

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt.
Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Mølbak Landinspektører A/S
(advokat Anders Aagaard og advokat Henrik Holtse, København)

mod

Banedanmark
(advokat Kristian Hartlev og advokat Nikolaj Lysebjerg, København)

Klagenævnet har den 10. december 2018 modtaget en klage fra Mølbak Landinspektører A/S.

Mølbak Landinspektører A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Banedanmark har anført, at klagenævnet kan træffe afgørelse på det foreliggende grundlag, da tvisten er afgrænset, og da der ikke er brug for yderligere belysning af faktum. Banedanmark har derfor anmodet om, at klagenævnet afgør sagen materielt på det foreliggende grundlag og uden selvstændig delkendelse om spørgsmålet om opsættende virkning.

Banedanmark har i øvrigt protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning med henvisning til, at betingelserne herfor ikke er opfyldt.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 8, pro-

cesskrift fra Mølbak Landinspektører af 10. december 2018, svarskrift med bilag A – H, supplerende klageskrift og supplerende svarskrift.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder foruden påstanden om opsættende virkning følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 82, stk. 2, og gennemsigtigheidsprincippet, jf. Forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1, ved at anvende en metode til opgørelse af evalueringspris, hvorefter der kun indgik priserne for rammeaftalens første 4 år, uanset rammeaftalen har en maksimal varighed på 8 år.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. Forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1, ved at anvende en metode til opgørelse af evalueringspris, som ikke er egnet til at identificere tilbud med laveste pris, fordi det forhold, at opgørelsen kun var baseret på 4 år i stedet for hele rammeaftalens løbetid (8 år), medførte, at pris for første års ydelser fik en større vægt i den samlede opgørelse.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 60, stk. 2, ved at anvende et teknisk mindstekrav i relation til kategorisering af punktskyen (point cloud), jf. kravspecifikationen punkt 7.1.6, da det udgjorde en ubegrundet hindring for konkurrencen, derved at det medførte, at kravspecifikationen var skræddersyet til den vindende tilbudsgiver for et forhold, som havde væsentlig betydning for prissætningen, og dermed for resultatet af udbuddet.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 60, stk. 2, ved at anvende et teknisk mindstekrav i relation til krav til rullende materiel, jf. SAB – Særlig Arbejdsbeskrivelse, punkt 1.2, derved at det udgjorde en ubegrundet hindring af konkurrencen, da det var skræddersyet til den vindende tilbudsgiver, hvilket havde væsentlig betydning for prissætningen, og dermed for resultatet af udbuddet.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal annullere Banedanmarks beslutning af 29. november 2018 om at tildele rammeaftalen til Fugro Land B.V.”

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

Andre oplysninger i sagen:

Udbuddet er iværksat ved udbudsbekendtgørelse 2018/S 046-101806 af 7. marts 2018 som et udbud med forhandling.

Kontrakten er en rammeaftale og er i udbudsbekendtgørelsen beskrevet således:

”II.1.4) Kort beskrivelse

Udbuddet vedrører årlig togbåren LiDAR-scanning af Banedanmarks infrastruktur på ca. 3 125 km jernbanespor m.v og databehandling af den scannede data. Kontrakten har en varighed på fire år med option på forlængelse på endnu en periode på fire år.

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet

Nærværende udbud omhandler LiDAR scanning og databehandling af den scannede data.

Databehandlingen indebærer først og fremmest levering af klassificeret punktsky samt kortlægning og måling af fritrumsprofiler.

Derudover er der i kontrakten option på behandlingen af afledte dataprodukter herunder:

Ballastvolumenberegninger, vegetationsprofil til planlægning af tilbage-skæring af bevoksning, placering af køreledningsanlæg og forskelligt asset management, samt konsulenttydelser til videre udvikling af muligheder for benyttelse af data.

Arbejdets praktiske udførelse indebærer en årlig målekampagne hvert år i kontraktens løbetid.

For en nærmere beskrivelse af arbejdets tekniske omfang henvises til udbudsmaterialets bilag 2 samt underbilagene hertil.

Aftalen er landsdækkende og omfatter hele Banedanmarks jernbanenet.

...

II.2.7) Varighed af kontrakten, rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem

Varighed i måneder: 48
 Denne kontrakt kan forlænges: ja
 Beskrivelse af forlængelser:
 Option på forlængelse på en fireårig periode

...

II.2.11) Oplysninger om optioner

Optioner: ja
 Beskrivelse af optioner:
 Option på forlængelse på fire år.
 Option på levering af følgende dataprodukter
 Option 1 ...
 Option 2 ...
 Option 3 ...
 Option 4 ...
 Option 5 ...
 ...”

LiDAR kan kort beskrives som en teknologi til at indsamle store mængder af afstandsmålinger med høj præcision.

I Aftale om LiDAR scanning af Banedanmarks infrastruktur var i punkt 5 ligeledes fastsat som option, at ”Banedanmark kan forlænge kontrakten med yderligere 48 måneder”.

Som tildelingskriterium var i udbudsbekendtgørelsen fastsat Pris. I udbudsbetingelsernes punkt 6.1 var fastsat, at kontrakten ville blive tildelt det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af tildelingskriteriet Laveste pris. Det var endvidere fastsat, at Laveste pris vurderes på baggrund af de i tilbudslisten angivne priser vægtet således:

Hovedydelsen (summen af tilbudslistens post 2+6+7+8): 70 %

Optioner (summen af tilbudslistens post 9+10+11+12+13+14): 30 %

Det var endvidere fastsat, at ”Vægtningerne beregnes med sumprodukt af summerede priser og evalueringsvægt”, og at kontrakten ville blive tildelt den tilbudsgiver, som havde afgivet den laveste beregnede pris efter den anførte model.

Tilbudslisten var opbygget således:

»

Tilbuds post nr.	Beskrivelse	Enhed	Antal 1. år	Antal per eftf. år	Antal år	Enhedspris [DKK ekskl. moms]	Enhedspris *estimer et antal enheder de første fire år [DKK ekskl. moms]
1	2	3	4	5	6	7	8
2	Administration og kundetilpasning						
...							
6	Gennemførelse af måling						
...							
7	Punktsky						
...							
8	Fritrumsprofil (UTRUM)						
...							
9	Option 1: Sporrets tvær- og ballastprofil						
...							
10	Option 2: Vegetationskontrol						
...							
11	Option 3: Kørestrøm (OCS) - kun på strækninger med kørestrøm						

...							
12	Option 4: Sportstværprofil Slået sammen med option 1						
...							
13	Option 5: Sporobjekter ifm. Signalprogrammet						
...							
14	Konsulenttimer til udvikling af nye dataprodukter						
...							
	I alt pkt. 2 til 14						0.00

»

Under hver af posterne 2 - 14 var opført underpunkter. I forhold til hvert enkelt underpunkt indeholdt tilbudslisten i kolonne 3 - 6 fortrykte værdier. ”Antal år” i kolonne 6 angår årene efter kontraktens første år. I denne kolonne var der nogle steder fortrykt med ”0” som udtryk for, at nogle ydelser *alene* skal leveres i kontraktens første år, og andre steder fortrykt med ”3” som udtryk for, at andre ydelser – foruden det oplyste for kontraktens første år – skal leveres i kontraktens andet, tredje og fjerde år. Det er oplyst, at Banedanmark anser det første år for et testforløb, der skal danne grundlag for det videre forløb.

Enhedspriserne i tilbudslisten omfatter bl.a. priser på mandetimer for en given ydelse, årlig betaling for administration m.v. og kilometerpriser for måling af Banedanmarks jernbaneinfrastruktur. Fælles for posterne er, at tilbudsgiverne skulle tilbyde én pris pr. ydelse, som udgør en del af en post, hvorefter prisen efter det oplyste finder anvendelse i hele kontraktperioden og således også ved udnyttelse af optionen på forlængelse i fire år. For hver enkelt ydelse blev herefter beregnet en særskilt tilbudsteknisk pris, idet den

tilbudte enhedspris blev multipliceret med det forventede antal gange, den pågældende ydelse ifølge tilbudslisten forventedes indkøbt.

Efter at have prækvalificeret fem virksomheder, gennemført en forhandlingsproces og modtaget endelige tilbud meddelte Banedanmark den 29. november 2018, at Fugro Land B.V. havde afgivet tilbuddet med den laveste pris, og virksomheden blev tildelt kontrakten. Virksomhedens evalueringstekniske pris var på 9.702.186,51 kr., mens Mølbak Landinspektørers evalueringstekniske pris var på 9.848.744,00 kr.

I den tekniske kravspecifikation, der er en del af udbudsmaterialet, hedder det bl.a.:

”7 Point cloud data files and viewer software

By implementing the point cloud measurement Banedanmark would also like to make visual inspection of its infrastructure, by providing technical staff an extra tool to inspect, measure and control the infrastructure with high accuracy without having to go physical into the track.

...

7.1.6

Classification of the points must make it possible for viewer/calculation software to show the following:

Points visualization must be possible based on the following parameters:

- RGB colorization from images
- Intensity colorization
- Colorization by Z values

All points must be classified in the following categories, to allow the viewer only to load specific data:

- Track; rails
- Track; sleepers and ballast
- Catenary; masts
- Catenary; wires excluding return conductor (contact wire, catenary wire etc.)
- Catenary; return conductor (F-bane) and feeder wire (S-bane)
- Catenary; other (including cantilever construction, isolators etc.)
- Terrain
- Constructions (bridges, sheet piling, platforms, tunnels, lifts, stairs etc.)
- Buildings
- Equipment (cable ducts, signs, signals, cable vaults etc.)
- Vegetation

– Other/unknown

It is accepted that the point cloud is reduced prior to classification. In this case both the raw non-classified and the reduced classified point cloud must be delivered. The maximum allowed distance between points is 5 meters and the maximum versine is 3 cm.

The classification must be applied at least +/- 25 meters from all measured track center lines (25 meters in all directions).”

I Bilag 2: SAB - Særlig arbejdsbeskrivelse, der er en del af udbudsmaterialet, hedder det bl.a.:

”1.2 Rullende materiel

Da Banedanmark benytter flere forskellige togkontrollsystemer (herunder ATC, ATP, ERTMS og CBTC/ICI), stiller Banedanmark en trolje til rådighed til montering af måleudstyret.

Montering af udstyret må ikke medføre permanente ændringer på troljen. Der kan dog, efter forudgående aftale med Banedanmark, tillades mindre modifikationer f.eks. boring af enkelte huller i frontpladen eller lignende. Udstyret skal jf. SAB afsnit 5.5 monteres, så det enten kan måle begge retninger eller kunne flyttes fra den ene ende af troljen til den anden.

Af logistiske årsager (manglende mulighed for omløb på flere endestationer), er det ikke muligt at trække en vogn efter troljen.

Troljen er af typen TR27, som ses herunder.

...

Troljen kan bese på en Banedanmark-lokalitet, formentlig Banedanmarks værksted i Roskilde, i løbet af udbudsperioden efter nærmere aftale.

...

Koblingstypen er "trækkrog med skruekobling" som vist på Figur 3. Afstanden fra center linje over pufferne til skinneoverkant er 1050 mm.

...

Banedanmark kan ikke garantere, at det er den samme trolje igennem hele kontraktperioden, kun at det er en trolje af samme type. Godkendelsen er på typeniveau, så denne skal ikke gentages.”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris” m.v.

Mølbak Landinspektører har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 – 5, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Banedanmark har gjort gældende, at betingelsen om ”særlige grunde” for at tillægge en klage opsættende virkning ikke er opfyldt i denne sag, jf. klagenævnenslovens § 12, stk. 2, og har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 5, nærmere anført, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Mølbak Landinspektører gjort gældende, at opgørelsen af evalueringsprisen på grundlag af en kontraktperiode på fire år, selvom rammeaftalen med den tidsmæssige option havde en maksimal kontraktperiode på otte år, udgør en overtrædelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 82, stk. 2, vedrørende laveste pris som tildelingskriterium. Det er således forudsat, at opgørelsen baseres på hele kontraktperioden, her otte år. Direktivets artikel 36, stk. 1, er også overtrådt. Det er således ikke gennemsigtigt at udbyde en rammeaftale med en varighed på op til otte år og kun inkludere prisen for fire år i evalueringen.

Mølbak Landinspektører har nærmere anført, at opgørelsen af evalueringsprisen medfører, at kun halvdelen af rammeaftalens løbetid er indgået i evalueringen, men Banedanmark var forpligtet til at inddrage den samlede pris inklusive optioner. Dette støttes blandt andet på en analogislutning fra principperne for opgørelsen af kontraktens værdi, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 16, stk. 1. Den anslåede værdi af et udbud beregnes på grundlag af det samlede beløb, der efter ordregiverens skøn skal betales, eksklusiv moms, herunder enhver form for optioner og eventuelle fastsatte muligheder for forlængelse af kontrakten. Rammeaftalens værdi skal derfor opgøres ud fra en kontraktperiode på otte år. En analogi fører til, at evalueringen vedrørende pris på tilsvarende måde skal omfatte otte år.

Særligt vedrørende påstand 2 har Mølbak Landinspektører gjort gældende, at det forhold, at Banedanmark har baseret evalueringsprisen på fire og ikke otte år, har haft afgørende betydning og udgør en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1.

Mølbak Landinspektører har nærmere anført, at tilbudslisten er opbygget således, at der i kolonne 6 er angivet antal år. Nogle positioner vil medføre en udgift det første år (f.eks. position 2.1 om projektledelse i forbindelse med 1. års kampagne). Andre positioner ville medføre en udgift både det første år og de efterfølgende år. Det gælder for de væsentligste positioner,

såsom position 6.2 om måledag, position 6.3 om måledag-personale og position 7.1 om databehandling. Det fremgår imidlertid, at antal efterfølgende år for disse positioner kun er sat til tre, således at der kun er evalueret på den beregnede udgift for en kontraktperiode på fire år.

Banedanmark kunne meget nemt have inkluderet hele rammeaftalens løbetid ved at have anvendt syv i stedet for kun tre efterfølgende år. De positioner, som kun medfører en udgift det første år, kommer til at vægte højere i en opgørelse baseret på fire år, end hvis der var foretaget en opgørelse baseret på otte år. Det kan have haft indflydelse på det samlede resultat. Det følger heraf, at Banedanmarks opgørelse over fire år i stedet for otte år har medført en usaglig forrykning af evalueringsgrundlaget til fordel for de tilbudsgivere, der har tilbudt lave priser for de positioner, der kun medregnes første år, men højere priser for de positioner, der skal medregnes for de efterfølgende år, idet de højere priser herfor kun indgår med tre yderligere år i stedet for syv yderligere år. Den valgte evalueringsmodel udgør dermed en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Mølbak Landinspektører har i tilknytning hertil henvist til klagenævnets kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud, hvor en evalueringsmodel blev fundet uegnet, uanset at den var tydeligt beskrevet i udbudsmaterialet. Virksomheden har endvidere henvist til, at det er i strid med gennemsigtighedsprincippet, at der skal afgives priser, som ikke indgår i evalueringen. Kendelsen af 30. marts 2017, Euro Therm A/S mod Hinne-rup Fjernvarme A.m.b.a., er ikke relevant, da situationen ikke er sammenlignelig. Banedanmark har ikke forklaret det saglige eller retvisende i, at prisen for rammeaftalens sidste fire år ikke har været inddraget i evalueringen med det resultat, at prisen for førsteårsydelsen har udgjort en større andel af evalueringsprisen, end rammeaftalen berettiger.

Særligt vedrørende påstand 1 - 2 har Banedanmark gjort gældende, at evalueringsmodellen beskrevet i udbudsbetingelsernes punkt 6.1 og kontraktens Bilag 3 ”TAG- Tilbuds- og Afregningsgrundlag”, punkt 1.2, er i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 82, stk. 2, og at modellen overholder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i direktivets artikel 36, stk. 1. Evalueringsmodellen har været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud (”Laveste pris”).

Banedanmark har nærmere anført, at det var berettiget at foretage evalueringen baseret på den forventede pris for rammeaftalens kontraktperiode på fire år, og at dette var klart og tydeligt beskrevet i udbudsmaterialet. Der gælder ikke noget udbudsretligt krav om, at ordregiveren skal inddrage optioner, her en forlængelsesoption, i evalueringen, jf. kendelse af 30. marts 2017, Euro Therm A/S mod Hinnerup Fjernvarme A.m.b.a. Der er i nærværende sag ikke tale om, at priserne, der skal anvendes i en potentiel forlængelse af kontraktperioden, ikke har været konkurrenceudsat. Tilbudsgiverne skulle kun afgive én pris pr. delydelse, og denne pris finder også anvendelse i tilfælde af en forlængelse af kontraktens løbetid (år fem-otte).

Banedanmark har taget udgangspunkt i det forventede indkøbsbehov for rammeaftalens kontraktperiode på fire år (når der bortses fra evt. opsigelse mv.), da Banedanmark på nuværende tidspunkt vurderer, at optionen om forlængelse formentlig ikke vil blive udnyttet. Derimod har Banedanmark for kontraktperiodens første fire år relativt høj sikkerhed for, at rammeaftalen vil blive benyttet, herunder hvor meget og til hvad. Henset til den teknologiske udvikling inden for det område, rammeaftalen vedrører, er det omvendt forbundet med væsentlig usikkerhed, om Banedanmark vil bruge rammeaftalen for en længere periode end fire år, da både udbud og efterspørgsel kan være væsentligt anderledes om fire år. Hertil kommer, at rammeaftalens ydelser er beskrevet med en relativt høj detaljeringsgrad, der ikke giver Banedanmark den grad af fleksibilitet, som kan blive nødvendig at have om fire år på grund af den teknologiske udvikling. Derfor er kontraktperioden netop sat til fire år med en option på forlængelse i fire år. Det er på nuværende tidspunkt Banedanmarks forventning, at optionen om forlængelse formentlig ikke vil blive udnyttet. Ud fra denne forventning er det således kontraktperiodens første fire år, der er afgørende for Banedanmark, og evalueringsmodellen er sammensat herefter. Det havde ikke været retvisende for Banedanmarks forventninger til brug af rammeaftalen, hvis Banedanmark ved evalueringen havde taget udgangspunkt i en varighed på otte år, og en sådan model ville derfor have været uegnet. Evalueringsmodellen var klart beskrevet og egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Banedanmark har i tilknytning hertil anført, at praksis vedrørende sortimentsudbud ikke kan overføres én til én til evaluering af optioner. Der er ikke praksis, som fastslår, at optioner skal inddrages i ordregiverens evalueringsmodel, men derimod praksis som fastslår det modsatte, jf. kendelsen af

30. marts 2017, Euro Therm A/S mod Hinnerup Fjernvarme A.m.b.a. Der var i denne sag ikke tale om anvendelse af delkøbsreglen, dels fordi betingelserne herfor ikke var opfyldt, dels fordi klagenævnet ikke henviste til delkøbsreglen. Det afgørende er, at Banedanmark har foretaget evalueringen alene baseret på kontraktens første fire år, således som det var klart beskrevet i udbudsbetingelserne. Det blev overvejet at inddrage optionerne i evalueringen, men sandsynligheden for, at optionerne vil blive udnyttet, berettigede ikke, at de blev inddraget. Det ligger inden for Banedanmarks skøn at vurdere, om en option på forlængelse skal inddrages i evalueringsmodellen, og der er ikke grundlag for at tilsidesætte dette skøn.

Særligt vedrørende påstand 3 har Mølbak Landinspektører gjort gældende, at Banedanmark har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 2, ved at anvende et teknisk mindstekrav, der udgjorde en ubegrundet hindring for konkurrencen, idet kravspecifikationen var skræddersyet til den vindende tilbudsgiver, og idet forholdet havde væsentlig betydning for prissætningen og udbuddets resultat.

Mølbak Landinspektører har nærmere anført, at det tekniske mindstekrav i kravspecifikationen punkt 7.1.6, om, at den tilbudte løsning skal indeholde en kategorisering af punktskyen (point cloud) ikke er en standardproces eller standard i point cloud viewer software. Til opfyldelse af kravet vil der skulle anvendes ca. 2.300 timer om året. Der burde i stedet gøres brug af nyere software. Virksomheden har i sit tilbud indregnet 581.000 kr. til software for at opfylde kravet. Forholdet har haft en væsentlig økonomisk betydning, men er uden saglig begrundelse. Funktionen findes i ældre software, der eventuelt anvendes af den vindende tilbudsgiver, Fugro Land B.V. Mindstekravet tilførte ikke værdi, men udgjorde en væsentlig konkurrencemæssig fordel for den vindende tilbudsgiver.

Banedanmark har særligt vedrørende påstand 3 gjort gældende, at kravet i udbudsmaterialet om, at løsningen skal indeholde en kategorisering af data i punktskyen (point cloud), jf. kravspecifikations punkt 7.1.6, er sagligt og ikke har bevirket en ubegrundet hindring af konkurrencen, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 2.

Banedanmark har nærmere anført, at det som udgangspunkt er op til ordregiverens skøn at definere kontraktgenstanden, herunder hvilke krav der stil-

les til de udbudte ydelser, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. juni 2013, Allergan A/S mod Magros I/S.

Det pågældende krav er afgørende for, at Banedanmarks personale kan arbejde med de indsamlede data på en effektiv og smidig måde, herunder at de rette analyser kan foretages.

Banedanmark gennemførte en markedsdialog forud for udbuddet og spurgte specifikt, om det var muligt for markedsaktørerne at tilbyde en løsning med kategorisering af punktsky data. Banedanmark modtog i alt otte svar, hvoraf syv svar bekræftede, at det var muligt at tilbyde den beskrevne løsning. Alle fem tilbudsgivere, der deltog i udbuddet, afgav desuden tilbud med en løsning indeholdende kategorisering af data i punktskyen.

Det kan således konstateres, at kravet ikke har indsnævret konkurrencen.

Mølbak Landinspektører har endvidere ikke godtgjort, at kravet skulle være udformet med henblik på at sikre, at en bestemt tilbudsgiver skulle vinde udbuddet. Virksomheden har anført, at der skulle bruges 2.300 timer om året for at opfylde kravet samt tilpasning af software. Virksomheden har således i sit tilbud angiveligt indregnet 581.000 kr. til software for at opfylde kravet, hvilket i øvrigt er mere end det dobbelte af, hvad virksomheden gjorde Banedanmark opmærksom på under forhandlingsmødet.

Banedanmark er ikke uenig i, at der er tale om en kompliceret funktionalitet, der til en vis grad fordyrer den samlede løsning, men det gør ikke kravet usagligt og berører ikke kun Mølbak Landinspektører. At der er tale om en funktionalitet, som forefindes i ældre software, ”der eventuelt anvendes af den vindende tilbudsgiver”, således som virksomheden har anført, er udtryk for udokumenteret spekulation.

Den vindende tilbudsgiver og andre markedsaktører gjorde allerede under markedsdialogen Banedanmark opmærksom på, at funktionaliteten er fordyrende. Hertil kommer, at den vindende tilbudsgiver umiddelbart har afgivet en væsentligt højere pris på den omhandlede funktion end Mølbak Landinspektører.

I tilbudslistens punkt 7.1 skulle tilbudsgiverne angive en pris for ”Databasehandling og levering af punktsky .LAS filer + trajectory fil”. I kontraktens

Bilag 3 TAG - Tilbuds- og Afregningsgrundlag punkt 7.1 er om posten beskrevet, at der skulle angives en enhedspris pr. kilometer spor, som skulle omfatte alle udgifter til levering af punktskydata, herunder kategorisering af data. Den vindende tilbudsgiver har tilbudt en kilometerpris for tilbudslistens punkt 7.1 på 458,01 kr., mens Mølbak Landinspektører har tilbudt en pris på 321,95 kr. Kategoriseringskravet synes således ikke at have været en fordel for den vindende tilbudsgiver.

Uanset om funktionaliteten måtte have påvirket tilbuddet fra Mølbak Landinspektører i højere grad end det vindende tilbud, medfører den omstændighed, at det er lettere/billigere for nogle leverandører som følge af måden, hvorpå de har indrettet deres virksomhed at tilbyde ovenstående løsning end for andre virksomheder, der har indrettet sig anderledes, imidlertid *ikke*, at der er tale om en hindring eller forbrejning af konkurrencen, jf. bl.a. Klagenævnets for Udbuds kendelse af 29. juli 2015, New Mind TellUs AS mod Partnerselskabet Det Digitale Turisme Danmark, og kendelse af 5. april 2016, Brian Madsen A/S mod Slagelse Kommune. I sidstnævnte udtalte klagenævnet:

”[det står] en ordregiver frit for at stille krav, som visse eller alle potentielle tilbudsgivere finder mindre hensigtsmæssige eller ønskværdige. Som udgangspunkt må den enkelte potentielle tilbudsgiver i sådanne tilfælde afgøre, om den pågældende ønsker at afgive tilbud på de udbudte vilkår”.

Særligt vedrørende påstand 4 har Mølbak Landinspektører gjort gældende, at kravet om brug af en bestemt type trolje ikke er sagligt begrundet, og at det udgjorde en ubegrundet hindring af konkurrencen i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 2.

Mølbak Landinspektører har nærmere anført, at det fremgår af udbudsmaterialet, SAB punkt 1.2, at Banedanmark vil stille en trolje til rådighed til montering af måleudstyret. Den pågældende trolje indebærer imidlertid en række tekniske udfordringer for Mølbak Landinspektørers måleudstyr. Troljen er for høj til, at måleudstyret kan monteres ovenpå styrehuset, og montering på buffer vil give problemer for udsynet. Det udgjorde derfor en teknisk udfordring for virksomheden, som kunne have været undgået ved at anvende en anden type trolje. Den pågældende trolje passer derimod fint til den vindende tilbudsgivers måleudstyr, hvilket medfører en konkurrencemæssig fordel for denne tilbudsgiver.

Særligt vedrørende påstand 4 har Banedanmark gjort gældende, at kravet i udbudsmaterialet om, at leverandøren skal kunne montere sit udstyr på en trolje, som Banedanmark stiller vederlagsfrit til rådighed, jf. kontraktens bilag 2 SAB Laserscanning, punkt 2.1, er et sagligt krav, der ikke har bevirket en ubegrundet hindring af konkurrencen, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 2.

Det er ordregiverens skøn at definere kontraktgenstanden, herunder hvilke krav der stilles til de udbudte ydelser. Mølbak Landinspektører har gjort gældende, at der ikke ses at være en saglig begrundelse for, at netop denne type trolje skulle anvendes. Begrundelsen er, at det er den eneste type trolje, som Banedanmark har, som er udstyret med det tilstrækkelige udstyr, der kræves for at køre på hele Banedanmarks jernbanenet og med de tilhørende forskellige togkontrolsystemer, herunder ATC, ATP, ERTMS/ETCS og CBTC/ICI (som beskrevet i kontraktens bilag 2 SAB Laserscanning, punkt 2.1). ERTMS/ETCS og CBTC/ICI er de nye signalsystemer, som anvendes på henholdsvis fjernbanen og S-banen. ATC og ATP er togkontrolsystemer, som fungerer på de gamle signalanlæg. Det afgørende er således, at den pågældende trolje er godkendt til og kan køre på alle dele af Banedanmarks jernbanenet, herunder S-banen. Alternativt skulle Banedanmark ved udbuddets tilrettelæggelse have anmodet tilbudsgiverne om at byde ind med en trolje. Udover udgiften til køb eller leje af selve troljen kræver det et sikkerhedscertifikat at køre med troljen, som efter Banedanmarks estimat koster ca. 1 mio. kr. i forsikringspræmie pr. år, foruden omkostninger til evt. ansvarsforsikring.

En trolje svarende til den, Banedanmark stiller til rådighed, koster ca. 10 mio. kr. som nyanskaffelse, hvorfor det under alle omstændigheder ikke er lige til for Banedanmark blot at anskaffe en anden type trolje (fx en type, som Mølbak Landinspektører foretrækker), hvilket i øvrigt heller ikke ville stå mål med projektets værdi. Alle tilbudsgivere, der deltog i udbuddet, var i stand til at tilbyde en løsning, der kunne tilpasses Banedanmarks trolje.

Mølbak Landinspektører har ikke godtgjort, at kravet skulle være udformet med henblik på at sikre, at en bestemt tilbudsgiver skulle vinde udbuddet, eller at kravet i øvrigt er usagligt. Virksomheden har således ikke godtgjort, at der er tale om krav, der har bevirket en ubegrundet hindring af konkurrencen, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 2.

Særligt vedrørende påstand 5 har Mølbak Landinspektører med henvisning til det, der er anført ad påstand 1 - 4, gjort gældende, at udbuddet ikke er egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, og at der derfor skal ske annullation.

Særligt vedrørende påstand 5 har Banedanmark gjort gældende, at Banedanmark ikke har overtrådt udbudsreglerne, og at der derfor ikke er grundlag for annullation.

Ad uopsættelighed

Mølbak Landinspektører har gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt, idet klagen vedrører et udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, og idet udbudslovens § 185, stk. 2, ikke er anvendelig for sådanne udbud. Det betyder, at Banedanmark ikke har pligt til at bringe aftalen til ophør, uanset om klagenævnet måtte annullere tildelingsbeslutningen. Mølbak Landinspektører har som udgangspunkt ikke mulighed for at varetage sine interesser ved at kræve erstatning, da klagen vedrører forhold, som gør udbuddet uegnet som grundlag for at træffe en lovlig tildelingsbeslutning.

Banedanmark har gjort gældende, at Mølbak Landinspektører ikke har godtgjort, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab ved at afvente afgørelsen i hovedsagen.

Ad interesseafvejning

Mølbak Landinspektører har gjort gældende, at Banedanmarks interesse i at kunne igangsætte projektet ikke vejer tungere end hensynet til at sikre et lovligt udbud. En interesseafvejning fører derfor til, at klagen skal tillægges opsættende virkning.

Banedanmark har gjort gældende, at Mølbak Landinspektører ikke har godtgjort at have en interesse i at få klagen tillagt opsættende virkning, der vejer tungere end Banedanmarks interesse i at kunne indgå kontrakten. Det har væsentlig økonomisk og planlægningsmæssig betydning for Banedanmark, at Banedanmark kan indgå kontrakt med den vindende tilbudsgiver. Det er afgørende, at de første arbejder igangsættes hurtigst muligt af hensyn

til at øge sandsynligheden for, at den første målekampagne kan gennemføres på det optimale tidspunkt, jf. kontraktens Bilag 2 SAB Laserscanning, punkt 1.1 med henvisning til Bilag 2.1b: Teknisk kravspecifikation, punkt 6.1.1, hvoraf det fremgår, at målekampagnen skal ske i perioden fra 1. august – 30. november 2019. Dette skyldes bl.a., at det er en tidskrævende proces at indhente alle nødvendige tilladelser til at kunne foretage målingerne, og disse tilladelser skal være tilvejebragt ved udgangen af juli 2019, så målekampagnen kan igangsættes den 1. august 2019. Det er i den forbindelse afgørende, at målingerne ikke gennemføres senere end november, da det kræver et vist tidsrum med dagslys at foretage målingerne, ligesom risikoen for øget nedbør stiger i den efterfølgende periode.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet følgende:

Ad påstand 1 - 2

Det fremgår klart og utvetydigt af udbudsbetingelsernes punkt 6.1 sammenholdt med tilbudslisten, at det alene var priserne for rammeaftalens første - fjerde år, der skulle indgå i evalueringen efter tildelingskriteriet Laveste pris, og at den evalueringstekniske pris således ikke omfatter optionen på forlængelse af kontrakten med endnu en fireårig periode.

En ordregiver er berettiget (og forpligtet) til at foretage sin evaluering alene baseret på prisen på den ordinære kontraktperiode, når ordregiveren har fastsat dette i udbudsbetingelserne, jf. i samme retning klagenævnets kendelse af 30. marts 2017, Euro Therm A/S mod Hinnerup Fjernvarmeværk A.m.b.a.

Banedanmark har derfor ikke handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 82, stk. 2, eller principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i direktivets artikel 36 ved i forbindelse med udbuddet at have fastsat en option på forlængelse af kontrakten uden at inddrage optionen i evalueringen. Det tilføjes, at det må lægges til grund, at der ved udnyttelse af optionen på forlængelse af kontrakten vil skulle ske betaling for ydelserne efter de samme enhedspriser, som er gældende for den ordinære kontraktperiode, og som er indgået i Banedanmarks evaluering i overensstemmelse med beskrivelsen i udbudsmaterialet.

Klagenævnets praksis vedrørende sortimentsudbud, jf. fx kendelse af 22. april 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud, ændrer ikke herved.

Efter en foreløbig vurdering er der således ikke udsigt til, at Mølbak Landinspektører A/S vil få medhold i påstand 1 og 2.

Ad påstand 3 - 4

En ordregivende myndighed er berettiget til skønsmæssigt at fastsætte de tekniske specifikationer og krav, som ordregiveren finder nødvendige eller hensigtsmæssige i forbindelse med udbuddet af en kontrakt, og som er forbundet med kontraktens genstand, jf. nærmere forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60.

Der er efter en foreløbig vurdering ikke grundlag for at antage, at de tekniske mindstekrav vedrørende kategorisering af punktskyen (point cloud) eller kravet vedrørende rullende materiel er i strid med kravet om lige adgang for økonomiske aktører til udbudsproceduren, eller at kravene bevirker, at der skabes ubegrundede hindringer for konkurrence med hensyn til offentlige udbud, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 60, stk. 2.

Det er indgået i klagenævnets vurdering, at Banedanmark har redegjort nærmere for baggrunden for, at de pågældende mindstekrav er fastsat, og at der ikke er fremkommet oplysninger for klagenævnet, der underbygger eller indikerer, at kravene skulle være ”skræddersyet” til den vindende tilbudsgiver.

Betingelse nr. 1 om ”*fumus boni juris*” er derfor ikke opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig