

K E N D E L S E

WAP Wöhr Automatikparkssysteme GmbH & Co KG
(advokat Tina Braad, Århus)

mod

Ørestadsparkering A/S
(advokat Lotte Hummelshøj, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 11. august 2006 udbød Ørestadsparkering A/S under anvendelse af udbudsformen »konkurrencepræget dialog« efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) »design and execution of automatic parking facilities«. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Tilbud skulle efter udbudsbetingelserne afgives på engelsk.

Ørestadsparkering A/S var på udbudstidspunktet datterselskab af Ørestadsselskabet I/S, der senere er likvideret, og ejes nu af Arealudviklingsselskabet I/S, som har samme ejerforhold som Ørestadsselskabet I/S, idet Københavns Kommune ejer 55 % og staten 45 %.

I perioden fra den 20. september til den 19. december 2006 gennemførte Ørestadsparkering A/S dialogrunde 1 med 5 prækvalificerede virksomheder som tilbudsgivere.

I perioden fra den 4. januar til den 22. marts 2007 gennemførte Ørestadsparkering A/S dialogrunde 2 med deltagelse af 2 tilbageværende tilbudsgivere, nemlig WAP Wöhr Automatikparkssysteme GmbH & Co KG (herefter Wöhr) og Westfalia Logistics Solutions Austria GmbH (herefter Westfalia).

De endelige udbudsbetingelser – med de forskelle, der følger af de 2 virksomheders overordnede projektforslag – blev udsendt til Wöhr og Westfalia den 23. marts 2007. Begge virksomheder afgav herefter endeligt tilbud inden fristens udløb den 3. maj 2007.

Ved brev af 18. juli 2007 meddelte Ørestadsparkering A/S Wöhr, at tilbudet fra Westfalia var det økonomisk mest fordelagtige, og at der derfor ville blive indgået kontrakt med Westfalia.

Den 27. juli 2007 indgav klageren, Wöhr, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Ørestadsparkering A/S. 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 15. august 2007 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 19. november 2007.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 29 ved at benytte udbudsformen konkurrencepræget dialog, uagtet at betingelserne for at benytte denne udbudsform ikke var opfyldt.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 7, og ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i direktivets artikel 2 ved at angive underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« væsentligt forskelligt i dialogmaterialet og i udbudsbetingelserne.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 6, og gennemsigtighedsprincippet i direktivets artikel 2 ved dels at anmode om alternative tilbud, dels at antage et alternativt tilbud, idet alternative tilbud er uforenelige med udbudsformen konkurrencepræget dialog.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 24 og ligebehandlingsprincippet i direktivets artikel 2 ved at have taget et alternativt tilbud fra Westfalia i betragtning, uagtet at dette tilbud var ukonditionsmæssigt, idet det ikke var vedlagt de krævede oplysninger efter Udbudsbetingelsernes punkt 3, der alene var vedlagt Westfalias hovedtilbud.

Påstand 5

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 3, og ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i direktivets artikel 2 ved i dialogfasen at have ført dialog med tilbudsgiverne på forskelligt grundlag, idet indklagede har givet tilbudsgiverne forskellige oplysninger om

- a) Det areal, der var til rådighed, og
- b) Det ønskede antal parkeringspladser

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede i forbindelse med evalueringen af de 2 tilbud har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2, idet indklagede har evalueret tilbudene på forskelligt grundlag for så vidt angår de tekniske præstationer.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved i dialogfasen at have ændret omfanget af kontrakten fra at vedrøre 3 parkeringsanlæg til udelukkende at vedrøre ét parkeringsanlæg, uagtet at dette er en væsentlig ændring af udbudsvilkårene, der kræver nyt udbud.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.2 at give tilbudsgiverne adgang til at afgive tilbud på følgende option:
»The contractor may offer to execute parts of or the whole of the building contract – entrance level and civil works, -roof and facade constuctions.«

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele kontrakten til Westfalia, uagtet Westfalia havde samarbejde med Ove Bjørn Petersen, der tidligere havde været ansat hos indklagedes bygherrerådgiver.

Påstand 10

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 18. juni 2007 om at indgå kontrakt vedrørende etablering af et parkeringshus med et automatisk parkeringssystem med Westfalia.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 10 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder:

Af et notat af 19. juli 2007 fra indklagedes bygherrerådgiver, A/S hifab Bygherreombud, fremgår, at Ørestadsparkering A/S' oprindelige forudsætning om at kunne gennemføre en udbudsproces, der ikke var omfattet af EU-udbudsreglerne, var bristet af »finansieringsmæssige årsager«. I notatet, der er på 4 sider, gennemgås i punktform de forskellige muligheder for udbud, og Udbudsdirektivets præambel, betragtning 31 citeres i sin helhed. I notatet anføres herefter, at betingelserne for at anvende konkurrencepræget dialog er opfyldt.

Udbudsbekendtgørelsen af 11. august 2006 indeholder følgende:

» Object of the Contract:

...

Total quantity or scope:

1. Parking facility H-ETV: approximately 700 parking spaces.
2. Parking facility H-4: approximately 600 parking spaces.
3. Parking facility H-3.1.: approximately 600 parking spaces. «

I udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.2) Options, er anført:

»Options:

Yes.

Description of these offers: Building contracts are optional. The employer offers to provide construction works surrounding the mechanical

installation (the parking system). The contractor may offer to execute parts of the whole of the building contract
 -entrance level and civil works,
 -roof and facade constructions.«

Under 2. dialogrunde besluttede indklagede at koncentrere den fortsatte dialog om delaftalen »1. parking facility H-ETV (approximately 700 cars)« og sætte dialogen om de to øvrige udbudte delaftaler i bero. Dette blev meddelt de to tilbudsgivere på møder medio januar 2007.

Der er udarbejdet rapporter over drøftelserne med klageren og Westfalia vedrørende såvel forløbet af dialogrunde 1 som forløbet af dialogrunde 2.

Af rapporten over dialogrunde 1 med klageren fremgår bl.a. (i forbindelse med en skitse over H-ETV anlægget mulige udstrækning):

»The extended area above the transformer shall only be used in case needed to reach a total number of parking places of minimum 700. (The volume above the transformer shall be minimised)«.

Det udbudte bygge- og anlægsarbejde er i udbudsbetingelserne af 23. marts 2007 beskrevet således:

- » This project includes a new Automatic parking System named H-ETV for minimum 700 cars. The scope of this tender is an automatic parking system, comprising of following main activities:
 Design
 Installation
 Testing and commissioning
 Service and maintainance for a period for 5 years.....«

I udbudsbetingelserne anføres under overskriften »The project«:

»This project includes a new Automatic Parking System named H-ETV, for minimum 700 cars.
«

Det anføres tillige i udbudsbetingelsernes punkt 1.3.2 , »The content of the tender«:

»...
 When a requirement in the tender Dossier is indicated as a minimum requirement, such requirements must be fulfilled/met unconditionally and

a deviation from such a requirement will not be accepted. In other words, reservations may not be made with regard to minimum requirements.

Variants will be accepted. Variants shall fulfil the requirements in the tender Dossier, including the minimum requirements.«

I udbudsbetingelsernes punkt 3, »Schedule of Prices and Rates« anføres:

»As a minimum, the tender price shall be broken down as specified in the enclosed spreadsheet SOP.xls. The sheet shall supplement the Tender's own standard breakdown of prices....«

Der opregnes herefter en række bilag, som skal vedlægges tilbudet

Under overskriften »1.4 Performance characteristics« i udbudsbetingelserne anføres:

»The contractor guaranties the following Performance characteristics, under the given conditions stated below:

minimum 700 parking spaces.

The parking profile shall be as

1/3 of the users are short term parkers using Cash or credit card, with a personal user time at 60 sec.

2/3 of the users are long term parkers with parking license, and a personal user time at 45 sec.

...

maximum retrieval time (transport time) from the furthest parking location to the transfer cabin shall nor exceed 3,5 min.

The automatic parking plant shall be designed to operate with the parking pattern shown in appendix 1

If the guarantied performance as specified by the Contractor is not fulfilled, the Employer is entitled to a price reduction of 1,5 % of the Grand Total contract price for every one percent the actual parking capacity , no. of parking spaces, is reduced

The availability shall be as follows:

Inbound traffic minimum 98 %

Outbound traffic minimum 98 %

...«

Tildelingskriteriet var fastsat til »the most economically advantageous tender« med underkriterierne »technical issues« (vægt 0.60) og »economical issues« (vægt 0.40) og med en række nærmere angivne delkriterier til begge underkriterier.

Såvel klageren som Westfalia afgav ved deres endelige tilbud alternativt tilbud. Klagerens alternative tilbud var imidlertid ikke konditionsmæssigt.

Westfalia oplyste i sit endelige tilbud følgende vedrørende det alternative tilbud:

»The Rack gives place for 740 spaces but in relation to the performance criteria we decided to decrease the capacity down to the minimum of 700 cars. Further we designed a solution covering 875 parking spaces. The total capacity of the H-ETV project is something to be investigated once more, taking into account, that this additional 40 spaces will cost only DKK 298.000, and the solution with 875 parking spaces will cost additional DKK 3.019.000«

Dette alternative tilbud blev antaget.

Indklagede har udarbejdet en omfattende evalueringsrapport. Af rapportens konklusioner fremgår:

Klagerens endelige tilbud (efter teknisk afklaring) lød på 718 pladser, en anlægsinvestering på 266.101 kr. pr. plads og en kapacitet på ca. 72 biler ind og ud per time.

Det endelige, alternative tilbud fra Westfalia (efter teknisk afklaring), som blev antaget, lød på 866 pladser med en anlægsinvestering på 234.175 kr. pr. plads og en kapacitet på ca. 130 biler ind og ud per time.

Af evalueringsrapporten fremgår om den tekniske evaluering af de endelige tilbud for så vidt angår »maskinens areal«, at Westfalias tilbud opererer med en bredde på 37,7 m og en længde på 41,74 m. Klagerens tilbud opererer med en bredde på 37,7 m og en længde på 47,5 m.. Redundans (i.e. antal »låste biler«) er i de to tilbud vurderet til henholdsvis ca. 35 og 107.

Som delkriterium til underkriteriet »technical issues« er der sket vurdering af »performance«, defineret som følger:

»The performance characteristics of the parking machine, including the performance level in relation to capacity at traffic load conditions, accumulated maximum waiting time and the capacity in relation of the number of cars outbound per hour.«

Westfalias tilbud lød som anført på 130 biler ind og ud pr. time. Det bemærkes i evalueringsrapporten herom:

»ØSP trafik prognose angiver 257 stk. [antal biler ind pr. time] Det tilbudte er 50 % af det ønskedeØSP trafik prognose angiver 183 stk. [antal biler ud pr. time] Det tilbudte er 71 % af det ønskede...«.

Westfalias »Accumulated maksimum waiting time« er anført til 9,6 minutter. Det bemærkes i evalueringsrapporten, at ventetiden er længere end forventet. Westfalias tilbud fik ved vurderingen af »performance« gennemsnitskarakteren 4.

Klagerens tilbud lød som anført på ca. 72 biler ind og ud pr. time. Det bemærkes i evalueringsrapporten herom:

»ØSP trafik prognose angiver 257 stk.[antal biler ind pr. time]. Det tilbudte er 28 % ”langt” fra det ønskede... ..ØSP trafik prognose angiver 183 [antal biler ud pr. time] . Det tilbudte er 40 % ”langt” fra det ønskede... Denne kapacitet vil medføre fastlåsning i anlæggets udnyttelse med mange ”langtidsparkanter”. ØSP får ikke det dynamiske anlæg som forventet .«

Om klagerens »Accumulated maksimum waiting time« anføres i evalueringsrapporten, at den ikke er oplyst. Det bemærkes i rapporten, at ventetiden vurderes til mere end 1 time. Klagerens tilbud fik ved vurderingen af »performance« gennemsnitskarakteren 0.

Westfalia opnåede en samlet pointsum på 7,8. Klageren opnåede en samlet pointsum på 4,2.

Parallelt med det her omhandlede udbud udbød Københavns Kommune ved udbudsbekendtgørelse af 8. november 2006 som begrænset udbud opførelse

af 4 parkeringsanlæg. Tilbudsfristen var den 11. december 2006. Birch & Krogboe A/S var bygherrerådgiver ved dette udbud såvel som ved det udbud, der omhandles af denne klagenævns sag. Ove Bjørn Petersen var projektleder på begge udbud. Han opsagde den 31. oktober 2006 sin stilling hos Birch & Krogboe A/S. Han fratrådte den 31. december 2006 og tiltrådte herefter en stilling hos Nordicom A/S.

Klageren er af den opfattelse, at Nordicom A/S er Westfalias repræsentant i Danmark.

Poul Henrik Foltmar, Unipark A/S, har forklaret, at han varetog Wöhrs kontakt til bygherrerådgiverne og deltog i dialogmøderne. Hvis Wöhr havde vundet kontrakten, skulle Unipark A/S varetage servicefunktionen. Det er ikke korrekt som anført i evalueringsrapporten, at Unipark A/S ville skulle købe sine ydelser »ude i byen« med deraf følgende risiko for at blive brændt af. Under dialogrunderne har Wöhr nok præsenteret indklagede for 16-20 forskellige løsninger. Dialogrunderne blev brugt til at afklare de tekniske krav, der blev ændret mange gange. Med hensyn til det areal, der var til rådighed, opererede Wöhr med »kuben« som udgangspunkt. De m^2 , der eventuelt kunne udnyttes oven på transformeren, var de billigste. Men kravene til performance ville ikke kunne opfyldes, såfremt man udnyttede arealet over transformerstationen. Det ville nemlig medføre, at det blev mere besværligt at få bilerne ud. Kravet om ca. 700 p-pladser blev ændret til minimum 700 pladser, men klageren fik ikke den opfattelse, at det ville være godt med fx 800 pladser. Der blev ikke under dialogmøderne givet udtryk for, at det gjaldt om at maksimere antallet af p-pladser, og klageren har hele tiden arbejdet med forslag på mellem 650 og 750 pladser. Klageren var meget opmærksom på, at udbudsbetingelserne skulle overholdes, og på, at huset ikke måtte blive for stort, så det udløste bod ved forsinkelser ved udlevering af bilerne. Da tilbudene blev åbnet, blev Westfalia spurgt, om der var alternativt tilbud. Svaret var nej. Han mødte første gang Ole Friis, der afløste Ove Bjørn Petersen, til 2. dialogmøde i januar 2007. I begyndelsen af november 2006 vidste man, at Ove Bjørn Petersen skulle arbejde i Nordicom A/S, der i Danmark var den eneste reelle konkurrent til klageren. Allerede i oktober havde han hørt rygter herom. Det bekymrede ham, og han rettede derfor telefonisk henvendelse til indklagedes direktør, Peter Wittsten, derom.

Michael Jørgensen har forklaret, at han er tidligere projektchef for Ørestadsparkering A/S. Han deltog i besigtigelsesrejserne. Arkitektonisk startede man med 2 enkeltstående tårne, men den løsning blev skrinlagt allerede inden 1. dialogrunde, og i stedet blev der arbejdet ud fra »kuben«. Ingen af de 5 tilbudsgivere, der deltog i første dialogrunde, kunne nemlig servicere det tårn, der lå hen over transformerstationen, hurtigt nok til at opfylde performancekravene. Anlægget i Istanbul mindede mest om det ønskede, men der var en række forskelle. Arkitekterne var ikke begejstrede for anlægget i Istanbul, og brandvæsnet, der også deltog i rejserne, var bekymret. Det faktum, at indklagedes anlæg skulle betjene såvel erhvervskunder som kunder med bopæl i området, medførte, at man måtte forudse nogle enormt høje »peaks« ved »rush hour«. Med hensyn til performancekravene var tilbudsgiverne ikke i tvivl om, hvad der ville lagt vægt på, bl.a. redundans, det vil her sige »antal låste biler«. Forskellen mellem Wöhrs og Westfalias tilbud er principielt, at Westfalias er drejet 90° i forhold til Wöhrs. Wöhrs tilbud bestod desuden af enkeltstående enheder, hvorimod Westfalias var en stor enhed med mulighed for at differentiere mellem mindre og større biler. Det blev drøftet med klageren at vende tilbudet 90°, men så ville det medføre biler i 3 rækker og dermed forringet performance. Der blev givet begge tilbudsgiverne mulighed for at bruge arealet ud over transformerstationen, og begge tilbud går da også ud over. Kravene ændrede sig fra 1. dialogrunde. Indklagede stillede opførelsen af H4 og H3.1 anlæggene i bero, også fordi de arkitektoniske forudsætninger brast, og koncentrerede sig i stedet om H-ETVanlægget. Det var en lettelse for begge tilbudsgiverne, for de havde svært ved at nå det, og indklagede modtog ikke indvendinger. Dialogen ville så senere blive genoptaget. Optionen udgik ligeledes. Den ville kræve en detailplanlægning, som indklagede ikke var klar til. I forbindelse med Københavns Kommunes udbud hørte han, at Ove Bjørn Petersen fremover skulle repræsentere Westfalia. Poul Henrik Foltmar ringede og gav udtryk for bekymring. Han rettede derfor henvendelse til Westfalia, der oplyste, at der ikke var tale om noget samarbejde. Ove Bjørn Petersen var ikke med til at beslutte, hvem det skulle videre til 2. dialogrunde, og deltog slet ikke i 2. dialogrunde.

Ole Bjørn Hansen har forklaret, at han er direktør for Center Parking Management A/S. Det var hensigten, at dette selskab skulle stå for driften af anlægget. Han deltog i besigtigelsesrejserne. Det var meningen, at rapportererne herfra skulle danne et beslutningsgrundlag, men det viste sig, at der hovedsagelig var tale om abonnementsparkering og ikke anlæg med offentlig ad-

gang. Han deltog i alle dialogmøderne. Tilbudsgiverne fik samme oplysninger, og det var klart, at det var positivt, jo flere biler anlægget kunne rumme. Begge tilbudsgiverne vidste, at det var muligt at inddrage arealet over transformerstationen. Wöhrs tilbud har en anden orientering end Westfalias, der bedre kunne udnytte den fleksibilitet, som arealet over transformerstationen gav mulighed for. Wöhr blev opfordret til at komme med forslag indeholdende flere p-pladser, men kom aldrig med noget over 740.

