

Tildelingsbeslutningen og udbuddet er efterfølgende annulleret af DSB og klagen herefter tilbagekaldt. Kendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Icomera AB
(advokat Mikkel Taanum og
cand. merc. jur. Peter Dann Jørgensen, København)

mod

DSB
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse 2017/S 088-172973 af 5. maj 2017 udbød DSB som udbud med forhandling i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 47 en kontrakt om ”Wi-Fi solution onbord rolling stock” (etablering af nye Wi-Fi-løsninger ombord på størstedelen af DSB’s danske tog samt en række svenske tog). Kontrakten omfattede dels en ”basic scope” omfattende 253 togsæt, dels nogle optioner omfattende 342 togsæt.

I udbudsbekendtgørelsen havde DSB fastlagt, at der i forbindelse med prækvalifikationen ville blive udvalgt op til 5 ansøgere til at afgive tilbud. DSB prækvalificerede blandt andet Ericsson Danmark A/S med Icomera AB som underleverandør.

Den 15. september 2017 meddelte Ericsson Danmark A/S, at selskabet ønskede at trække sig fra udbudsprocessen, hvorved Icomera AB heller ikke længere var en del af udbuddet.

Klagenævnet modtog den 7. december 2017 en klage fra Icomera AB. Ved klagens indgivelse anmodede Icomera AB om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle tillægges opsættende virkning. DSB havde på dette tidspunkt endnu ikke truffet en tildelingsbeslutning.

Den 18. december 2017 meddelte DSB, at DSB havde besluttet at tildele den udbudte kontrakt til konsortiet Nomad Digital Ltd., Alstom Transport UK Ltd. og Alstom Transport Danmark A/S.

Klagenævnet har herefter den 28. december 2017 modtaget en supplerende klage fra Icomera AB, hvori det blandt andet anføres, at klagen nu må anses for indgivet i standstill-perioden, hvorfor den automatisk har opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2.

DSB har protesteret mod, at klagen anses for indgivet i standstill-perioden, og har begrundet dette. DSB har endvidere protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning. Herudover har DSB nedlagt påstand om afvisning af klagen som følge af manglende klageberettigelse.

Klagenævnet har den 5. januar 2018 meddelt parterne, at den supplerende klage af 28. december 2017, som blandt andet indeholder en udtrykkelig påstand om annulation af tildelingsbeslutningen, er modtaget i standstill-perioden, og at DSB derfor ikke må underskrive kontrakt, før klagenævnet har truffet beslutning om spørgsmålet om opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2.

Klagenævnet har truffet afgørelse på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 22, svarskrift med bilag A – C, supplerende klageskrift, supplerende svarskrift med bilag D, supplerende klageskrift nr. 2, mail af 8. januar 2018 med bilag 23, mail af 10. januar 2018 med bilag E, supplerende klageskrift nr. 3 med bilag 24 og supplerende svarskrift B med bilag F.

Klagens indhold:

Klageskriftet og det supplerende klageskrift indeholder – ud over påstanden om opsættende virkning – følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at DSB har overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved efter afsluttet prækvalifikation at have frafaldet tekniske mindstekrav.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at DSB har overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved efter afsluttet prækvalifikation at have indført nye tekniske mindstekrav.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at DSB har overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at anvende uegnede tekniske mindstekrav.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at DSB ved at anvende et udbudsmateriale, der ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, har overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, særligt ved at:

1. Anvende uigennemsigtig evalueringsmodel.
2. Ikke have offentliggjort det fulde udbudsmateriale.
3. Efter afsluttet prækvalifikation at have gennemført omfattende ændringer via spørgsmål og svar, som ikke bliver en del af udbudsmaterialet.
4. Have givet vildledende svar i spørgsmål- og svarprocessen om ændringer i grundlæggende elementer i kontraktens løbetid, der ikke er beskrevet i klare, entydige og præcise ændringsklausuler og samtidig lægger op til genforhandling af kontraktens grundlæggende vilkår.
5. Anvende et udbudsmateriale, hvor der på flere punkter er uoverensstemmelser og uklarheder mellem udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne samt de øvrige dokumenter.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at DSB har overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1, ved ikke at have iagttaget foranstaltninger til at udligne de eksisterende leverandørers konkurrencefordel.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at DSB har overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at have anvendt uigennemsigtige udvælgelseskriterier.

Påstand 7

[...]

Påstand 8

Klagenævnet skal annullere DSB's tildelingsbeslutning af 18. december 2017 til Nomad Digital Ltd., Alstom A/S og Alstom Ltd., jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Påstand 9

Klagenævnet skal annullere DSB's udbudsforretning 2017/S 088 – 172973, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

DSB har nedlagt påstand om, at sagen skal afvises som følge af manglende klageberettigelse, subsidiært at påstand 4 afvises under henvisning til, at påstanden efter sit indhold ikke er egnet til besvarelse eller pådømmelse, og at påstand 9 afvises, da annulation af udbudsforretningen ikke er relevant efter meddelelse om tildeling.

Icomera AB har nedlagt påstand om, at afvisningspåstandene ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

I udbudsbekendtgørelsens afsnit II.2.9) havde DSB fastlagt, at der i forbindelse med prækvalifikationen ville blive udvalgt op til 5 ansøgere til at afgive tilbud efter følgende kriterier:

“Information about the limits on the number of candidates to be invited

Maximum number: 5

Objective criteria for choosing the limited number of candidates:

DSB will prequalify up to 5 (five) applicants to take part in the procurement proceedings. Only prequalified applicants will be able to submit tenders in connection with the procurement.

If there are more than 5 (five) applicants, which meet the minimum requirements in section III.1.2, the selection of the applicants that will be invited to submit tenders will be based on an evaluation of the references provided by the applicants. The applicants with the references evaluated as most relevant will be invited to participate in the tender. This will be the applicants which have documented the most relevant previous experiences in comparison to the work described in section II.2.4) above in terms of comparability and volume of the previous deliveries. The greater the degree of comparability in the references, the more relevant the supplier will be evaluated. Experience with supply of Wi-Fi solutions on rolling stock, operation and management of Wi-Fi service for rolling stock and management of data backhaul contracts and related services are considered equally important. Experience with serving as a prime contractor for an end to end solution is preferred to other experiences to supply Wi-Fi solutions on rolling stock. Experience with multi-operator data backhaul management is preferred to other experiences with management of data backhaul contracts and related services. Additionally, recent references are evaluated being more relevant than older ones. Applicants is referred to the requested informations in section III.1.3 (Technical and professional ability) to check which information DSB would like to see incorporated in the reference description.”

Udbudsbekendtgørelsens afsnit III.1.3) indeholdt følgende nærmere beskrivelse af de ønskede referencebeskrivelser:

“Technical and professional ability

List and brief description of selection criteria:

The applicant must provide information on its technical and professional ability. For this purpose, the applicant must submit a complete version of the European Single Procurement Document (ESPD), including Part IV, section B, which shall contain the information requested below:

1. Supply of Wi-Fi solutions on rolling stock:

The applicant shall elaborate on its experience to supply Wi-Fi solutions on rolling stock by providing maximum three (3) references giving insight to the applicant's knowledge and experience. DSB requests the following information for each reference:

- Name of the referenced client
- Project name

- Period (start and end year of the engagement)
- Contact details of the references
- Description of the delivered Wi-Fi solution design
- The Wi-Fi equipment delivered and implemented
- The volume of rolling stock units fitted with the Wi-Fi service
- Description of delivery organization, including prime contractor's and subcontractor's roles and responsibilities.

2. Operation and management of a Wi-Fi service for rolling stock:

The applicant shall elaborate on its experience pertaining to operation and management of a Wi-Fi service for rolling stock by providing maximum three (3) references giving insight to the applicant's knowledge and experiences. DSB requests the following information for each reference:

- Name of the referenced client
- Project name
- Period (start and end year of the engagement)
- Contact details of the references
- The scope of the management services in respect of the Wi-Fi service
- The volume of rolling stock units comprised by the Wi-Fi service
- Description of delivery organization, including prime contractor's and subcontractor's roles and responsibilities.

3. Management of data backhaul contracts and related services:

The applicant shall elaborate on its experience to supply data backhaul management by providing maximum three (3) references giving insight in the applicant's knowledge and experience. DSB requests the following information for each reference:

- Name of the referenced client
- Project name
- Period (start and end year of the engagement)
- Contact details of the references
- Scope of management services in respect of data backhaul including, if relevant, any management and/or delivery of invoicing, data backhaul capacity monitoring, coverage analysis and continuous traffic management to ensure delivery of data backhaul at the best price and efficiency
- Experiences with management of data backhaul from multi suppliers
- Description of delivery organization, including primary supplier's and subcontractors' roles and responsibilities.

Please pay close attention to the submission of references as the selection of the prequalified applicants, cf. this contract notice Section II.2.9 will be based on this information.”

DSB havde endvidere udarbejdet et såkaldt “Prequalification Letter”, som blev offentliggjort sammen med det øvrige udbudsmateriale, og hvoraf blandt andet fremgik følgende i pkt. 6:

”6. Selection Criteria – ESPD Part IV

As a minimum, the applicant must be able to satisfy the following minimum requirements in order for its application for prequalification to be accepted. Applications that fail to satisfy the minimum requirements will be found to be non-compliant and will be rejected, and thus will not be taken into consideration.

...

6.2. Technical and Professional Ability

The requirements to technical and professional abilities are stated in the contract notice, Section III.1.3 and are confirmed by the applicant by answering Part IV, section C, of the ESPD:

Through a description of its references the applicant shall describe its experience with:

1. Supply of a Wi-Fi solution on rolling stock
2. Operating a Wi-Fi solutions in rolling stock
3. Management of data backhaul contracts and related services”

Om de ønskede referencebeskrivelser var herefter anført følgende, idet ordet ”maximum”, som fremgik af udbudsbekendtgørelsens afsnit III.1.3) vedrørende de 3 ønskede referencer, dog ikke var gentaget:

“The applicant shall elaborate on its experience to supply Wi-Fi solutions on rolling stock by providing three (3) references giving insight to the applicant’s knowledge and experience. DSB request the following information for each reference:

- Name of the referenced client
- Project name
- Period (start and end year of the engagement)
- Contact details of the references
- Description of the delivered Wi-Fi solution design
- The Wi-Fi equipment delivered and implemented
- The volume of rolling stock units fitted with the Wi-Fi service
- Description of delivery organization, prime contractor and subcontractors roles and responsibilities

...

The applicant shall provide 3 references per area: Supply of Wi-Fi solutions on rolling stock, Operation and management of Wi-Fi service for rolling stock and Management of data backhaul contracts and related services) as defined in the left column - in total maximum 9 references. A reference can cover more than 1 area as defined in the left column.”

Ved ansøgningsfristens udløb havde DSB modtaget 7 ansøgninger om prækvalifikation, og DSB prækvalificerede følgende 5 ansøgere til den videre tilbudsafgivelses- og forhandlingsproces:

- Eltel Networks A/S
- Ericsson Danmark A/S (med Icomera AB som underleverandør)
- Nomad Digital Ltd, Alstom Transport UK Ltd og Alstom Transport Danmark A/S (konsortium)
- Siemens A/S
- TDC A/S

Fristen for afgivelse af første forhandlingstilbud var den 15. september 2017, men i stedet for at afgive tilbud meddelte Ericsson Danmark A/S, der havde Icomera AB som underleverandør, at Ericsson Danmark A/S af strategiske årsager havde valgt at forlade udbudsprocessen. Af et brev af 15. september 2017 fra Ericsson Danmark A/S til DSB fremgår således blandt andet følgende:

”As you may be aware, it has been announced recently that Ericsson is implementing a new strategic direction for the company with an increased focus on our own products, solutions and services. As a direct consequence and in relation with your “DSB Passenger Wi-Fi Solution onboard rolling stock” tender, we must unfortunately inform you that Ericsson has decided not to submit the INDO1 proposal and to thereby withdraw from the process. Please be assured that this has not been an easy decision as we are aware of the impact this has on DSB.

...”

DSB modtog endelige tilbud fra 2 tilbudsgivere, Eltel Networks A/S og konsortiet bestående af Nomad Digital Ltd, Alstom Transport UK Ltd og Alstom Transport Danmark A/S. Det er oplyst, at DSB den 18. december 2017 har besluttet at tildele kontrakten til konsortiet bestående af Nomad Digital Ltd, Alstom Transport UK Ltd og Alstom Transport Danmark A/S.

Parternes anbringender:

Ad afvisning som følge af manglende klageberettigelse

DSB har gjort gældende, at klagen skal afvises, idet Icomera AB ikke (længere) har en tilstrækkelig retlig interesse.

Icomera AB deltog i udbuddet som underleverandør til Ericsson Danmark A/S, der blev prækvalificeret. Ericsson Danmark A/S valgte imidlertid af interne, strategiske årsager ikke at fortsætte i udbudsprocessen og dermed ikke afgive tilbud.

”Retlig interesse” efter § 6, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud forudsætter, at en klager har en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om udbudsreglerne konkret er tilsidesat. De påståede overtrædelser skal som minimum have haft konkret betydning for den aktør, som ønsker at klage.

Det er faktisk rigtigt, at Icomera AB ikke har haft mulighed for at få tildelt kontrakten, men dette forhold skyldes alene, at Icomera AB var underleverandør til en tilbudsgiver, som trak sig fra processen, og ikke forhold, der kan henføres til DSB’s udbud eller DSB i øvrigt. At Icomera AB ikke har haft mulighed for at få tildelt kontrakten er således ikke begrundet i et tilbud fra Ericsson Danmark A/S og/eller DSBs håndtering heraf. Det forhold, at Icomera AB ikke er med i udbudsprocessen, skyldes i stedet alene Icomera AB’s egne forhold. Dette er en normal kommerciel og retlig risiko ved at være underleverandør, som virksomheder må tage i betragtning ved afgivelse af tilbud sammen med andre. Når det skyldes egne – og i forhold til udbuddet udefrakommende – forhold, at Icomera AB ikke har haft mulighed for at få tildelt kontrakten, foreligger der ikke længere en konkret og direkte interesse i at få sagen forelagt for klagenævnet, medmindre klagen måtte vedrøre forhold, der udelukkede Icomera AB fra at komme i betragtning i processen. Dette er ikke tilfældet med Icomera AB’s klage, der i sit indhold alene angår ideelle, påståede overtrædelser i processen, og som alene har til formål at få udbuddet til at gå om, således at Icomera AB kan få en ny chance for at blive underleverandør til en tilbudsgiver. Icomera AB’s potentielle interesse i at kunne optræde som underleverandør til en anden tilbudsgiver i et kommende udbud, kan ikke give virksomheden tilstrækkelig retlig interesse til at kunne indgive klage.

Der er tale om en uholdbar og juridisk efterrationalisering, når Icomera AB anfører, at selskabet – hvis det havde læst den offentliggjorte udbudsbe-

kendtgørelse i stedet for den vejledende prækvalifikationsbeskrivelse – ville have ansøgt om prækvalifikation alene og med én reference.

Icomera AB har gjort gældende, at selskabet er klageberettiget, da det har en retlig interesse både som fast underleverandør til en prækvalificeret virksomhed – uanset, hvad den prækvalificerede har skrevet i et brev til ordregiver – og som potentiel tilbudsgiver. Den eneste årsag til, at Icomera AB deltog i udbuddet som underleverandør, var DSB's fejl i "Prequalification Letter", da Icomera AB ikke havde 3 referencer til hvert af de 3 områder, der blev efterspurgt. Icomera AB opfyldte derimod alle mindstekrav – også uden Ericsson Danmark A/S – hvilket fremgik af prækvalifikationsansøgningen. Havde DSB ikke ved den indrømmede fejl skabt uklarhed om antallet af referencer, havde Icomera AB ansøgt som selvstændig tilbudsgiver.

Ad opsættende virkning

Ad "fumus boni juris"

Icomera AB har anført, at overtrædelserne, som er angivet i påstand 1-6, indebærer alvorlige og grove overtrædelser af de grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, og at der derfor ikke lovligt kan underskrives kontrakt.

DSB har anført, at DSB ikke har tilsidesat sine udbudsretlige forpligtelser som påstået af Icomera AB i påstand 1-6.

Særligt vedrørende påstand 6 har Icomera AB gjort gældende, at DSB's udformning af prækvalifikationsmaterialet har betydet en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Uklarhederne i udbudsmaterialet vedrørende prækvalifikationen har medført, at Icomera AB bød som underleverandør til Ericsson Danmark A/S, uagtet at Icomera AB i henhold til udbudsbekendtgørelsen kunne have ansøgt på egen hånd eventuelt med støtte fra sit moderselskab.

Såfremt prækvalifikationsskrivelsen havde afspejlet det, der var anført i udbudsbekendtgørelsen, ville Icomera AB med én reference på hvert referencemråde kunne have ansøgt alene. Det fremgår af Ericsson Danmark A/S' prækvalifikationsansøgning (med Icomera AB som underleverandør), at

Icomera AB har 2 referencer på hvert af de 3 områder, der skulle indleveres referencer for.

Uklarheden har helt konkret medført, at Icomera AB for at sikre sig deltagelse indgik aftale med Ericsson Danmark A/S om at blive underleverandør for at opfylde det, der i prækvalifikationsskrivelsen var anført som et mindstekrav på 3 referencer inden for hvert referenceområde til brug for udvælgelse, hvis der var mere end 5 ansøgere, der levede op til det økonomiske og finansielle mindstekrav.

Da Ericsson Danmark A/S efter prækvalifikationen valgte at trække sig fra udbudsprocessen, mistede Icomera AB muligheden for at deltage i den videre proces.

DSB's overtrædelser af udbudsreglerne har dermed haft en direkte konkret betydning for Icomera AB's mulighed for at deltage og dermed potentielt vinde udbuddet.

Det forhold, at der i prækvalifikationsskrivelsen var anført "...in total maximum 9 references. A reference can cover more than 1 area" understreger alene, at en reference kunne dække mere end et område, og understøtter forståelsen af, at der skulle indleveres præcis 3 referencer til hvert af de 3 områder, således at der kunne indleveres alt mellem 3 og 9 referencer i alt.

Det er DSB's ansvar, at der har været en uklarhed om antallet af påkrævede referencer, og det må være DSB, der bærer risikoen herfor.

Særligt vedrørende påstand 6 har DSB gjort gældende, at DSB's udbuds- og prækvalifikationsmateriale ikke indebærer anvendelse af uigennemsigtige udvælgelseskriterier, hvorfor påstand 6 ikke skal tages til følge.

Det fremgik klart af udbudsbekendtgørelsen, at DSB ønskede at modtage op til 3 referencer inden for hvert ydelsesområde, og at DSB således samlet havde sat et maksimum på op til 9 referencer. DSB havde som en praktisk hjælp til ansøgere om prækvalifikation udarbejdet et "Prequalification Letter". Uanset, at der i prækvalifikationsskrivelsens gentagelser af udbudsbekendtgørelsens beskrivelser af referencer er en slåfejl, således at ordet "maximum" mangler, så refererer prækvalifikationsbeskrivelsen for det første direkte til udbudsbekendtgørelsens afsnit III.1.3), hvorfor der ikke kan siges

at være uklarheder omkring rammerne for antallet af referencer i forbindelse med prækvalifikationen.

Dernæst er der hverken ordlyds- eller formålmæssigt støtte for Icomera AB's synspunkt om, at prækvalifikationsbeskrivelsen skal forstås således, at ansøgerne for hvert af referenceområderne skulle levere præcis 3 referencer inden for hvert referenceområde. Selv hvis man alene tog udgangspunkt i prækvalifikationsbeskrivelsens ordlyd, ville det for det første være en unaturlig forståelse at indlæse ordet "*præcist*", når nu der eksplicit ikke er opstillet tekniske minimumskrav. For det andet fremgår det afslutningsvist af prækvalifikationsbeskrivelsen, at der er tale om "et maksimum".

Der er i øvrigt ikke stillet spørgsmål til dette forhold under prækvalifikationen – heller ikke af Icomera AB.

Forholdet kan heller ikke siges at have haft nogen som helst konkret betydning for Icomera AB, da selskabet indgik som underleverandør til Ericsson Danmark A/S. Synspunktet om, at Icomera AB, hvis selskabet havde læst den offentliggjorte udbudsbekendtgørelse i stedet for den vejledende prækvalifikationsbeskrivelse, ville have ansøgt om prækvalifikation alene og med én reference, er udtryk for en uholdbar og juridisk efterrationalisering.

Særligt om påstand 8 og 9 (annullation) bemærker klagenævnet, at Icomera AB ikke har anført særskilte anbringender til støtte for disse påstande. Efter det øvrige indhold af Icomera AB's processkrifter må påstandene imidlertid forstås således, at de knytter sig til alle de påståede overtrædelser i påstand 1-6.

For så vidt angår påstand 8 har DSB gjort gældende, at eftersom der ikke er sket tilsidesættelse af udbudsreglerne, er der ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen. Hvis klagenævnet måtte nå frem til, at Icomera AB skal have medhold i en eller flere af de nedlagte påstande 1-6, vil der efter en konkret væsentlighedsvurdering ikke være grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen, idet ingen af de påståede overtrædelser har haft betydning for Icomera AB's retsstilling under udbuddet.

Med hensyn til påstand 9 har DSB gjort gældende, at påstanden skal afvises, idet der efter fast praksis ikke kan ske annullation af en udbudsforret-

ning efter gennemført tildeling, jf. klagenævnets kendelse af 7. november 2007, SJ AB mod Trafikstyrelsen.

Ad uopsættelighed

Icomera AB har gjort gældende, at selskabets retsstilling ikke er tilstrækkeligt beskyttet uden opsættende virkning, da Icomera AB ikke vil kunne få erstatning, idet selskabet ikke har haft eller får mulighed for at afgive endeligt tilbud og derved aldrig vil kunne påvise, at selskabet skulle have haft kontrakten tildelt, og Icomera AB vil ikke kunne tildeles erstatning for negativ kontraktinteresse.

Icomera AB vil derfor lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. jf. herved klagenævnets kendelse af 27. september 2013, BSN Medical AB mod Region Sjælland.

DSB har gjort gældende, at det påhviler Icomera AB at godtgøre, at selskabet vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Dette har Icomera AB ikke godtgjort.

En grundlæggende forudsætning for, at en klager risikerer at lide en alvorlig og uoprettelig skade, er, at det er overvejende sandsynligt, at klageren har en reel mulighed for at få tildelt kontrakten. Eftersom det alene er Icomera AB's risiko, at tilbudsgiverkonstellationen – Icomera AB som underleverandør til Ericsson Danmark A/S – trækker sig fra udbudsprocessen af interne, strategiske årsager, kan Icomera AB ikke anses for at have haft en reel mulighed for at få tildelt kontrakten.

Ad interesseafvejning

Icomera AB har gjort gældende, at selskabet på grund af de angivne overtrædelser af udbudsreglerne har en væsentlig interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, således at DSB ikke fortsætter sin udbudsforretning med afsluttende kontraktindgåelse, førend klagenævnet har taget endelig stilling til klagen.

Karakteren af den udbudte kontrakt kan ikke føre til et andet resultat, idet den udbudte ydelse ikke involverer sådanne samfundsværdier, at klagen af den grund ikke kan tillægges opsættende virkning. Der er allerede i dag Wi-

Fi-løsninger i togene, hvorfor en udsættelse ikke vil berøre passagererne, da disse løsninger kan fortsætte, indtil et lovligt udbud har været gennemført. Dertil kommer, at der er indgået en aftale mellem DSB, Arriva, Banedanmark, Telia, TDC Group og teleselskabet 3 om at opgradere masterne langs banerne med en ”repeater-løsning”, der sikrer bedre dækning inde i toget for både Wi-Fi og mobiltelefon, samt en opgradering af 4G, således at forbindelserne forbedres.

Hovedparten af den udbudte kontrakt består af optioner, og der er ikke nogen tidsplan for hvornår – hvis overhovedet – disse vil blive anvendt. Det er således kun 38 % af det gennemsnitlige daglige antal passagerer, der er omfattet af ”basic scope”, mod 68 % omfattet af optioner. Endvidere findes hovedparten af DSB’s pendlere i hovedstadsområdets S-tog, der ikke er omfattet af ”basic scope”. Der er således ikke noget der taler for, at det – som hævdet af DSB – er meget presserende for *alle* pendlere, at kontrakten underskrives.

Endvidere har DSB ingen anerkendelsesværdig interesse i, at dette udbud føres til ende, særligt da der ikke er risiko for tab for DSB ved at udsætte afslutningen af udbudsforretningen, til klagenævnet har taget stilling til lovligheden af udbuddet.

DSB har gjort gældende, at DSB’s interesse i at kunne indgå kontrakten, før klagenævnet har taget endelig stilling til klagen, klart overstiger Icomera AB’s interesse i at udsætte kontraktindgåelsen.

Wi-Fi løsningen er en del af den samlede politiske ambition om at fastholde en attraktiv jernbaneinfrastruktur i Danmark, og formålet med en investering i internet i togene er således at kunne tilbyde en markedskonform internetservice, der vil fastholde og tiltrække passagerer, herunder med henblik på at udmønte den politiske ambition om tilvejebringelse af en ”funktionsdygtig arbejdsplads” i tog. DSB’s målsætning er med udgangspunkt heri, at kunderne får mulighed for at ændre rejsetid til arbejdstid. Selv om der er foretaget en opgradering til 4G på fjern- og regionalbanerne, er dækningen stadig ustabil, og toget kan dermed ikke benyttes som funktionsdygtig arbejdsplads alle vegne. Wi-Fi-projektet indgår i en større helhed med flere delprojekter, som har deres baggrund i den politiske aftale ”En moderne jernbane – udmøntning af Togfonden DK”. De øvrige delprojekter vedrører installation af såkaldte ”repeater” i DSB’s tog og udbygning af Ba-

nedanmarks infrastruktur til forbedring af mobildækningen langs hele statens jernbanenet. I den politiske aftale er det forudsat, at der skal være en vis tidsmæssig sammenhæng mellem delprojekterne. Der er også installationsafhængighed mellem etableringen af Wi-Fi-løsningen i togene og installationen af repeaterer i togene. Det er således forudsat, at kabler for repeaterer og Wi-Fi skal installeres samtidig for at opnå synergieffekter og undgå mindst mulig gene for togpassagererne ved at tage tog ud af drift.

Wi-Fi-udbuddet og indførelsen af Wi-Fi-løsningen kan således ikke ses isoleret, og en fortsat opsættende virkning vil påvirke både dette projekt og de andre delprojekter. Det samlede projekt skal være tilendebragt inden udgangen af 2019, og Wi-Fi-installationen vil i sig selv tage ca. 18 måneder. Den eksisterende Wi-Fi-løsning vil ikke kunne opfylde passagerernes behov, da der er kapacitetsbegrænsninger, begrænset dækning, og den eksisterende løsning er "end-of-life", hvilket betyder, at DSB efter kontraktens udløb ikke længere vil kunne sikres reservedele og vedligeholdelse.

DSB oplever øget konkurrence i især landsdelstrafikken, herunder fra langdistance busser, der i langt de fleste tilfælde tilbyder gratis internetadgang til passagerne. Derfor – og i særdeleshed under hensyntagen til, at DSB's eksisterende aftaler udløber frem mod 2019 – er implementeringen af den nye løsning presserende.

Det er alene forhold "på Icomera AB's side af bordet", der har ført til, at Icomera AB ikke er i spil til en eventuel kontrakttildeling, idet beslutningen om at forlade udbuddet er truffet af egen drift. Der er således intet hensyn at tage til Icomera AB, herunder Icomera AB's økonomiske interesser. Icomera AB's reelle interesse i denne klageindgivelse er et forsøg på at få udbudsprocessen startet helt forfra, således at Icomera AB måtte kunne forsøge at få en ny mulighed for at blive underleverandør til en kommende tilbudsgiver.

Det er ikke relevant for afvejningen mellem parternes interesser, at udbuddet indeholder optioner, idet en fortsat opsættende virkning vil have lige så stor betydning for optionerne som for basic scope, idet optionernes udnyttelse dermed også vil blive udskudt. Af forsyningssikkerhedsmæssige årsager kan DSB kun tage et begrænset antal tog ud af drift ad gangen.

Klagenævnet udtaler:*Ad klageberettigelse*

Klagenævnets behandling af klagen – herunder en stillingtagen til spørgsmålet om opsættende virkning – forudsætter, at Icomera AB kan anses for klageberettiget. Klagenævnet tager derfor først stilling til DSB's påstand om afvisning som følge af manglende klageberettigelse.

Efter lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, nr. 1, kan klage til Klagenævnet for Udbud indgives af enhver, der har retlig interesse heri.

Efter bestemmelsen er virksomheder og enkeltpersoner, der har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som potentielt har lidt et tab som følge af en påstået overtrædelse af udbudsreglerne, således klageberettigede.

Navnlig tilbudsgivere og ansøgere om prækvalifikation eller potentielle tilbudsgivere og potentielle ansøgere om prækvalifikation har den fornødne retlige interesse. Det kræves imidlertid, at klageren har en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om udbudsreglerne er til sidesat.

Potentielle underleverandører til tilbudsgivere har som udgangspunkt ikke en sådan konkret, retlig interesse, at de har selvstændig adgang til at klage til klagenævnet. En underleverandør, som det på forhånd er fastlagt skal anvendes, kan dog have en tilstrækkelig retlig interesse til at være klageberettiget.

Det lægges til grund, at Icomera AB var angivet som "fast" underleverandør for Ericsson Danmark A/S i forbindelse med prækvalifikationen. Ericsson Danmark A/S valgte af interne årsager at trække sig fra udbudsprocessen, og som følge heraf kunne Icomera AB heller ikke fortsætte i udbudsprocessen.

Da det således alene skyldes forhold hos Ericsson Danmark A/S – og ikke forhold i DSB's udbudsmateriale eller andre forhold hos DSB – at Icomera AB ikke længere kunne deltage i udbudsprocessen som underleverandør, har Icomera AB i kraft af sin stilling som underleverandør ikke længere en retlig interesse omfattet af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 1, nr. 1.

Icomera AB har anført, at selskabet var potentiel ansøger til at blive prækvalificeret, og at den eneste grund til, at selskabet i stedet valgte at blive underleverandør, var, at selskabet ikke kunne henvise til tre referencer som krævet i DSB's prækvalifikationsskrivelse.

Som anført ovenfor anses potentielle ansøgere om prækvalifikation normalt for at have fornøden retlig interesse til at kunne indgive klage, og der er ikke grundlag for at fastslå, at Icomera AB i denne sag ikke skal anses for at have været potentiel ansøger om prækvalifikation.

Det forhold, at Icomera AB valgte at indgå i udbudsprocessen som underleverandør, kan ikke begrunde, at Icomera AB ikke længere kan anses for potentiel tilbudsgiver på linje med enhver anden potentiel tilbudsgiver, som kunne have ansøgt om prækvalifikation, men som på baggrund af det, der fejlagtigt var anført i DSB's prækvalifikationsskrivelse om antallet af referencer, måtte have undladt at indgive ansøgning.

DSB's påstand om afvisning som følge af manglende klageberettigelse tages derfor ikke til følge.

Ad opsættende virkning

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 i relation til påstand 6, at en ordregiver har det fulde ansvar for, at udbudsbetingelserne er klare og utvetydige, herunder at udbudsmaterialet ikke indeholder forskellige beskrivelser af de samme krav, således at der kan opstå berettiget tvivl om indholdet af kravene.

Uanset, om det måtte bero på en skrivefejl, at ordet "maximum" ikke blev medtaget i prækvalifikationsskrivelsens gengivelse af udbudsbekendtgørelsens afsnit III.1.3) om krav til antallet af referencer, så findes dette ikke at have fremtrådt som åbenbart for potentielle ansøgere, som læste prækvalifikationsskrivelsen. Beskrivelsen i pkt. 6.2 i DSB's prækvalifikationsskrivelse af kravene vedrørende referencer angav at være en gengivelse af kravene i udbudsbekendtgørelsens afsnit III.1.3), og der findes ikke at have været anledning for potentielle ansøgere, som læste prækvalifikationsskrivelsen, til at betvivle rigtigheden heraf. Det kan derfor heller ikke tillægges betydning, at Icomera AB – eller andre – i forbindelse med prækvalifikationsproceduren ikke stillede spørgsmål til DSB om forholdet.

På baggrund af den omhandlede uklarhed i udbudsmaterialet, som kan have afholdt potentielle ansøgere – herunder Icomera AB – fra at ansøge om prækvalifikation, er det på det foreliggende grundlag klagenævnets vurdering, at DSB har overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet

i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og at påstand 6 således vil blive taget til følge.

Efter overtrædelsens karakter er det på det foreliggende grundlag endvidere klagenævnets vurdering, at overtrædelsen vil medføre annullation af tildelingsbeslutningen, og at påstand 8 således vil blive taget til følge.

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

Vedrørende betingelse nr. 2 (uopsættelighed) bemærker klagenævnet, at betingelsen om uopsættelighed som klar hovedregel efter praksis ikke er til hinder for, at der tillægges en klage opsættende virkning, hvis klageren ikke har afgivet tilbud, fordi det blev anset som formålsløst som følge af ulovlige udbudsbetingelser. I et sådant tilfælde har klageren ikke umiddelbart lidt et tab, og derfor kan krænkelsen ikke repareres med erstatning.

Det anførte gør sig tilsvarende gældende i denne sag, hvor uklarheden om antallet af referencer, som var påkrævet for at kunne blive prækvalificeret, har afholdt Icomera AB – og eventuelt andre potentielle ansøgere – fra at ansøge om prækvalifikation.

Betingelse nr. 2 om uopsættelighed er derfor også opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 3 (interessevejning) bemærker klagenævnet, at ved ydelser omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet vil en interesseafvejning ofte kunne tænkes at falde ud til, at en klage ikke tillægges opsættende virkning, skønt betingelserne om fumus boni juris og uopsættelighed er opfyldt, fordi indklagedes interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, vejer tungere end klagerens interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning.

I det foreliggende tilfælde, hvor der allerede er Wi-Fi i togene, finder klagenævnet imidlertid, at også en afvejning af parternes interesser fører til, at klagen skal tillægges opsættende virkning.

Betingelse nr. 3 er derfor også opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor klagen opsættende virkning.

Afgørelsen om opsættende virkning betyder, at DSB ikke må underskrive kontrakt.

Herefter bestemmes:

Klagen afvises ikke som følge af manglende klageberettigelse.

Klagen tillægges opsættende virkning.

Hanne Aagaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig