

K E N D E L S E

Saab Danmark A/S
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, København)

mod

Forsvarets Materieltjeneste
(Kammeradvokaten ved advokat Thomas Ilsøe Andersen)

Den 1. juni 2005 besluttede daværende Hærens Materielkommando (HMAK) at anskaffe et såkaldt »Battle Management System« (BMS) til den danske hær. BMS er et kommunikationssystem, i første række et IT-system, der anvendes til udveksling af informationer på en kampplads med henblik på at samordne indsættelsen af hærens kapaciteter. Programmet skal behandle dels informationsudvekslingen med indsatte militære enheder, dels vilkårene for taktisk planlægning. Desuden skal det tilvejebringe en fælles tidsnær opfattelse af en taktisk situation på de lavere niveauer fra f.eks. køretøjsniveau til afdelingsniveau.

Forud for igangsættelse af udbud vurderede HMAK, at der under anskaffelsen af BMS efter reglerne i EU-traktatens art. 296 skulle træffes foranstaltninger til beskyttelse af væsentlige danske sikkerhedsinteresser, hvorfor udbuddet skulle undtages fra EU-udbud.

Den 7. juli 2006 udsendte HMAK udbudsbetingelser til 3 virksomheder med anmodning om at afgive tilbud på levering af Battle Management System Basic (BMS BASIC) og en efterfølgende rammeaftale om udvikling af våbenartsspecifikke løsninger til BMS.

Efter udsendelsen af udbudsbetingelserne er den ordregivende HMAK som følge af omlægninger i Forsvaret ændret til Forsvarets Materieltjeneste (FMT) (indklagede).

Udbudsbetingelserne blev sendt til bl.a. Mærsk Data Defense A/S. Denne virksomhed blev den 1. september 2006 udskilt fra Mærsk A/S for samtidig at blive en del af den svenske Saab-koncern. Den 1. december 2006 ændrede Mærsk Data Defense A/S navn til Saab Danmark A/S (klageren).

Den 2. august 2006 blev der afholdt spørgemøde for de indbudte virksomheder, og den 10. oktober 2006 fremsendte indklagede til klageren pr. e-mail indkomne spørgsmål og svar til »HMAK udbud nr...«. I de herved fremsendte svar er bl.a. anført følgende:

»Nærværende udbud er ikke et EU-udbud og derfor ikke omfattet af udbudsdirektivets artikel 53. HMAK vil dog medgive, at vægtning eller prioritering af evalueringselementer vil give bedre tilbud. HMAK har derfor lavet følgende prioriteret rækkefølge af evalueringselementerne.
...«

Den 3. november 2006 fremkom klageren med et udkast til tilbud.

I en e-mail af 8. februar 2007 meddelte indklagede, der var undergået den organisatoriske ændring fra HMAK til FMT, at udbudsprocessen fortsatte med den handelsrelaterede del af tilbuddene, og den 6. september 2007 indkaldtes klageren til et første møde om »udbud efter forhandling« den 21. september 2007. Efter forskellige drøftelser fremsendte indklagede ved skrivelse af 20. november 2007 udkast til kontrakt på BMS og fastsatte frist for klageren til afgivelse af tilbud til den 10. december 2007. På denne baggrund fremsendte klageren den 30. november 2007 tilbud og supplerende oplysninger den 10. december 2007.

Indklagede afviste den 14. december 2007 klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt med henvisning til, at tilbuddet ikke opfyldte krav om dokumentation. Indklagede anmodede klageren om at opdatere sit tilbud og fastsatte samtidig fristen for indlevering af endeligt tilbud til den 21. december 2007. Den 21. december 2007 fremsendte klageren et opdateret tilbud.

Ved skrivelse af 27. februar 2008 afviste indklagede klagerens tilbud under henvisning til, at tilbuddet ikke opfyldte kravene i udbudsbetingelserne for så vidt angik punkt B1.S.2.3d og B1.S.3.3a.

Den 27. juni 2008 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. 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 3. juli 2008 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klageren har i klageskriftet nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt med henvisning til manglende opfyldelse af punkt B1.S.2.3d og B1.S.3.3a, da klagerens tilbud opfylder de nævnte punkter.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincipper ved flere gange - både før og efter afgivelse af tilbud - at ændre de fastsatte evalueringskriterier.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip ved at anvende evalueringskriterier, der ikke er egnet til at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at afvise klagerens tilbud.

Indklagede har principalt nedlagt påstand om afvisning, subsidiært om at klagen ikke tages til følge. Indklagede har vedrørende afvisningspåstanden gjort gældende, at Klagenævnet ikke har kompetence i sagen.

Klageren har over for afvisningspåstanden gjort gældende, at Klagenævnet har kompetence, og at klagesagen derfor skal nyde fremme.

Spørgsmålet om Klagenævnets kompetence er udskilt til særskilt behandling og har været forhandlet på et møde den 19. december 2008. Denne kendelse angår alene spørgsmålet om Klagenævnets kompetence.

Ved militære materielanskaffelser fra udlandet skal en såkaldt »End User-erklæring« udfyldes af indklagede. End User-erklæringer vil efter det oplyste indeholde en erklæring af følgende indhold eller tilsvarende:

»...

If the articles/data are for use by our »armed forces« (i. e., army, navy, marine, air force, coast guard, national guard, national police, and any military unit or military personnel organized under or assigned to an international organization), we certify that we will use the authorized articles/data only: (a) for the purposes specified in the Mutual Defence Assistance Agreement, if any, between the U.S. Government and this government; (b) for the purposes specified in any bilateral or regional defense treaty to which the U.S. Government and this government are both parties, if subparagraph (a) is inapplicable; or (c) for internal security, individual self-defense, and/or civic action, if subparagraphs (a) and (b) are inapplicable. ...«

Kapacitetsmanager, major Claus Nordendorff, har til brug for sagens behandling i Klagenævnet afgivet følgende udtalelse af 3. september 2008:

»...

Som Kapacitetsmanager for kommando og kontrolsystemer (CCIS) i FMT har jeg været involveret i - og siden 2007 ansvarlig for - anskaffelsen af et Battle Management System til forsvaret.

Formålet med anskaffelsen er, at implementere et system til udveksling af informationer på kamppladsen, og hvis primære opgave er understøttelse af føringsvirksomheden. De primære mål med indførelse af BMS i hæren er bl.a.:

- At optimere og effektivisere udveksling af information.
- At erstatte manuelle procedurer, der i dag kan automatiseres vha. moderne teknologi.
- At være med til at øge effekten af hærens kapaciteter.
- At forbedre vilkårene for taktisk planlægning.
- At understøtte stationære og mobile indsættelser.

- At tilvejebringe en fælles, tidsnær opfattelse af den taktiske situation (Common Operation Picture).
- At understøtte erkendelse af egne enheders positioner (Blueforce Tracking).
- At kunne udveksle data og informationer fra sensorer og med beslutningstagere og effektorer, såvel internt i våbenplatformen som mellem våbenplatform og enheder.
- At forbedre førerens beslutningsgrundlag gennem hurtig og sikker formidling af informationer.
- At forbedre førerens mulighed for håndtering af mange informationer gennem en overskuelig og systematisk præsentation.
- At forbedre personellet's sikkerhed (Force Protection).

Indtil BMS er færdigimplementeret, anvendes i dag traditionelle kommunikationssystemer, der baserer sig på verbal kommunikation, samt en lang række lavteknologiske hjælpemidler, eksempelvis papirkort, plastikkalker og meldingsblanketter.

Det var for FMT helt afgørende, at et kommunikationssystem som BMS ikke blev givet i udbud efter vore sædvanlige regler. Det er udelukket, at vi vil binde os til et kommunikationssystem, som vi risikerer ikke at kunne bruge frit, fordi eksportør-landet via End User-certifikater binder os til kun at anvende det i sammenhænge, som dette land (også) kan stå inde for. Det kan gå an i sager om anskaffelse af andre typer materiel, men ikke vedrørende et kommunikationssystem, som vi - når det først er implementeret - er afhængige af, som vi ikke kan udskifte/substituere med noget andet, og som ikke kan undværes i operationelle sammenhænge.

FMT vil - og kan - naturligvis ikke skrive under på et End User-certifikat og senere bryde betingelserne heri. Noget sådant ville føre til, at vi ikke fremover ville kunne foretage indkøb i det pågældende eksportørland, og ville placere Danmark som en useriøs samarbejdspartner i alle internationale sammenhænge.

Det er centralt for forståelsen af situationen, at danske soldater p.t. er indsat med andre landes koalitionsstyrker i Irak og Afghanistan. Soldaterne har hårdt brug for et Battle Management System, som kan bruges uindskrænket og som de kan stole på giver dem retvisende informationer om egne og andre koalitionsstyrkers placering, og at systemet uindskrænket kan anvendes til sikker (kodet) planlægning af operationer. Det ville være utænkeligt at placere Danmark i en situation, hvor vi enten skulle vælge mellem at ødelægge vore muligheder for fremtidig anskaffelse af strategisk materiel, eller at sætte soldaters liv på spil.

...«

Parternes anbringender

Indklagede har gjort gældende, at anskaffelsen af det omhandlede BMS er undtaget fra fællesskabsretten vedrørende udbud, jf. EF-traktatens artikel 296, stk. 1, litra b. Traktatens artikel 296 er en del af traktatens almindelige og afsluttende bestemmelser. Bestemmelsen er almengyldig og udelukker dels anvendelsen af Udbudsdirektivet på krigsmateriel under betingelserne beskrevet i Traktatens artikel 296 og dels de øvrige regler i fællesskabsretten. Dette indebærer, at alle »principper«, der måtte kunne udledes af traktaten, ikke finder anvendelse i nærværende udbud.

Det følger af dom af 30. september 2003 (T-26/01) fra Retten i Første Instans, »Fiocchi Munizioni mod Kommissionen«, at det er medlemsstatens prerogativ at bestemme, hvad der er »væsentlige sikkerhedsinteresser«. Det følger af afgørelsen, at traktatens artikel 296 tilsidesætter reglerne om det indre marked, herunder konkurrencereglerne og dermed udbudsreglerne, hvis betingelserne for bestemmelsens anvendelse er opfyldt. Det giver ingen mening, såfremt de bagved liggende principper desuagtet skulle gælde i situationer omfattet af bestemmelsens ordlyd og betingelser.

I det foreliggende tilfælde er der tale om anskaffelsen af et komplekst og meget avanceret kommunikationssystem, som har til formål at sikre udveksling af klassificerede data og informationer om egne og eventuelle koalitionsstyrkers positioner for personel og våben. Systemet vil være helt centralt i enhver fremtidig aktuel eller potentiel kamphandling, og det vil tilsvarende være en katastrofe, såfremt systemet ikke kan indsættes - eller ikke kan indsættes med fuld styrke - enten fordi dette vil være i strid med betingelserne for dets anskaffelse, eller fordi fjendtlige interesser kan opsnappe kommunikation fra systemet.

For enhver materielanskaffelse, som indklagede foretager fra udlandet, skal der ved importen heraf udfyldes en såkaldt »End User-erklæring«. Af sådanne erklæringer fremgår det bl.a., at det er en betingelse for anskaffelse - og dermed tilladelsen til at anskaffe/importere materiellet omfattet af certifikatet - at Det Danske Forsvar erklærer, at det således anskaffede materiel kun må bruges til forsvar af Danmark eller til formål, der ligger inden for områder, som det eksporterende lands regering kan tilslutte sig.

Såfremt indklagede derfor havde udbudt anskaffelsen af det specificerede kommunikationssystem, ville det indebære en risiko for, at Danmark i konkrete situationer måtte afstå fra at anvende systemet, hvis det land, som den vindende virksomhed stammede fra, ikke deltog i eller ikke kunne acceptere løsningen af den opgave, som Danmark ønskede at indsætte systemet i. Da systemet ikke har nogen substitut, ville et sådant forhold i givet fald kunne indskrænke Danmarks udenrigspolitiske handlefrihed og i øvrigt indebære en væsentlig risiko for danske troppers sikkerhed, idet indsættelse af styrker uden samtidig anvendelse af BMS-systemet i væsentlig grad ville forringe troppernes mulighed for at undgå såkaldt »friendly fire« som følge af usikre positionsangivelser.

Anskaffelsen af BMS er derfor undtaget fra EU-udbudsreglerne, jf. traktatens artikel 296, stk. 1, litra b.

EF-Domstolen har ikke ved dommen af den 8. april 2008 i sag C-337/05 (Kommissionen mod Den Italienske Republik) fundet, at der i tilfælde af berettiget anvendelse af artikel 296 alligevel skulle gælde en pligt til, at anvende Udbudsdirektivets regler om »udbud efter forhandling«, ligesom der heller ikke med dommen kan fastslås, at en sådan pligt skulle angå »tillempede/påvirkede« regler herom. I sagen var det Italien, som introducerede argumentet om, at Italien skulle anses for at have gennemført et udbud efter forhandling, såfremt anbringendet om artikel 296 ikke blev taget til følge, og det er dette, som EF-Domstolen forholder sig til.

Da anskaffelsen af BMS således ikke er omfattet af fællesskabsretten vedrørende udbud, har Klagenævnet ikke kompetence til at behandle klagen, jf. klagenævnslovens § 1.

Den omstændighed, at klageren finder, at en del af processen for anskaffelse af BMS, som klageren har deltaget i, ligner en normal EU-udbudsproces, ændrer ikke herved.

Indklagede har i øvrigt ikke »gennemført en udbudsforretning« eller gennemført »alle sædvanlige skridt i en udbudsforretning og med deltagelse af flere potentielle leverandører«. Indklagede har således ikke annonceret udbuddet ved en udbudsbekendtgørelse, men har rettet henvendelse til 3 danske virksomheder. Der er heller ikke gennemført en prækvalifikation i Udbudsdirektivets forstand. Indklagede har vurderet de tre virksomheders

tekniske evner ved hjælp af en test af udviklingsstadiet for deres daværende produkter, som i givet fald senere skulle videreudvikles til det egentlige BMS-produkt.

Klageren har gjort gældende, at det udtrykkeligt følger af ordlyden i § 1 i lov om Klagenævnet for Udbud, at Klagenævnet har kompetence til at behandle klager over ordregivere for overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter, og dermed ikke kun til at behandle klagesager for overtrædelse af f.eks. Udbudsdirektivet.

Indklagedes udbud af BMS er netop sket med henblik på at indgå en kontrakt - med en betydelig værdi - omkring levering af et BMS-system. Indklagedes beslutning om at afvise klageren er derfor også foretaget i forbindelse med indgåelse af en offentlig kontrakt, jf. lovens § 1, stk. 1, nr. 1, hvorfor Klagenævnets kompetence omfatter behandlingen af klagesagen.

Klageren har endvidere gjort gældende, at »fællesskabsretten« - udover Traktaten og retsakter udstedt i medfør heraf - også omfatter de almengyldige principper, der kan udledes af Traktaten, og som finder anvendelse uanset om Traktaten eller f.eks. Udbudsdirektivet regulerer en offentlig myndigheds konkrete indkøb. Denne forståelse er i overensstemmelse med motiverne til loven om Klagenævnet for Udbud og Klagenævnets praksis. Klagenævnet har således gentagne gange fastslået, at ordregivende myndigheder har pligt til at overholde de udbudsretlige principper om bl.a. ligebehandling og gennemsigtighed ved indgåelsen af offentlige kontrakter, også selvom kontrakten måtte være undtaget fra udbudsreglerne, og prøvelse af dette spørgsmål ligger inden for Klagenævnets kompetence. Dette er fastslået i Klagenævnets kendelse af 9. november 1999 (More Group Danmark A/S mod Århus Kommune), i kendelse af 22. februar 2007 (Platech Arkitekter mod Rødding Kommune) og i kendelse af 1. september 2007 (P. Kortegaards Planteskole A/S mod Kolding Kommune).

At artikel 296 er placeret blandt Traktatens almindelige og afsluttende bestemmelser bevirker ikke, at de udbudsretlige principper udledt af Traktaten ikke finder anvendelse i nærværende sag. Det bevirker heller ikke, at Traktatens bestemmelser slet ikke finder anvendelse.

Den af indklagede anførte dom fra Retten i Første Instans af 30. september 2003 var et passivitetssøgsmål mod Kommissionen og vedrørte en vedtagelse af en støtteforanstaltning til fordel for en virksomhed, og en sådan støtteforanstaltning er afgørende forskellig fra en situation som den foreliggende, hvor indklagede positivt har gennemført en udbudsforretning efter udarbejdelse af omfattende udbudsmateriale, gennemførelse af alle »sædvanlige« skridt i en udbudsforretning og med deltagelse af flere tilbudsgivere. Det er ikke Rettens konklusion, at et forhold kategoriseret under artikel 296 falder helt uden for fællesskabsretten, men derimod alene, at forholdet således kan påvirke de almindelige bestemmelser. En sådan »påvirkning« af de almindelige bestemmelser kunne f.eks. tænkes at være ved en mindre restriktiv fortolkning af handelsrestriktioner, videre adgang til statsstøtte, øget adgang »positiv diskrimination«, herunder »nationaldiskrimination« af væsentlige sikkerhedsmæssige årsager på grund af de særlige forudsætninger, som forholdet inddrages under. Under disse særlige og afgrænsede omstændigheder fandt retten, at en støtteordning, henført under artikel 296, er underlagt undersøgelsesproceduren i artikel 88 og dermed i sagens natur også fællesskabsretten.

EF-domstolen har i sin dom af den 8. april 2008 i sag C-337/05 (Kommissionen mod Den Italienske Republik) fundet, at selv hvis et forhold ville være omfattet af artikel 296, indebærer dette ikke, at fællesskabsretten tilsidesættes fuldstændigt. EF-domstolen afviste således, at et indkøb af en vare, der ikke omfattes af artikel 296, kan begrunde anvendelse af den særlige udbudsprocedure efter forhandling. Denne dom må omvendt forudsætte, at en vare eller et forhold omfattet af artikel 296 ville kunne begrunde anvendelse af den særlige udbudsform, og at forholdet således er omfattet af fællesskabsretten, om end efter omstændighederne i et »lempet« eller »påvirket« omfang, således som Retten i Første Instans anførte.

Klageren har bestridt, at den såkaldte »End User-erklæring« kan have indflydelse på, hvorledes en ordregivende myndighed skal foretage indkøb. Såfremt en sådan erklæring kunne fritage for udbudsforpligtelsen, ville enhver konkurrenceudsættelse på tværs af landegrænser kunne udelukkes, og udbudspligten omgås alene ved et aftalevilkår.

Klagenævnet har således kompetence til at behandle nærværende klagesag, uanset om udbuddet må anses for at være omfattet af Traktatens artikel 296,

stk. 1, litra b, da fællesskabsrettens grundlæggende udbudsretlige principper fortsat finder anvendelse på en ordregivende myndigheds indkøb, dog således at indkøbets »fortrolige« eller »sikkerhedsmæssige karakter« efter omstændighederne kan påvirke omfanget af princippernes udstrækning. Et indkøb omfattet af artikel 296 er således omfattet af »fællesskabsretten«, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 1.

At et udbud omfattes af artikel 296 indebærer ikke, at den ordregivende myndighed må forskelsbehandle to danske leverandører, da et evt. nationalt sikkerhedshensyn ikke kan påberåbes i forhold til leverandører af samme nationalitet og dermed heller ikke kan være en »saglig, nødvendig foranstaltning«. Dette har Klagenævnet kompetence til at påse. Klageren har i sin klage til Klagenævnet gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med de almindelige principper - bl.a. ved at afvise klagerens tilbud med henvisning til manglende opfyldelse af to forhold, som klagerens tilbud opfylder - men ikke anført overtrædelser af f.eks. Udbudsdirektivet, og Klagenævnet har således kompetence til at behandle spørgsmål om overtrædelser af disse principper.

Klagenævnet udtaler:

Det Battle Management System (BMS), som indklagede ved den iværksatte udbudsforretning ønsker at anskaffe, har til formål bl.a. i forbindelse med krigshandlinger at sikre udveksling af klassificerede data og informationer om danske styrkes og eventuelle koalitionsstyrkers positioner for personel og våben.

Klagenævnet kan tiltræde parternes fælles opfattelse, hvorefter udbuddet med rette er henført under Traktatens artikel 296, stk. 1, litra b. Denne bestemmelse fastlægger bl.a., at »hver Medlemsstat kan træffe de foranstaltninger, som den anser for nødvendige til beskyttelse af sine væsentlige sikkerhedsinteresser, og som vedrører ... handel med ... krigsmateriel.«

Afgørende for, om Klagenævnet har kompetence til at træffe afgørelse i sagen, bliver derfor i første række, om indklagedes udbud er omfattet af »fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter«, jf. herved § 1, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud. Ved »fællesskabsretten«

forstås efter lovens § 1, stk. 2, Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab og retsakter udstedt i medfør heraf. Det bemærkes herved, at den omstændighed, at indklagede har anvendt udtryk som ses i bl.a. direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EU-udbudsdirektivet), ikke kan anses som en tilkendegivelse om, at indklagede vil efterleve fællesskabsrettens udbudsregler helt eller delvis. De af indklagede anvendte begreber er almindelig anvendt, og de anvendes ikke eksklusivt om udbudsforretninger, omfattet af fællesskabsretten.

I dom af 30. september 2003 fra Retten i Første Instans (Fiocchi munizioni SpA mod Kommissionen (EF-domssamlingen 2003, side II-3951)) anføres i præmis 57 og 58 følgende:

»57

Fremstilling og handel med våben, ammunition og krigsmateriel er omfattet af en særlig ordning, der er indeholdt i artikel 296, stk. 1, litra b), EF, hvorefter bestemmelserne i traktaten ikke er til hinder for, at medlemsstaterne i forbindelse med denne særlige virksomhed træffer de foranstaltninger, som de anser for nødvendige til beskyttelse af deres væsentlige sikkerhedsinteresser. Våben, ammunition og krigsmateriel omfattet af denne ordning er opført på den liste, som Rådet fastlagde den 15. april 1958, og som er nævnt i artikel 296, stk. 2, EF.

58

Ordnningen i artikel 296, stk. 1, litra b), EF har til formål at opretholde medlemsstaternes handlefrihed på visse områder, der vedrører forsvar og national sikkerhed. Artiklens placering blandt traktatens almindelige og afsluttende bestemmelser bekræfter også, at den – for så vidt angår den form for virksomhed, som den vedrører, og de betingelser, som den fastsætter – er almengyldig, og dermed kan påvirke alle de almindelige bestemmelser i traktaten, navnlig dem, der vedrører konkurrencereglerne. Da det desuden i artikel 296, stk. 1, litra b), EF fastsættes, at den ikke er til hinder for, at en medlemsstat – i forbindelse med den pågældende virksomhed – træffer de foranstaltninger, »som den anser for nødvendige« til beskyttelse af sine væsentlige sikkerhedsinteresser, har medlemsstaterne i medfør af artiklen en særlig vid skønsbeføjelse ved vurderingen af de behov, der gør sig gældende ved en sådan beskyttelse.«

Når udbuddet omfattes af Traktatens artikel 296 indebærer dette således, at indklagede har en vid skønsbeføjelse til at afgøre hvilke foranstaltninger,

der har været nødvendige til beskyttelse af danske sikkerhedsinteresser, herunder i hvilket omfang dette skal påvirke de almindelige bestemmelser i traktaten om konkurrencereglerne, jf. herved den citerede præmis 58 fra Retten i Første Instans' dom.

Klagenævnet kan tiltræde indklagedes vurdering, hvorefter udbuddet har kunnet gennemføres uden at iagttage bestemmelserne i Udbudsdirektivet og de almindelige bestemmelser i Traktaten.

Indklagede har derfor ikke været forpligtet til at overholde principper og retsakter for udbud, der afledes af Traktaten, og udbuddet kan derfor ikke anses for omfattet »fællesskabsretten«, således som det er fastlagt i § 1, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Herefter, og da udbuddet i øvrigt ikke omfattes af lovens § 1, stk. 1, tages klagerens påstand om afvisning til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Kistrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig