

K E N D E L S E

ATKI A/S
(selv)

mod

Odense Kommune
(cand.merc.jur. Emil Schütze, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 085-220050 af 5. marts 2021 udbød Odense Kommune en 8-årig kontrakt vedrørende drift og vedligehold af trafiksignalanlæg i Odense Kommune, herunder til Odense Letbane, samt relaterede ydelser. Udbuddet var et udbud med forhandling efter udbudslovens afsnit II, hvor kommunen forbeholdt sig retten til at tildele kontrakten på grundlag af de indledende bud uden at gå i forhandlinger.

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud den 16. august 2021 havde tre af de prækvalificerede leverandører, ATKI A/S (ATKI), Swarco Danmark A/S (Swarco) og VERDO A/S afgivet tilbud. Den 17. september 2021 besluttede Odense Kommune at indgå kontrakt med Swarco.

Den 27. september 2021 indgav ATKI klage til Klagenævnet for Udbud over Odense Kommune. ATKI fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 27. oktober 2021

besluttede klagenævnet, at betingelserne om ”fumus boni juris” ikke var opfyldt, hvorfor klagen ikke blev tillagt opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

ATKI har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Odense Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 169 samt § 2 ved at tilsidesætte ligebehandling ift. hvad der opfattes som et normalt tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Odense Kommune ikke har opfyldt udbudslovens § 2 ved ikke at stille parterne ens ift. økonomisk tilbud, da Swarco har haft åbenlyse fordele i tilbudssætningen.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Odense Kommune har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Swarco, idet udbudslovens § 162 er uigennemsigtig ift. pris og kvalitet da evalueringskriteriet ”pris” skaber et komplekst og uigennemskueligt underkriterier, i form af et værdiskabelsesark, som ikke er beskrevet i evalueringskriterierne.

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at ovenstående forhold ligeledes handler i strid med udbudslovens § 160 om ligebehandling.

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at ovenstående forhold ligeledes handler i strid med udbudslovens § 164 om gennemsigtighed da kriterierne ikke sikre effektiv konkurrence om kontrakten.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Odense Kommunes beslutning af 17.09.2021 om at tildele den udbudte kontrakt til Swarco, da udbuddet ikke overholder principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Odense Kommune har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Den 29. september 2021 har klagenævnet meddelt Swarco, at virksomheden har mulighed for at intervenere i sagen til støtte for Odense Kommune. Swarco har ikke reageret herpå.

Sagens nærmere omstændigheder:

ATKI har fra sagsfremstillingen anført nogle tekniske forhold, som virksomheden mener har relevans for sagen og dermed er vigtige for at vurdere påstandene. ATKI har fra udbudsmaterialet fremhævet følgende krav:

”a) Netværk:

Krav:

Leverandøren skal overdrage fuldt ajourført dokumentation, der beskriver netværksopbygningen, den anvendte IP-adresseplan og det anvendte sikkerhedskoncept omkring netværket, Centralen og de signalanlæg der er tilkøbt Centralen.

Odense Kommune henviser dermed til den eksisterende netværksløsning, etableret af nuværende leverandør (Swarco)

b) Software værktøjer:

Krav:

TBL 5.1.1: Programmering af prækontrakt styreapparat i anlæg uden letbaneprioritering

TBL 5.1.2: Programmering af prækontrakt styreapparat i anlæg med letbaneprioritering

Odense Kommune henviser dermed til proprietær software og programmering af funktionaliteter som kun er kendt af eksisterende leverandør og kommunen, hvilket skaber en teknisk barrierer.

c) Interface protokoller og Licenser:

Krav

Dokumentationspakke vedr. STCIP v1.13, Swarco Technology 2013

Leverandøren skal koble præ-leverancens trafiksignalanlæg op på Centralen gennem en eller anden form for tovejs STCIP/NGF-oversætter, så ordregiver fra Centralen har et fuldt sæt af ODI-funktioner ift. til hvert af disse anlæg.

Swarco har udviklet de tekniske specifikationer og har ydermere implementeret dem i kommunens eksisterende, hvilket giver Swarco en betydeligt teknisk og økonomisk fordel.

d) eksisterende anlægsmasse og værdi

Krav

Et begreb der i denne kontrakt dækker over, at ordregiver ønsker at bevare den samlede værdi af alle signalanlæg fra leverancestart til kontraktophør.

- Ordregivers eksisterende forhold: OK-Værdibevarelse - version 2 (10.05.2021)

Teknisk set har eksisterende leverandør en klar fordel da der kræves en meget dyb indsigt i eksisterende anlægs tilstand, værdi og levetid for at kunne vurdere værdiskabelsen. Da størstedelen af anlæggene er leveret af Swarco har de en klar teknisk fordel ift. at vurdere hvad der er værdiskabende eller ej.”

Odense Kommune har vedrørende de af ATKI anførte tekniske krav svaret følgende:

”Ad a) Netværk

ATKI angiver at den citerede tekst henviser til eksisterende netværksløsning, men teksten er fra SAB 1 afsnit 5.3, der angår forholdene ved den udbudte kontrakts ophør. I samme afsnit 5.3 angives således også følgende:

”Dokumentationen skal afleveres til ordregiver senest 2 måneder før kontraktophør.”

Der henvises således ikke til den eksisterende netværksløsning, men i stedet til den netværksløsning, som skal varetages under den udbudte kontrakt, og forholdet beskriver således de krav, som gælder ved ophør af den udbudte kontrakt.

På samme måde som i den eksisterende kontrakt, hvor kommunen har sikret at ny leverandør får adgang til netværket, har kommunen således i det nye udbud sikret sig, at der er det nødvendige grundlag for at kunne udbyde kontrakten igen og overgå til ny leverandør.

Ad b) Software værktøjer

Det er korrekt at der henvises til programmering af eksisterende software og funktionaliteter, som er baseret på eksisterende leverandørs programmeringsværktøj (ITC-PC). Men kommunen stiller imidlertid alle nødvendige oplysninger, dokumentation og licenser til rådighed, og har beskrevet dette i udbudsmateriale, således at det er muligt for alle bydende at vurdere ydelsens indhold og vilkår samt reelt levere programmering af eksisterende anlæg.

Det er således ikke korrekt, at grundlaget for programmering af styreapparater kun skulle være kendt af eksisterende leverandør og kommunen,

samt at der skabes en ”teknisk barriere”. Kommunen har således også meget klart fastlagt et vilkår i kontrakten om, at tilbudsgiverne kan lægge til grund at opgaven kan løses uden bindinger til nuværende leverandør, og at adgangen til nuværende programmeringsværktøj stilles til rådighed som ordregiverleverance.

Ad c) Interface protokoller og Licenser

Det er korrekt at en del af den udbudte opgave består i, at leverandøren skal koble trafiksignalanlæggene fra den eksisterende SRO-funktion og over på den ”Central” som leverandøren skal levere. Udbudsmaterialet indeholder imidlertid også alle nødvendige oplysninger og vilkår, således at alle nye leverandører kan få indsigt i de eksisterende programmer/grænseflader (STCIP) og derved lave ”oversætteren” til det system, de tilbyder (Centralen).

Ad d) Eksisterende anlægsmasse og værdi

Udbudsmaterialet indeholder en opgørelse (bilag 6) over alle anlægs tilstand, værdi og levetid, og alle tilbudsgivere vil via denne opgørelse kunne vurdere den krævede værdibevarelse igennem kontrakten.

Alle bydende kan via opgørelsen i bilag 6 samt de anførte betingelser for værdibevarelsen beskrevet i SAB 2 – drift og vedligeholdelse opnå indsigt i værdibevarelsen, og de vilkår leverandøren påtager sig, herunder hvordan leverandøren kan opfylde kravet om værdibevarelse.

Udbudsmaterialet indeholder også vilkår om, at leverandøren i løbet af første leveranceår (2022), hvor leverandøren i alle tilfælde skal gennemgå alle anlæg, kan gøre indsigelser, hvis det skulle vise sig, at det fysiske anlæg ikke svarer til den stand og det omfang som udbyder har oplyst. De bydende kan således basere deres tilbud på beskrivelserne og opgørelserne i udbudsmaterialet.

Opgørelsen over den afskrivning (værditabet), som sker hvert år, samt værdien af den tilsvarende investering leverandøren skal udføre, sker på baggrund af matematiske formler og beregninger, og det giver således ikke eksisterende leverandør en fordel, at størstedelen af anlæggene er leveret af denne.”

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

ATKI har gjort gældende, at Swarcos tilbud er unormalt lavt. Kommunen vurderede, at kontrakten havde en værdi af 117.500.000 kr. Swarco blev tildelt kontrakten med en pris på 73.516.435 kr., hvilket svarer til 38% under den forventede kontrakts værdi. ATKI har gjort gældende, at kommunen ved evaluering af prisen ikke har taget tilstrækkelig højde for evalueringskriteriet: ”Ordregiver lægger vægt på en lav pris, der dog ikke må kunne anses som unormalt lav”. Swarcos pris må anses for at være unormalt lav i forhold til kommunens egen vurdering sammenholdt med de andre bydendes tilbud.

I henhold til udbudsloven § 169 stk. 1, litra c, valgte kommunen at føre forhandling. Kommunen indkaldte til et elektronisk forhandlingsmøde med henblik på at få præciseret tilbuddene vedrørende sprog, enhed og mængder, ligesom kommunen ønskede nogle formelle forhold i tilbuddene afklaret. I ATKIs tilbud ønskede kommunen afklaring vedrørende nogle ansattes forhold. Kommunen fastsatte endvidere fristen for endelige tilbud til den 2. september 2021.

ATKI har yderligere gjort gældende, at Odense Kommune ikke har behandlet de bydende ligeligt, da ATKIs pris på 110.137.921 kr. burde have fået kommunen til at reagere på, om de bydende havde forstået opgaven ens, grundet f.eks. dens kompleksitet. Kommunen har valgt at føre forhandlinger, uden at ATKI har haft mulighed for at ”forhandle”.

Dertil kommer, at kommunens beregningsmetode for, hvornår et tilbud er unormalt lavt, ikke er retvisende, da det alene baserer sig på tre tilbud.

ATKI har endelig gjort gældende, at kommunens hidtidige kontrakt ikke er sammenlignelig med udbudsbetingelserne, blandt andet da den, som kommunen uberettiget hævder, ikke indeholder elementer som værdibevarelse og overgang fra STCIP til anden åben protokol.

Odense Kommune har bestridt, at udbudsreglerne er overtrådt ved, at kommunen konkret har vurderet, at ingen af de tre tilbud var unormalt lave.

I de endelige tilbud modtog kommunen følgende tilbudssummer, jf. evalueringsrapporten:

ATKI –	110.137.921 kr.
Swarco –	73.516.435 kr.

VERDO – 85.633.323 kr.

Odense Kommune kunne således konstatere, at der fra næstlaveste tilbudssum og til laveste tilbudssum var en forskel på 14,2 %. Derudover kunne kommunen konstatere en gennemsnitssum på 89.762.560 kr. og dermed en forskel fra gennemsnitssummen og laveste tilbudssum på 18,1 %. Forskellen fra ATKIs tilbudssum og laveste tilbudssum udgjorde 33,2 %, og mellem gennemsnitssummen og ATKIs tilbudssum var der ca. 18,5 % i forskel.

Kommunen gennemførte en konkret vurdering af, om de endelige tilbud var unormalt lave, jf. udbudslovens § 169, og kommunen kunne konstatere, at ingen tilbud forekom unormalt lave.

Det er korrekt, at kommunen havde angivet en anslået kontraktværdi på 117.500.000 kr. i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.5. Den anslåede værdi er opgjort på baggrund af de gældende regler herfor, herunder udbudslovens § 30, samt en forventning fra kommunen om, at der i dette udbud ville indkomme priser, som lå 20-30 % højere end det prisniveau, der er gældende i den eksisterende kontrakt.

Udbudslovens § 169 giver ordregiver en ret til at afvise unormalt lave tilbud, hvis betingelserne herfor er opfyldt, men der ikke er en pligt hertil. Det følger således klart af lovbemærkningerne til § 169, stk. 2, at formålet med bestemmelsen er at beskytte tilbudsgiver mod, at et tilbud afvises på et uoplyst grundlag. Bestemmelsen beskytter ikke tilbudsgiver mod ordregiverens accept af et unormalt lavt tilbud.

Efter modtagelse af endelige tilbud kunne kommunen konstatere, at det generelle prisniveau lå på niveau med prisen i den eksisterende kontrakt og ikke de forventede 20-30 % højere. Derudover kunne kommunen konstatere, at to ud af tre tilbudsgivere havde et forholdsvis sammenligneligt prisniveau, og at den laveste tilbudssum ikke lå langt fra næstlaveste tilbudssum samt den gennemsnitlige tilbudssum.

Det er på denne baggrund, at kommunen konkret har vurderet, at ingen tilbud var unormalt lave, hvorfor der ikke er efterspurgt redegørelser fra nogen tilbudsgivere. Dette ligger inden for ordregivers lovlige skøn, hvilket bl.a. baseres på følgende argumenter:

Der gælder ikke en juridisk defineret grænse for, hvornår et tilbud er unormalt lavt. Dette er undergivet ordregivers konkrete vurdering.

I Kommissionens forslag til udbudsdirektivet blev foreslået følgende kumulative betingelser for, hvornår et tilbud er unormalt lavt, jf. artikel 69, og ingen af disse er opfyldt:

- a) Tilbudsgiverens pris eller omkostninger er mere end 50 % lavere end gennemsnittet af de øvrige tilbudsgiveres pris eller omkostninger.
- b) Tilbudsgiverens pris eller omkostninger er mere end 20 % lavere end prisen eller omkostningerne i det næstlaveste tilbud.
- c) Der er afgivet mindst fem tilbud.

Kommunen har henvist til klagenævnets kendelse af 6. marts 2020, Aktieselskabet Carl Christensen mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, og kendelse af 3. oktober 2018, Efkon GmbH mod Fjordforbindelsen Frederikssund m.fl. Selv ganske vide prisspænd fører ikke til, at ordregivers skøn over normaliteten af det laveste tilbud tilsidesættes. Således var prisintervallet i de nævnte kendelser på henholdsvis ca. 90 % og ca. 65 %, uden at dette førte til, at den laveste tilbudte pris blev anset for at være unormalt lav.

En ordregivers vurdering af, om et tilbud er unormalt lavt, er fra praksis i Klagenævnet for Udbud samt i Kommissionens forslag til artikel 69 baseret på forskellene i de indkomne tilbud og ikke i forhold til ordregivers anslåede værdi i udbudsbekendtgørelsen. Det vil da også typisk være de private markedsaktører, der har det bedste grundlag for at vurdere prisniveauet og egne omkostninger.

I dette udbud, hvor kommunen modtog to tilbud på et forholdsvis ens prisniveau, hvoraf laveste tilbudssum er afgivet af den eksisterende leverandør, må dette tale for at priserne ikke er unormalt lave – også selvom prisniveauet ligger under ordregivers anslåede værdi af kontrakten. Det fremgår i øvrigt både af den eksisterende kontrakt samt kontrakten fra udbudsmaterialet, at leverandøren skal overholde ILO-konventioner tiltrådt af Danmark, og der var dermed heller ikke grundlag for at tro, at tilbuddet fra Swarco var omfattet af udbudslovens § 169, stk. 3.

Kommunen har bestridt ikke at have givet mulighed for at forhandle og optimere på tilbuddene eller sikret præcisering af evt. forhold i udbudsmateria-

let, som måtte være forstået forskelligt af de bydende. Kommunen opfordrede de bydende til at afgive et optimeret tilbud, og der blev via forhandlinger gennemført en præcisering af afregningen af to poster.

Kommunen har bemærket, at ATKIs indledende tilbudssum udgjorde 116.947.617 kr. og dermed ca. 6,8 mio. kr. højere end det endelige tilbud.

Kommunen har ikke haft noget grundlag for at betvivle, at Swarco – der i sagens natur har et indgående kendskab til den udbudte opgave som eksisterende leverandør – er i stand til at løfte opgaven til den tilbudte pris. Kommunen har på den baggrund ikke været forpligtet til at indhente en redegørelse fra Swarco i forhold til de afgivne priser, og kommunen har hverken været berettiget eller forpligtet til at afvise Swarcos tilbud som unormalt lavt.

Ad påstand 2

ATKI har gjort gældende:

- a) at Odense Kommune har givet Swarco en klar økonomisk fordel ved at kræve, at der anvendes LISA+ som programmeringsværktøj, da Swarco er eneforhandler af dette værktøj i Danmark, samt er medejer af Schlothauer & Wauer, som udvikler LISA+.

Selvom kommunen fremhæver, at ATKI har leveret LISA+ programmer til andre kunder, kan det ikke lægges til grund for dette udbud, at ATKI således ikke har en økonomisk udgift. ATKI har ikke eget LISA+ værktøj og ville således skulle prissætte indkøb og løbende licenser, som ifølge oplysninger fra Swarco løber op i en pris på ca. 500.000 kr. (over 8 år). Swarco har hermed en økonomisk fordel på 500.000 kr., som ATKI skal forsøge at ”spare” på andre ydelser i TBL fra kommunen.

ATKI har endvidere gjort gældende, at krav om LISA+ er i modstrid med udbudslovens § 46, da der findes andre åbne værktøjer på markedet, som kan opfylde samme krav:

- b) Odense Kommune har givet Swarco en klar økonomisk fordel ved at kræve, at der skal leveres en dokumenteret netværksløsning. Swarco har allerede etableret en ”lukket” netværksløsning, hvilket fremgår af FAQ. Dette forhold ligestiller ikke de bydende.

Selvom kommunen oplyser, at ”lukkede netværk” udelukkende dækker over anvendelsen af begrebet VPN og er baseret på TDC’s ”åbne” tjenester, er det også fremhævet af kommunen, at ”Leverandøren skal være opmærksom på at alle anlæg drift (både præ-leverance anlæg og nye NGF-kompatible anlæg) skal være tilkoblet et lukket netværksmiljø omkring hhv. det eksisterende SRO og Centralen.”

Den tekniske konfiguration af VPN netværk, firewalls, Topologi mm omkring eksisterende SRO mm er en viden, som Swarco besidder. De øvrige bydende er tvunget til at prissætte en netværksløsning, da det nuværende netværk er baseret på Swarcos tekniske platform. Omlægning af det eksisterende netværk samt idriftsættelse og test kan nemt løbe op i et par måneders arbejde, da der er koblet mere end 250 noder på. Skal der bare bruges 1-2 timer på rekonfigurering mm. kan dette nemt løbe op i en omkostning på 250.000 – 500.000 kr. Swarco har hermed en økonomisk fordel på 500.000 kr., som ATKI skal forsøge at ”spare” på andre ydelser i TBL fra kommunen:

- c) Odense Kommune har givet Swarco en klar økonomisk fordel ved at kræve, at løsningen skal baseres på Swarcos proprietære interface protokol STCIP. Som det fremgår af FAQ, er kommunen gjort opmærksom på dette forhold adskillige gange. Det er i strid med ligebehandlingsprincippet, da Swarco allerede har en fungerende løsning hos kommunen, mens de øvrige bydende vil blive påført betydelige udviklingsomkostninger samt projektrisiko.

ATKI bestrider, at kommunen ikke kræver, at løsningen skal baseres på Swarcos STCIP-grænsefladespecifikation. Dette krav fremgår af SAB 1, afsnit 3:

”Leverandøren skal koble præ-leverances trafiksignalanlæg op på Centralen gennem en eller anden form for tovejs STCIP/NGF-oversætter, så ordregiver fra Centralen har et fuldt sæt af ODI-funktioner ift. til hvert af disse anlæg. Ordregiver accepterer dog de begrænsninger der måtte følge af manglende LISA-kompatibilitet og/eller manglende funktionalitet i præ-leverancestyreapparatet.”

Kommunen lægger efter værdiskabelsesarket ikke op til, at alle Swarcos styreapparater, som udgør mere end 90 % af de 207 styreapparater, som kommunen har, skal skiftes til en åben protokol, men kommunen beskriver, at de skal skiftes i henhold til deres levetid, som er oplyst til 15 år. ATKI har under

dialogmødet oplyst kommunen om, at en typisk levetid for styreapparater er 10 år. Således har ATKI opgjort, at ud af de 207 styreapparater er 60 styreapparater af nyere dato og skal således ikke skiftes. Ydermere ville det ikke være muligt at skifte 207 styreapparater, som p.t. anvender Swarcos proprietære protokol STCIP inden for et år, hvilket er den frist kommunen har givet de bydende, før Swarcos overvågningsplatform ikke kan anvendes, uden at de bydende selv betaler. Dette forhold fremgår tydeligt af udbudsmaterialet SAB 1, afsnit 2.1:

”ODI-funktionalitet, der findes ved leverancestart – leveres i op til 12 måneder regnet fra leverancestart, betalt af ordregiver. Leverandøren tillades yderligere 12 mdrs. drift af denne ODI-funktionalitet for egen regning og på et aftalegrundlag der i øvrigt er ordregiver uvedkommende.”

Det er rigtigt, at ATKI under dialogmødet bekræftede, at det teknisk er muligt at udvikle en løsning ”oversætter” fra STCIP til ny åben protokol, men ATKI påpegede samtidig, at det økonomisk nok ikke var attraktivt for andre end Swarco. Kommunen har sikret, at ATKI ikke er afhængig af licenser i forhold til benyttelsen af protokollen, men Swarco har sikret sig i aftalen, at denne ikke kan anvendes andre steder end i Odense Kommune. Således fremgår af aftalen:

”Brug af protokollen kræver sædvanligvis specifik skriftlig tilladelse til ny implementation og brug, samt en licens både til central systemet og vejsideapparatet. Disse krav er fraveget for leverancer til Odense Kommune / Odense Letbane, således at protokollen i dette tilfælde kan bruges uden foregående accept og licensfrit”.

ATKI og øvrige bydende har dermed en betydelig udgift til udvikling, hardware, test og implementering af STCIP samt omlægning af eksisterende styreapparater til ny ”oversætter”, som i udvikling for 2-3 medarbejdere nemt kan løbe op i en omkostning på 1 mio. kr., samtidig med at der skal indkøbes hardware og bruges tid på at omlægge eksisterende udstyr i marken.

Swarco har hermed en økonomisk fordel på flere mio. kr., som ATKI skal forsøge at ”spare” på andre ydelser i TBL fra kommunen:

d) Odense Kommune har givet Swarco en klar økonomisk fordel ved at kræve, at licens til eksisterende overvågningsanlæg, som er leveret af Swarco, skal betales af den bydende efter første år. Efter første år har

kommunen ikke sikret, at de bydende kan operere på lige vilkår, hvilket giver Swarco en økonomisk fordel.

ATKI vil igen fremhæve, at grundet kommunens krav om, at udstyr skal udskiftes i henhold til det værdibaserede ark, hvor mindst 60 styreapparater ikke står til udskiftning i kontraktens løbetid og ca. 140 styreapparater skal udskiftes efter 2. år og frem presses de bydende undtagen Swarco til at indregne ekstra omkostninger til forcering af STCIP gateway og omlægning af eksisterende styreapparater, da disse ellers vil blive mødt med et krav om licensbetaling for opretholdelse af Swarcos overvågningsplatform.

Swarco har hermed en økonomisk fordel, som ATKI skal forsøge at "spare" på andre ydelser i TBL fra kommunen:

e) Odense Kommune har givet Swarco en klar økonomisk fordel ved at kræve priser på programmering i Swarcos eget-udviklet programmeringsværktøj. Som det fremgår af FAQ, er kommunen gjort opmærksom på dette. Swarco har dermed en fordel i prissætningen af dette, hvilket giver en forskelsbehandling af de bydende.

Det er ikke korrekt, når Odense Kommune fremstiller sagen som om, at kommunen har sikret adgang til eksisterende programmeringsværktøj samt guide for de bydende og dermed mener, at de bydende er stillet ens.

ATKI henviser til følgende, som kommunen har anført:

"Hensigten er at indlede en proces, der dels skal optimere driften og dels skal sikre, at alle anlæg er veldokumenterede og har åbne grænseflader, som uden retlige eller faktiske bindinger til tidligere leverandører i al væsentlighed kan danne grundlag for et nyt udbud om 8-10 år."

Enhver med branchekendskab ved at disse proprietære programmeringsværktøjer er stærkt bundet til leverandøren og det er "umuligt" med de vanlige "guides" at udarbejde et program uden at have dybt kendskab til leverandørens styreapparat. Det er således ikke korrekt, som kommunen har anført, at den nye leverandør vil have en ubetydelig udgift, når kommunen ikke stiller oplæring til rådighed.

ATKI forstår ikke, at kommunen ønsker at påføre ATKI og øvrige bydende en binding til Swarco, lige så vel som det igen ikke skaber ligebehandling af de bydende. Oplæring og risici ved at anvende et ”ukendt og properitært” værktøj er en stor omkostning, som ATKI skal forsøge at spare på andre ydelser i TBL, hvilket giver Swarco en klar fordel:

f) Odense Kommune har givet Swarco en klar økonomisk fordel ved at anvende et værdiark, hvor værdisætningen af hovedkomponenter er baseret på eksisterende leverandørs priser (dermed Swarco). Ændring af disse værdier er yderst følsom for udsving, hvorfor Swarco tillægges en fordel, da deres prissætning ”passer” til modellen.

Hverken ved dialogmødet eller høringen har værdibevarelsesarket været genstand for fokus, skønt levetider er baseret på Swarcos udstyr (15 år for styreapparat versus de 10 år oplyst af ATKI), hvilket har en stor økonomisk påvirkning af tilbuddet, da værdibevarelsen udgør størstedelen af de aktiviteter, som skal udføres i henhold til kontrakten.

Udskiftning af styreapparater hvert 10. år ville medføre mindre behov for at interface op imod eksisterende proprietære systemer leveret af Swarco, hvilket ville have stillet de bydende mere lige, end tilfældet er.

ATKI fremhæver, at de økonomiske fordele, som er tildelt Swarco, sammenholdt med evalueringsrapportens prisevaluering, som ikke er beskrevet i udbudsbetingelserne er i strid med udbudslovens §162 om gennemsigtighed i forhold til pris og kvalitet, da pris har en meget uigennemsigtig vægtigt, som resulterer i, at højstbydende ikke har nogen mulighed for at få kontrakten tildelt.

Odense Kommune har overordnet bestridt, at kommunen har overtrådt udbudslovens § 2 ved at acceptere et tilbud fra den eksisterende leverandør, Swarco.

Kommunen har herved navnlig anført, at der ikke gælder et udbudsretligt krav om, at alle tilbudsgivere per definition skal kunne stilles ens i forhold til økonomiske tilbud, da der udbudsretligt accepteres en naturlig og lovlig konkurrencefordel hos den eksisterende leverandør.

Dette følger både af lovbemærkningerne til udbudslovens §§ 2 og 39 samt af praksis fra både Klagenævnet for Udbud og EU-Domstolen.

Af lovbemærkningerne til udbudslovens § 2 fremgår blandt andet:

”Den eksisterende leverandør vil eksempelvis ofte have en betydelig - men lovlig - konkurrencefordel. Ligebehandlingsprincippet medfører i en sådan situation kun pligt for ordregiveren til at udligne en sådan konkurrencefordel i det omfang, det i teknisk henseende er enkelt at foretage en sådan udligning, hvor udligningen er økonomisk rimelig, og hvis den ikke indebærer en tilsidesættelse af den eksisterende kontrahents eller den nævnte underleverandørs rettigheder.”

Kommunen har henvist til, at den har foretaget følgende tiltag for at udligne og begrænse den eksisterende leverandørs konkurrencefordel:

- a) Markedsdialog med potentielle bydende inden udbudsproces.
- b) Strenge kontraktkrav til eksisterende leverandør, der gør det muligt at opnå de nødvendige oplysninger, dokumentation, licenser og software med henblik på, at ny leverandør kan overtage opgaven.
- c) Høj andel af ordregiverleverancer, herunder det 1. års SRO-funktion, programmeringsværktøjer, kildekoder til styreprogrammer, LISA-miljø samt komponenter/reservedele til præ-leveranceanlæg.
- d) Åben og redigerbar grænsefladespecifikation (STCIP), der stilles til rådighed for leverandøren.
- e) Klare og detaljerede beskrivelser af eksisterende anlægsmasse (antal, komponenter, placering, trafikstyringsdokumentation, som-udført dokumentation, styreapparatstype, bestykning, aktuel tilstand og restlevetid).
 - a. Juridisk ret til, at ny leverandør kan påberåbe sig fejl og mangler i opgørelsen i løbet af første leveranceår (2022).
- f) Lang mobilisering- og overgangsperiode (mobilisering + første leveranceår (2022), hvor ny leverandør kan få forståelse for opgaven, indsigt i dokumentationen, oplæring i systemer samt sikre overgangen fra nuværende SRO-funktion til den tilbudte Central.
 - a. Mulighed for at overgang fra nuværende SRO-funktion til Centralen først ske i andet leveranceår (2023).

- g) Lang kontraktperiode, hvor overgangsomkostninger kan afskrives.
- h) Krav om, at alle leverandører (også eksisterende) overgår til LISA og tilbudt grænsefladespecifikation (OCIT) baserede ydelser.
- i) Odense Kommune påtager sig juridisk at overtage opgaver, hvis det ikke er muligt at levere for ny leverandør på grund af afhængighed til eksisterende leverandør.

Odense Kommune har på den baggrund gjort gældende, at den eksisterende leverandør ikke har haft en ulovlig konkurrencefordel i strid med udbudslovens § 2, samt at kommunen både ved udbud af den eksisterende kontrakt og i særdeleshed ved dette udbud har tilrettelagt udbuddet på en måde, der har mindsket betydningen af den fordel, den eksisterende leverandør har.

Odense Kommune har henvist til følgende konkrete tiltag, der skal sikre den ny leverandørs adgang til eksisterende set-up samt overgangen til det nye set-up:

- Udbudsmaterialet omfatter dokumentation for eksisterende anlæg
- Udbudsmaterialet indeholder programmeringsværktøj (ITC-PC) og -guide samt kildekoder til at kunne tilgå og programmere eksisterende styreapparater.
- Udbudsmaterialet indeholder eksisterende STCIP-grænsefladespecifikation (protokol) til netværket i åbent og redigerbart format.
- Alle leverandører kan dermed etablere den nødvendige ”oversætter” til Centralen.
- Som ordregiverleverance indgår eksisterende SRO-funktion i første leveranceår.
- Alle leverandører skal tilbyde en overgang fra eksisterende SRO-funktion til den tilbudte Central.
- Som ordregiverleverance indgår LISA-miljø, der skal tilknyttes den tilbudte Central.

Odense Kommune har vedrørende ATKIs anbringender a-f anført:

Særligt vedrørende ATKIs anbringende a:

I forbindelse med markedsdialogen oplyste ATKI:

”Ifølge ATKI er kravene om integrerbar anlægsportefølge samt generisk programmeringsværktøj (OCIT og LISA) hensigtsmæssige i teknisk/økonomisk forstand.”

Kommunens beslutning om at etablere et LISA-miljø til dette udbud er baseret på inputs fra markedsdialogen om, at dette vil skabe bredere adgang for at kunne levere programmeringen til Odense Kommune.

Kommunen har ikke et LISA-miljø i den eksisterende kontrakt og har netop valgt at lade dette indgå som en ordregiverleverance i dette udbud for at sikre bedst mulig konkurrence om opgaven og nedbryde hindringer for nye leverandører, herunder også tredjeparters mulighed for at levere programmel i den forestående kontraktperiode. Kommunens motivation for dette var, som det også fremgår af ATKIs tilbud, at LISA er tilgængeligt for alle markedsaktører og i stigende grad stilles som krav i danske vejbestyrelses udbud på trafiksignalområdet.

ATKI har som alle andre markedsaktører adgang til at levere en programmering, der kan håndteres i kommunens LISA-miljø. I ATKIs tilbud fremgår det, at ATKI allerede programmerer via LISA til flere andre kunder, samt at der allerede er sikret en integration imellem LISA og ATKIs tilbudte løsningsbeskrivelse, OCIT.

Af ATKIs tilbud fremgår da også yderligere, at den tilbudte programmør siden 2007 har erfaring med programmering i LISA, hvilket også blev fremhævet positivt i vurderingen af de tilbudte nøglepersoner, jf. evalueringsrapporten.

Kommunen har henvist til baggrunden for etablering af et LISA-miljø, samt hvorledes dette indgår i tilbuddet som ordregiverleverance og alene med krav om (delvis) kompatibilitet, da kravet ikke gælder for de eksisterende anlæg. ATKIs henvisning til udbudslovens § 46 er derfor ikke relevant og i øvrigt ikke dækket af påstand 2.

Kommunen bestrider ikke, at ATKI ikke har en økonomisk udgift ved at etablere eget LISA værktøj og licenser. Kommunen henviser blot til, at ATKI både under markedsdialogen og i tilbuddet oplyser, at LISA anvendes af ATKI i dag for flere andre kunder, og at ATKI dermed allerede har kendskab til LISA samt licenser til at anvende dette.

I alle tilfælde gør kommunen gældende, at der er opstillet samme vilkår for alle bydende, og at en omkostning på 0,5 mio. kr., som eksisterende leverandør (potentielt) ikke har, anses som begrænset set i lyset af kontraktens værdi og varighed.

Odense Kommune er derfor uforstående over for ATKIs synspunkt om, at Swarco opnår en klar økonomisk fordel, og kommunen skal her henvise til ovenstående om ATKIs eget udsagn fra markedsdialogen om, at brugen af LISA var hensigtsmæssig i tekniske og økonomisk forstand, til omfanget af ordregiverleverancer samt indholdet i ATKIs tilbud, herunder den nuværende brug af LISA samt tilbudte programmør og dennes kompetencer og erfaringer med brugen af LISA.

Særligt vedrørende ATKIs anbringende b:

Odense Kommune har indledningsvis gjort gældende, at kravet om en ”lukket” netværksløsning ikke angår ”lukkethed” over for øvrige leverandører, men er udtryk for et krav om netværkets sikkerhedsniveau – det er lukket for fremmede/uvedkommende netværksenheder og netværksadgang. Det er således ikke udtryk for, at det eksisterende system er ”lukket” for en kommende leverandør – tværtimod er der sikret adgang for en ny leverandør.

Det er i øvrigt et generelt krav i kontrakten, at leverancerne skal dokumenteres, og det skal en netværksløsning også uanset leverandør heraf. Kommunen har tilrettelagt udbuddet således, at alle tilbudsgivere har haft adgang til den nødvendige information, herunder oplysninger om den generelle opbygning af det sikre netværk og oplysninger om leverandørens adgang til at anvende dele af det eksisterende netværk og dets komponenter til den nye løsning. Den kommende leverandør vil naturligvis supplerende få adgang til detailoplysninger som IP-adresser, adgangskoder osv. Dette er klart beskrevet i udbudsmaterialet samt i spørgsmål/svar i løbet af udbudsprocessen.

Som svar på spørgsmål 56 oplyste kommunen således:

”Der er tale om et lukket netværk (VPN) baseret på services og SIM-kort fra ISP. Netværket skal overtages af leverandøren som vil få alle oplysninger der er nødvendige for at overtage dette.”

Til spørgsmål 31 svarede kommunen følgende:

”Ordregiver er indstillet på at stille eksisterende udstyr, SIM-kort og abonnementer til rådighed for leverandørens løsning, men gør opmærksom på at det eksisterende setup med SRO og præ-leverance styreapparater fungerer i et lukket netværksmiljø. Leverandøren skal være opmærksom på, at alle anlæg i drift (både præ-leverance anlæg og nye NGF-kompatible anlæg) skal være tilkoblet et lukket netværksmiljø omkring hhv. det eksisterende SRO og Centralen. Uanset fremgangsmåde, er det leverandørens ansvar at den fulde ODI-funktionalitet realiseres ift. Centralen og NGF-kompatible anlæg og, at den nuværende SRO-funktionalitet bevares ift. præ-leverancelæg så længe de er koblet op mod det eksisterende SRO-system.”

Det er således et netværkssikkerhedstiltag, at der opereres med ”lukkede netværk” – dvs. netværk, der kræver specielt SIM-kort/abonnement m.v., som sikrer, at kun ønskede anlæg/systemer tillades adgang til det pågældende netværk. I det eksisterende setup er der opbygget et lukket netværk, hvortil eksisterende SRO-funktion og eksisterende trafiksignalanlæg er koblet. Dette setup skal bevares indtil det øjeblik, hvor disse trafiksignalanlæg kan overflyttes til det nye setup bestående af Centralen.

Den nuværende netværksløsning er opbygget på basis af en tjeneste, der udbydes af TDC. Økonomien vedrørende det eksisterende lukkede netværk (abonnement, SIM-kort, evt. tillægstjenester) betales direkte af kommunen og har således ikke noget med nuværende eller kommende leverandør at gøre.

Odense Kommune har tilrettelagt udbuddet således, at også nye leverandører kan overtage det eksisterende netværk, og har gjort de nødvendige oplysninger, rettigheder mv. tilgængeligt i udbudsmaterialet. Eksisterende leverandør har således ikke en konkurrencefordel i strid med udbudslovens § 2.

Kommunen har endelig henvist til, at der blev stillet samme krav til alle bydende om at overgå fra eksisterende system og over på ”Centralen”, og at kommunen har sikret de nødvendige oplysninger, rettigheder samt juridiske vilkår til, at alle bydende kunne gøre dette uden bindinger til den eksisterende leverandør.

Kommunen kan ikke afvise, at den eksisterende leverandør kan løse overgangen til ”Centralen” med færre omkostninger end ATKI, men også her anses en estimeret udgift på 0,25 – 0,5 mio. kr. i alle tilfælde som begrænset set i lyset af kontraktens værdi og varighed samt kommunens interesse i, at sikre denne overgang i kontraktperioden.

Særligt vedrørende ATKIs anbringende c:

Odense Kommune har gjort gældende, at det fremgår af udbudsmaterialet, at en leverandør kan udskifte eksisterende styreapparater, men det lægger op til, at denne grænseflade håndteres via etablering af en ”oversætter” mellem eksisterende STCIP-protokol og den tilbudte ”Central”, da dette er mere hensigtsmæssigt og bl.a. blev anbefalet af ATKI på markedsdialogen.

Kommunen har stillet lige krav til alle bydende, og også eksisterende leverandør, Swarco, har tilbudt samme overgang fra STCIP-protokol til OCIT, som ATKI har tilbudt.

Odense Kommune har sikret alle nødvendige oplysninger, dokumenter og rettigheder til at gennemføre denne overgang via en oversætter som også bekræftet af ATKI, og kommunen har afholdt udgifterne til opretholdelse af SRO-funktionen i det første leveranceår, hvor leverandøren kunne sikre en overgang fra STCIP-protokollen til den tilbudte grænsefladespecifikation (OCIT).

Kommunen har henvist til, at ATKI oplyste at kunne sikre denne overgang i løbet af første leveranceår og dermed inden for den periode, kommunen havde medtaget som ordregiverleverance.

ATKI lægger igen til grund, at eksisterende leverandør ikke har udgifter til opfyldelse af kravet om overgang fra STCIP-protokollen til tilbudt grænsefladespecifikation, hvilket kommunen ikke kan bekræfte. Derudover er det i alle tilfælde en forholdsvis begrænset udgift, når kontraktens værdi og varighed samt kommunens interesse i, at sikre denne overgang til Centralen, tages i betragtning.

Særligt vedrørende ATKIs anbringende d:

Odense Kommune har afvist, at der skulle være opstillet særlige krav til ATKI eller andre potentielle nye leverandører om at forcere ”STCIP gateway” og at omlægge eksisterende styreapparater.

Kommunen har henvist til, at også Swarco har tilbudt en overgang fra STCIP til den tilbudte grænsefladespecifikation, samt at kommunens vilkår i udbuddet, herunder omkring kommunens betaling for opretholdelse af SRO-funktion i første leveranceår, er baseret på oplysninger fra markedsdialogen, hvor bl.a. ATKI oplyste, at en sådan overgang var mulig.

ATKI har da også selv budt ind med en tidsplan, hvor overgangen gennemføres inden udløb af første leveranceår, hvilket bl.a. bliver fremhævet positivt i vurderingen af ATKIs tilbud, jf. Evalueringsrapporten vedr. delkriterium C, hvor der angives følgende:

”Det vurderes positivt, at drift og vedligeholdelse vil foregå med base i Odense. Mobiliseringen er velbeskrevet og alle væsentlige aktiviteter er inkluderet, herunder udvikling af en grænsefladekonverter (STCIP-gateway) til eksisterende styreapparater. Endvidere er der lavet en fyldestgørende tidsplan. Lagerfaciliteter er eksplicit en del af mobiliseringsperiodens aktiviteter og nødvendige uddannelsesforløb for personalet gennemføres. Der beskrives aktiviteter med ordregiver med henblik på at opbygge relationer og samarbejde, og de beskrevne aktiviteter virker relevante. Overgangsperioden til Centralen bliver udført hurtigt og i etaper som vurderes hensigtsmæssige.”

Særligt vedrørende ATKIs anbringender gældende for såvel c og d:

Odense Kommune kræver ikke, at den tilbudte løsning skal være baseret på Swarcos STCIP-grænsefladespecifikation, men det er den løsning, som anvendes i dag, og som en kommende leverandør skal overtage. Kommunen har stillet krav om, at alle leverandører skal overgå fra den nuværende grænsefladespecifikation STCIP og til den tilbudte grænsefladespecifikation. Både ATKI og Swarco skal således gennemføre den ændring af setup’et, som er vist i bilag A, herunder sikre overgang til ny grænsefladespecifikation (OCIT).

I udbudsmaterialet stilles de nødvendige oplysninger, dokumentation og software til rådighed, således at også en ny leverandør kan sikre overgangen fra STCIP uden at være afhængig af viden eller ydelser fra eksisterende leveran-

dør. Dokumentationspakke til STCIP er således præsenteret i udbudsmaterialet og udleveres i samlet, ajourført og ”åben”/redigerbar version ved kontraktstart.

Som det fremgår, havde kommunen under markedsdialogen netop fokus på at få afklaret, om potentielle nye leverandører kunne overtage opgaven. Under markedsdialogen bekræftede ATKI, at dette var muligt, hvis man havde adgang til at bruge grænsefladespecifikationen (også kaldet ”protokollen”) og havde adgang til den nødvendige dokumentation af grænsefladespecifikationen.

På de spørgsmål, ATKI henviser til, har kommunen svaret klart og i tråd med udbudsmaterialet, at leverandøren ikke vil være afhængig af eksisterende leverandør i forhold til at overtage eksisterende løsning. Dette er også i tråd med kontraktens § 5, stk. 5.

På spørgsmål 92 svares eksempelvis:

”Integrationsprocessen er tilrettelagt så den fra ordregivers side hverken er gjort afhængig af SWARCO eller af STCIP Working Group. Ordregiver ligger inde med den nødvendige tilladelse til at anvende STCIP som beskrevet og forudsat i det aktuelle udbudsmateriale.”

Kommunen har også tilrettelagt udbuddet således, at opretholdelse af eksisterende SRO-funktion, baseret på STCIP-grænsefladen, leveres som ordregiverleverance i det første leveranceår (2022), hvor leverandøren kan overflytte trafiksignalanlæggene til den Central, som leverandøren skal levere.

I markedsdialogen har ATKI oplyst, at udarbejdelsen af en ”oversætter” fra eksisterende SRO-funktion, baseret på STCIP-grænsefladen, til den tilbudte Central vil kunne håndteres i løbet af 3-4 måneder. I ATKIs tilbud fremgår det, at udviklingen af Centralen, herunder ”oversætteren” til eksisterende STCIP-grænseflade, planlægges fra primo januar 2022 til medio maj 2022, hvorefter alle eksisterende anlæg overflyttes frem til 23. november 2022.

Kommunen har således sikret, at ATKI ikke er afhængig af licens fra Swarco, men kan sikre overgangen inden for den periode, hvor SRO-funktionen leveres som ordregiverleverance.

I relation til ATKIs anbringende c og d gør kommunen derfor gældende, at den ikke har givet Swarco en konkurrencemæssig fordel i strid med udbudslovens § 2.

Særligt vedrørende ATKIs anbringende e:

Eksisterende styreapparater skal programmeres via eksisterende programmeringsværktøj (ITC-PC). Kommunen har imidlertid i den eksisterende kontrakt sikret sig fuld og vederlagsfri adgang til programmeringsværktøjet og gjort dette samt en programmeringsguide tilgængelig for de bydende som en del af udbudsmaterialet.

Odense Kommune har således tilrettelagt udbuddet på en sådan måde, at der ikke er nogen afhængighed til eksisterende leverandør eller dennes programmeringsværktøj samt stillet de nødvendige oplysninger og dokumenter til rådighed, således at en ny leverandør kan få indsigt i opgavens indhold og vilkår.

Det står leverandøren frit for at udskifte styreapparater i eksisterende trafiksignalanlæg til leverandørens egne styreapparater, hvis man ønsker at bruge et andet programmeringsværktøj.

Kommunen besvarede de stillede spørgsmål i udbudsprocessen i tråd hermed. Kommunen svarede for eksempel følgende til spørgsmål 43:

”Programmeringsværktøj stilles til rådighed til det aktuelle styreapparat. Det er op til kontraktholder selv at sætte sig ind i programmeringsværktøjet ud fra udførlige manual leveret af den tidligere leverandør.”

Til spørgsmål 84 svarede kommunen:

”Leverandøren gives af ordregiver adgang til det nødvendige (dokumentation, kildekode og værktøjer) for levering af ydelser relateret til TBL-posterne 05.01.01 og 05.01.02.”

Af referatet fra markedsdialogen med ATKI fremgår om ovenstående håndtering af programmeringsværktøjet (ITC-PC):

”OK forklarede, at det programmeringsværktøj (ITC-PC), som kommunen overdrages ved afslutning af entreprisen, er låst til kommunens eksisterende ITC-2 og ITC-3 styreapparater men gøres tilgængelig for den nye entreprenør til brug i den nye entreprise. OK har herudover mulighed for at stille software til rådighed som bygherreleverance. OK kan dog ikke stille oplæring til rådighed.”

Det er således alene oplæring i programmeringsværktøjet, der ikke stilles til rådighed af kommunen, og som en ny leverandør selv skulle afholde udgifter til. Det er kommunens opfattelse, at dette udgør en mindre investering, der ikke resulterer i, at Swarco har haft en konkurrencefordel i strid med udbudslovens § 2. I ATKIs tilbud fremgår det da også, at aktiviteten ”Workshop, uddannelse og overdragelse” kan gennemføres i oktober og november 2021.

Den omkostning, ATKI har i forhold til oplæring, kan også afskrives over en lang minimumskontraktperiode på 8 år.

Odense Kommune bestrider således, at Swarco har haft en konkurrencemæssig fordel i strid med udbudslovens § 2, ved at kommunen stillede krav om programmering i programmeringsværktøjet (ITC-PC).

Særligt vedrørende ATKIs anbringende f:

Det fremgår af udbudsmaterialet, at værdibevarelsen, herunder opgørelse af værdien ved kontraktindgåelse, sker på baggrund af leverandørens tilbudte priser og ikke eksisterende leverandørs priser. Dette fremgår af SAB 2 og i øvrigt også af ATKIs anbringende under påstand 3. Af SAB 2, afsnit 3.3.2 fremgår således:

”anslåede nyværdier (2021-priser) for anlæggenes hovedkomponenter (erstattes før leveranceperiodens begyndelse af faktiske nyværdier anført i leverandørens TBL)”

Værdibevarelsesarket indeholder eksisterende leverandørs gennemsnitspriser, men både udbudsmaterialet og spørgsmål/svar beskriver, at disse gennemsnitspriser erstattes med leverandørens egne gennemsnitspriser. Værdibevarelsesarket indeholder således fanen ”Pris”, hvor den bydende kan indsætte egne gennemsnitspriser i de 13 priskategorier (styreskabe, mast, LED-lanterne osv.) og dermed tilpasse værdibevarelseskemaet til egne priser allerede i tilbudsfasen.

Dette fremgår eksempelvis af spørgsmål nr. 105:

”Kan det beskrives hvilke poster fra TBL som anvendes til at udregne en gennemsnitspris for opgivne hovedkomponenter i værdiskabelsesarket?”

Kommunen svarede:

”Det vil være et vægtet gennemsnit af de enkelte leveranceposter under hver hovedkomponentgruppe.”

Ved kontraktindgåelse baseres værdibevarelsen på leverandørens egne tilbudte priser og ikke på eksisterende leverandørs priser, og alle bydende stilles således helt lige og uden, at den eksisterende leverandør har en fordel.

Det er uklart for kommunen, hvorledes ATKIs supplerende anbringende til pkt. f understøtter ATKIs påstand 2.

I klagen lagde ATKI fejlagtigt vægt på, at værdibevarelsen skulle baseres på Swarcos priser og dermed ikke sikre ligebehandling. Kommunen tilbagemviste dette og kan nu lægge til grund, at ATKI ikke bestrider dette.

Senere synes ATKI i stedet at fokusere på den oplyste levetid for et styreapparat. Det kan hertil anføres, at det er kommunen, som har angivet vilkår for komponenternes levetid, herunder styreapparater.

Levetiden for hver komponenttype er klart beskrevet i SAB 2 afsnit 3.3.2 og er ens for alle bydende. Levetiden for komponenterne er baseret på kommunens egne erfaringer samt et generelt ønske om, at levetiden for komponenter ikke sættes unaturligt lavt, da dette kunne føre til udskiftning af ellers funktionsdygtige komponenter.

Vilkår for værdibevarelsen er også, at den årlige afskrivning sker matematisk baseret på den oplyste og teoretiske levetid, og alle leverandører skulle således lave samme investering for at sikre værdibevarelsen.

Samlet vedrørende påstand 2 fastholder kommunen at have sikret et klart og gennemsigtigt udbudsmateriale, der har stillet lige vilkår for alle bydende.

I planlægningen af udbuddet samt ved udarbejdelse af udbudsmaterialet har kommunen haft fokus på at identificere, hvordan udbuddet kunne tilrettelægges, således at den eksisterende leverandørs fordele blev udlignet eller begrænset, og kommunen har indarbejdet de tiltag, som er vurderet egnede og hensigtsmæssige.

Dertil kommer, at ATKI ikke har peget på andre konkrete tiltag, som kunne have udlignet eller begrænset den eksisterende leverandørs naturlige konkurrencefordel, uden at påføre kommunen yderligere omkostninger ved opgavens gennemførelse eller uden at komme den eksisterende leverandør til skade.

Ad påstand 3

ATKI har gjort gældende, at Odense Kommune har haft manglende fokus på og forklaring af ”værdiskabelse”, både under markedsdialog, hørings svar, tilbuds fase og efterfølgende forhandlingsrunde. Emnet er på intet tidspunkt bragt op med de bydende.

Ud fra kommunens værdiark kan det ses, at værditabet udgør 29.656.037 kr. set over de 10 år, der er vurderet af kommunen i forhold til materialepriser, hvilket kommunen ønsker prissat.

Værdiskabelsesarket udgør en væsentlig faktor i prissætningen, da dette er styrende for mange af de enkelte priser, som er anvendt i tilbudslisten. Kommunen har oplyst, at TBL’s gennemsnitspriser vil blive lagt til grund for komponentpriser.

Værdiskabelsesarket, som ligger til grund for hele vedligeholdelsesarbejdet og dermed også prissætningen, er sløret og uforståelig, hvilket de mange spørgsmål/svar viser.

Det fremgår af udbuddets kontraktudkast, at ”Ordregivers øvrige udbudsmateriale som defineret i Udbudsbetingelser af 28.04.2021 afsnit 1” udgør en del af kontraktgrundlaget. I de nævnte udbudsbetingelser fremgår under ”Ordregivers eksisterende forhold” blandt andet ”Oversigt over signalanlæg og værdi”. ATKI har derfor opfattet værdiskabelsesarket som et dokument, der skulle anvendes, og ATKI har anvendt det. Det fremgår også af de stillede spørgsmål og svar. Dette forhold er derfor ikke gennemsigtigt.

Det er op til den enkelte bydende selv at afgøre, hvad der skal skiftes samt i hvilke år, og det stiller ikke de bydende lige, da der hermed tilbydes forskellige løsninger.

Kommunen blev opfordret til at nedbryde tilbudslisten i årlige leverancer med prissætning af materialer og ressourcer for at skabe gennemsigtighed og ligebehandling af alle parter, hvilket dog er blevet afslået.

Værdiarket er af en sådan størrelse, at det findes urimeligt, at kommunen forventer, at de bydende kan gennemskue de opbyggede relationer og interne beregninger med henblik på at forstå sammenhæng imellem pris, levetid og omkostninger mm.

En ændring af LED lanternes værdi fra 2.061 kr. til 3.061 kr. medfører et værditab på 31.874.437 kr., set over de 10 år. Ændres f.eks. styreapparatets værdi fra 83.320 kr. til 84.320 kr., vil værditabet kun udgøre 29.774.837 kr. set over de 10 år.

Det virker hverken logisk eller gennemsigtigt, hvorledes komponentpris hænger sammen med værdi eller den stipulerede levetid. Det opfattes således, at kommunen har baseret sig på nuværende leverandøres forhold, hvorfor værdiarket tilgodeser denne og dermed ikke formår at ligestille de bydende.

Klagenævnet skal derfor konstatere, at dette forhold er i strid med udbudsloven, da det ikke skaber den nødvendige gennemsigtighed for alle de bydende.

Odense Kommune har forstået påstanden således, at ATKI mener, A) at det ikke har været klart, hvordan prisen for værdibevarelsen indgik i tilbudslisten samt i vurderingen af underkriteriet pris, B) at vilkårene for værdibevarelsen har været komplekse og uklare, og C) at kommunen ikke har sikret en lige og effektiv konkurrence om kontrakten ved at inddrage værdibevarelse som en del af den udbudte ydelse.

Odense Kommunes har bestridt, at det ikke har været gennemsigtigt, hvordan prissætningen af værdibevarelsen skulle ske, samt hvordan denne indgik i evalueringen af underkriteriet "Pris". Der har været en lige og effektiv konkurrence blandt de bydende:

”3.3.1 Prissætning af værdibevarelsen samt evaluering af underkriteriet ”Pris”

Det fremgår af udbudsmaterialet, at værdibevarelsen udgør en del af leverandørens basisydelse omkring drift og vedligeholdelse, og at denne skulle prissættes i den årlige sumpost i tilbudslisten.

Via tilbudslisten etableres en samlet tilbudssum, der udgør en evalueringsteknisk pris baseret på de forventede indkøb over 10 år. Af denne grund indgår den årlige sumpost for drift og vedligehold med en mængde på 10 i den samlede tilbudssum.

I udbudsbetingelserne har kommunen angivet, at kontrakten tildeles efter tildelingskriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet”, og kommunen har opstillet underkriterierne og angivet deres vægtning, og hvad der ville blive tillagt betydning ved evalueringen.

Hver tilbudsgivers evalueringstekniske pris er vurderet i forhold til den oplyste evalueringsmetode for underkriteriet ”Pris”, jf. evalueringsrapporten. Det bemærkes, at ATKI ikke skulle bruge – og ikke har brugt – værdibevarelsesarket i forhold til selve tilbudsafgivelsen, da arket er et værktøj, de bydende kunne bruge til at beregne systemets værdi ud fra egne tilbudspriser samt se den årlige afskrivning, som skulle ”investeres” for at sikre værdibevarelsen.

Værdibevarelsesarket er således ikke et underkriterium og skulle ikke udfyldes og afleveres sammen med tilbuddet, og det skulle derfor ikke beskrives i underkriteriet ”Pris” eller som en del af evalueringsmetoden. Værdibevarelsesarket var et arbejdsdokument, der skulle beskrive de ydelser og vilkår, som leverandøren skulle kende for at afgive priser i tilbudslisten.

Odense Kommune har dermed overholdt udbudslovens §§ 2, 160 og 162, hvorfor denne del af påstand 3 ikke skal tages til følge:

”3.3.2 Vilkår for værdibevarelsen samt lige og effektiv konkurrence”

Kommunen har gjort gældende, at udbudsmaterialet beskrev og eksemplificerede de vilkår, som gælder for værdibevarelsen.

Værdibevarelsen går grundlæggende ud på, at leverandøren foretager en løbende levetidsbetiget udskiftning af anlæg, komponenter og tilhørende installationer i en takt, så systemets værdi som minimum bevares gennem hele kontraktperioden i forhold til værdien af systemet ved kontraktens begyndelse.

Fastsættelsen af systemets værdi og den årlige afskrivning beregnes på baggrund af kommunens oplysninger om antal komponenter og deres restlevetid i de enkelte anlæg samt de enhedspriser, som den enkelte leverandør tilbyder. Komponenternes afskrivning (værdiforringelse) og værditilførslen beregnes ud fra samme levetider og leverandørens enhedspriser. Leverandøren kan dermed let beregne udviklingen i systemets værdi fremskrevet i hele kontraktperioden og dermed egne løbende omkostninger i forbindelse med systemets værdibevarelse.

I udbudsmaterialet har kommunen givet oplysninger om hvert enkelt anlægs tilstand, værdi og levetid og har i øvrigt indsat bestemmelser i kontrakten, der giver leverandøren mulighed for at påberåbe sig fejl og/eller mangler i opgørelsen i løbet af det første leveranceår (2022).

Vilkårene for værdibevarelsen er således beskrevet i udbudsmaterialet, og alle nødvendige oplysninger er gjort tilgængelige for de bydende. Dertil kommer, at kommunen har givet de bydende en frist til at afgive tilbud på lige under to måneder, hvorved de bydende har haft mulighed for at opnå forståelse for værdibevarelsen samt gennemføre beregninger.

Kommunen har under udbuddet besvaret spørgsmål fra de bydende om værdibevarelsen, men disse spørgsmål har ikke ført til ændringer i de oplyste vilkår for værdibevarelsen.

Værdibevarelsesarket er i udbudsmaterialet udfyldt med gennemsnitspriser på komponenter fra nuværende leverandør, men det fremgår klart af udbudsmaterialet, at disse priser erstattes med leverandørens tilbudte priser. Dermed sikres det, at værdibevarelsen ikke tilgodeser den eksisterende leverandør ved at basere opgørelsen af systemets værdi og de årlige afskrivninger på dennes prisniveau. Dette sikrer også, at der vil være en balance mellem værdien af den årlige afskrivning og værdien af den investering, leverandøreren foretager.

ATKI angiver et eksempel på ændring i prisen på LED-lanterne på 1.000 kr., der medfører et værditab på 31.874.437 kr. over 10 år, og sammenholder dette med, at en tilsvarende ændring i prisen på styreapparater kun giver et værditab på 29.774.837 kr. Denne sammenligning er dog for forsimplet, da der også skal tages højde for, at der findes væsentligt flere LED-lanterner i systemet end styreapparater.

Selve konceptet med værdibevarelsen er således ikke specielt komplekst, men da der er mange anlæg med tilhørende komponenter og levetider, ligger der en større datamængde og et større beregningsgrundlag bag opgørelsen af den årlige afskrivning, som leverandøren skal geninvestere. De bydende kunne, som ATKI også viser i eksemplet ovenfor, bruge værdibevarelsesarket til at identificere præcist, hvilken udskiftning af komponenter der var nødvendig i kontraktperioden, for at de ville opfylde kravet om værdibevarelse.

Odense Kommune er ikke uenig i, at værdibevarelsen udgør en væsentlig del af den årlige drift og vedligeholdelse, men vilkår for værdibevarelsen er beskrevet klart i udbudsmaterialet og stiller de bydende lige, og kommunen har stillet alle nødvendige oplysninger til rådighed i udbudsmaterialet, således at de bydende kunne beregne, hvilken værdibevarelse de skulle sikre hvert kontraktår.

Formålet med værdibevarelsen er, at der herved skabes et fælles incitament til at fastholde værdien løbende og dermed undgå store enkeltstående udskiftninger, som kan påvirke systemets drift og i øvrigt skabe trafikale gener i Odense Kommune. Derudover opnås en fælles interesse i at vælge den udskiftning, som skaber mest værdi, dvs. udskiftning af komponenter, hvis levetid er udløbet, samt fælles interesse i at kunne planlægge og gennemføre udskiftningen ud fra konkrete årlige planer, som parterne vedtager ved årsmødet. Dermed får leverandøren også mulighed for at optimere de årlige ressourcer, herunder ved at foretage store investeringer ét år og mindre året efter, så længe værdibevarelsen sikres.

Det har således været gennemsigtigt for de bydende, hvordan værdibevarelsen skulle forstås og dermed prissættes i tilbuddet, og vilkår for værdibevarelsen har været lige for alle bydende. Derudover har værdibevarelsen været medvirkende til at sikre en effektiv konkurrence af den udbudte kontrakt.

Odense Kommune har dermed overholdt udbudslovens §§ 2 og 164, hvorfor denne del af ATKIs påstand heller ikke skal tages til følge.

Påstand 4

ATKI har gjort gældende, at kommunens beslutning af 17. september 2021 om at tildele kontrakten til Swarco skal annulleres, da udbuddet ikke har overholdt principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Odense Kommune har bestridt, at der skal ske annulation af kommunens tildelingsbeslutning, da udbuddet overholder principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, og da ATKIs påstande 1-3 ikke skal tages til følge.

Klagenævnet udtaler:

I delkendelsen af 27. oktober 2021 har klagenævnet udtalt:

”...

Ad påstand 1:

Odense Kommune anslog i udbudsbetingelserne kontraktens værdi til at udgøre 117.500.000 kr. ud fra den eksisterende kontraktværdi fremskrevet til det nye udbuds afholdelse.

Det fremgår af evalueringsrapporten, at kommunen modtog tilbud fra ATKI på ca. 110 mio. kr., fra VERDO på ca. 85 mio. kr. og fra Swarco på ca. 73 mio. kr.

Det påhviler ordregiver at foretage et skøn over, om et tilbud er unormalt lavt. Ordregiveren har ret til at antage et unormalt lavt tilbud og har som udgangspunkt ikke pligt til at afvise et unormalt lavt tilbud. Ordregiver har efter klagenævnspraksis en vid skønsmargen ved udøvelsen af skønnet.

Swarco, der er den hidtidige entreprenør, afgav et tilbud på en størrelse, som svarer til den sum, virksomheden har fået for at udføre kontrakten indtil dette udbud. Med baggrund heri kan det ikke antages, at tilbudsprisen er for lav til at dække tilbudsgiverens omkostninger ved at levere den udbudte ydelse.

Klagenævnet finder efter de foreliggende oplysninger, herunder om variationen af de afgivne prisoplysninger, ikke grundlag for at tilsidesætte kommunens vurdering af, at Swarcos tilbud ikke var unormalt lavt.

Ad påstand 2

Ad ATKIs anbringende a

Odense Kommune stillede som et krav, at tilbudsgiverne som generisk programmeringsværktøj skulle anvende OCIT og LISA med henblik på at kunne skabe bredere adgang for at kunne levere programmeringen. Kommunen havde ikke tidligere anvendt dette værktøj.

Uanset om Swarco måtte være eneforhandler eller medejet af den virksomhed, der har udviklet produkterne, findes parterne ved tilbudsafgivelsen at være blevet stillet ens. Swarco har således ikke haft en uberettiget økonomisk fordel på dette punkt.

Ad ATKIs anbringende b

Som anført af Odense Kommune betyder kravet om lukket netværksløsning, at der stilles krav til netværkets sikkerhedsniveau. Den tilbudsgiver, som kommunen indgår kontrakt med, får udelukkende adgang til anlægget/systemet, og den netværksløsning, der af kommunen stilles til rådighed, betales af kommunen. Det betyder, at nye leverandører overtager dette netværk, og alle oplysninger om netværket stilles til leverandørens rådighed. Tilbudsgiverne har således været ligestillet i henseende til dokumentationen. Swarco har således ikke haft en økonomisk fordel herved og har dermed ikke haft en konkurrencefordel i strid med udbudsloven.

Ad ATKIs anbringende c og d

Det lægges til grund, at tilbudsgiverne skulle overtage Swarcos STCIP grænsefladespecifikation, som har været anvendt forud for udbuddet, samt at Odense Kommune i det første år ville afholde udgiften dertil. Kommunen sikrede derfor, at tilbudsgiverne kunne overgå til den tilbudte Central samt ændre STCIP grænsefladespecifikationen til OCIT. Kommunen har herved sikret, at Swarco blev ligestillet med de øvrige tilbudsgivere og ikke opnåede en konkurrencemæssig fordel i strid med udbudslovens § 2.

Ad ATKIs anbringende e

Det lægges til grund, at udbuddet var tilrettelagt således, at tilbudsgiverne ikke var afhængige af at skulle bruge de eksisterende programmeringsværktøjer, og at Odense Kommune havde sikret fuld og vederlagsfri adgang til dette, og at det blev stillet til rådighed for tilbudsgiverne. Leverandøren var derfor berettiget til at udskifte styreapparater i de eksisterende trafiksignalanlæg til sine egne. Kommunen stillede således den nødvendige dokumentation, kildekoder og værktøj til rådighed for tilbudsgiverne, dog blev oplæring i programmeringsværktøjet ikke stillet til

rådighed. Kommunen udlignede udgiften til oplæring ved en minimum-kontraktperiode på 8 år. Henset til det anførte, kan det ikke antages, at Swarco har haft en konkurrencemæssig fordel i strid med udbudslovens § 2.

Ad ATKIs anbringende f

Det lægges efter udbudsmaterialet til grund, at opgørelsen af værdien ved kontraktindgåelse fandt sted på baggrund af tilbudsgivernes tilbudte priser og ikke på baggrund af den hidtidige leverandørs priser. Værdibevarelsesarket angav den hidtidige leverandørs gennemsnitspriser, og disse skulle erstattes af tilbudsgivernes priser. ATKIs anbringender bygger således på en forkert antagelse. Alle tilbudsgiverne er behandlet lige, og Swarco har ikke haft en fordel ved tilbudsafgivelsen.

Ad påstand 3, de to første led

Odense Kommune ønskede at vedligeholde/repasere og udskifte signalanlæggene således, at deres værdi blev bevaret og at der ikke opstod driftsproblemer i forbindelse med større udskiftninger af anlæggene. Til brug for værdibevarelsen skulle tilbudsgiverne udfylde en tilbudsliste, der viste forventede indkøb over en 10-årig periode. Odense Kommune tildelte point i henhold til udbudsbetingelserne efter ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” i henhold til de fastsatte underkriterier. Værdibevarelsesarket blev ikke anvendt ved evalueringen, da det ikke var et underkriterium. Arket skulle alene anvendes som parternes arbejdsdokument. Odense Kommune har således ikke overtrådt udbudslovens §§ 2, 160 og 162.

Ad påstand 3, sidste led

Det lægges til grund, at Odense Kommune med henblik på løbende levetidsbetinget udskiftning af anlæg, komponenter og tilhørende installationer, der sikrer, at systemets værdi bevares gennem hele kontraktperioden, i udbudsbetingelserne oplyste om antal komponenter og deres restlevetid i de enkelte anlæg. Tilbudsgiverne kunne på denne baggrund beregne udviklingen af anlæggets værdi og levetid i kontraktens levetid og dermed egne løbende omkostninger. Udbudsbetingelserne findes at have været gennemsigtige og ens for alle tilbudsgiverne, uden at den hidtidige leverandør har haft nogen uberettiget fordel. Udbudslovens § 164, jf. § 2, er således ikke overtrådt.

Ad påstand 4

Under henvisning til det, der er anført under påstand 1-3, er der foreløbigt vurderet ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.”

Det, der er kommet frem under den efterfølgende skriftveksling, kan ikke føre til et andet resultat.

Klagen tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

ATKI A/S skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 30.000 kr. i sagsomkostninger til Odense Kommune.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Niels Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nadia Reichenbach Bodentien
kontorelev