

K E N D E L S E

Bombardier Transportation Denmark A/S
(advokat Per Stig Jakobsen og advokat Anders Christensen, København)

mod

Lokalbanen A/S
(advokat Anette Ryde og advokat Cathrine Bogason, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 13. marts 2003 udbød indklagede, Lokalbanerne A/S, som udbud efter forhandling efter direktiv 93/38 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, som ændret ved direktiv 98/4 (Forsyningsvirksomhedsdirektivet) en rammeaftale vedrørende enten køb eller operationel leasing af op til 60 dieseltogsæt, herunder dokumentation, udvidet uddannelse, reservedele og andet nødvendigt og sædvanligt udstyr til togsættene og deres betjening samt specialudstyr til vedligeholdelse af togsættene. Det var i udbudsbetingelserne oplyst, at det påtænkes umiddelbart efter indgåelsen af rammeaftalen på grundlag af rammeaftalen at indgå aftale om levering af ca. 30 dieseltogsæt. Det var endvidere i udbudsbekendtgørelsen oplyst, at ordregiveren ønskede at indhente tilbud på både køb og leasing af togsættene for på baggrund af de modtagne tilbud at kunne vurdere, om det vil være økonomisk mest fordelagtigt at købe eller at lease dieseltogsættene. Udbudet blev gennemført med henblik på indkøb af tog til 1) Nordjyske Jernbaner A/S, 2) Odsherreds Jernbane A/S, 3) Høng-Tølløse Jernbane A/S, 4) A/S Lokalbanen, 5) Vemb-Lemvig-Thyborøn Jernbane A/S, 6) A/S Hads-Ning Herreders Jernbane og 7) Hovedstadens Lokalbaner A/S. Lokalbanen A/S har forestået udbudet på de 7 selskabers vegne.

Indklagede prækvalificerede den 2. maj 2003 8 virksomheder til at afgive tilbud, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 23. juni 2003 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

- A. Angel Trains International Limited.
- B. Alstom LHB GmbH.
- C. Siemens AG.
- D. Bombardier Transportation Denmark A/S.
- E. Hannover Mobilien Leasing GmbH og Co. KG.
- F. VR-Leasing AG.

Tilbudene fra tilbudsgiverne D, E og F blev den 10. juli 2003 afvist, fordi de ikke opfyldte udbudsbetingelserne, og tilbudet fra tilbudsgiver A blev den 18. juli 2003 afvist, som en følge af afvisningen af tilbudet fra tilbudsgiver D. Indklagede skulle herefter gennemføre udbudet efter forhandling på grundlag af tilbudene fra tilbudsgiverne A, B og C¹. Det er oplyst, at forhandlingerne endnu ikke er påbegyndt.

Den 23. juli 2003 indgav klageren, Bombardier Transportation Denmark A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Lokalbanen A/S. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse den 23. juli 2003 anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 7. august 2003 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 21. oktober 2003.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsrettens ligebehandlingsprincip ved den 10. juli 2003 at afvise klagerens tilbud, fordi tilbudet ikke opfylder mindstekravet i udbudsbetingelserne om et PTO (preliminary takeover) /FTO (final takeover) system, uagtet klagerens tilbud opfylder dette mindstekrav i udbudsbetingelserne.

¹ Senere tilføjelse: Henvisningen til A er urigtig og skyldes en fejl.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsrettens ligebehandlingsprincip ved den 10. juli 2003 at afvise klagerens tilbud, fordi tilbudet indeholdte forbehold i forhold til udbudsbetingelsernes krav om et PTO (preliminary takeover) /FTO (final takeover) system, uagtet tilbud under udbud efter forhandling ikke kan afvises på grund af forbehold.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsrettens ligebehandlingsprincip ved den 10. juli 2003 at afvise klagerens tilbud, fordi tilbudet ikke opfylder mindstekravet i udbudsbetingelserne om en generel 2-årig garanti, uagtet klagerens tilbud opfylder dette mindstekrav i udbudsbetingelserne.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 3)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsrettens ligebehandlingsprincip ved den 10. juli 2003 at afvise klagerens tilbud, fordi tilbudet indeholdte forbehold i forhold til udbudsbetingelsernes krav om en 2-årig garanti, uagtet tilbud under udbud efter forhandling ikke kan afvises på grund af forbehold.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk. 2, ved ikke i udbudsbetingelserne at anføre de 26 fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i prioriteret rækkefølge, uagtet det var muligt for indklagede at anføre dem i prioriteret rækkefølge.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 10. juli 2003 om at afvise klagerens tilbud.

Påstand 7 (subsidiær i forhold til påstand 6)

Klagenævnet skal annullere udbudsforretningen.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Ad påstand 1 - 4

Udbudsbetingelsernes bilag A »Instruktion til tilbudsgiverne« indeholder bl.a. følgende:

»7. Tilbuddene

7.1. Tilbuddenes indhold

.....

7.1.3. Tilbudsgiver skal som udgangspunkt være indstillet på at acceptere de aftalevilkår, som fremgår af udkastet til rammeaftale, jf. udbudsdokument E. Det skal fremgå af tilbuddet, i hvilket omfang aftalevilkårene ikke accepteres.

Hvis tilbudsgiver finder det nødvendigt at tage forbehold for indholdet af udkast til rammeaftale, skal det i tilbuddet nøje anføres, hvori forbeholdet består med henvisning til de(t) relevante punkt(er) i rammeaftalen. Endvidere skal tilbudsgiver i tilbuddet nøje angive den prismæssige konsekvens af sådanne forbehold (besparelser ved at tage forbeholdet/fordyrelsen ved at afvise forbeholdet).

Tilbudet må ikke, jf. pkt. 7.3., indeholde forbehold for følgende vilkår i udkastet til rammeaftale:

- Pkt. 2.2. – Selvstændige købere/leasingtagere
- Pkt. 11 – Værneting og lovvalg

.....

7.1.5. Afgivelse af tilbud på køb af togsæt:

7.1.5.1.

.....

Tilbudsgiver skal som udgangspunkt være indstillet på at acceptere de vilkår, som fremgår af udkast til købekontrakt, jf. bilag F. Det skal fremgå af tilbuddet, i hvilket omfang aftalevilkårene ikke accepteres

.....

Tilbudet må ikke, jf. pkt. 7.3 indeholde forbehold for følgende vilkår i udkastet til købekontrakt:

- Pkt. 7 – Ejendomsret/brugsret til dokumentation
- Pkt. 12 og 13 - Systemet med foreløbig og endelig overtagelse
- Pkt. 20.4 og 20.8 – Generel garanti på to år
- Pkt. 25 og 26 – Økonomiske garantier
- Pkt. 31 – Forsikring
- Pkt. 32 – Værneting og lovvalg.

- Pkt. 33 – Politisk godkendelse.

.....

7.1.6. Afgivelse af tilbud på leasing af togsæt:

7.1.6.1.

.....

Tilbudsgiver skal som udgangspunkt være indstillet på at acceptere de krav, som fremgår af krav til leasingkontrakt, jf. udbudsdokument G. Det skal fremgå af tilbuddet, i hvilket omfang kravene ikke accepteres.

Hvis tilbudsgiver finder det nødvendigt at tage forbehold for kravene til leasingkontrakt, skal det i tilbuddet nøje anføres, hvori forbeholdet består med henvisning til de(t) relevante punkt(er) i udbudsdokument G. Endvidere skal tilbudsgiver i tilbudet nøje angive den prismæssig konsekvens af sådanne forbehold (besparelser ved at tage forbehold/fordyrelsen ved at afvise forbehold).

Tilbuddet må ikke, jf. pkt. 7.3., indeholde forbehold for følgende krav anført i udbudsdokument G:

- Pkt. 3 – Samme køberrettigheder og – beskyttelse som i udkast til købekontrakt (udbudsdokument F), jf. også pkt. 7.1.5.1. ovenfor
- Pkt. 4 – Leasingtagers godkendelse af købsaftalens indhold m.m.
- Pkt. 6 – uigenkaldelig transport af køberrettigheder fra leasinggiver til leasingtager
- Pkt. 7 – Ejendomsretten til det leasede
- Pkt. 10 – Regnskabsmæssig klassifikation som operationel leasing
- Pkt. 11 – Fast leasingydelse
- Pkt. 13 – Retsvirkninger af forsinket betaling
- Pkt. 14 – Vilkår for beregning af moms
- Pkt. 15 – Leasingkontraktens løbetid
- Pkt. 16 – Leasingtagers udnyttelse af køberet
- Pkt. 17 – F.s.v.a. kravet om at leasingkontrakten som udgangspunkt er uopsigelig
- Pkt. 22 - Fastlæggelse af leasinggivers krav til »Material Damage« forsikring
- Pkt. 26 – Leasingtagers overdragelse af leasingkontrakten
- Pkt. 31 – Værneting og lovvalg
- Pkt. 32 – Politisk godkendelse.«

.....

7.3. Ikke-konditionsmæssige tilbud

Tilbud, som indeholder forbehold for ufravigelige vilkår eller krav som beskrevet i pkt. 7.1, vil blive afvist som ikke-konditionsmæssige.«

I indklagedes skrivelse af 10. juli 2003 til klageren hedder det bl.a.:

»On behalf of Lokalbansen A/S, we have now concluded the review of all the tenders submitted and we regret to inform you that your tender does not comply with the tender documents. Consequently, Lokalbansen A/S must reject your tender.

The decision to reject your tender is based on the fact that your tender contains several reservations about indispensable requirements.

Thus, your tender contains the following reservation about Sec. 13 in the draft purchase contract (tender document F):

»Any put of the vehicles into commercial use, revenue or passenger service shall be deemed the acceptance/Final acquisition thereof.«

This implies that it is not possible to use the train sets in a preliminary operation period which is the purpose of the PTO/FTO system. Your tender thus conflicts with the PTO/FTO system to the detriment of the railway companies.

Your tender also contains a reservation about the indispensable requirement of a 2-year general guarantee in Sec. 20.4 of the draft purchase contract (tender document F). The guarantee period in your tender starts with the PTO of the train set instead of the FTO as requested in the tender documents. Consequently, the guarantee period will be shorter than the requested period.«

Ad påstand 1 og 2

Udbudsbetingelsernes bilag F »Udkast til købekontrakt« indeholder i punkt 12 og 13 følgende bestemmelser:

- » 12. Foreløbig overtagelse
 - 12.1. Ved foreløbig overtagelse overtager Køberens alene togsættene foreløbig, bl.a. med henblik på afprøvning af togsættene i daglig drift.
 - 12.2. Togsættene skal være klar til foreløbig overtagelse på de i pkt. 15 angivne tidspunkter, men foreløbig overtagelse kan tidligst ske, når følgende betingelser er opfyldt:
 - a) De ovenfor i pkt. 10 anførte afprøvninger, inspektioner og eventuelle reinspektioner af togsættene er gennemført og godkendt af Køberens,
 - b) Leverandøren har udbedret alle de under egne og Køberens inspektioner og afprøvninger konstaterede fejl og mangler,
 - c) Leverandøren har efter Køberens opfattelse på tilfredsstillende måde dokumenteret opfyldelse af de i denne kontakt fastsatte funktionsbeskrivelser, ydelsesspecifikationer og

- tekniske specifikationer,
- d) Leverandøren har opnået typegodkendelse af togsættet samt leveret den dokumentation, der skal ligge til grund for Køberens opnåelse af ibrugtagningstilladelse fra danske myndigheder til passagerdrift i Danmark.
 - e) Leverandøren har udført eller leveret alle ydelser, som Leverandøren ifølge projektstyringsplanen i bilag 9 skal have udført/leveret før foreløbig overtagelse af det pågældende togsæt.
 - f) Togsættet skal efter sporsætningen være fuldt driftsklart og overalt i rengjort stand.

.....

- 13. Togsættenes endelige overtagelse
 - 13.1. Endelig overtagelse af de enkelte togsæt kan ikke finde sted,
 - a) Før togsættet har været i drift uden væsentlige fejl eller mangler, jf. pkt. 13.2, i en sammenhængende periode på 6 (seks) måneder efter foreløbig overtagelse, og
 - b) før leverandøren efterviser, at alle funktionskrav og ydelses- og andre tekniske specifikationer er opfyldt, og at togsættet i øvrigt er uden fejl og mangler.

Før endelig overtagelse af det sidste togsæt kan ske, skal Leverandøren endvidere have afleveret Dokumentationen i overensstemmelse med kravene i pkt. 5 og bilag 5.
 - 13.2. Ved væsentlige fejl eller mangler i pkt. 13.1. forstås et eller flere af de nedenfor angivne forhold
 - a) at der indtræder nedbrud, der defineres som, at togsættet stopper på strækningen, og at det er nødvendigt at rekvirere et hjælpetog eller at anvende et allerede tilkøbet togsæt for, at det nedbrudte tog kan fortsætte kørslen med den for toget gældende normale fremføringshastighed
 - b) at togsættet ikke inden for en periode på 10 minutter fra afgangstidspunktet i Køberens interne køreplaner kan udgå fra depot, mellemstation, udgangsstationen eller andet ophold, eller at et hjælpetog eller tilkøbet togsæt er nødvendigt for, at kørslen fra det depot, mellemstation, udgangsstationen eller andet ophold kan ske med normal fremføringshastighed,
 - c) at togsættet ikke kan fremføres med fuld funktionalitet, eller at togsættet ikke kan fortsætte rejsen uden gener for passagerne med det resultat, at togsættet af Køberen tages ud af drift,
 - d) at fortsat kørsel med togsættet efter Køberens vurdering vil medføre risiko for skader på rullende materiel eller infrastruktur eller risiko for sikkerheden i almindelighed,
 - e) at der skulle udføres et reparationsarbejde, der ikke udelukkende er nødvendiggjort af udefrakommende faktorer, eller at der skal udføres et hvilket som helst garantiarbejde, hvor-

til der medgår mere end 12 arbejdstimer, eller som medfører, at togsættet er ude af drift i en sammenhængende periode på 72 værkstedstimer eller derover. Værkstedstimer skal forstås som de timer, der medgår, fra togsættet er tilgængeligt fra leverandøren til reparation (enten på værksted eller, såfremt der ikke er behov herfor, på sporet), og indtil togsættet er klar til på ny at blive sat i drift,

f) at der skal udføres flere reparationsarbejder eller garantiarbejder uanset hvilke, der sammenlagt medfører, at togsættet er ude af drift i 120 værkstedstimer eller derover.

13.3. Såfremt der i perioden fra foreløbig overtagelse til endelig overtagelse af et togsæt konstateres »væsentlige fejl eller mangler« i henhold til pkt. 3.3., skal en ny periode på 6 (seks) måneder begynde jf. pkt. 13.1., fra det tidspunkt hvor sådanne fejl eller mangler er blevet udbedret af Leverandøren.

.....

13.5. Umiddelbart inden endelig overtagelse af det enkelte togsæt kan ske, foretager parterne i fællesskab en gennemgang af togsættet med henblik på at konstatere, hvorvidt der på dette tidspunkt foreligger nogen fejl eller mangler, og med henblik på at konstatere, at samtlige funktionskrav og specifikationer er opfyldt.

.....

13.10. I perioden fra foreløbig overtagelse til endelig overtagelse af togsættene har Leverandøren samme garantiforpligtelse med hensyn til udbedring af fejl eller mangler som den, der er gældende i garantiperioden, og Køberen har tilsvarende de samme rettigheder som de, der er gældende ifølge bestemmelserne i pkt. 20.«

En af tilbudsgiverne stillede følgende spørgsmål til indklagede (spørgsmål 47):

»In respect of Section 7.3 of the Instructions to Tenderers, is it the intention of the Purchaser to be legally obliged to reject tenders which contain any reservation against conditions or requirements described in Section 7.1 as indispensable? Such a provision puts both the Purchaser and all tenderers (whether for leasing or direct purchase) in a difficult position because there are some conditions or requirements described as indispensable which fall outside industry norms and which any prudent tenderer would be well advised not to accept. For example, in the FTO provisions of Clause 13 of the draft Purchase Contract, it is stated that FTO would not be granted if during a six month continuous period there should be one train breakdown or one ten minute delay or even, any inconvenience (a subjective and undefined term) to passengers leading to withdrawal of trains. Such requirements make it highly unlikely that

any supplier could achieve FTO, and surely need to be discussed and negotiated. Connected to this requirement are the financial guarantees in Clause 25 of the draft Purchase Contract, which are equally, deemed to be indispensable, but which would apparently only be released on FTO. It is doubtful any bonding company would commit to give a bond with such an uncertain release event, as currently defined. We believe that the negotiated procedure is designed to deal with difficult areas such as those identified, by allowing the parties to negotiate them. In order not to waste time and costs, we ask for clarity of the Purchaser's intentions on this point, and a suitable amendment to the rules allowing comments on the items regarded as indispensable.«

I en skrivelse af 4. juni 2003 fra indklagede til de prækvalificerede tilbudsgiverne besvarede indklagede dette spørgsmål således:

»Tenders which contain reservations about conditions or requirements described in Tender Document A, Section 7.1. as indispensable will be rejected in accordance with Section 7.3.

It is merely the existence of both a preliminary takeover (PTO) and a final takeover (FTO) which is an indispensable condition.

The specific requirements in regard to PTO and FTO can be negotiated.«

Klagerens tilbud af 23. juni 2003 indeholder følgende vedrørende PTO/FTO-systemet omhandlet i punkt 12 og 13 i »Udkast til købekontrakt«:

»Any put of the vehicles into commercial use, revenue or passenger service shall be deemed the acceptance/Final Acquisition thereof. Minor defects or shortcomings shall not prevent the acceptance or entitle the client to refuse the issuance of the CoC, Interim- or Final Acquisition.«

»In any case Final Acquisition shall be deemed to have taken place no later than 8 months after Interim Acquisition.«

Ad påstand 3 og 4

Udbudsbetingelsernes bilag F »Udkast til købekontrakt« indeholder i afsnit 20 »Leverandørens ansvar for fejl og mangler - Garantier« følgende:

- » 20.4. Leverandøren garanterer i en periode på 2 år fra den endelige overtagelse af togsættene for, at de benyttede materialer er fejl- og mangelfri, at det udførte arbejde er fejl- og mangel-

frit, og at det leverede materiel opfylder de i kontrakten indeholdte kravspecifikationer, uanset om arbejdet/leverancen hidrører fra Leverandøren selv eller fra en underleverandør.«

Klagerens tilbud af 23. juni 2003 indeholder følgende vedrørende den generelle 2-årige garanti omhandlet i »Udkast til købekontrakt« punkt 20.4.:

»The warranty period shall be 24 months starting with Interim Acquisition..... .«

Ad påstand 5

Udbudsbetingelserne »A. Instruktion til tilbudsgiverne« afsnit »16.1. Tildelingskriterium« er sålydende:

» Ordregiver vil indgå rammeaftale med den tilbudsgiver, hvis tilbud efter de med tilbudsgiverne foretagne forhandlinger er det økonomisk mest fordelagtige på grundlag af følgende delkriterier:

1. Kapacitet
2. Rejsetid
3. komfort og tilgængelighed
4. Indeklima
5. belysning og information/service
6. Kørekomfort
7. tryghed og sikkerhed
8. tekniske indretninger for passagersikkerhed
9. Design
10. eksternt miljø
11. Teknologivalg
12. teknisk design
13. leverance/sikkerhed
14. afhjælpende sikkerhed
15. arbejdsmiljø i tog
16. arbejdsmiljø i værksted
17. økonomi/investering
18. økonomi/driftsomkostninger
19. Energiforbrug
20. klargøring, op- og nedformering
21. Vedligeholdelse
22. personaleomfang og kvalifikationer
23. reservedeles antal og pris
24. Afledte driftsomkostninger
25. leverandør/virksomhed samt
26. Toiletforhold

Delkriterierne er præciseret i bilag I og er ikke anført i prioriteret

rækkefølge.« (Nummereringen er foretaget af Klagenævnet)

Præciseringen af underkriterierne i bilag I indeholder fra 3 til 41 præciserende beskrivelser af hvert af underkriterierne.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klageren ikke i sit tilbud har taget forbehold over for mindstekravet i udbudsbetingelserne vedrørende PTO/FTO-systemet. Udbudsbetingelserne må forstås således, at kun eksistensen af et PTO/FTO-system er et mindstekrav, hvorimod det nærmere indhold af PTO/FTO-systemet kan forhandles, og klagerens tilbud indeholder intet om, at der ikke skal være et PTO/FTO-system, men kun bemærkninger til indholdet af systemerne og vilkårene for overgangen til FTO. Klageren har herved henvist til, at indholdet af indklagedes besvarelse af spørgsmål 47 bestyrker denne forståelse af udbudsbetingelserne.

Indklagede har gjort gældende, at der i udbudsbetingelserne er foreskrevet et PTO/FTO-system, som indebærer, at togsættene efter PTO, men ikke FTO kan efterprøves i en driftsperiode, at klagerens tilbud indebærer, at enhver anvendelse af togsættene til kommerciel brug, indtjening og passager-service medfører endelig overtagelse af togsættet, og at klagerens tilbud således indeholder et forbehold i forhold til dette ufravigelige mindstekrav.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at klageren ikke i sit tilbud har taget forbehold over for mindstekravet i udbudsbetingelserne vedrørende den generelle 2-årige garanti. Mindstekravet vedrørende den generelle 2-årige garanti må forstås som et krav om en sådan generel garanti, hvorimod de nærmere garantivilkår, herunder fra hvilket tidspunkt garantiperioden skal løbe, kan forhandles.

Indklagede har gjort gældende, at der i udbudsbetingelserne er foreskrevet en generel 2-årig garantiperiode løbende fra den endelige overtagelse, at klagerens tilbud alene indeholder en garanti løbende fra den foreløbige overtagelse, og at klagerens tilbud således indeholder et forbehold i forhold til dette mindstekrav.

Ad påstand 2 og 4

Klageren har i første række gjort gældende, at en udbyder under et udbud efter forhandling ikke er berettiget til at afvise et tilbud, fordi tilbudet indeholder forbehold over for udbudsbetingelserne, da en tilbudsgiver under et udbud efter forhandling er berettiget til at tage forbehold over for alle bestemmelser i udbudsbetingelserne med henblik på, at sådanne forbehold senere kan indgå i forhandlingerne. Klageren har specielt gjort gældende, at dette også gælder forbehold vedrørende bestemmelser, som i udbudsbetingelserne er fastsat som mindstekrav. Klageren har henvist til Klagenævnets kendelse af 18. november 1996, hvor det anføres, »at en tilbudsgiver under et udbud efter forhandling kan tage forbehold over for alle bestemmelser i udbudsbetingelserne, og at sådanne forbehold kan være genstand for eventuelle efterfølgende forhandlinger.«

Klageren har i anden række gjort gældende, at forbeholdene i klagerens første (og eneste) tilbud vedrørende udbudsbetingelsernes krav om et PTO/FTO-system og en generel 2-årig garanti ikke berettigede indklagede til at afvise klagerens tilbud, da klagerens første tilbud alene skulle tjene som grundlag for de efterfølgende forhandlinger, og at indklagede alene ville være berettiget til at afvise klagerens tilbud, hvis også klagerens endelige tilbud efter de gennemførte forhandlinger indeholdt de anførte forbehold.

Indklagede har ikke bestridt, at tilbudsgivere under udbud efter forhandling som udgangspunkt kan tage forbehold overfor udbudsbetingelserne, herunder også forbehold overfor grundlæggende udbudsbetingelser, uden at dette berettiger udbyderen til at afvise tilbudene. Indklagede har imidlertid gjort gældende, at en udbyder med henblik på at foretage en begrænsning af, hvad der skal være genstand for forhandlingerne, er berettiget til i udbudsbetingelserne udtrykkeligt at bestemme, at enkelte af kravene i udbudsbetingelserne – uanset disse kravs indhold – er ufravigelige krav. Indklagede har endvidere gjort gældende, at udbydere er berettiget til at afvise tilbud, som ikke opfylder sådanne fastsatte ufravigelige krav, hvis udbyderen i udbudsbetingelserne udtrykkeligt har bestemt, at tilbud, som ikke opfylder et eller flere af de ufravigelige krav, vil blive afvist.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at det under det aktuelle udbud har været muligt at foretage en prioritering af de 26 fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, og at der ikke vil kunne ske en saglig forsvarlig vurdering af tilbudene i relation til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, hvis alle 26 underkriterier tillægges samme vægt, d.v.s. en vægt svarende til knap 4 %.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke under det aktuelle udbud har været muligt at prioritere de 26 fastsatte underkriterier, som efter deres indhold alle på lige fod må tages i betragtning, når der skal foretages en vurdering af, hvilke af tilbudene der er det økonomisk mest fordelagtige.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet, hvis klageren får medhold i enten påstand 1 eller påstand 3 eller påstand 2 og 4, skal annullere indklagedes beslutning om at afvise klagerens tilbud. Klageren har herved henvist til, at klageren reagerede omgående efter afvisningen, og at indklagede ikke har påbegyndt forhandlingerne med de resterende 2 tilbudsgivere.

Indklagede har oplyst, at indklagede, såfremt Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning om at afvise klagerens tilbud, vil inddrage klageren i forhandlingerne, som forventes påbegyndt på et tidspunkt efter 28. oktober 2003.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet – for det tilfælde, at Klagenævnet ikke annullerer indklagedes beslutning om at afvise klagerens tilbud jf. påstand 6 – skal annullere udbudet, idet udbudet ikke kan gennemføres en forsvarlig måde med de fastsatte 26 underkriterier, uden at disse er prioriterede.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter indholdet af punkt 12 og 13 i udbudsbetingelsernes bilag F »Udkast til købekontrakt« specielt punkt 12.1. og punkt 13.1. har indklagede på utvetydig måde fastsat, at tilbud skal indeholde vilkår om, at der sker »en forløbig overtagelse« af togsættene, at denne foreløbige overtagelse indebærer, at køberen ikke har overtaget togsættene endeligt, samt at den foreløbige overtagelse sker med henblik på afprøvning af togsættene »i daglig drift«, d.v.s. ved at indklagede indsætter togsættene i almindelig passagerdrift (i mindst 6 måneder). Hverken spørgsmål 47 eller indklagedes besvarelse af dette spørgsmål giver grundlag for usikkerhed med hensyn til forståelsen af udbudsbetingelserne på dette punkt. Klageren har i sit tilbud anført følgende: »Any put of the vehicles into commercial use, revenue or passenger service shall be deemed the acceptance/Final Acquisition thereof«. Klageren har herved i sit tilbud taget et utvetydigt forbehold over for det, som efter udbudsbetingelserne er de afgørende faktiske konsekvenser og retsvirkninger af den foreløbige overtagelse, og klageren har således afgivet et tilbud, der ikke opfylder et ufravigeligt krav i udbudsbetingelserne. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Efter indholdet af punkt 20.4. i udbudsbetingelsernes bilag F »Udkast til købekontrakt« skal leverendøren i en periode på 2 år fra endelig overtagelse af togsættene garantere for, at de benyttede materialer er fejl- og mangelfri, at det udførte arbejde er fejl- og mangelfrit, og at det leverede materiel opfylder de kravspecifikationer, der er indeholdt i kontrakten, uanset om arbejdet/leverancen hidrører fra leverendøren selv eller fra en underleverandør. Klageren har i sit tilbud anført følgende: »The warranty period shall be 24 months starting with Interim Acquisition«. Klageren har herved i sit tilbud taget et utvetydigt forbehold over for det anførte krav i udbudsbetingelserne, og klageren har således afgivet et tilbud, der ikke opfylder et ufravigeligt krav i udbudsbetingelserne. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2 og 4

Ved offentligt udbud og begrænset udbud skal udbyderen på grundlag af tilbudsgivernes tilbud foretage en vurdering af, hvilke tilbudsgiver der efter det fastsatte tildelingskriterium skal indgås kontrakt med. Af hensyn til bl.a. overholdelse af ligebehandlingsprincippet påhviler der derfor ved disse

udbudsformer udbyderen en pligt til, dels at afvise tilbud, som ikke opfylder grundlæggende udbudsbetingelser, dels at prissætte forbehold, som vel ikke vedrører grundlæggende udbudsbetingelser, men som dog ikke er uden betydning, såfremt tilbudet ikke afvises på grund af sådanne forbehold. Ved udbud efter forhandling skal tilbudsgivernes tilbud ikke danne grundlag for en beslutning om, hvem der skal indgås kontrakt med, men derimod alene danne grundlag for de forhandlinger med tilbuds-giverne, som skal gennemføres under et sådant udbud. Udbyderen er derfor ikke som ved offentligt udbud og begrænset udbud forpligtet til at afvise tilbud, som ikke opfylder grundlæggende udbudsbetingelser og heller ikke berettiget hertil, ligesom udbyderen ikke som ved offentligt udbud og begrænset udbud er forpligtet til at foretage en prissætning af forbehold, som ikke vedrører grundlæggende udbudsbetingelser, men som dog ikke er uden betydning. Sådanne afvigelser i tilbudene skal indgå i de for-handlinger, som skal gennemføres unde et sådant udbud.

Det påhviler en udbyder i forbindelse med gennemførelsen af et udbud efter forhandling i fornødent omgang i udbudsbetingelserne at fastsætte procedureregler for, hvorledes forhandlingerne skal gennemføres. Med henblik på at sikre en forsvarlig og hensigtsmæssig gennemførelse af disse forhandlinger i overensstemmelse med de fastsatte procedureregler er udbyderen endvidere berettiget til i udbudsbetingelserne at foretage en afgrænsning af, hvad der materielt skal være genstand for forhandlingerne. Dette vil i praksis mest hensigtsmæssigt kunne ske ved, at udbyderen i udbudsbetingelserne udtrykkeligt foreskriver, at visse nærmere præciserede krav i udbudsbetingelserne er ufravigelige, og i udbudsbetingelserne i sammenhæng hermed tillige udtrykkeligt foreskriver, at tilbud, som ikke opfylder disse ufravigelige krav, vil blive afvist. Udbyderen er berettiget til at udpege sådanne nærmere præciserede krav i udbudsbetingelserne som ufravigelige, hvad enten kravet vedrører grundlæggende bestemmelser i udbudsbetingelserne, eller kravet ikke vedrører grundlæggende bestemmelser i udbudsbetingelserne. Det afgørende er, at udbyderen utvetydigt i udbudsbetingelserne har tilkendegivet, at disse krav er ufravigelige og ikke skal være genstand for forhandling. Denne fremgangsmåde sikrer overholdelse af det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip, ligesom den sikrer overholdelsen af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip, forudsat at udbyderen ikke udvælger krav i udbudsbetingelserne som ufravigelige, som i den konkrete situation vil kunne indebære en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

Som anført ad påstand 1 har indklagede i udbudsbetingelserne udtrykkeligt fastsat kravet om foreløbig overtagelse af togsættene bl.a. med henblik på afprøvning af togsættene i daglig drift som et ufravigeligt krav, ligesom indklagede i udbudsbetingelserne udtrykkeligt har anført, at tilbud, som ikke opfyldte dette ufravigelige krav, ville blive afvist.

Som anført ad påstand 3 har indklagede i udbudsbetingelserne udtrykkeligt fastsat kravet om en garantiperiode på 2 år fra endelig overtagelse som et ufravigeligt krav, ligesom indklagede i udbudsbetingelserne udtrykkeligt har anført, at tilbud, som ikke opfyldte dette ufravigelige krav, ville blive afvist.

Det følger af det anførte, at påstand 2 og 4 ikke tages til følge.

Ad påstand 5

Klagenævnet har gennemgået de 26 underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, som er fastsat i udbudsbetingelserne, og den uddybning af disse underkriterier, som ligeledes er en del af udbudsbetingelserne. Klagenævnet har imidlertid hverken foretaget en vurdering af hensigtsmæssigheden af et så stort antal underkriterier eller foretaget en vurdering af hensigtsmæssigheden af de enkelte underkriterier under det aktuelle udbud.

Klagenævnet har derimod foretaget en gennemgang af de 26 underkriterier med henblik på en vurdering af, om indklagede på baggrund af, at der er tale om indkøb af ca. 60 dieseltogsæt til et meget betydeligt beløb, har kunnet foretage en vis prioritering af underkriterierne i stedet for som sket at nøjes med at beslutte, at de 26 underkriterier alle har samme vægt. Det er Klagenavnets konklusion, at indklagede under hensyn til beskaffenheden af det aktuelle indkøb havde mulighed for at foretage en vis prioritering af de 26 underkriterier, i hvert fald således at underkriterierne var blevet opdelt i grupper, og således at ikke de enkelte underkriterier, men de pågældende grupper af underkriterier var blevet prioriteret indbyrdes.

Indklagede har således handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk. 2, og påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 6

Det følger af det anførte ad påstand 1-4, at denne påstand ikke tages til følge.

Ad påstand 7

Overtrædelsen af Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk. 2, giver ikke grundlag for at annullere udbudet.

Herefter bestemmes:Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk. 2, ved ikke i udbudsbetingelserne at have anført de 26 fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i prioriteret rækkefølge, uagtet det var muligt for indklagede at anføre dem i prioriteret rækkefølge.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1 – 4, 6 og 7.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig