

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Suzanne Helsteen, Gorm K. Elikofer)

J.nr.: 01-12.120

26. oktober 2001

K E N D E L S E

Eterra A/S

(advokat Thomas Ryhl, København)

mod

Esbjerg Kommune

(advokat Lau Normann Jørgensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 25. april 2000 udbød Esbjerg Kommune som begrænset udbud efter direktiv 93/36 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, som ændret ved direktiv 97/52 (Indkøbsdirektivet) indkøb af programmel til etablering af en IT- løsning til Helse og Ældre i Esbjerg Kommune.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 2. juni 2000 havde følgende 10 virksomheder anmodet om at blive prækvalificeret:

1. Care Consult A/S.
2. Ehuset A/S.
3. GE Capital IT Solutions A/S.
4. Kommunedata A/S.
5. Lyngsø Industri A/S.
6. Merkantildata Danmark A/S.
7. Topnordic A/S.
8. WM Data A/S.
9. Zealand Care A/S.
10. Elbek og Vejrup A/S.

Den 16. juni 2000 besluttede indklagede at prækvalificere 6 virksomheder nemlig nr. 1 - 6.

Indenfor den fastsatte frist for afgivelse af tilbud den 1. september 2000 havde følgende 5 virksomheder afgivet tilbud nemlig nr. 2 - 6. Efter en gennemgang af de 5 tilbud konstaterede indklagede, at tilbudene fra nr. 3, 4 og 5 ikke opfyldte grundlæggende betingelser i udbudsbetingelserne, og be-

sluttede derfor den 2. september 2000 ikke at tage disse 3 tilbud i betragtning. Dette blev meddelt de 3 tilbudsgivere ved skrivelser af 21. september 2000. Vedrørende tilbudene fra nr. 2 og 6 konstaterede indklagede, at disse tilbud på grund af deres udformning ikke var sammenlignelige. Den 2. september 2000 besluttede indklagede derfor tillige at annullere udbudet samt herefter at gennemføre et udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse efter Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, litra a. De to beslutninger blev meddelt tilbudsgiver nr. 2 og 6 ved følgende skrivelse af 21. september 2000:

»Esbjerg Kommune har nu afsluttet den formelle vurdering af de modtagne tilbud på ovennævnte udbud.

I den anledning skal vi meddele, at Esbjerg Kommune ud fra vurderingsresultatet har annulleret det begrænsede udbud, idet der ud over de tilbud, der var ikke-forskriftsmæssige og/eller på anden vis uantagelige, ikke var sammenlignelige tilbud.

Det er efter art. 6, stk. 3, i Vareindkøbsdirektivet samtidig besluttet at gennemføre et udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse. I overensstemmelse med den nævnte bestemmelse i Vareindkøbsdirektivet vil der i dette udbud alene blive optaget forhandlinger med de tilbudsgivere, som opfyldte udbudsprocedurens formelle krav i det annullerede begrænsede udbud. Udbudet efter forhandling vil i øvrigt uden væsentlige ændringer blive gennemført på baggrund af de oprindelige udbudsbetingelser, herunder kravene til systemet og vilkår i forbindelse med implementering og efterfølgende vedligehold.

Med hensyn til den formelle vurdering af Deres tilbud er resultatet heraf, at tilbudet vurderes at være i overensstemmelse med udbudsprocedurens formelle krav. På den baggrund skal Esbjerg Kommune herved indbyde Dem til at deltage i udbudet efter forhandling omkring en IT-løsning til Esbjerg Kommune, Helse & Ældre.

Grundlaget for dette udbud er som nævnt ovenfor de oprindelige udbudsbetingelser og det tidligere udsendte udbudsmateriale samt Deres tilbud. Vi beder Dem derfor venligst meddele, om De ønsker at deltage i dette udbud på det anførte grundlag. I bekræftende fald beder vi Dem samtidig meddele, at De vedstår Deres tidligere fremsendte tilbud, og at dette fortsat er gældende til den 15. januar 2001.

Når vi har modtaget Deres vedståelse, vil De snarest derefter modtage en invitation til præsentation af Deres tilbud.

Vi skal endelig meddele, at enslydende brev samtidig hermed er fremsendt til anden tilbudsgiver.«

Ved skrivelse af 28. november 2000 meddelte Esbjerg Kommune tilbudsgiver nr. 6 Merkantildata Danmark A/S, at indklagede alligevel ikke ville bli-

ve inddraget i udbudet efter forhandling, da selskabets tilbud ikke opfyldte udbudsbetingelserne.

Den 1. december 2000 besluttede Esbjerg Kommune at indgå kontrakt med tilbudsgiver nr. 2 Ehuset A/S. Indklagede har oplyst, at der ikke er indgået kontrakt med Ehuset A/S, da selskabet er erklæret konkurs.

Den 4. januar 2001 indgav Merkantildata Danmark A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Esbjerg Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse den 4. januar 2001 anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 23. januar 2001 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 25. maj 2001. På mødet blev det afklaret, at selskabet Merkantildata Danmark A/S ikke er rette klager, men at rette klager er selskabet Eterra A/S.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1.

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved den 28. november 2000 at beslutte alligevel ikke at indtage klageren i indklagedes udbud efter forhandling vedrørende IT-løsning for Helse og Ældre-området i Esbjerg Kommune.

Påstand 2.

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 28. november 2000 om alligevel ikke at indtage klageren i indklagedes udbud efter forhandling vedrørende IT-løsning for Helse og Ældre-området i Esbjerg Kommune.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Punkt 3.

Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved den 21. september 2000 at annullere det begrænsede udbud, uagtet indklagede ikke havde en saglig begrundelse herfor.

Punkt 4.

Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved den 21. september 2000 i medfør af Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, litra

a, at iværksætte udbud efter forhandling, uagtet betingelserne herfor ikke var opfyldt.

Punkt 5.

Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved i udbudsbekendtgørelsen at fastsætte følgende: »Antal leverandører opfordret til at give tilbud: Udbyder forventer i henhold til direktivet at begrænse antallet af tilbudsgivere til 5.«

Punkt 6.

Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 2, ved i udbudsbetingelserne at angive underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« anderledes end disse underkriterier, var fastsat i udbudsbekendtgørelsen.

Punkt 7.

Spørgsmålet om indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet artikel 6, stk. 3, litra a, ved ikke straks efter beslutningen den 21. september 2000 om at iværksætte udbud efter forhandling i henhold til den nævnte bestemmelse at have forelagt Kommissionen en rapport om denne beslutning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 og 2 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har endvidere nedlagt påstand om, at der ikke vedrørende punkt 3-7 foreligger nogen overtrædelse af EU-udbudsreglerne.

Ad påstand 1 og 2.

Udbudsbekendtgørelsen af 25. april 2000 indeholder følgende:

- »2. c) Kontraktform: Køb (samt eventuelt løbende ydelser vedrørende vedligehold).
- 3. a) Leveringssted: Helse & Ældre (Rådhuset), IT-afdelingen, Visiteringsenheden samt 12 Ældrecentre i Esbjerg Kommune.
- b)

Programmel til etablering af en IT-løsning til Helse & Ældre samt implementering (herunder uddannelse, evt. konvertering og indføringsstøtte, vedligehold og support af samme).

IT-løsningen skal baseres på standardprogrammel med funktioner til styring af ressourceforbrug hos den enkelte bruger på fælles sprog, tidsregistrering med dokumentation, sygeplejefaglige ydelser og praktisk hjælp (fælles sprog), visitering og opfølgning på leverance af ydelser og endelig hjælpemiddel- og økonomistyring.

Systemet skal kunne integreres med Esbjerg Kommunes eksisterende og planlagte IT-systemer via intern og ekstern kommunikation.

Leverancen forventes desuden at omfatte medie til elektronisk registrering af leverede ydelser.

.....

5. Konsortiets retlige form: Udbyder ønsker at indgå kontrakt med én ansvarlig hovedleverandør.

.....

9. Minimumskrav: Leverandørens administrative, tekniske og økonomiske formåen samt kapacitet ønskes dokumenteret ved:
 - a) De seneste 3 års reviderede regnskaber samt bankerklæring om leverandørens soliditet. Omsætning ønskes oplyst totalt samt for leverancer til ældresektoren.
 - b) Erklæring på tro og love om størrelsen af eventuel ubetalt, forfalden gæld til det offentlige.
 - c) Beskrivelse af leverandørens organisation inden for implementering, vedligehold og support samt metoder som anvendes til kvalitetssikring af totalleverancer. Organisation i Danmark ønskes oplyst.
 - d) Referencer til væsentlige leverancer af tilsvarende systemer i de sidste tre år med angivelse af kunnen, leveringssted, leverede produkter og omtrentlig værdi.
 - e) Oversigt over relevante standardprogramer-produkter og mulige systemløsninger inden for de i punkt 3.b) nævnte områder. Herunder mulige driftsplatforme.
 - f) Beskrivelse af eventuelle samarbejdspartnere eller underleverandører med oplysninger om disse som ønsket under punkt a)-e). Arbejds- og ansvarsdeling ønskes beskrevet.
10. Tildelingskriterier: Det økonomisk mest fordelagtige tilbud med hensyntagen til følgende kriterier (ikke listet i prioriteret rækkefølge): Pris (totaløkonomi), funktionalitet, integrationsmuligheder, fremtidssikring, standarder, driftsstabilitet, implementering, effektiv leverandørservice, imødekommenhed overfor Helse & Ældres præferencer, samlet effekt af mindre væsentlige og ikke-kapitaliserede forbehold.
11. Antal leverandører opfordret til afgivelse af bud: Udbyder forventer i henhold til direktivet at begrænse antallet af tilbudsgivere til 5.

.....«

Udbudsbetingelsernes »Tilbudsgrundlag« indeholder følgende bestemmelser:

- »3. Generelle tilbudskrav.

.....

3.11. Koncernindeståelse.

For tilbudsgivere og underleverandører, der indgår i en koncern, kan kontraktindgåelse betinges af, at der fremlægges behørig erklæring om koncernens ubetingede indeståelse for kontrakten.

.....

3.13. Retlige krav til sammenslutning af tilbudsgivere.

Esbjerg Kommune ønsker at indgå aftale med én ansvarlig totalleverandør. Tilbudsgiveren hæfter derfor over for Esbjerg Kommune for underleverandørers og rådgiveres ansvar i forhold til Esbjerg Kommune og skal sammen med tilbudet vedlægge erklæring herom.

Såfremt tilbud afgives af budkonsortier, skal deltagerne hæfte solidarisk, direkte og ubegrænset over for Esbjerg Kommune for tilbuddet og kontraktens opfyldelse i tilfælde af antagelse. Consortier skal udpege en deltager, som skal have fuld prokura over for Esbjerg Kommune.

.....

4. Tildelingskriterier.

Helse & Ældre vil antage det økonomisk mest fordelagtige tilbud under inddragelse af følgende kriterier i uprioriteret orden:

- pris (totaløkonomi)
- funktionalitet
- integrationsmuligheder
- fremtidssikring (herunder åbenhed, udbygningsmuligheder)
- standarder
- driftsstabilitet (herunder driftsordning)
- implementering (herunder uddannelse og konvertering)
- effektiv leverandørservice (herunder kvalitetssikring og vedligeholdelsesordning)
- imødekommenhed over for Esbjerg Kommune's præferencer
- samlet effekt af mindre væsentlige og ikke-kapitaliserede forbehold.

Funktionalitet, der ikke er prissat, vil ikke indgå i vurderingen.«

Udbudsbetingelsernes »Kontraktsudkast« indeholder følgende bestemmelser:

»1. Definitioner.....

Ved en underleverandør forstås en tredjepart, som præsterer en del af leverandørens ydelse over for kunden på grundlag af et aftaleforhold mellem leverandør og underleverandør.

Ved en bunden underleverance forstås en leverance eller ydelse, som leverandøren forudsættes at præstere på grundlag af et aftaleforhold indgået mellem leverandøren og en af kunden udpeget tredjepart, som hermed optræder som underleverandør til leverandøren.

.....

13.2. Hæftelse for underleverandører

Leverandøren hæfter for sine underleverandørers produkter, tjenesteydelser og vedligeholdelse efter nærværende kontrakt på ganske samme måde som for sine egne forhold.«

Klagerens tilbud indeholder følgende redegørelse:

»2.1. Virksomhedsoplysninger

Merkantildata A/S er en del af den norsk ejede Merkantildata koncern, der er en af Skandinaviens største IT-virksomheder. I Danmark er Merkantildata en af landets største og mest betydende leverandører af IT-løsninger med 1.700 kompetente og veluddannede medarbejdere og med en forventet omsætning i 2000 på over 3,5 mia. dkr.

Merkantildata forkuserer på ICT-løsninger indenfor områderne systemintegration, applikationsudvikling, Web-løsninger, finans og kommunikation, samt på konsulent - og rådgivningsydelser.

2.1.1 Merkantildatas historie

Merkantildata Norge blev etableret i 1968 som tele- og datavirksomhed. Siden 1993 har koncernen gennemført en kraftig ekspansion via opkøb i først Norge, efterfølgende i Sverige og senest i Danmark. I 1999 havde koncernen en samlet omsætning på 10,1 mia. norske kroner og et overskud på 550 mio. norske kroner.

Merkantildatas etablering på det danske marked startede med opkøbet af Complet Data A/S i 1997 og kort tid efter kommunikationsvirksomheden FDC A/S. I 1998 blev DanaData A/S ligeledes opkøbt og fra 1. juli 1999 fremstår Merkantildata Danmark, som en samlet enhed med en fælles ledelse.

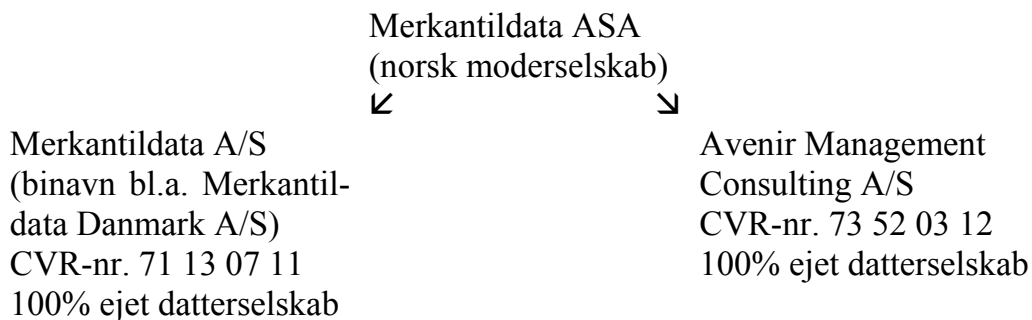
Med opkøb i 2000 bygges en konsulentforretning op, som placerer Merkantildata i centrum, i den Skandinaviske IT- og Konsulentindustri. Opkøbene var først Avenir Management og Andersen Management International med 43 ansatte, derefter overtog Merkantildata A/S den danske del af Ernst & Young Management Consulting med 130 ansatte. Gentronics, som er en Hollandsk IT- og konsulentvirksomhed med ca. 34.000 ansatte i 34 lande og Merkantildata, indgår i april en strategisk alliance, hvor Getronics skandinaviske aktiviteter overgår til Merkantildata A/S, hvilket omfatter ca. 600 medarbejdere.

Efter de seneste opkøb beskæftiger hele Merkantildata-koncernen nu op mod 6.400 medarbejdere i Danmark, Norge og Sverige og betragtes som et af Skandinaviens førende ICT-huse-informations og kommunikationsteknologi.«

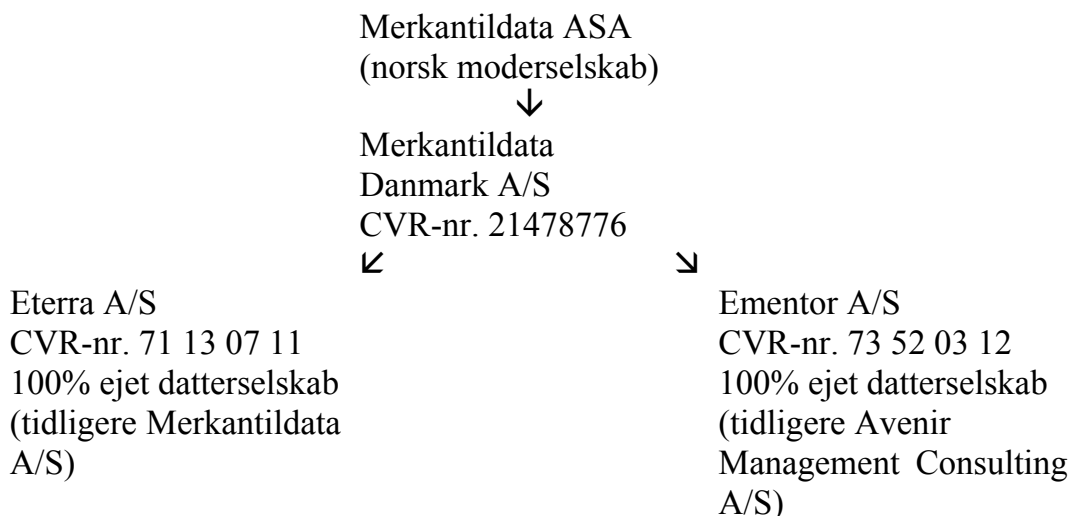
Anmodningen om prækvalifikation blev som anført fremsat af et selskab ved navn Merkantildata Danmark A/S, og det var det samme selskab, som senere afgav tilbud. Dette selskab har CVR-nr. 71 13 07 11. Det var hverken i selskabets anmodning om prækvalifikation eller i selskabets tilbud

udtrykkeligt anført, at Merkantildata Danmark A/S er et binavn, og at selskabets hovednavn er Merkantildata A/S.

På tidspunktet for anmodningen om prækvalifikation og for afgivelse af tilbud var selskabsforholdene således:



Fra den 26. oktober 2000 og dermed på tidspunktet for indklagedes beslutning af 28. november 2000 om alligevel ikke at inddrage Merkantildata Danmark A/S i udbudet efter forhandling var selskabsforholdene således:



Indklagede skrev den 30. oktober 2000 bl.a. således til Merkantildata Danmark A/S:

»De har i forbindelse med besvarelse af spørgsmål 35 oplyst, at De er blevet en del af nordiske Avenirgruppe, der ejes af Merkantildata. Det skal dog gøres opmærksom på, at det i Deres skrivelse fejlagtigt er anført som besvarelse af spørgsmål 25.

I den anledning beder vi Dem venligst meddele, hvorledes Avenir Management Consulting er organiseret selskabsretlig, herunder i forhold til den nordiske Avenirgruppe og for begge de nævnte selskabers vedkommende den nærmere selskabsretlige/ejermæssige tilhørsforhold til Merkantildata. Samtidig beder vi Dem meddele, om Avenir Management Consulting er indtrådt i Merkantildatas forpligtelser i forhold til det afgivne tilbud. I bekræftende fald beder vi Dem venligst fremsende en kopi af denne overdragelsesaftale.

Baggrunden for vores henvendelse skal ses i lyset af, at Merkantildata blev prækvalificeret og afgav tilbud i forbindelse med det nu annullerede EU-udbud, medens dette ikke har været tilfældet for Avenir Management Consulting. Det er således nødvendig for Esbjerg Kommune at få klarlagt, om der i udbudsretlig henseende vil være begrænsninger i forhold til at inddrage Dem i de videre forhandlinger.«

Merkantildata Danmark A/S skrev den 31. oktober 2000 bl.a. således til indklagede:

»Som svar på fremsendt brev, er vedlagt en kort beskrivelse af koncernen Merkantildata. Kort fortalt består Merkantildata af to forretningsområder, hvor begge selskabsretslig og ejermæssigt hører under Merkantildata.

(See attached file: Koncernen Merkantildata.doc) (See attached file: MDDK virksomhedsrepræsentation september 2000.ppt).

For at undgå forvirring omkring selskabsnavne, vil vi foreslå at kontraktholder bliver koncernen Merkantildata.«

Indklagede skrev herefter samme dag den 31. oktober 2000 bl.a. således til Merkantildata Danmark A/S:

»Vi har modtaget mail af 31. Oktober 2000 vedlagt en kort beskrivelse af koncernen Merkantildata. De anfører i mailen, at De for at undgå forvirring omkring selskabsnavne (eller mulige kontraktpartnere?) vil foreslå, at kontraktholder bliver koncernen Merkantildata.

Dette giver imidlertid anledning til forvirring i kommunen, idet De i svaret på spørgsmål 35 oplyser, at Avenir Management Consulting har overtaget alle forpligtelser for M-care produktet i Danmark.

På den baggrund beder vi Dem meddelelse, om vi skal opfatte forholdet således at Merkantildata formelt set er vores forhandlingspartner, men at De vil anvende Ementor ASA som underleverandør.

De har telefonisk dags dato oplyst, at Merkantilgruppen er opdelt i divisioner og ikke som selvstændige selskaber med Merkantildata som moderselskab.

Det fremgår af Deres korte beskrivelse af 30. oktober 2000 af koncernen, at der er tale om et moderselskab med 2 datterselskaber.

Disse forhold giver ligeledes anledning til forvirring, hvorfor vi venligst beder dem fremsende supplerende oplysninger om koncernen/selskabsformerne.«

Merkantildata Danmark A/S skrev den 2. november 2000 bl.a. således til indklagede:

»I henhold til Deres brev af den 31. oktober 2000, hvor De forespørger omkring hvilke tilbuds- og kontraktmæssige forhold, der gælder for ovenstående leverance, kan vi oplyse følgende:

Merkantidata koncernen som er noteret på fonds børsen i Oslo, har valgt at dele selskabet op i to overordnede koncernselskaber: Ementor (Strategisk Management Consulting) og Eterra (Kommunikation og Infrastruktur). I forbindelse med dannelsen af de to overordnede koncernselskaber har der således været en række navneændringer i de nordiske lande, hvor Merkantidata koncernen er repræsenteret.

Ved selve udførelse af opgaven hos Esbjerg Kommune vil projektet blive styret af den ansvarlige afdeling for Helse & Ældre løsninger, der er hjemmehørende i Ementor.

Ementor består i Danmark af afdelinger, der tidligere var placeret i henholdsvis Merkantidata Danmark A/S og Avenir Management Consulting A/S. Der er etableret samarbejdsaftaler mellem de forskellige selskaber i Merkantidata koncernen, hvorfor ansvarsplaceringen ikke skulle give anledning til problemer i pågældende leverance.«

Indklagede skrev den 3. november 2000 bl.a. således til Merkantidata Danmark A/S:

»De har til besvarelse af vort brev af 31. oktober 2000 på ny redegjort for de selskabs- og koncernmæssige forhold i brev af 2. november 2000.

Deres redegørelse besvarer imidlertid ikke alle vore spørgsmål, hvortil kommer, at Deres brev rejser nye spørgsmål. Vi beder Dem derfor venligst besvare de resterende spørgsmål i vort brev af 31. oktober 2000. Samtidig beder vi Dem meddele, om Merkantidatakoncernen ophører ved opdelingen i de 2 overordnede koncernselskaber.

Endvidere beder vi Dem oplyse, om Merkantidata Danmark A/S forsat er eksisterende og i bekræftende fald, hvorledes dette selskab indgår i den samlede koncern.

Endelig beder vi Dem oplyse CVR-nr. på Ementor, Ementor Danmark, Eterra og Merkantidatakoncernen eller evt. andre i den sammenhæng relevante selskaber.«

Merkantidata Danmark A/S skrev den 10. november 2000 bl.a. således til indklagede:

»Under henvisning til Deres brev af 3. november 2000, hvori de anmoder om afklaring på den forvirring, der er opstået omkring leverandørnavne og ansvarsområder, vil vi hermed søge at besvare de af Esbjerg Kommune fremsatte spørgsmål på en fyldestgørende måde.

Det er vort indtryk, at Esbjerg Kommune i sin primære forespørgsel i brevet fra 30. oktober, søger at få klarlagt den overordnede, formelle konstruktion, således at det er den prækvalificerede enhed, der fremstår som kontraktspart overfor Esbjerg Kommune. Den overordnede, formelle konstruktion fremgår af det følgende.

Ad spørgsmål 35:

Tilbudet er afgivet af og kontrakten skal indgås med Merkantildata Danmark A/S, der således vil være Esbjerg Kommunes formelle forhandlingspartner.

Merkantildata Danmark A/S vil dog opfylde kontrakten og sikre implementering af de af kontrakten omfattede systemer ved at anvende Ementor Denmark A/S, der er et selvstændigt, dansk registreret aktieselskab (CVR-nr. 73 52 03 12) indenfor Merkantildata-koncernen.

Indtil den 26. oktober 2000 har Ementor Denmark A/S udført sine aktiviteter under betegnelsen Avenir Management Consulting A/S.

Ementor Denmark A/S vil således i forbindelse med kontraktens opfyldelse virke som underleverandør til Merkantildata Danmark A/S, der overfor Esbjerg Kommune vil fremstå som hovedleverandør, jfr. således afsnit 1 i selskabets prækvalifikations anmodning vedrørende udbud 2000/S 85-056178.«

Indklagede skrev den 14. november 2000 bl.a. således til Merkantildata Danmark A/S:

»Tak for Deres brev af 10. november 2000, hvis indhold i væsentlig grad besvarer de af Kommunen stillede spørgsmål.

På baggrund af oplysningerne i Deres seneste brev sammenholdt med Avenir Management Consultings tidligere svar på spm. 35 vurderer Kommunen herefter forholdene i Merkantildata A/S således:

Det er Merkantildata Danmark A/S, der ansøger om at blive prækvalificeret i forhold til den udbudte IT-løsning i Helse & Ældre. Det angives i ansøgningen, at der ansøges som hovedleverandør, men uden nærmere angivelse af underleverandører. Tilbudsgiver er ligeledes Merkantildata Danmark A/S som hovedleverandør, idet De dog i tilbudet i modsætning til ansøgningen om prækvalifikation nu oplyser under pkt. 2.6 – Samarbejdspartner«, at produktet m-care på det danske marked ejes af Merkantildata og Ephorma i fællesskab, men uden angivelse af om sidstnævnte er underleverandør.

I brev af 10. november 2000 oplyser De, at Merkantildata Danmark A/S (i givet fald) vil være kontraktspartneren og den, der skal opfylde kontrakten, idet De dog vil anvende Ementor Denmark A/S som underleverandør i forbindelse med implementeringen af de af kontrakten omfattede systemer. Ementor Denmark A/S har ikke tidligere været omtalt i ansøgningen om prækvalifikation eller i tilbudet.

Avenir Management Consulting, der efter Deres oplysninger nu er en del af Ementor Denmark A/S, har ved besvarelsen af spm. 35 oplyst bl.a., at man pr. 1. oktober 2000 har overtaget alle forpligtelser for m-careproduktet i Danmark. Det er ikke i den forbindelse taget stilling til Ephormas tidligere oplyste medejerskab af produktet. Vi forstår imid-

lertid oplysningen således, at der er sket en transport fra Merkantildata Danmark A/S til Ementor Denmark A/S.

På de foreliggende grundlag er det Kommunens vurdering, at det er Ementor Denmark A/S, der nu er tilbudsgiver og i givet fald skal stå for opfyldelse af leverancen. I tilslutning hertil skal nævnes at Ementor Denmark A/S ikke er prækvalificeret eller som nævnt omtalt i ansøgningen om prækvalifikation.

Vi skal endelig bemærke, at det fremgår af udbudsbekendtgørelsens pkt. 9 f), at ansøgninger om prækvalifikation skal indeholde »beskrivelse af eventuelle samarbejdspartnere eller underleverandører med oplysninger om disse som ønsket under punkt a)-e). Arbejds- og ansvarsdeling ønskes beskrevet.« Som det fremgår af ovenfor beskrevne er dette formelle udbudskrav ikke opfyldt.

Inden Esbjerg Kommune tager stilling til det videre forløb, skal vi venligst anmode om Deres bemærkninger. Af samme grund finder vi det ikke på nuværende tidspunkt relevant at afholde mødet d. 16. November 2000. Vi vil senere vende tilbage med et nyt mødetidspunkt.«

Merkantildata Danmark A/S skrev den 17. november 2000 bl.a. således til indklagede:

»Det præciseres atter, at ansøgningen om at blive prækvalificeret i forhold til den udbudte IT-løsning er afgivet af Merkantildata Danmark A/S, der også i givet fald vil være Esbjerg Kommunes kontraktpartner og den, der skal opfylde kontrakten.

Kontrakten vil blive opfyldt, og de af kontrakten omfattede systemer implementeret, gennem den optimale udnyttelse af de ressourcer, Merkantildata-gruppen råder over. De personer, der som hovedansvarlige vil sikre kontraktens opfyldelse, vil være de i prækvalifikationsansøgningen nævnte nøglepersoner, jf. pkt. 6.4.

Merkantildata råder således over samtlige de ressourcer, der er nødvendige for at præstere de tilbudte ydelser.

Merkantildata har ikke behov for en decideret underleverandør, eftersom de fornødne ressourcer er tilstede indenfor koncernen. Når der i vor skrivelse af 10. ds. blev henvist til Ementor Denmark A/S som en »underleverandør«, var det fordi, vi havde opfattet kommunens tidligere henvendelser som en opfordring til nærmere at forklare, fra hvilket sted i Merkantildata-gruppen Merkantildata Danmark A/S ville allokere de nødvendige ressourcer.

Som tidligere nævnt er Merkantildata-gruppen, hvori Merkantildata Danmark A/S indgår, i løbet af de seneste måneder gennem opkøb blevet tilført en lang række yderligere kompetencer og ressourcer. Denne styrkelse har gjort Merkantildata endnu mere konkurrencedygtig, og har på væsentlige områder bidraget til at effektivisere udnyttelsen af de allerede eksisterende kompetencer.

Styrkelsen har samtidig affødt en selskabsretlig omorganisering af Merkantildata-gruppen, der pr. 26. oktober blandt andet har ført til organiseringen af visse af de tilkøbte konsulentfunktioner i Ementor Denmark A/S, medens andre af koncernens kernefunktioner fremover er organiseret i selskabet Eterra Denmark A/S.

Denne selskabsretlige organisering af de kompetenceressourcer, der er blevet samlet i Merkantildata-gruppen, har ingen indflydelse på Merkantildata Danmark A/S' kontaktsretlige kompetence, og medfører derfor heller ingen ændringer i forhold til det i ansøgningen om prækvalifikation oplyste.«

Indklagede skrev den 28. november 2000 bl.a. således til Merkantildata Danmark A/S:

»Med brev af 17. november 2000 har Merkantildata Danmark A/S på baggrund af vort brev af 14. november 2000 præciseret, at det er dette selskab, der har ansøgt om prækvalifikation og i givet fald ligeledes dette selskab, der vil være Kommunens kontraktspartner.

De oplyser endvidere, at kontrakten vil blive opfyldt gennem de ressourcer, Merkantildata-gruppen råder over, hvilken oplysning vi ud fra tidligere brevveksling forstår således, at Merkantildata Danmark A/S på nuværende tidspunkt ikke selv har ansat de personer, der som hovedansvarlige skal sikre kontaktens opfyldelse. I stedet entrerer De med et andet selskab (efter det tidligere oplyste Ementor Denmark A/S) under koncernen Merkantildata. De hovedansvarlige personer for en opfyldelse af kontrakten er efter det oplyste ansat i Ementor, der ligeledes må antages at være det ansvarlige selskab inden for Merkantildatakoncernen for implementering af produktet m-care. Ud fra det nævnte må Esbjerg Kommune konstatere, at det reelt er Ementor Denmark A/S, der skal sikre en evt. kontrakts opfyldelse. I den forbindelse er det ikke afgørende, hvilket selskab under koncernen, der formelt set er den ansvarlige kontraktspartner, idet Ementor Denmark A/S under alle omstændigheder vil være underleverandør i forhold til det ansvarlige selskab. Det bemærkes, at ændringerne inden for Merkantildatakoncernen og i Merkantildata Danmark A/S er sket efter, at sidstnævnte har afgivet tilbud.

På den baggrund af det anførte må Esbjerg Kommune på nuværende tidspunkt konstatere, at Deres tilbud ikke er afgivet forskriftsmæssigt, idet De nu anvender Ementor Denmark A/S som underleverandør, hvilket ikke som foreskrevet er oplyst i Deres ansøgning om prækvalifikation. Vi skal herved henvise til punkt 3.14 i tilbudsgrundlaget og punkt 9 f i udbudsbekendtgørelsen. Deres tilbud vil eller kan herefter ikke indtages i udbudet efter forhandling.«

Klageren har vedrørende påstand 1 og 2 gjort gældende, at klageren på tidspunktet for indgivelse af anmodning om prækvalifikation og på tidspunktet

for afgivelse af tilbudet rådede over og fortsat råder over de tekniske og personelle ressourcer og kvalifikationer, der er nødvendige for at kunne levere den udbudte ydelse. Klageren har i den forbindelse anført, at det afgørende ikke er, om den prækvalificerede virksomhed selv råder over de nødvendige tekniske og personelle ressourcer og kvalifikationer, men om virksomheden f.eks. gennem underleverandører eller gennem selskaber, som virksomheden er knyttet til i koncernforhold, reelt råder disse ressourcer og kvalifikationer. Klageren har herved henvist til følgende domme fra EF-domstolen: sag C-389/92, Ballast Nedam Groep NV mod Belgische Staat, sag C-5/97, Ballast Nedam Groep NV mod Belgische Staat, og sag C-176/98, Holst Italia SpA mod Comune de Cagliari. Klageren har endvidere gjort gældende, at selskabet ved de oplysninger, som fremgik af tilbudet, samt de oplysninger, der fremgår af klagerens skriftlige redegørelser i tiden frem til den 28. november 2000, har bevist, at selskabet selv og via andre selskaber i koncernen rådede over de nødvendige ressourcer og kvalifikationer.

Indklagede har vedrørende påstand 1 og 2 gjort gældende, at indklagede, da kommunen den 28. november 2000 besluttede ikke at inddrage klagerens tilbud i udbudet efter forhandling, ikke fra klageren havde modtaget oplysninger, som gjorde det muligt for indklagede at konstatere, hvorledes klageren agtede at opfylde en eventuel kontrakt. Indklagede anmodede gentagne gange klageren om at modtage de nødvendige oplysninger, jf. herved udbudsbetingelsernes »Tilbudsgrundlag« punkt »3.11. Koncernindeståelse«, men indklagede modtog ikke de ønskede oplysninger, som var nødvendige for at vurdere, dels hvem kommunen efter indklagedes opfattelse skulle indgå kontrakt med, dels hvorledes denne kontraktspart havde sikret sig mulighed for praktisk og retligt at opfylde en eventuel kontrakt. Det var på grundlag af de modtagne oplysninger bl.a. umuligt for klageren at vide, hvorledes indklagede havde sikret sig faktisk og retlig råden over det system, som skulle anvendes, nemlig m-care-systemet. Klageren afgav endvidere ikke blot ufuldstændige oplysninger, men også modstridende oplysninger, idet det i anmodningen om prækvalifikation var anført, at der ikke ville blive anvendt underleverandører, mens det senere i skrivelsen af 10. november 2000 blev anført, at klageren var »hovedleverandør« og Ementor Denmark A/S var »underleverandør.« Indklagede var på denne baggrund såvel berettiget til som forpligtet til at undlade at inddrage tilbudet fra klageren i udbudet efter forhandling, og indklagede har således ikke handlet i strid med Indkøbsdirektivet.

Ad punkt 3 og 4.

Indklagede har oplyst, at tilbudene fra nr. 2 og nr. 6 var gode og velgen-nemarbejdede. Dog var for begge tilbuds vedkommende besvarelsen af de af indklagede stillede spørgsmål og den tekniske beskrivelse af, hvorledes indklagedes behov ville blive opfyldt, ufuldstændige. De ufuldstændige be-svarelser og tekniske oplysninger bevirkede, at det ikke var muligt for ind-klagede at sammenligne tilbudene. Det var dette, der var baggrunden for, at indklagede annullerede udbudet, samtidig med at indklagede indledte udbud efter forhandling efter Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, litra a, hvortil alene tilbudsgiver nr. 2 og nr. 6 blev indbudt.

Indklagede har vedrørende punkt 3 og 4 gjort gældende, at ingen af de 2 til-bud, som opfyldt de grundlæggende udbudsbetingelser (nr. 2 og nr. 6), efter deres indhold var »egnede« tilbud, og at indklagede derfor var berettiget til som sket i medfør af Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, litra a, at beslutte at overgå til udbud efter forhandling uden forudgående bekendtgørelse på grundlag af de oprindelige udbudsbetingelser.

Klagenævnet har ved skrivelse af 27. august 2001 stillet følgende spørgsmål til indklagede:

»Spørgsmål 1.

En detaljeret redegørelse med henvisning til de pågældende tilbud for, hvorfor indklagede anså følgende tilbud for ukonditionsmæssige, såle-des at indklagede var forpligtet til at undlade at tage disse tilbud i be-tragtning under det begrænsede udbud af 25. april 2000:

- a. Tilbudet fra nr. 3, GE Capital IT Solutions A/S.
- b. Tilbudet fra nr. 4, Kommunedata A/S.
- c. Tilbudet fra nr. 5, Lyngsø Industri A/S.«

(Indklagedes svar på spørgsmål 1, a - c er ikke medtaget i kendelsen).

Klagenævnet stillede ved skrivelsen af 27. august 2001 yderligere følgende spørgsmål:

»Spørgsmål 2.

På baggrund af besvarelsen af spørgsmål 1 ønskes en redegørelse for, hvorfor indklagede anså følgende tilbud for konditionsmæssige, således at indklagede var forpligtet til at tage disse tilbud i betragtning under det begrænsede udbud:

- a. Tilbudet fra nr. 2, Ehuset A/S.
- b. Tilbudet fra nr. 6, Merkantildata Danmark A/S. (Der bortses herved fra de forhold, som medførte, at indklagede efterfølgende konstate-rede forhold, som indebar, at indklagede alligevel ikke anså dette til-bud for konditionsmæssigt, jf. problemstillingen omhandlet i påstand 1 og påstand 2)«.

Indklagedes svar:

»I den formelle kontrol af tilbudene fra Ehuset og Merkantildata Danmark A/S er ikke konstateret nogen af de forhold eller andre lignende forhold, der er nævnt under besvarelsen af spørgsmål 1.«

Klagenævnet stillede ved skrivelsen af 27. august 2001 yderligere følgende spørgsmål:

»Spørgsmål 3.

En detaljeret redegørelse med henvisning til de pågældende tilbud for, hvorfor indklagede anså følgende tilbud for »ikke-egnede«:

- a. Tilbudet fra nr. 2, Ehuset A/S.
- b. Tilbudet fra nr. 6, Merkantildata Danmark A/S. (Der bortses herved fra de forhold, som medførte, at indklagede efterfølgende alligevel ikke anså dette tilbud for konditionsræssigt, jf. problemstillingen omhandlet i påstand 1 og påstand 2).«

Indklagedes svar:

»Esbjerg Kommune fandt, at tilbudene fra Merkantildata og Ehuset ikke »var egnede«, idet de ikke var sammenlignelige med hensyn til pris og funktionalitet.

I Appendiks A til tilbudets disposition er det i punkt 4.2., side 9, angivet, at tilbudsgiver skal udfylde et i udbudsmaterialet vedlagt svarskema som bidrag til kontraktbilag 4. For begge tilbudsgiveres tilbud gælder, at svarskemaerne er mangelfuldt udfyldt med hensyn til beskrivelse af det enkelte krav eller angivelse af en alternativ løsning.

For Merkantildatas tilbud gælder yderligere:

1. I svarskemaet til kontraktbilag 4 er det angivet, at kravene til hjælpemiddelstyring, forebyggende hjemmebesøg og betaling er indeholdt i Merkantildatas standardløsning. Prisen på modulerne fremgår imidlertid ikke af kontraktbilag 7, men den årlige vedligeholdelsesafgift for de 3 moduler er medtaget i Kontraktbilag 10 B.
2. Pris på konverteringen er i tilbudet angivet med 3 forskellige prissætninger; i kontraktbilag 8 B, »Pris på konvertering«, tillige i svarskemaet til kontraktbilag 4, afsnit 2.2., side 4, og endelig i tilbudsgivers beskrivelse af andre ydelser med priser, jf. afsnit 6.3.1., side 116. Det er prissætningen i sidstnævnte afsnit, der er medtaget i tilbudets »Prisoversigt« i afsnit 1.2., side 6.
3. Ved en sammenholdelse af pkt. 1.2. i »Prisoversigten«, side 6, med pkt. 4.2.1. i »Svarskemaet«, side 52, i Merkantildatas tilbud er det uklart om tilpasninger og specialtilretninger er indeholdt i prisen for »Anvendelsesprogramet«, jf. pkt. 1.2. i »Prisoversigten«.

For Ehusets tilbud gælder yderligere, at der i kontraktbilag 2, »Behovopgørelsen«, afsnit 7, ikke er en prissætning på en række integrationsopgaver, som kræver specialudvikling eller tilpasning.«

Ad punkt 7.

Klagenævnet stillede ved skrivelsen af 27. august 2001 følgende spørgsmål:

»Spørgsmål 4.

Har indklagede som foreskrevet i Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, litra a, fremsendt en rapport til Kommissionen? I benægtende fald ønskes en begrundelse for, at dette ikke er sket. I bekræftende fald ønskes fremsendt en genpart af rapporten samt følgeskrivelsen til Kommissionen.«

Indklagedes svar:

»Esbjerg Kommune har endnu ikke indgivet den foreskrevne rapport til Kommissionen, idet rapporten har afventet indgåelse af den endelige kontrakt. Som følge af Ehusets betalingsstandsning få dage før kontraktsunderskrivelsen og senere konkurs blev den endelige kontrakt ikke underskrevet.«

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2.

Ved gennemførelsen af et udbud efter forhandling efter Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, litra a, er udbyderen frit stillet med hensyn til, hvilke virksomheder udbyderen vil opfordre til at deltage i det pågældende udbud efter forhandling, og indklagede var således ikke forpligtet til at opfordre tilbudsgiver nr. 2, Ehuset A/S, og tilbudsgiver nr. 6, klageren, til at deltage i udbudet. Den 2. september 2000 besluttede indklagede imidlertid, at disse 2 virksomheder skulle deltage i udbudet efter forhandling, og denne beslutning blev meddelt de 2 virksomheder ved skrivelsen af 22. september 2000. På denne baggrund har Klagenævnet vedrørende klagerens påstand 1 og 2 foretaget en vurdering af, om indklagede havde en saglig grund til efterfølgende at træffe beslutning om, at klageren alligevel ikke skulle deltage i udbudet efter forhandling.

Følgende oplysninger fremgår ikke af klagerens skrivelser af 31. oktober og 2., 10. og 17. november 2000:

at tilbudsgiverens selskabsnavn på dette tidspunkt var ændret fra »Merkantildata A/S« (binavn »Merkantildata Danmark A/S«) til »Eterra A/S«,

at Eterra A/S var et helejet datterselskab af Merkantildata Danmark A/S (CVR nr. 21 47 87 76),

at selskabsnavnet for Avenir Management Consulting A/S på dette tidspunkt var ændret til »Ementor A/S«,

at Ementor A/S er et helejet datterselskab af Merkantidata Danmark A/S (CVR nr. 21 47 87 76).

Klageren har i anmodningen om prækvalifikation og i tilbudet anført, at Merkantidata A/S er »hovedleverandør«, men har samtidig vedrørende punktet »Beskrivelse af evt. samarbejdspartnere eller underleverandører« i de fastsatte minimumskrav ved prækvalifikationen anført »Ikke relevant«. Det fremgår imidlertid af klagerens skrivelse af 10. november 2000, at Ementor Denmark A/S »i forbindelse med kontraktens opfyldelse vil virke som underleverandør til Merkantidata Danmark A/S, der overfor Esbjerg Kommune vil fremstå som hovedleverandør«.

I Klagerens skrivelse af 10. november 2000 er det videre anført følgende: »Tilbudet er afgivet af og kontrakten indgås med Merkantidata Danmark A/S«. Merkantidata Danmark A/S var imidlertid på dette tidspunkt selskabet CVR nr. 21 47 87 76, som ikke var prækvalificeret, og som ikke havde afgivet tilbud, mens det selskab, som var prækvalificeret, og som havde afgivet tilbud, var selskabet CVR nr. 71 13 07 11.

Det følger af det anførte, at indklagede, da kommunen den 28. november 2000 besluttede alligevel ikke at inddrage klageren i udbudet efter forhandling, ikke på grundlag af de oplysninger, som kommunen havde modtaget fra klageren, kunne vide, at en eventuel kontrakt skulle indgås med Eterra Danmark A/S, ligesom kommunen ikke kunne vide, om Eterra Danmark A/S skulle opfylde kontrakten dels selv, dels med bistand af underentreprenører uden for koncernen, om Eterra Danmark A/S skulle opfylde kontrakten dels selv, dels med bistand fra andre selskaber i koncernen, eller om Eterra Danmark A/S skulle opfylde kontrakten dels selv, dels med bistand både fra andre selskaber i koncernen og fra underentreprenører uden for koncernen. Specielt fremgik det ikke af klagerens oplysninger, på hvilket retligt grundlag tilbudsgiveren havde mulighed for at disponere over m-care-systemet.

Disse forhold indebar, at indklagede var fuldt berettiget til den 28. november 2000 at beslutte, at klageren alligevel ikke skulle deltage i udbudet efter forhandling. Indklagedes afgørelse byggede således ikke på en vurdering af, om klageren faktisk havde mulighed for at opfylde en eventuel kontrakt, men alene på det forhold, at klageren ikke på en klar og gennemskelig måde havde givet indklagede oplysninger, som viste, at det forholdt sig således. Klageren havde således ikke – som det er anført i EF-domstolens dom, sag C-176/98, Holst Italia SpA mod Comune de Cagliari – bevist, at

selskabet virkeligt rådede over de virksomheders ressourcer, der var nødvendige for at opfylde kontrakten med indklagede.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 1 og 2 til følge.

Ad punkt 3 og 4.

Klagenævnet har gennemgået indklagedes redegørelse i besvarelsen af spørgsmål 1 for, hvorfor indklagede anså tilbudene fra tilbudsgiver nr. 3, 4, og 5 for ukonditionsmæssige, og indklagedes redegørelse har ikke givet Klagenævnet anledning til bemærkninger.

Klagenævnet har endvidere gennemgået indklagedes redegørelse for, at tilbudene fra tilbudsgiver nr. 2 og nr. 6 ikke var egnede. Efter artikel 6, stk. 3, litra a, kan en udbyder annullere et begrænset udbud, hvis tilbudene ikke er »egnede«. Bestemmelsen er en undtagelsesbestemmelse, og det må derfor antages, at en udbyder alene kan bringe bestemmelsen i anvendelse, når udbyderen har sikkert grundlag for at antage, at de relevante tilbud ikke er egnede. Bestemmelsens anvendelsesområde må endvidere antages alene at være situationer, hvor de relevante tilbud af helt specielle grunde ikke er egnede til at danne grundlag for indgåelse af kontrakt om det udbudte indkøb. Det, som indklagede ved sin besvarelse af spørgsmål 3 har anført som begrundelse for under det aktuelle udbud at bringe artikel 6, stk. 3, litra a, i anvendelse, giver efter Klagenævnets vurdering ikke grundlag for at fastslå, at tilbudene fra tilbudsgiver nr. 2 og nr. 6 var uegnede til at danne grundlag for indgåelse af kontrakt om det udbudte indkøb. Klagenævnet har i den forbindelse konstateret, at indklagede som begrundelse for sin afgørelse i skrivelsen af 21. september 2000 anførte, at de 2 tilbud var uegnede, fordi de »ikke var sammenlignelige tilbud«, og i sin besvarelse af spørgsmål 3 har anført at de to tilbud »ikke »var egnede« idet de ikke var sammenlignelige med hensyn til pris og funktionalitet«.

Det bemærkes, at Klagenævnet ikke under denne sag har taget stilling til, om artikel 6, stk. 3, litra a, som antaget af indklagede kan anvendes i tilfælde, hvor et eller flere tilbud opfylder udbudsbetingelserne (»er forskriftsmæssige«) samt ikke er »uantagelige«, men hvor det eller de relevante tilbud desuagtet ikke er »egnet« / »egnede«, eller om artikel 6, stk. 3, litra a, kun kan anvendes, når samtlige tilbud enten ikke opfylder udbudsbetingelserne (ikke er »forskriftsmæssige«) eller er »uantagelige« i henhold til nationale bestemmelser, og når tilbudene herudover ikke er »egnede«.

Klagenævnet har på denne baggrund heller ikke taget stilling til, om tilbudene fra tilbudsgiver nr. 2 og nr. 6, som antaget af indklagede i besvarelsen af spørgsmål 2, opfyldte udbudsbetingelserne, eller om disse 2 tilbud på et eller flere punkter ikke opfyldte udbudsbetingelserne og således var ukonditionsmæssige.

Det følger af det anførte, at indklagede har handlet i strid med indkøbsdirektivet ved at indlede udbud efter forhandling efter artikel 6, stk. 3, litra a, uagtet tilbudene fra tilbudsgiver nr. 2 og nr. 6 ikke som krævet i denne bestemmelse var »uegnede«. Det følger heraf, at indklagede tillige ved sin beslutning om at annullere det begrænsede udbud har handlet i strid med Indkøbsdirektivet, idet begrundelsen for denne afgørelse ikke var i overensstemmelse med Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, litra a.

Efter beskaffenheden af den overtrædelse af Indkøbsdirektivet, der er sket ved indklagedes beslutning om at iværksætte udbud efter forhandling efter artikel 6, stk. 3, litra a, har Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, besluttet at annullere denne beslutning.

Ad punkt 7.

Efter Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, litra a, skal en udbyder, som beslutter at iværksætte udbud efter forhandling efter denne bestemmelse indsende en rapport herom til Kommissionen. Uanset bestemmelsens ordlyd, må forskriften om pligt til at forelægge Kommission en rapport forstås således, at det påhviler en udbyder, som beslutter at bringe artikel 6, stk. 3, litra a, i anvendelse, straks efter, at denne beslutning er truffet, at fremsende en rapport om beslutningen til Kommissionen. Indklagede har således handlet i strid med artikel 6, stk. 3, litra a, ved ikke straks efter den 2. september 2000 at fremsende en rapport til Kommissionen.

Ad punkt 5.

Indklagede har oplyst, at kommunen ikke med den valgte formulering i punkt 11 i udbudsbekendtgørelsen har tilsigtet at fastsætte et maximum for antallet af prækvalificerede virksomheder. Efter sit indhold og sin placering i udbudsbekendtgørelsens punkt 11 må den pågældende bestemmelse i udbudsbekendtgørelsen imidlertid forstås som en bestemmelse om, at indklagede maksimalt vil kvalificere 5 virksomheder. Indklagede har derfor handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 2, ved i udbudsbekendtgørelsen at formulere en upræcis bestemmelse samt ved at prækvalificere 6 virksomheder, uagtet bestemmelsen i udbudsbekendtgørelsen efter sit ind-

hold og sin placering må forstås som en bestemmelse om, at der vil blive prækvalificeret maximalt 5 virksomheder.

Ad punkt 6.

Efter Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 2, er en udbyder ikke forpligtet til i udbudsbekendtgørelsen at oplyse de underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, som vil blive anvendt, idet udbyderen i stedet kan oplyse disse underkriterier i udbudsbetingelserne. Det følger heraf, at en udbyder ved begrænset udbud kan vente med at oplyse underkriterierne, indtil udbudsbetingelserne fremsendes til de prækvalificerede virksomheder.

Når en udbyder imidlertid som i det foreliggende tilfælde har valgt allerede i udbudsbekendtgørelsen at oplyse de underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, som vil blive anvendt, er udbyderen som udgangspunkt ikke berettiget til senere at ændre disse underkriterier. Hvis udbyderen tillige ønsker underkriterierne anført i udbudsbetingelserne, skal det ske enten ved, at der i udbudsbetingelserne henvises til angivelsen af underkriterierne i udbudsbekendtgørelsen, eller ved, at der i udbudsbetingelserne medtages en ordret gengivelse af underkriterierne i udbudsbekendtgørelsen.

Indklagede har således handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved i angivelsen af underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« i udbudsbetingelserne at medtage angivelsen i de 4 sidste parenteser.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved den 21. september 2000 at annullere det begrænsede udbud, uagtet indklagedes begrundelse herfor var i strid med artikel 6, stk. 3, litra a.

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved den 21. september 2000 i medfør af artikel 6, stk. 3, litra a, at iværksætte udbud efter forhandling, uagtet betingelserne herfor ikke var opfyldt.

Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning af den 21. september 2000 om at iværksætte udbud efter forhandling.

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivet ved i udbudsbekendtgørelsen at fastsætte følgende: »Antal leverandør opfordret til at give tilbud: Udbyder forventer i henhold til direktivet at begrænse antallet af tilbudsgivere til 5«, samt ved at prækvalificere 6 virksomheder.

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 2, ved i udbudsbetingelserne at anføre andre underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« end de underkriterier, der var fastsat i udbudsbekendtgørelsen.

Indklagede har handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, litra a, ved efter beslutningen den 21. september 2000 om at indlede udbud efter forhandling ikke straks at have forelagt Kommissionen en rapport om denne beslutning.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig