

K E N D E L S E

Damm Cellular Systems A/S
(advokat Niels Christian Ellegaard, København)

mod

Økonomistyrelsen
(Kammeradvokaten ved advokat Henrik Berg)

Ved udbudsbekendtgørelse af 8. juni 2006 udbød Økonomistyrelsen som konkurrencepræget dialog efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, (Udbudsdirektivet) en offentlig kontrakt om tilslutning til og brug af et landsdækkende radiobaseret telekommunikationsnet (benævnt »nettet«). Det er i udbudsbekendtgørelsen oplyst, at der stiles mod en 10-årig kontraktperiode, og at ordrens samlede værdi er anslået til 1,1 – 2,1 mia. kr. Det planlagte antal økonomiske aktører var fastsat til 3.

Fristen for modtagelse af ansøgninger om deltagelse (prækvalifikation) var i udbudsbekendtgørelsen fastsat til 10. juli 2006, og fristen for afsendelsen af opfordringer til at afgive tilbud var fastsat til 9. august 2006 med angivelse af, at det var en anslået dato.

Tildelingskriteriet er i udbudsbekendtgørelsen oplyst som »det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af de kriterier, der er anført i specifikationerne, opfordringen til at afgive bud eller til at forhandle eller i det beskrivende dokument.«

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 10. juli 2006 havde følgende 5 virksomheder/konsortier anmodet om prækvalifikation:

1. TDC Totalløsninger A/S

2. EADS Secure Networks Oy
3. Konsortiet Damm Cellular Systems A/S / Mærsk Data Defence /
Saab AB / Eltel Networks Telecom A/S
4. Dansk Beredskabskommunikation A/S
5. Nordisk Mobiltelefon AB

Den 10. august 2006 besluttede indklagede at prækvalificere virksomhederne/konsortierne nr. 2, 3 og 4.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 14. august 2006, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde alle de 3 prækvalificerede virksomheder/konsortier afgivet tilbud. Under den konkurrenceprægede dialogs forløb besluttede nr. 2, EADS Secure Networks Oy, i december 2006 at udtræde som tilbudsgiver. Under den konkurrenceprægede dialogs forløb blev der givet tilbudsgiverne mulighed for at afgive 7 foreløbige tilbud. Fristen for afgivelse af endeligt tilbud var 23. april 2007. Den 8. juni 2007 besluttede indklagede at indgå kontrakt med nr. 4, Dansk Beredskabskommunikation A/S, hvilket blev meddelt den anden deltager i udbuddet på dette tidspunkt nr. 3, Konsortiet Damm Cellular Systems A/S / Mærsk Data Defence / Saab AB / Eltel Networks Telecom A/S, ved skrivelse af 8. juni 2007.

Den 6. juli 2006 indgav virksomheden Nethleas B.V., som ikke havde anmodet om at blive prækvalificeret, klage til Klagenævnet for Udbud over Økonomistyrelsen. Ved kendelse af 8. december 2006 traf Klagenævnet afgørelse vedrørende denne klage. Klageren ønskede under klagesagen Klagenævnets stillingtagen til bl.a. 6 overtrædelser (påstand 1-6). Klagenævnet tog ingen af disse 6 påstande til følge.

Den 8. juni 2007 indgav klageren, Damm Cellular Systems A/S, der indgår i Konsortiet Damm Cellular Systems A/S / Mærsk Data Defence / Saab AB / Eltel Networks Telecom A/S (prækvalificeret virksomhed/konsortium nr. 3) klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Økonomistyrelsen. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 29. juni 2007 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen blev behandlet på møder den 16. august 2007 og den 13. december 2007.

Klageren nedlagde under sagen 17 påstande herunder følgende påstand 16:

Påstand 16

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, ved at gennemføre udbudet som »Konkurrencepræget dialog«, uagtet det ikke drejer sig om en særlig kompleks kontrakt, hvor hverken anvendelse af offentligt udbud eller begrænset udbud gør det muligt at indgå en kontrakt.

Indklagede nedlagde vedrørende påstand 16 påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet behandlede klagen foreløbigt på et møde den 16. august 2007. Den 3. december 2007 besluttede Klagenævnet på det følgende møde den 13. december 2007 alene at behandle påstand 1 – 10, og den 21. december 2007 afsagde Klagenævnet kendelse om disse påstande. Ved kendelsen afviste Klagenævnet disse påstande.

Klagenævnet behandlede herefter påstand 11 – 17, som blev behandlet på skriftlig grundlag. Klagenævnet afsagde den 14. april 2008 kendelse om disse påstande. Ved denne kendelse blev påstand 13 afvist. Påstand 11, 12, 14, 15 og 17 blev ikke taget til følge, mens påstand 16 blev taget til følge.

Den 6. juni 2008 anlagde indklagede sag ved domstolene mod Klagenævnet for Udbud. Under denne sag nedlagde indklagede påstand om, »at sagsøgte, Klagenævnet for Udbud, skal anerkende, at Klagenævnets kendelse af 14. april 2008 i sagen Damm Cellular Systems A/S mod Økonomistyrelsen er ugyldig for så vidt angår afgørelsen af påstand 16.«

Østre Landsret afsagde den 29. juni 2009 dom i sagen. Dommens konklusion er sålydende:

»Sagsøgte, Klagenævnet for Udbud, skal anerkende, at Klagenævnets kendelse af 14. april 2008 i sagen Damm Cellular Systems A/S mod Økonomistyrelsen er ugyldig for så vidt angår afgørelsen af påstand 16.
.....«

Klagenævnet har herefter behandlet klagerens påstand 16 påny. I forbindelse med den fornyede behandling af påstand 16 har der været afholdt møde den 1. december 2009 og den 20. og 21. januar 2010.

Udbudsbekendtgørelsen:

Udbudsbekendtgørelsen indeholdt bl.a. følgende afsnit:

»DEL II: Kontraktens genstand

.....

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

Økonomistyrelsen ønsker på vegne af staten, og under forudsætning af opnåelse af fornøden mandat, ligeledes for amter/regioner og landets kommuner, at indgå en kontrakt om tilslutning til og brug af et landsdækkende radiobaseret telekommunikationsnet (herefter benævnt nettet). Nettet skal benyttes af nød- og beredskabsmyndigheder indenfor stat, regioner, og kommuner, samt af private retssubjekter, der har eller måtte indgå aftale om løsning af beredskabspligter eller udførelse af opgaver af betydning for beredskabet. Endvidere skal nettet kunne benyttes af forsyningsvirksomheder og anden samfundsvigtig infrastruktur. Det er ydermere tanken, at nettet skal kunne anvendes af landets hjemmepleje, hjemmehjælp og lignende, såfremt priser og øvrige vilkår for adgangen til nettet også i forhold til de alternative løsninger (f.eks. anvendelse af almindeligt udbredte mobiltelefoner), der består for disse, er økonomisk fordelagtig.

Af hensyn til nettets væsentlighed for nød- og beredskabsbrugerne vil Økonomistyrelsen i udbudet, der gennemføres som en konkurrencepræget dialog, sikre:

- 1) at nettet, når det er fuldt udbygget, udgør et sammenhængende net, der giver fuld geografisk dækning af Danmark (ekskl. Færøerne og Grønland), forstået som indendørs håndholdt dækning i byer og udendørs håndholdt dækning i landområder;
- 2) at nettet kan integreres med Danmarks nabolandes nød- og beredskabsnet. Dette med henblik på at muliggøre kommunikation mellem beredskabsmyndigheder på tværs af grænser;
- 3) at nettet og tjenestydernes organisation overholder en række sikkerhedsmæssige mindstekrav, der vil blive specificeret i de beskrivende dokumenter (udbudsmaterialet);
- 4) at driften af nettet lever op til en række mindstekrav til stabilitet og tilgængelighed, der vil blive specificeret i de beskrivende dokumenter;
- 5) at der er adgang til et testnetværk parallelt med udrulningen og i forbindelse med migrering fra gamle systemer. Nettet skal understøtte anvendelsen af udstyr baseret på digital og trunkeret teknologi. Nettet skal opfylde en række af beredskabernes tekniske krav og funktionelle behov. Disse omfatter blandt andet:

- a) Tale;
- b) Nødopkald;
- c) Gruppeopkald;

- d) Prioritering af opkald;
- e) Kryptering;
- f) Hurtig opsætning af opkald;
- g) Understøttelse af datakommunikation.

I den konkurrenceprægede dialog vil navnlig de tekniske behov, funktionalitet, sikkerhed og stabilitet, særlige vilkår og varighed, driftsorganisation og test, og de økonomiske forhold blive drøftet. Ligeledes vil tidspunktet for åbning af nettet for beredskabernes tilslutning og eventuelle planer for udrulning af nettet til opfyldelse af krav til dækninggrad og kapacitet – såfremt nettet ikke allerede måtte opfylde disse – blive drøftet med tilbudsgiverne i den konkurrenceprægede dialog.

.....

II.2) Ordrens Mængde eller omfang

II.2.1) Samlet mængde eller omfang (i givet fald inkl. alle delaftaler og optioner)

Nettet vil efter implementering skulle benyttes som et primært medium til kommunikation i det danske beredskab. Politiet, det statslige, regionale og kommunale beredskab vil anvende nettet til både daglige indsatser og i forbindelse med større hændelser, svarende til ca. 15000 terminaler i tilknytning til det daglige beredskab (blå-blink). Såfremt forsyningsvirksomheder og anden samfundsvigtig infrastruktur sluttet til nettet vil dette forøge antallet af terminaler med op til ca. 5000 stk. Endvidere er der potentiale for op mod yderligere 40000 terminaler, såfremt brugerkredsen også kommer til at omfatte landets hjemmepleje, hjemmehjælp og lignende. Herudover forventes tilkobling af ca. 200 kontrolrumspladser for de danske beredskab, samt yderligere et mindre antal kontrolrumspladser ved eventuel tilslutning af forsyningsvirksomheder m.v.

.....

DEL III. Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger

III.1) Betingelser i kontrakten

III. 1.1) Sikkerhedsstillelse og garantier, som forlanges (i givet fald)

Omfanget og karakteren af sikkerhedsstillelse og garantier, herunder til brug i tilfælde af tjenesteyderens eventuelle misligholdelse, vil blive gjort til genstand for drøftelser i den konkurrenceprægede dialog, jf. også pkt. III.1.4. Ved eventuel forudbetaling skal der stilles fuld anfordringsgaranti fra anerkendt garant.

III.1.2) De vigtigste finansierings- og betalingsvilkår og/eller henvisning til relevante bestemmelser herom

Vederlagsmodellen vil blive gjort til genstand for drøftelser i den konkurrenceprægede dialog.

III.1.3) Retlig form, som kræves af den sammenslutning af økonomiske aktører, ordren tildeles (i givet fald)

Såfremt opgaven tildeles en sammenslutning af tjenesteydere (et konsortium), skal deltagerne påtage sig solidarisk hæftelse og udpege en fælles befuldmægtiget.

III. 1.4) Andre særlige vilkår, som gælder for opfyldelse af kontrakten

.....

På grund af nettets væsentlige nationale og samfundsmæssige betydning skal der i den endelige kontrakt være bestemmelser, der i behørigt omfang sikrer staten og nød- og beredskabsbrugerne mod/i tilfælde af 1) tjenesteyders økonomiske problemer, 2) hel eller delvis overdragelse eller anden form for overgang af tjenesteyder eller ejerandele heri, og 3) lignende situationer. Det nærmere indhold af denne sikring, herunder om den medfører særlige krav til tjenesteyderens økonomiske soliditet og/eller krav om særlig betryggelse fra et eventuelt moderselskab, en garantistiller eller anden tredjemand, vil blive drøftet under dialogen.

.....

DEL VI. Supplerende oplysninger

.....

VI. 3) Yderligere oplysninger

1) Dialog vil foregå med gennemsigtighed i prissætning, bl.a. gennem krav om detaljeret nedbrydning af tjenesteyders prissætning.

2) Der stilles mod en kontraktperiode på 10 år, jf. punkt II.3. Den endelige varighed af kontrakten beror på udfaldet af drøftelserne med tilbudsgiverne i den konkurrenceprægede dialog.

3) Kontrakten vil indeholde bestemmelse om, at Økonomistyrelsen kan give helt eller delvist afkald på at udnytte optionerne i punkt II.2.2, nr. 1 og nr. 2, herunder med henblik på at konkurrenceudsætte en eller flere af de i optionerne beskrevne ydelser i et selvstændigt EU-udbud.

4) Tjenesteydere, der ikke afgiver alle de i punkt III.2 udbedte oplysninger kan ikke forvente at blive udvalgt til at deltage i udbudsforretningen. Ved sammenslutninger af tjenesteydere (konsortier) skal oplysningerne, der udbedes i punkt III.2, afgives for samtlige tjenesteydere.

5) Såfremt tjenesteyder i sin anmodning om deltagelse har angivet eventuelt at ville anvende underleverandør, og tjenesteyder ønsker, at underleverandørens forhold skal indgå i vurderingen af tjenesteyderens tekniske kapacitet, skal tjenesteyderen fremlægge dokumentation for, at tjenesteyderen har ret til i det af tjenesteyderen angivne omfang at trække på underleverandørens kapacitet. Tjenesteyder skal i så fald endvidere fremlægge samme typer af oplysninger og beskrivelser vedrørende underleverandørens tekniske kapacitet, som tjenesteyderen i hht. punkt III.2.3 skal fremlægge for sin egen virksomhed.

6) Økonomistyrelsen ser gerne, at tjenesteyderens anmodning om deltagelse i udbudet indleveres i 20 eksemplarer (papirversioner) samt på en CD-rom.

7) Det vil være en betingelse for tildeling af ordren, at tjenesteyder besidder den efter lov om radiofrekvenser (lovbekendtgørelse nr. 680 af

23. juni 2004) for udførelsen af tjenesteydelserne påkrævede tilladelse. Tilladelsen skal foreligge senest 7 dage efter udløbet af fristen for afgivelse af endeligt tilbud.

8) IT- og Telestyrelsen er ressortmyndighed i relation til lov om radiofrekvenser, og IT- og Telestyrelsens myndighedsudøvelse vil ske uafhængigt af nærværende udbudsforretning, herunder med hensyn til administrativ praksis og sagsbehandlingstider. Økonomistyrelsen har ikke mulighed for at vurdere, hvorvidt tjenesteydere, der ikke allerede måtte være i besiddelse af tilladelse, jf. lov om radiofrekvenser, vil kunne opnå en sådan inden for den oven for fastsatte frist. Oplysninger om tilladelser kan søges på IT- og Telestyrelsens hjemmeside »www.itst.dk«

9) Med sigte på samordning af nød- og beredskabskommunikation m.v. stiles der mod gennemførelse af en tilslutningsforpligtelse, således at også alle ikke-statslige nød- og beredskabsmyndigheder og –grene forpligtes til at anvende den tjenesteyder, som Økonomistyrelsen efter gennemførelsen af nærværende udbudsforretning indgår kontrakt med. Det fremhæves, at en sådan pligt ikke vil have til formål at give tjenesteyderen en beskyttet eneret eller koncession, idet tjenesteyderens adgang (og eventuelle ret) til at betjene stat og kommuner m.fl. i det hele vil bero på indholdet af den kontrakt, der indgås i nærværende udbud.

10) Der foreligger ikke yderligere dokumentation som tjenesteydere kan rekvirere fra Økonomistyrelsen forud for fremsendelse af anmodning om deltagelse, jf. punkt IV. 3.3 og punkt I.1.

11) Udbudsforretningen gennemføres med forbehold for vedtagelse af de for samordningen af nød- og beredskabskommunikation m.v. nødvendige lovændringer eller myndighedsaftaler og for opnåelse af fornøden bevillingsmæssig hjemmel.

12) Juridiske personer vil i deres endelige tilbud skulle angive navn og faglige kvalifikationer for de personer, der er ansvarlige for udførelsen af tjenesteydelserne.

13) Den anslåede kontraktværdi i punkt II.2.1 er behæftet med betydelig usikkerhed. De i pkt. II.2.2, nr. 3-9 angivne optioner er ikke medtaget i beløbsangivelserne, idet Økonomistyrelsen ikke ser sig i stand til at skønne omfanget eller priserne for disse optioner.

14) Økonomistyrelsen stiler mod, at kontakt indgås 1. kvartal 2007.

15) Der vil under forudsætning af godkendelse fra de bevilgende myndigheder ske udbetaling af godtgørelse til de tilbudsgivere, som afgiver endeligt konditionsmæssigt tilbud, men som ikke opnår kontrakt med Økonomistyrelsen om adgang til et landsdækkende net. Godtgørelsen forventes at udgøre 1 mio. kr. pr. tilbudsgiver.

16) Økonomistyrelsen forbeholder sig adgang til med saglig begrundelse at aflyse udbudsforretningen uden ordretildeling, herunder såfremt der ikke i den konkurrenceprægede dialog med det begrænsede antal tilbudsgivere opnås konkurrencedygtige priser og vilkår for adgangen til et landsdækkende net.

17) Datoen i punkt IV.3.3 er anslået dato«.

Udbudsbetingelserne:

Ad Force majeure

I Udbudsbetingelserne (udkast til kontrakt »§ 31. Force Majeure)« var fastsat følgende: »Kontrakten kan ikke annulleres eller hæves på grund af force majeure«, og i den følgende tekst i § 31 er denne bestemmelse uddybet nærmere.

Indklagede har endvidere i Udbudsbetingelserne i et bilag benævnt »XV. Ekstraordinære forhold« suppleret § 31. I indledningen til bilaget hedder det:

»Dette bilag beskæftiger sig med de situationer, hvor der efter overleveringsdagen for hver etape af nettet, overfor tjenesteyderen vil indtræffe sådanne omstændigheder, som under normale omstændigheder vil vanskeliggøre eller umuliggøre opfyldelse af kontrakten i en periode. Karakteren af nettet gør imidlertid, at der ikke kan indtræde force majeure i traditionel forstand, dvs. tjenesteyderen vil ikke være frigjort for at levere ydelsen. Derimod vil der i dette bilag være beskrevet en række situationer, hvor leverandøren i stedet for indtrædelse af force majeure kan få bistand fra beredskabsmyndighederne i Danmark.«

Ad Pant i aktier og overdragelse af stemmeretten og retten til udbytte

I Udbudsbetingelserne (udkast til kontrakt »§ 11. Pant i aktier«) er der fastsat følgende:

»11.1. Pant i aktier.

Kunden får samtidig med underskrivelsen af denne kontrakt håndpant i aktierne i tjenesteyder til sikkerhed for tjenesteyders opfyldelse af forpligtelserne i henhold til denne kontrakt.

Overdragelse af aktier i tjenesteyder kan ikke finde sted, ligesom tjenesteyder ikke må pantsætte aktierne yderligere. Som overdragelse anses enhver overgang af aktier, herunder ved fusion og spaltning.

Tjenesteyder skal til enhver tid opfylde standard for insolvens-score, som anført i bilag VII.

Tjenesteyder må ikke uden kundens samtykke udskille aktiver, kontrakter, rettigheder m.v. af betydning for driften af nettet (nøgleressourcer). Som nøgleressourcer anses de i bilag III anførte nøgle ressourcer, der er opført som nøgle ressourcer omfattet af bestemmelsen.

Som udskillelse anses overdragelse eller anden overgang, herunder fusion og spaltning.

11.2. Overdragelse af stemmeretten og retten til udbytte.

Stemmeretten for aktierne og retten til udbytte forbliver hos tjenesteyder, dog således, at kunden kan vælge at overtage stemmeretten for aktierne og retten til udbytte, såfremt det må anses for bekræftet, at der foreligger væsentlig misligholdelse af kontrakten fra tjenesteyders side, herunder anticiperet misligholdelse, jf. punkt 29 (Anticiperet misligholdelse).

Såfremt der foreligger uenighed om, hvorvidt der foreligger væsentlig misligholdelse, afgøres dette spørgsmål foreløbigt af en opmand, der udpeges af præsidenten for Højesteret. Afgørelsen om, hvorvidt der foreligger væsentlig misligholdelse, skal foreligge senest 1 måned efter fremsættelse af begæring om udpegning af opmand. Opmandens afgørelse er foreløbig, og har alene virkning for spørgsmålet om, hvorvidt kunden kan overtage stemmeretten for aktierne og retten til udbytte.

Spørgsmålet om der er væsentlig misligholdelse, afgøres endeligt efter reglerne i punkt 37 (Tvistigheder).«

Ad Credit rating

I Udbudsbetingelserne (udkast til kontrakt »7. Tjenesteyders rating«) er fastsat følgende:

»Tjenesteyder skal til enhver tid have en credit-rating fra Dun & Bradstreet eller tilsvarende anerkendt credit-ratingbureau i rating kategorien, som er anført i bilag VII.«

I et bilag er i afsnit »VII.6. Krav til tjenesteyders økonomiske forhold« yderligere fastsat følgende:

»Til det formål at sikre, at tilbudsgiver ikke under kontraktens løbetid kommer i økonomiske vanskeligheder og der dermed opstår risiko for, at denne ikke har midlerne til at kunne levere den kontraktlige ydelse, skal der mellem kunde og tilbudsgiver opstilles mekanismer til løbende sikring af tilbudsgivers økonomiske forhold.

- VII.6.1. (Tilbudsgiver skal redegøre for hvilken credit-rating, i henhold til en rating fra Dun & Bradstreet eller tilsvarende, tjenesteyder som minimum skal opnå)
(Tjenesteyder indsætter credit-rating samt rating bureau)
- VII.6.2. Tjenesteyder skal opretholde ovenstående credit-rating i hele kontraktperioden.
- VII.6.3. (Tilbudsgiver skal redegøre for hvilken insolvensscore, i henhold til Dun & Bradstreets »Failure Score« eller tilsvarende, tjenesteyder som minimum skal opnå i hele kontraktperioden.)
(Tilbudsgiver indsætter insolvensscore samt rating bureau)
- VII.6.4. Tjenesteyder skal opretholde ovenstående insolvensscore i hele kontraktperioden.«

Økonomistyrelsens redegørelse:

Vicedirektør Henrik Pinholt, Økonomistyrelsen, har i en skrivelse af 12. oktober 2006 til brug for Klagenævnet redegjort for baggrunden for udbuddet:

»Overvejelser om udbud

Ved opstart af Økonomistyrelsens arbejde var der udstedt to licenser hos IT- og Telestyrelsen, som kunne være relevante ved etablering af det fælles radiokommunikationssystem til beredskaberne. En licens i 380-400 Mhz-frekvensbåndet med titlen »særligt til nød - og beredskabskommunikation«, og en licens i 410-430 Mhz-frekvensbåndet, med titlen »civilbåndet«. Begge licenser er baseret på brug af Tetra-teknologi.

Økonomistyrelsen var umiddelbart af den opfattelse, at styrelsen var forpligtet til at indlede forhandlinger med indehaveren af licensen i 380-400 Mhz-frekvensbåndet, som bar titlen »særligt til nød- og beredskabskommunikation«.

En nærmere analyse foretaget af styrelsens juridiske rådgivere af denne licenstilladelse førte imidlertid til den konklusion, at Økonomistyrelsen ikke var retligt forpligtet til at indgå aftale med denne licenshaver. Som beskrevet i duplik af 22. september 2006 til Klagenævnet havde IT- og Telestyrelsen i forarbejderne til licenstilladelserne og i selve licenstilladelserne netop tilstræbt konkurrence om alle kundesegmenter mellem de to licenshavere.

Økonomistyrelsen undersøgte herefter, om styrelsen var forpligtet til [at] indgå aftale med en af de to indehavere af licenserne i ovennævnte frekvensbånd. En analyse heraf førte imidlertid til, at styrelsen hverken

var forpligtet til at indgå aftale med indehaveren af 380-400 Mhz-frekvensbåndet, ej heller med indehaveren af 410-430 Mhz-frekvensbåndet.

På samme måde gennemførte styrelsens juridiske rådgivere en nøje gennemgang af mulige internationale forpligtelser på området for beredskabskommunikation. Som behandlet i duplik af 22. september 2006 til Klagenævnet har Danmark ingen internationale forpligtigelser om anvendelse af et særligt frekvensområde, endsige særlig teknologi, til at løse beredskabernes behov for kommunikation.

En teknisk analyse af markedet for nød- og beredskabskommunikation førte til den konklusion, at det ikke kunne udelukkes, at opgaven med at etablere og drive et fælles beredskabsnetværk kunne løses i andre frekvensbånd, end de allerede udstedte frekvensbånd i 380-400 Mhz- og 410-430 Mhz-frekvensbåndet, samt af andre teknologier end Tetra.

Endelig undersøgte Økonomistyrelsen muligheden for at reservere ledige frekvenser til brug for en kommende operatør af det fælles radiokommunikationssystem. Styrelsen måtte imidlertid konstatere, at en operatør må ansøge om tilladelser hos IT- og Telestyrelsen, uafhængigt af Økonomistyrelsens udbud, idet IT- og Telestyrelsen er ressortmyndighed i relation til lov om radiofrekvenser.

Opsamlende kunne Økonomistyrelsen derfor konstatere at:

1. Trods titlen på licensen for frekvensområde i 380-400 Mhz frekvensbåndet, var der ikke tale om, at den pågældende virksomhed havde monopol på salg af radiokommunikationsydelser til beredskaberne, ligesom Økonomistyrelsen ej heller var forpligtet til at indgå aftale med indehaveren af licensen i 410-430 Mhz-frekvensbåndet.
2. Danmark ikke internationalt var forpligtet til at anvende en særlig teknologi eller et særligt frekvensområde for beredskabernes radiokommunikation.
3. Hverken de tekniske rådgivere, forudgående rapporter eller internationale erfaringer kunne udelukke, at andre teknologier end Tetra ville kunne opfylde beredskabernes behov. Tværtimod blev der i Radioudvalgets rapport peget på en række teknologier, som muligvis ville kunne opfylde beredskabernes behov.
4. Styrelsen ikke har haft nogen mulighed for at reservere et særligt frekvensbånd til brug for en kommende operatør af de fælles radiokommunikationssystem.

På den baggrund vurderede Økonomistyrelsen, at det var bedst stemmende med udbudsreglerne, at gennemføre et udbud, jf. udbudsbe-

kendtgørelse nr. 2006/S 109-116975, som definerede de overordnede behov, som beredskaberne i Danmark ville have til et fælles radiokommunikationssystem.

Økonomistyrelsen præciserede i udbudsbekendtgørelsen, at Økonomistyrelsen ønskede at indgå kontrakt om tilslutning til og brug af et landsdækkende radiobaseret telekommunikationsnet, jf. bekendtgørelsens pkt. II.1.5. Herved ønskede Økonomistyrelsen at sikre, at både økonomiske aktører med et etableret netværk og økonomiske aktører uden et etableret netværk, ville have mulighed for at stille deres tjenesteydelser til rådighed for beredskabsmyndighederne.

Ligeledes vurderede Økonomistyrelsen, at det var bedst stemmende med udbudsreglerne at gennemføre udbudet teknologineutralt, således at økonomiske aktører med andre teknologier end Tetra ville have mulighed for at tilbyde deres løsning.

Endelig valgte Økonomistyrelsen, selvom licenserne i 380-400 Mhz- og 410- 430 Mhz-frekvensbåndet blev udstedt af IT- og Telestyrelsen i oktober 2001, med en varighed på henholdsvis 10 og 15 år, at forsøge at imødekomme løsninger i andre frekvensbånd og andre teknologier ved at fastsætte en frist for dokumentation af frekvensbånd til 7 dage efter afgivelse af endeligt tilbud, således at dokumentationen ikke skulle foreligge allerede ved ansøgning om prækvalifikation.

Denne frist blev sat ud fra en afvejning af to hensyn:

- at der fra regeringens side er et stort ønske om, at afslutningen af arbejdet med adgang til et landsdækkende radiobaseret telekommunikationsnet sker så hurtigt som muligt, under hensyn til nettets kvalitet og fremtidssikring, og
- at en evt. tilbudsgiver uden licens skal have en rimelig frist til at erhverve relevante frekvenser.

Valg af udbudsform

Selve udbudsformen, konkurrencepræget dialog, blev valgt ud fra den betragtning, at kontrakten ville være så kompleks, både teknisk, juridisk og økonomisk, at der ville være behov for en drøftelse af løsningsmulighederne med de enkelte tilbudsgivere. Desuden vil nettet være af stor national og samfundsmæssig betydning.

Kompleksiteten understreges af, at Økonomistyrelsen ved udbuddets start eksempelvis ikke havde viden om:

- hvilke teknologier markedet ville tilbyde
- med hvilke radiofrekvenser markedet ville byde

- om der ville blive tilbudt adgang til et net, der allerede helt eller delvist var etableret
- i hvilket omfang nettet ville blive brugt til radiokommunikation af andre
- fra hvilket tidspunkt nettet ville kunne være klar til idriftssættelse.

Hertil kommer

- at nettet skal anvendes af mange forskellige brugere (politiet, de statslige, regionale og kommunale beredskaber, Falck og lignende private virksomheder) samt eventuelt af forsyningsvirksomheder og anden samfundsvigtig infrastruktur m.v.
- at der skal tages hensyn til alle disse brugere og deres eksisterende (gamle) systemer ved udrulningen af nettet
- at der ikke kan opstilles absolutte krav om, at et radiokommunikationsnet skal give dækning på et givet sted til enhver tid; dækning kan kun udtrykkes ved en sandsynlighed for dækning, men kan optimeres gennem en iterativ proces mellem brugere og potentielle tjenesteydere
- at aftestning af om nettet opfylder krav til dækning m.v. er vanskeligt
- at omkostningerne til nettet skønnes at kunne beløbe sig til et milliard beløb, og at den mest hensigtsmæssige finansiering heraf bør drøftes med de potentielle tjenesteydere
- at Økonomistyrelsen skal være varsom med at stille mindstekrav, som kan være uforholdsmæssigt dyre at opfylde for enkelte potentielle tjenesteydere på grund af disses teknologivalg eller lignende.

Endelig er det komplicerende

- at nettets betydning for den nationale sikkerhed stiller særlige krav til hemmeligholdelse og fortrolighed
- at nettet i en længere årrække skal udgøre en sikker og tidssvarende facilitet for beredskabet
- at kontrakten må sikre, at tjenesteyderes eventuelle fremtidige økonomiske problemer ikke truer adgangen til nettet. Hvorledes dette bedst opnås beror på den enkelte potentielle tjenesteyders konkrete økonomiske forhold m.m.
- at kontrakten må sikre, at kontrollen over nettet og tjenesteyderen (f.eks. gennem salg af aktier) ikke overgår til ejerkredse, der vil kompromittere den nationale sikkerhed. Hvorledes dette bedst opnås beror på den enkelte potentielle tjenesteyders konkrete ejerforhold m.m.
- at det i særlig grad er vigtigt, at nettet også fungerer i situationer, der normalt betragtes som force majeure, og at det må bero på en konkret drøftelse med hver enkelt tilbudsgiver, i hvilket omfang

det er nødvendigt, at politi og forsvar bistår med at beskytte den pågældendes infrastruktur m.v.

Ovennævnte førte til, at Økonomistyrelsen ved udbud nr. 2006/S 109-116975 offentliggjorde udbudet, som konkurrencepræget dialog, den 8. juni 2006, med frist for anmodning om prækvalifikation den 10. juli 2006.«

Indklagedes anbringender:

Indklagede har gjort gældende, at indklagede i henhold til Udbudsdirektivets artikel 29, jf. artikel 1, stk. 11, litra c, jf. herved Udbudsdirektivets præambel betragtning 31, var berettiget til at gennemføre udbuddet som en konkurrencepræget dialog, da det drejer sig om en særlig kompleks kontrakt, hvor a. de tekniske forhold, b. de retlige forhold og c. de finansielle forhold hver for sig indebar, at det hverken ved gennemførelse af et offentligt udbud eller et begrænset udbud ville være muligt at indgå kontrakt, og hvor udbudsformen konkurrencepræget dialog, derfor lovligt kunne anvendes. Indklagede har således gjort gældende,

- ad a. at indklagede ikke var i stand til i overensstemmelse med artikel 23, stk. 3, litra b, c eller d objektivt at præcisere alle tekniske vilkår, der kan opfylde indklagedes behov og formål,
- ad b. at indklagede ikke var i stand til objektivt at præcisere de retlige forhold i forbindelse med kontraktspartens levering af tjenesteydelsen, og
- ad c. at indklagede ikke var i stand til objektivt at præcisere de finansielle forhold, der skulle indeholdes i kontrakten om levering af tjenesteydelsen.

Indklagede har vedrørende a. de tekniske forhold nærmere i et sammenfattende processkrift af 27. oktober 2009 anført følgende:

»Der kan ikke opstilles absolutte krav om, at et radionet skal give dækning på en given geografisk position til enhver tid; dækning kan således alene udtrykkes ved en sandsynlighed for dækning. For at vurdere den dækning, der påregnes opnået med et givent net, anvendes komplekse beregningsmodeller, hvor der eksempelvis tages hensyn til topologi, bygningstæthed, udbredelsesmodel for frekvenser i et givent frekvensområde, teknologi, antennehøjder, såkaldte »skyggevirkninger« m.v. Selv ved anvendelse af den samme beregningsmodel kan der opnås forskellige resultater, såfremt forudsætningerne ændres blot en smule.

Med henblik på at nå frem til løsninger, der vurderes at ville kunne give en for beredskaberne tilfredsstillende dækningssandsynlighed rundt om i landet havde Økonomistyrelsen vurderet, at det ville være nødvendigt, at hver af de prækvalificerede tilbudsgivere gennemførte en række iterative beregninger i drøftelse med Økonomistyrelsen, herunder med henblik på justering af de tilbudte positioner for senderne i nettet (de såkaldte »basisstationer«). Komplexiteten afspejles i de beskrivende dokumenter, i Økonomistyrelsens krav til dækning, kravene til dokumentation for opfyldelse af dækningskravene, herunder instruktionerne til tilbudsgiverne om vederlæggelse af dækningskort, redegørelse for dækning af særlige områder m.v.

Hertil kom, at en fastlæggelse af hensigtsmæssige procedurer til – i kontraktforløbet – at kontrollere, hvorvidt dækningskravene er opfyldt vurderedes alene at kunne opnås i en iterativ proces med hver tilbudsgiver, hvor der var mulighed for at drøfte de løsninger, som den enkelte tilbudsgiver bragte i forslag i relation til afprøvning og kontrol.«

Indklagede har endvidere i et afsluttende processkrift af 24. november 2009 anført følgende:

»Klager har i.....(et afsluttende processkrift af 10. november 2009) opfordret Økonomistyrelsen at klargøre sin argumentation i forhold til relevansen af iterative beregninger i drøftelse med Økonomistyrelsen, når Økonomistyrelsen bevidst fravalgte at foretage en verifikation af disse beregninger, som anbefalet af Teleplan.

Økonomistyrelsen kan i den forbindelse oplyse følgende:

Teleplan lavede et såkaldt review af udbudsmaterialet, og den fremlagte rapport indeholder Teleplans bemærkninger til opmærksomhedspunkter og risici samt anbefalinger til mødegåelse heraf.

Økonomistyrelsen var opmærksom på anbefalingerne, men da Økonomistyrelsen ikke udbød køb af et radionet men derimod en ydelse bl.a. bestående i en vis radiodækning, valgte Økonomistyrelsen ikke at fastsætte parametre for radionettet som foreslået af Teleplan.

Det afgørende for Økonomistyrelsen var, at den tilbudte radiodækning blev etableret, og det påhviler efter kontrakten Dansk Beredskabskommunikation A/S at gennemføre en række nærmere specificerede dækningsprøver, som skal dokumentere, at den tilbudte dækning er til stede. Det er således Dansk Beredskabskommunikation A/S' risiko at opbygge og dimensionere nettet således, at den tilbudte dækning kan etableres.

Dansk Beredskabskommunikation A/S' dækningskort er blevet afprøvet ved gennemførelse af faktiske dækningsprøver for hver landsdel i forbindelse med, at nettet er blevet stillet til rådighed for bestillerne under kontrakten. Dækningsprøverne gennemføres ved, at en bil med måleudstyr gennemkører et af kunden udvalgte område, hvorefter de indsamlede målinger sammenholdes med den tilbudte dækning. Konstateres det, at den tilbudte dækning ikke er til stede, skal Dansk Beredskabskommunikation A/S etablere yderligere dækning. Der henvises herom til uddrag af bilag IX vedr. test og dækningprøve (bilag Ø).

Økonomistyrelsens kontrol med opfyldelse af dækningskravene i kontrakten baserer sig således på faktiske målinger, som udføres efter de procedurer, der er aftalt mellem parterne. Formålet hermed er at sikre, at den dækning, som Dansk Beredskabskommunikation A/S i henhold til kontrakten er forpligtet til at etablere, rent faktisk er etableret.«

Indklagede har vedrørende b. de retlige forhold, henvist til 3 forhold, som kan begrunde og har begrundet valget af udbudsformen konkurrencepræget dialog:

Kontraktens bestemmelser om Force majeure, om Pant i aktier og overdragelse af stemmeretten og retten til udbytte samt om Credit Rating.

Indklagede har vedrørende c. de finansielle forhold, henvist til 3 forhold som kan begrunde og har begrundet valget af udbudsformen konkurrencepræget dialog:

Finansiering og vederlagsmodel, Benchmarking og Omsætningsafgift.

Indklagede har endvidere gjort gældende, at det ikke skyldes Økonomistyrelsens forhold, at der forud for indgåelse af kontrakten forelå de særlige forhold vedrørende kontrakten, der er anført under a – c, og at der således ikke foreligger »egen skyld«, jf. Udbudsdirektivets præambel betragtning 31.

Klagerens anbringender:

Klageren har gjort følgende hovedanbringender gældende til støtte for, at indklagede ikke lovligt kunne gennemføre udbuddet som konkurrencepræget dialog:

1. De forhold, som indklagede har fremdraget som begrundelse for, at det ikke på forhånd var muligt objektivt at præcisere de tekniske vilkår vedrørende tjenesteydelsen, jf. a, de retlige forhold i forbindelse med leveringen

af tjenesteydelsen, jf. b, og de finansielle forhold i forbindelse med leveringen af ydelsen, jf. c, udgør hverken hver for sig eller samlet et tilstrækkeligt grundlag for at anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog, jf. Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1.

ad a. Den udbudte tjenesteydelse er ikke en tjenesteydelse, hvor det ikke på forhånd er muligt objektivt at præcisere de tekniske vilkår, der kan opfylde ordregiverens behov og formål.

ad b. Den udbudte tjenesteydelse er ikke en tjenesteydelse, hvor det ikke på forhånd er muligt objektivt at præcisere de retlige forhold i forbindelse med leveringen af tjenesteydelsen.

ad c. Den udbudte tjenesteydelse er ikke en tjenesteydelse, hvor det ikke på forhånd er muligt objektivt at præcisere de finansielle forhold i forbindelse med leveringen af ydelsen.

2. De forhold, som indklagede har fremdraget som begrundelse for, at det ikke på forhånd var muligt objektivt at præcisere vilkårene i den kontrakt, der skulle indgås vedrørende tjenesteydelsen, jf. a, b og c, kan - såfremt de måtte foreligge - ikke berettige til at anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog, da disse forhold er betinget af Den Danske Stats »egen skyld«, jf. Udbudsdirektivets præambel betragtning 31.

3. Det udbud ved konkurrencepræget dialog, som indklagede faktisk gennemførte, blev gennemført på en måde, der indebar en overtrædelse af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip.

4. Principalt: Det er uden betydning for vurderingen af, om indklagede lovligt kunne anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog, hvordan udbuddet gennemført som konkurrencepræget dialog faktisk forløb.

Subsidiært: Der var under indklagedes gennemførelse af udbuddet som konkurrencepræget dialog ikke problemer, som kunne begrunde, at indklagede anvendte denne udbudsform.

Klageren har nærmere gjort følgende gældende:

Ad a - Tekniske forhold:

Ved fortolkningen af begrebet ”særligt komplekse kontrakter” i relation til konkurrencepræget dialog skal der være tale om, enten at de tekniske krav ikke objektivt kan opstilles, eller at den ordregivende myndighed ikke ved, hvilken af flere løsningsmuligheder der skal vælges. Ingen af disse situationer forelå ved aktuelle ydelse. Der var endvidere ikke behov for en iterativ proces vedrørende radionettets dækning, idet indklagede blot i sine funktionskrav kunne have fastsat kravene tildækning og ladet det være op til tilbudsgiverne at dokumentere, at disse krav var opfyldt. Der var således heller ikke behov for en iterativ proces med hver enkelt tilbudsgiver vedrørende den efterfølgende kontrol med, at den krævede dækningsgrad faktisk blev opfyldt, hvorunder hver enkelt tilbudsgiver skulle fremlægge forslag i relation til denne kontrol.

Ab b – Retlige forhold:

De 3 påberåbte kontraktsbestemmelser – Force majeure, Pant i aktier og overdragelse af stemmeretten og retten til udbytte samt Credit Rating - er alle kontraktsbestemmelser, som kan beskrives på forhånd, og som ikke er så specielt komplekse, at de kan begrunde anvendelse af konkurrencepræget dialog. De 3 kontraktsbestemmelser kunne være inddraget som parametre ved tildelingskriteriet ”det økonomiske mest fordelagtige tilbud”.

Ad c – Finansielle forhold:

De 3 påberåbte kontraktsbestemmelser – Finansiering og vederlagsmodel, Benchmarking og Omsætningsafgift - er alle kontraktsbestemmelser, som kan beskrives på forhånd, og er ikke specielle problemstillinger, men problemstillinger, som er velkendte fra andre udbud, specielt udbud af IT-og Teleprojekter.

Ad klagerens anbringende 3 – Egen skyld:

Klageren har gjort gældende, at Satten skal betragtes som en enhed, således at alle de tidligere dispositioner truffet af danske statsmyndigheder, som har udgjort grundlaget for eller dag haft betydning for Økonomistyrelsens dispositioner og beslutninger i forbindelse med udbuddet, skal inddrages,

når det skal vurderes, om Økonomistyrelsen i forbindelse med udbuddet har udvist "egne skyld". Såfremt det måtte blive antaget, at en eller flere af de anførte begrundelser for at anvende konkurrencepræget dialog som udgangspunkt kan begrunde anvendelse af denne udbudsform, fører dette imidlertid ikke til, at påstand 16 ikke skal tages til følge. En vurdering af de forhold, som under andre omstændigheder kunne begrunde en beslutning af at anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog, kan nemlig ikke begrunde en sådan beslutning i det aktuelle tilfælde, fordi alle de påberåbte forhold er foranlediget af Statens tidligere dispositioner, og dermed er omfattet af begrebet "egen skyld" i Udbudsdirketivets præambel betragtning 31.

Klagenævnet udtaler:

Generelt

Indledningsvis bemærkes følgende vedrørende Klagenævnets behandling af påstand 16:

Den afgørelse vedrørende påstand 16, som Klagenævnet traf ved kendelsen af 14. april 2008, byggede dels på de dokumenter, som parterne havde fremlagt under den klagesag, og de dokumenter, som Klagenævnet var i besiddelse af fra klagesagen Nethleas B.V. mod Økonomistyrelsen vedrørende samme udbud, der blev afsluttet ved kendelsen af 8. december 2006, dels på den forelæggelse af sagen, som parterne gennemførte på møderne den 16. august 2007 og 13. december 2007, og endelig på den skriftlige procedure, som fremgik af parternes processkrifter.

Den afgørelse vedrørende påstand 16, som Klagenævnet nu skal træffe, bygger dels på de samme dokumenter, som den tidligere afgørelse byggede på, suppleret med et større antal dokumenter, som hver af parterne har fremlagt under den nye behandling af påstand 16, dels på den forelæggelse af sagen, som parterne har foretaget på de møder, der blev gennemført den 1. december 2009 og den 20. og 21. januar 2010, og endelig på den procedure, som parterne gennemførte på mødet den 21. januar 2010.

Klagenævnet finder anledning til at præcisere, at det ligger uden for Klagenævnets kompetence at tage stilling til, om indklagede forud for sin beslutning om at gennemføre udbuddet som konkurrencepræget dialog gennem-

førte en hensigtsmæssig sagsbehandling, herunder om indklagede forud for beslutningen inddrog alle relevante omstændigheder eller inddrog irrelevante omstændigheder. Klagenævnet skal efter Lov om Klagenævnet for Udbud alene tage stilling til, om den beslutning, som indklagede endte med at tage – nemlig at gennemføre udbuddet som konkurrencepræget dialog – var i overensstemmelse med Udbudsdirektivet eller var i strid med Udbudsdirektivet.

Ved det udbud, som indklagede skulle gennemføre, skulle beredskabernes radiokommunikation i Danmark før første gang samordnes ved anvendelse af et radiobaseret telekommunikationsnet. Det var i den forbindelse indklagedes afgørelse, om der skulle gennemføres et udbud om Den Danske Stats indkøb af en sådant radiobaseret telekommunikationsnet, som kunne opfylde de opstillede krav med hensyn til radiodækning, eller om der skulle gennemføres et udbud om køb af en tjenesteydelse, som kunne opfylde de opstillede krav med hensyn til radiodækning. Indklagede valgt den sidste løsning, og ved vurderingen af, om indklagede lovligt kunne gennemføre udbuddet vedrørende denne tjenesteydelse som konkurrencepræget dialog, er det uden betydning, hvordan et tænkt udbud vedrørende indkøb af et radiobaseret telekommunikationsnet kunne have været gennemført.

Efter Udbudsdirektivets artikel 43 skal en udbyder efter afslutningen af et udbud udarbejde en udbudsrapport, og efter gennemførelse af en konkurrencepræget dialog skal denne rapport indeholde en redegørelse for omstændigheder, der berettigede til anvendelse af denne procedure, jf. artikel 29. Klageren har i relation til udbudsrapporten i første række gjort gældende, at Klagenævnet ikke kan tillægge andre forhold end dem, der er omtalt i udbudsrapporten, betydning ved sin afgørelse vedrørende påstand 16, og i anden række gjort gældende, at Klagenævnet ved sin afgørelse vedrørende påstand 16, kun kan tillægge de begrundelser, som indklagede efterfølgende under klagesagen er fremkommet med, begrænset betydning. Klagenævnet bemærker hertil, at det efter lov om Klagenævnet for Udbud påhviler Klagenævnet at tage alle de oplysninger, som parterne under klagesagen har forelagt Klagenævnet, samt de oplysninger, som Klagenævnet i overensstemmelse med det forvaltningsretlige officialprincip under klagesagen på eget initiativ har tilvejebragt, i betragtning ved sin afgørelse vedrørende påstand 16, ligesom det påhviler Klagenævnet at afgøre, hvilken vægt der skal lægges på de enkelte oplysninger. Klagenævnet er således ved sin afgørelse ikke begrænset som anført af klageren.

Klagenævnet bemærker endelig, at bevisbyrden for, at indklagede lovligt kunne beslutte at anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog, påhviler indklagede som ordregiver. Dette indebærer, at Klagenævnet – selvom Klagenævnet ikke er afskåret fra også at tage hensyn til andre forhold, og klagenævnet har ved sagens afgørelse taget udgangspunkt i de anbringender, som indklagede har gjort gældende til støtte for, at indklagedes beslutning om at anvende konkurrencepræget dialog er lovlig, jf. a, b, og c.

Ad klagerens anbringende 3

Klagenævnet har tidligere – allerede ved skrivelse af 20. juli 2009 – i forbindelse med, at Klagenævnet påbegyndte den fornyede behandling af påstand 16, meddelt klageren, at Klagenævnet under den fornyede behandling alene skulle behandle påstand 16, og at klageren, såfremt klageren ønsker Klagenævnets stillingtagen til andre overtrædelser end den overtrædelse, der er beskrevet i påstand 16, skal indgive en ny klage til Klagenævnet.

Ad klagerens anbringende 4

Ved sin vurdering af, om indklagede lovligt kunne beslutte at gennemføre udbuddet som konkurrencepræget dialog, har Klagenævnet inddraget Klagerens detaljerede gennemgang af de dokumenter, der viser, hvordan den konkurrenceprægede dialog faktisk blev gennemført

Ad a – Tekniske forhold

Klagenævnet har i sin kendelse af 8. december 2006 i sagen Nethleas B.V. mod Økonomistyrelsen fastslået, at indklagede havde tilvejebragt et fuldt forsvarligt teknisk grundlag for sin beslutning om, hvordan den udbudte ydelse skulle beskrives i udbudsbetingelserne. Klagenævnet har fortsat denne vurdering. Klagenævnet har endvidere i kendelsen af 8. december 2006 fastslået, at det var fuldt forsvarligt, at indklagede på det tilvejebragte tekniske grundlag vurderede, at der må antages at kunne findes andre anvendelige tekniske systemer end Tetra-systemet, og at indklagede derfor besluttede at gennemføre udbuddet teknologineutralt. På baggrund heraf var det for Klagenævnets vurdering af, om indklagedes beslutning om at gennemføre udbuddet som konkurrencepræget dialog er lovlig, uden betydning, om det efterfølgende viste sig, at der i praksis ikke var andre tekniske

systemer end Tetra-systemet, der var anvendelige eller konkurrencedygtige, og om der under udbuddet blev modtaget tilbud, der byggede på andre tekniske systemer end Tetra-systemet. Klagenævnet har fortsat denne vurdering.

Niels Henriksen og Ole Bajda Nielsen udtaler herefter:

Det fremgår af Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, at offentlige ordregivere, der mener, at det ikke er muligt at indgå kontrakt ved anvendelse af offentligt eller begrænset udbud kan anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog.

Anvendelse af denne udbudsform kræver, at der er tale om særligt komplekse kontrakter, og af de i Udbudsdirektivets præambel betragtning 31 viste eksempler fremgår, at der stilles store krav for, at en kontrakt med rette kan anses for at være særlig kompleks.

Hertil kommer, at den ordregivende myndighed, jf. Udbudsdirektivets artikel 1, stk. 11, c, for at anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog skal være ude af stand til objektivt at præcisere kontraktvilkårene for så vidt angår de tekniske, de retlige og eller/finansielle forhold.

Ordregiveren har bevisbyrden for, at betingelserne for anvendelsen af konkurrencepræget dialog er opfyldt.

Vi finder det afgørende, at den offentlige ordregivers subjektive forhold ikke tillægges betydning ved bedømmelse af udbuddets lovlighed.

Herefter bemærkes:

Ad a - Tekniske forhold

Indklagede har ikke godtgjort, at det var objektivt umuligt at beskrive de tekniske vilkår, der kræves for opfyldelse af kontrakten.

Indklagede kunne gennem angivelse af krav til funktionsdygtighed eller funktionelle krav, jf. Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, på objektiv og teknologineutral måde have beskrevet sine tekniske krav.

Beskrivelsen af den udbudte ydelse afviger på dette punkt ikke fra de funktionsudbud (totalentrepriseudbud), der almindeligt anvendes ved offentlige eller begrænsede udbud inden for bygge- og anlægssektoren.

Ad b - Retlige forhold

Indklagede har ikke godtgjort, at det var objektivt umuligt at beskrive de retlige forhold, der kræves for opfyldelse af kontrakten.

Indklagede har i udbudsbetingelserne ladet indgå en »fuldt færdig kontrakt«, som tilbudsgiverne i princippet blot skulle underskrive.

Der er som led i den afholdte konkurrenceprægede dialog gennemført en række forhandlingsrunder, uden at det har medført andet end uvæsentlige ændringer i den af ordregiveren udarbejdede »fuldt færdige kontrakt.«

Dette forløb viser, at indklagede i alt det væsentlige objektivt kunne have beskrevet de retlige forhold, hvorfor anvendelse af udbudsformen konkurrencepræget dialog ikke var berettiget.

Ad c - Finansielle forhold

Indklagede har ikke godtgjort, at det var objektivt umuligt at beskrive de finansielle vilkår, der kræves for opfyldelse af kontrakten.

Forhold omkring Finansiering og vederlag, Benchmarking og Omsætningsafgift er ikke af en så kompleks beskaffenhed, at det objektivt ville være umuligt for ordregiveren at beskrive sine krav, hvorfor anvendelse af udbudsformen konkurrencepræget dialog ikke var berettiget.

Det er herefter ikke aktuelt at tage stilling til klagerens anbringende 2, om »egen skyld«

Vi finder herefter, at indklagedes anvendelse af konkurrencepræget dialog har været i strid med Udbudsdirektivet, og stemmer derfor for at tage påstand 16 til følge.

Carsten Haubek udtaler herefter:

Ad a - Tekniske forhold

Det var – som tidligere - Klagenævnets vurdering, at det var fuldt forsvarligt, at indklagede besluttede at gennemføre udbuddet teknologineutralt. Dette indebar som fremhævet af indklagede, at der ved tilrettelæggelsen af udbuddet måtte tages højde for, at der ville blive afgivet tilbud fra tilbudsgivere, der havde meget forskellige tekniske udgangspunkter for at afgive deres tilbud. For det første måtte det antages, at der ville blive afgivet tilbud af Dansk Beredskabskommunikation A/S med anvendelse af Tetra-systemet på grundlag af den licens i 380-400 Mhz-frekvensen med betegnelsen »særligt til nød- og beredskabskommunikation«, som var meddelt i 2002. For det andet måtte det anses for sandsynligt, at der ville blive afgivet tilbud med anvendelse af Tetra-systemet på grundlag af den licens i 410-430 Mhz-frekvensen med betegnelsen »civilbåndet«, som var meddelt i 2002. For det tredje måtte det anses for muligt, at der ville blive afgivet tilbud med anvendelse af Tetra-systemet på grundlag af licenser udstedt af Telestyrelsen i forbindelse med udbuddet. For det fjerde måtte det anses som muligt, at der ville blive afgivet tilbud på grundlag af andre tekniske systemer end Tetra-systemet.

Indklagede stod således over for at skulle gennemføre et udbud, hvor tilbuddene ville blive afgivet af tilbudsgivere med meget forskellige tekniske udgangspunkter, og hvor tilbudsgivernes forskellige tekniske udgangspunkter ikke skyldtes de økonomiske aktørers egne forhold, men derimod var en følge af bl.a. det offentliges regulering af de knappe frekvenser og det offentliges tidligere meddelte tilladelser vedrørende de knappe frekvenser. Gennemførelse af dette udbud som et offentligt udbud eller som et begrænset udbud ville udelukke muligheden for at gennemføre udbuddet på en sådan måde, at der under udbuddet blev taget hensyn til tilbudsgivernes meget forskellige tekniske udgangspunkt, mens gennemførelse af udbuddet som konkurrencepræget dialog derimod vil indebære, at flest mulige af de forventede teknisk meget forskellige tilbud kan komme til at indgå i den endelige vurdering af, hvilket af tilbudsgiverne der kunne afgive det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Vedrørende en tjenesteydelse som den aktuelle, hvor kontraktparten skal stille et radiobaseret telekommunikationsnet, som skal opfylde nærmere

fastsatte tekniske krav, til rådighed, gælder det endvidere, at der ikke kan opstilles et ubetinget krav om, at der på ethvert sted og til enhver tid skal være radiodækning, men alene stilles krav om en sandsynlighed for dækning. Som følge heraf skal der i forbindelse med vurderingen af tilbud på en sådan tjenesteydelse foretages en vurdering på den ene side af den dækning, som tilbuddene antages at kunne give, og på den anden side af den påvirkning af prisen, som forskellige krav til dækning medfører. Gennemførelse af et offentligt udbud eller et begrænset udbud med bestemte ufravigelige krav til telekommunikationsnettets dækning ville indebære en risiko for, at indklagede på grundlag af et sådant udbud ville indgå en kontrakt, der ikke samfundsmæssigt var økonomisk forsvarlig.

Som følge af det anførte er det dette medlems vurdering, at det ikke var muligt for indklagede på forhånd at fastsætte de tekniske vilkår for den pågældende tjenesteydelse, og at indklagede derfor var berettiget til efter Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, at gennemføre udbuddet som konkurrencepræget dialog.

Ad b - Retlige forhold - Force majeure

Det fremgår af Udbudsbetingelserne, at det for indklagede forud for iværksættelsen af udbuddet har ligget fast, at der ikke kunne indgås en kontrakt med en sædvanlig kontraktsbestemmelse om »force majeure«, men at den kommende kontrakt derimod skulle indeholde en bestemmelse, der præciserede, at et almindeligt forbehold vedrørende »force majeure« ikke måtte være gældende. Det har endvidere ligget fast, at indklagede ikke blot i udbudsbetingelserne som et minimumskrav kunne fastsætte, at der ikke i tilbuddene måtte være nogen form for forbehold vedrørende »force majeure« overhovedet, da det, som indklagede ønskede, var en kontrakt, hvorefter enhver risiko ligger hos medkontrahenten, men som tillige skulle indeholde bestemmelser, der som led i kontraktsforholdet pålægger Økonomitryelsen en kontraktlig forpligtelse til via de centrale brugere af nettet med relevante midler at begrænse virkninger af de udefrakommende omstændigheder, som normalt fører til fritagelse for ansvar på grund af force majeure, og at denne begrænsning skulle ske hurtigst muligt og i videst muligt omfang.

Indklagede var som følge af disse helt særlige forhold ved den kommende kontrakt ude af stand til i udbudsbetingelserne fuldt ud at fastlægge kravene i kontrakten vedrørende risikoen for den kommende kontraktspart og ind-

klagedes pligt til at bistå med at begrænse virkningerne af de udefra kommende omstændigheder som et minimumskrav, ligesom »force majeure« heller ikke kunne indgå i udbudsbetingelserne som et underkriterium eller et delkriterium til et underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Indklagede var derfor berettiget til efter Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, at beslutte, at udbuddet skulle gennemføres som konkurrencepræget dialog. Som det fremgår, indtager dette medlem på grundlag af den fornyede behandling af påstand 16 på dette punkt et andet standpunkt end i kendelsen af 14. april 2008.

Ad b - Retlige forhold - Pant i aktier og overdragelse af stemmeretten og retten til udbytte

Efter beskaffenheden af de anførte krav i udbudsbetingelserne vedrørende pant i aktier og overdragelse af stemmeretten og retten til udbytte havde indklagede ikke mulighed for i udbudsbetingelserne at fastsætte »Pant i aktier« og »Overdragelse af stemmeretten og retten til udbytte« som minimumskrav, da det på forhånd måtte anses for sikkert eller næsten sikkert, at ingen af de tilbud, der ville blive afgivet, ville opfylde sådanne minimumskrav. Efter beskaffenheden af de anførte krav var det endvidere ikke muligt for indklagede at lade »Pant i aktier« og »Overtagelse af stemmeretten og retten til udbytte« indgå som selvstændige underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Det var endelig heller ikke muligt for indklagede at lade »Pant i aktier« og »Overtagelse af stemmeretten og retten til udbytte« indgå som delkriterier til et underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtig tilbud«. Det følger af det anførte, at indklagede som følge af disse ønskede kontraktsbestemmelser var berettiget til i medfør af Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, at vælge udbudsformen konkurrencepræget dialog. Som det fremgår, indtager dette medlem på grundlag af den fornyede behandling af påstand 16 på dette punkt et andet standpunkt end i kendelsen af 14. april 2008.

Ad b - Retlige forhold - Credit rating

De krav med henblik på at sikre, at kontraktspartens økonomiske forhold i kontraktens løbetid ikke kom til at indebære en driftsmæssig og dermed sikkerhedsmæssig risiko for indklagede eller kom til at udgøre en økonomisk risiko for indklagede, og de krav med henblik på at give indklagede mulighed for løbende at føre kontrol hermed, som indklagede stillede til

den kommende kontrakt, er ikke krav af en sådan beskaffenhed, at det ikke var muligt for indklagede at fastlægge og præcisere dem i udbudsbetingelserne. De krav vedrørende Credit-rating, der skulle indgå i den endelige kontrakt, kunne derfor ikke begrunde, at indklagede i medfør af Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, besluttede at anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog.

Ad c - Finansielle forhold

De finansielle forhold vedrørende den kontrakt, der skulle indgås på grundlag af udbuddet, som indklagede har påberåbt sig som begrundelse for, at udbuddet ikke kunne gennemføres som offentligt udbud eller som begrænset udbud – Finansiering og vederlagsmodel, Benchmarking og Omsætningsafgift – er ikke af en så kompleks beskaffenhed, at det var umuligt for indklagede at udforme udbudsbetingelser vedrørende disse forhold, som var anvendelige ved gennemførelsen af et offentligt eller begrænset udbud med henblik på indgåelse af den ønskede kontrakt.

Ad klagerens anbringende 2 »Egen-skyld«

De krav til den kommende kontrakt vedrørende de retlige forhold, som berettigede indklagede til at anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog – »Force majeure« og »Pant i aktier og overdragelse af stemmeretten og retten til udbytte«, jf. b. Retlige forhold – skyldes alene krav, som indklagede som ordregivende myndighed, besluttede, at kontrakten skulle indeholde, og der foreligger ikke forhold, som giver anledning til vedrørende disse kontraktsbestemmelser at overveje spørgsmålet, om der foreligger »egen skyld«, jf. Udbudsdirektivets præambel betragtning 31. Det følger heraf, at indklagede allerede på grund af disse kontraktbestemmelser var berettiget til at anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog, og at det herefter af hensyn til afgørelsen vedrørende påstand 16 er uforholdsmæssigt at tage stilling til, om der vedrørende den tredje begrundelse - »de tekniske vilkår«, jf. a – foreligger »egen skyld«, som afskar indklagede fra at anvende konkurrencepræget dialog.

Dette medlem finder dog anledning til at udtale, at betragtning 31 må fortolkes således, at »egen skyld« alene kan antages at omfatte den ordregivende myndigheds forsætlige eller uagtsomme handlinger eller undladelser, som direkte har været årsag til, at det var umuligt at anvende de sædvanlige

udbudsformer offentligt udbud eller begrænset udbud. De forhold, som var årsag til, at også »de tekniske vilkår« berettigede indklagede til at gennemføre udbuddet som konkurrencepræget dialog, skyldtes ikke sådanne forhold hos den ordregivende myndighed – Økonomistyrelsen. Disse forhold skyldes derimod en lang række faktiske og juridiske forhold i samfundet bl.a. følgende: de begrænsede ressourcer vedrørende frekvensbånd, en af lovgivningsmagten vedtaget lovgivning om radiofrekvenser og den måde, hvorpå denne lov er administreret, hensynet til internationalt samarbejde, den ønskede tjenesteydelses komplekse beskaffenhed, det forhold, at denne tjenesteydelse skulle anskaffes for første gang m.m. Der er derfor intet grundlag for at overveje en anvendelse af reglen om »egen skyld« i relation til, at indklagede tillige har begrundet sin anvendelse af konkurrencepræget dialog med »de tekniske forhold«.

På baggrund af det anførte stemmer dette medlem for ikke at tage påstand 16 til følge.

Der afsiges kendelse efter stemmeflertallet.

Ved fastsættelsen af omkostningsbeløbet har Klagenævnet taget hensyn til, at klageren under den fornyede behandling af påstand 16 i ikke ubetydeligt omfang har inddraget materiale, som er inddraget under en verserende sag ved Østre Landsret mellem Hans Damm Research A/S og Økonomistyrelsen m.fl., men som er uden betydning for Klagenævnets afgørelse vedrørende påstand 16.

Herefter bestemmes:

Påstand 16

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, ved at gennemføre udbuddet som »Konkurrencepræget dialog«, uagtet det ikke drejer sig om en særlig kompleks kontrakt, hvor hverken anvendelse af offentligt udbud eller begrænset udbud gør det muligt at indgå en kontrakt.

Indklagede, Økonomistyrelsen, skal i sagsomkostninger til klageren, Damm Cellular Systems A/S, betale 75.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig