

Tildelingsbeslutningen er efterfølgende annulleret og klagen tilbagekaldt. Delkendelsen er således nævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

VITRONIC -
Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH
(advokat Mikkel Taanum og advokat Thomas Thorup Larsen, København)

mod

Sund & Bælt Holding A/S
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Klagenævnet har den 5. september 2019 modtaget en klage fra VITRONIC - Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH ("VITRONIC").

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

Sund & Bælt Holding A/S (Sund & Bælt") har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 10 og svarskrift med bilag A - D.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Sund & Bælt ved at tildele en kontrakt til EFKON GmbH med det i EU-udbudsbekendtgørelse 2019/S 163-400595 beskrevne indhold har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, idet der er tale om en ændring af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, som alene kan gennemføres efter fornyet udbudsprocedure.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Sund & Bælts beslutning af 16. august 2019 om direkte tildeling af den ulovligt ændrede kontrakt til EFKON GmbH.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Sund & Bælts beslutning af 16. august 2019 om at foretage en ulovlig ændring af rammeaftalen "Acquisition, Implementation and Maintenance of ANPR Enforcement Systems", som blev tildelt 17. juni 2019.”

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse 2019/S 046-105049 af 1. marts 2019, der blev offentliggjort den 6. marts 2019, udbød Sund & Bælt som et begrænset udbud en rammeaftale om ”Acquisition, Implementation and Maintenance of ANPR [Automatic Number Plate Recognition] Enforcement Systems”.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår blandt andet følgende:

“II.1.4) Short description:

This tender procedure concerns the award of a Framework Agreement and contract for the acquisition, implementation and maintenance of ANPR Enforcement

Systems. The Framework Agreement will concern the acquisition of ANPR enforcement Systems, education/training and documentation as well as certain services related to support and maintenance of the system.

Under item II.2.4) the requested solution is further described, and the tender documents include a description of the project in further detail.

The Supplier’s deliverables under the Framework Agreement are to be delivered as 3 main types of deliveries:

- (i) “Deliverable A”,
- (ii) “Deliverable B” and

(iii) the Maintenance Contract(s).

In the Instructions to tenderers section 1.3) the 3 main types of deliveries are further described.

II.1.5) Estimated total value Value excluding VAT: 60 000 000.00 DKK

...

II.2.4) Description of the procurement:

Sund & Bælt will implement ANPR Enforcement Systems for different enforcement schemes, among others time-based road user charging for all foreign passenger cars and vans in Denmark, which is to be operational in 2020. Common for the schemes are enforcement using static (gantries/poles) with ANPR cameras together with classification equipment and mobile units (vehicles) with ANPR cameras. ANPR camera-data from the different control points is to be delivered by the ANPR Enforcement System platform to Sund & Bælt's existing centralized back-end system, which will handle VPR compliance checks, manual reviews and integration to Sund & Bælt's commercial back-office.

The objective is to do a tender for a Frame Agreement of four (4) years covering acquisition of technical solutions, implementation, commissioning and maintenance agreements for the various schemes, providing possibility for procurement of additional control points during the term of the Framework Agreement. Following schemes are foreseen:

Time-based Road User Charging scheme (RUC).

Automatic Number Plate Recognition (ANPR) systems including classification for highway free-flow operation supporting roadside vehicle identification, processing and delivery of vehicle passage records to the existing central back-end system.

Low Emission Zone scheme (LEZ).

Automatic Number Plate Recognition (ANPR) systems for low emission zone schemes in the urban area supporting roadside vehicle identification, processing and delivery of vehicle passage records to the existing central back-end system.

Mobile enforcement solutions to be used for mobile enforcement in both urban areas and on higher density roads like highways and main roads outside the city. The mobile enforcement solution is to be mounted on a vehicle roof and is capable of capturing data on surrounding and passing vehicles while moving or in a stationary position.

Road safety features incl. ANPR enforcement with focus on:

Section based speed-measuring system with the capability to measure the average speed over a specific road distance by identifying a vehicle on the section entrance and exit.

Weigh-in-motion system to control traffic loads allowing high-speed weight measurement of mainly heavy good vehicles and subsequent signalling to allow ultimately diversion from the highway.

The Framework Agreement will include support and maintenance contracts after the implementation, including on-site preventive and corrective maintenance of the roadside installations various places in Denmark.

The Supplier's deliverables under the Framework Agreement are to be delivered as 3 main types of deliveries:

- (i) "Deliverable A",
- (ii) "Deliverable B" and
- (iii) the Maintenance Contract(s).

Deliverable A consists of an ANPR Enforcement System to be used for the time-based road user charging for all foreign passenger cars and vans in Denmark.

When the Parties enter into the Framework Agreement the Parties also enter into the Maintenance Contract enclosed. The Maintenance Contract, inter alia, regulates the requirements to the Supplier's maintenance of the system, and also refers to the service level agreement which applies for the Maintenance Contract under its entire duration of five (5) years (or until termination of said contract).

Deliverable B consists of ANPR Enforcement Systems and/or additional ANPR control points/units which S&B intend to purchase for additional demand for ANPR Enforcement Systems and for other schemes and/or the Deliverable A ANPR Enforcement System.

When the Parties enter into an agreement for such deliverables, the Parties also enter into a separate Maintenance Contracts — five (5) years.

II.2.5) Award criteria

Criteria below

Quality criterion - Name: Functionality and performance / Weighting: 40

Quality criterion - Name: Reliability of delivery / Weighting: 30

Price - Weighting: 30

...

II.2.9) Information about the limits on the number of candidates to be invited

Envisaged number of candidates: 5

..."

I udbudsbetingelserne står der blandt andet følgende:

" 1.3 Introduction

...Deliverable A is a fixed delivery described in detail in Annex A.1 and identified in Annex K.2, and shall be delivered on the terms set out in the Framework Agreement.

The Parties signing of the Framework Agreement constitute the call-off for Deliverable A. Consequently, by entering into the Framework Agreement the call-off for Deliverable A are made automatically.”

Af Annex F Description of Framework Agreement setup fremgår blandt andet følgende:

“Deliverable A consists of an ANPR Enforcement System to be used for the time-based road user charging for all foreign passenger cars and vans in Denmark. Deliverable A is a fixed delivery described in detail in Annex A.1 and identified in Annex K.2, and shall be delivered on the terms set out in the Framework Agreement.

The Parties signing of the Framework Agreement constitute the call-off for Deliverable A. Consequently, by entering into the Framework Agreement the call-off for Deliverable A are made automatically.

When the Parties enter into the Framework Agreement the Parties also enter into the Maintenance Contract enclosed as Annex L.1 (maintenance for Deliverable A). The Maintenance Contract, inter alia, regulates the requirements to the Supplier’s maintenance of the system, and also refers to the service level agreement in Annex L.3 which applies for the Maintenance Contract under its entire duration of five years (or until termination of said contract).

Deliverable B consists of ANPR Enforcement Systems and/or additional ANPR control points/units which S&B intend to purchase for additional demand for ANPR Enforcement Systems and for other schemes and/or the Deliverable A ANPR Enforcement System. The function of the deliveries included in Deliverable B are specified in Annex A.1, and the Deliverable B deliverables are identified in Annex K.2 – Price sheet (price entries for Deliverable B). The deliverables under Deliverable B shall be delivered by the Supplier only as per S&B’s request (call-off) in a requisition by way of the requisition form enclosed as Annex P, and in accordance with the description and specification of the deliverables stated herein. Each requisition under the Framework Agreement shall constitute an agreement between the Parties. The Supplier is obligated to deliver the deliverables requested by S&B in each of S&B’s requisitions. S&B is not obligated to request/order a certain amount of deliverables under Deliverable B.

...”

I udbudsbetingelsernes Annex J.1 Requirements concerning Time Schedule and Milestones, punkt 2.1 Deliverable A – Specific delivery process hedder det:

“...The time-based road user charging scheme must be in operation on 1st of January 2020, which means that foreign passenger cars and vans from this date will be enforced when driving in Denmark...”

Inden for fristen den 2. april 2019 for ansøgning om deltagelse i udbuddet modtog Sund & Bælt 12 anmodninger om prækvalifikation, hvoraf fem ansøgere, herunder VITRONIC OG EFKON GmbH, blev udvalgt til at afgive tilbud.

Sund & Bælt modtog inden for tilbudsfristen den 14. maj 2019 tilbud fra alle de prækvalificerede ansøgere.

Ved brev af 17. juni 2019 til VITRONIC meddelte Sund & Bælt, at virksomhedens tilbud blev afvist som ukonditionsmæssigt, da VITRONIC ikke levede op til et mindstekrav i kravspecifikationen.

Sund & Bælts afvisning af VITRONICs tilbud er en del af en anden klagesag vedrørende samme udbud (j.nr. 19/05255).

Sund & Bælt besluttede den 17. juni 2019 at tildele rammeaftalen til EFKON GmbH.

Den 26. august 2019 offentliggjorde Sund & Bælt i henhold til klagenævnslovens § 4 profylaksebekendtgørelse nr. 2019/S 163-400595, hvoraf blandt andet fremgår:

”II.2.4) Description of the procurement:

...

For reasons Sund and Bælt could not have foreseen, such as political reasons and a decision from the European Court of Justice, Sund and Bælt have decided to postpone some of the deliverables under Deliverable A....

The first ANPR Enforcement scheme that S&B will put in operation is the LEZ system rather than the RUC system. Therefore the call off of deliverable A as per this Variation Order constitutes the central part of the ANPR enforcement system and needed preparation for scheme common features, including maintenance hereof.

With the variation order of the contract 8 road user charging installation points shall be postponed. However, the main part of Del. A is to be delivered in accordance with the procured and agreed time schedule. Furthermore, the postponement will not affect the amount or scope of the contract.

...

IV.1.1) Type of procedure

...

The postponement of some of the deliveries under Deliverable A does not affect scope of the contract. The contract concluded will be carried out in full compliance with the Danish Public Procurement Act. Consequently, there will be no fundamental changes to the contract concluded...

IV.2.1) Previous publication concerning this procedure

Notice number in the OJ S: 2019/S 046-105049

...

V.2.1) Date of contract award decision:

16/08/2019

..."

I Variation Order no. 1 af 30. august 2019 hedder det blandt andet:

"In accordance with the Framework Agreement, clause 4, Sund & Bælt Holding A/S ("S&B") hereby issues the following variation to the Framework Agreement:

1. Variation in regards to Deliverable A

...

1.2 Postponement and splitting of Deliverable A:

The delivery of the following parts of Deliverable A shall be postponed until such time (within the Framework Agreement period, cf. clause 4.7 of the Framework Agreement document) that S&B decides delivery for these parts shall take place:

All eight (8) Road User Charging installation points ("RUC points")

...

The postponement of Deliverable A-2 will not affect the amount or scope of the contract.

...

1.3.1. Effect in regards to Framework Agreement price 1

The variation will not have any effect on any prices under the Framework Agreement, and therefore also no effect on, inter alia, the price for the (postponed) RUC points part of Deliverable A (Deliverable A-2) or the price for Deliverable A-1.

The separate price for Deliverable A-1 and Deliverable A-2 (which together form the Framework Agreement Price 1) are described in appendix 1 to this variation order.

For the sake of clarity, it shall be noted that both payment for Deliverable A-1 and Deliverable A-2 shall follow the payment schedule set out in Annex K.1.

...

1.4 Effect on time schedule, Milestones and penalty:

Time schedule and milestones:

The variation shall not effect the time schedule and Milestones set out in Annex J.1 in regards to Deliverable A-1. As a consequence of the variation, Deliverable A-1 shall follow the time schedule and milestones in appendix 2 to this variation order and will thus in this regard replace Annex J.2 (The Supplier's overall time schedule and milestones).

Deliverable A-2 shall be delivered within and using the same time intervals as (originally) stated/intended assuming is not being executed during a winter period, i.e. November to February (both months included) for delivery of the eight RUC points in Annex J.2 (The Supplier's overall time schedule and milestones).

...”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

VITRONIC har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Sund & Bælt har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har VITRONIC gjort gældende, at ændringen af den tildelte kontrakt udgør en væsentlig ændring af grundlæggende elementer i den rammeaftale, som Sund & Bælt har udbudt og tildelt til EF-KON GmbH under EU-udbuddet 2019/S 046-105049.

Det er i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, når Sund & Bælt uden fornyet udbud foretager ændringer af grundlæggende elementer i en tildelt, men endnu ikke indgået kontrakt. Det må betragtes som en ulovlig direkte tildeling af den ændrede kontrakt.

Ændringen er ligeledes i strid med principperne om ændring af allerede indgåede kontrakter, herunder udbudslovens § 178, idet der er tale om ændringer, som er foretaget på et tidspunkt, hvor alene den udvalgte tilbudsgiver har haft mulighed for at forholde sig hertil. Sådanne ændringer kan kun foretages efter gennemførelse af en ny udbudsprocedure.

Ved ændringen i kontrakten blev der tale om et system til indhentning af informationer om busser, lastbiler og varevogne i miljøzoner i byer, med en – måske senere – tilføjelse af road pricing indkøb, hvor der tillige skal registreres personbiler og motorcykler. Dermed ”vendes” kontrakten reelt om, og dette udgør en væsentlig ændring af et helt grundlæggende element, hvilket støttes af den oprindelige opdeling i A og B, hvor A skulle danne grundlag for et supplement i form af B.

Ændringen af den korte tidsfrist, der var et krav til Deliverable A, der skulle være implementeret inden 1. januar 2020, og som nu ikke længere er aktuel, udgør ligeledes et væsentligt grundlæggende element. En så kort tidshorisont til implementering af et system kræver, at tilbudsgiverne allokerer meget væsentlige ressourcer og langt flere, end når tidshorisonten er mere ”normal” (længere). Den korte tidshorisont medførte, at den planlagte produktion af Deliverable A skete på bekostning af andre projekter, og den krævede udvidelse af produktionskapaciteten for at nå den korte frist; yderligere opnormering af mandskab i forhold til forberedelse af installationer ”on site”, forberedelse til strømforsyning og strømtilslutning samt dataforbindelser. Disse forskellige hold af teknikere blev endvidere nødt til at arbejde parallelt for at nå tidsfristen, med de problemer et sådant parallelt for-

løb skaber i forhold til overlap, manglende plads, test og aflevering teams'ne imellem. Da hovedparten af Deliverable A er udsat på ubestemt tid, medfører det en væsentlig ændring af et grundlæggende element, der ville have medført en anden kalkulation af hele tilbuddet.

Den offentliggjorte forventede ændring af rammeaftalen kan ikke lade sig gøre, uden at der foretages væsentlige ændringer af rammeaftalens grundlag. Tilbudsgiverne opstillede i forbindelse med deres tilbud en "project plan" til implementering af Deliverable A indenfor den korte tidsfrist og derefter levering og implementering af Deliverable B. Det følger af profylaksebekendtgørelsen, at Deliverable B nu skal leveres først og derefter Deliverable A. Denne ændring medfører ligeledes i sig selv en væsentlig ændring af et grundlæggende element, der ville have medført en anden kalkulation af hele tilbuddet.

Hvis det oprindelige udbud havde haft en implementeringsfrist, som der nu lægges op til i profylaksebekendtgørelsen, havde tilbudsprisen været væsentligt lavere, da der ikke ville have været behov for udvidelse af produktion, allokering af ekstra mandskabsressourcer, mv. Der er ikke tale om en ændring, som har været forudsat i udbudsmaterialet i præcise og entydige klausuler, og ændringen har karakter af ændring af rammeaftalens overordnede karakter, hvorfor det ikke har relevans at vurdere, om der er tale om en ændring, hvor værdien af ændringerne er lavere end 1) tærskelværdierne i udbudslovens § 6 og 2) 10 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt, jf. udbudslovens § 180.

Allerede fordi Sund & Bælt vælger at offentliggøre en profylaksebekendtgørelse, må det lægges til grund, at Sund & Bælt godt er klar over, at der er tale om en væsentlig ændring. Ellers ville der ikke være behov for offentliggørelsen. Det kan ikke lade sig gøre at udskyde en del af leverancen uden at foretage væsentlige ændringer i rammeaftalen.

En udskydelse uden en deadline er i sig selv en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet, da udskydelsen jo i realiteten også kan udgøre en annullation af en del af kontrakten, jf. principperne i EU-Domstolens dom C-549/14 (Finn Frogne). I den forbindelse ville det være oplagt at antage, at udskydelsen uden en deadline, er et første skridt imod en aflysning i strid med udbudslovens § 178. Såfremt der går tilstrækkeligt lang tid, er det jo

muligt, at der ikke er nogen, der vil opdage, at kontrakten er blevet ændret så væsentligt.

I den forbindelse er det værd at bemærke, at udbuddet af det system, der skal indsamle betalingen fra køretøjerne, er blevet aflyst, jf. EU-udbudsbekendtgørelse 2019/S 124 –303738, og endnu ikke er genudbudt. Alt tyder således på, at hvis den danske model mod forventning skulle få lov til at kunne blive implementeret, vil det ske senere, og der vil skulle afholdes et nyt udbud for et indsamlingssystem, hvilket på det tidspunkt kan indebære en helt anden model for opkrævning, end den model, som EU-Domstolen har fundet ulovlig. Dette vil medføre, at Deliverable A skal annulleres i strid med udbudslovens § 178.

Særligt vedrørende påstand 1 har Sund & Bælt gjort gældende, at ændringen af rammeaftalen, som følger af Sund & Bælts ”Variation Order”, har en sådan karakter, at den lovligt kunne gennemføres, uden at Sund & Bælt var forpligtet til at gennemføre et nyt udbud.

Lovligheden af ændringerne skal vurderes ud fra de principper, der følger af udbudslovens regler om ændring af kontrakter, jf. udbudslovens §§ 178-184, selv om der er tale om ændringer, der foretages inden der formelt indgås rammeaftale på baggrund af udbuddet, jf. blandt andet Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. december 2014, GEO mod Vejdirektoratet.

Baggrunden for, at Sund & Bælt har behov for at udsætte de leverancer, som ellers skulle have været effektueret samtidig med indgåelsen af rammeaftalen, er, at der fra statslig side har været behov for at afdække konsekvenserne af en nyligt afsagt dom fra EU-Domstolen, C-591/17, Østrig mod Tyskland, der vedrører en planlagt tysk ordning for opkrævning af vejafgifter.

Sund & Bælt har ud fra forsigtighedshensyn valgt at offentliggøre en profylaksebekendtgørelse, inden Sund & Bælt indgår en bindende rammeaftale med EFKON GmbH.

Offentliggørelsen af profylaksebekendtgørelsen er ikke udtryk for, at Sund & Bælt betvivler lovligheden af ændringerne af det oprindelige udbudsgrundlag, men skal ses i lyset af den verserende klagesag mellem VITRONIC og Sund & Bælt og dermed også det faktum, at VITRONIC allerede én

gang har valgt at klage til Klagenævnet for Udbud over Sund & Bælts dispositioner i forbindelse med udbuddet.

Den fastlagte ændring af rammeaftalen kan rummes inden for den bagatelgrænse, der er fastlagt i udbudslovens § 180. Ændringen består reelt alene af, at en mindre del af den leverance, som det var fastlagt, at leverandøren skulle levere umiddelbart efter indgåelsen af rammeaftalen (fysiske portaler til periodebaserede vejafgifter), udsættes, således at denne del af leverancen først effektueres, når Sund & Bælt senere foretager bestilling.

Der ændres ikke ved omfanget af de ydelser, der er omfattet af rammeaftalen, og dermed heller ikke værdien af de ydelser, som EFKON GmbH skal udføre. De priser, som EFKON GmbH afgav ved udbuddet, er uændrede og upåvirkede af udsættelsen med leveringen af fysiske portaler til periodebaserede vejafgifter. Værdien af ændringen af rammeaftalen kan derfor ansættes til 0 kr.

Det støttes eksplicit af ”Variation Order”, at der ikke sker nogen ændring af omfanget og værdien af rammeaftalen.

Det bestrides, at ændringen ændrer ved rammeaftalens ”overordnede karakter”, jf. betingelsen i udbudslovens § 180, stk. 3.

Det følger af lovforarbejdernes specielle bemærkninger til udbudslovens § 179 – der indeholder en betingelse svarende til den i § 180, stk. 3 – at der i forhold til den ”overordnede karakter” menes, ”at ændringen ikke må medføre, at kontrakten henvender sig til et helt andet marked i forhold til den oprindelige udbudsprocedure.”

Den ændring, som følger af ”Variation Order”, indebærer på ingen måde, at rammeaftalen nu henvender sig til et andet marked i forhold til den oprindelige udbudsprocedure.

Den materielle ændring af rammeaftalen, der består i, at en mindre del af ydelserne udsættes, men i princippet kan effektueres på ethvert tidspunkt af Sund & Bælt, kan ikke anses for at have betydning for markedets interesse i rammeaftalen. Der er i hvert fald ikke tale om, at den justerede rammeaftale ”henvender sig til et helt andet marked.”

Der kan i den forbindelse henvises til Klagenævnets kendelse af 12. april 2016, Joint Venture Salini-Impregilo-Samsung-Bunte mod Femern A/S, hvor klagenævnet ikke fandt det sandsynliggjort, at der var andre aktører, der ville have haft interesse i at deltage i det pågældende udbud, hvis nogle forlængede kontraktperioder havde været fastlagt allerede i forbindelse med udbuddet.

VITRONIC har ikke sandsynliggjort, at der skulle have været andre aktører, der ville have deltaget i udbuddet, hvis ændringen, som den følger af ”Variation Order”, havde været fastlagt allerede ved udbuddets gennemførelse. Der er som anført ikke tale om, at ydelserne er udgået af udbuddet, eller først skal udføres på et på forhånd fastlagt senere tidspunkt. Sund & Bælt kan til hver en tid beslutte at effektuere bestillingen af de ydelser (fysiske portaler til periodebaserede vejafgifter), som er blevet udsat. Dermed kan ændringen på ingen måde anses for at have påvirket feltet af relevante tilbudsgivere.

Ændringen af rammeaftalen ligger derfor inden for rammerne af bagatelgrænsereglen i udbudslovens § 180, og ændringen vil dermed kunne gennemføres uden fornyet udbud.

Ved vurderingen heraf må det også tillægges betydning, at behovet for ændringen er opstået som følge af forhold, som Sund & Bælt ikke kunne forudse ved udbuddets gennemførelse, og at der ikke foretages nogen former for ændringer af udbuddets kravspecifikation.

Såfremt klagenævnet måtte finde, at ændringen ikke kan foretages i henhold til principperne i udbudslovens § 180, har Sund & Bælt gjort gældende, at ændringen ikke kan anses for at udgøre en ændring af grundlæggende elementer i den udbudte rammeaftale, jf. udbudslovens § 178, da der er tale om en ændring, der ikke ændrer omfanget af eller priserne i den udbudte rammeaftale, samt da der endvidere ikke er tale om en ændring, der på nogen måde kan anses for at have påvirket konkurrencesituationen ved udbuddet.

Ændringen, som består i, at visse ydelser under ”Deliverable A” udsættes, men fortsat til hver en tid kan effektueres, kan som anført ikke anses for at have påvirket feltet af ansøgere, der søgte om prækvalifikation ved udbuddet. Rammeaftalen har et sådant omfang og en sådan karakter, at det må

forventes, at alle leverandører, der kunne have interesse i rammeaftalen, valgte at søge om prækvalifikation ved udbuddet. Desuden afgav alle prækvalificerede tilbud ved udbuddet.

Ændringen kan heller ikke anses at have påvirket selve konkurrencen ved udbuddet – og i hvert fald slet ikke i forhold til VITRONIC, hvis tilbud blev erklæret ukonditionsmæssigt ved udbuddet. Udsættelsen af visse ydelser under ”Deliverable A” indebærer ingen ændringer i de priser, som EFKON GmbH tilbød ved udbuddet. Der er derfor ikke tale om, at ændringerne har nødvendiggjort en forhandling af priser og dermed en risiko for forrykkelse af konkurrencegrundlaget ved udbuddet.

Det beror på en misforståelse af aftalegrundlaget, når VITRONIC gør gældende, at rammeaftalen bliver ”vendt om”, således at ”Deliverable B” bliver ”hovedkontrakten” og ”Deliverable A” alene bliver et ”supplement”. Uanset ændringen vil Sund & Bælt fortsat effektuere den væsentligste del af ”Deliverable A” i forbindelse med indgåelsen af rammeaftalen. Dertil kommer, at Sund & Bælt – i fuld overensstemmelse med udbudsgrundlaget – vælger at foretage et træk på rammeaftalen for så vidt angår miljøzoneordningen, som er en del af ”Deliverable B”.

Det beror ligeledes på en misforståelse hos VITRONIC, når det gøres gældende, at den tidsfrist på 6 måneder, som var fastsat i udbudsgrundlaget til implementeringen af ”Deliverable A”, ikke længere er relevant. Udsættelsen af den del af ”Deliverable A”, der vedrører leveringen af fysiske portaler til periodebaserede vejafgifter, påvirker således ikke fristen for implementeringen af den øvrige del af ”Deliverable A”, jf. punkt. 1.4 i ”Variation Order”.

Sund & Bælt har desuden i forbindelse med udformningen af ”Variation Order” sikret sig, at EFKON GmbH ikke opnår en tidsmæssig fordel på det tidspunkt, hvor Sund & Bælt vælger at effektuere bestillingen af den resterende del af ”Deliverable A”, jf. punkt 1.4 i ”Variation Order”.

Der sker således blot en parallelforskydning af de frister, der oprindeligt var fastlagt i udbudsmaterialet, og EFKON GmbH opnår dermed ingen tidsmæssig fordel som følge af udsættelsen af dele af ”Deliverable A”.

For så vidt angår det faktum, at EFKON GmbH ikke skal levere og installere de 8 portaler til periodebaserede vejafgifter her og nu, skal det fremhæves, at EFKON GmbH vil blive sat under et mindst ligeså stort tidspres som oprindeligt forudsat som følge af det træk på rammeaftalen, som Sund & Bælt foretager her og nu i forhold til ”Deliverable B” med henblik på etablering af miljøzoneordningen.

Sund & Bælt kan på ethvert tidspunkt, når der opnås endelig klarhed over udformningen af ordningen med periodebaserede vejafgifter, effektuere bestillingen af de udsatte ydelser under ”Deliverable A”. Det behov for udvidelse af produktion, allokering af ekstra mandskabsressourcer, som VITRONIC har gjort gældende, at tilbudsafgivningen har nødvendiggjort som følge af de fastsatte tidsfrister, vil således under alle omstændigheder være relevante. Det skal i den forbindelse bemærkes, at der under alle omstændigheder har været et ”usikkerhedsmoment” forbundet med tidspunktet for leveringen af ydelserne under rammeaftalen, da det ikke har været fastlagt i udbudsgrundlaget, hvornår Sund & Bælt ville effektuere ydelserne omfattet af ”Deliverable B”.

Ændringen af rammeaftalen medfører ikke, at rammeaftalens økonomiske balance ændres til fordel for EFKON GmbH. Det fremgår tydeligt af ”Variation Order”, at ændringen ikke påvirker de priser, som EFKON GmbH har tilbudt ved udbuddet. EFKON GmbH vil i sagens natur alene opnå betaling for de ydelser omfattet af ”Deliverable A”, der effektueres af Sund & Bælt. Betaling for leveringen af de udsatte fysiske portaler til periodebaserede vejafgifter vil i henhold til ”Variation Order” først ske, når denne del af leverancen effektueres af Sund & Bælt.

Da alle tidsfrister ved udbuddet samtidig fastholdes eller parallelforskydes som følge af udsættelsen, opnår EFKON GmbH ikke nogen økonomisk fordel i den henseende. Ændringen medfører heller ikke nogen form for udvidelse af rammeaftalens anvendelsesområde, da der alene er tale om, at effektueringen af en mindre del af rammeaftalen udsættes.

Behovet for den ændring af rammeaftalen, som Sund & Bælt er nødsaget til at foretage, er som anført opstået som følge af udefrakommende faktorer (EU-Domstolens dom i sag C-591/17), som Sund & Bælt ikke kunne forudse ved udbuddets igangsættelse.

Ændringen indebærer på ingen måde nogen begunstiging af vinderen af udbuddet, EFKON GmbH, men er alene en nødvendig praktisk foranstaltning for at sikre, at rammeaftalen – der har været underlagt en omkostnings- og kompleks udbudsproces – fortsat kan realiseres, selv om det er nødvendigt at udsætte leveringen af en mindre del af ydelserne.

VITRONICs synspunkt om, at udskydelsen af en del af ”Deliverable A” i realiteten kan udgøre en annullation af en del af rammeaftalen, bestrides, da der alene er tale om, at en mindre del af ”Deliverable A” udsættes. Det er på nuværende tidspunkt den helt klare forventning, at ordningen med periodebaserede vejafgifter vil blive realiseret. Der er blot tale om, at den endelige udformning afventer den nødvendige analyse af EU-Domstolens dom i sag C-591/17.

For så vidt angår VITRONICs oplysninger om, at det gennemførte parallelle udbud af system til opkrævning af afgifter fra køretøjer er aflyst, skal det bemærkes, at aflysningen af udbuddet alene var begrundet i, at der kun blev afgivet ukonditionsræssige tilbud ved udbuddet. Sund & Bælt valgte efterfølgende at overgå til udbud med forhandling uden forudgående udbudsbe- kendtgørelse i henhold til udbudslovens § 61, stk. 4, og den 2. september 2019 har Sund & Bælt anmodet den forventede vindende tilbudsgiver om dokumentation for ikke at være omfattet af de relevante udelukkelsesgrunde i udbudsloven. Kontraktunderskrivelse forventes at ske inden udgangen af september i år. Det pågældende udbud er således ikke stillet i bero, og leverancerne omfattet af den udbudte kontrakt vil indgå både i ordningen med periodebaserede vejafgifter og i miljøzoneordningen.

Særligt vedrørende påstand 2 har VITRONIC gjort gældende, at klagenevnet som følge af det under påstand 1 anførte skal annullere Sund & Bælt's beslutning af 16. august 2019 om at tildele den ændrede kontrakt til EFKON GmbH, da der er tale om en ændring af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, som i sig selv er ulovligt, og som de øvrige bydende desuden ikke har haft mulighed for at byde på, idet ændringen først er foretaget efter tildelingen af rammeaftalen med de underliggende kontrakter.

Den ændrede kontrakt kan ikke tildeles uden fornyet udbud, hvorfor der er tale om en ulovlig direkte tildeling af kontrakt til EFKON GmbH.

Særligt vedrørende påstand 2 har Sund & Bælt gjort gældende, at der under henvisning til det i relation til påstand 1 anførte ikke er grundlag for at annullere Sund & Bælts tildelingsbeslutning i relation til den oprindeligt udbudte rammeaftale med de ændringer, der følger af ”Variation Order”.

Særligt vedrørende påstand 3 har VITRONIC gjort gældende, at klagenævnet som følge af det under påstand 2 anførte skal annullere Sund & Bælts beslutning af 16. august 2019 om at foretage en ulovlig ændring af en allerede tildelt kontrakt i strid med principperne i udbudslovens § 2 og § 178 ff. Der er tale om en ændring af grundlæggende elementer i en allerede tildelt kontrakt, som i lyset af, at de øvrige deltagere ikke har haft adgang til at forholde sig til ændringerne også kan anskues efter principperne om ændringer i allerede indgåede kontrakter.

Med henvisning til det under påstand 1 anførte ændrer dette dog ikke på, at den foretagne beslutning er ulovlig, men den vil i så fald være ulovlig med henvisning til ikke kun udbudslovens § 2, men tillige principperne i § 178 ff. om ændringer i indgåede kontrakter, hvorfor der er nedlagt selvstændig påstand herom.

Særligt vedrørende påstand 3 har Sund & Bælt gjort gældende, at der under henvisning til det i relation til påstand 1 anførte ikke er grundlag for at annullere Sund & Bælts tildelingsbeslutning i relation til den oprindeligt udbudte rammeaftale med de ændringer, der følger af ”Variation Order”.

Sund & Bælt er umiddelbart uforstående over for VITRONICs behov for påstand 3 set i lyset af påstand 2.

Ad uopsættelighed

VITRONIC har under henvisning til EU-Domstolens kendelse af 23. april 2015 i sag C-35/15 P (R), Kommissionen mod Vanbreda Risk & Benefits gjort gældende, at den overtrædelse, der nærmere er redegjort for ovenfor under påstand 1, er af så særlig alvorlig karakter, da den indebærer en kontrakttildeling uden afholdelse af et udbud, at betingelsen om uopsættelighed i denne sag allerede på den baggrund er opfyldt.

Sund & Bælt har gjort gældende, at der ikke foreligger en så alvorlig overtrædelse af udbudsreglerne, at der er grundlag for at lempe kravene i relation til uopsættelighedskriteriet.

Sund & Bælt har ubestridt gennemført et udbud af rammeaftalen om ”ANPR Enforcement Systems”. At Sund & Bælt herefter som følge af udefrakommende faktorer har haft behov for at ændre et element i den udbudte rammeaftale – uden at det har påvirket omfanget og prissætningen af de ydelser, der er omfattet af rammeaftalen – kan på ingen måde betragtes som en alvorlig overtrædelse af udbudsreglerne.

VITRONIC, der deltog ved det gennemførte udbud, men fik afvist sit tilbud som ukonditionsmæssigt, har i øvrigt ikke gjort gældende eller fremlagt dokumentation for, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Ad interesseafvejning

VITRONIC har gjort gældende, at virksomheden på grund af overtrædelsen af udbudslovens § 2 eller § 178 har en væsentlig interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, således at Sund & Bælt ikke fortsætter sin kontraktændring, førend klagenævnet har taget endelig stilling til klagen.

Det er Sund & Bælts ansvar at påse, at de udbudsretlige regler og principper iagttages i forbindelse med, at der foretages anskaffelser af udbudspligtige ydelser. Da Sund & Bælt selv har været usikre på, om ændringen er lovlig – ellers havde Sund & Bælt ikke lavet offentliggørelsen – taler dette også for, at Sund & Bælts interesser ikke overstiger VITRONICs interesser.

Sund & Bælt er også den, som er nærmest til at bære risikoen for, at den påtænkte ændring sker i overensstemmelse med udbudslovens regler, idet tilbudsgiverne kun i ganske begrænset omfang har mulighed for at påvirke processen. Det kan ikke antages at have reelle skadevirkninger for Sund & Bælt, såfremt selskabet måtte afvente en endelig afgørelse fra klagenævnet, særligt henset til den seneste praksis fra EU-Domstolen, der betvivler lovligheden af medlemsstaters road pricing ordninger, der kun gælder køretøjer fra andre medlemsstater, som den danske model lægger op til. Rækkevidden af denne dom skal selvsagt afklares, inden køb på den udbudte rammeaftale kan ske, hvorfor Sund & Bælts interesse i at få ændret kontrakten ikke kan overstige VITRONICs interesser.

Den påtænkte ændring af kontrakten ses ikke at involvere sådanne samfundsværdier, at klagen af den grund ikke kan tillægges opsættende virkning.

Sund & Bælt har gjort gældende, at hensynet til, at Sund & Bælt på et lovligt udbudsretligt grundlag kan indgå rammeaftale med EFKON GmbH må anses for at veje tungere end VITRONICs interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning.

Sund & Bælt har et tungtvejende behov for at kunne indgå den udbudte og tilpassede rammeaftale med henblik på, at Sund & Bælt kan implementere miljøzoneordningen, inden ordningen træder formelt i kraft 1. juli 2020, jf. lov nr. 590 af 13. maj 2019 (Lov om ændring af lov om miljøbeskyttelse).

Der kan ikke i den konkrete situation være et særligt hensyn at tage til VITRONIC, hvis tilbud ved det gennemførte udbud blev erklæret ukonditionsmæssigt.

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

Sagen rejser det spørgsmål, om Sund & Bælt har været berettiget til at foretage ændring i forhold til rammeaftalen, der oprindeligt blev udbudt og efterfølgende tildelt EFKON GmbH den 17. juni 2019, forinden kontrakten blev underskrevet.

Sund & Bælt har principalt gjort gældende, at ændringen i kontrakten kan rummes inden for principperne i udbudslovens § 180.

Ændringen blev som anført foretaget inden indgåelse af rammeaftalen. På den baggrund finder reglerne om ændring af kontrakter m.v. i udbudslovens §§ 178-184 ikke anvendelse. Disse bestemmelser tager således sigte på den særlige situation, hvor spørgsmålet er, om ordregiveren er forpligtet til at foretage genudbud med den virkning, at et bestående kontraktforhold helt eller delvist skal ophæves, og de kan ikke udstrækkes til at finde anvendelse i et tilfælde, som det foreliggende, hvor klagen er indgivet i standstill-perioden, inden kontrakten er indgået.

Spørgsmålet er herefter, i overensstemmelse med den nedlagte påstand, om ændringen har karakter af ændring af et grundlæggende element i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, idet ordregiveren, som anført i de specielle bemærkninger til bestemmelsen

(lovforslag L19 af 7. oktober 2015) ”ikke kan foretage ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet i løbet af en udbudsproces”. Sådanne ændringer kan dermed kun gennemføres efter en fornyet udbudsprocedure.

Det fremgår af udbudslovens § 24, nr. 37, at der ved ”ændring af grundlæggende element” skal forstås:

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

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

”Med bestemmelsens nr. 37 defineres begrebet »ændring af grundlæggende elementer« som en ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere. En ændring kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i udbudsproceduren, hvis den ville have givet andre ansøgere end de oprindelige udvalgte mulighed for at deltage, eller ville have tiltrukket yderligere deltagere til udbudsproceduren, f.eks. hvis ændringen bevirker, at en kontrakts karakter er væsentlig forskellig fra den, der oprindeligt blev fastlagt i udbudsmaterialet. En ændring fordrejer f.eks. konkurrencen, hvis den er en følge af, at ordregiver udnytter sin viden om de indkomne tilbud og ansøgninger til at give visse ansøgere eller tilbudsgivere en fordel, som ikke er sagligt begrundet.”

Ændringen af rammeaftalen fremgik af den profylaksebekendtgørelse, som Sund & Bælt offentliggjorde den 26. august 2019. Det hedder heri:

”II.2.4) Description of the procurement:

...

For reasons Sund and Bælt could not have foreseen, such as political reasons and a decision from the European Court of Justice, Sund and Bælt have decided to postpone some of the deliverables under Deliverable A....

The first ANPR Enforcement scheme that S&B will put in operation is the LEZ system rather than the RUC system. Therefore the call off of deliverable A as per this Variation Order constitutes the central part of

the ANPR enforcement system and needed preparation for scheme common features, including maintenance hereof.

With the variation order of the contract 8 road user charging installation points shall be postponed....”

Ved ændringen blev det således besluttet, at en del af den leverance, som leverandøren efter udbudsbetingelserne skulle levere umiddelbart efter indgåelsen af rammeaftalen (fysiske portaler til periodebaserede vejafgifter), blev udsat på ubestemt tid, således at denne del af leverancen først bliver effektueret, når Sund & Bælt senere måtte beslutte at bestille denne leverance.

Der skete dermed en forlængelse af leveringstiden for ikke uvæsentlige dele af ”Deliverable A”. På det foreliggende grundlag må det antages, at denne ændring, hvis den havde foreligget på tidspunktet for udbuddet, var egnet til at have haft betydning for potentielle tilbudsgiveres vurdering af, om de ønskede at deltage i udbuddet, men som ikke havde mulighed for at levere denne del inden for de fastsatte tidsrammer. Det må endvidere antages, at ændringen kunne have haft betydning for udformningen af tilbuddene.

Bevisbyrden for, at der på trods af det anførte ikke var tale om ændring af et grundlæggende element, må herefter påhvile Sund & Bælt.

Klagenævnet finder, at Sund & Bælt på det grundlag, der foreløbigt foreligger, ikke har løftet denne bevisbyrde.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Ad påstand 2 og 3

Under henvisning til det under påstand 1 anførte, er der på det foreløbigt foreliggende grundlag udsigt til, at påstandene vil blive taget til følge, da Sund & Bælt ikke kunne foretage ændringen uden en ny udbudsprocedure, og tildelingen derfor reelt svarer til en direkte tildeling. Betingelsen om, at klagen skal have noget på sig er derfor opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at denne betingelse er opfyldt i en sag som den foreliggende, hvor tildelingen reelt svarer til en direkte tildeling af en kontrakt, jf. ovenfor.

Vedrørende betingelse nr. 3 (*interesseafvejning*) er der som anført efter klagenævnets foreløbige vurdering udsigt til, at klagen vil blive taget til følge med hensyn til den påståede overtrædelse, der har haft konkurrencebegrænsende virkning. Det samme gælder påstandene om annulation. Klagenævnet har efter en afvejning af parternes modstående interesser fundet, at VITRONICs interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning under disse omstændigheder, vejer tungere end hensynet til Sund & Bælts interesse.

Klagenævnet finder på den baggrund, at klagen skal tillægges opsættende virkning.

Betingelserne for opsættende virkning er herefter opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor klagen opsættende virkning.

Afgørelsen om opsættende virkning betyder, at Sund & Bælt ikke må underskrive kontrakt.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges opsættende virkning.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig