

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

## K E N D E L S E

ABB A/S  
(advokat Betina Wichmann, Hellerup)

mod

Udviklingselskabet By og Havn I/S  
(advokat Jesper Kaltoft og advokat Sofie Fischermann, København)

Klagenævnet har den 9. oktober 2023 modtaget en klage fra ABB A/S (herefter "ABB").

ABB har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Udviklingselskabet By og Havn I/S (herefter "By og Havn") har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-21, supplerende klageskrift med bilag 22-24 og svarskrift med bilag A-O.

### Klagens indhold

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

#### "Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsy-

ningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra a, ved at overgå fra offentligt udbud til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse, idet betingelserne herfor ikke var opfyldt.

#### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne for ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1, ved at ændre hovedterminen for aflevering af arbejderne i udførelsestidsplanen i kontrakt ”Design and Supply Contract – Shoreside Power Systems (SPS)”, uden at gennemføre en ny udbudsprocedure, idet hovedterminen udgør et grundlæggende element.

#### Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne for ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1, idet By og Havns evaluering var usaglig, uigennemsigtig og diskriminerende.

#### Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Indklagedes beslutning om tildeling af kontrakten af 22. september 2023 til PowerCon A/S i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.”

By og Havn har nedlagt påstand om, at påstand 1, 2 og 4 ikke tages til følge, og at påstand 3 afvises, subsidiært ikke tages til følge.

#### Andre oplysninger i sagen

##### *Udbud 2022*

Den 3. juni 2022 udbød By og Havn ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 107-302835 en kontrakt om levering af et landstrømsanlæg til Oceankaj i Nordhavn og Langelinie kaj i Københavns havn. Udbuddet blev gennemført som et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. By og Havn annullerede udbuddet, og det er oplyst, at baggrunden var et behov for at foretage ændringer i den tekniske beskrivelse af ydelsen. Den 2. september 2022 genudbød By og Havn ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 169-480016 kontrakten om landstrømsanlægget.

By og Havn modtog to tilbud ved genudbuddet. Den 10. marts 2023 anul-

lerede By og Havn udbuddet med den begrundelse, at de tilbudte priser oversteg det fastlagte budget for etableringen af anlægget med 100 %.

Det er oplyst, at ABB ikke ansøgte om prækvalifikation ved udbuddene af henholdsvis 3. juni 2022 og 2. september 2022.

By og Havns tekniske rådgiver udarbejdede notat af 24. marts 2023 med mulige besparelestiltag ved etablering af landstrømsanlægget.

### *Udbud maj 2023*

By og Havn er et offentligt ejet selskab, der har til opgave at udvikle store og centrale byområder i København, herunder Langelinie, Nordhavn og Ørestad, og at drive Københavns Havn. En del af denne opgave er udlagt til datterselskabet Copenhagen Malmö Port (CMP), som bl.a. skal drifte det kommende landstrømsanlæg. By og Havn ejes af Københavns Kommune (95 %) og Staten (5 %).

Inden offentliggørelsen af genudbuddet af landstrømsanlægget undersøgte By og Havn i samarbejde med sin tekniske rådgiver, hvordan udbuddet kunne sammensættes. I den forbindelse sendte By og Havn følgende mail til brug for et styregruppemøde mellem By og Havn, CMP og Københavns Kommune:

”...

Vedhæftet er opdateret notat fra COWI, samt notat fra Atkins. Som det fremgår er seneste økonomiestimat noget mere overskueligt, hvilket lover godt for realiseringen af landstrømsanlægget. I notatet er der to scenarier: A og B. Der er en varianter af scenarie B, hvilket giver følgende tre scenarier:

- Scenarie A: 64 MVA fra SMK
- Scenarie B: 20 MVA fra midlertidigt station i Nordhavn og i 2028 opgradering til 64 MVA fra ny permanent hovedstation i Nordhavn
- Scenarie B1 er lig med B, men uden etapedeling og derfor billigere

By & Havn har haft en indledende drøftelse med CMP om business-casen. På baggrund af de af CMP estimerede indtægter, så vurderer B&H at business-casen kan dække en samlet anlægssum på 275-325 mio.kr. / et samlet budget på 175-225 mio.kr. efter lån fra KK og tilskud fra EU afhængigt af de præcise vilkår, som aftales mellem CMP og B&H, samt mellem B&H og KK.

## Samlet anlægsøkonomi med udvalgte scenarier

	Budget 2020 (CMP)	Budget 2022 (oktober)	Budget 2023 (februar)	Scenarie A	Scenarie B	Scenarie B1
Nettilslutning inkl. linje føring mellem Oceankaj og Lange Linie	29,7	47,5	62	85	66	66
Tilslutningsafgift (estimerede omkostninger fra Radius)	<i>Indeholdt i ovenstående</i>	12	15	15	15	15
Converter, inkl. tilslutningspunkter til landstrøm og kabelhåndtering	98,5	129	247	175	186	175
Rådgivning, tilsyn, projektopfølgning	10	7	7	7	7	7
Uforudsete, 15 pct.	10	27,5	50	41	40	38
<b>Samlet, anlægssum</b>	<b>148,2</b>	<b>223,0</b>	<b>381</b>	<b>316</b>	<b>307</b>	<b>294</b>
Forventet EU tilskud	25	25	25	25	25	25
Forventet lån (Kbh. K)	77	77	77	77	77	77
<b>Samlet budget</b>	<b>46,2</b>	<b>121</b>	<b>279</b>	<b>214</b>	<b>205</b>	<b>192</b>
Finansiering business-case				Fra 175 til 225	Fra 175 til 225	Fra 175 til 225
<b>Total</b>				<b>Fra -39 til 11</b>	<b>Fra -30 til 20</b>	<b>Fra -17 til 33</b>

Det bemærkes, at de ovenstående budgetter indebærer, at kablerne ligger oven på kaj. Hvis kablerne skal nedgraves eller håndteres på anden vis, så vil det indebære en merudgift på ca. 15 mio.kr. Spørgsmål vedr. risici mv. er ikke afklaret.

B&H anbefaler, at der arbejdes videre med scenarie B (inkl. varianterne B1 og B2), fordi disse scenarier indebærer færrest risici, er billigere og giver en bedre løsning (permanent fast tilslutning med fuld netadgang).

Konklusionen er, at det pt. ser ud til, at økonomien i landstrømsprojektet kan balancere. Det bemærkes dog, at det fortsat er en komplekst projekt med betydelige risici for overskridelser af budget og tidsplan. Største risiko er licitationsresultat, og By & Havn foreslår på den baggrund, at projektet fortsætter, og der gøres fornyet status efter gennemførelse af udbud i august måned.

...”

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 103-323741 af 26. maj 2023, offentliggjort den 31. maj 2023, udbød By og Havn som offentligt udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet kontrakten om landstrømsanlægget til Langelinie kaj i Københavns havn og Oceankaj i Nordhavn. Kontrakten havde en forventet samlet værdi på 140.000.000 kr., og tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor ”Price” vægtede 55 %, ”Technical Solution” vægtede 25 %, ”Organisation and staffing” vægtede 10 %, og ”Process description” vægtede 10 %.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår bl.a. følgende:

”II.2.4) Description of the procurement:

CPH City & Port I/S’ (in the following referred to as ”the Contracting Authority”) has initiated this tender procedure concerning Shoreside Power Supply, SPS. The Shoreside Power Supply is to supply Oceankaj and Langelinie kaj, two quays situated in the port of Copenhagen, with the converter situated at Oceankaj. The project includes the complete design, deliverance and execution of a converter station incl. isolations transformers, shoreside power distribution, cable management systems (Shoreside Power System, SPS) incl. any necessary connection boxes, which will connect with a shore power supply for cruise ships calling at both Oceankaj in Nordhavn and Langelinie kaj in Copenhagen Inner Harbour.

The Supplier shall as a turnkey Supplier be responsible for and perform the complete design, including Design management and ICT management, and execute all turnkey supply services (hereinafter referred to as the ”Services”).

The Design and Supply Contract has the following options (”Options”), cf. section 6 of the Design and Supply Contract.

- Option 1: Additional frequency converter capacity needed to reach a total capacity of at least 48 MVA measured as a sum at the ship connection plugs. The added frequency converters and their auxiliary equipment shall have same specifications as the equipment supplied in the basic scope.
- Option 2: One additional mobile cable system crane, rated to 16 MVA, available at Oceankaj with possibility to connect to any of the shore side terminal boxes O-T1, O-T2, O-T3. The additional mobile cable system crane vehicles shall have same specifications as the equipment supplied in the basic scope.
- Option 3: The Service & Maintenance Agreement has a duration of 2 years with an option to increase with a duration of 1 year for three times, i.e. af total duration for up to 5 years.
- Option 4: Additional earthing switch housing and required cabling from

earthing switch housing and to CMS and CMS solution at Langelinie at a capacity of 16 MVA.

The Contract will be carried out in the period 5 September 2023 – 6 March 2025 with subsequent Stability Test, service & maintenance, one-year inspection etc.

...

II.2.7) Duration of the contract, framework agreement or dynamic purchasing system

Start: 05/09/2023

End: 06/03/2025

This contract is subject to renewal: no

...”

I udbudsbetingelserne står bl.a. følgende:

”1. INTRODUCTION

...

1.2 ...

...

The Contract will be carried out in the period 5 September 2023 – 6 March 2025 with subsequent Stability Test, service & maintenance, one-year inspection etc.

1.3 Information on the Supplier’s services

The Supplier’s services and tasks are summarised as follows:

- Final project design
- Execution, including delivery, installation, commissioning, etc.
- Handover, including pre-handover review
- One-year inspection

Reference is made to the Design and Supply Contract for a detailed description as well as the technical documents as listed in the documents list.

...

3. INDICATIVE TIME SCHEDULE

The following indicative time schedule indicates the most important milestones of the tender procedure and when they are expected to be completed:

Date	Milestone
26 May 2023	Submission of Contract Notice via TED
15 June 2023, at 13.00-15.00.	Information meeting and inspection. Registration is required via the electronic Procurement Platform no later than 13 June 2023.
21 July 2023	Deadline for submission of questions to the Tender Documents
28 July 2023	Deadline for submission of answers to the questions to the Tender Documents
<b>4 August 2023 at 12.00 (noon) (CET)</b>	<b>Deadline for submission of Tender - <u>12.00 noon (CET)</u></b>
23 August 2023	Expected notification to tenderers of the result of the evaluation and award of the Contract  Initiation of standstill period.
4 September 2023	Expiry of standstill period of 10 calendar days
5 September 2023	Expected signing of the Contract

#### 4. COMMUNICATION DURING THE TENDER PROCEDURE

##### 4.1 Questions and answers

The Contracting Authority encourages tenderers to submit clarifying questions if the Tender Documents raise any doubt.

The tenderers are encouraged to inform the Contracting Authority as soon as possible if the tenderers discover potential discrepancies in the Tender Documents. The tenderers are furthermore encouraged to state which section or part of the Tender Documents the question relates to.

Questions regarding the Tender Documents must be submitted via the Q&A-module in electronic Procurement Platform. All questions must be submitted in writing and in English.

Questions and answers will be published in anonymized form via the electronic Procurement Platform.

Questions received before the deadline for submission of questions will in any case be answered. Questions received thereafter can only be expected to be answered to the extent that the Contracting Authority can answer no later than six (6) days before the tender deadline.

##### 4.2 Additional information and corrective sheets

The Contracting Authority may publish corrective sheets or other supplementary information which replaces or supplement parts of the Tender

Documents. Such changes can be made up to six (6) days before the tender submission deadline in accordance with section 134 of the Danish Public Procurement Act. Changes may occur as a result of questions to the Tender Documents from tenderers or at the Contracting Authority's own initiative.

The tenderer must keep himself informed of corrective sheets and other supplementary information via the electronic Procurement Platform.

#### 4.3 Revised Tender Documents

The Contracting Authority may choose to adjust the Tender Documents during the entire Tender Procedure.

Adjustments can be implemented on the Contracting Authorities own initiative or based upon answers to questions submitted in writing, cf. section 4.1 above.

All revised Tender Documents will be published via the electronic Procurement Platform.

