

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

K E N D E L S E

VR FleetCare Ltd
(advokat Kristine Stage Mikkelsen, København)

mod

Metroselskabet I/S
(advokat Ilka Bödewadt Lauritzen, København)

Klagenævnet har den 19. december 2022 modtaget en klage fra VR FleetCare Ltd.

VR FleetCare Ltd har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Metroselskabet I/S 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 – 6 med to eftersendte bilag, svarskrift med bilag A – F, replik og duplik.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Metroselskabet har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at tildele kontrakt vedr. ”Midlife fleet overhaul” til Alstom på trods af, at Alstoms tilbud indeholdt forbehold for forhold, herunder for forhold der indgik i evalueringen af tilbuddene, og dermed var ukonditionsmæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Metroselskabets beslutning om at tildele kontrakten til Alstom, jf. § 13, stk. 1, nr. 2 i lov om Klagenævnet for Udbud.”

Metroselskabet I/S har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 013-030575 af 14. januar 2022, offentliggjort den 19. januar 2022, udbød Metroselskabet I/S som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en kontrakt om Midlife Fleet Overhaul af Metroselskabets 34 metrotog med det formål at forlænge togenes levetid. Kontrakten har ifølge udbudsbekendtgørelsen en estimeret værdi på 30 mio. euro. Af udbudsbekendtgørelsens punkt IV.2.6) fremgår, at tilbudsgiverne skulle vedstå deres tilbud i 12 måneder efter tilbudsafgivelsen.

Ved udløb af fristen for indlevering af de endelige tilbud havde Metroselskabet modtaget tilbud fra fem tilbudsgivere, herunder fra VR FleetCare Ltd (FleetCare) og Alstom Transport Danmark (Alstom). Metroselskabet vurderede, at alle de modtagne tilbud var konditionsmæssige.

Af udbudsbetingelserne fremgår, at kontrakten ville blive tildelt den tilbudsgiver, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud ved anvendelse af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet og med underkriterierne pris (vægt 40 %) og kvalitet (vægt 60 %).

Tildelingskriteriet, underkriterier og delkriterier var beskrevet i udbudsmaterialets ”Appendix B Tender attachments”. Evalueringsmodellen var opdelt i “General evaluation factors and principles” og “Specific evaluation factors and principles”. Som en del af den kvalitative evaluering var en række ”Specific evaluation factors and principles” angivet som værende af ”particular

importance” for Metroselskabet, blandt andet den tekniske løsning for ”Communication System” og ”Fire detection system”.

Herom fremgik følgende i ”Appendix B Tender attachments”:

	Sub-criteria	Specific assesment factors	Evaluation
ID	Communication system		Award criteria TS and C
2.54	The PSIS On-Board System (OBS) consisting of the Closed-Circuit Television System (CCTV), the on-Board Network, the Passenger Information Displays (PID), the Emergency Call Points (ECP) and the Public Announcement (PA) is to be replaced with a new one due to obsolete components in the system.	<ul style="list-style-type: none"> The Supplier’s proposal for the design solutions for the PSIS On-Board System based on the design from the new 8 trains. Personal with skills in installation and test of PSIS On-Board Systems. 	<ul style="list-style-type: none"> It will be weighted positive with a preliminary description of a solution for the PSIS On-board system that meets the requirements specified specifically for this project and who demonstrates the Suppliers ability to design a PSIS On-Board System.

Vedrørende evalueringen af Fire detection system fremgik på samme måde følgende af ”Appendix B Tender attachments”:

ID	Fire Detection		Award criteria TS and C
2.52	The fire detection system to be replaced due to obsolescence.	<ul style="list-style-type: none"> The Supplier’s proposal for the design solutions for the fire detection system. Personal with skills in installation and test of fire detection systems. 	<ul style="list-style-type: none"> It will be weighted positive with a preliminary description of a solution for the fire detection system that meets the requirements specified specifically for this project and who demonstrates the Suppliers ability to design a fire detection system.

Det ville således blive tillagt positiv vægt i den kvalitative evaluering, at tilbudsgiveren opfylder de tekniske krav til PSIS On-Board System og til Fire detection system.

Den samlede evaluering af tilbuddene i relation til underkriteriet pris viste følgende:

FleetCare Ltd	Alstom Transport Danmark
EURO 44.511.023,18	EURO 38.289.298,50

Metroselskabet underrettede den 30. november 2022 tilbudsgiverne om resultatet af tilbudsevalueringen, hvorefter tilbuddet fra Alstom var det økonomisk mest fordelagtige baseret på bedste forhold mellem pris og kvalitet. Metroselskabet har siden underretningen forlænget standstill-perioden til udløb den 19. december 2022.

Nærmere om tilbuddet fra Alstom

Det fremgår udtrykkeligt af Alstoms tilbuds-brev, at der ikke er taget nogen forbehold i forbindelse med det afgivne tilbud.

Af tilbuddets tekniske beskrivelse fremgår indledningsvis:

“As instructed, we have based our offer concerning the scope of work listed as “Condition Based” on the reference Vehicle train 17, consisting of cars A17, B17 and C17, inspected on 4 April 2022 in Copenhagen, as representative for the condition of the fleet, and description of the Reference Vehicle is part of the technical description presented in the following chapters where applicable. The technical description serves as basis for ALSTOM’s quotation presented in Schedule of prices. Please note that any reference to a specific scope (e.g. X square meters) in relation to a specific work activity (e.g. corrosion damage repairs) is not intended to be a reservation, but simply a description of what was concluded as a baseline on the basis of inspection of the reference vehicle.”

Under pkt. 10.2 i den tekniske beskrivelse i Alstoms tilbud er anført:

“The Alstom proposal is [redacted] the PSIS system according to the requirements and by use of the components and system provided [redacted]”

Alstom anførte i sit tilbud desuden herom blandt andet følgende:

”At this moment our offer is based on [redacted], which currently seems to be the supplier with the best solution for the PSIS overhaul and therefore we use their information in this specification.”

Af Alstoms løsningsbeskrivelse for “Fire detection system” fremgår tilsvarende:

”Below is the system description of Alstom’s technical solutions to the requirements of the Fire Detection from Metroselskabet for the Midlife overhaul of 34 metro vehicles on the M1 / M2 line. This document describes the concepts and technology that will replace the old system and

provide the solution that Metroselskabet require. At this moment [redacted] is the supplier with the best solution and experiences for the FD overhaul and therefore we use their information in this specification.”

Af fodnoten nederst på alle sider i Alstoms tekniske tilbud fremgår en ”copyright disclaimer”, der indledes med symbolet ”©” således:

”© ALSTOM SA, 2019. All rights reserved. Information contained in this document is indicative only. No representation or warranty is given or should be relied on that it is complete or correct or will apply to any particular project. This will depend on the technical and commercial circumstances. It is provided without liability and is subject to change without notice. Reproduction, use or disclosure to third parties, without express written authorisation, is strictly prohibited.”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

FleetCare har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Metroselskabet har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har FleetCare gjort gældende, at fodnoten i Alstoms tilbud udgør et forbehold, idet tilbuddet alene er indikativt og således uforpligtende for Alstom. Alstoms tilbud indeholder i alle løsningsbeskrivelser samme fodnote, hvorefter blandt andet fremgår ”Information contained in this document is indicative only” og ”It is provided without liability and is subject to change without notice”. Alstom har således ved tilbudsafgivelsen forbeholdt sig en ubegrænset ret til at ændre den tekniske løsning.

Forbeholdet i fodnoten på Alstoms tilbud kan ikke alene anses som en standard copyright disclaimer med henvisning til symbolet ”©”. Man kan ikke blot bortfortolke et klart forbehold, der indebærer en ubegrænset adgang til at ændre hele den tekniske løsning. En copyright disclaimer har til formål at gøre læseren opmærksom på dokumentets ophavsretlige beskyttelse og evt. oplyse, i hvilket omfang oplysningerne må kopieres og videregives. Alstoms fodnote går imidlertid langt videre end det. Den første og sidste sætning af den beskrivende tekst er sædvanligt indhold i en copyright disclaimer. Den øvrige tekst vedrører derimod ikke copyright, men har et selvstændigt ind-

hold, der går videre end en standard copyright disclaimer. Fodnoten skal læses, forstås og inddrages efter sit indhold, uanset at den udgiver sig for at være en copyright disclaimer, og fodnotens tekst udgør utvivlsomt et forbehold for grundlæggende elementer, idet tilbuddet herefter alene er indikativt og således ikke bindende.

At Metroselskabet angiver, at forbeholdet er en del af Alstoms ”standard template”, og at fodnoten tidligere har figureret på en præsentation fra en markedsdialog for et andet af Metroselskabets projekter samt i Alstoms materiale fra et tidligere EU-udbud gennemført i Holland er uden betydning for sagen. Der er i øvrigt en væsentlig forskel på, om forbeholdet fremgår i en præsentation til brug for en markedsdialog, eller om forbeholdet fremgår i et endeligt tilbud i et udbud, hvori indholdet af dokumenterne yderligere også indgår som en del af evalueringen.

Alstoms standardforbehold fremgår blandt andet af Alstoms tekniske løsning, som indgår i evalueringen af tilbuddene under underkriteriet ”Technical solution and time schedule”. Alstoms tekniske løsning er som følge heraf ikke forpligtende, da det følger af fodnoten, at løsningen kan ændres uden forudgående orientering. Evalueringen er dermed sket på grundlag af et uforpligtende tilbud. Det ubegrænsede forbehold, der ligger i fodnoten i Alstoms tilbud, har omfattende rækkevidde, og medfører, at Metroselskabet ikke har krav på den løsning, som Alstom tilbød i det endelige tilbud, og tilbuddet er derfor i sin helhed uforpligtende.

Dertil kommer, at det særligt vedrørende det tilbudte kommunikationssystem fremgår af tilbuddet, at der er usikkerhed om, hvilken løsning Alstom vil levere, idet det er anført:

”At this moment our offer is based on [redacted], who currently seems to be the supplier with the best solution for the PSIS overhaul and therefore we use their information in this specification.”

Det følger heraf, at de tilbudte specifikationer stammer fra en bestemt underleverandørs produkt, men at Alstom forbeholder sig ret til at udskifte underleverandøren og dermed levere et system med andre specifikationer end dem, der fremgår af tilbuddet, jf. også tilbuddets fodnote. Netop disse specifikationer indgår i evalueringen af tilbuddet, idet det for det pågældende system evalueres positivt, hvis systemet opfylder de opstillede krav og demonstrerer

tilbudsgiverens evne til at designe et PSIS On-Board System. Tilsvarende gælder for så vidt angår Fire detection system. Forbeholdet i Alstoms tilbud indebærer, at Alstom ikke har forpligtet sig til at levere de tilbudte systemer, og det er således muligt, at der ved levering anvendes andre systemer, som i mindre grad lever op til de stillede krav, og som således ville have resulteret i en dårligere evaluering, hvis de indgik i tilbuddet. Det er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed at evaluere et tilbud, der ikke er bindende for leverandøren.

Tilbuddet fra Alstom er baseret på en konkret løsning leveret af en underleverandør. Alstom forbeholder sig imidlertid ret til at udskifte denne underleverandør og dermed også det tilbudte PSIS On-Board System og Fire detection system, som er indgået i evalueringen. Særligt PSIS On-Board System er en integreret og ganske væsentlig del af det tekniske system for det automatiserede metrosystem i København og udgjorde en stor omkostningsfaktor i Metroselskabets udbud. PSIS On-Board System udgjorde således cirka 1/5 af den samlede tilbudspris for FleetCare. Den store omkostning til PSIS On-Board Systemet skyldes, at FleetCare med sit tilbud forpligtede sig til at levere et PSIS On-Board System af høj kvalitet. Eftersom Alstom forbeholdt sig ret til at levere et andet PSIS On-Board System end oprindeligt tilbudt, har Alstom mulighed for i kontraktperioden at udskifte et PSIS On-Board System, som opnåede en god kvalitativ evaluering med et billigere og dårligere PSIS On-Board System. Forbeholdet gav således Alstom mulighed for at tilbyde en god teknisk løsning (med ubegrænset mulighed for udskiftning) til en lavere pris. De samme betragtninger gør sig gældende for Fire detection system. Dette er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Alstoms tilbud indeholder forbehold, hvorefter Alstom ikke forpligter sig til at levere en specifik løsning for PSIS On-Board System og for Fire detection system, men forbeholder sig retten til frit at ændre systemet.

Det følger af udbudsbekendtgørelsen, at tilbudsgivere skulle vedstå deres tilbud i minimum 12 måneder fra tilbudstidspunktet. Det generelle forbehold i Alstoms tilbud, hvorefter Alstoms tilbud er indikativt og kan ændres til enhver tid, indebærer, at Alstom slet ikke vedstår sit tilbud. Det følger af fast praksis fra klagenævnet, at forbehold for vedståelsesfristen udgør forbehold for grundlæggende elementer, jf. eksempelvis kendelse af 14. september

2012, Merrild Coffee Systems A/S mod Forsvarets Bygnings- og Etablissemeststjeneste. Vedståelsesperioden er afgørende for tilbudsgiveres risiko i forbindelse med afgivelse af blandt andet bindende priser, og et forbehold for vedståelsesperioden er dermed egnet til at fordreje konkurrencen mellem tilbudsgiverne. Da Alstoms forbehold for vedståelsesperioden udgør et forbehold for grundlæggende elementer, var Metroselskabet forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt.

Det følger af fast klagenævnspraksis, at det forhold, at Alstom i Cover Letter har angivet ikke at have taget forbehold, ikke ændrer på, at tilbuddet faktisk indeholder forbehold, jf. eksempelvis kendelse af 29. september 2017, Skoda Transportation a.s mod Odense Letbane P/S.

Særligt vedrørende påstand 1 har Metroselskabet gjort gældende, at det vindende tilbud fra Alstom er konditionsmæssigt, og at der hverken er taget forbehold for den tilbudte tekniske løsning eller for vedståelsesfristen.

Det er ikke korrekt, at Alstom med formuleringen ”At this moment our offer is based on [redacted], who currently seems to be the supplier with the best solution for the PSIS overhaul and therefore we use their information in this specification” forbeholder sig ret til at ændre løsningen og levere et andet system, der i mindre grad lever op til de stillede krav. Heller ikke den tilsvarende formulering vedrørende Fire detection system udgør et forbehold.

Det fremgår af evalueringskriteriet for Fire detection system, at der i evalueringen lægges vægt på ”...a preliminary description of a solution for the fire detection system that meets the requirements specified specifically for this project and who demonstrates the Suppliers ability to design a fire detection system”. Tilsvarende angivelse fremgår af udbudsmaterialets beskrivelse af evalueringen af PSIS On-Board System.

Det er netop sådanne beskrivelser, som Alstom har angivet i sit tilbud, og som er tillagt vægt i den samlede evaluering. Tilbuddet fra Alstom lever således både kvantitativt og kvalitativt op til de krav, som Metroselskabet har stillet, og tilbuddet er også evalueret i overensstemmelse hermed.

Alstom tilkendegiver blot, at de tilbudte systemer er dem, der på tilbudstidspunktet anses at være det bedste på markedet, der lever op til de krav, som er stillet i udbudsmaterialet, hvorfor man har baseret sit tilbud herpå.

Der kan selvsagt ske en udvikling inden for PSIS området, der senere medfører ny og bedre teknologi eller udgåede komponenter, og Alstoms bemærkning kan alene læses som, at Alstom i et sådant tilfælde vil indbygge et andet system, der tilsvarende lever op til de stillede krav. Der er ikke herved tale om et forbehold. Dette understreger, at tilbuddet er baseret på denne konkrete løsning, og at det er Alstoms hensigt at leve fuldt ud op til de krav, der er stillet, ved at levere komponenter og et system, der lever op hertil.

Alstoms tilkendegivelse i indledningen til den tekniske løsning understøtter, at der ikke er taget forbehold.

Alstom har således ikke taget forbehold for den tilbudte tekniske løsning.

Alstom har heller ikke taget forbehold for vedståelsesfristen.

Metroselskabet har læst den anførte fodnote som en helt almindelig ”copyright disclaimer” og har derfor ikke forholdt sig yderligere hertil i forbindelse med tilbudsevalueringen. Fodnoten indledes med symbolet ”©”, som er det internationalt anerkendte copyrightsymbol, der anvendes i forbindelse med en disclaimer om, at det pågældende dokument er ophavsretligt beskyttet.

Der er ikke er nogen retningslinjer for, hvordan en virksomhed vælger at udforme sin copyright disclaimer. Det savner mening at anerkende første og sidste del af disclaimeren som en copyright disclaimer, men at tillægge de herimellem indskudt sætninger et selvstændigt indhold, der regulerer andre rettigheder.

Den indsatte disclaimer bevirker ikke, at Alstom ikke er bundet af sit tilbud eller den tilbudte løsning, og evalueringen er derfor heller ikke påvirket af den standardiserede fortrykte fodnote, som ikke har nogen betydning i forhold til indholdet af det afgivne tilbud.

Alstom har i forbindelse med klagesagen for god ordens skyld bekræftet denne forståelse af fodnoten og redegjort for, hvad denne generelt vedrører. Fodnoten er dermed ikke formuleret specifikt til dette tilbud, og selvsagt ikke med en hensigt om at tage forbehold for hele dokumentet. Formålet er udelukkende at undgå misbrug af Alstoms tekniske løsninger.

Særligt vedrørende påstand 2 har FleetCare gjort gældende, at Astom har taget forbehold for grundlæggende elementer, herunder vedståelsesperioden og forhold, som påvirkede evalueringen af tilbuddene, og Metroselskabet var derfor forpligtet til at afvise Alstoms tilbud som ukonditionsmæssigt. Beslutningen om at tildele kontrakten til Alstom er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og skal annulleres.

Særligt vedrørende påstand 2 har Metroselskabet gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstanden om annullation til følge, da tilbuddet fra Alstom var konditionsmæssigt, jf. det, der er anført ad påstand 1.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Parternes anbringender gengives ikke.

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, at et tilbud, som indeholder forbehold for hele den tilbudte tekniske løsning og for overholdelsen af den fastsatte vedståelsesfrist, ikke er konditionsmæssigt og derfor ikke må tages i betragtning.

I Alstoms tilbud er anført: "At this moment our offer is based on [redacted], who currently seems to be the supplier with the best solution for the PSIS overhaul and therefore we use their information in this specification." Udtrykket kan ikke læses som, at Alstom har taget forbehold for anvendelsen af andre, mindre optimale løsninger for PSIS overhaul, men må mest nærliggende læses som en erkendelse af, at endnu bedre løsninger kan indgå, såfremt det fremover måtte vise sig, at de vil være udtryk for "best solutions" ved PSIS overhaul.

Tilsvarende er i Alstoms tilbud i relation til Fire detection system anført: "At this moment [redacted] is the supplier with the best solution and experiences for the FD overhaul and therefore we use their information in this specification." Heller ikke dette kan læses som, at Alstom har taget forbehold for anvendelsen af andre, mindre optimale løsninger for Fire detection system, men må mest nærliggende læses som en erkendelse af, at endnu bedre løsninger kan indgå, såfremt det fremover måtte vise sig, at de vil være udtryk for "best solutions".

Alstom vil således ikke med henvisning til det citerede kunne anvende mindre optimale løsninger end de beskrevne ved den PSIS overhaul og den Fire detection overhaul, som skal gennemføres. Der er således ikke taget forbehold i det anførte.

I den version af Alstoms tilbud, som indgår i klagesagen, er den tekniske løsning ikke undergivet aktindsigt. Den fodnote, som er anført på hver enkelt

side, og som er gengivet ovenfor, er imidlertid ikke undtaget fra aktindsigten. Med denne bemærkning tilslutter klagenævnet sig den vurdering af fodnoten, som Metroselskabet har givet udtryk for, og hvis betydning Alstom desuden har redegjort yderligere for.

Da Alstom således ikke ses at have taget forbehold for de krav, som er stillet i udbudsmaterialet, er der ikke på det foreløbige grundlag udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge. Der er derfor heller ikke udsigt til, at påstand 2 om annullation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig