

26. oktober 2001. Eterra A/S mod Esbjerg Kommune

En tilbudsgiver, der var koncerndeltager, havde på grund af uklare og ufuldstændige redegørelser til udbyder ikke bevist, at man rådede over de nødvendige ressourcer. Udbud efter forhandling var uberettiget, da tilbudene ikke var uegnede. Ikke taget stilling til, om Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, a er subsidiær i forhold til stk. 2. Rapport skal forelægges Kommissionen straks efter beslutningen om udbud efter forhandling. Fejl ad antallet af prækvalificerede. Forskellig angivelse af underkriterier i udbudsbekendtgørelse og udbudsbetingelser. Annullation. Ikke opsættende virkning. Ikke sagsomkostninger

En kommune udbød som begrænset udbud i henhold til Indkøbsdirektivet indkøb af programmel til en IT-løsning vedrørende en nærmere angivet funktion. Udbyderen prækvalificerede seks virksomheder, hvoraf fem afgav tilbud. Straks efter tilbudenens modtagelse besluttede udbyderen ikke at tage tre af tilbudene i betragtning som følge af, at de var ukonditionsmæssige.

Samtidig annullerede udbyderen udbudet med henvisning til, at de to resterende tilbud ikke var sammenlignelige, og iværksatte et udbud efter forhandling med de to tilbudsgivere i medfør af Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, a (om udbud efter forhandling, når der ikke er indkommet egnede bud).

Nogen tid efter meddelte udbyderen den ene af de to tilbudsgivere, Merkantidata Danmark A/S, at man alligevel ikke ville inddrage denne tilbudsgiver i udbudet efter forhandling. Udbyderen besluttede endvidere at indgå kontrakt med den anden af de tilbageblevne tilbudsgivere. Kontrakten er imidlertid ikke indgået, da den pågældende tilbudsgiver er gået konkurs.

Merkantidata Danmark A/S klagede til Klagenævnet over udbyderens beslutning om alligevel ikke at inddrage klageren i udbudet under forhandling. Klagerens begæring om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet konstaterede under sagen, at klagerens rette betegnelse var Eterra A/S.

Klagenævnet tog ved kendelsen stilling til klagen (punkt 1) og til en række yderligere spørgsmål, som Klagenævnet tog op ex officio (punkt 2-5). Klagenævnet afgjorde sagen således:

1) Ad klagen, dvs. klagen over, at klageren alligevel ikke var inddraget i udbudet efter forhandling: Ikke taget til følge. Herved henvist til (kort gengivet), at klageren indgik i en koncern, og at det havde været uklart, med hvilket selskab i koncernen der skulle indgås kontrakt, og hvilket eller hvilke selskaber i koncernen, der skulle opfylde kontrakten. Bl.a. udtalt, at klageren ikke havde bevist, at klageren virkelig rådede over de virksomheders ressourcer, der var nødvendige for at opfylde kontrakten. Klagenævnet henviste herved til EF-domstolens dom af 2. december 1999 i sagen Holst Italia.

2) Udtalt, at udbyderen ikke havde været berettiget til at annullere udbudet og iværksætte et udbud efter forhandling i medfør af Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, a, idet de to konditions-mæssige tilbud ikke kunne karakteriseres som »ikke egnede«, jfr. bestemmelsen. Udbyderen havde alene gjort gældende, at man havde anset de to tilbud som ikke egnede, fordi de ikke var sammenlignelige.

Klagenævnet udtalte herved, at nævnet ikke havde taget stilling til, om artikel 6, stk. 3, a kun kan anvendes, når samtlige bud er uforskriftsmæssige eller uantagelige, jfr. direktivets artikel 6, stk. 2.

3) Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Indkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, a ved ikke at have forelagt Kommissionen en rapport straks efter sin beslutning om at iværksætte et udbud efter forhandling i medfør af bestemmelsen.

4) Udtalt, at udbyderen havde handlet i strid med Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 2, (om tildelingskriterier) som følge af, at udbudsbetingelsernes angivelse af, hvor mange virksomheder, der ville blive prækvalificeret, var upræcis, og som følge af, at udbyderen havde prækvalificeret seks virksomheder, selvom udbudsbetingelserne måtte forstås således, at der maksimalt ville blive prækvalificeret fem virksomheder.

5) Udtalt, at udbyderen havde overtrådt Indkøbsdirektivets artikel 26, stk. 2, (om tildelingskriterier) som følge af, at udbudsbetingelsernes angivelse af underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« indeholdt flere underkriterier end den tilsvarende angivelse i udbudsbekendtgørelsen. Herved udtalt, at når en udbyder vælger at angive underkriterierne allerede i udbudsbekendtgørelsen, er udbyderen som udgangspunkt ikke berettiget til senere at ændre underkriterierne.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at iværksætte et udbud efter forhandling.

Det pålagdes ikke udbyderen at betale sagsomkostninger til klageren.