Tenderers are encouraged to continuously keep informed of changes to the Tender Documents.

...

#### 7.1 Front page of the tender

The tenderer must complete and sign the template for the front page of the tender that is included in the Tender Documents.

On the front page of the tender, the tenderer must declare with signature (electronically signature is accepted) that the tender has been submitted in accordance with the requirements in the Tender Documents, and that the tenderer is bound by the tender, including the offered prices/rates in the BoQ, during the stipulated period of validity (tender validity period), cf. section 6.3.2.

If the tenderer wishes to make reservations, please state these on the front page of the tender. However, the tenderer is strongly encouraged not to make reservations, as reservations entail a risk that the tender will not be considered, cf. section 7.8.

...

#### 7.3 Organisation and staffing

For use in the evaluation of the sub-criterion "Organisation and staffing",



cf. section 9.3.2, the tender must contain a description of the tenderer's organisation and staffing regarding this project. The description of Organisation and staffing should at least include the following elements:

- A CV from each of the following four (3) key employees, who must be represented in the tenderer's organization:
  - 1) Project manager
  - 2) Design manager
  - 3) Quality manager

It should be clearly stated in the CV which category of key employees the person in question belongs to.

Each CV should include the following information:

- Name and seniority
  - Education
  - Relevant supplementary or continuation education
  - Previous employment and job functions
  - Information regarding any management tasks (if any)
  - The most significant corresponding tasks (max. 5 references) that the key employee has performed (or if it is currently in the construction stage) within the last five (5) years, indicating the nature of the task, fee, and execution period. "Corresponding tasks" means the participation in/executing of Shore-to-ship power supply solutions with a capacity of minimum 16 MVA including cable management vehicles. If the tenderer submits more than five (5) references, the tenderer can only expect that the five (5) first-mentioned references will be given weight.
- The key employee offered in the tenderer's Organisation and staffing must be used in the performance of the Contract and can, in principle, only be replaced by another key employee with a prior consent and acceptable from the Contracting Authority, cf. section 9.4 in the Design and Supply Contract.
  - A clear and precise description of the project Organisation that the tenderer makes available for the implementation of the Contract, and where all key employees within the above-mentioned employee categories have well-established roles.
    - The project Organisation must state competencies, lines of communication, responsibilities, and relations to the Organisation of the Contracting Authority.

- The project Organisation must explain how illness and other absences are handled. The description of the project Organisation is expected to include an organizational diagram.
- It must be stated in the description of the project Organisation whether the Supplier intends to subcontract certain parts of the Contract, including which part(s) and with which sub supplier(s) – to the extent known.

The tenderer's description of Organisation and staffing shall not exceed two (2) A4 pages for each CV for the key employee, and four (4) A4 pages for the description of the project Organization, not counting attachments in the form of organizational diagram, images etc. The Contracting Authority will not include information that does not appear on the first two (2) pages of each CV and the first four (4) pages of the project Organisation in the evaluation.

#### 7.4 Process description

For use in the evaluation of the sub-criterion "Process description", cf. section 9.3.3, the tender must contain a description of the process. The Process description should at least include the following elements:

- Description of the tenderer's proposal for process and main schedule, including
  - A plan for the tenderer's coordination of own work and with other suppliers/contractors.
  - A description of how the tenderer will organize and manage its work to ensure compliance with economy and time schedules.
  - A master programme in which the tenderer outlines the implementation of the Contract that complies with the main milestones set out in section 10 of the Design and Supply Contract.
  - A description of five (5) primary technical, timely and financial risks identified regarding this project, and how the tenderer intends to ensure adequate risk management during the executing of the Contract.
  - A description of how the tenderer will ensure that cooperation between the parties/adjacent constructions are handled.
  - Time schedule for design and execution stages.

The tenderer's Process description shall not exceed four (4) A4 pages, not counting attachments in the form of images, diagrams, figures etc. The Contracting Authority will not include information that does not appear on the first four (4) pages in the evaluation.

### 7.5 Technical solution

For use in the evaluation of the sub-criterion “Technical solution”, cf. section 9.3.3, the tender must contain a description of the offered technical solution regarding this project. The Technical Solution should at least include the following elements:

- Converter station
  - Layout drawings and general arrangements
  - Electrical single line diagrams for main MV and LV power circuits
  - Identification and preliminary data for main components
  - Preliminary data and ratings for main power distribution systems, switchgear, busbars etc.
  - Preliminary data, ratings, and performance for converters
  - Concepts for automatic load transfer and preference trip
  - Preliminary concepts for redundancy in converters and auxiliary systems
  - Preliminary concepts for main control and relay protection systems
- MV power distribution
  - Preliminary data and concept for underground cable system solutions
  - Preliminary data and drawings of MV power connection points
- Mobile cable management vehicles
  - Information, drawings and brochure of tendered vehicles
  - X-Y reach capability and water level compensation capability
  - Main power cable data, type, length

- Connection plug data
- General description on all necessary steps from shore side staff during normal ship connection and disconnection process
- Losses and efficiency
  - Loss calculations are described in the Bill of Quantities
- List of power system studies to be conducted during detailed design
- Site testing procedures and principles
- Description of civil works

The tenderer's description of the technical solution shall not exceed 60 A4 pages, not counting attachments in the form of specification, images, diagrams, figures etc. The Contracting Authority will not include information that does not appear on the first 60 pages in the evaluation.

...

### 7.8 Reservations

Any intentional or unintentional discrepancy between the Tender Documents and the tender constitutes a reservation. The tenderer is encouraged not to make any reservations.

If there are circumstances, conditions or ambiguities in the Tender Documents that may cause the tenderer to consider making reservations, the tenderer is instead encouraged – as soon as possible – to submit questions to the Contracting Authority to clarify these matters, conditions or ambiguities, cf. section 4.1.

If the tenderer should choose to include reservations in its tender, the tenderer is encouraged to expressly indicate any reservations at the front page of the Tender, cf. section 7.1, and account for the reason for the reservation.

If the tender contains reservations relating to essential elements of the Tender Documents, the Contracting Authority will be obliged to reject the tender. The Contracting Authority is also obliged to reject tenders containing reservations concerning non-essential elements if the Contracting Authority considers it impossible to price the reservation in the

tender.

...

## 9. EVALUATION AND AWARD

### 9.1 Contract award criteria

The Contract will be awarded to the tenderer, which has submitted the most economically advantageous tender.

The most economically advantageous tender will be identified on the basis of the award criteria 'best price-quality ratio'.

### 9.2 Sub-criteria

The tender with the best price-quality ratio will be identified on the basis of the sub-criteria stated below. The weight of each sub-criterion is indicated in its column.

<b>Sub-criteria</b>	<b>Weight</b>
Price	55 %
Organisation and staffing	10 %
Process description	10 %
Technical solution	25 %

### 9.3 Award of points for sub-criteria "Price"

#### 9.3.1 Price (55 %)

...

#### 9.3.2 Organisation and staffing (10 %)

When evaluating the tenderer's fulfilment of the sub-criterion "Organisation and staffing", the Contracting Authority will, on the basis of an overall assessment of the tenderer's description of the tenderer's organisation and staffing, cf. section 7.3 emphasize:

- That the organisation is concrete and project-specific.
- That the tenderer's organisation is clear and operational, as well as suitable for supporting the cooperation throughout the project.
- That clear communication paths are described both internally in the organisation and in relation to the Contracting Authority.
- That the description contains well-founded considerations about how the collaboration will be supported and how the tenderer's team is composed.
- That the CV's of key employees show relevant experience and competences in relation to their intended role and responsibilities

in the project and in relation the project.

### 9.3.3 Process description (10 %)

When evaluating the tenderer's fulfilment of the sub-criterion "Process description", the Contracting Authority will, on the basis of an overall assessment of the tenderer's description of the process, cf. section 7.4 emphasize:

- That the description is concrete and project-specific, and that an understanding of a constructive and proactive cooperation and development process is shown.
- That the Process description is clear and operational and suitable to support the development towards the conclusion of a design and supply contract for Production
- That the master programme is clear, realistic and well-founded as well as takes separate adjacent constructions into account.
- That methods, tools and approaches are presented, which are expected to be used in the development for the purpose of ensuring a framework in the tender, including management of interfaces and risks.
- That specific proposals for meeting and decision structure are presented.

### 9.3.4 Technical solution (25 %)

When evaluating the tenderer's fulfilment of the sub-criterion "Technical solution", the Contracting Authority will, on the basis of an overall assessment of the tenderer's description of the offered technical solution, cf. section 7.5 emphasize:

- Whether good proposals are given on the design of the project and the management of all interfaces and risks.
- That the technical solution meets (or overachieves) the set Technical Requirement Specification as best as possible.
- That the technical solution is robust and flexible.
- That redundancy of components and the possibility of running the system with missing converters at minimized capacity is ensured.
- Ease of maintenance is included in the design.
- Minimum visual impact of surrounding areas is minimized as well as integration in existing architecture.
- A low power loss for the system as a whole.

### 9.3.5 Award of points for sub-criteria "Organisation and staffing", "Process description", and "Technical solution"

In the evaluation of the qualitative sub-criteria, "Organisation and staffing", "Process description" and "Technical solution", the Contracting Authority will award the tenderer a point score in the form of a whole number based on the following grading scale:

Grading scale	Points
Is given for the exceptional tender that best fulfils the sub-criterion with none or few insignificant exceptions.	10
Is given for the excellent tender that with one or few significant exceptions.	9
Is given for the tender that has a very good fulfilment of the sub-criterion.	8
Is given for the tender that has a good fulfilment of the sub-criterion.	7
Is given for the tender that has a fulfilment of the sub-criterion which is between good and satisfactory.	6
Is given for the tender that has a satisfactory fulfilment of the sub-criterion.	5
Is given for the tender that has a less satisfactory fulfilment of the sub-criterion.	4
Is given for the tender that has a fulfilment of the sub-criterion which is between less satisfactory and unsatisfactory.	3
Is given for the tender that has an unsatisfactory fulfilment of the sub-criterion.	2
Is given for the tender that has a very unsatisfactory fulfilment of the sub-criterion.	1
Is given for the tender that is conditional, but where no information can be given any positive weight in the assessment of the sub-criterion.	0

...

Af udkastet til kontrakt fremgår bl.a. følgende:

#### "6. Options

The Options are as follows:

- Option 1: Additional frequency converter capacity needed to reach a total capacity of at least 48 MVA measured as a sum at the ship connection plugs. The added frequency converters and their auxiliary equipment shall have same specifications as the equipment supplied in the basic scope ("Option 1"), cf. Technical Requirements, section 13.
- Option 2: One additional mobile cable system crane, rated to 16 MVA, available at Oeankaj with possibility to connect to any of the shore side terminal boxes O-T1, O-T2, O-T3. The additional mobile cable system crane vehicles shall have same specifications as the equipment supplied in the basic scope ("Option 2"), cf. Technical Requirements, section 13.

- Option 3: Extension of the required 2-year service and maintenance agreement (Appendix 4) with an option to increase with a duration of 1 year for three times, i.e., a total duration for up to 5 years, cf. Technical Requirements, section 13. Option 3 is described in Appendix 4.
- Option 4: Additional earthing switch housing and required cabling from earthing switch housing and to CMS and CMS solution at Langelinie at a capacity of 16 MVA, cf. Technical Requirements, section 13.
- Common for Option 1, 2 and 4: The Client can order Option 1 and/or Option 2 and/or Option 4 until 1 month after conclusion of the Design and Supply Contract. If the Client orders Option 1 and/or Option 2 and/or Option 4 within the deadline, the Supplier is obliged to provide these services.

The Client is not obliged to exercise Option 1 and/or Option 2 and/or Option 4, and there is thus no purchase obligation.

If the Client exercises Option 1 and/or Option 2 and/or Option 4, the Supplier will be remunerated in accordance with the BoQ.

...

## 10. Time and delay

### 10.1 Agreed master programme (time schedule)

- 10.1.1 The agreed master programme (time schedule) will be prepared by the Supplier in the tendering procedure prior to conclusion of this Design and Supply Contract. The agreed master programme complies with the following main milestones:

Milestone	Time
Basic design of converter station (input for foundations)	21 February 2024
11kV cables ready to connect	14 January 2025
30kV cables ready to connect	1 February 2025
Handover	6 March 2025

The Supplier's Services must comply with the agreed master programme.

### 10.2 Design schedule and execution schedule

- 10.2.1 The Supplier must no later than 10 working days after the conclusion of the Design and Supply Contract deliver a design and execution schedule.



10.2.2 The design and execution schedule must comply with the deadlines in the agreed master programme and must be comprehensive to a degree where the progress of the work can be followed in detail at the individual client meeting. The design schedule and the execution schedule must as a minimum include the following:

a. Main milestones, cf. section 10.1.1

...”

I forbindelse med det offentlige udbud havde tilbudsgiverne mulighed for at stille spørgsmål til udbudsmaterialet. Der blev bl.a. stillet og besvaret følgende spørgsmål:

”

23-Q396	<p><i>Regarding 2.3 Technical requirements</i> Section 10, p. 32 The southern part of Langelinie (L-T2) is undergoing refurbishment/construction works at the time during which the successful Tenderer is supposed to carry out works in this area. This does not seem feasible in any way, and we kindly request clarification as to when these works in the scope of the successful Tenderer are to be carried out instead.</p>	<p>The Contracting Authority acknowledge the difficulties by having the entire shore-side power system installed at the same time as part of the quay at Langelinie is under restoration by another contractor. Therefore, the Contracting Authority has decided to postpone the milestone for handover of Terminal L-T2 (the terminal at the southern part of Langelinie). Handover of Terminal L-T2 is therefore postponed until 30 April 2025.</p> <p>In relation to this amendment to the tender material, the Contracting Authority has decided to postpone the tender deadline as well. The deadline for submission of tenders is now <b>11 August 2023 at 12.00 (noon)</b>.</p> <p>Please refer to corrective sheet no. 2 for further details and consequences of the postponements.</p>	...
...	...		
23-Q458	<p><i>Regarding 2.3 Technical requirements</i> Clause: 6.2 Main electrical ratings Power factor measured at 30 kV grid connection point shall be in the range 0,97-1 as 15-minute mean value. As the requirement is imposed at the grid connection point the Supplier shall include compensation of reactive power contributions from the 30 kV cable from grid connection point to converter station even though this cable is not within Supplier's scope.</p>	<p>PF of 0,95 is not in the required range of 0,97 – 1.</p>	

	<p>Question: AFE has higher conversion losses than diode rectifier system (AFE 97,5% vs diode 98,4%). For delivery of system with highest conversion efficiency a static converter with diode rectifier would be required. Requirement for 'grid power factor' 'around' 0.97, diode rectifier solution has a grid Pf of a 0,95 which is close to 0,97 (in the 'range' of). Kindly elaborate.</p>		
23-Q459	<p><i>Regarding 2.3 Technical requirements</i>          Clause 6.3 Frequency converters. Active front end is required to ensure a more efficient system</p> <p>Question: Please can you clarify how you have come to the conclusion that AFE would offer the best efficiency? Are suppliers able to offer more efficient options?</p>	As indicated, AFE technology must be used.	

”

By og Havn drøftede besvarelsen af spørgsmål 23-Q396 med den juridiske rådgiver. Af mail af 11. juli 2023 fra By og Havns tekniske rådgiver, COWI, til bl.a. By og Havns juridiske rådgiver, Bech-Bruun, fremgår følgende:

” ...

We need you to review/approve the answer to Q396 that we want to send:

23-Q396	<p><i>Regarding 2.3 Technical requirements</i>          Section 10, p. 32</p> <p>The southern part of Langelinie (L-T2) is undergoing refurbishment/construction works at the time during which the successful Tenderer is supposed to carry out works in this area. This does not seem feasible in any way, and we kindly request clarification as to when these works in the scope of the successful Tenderer are to be carried out instead.</p>	<p>[COWI / Bech-Bruun]          Works in southern part of Langelinie are set to begin 1<sup>st</sup> of November 2023.          A variety of works for the renovation project inside the ISPS area will take place from Q4-2023 to Q4-2024.</p> <p>The Client is aware of the situation of having several works at the same time in this location.          Further discussions about the solutions and deadlines will be carried out with respect to the contractor's proposed design and timeline. The discussions will be after the awarding of the project.</p>
---------	--	---

As per your legal advice, is it feasible?

...”

Bech-Bruun svarede senere samme dag:

” ...

This is public procurement wise a very delicate matter as the stated milestones in the contract is in general considered fundamental for the procurement (da: ”grundlæggende element”) and can therefore not be changed during or after the tender phase. Back when we were first introduced to this question at the inspection, we made an initial legal assessment of the possibilities to – during the tender phase – postpone the handover of the second terminal on Langelinie. The conclusion back then was that it would be possible to postpone the handover of only the second terminal on Langelinie under the necessary prerequisites that i) the postponement is announced prior to the tender deadline, and ii) that the exact length of the postponement is stipulated during the tender phase. Even this solution is connected to a certain degree of risks in regard of the public procurement rules.

We can of course make a thorough assessment of the possibilities for having the discussion regarding deadlines with the chosen contractor after the allotment or signing, cf. your draft answer. We do, however, consider it very unlikely to find a way making that work. It would be connected to a lower degree of exposure if you could make it more clear in your answer what you expect to discuss and agree on with the winning tenderer. Especially if these agreements can be about other things than postponing the deadlines or changing milestones.

Please let me know if you want to discuss this in a meeting. COWI and Bech-Bruun can of course make an initial answer for the question together, but if we wish to make any changes to the current tender material, the answer would have to be discussed thoroughly with By & Havn considering the risks.

...”

Den 12. juli 2023 sendte By og Havns juridiske rådgiver følgende mail:

” ...

Following our talks with By & Havn regarding a solution for the issues connected to simultaneous works at Langelinie for both the contractor performing the restoration of the quay and the supplier of the shore side power system, Bech-Bruun has as agreed with By & Havn outlined the following steps:

Instead of postponing the decision until after the award or signing of the contract, the decision will be made beforehand and a postponement of the handover of LT-2 will be communicated to the tenderers as an answer in the Q&A and via a corrective sheet. These changes will result in a new milestone-plan as the following. All changes/amendments are made in red.

<i>Milestone</i>	<i>Time</i>
<i>Basic design of converter station (input for foundations)</i>	<i>21 February 2024</i>
<i>11 kV cables ready to connect</i>	<i>14 January 2025</i>
<i>30 kV cables ready to connect</i>	<i>1 February 2025</i>
<i>Handover, excl. LT-2</i>	<i>6 March 2025</i>
<i>Handover of the terminal at Langelinie South (LT2)</i>	<i>15 May 2025</i>

*According to an e-mail received from [...] on 26 May 2023 at 9.25am, the restoration works at Langelinie stage II are finalized on 15 January 2025.*

If this new milestone plan, incl. the division of one handover into two handovers, the payment plan has to be reconsidered as well, cf. the Design and Supply Contract section 12.2. Bech-Bruun will revert on this matters.

...

#### Legal assessment of the possibilities in regard of public procurement rules to postpone the handover of the last terminal at Langelinie South

As the assessment has previously only been discussed with [...] by phone, please see the full assessment below. As it was only prepared for By & Havn on a strict legal matter, the following is written in Danish when not referring to the tender documents.

...

#### Det juridiske grundlag

Udgangspunktet er, at ordregiver ikke frit kan ændre i udbudsmaterialet under udbudsprocessen. Det afhænger af ændringens karakter.

Der sondres i teori og praksis mellem følgende tre typer ændringer i kontraktmaterialet under udbudsprocessen:

- Uvæsentlige ændringer: Ændringer, der har en sådan karakter, at den ikke påvirker den tid, som ansøger eller tilbudsgiver skal bruge på at udarbejde ansøgning eller tilbud. Derudover kan uvæsentlige ændringer heller ikke have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet eller fordrejet konkurrencen. Uvæsentlige ændringer medfører ikke en pligt til at forlænge fristerne.
- Væsentlige ændringer: Ændringer, der medfører, at ansøgerne eller tilbudsgiverne skal bruge yderligere tid til at forstå og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet. Væsentlige ændringer kan fx være nye oplysninger, der skal tilføjes i udbudsmaterialet. Væsentlige ændringer betyder, at der skal sættes en ny frist. Der er

ikke noget tidsmæssigt krav om, hvornår ændringen skal være foretaget for at udløse en ny frist.

- Ændringer af et grundlæggende element: Ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, hvis ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt. Det vil som udgangspunkt være en ændring af et grundlæggende element, hvis ordregiver ændrer på den offentliggjorte evalueringsmetode, eller hvis ordregiver ændrer på minimumskrav til deltagelse i konkurrence, fx ændring af omsætningskrav til tilbudsgivers virksomhed. Ønsker ordregiver at ændre på grundlæggende elementer, vil denne være nødt til at annullere det konkrete udbud.

Der er ikke i teori eller praksis nogen *generel regel* om, at en udskydelse af udførelsestidsplanen er en ændring af et grundlæggende element.

Afgørende for, om der ved udskydelse af udførelsestidsplanen er tale om ændring af grundlæggende elementer, må først og fremmest bero på en konkret vurdering af, om andre aktører, der ikke har udtrykt ønske om at deltage i udbuddet, må formodes at have været interesserede i at deltage, eller at ændringen forrykker konkurrencen mellem de bydende.

Praksis for udskydelse af leveringstiden synes dog meget skærpet:

[herefter gennemgang af klagenævnets kendelser af 4. oktober 2019 (Vitronic mod Sund og Bælt Holding A/S), af 27. september 2018 (Staples Denmark ApS mod Aalborg Kommune m.fl.), af 15. marts 2021 (Brdr. Thybo A/S mod Horsens Kommune), og af 23. juni 2020 (PDC A/S mod Region Hovedstaden)]

Sammenfattende synes især nyere praksis fra Klagenævnet – ved bedømmelsen af, om en forlængelse af udførelsestidsplanen er en ændring af et grundlæggende element – at lægge vægt på, *hvad* der fremgik af udbudsmaterialet (både udbudsbetingelser og kontrakten), dvs. om udførelsestidsplanen var angivet som et mindstekrav eller ej, om der var undtagelser hertil eller betingelser herfor og/eller om leveringstidspunktet/tidsplanen indgik som et konkurrenceparameter i evalueringen af tilbuddene. Derudover må det antages, at varigheden af udskydelsen har betydning, samt om der er tale om udskydelse af levering af en (*mindre*) *delopgave* eller *den samlede ydelse*. Endelig – som nævnt ovenfor – har det formentlig også betydning, hvorvidt kontraktens ydelse kan betegnes som kompleks eller ej.

Konkret ift. landstrømsudbuddet

Landstrømsudbuddet må anses for at være et forholdsvis komplekst projekt, særligt fordi arbejderne har sammenhæng med flere andre igangværende entrepriseropgaver.

Der er i kontraktens afsnit 10.1.1 alene angivet fire hovedterminer, herunder afleveringsterminen d. 6. marts 2023. Denne afleveringstermin følger også af udbudsbekendtgørelsens afsnit II.2.7.

By & Havn ønsker alene at udskyde *en del af afleveringen*, således at tilslutningsmuligheden på Langelinie LT-2 skal ske 70 dage efter den delvise aflevering, dvs. den 15. maj 2025. Uagtet at der er tale om at udskyde en lille del af afleveringen, vil dette indebære, at *den samlede (endelige) aflevering* først kan ske 70 dage efter den oprindeligt angivne afleveringstermin den 6. marts 2023, dvs. cirka 13 % længere tid end den oprindeligt angivne varighed af projektet.

Det følger af udbudsbetingelsernes afsnit 4.3, at ordregiver kan vælge at revidere alle udbudsdokumenterne, herunder også kontrakten, under hele udbudsprocessen. Desuden fremgår det af udbudsbetingelsernes afsnit 7.4 og 9.3.3, at tilbudsgiverne skal lave en procesbeskrivelse med en detaljeret tidsplan, og at ordregiver vil evaluere denne beskrivelse.

I kontraktens afsnit 10.1.1 følger alene, at *”The agreed master programme (time schedule) will be prepared by the Supplier in the tendering procedure prior to conclusion of the Design and Supply Contract. The agreed master programme complies with the following main milestones:*

(...)

The Supplier’s Services must comply with the agreed master programme.” [mine understregninger]

Ordet ”must” i sidste sætning er alene angivet for at understrege, at leverandørens service skal leve op til ”the agreed” master programme, dvs. den tidsplan, som leverandøren udarbejder i forbindelse med sit tilbud, og som denne (bl.a.) konkurrerer på. Leverandørens tidsplan skal ganske vel være i overensstemmelse med de fire hovedterminer angivet i kontraktens afsnit 10.1.1, men der er ikke i kontrakten lagt op til, at de ikke kan ændres.

Udbudsmaterialet samlet set giver således en vis adgang til, at ordregiver kan ændre (også) hovedterminerne i kontraktens afsnit 10.1.1 undervejs i udbudsprocessen. Formuleringerne i udbudsmaterialet indikerer, at udførelsestidsplanen med de fire hovedterminer *ikke* er et mindstekrav.

Sammenfattende er det vores vurdering, at By & Havn – med en vis sandsynlighed – lovligt kan udskyde afleveringsterminen d. 6. marts 2025,

således at tilslutningsmuligheden først sker d. 15. maj 2025. Det tillægges i vurderingen vægt,

- at der er tale om et stort og komplekst projekt, som har sammenhæng til mange andre entrepriser,
- at Klagenævnets praksis synes at give et vis rum til at ændre udførelsestidsplaner for så vidt angår kontrakter vedrørende komplicerede ydelser,
- at By & Havns ønskede tidsudskydelse vedrører en lille del af den samlede ydelse, nemlig tilslutningsmuligheden til LT-2,
- at denne lille del af den samlede ydelse alene bliver udskudt med 70 dage ud af projektets samlede varighed på 18 måneder,
- at udbudsbetingelsernes afsnit 4.3 lægger op til, at ordregiver kan ændre i alle udbudsdokumenterne i løbet af udbudsprocessen, herunder også kontraktens regulering af hovedterminer,
- at kontraktens klausuler ikke taler herimod,
- at det forudsættes, at den samlede aflevering af hele opgaven – inkl. LT-2 – ikke forventes at have afholdt nogen potentielle tilbudsgivere fra at dykke ned i udbudsmaterialet og (potentielt) byde, og
- at der er tale om et offentligt udbud, hvorfor enhver stadig har mulighed for at byde på opgaven – også hvis enkelte af betingelserne skulle blive ændret.

Vurderingen er imidlertid belagt med en betydelig usikkerhed henset til, at Klagenævnet generelt har en meget skærpet praksis ved vurderingen af, om ændring af udførelsestidsplanen udgør en ændring af et grundlæggende element.

I tilfælde af en eventuel klagesag vil By & Havn således (formentlig) blive pålagt bevisbyrden for, at den påtænkte ændring af afleveringsterminen for en del af ydelsen ikke er en ændring af et grundlæggende element. En sådan bevisbyrde kan være svær at løfte.

*Hvis By & Havn vælger at udskyde fristen, anbefales det dels at udskyde tilbudsfristen med cirka en uge, dels at udarbejde og offentliggøre en ændringsbekendtgørelse, hvoraf fremgår, at tilbudsfristen er udskudt, og at den samlede afleveringsfrist (angivet i udbudsbekendtgørelsens afsnit II.2.7) først er den 15. maj 2025.*

...”

Den 17. juli 2023 indrykkede By og Havn en ændringsbekendtgørelse, offentliggjort den 21. juli 2023, hvoraf fremgår, at sluttidspunktet i punkt II.2.7) ”Duration of the contract, framework agreement or dynamic purchasing system” blev ændret fra den 6. marts 2023 til den 30. april 2023, og at

tilbudsfristen blev rykket fra den 4. august 2023 kl. 12.00 til den 11. august 2023 kl. 12.00.

Ved tilbudsfristens udløb havde By og Havn modtaget tilbud fra ABB og PowerCon A/S (herefter "PowerCon").

ABB's tilbud indeholdt indledningsvist ca. 8 sider med forbehold for bl.a. "General conditions", "Prices", "Price escalation", "Delivery", "Intellectual Property rights", "Software".

Mellem den 11. og 22. august 2023 var der mailkorrespondance mellem By og Havn og dennes rådgivere. Den juridiske rådgiver skrev den 11. august 2023:

"...  
Dear all,

As promised, please find attached the received tenders.

#### PowerCon A/S

- Evaluation price: DKK 242.957.967
- There are not stated any reservations on the front page of the tender

#### ABB A/S

- Evaluation price: DKK 227.127.403
- The tender contains several reservations (complete ABB standard terms and conditions). Bech-Bruun will make an assessment of these as soon as possible.

These are the only two tenders received.

..."

Den juridiske rådgiver skrev den 22. august 2023:

"...

På baggrund af COWIs pointgivning i udkastet til evalueringsrapporten modtaget i går, er vi kommet frem til nedenstående opsummering af evalueringen. Bemærk at de indsatte priser er fra COWIs sammenstilling anført i ... mail af 18. august 2023.



Tenderer	Price Weight: 55 %			Organisation and staffing Weight: 10 %		Process description Weight: 10 %		Technical solution Weight: 25 %		Total weighted points
	DKK excl. VAT	Point	Weighted points	Point	Weighted points	Point	Weighted points	Point	Weighted points	
Po- wer- Con	242.957.967	10	5,5	8	0,8	8	0,8	8	2	9,10
ABB	251.493.282	9,2973834	5,1135609	0	0	0	0	4	1	6,11

Jeg må dog indrømme, at jeg har en smule vanskeligt ved at gennemskue regnearket fra COWI ("Evaluation of prices from Bidders") ift. hvad der har været deres estimerede budget for projektet. Da vi fastsatte omsætningskravet på DKK 140.000.000 skete det netop under henvisning til at det var den estimerede pris for kontrakten inkl. optioner. Dette tal har jeg dog svært ved at genfinde.

...

Den juridiske rådgiver havde dagen før, den 21. august 2023, sendt følgende mail til By og Havn:

...

Vi har som aftalt foretaget en vurdering af muligheden for at lade landstrømsudbuddet overgå til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Det er vores vurdering, at det er muligt at overgå til udbud med forhandling, jf. en fortolkning af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra a, hvis tilbuddene overstiger det af ordregiver på forhånd fastlagte budget.

Det er ved vores vurdering tillagt vægt, at:

- forsyningsvirksomhedsdirektivet betragtes som mere fleksibelt end udbudsdirektivet/udbudsloven,
- udbud med forhandling altid er en mulighed efter forsyningsvirksomhedsdirektivet (modsat udbudsdirektivet/udbudsloven), hvorfor det vil savne mening, hvis forsyningsvirksomhedsdirektivet skulle være mere strikt ift. mulighed for at overgå til udbud med forhandling i forhold til udbudsdirektivet/udbudsloven,
- såvel den danske og engelske ordlyd af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra a, 2. pkt., kan rumme denne mulighed og
- EU-Domstolens dom i sag C-250/07 ikke taler imod denne fortolkning.

Vurderingen er dog behæftet med en mindre risiko, da det ikke fremgår lige så tydeligt i forsyningsvirksomhedsdirektivet som i udbudsdirektivet/udbudsloven, og idet undtagelsesbestemmelser generelt fortolkes snævert i EU-(udbuds)retten.

Uanset ovenstående skal det understreges, at for at anvende denne mulighed, skal budgettet være fastsat inden udbudsproceduren indledes og kan evt. fremgå af udbudsmaterialet. Ved en eventuel klagesag vil By & Havn have bevisbyrden for at dette er tilfældet.

Det bemærkes at der ikke må ændres i grundlæggende elementer i udbudsmaterialet under det nye udbud med forhandling.

...”

Den 24. august 2023 meddelte By og Havn begge tilbudsgivere, at udbuddet overgik til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra a, idet begge tilbud oversteg By og Havns budget. Videre fremgår det, at By og Havn inviterede tilbudsgiverne til individuelle forhandlingsmøder og oplyste en dagsorden for forhandlingsmødet. Den 30. august 2023 gennemførte By og Havn forhandlingsmøde med ABB. Af referatet fra forhandlingsmødet fremgår bl.a. følgende:

”3.4 Furthermore, [...] emphasized that it is good for ABB that the procedure has changed to the negotiated procedure due to the magnitude of reservations made by ABB in their original tender. [...] noticed that ABB hope there will be time in the negotiation meeting to discuss some of the reservations made by ABB, as some of the reservations are considered necessary by ABB from a business point of view.

...

3.11 [...] then gave a brief introduction to the technical aspects of the offered solution from ABB. [...], made ABB aware that the meeting was not supposed to focus more on the possibilities of reducing the offered prices than technical aspects. Therefore, CPH City & Port has not included their technical advisor in this meeting.

...

3.16 [...] also suggested that it is considered using diode rectifiers instead of active front end. This change is by ABB estimated to result in a possible cost saving around 5 mDKK.

...

3.25 After this presentation of reservations by ABB, [...] said that Bech-Bruun and COWI has been through the reservations contained in the original tender and a number of these reservations are considered showstoppers which would leave no other chance for CPH City & Port than to find ABB's offer non-compliant for the tender. [...], followed up on this message by informing ABB on the obligation on CPH City & Port to capitalize reservations, if possible. If a reservation cannot be capitalized, CPH City & Port has no alternative than to disregard from the tender. [...] confirmed that ABB will consider liaising with local counsel regarding the EU and Danish procurement rules.

...”

ABB sendte efter forhandlingsmødet en mail bl.a. med forespørgsel, om By og Havn kunne acceptere anvendelse af Diode Front End, hvis det kunne medføre besparelser. Ved besvarelse af henvendelsen meddelte By og Havn, at anvendelse af denne løsning ikke var acceptabel.

Den 15. september 2023 modtog By og Havn reviderede tilbud fra ABB og PowerCon. ABB's reviderede tilbud indeholdt en samlet tilbudspris på 235.511.938 kr., mens PowerCons tilbud indeholdt en samlet tilbudspris på 225.987.967 kr.

By og Havns juridiske og tekniske rådgivere foretog herefter evalueringen af de reviderede tilbud og sendte i den forbindelse flere versioner af evalueringen. Det fremgår bl.a., at den juridiske rådgiver har anført følgende kommentar til evalueringen af PowerCons besvarelse vedrørende "Technical Solution":

"The text in section 5.4.2 contains a number of negative assessments, including

- "but several of the more project specific and practical aspects of cable handling and connection should be more detailed",
- "description is not given for load transfer and preference trip",
- "description of relay protection systems is limited" and
- "the interfaces and integration into specific surroundings lack details."

Nevertheless, PowerCon is awarded 9 points for the "Technical Solution" criterion.

It is our assessment that there is a discrepancy between the

(somewhat negative) assessment and the scoring. We suggest correcting this.”

By og Havns tekniske rådgiver har hertil svaret følgende:

” I deleted some comments, because they had made improvements in the descriptions. The technical solution is the same, but this time the description is better.

The remaining comments, basically regarding redundancy description and protection relays are not crucial. That's why we awarded 9 points.”

Den 22. september 2023 meddelte By og Havn, at By og Havn havde til hensigt at tildele kontrakten til PowerCon. Af den medfølgende evalueringsrapport fremgår bl.a. følgende:

### ”2.3 Reservations

By & Havn has not identified any reservations in regard to PowerCon’s tender.

ABB’s tender contains various reservations on the front page of the tender.

Considering the outcome of the tender evaluation below, cf. section 3, By & Havn has not further assessed whether the reservations concern reservations against fundamental elements of the Design and Supply Contract. For the same reason, By & Havn has not attempted to capitalise the reservations.

...

### 3. EVALUATION

...

An overview of the result of By & Havn’s evaluation is stated in the table below:

Tenderer	Price Weight: 55%				Organisation and staffing Weight: 10%		Process description Weight: 10%		Technical solution Weight: 25%		Total weighted points
	DKK excl. VAT	Point	Weighted points	Point	Weighted points	Point	Weighted points	Point	Weighted points		
ABB		9,16	5,04	6	0,6	9	0,9	5	1,25	7,79	

	235.511.938									
Po- wer- Con	225.987.967	10,00	5,50	9	0,9	9	0,9	9	2,25	9,55

...

## 5. EVALUATION OF THE RECEIVED TENDERS

### 5.1 ABB

#### 5.1.2 Evaluation of the sub-criterion 'Organisation and staffing' (10 %)

ABB describes their specific organisation and staffing for the project. The explanation of the roles is not very clear, as only the main positions are described. The organization is operational and can support the cooperation throughout the project. The communication paths are described, both internal and externally.

Regarding the submitted CV's. The employees have experience. However, there are no mention to any "corresponding tasks", meaning the participation in/executing of Shore-to-ship power supply solutions with a capacity of minimum 16 MVA including cable management vehicles. This is considered negative.

It is considered negative that there is not description of the steps to follow in case some substitution is required.

Handling of subcontractors/sub supplier(s) and their requirement or assigned responsibilities are not explained.

Overall, the tender from ABB is considered to constitute a fulfilment between good and satisfactory fulfilment of the sub-criterion.

The tender from ABB is therefore awarded 6 points for the sub-criterion 'Organisation and staffing'.

#### 5.1.3 Evaluation of the sub-criterion 'Process description' (10 %)

ABB describes all the processes clearly and concretely. The tender contains a good and detailed explanation of the meetings and procedures to be carried out during the project.

The time schedule is considered realistic, and the distribution of milestones has a good base. The phases of planning are established and well described which is considered very positive.

There is a good description of how the tenderer will organize and manage

its work to ensure a satisfactory delivery for all the required works and equipment.

The tenderer identifies some risks of the project, but the mitigations should be more elaborated. It is evaluated positively that the risks are identified, but the mitigation measures should have been elaborated further.

Overall, the tender from ABB is considered to constitute an excellent fulfilment of the sub-criterion.

The tender from ABB is therefore awarded 9 points for the sub-criterion 'Process description'.

#### 5.1.4 Evaluation of the sub-criterion 'Technical solution' (25 %)

The tender lacks some layout or general arrangement of the converter station, including the surroundings and general installation of containers or any civil work. Some general layouts of the quays are not shown as well. ABB describes the technical solution for the converter station including the technical specifications of each component. The shown data components meet the technical requirements for this part of the project.

The technical solution allows to operate at reduced capacity in case of failure of some components, as converters and/or transformers. The description of how this will be implemented is not very clear.

Because of the arrangement of the converter, the system is not capable of handling more than two ships at the same time if each of them requires 10 MVA at different frequencies, and the third one requires more than 6MVA. This limitation in the flexibility is considered a disadvantage for relevant operation scenarios. For example, if there is one ship connected at terminal O-T1 demanding 10MVA @ 50 Hz, and one ship demanding 10MVA @ 60 Hz at terminal L-T1, it is not possible to connect a third ship demanding more than 6MVA, at any frequency.

Regarding the CMS cranes, the cables connecting the CMS cranes to the underground cabinet will be lying in the open pit during the connection to the vessels. The open pits constitute a risk for persons or any transit at the quay. It is not clear if there are covers for the pits, and in case they exist, how they are going to be removed during operation and afterwards put back in the pits.

The system requires that at least one person must be at the pit to connect the plugs to the underground cabinets. As these pits are small, the process can be slow and not comfortable for the personal.

Overall, the tender from ABB is considered to constitute a satisfactory fulfilment of the sub-criterion.

The tender from ABB is therefore awarded 5 points for the sub-criterion 'Technical solution'.

...

## 5.2 PowerCon

### 5.2.2 Evaluation of the sub-criterion 'Organisation and staffing' (10 %)

PowerCon describes their organisation and staffing and role descriptions clearly. The organization is project specific. The assigned personal for this specific project have vast experience in corresponding tasks, according to the provided CVs. This is considered very positive.

The competences, lines of communication, responsibilities, and relations to the Organisation of the Contracting Authority are described in a very clear manner. This is considered very positive.

Deliveries and works expected to be handled by subcontractors are only partially described. This is considered negative.

Overall, the tender from PowerCon is considered to constitute an excellent fulfilment of the sub-criterion.

The tender from PowerCon is therefore awarded 9 points for the sub-criterion 'Organisation and staffing'.

### 5.2.3 Evaluation of the sub-criterion 'Process description' (10 %)

PowerCon's description of the process is covering the mentioned requisites, including mitigations for the identified risks. Time schedules and coordination and organization of works are well described and fulfils the specific project requirements and milestones.

Overall, the tender from PowerCon is considered to constitute an excellent fulfilment of the sub-criterion.

The tender from PowerCon is therefore awarded 9 points for the sub-criterion 'Process description'.

### 5.2.4 Evaluation of the sub-criterion 'Technical solution' (25 %)

PowerCon describes a solution which has a robust converter concept.

Description is not given for load transfer and preference trip. Redundancy for converter concepts and auxiliary is described, but the concept for redundancy is focused on converters. Description of relay protection systems is limited.

The technical solution is robust and flexible, as each terminal is independent of the rest, working at 50 or 60Hz. It is possible to run the system at minimized capacity in case there is a missing converter and/or transformer.

Regarding the CMS cranes, the solution known as “Energy chain” provides a system simple to operate, as the CMS itself does not require to carry the cables over it. The pits are covered, and only a few covers need to be removed when in operation. No cables laying over the quay or uncovered pits during operation. The CMS itself is smaller than other solutions. This will allow to have smaller storage facilities and reduction of footprint for it.

There is a good description of the process to connect and disconnect the CMS to/from the vessels.

In the tender, the required maintenance is well described.

The interfaces and integration into specific surroundings could be improved regarding CMS layout.

Overall, the tender from PowerCon is considered to constitute an excellent fulfilment of the sub-criterion.

The tender from PowerCon is therefore awarded 9 points for the sub-criterion ‘Technical solution’.

...”

### Parternes anbringender

#### Ad ”fumus boni juris”

ABB har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

By og Havn har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har ABB gjort gældende, at betingelserne for



at overgå til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse ikke var opfyldt.

Efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra a, er det mulig, hvis der ikke er afgivet tilbud eller indkommet nogen egnede tilbud, og forudsat at de oprindelige kontraktbetingelser ikke ændres væsentligt, at overgå fra et offentligt udbud til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse. Det følger af praksis fra EU-Domstolen, at bestemmelsen skal fortolkes strengt, og at bevisbyrden påhviler den part, som ønsker at påberåbe sig bestemmelsen, jf. EU-Domstolens dom i sag C-250/07, Kommissionen mod Grækenland, præmis 34.

Det er By og Havn, der bærer bevisbyrden for, at betingelserne for at overgå til udbud med forhandling var til stede, og denne bevisbyrde er ikke løftet. By og Havn ses alene at have foretaget en generel vurdering af, om det var muligt at overgå til forhandlingsudbud, idet By og Havn er af den opfattelse, at forsyningsvirksomhedsdirektivet betragtes som mere fleksibelt end udbudsdirektivet/udbudsloven, at udbud med forhandling altid er en mulighed efter forsyningsvirksomhedsdirektivet (modsat udbudsdirektivet/udbudsloven), og det vil derfor savne mening, hvis forsyningsvirksomhedsdirektivet skulle være mere strikt i forhold til muligheden for at overgå til udbud med forhandling, at både den danske og engelske ordlyd af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra a, 2. pkt., kan rumme denne mulighed, og at EU-Domstolens dom i sag C-250/07 ikke taler imod denne fortolkning.

By og Havn modtog to konditionsræssige tilbud under det offentlige udbud, der begge var egnede til at opfylde behovene og kravene fremsat i udbudsmaterialet. Der var derfor ikke tilstrækkeligt grundlag for By og Havn til at overgå til udbud med forhandling.

Begrundelsen for overgangen til udbud med forhandling var, at begge tilbud oversteg By og Havns budget. Det var således By og Havns opfattelse, at der dermed var grundlag for at overgå til forhandlingsudbud. Dette er imidlertid udokumenteret. Det fremgår ikke af de dokumenter om udbudsproceduren, som ABB har fået aktindsigt i, og som dermed også må have ligget til grund for By og Havns tilbudsevaluering inden overgangen, at By og Havn havde fastsat et budget, som var lavere end de indkomne tilbud, og at dette budget var fastsat inden iværksættelsen af det offentlige udbud. Det fremgår heller ikke af dokumenterne, at By og Havns budget faktisk var overskredet med

de tilbudte priser.

Derimod kan det konstateres, at By og Havn var tilfreds med de reviderede tilbud fra de to tilbudsgivere, selv om disse nye tilbud ikke på underkriteriet ”Price” afveg væsentligt fra de oprindelige tilbud. Det skal i den sammenhæng fremhæves, at ABB oprindeligt har tilbudt en samlet pris på 252.446.523 kr. Efter forhandlingsrunden justerede ABB prisen en smule ned, så den udgjorde 235.794.969 kr.

Det samme gjorde sig gældende for PowerCon, som oprindeligt tilbød en pris på 242.957.967 kr. og efter forhandlingerne ligeledes justerede denne en smule ned til en marginalt lavere pris på 225.987.967 kr.

Den ændrede udbudsproces medførte dermed ikke væsentligt lavere priser, som ellers var begrundelsen for at overgå til den nye proces, særligt sammenlignet med det estimerede budget 140.000.000 kr.

Der har således været egnede tilbud ved tilbudsfristens udløb den 11. august 2023, og der var derfor ikke hjemmel i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra a, til at overgå til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse. By og Havn har i sin vurdering heraf undervejs i udbudsproceduren ikke løftet bevisbyrden for, at det skulle være tilfældet.

Særligt vedrørende påstand 1 har By og Havn gjort gældende, at By og Havn var berettiget til at overgå til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra a, og at der ved denne overgang til udbud med forhandling derfor heller ikke er sket brud på principperne om ligebehandling og gennemsigtighed efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

På grund af By og Havns beslutning om at overgå til udbud med forhandling, foretog By og Havn ikke en endelig vurdering af, om tilbuddene af 11. august 2023 fra ABB og PowerCon var konditionsmæssige. ABB’s tilbud indeholdt 8 sider med forbehold, som vedrører mange aspekter af kontraktens bestemmelser. Som det også blev nævnt på forhandlingsmødet den 30. august 2023, vurderede By og Havn, at ”a number of these reservations are considered showstoppers which would leave no other chance for CPH City & Port than

to find ABB's offer non-compliant for the tender.”

Til vurdering af, hvad der skal forstås ved et tilbud, der ”overstiger det af ordregiveren på forhånd fastsatte budget”, kan søges vejledning i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens ”Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne”, der bidrager med fortolkning af bestemmelsen i udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, jf. stk. 3, nr. 2. Af vejledningens side 57 fremgår:

”...

Budgettet skal være fastsat, inden udbudsproceduren indledes, og kan evt. fremgå af udbudsmaterialet. Det er ikke et krav, at det fremgår af udbudsmaterialet, men det er ordregiveren, der har bevisbyrden for at kunne dokumentere det fastsatte budget, og at budgettet er fastsat klart, præcist og før offentliggørelsen af en udbudsbekendtgørelse. Denne dokumentation kan fx have form af et notat, der journaliseres forud for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, en systemlog fra et e-udbudssystem mv.

...”

Som følge af genudbuddet af 2. september 2022, hvor By og Havn modtog tilbud, der overskred By og Havns budget, udarbejdede den tekniske rådgiver notatet af 24. marts 2023 til By og Havn. I notatet er der beskrevet mulige besparelestiltag ved etablering af landstrømsanlægget, en såkaldt ”slanket” landstrømsmodel. I notatet er herefter beskrevet scenarierne A, B og C, som rummer førnævnte ”slankede” udgaver af landstrømsprojektet. For scenarie A fremgår bl.a. at det samlede budget estimeres til ca. 172 mio. kr. ekskl. anlægsomkostninger, og for scenarie B fremgår bl.a. at det samlede budget estimeres til ca. 215 mio. kr.

I By og Havns mail af 27. marts 2023 fremgår følgende redegørelse for den interne beslutning på baggrund af notatet af 24. marts 2023:

”...

Konklusionen er, at det pt. ser ud til, at økonomien i landstrømsprojektet kan balancere. Det bemærkes dog, at det fortsat er en komplekst projekt med betydelige risici for overskridelser af budget og tidsplan. Største risiko er licitationsresultat, og By & Havn foreslår på den baggrund, at projektet fortsætter, og der gøres fornyet status efter gennemførelse af udbud i august måned.

...”

Mailen viser således, at By og Havn tilbage i marts 2023 på baggrund af

overslaget fra sin tekniske rådgiver havde et klart fastlagt budget for landstrømsudbuddet, men at det anerkendtes, at der stadig var en stor økonomisk risiko forbundet med, hvilke tilbudspriser man ville modtage efter gennemført udbud. By og Havn har således haft et klart, præcist og fastsat budget før offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen vedrørende det offentlige udbud, som blev offentliggjort den 31. maj 2023, og har derfor haft hjemmel til at overgå til udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra a.

Priserne i de senere tilbud ved udbuddet med forhandling uden forudgående bekendtgørelse er irrelevante for, om en ordregiver havde hjemmel til at overgå til udbud med forhandling. Alt, hvad der sker efter overgang til udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse, er således uden betydning for, om selve overgangen til udbud med forhandling kunne ske efter de udbudsretlige regler. Det afgørende for, om en ordregiver har hjemmel til at overgå til udbud med forhandling, er, om betingelserne i den relevante bestemmelse er opfyldt.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra a, stiller ikke krav til indholdet af det senere tilbud under udbuddet med forhandling uden forudgående bekendtgørelse. Sådanne krav kan heller ikke genfindes i udbudsloven, forarbejderne til udbudsloven eller Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning hertil. Som følge heraf er de efterfølgende tilbud under forhandlingsudbuddet uden betydning for, om By og Havn havde hjemmel til at overgå til denne udbudsform.

Det er helt almindeligt for offentlige myndigheder og offentligretlige organer, at budgetter og budgetforventninger løbende ændrer sig i lyset af ordregiverens dybere indsigt i og kendskab til markedet og til de skiftende politiske og ledelsesmæssige beslutninger, der træffes.

By og Havn har derfor haft ret til at tildele kontrakten til PowerCon, hvis tilbud indeholder en evalueringspris, som er lavere end i tilbuddet under det offentlige udbud, men højere end det oprindelige budget fra marts 2023.

By og Havn har herefter ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra a, ved at overgå

fra offentligt udbud til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse.

Særligt vedrørende påstand 2 har ABB gjort gældende, at By og Havn har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at udskyde fristen for aflevering af arbejderne i henhold til kontraktens punkt 10.1.1.

Ændringen består i udskydelse af afleveringsterminen for Langelinie Terminal 2 (LT-2) i udførelsestidsplanen med 55 dage til den 30. april 2025, og det er en ændring af et grundlæggende element, som dermed krævede fornyet udbud. De generelle udbudsretlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet er udmøntet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, 1. pkt., og gælder for alle faser af et udbud.

Bestemmelsen svarer til udbudslovens § 2, der ligeledes fastslår, at en ordregiver er forpligtet til at overholde de udbudsretlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i forbindelse med en udbudsprocedure.

Det fremgår af de specielle bemærkninger til udbudslovens § 2, stk. 1, at ligebehandlingsprincippet også medfører, at ordregiveren ikke kan foretage ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet i løbet af en udbudsproces. Videre fremgår det:

”...

Ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet udgør ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Som eksempel herpå kan nævnes, at kriterier for tildeling tilføjes, fjernes eller rækkevidden heraf på andre måder ændres. Kriterierne for tildelingen og deres vægtning skal forblive stabile under hele udbudsproceduren, hvorfor de blandt andet heller ikke kan være genstand for forhandling i forbindelse med udbud med forhandling, jf. § 66, stk. 2.

...

Derudover vil ændringer af kontraktens genstand og krav til udførelsen af kontrakten kunne være ændringer af grundlæggende elementer. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis der indføres betingelser, som ville

have givet adgang for andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte, eller hvis det ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren. Det kan også være tilfældet, hvis den udbudte kontrakt eller rammeaftales økonomiske balance ændres til ansøgerne eller tilbudsgivernes fordel på en måde, som det oprindelige udbudsmateriale ikke gav mulighed for.  
...

Lovbemærkningerne udmønter dermed det klare udbudsretlige udgangspunkt, at ændringer af grundlæggende elementer ikke kan foretages uden fornyet udbudsprocedure.

Det forhold, at By og Havn i forbindelse med ændringens gennemførelse forlængede tilbudsfristen med angivelse af, at der alene var tale om en væsentlig ændring, ændrer ikke ved at By og Havn har tilsidesat principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, idet der faktisk var tale om en ændring af et grundlæggende element. Det skyldes, at en udskydelse af en fastsat afleveringstermin i kontrakten, der var angivet som en milepæl, er en ændring af et grundlæggende element, som var af stor betydning for udbuddet, som var egnet til at påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet, og som dermed ikke kunne afhjælpes med en fristforlængelse.

Kontraktens punkt 10.1.1 fastsatte milepæle for arbejdernes udførelse, og de udgør grundlæggende elementer, som By og Havn ikke frit har kunnet ændre. Der er således ikke tale om en udskydelse af en delafleveringstermin, men derimod tale om en udskydelse af den sidste og endelige afleveringstermin for arbejderne, hvilket også kan udledes af udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.7, hvoraf det fremgår, at kontrakten skulle løbe frem til den 6. marts 2025. Denne dato blev ændret til den 30. april 2025, jf. ændringsbekendtgørelsen.

Det fremgår af kontraktens punkt 10.1.1, at datoen for ”handover” af arbejderne er fastsat til den 6. marts 2025, hvorefter By og Havn i forlængelse heraf har anført, at ”The Supplier’s Services must comply with the agreed master programme.” Videre fremgår det af udbudsbetingelsernes punkt 1.2: ”The Contract will be carried out in the period 5 September 2023 – 6 March 2025 with subsequent Stability Test, service & maintenance, one-year inspection etc.” Der kan således ikke herske tvivl om, at By og Havn havde stillet klare og ufravigelige krav i sit udbudsmateriale om, at arbejderne skulle være afleveret og kontrakten afsluttet den 6. marts 2025. Ordlyden af kontraktens punkt 10.1.1, hvorefter leverandøren ”must comply with” og de

anførte milepæle i kontraktens punkt 10.1.1, støtter yderligere, at milepælen udgør et ufravigeligt krav.

Der er dermed holdepunkter for, at hovedterminerne i kontraktens punkt 10.1.1 skal anses som mindstekrav, der ikke kan fraviges. Det følger af fast udbudsretlig praksis, at en ordregiver ikke kan fravige mindstekrav i udbudsmaterialet, idet principperne om ligebehandling og gennemsigtighed forpligter ordregiveren til strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat for udbuddet, jf. EU-Domstolens dom i sag C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, og EU-Domstolens dom i sag C-496/99 P, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod CAS Succhi di Frutta SpA.

Det fremgår herudover af udbudsbetingelsernes punkt 7.4, at tilbudsgiverne i deres opfyldelse af underkriteriet ”Process description” ville blive bedømt på ”A master programme in which the tenderer outlines the implementation of the Contract that complies with the main milestones set out in section 10 of the Design and Supply Contract.” Overholdelse af afleveringsterminen var således – udover at være et ufravigeligt krav, som tilbudsgiverne skulle overholde – en forudsætning for at opnå en høj pointscore. Det skyldes, at tilbudsgiverne i deres tilbud skulle illustrere, hvordan tilbudsgivernes udførelse ville overholde de anførte milepæle i kontraktens punkt 10, herunder ”Handover” af arbejderne den 6. marts 2025, og at tilbudsgiverne ville blive evalueret på baggrund heraf.

Det har dermed ikke alene været af betydning for, hvem der kunne byde på opgaven, at aflevering af hele projektet skulle kunne ske den 6. marts 2025. Det har også haft betydning for, hvilken pointscore tilbudsgiverne kunne opnå, at tilbudsgiverne har illustreret, at milepælene i kontraktens punkt 10 kunne overholdes.

Det kan ikke udelukkes, at der har været andre potentielle tilbudsgivere i markedet, der har haft interesse i og mulighed for at byde på opgaven, eftersom afleveringsfristen blev forlænget betydeligt.

Det er By og Havn, der bærer bevisbyrden for, at ændringen af afleveringsterminen ikke udgør en ændring af et grundlæggende element, som dermed kunne have betydning for, om andre potentielle tilbudsgivere ville byde på opgaven, jf. klagenævnets kendelser af 4. oktober 2019, Vitronic mod Sund

og Bælt Holding A/S, af 15. marts 2021, Brd. Thybo A/S mod Horsens Kommune, og af 23. juni 2020, PDC A/S mod Region Hovedstaden.

Praksis understreger dermed, at adgangen til at udskyde hovedterminer i kontraktidsplaner alene kan ske helt undtagelsesvist uden nyt udbud. Det kræver således, at der i kontrakten er givet mulighed for at foretage udskydelser, eller at betingelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra a, er opfyldt.

By og Hav har således handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at ændre hovedterminen for afleveringen af arbejderne, idet hovedterminen udgør et grundlæggende element.

Særligt vedrørende påstand 2 har By og Havn gjort gældende, at ændringen i form af udskydelse af udførelsestidsplanen med 55 dage til den 30. april 2025 ikke udgør en ændring af et grundlæggende element, som kræver fornyet udbud, og at ændringen uden fornyet udbudsprocedure således ikke er i strid med de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed som følger af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Til forståelsen af, hvad en ændring af et grundlæggende element er, kan søges støtte i (princippet i) udbudslovens § 24, nr. 37, hvorefter en ændring af et grundlæggende element defineres som:

”En ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt.”

Af de specielle bemærkninger til bestemmelsen fremgår følgende om nr. 37:

”Med bestemmelsens nr. 37 defineres begrebet ”ændring af grundlæggende elementer” som en ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere. En ændring kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren, hvis den ville have givet andre ansøgere end de oprindelige udvalgte mulighed for at deltage, eller ville have tiltrukket yderligere deltagere til udbudsproceduren, f.eks. hvis ændringen bevirker, at en kontrakts karakter er væsentlig forskellig fra den, der oprindeligt blev fastlagt i udbudsmaterialet. En ændring fordrejer f.eks.



konkurrencen, hvis den er en følge af, at ordregiver udnytter sin viden om de indkomne tilbud og ansøgninger til at give visse ansøgere eller tilbudsgivere en fordel, som ikke er sagligt begrundet.”

Det følger af udbudsbetingelsernes punkt 4.3, at:

”The Contracting Authority may choose to adjust the Tender Documents during the entire Tender Procedure.

Adjustments can be implemented on the Contracting Authorities own initiative or based upon answers to questions submitted in writing, cf. section 4.1 above.

All revised Tender Documents will be published via the electronic Procurement Platform.

Tenderers are encouraged to continuously keep informed of changes to the Tender Documents.”

Udbudsbetingelserne giver således adgang til, at der kan foretages justeringer af udbudsmaterialet, herunder også af selve kontrakten, gennem hele udbudsprocessen. Det har derfor været gennemsigtigt for enhver tilbudsgiver, at bl.a. visse ændringer af kontraktens hovedterminer har været mulige for By og Havn.

I kontraktens punkt 10.1.1 følger alene at ”The agreed master programme complies with the following main milestones:”, og at ”The Supplier’s Services must comply with the agreed master programme.” Der står således ikke i kontrakten eller i udbudsmaterialet i øvrigt, at de fire hovedterminer i kontraktens punkt 10.1.1 ikke kan ændres.

Ordet ”must” i sidste sætning i punkt 10.1.1 i kontrakten er alene angivet for at understrege, at leverandørens service skal leve op til ”the agreed master programme”, dvs. den tidsplan, som leverandøren udarbejder i forbindelse med sit tilbud, og som denne bl.a. konkurrerer på i tilbudsevalueringen.

Leverandørens tidsplan skal være i overensstemmelse med hovedterminerne angivet i punkt 10.1.1 (”The agreed master programme complies with the following main milestones”), men der er ikke i kontrakten eller andetsteds i udbudsmaterialet lagt op til, at disse hovedterminer ikke kan ændres undervejs i udbudsprocessen.

Det er derfor ikke rigtigt og uden holdepunkter i udbudsmaterialet, når ABB påstår, at hovedterminerne i kontraktens punkt 10.1.1 skal anses som mindstekrav. Derfor er det heller ikke relevant at overveje, om By og Havn har foretaget ændringer i forhold til et mindstekrav.

Ændringen af afleveringstidspunktet for delprojektet LT-2 har heller ikke på andet grundlag udgjort en ændring af et grundlæggende element.

Den konkrete ændring, som påstanden vedrører, er af mindre karakter. Der er således alene tale om en udskydelse af afleveringen vedrørende tilslutningsmuligheden på Langelinie LT-2 på 55 dage, hvilket medfører en (konsekvens) forlængelse af den endelige afleveringsfrist fra den 6. marts 2025 til den 30. april 2025. Det skal i den forbindelse bemærkes, at delprojektet på Langeliniekaj LT-2 udgør ét af fem delprojekter under udbuddet, idet de øvrige fire delprojekter vedrører (tilslutningsmuligheder til) de øvrige 4 kajpladser, at der på trods af udskydelsen af fristen for aflevering af delprojektet LT-2 fortsat skal ske aflevering af udbuddets øvrige fire delprojekter til den oprindelige afleveringsfrist den 6. marts 2025, jf. udbudsbekendtgørelsen punkt VII.1.2, og at den udskudte aflevering for så vidt angår delprojektet LT-2 dermed ikke vil have betydning for antallet af CMS-køretøjer [krankøretøjer på kaj til skibskobling], der skal afleveres den 6. marts 2025.

Dertil kommer, at ændringen af afleveringsfristen for tilslutningsmulighed af LT-2 skete i forbindelse med afholdelsen af det offentlige udbud, og at fristen blev fremsendt ved ændringsbekendtgørelse allerede den 17. juli 2023. Enhver potentiel tilbudsgiver har derfor haft fri og lige mulighed for at se ændringen og vælge eller fravælge at indgive tilbud.

Dette understøtter også, at ændringen ikke har fordrejet konkurrencen mellem de relevante tilbudsgivere. Alle tilbudsgivere har været ligestillede i forhold til den ændrede frist for aflevering af tilslutningsmuligheden LT-2, der blev foretaget for at undgå, at der blev udført arbejde på samme tid og samme sted i forbindelse med to forskellige projekter på Langeliniekaj.

Der har i øvrigt ikke senere været spørgsmål om den konkrete udskydelse af tilslutningsmuligheden LT-2 i landstrømsprojektet, hvilket må forstås således, at det ikke har haft nogen særlig betydning for tilbudsgivernes beslutning om, hvorvidt de ville afgive tilbud.

By og Havn har derudover ikke foretaget en ændring efter at have set tilbudsgivernes tilbud, da der netop var tale om et offentligt udbud. Dermed var der ikke tale om en ændring, der har haft – eller potentielt kan have haft – nogen form for konkurrenceforvridende effekt.

Den praksis fra klagenævnet, som ABB henviser til, taler ikke imod, at den korte udskydelse af afleveringsfristen for det ene af de fem delprojekter ikke er en ændring af et grundlæggende element.

By og Havn har således ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at ændre hovedterminen for aflevering af arbejderne i udførelsestidsplanen uden at gennemføre en ny udbudsprocedure.

Særligt vedrørende påstand 3 har ABB gjort gældende, at By og Havn har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i sin evaluering af ABB's tilbud i forhold til de kvalitative underkriterier at have favoriseret PowerCon.

By og Havns evaluering af ABB's tilbud var usaglig, ugenomsigtig og diskriminerende. Det skyldes, at By og Havn i sin evaluering af tilbuddet i forhold til de kvalitative underkriterier "Organisation and staffing", "Process description" og "Technical solution" forskelsbehandlede tilbudsgiverne.

By og Havn har i sin adfærd både inden og efter overgangen fra offentligt udbud til forhandlingsudbud og under evalueringen favoriseret PowerCon, hvilket kan udledes af mailkorrespondancen af 22. august 2023 med By og Havns tekniske rådgivere.

Det fremgår af mailen, at By og Havns rådgiver lagde op til, at PowerCon skulle opnå en score på 8 point for samtlige kvalitative underkriterier, mens ABB skulle opnå en pointscore på 0 for underkriterierne "Organisation and staffing" og "Process description" og en pointscore på 4 for underkriteriet "Technical solution". Der var imidlertid ingen begrundelse for den store spredning imellem den pointscore, som henholdsvis ABB og PowerCon foreløbigt havde opnået.

By og Havn har i den endelige evaluering tildelt ABB's tilbud en markant lavere pointscore i relation til underkriteriet "Technical solution", selv om ABB har tilbudt en løsning, som i høj grad lever op til evalueringskriterierne, og uden at By og Havn konkret har begrundet, hvad der trækker væsentligt ned i bedømmelsen. Der beskrives kun enkelte konkrete negative vurderinger om anlæggets design og den tilbudte kablingsløsning, mens der samtidig fremhæves god håndtering af nødkapacitet. Det konkluderes alligevel, at tilbuddet kun udgør en tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet og derfor samlet opnår 5 point.

PowerCons tilbud har derimod opnået en pointscore på 9 i relation til underkriteriet "Technical solution", uden at tilbuddet fremstår med en signifikant bedre teknisk løsning. Som det fremgår af udkastet til evalueringsrapporten, var der ikke sammenhæng mellem de negative vurderinger og den høje score på 9 point. Det ændrer ikke herved, at beskrivelsen af de negative vurderinger er udeladt af den endelige evalueringsrapport, idet den høje score på 9 point er den samme.

By og Havn har ikke på tilstrækkelig vis begrundet, hvorfor ABB's tilbud opnåede den konkrete pointscore.

Det fremstår uklart, hvordan By og Havn er kommet frem til tilbuddenes konkrete pointscorer for underkriteriet "Technical solution". Hertil kommer, at By og Havn i den endelige vurdering tildelte PowerCons tilbud den samme pointscore i relation til de kvalitative underkriterier "Organisation and staffing", "Process description" og "Technical solution" på 9.

Det fremstår usagligt, at PowerCons tilbud skulle opnå præcis samme – og så høje – pointscore i relation til samtlige kvalitative underkriterier, mens ABB's tilbud opnår en markant lavere pointscore i relation til alle kvalitative underkriterier, bortset fra "Process description". Hertil kommer, at By og Havns tekniske rådgiver løbende under udbuddet har givet udtryk for, at rådgiveren ikke mente, at ABB skulle have været en del af udbuddet. Dette støttes af mailkorrespondance, hvor den tekniske rådgiver udtrykker forundring over, at ABB fortsat er med i processen, og af, at By og Havns tekniske rådgiver i forbindelse med den indledende evaluering af tilbuddene tildelte ABB's tilbud 0 point i forhold til "Organisation and staffing" og "Process description" og 4 point i forhold til "Technical solution".

Desuden har By og Havn undladt at tage stilling til ABB's spørgsmål om, at der er modstrid mellem et specifikt design og opnåelse af højeste effektivitetsgrad. By og Havn har blot fastholdt, at evalueringen af den tekniske løsning skulle ske på baggrund af tilbud indeholdende levering af Active Front End (AFE) design. Det er imidlertid ABB's klare opfattelse, at ABB's tekniske løsning med et design med Diode Front End ville sikre højere effektivitetsgrad.

Særligt vedrørende påstand 3 har By og Havn gjort gældende, at påstanden skal afvises, fordi påstanden er så bred og upræcis, at den ikke kan danne grundlag for klagenævnets stillingtagen og afgørelse.

Efter sin ordlyd handler påstand 3 om, at "By og Havns evaluering" i sin helhed er usaglig, uigennemsigtig og diskriminerende. ABB's anbringender relateret til påstand 3 vedrører dog alene 1) en mindre del af den kvalitative evaluering af tilbuddene og 2) ABB's valg af tekniske kriterier i udbudsmaterialet, hvoraf sidstnævnte forhold i øvrigt ingen sammenhæng har til evalueringen. Der er ikke i påstand 3 nogen form for præcisering af, hvilken del af evalueringen og hvilke tilbud påstanden vedrører.

Subsidiært har By og Havn gjort gældende, at By og Havn i sin evaluering af tilbuddene ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, idet By og Havns evaluering ikke var usaglig, uigennemsigtig eller diskriminerende.

ABB har henvist til en mail af 22 august 2023, der vedrører intern korrespondance med By og Havns rådgivere om det forberedende og ikke endelige udkast til evaluering af de tilbud, som By og Havn modtog i det offentlige udbud den 11. august 2023. Det er desuden ikke korrekt, når ABB påpeger, at ABB's tilbud var et "konditionsbaseret tilbud, som i øvrigt efter ABB's opfattelse opfyldte By og Havns evalueringskriterier". ABB's tilbud indeholdt en række forbehold på både tilbuddets forside og i den tekniske beskrivelse. Hertil kommer potentielle yderligere forbehold i selve den tekniske beskrivelse, som By og Havn imidlertid ikke foretog en fuldstændig gennemgang af, da udbuddet overgik til udbud med forhandling.

Der er i mailen fra By og Havns tekniske rådgiver tale om intern korrespondance om en foreløbig evaluering af tilbuddene, og der kan i forbindelse med

en evaluering af et stort og teknisk kompliceret tilbud ske udvikling i vurderingen af tilbuddet i både positiv og negativ retning. Under alle omstændigheder er By og Havn berettiget til at have interne drøftelser om foreløbige evalueringer af et tilbud, selv om tilbudsgiveren måtte være uenig i vurderingen. Dette er ikke udbudsretligt problematisk, forudsat at det sker på et sagligt grundlag og i overensstemmelse med de udbudsretlige principper. ABB har ikke fremført nogen dokumentation for, at det ikke er sket.

ABB har derudover anført, at ”By og Havns tekniske rådgiver løbende under tilbuddet har givet udtryk for, at rådgiveren ikke mente, at ABB skulle have været en del af tilbuddet” og henviser i den forbindelse til en mailkorrespondance af 5.-6. september 2023. Rådgiverens kommentar skal ses i lyset af, at ABB’s tilbud af 11. august 2023 indeholdt så mange forbehold, at det var svært at evaluere tilbuddet og sammenholde det med udbudsmaterialets krav til den udbudte ydelse. Hverken rådgiverens kommentar eller By og Havns forberedende arbejde med ABB’s tilbud var i øvrigt i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

For så vidt angår By og Havns pointgivning for de kvalitative kriterier af henholdsvis PowerCons og ABB’s tilbud af 15. september 2023 følger det af fast klagenævnspraksis, at klagenævnet alene kan tilsidesætte det skøn, som den ordregivende myndighed har udøvet ved bedømmelsen af et tilbuds opfyldelse af kvalitative kriterier, hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens evalueringsskøn, eller har handlet usagligt, jf. f.eks. klagenævnets kendelse af 11. december 2020, Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS mod Fors A/S. Det følger desuden af fast klagenævnspraksis, at klagenævnet ikke erstatter skønnet med sit eget, jf. f.eks. klagenævnets kendelser af 23. juli 2018, IA Sprog mod Københavns Kommune, og af 11. november 2020, NIRAS A/S mod Ejendomsfonden Vandkulturhuset Papirøen.

By og Havn har foretaget en saglig, nøgtern og gennembearbejdet vurdering af både ABB’s og PowerCons tilbud, herunder af den tekniske beskrivelse, på baggrund af de angivne kriterier i udbudsbetingelserne, hvilket også er beskrevet og dokumenteret i afslagsbrevet af 22. september 2023.

By og Havn har været berettiget til at vurdere PowerCons tekniske løsning højere end ABB’s på baggrund af tilbuddenes forskellige indhold. At PowerCon har opnået samme karakterer for de tre kvalitative underkriterier i den

endelige vurdering, er ikke usaglig, men derimod et resultat af By og Havns saglige vurdering af tilbuddet.

Det følger af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 75, stk. 2, litra c, at en tilbudsgiver hurtigst muligt og under alle omstændigheder senest 15 dage efter ordregiverens modtagelse af en skriftlig anmodning skal have en meddelelse om det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele samt navnet på den vindende tilbudsgiver. By og Havn er efter klagenævnsspraksis ikke forpligtet til at offentliggøre en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der er tillagt vægt i forbindelse med evalueringen af ABB's tilbud. Det følger i den forbindelse af klagenævnsspraksis, at By og Havn som ordregiver skal udarbejde en skriftlig evalueringsrapport, der viser, hvordan ordregiveren er nået frem til tildelingsbeslutningen, og at evalueringsrapporten bl.a. skal kunne tjene som dokumentation og begrundelse i forbindelse med ordregiverens oplysninger til forbigåede tilbudsgivere, og at evalueringsrapporten ikke skal indeholde en gengivelse af alle detaljer i evalueringen, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 23. maj 2019, Formpipe Software A/S mod Greve Kommune m.fl.

By og Havn har i afslagsbrevet af 22. september 2023 givet en grundig og fyldestgørende beskrivelse af de karakteristika og relative fordele, som PowerCons tilbud havde i forhold til ABB's tilbud for så vidt angår alle tre kvalitative underkriterier. By og Havn har brugt samme fremgangsmåde for evalueringen af begge tilbud og således vurderet og beskrevet dem på baggrund af kriterierne i udbudsbetingelserne. By og Havn skulle for alle de kvalitative underkriterier efter udbudsbetingelserne foretage "an overall assessment of the tenderer's description of...", jf. udbudsbetingelsernes punkt 9.3.2, 9.3.3 og 9.3.4.

By og Havns begrundelse for pointgivning af tilbuddene i forhold til de kvalitative kriterier er heller ikke i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

By og Havn har på baggrund af drøftelser med de tekniske rådgivere taget stilling til det spørgsmål, som ABB stillede, og har også svaret på dette. By og Havns svar var at fastholde de fastsatte tekniske krav i udbudsmaterialet. Det er ordregiverens ret at definere kontraktens genstand, herunder kravene til indkøbene, forudsat at kravene overholder de almindelige udbudsretlige

principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. ABB har ikke anført, at de stillede tekniske krav i udbudsmaterialet er i strid med de almindelige udbudsretlige principper, herunder proportionalitetsprincippet. Anbringendet er derfor uden nogen udbudsretlig relevans, da det er By og Havns ret som ordregiver at definere kontraktens genstand, selv om en tilbudsgiver synes, at en anden løsning ville være bedre.

Særligt vedrørende påstand 4 har ABB gjort gældende, at By og Havns beslutning af 22. september 2023 om tildeling af kontrakten til PowerCon var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, og klagenævnet skal derfor annullere tildelingsbeslutningen. Overtrædelserne i påstand 1, 2 og 3 skal således føre til, at tildelingsbeslutningen annulleres.

De påviste udbudsretlige overtrædelser er i sig selv og samlet tilstrækkelige til at begrunde en annullation af By og Havns tildelingsbeslutning af 22. september 2023.

Særligt vedrørende påstand 4 har By og Havn gjort gældende, at det følger af det, som er anført ad påstand 1-3, at ABB ikke skal have medhold i påstanden om annullation.

#### Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Parternes anbringender ad betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) og betingelse nr. 3 (*interesseafvejning*) gengives ikke i kendelsen.

#### Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på



sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.

2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet, at

#### Ad påstand 1

Af forsyningsvirksomhedsdirektivets præambelbetragtning nr. 61 fremgår bl.a. følgende om anvendelse af udbud med forhandling uden forudgående indkaldelse af tilbud:

"På grund af de negative konsekvenser for konkurrencen bør udbud med forhandling uden forudgående indkaldelse af tilbud kun anvendes under helt ekstraordinære omstændigheder. Denne undtagelse bør begrænses til tilfælde, hvor offentliggørelse enten ikke er mulig af tvingende grunde som følge af begivenheder, som den ordregivende enhed ikke har kunnet forudse, og som ikke kan tilskrives denne, eller hvor det fra begyndelsen er klart, at offentliggørelse ikke vil give mere konkurrence eller bedre indkøbsresultater, ikke mindst fordi der objektivt set kun er én økonomisk aktør, der kan gennemføre kontrakten. Dette er tilfældet for kunstværker, hvor kunstnerens identitet i sig selv er afgørende for kunstværkets enestående karakter og værdi. Der kan også være andre grunde til eksklusivitet, men kun situationer med objektiv eksklusivitet kan begrunde anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående indkaldelse af tilbud, hvor eksklusiviteten ikke er skabt af den ordregivende enhed selv med henblik på den fremtidige udbudsprocedure."

Af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra a, fremgår, at en ordregivende myndighed kan overgå til udbud med forhandling uden forudgående indkaldelse af tilbud,

”hvis der ikke er afgivet tilbud eller egnede tilbud, eller hvis der ikke er indgivet ansøgninger eller egnede ansøgninger om at deltage som svar på et udbud med en forudgående indkaldelse af tilbud, forudsat at de oprindelige kontraktbetingelser ikke ændres væsentligt.

Et tilbud anses for ikke egnet, når det er irrelevant i forhold til kontrakten, og det er åbenbart, at det ikke uden væsentlige ændringer kan opfylde den ordregivende enheds behov og krav som angivet i udbudsdokumenterne. En ansøgning om deltagelse anses for at være ikke egnet, når den pågældende økonomiske aktør skal eller kan udelukkes i henhold til artikel 78, stk. 1, eller artikel 80, stk. 1, eller ikke opfylder de udvælgelseskriterier, som den ordregivende enhed har fastsat i henhold til artikel 78 eller 80”

Videre følger det af EU-Domstolens dom af 4. juni 2009 i sag C-250/07, at undtagelser til bestemmelserne om fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige kontrakter skal fortolkes strengt, og at bevisbyrden påhviler den part, som ønsker at påberåbe sig disse bestemmelser.

ABB har ved det offentlige udbud tilbudt en pris på 251.493.282 kr. og PowerCon har tilbudt en pris på 242.957.967 kr.

By og Havn meddelte den 24. august 2023 de to tilbudsgivere, at deres tilbud oversteg det budget, som By og Havn havde fastlagt, og at udbudsprocessen derfor overgik til udbud med forhandling i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra a.

Det fremgår, at By og Havn inden offentliggørelse af genudbuddet i maj 2023 drøftede budgettet for anskaffelsen af landstrømsanlægget med sin tekniske rådgiver. Der var forskellige versioner med varierende budgetter fra 192 mio. kr. til 214 mio. kr. Videre fremgår det, at By og Havn anførte, at det er et komplekst projekt med betydelige risici for overskridelser af budget og tidsplan, hvor den største risiko var licitationsresultat, og By & Havn foreslog, at projektet fortsatte, og at der skulle gøres fornyet status efter gennemførelse af udbuddet i august 2023.

Klagenævnet lægger herefter til grund, at budgettet var fastlagt, inden udbudsproceduren blev indledt. By og Havn konstaterede ved modtagelsen af

tilbuddene, at de tilbudte priser overskred det fastsatte budget. Klagenævnet finder, at By og Havn på det foreløbige foreliggende grundlag herefter var berettiget til at overgå til udbud med forhandling i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 50, litra a. Da betingelserne for at overgå til udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse på det tidspunkt var opfyldt, er det uden betydning, at de senere tilbudte priser under forhandlingsudbuddet også overskred det tidligere fastsatte budget.

Der er herefter på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at ABB vil få medhold i påstand 1.

### Ad påstand 2

ABB har til støtte for påstanden gjort gældende, at By og Havn har ændret et grundlæggende element i kontrakten om landstrømsanlægget ved at ændre fristen for at aflevere LT-2 i udførelsestidsplanen til den 30. april 2025, og at denne ændring ikke kan gennemføres uden fornyet udbud.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at varigheden af kontrakten var fra den 5. september 2023 til den 6. marts 2025. Tilsvarende fremgår det af udbudsbetingelsernes punkt 1.2, at kontrakten ville blive gennemført i perioden 5. september 2023 til 6. marts 2025. I udbudsbetingelserne står videre, at By og Havn kunne offentliggøre ændringer eller andre supplerende informationer til udbudsmaterialet enten på baggrund af svar på spørgsmål eller på eget initiativ. Disse ændringer eller supplerende informationer kunne foretages op til seks dage før tilbudsfristen.

Af udkastet til kontraktens punkt 10.1.1 fremgår, at ”The agreed master programme (time schedule) will be prepared by the Supplier in the tendering procedure prior to conclusion of this Design and Supply Contract. The agreed master programme complies with the following main milestones...” og ”The Supplier’s Services must comply with the agreed master programme.” Af milepælene fremgår leveringen (”handover”) til den 6. marts 2023. Videre fremgår det af udkastet til kontraktens punkt 10.2.2, at ”The design and execution schedule must comply with the deadlines in the agreed master programme...” og hertil er der bl.a. henvist til milepælene i udkastet til kontraktens punkt 10.1.1.

Ændringen af leveringen af LT-2 blev foretaget under det offentlige udbud,

og By og Havn indrykkede den 17. juli 2023 en ændringsbekendtgørelse, hvoraf det ændrede tidspunkt for leveringen af LT-2 fremgår. Spørgsmålet er herefter, om ændringen af tidspunktet for levering af LT-2 er en ændring af et grundlæggende element og dermed i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Klagenævnet har efter indholdet af udbudsmaterialet ikke grundlag for at konstatere, at By og Havn havde fastsat det som et mindstekrav, at LT-2 skulle leveres senest den 6. marts 2025. By og Havn har i forhold til ændringen af leveringstidspunktet for LT-2 indrykket en ændringsbekendtgørelse, hvor det ud over den ændrede afleveringsfrist fremgår, at fristen for at indlevere tilbud blev ændret fra den 4. august 2023 til den 11. august 2023. Potentielle tilbudsgivere har således kunnet orientere sig om ændringerne, og de havde mulighed for at vælge at afgive tilbud. Hertil kommer, at udsættelsen af leveringstidspunktet kun drejede sig om en mindre del af den samlede udbudte leverance, nemlig LT-2, og at udsættelsen var af kortere varighed i forhold til kontraktens samlede varighed.

Klagenævnet finder derfor efter omstændighederne og på det foreløbige foreliggende grundlag, at ændringen af leveringstidspunktet for LT-2 ikke var en ændring af et grundlæggende element, og der er derfor ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

### Ad påstand 3

Klagenævnet finder på det foreløbige foreliggende grundlag, at påstanden ikke har et indhold, som medfører, at der er grundlag for at afvise den.

By og Havn har i udbudsbetingelsernes punkt 9 beskrevet, hvordan By og Havn ville evaluere de indkomne tilbud, herunder hvad der ville blive lagt vægt på ved evalueringen af de kvalitative underkriterier ”Organisation and staffing”, ”Process description” og ”Technical solution”.

Af evalueringsrapporten, som tilbudsgiverne modtog ved meddelelsen af 22. september 2023 om tildeling, har By og Havn beskrevet, hvilke kriterier der er lagt vægt på ved bedømmelsen af henholdsvis ABB’s tilbud og PowerCons tilbud.

Efter fast praksis har ordregiveren under et udbud et vidt skøn ved evalueringen af tilbuddene i relation til de kvalitative kriterier. Klagenævnet tilside-sætter alene dette skøn, hvis ordregiveren har overskredet grænserne for skønnet eller handlet usagligt og i strid med de grundlæggende udbudsretlige regler. Det følger desuden af klagenævnets praksis, at ordregiveren ikke i evalueringsrapporten skal gengive alle detaljer i evalueringen.

Klagenævnet finder på det foreløbige foreliggende grundlag, at By og Havn ikke har overskredet grænserne for sit vide skøn eller har handlet usagligt ved evalueringen af tilbuddene.

Der er herefter ikke på det foreløbige foreliggende grundlag udsigt til at påstand 3 vil blive taget til følge.

#### Ad påstand 4

Da der på det foreløbige foreliggende grundlag ikke er udsigt til, at påstand 1-3 vil blive taget til følge, er der heller ikke udsigt til at påstanden om annullation vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 er herefter ikke opfyldt, og derfor er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

#### Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen  
specialkonsulent