Ingeniør Ole Friis, Birch & Krogboe A/S, har forklaret, at han var assistende projektleder, til Ove Bjørn Hansen fratrådte, og derefter projektleder. Der eksisterede ikke fuldautomatiske parkeringsanlæg i Danmark, og der manglede et dansk regelsæt, herunder også en afklaring af, om anlægget skulle anses for at være en maskine eller en bygning. Københavns Kommunes anlæg var underjordisk, meget mindre og fladere, og her kunne broreglerne finde anvendelse. Begge tilbud var konditionsmæssige. Westfalias tilbud var »drejet« 90° i forhold til Wöhrs. Det afgørende ved evalueringen var antallet af biler ud og ind pr. time regnet som en dobbeltcyklus. I klagerens tilbud var den samlede ventetid ikke angivet, og klageren har på dette punkt derfor opnået karakteren 0. Han har i rubrikken »Service organisation« anført: »Unipark skal »købe« deres service ydelser ude i byen. Der kan være risiko for at blive brændt af«. Det bygger på direkte angivelser i klagerens tilbud.

Direktør Harald Suchentrunk, Westfalia Logistics Solutions Austria GmbH, har afgivet en skriftlig erklæring. Det fremgår heraf bl.a., at Westfalia ikke på nogen måde har samarbejdet med Ove Bjørn Petersen om Westfalias tilbud, og at Westfalia ikke modtog andre oplysninger om de stillede krav end dem, der fremgår af udbudsmaterialet, og som blev drøftet på dialogmøderne. Harald Suchentrunk har heller ikke fra Ove Bjørn Petersen modtaget oplysninger om Wöhrs løsningsforslag eller priser. Det oplyses i erklæringen, at Westfalia og Nordicom A/S har udarbejdet et tilbud i forbindelse med [Københavns Kommunes ovenfor nævnte] udbud og har planer om flere projekter. På spørgsmålet om, hvorvidt Westfalia har til hensigt at etablere en dansk serviceorganisation i samarbejde med Nordicom A/S for at opfylde Westfalias forpligtelser med hensyn til service og vedligeholdelse af H-ETV anlægget, erklæres:

»No, because Westfalia has established her own service organisation....situated in ... Germany, already more than 20 years ago, which is

responsible for the national and international Service and maintenance works for all (more than 6000 worldwide) Westfalia Systems. Westfalia will establish a sub-service organisation in Copenhagen to fulfil all required service and maintenance work for the H-ETV parking machine as well [as] the parking machines for the City of Copenhagen.«

Klavs Bech, Unipark A/S, har ligeledes afgivet skriftlig erklæring. Det fremgår heraf bl.a., at han flere gange umiddelbart for afleveringen af Wöhrs tilbud var i telefonisk kontakt med direktør Wolfgang Lenke, Wöhr. Det drejede sig om at overholde kravet på min. 700 p-pladser, helst ligge på 700 pladser eller lige over og minimere udnyttelsen af arealet hen over transformerstationen. Det hedder herom i erklæringen:

»Det drejede sig om at udnytte det rumfang (den kube), der var stillet til rådighed maximalt, idet vi – ud fra samtalerne under det første dialogmøde – bedømte at udnyttelse af arealet over transformerstationen ville blive vurderet meget negativt. Samtidig skulle tilbuddet være optimeret for så vidt angår kriterierne for »performance«, maks. Transporttid fra fjerneste placering af bil til transferkabine, tømning af huset, ventetid mm.

Kravet om minimum 700 pladser nødvendiggjorde, at der skulle bygges ind over transformerstationen og den færdige løsning medførte, at der kunne tilbydes i alt 760 pladser. Der kunne således tilbydes flere biler end ønsket og med rimelig opfyldelse af de øvrige krav.

Wöhr var ekstremt meget opmærksom på, at manglende overholdelse af den af Wöhr tilbudte »performance«, ville berettige [indklagede] til en prisreduktion på 1,5 % af entreprisens summen, for hver procent, den aktuelle kapacitet, antallet af parkeringspladser mm blev reduceret.

På samme måde var Wöhr meget fokuseret på kravet om viability »til rådighed« på minimum 98 % for både ud- og indkørende trafik, og de bødebetingelser, der var knyttet til manglende overholdelse.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke i forbindelse med iværksættelsen af udbudet har befundet sig i en situation, der har kunnet begrunde anvendelsen af udbudsformen konkurrencepræget dialog. Denne udbudsform kan alene anvendes, hvor der er tale om et udbud af særligt

komplekse kontrakter, hvor det ikke er muligt at gennemføre et offentligt eller begrænset udbud, jf. herved præambelens betragtning 31. Indklagede var assisteret af en bygherrerådgiver med betydelig ekspertise inden for det udbudte område. Indklagede havde forinden udbudet foretaget detaljerede undersøgelser af, hvilke automatiske parkeringssystemer der fandtes på markedet bl.a. ved studier hos forskellige producenter i en række forskellige lande, herunder på klagerens virksomhed i Tyskland. Indklagede havde besøgt referenceanlæg i bl.a. Tyskland, Ungarn og Tyrkiet. I den forbindelse havde indklagede mulighed for at fastlægge sit behov for antal af parkeringspladser, krav til udformning af systemet m.v. Klageren har gennem de sidste 20 år alene i Europa installeret 97 automatiske p-anlæg med i alt ca. 4.300 parkeringspladser. Opførelse af og drift af et automatisk parkeringsanlæg er derfor ikke en opgave, der vanskeligt lader sig beskrive. Dertil kommer, at indklagede med sine rådgivere har foretaget detaljerede undersøgelser af, hvilke automatiske parkeringssystemer der findes på markedet. At der er tale om det første automatiske parkeringsanlæg i Danmark, er ikke i sig selv et forhold, der kan begrunde anvendelsen af konkurrencepræget dialog.

Det har derfor ikke været objektivt umuligt for indklagede i samråd med sine rådgivere at udforme de tekniske vilkår, der ville opfylde indklagedes behov, og dermed ikke objektivt umuligt at gennemføre et offentligt eller begrænset udbud. Efter præambelens betragtning 31 skal der foreligge absolut umulighed, og ordregiver må ikke selv være skyld i umuligheden, dersom udbudsformen skal kunne anvendes. Der er således ikke tale om en kontrakt, der er så kompleks, at betingelserne for et gennemføre en konkurrencepræget dialog er opfyldt. Dette understøttes af, at Københavns Kommune i samme periode og med samme rådgivere gennemførte et parallelt udbud med samme ydelse som indklagede som begrænset udbud. Det dokumenteres ligeledes af, at indklagede – som det fremgår af såvel dialogmaterialet som udbudsmaterialet – tilsyneladende på intet tidspunkt har været i tvivl om de tekniske vilkår, der kunne opfylde indklagedes behov.

Indklagedes udbud adskiller sig heller ikke fra andre udbud med hensyn til usikkerheden om, hvorvidt opfyldelsen af indklagedes krav til det automatiske p-anlæg vil kunne holdes inden for indklagedes budgetmæssige rammer. Dette helt sædvanlige forhold ved et udbud kan ikke i sig selv begrunde anvendelse af konkurrencepræget dialog. Indklagede har da endelig også

valgt at acceptere Westfalias alternative tilbud, der var 17 % eller 20 mio. kr. dyrere end klagerens tilbud på de oprindeligt forudsatte 700 p-pladser.

De danske myndighedsmæssige krav er heller ikke noget, der kan forventes afklaret gennem konkurrencepræget dialog, herunder en dialog med udenlandske leverandører. I øvrigt har indklagede selv varetaget forholdet til myndighederne og som et led i dialogen viderebragt relevante myndighedskrav til tilbudsgiverne.

Usikkerheden med hensyn til, hvordan et p-anlæg vil kunne opfylde indklagedes arkitektoniske krav, beror udelukkende på indklagedes egne forhold, idet indklagede helt utraditionelt har valgt at starte bagfra ved at designe skallen, før det anlæg, som skallen skulle rumme, var valgt og designet. En usikkerhed, der udelukkende beror på indklagedes egne forhold, kan ikke begrunde anvendelsen af konkurrencepræget dialog.

De begrundelser, som indklagede har anført for at anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog, er således alle udtryk for efterrationalisering.

Klageren gør sammenfattende gældende, at indklagede ved at gennemføre udbudet som konkurrencepræget dialog har tiltaget sig en ulovlig forhandlingsadgang i strid med de EU-retlige udbudsregler, herunder ligebehandlingsprincippet.

Indklagede har gjort gældende, at man inden beslutningen om at anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog foretog grundige overvejelser og fik rådgiverassistance, som det fremgår af notatet af 19. juli 2006 fra A/S hifab Bygherreombud. Indklagede bestrider ikke, at der rundt om i verden findes automatiske parkeringsanlæg. Indklagede konstaterede imidlertid på de foretagne besigtigelsesrejser, at der ikke fandtes anlæg med en kapacitet som ønsket, og som samtidig var offentlig tilgængelig i et tæt bebygget byområde, og som havde en designmæssig udformning, som modsvarede indklagedes krav og ønsker. Offentligt tilgængelige anlæg i sådanne bebyggede områder stiller skærpede krav til maksimale ventetider i forbindelse med ind- og udkørsel samt krav til alsidige og serviceorienterede betalingsfunktioner. De besigtigede anlæg, herunder klagerens, gav ikke svar på den lange række tekniske og designmæssige spørgsmål, som anlægget i Ørestaden har rejst. I forhold til brandmyndighederne var problemet, at der ikke på det pågældende tidspunkt var afklaret, om det udbudte p-anlæg skulle karaktere-

riseres som en bygning eller en maskine. Anlægget er det første af sin art i Danmark.

Disse forhold, som gav anledning til betydelig usikkerhed, og som blev drøftet med tilbudsgiverne under den konkurrenceprægede dialog, må samlet set anses for forhold, der kan begrunde anvendelsen af konkurrencepræget dialog. Der er således ikke tale om forhold, som indklagede kunne have afklaret ved at have tilkøbt sig ekspertise på området, da ekspertisen ganske enkelt ikke fandtes på et danske marked, og da udenlandske rådgivere ikke kan rådgive om danske myndighedsmæssige forhold. Præambelens opregning er ikke udtømmende. I øvrigt må et juridisk og teknisk set kompliceret P-anlæg, der opføres for første gang i Danmark og med større kapacitet og højere performancekrav end tilsvarende udenlandske anlæg, kunne sidestilles med komplicerede infrastrukturprojekter eller IT-kontrakter som nævnt i præambelen. Indklagede har henvist til, at der i andre medlemsstater, bl.a. Frankrig og Det Forenede Kongerige, er gennemført et betydeligt antal udbud under anvendelsen af konkurrencepræget dialog. Forløbet viser, at indklagede ikke ville have modtaget konditionsmæssige tilbud, hvis udbudet var blevet gennemført som begrænset udbud.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at der i udbudsbetingelserne af 23. marts 2007 er en udførlig beskrivelse af en række delkriterier til underkriterierne »technical issues« og »economical issues«. Disse delkriterier er imidlertid ikke identiske med de delkriterier, der er anført i dialogmaterialet. Tilbudsgiverne har derfor ikke kunnet vide, hvad de skulle konkurrere på. Der er herved sket en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Klageren har henvist til Kommissionens Explanatory Note vedrørende udbudsformen konkurrencepræget dialog.

Indklagede har gjort gældende, at det under hele forløbet har været klart for tilbudsgiverne, hvad indklagede ville lægge vægt på. I begyndelsen af forløbet var der alene fastsat meget brede kriterier, nemlig »Technical issues« og »Economic issues«. Det er selve ideen med den nye udbudsform, at tildelingskriterierne er fleksible. Det fremgår klart af evalueringsrapporten, at der ved evalueringen alene er lagt vægt på de kriterier, som er detaljeret beskrevet i udbudsbetingelserne, og som er fastsat efter dialogrunderne.

Ad påstand 3 og 4

Klageren har gjort gældende, at det af tilbudslisten i Westfalias tilbud fremgår, at Westfalia afgav tilbud på 700 P-pladser. Dette tilbud var det eneste, der blev dokumenteret i forbindelse med åbningen af tilbudene. Imidlertid havde Westfalia også afgivet et alternativt tilbud, som indklagede herefter valgte. Klageren har imidlertid gjort gældende, dels at der ikke er forskel på kravene til hovedtilbud og alternative tilbud, og at det derfor savner mening at tale om alternative tilbud. Dels er det klagerens opfattelse, at det ikke er lovligt at acceptere alternative tilbud under en konkurrencepræget dialog. Da kravene til hovedtilbud og alternative tilbud ikke var forskellige, har indklagede ved at muliggøre alternative tilbud reelt tilladt tilbudsgiverne at afgive flere tilbud. Dette kan under alle omstændigheder ikke være lovligt under en konkurrencepræget dialog som den konkrete, hvor der er sket en løbende udskillelse af tilbudsgiverne.

Endelig følger det af udbudsbetingelserne, at tilbud skulle ledsages af en række oplysninger, som tilbudsgiverne var forpligtet til at vedlægge tilbudet. Klageren har gjort gældende, at Westfalias alternative – og antagne – tilbud ikke opfyldte dette krav. Dette støttes af, at det antagne tilbud fra Westfalia ikke er vurderet i sin helhed i vurderingsrapporten, hvorefter der i øvrigt er vurderet et tilbud på 866 p-pladser. Regnearket var ikke udfyldt for det alternative tilbud. Dette tilbud er derfor ikke konditionsmæssigt.

Indklagede har gjort gældende, at det intetsteds af Udbudsdirektivet fremgår, at det ikke er lovligt at acceptere alternative tilbud under en konkurrencepræget dialog. Klageren har da også selv afgivet et alternativt tilbud, der imidlertid ikke var konditionsmæssigt, da det ikke opfyldte minimumskravet om 700 p-pladser. Det blev derfor ikke taget i betragtning.

Der var fastsat klare minimumskrav i udbudsbetingelserne. Alle de oplysninger, som ifølge udbudsbetingelsernes pkt. 3 skulle være vedlagt tilbudet, var indeholdt i Westfalias hovedtilbud og alternative tilbud. Der var ikke stillet krav om, at oplysningerne skulle vedlægges mere end én gang, og oplysningerne i appendix 3-12, der var de samme for de to tilbud, er derfor kun vedlagt i ét eksemplar. Under appendix 1 og 2 var derimod vedlagt forskellige tegninger af løsningsforslaget for henholdsvis hovedtilbud og alternativt tilbud, og tillægsprisen for de alternative tilbud var klart oplyst.

Ad påstand 5 og 6

Klageren har gjort gældende, at det af det dialogmateriale, der lå til grund for det første dialogmøde, fremgår, at tilbudsgiverne skulle afgive tilbud på baggrund af et til rådighed værende areal med målene 47 m i bredden, 32 m i højden og 37 m i længden. Indklagede har på intet tidspunkt oplyst klageren om, at dette areal kunne ændres eller forøges. Af den tekniske evaluering af Westfalias tilbud fremgår imidlertid, at det af indklagede valgte tilbud med 866 (875) parkeringspladser er afgivet på baggrund af et til rådighed værende areal med målene 51,95 m i bredden og 37,7 m i længden. Over for klageren har indklagede tilkendegivet, at arealet over transformerstationen kun skulle udnyttes »in case needed to reach a total number of parking places of minimum 700«. Det er klart, at arealet over transformerstationen samlet set er »billigt areal«, der giver mulighed for flere p-pladser. Klageren gør med henvisning hertil gældende, at indklagede i dialogfasen har ført dialog med tilbudsgiverne på et forskelligt grundlag og derved har forskelsbehandlet tilbudsgiverne i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

Klageren har i tilslutning hertil gjort gældende, at det antagne tilbud fra Westfalia følgelig indeholder et forbehold over for udbudsbetingelsernes krav til størrelsen af det areal, der er til rådighed. Forbeholdet kan ikke prissættes, og det antagne tilbud fra Westfalia – ud over i strid med reglerne at være alternativt til Westfalias hovedtilbud – er derfor også af den grund ukonditionsmæssigt.

Klageren har endelig ad påstand 6 gjort gældende, at indklagede har evalueret Westfalias alternative tilbud på 866 p-pladser på baggrund af tekniske data vedrørende et tilbud med 700 p-pladser. Det er urimeligt i evalueringsrapporten vedrørende klagerens tilbud at anføre, at »Accumulated maksimum waiting time« ikke er oplyst og give 0 point i den forbindelse, når klageren blot ikke har angivet det samlede tal, der relativt nemt ville kunne udfindes.

Indklagede har gjort gældende, at det fremgår af dialogmapperne, at udgangspunktet for P-anlægget var mål på 47 m i bredden, 32 m i højden og 37 m i længden. De 32 m i højden kunne ikke ændres, da dette fulgte af lokalplanens krav. I løbet af dialogrunde 1 blev længdemålet på 37 m detailmålt i forbindelse med CAD-tegninger, hvilket medførte, at målet blev ud-

videt til 37,7 m. Dette blev oplyst over for begge tilbudsgiverne ved afslutning af dialogrunde 1 og lagt til grund af begge tilbudsgiverne. Det blev ligeledes stedse under den konkurrenceprægede dialog tilkendegivet over for tilbudsgiverne, at breddemålet på 47 m var fleksibelt. Ved evalueringen af klagerens tilbud blev det da også lagt til grund, at breddemålet i dette tilbud var 47,5 m og længdemålet 37,7 m. Westfalias tilbud var derfor også på dette punkt konditionsmæssigt, og der er ikke udøvet forskelsbehandling af tilbudsgiverne.

Indklagede har endelig navnlig ad påstand 6 anført, at indklagede med rette har vurderet, at klagerens tilbud ikke opfyldte performancekravene.

Ad påstand 7 og 8

Klageren har gjort gældende, at indklagede under udbudsprocessen ændrede antallet af udbudte parkeringsanlæg til ét i stedet for 3. Denne ændring vedrører væsentlige vilkår i udbudsbetingelserne, som ændrer hele grundlaget for at afgive tilbud, og derfor kræver, at der gennemføres nyt udbud. Ordregiveren har ikke ret til at »annullere et udbud helt eller delvist«. Klageren har henvist til Klagenævnets kendelser af 11. august 2000 og 5. september 2006.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har annulleret udbudet af p-anlæggene omfattet af 2. og 3. delaftale, H-4 og H-3.1, men blot udskudt den videre gennemførelse, indtil kontrakt er indgået om opførelsen af 1. delaftale, H-ETV. Indklagede har redegjort for begrundelsen herfor. Indklagede har supplerende gjort gældende, at en ordregiver har ret til at »annullere et udbud helt eller delvist«, hvis der er en saglig begrundelse herfor. Tilbudsgiverne fik besked længe før fristen for indgivelse af tilbud, og der er derfor ikke tale om nogen forrykkelse af konkurrencegrundlaget mellem tilbudsgiverne.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at Ove Bjørn Petersen var projektleder på de to eneste danske udbud omfattende automatiske P-anlæg og som chef for den relevante afdeling i Birch & Krogboe A/S gennem næsten 2 år før offentliggørelsen af udbudet havde rejst verden rundt og studeret automatiske p-anlæg, herunder bl.a. klagerens anlæg. Til trods for, at han den 31. okto-

ber 2006 havde opsagt sin stilling, deltog Ove Bjørn Petersen i 1. dialogrunde med klageren og besigtigede klagerens produktionsfaciliteter og udviklingsafdeling. Klageren ville under ingen omstændigheder have givet Ove Bjørn Petersen adgang hertil, såfremt klageren havde vidst, at han havde opsagt sin stilling for at tiltræde hos Nordicom A/S, der allerede på dette tidspunkt forhandlede et konkurrerende p-anlæg. Ove Bjørn Petersen deltog i det efterfølgende dialogmøde med klageren den 16. november 2006 og har herefter evalueret klagerens tilbud med afslutningsordene »Price seems to have prevailed over performance«. Endelig har Ove Bjørn Petersen også deltaget i det afsluttende dialogmøde i 1. dialogrunde med Westfalia den 4. december 2006. Ove Bjørn Petersen deltog sammen med Westfalia og som Westfalias danske repræsentant ved åbningen af tilbudene den 27. februar 2007 i det af Københavns Kommune samtidig gennemførte, parallelle udbud. Westfalia og Nordicom A/S har drøftet deres fremtidige samarbejde og har indgået Letter of Intent. Af bl.a. Nordicom A/S' fondsbørsmeddelelse fremgår ligeledes, at Nordicom A/S er Westfalias repræsentant i Danmark. Klageren gør derfor gældende, at Westfalia i kraft af Ove Bjørn Petersen har haft en særlig viden om indklagedes og klagerens forhold og dermed en fordel i strid med ligebehandlingsprincippet. Bevisbyrden for, at det ikke er tilfældet, påhviler indklagede.

Indklagede har gjort gældende, at Ove Bjørn Petersen ikke har videregivet fortrolig information til Westfalia, som stillede Westfalia bedre i konkurrencen med klageren i forbindelse med afgivelse af endeligt tilbud. Ove Bjørn Petersen var fratrukket før 2. dialogrunde. Westfalia og Nordicom A/S har først indledt et samarbejde i løbet af foråret 2007. Ved de afgørende konkurrenceparametre – »kapacitet« og »performance« – var Westfalias tilbud langt bedre end klagerens, og selv om Ole Bjørn Petersen måtte have haft indsigt i klagerens tilbud på disse punkter og havde videregivet denne viden til Westfalia, ville det ikke have gjort en forskel.

Ad påstand 10

Klageren har på baggrund af den ovenfor anførte gjort gældende, at betingelserne for at annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Westfalia er opfyldt.

Indklagede har gjort gældende, at betingelserne for at annullere beslutningen om at indgå kontrakt med Westfalia ikke er opfyldt.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Med vedtagelsen af Udbudsdirektivet – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 – og dettes gennemførelse i Danmark ved Bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 blev der skabt mulighed for, at offentlige myndigheder i Danmark kunne indgå kontrakter med anvendelse af udbudsformen »konkurrencepræget dialog«. Det hedder herom i direktivet:

Artikel 1, litra 11, c):

»Ved »konkurrencepræget dialog« forstås en procedure, som enhver økonomisk aktør kan ansøge om at deltage i, men hvor den ordregivende myndighed fører en dialog med de ansøgere, der har fået adgang til at deltage i proceduren, med henblik på at udvikle en eller flere løsninger, der kan udfylde dens behov, og som skal være grundlag for de tilbud, de valgte ansøgere dernæst opfordres til at afgive.

Med henblik på anvendelsen af proceduren i første afsnit anses en offentlig kontrakt for at være »særlig kompleks«, når den ordregivende myndighed

- ikke er i stand til i overensstemmelse med artikel 23, stk. 3, litra b), c) eller d) objektivt at præcisere de tekniske vilkår, der kan opfylde deres behov og formål, og/eller
- ikke er i stand til objektivt at præcisere de retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med et projekt.«

Artikel 28:

»...

De [ordregivende myndigheder] indgår disse offentlige kontrakter ved anvendelse af offentlige eller begrænsede udbud. På de særlige betingelser, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 29, kan de ordregivende myndigheder indgå offentlige kontrakter ved hjælp af konkurrencepræget dialog. I de tilfælde og under de omstændigheder, der udtrykkelig er nævnt i artikel 30 og 31, kan de anvende udbud med forhandling, med eller uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.«

Artikel 29:

»1. I tilfælde af særligt komplekse kontrakter kan medlemsstaterne fastsætte, at de ordregivende myndigheder, i den udstrækning de mener, at anvendelse af et offentligt eller af et begrænset udbud ikke gør det muligt at indgå en kontrakt, kan gøre brug af konkurrencepræget dialog i overensstemmelse med denne artikel.

...«

Direktivets præambel indeholder følgende betragtning om den nye udbudsform:

»31) Ordregivende myndigheder, som udfører særligt komplekse projekter, kan uden egen skyld befinde sig i en situation, hvor det er umuligt objektivt at fastlægge de vilkår, der kan opfylde deres behov, eller at vurdere, hvad markedet kan tilbyde af tekniske og/eller finansielle og juridiske løsninger. Denne situation kan navnlig opstå i forbindelse med udførelsen af vigtige integrerede transportinfrastrukturprojekter, store edb-net og projekter, der indebærer en kompleks, struktureret finansiering, hvis finansielle og juridiske forhold ikke kan fastsættes i forvejen. I det omfang offentligt eller begrænset udbud ikke måtte muliggøre indgåelsen af sådanne kontrakter, bør der derfor indføres en fleksibel procedure, som både tilgodeser konkurrencen mellem økonomiske aktører og de ordregivende myndigheders behov for at drøfte alle kontraktens aspekter med hver ansøger. Denne procedure må dog ikke anvendes på en sådan måde, at konkurrencen begrænses eller fordrejes, navnlig ikke ved at ændre grundlæggende elementer i tilbudene, ved at pålægge den valgte tilbudsgiver væsentlige nye elementer eller ved at inddrage en anden tilbudsgiver end den, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.«

Der foreligger endnu ikke afgørelser fra EF-Domstolen, der kan bidrage til afgrænsningen af offentlige myndigheders mulighed for at anvende den nye udbudsform.

Uanset præambelens ordlyd er der imidlertid ikke grundlag for at antage, at muligheden for at anvende konkurrencepræget dialog er begrænset til tilfælde af »absolut umulighed« for anvendelse af de traditionelle udbudsformer som af klageren påstået. Klagenævnet henviser herved til EF-domstolens dom i sag C-215/88, Casa Fleischhandels GmbH, præmis 31, hvorefter en betragtning [i en præambel] kan være et vejledende moment ved fortolkningen af en retsregel, men ikke i sig selv kan være en retsregel.

Der fremgår af Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, at de ordregivende myndigheder »i den udstrækning de *mener* [engelsk: consider], at anvendelsen af et offentligt eller af et begrænset udbud ikke gør det muligt at indgå en kontrakt, *kan* [engelsk: may] gøre brug af konkurrencepræget dialog...«

Der er herefter efter direktivets ordlyd overladt de ordregivende myndigheder et vist – ganske vist begrænset skøn – ved vurderingen af, om betingelserne for anvendelsen af udbudsformen konkurrencepræget dialog er opfyldt.

Ved Klagenævnets vurdering af, om indklagede har været berettiget til at anvende den konkurrenceprægede dialog, lægger Klagenævnet til grund, at der ikke tidligere har været opført automatiske parkeringsanlæg i Danmark. Såvel klageren som Westfalia har ganske vist i en årrække – i lighed med andre virksomheder – produceret sådanne anlæg. Indklagede ønskede imidlertid et anlæg inden for bestemte arkitektoniske rammer og med et særligt brugermønster, der stillede komplekse krav til anlægget. End ikke efter to dialogrunder og mange forslag undervejs fra begge tilbudsgiverne har det været muligt for deltagerne i den konkurrenceprægede dialog til fulde at opfylde indklagedes krav.

Efter en samlet vurdering finder Klagenævnet herefter, at den omhandlede kontrakt må anses for at være »særlig kompleks« i den betydning, dette udtryk anvendes i direktivet. Det bemærkes, som det fremgår nedenfor, at indklagede efter Klagenævnets opfattelse i øvrigt har fulgt retningslinierne for den konkurrenceprægede dialog.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Indklagede har i udbudsbekendtgørelsen fastsat to underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, nemlig »technical issues« og »economical issues«. Efter afslutningen af dialogrunderne har indklagede herefter fastsat en række delkriterier til disse underkriterier, og delkriterierne har da også først kunnet fastlægges endeligt på dette tidspunkt. Der er ikke grundlag for at antage, at indklagede har

vildledt tilbudsgiverne undervejs i processen ved at anføre ganske andre delkriterier. Evalueringen har nøje fulgt de fastsatte kriterier.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3 og 4

Der er ikke grundlag for at antage, at der i Udbudsdirektivets artikel 1, litra 11, c) kan indfortolkes et forbud mod, at der under en konkurrencepræget dialog afgivs alternative tilbud.

Westfalias alternative tilbud var konditionsmessigt, selv om en række bilag alene var vedlagt tilbudene i ét eksemplar.

Påstandene tages ikke til følge.

Ad påstand 5 og 6

Klagenævnet finder ikke grundlag for at fastslå, at indklagede har ført forhandlinger med tilbudsgiverne på forskelligt grundlag. Det fremgår således også af klagerens tilbud, at det var klart, at arealforbruget kunne udstrækkes, og at antallet af parkeringspladser – nær sagt selvfølgelig – ikke var begrænset til ca. 700. Der er heller ikke grundlag for at antage, at evalueringen af tilbudene er sket i strid med Udbudsdirektivets artikel 2.

Påstandene tages ikke til følge.

Ad påstand 7

Det er ikke efter bevisførelsen for Klagenævnet ganske klart, hvorvidt indklagede – med de 2 tilbudsgiveres i hvert fald stiltiende accept af den forrykkelse af tidsfristerne, som dette måtte indebære – har udskudt to af de oprindeligt tre parkeringsanlæg, som var omfattet af udbudsbekendtgørelsen, til fortsat senere dialog, eller om indklagede har opgivet at gennemføre udbudet af disse entrepriser.

I en særligt kompleks kontrakt som den foreliggende er det efter Klagenævnets opfattelse imidlertid ikke usagligt undervejs i processen at

udskyde dele af udbudet til senere dialog eller eventuelt annullere udbudet af delaftaler, som viser sig ikke realiserbare.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 8

Der henvises til det, der er anført ad påstand 7.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 9

Af de grunde, som indklagede har anført, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 10

Det følger af det, der er anført ovenfor, at påstanden ikke tages til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig