

Klagenævnet for Udbud

(H.P. Rosenmeier, Aksel Hjertholm, Lykstoft Larsen)

1:714-25/2:714-9/96-23.163

31. oktober 1996

K E N D E L S E

Semco Energi A/S
(advokat O. Eske Bruun)
mod
Brønderslev Kommune
(advokat Birte Rasmussen)

Sagen angår en klage fra klageren Semco Energi A/S (Semco) i anledning af Brønderslev kommunes udbud i 1994 af levering og opstilling af et kraftvarmeanlæg i totalentreprise.

Semco har endeligt nedlagt følgende påstand:

Klagenævnet skal fastslå, at Brønderslev kommune har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 90/531 af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning indenfor vand- og energiforsyning, samt transport og telekommunikation og navnlig det ligebehandlingsprincip, der danner grundlag for alle licitationsprocedurer for offentlige kontrakter indenfor EU, idet Brønderslev kommune i forbindelsen med en offentlig kontrakt, dels tog hensyn til ændringer, som blev foretaget i enkelte af de afgivne tilbud efter åbning heraf, og dels antog et tilbud, som ikke opfyldte kriterierne i udbudsmaterialet for tildeling af kontrakter.

Kommunen har nedlagt påstand om frifindelse.

Kommunen har desuden nedlagt følgende selvstændige påstand:

Klagenævnet skal fastslå, at Brønderslev kommune var berettiget til at lade Semco Energi A/S's tilbud ude af betragtning ved tildelingen af et kraftvarmeanlæg til Brønderslev Kraftvarmeværk.

Semco har påstået frifindelse over for kommunens selvstændige påstand.

Semco har endvidere nedlagt påstand om, at der meddeles Semco aktindsigt i alle de bilag, der er fremlagt for klagenævnet i det omfang, dette ikke er sket, d.v.s. i bilagene A, C, D og E (i dets helhed) samt bilagene J, K og L.

Kommunens advokat har nedlagt påstand om, at der ikke gives Semco aktindsigt i videre omfang end allerede sket.

Sagsforløbet har i hovedtræk været:

Kommunen foretog udbudsbekendtgørelse i EF-Tidende i maj 1994. I udbudsbekendtgørelsen var bl.a. anført:

»...

Kontraktens art: Begrænset udbud.

...

Ydelsernes art og omfang: 1. Projektering, levering og udførelse af maskinentreprise og øvrige tekniske anlæg inkl. ca. 5.000 m² varmeakkumulator som totalentreprise i et naturgasfyret kraftvarmeværk baseret på 3-6 stk. Lean- Burn-gasmotorer med en samlet varmeeffekt på 24-25 MW ved en køling af røggasserne til 60 gr. C og med størst mulig effekt.

...

Alternative bud: Alternative bud accepteres ikke.

...

Med hensyn til gasmotoranlægget...skal der fremvises dokumentation for driftsdata fra andet/andre tilsvarende anlæg...

...

Tildelingskriterier: Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet ud fra leverings- og udførelsesfrist, driftsomkostninger, pris, forsyningssikkerhed, rentabilitet, kvalitet, sikkerhed for reservedele, teknisk værdi, service og teknisk bistand, æstetisk og funktionsmæssig karakter, andre kriterier såsom garantiomfang (kriterierne er opstillet i uprioriteret rækkefølge)

...«

I begyndelsen af juli 1994 udsendtes udbudsmateriale til 12 prækvalificerede leverandører. Udbudsmaterialet var udformet og blev udsendt af kommunens tekniske rådgiver Nellesmann Rådgivende ingeniører og planlæggere A/S (Nellesmann).

I udbudsmaterialet var bl.a. anført:

»...

Det naturgasdrevne kraftvarmeanlæg dimensioneres til varmforsyning af Brønderslev. Anlægget dimensioneres efter en varmeeffekt på ca. 25 MW. Elydelsen/den elektriske virkningsgrad skal ved den aktuelle varmeeffekt være så høj som muligt. Det maksimale varmeeffektbehov er beregnet til 27,5 MW, og det minimale varmeeffektbehov er beregnet til 5,8 MW.

...

Motorgenerator kan bestå af 4-6 enheder. Der ønskes etableret magerforbrændingsmotorer, men konkurrencedygtige tilbud på alternative motortyper vil kunne komme i betragtning.

...

Motorgeneratoranlæggene skal have en samlet varmeeffekt på 24-25 MW. (Det maksimale effektbehov er på 27,5 MW, og det minimale effektbehov er på 5,8 MW). Anlæg med en anden varmeeffekt vil blive overvejet, hvis det fremviser en gunstig samlet økonomi.

...«

Forløbet derefter kan opsummeres som følger, idet der iøvrigt henvises til referaterne af vidneforklaringerne nedenfor:

Der indgik tilbud fra otte af de prækvalificerede leverandører. Efter at de var indgået, udskilte Nellemann tre af dem til nærmere gennemgang. Disse tre tilbud var

- Tilbud fra Dansk Kraftvarme Konsortium (DKK), omfattende seks Bergen-motorer, sekundært fire Niigata-motorer.
- Tilbud fra Tjæreborg Industries (Tjæreborg), ligeledes omfattende seks Bergen-motorer eller fire Niigata-motorer.
- Tilbud fra Semco, omfattende fire eller fem Wärtsila-motorer.

Nellemann iværksatte derefter indgående forhandlinger med de tre nævnte tilbudsgivere. Under disse forhandlinger skete der efter det oplyste væsentlige ændringer i hvert af de tre tilbud. Således blev DKK's og Tjæreborgs tilbud ændret til at omfatte syv Bergen-motorer med deraf følgende højere tilbudspris, medens Semcos tilbud blev ændret til at omfatte fire Wärtsila-motorer med større cylindervolumen end de først tilbudte. Endvidere blev Semcos tilbudspris under forhandlingerne nedsat med ca. 5 mill. kr. til ca. 69 mill. kr.

I et notat af 21. oktober 1994 foretog Nellemann en sammenligning af tilbudene fra DKK og Semco, således som disse tilbud var ændret under forhandlingerne. I notatets konklusion udtaltes som Nellemanns opfattelse, at løsningen med fire Wärtsila-motorer var at foretrække, men at nogle nærmere angivne øvrige forhold måtte afgøre det endelige valg.

I en telefax af 28. oktober 1994 gav Semco nogle nye oplysninger om Wärtsila-motorenes ydeevne, efter det foreliggende gående ud på en mindre ydeevne end tidligere oplyst. Dette førte til fornyede overvejelser hos Nellemann og kommunen. Disse overvejelser mandede ud i, at byrådet den 9. november 1994 besluttede at indlede kontraktforhandlinger med DKK, og kontrakt med DKK om entreprisen blev derefter indgået.

Under forberedelsen af sagen for klagenævnet rejste Semco krav om aktindsigt i nogle bilag, som kommunen havde fremlagt for klagenævnet, men som kommunen havde ønsket fritaget for aktindsigt, d.v.s. bilagene A, C, D og E.

Dette gav anledning til en særlig mundtlig forhandling om aktindsigtsspørgsmålet. Efter denne forhandling afsagde klagenævnet den 21. september 1995 en kendelse, hvorefter Semcos begæring ikke blev taget til følge bortset fra med hensyn til dele af bilag E.

Semco anlagde derefter sag mod klagenævnet ved Københavns byret med påstand om, at klagenævnet tilpligtedes at anerkende, at Semco havde ret til (fuld) aktindsigt i de omtalte bilag. Retssagen blev senere henvist til Østre landsret.

Nogenlunde samtidig med Semcos sagsanlæg fremlagde Brønderslev kommune for klagenævnet og efter dettes ønske nogle yderligere bilag, d.v.s. bilagene J, K og L. Kommunen anmodede samtidig om, at der ikke blev meddelt Semco aktindsigt i disse bilag.

Der foregik derefter brevlige forhandlinger mellem den fungerende formand for klagenævnet og Semcos advokat med henblik på at finde en praktisk løsning, således at sagen for klagenævnet kunne fremmes til realitetsbehandling uden at skulle afvente den verserende retssag om aktindsigt i de bilag, der var omfattet af klagenavnets kendelse af 21. september 1995, og eventuelt desuden en ny retssag om aktindsigt i de seneste bilag. Klagenavnets fungerende formand gav herunder udtryk

for, at Semco i forbindelse med sagens realitetsbehandling kan nedlægge påstand om aktindsigt. På denne baggrund hævdede Semco retssagen.

Sagen har været mundtligt behandlet på et møde i klagenævnet den 19. september 1996.

Der er for klagenævnet afgivet vidneforklaringer af Preben Knudsen, Erik Grøn og Helge Skrubbeltrang.

Preben Knudsen har forklaret: Han er ansat i det rådgivende ingeniørfirma, der bistod kommunen, og som i sagen betegnes som Nellemann. Preben Knudsen var projektleder i sagen. Nellemann lavede udbudsmaterialet, Man udbød bygningen i fagentreprise og maskineriet i totalentreprise. Der er vel i Danmark 10-12 virksomheder, der beskæftiger sig med at udføre naturgasværker i totalentreprise. Man udformede en kravsspecifikation. Man holdt imidlertid mulighederne åbne. Det er jo hele ideen med totalentreprise. Der bliver sat nogle rammebetingelser op, så det fremgår, i hvilken størrelsesorden anlægget skal udføres. Udbudsannoncen var udformet af en tidligere rådgiver. På det tidspunkt vidste man ikke, hvad der var det mest attraktive, og der sker en stadig teknisk udvikling. Den tidligere rådgiver var nået frem til, at fire motorer af fabrikatet Niigata nok var det rigtige, men man ville tage højde for en ny »supermotor.« Angivelsen af antallet af motorer i udbudsannoncen var bare et signal om, at man ikke ville have f. eks. 20 mindre motorer, men man havde ikke tænkt på, om seks eller syv var det magiske tal. Under alle omstændigheder vil man gerne have så få motorer som muligt. I udbudsannoncen stod der i øvrigt, at man kun ville have motorer, for hvis vedkommende der var driftserfaring. Ikke desto mindre tog man Wärtsila-motorerne i Semcos tilbud i betragtning. Der lå ikke noget særligt i, at det i udbudsbekendtgørelsen var nævnt, at alternative tilbud ikke ville komme i betragtning. Ingen havde tænkt nærmere over dette. Efter at tilbudene var indgået, gik Nellemann dem igennem for at udskille, hvad der var interessant. Ingen af tilbudene var konditionsmæssige, og ingen af dem gik ud på mere end seks motorer. Man endte med at tage tre motortyper i betragtning, d.v.s. Niigata- motorer som tilbudt af DKK og Tjæreborg, Bergen-motorer som ligeledes tilbudt af disse tilbudsgivere samt Wärtsila-motorer som tilbudt af Semco. De sidste tog man med så at sige på sidelinjen, selvom der ikke var driftserfaring med dem, fordi man havde hørt nogle spændende ting om dem. Fem af de otte tilbudsgivere blev valgt fra. Man havde herefter forhandlinger med de tre udvalgte tilbudsgivere, d.v.s. Tjæreborg, DKK og Semco. Man er nødt til at gå i dybden i sådanne forhandlinger. De drejer sig om bortforhandling af forbehold, klargørelse og supplering. Der var tale om totalentreprise vedrørende ny teknologi, hvorfor det er fuldstændig umuligt at få et konditionsmæssigt tilbud. Det er en hårfin balancegang at føre sådanne sideløbende forhandlinger med flere tilbudsgivere, og man bestræber sig på at være så retfærdig som mulig. Man kunne fra begyndelsen se, at Bergen-motorerne var billigst. Man vurderede det sådan, at en syvende Bergen-motor ville være mere økonomisk fordelagtig, hvorfor man bad DKK og Tjæreborg om tilbud på en syvende motor. Hvis man ikke havde etableret åbningen med at sætte en syvende motor ind, havde Bergen-motorerne ikke været interessante. Der skete også ændringer i Semcos tilbud, d.v.s. forbedringer, under forhandlingerne. Under forhandlingerne fortalte vidnet Semco, at de andre tilbudsgivere var oppe på syv Bergen-motorer. Vidnet fortalte dette til Grøn og Bastholm, d.v.s. de personer fra Semco, der deltog i forhandlingerne. På tilsvarende måde stillede man de to tilbudsgivere med Bergen-motorer lige ved at give dem begge lejlighed til at byde på syv motorer. Forhandlingerne endte med, at Nellemann indstillede, at kommunen valgte Semco med Wärtsila-motorer, og det blev vedtaget. Herefter gik man i kontraktsforhandlinger med Semco. Under sådanne kontraktsforhandlinger skal man konstatere, om det holder, når det skal ned på papiret. Nellemann og Semco udvekslede to-tre kontraktsudkast. Fredag den 28. oktober 1994 indgik der imidlertid en telefax fra Semco, hvoraf det

fremgik, at Semco ikke kunne leve op til de tidligere garantier for motorenes ydelser. Det fremgik, at motorfabrikken havde lavet en regnefejl. Vidnet blev noget chokeret over dette. Der var blevet bygget et tillidsforhold op gennem to måneder, og så kom Semco pludselig med de nye oplysninger. Vidnet opfattede det som et tillidsbrud. Som følge af de nye oplysninger indsnævrede den økonomiske forskel mellem Semcos tilbud og de øvrige tilbud sig. Regnefejlen gjorde reelt Semcos tilbud to-tre mill. kr. dyrere. Der blev holdt et møde med Semco den følgende mandag. De nye oplysninger skabte imidlertid megen usikkerhed om sagen. Dertil kom, at der havde været et hav af problemer med Wärtsila-motorer på nogle andre kraftværker. Efter vidnets opfattelse er det den omtalte usikkerhed, der bevirkede, at Semco ikke fik ordren. Det havde derimod ikke noget at gøre med spørgsmålet om seks eller syv motorer. Man havde jo indstillet Semco, selvom DKK havde givet tilbud på syv motorer. Som følge af den omtalte usikkerhed gik man i kontraktsforhandlinger med de andre tilbudsgivere. Det er ikke rigtigt, at man på et tidspunkt skulle have stillet i udsigt, at Semco ville få kontrakten, hvis der blev givet rabat. Nellemann indstillede den 22. november 1994, at der blev indgået kontrakt med DKK. DKK's tilbud indeholdende seks Bergen-motorer var 64,1 mill. kr. Som følge af, at man gik fra seks til syv motorer, blev kontraktsprisen forhøjet til 67,9 mill. kr. Tjæreborgs tilbud på syv Bergen-motorer var knap en million kr. højere.

Erik Grøn har forklaret: Vidnet er direktør for Semco. Det er rigtigt, at der var nogle forhold, men ikke forbehold, i Semcos tilbud, der skulle belyses. På det første møde med Nellemann fik Semco at vide, at tilbudet ikke var godt nok, og at man skulle nedsætte prisen på service. Man reducerede derfor prisen for servicekontrakten med 8%. Endvidere talte Semco med Wärtsila-fabrikken om at gøre motorerne mere optimale. Man nåede derefter frem til at udbore cylindrene til 34 cm, hvilket ikke havde været udført før. På et tidspunkt foretog Semco en prisreduktion. Det var efter at man havde fået at vide, hvor langt man skulle ned for at være konkurrencedygtig. Vidnet husker ikke, at man fik oplysning om, at andre tilbudsgivere havde fået lejlighed til at byde på syv motorer. Semco hørte om dette fra anden side, og vidnet mener ikke, at man fik oplysning om det fra Preben Knudsen. Forholdet er væsentligt. Semco kunne jo også have givet tilbud på Bergen-motorer. Telefaxen af 28. oktober 1994 var foranlediget af en afprøvning på fabrikken. Semco videregav straks oplysningerne. Semco var derved ærlig. Man ønsker at give alle oplysninger og vil ikke have sit navn ødelagt. Dette betyder netop, at andre kan vise Semco tillid. Semco arbejder meget med EU-udbud og kender reglerne herom. Man gjorde imidlertid først til sidst gældende, at udbudsreglerne var overtrådt. Der var jo tale om en ordre til ca. 70 mill. kr., og man regnede med, at man var bedst og billigst. Efter at Semco var begyndt at komme ud i kulden, fik man en melding om, at DKK havde været hos borgmesteren. Senere bad Semco selv om et møde med borgmesteren. Under dette møde forklarede Semco, hvorfor man var blevet diskvalificeret, og at man var billigst og bedst. Man spurgte, om man måtte give et tilbud på syv maskiner. Borgmesteren svarede, at dette ikke var nødvendigt.

Helge Skrubbeltrang har forklaret: Vidnet er chef for kommunens tekniske forvaltning. Vidnet har deltaget i samtlige politiske møder om sagen og deltog også i direktør Grøns møde hos borgmesteren. Efter at Nellemann havde peget på Semco, indstillede et enigt forsyningsudvalg den 27. oktober 1994 til byrådet, at Semco blev valgt. DKK bad om et møde hos borgmesteren. På mødet henviste borgmesteren til, at et enigt forsyningsudvalg havde indstillet Semco. Den 28. oktober kom den famøse telefax fra Semco. Den rykkede billedet noget. Vidnet skrev om den til byrådet. Den 2. november sendte byrådet sagen tilbage til udvalget. Man forstod iøvrigt, at den motortype, som Semco havde tilbudt, overhovedet ikke var produceret endnu. Den 7. november blev sagen påny behandlet i forsyningsudvalget. Udvalget konkluderede, at den økonomiske fordel var indsnævret, og gav desuden udtryk for, at man var utryk som følge af de nye oplysninger og

manglen på driftserfaring. Den 9. november bestemte byrådet, at man skulle søge at skrive kontrakt med DKK. Det er rigtigt, at Semco derefter havde et møde hos borgmesteren.

Semcos advokat har i hovedtræk anført: Udbudet opfylder ikke betingelserne i forsyningsdirektivet 90/531 art. 27, stk. 2. Der er desuden sket forskelsbehandling af tilbudsgiverne, hvilket er i strid med art. 4, stk. 2. Endvidere har kommunen overtrådt det almindelige EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at give to tilbudsgivere lejlighed til at byde på syv motorer, ligesom der herved er sket konkurrenceforvridning. Direktivet beskytter alle, også de potentielle prækvalificerede tilbudsgivere. Det er uden betydning, om Semcos tilbud var ukonditionsmæssigt. Kommunen tog jo tilbudet i betragtning og må være afskåret fra pludselig efter flere års forløb at gøre gældende, at det var ukonditionsmæssigt. Iøvrigt var Semcos oprindelige tilbud konditionsmæssigt, måske bortset fra enkelte detaljer.

Semcos advokat har videre anført, at Semco ønsker aktindsigt i sagens bilag i det omfang, man ikke har fået det, d.v.s. i sagens bilag A, C, D, E (i dets helhed) samt bilag J-L.

Kommunens advokat har i hovedtræk anført: Kommunen har ikke overskredet grænserne for tilladelige drøftelser med tilbudsgiverne, og ændringen fra seks til syv motorer var ikke i strid med udbudsbetingelserne. Der er ikke sket forskelsbehandling eller konkurrenceforvridning. Alle interesserede blev gjort bekendt med alle ændringer og har haft mulighed for at supplere deres tilbud. Der er ikke tale om forskelsbehandling i forhold til de tilbudsgivere, der ikke kom i betragtning, og Semco har iøvrigt ikke retlig interesse i at klage på deres vegne. Kommunen har i det hele ikke overtrådt EU's udbudsregler. Den kunne have valgt udbud efter forhandling, men valgte i stedet begrænset udbud netop for at skabe yderligere konkurrence. Dette bør ikke komme en udbyder til skade. For det tilfælde, at klagenævnet anser kommunen for at have overtrådt EU's udbudsregler, har kommunens advokat yderligere bemærket: I så fald har kommunen heller ikke været berettiget til at give ordren til Semco. Dette har betydning med hensyn til et eventuelt erstatningskrav. Semcos tilbud var ukonditionsmæssigt på en længere række punkter. Hvis det endvidere har været i strid med udbudsreglerne, at kommunens rådgiver har haft forhandlinger med tilbudsgiverne, har det også været i strid med dem, at kommunen havde forhandlinger med Semco. Den eneste tilbudsgiver, der blev forhandlet pris med, var Semco.

Om spørgsmålet om aktindsigt har kommunens advokat henholdt sig til de synspunkter, hun tidligere har fremsat, jfr. herom klagenævnets kendelse af 21. september 1995.

Klagenævnet udtaler:

1) Vedrørende aktindsigt:

For så vidt angår bilagene A, C, D og E henvises til begrundelsen i klagenævnets kendelse af 21. september 1995. Kendelsens afgørelse om aktindsigt vedrørende disse bilag gentages i nærværende kendelse.

Bilag J-L er DKK's oprindelige tilbud med bilag. Klagenævnet finder, at disse bilag i deres helhed bør undrages fra Semcos aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 15, da de går ud på oplysninger om DKK's forretningsmæssige og tekniske forhold, og da disse oplysninger ikke bør videregives til en konkurrent.

Det bemærkes, at en eventuel indbringelse for domstolene af klagenævnets realitetsafgørelse i medfør af klagenævnslovens § 5, stk. 4, efter klagenævnets opfattelse yderligere kan angå klagenævnets afgørelser om aktindsigt.

Dette gælder efter klagenævnets opfattelse også med hensyn til de bilag, der er omfattet af klagenævnets kendelse af 21. september 1995. Klagenævnet henviser herved til, at det ville være upraktisk, hvis afgørelser fra klage nævnet om f. eks. aktindsigt under en sags forberedelse skulle indbringes isoleret for domstolene inden for den frist, der nævnes i klagenævnslovens § 5, stk. 4, og at sådanne afgørelser efter nævnets opfattelse derfor må kunne indbringes for domstolene i forbindelse med indbringelse af nævnets realitetsafgørelse. Klagenævnet henviser videre til, at Semco hævdede retssagen om aktindsigt i de bilag, der er omfattet af klagenævnets kendelse af 21. september 1995, på baggrund af en tilsvarende tilkendegivelse fra klagenævnets fungerende formand.

2) Vedrørende hvilket direktiv, der finder anvendelse:

Det er efter klagenævnets opfattelse tvivlsomt, om det formelt er forsyningsdirektivet 90/531 eller det nugældende forsyningsdirektiv 93/38, der skal anvendes på det omhandlede udbud. Det sidstnævnte direktiv finder anvendelse på kontrakter, der udbydes efter 1. juli 1994, jfr. § 1 og § 6 i bekendtgørelse nr. 557 af 24. juni 1994 og § 1 og § 6 i bekendtgørelse nr. 558 af samme dag. I den foreliggende sag fandt udbudsbekendtgørelsen sted før den omtalte skæringsdag, hvorimod prækvalifikationen skete efter den. Klagenævnet finder imidlertid ikke anledning til at tage nærmere stilling til spørgsmålet, da det er uden betydning for sagens afgørelse.

3) Vedrørende Semcos påstand:

Nævnsmedlemmerne Rosenmeier og Lykstoft Larsen udtaler:

Det fremgår af sagens oplysninger, at kommunens rådgiver, Nellemann, efter tilbudenes indgivelse førte omfattende forhandlinger med tre af tilbudsgiverne, herunder DKK, at disse forhandlinger for alle tre tilbudsgiveres vedkommende drejede sig om væsentlige tekniske spørgsmål, herunder motorydelse og antal motorer, og at forhandlingerne i hvert fald for Semcos vedkommende yderligere drejede sig om pris.

Vi finder, at forhandlinger af et sådant omfang og en sådan karakter er i strid med EU's almindelige ligebehandlingsprincip. Dette princip har bl.a. fundet udtryk i artikel 4, stk. 2, i direktiv 90/531 og artikel 4, stk. 2, i direktiv 93/38.

Vi henviser desuden til Rådets og Kommissionens erklæring ad artikel 20 i direktiv 93/38, hvorefter fremgangsmåden med offentligt eller begrænset udbud »udelukker enhver forhandling med ansøgere eller bydende om grundlæggende elementer i kontrakterne, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning, og der må navnlig ikke forhandles om priser; der må kun finde drøftelser sted..., når det sker med henblik på at præcisere eller supplere..., og i det omfang dette ikke giver anledning til forskelsbehandling.« Tilsvarende principper må antages også at gælde for direktiv 90/531.

Vi finder det ikke afgørende, om Nellemann under de omtalte forhandlinger orienterede hver af de tre tilbudsgivere om forhandlingerne med de to andre og således f. eks. orienterede Semco om, at de

to andre tilbudsgivere havde ændret deres tilbud til at omfatte syv motorer. Vi kan ganske vist ikke helt afvise, at der kan forekomme tilfælde, hvor det vil være i overensstemmelse med EU's principper om ligebehandling og gennemsigtighed at give alle tilbudsgivere lejlighed til efterfølgende at ændre deres tilbud. Imidlertid kan en mundtlig orientering som et led i forhandlinger af den karakter, der har været tale om, efter vor opfattelse under alle omstændigheder ikke være en tilstrækkelig overholdelse disse principper.

Vi finder det endvidere uden betydning, at art. 27, stk. 3, i direktiv 90/531 og art. 34, stk. 3, i direktiv 93/38 åbner mulighed for alternative tilbud, allerede fordi begrebet alternative tilbud efter vor opfattelse sigter til tilbudsgivernes oprindelige tilbud og ikke til senere ændringer i dette.

Allerede som følge af de ovennævnte forhold finder vi, at kommunen har overtrådt EU's ligebehandlingsprincip ved at indgå kontrakt med DKK.

Vi bemærker videre: Både udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet må naturligt sprogligt forstås sådan, at tilbudene højst skulle omfatte seks motorer. Dette bekræftes af, at ingen af tilbudsgiverne efter det oplyste gav tilbud omfattende mere end dette antal motorer. Kommunens indgåelse af kontrakt med DKK om syv motorer har derfor efter vor opfattelse i sig selv ligeledes været i strid med EU's ligebehandlingsprincip.

Som følge af det anførte stemmer vi for at tage Semcos påstand til følge, dog med formulering som i konklusionen nedenfor.

Nævnsmedlemmet Hjertholm udtaler:

Jeg finder ikke, at de stedfundne forhandlinger med DKK, Semco og Tjæreborg har været en overtrædelse af EU's udbudsregler. Totalentreprise kan kun fungere, hvis der efterfølgende kan forhandles om ændringer og suppleringer og foretages prissætning af ændringer. Det stedfundne forhandlingsforløb er blot, hvad der altid nødvendigvis må foretages. Forhandlingerne har endvidere ikke medført forskelsbehandling eller konkurrenceforvridning, da Nellemann efter det oplyste loyalt orienterede hver af de tre tilbudsgivere, man forhandlede med, om forhandlingerne med de to andre.

Derimod finder jeg, at Semcos nedsættelse af prisen under forhandlingerne har været i strid med EU-reglerne.

Jeg finder ikke, at kommunens indgåelse af kontrakt om syv motorer har været en overtrædelse af EU-reglerne. Det må stå klart for en tekniker og må således også have stået klart for alle tilbudsgivere, at angivelsen af motorantal i udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet ikke skulle forstås bogstaveligt, men blot tjente til at angive det omtrentlige motorantal. Dette understøttes også af, at det i udbudsmaterialet angives at »Anlæg med en anden varmeeffekt vil blive overvejet, hvis det fremviser en gunstig samlet økonomi«. Jeg henviser til Preben Knudsens forklaring herom. Denne forklaring er i overensstemmelse med, hvorledes en tekniker naturligt vil forstå udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet.

Jeg mener ikke, at udbudsmaterialets angivelse »Motorgenerator kan bestå af 4 - 6 enheder« rent sprogligt skal forstås som en min./max. angivelse. Ordren på 7 motorgeneratorer kan derfor ikke betragtes som en afvigelse fra udbudsmaterialet.

Jeg henviser desuden til, at der efter artikel 27, stk. 3, i direktiv 90/531 kan afgives alternative tilbud. Dette bestyrker opfattelsen af, at visse ændringer i forhold til de oprindelige tilbud er acceptable. Udbudsbekendtgørelsens angivelse af, at alternative tilbud ikke ville komme i betragtning, er uden betydning, da det afgørende i henhold til den citerede bestemmelse er angivelserne i udbudsmaterialet, ikke udbudsbekendtgørelsen.

Jeg stemmer herefter for ikke at tage Semcos klage til følge.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet, hvorfor klagenævnet tager Semcos påstand til følge med formulering som i konklusionen nedenfor.

4) Vedrørende kommunens selvstændige påstand:

Nævnsmedlemmerne Rosenmeier og Lykstoft Larsen udtaler:

Som ovenfor nævnt har kommunen efter vor opfattelse overtrådt EU's ligebehandlingsprincip bl.a. ved de stedfundne forhandlinger med nogle af tilbudsgiverne. Disse forhandlinger blev også ført med Semco. Som følge heraf ville kommunen have overtrådt EU's ligebehandlingsprincip ved at indgå kontrakt med Semco. Vi bemærker desuden, at forhandlingerne med Semco efter det fremkommne bl.a. angik pris, og at forhandlingerne med Semco for så vidt var en særlig klar overtrædelse af EU's ligebehandlingsprincip. Vi stemmer herefter for at tage kommunens subsidiaire påstand til følge, dog formuleret som i konklusionen nedenfor.

Nævnsmedlemmet Hjertholm udtaler:

Under forhandlingerne med Semco foretog Semco efter det oplyste en egentlig prisreduktion i forhold til sit oprindelige tilbud. Noget sådant er i strid med udbudsreglerne, jfr. herved den erklæring fra Rådet og Kommissionen, der er omtalt i de øvrige nævnsmedlemmers votum. Med denne begrundelse tilslutter jeg mig de øvrige nævnsmedlemmers votum vedrørende kommunens selvstændige påstand.

Der er således enighed i klagenævnet om at tage kommunens selvstændige påstand til følge, dog formuleret som i konklusionen nedenfor.

5) Vedrørende sagsomkostninger og gebyr:

Alle nævnsmedlemmer udtaler:

Som følge af, at kommunen ville have været uberettiget til at indgå kontrakt med Semco, jfr. ovenfor, findes det rigtigst ikke at pålægge kommunen at betale sagsomkostninger til Semco.

I medfør af § 18, stk. 4, i bekendtgørelse nr. 26 af 23. januar 1996 bestemmes, at det gebyr, som Semco har betalt til klagenævnet, tilbagebetales.

Herefter bestemmes:

Der gives ikke klageren, Semco Energi A/S, aktindsigt i sagens bilag A, C, D, J, K og L, ligesom der ikke gives Semco Energi A/S aktindsigt i bilag E i videre omfang end tidligere sket.

Indklagede Brønderslev kommune har tilsidesat det almindelige EU-retlige ligebehandlingsprincip ved at forhandle i væsentligt omfang med flere tilbudsgivere og ved at indgå kontrakt med Dansk Kraftvarme Konsortium.

Brønderslev kommune ville have overtrådt det almindelige EU-retlige ligebehandlingsprincip, hvis kommunen havde indgået kontrakt med Semco Energi A/S.

Det pålægges ikke kommunen at betale sagsomkostninger til Semco Energi A/S.

Det gebyr, som Semco Energi A/S har betalt til klagenævnet, tilbagebetales.