

K E N D E L S E

GlobalConnect A/S og
Zibra Wireless ApS
(advokat Michael Brandt, København)

mod

Randers Kommune
(advokat Mikala Berg Dueholm, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 249-455286 af 22. december 2015 udbød Randers Kommune som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en netværksydelse til kommunens datakommunikation (WAN). Tildelingskriteriet var ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”. Kontraktens varighed var 8 år med mulighed for forlængelse i 2 gange 1 år.

Ved brev af 8. februar 2016 meddelte Randers Kommune, at 6 virksomheder havde anmodet om prækvalifikation. Der var tale om følgende virksomheder, der alle blev prækvalificeret:

1. TDC A/S
2. GlobalConnect A/S
3. SE Kommunikation A/S
4. Ipvision A/S
5. EnergiMidt Fiberbredbånd A/S
6. KMD A/S

Udbudsbetingelserne blev udsendt primo marts 2016 til de prækvalificerede

virksomheder, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 9. maj 2016 havde GlobalConnect A/S og Zibra Wireless ApS, der sammen indgik i et konsortium, og Stofa Erhverv A/S/SE Kommunikation A/S afgivet tilbud. Den 3. juni 2016 besluttede Randers Kommune at indgå kontrakt med Stofa Erhverv A/S (herefter Stofa Erhverv).

Den 13. juni 2016 indgav klagerne, GlobalConnect A/S og Zibra Wireless ApS (herefter GlobalConnect og Zibra), klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Randers Kommune. GlobalConnect og Zibra fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle tillægge klagen opsættende virkning. Den 13. juli 2016 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet udtalte, at betingelsen om ”fumus bonis juris” var opfyldt, men det var betingelsen om uopsættelighed ikke.

Randers Kommune annullerede ved supplerende bekendtgørelse nr. 2016/S 151-274322 af 2. august 2016 udbuddet ”med begrundelse i uantagelige tilbud”.

GlobalConnect og Zibra nedlagde herefter påstand om, at klagenævnet skulle konstatere, at Randers Kommune uberettiget havde tildelt kontrakten til Stofa Erhverv, da Stofa Erhverv ikke havde været prækvalificeret og således ikke opfyldte betingelserne for deltagelse i udbuddet. Randers Kommune blev opfordret til at oplyse, om kommunen tog bekræftende til genmæle over for påstanden.

Randers Kommune meddelte, at den tog bekræftende til genmæle over for påstanden.

GlobalConnect og Zibra har herefter endeligt nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Randers Kommunes annullation af udbuddet er i strid med udbudsreglerne.

Påstand 2

Randers Kommune tilpligtes til GlobalConnect og Zibra at betale 11.982.531 kr. eller et af klagenævnet fastsat mindre beløb med tillæg af

procesrente fra den 8. september 2016.

Randers Kommune har over for påstand 1 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Over for påstand 2 har kommunen nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 2, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår:

” ...

II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

Randers Kommune efterspørger en netværksydelse til kommunens datakommunikation (WAN). Løsningen omfatter et netværk, der skal forbinde kommunens decentrale lokationer (administration, skoler, plejecentre, dagtilbud m. fl.) med kommunens centrale driftscenter. WAN løsningen forventes at omfatte 250 lokationer indenfor kommunes geografi og skal leveres med båndbredder på fra 100/100 Mbit/s til 1/1 Gbit/s. Der skal desuden tilbydes redundans på flere forbindelser. Derudover efterspørger Randers Kommune op til yderligere 200 højhastighedsforbindelser, der skal anvendes til telesundhed, hjemmearbejdspladser m.m., disse forbindelser vil blive etableret i løbet af kontraktperioden.

...

III.2.1) De økonomiske aktørers personlige forhold, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregister

Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt: Dokumentation i henhold til nedenstående skal indføres i svarschema, jf. pkt. VI.3:

(i) Underskrevet tro og love-erklæring på, hvorvidt leverandøren har ubetalt forfalden gæld til det offentlige i henhold til bekendtgørelsen af lov om begrænsning af skyldneres muligheder for at deltage i offentlige udbudsforretninger og om ændringer af visse andre love, LBK nr. 336 af 13.5.1997.

(ii) Nøjagtig angivelse af virksomhedsoplysninger og CVR-nummer (selskabs- eller virksomhedsnummer for ansøgere, der ikke er hjemme-

hørende i Danmark).

(iii) Generel virksomhedsprofil samt oplysninger om ejerforhold.

III.2.2) Økonomisk og finansiel kapacitet

III.2.3) Teknisk kapacitet

...

IV.1.2) Grænse for, hvor mange økonomiske aktører der vil blive opfordret til at afgive bud eller deltage:

Forventet mindsteantal 5: og største antal 7

Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal kandidater: Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal kandidater: Såfremt antallet af ansøgere, der er i besiddelse af de krævede kvalifikationer, overstiger det antal ansøgere, som ordregiver agter at prækvalificere, vil ordregiver blandt disse ansøgere prækvalificere de ansøgere, der: 1) dokumenterer de bedste erfaringer med levering og implementering af ydelser svarende til det udbudte, jf. pkt. III.2.3). 2) har den største omsætning inden for det udbudte tjenesteydelsesområde, jf. pkt. III.2.2).

...

IV.2.1) Tildelingskriterier

Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af de kriterier, der er anført i specifikationerne, i opfordringen til at afgive bud eller til at forhandle eller i det beskrivende dokument

...

IV.3.4) Frist for modtagelse af bud eller ansøgninger om deltagelse:

Dato: 01/02/2016 Tidspunkt: 10:00

...”

I udbudsbetingelserne står:

”...

7. Tildelingskriterium og underkriterier

Tildeling af kontrakten vil ske på grundlag af tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, vurderet efter nedenstående underkriterier.

Disse er angivet med følgende prioritering/vægtning:

- Pris WAN: 25%
- Kvalitet: 20 %
- Implementering og serviceorganisation: 10%
- Tidsplan: 10%

- Erhvervsfremme: 35%

Ved Pris WAN forstås: Totaløkonomi på den samlede leverance over 10 år (8 år plus 2 x 1 optionsår) på grundlag af de i Kontraktbilag 4.a angivne priser (TCO WAN) omfattende krav 4.5, 4.6.2, 4.8.1, 4.8.3, 5.2, 5.4, 6.2.2, 7.2.2, 8.1 og 8.2. En eventuel rabatsats for kontraktår 5-10 kan ligeledes indtastes i Kontraktbilag 4.a og vil indgå i den samlede beregning.

Ved Kvalitet forstås: Leverandørens besvarelse af prioriterede krav i Kontraktbilag 2 omfattende krav 4.1, 4.2 og 4.9.5 i Kontraktbilag 1.

Ved Tidsplan forstås: Leverandørens besvarelse af prioriterede krav i Kontraktbilag 5 omfattende krav 6.4.2 i Kontraktbilag 1.

Ved Implementering og serviceorganisation forstås: Leverandørens besvarelse af prioriterede krav i Kontraktbilag 7 omfattende krav 6.1.1, 6.1.4, 6.1.6, 6.2.1, 6.5.2, 6.6.2, 6.7.1.1, 7.1.1, 7.2.1, 7.3.2.5, 7.3.2.6, 7.3.3.2, 7.3.3.3 og 7.4.1 i Kontraktbilag 1..

Ved Erhvervsfremme forstås: Leverandørens besvarelse af prioriterede krav i Kontraktbilag 2 omfattende kvaliteten af erhvervsfremme tiltag jf. alle prioriterede krav i Afsnit 9 i Kontraktbilag 1.

Den skriftlige besvarelse af Kontraktbilagene 2, Kontraktbilag 5 og Kontraktbilag 7 vil blive efterfulgt af en mundtlig præsentation, som er angivet i afsnit 10 Tidsplan for udbudsforretning, som hver især får pointgivning. Den summerede sum af disse vil angive den samlede karakter for kvaliteten af tildelingskriterierne 'Kvalitet', 'Implementering og serviceorganisation', 'Tidsplan' og 'Erhvervsfremme'.

...

GlobalConnect og Zibra nedlagde oprindelig påstand om, at Randers Kommune uberettiget havde tildelt kontrakten til Stofa Erhverv, da Stofa Erhverv ikke havde været prækvalificeret og således ikke opfyldte betingelserne for at deltage i udbuddet. Der var endvidere en påstand om, at Randers Kommune havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at tildele kontrakten til Stofa Erhverv trods væsentlige mangler i Stofa Erhvervs tilbud for så vidt angik kriteriet "Erhvervsfremme" og ved en forkert vægtning af kriteriet "Pris WAN"

Klagenævnet afsagde den 13. juli 2016 kendelse om, at klagen ikke skulle tillægges opsættende virkning. Begrundelsen for afgørelsen var følgende:

”Ad påstand 1

I overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.1) De økonomiske aktørers personlige forhold, herunder krav om optagelse i erhvervs- eller handelsregister, pkt. i) og ii), har SE Kommunikation ved ansøgningen om prækvalifikationen afgivet tro og love-erklæring og erklæring i henhold til udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra a-c. Erklæringerne blev underskrevet af 2 personer for SE Kommunikation. Det var endvidere SE Kommunikations cvr-nummer, der blev oplyst i ansøgningsskemaet. SE Kommunikation fremstod således som den virksomhed, der ansøgte om prækvalifikation.

Ansøgningen om prækvalifikation blev indleveret på Stofa Erhvervs brevpapir, og følgende blev bl.a. anført under pkt. 2, ”Generel virksomhedsprofil”:

”SE Kommunikation A/S er en del af SE koncernen og ejes 100% af SYD ENERGI Holding.

SE Kommunikaiton A/S ejer 100% Stofa A/S, Stofa Erhverv A/S og SE Fibernet A/S.

SE Fibernet ejer 25% af Verdo Tele A/S, som er den udførende del i form af etablering af fibernet i Randers Kommune.

Stofa A/S vil stå med kundeforholdet på alle private kunder og Stofa Erhverv A/S vil stå med kundeforholdet på alle erhvervskunder.

Udrulning af fiber aftales imellem Verdo Tele A/S og SE Fibernet A/S, hvor salget der ligger til grund for udrulningen er drevet af Stofa A/S og Stofa Erhverv A/S.”

Det kan herefter lægges til grund, at Stofa Erhverv er et 100 % ejet datterselskab af SE Kommunikation. Arbejdet med at etablere fibernet udføres af Verdo Tele A/S, mens Stofa Erhverv står for salget til alle erhvervskunder. I ansøgningsskemaet er alle økonomiske nøgletal, herunder samlede omsætning, omsætning i forhold til det udbudte tjenesteydelsesområde og soliditetsgrad, oplyst for SE Kommunikation, Stofa, Stofa Erhverv og Stofa Fibernet.

Uanset det anførte om Stofa Erhvervs position i koncernen, som var oplyst i ansøgningen, lægger klagenævnet til grund, at SE Kommunikation var den virksomhed, der ansøgte om prækvalifikation, og som Randers Kommune fandt egnet og derefter prækvalificerede. Klagenævnet har navnlig lagt vægt på, at det var SE Kommunikation, der afgav de kræ-

vede erklæringer, og at det var SE Kommunikation, der i overensstemmelse med udbudsbekendtgørelsen pkt. III.2.1, pkt. ii), gav de ”[n]øjagtige oplysninger om virksomhed/firma”, herunder navn og cvr-nummer. Dette støttes endvidere af, at Randers Kommune i meddelelsen af 8. februar 2016 oplyste, at bl.a. SE Kommunikation var blevet prækvalificeret.

De omstændigheder, at Stofa Erhvervs navn fremgår af følgebrevet til ansøgningen, at Stofa Erhverv indgår i den generelle virksomhedsprofil, og at Stofa Erhvervs økonomiske nøgletal – sammen med nøgletal fra andre selskaber i koncernen – også fremgår af ansøgningen, medfører ikke, at Stofa Erhverv var (med)ansøger til at blive prækvalificeret. Det er uden betydning, om Stofa Erhverv ville have opfyldt betingelserne for at blive prækvalificeret, hvis virksomheden alene eller sammen med SE Kommunikation havde ansøgt om prækvalifikation. Der foreligger ikke et tilfælde, der svarer til det, som EU-Domstolen behandlede i sag C-396/2014, MT Højgaard, idet Stofa Erhverv ikke var medansøger, og Randers Kommune har derfor ikke på noget tidspunkt vurderet Stofa Erhvervs egnethed.

Efter det anførte har Randers Kommune handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at antage tilbuddet fra Stofa Erhverv og tildele kontrakten til virksomheden. Kommunen undlod at afklare, hvorfor det var Stofa Erhverv, der afgav tilbud, og ikke SE Kommunikation. Der er således på det foreliggende foreløbige grundlag udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 om ”fumus boni juris” er herefter opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (uopsættelighed) bemærker klagenævnet, at det på det foreliggende grundlag ikke kan antages, at GlobalConnect og Zibra vil lide et uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Klagenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at GlobalConnect og Zibra, der ikke har gjort anbringender gældende til støtte for anmodningen om opsættende virkning, ikke har sandsynliggjort, at en eventuel økonomisk kompensation ikke vil kunne udgøre fuld erstatning, og at der således skulle være tale om en uoprettelig skade.

Betingelse nr. 2 om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt, og klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.”

Som en konsekvens af klagenævnets afgørelse annullerede Randers Kommune udbuddet den 2. august 2016. Kommunen skrev samme dag følgende til tilbudsgiverne:

”På baggrund af delkendelsen fra Klagenævnet for Udbud (13. juni 2016), har Randers Kommune besluttet, at annullere udbuddet på WAN med begrundelse i budgetmæssige forhold og uantagelige tilbud.

Randers Kommune laver nyt udbud på opgaven snarest.”

Samme dag sendte kommunen en supplerende bekendtgørelse til TED, hvor annullationen blev offentliggjort den 6. august 2016. Som begrundelse for annullationen stod: ”Udbuddet annulleres med begrundelse i uantagelige tilbud”.

Randers Kommune har oplyst, at kommunen ved udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende, offentliggjort den 28. september 2016, iværksatte genudbud af kontrakten. Det er oplyst, at der ved genudbuddet er foretaget ændringer i udbudsmaterialet med henblik på at øge konkurrencen, og at der er stillet krav om periodisering af betalingerne, således at det sikres, at de indkomne tilbud budgetmæssigt kan antages. Hertil kommer ændringer som følge af den nye udbudslov. I et notat af 15. februar 2017 har kommunen beregnet besparelsen som følge af ændringerne i udbudsmaterialet til mellem 10.897.915 kr. og 12.300.000 kr. afhængig af opgørelsesmetoden.

GlobalConnect og Zibra har oplyst, at SE Fibernet A/S den 23. april 2015 købte 25 % af kapitalandelene i Verdo Tele A/S og indgik en samarbejdsaftale med Verdo Tele A/S. Den øvrige del af kapitalandelene i Verdo Tele A/S ejes af Verdo A/S, som er moderselskabet i Verdo-koncernen, og som ejes af den selvejende institution Verdo. Bestyrelsesformanden i Verdo A/S er borgmester for Randers Kommune, Claus Omann Jensen, som tillige er formand for Randers Kommunes økonomiudvalg. Claus Omann Jensen blev først valgt til repræsentantskabet for Verdo A/S og senere til bestyrelsen. Bestyrelsen konstituerede sig med Claus Omann Jensen som bestyrelsesformand den 9. september 2014.

Randers Kommune har under sagen udarbejdet et notat om de budgetmæssige konsekvenser ved at antage tilbuddene fra henholdsvis GlobalConnect og Zibra og Stofa Erhverv:

” ...
Nuværende budget og udgift

Randers Kommunes IT-afdeling har budgetansvaret for kommunens fælles it-drift. I alt udgør it-driftbudgettet 63 mio. kr. i 2016. It-driftsbudgettet dækker udgifter til hardware, software og it-infrastruktur. Sidstnævnte kategori omfatter udgifter til drift af WAN.

Budget 2016 til drift af WAN udgør i alt 4.166.736 kr. ...

...

I forbindelse med budgetlægningen for 2016-2019 blev budgettet til drift af WAN reduceret med 600.000 kr. årligt fra 2017. Baggrunden for reduktionen er, at Randers Kommunes aftale med Verdo udløber pr. 31.12.2016. Ved at sammenholde Randers Kommunes nuværende udgifter til Verdo med tilsvarende udgifter på Moderniseringsstyrelsen blev der beregnet et besparelspotentiale på 600.000 kr. årligt.

Det årlige budget fra 2017 til drift af WAN udgør således 3.566.736 kr.

Samlet tilbud fra GlobalConnect og Stofa Erhverv.

Det modtagne tilbud fra GlobalConnect lyder på i alt 49.942.737 kr. Tilsvarende lyder tilbuddet fra Stofa Erhverv på i alt 49.360.114 kr. [...] Opgjort over kontraktperioden ser tilbuddene således ud:

År	GlobalConnect	Stofa Erhverv
Engangsudgift 2017	1.143.000 kr.	1.554.617 kr.
Driftsudgift 2017	6.427.170 kr.	3.787.362 kr.
Driftsudgift 2018	7.207.170 kr.	4.327.362 kr.
Driftsudgift 2019	7.987.170 kr.	4.867.362 kr.
Driftsudgift 2020	8.767.170 kr.	5.407.362 kr.
Driftsudgift 2021	8.767.170 kr.	5.407.362 kr.
Driftsudgift 2022	1.928.777 kr.	5.407.362 kr.
Driftsudgift 2023	1.928.777 kr.	5.407.362 kr.
Driftsudgift 2024	1.928.777 kr.	5.407.362 kr.
Driftsudgift 2025 (option)	1.928.777 kr.	4.325.890 kr.
Driftsudgift 2026 (option)	1.928.777 kr.	3.460.712 kr.
I alt	49.942.737 kr.	49.360.114 kr.

Tilbud fra GlobalConnect og Stofa Erhverv uden optioner

Udbuddet indeholder en række optioner, fx redundans af udvalgte forbindelser. Der er tale om ydelser, som Randers Kommune ikke har i dag. Det er ikke besluttet, om optionerne skal anskaffes. I givet fald skal der findes finansiering herfor. Hvis man udelader optionerne ser tilbuddene således ud:

År	GlobalConnect	Stofa Erhverv
Engangsudgift 2017	80.000 kr.	80.000 kr.
Driftsudgift 2017	5.943.600 kr.	3.384.000 kr.
Driftsudgift 2018	5.943.600 kr.	3.384.000 kr.
Driftsudgift 2019	5.943.600 kr.	3.384.000 kr.
Driftsudgift 2020	5.943.600 kr.	3.384.000 kr.
Driftsudgift 2021	5.943.600 kr.	3.384.000 kr.

Driftsudgift 2022	1.307.592 kr.	3.384.000 kr.
Driftsudgift 2023	1.307.592 kr.	3.384.000 kr.
Driftsudgift 2024	1.307.592 kr.	3.384.000 kr.
I alt	33.720.776 kr.	27.152.000 kr.

...

Konklusion

Jf. ovenfor er der i samme periode afsat 8 x 3.566.736 kr. – i alt 28.533.888 kr. Ved antagelse af GlobalConnects tilbud vil der således være behov for en samlet merbevilling i it-driftsbudgettet 5.186.888 kr.

Merbevillingen kan opgøres pr. år således:

År	Afsat it-driftsbudget	Tilbud fra GlobalConnect	Behov for merbevilling ved GlobalConnect	Tilbud fra Stofa Erhverv	Behov for merbevilling ved Stofa Erhverv
2017	3.566.736 kr.	6.023.600 kr.	+ 2.456.864 kr.	3.464.000 kr.	- 102.736 kr.
2018	3.566.736 kr.	5.943.600 kr.	+ 2.376.864 kr.	3.384.000 kr.	- 182.736 kr.
2019	3.566.736 kr.	5.943.600 kr.	+ 2.376.864 kr.	3.384.000 kr.	- 182.736 kr.
2020	3.566.736 kr.	5.943.600 kr.	+ 2.376.864 kr.	3.384.000 kr.	- 182.736 kr.
2021	3.566.736 kr.	5.943.600 kr.	+ 2.376.864 kr.	3.384.000 kr.	- 182.736 kr.
2022	3.566.736 kr.	1.307.592 kr.	- 2.259.144 kr.	3.384.000 kr.	- 182.736 kr.
2023	3.566.736 kr.	1.307.592 kr.	- 2.259.144 kr.	3.384.000 kr.	- 182.736 kr.
2024	3.566.736 kr.	1.307.592 kr.	- 2.259.144 kr.	3.384.000 kr.	- 182.736 kr.
I alt	28.533.888 kr.	33.720.776 kr.	+ 5.186.888 kr.	27.152.000 kr.	- 1.381.888 kr.

(+) angiver behov for merbevilling. (-) angiver behov mindre end bevillingen.

Det må konkluderes, at det ikke er muligt at antage GlobalConnects tilbud, uden at Byrådet giver en tillægsbevilling. Der gøres opmærksom på, at tillægsbevillingen skal række ud over normal 4-årig budgetperiode. Såfremt der kun opereres med en 4-årig budgetperiode er behovet for en tillægsbevilling 9.587.456 kr. Modsat kan tilbuddet fra Stofa Erhverv holdes inden for det afsatte budget. Faktisk er der tale om en mindredrift i alle år.

...”

Randers Kommune har fremlagt et notat af 1. marts 2015 om ”Forslag til indhold i tættekam 3”. Af notatet fremgår, at ”tættekam 3” indeholder forslag til aktiviteter, der reducerer det centrale it-budget med netto 2,0 mio. kr. årligt fra Budget 2016. Endvidere er der anvist forslag til decentrale besparelser, som kan indregnes i 1 % besparelsen. Forslagene beløber sig til 750.000 kr. i 2016 og 1.250.000 kr. fra 2017. Endelig er der anvist forslag, som kræver yderligere undersøgelser, før der kan beregnes et konkret besparelspotentiale. Af notatet fremgår bl.a.:

”8. Udbud af Verdo fiber

Randers Kommunes aftale med Verdo vedr. levering af fiber til kommunens institutioner udløber 31. december 2016.

Da prisen på bredbånd/fiber er faldende forventes en besparelse.

Den nuværende årlige udgift er ca. 3.500.000 kr.

Det foreslås, at der indregnes en forventet besparelse på 600.000 kr. fra 2017

Besparselsen omfatter det centrale it-budget.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

GlobalConnect og Zibra har gjort gældende, at Randers Kommunes beslutning om at annullere udbuddet var usaglig og skete i strid med udbudsrettens ligebehandlingsprincip. Vurderingen af, om annullationen skete på et sagligt grundlag, tager udgangspunkt i den begrundelse, som Randers Kommune gav, da udbuddet blev annulleret.

Det fremgår af meddelelsen af 2. august 2016 til tilbudsgiverne, at begrundelsen for annullationen var ”budgetmæssige forhold og uantagelige tilbud”. I den supplerende bekendtgørelse i TED den 6. august 2016 blev annullationen alene begrundet med ”uantagelige bud”.

Uantagelige bud

Et tilbud er uantageligt, når det ikke overholder relevant national lovgivning og dermed ikke kan accepteres af ordregiveren, fordi kontrakten ikke lovligt vil kunne gennemføres på det foreliggende grundlag. Randers Kommune vurderede, at begge modtagne tilbud var konditionsmæssige.

Der var ikke noget, der før tildelingen medførte, at GlobalConnect og Zibras tilbud var uantageligt, og det kan således alene være Randers Kommunes konstatering af, at Stofa Erhvervs tilbud var uantageligt, som herefter medførte, at tilbuddet fra GlobalConnect og Zibra blev uantageligt.

Et tilbud, som én gang er vurderet konditionsmæssigt, og som ikke inden tildelingen er vurderet uantageligt, kan ikke blive uantageligt på baggrund af forhold, som alene vedrører et andet tilbuds formelle forhold. Det er uden

afgørende betydning, at tilbuddet fra GlobalConnect og Zibra var det eneste tilbageværende tilbud, efter at Stofa Erhvervs tilbud blev konstateret uantageligt. De afgørelser fra praksis, som har behandlet retten til annullation, hvor der alene var ét konditionsmæssigt tilbud, har tilladt annullation som sagligt, da det som følge af de øvrige tilbuds manglende antagelighed ikke var muligt at sammenligne de to bud. Dette gør sig gældende i EU-Domstolens afgørelse i sag C-27/98, *Metalmeccanica*.

I den foreliggende sag er sammenligningen gennemført, og de forhold, som begrundet diskvalifikationen af Stofa Erhvervs tilbud, er alene formelle og påvirker således ikke de materielle kriterier, som er indgået i sammenligningen og vurdering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Randers Kommune har ikke ønsket at ændre udbuddet og er ikke blevet opmærksom på uklarheder i udbuddet. Dette er heller ikke gjort gældende af parterne. Der er alene begået en formel fejl. Det tilbageværende tilbud fra GlobalConnect og Zibra er endvidere konditionsmæssigt.

Budgetmæssige forhold

Henvisningen til, at udbuddet er annulleret med henvisning til budgetmæssige forhold, fremgår alene af Randers Kommunes meddelelse af 2. august 2016 til tilbudsgiverne og må anses for ændret ved den supplerende bekendtgørelse i TED, offentliggjort den 6. august 2016, hvor det alene anføres, at tilbuddene var uantagelige. Henvisningen til budgetmæssige forhold kan derfor ikke udgøre en saglig begrundelse for annullation, da denne begrundelse må anses for frafaldet.

Hvis klagenævnet lægger til grund, at budgetmæssige forhold kan indgå i vurderingen, gøres det gældende, at denne begrundelse ikke er saglig. Følgende fremgår af kravspecifikationen:

”Det er et prioriteret krav, at TCO WAN jf. Kontraktbilag 4.a for ’Drift, vedligeholdelse og support’ maksimalt beløber sig til 40 mio. kr.

Det vægtes positivt, at TCO WAN er så lav som muligt.”

Af udbudsbetingelserne fremgår, at underkriteriet ”Pris WAN” skal forstås som følger:

”Totaløkonomi på den samlede leverance over 10 år (8 år plus 2 x 1 optionsår) på grundlag af de i Kontraktbilag 4.a angivne priser (TCO WAN) omfattende krav 4.5, 4.6.2, 4.8.1, 4.8.3, 5.2, 5.4, 6.2.2, 7.2.2, 8.1 og 8.2. En eventuel rabatsats for kontraktår 5-10 kan ligeledes indtastes i Kontraktbilag 4.a og vil indgå i den samlede beregning.”

”Pris WAN” blev for tilbuddet fra GlobalConnect og Zibra opgjort til 49.942.737 kr., mens den for tilbuddet fra Stofa Erhverv blev opgjort til 49.360.114 kr. Tilbudspriserne adskilte sig således alene med 1,18 % eller et beløb på 582.623 kr. over en 10-årig periode.

Da udbuddet er annulleret, efter at Stofa Erhverv blev tildelt kontrakten, må det lægges til grund, at Stofa Erhvervs tilbud var antageligt, selvom det oversteg det prioriterede krav på en TCO (Total Cost of Ownership) på 40 mio. kr. Som følge heraf må GlobalConnect og Zibras pris, som var tæt på at være identisk med Stofa Erhvervs pris, også være antageligt, og der kan derfor ikke være budgetmæssige årsager til annullationen. Annullationen kan derfor alene have været begrundet i, at Randers Kommune ønskede at antage tilbuddet fra Stofa Erhverv, hvilket medfører, at annullationen var usaglig som følge af manglende overholdelse af princippet om ligebehandling.

Der er ikke i udbudsmaterialet et krav om fordelingen af TCO over kontraktperioden. Randers Kommune har heller ikke i udbudsbetingelserne medtaget et minimumskrav om, at et tilbud ikke måtte medføre merbevillinger. Hvis Randers Kommune måtte mene, at GlobalConnect og Zibras fordeling af vederlaget over kontraktperioden var mindre favorabelt end Stofa Erhvervs fordeling, skulle dette være indgået i pointgivningen. Stofa Erhverv opnåede en vægтет karakter i forhold til underkriteriet ”Pris WAN” på 0,28, og GlobalConnect og Zibra opnåede en på 0,25. Det blev ikke anført, at tilbuddet fra GlobalConnect og Zibra ikke var i overensstemmelse med Randers Kommunes budgetmæssige forudsætninger.

Randers Kommunes notat om de budgetmæssige konsekvenser ved at antage tilbuddene fra henholdsvis GlobalConnect og Zibra og Stofa Erhverv kan sidestilles med et partsindlæg og bør derfor ikke tillægges vægt, da det ikke dokumenterer, at Randers Kommune undlod at tildele kontrakten til GlobalConnect og Zibra på baggrund af budgetovervejelser. Notatets karakter af partsindlæg fremgår endvidere af, at der i tabellen om merbevilling hverken er medtaget startomkostninger, optioner eller optionsår, som ellers

alle er angivet i kravspecifikationen til udbuddet, og som også er indgået i vurdering af tilbuddene. Karakteristisk ved netop de elementer, som ikke er medtaget i kommunens notat, er, at GlobalConnect og Zibra for så vidt angår disse elementer har en væsentligt lavere pris end Stofa Erhverv. For optionsårene er der tale om prisforskelle på mellem 44,27 % og 55,41 % i GlobalConnect og Zibras favør.

Randers Kommunes argument om, at annullationen er saglig på baggrund af budgetmæssige forhold, har heller ikke støtte i tilbudsevalueringen, tildelingsbeslutningen eller i begrundelse for annullationen af udbuddet. Samtidig er det ikke dokumenteret, at Randers Kommune ikke ville kunne opnå merbevilling i henhold til it-driftsbudgettet.

Som anført indeholder udbudsmaterialet ikke krav om fordelingen/periodiseringen af TCO over kontraktperioden. Hvis Randers Kommune alligevel måtte mene, at GlobalConnect og Zibras fordeling af vederlaget over kontraktperioden var mindre favorabelt end Stofa Erhvervs fordeling, skulle dette være indgået i pointgivningen, hvilket enten er sket, og således ikke har påvirket karakteren, eller ikke er sket, da det ikke er et relevant kriterium.

Randers Kommune har bevisbyrden for, at udbuddet sagligt kunne annulleres med henvisning til budgetmæssige forhold, og denne bevisbyrde er ikke løftet.

Konkurrencemæssige forhold

Da annullationen ikke var begrundet i konkurrencemæssige forhold, er Randers Kommune afskåret fra efterfølgende at gøre gældende, at annullationen var berettiget, da der efter bortfaldet af Stofa Erhvervs tilbud alene forelå ét konditionsmæssigt tilbud. Situationen er ikke som i EU-Domstolens dom i sag C-27/98, *Metalmecanica*, hvor der alene var én tilbudsgiver, der havde afgivet et konditionsmæssigt tilbud, og hvor ordregiveren annullerede udbuddet forud for tildelingen med henvisningen til konkurrencemæssige forhold. I denne sag har Randers Kommune vurderet, at tilbuddene var konditionsmæssige, og kommunen har tildelt kontrakten til en Stofa Erhverv. Randers Kommune har dermed afskåret sig fra at annullere udbuddet med henvisning til konkurrencemæssige forhold.

Interessesammenfaldet mellem Randers Kommune og Stofa Erhverv skærper kravet til saglighed

Den saglighedsvurdering, som skal lægge til grund for annullationen, skærpes, hvis det må antages, at der er interessesammenfald mellem en af tilbudsgiverne og ordregiveren.

Randers Kommunes borgmester er også bestyrelsesformand i Verdo A/S, som ejer Verdo Tele A/S sammen med den koncern, som Stofa Erhverv er en helejet del af. På baggrund af disse oplysninger og sammenfaldet mellem bestyrelsesformanden i Verdo A/S og borgmesteren i Randers Kommune må der gælde en skærpet saglighedsvurdering, da risikoen for manglende ligebehandling øges.

Randers Kommune har gjort gældende, at kommunens annullation af udbuddet ikke er i strid med udbudsreglerne. Annullationen var hverken usaglig eller i strid med ligebehandlingsprincippet.

Adgangen til annullation er vid. Lovlig annullation af udbud er ikke betinget af, at der foreligger vægtige grunde eller undtagelsestilfælde, jf. EU-Domstolens dom i sag C-27/98, *Metalmecannica*, (præmis 23 og 25). Udgangspunktet er derimod, at en ordregiver er berettiget til at annullere et udbud, således at ingen af de afgivne tilbud antages, idet begrundelsen for annullation dog ikke må være usaglig eller i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. U.2011.3129 H.

Begrundelsen for aflysningen af udbuddet var budgetmæssige forhold og uantagelige tilbud. Tilbuddet fra GlobalConnect og Zibra var efter Randers Kommunes opfattelse uantageligt, da det ikke kunne rummes inden for Randers Kommunes budgetmæssige rammer. Begrebet ”uantageligt” tilbud skal forstås synonymt med ”uacceptabelt” tilbud, jf. den ændring i terminologi, der har fundet sted fra udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, (”uantagelige”), til udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, (”uacceptable”). Som det fremgår af udbudslovens § 61, stk. 3, er et tilbud, der overstiger et budget, som ordregiveren har fastsat, et eksempel på et ”uacceptabelt” tilbud.

Randers Kommune fremhæver disse sproglige forhold, selv om udbudsloven ikke finder anvendelse på udbuddet, idet GlobalConnect og Zibra synes at lægge til grund, at der i relation til annullation af udbud er væsentlig for-

skel på, om et tilbud er uantageligt, eller om det overskrider et budget, som er fastlagt på forhånd. Dette er dog to sider af samme sag.

Det kan ikke tillægges betydning, at begrundelsen i meddelelsen til EU-Tidende afviger fra formuleringen i mail af 2. august 2016 til tilbudsgiverne. Meddelelsen i EU-Tidende har alene det formål formelt at annullere udbuddet i forhold til EU's publikationskontor og udgør ikke begrundelsen til tilbudsgiverne.

Randers Kommune har budgetteret således, at den anskaffede ydelse eksklusive optioner skulle kunne anskaffes inden for kommunens afsatte it-driftsbudget. Udbuddet indeholdt en række optioner, herunder f.eks. redundans af udvalgte forbindelser. Kommunen har ikke besluttet, om disse optioner skal anskaffes, og i givet fald skal der skaffes finansiering til anskaffelsen, dvs. merbevillinger ud over det afsatte it-driftsbudget. Allerede i 2015 blev der i forbindelse med en budgetrevision budgetteret med, at der årligt skulle spares 600.000 kr. på fiberforbindelser fra 2017.

It-driftsbudgettet for WAN-forbindelser udgør i 2017 3.566.736 kr. Beløbet fremkommer som 2016-budgettet på 4.166.736 kr. med fradrag af den forventede besparelse på 600.000 kr. fra 2017. Når budgetbeløbet for 2016 er højere end det anførte beløb på 3.500.000 kr. i notatet om "Forslag til indhold i tættekam 3", skyldes det, at Børn og Skoles udgifter til WAN-forbindelser (ca. 600.000 kr. årligt) ikke var med i beløbet på 3.500.000 kr.

Selv om den totale forskel på tilbuddene (TCO WAN) fra Stofa Erhverv og GlobalConnect og Zibra alene udgør et mindre beløb, betyder den markant forskellige periodisering af kommunens udgifter ved de to tilbud, at tilbudet fra GlobalConnect og Zibra ikke kunne rummes inden for kommunens budgetmæssige rammer. Periodiseringerne i GlobalConnect og Zibras tilbud betød, at Randers Kommune ville have behov for en merbevilling på mellem 2.376.864 kr. og 2.456.864 kr. i hvert af kontraktens 5 første år i forhold til budgettet. I kontraktens første 4 år (svarende til budgetperioden) ville der være behov for en merbevilling på 9.827.456 kr., mens der set over kontraktens første 5 år ville være et samlet behov for en merbevilling på 11.964.320 kr. Over en periode på 8 år ville der være behov for en merbevilling på 5.186.888 kr. i forhold til det nuværende it-driftsbudget for WAN-forbindelser. I modsætning hertil kunne Stofa Erhvervs tilbud rummes inden for it-driftsbudgettet. Dette medfører i sig selv, at tilbuddet fra

GlobalConnect og Zibra ikke var i overensstemmelse med Randers Kommunes budgetmæssige forudsætninger, og at kommunens annullation hverken var usaglig eller i strid med ligebehandlingsprincippet.

Som udbudsmaterialet forelå – herunder uden krav om nogen særlig periodisering af betalingerne – kunne kommunen ikke lægge vægt på periodiseringen ved tilbudsevalueringen og dermed pointgivningen. Kommunens evaluering førte uden hensyntagen til periodiseringen til, at tilbuddet fra Stofa Erhverv var økonomisk mest fordelagtigt. Først da det viste sig, at tilbuddet fra Stofa Erhverv ikke kunne antages, jf. Klagenævnet for Udbuds delkendelse af 13. juli 2016, var det relevant nærmere at forholde sig til konsekvenserne af periodiseringen i GlobalConnect og Zibras tilbud. Dette førte til afvisningen af tilbuddet som uantageligt som følge af budgetmæssige forhold og dermed annullation af udbudsforretningen i sin helhed.

Udover at tilbuddet fra GlobalConnect og Zibra ikke kunne rummes inden for it-driftsbudgettet, kunne Randers Kommune også konstatere, at de samlede tilbudssummer (for både GlobalConnect og Zibra og Stofa Erhverv) lå i den høje ende i forhold til forventningerne på forhånd, jf. også Randers Kommunes prioriterede krav om, at TCO WAN maksimalt skulle beløbe sig til 40 mio. kr. De faktiske priser var knap 50 mio. kr.

I en situation, hvor der kun er indkommet 2 tilbud (og kun ét konditions-mæssigt tilbud efter klagenævnets fumusvurdering i delkendelsen af 13. juli 2016) fra i alt 6 prækvalificerede, hvor det eneste konditions-mæssige tilbud overskred it-driftsbudgettet, og hvor de indkomne priser (i både det konditions-mæssige og det ikke-konditions-mæssige tilbud) lå højt i forhold til forventningerne, var det hverken usagligt eller i strid med ligebehandlings-princippet at annullere udbuddet med henvisning til budgetmæssige/økonomiske forhold og forsøge at skabe bedre konkurrence under et genudbud. Selv om der ikke udtrykkeligt er henvist til manglende konkurrence i forbindelse med annullationen, er hensigten med genudbuddet at skabe en bedre konkurrencesituation med henblik på både overholdelse af kommunens it-driftsbudget og nedbringelse af de samlede omkostninger til kontrakten ved en optimering af udbudsgrundlaget. Det er ikke usagligt at annullere et udbud af konkurrencemæssige hensyn.

Randers Kommune har ikke bevisbyrden for, at annullationen var saglig, idet GlobalConnect og Zibra har bevisbyrden for, at udbudsreglerne er

overtrådt. GlobalConnect og Zibra har ikke sandsynliggjort – endsige bevist – en anden årsag til annullationen end det, som kommunen har anført, og en anden årsag foreligger ikke.

Randers Kommunes borgmesters rolle i udbuddet

GlobalConnect og Zibra har gjort gældende, at annullation bl.a. er sket på baggrund af, at Randers Kommune har en interesse i, at kontrakten tildeles Stofa Erhverv, fordi Stofa Erhvervs søsterselskab SE Fibernet A/S (der ejes 100 % af SE Kommunikation A/S) ejer 25 % af selskabet Verdo Tele A/S. De resterende 75 % af Verdo Tele A/S ejes af selskabet Verdo A/S. Bestyrelsesformanden for Verdo A/S er Randers Kommunes borgmester. Verdo A/S er ikke i selskabsretlig forstand koncernforbundet med Stofa Erhverv eller SE Kommunikation A/S.

Disse antydninger om inhabilitet og magtmisbrug er ubegrundede, og de er da heller ikke understøttet af dokumentation.

Randers Kommunes økonomiudvalg, hvor borgmesteren er formand, blev den 26. maj 2016 orienteret om de indkomne tilbud forud for tildelingsbeslutningen. Borgmesteren var af habilitetsmæssige årsager ikke til stede i lokalet under dette punkt.

Udbuddet af WAN har desuden været behandlet i Erhvervs- og landdistriktsudvalget den 20. maj 2015, hvor der blev truffet principbeslutning om at igangsætte udbuddet. Efterfølgende er udvalget løbende blevet holdt orienteret, herunder blevet forelagt en orientering om sagens forløb den 18. maj 2016. Borgmesteren er ikke medlem af Erhvervs- og landdistriktsudvalget og har ikke deltaget i udvalgets møder.

Kommunens borgmester har endvidere ikke deltaget i tilrettelæggelsen eller behandlingen af udbuddet – hverken administrativt eller politisk.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter klagenævns- og retspraksis kan en ordregiver lovligt annullere et udbud, hvis annullationen ikke forfølger et formål, der er i strid med princip-

pet om ligebehandling eller i øvrigt må anses for usagligt.

Randers Kommune meddelte den 2. august 2016 tilbudsgiverne, at udbuddet blev annulleret med begrundelse i budgetmæssige forhold og uantagelige tilbud. Det er uden betydning, at det i den supplerende bekendtgørelse i TED alene blev anført, at begrundelsen for annullationen af udbuddet var uantagelige tilbud, idet dette i sammenhængen må anses for at omfatte budgetmæssige forhold.

Af udbudsbetingelsernes kravspecifikation fremgår, at det var et prioriteret krav, at TCO WAN (totaløkonomi på den samlede leverance over 10 år) maksimalt beløb sig til 40 mio. kr. Udbudsmaterialet indeholder ikke oplysninger om Randers Kommunes budgetmæssige forudsætninger for den udbudte kontrakt, og der er ikke krav om en særlig periodisering af de totale omkostninger i kontraktperioden og optionsårene.

Klagenævnet lægger efter notatet af 1. marts 2015 om ”Forslag til indhold i tættekam 3” til grund, at der fra 2017 skulle ske en reduktion af udgiften på it-budgettet, således at budgettet for den udbudte kontrakt udgjorde ca. 3.500.000 kr. årligt.

De priser, som GlobalConnect og Zibra og Stofa Erhverv tilbød i kontraktperioden og optionsårene, var stort set ens – 49.942.737 kr. og 49.360.114 kr. Efter Randers Kommunes notat om tilbuddenes budgetmæssige konsekvenser med diverse opgørelser over udgifterne i kontraktperioden med og uden optioner og behovet for merbevillinger de enkelte år lægger klagenævnet til grund, at en kontrakt med GlobalConnect og Zibra uden optioner ville medføre, at der var behov for en merbevilling i kontraktperioden (8 år) på 5.186.888 kr., mens der ikke var behov for en tilsvarende merbevilling ved en kontrakt med Stofa Erhverv.

Efter det anførte var Randers Kommunes annullation af udbuddet som følge af budgetmæssige forhold ikke i strid med ligebehandlingsprincippet eller usaglig.

Da GlobalConnect og Zibra ikke har godtgjort, at kommunens annullation af udbuddet i øvrigt var usaglig, herunder at det har haft betydning, at Randers Kommunes borgmester også er bestyrelsesformand i Verdo A/S, tager klagenævnet ikke påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

GlobalConnect A/S og Zibra Wireless ApS skal i sagsomkostninger til Randers Kommune inden 14 dage betale 30.000 kr. efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Dorthe Hylleberg
kontorfuldmægtig