

Klagenævnet for Udbud
(Michael Ellehauge, Pernille Hollerup)

J.nr.: 18/02418
28. september 2018

K E N D E L S E

Bayer A/S
(advokat Jørgen Bek Weiss Hansen, København)

mod

Banedanmark
(advokat Kristian Hartlev og cand.merc.jur. Malene Gry-Jensen,
København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 012-024034 af 16. januar 2018 udbød Banedanmark som offentligt udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2014/25/EF) en kontrakt om levering af detektering, registrering og kemisk sprøjtning af ukrudt i Banedanmarks spor. Kontraktens løbetid var 4 år med mulighed for forlængelse med 2 gange 1 år.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 21. februar 2018 havde Banedanmark modtaget tilbud fra Bayer A/S, G&G Növényvédelmi és Kereskedelmi Kft. ("G&G") og Weedfree on Track Ltd. ("Weedfree").

Den 27. marts 2018 meddelte Banedanmark tilbudsgiverne, at Banedanmark havde tildelt Weedfree kontrakten.

Den 6. april 2018 indgav Bayer A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Banedanmark. Bayer fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 30. april 2018 frafaldt Bayer anmodningen om opsættende virkning, og klage-

nævnet besluttede herefter den 1. maj 2018 ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Den 6. juni 2018 modtog klagenævnet en klage af 4. maj 2018 fra Bayer over Banedanmarks delafgørelse af 24. april 2018 om delvis afslag på aktindsigt i Weedfrees tilbud. Klagenævnet traf den 29. juni 2018 afgørelse i klagesagen om aktindsigt (j.nr. 18/03432), og parterne har herefter haft lejlighed til at afgive yderligere processkrifter i den foreliggende sag.

Bayer har nedlagt følgende påstande

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2, henholdsvis forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at tildele kontrakten til Weedfree on Track Ltd., uanset tilbuddet fra Weedfree on Track Ltd. ikke er konditionsmæssigt, da:

- A. Tilbuddet ikke opfylder Banedanmarks krav om TIB-strækningsnummer, der var fastsat i udbudsmaterialets Bilag 2, ”Krav”, pkt. 2.4.
- B. Tilbuddet ikke opfylder Banedanmarks krav om dokumentation for vegetationsmængden, der var fastsat i udbudsmaterialet Bilag 2, ”Krav”, pkt. 2.4.
- C. Tilbuddet ikke opfylder Banedanmarks krav om brug af afprøvede detekteringssystemer, der var fastsat i udbudsmaterialets Bilag 2, ”Krav”, pkt. 2.4.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2, henholdsvis forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36 ved at tildele kontrakten til Weedfree on Track Ltd., uanset Weedfree on Track Ltd. er omfattet af udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 4, og/eller § 137, stk. 1, nr. 6, og dermed er omfattet af en af de frivillige udelukkelsesgrunde i henhold til udbudsbetingelsernes pkt. 2.3.3.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i Udbudslovens § 2, henholdsvis forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36 ved reelt at udbyde en rammeaftale, som dels fejlagtigt ikke er klassificeret som en rammeaftale, og som dels ifølge udbudsmaterialet er ment til at blive evalueret ud fra og løbe i 6 år, uagtet at udbudsbekendtgørelsen foreskriver 4 år med option på op til yderligere 2 år.

Påstand 4

Principalt:

Klagenævnet skal annullere Banedanmarks beslutning af 27. marts 2018 om at tildele kontrakt om registrering og sprøjtning af vegetation i Banedanmarks hovedspor til Weedfree on Track Ltd., jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1.

Subsidiært:

Klagenævnet skal annullere Banedanmarks udbudsforretning 2018/S 012-024034, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1.

Bayer har endvidere nedlagt påstand om, at Banedanmark skal afholde sagens omkostninger.

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

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelsernes punkt 7.1 var fastsat, at kontrakten ville blive tildelt på baggrund af det økonomiske mest fordelagtige tilbud ud fra kriteriet pris.

Tilbudslisten (bilag 3) var opbygget således, at tilbudsgiverne skulle oplyse den tilbudte pris for registrering og sprøjtning af Banedanmarks hovedspor, således at prisen pr. km spor (”BDK’s togvejspor og gennemgående togvejsspor i drift”) skulle oplyses. Mængden var fortrykt og udgjorde 2.901 km. Efter indtastning af prisen pr. km blev prisen for henholdsvis 1 år og 6 år beregnet. Ud for prisen for 6 år var anført ”Total”, og herunder var anført, at ”Totalsum for 6 år overføres til tilbudsbrief”.

Af tilbuds brevet, der var en del af udbudsbetingelserne, fremgik under overskriften ”**2. Tilbud**” et skema til brug for udfyldning af rubrikkerne ”Pris for 6 år overført fra tilbudslisten, bilag 3” og ”**Tilbud 6 år**”.

I udbudsbetingelserne står blandt andet:

”2.1.3 Kontraktens varighed

Kontrakten løber fra 1. juli 2018 til 31. december 2021, hvor sprøjtesæsonen hvert år løber fra 1. juli til 1. oktober. Første sprøjtesæson omfattet af kontrakten løber således fra d. 1. juli 2018 til d. 1. oktober 2018.

Der er desuden mulighed for forlængelse af kontrakten på 2 x 1 år.

...

2.3.3 Frivillige udelukkelsesgrunde

Banedanmark vil desuden udelukke en Tilbudsgiver, der befinder sig under omstændigheder som anført i udbudslovens § 137, stk. 1 nr.: nr. 2), nr. 4) eller nr. 6). Oplysningerne om de frivillige udelukkelsesgrunde anføres i ESPD, Del III ”udelukkelsesgrunde” i følgende afsnit:

Del III.C: ”Grunde, der vedrører insolvens, interessekonflikter eller forsømmelse i forbindelse med udøvelsen af erhvervet”, hvor følgende udfyldes:

- Felterne (6 felter) vedrørende i) konkurs, ii) Insolvens, III) Tvangsakkord uden for konkurs, iv) En situation der svarer til konkurs i henhold til national ret, v) Aktiver, der administreres af en kurator, vi) Erhvervsvirksomheden er indstillet.
- Feltet vedrørende aftaler med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning.
- Feltet vedrørende Tilbudsgivers afgivelse af groft urigtige oplysninger, tilbagekaldelse af oplysninger og mulighed for at fremsende supplerende dokumentation.

...

5.5 Tjekliste til tilbuddets indhold

I nærværende afsnit er angivet, hvilke oplysninger, der bedes vedlægges tilbuddet.

Et tilbud består af følgende indhold:

Dokument	Indhold
Tilbudsbrev Skabelon vedlagt som bilag C.	Tilbudsgiver bedes som en del af sit tilbud vedlægge et tilbudsbrev, der bør indeholde de oplysninger, der er angivet i skabelonen i Bilag C. Tilbudsgiver skal overføre prisen op 6 år fra tilbudslisten til tilbudsbrevet.
...	...
Tilbudsliste Tilbudslisten, som Tilbudsgiver, skal udfylde er vedlagt som Bilag 4.	Tilbuddet skal indeholde udfyldt tilbudsliste med Tilbudsgivers priser.

...

6.4 Forbehold for udbudsmaterialet

I tilbuddet må der som udgangspunkt ikke tages nogen forbehold. Indeholder tilbuddet forbehold, der vedrører mindstekrav eller grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, vil det medføre afvisning af tilbuddet. Indeholder tilbuddet forbehold, der ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, er Banedanmark berettiget til at afvise tilbuddet eller kapitalisere forbeholdet, såfremt dette er muligt. Flere forbehold overfor ikke-grundlæggende elementer i udbudsmaterialet kan medføre, at forbeholdene samlet set udgør et forbehold over for grundlæggende elementer.

Tilbud skal afgives på grundlag af Banedanmarks kontrakt, og i overensstemmelse med kravspecifikationen jf. Bilag 2 og 2a.

Såfremt Tilbudsgiver ønsker at tage forbehold overfor øvrige bestemmelser i tilbudsgrundlaget, skal Tilbudsgiver tydeligt markere dette i sit tilbud.

Banedanmark skal i den forbindelse understrege, at såfremt et forbehold vurderes at omfatte grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, vil Banedanmark betragte tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Såfremt tilbuddet indeholder forbehold til andre (mindre) elementer i udbudsmaterialet, har Banedanmark ret til at afvise tilbuddet eller fore-

tage en kapitalisering af forbeholdet, jf. Klagenævnet for Udbuds praksis om prissætning af forbehold, der ikke angår grundlæggende vilkår i udbudsmaterialet.

Såfremt Banedanmark ikke er i stand til at kapitalisere forbehold på sikker og saglig vis, er Banedanmark forpligtet til at afvise tilbuddet som ikke-konditionsmæssigt.

Det er generelt Tilbudsgiveres risiko, at afvigelser/rettelser i forhold til udbudsmaterialet kan betragtes som forbehold.”

I kontraktbetingelsernes bilag 2 (”Krav”) står blandt andet:

”1.1 Omfang

Denne kontrakts ydelser er baseret på detektering, registrering og kemisk sprøjtning af vegetation i alle Banedanmarks togvejspor og gennemgående togvejspor igennem stationer. ...

Ydelsen skal udføres én gang årligt i en valgfri periode i sprøjtesæsonen mellem 1. juli og 1. oktober.

...

2.4 Computerstyring og overvågning

Operatørvognen skal være udstyret med et computersystem og software, der overvåger, påviser og dokumenterer den samlede proces.

...

Dokumentationsmaterialet for hver 100 m sektion skal oplyse følgende:

- TIB strækningsnummer
- Strækningens højre og venstre spor på dobbeltsporede strækninger. (højre spor er i stigende banekilometre)
- Tidspunkt
- Kemikaliemængde
- Vegetationsmængden i forhold den samlede 100 x 8 m sektion, oplyst i %.

Når TIB-strækningen er gennemkørt, sammenfattes 100 m sektionernes oplysningerne til afrapportering.

Banedanmark tillader kun afprøvede detekteringssystemer udviklet til kemisk sprøjtning med det formål at optimere og reducere brugen af kemikalier.

...

3.1 Planlægning

Banedanmark har valgt, at alle strækninger skal gennemkøres med en detektering, registrering og sprøjtning hvert år i hele kontraktperioden for at kunne følge vegetationens udvikling i sporene.

...”

I kontraktbetingelsernes bilag 3 (”Tilbuds- og afregningsgrundlag”) står blandt andet:

”1.1 Pris på registrering og sprøjtning af én km spor

Hver sæson i kontraktperioden skal 2901 km togvejsspor underlægges den samlede behandling beskrevet i Bilag Krav.

Prisen for én km (kr./km) togvejsspors behandling inklusiv ledelse, administration, mobilisering, planlægning og trækraft, eksklusive variablerne kemikalie og vand, oplyses i tilbudslistens gule felt. Herefter fremkommer prisen samlet for et (1) og seks (6) år i det grønne felt. Seks (6) års prisen overføres til tilbuds brevet, bilag C.

Mængderegulering

Som udgangspunkt skal alle 2901 km togvejsspor behandles hvert år, men Leverandøren skal kunne tåle mindre reguleringer i nedadgående retning. Dette kan skyldes lukning af spor eller strækningsafsnit i forbindelse med projekter.

På opstartsmødet i februar vil Banedanmark oplyse om en eventuel regulering.”

I Weedfrees tilbud hedder det:

”...

2. Tilbud

Weedfree on Track tilbyder at udføre opgaven beskrevet i de for tilbuddet relevante dokumenter, for en betaling af:

Tekst	Tilbud 6 år
--------------	--------------------

Pris for 6 år overført fra tilbudslisten, bilag 3	17,179,722
--	------------

Weedfree on Track indestår i øvrigt for, at der ikke i tilbuddet er anført forbehold eller forudsætninger.

...

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

Bayer har gjort gældende, at Weedfrees tilbud ikke er konditionsmæssigt, og Banedanmark har derfor handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2, henholdsvis forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at tildele kontrakten til Weedfree.

Bayer har nærmere anført, at der var en sådan tvivl om konditionsmæssigheden af Weedfrees tilbud, at Banedanmark var forpligtet til at undersøge dette nærmere. Tilbuddet opfyldte efter Bayers opfattelse ikke kravene om oplysning af TIB-strækningsnummer, vegetationsmængde og om brug af afprøvede detekteringssystemer, jf. udbudsmaterialets Bilag 2, "Krav", pkt. 2.4.

Det materiale, Bayer har fremlagt, viser, at Weedfrees system pr. 1,5 km rapporterer km-tal, GPS-koordinator, brugen af ukrudtsmiddel og en svært læselig farveskala for mængden af vegetation. Oplysningerne er ikke bundet op på sporumre, dvs. TIB-numre. Vegetationsmængden vises endvidere ikke i procent pr. 100 m sektion. Weedfrees rapporter er ikke interaktive, men statiske, og giver ikke mulighed for at identificere sporene med henholdsvis den største og mindste vegetationsmængde. Registrering af TIB-strækningsnummer er nødvendigt for dokumentation af vegetationsmængden, og problemet kan ikke afhjælpes ved efterfølgende at tilføje TIB-strækningsnumre. Som Bayer har redegjort nærmere for, må det endvidere anses for umuligt for Weedfree eller virksomhedens leverandør at have et rapporteringssystem, der opfylder de stillede krav, klar til kontraktstart. Kravene om TIB-strækningsnummer, om dokumentation for vegetationsmængden og om brug af afprøvede detekteringssystemer er således ikke opfyldt.

Banedanmark har gjort gældende, at tilbuddet fra Weedfree er konditions-mæssigt, og Banedanmark var derfor forpligtet til at tildele kontrakten til Weedfree, der havde tilbudt den laveste pris.

Banedanmark har nærmere anført, at Bayers påstande om Weedfrees tilbud er udokumenterede og udelukkende baseret på Bayers egne antagelser om den løsning, Weedfree har tilbudt. Tilbuddet fra Weedfree indeholdt – som også anført udtrykkeligt i tilbuds brevet – ingen forbehold, og Banedanmark efterspurgte ikke i udbudsmaterialet nærmere oplysninger om, hvordan kravene ville blive opfyldt, eller dokumentation herfor. Banedanmark havde heller ikke i øvrigt anledning til at efterspørge sådanne oplysninger. Der har således ikke foreligget særlige omstændigheder eller åbenbare forhold, der har kunne begrunde nærmere undersøgelser af tilbuddet, jf. herved forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 82, stk. 4, der svarer til udbudsdirektivets art. 67, stk. 4, jf. udbudslovens § 159 og 164, stk. 2, og forarbejderne hertil. Dette gælder også kravet om oplysning af TIB-strækningsnumre. Kravet om anvendelse af TIB-strækningsnumre relaterer sig i øvrigt til dokumentationsmaterialet og ikke til selve systemet. De vedlagte referencer og beskrivelsen af systemet underbyggede, at der er tale om et afprøvet system. Weedfree vil under alle omstændigheder være undergivet en kontraktretlig forpligtelse til at opfylde de pågældende krav.

Efter modtagelsen af klagen har Banedanmark endvidere grundigt gennemgået Bayers påstande, herunder de fremlagte dokumenter. Den fornyede gennemgang samt en bekræftelse fra Weedfree om, at virksomhedens tilbud opfylder samtlige krav i udbudsmaterialet, har ført til, at Banedanmark har fastholdt tildelingen. Kontrakt er herefter underskrevet den 25. maj 2018.

Ad påstand 2

Bayer har gjort gældende, at Weedfree burde have været udelukket fra tilbuddet i overensstemmelse med de frivillige udelukkelsesgrunde, som Banedanmark havde anført i udbudsbetingelserne.

Bayer har nærmere anført, at G&G og Weedfree igennem en lang årrække har været nære kommercielle partnere. Weedfree er G&G's forhandler i Skandinavien og Belgien, ligesom G&G er teknologileverandør til Weedfree. De to virksomheder har fælles markedsføringsaktiviteter, idet de fx delte stand på InnoTrans-messen i 2016. Det forhold, at begge parter under

sådanne omstændigheder har valgt at byde på Banedanmarks opgave, indikerer, at G&G's bud havde karakter af et høflighedsbud med et konkurrenceskadeligt formål. De to virksomheder burde endvidere have oplyst Banedanmark om den tætte relation.

Der foreligger herefter som minimum plausible indikationer for at konkludere, at Weedfree kan have indgået en aftale med G&G med henblik på konkurrencefordrejning, jf. § 137, stk. 1, nr. 4. Der er ligeledes belæg for at konkludere, at de to virksomheder – ved at holde deres tætte samarbejde skjult – groft uagtsomt kan have givet vildledende oplysninger, der kan have haft væsentlig indflydelse på Banedanmarks beslutninger om udelukkelse samt vurdering af tilbuddene. Beslutningsprocessen kan herved være blevet påvirket, eller Weedfree kan have fået en uretmæssig fordel, jf. § 137, stk. 1, nr. 6.

Bayer har i tilslutning hertil anført, at evalueringsrapporten er med til at forstærke billedet af, at G&G's tilbud har været på skrømt. G&G's tilbud var kun vedlagt ESPD'en og tilbudsblanketten, men ikke andet materiale om den tilbudte løsning. Endvidere lå virksomhedens tilbud langt over de øvrige tilbud og ca. 8 mio. kr. (ca. 46 %) over Weedfrees tilbud. I den forbindelse er det vigtigt, at G&G som Weedfrees teknologileverandør i Skandinavien har fuld indsigt i praktisk talt alle Weedfrees omkostninger ved sprøjtetogene. G&G har også vidst, at Weedfree med al sandsynlighed ville byde på kontrakten. Hensigten med G&G's tilbud kan derfor kun have været at give Weedfree støtte i udbuddet og undgå risiko for annullation eller andet på grund af for få tilbudsgivere.

Banedanmark har gjort gældende, at Bayer ikke har godtgjort, at der forelå tilstrækkelige plausible indikationer, som kunne begrunde udelukkelse af Weedfree, jf. udbudslovens § 136, stk. 1, nr. 4. Tilsvarende er heller ikke betingelserne for udelukkelse af Weedfree i medfør af § 136, stk. 1, nr. 6, opfyldt, idet Weedfree ikke har givet vildledende oplysninger, der kunne have væsentlig indflydelse på Banedanmarks beslutninger.

Banedanmark har nærmere anført, at det forhold, at de to virksomheder har deltaget i det samme udbud og i øvrigt i andre sammenhænge er samarbejdspartnere, ikke i sig selv kan udgøre tilstrækkelige plausible indikationer af, at parterne har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning.

G&G kunne ikke med sit tilbud påvirke udfaldet af udbudsprocessen til fordel for Weedfree, herunder stille Weedfree bedre i konkurrencen, og der er ingen pligt for tilbudsgivere til at oplyse om deres eventuelle samarbejdspartnere eller leverandører, medmindre dette konkret kræves for et specifikt udbud. Weedfree har således ikke givet vildledende oplysninger eller handlet groft uagtsomt ved ikke at oplyse Banedanmark om, at virksomheden i andre sammenhænge samarbejder med G&G, uanset at begge virksomheder deltog i udbuddet.

Banedanmark har i tilknytning hertil anført, at det ikke var et krav, at et tilbud foruden ESPD'et og tilbudsblanketten indeholdt en redegørelse for den tilbudte tekniske løsning, idet der var tale om ren priskonkurrence. Heller ikke den faktiske spredning i de tilbudte priser, herunder den højere pris fra G&G, indikerer, at Weedfree og G&G skulle have indgået en aftale for at undgå annullation af udbuddet eller for at stille Weedfree bedre i konkurrencen. Der vil endvidere altid være risiko for annullation af et udbud uanset antallet af tilbudsgivere, men da sprøjtning mv. er nødvendig, er risikoen for annullation uden et fornyet udbud minimal.

Uanset parternes historiske relationer og indsigt i visse dele af hinandens drift har det således formodningen imod sig, at parterne på nogen måde skulle have samarbejdet med det formål at fordreje konkurrencen, eller at de på anden vis har søgt at påvirke udfaldet af udbudsprocessen. Det, som Weedfree har anført, underbygger således ikke, at der skulle være tilstrækkeligt plausible indikationer eller grundlag for at påvise dette, og Bayer har ikke løftet bevisbyrden for, at Weedfree af denne grund skulle være omfattet af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 eller nr. 6.

Ad påstand 3

Bayer har gjort gældende, at den udbudte kontrakt rettelig er en rammeaftale og burde have været udbudt som sådan. Det er endvidere ikke berettiget at evaluere tilbud på baggrund af en 6-årig aftale, når udbuddet omhandlede en 4-årig aftale med mulighed for forlængelse i 2 gange 1 år.

Bayer har nærmere anført, at kontrakten i praksis nødvendigvis skal håndteres som en rammeaftale, da det er urealistisk, at alle 2.901 km baneanlæg tilnærmelsesvis vil kunne eller skulle behandles hvert år i aftaleperioden.

Reelt vil behandlingen have karakter af en årlig bestillingsopgave fra Banedanmark med kontrakten som en rammeaftale og under hensyn til togkørslen, andet arbejde på togbanerne og behov. Dette er reflekteret i, at Banedanmark har anmodet om en pris pr. km og ikke en pris på de fulde 2.901 km baneanlæg.

Oplysningen i udbudsbekendtgørelsen om en 4-årig aftale med option på forlængelse med op til 2 år sammenholdt med, at der anmodes om en pris for 1 år og 6 år, indebærer på denne baggrund, at der reelt er tale om en 6-årig rammeaftale. Dette er i strid med udbudsloven § 95, stk. 2. Der vil være prisforskelle afhængigt af, om en kontrakt skal være gældende i 1 år, 4 år med mulighed for forlængelse eller 6 år. Et sådant forhold spiller en væsentlig rolle ved beslutningen om at afgive tilbud og ved tilbudsafgivelsen.

Banedanmark har gjort gældende, at den udbudte kontrakt ikke har karakter af en rammeaftale som hævdet af Bayer. Det kan ikke tillægges betydning, at Bayer anser det for urealistisk, at de fulde 2.901 km baneanlæg vil skulle behandles hvert år i kontraktperioden.

Banedanmark har nærmere anført, at det var fastsat i udbudsmaterialet, at samtlige 2.901 km som udgangspunkt skal gennemkøres og behandles hvert år. Opgaven har tidligere været udbudt som rammeaftale, men Banedanmark har netop ved dette udbud ønsket en fast leverance omfattende alle togvejspor hvert år for at understøtte datagrundlaget i forhold til vegetationens udvikling i sporene over tid. Alene i tilfælde af lukning af spor eller strækningsafsnit vil der kunne ske en mindre nedregulering. Samtlige 2.901 km baneanlæg er blevet behandlet hver sommer siden 2006.

Behovet for eventuelle mindre nedreguleringer er også grunden til, at der er anmodet om tilbud på en fast pris pr. km, således at denne pris kan anvendes til eventuel nedregulering af leverandørens årlige honorar. En sådan mindre tilpasning i den årlige ydelse leveret under kontrakten gør ikke kontrakten til en rammeaftale.

Selv for det tilfælde, at kontrakten skulle have været klassificeret som en rammeaftale, er der ikke sket overtrædelse af de udbudsretlige regler, allerede fordi udbuddet er foretaget efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det følger således af direktivets artikel 51, at en rammeaftale udbudt efter direktivet må have en løbetid på op til 8 år. Udbudslovens § 95, stk. 2, som Bay-

er A/S henviser til, finder ikke anvendelse på den udbudte kontrakt, og en løbetid på samlet 6 år ved udnyttelse af optionerne på forlængelse er således lovlig.

Opgørelsen af prisen på baggrund af en 6-årig periode har alene evalueringsteknisk karakter. Opgørelsesmetoden var berettiget og ændrer ikke ved, at det har stået klart for alle potentielle såvel som aktuelle tilbudsgivere, at kontraktens varighed er 4 år med option på forlængelse med 2 gange 1 år.

Resultatet af prisevalueringen ville have været det samme, uanset om Banedanmark havde valgt at evaluere på pris pr. km, prisen for 1 år eller prisen for 6 år som sket, eftersom alle tilbudssummer blev udregnet på basis af 2.901 km banestrækning pr. år. Af udbudsmaterialets bilag 3 Tilbuds- og afregningsgrundlag fremgår, hvad prisen for 1 km togvejsspor omfatter, og at prisen for 6 år overføres til tilbudsbrevet. Evalueringen af prisen for 6 år er udtryk for, at Banedanmark som udgangspunkt forventer at udnytte optionerne på forlængelse, hvis leverandøren præsterer tilfredsstillende i kontraktens ordnære løbetid.

Ad påstand 4

Bayer har ikke særskilt gjort anbringender gældende ad påstand 4.

Banedanmark har gjort gældende, at udbudsreglerne ikke er overtrådt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Udbuddet er gennemført efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, og udbudslovens § 2 finder derfor ikke anvendelse, jf. bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet i dansk ret (implementeringsbekendtgørelsen).

Et tilbud skal evalueres på grundlag af sit eget indhold, og ordregiveren er alene forpligtet til at kontrollere oplysningerne i tilbuddet, hvis der for ordregiveren foreligger omstændigheder, som giver særlig anledning til en sådan kontrol. Dette gælder også oplysninger i et tilbud om, at mindstekrav

er overholdt, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet.

Weedfree on Track Ltd. har tilbudt at ”udføre opgaven beskrevet i de for udbuddet relevante dokumenter” for en tilbudt samlet pris for 6 år. I tilbuddet hedder det endvidere, at ”der ikke i tilbuddet er anført forbehold eller forudsætninger”.

Virksomheden har herved afgivet tilbud i overensstemmelse med udbudsmaterialet og kravene heri. Klagenævnet finder – også under hensyn til punktet ”12. Teknisk information” i tilbuddet – ikke, at det indeholdt forbehold, eller at der for Banedanmark i øvrigt forelå omstændigheder, der gav særlig anledning til at kontrollere oplysningerne i tilbuddet.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Retsgrundlaget

I forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 1, er bl.a. fastsat, at kriterierne og reglerne for udelukkelse af økonomiske aktører kan omfatte udelukkelsesgrundene i artikel 57 i udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU) på de vilkår og betingelser, som er fastsat deri.

Udbudsdirektivets artikel 57 er implementeret i dansk ret ved forskellige bestemmelser i udbudsloven, herunder lovens § 137 om frivillige udelukkelsesgrunde. Også som følge af implementeringsbekendtgørelsens § 10 finder udbudslovens § 137 tillige anvendelse for ordregivende myndigheder ved udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

I udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 og nr. 6, er fastsat:

”En ordregiver skal anføre i udbudsbekendtgørelsen, hvis en ansøger eller en tilbudsgiver vil blive udelukket fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis

...

4) ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning, [eller]

...

6) ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren uretmæssigt har forsøgt at påvirke ordregiverens beslutningsproces, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren har fået fortrolige oplysninger, der kan give dem uretmæssige fordele i forbindelse med udbudsproceduren, eller såfremt ansøgeren eller tilbudsgiveren groft uagtsomt har givet vildledende oplysninger, der kan have væsentlig indflydelse på beslutninger vedrørende udelukkelse, vurdering af minimumskravene til egnethed, udvælgelse eller tildeling af kontrakt ...”

I forarbejderne hertil (lovforslag LF 19 2015/1) hedder det bl.a.:

”Ordregiveren skal kunne godtgøre, at der er tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Det forhold, at ordregiveren kan udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning, er en lempeligere bevisbyrde for ordregiveren at løfte end bevisbyrden ved udelukkelsesgrundene i § 137, stk. 1, nr. 1, 3, 5 og 6, hvor ordregiveren skal påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er omfattet af en udelukkelsesgrund. Det vil være en konkret vurdering, hvad der er plausible indikationer, men det vil være tilstrækkeligt, hvis ordregiveren fremlægger dokumentation, der troværdigt indikerer, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvis der er rejst tiltale mod en ansøger eller tilbudsgiver for at have indgået aftaler med henblik på konkurrencefordrejning. Derudover kan oplysninger fra myndigheder, der indikerer, at en ansøger eller tilbudsgiver har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning være tilstrækkeligt.”

Det er ordregiveren, der har bevisbyrden for, at betingelserne for at anvende en af de frivillige udelukkelsesgrunde i § 137, stk. 1, nr. 4 og nr. 6, er opfyldt. Hvis beviskravet i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 (”ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere”), henholdsvis det strengere beviskrav i § 137, stk. 1, nr. 6 (”ordregiveren kan påvise”) ikke er opfyldt, kan et tilbud alene afvises, hvis dette følger af andre regler.

En indikation, en ”mistanke” eller lignende, der ikke bevismæssigt er (tilstrækkeligt) underbygget for ordregiveren, giver hverken grundlag for at afvise et tilbud efter § 137, stk. 1, nr. 4, eller efter § 137, stk. 1, nr. 6. Be-

stemmelsernes beviskrav modvirker vilkårlighed og usikkerhed i forhold til udelukkelse af virksomheder, men bestemmelserne giver samtidig den ordregivende myndighed hjemmel til under de fastsatte betingelser at afvise et tilbud, som ikke bør deltage i konkurrencen. Når en frivillig udelukkelsesgrund benyttes, skal ordregiveren – som også anført i forarbejderne til udbudslovens § 137 – tillige overholde proportionalitetsprincippet.

Tilbuddet fra Weedfree on Track Ltd.

Det er klagenævnets vurdering, at der bevismæssigt ikke er tilstrækkelige holdepunkter for at antage, at Weedfree on Track Ltd. har indgået aftale med G&G Növényvédelmi és Kereskedelmi Kft. med henblik på konkurrencefordrejning, eller at Weedfree on Track Ltd. groft uagtsomt har givet vildledende oplysninger, der kan have haft væsentlig indflydelse på Banedanmarks beslutninger.

Det forhold, at Weedfree on Track Ltd. og G&G Növényvédelmi és Kereskedelmi Kft. i andre sammenhænge arbejder sammen sammenholdt med, at begge virksomheder har deltaget i det foreliggende udbud, kan således efter klagenævnets vurdering hverken isoleret set eller sammenholdt med de oplysninger, der i øvrigt foreligger, herunder de afgivne tilbud, føre til, at betingelserne for udelukkelse efter udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4 eller nr. 6, er opfyldt.

Påstand 2 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Den udbudte kontrakt omfatter sprøjtning mv. af 2.901 km banestrækning i 4 år (4 sprøjtesæsoner) med mulighed for forlængelse af kontrakten i 2 x 1 år.

I kontraktbetingelserne var endvidere fastsat, at ”som udgangspunkt skal alle 2901 km togvejspor behandles hvert år, men Leverandøren skal kunne tåle mindre reguleringer i nedadgående retning. Dette kan skyldes lukning af spor eller strækningsafsnit i forbindelse med projekter”.

Den udbudte kontrakt har herefter ikke karakter af en rammeaftale, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 51. Herefter, og da det i udbudsmate-

rialet klart var fastsat, hvorledes evalueringen ville finde sted efter en egnet evalueringsmodel med tildelingskriteriet Pris, tages påstand 3 ikke til følge.

Ad påstand 4

Efter udfaldet af påstand 1-3, tages påstand 4 heller ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Bayer A/S skal i sagsomkostninger til Banedanmark betale 35.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig