

K E N D E L S E

Damm Cellular Systems A/S
(advokat Camilla Bonde, København)

mod

Økonomistyrelsen
(Kammeradvokaten ved advokat Henrik Berg)

Ved udbudsbekendtgørelse af 8. juni 2006 udbød Økonomistyrelsen som konkurrencepræget dialog efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, (Udbudsdirektivet) en offentlig kontrakt om tilslutning til og brug af et landsdækkende radiobaseret telekommunikationsnet (benævnt »nettet«). Det er i udbudsbekendtgørelsen oplyst, at der stiles mod en 10-årig kontraktperiode.

Fristen for modtagelse af ansøgninger om deltagelse (prækvalifikation) var i udbudsbekendtgørelsen fastsat til 10. juli 2006, og fristen for afsendelsen af opfordringer til at afgive bud var fastsat til 9. august 2006 med angivelse af, at det var en anslået dato.

Tildelingskriteriet er i udbudsbekendtgørelsen oplyst som »det økonomisk mest fordelagtig bud vurderet på grundlag af de kriterier, der er anført i specifikationerne, opfordringen til at afgive bud eller til at forhandle eller i det beskrivende dokument.«

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 10. juli 2006 havde følgende 5 virksomheder/konsortier anmodet om prækvalifikation:

1. TDC Totalløsninger A/S
2. EADS Secure Networks Oy
3. Konsortiet Damm Cellular Systems A/S / Mærsk Data Defence / Saab AB / Eltel Networks Telecom A/S
4. Dansk Beredskabskommunikation A/S
5. Nordisk Mobiltelefon AB

Den 10. august 2006 besluttede indklagede at prækvalificere virksomhederne nr. 2, 3 og 4.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 14. august 2006, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde alle de 3 prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Under den konkurrenceprægede dialogs forløb besluttede nr. 2, EADS Secure Networks Oy i december 2006 at udtræde som tilbudsgiver. Under den konkurrenceprægede dialogs forløb blev der givet tilbudsgiverne mulighed for at afgive 7 foreløbige tilbud. Fristen for afgivelse af endeligt tilbud var 23. april 2007. Den 8. juni 2007 besluttede indklagede at indgå kontrakt med nr. 4, Dansk Beredskabskommunikation A/S, hvilket blev meddelt den anden deltager i udbudet på dette tidspunkt nr. 3, Damm Cellular Systems A/S / Mærsk Data Defence / Saab AB / Eltel Networks Telecom A/S ved skrivelse af 8. juni 2007.

Den 6. juli 2006 indgav virksomheden Nethleas B.V., som ikke havde anmodet om at blive prækvalificeret, klage til Klagenævnet for Udbud over Økonomistyrelsen. Ved kendelse af 8. december 2006 traf Klagenævnet afgørelse vedrørende denne klage. Klageren ønskede under klagesagen Klagenævnets stillingtagen til bl.a. 6 overtrædelser (påstand 1-6). Klagenævnet tog ingen af disse 6 påstande til følge.

Den 8. juni 2007 indgav klageren, Damm Cellular Systems A/S, der indgår i konsortiet Damm Cellular Systems A/S / Mærsk Data Defence / Saab AB / Eltel Networks Telecom A/S (tilbudsgiver nr. 3) klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Økonomistyrelsen. 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 29. juni 2007 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på møder den 16. august og den 13. december 2007.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved i udbudsbekendtgørelsen i afsnit III.2.3. »Teknisk Kapacitet« at have fastsat følgende betingelse, som virksomheder, der ønsker at blive prækvalificeret, skal opfylde, uagtet denne betingelse for så vidt angår relevant frekvensadgang tilgodeser den virksomhed, der allerede har fået tildelt frekvensadgang på 2 x 4,15 MHz i frekvensbåndet 380-400 MHz:

»Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:

.....

5) En erklæring om, hvilket materielt og teknisk udstyr, herunder frekvensadgangen, jf. lov om radiofrekvenser, tjenesteyderen disponerer over til opfyldelse af kontrakten.«

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved i udbudsbekendtgørelsen i afsnit VI, 3 »Yderligere oplysninger« at have fastsat følgende betingelse, som virksomheder, der ønsker at blive prækvalificeret, skal opfylde, uagtet denne betingelse for så vidt angår relevant frekvensadgang tilgodeser den virksomhed, der allerede har fået tildelt frekvensadgang på 2 x 4,15 MHz i frekvensbåndet 380-400 MHz:

»Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:

.....

3) »Yderligere oplysninger« under nr. 4:

4) Tjenesteydere, der ikke afgiver alle de [i] punkt III.2 udbedte oplysninger, kan ikke forvente at blive udvalgt til at deltage i udbudsforretningen. Ved sammenslutninger af tjenesteydere (konsortier) skal oplysningerne, der udbydes i punkt III.2, afgives for samtlige tjenesteydere.«

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved i udbudsbekendtgørelsen i afsnit IV.1.2. »Begrænsning af det antal økonomiske

aktører, som vil blive opfordret til at afgive tilbud eller deltage« at have fastsat følgende betingelse, som virksomheder, der ønsker at blive prækvalificeret, skal opfylde, uagtet denne betingelse for så vidt angår relevant frekvensadgang tilgodeser den virksomhed, der allerede har fået tildelt frekvensadgang på 2 x 4,15 MHz i frekvensbåndet 380-400 MHz:

»Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal kandidater:

.....

4) Karakteren af det materiel og tekniske udstyr, som tjenesteyderen disponerer over, og som tjenesteyderen planlægger at anvende.«

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved i udbudsbekendtgørelsen i afsnit IV. 3) »Yderligere oplysninger« at have fastsat følgende betingelse, som virksomheder, der ønsker at blive prækvalificeret, skal opfylde, uagtet denne betingelse for så vidt angår relevant frekvensadgang tilgodeser den virksomhed, der allerede har fået tildelt frekvensadgang på 2 x 4,15 MHz i frekvensbåndet 380-400 MHz:

»7) Det vil være en betingelse for tildeling af ordren, at tjenesteyder besidder den efter lov om radiofrekvenser (lovbekendtgørelse nr. 680 af 23. juni 2004) for udførelsen af tjenesteyderens påkrævede tilladelse. Tilladelsen skal forligge senest 7 dage efter udløbet af fristen for afgivelse af endeligt tilbud.«

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved i udbudsbetingelsernes kravsspecifikationer at have fastsat følgende, uagtet dette krav for så vidt angår relevant frekvensadgang tilgodeser den tilbudsgiver, der allerede har fået tildelt frekvensadgang på 2 x 4,15 MHz i frekvensbåndet 380-400 MHz:

»II.6.1.1. Frekvensområde«

II.6.1.1.1)

Tilbudsgiver skal oplyse om, hvilke frekvenser det foreslåede net skal operere i. Såfremt tilbudsgiver ikke har frekvenser til rådighed, skal tilbudsgiver oplyse om, hvornår frekvenser er til rådighed samt hvilket frekvensbånd, der vil være til rådighed.«

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved i udbudsbetingelsernes kravsspecifikationer at have fastsat følgende, uagtet dette krav for så vidt angår relevant frekvensadgang tilgodeser den tilbudsgiver, der allerede har fået tildelt frekvensadgang på 2 x 4,15 MHz i frekvensbåndet 380-400 MHz:

»II.3.2.7 Dækning i luften

II.3.2.7.1 Tjenesteyder skal levere dækning for luftfartøjer for alle højder op til 500 m over jordens overflade.

II.3.2.7.2 Dækningen skal give uplink og downlink tale- og dat service til terminaler i luftfartøjet.

II.3.2.7.3 Tale- og data service skal være tilgængelige ved alle hastigheder op til 240 km/t.

II.3.2.7.4 Tilbudsgiver skal specificere sin løsning for dækning for luftfartøjer og angive hvor mange sites, der er nødvendige for at levere dækning til luftfartøjer.«

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved i udbudsbetingelserne herunder »Kravsspecifikationens« afsnit »II.3.3. Kapacitetskrav« at have fastsat krav, som de virksomheder, der ønsker at få tildelt kontrakten, skal opfylde, ved at have udvidet området for geografisk dækning og samtidig fastholdt øgede krav vedrørende kapaciteten i nettet, uagtet at disse krav for så vidt angår relevant frekvensadgang tilgodeser den tilbudsgiver, der allerede har fået tildelt frekvensadgangen på 2 x 4,15 MHz i frekvensbåndet 380-400 MHz.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved i udbudsbekendtgørelsen i afsnit II.1.5. »Kortfattet beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/ene« at have fastsat følgende betingelse, uagtet denne betingelse for så vidt angår relevant frekvensadgang tilgodeser den virksomhed, der

allerede har fået tildelt frekvensadgang på 2 x 4,15 MHz i frekvensbåndet 380-400 MHz:

»nr. 2.

Af hensyn til nettets væsentlighed for nød- og beredskabsbrugerne vil økonomistyrelsen i udbuddet, der gennemføres som en konkurrencepræget dialog, sikre:

.....

2) at nettet kan integreres med Danmarks nabolandes nød- og beredskabsnet. Dette med henblik på at muliggøre kommunikation mellem beredskabsmyndigheder på tværs af grænser.«

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved i udbudsbetingelserne i afsnit II.4.1.5. »Integration af fremmed net« at have fastsat følgende betingelserne, uagtet denne betingelse for så vidt angår relevant frekvensadgang tilgodeser den tilbudsgiver, der allerede har fået tildelt frekvensadgang på 2 x 4,15 MHz i frekvensbåndet 380-400 MHz:

»II.4.1.5.1 Nettet skal give mulighed for integration til de tilsvarende beredskabsnet i Danmarks nabolande, herunder som minimum til Sverige og Tyskland.«

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) ved i udbudsbetingelserne (version 1.3.) at have fastsat følgende supplerende underkriterium vedrørende vurderingen af økonomien i tilbudene, uagtet dette forhold favoriserer den tilbudsgiver, der allerede har fået tildelt de frekvenser, der passer til det udstyr, som brugerne af nød- og beredskabsnettet i forvejen råder over:

»I vurderingen af økonomi lægges vægt på den laveste, samlede pris for etablering og drift af nettet og for optioner, ændringer og øvrige ydelser. Der lægges samtidig vægt på kundens og de forventede bestillers samlede, skønnede interne organisatoriske og tekniske omkostninger forbundet med den tilbudte løsning set over hele kontraktperioden.

Når der ved forventede skønnede interne organisatoriske og tekniske omkostninger forstås følgende:

- De forventede bestillere er danske beredskab forstået som politiet, det statslige, regionale og kommunale beredskab (blå blink).
- Det fremhæves, at Økonomistyrelsen vil anlægge et sagligt skøn

over de interne omkostninger, idet det ikke vil være muligt allerede i tilbudsevalueringen at foretage en egentlig opgørelse af omkostningerne.

- Organisatoriske omkostninger er især beredskabernes interne omkostninger til uddannelse og vejledning i brug af nettet og andre direkte omkostninger forbundet med organisatoriske ændringer i beredskaberne som følge af tilslutning til nettet mv.
- Tekniske omkostninger er især de direkte omkostninger relateret til migrering, parallel drift af eksisterende radiosystemer, tekst i forbindelse med tilslutning til nettet, udvikling af snitflade til kommunikation med nettet på eksisterende eller kommende applikationer og tilslutning af kontrolrumssoftware eller andet software til kommunikation via nettet.«

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (gennemsigtighedsprincippet) ved ikke i udbudsbekendtgørelsen i relation til følgende bestemmelse i afsnit III.2.3. »Teknisk Kapacitet« at have stillet krav om, at de virksomheder, der ønsker at blive prækvalificeret, med anmodning om prækvalifikation skal fremsende dokumentation for, at virksomheden har opnået frekvensadgang:

»Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:

.....

5) En erklæring om, hvilket materielt og teknisk udstyr, herunder frekvensadgangen, jf. lov om radiofrekvenser, tjenesteyderen disponerer over til opfyldelse af kontrakten.«

Påstand 12

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (gennemsigtighedsprincippet) ved ikke i relation til bestemmelserne i udbudsbekendtgørelsens afsnit III.2.3. om dækning og afsnit II.3.3. om kapacitet at have anført klare og objektive krav til dækning og kapacitet.

Påstand 13

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (gennemsigtighedsprincippet) ved vurderingen

af tilbudene i relation til kravet i udbudsbetingelsernes afsnit III.2.3. om dækning og afsnit II.3.3. om kapacitet.

Påstand 14

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige proportionalitetsprincip ved i udbudsbekendtgørelsen at have fastsat følgende udvælgelseskriterium, der tilgodeser de virksomheder, der allerede har frekvensadgang, uagtet frekvensadgangen kun har betydning for den tilbudsgiver, der bliver indgået kontakt med:

»Yderligere oplysninger« under nr. 7:

»Det vil være en betingelse for tildeling af ordren, at tjenesteyder besidder den efter lov om radiofrekvenser (lovbekendtgørelse nr. 680 af 23. juni 2004) for udførelsen af tjenesteyderens påkrævede tilladelse. Tilladelsen skal forligge senest 7 dage efter udløbet af fristen for afgivelse af endeligt tilbud.«

Påstand 15

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige proportionalitetsprincip ved ved beslutningen om, hvem der skulle indgås kontrakt med, at have lagt vægt på, om en tilbudsgiver allerede har frekvensadgang, uagtet frekvensadgang ikke har betydning for vurderingen af tilbudene, men kun har betydning for det efterfølgende kontraktsforhold.

Påstand 16

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, ved at gennemføre udbudet som »Konkurrencepræget dialog«, uagtet det ikke drejer sig om en særlig kompleks kontrakt, hvor hverken anvendelse af offentligt udbud eller begrænset udbud gør det muligt at indgå en kontrakt.

Påstand 17

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 8. juni 2007 om at indgå kontrakt med Dansk Beredskabskommunikation A/S.

Indklagede har vedrørende påstand 7 påstået afvisning og har i øvrigt vedrørende påstand 1 - 17 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet besluttede den 3. december 2007 i første omgang alene at behandle påstand 1 – 10.

Klagenævnet afsagde den 21. december 2007 kendelse om disse påstande. Ved kendelsen afviste Klagenævnet disse påstande.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 11

Der kan ikke af Udbudsdirektivet eller EU-udbudsreglerne i øvrigt udledes noget krav om, at ordregivere, som beslutter at afkræve ansøgerne om prækvalifikation oplysninger som omhandlet i påstand 11, tillige i udbudsbekendtgørelsen skal stille krav om, at virksomhederne samtidig fremsender en nærmere angiven dokumentation for rigtigheden af disse oplysninger. Ordregiveren er således berettiget til at tilrettelægge proceduren ved en prækvalifikation således, at der ikke vedrørende sådanne oplysninger skal fremsendes særlig dokumentation, men at ordregiveren anser det for tilstrækkeligt, at virksomhederne i deres anmodning om prækvalifikation fremkommer med de ønskede oplysninger. Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 13

Klageren har ikke i påstanden præciseret, på hvilken måde indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, og klageren har heller ikke ved sine processkrifter under sagens forberedelse givet en præcis beskrivelse af den overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet, som klagerens påstand 13 dækker, og som klageren ønsker Klagenævnets stillingtagen til. Klagenævnet har således været afskåret fra på forsvarlig måde at behandle denne påstand, og Klagenævnet afviser derfor påstanden.

Ad påstand 14

Den passus, som er anført i udbudsbekendtgørelsen som nr. 7 under »Yderligere Oplysninger«, og som denne påstand vedrører, er ikke et »udvælgelseskriterium« i betydningen en betingelse, som virksomheder, der ønsker at blive prækvalificeret, skal opfylde, for at indklagede kan prækvalificere dem. Den pågældende passus indeholder oplysning om en betingelse for, at indklagede vil indgå kontrakt med den tilbudsgiver, som indklagede på grundlag af den konkurrenceprægede dialog træffer beslutning om at indgå kontrakt med. Når indklagede imidlertid har medtaget denne oplysning ikke blot i de udbudsbetingelser mv., som dannede grundlag for den konkurrenceprægede dialog med de prækvalificerede virksomheder, men også har medtaget denne oplysning i udbudsbekendtgørelsen, har formålet været at sikre, at en virksomhed, der – hvis virksomheden blev udvalgt som kontraktspart – ikke kunne eller ikke ville opfylde denne betingelse, kunne undlade at bruge ressourcer på overhovedet at anmode om at blive prækvalificeret. Det følger af det anførte, at Klagenævnet ikke tager denne påstand til følge.

Ad påstand 15

Den passus, der er anført i udbudsbekendtgørelsen som nr. 7 under »Yderligere oplysninger«, er en betingelse, som virksomheder, der ønsker at indgå kontrakt med indklagede, skal opfylde, før kontrakten indgås. Det har derfor ingen mening, at indklagede på grundlag af den konkurrenceprægede dialog beslutter at indgå kontrakt med en tilbudsgiver, som ikke kan eller ikke vil opfylde denne betingelse. Det følger heraf, at påstanden ikke tages til følge.

Ad påstand 16

Klagenævnet har i sin kendelse af 8. december 2006 i sagen Nethleas B.V. mod Økonomistyrelsen fastslået, at indklagede havde tilvejebragt et fuldt forsvarligt teknisk grundlag for sin beslutning om, hvordan den udbudte ydelse skulle beskrives i udbudsbetingelserne. Klagenævnet har endvidere i denne kendelse fastslået, at det var fuldt forsvarligt, at indklagede på det tilvejebragte tekniske grundlag vurderede, at der må antages at findes andre anvendelige tekniske systemer end TETRA-systemet, og at indklagede derfor besluttede at gennemføre udbudet teknologineutralt. På baggrund

heraf er det for Klagenævnets vurdering af, om indklagedes beslutning om at gennemføre udbudet som »konkurrencepræget dialog« er lovlig, uden betydning, om det efterfølgende viste sig, at der i praksis ikke var andre tekniske systemer end TETRA-systemet, der var anvendelige eller konkurrencedygtige, og om der under udbudet blev modtaget tilbud, der byggede på andre tekniske systemer end TETRA-systemet.

Som det fremgår af Klagenævnets kendelse af 21. december 2007 i denne sag traf Den Danske Stat på et tidspunkt beslutning om at tildele en virksomhed Tetrafrekvenser i frekvensbåndet 380-400 MHz, forinden det ved gennemførelse af EU-udbud var blevet konstateret, hvilken virksomhed der kunne afgive det økonomisk mest fordelagtige tilbud på en kontrakt om tilslutning til og brug af et landsdækkende radiobaseret telekommunikationsnet, uanset at det allerede på dette tidspunkt var besluttet eller i hvert fald lå klart, at der skulle indgås en sådan kontrakt. Denne disposition – der som anført i kendelsen af 21. december 2007 ikke er omfattet af Klagenævnets kompetence – har haft afgørende indflydelse på det udbud, som Økonomistyrelsen fik pålæg om at gennemføre, og som denne sag vedrører. At dette er tilfældet, fremgår af de oplysninger om udbudet, der blev forelagt Klagenævnet under sagen Nethleas B.V. mod Økonomistyrelsen, der blev afsluttet ved kendelsen af 8. december 2006, og af de oplysninger, der er forelagt Klagenævnet under denne sag.

Den udbudte tjenesteydelse – » etablering af og tilslutning til og brug af et landsdækkende radiobaseret telekommunikationsnet« – er som udgangspunkt ikke en tjenesteydelse, hvor det ikke på forhånd vil være muligt objektivt at præcisere de tekniske vilkår, der kan opfylde ordregiverens behov og formål, og/eller hvor ordregiveren ikke vil være i stand til objektivt at præcisere de retlige og/eller finansielle forhold i forbindelse med projektet. Den udbudte tjenesteydelse vil derfor som udgangspunkt ikke kunne udbydes ved anvendelse af udbudsformen »konkurrencepræget dialog«, men skal udbydes ved anvendelse af en af de øvrige udbudsformer.

Niels Henriksen og Ole Bajda Nielsen udtaler herefter:

I Klagenævnets kendelse af 8. december 2006 i sagen Nethleas B.V. mod Økonomistyrelsen blev der ikke taget stilling til påstanden som omhandlede spørgsmålet »konkurrencepræget dialog«. Klagenævnet har i kendelsen alene ud fra de oplysninger, Økonomistyrelsen fremkom med i sagen, vur-

deret, at der var tilvejebragt et fuldt forsvarligt teknisk grundlag for at gennemføre udbudet teknologineutralt.

Konkurrencepræget dialog – som defineret i Direktivets artikel 1, stk. 11, litra c – anvendes, hvor kontrakter er »særlig komplekse«, og 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.

Indklagede har i denne sag ikke sandsynliggjort, at der var grundlag for at anvende »konkurrencepræget dialog«, idet indklagede kendte sine tekniske behov og krav for udbudet, og indklagede har endvidere ikke gjort gældende, at de retlige og/eller finansielle forhold gav anledning til problemer.

Vi finder derfor ikke, at omstændighederne forud for gennemførelsen af udbudet har givet indklagede tilstrækkeligt grundlag for at anvende udbudsformen »konkurrencepræget dialog«, da forholdene i det foreliggende tilfælde ikke er opfyldt og da denne udbudsform – jf. præambelens betragtning 31 – må anses for at være en undtagelse, som kun kan anvendes, når andre muligheder ikke er til stede.

Disse medlemmer stemmer derfor for at tage påstanden til følge.

Carsten Haubek udtaler herefter:

Ved afgørelsen må det tillægges betydning, at det forud for gennemførelsen af de aktuelle udbud om det landsdækkende radiobaserede telekommunikationsnet stod klart for Økonomistyrelsen, at der på grund af Den Danske Stats forudgående tildeling af frekvenser i frekvensbåndet 380-400 MHz under udbudet ville opstå helt specielle problemer ikke alene af teknisk karakter, men også af udbudsretlige karakter – først og fremmest problemer med at gennemføre udbudet på en sådan måde, at det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip også under de aktuelle særegne omstændigheder blev overholdt, jf. Udbudsdirektivets artikel 2. Det har således ligget klart, at tilbudsgiverne ikke på grund af tilbudsgivernes egne forhold, men på grund af den forudgående tildeling af radiofrekvenser under udbudet ville have meget forskellige vilkår at afgive deres tilbud på. På denne baggrund er det dette medlems vurdering, at indklagede ikke har handlet i strid med Ud-

budsdirektivets artikel 29, stk. 1, ved at vælge at anvende udbudsformen »konkurrencepræget dialog«, som den udbudsform, som under de særegne omstændigheder gav indklagede den bedste mulighed for under udbudet at give tilbudsgiverne en lige behandling.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet, og Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 12

Under hensyn til det, der er anført ad påstand 16 vedrørende vilkårene for det udbud, som indklagede fik påbud om at gennemføre, har Klagenævnet ikke grundlag for at fastslå, at udbudsbekendtgørelsen, som alene skulle danne grundlag for virksomhedernes vurdering af, om de ville anmode om prækvalifikation og for indklagedes beslutning om, hvilke virksomheder der skulle prækvalificeres, ikke indeholder tilstrækkeligt klare og objektive krav til dækning og kapacitet. Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 17

Der er ikke bl.a. hensyn til sagens forløb ved Klagenævnet grundlag for at annullere indklagedes beslutning af 8. juni 2007 om at indgå kontrakt med Dansk Beredskabskommunikation A/S.

Herefter bestemmes:

Påstand 16

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 1, ved at gennemføre udbudet som »Konkurrencepræget dialog«, uagtet det ikke drejer sig om en særlig kompleks kontrakt, hvor hverken anvendelse af offentligt udbud eller begrænset udbud gør det muligt at indgå en kontrakt.

Påstand 11, 12, 14 15 og 17 tages ikke til følge.

Påstand 13 afvises.

Indklagede, Økonomistyrelsen, skal i sagsomkostninger til klageren, Damm Cellular Systems A/S betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig