

Klagenævnet for Udbud
(Carsten Haubek, Tage M. Iversen,
Viggo Olesen)

1:714-24/2:714-13
25. oktober 1995

K E N D E L S E

Siemens A/S
(ved advokat Peter Høgh)
mod
Esbjerg Kommune
(selv)

I oktober 1994 offentliggjorde indklagede, Esbjerg Kommune, i forbindelse med anskaffelsen af et reguleringssystem som overbygning til et bestående overvågningssystem til trafiksignaler ETC-2 et begrænset udbud efter Rådets direktiv nr. 93/38/EØF om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (udbud 94/S 195-70990/DA). Sidste frist for anmodning om deltagelse var 28. oktober 1994, og ved udbudsbrev af 11. november 1994 blev 4 leverandører opfordret til at afgive tilbud. Udbudsbrevet indeholder bl.a. følgende afsnit:

»... Dokumentation af bestående udstyr

For hvert kryds forefindes fuld trafikteknisk dokumentation. For hvert styreapparat findes tegninger på »kortniveau« samt fortrådningsplaner ud mod gadeudstyr.

Hvis det for leverandøren er nødvendigt af hensyn til projektets gennemførelse at benytte eksisterende dokumentation, som ikke er Forsyningsvirksomhedens eller teknisk forvaltnings ejendom, må leverandøren rette henvendelse til Peek Traffic.
...«

Den 21. november 1994 sendte klageren, Siemens A/S, følgende skrivelse til Esbjerg Kommune:

»... Vi har med tak modtaget ovennævnte udbudsmateriale og skal herved fremkomme med følgende spørgsmål til udbudsmaterialet:

Pkt. 1: Hvordan er det muligt at kommunikere med ELC/ETC?

Pkt. 2: Det angives, at den udvalgte leverandør ved ordre skal rette direkte henvendelse til Peek Traffic.

I givet fald må det forudsættes, at Peek Traffic ikke deltager i licitation, idet alle udbydere skal stilles lige.

Pkt. 3: Det er angivet, at der kan anvendes eksisterende detektorspoler, hvorfor De bedes fremsende materiale, der viser samtlige spoleplaceringer. De bedes endvidere oplyse, på hvilken måde detektoroplysningerne umiddelbart er tilgængelige, samt om der er tale om tælleverdier, belægningsgrader eller reelle/bearbejdede data.

Pkt. 4: Findes der på det eksisterende ETC-system detaillister, der indeholder

informationer, der ønskes anvendt til optimeringsberegningerne?

Såfremt disse informationer eksisterer, ønskes det oplyst, hvorledes de er tilgængelige.

Pkt. 5: Er der specielle ønsker med hensyn til hardwareplatform?

Pkt. 6: Kommunikationsporte og elektrisk snitflade til det bestående system bedes oplyst.

Pkt. 7: Der er ikke overensstemmelse mellem udbudsmaterialet og de til det Supplement til De Europæiske Fællesskabers Tidende nr. S 195/136 af 11.10.1994 anførte tildelingskriterier.

Pkt. 8: Der tales om optimering af styringsparametre. Skal/må den foretages dynamisk (online)?

Pkt. 9: Hvad menes med proportional/integralregulering?

Pkt. 10: Kabeltype samt kapacitet fra det eksisterende kabelnet bedes oplyst.

Pkt. 11: Hvilke informationer er tilgængelige (kommunikationsprotokoller)

på både styreapparat og ETC-niveau?

Vi imødeser Deres stillingtagen til ovennævnte hurtigst muligt. ...«

Den 22. november 1994 besvarede Esbjerg Kommune henvendelsen således:

»...Til Deres forespørgsel skal hermed oplyses:

Af de prækvalificerede firmaer er De det eneste der på nuværende tidspunkt har stillet spørgsmål til det udsendte materiale, hvorfor vi må meddele Dem at vi ikke set ud fra ligelighedsprincip kan besvare Deres spørgsmål, men at vi overvejer at indkalde til et opklarende møde, hvortil alle interesserede parter vil blive indbudt.

Vi skal dog ikke undlade at meddele Dem, at vi med stor alvor og interesse har læst Deres spørgsmål.

Ud fra art, karakter og indhold må vi meddele Dem at vi er dybt bekymret om, at De er i stand til at løse den af os stillede opgave, da indholdet i de stillede spørgsmål, set fra vor side, viser manglende kendskab til emnet.

Som indikation kan vi meddele Dem, at vi af vor fremtidige samarbejdspartner forventer indgående kendskab til de overordnede principper i emnet, for på den måde at få ideer og forskellige løsningsforslag. ...«

Samme dag skrev Siemens A/S således til Esbjerg Kommune:

»... Vi har med tak modtaget Deres fax af 22.11.94 kl. 9.19 og skal hermed venligst gøre dem opmærksom på, at De i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivet (93/38/EØF) artikel 28.2 er forpligtet til at besvare de anførte spørgsmål senest 6

dage før udløb af fristen for modtagelse af tilbudet, men at vi under hensyntagen til spørgsmålenes vigtighed henstiller, at besvarelsen sker hurtigst muligt. ...«

Den 25. november 1995 skrev Esbjerg Kommune således til Siemens A/S:

»... Mandag den 21. november 1994 modtog vi en telefax fra Siemens, Trafikafdelingen, Vejle, hvori der var stillet en række spørgsmål, se vedlagte kopi af ovennævnte telefax.

Vi har valgt at lade juridisk kontor, Esbjerg kommune gennemse ovennævnte telefax, og har efterfølgende fået følgende rådgivning:

1. Da alle parter skal stilles lige med hensyn til information, kan vi ikke sende en besvarelse udelukkende til Siemens, hvorfor:
2. At vi bør indkalde til et opklarende møde, hvilket hermed gøres. ...«

Den 2. december 1994 blev der hos Esbjerg Kommune afholdt et spørgemøde, hvori der foruden repræsentanter for Esbjerg Kommune deltog repræsentanter for Siemens A/S, nemlig Bent Christensen og Niels Chresten Johannessen, og for Peek Traffic A/S. Forud for mødet havde kommunen sendt klagerens skrivelse af 21. november 1994 til de 3 andre udvalgte leverandører i ikke-anonymiseret form. På mødet stillede repræsentanterne for Siemens A/S 11 spørgsmål, som blev besvaret af kommunens repræsentanter. Kommunens repræsentanter tilkendegav på mødet, at kommunen ikke ville udarbejde noget referat af mødet, heller ikke et referat af kommunens besvarelse af de stillede spørgsmål.

Siemens A/S, der herefter ikke afgav tilbud, indgav den 22. december 1994 klage over Esbjerg Kommune til Klagenævnet for Udbud. I overensstemmelse med Siemens A/S' begæring besluttede klagenævnet den 5. april 1995 at tillægge klagen opsættende virkning i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1.

Siemens A/S har nedlagt følgende påstande:

I.

Klagenævnet for Udbud meddeler Esbjerg Kommune følgende pålæg vedrørende kommunens udbud af en overbygning til det eksisterende trafikreguleringssystem bestående af ca. 50 vejtrafiksignalanlæg:

1. Det pålægges kommunen at gennemføre udbuddet efter reglerne i Rådets direktiv nr. 93/36/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb.
2. Det pålægges kommunen i udbudsvilkårene at oplyse sådanne tekniske data og funktionsbeskrivelser vedrørende udbyderens eksisterende trafikreguleringssystem, som er nødvendige for, at tilbudsgivere kan afgive fyldestgørende tilbud eller at stille det eksisterende anlæg til rådighed for tilbudsgiverne med henblik på undersøgelse af anlægget og eventuelt foretagelse af reverse engineering, jf. Rådets direktiv nr. 93/36/EØF artikel 8.

II.

Klagenævnet skal fastslå, at Esbjerg Kommune i forbindelse med sit udbud vedrørende trafiksignaler (udbud 94/S 195-70990/DA) har tilsidesat gældende udbudsregler på følgende punkter:

1. Kommunen har fejlagtig gennemført udbuddet efter Rådets direktiv nr. 93/38/EØF om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, idet udbuddet skulle have været gennemført efter Rådets direktiv nr. 93/36/EØF om fremgangsmåderne ved offentlige indkøb.
2. Kommunen har overtrådt Rådets direktiv nr. 93/38/EØF artikel 28, stk. 2, ved ikke efter rettidig anmodning fra klageren at have afgivet yderligere skriftlige oplysninger om udbudsmaterialet.
3. Kommunen har overtrådt Rådets direktiv nr. 93/38/EØF artikel 4, stk. 4, ved at fremsende kopi af klagerens skrivelse af 21. november 1994 til de øvrige tilbudsgivere i ikke-anonymiseret form.

Esbjerg Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge for så vidt angår påstand I,2, II,2 og II,3, men har været enig i, at klagen skal tages til følge for så vidt angår påstand I, 1 og II,1.

Klagesagen har været behandlet mundtligt på et møde i Klagenævnet den 26. september 1995.

Tildelingskriterierne under udbuddet fik i den endelige udformning følgende indhold:

»... Blandt de indkomne tilbud forbeholder udbyder sig ret til frit at vælge ud fra en helheds vurdering, hvor bl.a. vil indgå:

Pris, kvalitet, leveringstid, driftsomkostninger, systemvurdering, rentabilitet, funktionsopfyldelse, lagerforhold, anlægstekniske forhold, teknologisk værdi/levetid, garantiomfang, service og teknisk bistand, samt at forkaste alle indkomne tilbud.

Ovenstående kriterier er opstillet i uprioriteret rækkefølge ...«

Afdelingsingeniør Preben Thomsen, Esbjerg Kommune, har forklaret, at kommunen i 1989 anskaffede et signalanlæg, som i de følgende år blev udvidet. I 1994 besluttede kommunen i samråd med Vejdirektoratet på baggrund af bl.a. erfaringer fra udlandet at anskaffe et overordnet styresystem til signalsystemet med henblik på ved minimering af stop og ventetid samt benzinforbrug at sikre en optimal trafikafvikling og en minimal miljøpåvirkning. Efter kommunens opfattelse er den væsentlige del af det udbudte anlæg EDB-styringsmodellen med dertil hørende hardware, mens den efterfølgende tilkobling til det nuværende trafikanlæg var underordnet betydning for tilbudsgiverne. For at billiggøre projektet skulle det eksisterende anlæg så vidt muligt anvendes. Efter kommunens opfattelse kunne de udpegede firmaer byde på opgaven uden at kende det eksisterende systems tekniske data og funktionsbeskrivelse, og kommunen var indforstået med at modtage tilbud på anlæg, som ikke med sikkerhed kunne kobles sammen med det eksisterende anlæg. Sammenkoblingsproblemerne kunne klares efterfølgende, men løsningen af disse problemer var naturligvis afhængig af, at der blev samarbejdet mellem den antagne leverandør, kommunen og Peek Traffic A/S. Han har ikke i forbindelse med beslutningen om at gennemføre udbuddet forsøgt at få udleveret det aktuelle anlægs tekniske data for leverandøren Peek Traffic A/S, da han anså det

for formålsløst at forsøge herpå. Både ved anskaffelsen af anlægget og ved senere ændringer af anlægget har han nemlig forgæves forsøgt at få de tekniske data udleveret fra Peek Traffic A/S.

Akademiingeniør Niels Chresten Johannessen, Siemens A/S, har forklaret, at det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at kommunens eksisterende anlæg skulle anvendes, og klageren forventede derfor, at udbudsmaterialet indeholdt de nødvendige tekniske data for det eksisterende anlæg. Det gjorde det imidlertid ikke, og da det ikke ville være muligt for klageren at afgive et meningsfyldt tilbud uden disse oplysninger, anmodede klageren ved skrivelsen af 21. november 1994 om yderligere oplysninger bl.a. om protokollen vedrørende det eksisterende anlæg. Klageren forsøgte ikke selv at få protokollen hos Peek Traffic A/S, da man anså det for håbløst af fremskaffe den på denne måde. Efter klagerens opfattelse var det udbudte anlæg en helhed bestående af EDB-styresystemet til den overordnede styring af signalanlægget med tilhørende hardware samt af det nødvendige transmissionssystem til at bringe data fra detektorspolerne i vejbanen ind i anlægget og det nødvendige transmissionssystem til at sende data fra styringsanlægget tilbage til signalanlægget. Det, som klageren mente at skulle levere, var således et færdigt system, som kunne sættes i drift efter en sædvanlig indkøringsperiode, og ikke et EDB-styringssystem, som efterfølgende ved et samarbejde mellem klageren og Peek Traffic A/S skulle bringes til at fungere sammen med kommunens eksisterende anlæg. Klageren overvejede ikke at afgive et alternativt tilbud på et helt nyt anlæg, da man anså det for udelukket, at et sådant tilbud ville kunne konkurrere prismæssigt.

Klager har til støtte for sin påstand I,2 gjort gældende, at det ved gennemførelsen af udbuddet påhvilede indklagede at stille tilbudsgiverne lige. Da det var nødvendigt for at kunne afgive tilbud, at der tilvejebringes interoperabilitet mellem kommunens eksisterende anlæg og det udbudte anlæg, skulle kommunen i forbindelse med udbuddet have fremskaffet de tekniske data fra leverandøren af det eksisterende anlæg eller i hvert fald have givet tilbudsgiverne mulighed for at foretage reverse engineering.

Indklagede har heroverfor gjort gældende, at det ikke for afgivelse af tilbud var nødvendigt at kende de tekniske data for det eksisterende anlæg.

Klageren har til støtte for sin påstand II,2 gjort gældende, at det følger af Rådets direktiv nr. 93/38/EØF artikel 28, stk. 2, at besvarelsen af yderligere spørgsmål skal ske skriftligt.

Indklagede har heroverfor gjort gældende, at der ikke i direktivet kan indfortolkes noget krav om, at udbyderens besvarelse af anmodninger om yderligere oplysninger skal ske skriftligt.

Klageren har til støtte for påstand II,3 gjort gældende, at kommunen ved at fremsende klagerens skrivelse af 21. november 1994 til andre bydende uden at anonymisere den indebærer en overtrædelse af Rådets direktiv nr. 93/38/EØF artikel 4, stk. 4.

Indklagede har heroverfor gjort gældende, at den manglende anonymisering af skrivelsen, inden den blev sendt til de andre tilbudsgivere, ikke indebærer nogen overtrædelse af den nævnte bestemmelse.

Klagenævnet udtaler:

Efter indholdet af kommunens udbudsbrev af 11. november 1994 og de forklaringer, som afdelingsingeniør Preben Thomsen og især akademiingeniør Niels Chresten Johannessen har afgivet

om det anlæg, der blev udbudt, finder klagenævnet – ligesom parterne – at udbuddet skulle være sket efter Rådets direktiv nr. 93/36/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb. Klagenævnet træffer derfor afgørelse i overensstemmelse med klagerens påstand I,1 og II,1.

Som følge heraf annullerer klagenævnet endvidere kommunens beslutning om at foretage udbud efter Rådets direktiv nr. 93/38/EØF om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation. Klagenævnet bemærker i øvrigt, at det er i strid med det pågældende direktiv, at kommunen har forbeholdt sig at vælge »frit« ud fra de angivne kriterier.

Efter det oplyste om det anlæg, som kommunen ønsker at anskaffe, skal der tilvejebringes interoperabilitet mellem kommunens eksisterende anlæg og det nye anlæg. Det påhviler derfor kommunen i forbindelse med et eventuelt nyt udbud efter Rådets direktiv nr. 93/36/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb at sikre tilbudsgiverne lige vilkår, jf. artikel 8, enten ved at kommunen i udbudsvilkårene oplyser de tekniske data for det eksisterende anlæg, som er nødvendige for, at tilbudsgivere kan afgive fyldestgørende tilbud, eller ved at kommunen stiller det eksisterende anlæg til rådighed for tilbudsgiverne med henblik på undersøgelse af anlægget og eventuelt foretagelse af dekompile (reverse engineering), jf. lov nr. 395 af 14. juni 1995 om ophavsret § 37. Klagenævnet træffer derfor afgørelse i overensstemmelse med klagerens påstand I,2.

Det følger af Rådets direktiv nr. 93/38/EØF om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation artikel 28, stk. 2, at ordregivere, når en tilbudsgiver har anmodet om yderligere oplysninger om udbudsmaterialet, senest 6 dage før udløbet af fristen for modtagelse af tilbud, skal »sende« disse oplysninger til tilbudsgiveren. På baggrund heraf, og når det tillige tages i betragtning, at det i denne situation også påhviler ordregiveren at give de øvrige tilbudsgivere disse yderligere oplysninger, findes der at være en pligt for ordregiveren til at give tilbudsgiveren de ønskede yderligere oplysninger skriftligt. Klagenævnet træffer derfor afgørelse i overensstemmelse med klagerens påstand II,2.

Artikel 4, stk. 4, i Rådets direktiv nr. 93/38/EØF om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation fastslår alene, at direktivets bestemmelser som udgangspunkt ikke begrænser en tilbudsgivers ret til at kræve, at eventuelle nationale bestemmelser om fortrolig behandling af fremsendte oplysninger skal overholdes. Der er således ikke i denne bestemmelse fastsat specielle EU-regler om fortrolig behandling af oplysninger, og da stillingtagen til overtrædelse af nationale regler ligger uden for klagenævnets kompetence, afviser klagenævnet klagerens påstand II,3.

Herefter bestemmes:

I.

Klagenævnet for Udbud meddeler Esbjerg Kommune følgende pålæg vedrørende et eventuelt nyt begrænset udbud af en overbygning til det eksisterende trafikreguleringssystem bestående af ca. 50 vejtrafiksignalanlæg:

1. Det pålægges kommunen at gennemføre udbuddet efter reglerne i Rådets direktiv nr. 93/36/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb.

2. Det pålægges kommunen i udbudsvilkårene at oplyse sådanne tekniske data og funktionsbeskrivelser vedrørende udbyderens eksisterende trafikreguleringssystem, som er nødvendige for, at tilbudsgivere kan afgive fyldestgørende tilbud eller at stille det eksisterende anlæg til rådighed for tilbudsgiverne med henblik på undersøgelse af anlægget og eventuel foretagelse af dekompilering (reverse engineering), jf. Rådets direktiv nr. 93/36/EØF artikel 8.

II.

Esbjerg Kommune har i forbindelse med sit udbud vedrørende trafiksignaler (udbud 94/s 195-70990/DA) tilsidesat gældende udbudsregler på følgende punkter:

1. Kommunen har fejlagtigt gennemført udbuddet efter Rådets direktiv nr. 93/38/EØF om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, idet udbuddet skulle have været gennemført efter Rådets direktiv nr. 93/36/EØF om fremgangsmåderne ved offentlige indkøb.
2. Kommunen har overtrådt Rådets direktiv nr. 93/38/EØF artikel 28, stk. 2, ved ikke efter rettidig anmodning fra klageren skriftligt at have afgivet yderligere oplysninger om udbudsmaterialet.

III.

Esbjerg Kommunes beslutning om at foretage udbud vedrørende trafiksignaler (udbud 94/S 195-70990/DA) annulleres.

Esbjerg Kommune betaler inden 14 dage fra modtagelsen af kendelsen i sagsomkostninger 15.000 kr. til Siemens A/S.