddet og rammeaftalen og brugen af selskabets e-handelsportal til at administrere leverancerne under rammeaftalen ikke er underskrevet. Ifølge indklagede er der mellem parterne en fælles forståelse om en aftale, som ifølge indklagede svarer til et ikke underskrevet udkast til »Konsulentaftale« mellem indklagede og Comenxa Trade ApS. Indklagede har fremhævet, at der

ikke obligationsretligt og dermed ifølge indklagede heller ikke udbudsretligt er tale om en »aftale«. I dette udkast, som efter det oplyste er den endelige udformning af aftalevilkårene, har konsulentaftalen følgende indhold:

»1. BAGGRUND

- 1.1 Kommunen ønsker at indgå Rammeaftalen med Leverandørerne, så Kommunen kan tilbyde sine medarbejdere at købe it-udstyr via Ordningen (Bruttolønsordning).
- 1.2 Kommunen ønsker af ressourcemæssige årsager at lade Konsulenten forestå tilrettelæggelsen af udbuddet af Rammeaftalen, idet Konsulenten har erfaring med at udbyde aftaler af samme karakter som Rammeaftalen.
- 1.3 Konsulenten stiller sin E-handelsportal til rådighed overfor Kommunen, således at Kommunen kan vælge direkte herigennem at foretage indkøb af de produkter, som leverandørerne har tilbudt i medfør af Rammeaftalen.
- 1.4 Ved Bestillinger omfattet af Ordningen har Kommunen valgt at anvende Selskabet til at håndtere sådanne Bestillinger.
- 1.5 Kommunen har ingen omkostninger forbundet med gennemførelse af udbuddet. Konsulentens vederlag betales således af Leverandørerne, når Kommunen afgiver Bestillingerne til Leverandørerne.

...

2. DEFINITIONER

...

»Ikrafttrædelsesdato« Datoen for Aftalens underskrift.

...

3. SERVICEYDELSERNE

- 3.1 Med virkning fra Ikrafttrædelsesdatoen skal Konsulenten udarbejde Rammeaftalen. Konsulenten skal også udarbejde udbudsmaterialet, herunder udbudsbekendtgørelsen, hvorved Rammeaftalen udbydes ved et EU-udbud. Kommunen skal godkende indholdet af Rammeaftalen og udbudsmaterialet, inden udbudsbekendtgørelsen offentliggøres i EU-Tidende.

- 3.2 Når Kommunens godkendelse af Rammeaftalen og udbudsmaterialet foreligger, gennemfører Konsulenten et EU-udbud af Rammeaftalen på vegne af Kommunen. Konsulenten evaluerer de indkomne tilbud og udarbejder et indstillingsnotat til Kommunen. Som ordregivende myndighed træffer Kommunen selv beslutning om at tildele Rammeaftalen til Leverandørerne.
- 3.3 Konsulenten indestår for, at udbuddet af Rammeaftalen gennemføres i overensstemmelse med udbudsreglerne, herunder Direktiv 2004/18/EF. Konsulenten håndterer desuden evt. indsigelser overfor udbuddet, herunder varetager evt. klagesager mod Kommunen over udbuddet.
- 3.3.1 Pkt. 3.3 skal fortolkes således, at Konsulenten indestår for enhver økonomisk udgift i forbindelse med gennemførelse af udbuddet, som måtte tilfalde Kommunen.
Dette inkluderer også alle omkostninger og evt. erstatninger, som Kommunen måtte blive mødt med, herunder varetagelse og afholdelse af advokatudgifter i forbindelse med evt. klagesager over Kommunen i forbindelse med udbuddet.
- 3.4 Konsulenten kan ikke gøres ansvarlig for Kommunens brug af rammeaftalen. Tilsvarende kan Konsulenten ikke gøres ansvarlig for leverandørernes opfyldelse af Rammeaftalen, jf. pkt. 3.2.
- 3.5 Konsulenten skal medvirke til at understøtte, at anvendelsen af Rammeaftalen sker korrekt, herunder at Kommunen ikke anvender Rammeaftalen til indkøb uden for Bruttolønsordningen. Såfremt aftalen anvendes til indkøb til eget brug skal Konsulenten medvirke til at dette ophører.
- 3.6 Såfremt Konsulenten er bekendt med en forkert eller ulovlig anvendelse af Rammeaftalen, er denne forpligtiget til at orientere Kommunen herom uden ugrundet ophold.
- 3.7 Konsulenten kan ikke gøres ansvarlig for Kommunens brug af rammeaftalen. Tilsvarende kan Konsulenten ikke gøres ansvarlig for leverandørernes opfyldelse af Rammeaftalen, jf. pkt. 3.2.

4 VEDERLAG

- 4.1 Konsulentens vederlag for at udføre Serviceydelserne udgør 1 % af værdien af en Bestilling for hver gang, Kommunen afgiver en Bestilling på rammeaftalen. Når Kommunen har indtastet Bestillingen på Selskabets portal, jf. aftalevilkårene i Bilag 1, fakturerer Konsulenten sit vederlag til Leverandørerne.
- 4.2 Konsulentens vederlag for at udføre Serviceydelserne betales på baggrund af pkt. 4.1 alene af Leverandørerne.
5. IKRAFTTRÆDEN, VARIGHED OG OPHØR
- 5.1 Aftalen træder i kraft på Ikrafttrædelsesdatoen og varer indtil 28. juni 2013.
- 5.2 Aftalen kan forlænges med to (2) gange ad (1) år. Dette skal i så fald ske senest seks (6) måneder før Aftalen, eller forlængelse af aftalen, ellers ville udløbe.
- 5.3 Aftalen kan opsiges af Kommunen med 3 måneders varsel til udgangen af en måned.
- ...
7. ANSVAR
- ...
- 7.3 Konsulentens erstatningspligt overfor Kommunen kan maksimalt udgøre 2 millioner danske kroner.
- ...«

Indklagede har offentliggjort en bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed af 23. august 2011 om »Konsulentaf tale om udførelse af rammeaftaleudbud om indkøb af IT-udstyr«. Det er angivet, at kontrakten er tildelt Comenxa Trade ApS (punkt V.3), men ikke, hvornår den er tildelt (punkt V.1). Som begrundelse for, at kontrakten ikke er udbudt, er det anført:

»Vederlaget til medkontrahenten udgør 1 % af værdien af Københavns Kommunes bestillinger på en ved særskilt udbud udbudt rammeaftale. Da Københavns Kommunes forventede køb på rammeaftalen er under kr. 50 mio., inkl. optioner, vil vederlaget således være under kr. 500.000 og kontraktværdien er dermed under tærskelværdien. Københavns Kommune har derfor ikke været forpligtet til at iværksætte EU-udbud, og Københavns Kommune agter i stedet at foretage direkte tildeling af kontrakten.«

Aftalerne mellem Comenxa Trade ApS og øvrige ordregivere

Comenxa Trade ApS har i sin udtalelse af 26. september 2011 blandt andet oplyst, at selskabet blev stiftet den 22. juni 2011 og at:

»Baggrunden for stiftelsen var at etablere et selskab, som kunne dække det fortsatte behov hos kommuner og andre offentlige myndigheder for at kunne dække det fortsatte [som ifølge selskabet opstod efter SKI's opsigelse af blandt andet SKI rammeaftale 02.02 Computer] for at foretage indkøb af IT-udstyr til eget brug og medarbejderordninger.«

Selskabet skulle efter det oplyste varetage rådgivning og praktisk håndtering forbindelse med gennemførelse af udbud og skal efterfølgende administrere aftalerne for de offentlige myndigheder. Den anvendte afregningsmodel med administrationsbidrag angives at svare til den model, der gælder ved offentlige myndigheders indkøb hos SKI. Comenxa Trade ApS har videre oplyst, at selskabet etablerede grundlaget for en rammeaftale, som kunne anvendes af kommuner m.v. til indkøb af IT-udstyr. Selskabet har koordineret rammeaftaleudbuddet og herunder udarbejdede udbudsmaterialet, offentliggjorde det, håndterede spørgsmål, gennemførte evalueringen af tilbud og udsendte tildelingsbeslutninger på vegne indklagede. Om indklagedes rolle anføres det:

»Københavns Kommune blev efter aftale med Comenxa Trade ApS formelt set den myndighed, der stod som udbyder af rammeaftalen«

Comenxa Trade ApS har indleveret konsulentaftaler, som er indgået med Jammerbugt, Herlev, Ærø, Roskilde og Guldborgssund kommuner, som i vidt omfang svarer til den, der foreligger som et udkast i relation til indklagede.

Der er endvidere indleveret udkast til lignende aftaler med Gribskov, Høje-Taastrup og Furesø kommuner samt Nationalbanken.

Konsulentaftalerne/aftaleudkastene med de øvrige ordregivende myndigheder er ikke fuldstændig identiske og adskiller sig også på visse punkter fra det senere udkast, indklagede har fremlagt. Comenxa Trade ApS har påpeget, at der er forskelle på følgende punkter:

- Opsigelsesvilkår (Roskilde Kommune kan svarende til, hvad der følger af udkastet til aftale med indklagede, opsige med et varsel

på 30 dage, jf. punkt 5.3. Det samme følger af udkastet til aftale med Høje-Taastrup Kommune).

- Sikkerhedsstillelse (kun udkastet til aftale med indklagede indeholder vilkår herom).
- Brug af rammeaftalen, hvor kun udkastet til aftale med indklagede indeholder vilkår om en begrænsning af anvendelsen af rammeaftalen til alene at blive anvendt til indkøb af produkter under bruttolønsordningen. I udkastet til aftale med Gribskov Kommune er punkt 1.1 formuleret som følger:

»Kommunen ønsker at indgå Rammeaftalen med Leverandørerne, så Kommunen kan tilbyde sine medarbejdere at købe it-udstyr via Ordningen (Bruttolønsløsning). Derudover vil Rammeaftalen kunne anvendes af Kommunen til eget brug, herunder til ordninger, der delvist er finansieret af medarbejderne og delvist af Kommunen.«

Gribskov Kommune har ved brev 20. september 2011 til klagenævnet oplyst ikke at have indgået en aftale med Comenxa Trade ApS (eller andre leverandører) om »en bestillings- og administrationsportal ved administration af ramme vedrørende indkøb af it-udstyr m.v.« Kommunen har oplyst, at den på nuværende tidspunkt selv administrerer sine bestillings- og administrationsopgaver.

Furesø Kommune har ved e-mail af 23. september 2011 til klagenævnet oplyst:

»at kommunen har godkendt at være en del af udbuddet som gennemføres af Comenxa, herunder godkendt Comenxas konsulentaftale. Konsulentaftalen er ikke underskrevet.

Furesø Kommune har i lidt over et år haft mundtlig aftale med Comenxa om at administrere bruttolønsordning for Furesø Kommune og den medarbejdere.«

Høje-Taastrup Kommune har ved e-mail af 23. september 2011 til klagenævnet anført:

»Høje-Taastrup Kommune overvejer at gøre brug af det tilbud, som Comenxa Trade ApS har udarbejdet. Der er pt. udarbejdet udkast til konsulentaftale. Konsulentaftalen er fortsat til forhandling og endnu ikke endeligt udfærdiget og er på den baggrund endnu ikke underskrevet af kommunen. På nuværende

tidspunkt er Høje-Taastrup Kommune ikke kommet længere i overvejelserne om anvendelse af udbuddet.

Høje-Taastrup Kommune har ikke indgået aftaler med Københavns Kommune og vi betragter os således ikke som indklaget part«

Advokat Torkil Høg har ved e-mailbrev af 26. september 2011 på vegne Herlev Kommune oplyst:

»Herlev Kommune har ikke indgået aftaler med andre end Comenxa Trade ApS eller Comenxa A/S om tilrådsstilling af en bestillings- og administrationsportal.

...

Herlev Kommune blev den 22. juni 2011 kontaktet af Comenxa Trade ApS med forespørgsel om, hvorvidt Herlev Kommune ønskede at deltage i et fælles rammeaftaleudbud med henblik på indkøb af IT-udstyr. Henvendelsen...indgår i det af Københavns Kommune fremlagte bilag ... Herlev Kommune tilsluttede sig udbuddet, hvilket kommunen telefonisk meddelte til Comenxa Trade ApS.

Den 12. august 2011 modtog Herlev Kommune ved e-mail kl. 8.54 fra Comenxa Trade ApS udkast til konsulentaftalen, jf. bilag ... Herlev Kommune returnerede konsulentaftalen i underskrevet stand den 16. august 2011, jf. bilag, hvor aftalen må anses for indgået.

Herlev Kommune har ikke foretaget frivillig forudgående offentliggørelse af indgåelsen af konsulentaftalen. Det skal understreges, at konsulentaftalen er indgået på baggrund af Herlev Kommunes egne overvejelser og uden, at Herlev Kommune kender til aftaler m.v. mellem Comenxa Trade ApS/Comenxa A/S og andre af de ordregivere, der deltog i rammeaftaleudbuddet. Den forventelige værdi af konsulentaftalen er langt under kr. 500.000.

...

Herlev Kommune [har] ikke ... indgået aftaler med Københavns Kommune om gennemførelsen af udbuddet. Herlev Kommune har fra Comenxa Trade ApS modtaget udkast til udbudsmateriale og herefter telefonisk oplyst, at kommunen ønskede at tilslutte sig rammeaftaleudbuddet.«

Herlev Kommune har tilsluttet sig indklagedes protest mod, at der meddeles opsættende virkning.

Roskilde Kommune har ved e-mail 26. september 2011 svaret som følger på klagenævnets spørgsmål:

»Roskilde Kommune har ikke indgået aftale med en anden leverandør end Comenxa Trade ApS om tilrådighedsstillelse af en bestillings- og administrationsportal end løsningen fra Comenxa Trade ApS.

...

Roskilde Kommune har til hensigt at indgå aftale med Comenxa Trade ApS omkring brugen af selskabets bestillings- og administrationsportal.

Comenxa stiller mod honorar deres bestillings- og administrationsportal til rådighed for Roskilde Kommune og Roskilde Kommunes medarbejdere. Herudover sørger Comenxa for, at der bliver foretaget korrekte løntræk hos den enkelte medarbejder. [Der er vedlagt et udkast sendt fra Comenxa A/S den 25. maj 2011 til en »ASP« kontrakt herom mellem kommunen og Comenxa A/S. Denne aftale har så vidt ses ikke noget med rammeaftaleudbuddet at gøre].

...

Roskilde Kommune har indgået konsulentaftale med Comenxa Trade ApS den 19. august 2011, se vedlagte bilag.

Roskilde Kommune har ikke offentliggjort bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed.

...

Det kan oplyses, at der ikke er indgået nogen aftale med Københavns Kommune om gennemførelsen af udbuddet.

...

Afslutningsvis skal det oplyses, at Roskilde Kommune alene har indgået aftale med Comenxa om dennes gennemførelse af udbuddet og på intet tidspunkt har koordineret eller haft kontakt til de øvrige kommuner eller Nationalbanken i relation til dette udbud.«

Guldborgsund Kommune har med advokat Povl Nick Bronsteins processkrift af 26. september 2011 til klagenævnet fremlagt en redegørelse fra kommunen af 19. september 2011, hvoraf blandt andet fremgår:

»I forbindelse med, at Guldborgsund Kommune primo 2011 begyndte planlægningen af en personalegodeordning, fik Guldborgsund Komune formidlet en kontakt til Comenxa via en samarbejdspartner i KMD. Kopi af mail vedlægges som bilag 1

[mail af 22. marts 2011 fra KMD vedhæftet en fil om Comenxas ydelser].

...

Guldborgssunds interesse i en nærmere drøftelse af Comenxas mulighed for at løse den ønskede administrationsopgave førte i maj 2011 til en mailhenvendelse fra Comenxa med henblik på at aftale et møde. I mailen gør Comenxa endvidere opmærksom på, at Comenxa er ved at iværksætte et samlet EU-udbud på vegne af forskellige kommuner (København og Jammerbugt nævnes). Kopi af mail vedlægges i bilag 2.

Guldborgsund Kommune tilkendegiver pr. mail den 23. juni 2011, at kommunen ønsker at tilslutte sig EU-udbuddet. Kopi af mail vedlægges i bilag 3.[Det fremgår, at tilslutningen sker på baggrund af Comenxa Trade ApS fremsendelse den 22. juni 2011 af tilbudsliste med bilag underbilag A-G, udkast til udbudsbetingelser, udkast til rammeaftale, udkast til formidlingsaftale, liste over tilsluttede myndigheder og diverse erklæringer er til brug for tilbudsgivers deltagelse i udbuddet.] Efterfølgende underskriver Guldborgsund Kommune konsulentaftalen den 24. august 2011.

I relation til Guldborgssund Kommunes indgåelse af konsulentaftale med Comenxa har Guldborgsund Kommune på intet tidspunkt koordineret processen eller indholdet i aftalen endsige korresponderet med de øvrige deltagere i udbuddet. Enhver drøftelse af EU-udbuddet og konsulentaftalen samt indholdet i og processen i dette [er] alene sket mellem Comenxa og Guldborgsund Kommune. Således gælder det endvidere, at Guldborgsund Kommune, indtil tilkendegivelsen om tilslutning til det fælles EU-udbud alene havde kendskab til et begrænset antal øvrige, mulige deltagere i udbuddet via dele af mailkorrespondancen med Comenxa. Se vedlagte vedlagt mail (bilag 4).«

Det fremgår herudover af en række e-mails, som indklagede har indhentet fra Comenxa A/S/Comenxa Trade ApS, at Comenxa A/S/Comenxa Trade ApS (det fremgår ikke klart, hvilket af selskaberne der er tale om) i en periode frem til og med juni 2011 rettede henvendelse til en række ordregivende myndigheder om nærværende udbud, som virksomheden oplyste at ville forestå.

Advokatfuldmægtig Thomas Grønkær fra advokatfirmaet Horten sendte den 22. juni de af advokatfirmaet udarbejdede udbudsbetingelser til Comenxa A/S (eller Comenxa Trade ApS) med anmodning om, at materialet blev sendt ud til høring hos de

kommuner, som forventedes at tilslutte sig rammeaftalen, med frist for bemærkninger og endelig tilbagemelding om tilslutning den 24. juni 2011 kl. 14. Det fremsendte bestod ifølge e-mailen af:

»Udover tilbudslisten, bilag 1, med underbilag A-G, består materialet af:

1. Udkast til Udbudsbetingelser
 2. Udkast til Rammeaftale
 3. Udkast til formidlingsaftale mellem Comenxa Trade ApS og leverandør bilag 6
 4. Liste over tilsluttede myndigheder, bilag 5
 5. Div erklæringer til brug for tilbudsgivers deltagelse i udbuddet bilag 2
- 4.«

Materialet blev herefter udsendt ved e-mails fra Comenxa A/S/Comenxa Trade ApS til en række kommuner og Nationalbanken. Blandt andet blev der den 23. juni 2011 sendt følgende e-mail til Gribskov Kommune fra Comenxa A/S/Comenxa Trade ApS:

»Efter aftale med vores direktør Anne Dorthe Jensen fremsender jeg mail med det udbudsmateriale, der vil kunne sikre jer produktsortiment i en eventuel personalegoderunde.

Vi vil anbefale, at I kraftigt overvejer at være med i dette udbud, da den også indeholder muligheder for at træde ud af rammeaftalen igen...

Der vil nemlig efterfølgende ikke være mulighed for at tiltræde den.

Anne Dorthe Jensen vil også tage kontakt til jer vedr. et møde, hvor vi kan præsentere de muligheder vi har for at hjælpe jer. Vi ser meget frem til den videre dialog.

Baggrund for EU-udbud:

Grundet at der er udfordringer med lovligheden af miniudbud og SKI-aftaler ikke er på plads, har iværksatte vi [har vi iværksat] arbejdet med at lave EU-udbudsmateriale, som vi tilbyder jer at være en del af! EU-udbuddet vil grundet den mulige volume også skabe grobund for spændende og interessante priser på produkter.

...

Vedhæftet materiale

Udover tilbudslisten, bilag 1, med underbilag A-G, består materialet af:

Udkast til udbudsbetingelser

Udkast til Rammeaftale

Udkast til formidlingsaftale mellem Comenxa Trade ApS og leverandør bilag 5 4. Liste over tilsluttede myndigheder, bilag 5 5. Div erklæringer til brug for tilbudsgivers deltagelse i udbuddet bilag 2 4.

Vedr. tilbagemelding

Frist for bemærkninger fredag d. 24. juni kl. 14.00, hvor der også skal være endelig tilbagemelding på deltagelse, hvis man ønsker at deltage.

Efter fristen for bemærkninger til materialet vil udbudsbekendtgørelsen blive sendt til EU-databasen til offentliggørelse, hvorefter materialet også skal offentliggøres.

Tidsplanen for udbudsprocessen fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 18.

...

Vedr. Liste over tilsluttede

Det bedes bemærket at listen kun er en kladde og vil efter fristen tilrettes, jf. de kommuner der tilmelder sig.«

Lignende e-mails er den 22. juni 2011 sendt til i hvert fald Herlev Kommune, Ærø Kommune, Guldborgsund Kommune og til Høje-Taastrup Kommune.

Nationalbanken, Guldborgsund Kommune og Roskilde Kommune meddelte den 23. juni per e-mail at kunne tilslutte sig aftalen. Jammerbugt Kommune og Furesø Kommune meddelte ligeledes per e-mail den 23. juni 2011 at ønske at deltage og ikke at have bemærkninger til udbudsmaterialet.

Gribskov Kommune tilkendegav i en e-mail af 24. juni 2011 kl. 12.41 at være interesseret i at deltage, men kun hvis kommunen efterfølgende kunne trække sig. Af en e-mail sendt kl. 12.49 samme dag fra projektlederen til Thomas Grønkær hos advokatfirmaet Horten fremgår, at Gribskov Kommune skulle deltage i udbuddet.

Indklagede har oplyst, at Høje-Taastrup, Herlev og Ærø Kommune efter modtagelse af udbudsbetingelser m.v. den 22. juni 2011 telefonisk har tilsluttet sig udbuddet af rammeaftalen.

Tildelingen af rammeaftalen om IT-udstyr

Indklagede modtog inden for fristen for afgivelse af tilbud den 12. august 2011 tilbud fra KMD A/S, Elgiganten A/S, Comm/2 IT-Solutions ApS og TDC Erhvervscenter. Tilbuddet fra TDC Erhvervscenter blev anset for ikke konditionsmæssigt, medens de øvrige tre tilbud blev fundet konditionsmæssige.

Klageren undlod at indgive tilbud. Klageren har oplyst, at det blandt andet var begrundet i, at en af klagerens største konkurrenter (Comenxa A/S), som udbuddet var udformet, ville få indsigt i de mest konkurrencefølsomme oplysninger i branchen, som er priserne på enkelte produkter, via det koncernforbundne selskab Comenxa Trade ApS. Klageren har i den forbindelse anført, at der er tale om en branche, hvor der konkurreres hårdt på små prismarginaler. Vilkåret om, at klageren ved hver levering skulle betale et gebyr til en konkurrent, var en yderligere årsag til, at klageren undlod at afgive tilbud.

Comenxa Trade ApS meddelte ved breve af 7. september 2011 til tilbudsgiverne, at indklagede havde besluttet at tildele delaftalerne til de tre leverandører, KMD A/S, Elgiganten A/S, Comm/2 IT-Solutions ApS, som havde afgivet konditionsmæssige tilbud. Det fremgår af brevene, at tildelingen skete, således at de pågældende leverandører på de underliggende »produktaftaler« (delaftaler) blev rangordnet som leverandør 1, leverandør 2 og leverandør 3 baseret på, hvilket tilbud der ved en vurdering efter tildelingskriterierne var det økonomisk mest fordelagtige. Der er endnu ikke indgået kontrakt.«

Yderligere oplysninger

De indgåede konsulentaftaler

De af Comenxa Trade ApS fremlagte konsulentaftaler med Jammerbugt Kommune, Herlev Kommune, Ærø Kommune, Roskilde Kommune og Guldborgsund Kommune er underskrevet af såvel de pågældende indklagede som Comenxa Trade ApS.

Yderligere mailkorrespondance af 28. juni 2011 fra Københavns Kommune

Indklagede Københavns Kommune har, efter at kendelsen om opsættende virkning blev afsagt, fremhævet en enkelt yderligere e-mail i korrespondancen af 27. - 28. juni 2011 mellem advokatfuldmægtig Thomas Grønkær fra Horten og Kristian Handberg fra kommunen udover den korrespondance i perioden den 27. – 28. juni 2011, der er citeret i

klagenævnets kendelse om opsættende virkning, jf. ovenfor. Korrespondancen indledes som den ovenfor citerede med, at advokatfuldmægtig Thomas Grønkær fra Horten på vegne Comenxa A/S/Comenxa Trade ApS den 27. juni 2011 sender »et udkast til konsulentaftale mellem Comenxa Trade ApS og Københavns Kommune vedrørende gennemførelse af Rammeaftalen«, idet det anføres:

»Mht. ansvaret for valg af leverandører på Rammeaftalen, så fremgår det af afsnit 3.2, at KK skal tiltræde det oplæg til leverandører på Rammeaftalen, som Comenxa Trade ApS udarbejder..., da beslutningen om hvilke leverandører der skal handles med, ikke kan uddelegeres«

I en e-mail af 28. juni 2011, kl. 10.38 (den e-mail, som fremhæves af indklagede), anmodede Kristian Handberg advokatfirmaet om at udtage en sætning om »de øvrige forvaltningsområder i stk. 1.1« i det modtagne udkast til konsulentaftale, hvorefter det anføres:

»Såfremt der er nogle underskrifter, der skal klares, inden at materialet sendes ud, må I endelig sige til, så vi kan få disse forhold bragt i orden. Mht. Konsulentaftalen sørger jeg for en underskrift, når vi får den reviderede udgave tilsendt.«

Samme dag kl. 14.37 sendte advokatfirmaet per e-mail en revideret aftale til indklagedes underskrift, hvormed der som angivet ovenfor vedhæftedes en

»opdateret version af Udbudsbetingelserne, hvor tidsplanen for udbuddet fremgår af pkt. 18«

Kristian Handbergs svar herpå er den ovenfor citerede e-mail af 28. juni 2011, som er sendt kl. 14.48, hvori angives:

»Hvis du tilretter og fremsender igen sørger jeg for underskrift.«

Supplerende oplysninger fra øvrige indklagede

Advokat Martin André Dittmer har ved brev af 30. september 2011 på vegne af Nationalbanken oplyst, at Nationalbanken den 23. juni 2011 meddelte Comenxa Trade ApS, at Nationalbanken kunne tilslutte sig udbuddet. Nationalbanken har ikke underskrevet det udkast til konsulentaftale, som Nationalbanken modtog. Det angives, at såfremt

klagenævnet måtte træffe realitetskendelse svarende til kendelsen om opsættende virkning, vil Nationalbanken meddele Comenxa Trade ApS, at Nationalbanken ikke anser sig for bundet af udkastet til konsulentaftale og ikke agter at foretage indkøb under rammeaftalen. Ved brev af 30. november 2011 har advokaten sendt kopi af et brev fra Nationalbanken til Comenxa Trade ApS af 28. november 2011, hvori det meddeles, at Nationalbanken ikke anser sig for bundet af udkastet til konsulentaftale, og at samarbejdet betragtes som ophævet.

Ærø Kommune har ved e-mail af 4. oktober 2011 oplyst, at Ærø Kommune den 22. juni 2011 blev kontaktet af »Comenxa« med en forespørgsel om, hvorvidt kommunen ønskede at deltage i rammeaftaleudbuddet. Kommunen tilsluttede sig udbuddet og har underskrevet konsulentaftale med Comenxa Trade ApS den 18. oktober 2011 (jf. også det ovenfor anførte) uden forud herfor at foretage frivillig bekendtgørelse af hensigten herom. Kommunen har efterfølgende sendt kopi af en e-mail af 14. november 2011, hvori kommunen meddeler Comenxa Trade ApS, at aftalen betragtes som ophævet.

Furesø Kommune har sendt en lignende e-mail om ophævelse til Comenxa Trade ApS den 10. oktober 2011.

Gribskov Kommune har i en e-mail af 21. november 2011 gentaget ikke at have indgået konsulentaftale med Comenxa Trade ApS. Kommunen har samtidig oplyst, at den under de foreliggende omstændigheder ikke agter at indgå en sådan aftale.

Guldborgsund Kommunes advokat, advokat Povl Nick Bronstein, har fremsendt kopi af et brev af 26. oktober 2011 fra kommunen til Comenxa Trade ApS om ophævelse af konsulentaftalen med omgående virkning samt en e-mail af 27. oktober 2011 fra advokatfuldmægtig Thomas Grønkær, hvori han på vegne Comenxa Trade ApS bekræfter ophøret af aftalen.

Parternes anbringender

Anbringenderne vedrørende påstand 2 og 4 gengives ikke.

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede Københavns Kommune som indkøbscentral for de øvrige ordregivere tilsluttet rammeaftaleudbuddet har været ansvarlig for tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbuddet. Det følger af den ikke underskrevne konsulentaftale mellem Comenxa Trade ApS og indklagede Københavns Kommune, at Comenxa Trade ApS på vegne af kommunen skal udarbejde udbudsmaterialet, udbudsbekendtgørelsen og rammeaftalen vedrørende det it-udbud, som den foreliggende sag vedrører, og at indklagede »skal godkende indholdet af rammeaftalen og udbudsmaterialet inden udbudsbekendtgørelsen offentliggøres i EU-Tidende. En del af ydelserne er allerede udført af Comenxa Trade ApS, idet udbudsmaterialet, rammeaftalen og udbudsbekendtgørelsen er udarbejdet. Udbudsbekendtgørelsen er offentliggjort, og indklagede har foretaget tilde-ling til leverandørerne under rammeaftalen. Indklagede har i e-mailen af 15. juli 2011 omtalt aftalen med Comenxa Trade ApS, som om den allerede var indgået den 15. juli 2011. Det må på den baggrund lægges til grund, at indklagede har godkendt indholdet af udbudsbekendtgørelsen, udbudsmaterialet og udkastet til rammeaftalen, hvoraf fremgår, at Comenxa Trade ApS er berettiget til at kræve, at enhver leverandør på rammeaftalen indgår en formidlingsaftale med Comenxa Trade ApS, der medfører, at leverandøren skal betale 1 % af værdien af de ordrer, som afgives under rammeaftalen til Comenxa Trade ApS, jf. punkt 2.3 i udkast til udbudsbetingelserne.

Det fremstår i udbudsbetingelserne, som om denne betingelse gælder alle leveringer under aftalen og altså ikke kun bestillinger foretaget af indklagede Københavns Kommune. Denne forståelse understreges af det udkast til rammeaftale, der var en del af udbudsbetingelserne (og dermed godkendt af indklagede), idet det fremgår, at den/de valgte leverandører skulle indgå en individuel aftale med hver kommune, som var tilsluttet aftalen på rammeaftalens vilkår, jf. udkastet til rammeaftalen afsnit 1 om rammeaftalens parter. Indklagedes argumentation i sagen er udtryk for en omgåelse af udbudspligten og princippet i artikel 9, stk. 3, i udbudsdirektivet.

Argumentet om, at indklagede Københavns Kommune ikke kender aftalegrundlaget mellem Comenxa Trade ApS og de øvrige ordregivere, kan ikke tillægges vægt, da indklagede som ansvarlig offentlig myndighed og indkøbscentral for de øvrige tilsluttede ordregivere har en forpligtelse til at udforme udbudsbetingelserne således, at det klart og tydeligt fremgår, på hvilke betingelser der udbydes.

Den omstændighed, at vederlaget til Comenxa Trade ApS for levering af administrative ydelser i forbindelse med administration af leveringer af bruttolønsordningen ikke betales direkte af indklagede til Comenxa Trade ApS, men indirekte ved, at indklagede har gjort det til en ufravigelig betingelse i udbudsmaterialet, at alle leverandører under rammeaftalen skal betale et administrationsbidrag til Comenxa Trade ApS for disse ydelser, fratrækker ikke kontrakten mellem Comenxa Trade ApS og indklagede sin karakter af en gensidigt bebyrdende kontrakt, idet det i rammeaftalen og dens bilag er klart defineret, hvilket vederlag Comenxa Trade ApS vil få for sine ydelser, og hvorledes det oppebæres. Dertil kommer, at leverandørerne ikke har noget valg med hensyn til, om de vil betale dette vederlag, idet det som nævnt ovenfor er en ufravigelig betingelse for at blive leverandører under rammeaftalen, at dette vederlag skal betales. Comenxa Trade ApS har derfor ingen økonomisk risiko.

Rammeaftalens værdi anslås i udbudsbekendtgørelsen til 200-300 mio. kr. Det må derfor lægges til grund, at indklagede Københavns Kommune som indkøbscentral for udbuddet og dermed ansvarlig for udbuddets tilrettelæggelse og udførelse har godkendt, at det udtrykkeligt fremgår af både udbudsbekendtgørelsen, udbudsbetingelserne og rammeaftalen (som enhver tilsluttet kommune forudsættes at skulle underskrive), at Comenxa Trade ApS har ret til at oppebære et vederlag for administration på 1 % af 200-300 mio. kr. Vederlaget til Comenxa Trade ApS kan dermed anslås til 2-3 mio. kr. Dette beløb overstiger udbudsdirektivets tærskelværdi for tjenesteydelser. Denne tjenesteydelsesaftale skulle derfor have været udbudt. Indklagede Københavns Kommune har derved begået en af de grovest mulige overtrædelser af udbudsdirektivet – nemlig undladt at udbyde en udbudspligtig aftale.

Det følger af vilkårene i rammeaftalen, som hver enkelt ordregiver forudsættes at skulle indgå efter tildelingen, at der er pligt til at betale administrationsvederlag til Comenxa Trade ApS. Aftalerne med hver enkelt ordregiver er endvidere en del af samme udbud, har samme formål og forudsættes at skulle indgås samtidig. På samme måde som i EU-domstolens dom af 5. oktober 2000 i sag C-16/98, Sydev, skal de enkelte kommuners tjenesteydelsesaftaler med Comenxa anses for at vedrøre »samme projekt«, idet de har samme formål og økonomiske og tekniske funktion, jf. blandt andet præmisserne 61-66 og 74-80. I den sammenhæng er det underordnet for vurderingen af, om der er udbudspligt, om Comenxa Trade ApS rent faktisk

har indgået en konkret aftale med hver enkelt ordregiver om administration forud for udbuddets offentliggørelse. Dette gælder især, da en naturlig sproglig forståelse af udbudsvilkårene fører til, at forpligtelsen til at betale vederlag til Comenxa ApS for »formidling« er generelt gældende for alle leverancer, uanset hvilken ordregiver der foretager bestillingen.

Indklagede Københavns Kommune har overtrådt udbudsdirektivets artikel 9, jf. artikel 28, ved ikke at overholde sin forpligtelse til at iværksætte et EU-udbud af den indgåede tjenesteydelsesaftale med Comenxa Trade ApS. Den omstændighed, at den konsulentaftale, som er fremlagt af indklagede, formelt ikke er underskrevet, fritager ikke for ansvar. Det afgørende er vilkårene i det offentliggjorte udbudsmateriale og den offentliggjorte udbudsbekendtgørelse. Den bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed, som indklagede Københavns Kommune har foretaget den 23. august 2011, kan heller ikke tillægges betydning, da den først er offentliggjort, efter at klageren havde gjort indsigelse, og efter at en del af kontraktens ydelser er leveret.

De øvrige indklagede, som har indgået skriftlige eller mundtlige formidlingsaftaler med Comenxa Trade ApS, er af ovennævnte grunde ligeledes ansvarlige.

Indklagede Københavns Kommune har gjort gældende, at der ikke er indgået en aftale med Comenxa Trade ApS. Begge parter forudsatte således, at der skulle indgås en skriftlig af parterne underskrevet aftale, hvilket også fremgår af parternes korrespondance. Det forhold, at Comenxa Trade ApS har taget skridt til opfyldelse af aftalen, indebærer ikke, at aftalen er indgået. Disse skridt er således taget for egen risiko og indebærer ikke, at Comenxa Trade ApS i forhold til indklagede har haft krav på vederlag som følge af det udførte arbejde vedrørende EU-udbuddet.

Der er desuden hverken pligt til EU-udbud eller annoncering efter tilbudsloven. Værdien af de forskellige konsulentaftaler, Comenxa Trade ApS indgik eller planlagde at indgå med de øvrige ordregivere, skal således ikke sammenlægges med værdien af aftalen mellem Comenxa Trade ApS og indklagede Københavns Kommune, hvis værdi er under 500.000 kr., idet vederlaget på 1 % af indklagede Københavns Kommunes bestillinger på rammeaftalerne vil ligge under dette beløb. Indklagedes beslutning om at indgå aftalen er truffet uden samordning eller koordination med andre

ordregivere, og indklagede havde ingen indflydelse på eller viden om Comenxa Trade ApS' indgåelse af sådanne aftaler. Comenxa Trade ApS opnår heller ikke i medfør af konsulentaftalen med indklagede ret til vederlag ved andre ordregiveres indkøb under rammeaftalerne. Der er ikke i konsulentaftalen sammenhæng med aftaler mellem Comenxa Trade ApS og andre ordregivere. Konsulentaftalen kan opsiges særskilt med 3 måneders varsel. Misligholdelsesbeføjelser kan af begge parter gøres gældende uden, at dette har konsekvenser for andre aftaler, og misligholdelse eller opsigelse af andre aftaler har ikke konsekvenser for konsulentaftalen.

Under alle omstændigheder er en ikke-skriftlig aftale ikke omfattet af udbudsdirektivet, da dette kun omfatter skriftlige aftaler. Påstanden kan derfor ikke tages til følge, som den er udformet.

Der er ikke tale om en koncessionsaftale, allerede fordi Comenxa Trade ApS' realkyldelse leveres til indklagede (og ikke til tredjemand, hvilket ville være tilfældet i en koncessionsaftale). Konsulentaftalen er en tjenesteydelsesaftale med en kontraktværdi under tærskelværdierne for udbud og annoncering.

De øvrige indklagede har i det omfang, de har udtalt sig herom, anført anbringender, der i det væsentlige svarer til det, som indklagede Københavns Kommune har anført.

Guldborgsund Kommune har tillige gjort gældende, at der er tale om en koncessionsaftale, som falder uden for udbudsdirektivet.

Nationalbanken har særligt gjort gældende, at klagen er indholdsløs i forhold til Nationalbanken, idet Nationalbanken som angivet agter at følge en realitetskendelse, som svarer til kendelsen om opsættende virkning, ligesom udbuddet er annulleret.

Høje-Taastrup Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har indgået en aftale med Comenxa Trade ApS eller Københavns Kommune og ikke betragter sig som indklaget part.

Herlev Kommune har – efter at klagenævnet havde afsagt kendelse om opsættende virkning - gjort gældende, at

»konsulentaftalen ... tilsyneladende aldrig [er] blevet underskrevet af Comenxa Trade ApS«

og har anført, at det betyder, at aftalen ikke er indgået.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at det ikke havde været tilstrækkeligt at have anvendt formuleringen »eller tilsvarende« for så vidt angår beskrivelsen af de produkter, der er omfattet af nærværende påstand, idet en sådan formulering kun lovligt kan anvendes, hvis ordregiver konkret kan dokumentere, at kontraktgenstanden ikke ville kunne beskrives tilstrækkeligt nøjagtigt og forståeligt uden henvisninger til specifikke produkter og varemærker. Denne betingelse er ikke opfyldt, og påstanden skal derfor tages til følge. Der henvises til klagenævnets faste praksis, jf. blandt andet kendelse af 12. april 2005 Mariendal Elteknik A/S mod Nordjyllands Amt, kendelse af 14. oktober 2009 Frederik Pedersen Aluglas A/S mod Viborg Kommune, og kendelse af 13. marts 2006 Kirudan mod Kolding Kommune.

Indklagede Københavns Kommune har erkendt overtrædelser.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at alle de overtrædelser, der er omfattet af påstand 1-4, hver for sig udgør grove og væsentlige overtrædelser, der giver grundlag for medhold i en påstand om annullation af tildelingsbeslutningen.

De indklagede har ikke efter klagenævnets kendelse om opsættende virkning og den herefter af Københavns Kommune foretagne annullation af tildelingsbeslutningerne og rammeaftaleudbuddet udtalt sig om spørgsmålet om annullation.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at konsulentaftalen mellem Comenxa Trade ApS og indklagede Københavns Kommune, henholdsvis de øvrige indklagede, som ikke har underskrevet konsulentaftaler, allerede delvist er opfyldt efter sit indhold, jf. ovenfor, idet Comenxa Trade ApS har leveret en del af de serviceydelser, der er omfattet af aftalen, og idet Comenxa Trade ApS er

sikret et vederlag herfor ved, at betingelsen om formidlingshonoraret er indarbejdet i udbudsbetingelserne, jf. det anførte under påstand 1. Det forekommer derfor at være en formsag, at konsulentaftalen ikke er underskrevet, da den jo er delvist opfyldt af parterne. Den bekendtgørelse om frivillig forudgående gennemsigtighed, som indklagede Københavns Kommune har indrykket den 23. august 2011, længe efter at konsulentaftalen er delvist opfyldt, og efter at Københavns Kommune havde modtaget klagerens indsigelser mod udbuddet, kan ikke tillægges nogen retsvirkning. Den må tværtimod ses som en skærpende omstændighed, idet indklagede Københavns Kommune herved forsøger at lovliggøre en klart ulovlig aftale.

For så vidt angår de skriftligt indgåede konsulentaftaler falder disse uden tvivl inden for udbudsdirektivet og skal dermed i konsekvens af påstand 1 erklæres uden virkning.

Indklagede Københavns Kommune har henvist til det, der er anført ad påstand 1.

De øvrige indklagede har ikke direkte udtalt sig om spørgsmålet, bortset fra det, som Nationalbanken har anført om, at påstanden er meningsløs i forhold til Nationalbanken.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

I klagenævnets kendelse om opsættende virkning anføres det om påstand 1:

»Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, at indklagede på egne vegne, og tillige som indkøbscentral, jf. udbudsdirektivets artikel 11, på vegne de øvrige kommuner samt Nationalbanken, forestår gennemførelsen af udbuddet af rammeaftalen.

Det forhold, at initiativet til udbuddet er kommet fra Comenxa A/S, og at Comenxa A/S/Comenxa Trade ApS i realiteten synes at være den, der har fået såvel indklagede som de øvrige ordregivere tilsluttet udbuddet og rammeaftalen, hvis vilkår også er udarbejdet af Comenxa Trade ApS (eller aktieselskabet), ændrer ikke på, at det efter udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne er indklagede, der har stået for udbuddet som indkøbscentral og på egne vegne, og som

dermed er ansvarlig for udbuddet. Det bemærkes i den forbindelse, at de to Comenxa-selskaber ikke er ordregivende myndigheder, og dermed ikke kan være »indkøbscentraler«, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 10, gennem hvilken andre ordregivende myndigheder kan afløfte deres udbudspligt efter direktivet, jf. artikel 11.

På baggrund af korrespondancen om udkastet til konsulentaftale og allonge og det seneste udkast til konsulentaftale samt udformningen af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne må det lægges til grund, at indklagede har haft og har en fælles forståelse med Comenxa Trade ApS, som svarer til det, der kommer til udtryk i den af indklagede godkendte udbudsbekendtgørelse og udbudsbetingelser og i konsulentaftalen om, at Comenxa Trade ApS skulle bistå med udbuddet og efterfølgende administrere rammeaftalen mod betaling af det administrationsbidrag på 1 % af de afgivne ordrer, som det pålægges leverandørerne at betale i udbudsbetingelsernes punkt 2.3 sammenholdt med udkastet til rammeaftale punkt 1, jf. definitionen på »formidler« i punkt 2, jf. punkt 10.2 og det udkast til formidlingsaftale med Comenxa Trade ApS, som de valgte leverandører ifølge rammeaftaleudkastets punkt 1 og 2 skal underskrive, jf. tilsvarende udbudsbekendtgørelsen punkt VI.3), nr. 2. Comenxa Trade ApS har rent faktisk også forestået gennemførelsen af udbuddet af rammeaftalen om IT-udstyr, jf. blandt andet de af selskabet forfattede tildelingsmeddelelser af 7. september 2011.

Indklagede har anført, at konsulentaftalen mellem Comenxa Trade ApS og indklagede som følge af den manglende håndhævelsesmulighed over for indklagede ved manglende betaling af administrationsbidrag fra leverandørernes side ikke »obligationsretligt«, og dermed ifølge indklagede heller ikke udbudsretligt, kan karakteriseres som en aftale. Klagensævnet bemærker hertil, at Comenxa Trade ApS i kraft af bestemmelserne i udbudsbetingelserne om pligt for leverandørerne til at betale administrationsbidrag til Comenxa Trade ApS modtager et løbende vederlag gennem hele rammeaftalens løbetid for selskabets bistand med udbuddet og efterfølgende administration af rammeaftalen. Det forhold, at vederlaget til Comenxa Trade ApS ikke betales direkte til selskabet af indklagede (og de øvrige ordregivere), men indirekte ved, at indklagede har gjort det til en ufravigelig betingelse i udbudsbetingelserne, at leverandørerne på rammeaftalen skal betale gebyret for ordregivernes bestillinger, ændrer ikke på, at aftalen mellem Comenxa Trade ApS og indklagede udbudsretligt er en gensidigt bebyrdende aftale. Det samme gælder de aftaler, de øvrige kommuner og Nationalbanken i kraft af deres accept af Comenxa Trade ApS på e-mail fremsendte forslag om deltagelse i EU-udbuddet og deres godkendelse af udbudsbetingelserne har haft med Comenxa

Trade ApS om bistand til udbuddet og administration af rammeaftalen. En række af de øvrige ordregivende myndigheder har i øvrigt også underskrevet konsulentaftaler, som for så vidt angår beskrivelsen af Comenxa Trade ApS tjenesteydelser og vederlæggelsen herfor svarer til det udkast, indklagede har angivet, er udtryk for indklagedes og Comenxa Trade ApS' forståelse. Klagenævnet finder endvidere ikke grundlag for som hævdet af Guldborgsund Kommune at anse konsulentaftalerne for koncessionsaftaler. Klagenævnet lægger vægt på, at Comenxa Trade ApS ved den anvendte administrationsbidragskonstruktion er sikret et løbende vederlag, der modsvarer det faktiske træk på selskabets E-handelsportal, og at der også herved må antages at ske fuld vederlæggelse af selskabets bistand med udbuddet.

Alle de tilsluttede ordregivere vil ifølge udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne købe samme IT-udstyr på ensartede vilkår, jf. herved rammeaftaleudkastet med tilhørende bilag. Af udbudsbetingelserne og udbudsbekendtgørelsen følger herunder, at de valgte leverandører forpligtes til at betale det nævnte vederlag til Comenxa Trade ApS. Efter ordlyden af disse vilkår er der ikke mulighed for, at de øvrige ordregivende myndigheder, på hvis vegne indklagede har udbudt rammeaftalen, kan anvende en anden »formidler« end Comenxa Trade ApS. Der er i øvrigt heller ikke oplysninger, som understøtter, at de øvrige ordregivere skulle have indgået sådanne aftaler med andre »formidlere« eller have planer herom. Comenxa Trade ApS har endvidere, som allerede angivet, leveret den bistand vedrørende udbuddet, som honoreres ved den aftalte administrationsbidragsmodel.

Klagenævnet finder på den baggrund, at det ikke alene er det IT-udstyr, som skal indkøbes af de enkelte ordregivende myndigheder, der er omfattet af rammeaftalen, men også den hertil knyttede integrerede tjenesteydelsesaftale om at benytte Comenxa Trade ApS som »konsulent« vedrørende gennemførelsen af udbuddet og som »formidler« vedrører det samme »projekt«, nemlig en bistand med udbuddet af rammeaftalen og tilrådsstilling af en E-handelsløsning til brug for administrationen af aftalen. Dette gælder, uanset om såvel indklagede som hver enkelt af de øvrige ordregivere har indgået eller forudsættes at indgå en formel aftale med Comenxa Trade ApS svarende til den aftale, indklagede har fremlagt. Dette adskiller sig i øvrigt ikke fra, hvad der ifølge rammeaftaleudkastets punkt 1 gælder med hensyn til rammeaftalerne om IT-udstyr, som formelt også skal indgås af hver enkelt ordregiver. Konsulentaftalerne med Comenxa Trade ApS må derfor anses for at være én anskaffelse i relation til beregningen af tærskelværdi efter udbudsdirektivets artikel 9, stk. 5, litra a. Det bemærkes i den forbindelse tillige, at det følger af

direktivets artikel 9, stk. 3, at en aftales værdi ikke må opdeles med henblik på at undgå, at direktivets bestemmelser finder anvendelse på aftalen.

Den anslåede værdi af den samlede rammeaftale anslås i udbudsbekendtgørelsen at være 200 – 300 mio. kr. Vederlaget til Comenxa Trade ApS, som er på 1 % af bestillingerne, må dermed tilsvarende anslås at være i størrelsesordenen 2- 3 mio. kr., og overstiger dermed væsentligt tærskelværdien i udbudsdirektivet. Den med Comenxa Trade ApS indgåede tjenesteydelsesaftale er derfor efter klagenævnets umiddelbare vurdering udbudspligtig. En undladelse heraf strider efter en foreløbig vurdering mod det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, jf. udbudsdirektivets artikel 2 og udbudsdirektivets artikel 9, stk. 5, litra a.

Konsulentaftalen fremgår ikke alene af det seneste skriftlige udkast til konsulentaftalen, som parterne efter det oplyste er enige om, men blot ikke har underskrevet, men også af de ligeledes skriftlige udbudsbetingelser og udbudsbekendtgørelsen. Udbudsbekendtgørelsen og -betingelserne er godkendt af indklagede, der samtidig, jf. Kristian Handbergs anmodning af 28. juni 2011 om, at udbuddet blev iværksat, uanset den manglende underskrift på konsulentaftalen. I relation til spørgsmålet om opsættende virkning er det dog ufornuddent at tage stilling til, om dette i sammenhæng med den faktiske gennemførelse af udbuddet, er tilstrækkeligt til at anse aftalen om bistand og administration for skriftligt indgået, eller om den manglende underskrift på konsulentaftaledokumentet betyder, at aftalen alene kan anses for mundtligt indgået og dermed, i hvert fald formelt set uden for definitionen på en offentlig kontrakt, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a, indtil den underskrives.

Foreløbigt er det således tilstrækkeligt at konstatere, at indklagede og de øvrige ordregivere under alle omstændigheder efter de traktatbaserede principper om ligebehandling og gennemsigtighed, som henset til værdien af aftalerne finder anvendelse, ikke lovligt kan indgå en sådan mundtlig aftale. Almindelige omgængelsesbetragtninger understøtter tillige, at en mundtlig aftale ikke lovligt har kunnet indgås uden forudgående udbud.

Da konsulentaftalen/erne ikke kunne indgås lovligt uden udbud, og da vilkårene om Comenxa Trade ApS' formidling er en grundlæggende integreret del af den udbudte rammeaftale, må det antages, at klagerens påstand 6 om annullation af indklagedes beslutning om at tildele de enkelte delaftaler under rammeaftalen til KMD A/S, Elgiganten A/S og Com/2 IT-Solutions ApS vil blive taget til følge.

Såfremt konsulentaftalen anses for skriftligt indgået ved godkendelsen og udsendelsen af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, forekommer det endvidere sandsynligt, at påstand 7 om, at konsulentaftalen mellem Comenxa Trade ApS og indklagede skal erklæres for uden virkning med virkning for fremtiden, vil blive taget til følge.

Betingelsen om *fumus boni juris* er dermed opfyldt.«

Klagenævnet finder af de i kendelsen anførte grunde vedrørende aftaleindgåelsen, at der i hvert fald stiltiende er indgået konsulentaftaler mellem Københavns Kommune, Gribskov Kommune, Høje-Taastrup Kommune, Furesø Kommune og Nationalbanken og Comenxa Trade ApS. Den af indklagede Københavns Kommune yderligere fremlagte e-mail af 28. juni 2011 kan ikke føre til et andet resultat. For så vidt angår de øvrige indklagede Jammerbugt Kommune, Herlev Kommune, Ærø Kommune, Roskilde Kommune og Guldborgsund Kommune foreligger der konsulentaftaler, som er underskrevet af både de pågældende indklagede og Comenxa Trade ApS. For disse ordregiveres vedkommende er kravet om skriftlighed i udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra a, dermed opfyldt.

Herefter, og af de i kendelsen om opsættende virkning i øvrigt anførte grunde, tages påstanden til følge, dog sådan, at der i forhold Københavns Kommune, Gribskov Kommune, Høje-Taastrup Kommune, Furesø Kommune og Nationalbanken alene henvises til, at der foreligger omgåelse samt en overtrædelse af de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, som angivet nedenfor.

Ad påstand 3

Indklagede har erkendt overtrædelsen. Herefter og af de af klageren anførte grunde tages påstanden til følge.

Ad påstand 2 og 4

I overensstemmelse med klagenævnets faste praksis, hvorefter klagenævnet helt eller delvist kan undlade at behandle en klage, undlader klagenævnet at behandle disse påstande.

Ad påstand 5

Tildelingsbeslutningerne er, efter klagenævnet afsagde kendelse om opsættende virkning, annulleret af indklagede Københavns Kommune på vegne denne og de øvrige indklagede.

Der er herefter ikke grundlag for at tage stilling til påstanden om annulation.

Ad påstand 6

Tildelingsbeslutningerne og rammeaftaleudbuddet er annulleret af indklagede Københavns Kommune på vegne denne og de øvrige indklagede. En række af de indklagede har endvidere formelt ophævet konsulentaftalerne med Comenxa Trade ApS, som ikke har modsat sig dette.

Klagenævnet finder på den baggrund, at det må lægges til grund, at konsulentaftalerne allerede er uden virkning.

Der er herefter ikke grundlag for at behandle påstanden.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

De indklagede Jammerbugt Kommune, Herlev Kommune, Ærø Kommune, Roskilde Kommune og Guldborgsund Kommune har handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, jf. udbudsdirektivets artikel 2 og udbudsdirektivets artikel 9, stk. 5, litra a, ved uden EU-udbud at indgå en aftale med Comenxa Trade ApS om levering af diverse tjenesteydelser, herunder administrationsydelser i relation til en rammeaftale om køb af it-udstyr, uanset at den samlede værdi af tjenesteydelsesaftalen overstiger udbudsdirektivets tærskelværdi for tjenesteydelsesaftaler.

De indklagede Københavns Kommune, Gribskov Kommune, Høje-Taastrup Kommune, Furesø Kommune og Nationalbanken har omgået udbudspigten efter udbudsdirektivets artikel 9, stk. 5, litra a, og har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved uden EU-udbud at indgå en ikke af de pågældende indklagede underskrevet afta-

le med Comenxa Trade ApS om levering af diverse tjenesteydelser, herunder administrationsydelser i relation til en rammeaftale om køb af it-udstyr, uanset at den samlede værdi af tjenesteydelsesaftalen overstiger udbudsdirektivets tærskelværdi for tjenesteydelsesaftaler.

Ad påstand 3

Indklagede Københavns Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og udbudsdirektivets artikel 23, stk. 8, ved i udbudsbetingelserne at anvende betegnelser for komponenter i produkterne fra en bestemt producent og/eller varemærkeindehaver, uagtet at det havde været muligt at angive de tekniske krav til de udbudte produkter på en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig måde uden at anvende betegnelser for bestemte varemærker.

De indklagede, Københavns Kommune, Gribskov Kommune, Høje-Taastrup Kommune, Furesø Kommune, Jammerbugt Kommune, Herlev Kommune, Ærø Kommune, Roskilde Kommune, Guldborgssund Kommune og Nationalbanken, skal in solidum i sagsomkostninger til klageren, Atea A/S, betale 18.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse. Indklagede Københavns Kommune skal herudover betale 2.000 kr. til klageren vedrørende påstand 3. Det er ved fastsættelsen af sagsomkostninger taget i betragtning, at tildelingsbeslutningerne og udbuddet blev annulleret, efter at klagenævnet havde afsagt kendelse om opsættende virkning. Klagenævnet har ikke fundet grundlag for at tage stilling til fordelingen af sagsomkostninger indbyrdes mellem de indklagede for så vidt angår de påstande, som er nedlagt i forhold til dem alle.

Klagegebyret tilbagebetales.

Påstand 2 og 4-6 behandles ikke.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig