

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Michael Jacobsen, Kaj Kjærsgaard)

J.nr.: 2007-0013487

7. november 2007

K E N D E L S E

SJ AB

(advokat Andreas Christensen, København)

mod

Trafikstyrelsen for jernbane og færger

(Kammeradvokaten ved advokat Kristian Hartlev)

Ved udbudsbekendtgørelse af 16. december 2005 udbød Trafikstyrelsen for jernbane og færger en kontrakt om den regionale togtrafik på Kystbanen mellem Helsingør, København, Københavns Lufthavn og videre til landegrænsen mod Sverige beliggende på den faste bro/tunnelforbindelse over Øresund. Den udbudte tjenesteydelse er omfattet af Bilag II B (Kategori 18 - Jernbanetransport) til direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet), hvilket indebærer, at udbudet ikke er omfattet af Udbudsdirektivet, dog at Udbudsdirektivets artikel 23 og artikel 35, stk. 4, skal overholdes, jf. udbudsdirektivets artikel 21. Udbudet skete som et udbud med forhandling, hvor afgivelsen af tilbud, forhandlingen med tilbudsgiverne og beslutningen om, hvem der skal indgås kontrakt med, skal gennemføres under overholdelse af de gældende EU-udbudsretlige principper, herunder princippet om ligebehandling, om forbud mod forskelsbehandling og om forpligtelsen til gennemsigtighed. Som tildelingskriterium var fastsat »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Samtidig med dette udbud gennemførte det svenske trafikselskab Skånetrafikken et udbud af den svenske del af togtrafikken på det samlede danske-svensk jernbaneanlæg. Dette udbud blev gennemført koordineret med det danske udbud.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 10. marts 2006 havde følgende virksomheder/konsortier anmodet om at blive prækvalificeret:

1. Arriva Skandinavien A/S
2. Bombardier Transportation Denmark A/S
3. Konsortiet Connex Sverige AB og Connex Danmark A/S
4. DB Regio AG
5. Kystbanen A/S
6. MTR Corporated Limited
7. NSB A/S
8. SJ AB
9. Svenske Tågkompagniet AB.

Den 14. juni 2006 besluttede indklagede at prækvalificere de 9 virksomheder/konsortier bortset fra nr. 2. Udbudsbetingelserne blev udsendt til de prækvalificerede virksomheder/konsortier den 11. september 2006. Ved udløbet af fristen for afgivelse af 1. forhandlingstilbud den 19. februar 2007 var der afgivet tilbud af følgende virksomheder/konsortier:

1. Arriva Skandinavien A/S
3. Konsortiet Veolia Transport Sverige AB (tidligere Connex Sverige AB) og Veolia Transport Danmark A/S (tidligere Connex Danmark A/S)
4. DB Regio AG
5. Kystbanen A/S
- 6 + 8. Et konsortium bestående af nr. 8. SJ AB og nr. 6. MTR Corporated Limited.

Den 27. juni 2007 besluttede indklagede at indgå kontrakt med nr. 5, Kystbanen A/S, hvilket blev meddelt de øvrige tilbudsgivere ved skrivelse af samme dag. Det blev samtidig under det svenske udbud besluttet at indgå kontrakt med Øresundstrafiken AB.

Den 6. juli 2007 indgav SJ AB klage til Klagenævnet for Udbud mod Trafikstyrelsen for jernbane og færger. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 19. juli 2007 besluttede Klagenævnet, at klagen ikke tillægges opsættende virkning. Klagen har været behandlet på møder den 25. september 2007 og den 16. oktober 2007.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1 a

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter ved ikke at afvise tilbudet fra Kystbanen A/S, uagtet at dette tilbud ikke opfyldte kravene i udbudsbetingelserne angående standsningsmønster og tidstabeller, som angives i pkt. 2 i bilag 2, Trafikbetjening, samt appendiks 1-2.

Påstand 1 b

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter ved ikke at afvise tilbudet fra Kystbanen A/S, uagtet at dette tilbud ikke opfyldte kravet i udbudsbetingelserne angående størrelsen af tog, som tilbudsgiverne skulle anvende ved hver tur i den angivne tidstabel, som vist i punkt 5, bilag 2, Trafikbetjening, samt appendiks 3.

Påstand 1 c

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter ved ikke at afvise tilbudet fra Kystbanen A/S, uagtet at dette tilbud ikke opfyldte det krav om at stille mindst 46 togenheder til rådighed, som indklagede fremsatte på forhandlingsmødet den 19. april 2007.

Påstand 2 a

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter ved ved vurderingen af tilbudene at have tildelt tilbudene point på grundlag af en vurdering af tilbudene i forhold til hinanden, hvorved et tilbud, der ikke kan være det økonomisk mest fordelagtige tilbud, vil kunne få afgørende indflydelse på, hvilket tilbud der bliver vurderet som de økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 2 b

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med fællesskabsretten vedrørende indgåelsen af offentlige kontrakter ved ved vurderingen af tilbudene at have tildelt tilbudene point på grundlag af en vurdering af tilbudene i forhold til hinanden, således at vurderingen af tilbudene ikke blev gennemført med den vægtning af de 3 underkriterier, som var

fastsat i udbudsbetingelserne, nemlig 50 % på »pris«, 30 % på »kvalitet« og 20 % på »leveringssikkerhed«.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter ved, efter at tilbudsgiverne havde indleveret deres 1. forhandlingstilbud, at have ændret det tildelingskriterium, der var fastsat i udbudsbetingelserne, idet indklagede ved rettelsesblad nr. 19 af 23. marts 2007 ændrede udbudsbetingelsernes punkt 6.2.1. »Point for kvalitet« og punkt 6.3.1. »Point for leveringssikkerhed«.

Påstand 4 a

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter ved at have fastsat et ulovligt tildelingskriterium i form af »Korrektionsmodel for B-tilbud«, som indebar, at der ved vurderingen af tilbudene blev lagt vægt på forhold, som er uden for tilbudsgiverens og ordregiverens kontrol.

Påstand 4 b

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med fællesskabsretten vedrørende indgåelse af kontrakter ved at fratage tilbudsgiverne adgangen til at klage over den vurdering af tilbudene, som er en følge af anvendelse af »Korrektionsmodel for B-tilbud«.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved ikke at have foretaget tilstrækkelige undersøgelser med henblik på at konstatere, om det skyldes ulovlig statsstøtte fra Den Danske Stat til DSB, at Kystbanen A/S kunne afgive et tilbud, der var urealistisk lavt.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 27. juni 2007 om at indgå kontrakt med Kystbanen A/S.

Påstand 7

Klagenævnet skal annullere Trafikstyrelsens udbud af 16. december 2005 vedrørende trafik på Kystbanen.

Indklagede har vedrørende påstand 1a - 4, 6 og 7 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Indklagede har vedrørende påstand 5 nedlagt følgende påstande:

Principal: Afvisning.

Subsidiært: Klagen tages ikke til følge.

Klageren har meddelt senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Samtidig med, at Trafikstyrelsen traf beslutning om at indgå kontrakt med Kystbanen A/S, traf Skånetrafiken afgørelse om at indgå kontrakt med Kystbanen A/S's svenske samarbejdspartner Öresundstrafiken AB.

Kystbanen A/S ejes af DSB med 75 % og af Öresundstog ApS med 25 %. Öresundstog ApS ejes af DSB med 70 % og af FristGroup med 30 %. Öresundstrafiken AB ejes 100 % af Öresundstog ApS.

Udbudsbetingelserne indeholder i punkt »3. Udbudsforløb« bl.a. følgende om gennemførelsen af udbudet med forhandling:

» 3.4 Forhandling

Forhandling og kontrakttildeling sker under overholdelse af gældende EU-retslige principper, herunder principperne om ligebehandling, forbud mod forskelsbehandling og forpligtelse gennemsigtighed.

Formålet med forhandlingerne er at Trafikstyrelsen, gennem forhandlingerne med tilbudsgiverne, kan søge at få optimeret de afgivne tilbud til at være målrettet Trafikstyrelsens konkrete behov. Det er Trafikstyrelsen der afgør, hvilke temaer der forhandles om. Forhandlingerne vil være koncentreret om styrker og svagheder ved tilbudsgivers tilbud, og forhandlingstemaerne vil tage udgangspunkt i de fastlagte tildelingskriterier.

Forhandlingen gennemføres parallelt for alle tilbud, A og B

.....

3.6 Forhandlingsprocessen

1. forhandlingsrunde

På baggrund af første forhandlingstilbud inviteres alle tilbudsgivere - med undtagelse af tilbud der ikke overholder de fastlagte ufravigelige krav til tilbudsudformningen i pkt. 5.1.1 - til et eller flere separate møder. Møderne kan, såfremt indholdets omfang

kræver det, strækkes over flere dage.

Tilbudsgiverne vil på disse møder få lejlighed til nærmere at præsentere tilbuddene og til at besvare opklarende og andre spørgsmål fra Trafikstyrelsen, ligesom tilbudsgiverne på disse møder vil blive orienteret om fordele og svagheder ved deres tilbud.

Tilbudsgivers eventuelle forbehold vil blive drøftet, ligesom Trafikstyrelsen vil gøre tilbudsgiver opmærksom på, om der er forhold i det første forhandlingstilbud, som Trafikstyrelsen vurderer som forbehold overfor de i udbudsbetingelserne fastlagte ufravigelige krav, jf. pkt. 5.2.

Trafikstyrelsen vil tage referat af alle møderne, og hver tilbudsgiver vil omkring 1 uge efter afholdelse af mødet med Trafikstyrelsen, modtage konkluderende referat fra det møde den pågældende tilbudsgiver selv har deltaget i.

Trafikstyrelsen vil, som en del af en løbende dialog, endvidere efter behov kunne stille skriftlige spørgsmål til tilbudsgiverne.

.....

Inden afslutningen af 1. forhandlingsrunde giver Trafikstyrelsen skriftlig meddelelse til alle tilbudsgivere om tidsfristen for aflevering af justerede tilbud eller endeligt tilbud.

2. forhandlingsrunde

Trafikstyrelsen kan vælge at benytte en 2. forhandlingsrunde, hvor tilbudsgiverne ved 2. forhandlingsrundes start afleverer justerede tilbud. Hvorvidt Trafikstyrelsen vælger at benytte en 2. forhandlingsrunde vil blive meddelt tilbudsgiverne inden afslutningen af 1. forhandlingsrunde og samtidig med den skriftlige meddelelse om tidsfristen for aflevering af justerede tilbud eller endeligt tilbud.

.....

Endeligt tilbud

.....

Trafikstyrelsen vurderer herefter de endelige tilbud og foretager en rangordning af endelige tilbud med henblik på at fremfinde det samlet set økonomisk mest fordelagtige tilbud som nærmere beskrevet nedenfor i afsnit 6.

Det er muligt for Trafikstyrelsen og den vindende operatør efter kontrakttildeling at drøfte og foretage endelige afklaringer vedr. forhold vedrørende Kontrakten indenfor gældende udbudsretlige rammer.«

Indklagede har oplyst, at indklagede, efter at der var gennemført 1. forhandlingsrunde, besluttede ikke at gennemføre en 2. forhandlingsrunde, men

alene at afholde yderligere møder med tilbudsgiverne om bestemte tekniske forhold ved tilbudene. Efter at de tekniske forhold var afklaret, blev tilbudsgiverne anmodet om at afgive deres endelige tilbud, som herefter dannede grundlag for den endelige vurdering.

Ad påstand 1 a, 1 b og 1 c (Tilbudet fra Kystbanen A/S)

I udbudsbetingelserne underbilag 3, »Rullende materiel«, 2.5. er anført følgende om behovet for togsæt til drift, togsæt til driftsreserver og togsæt til værkstedsreserver:

»Operatørens omløbsplaner for den udbudte køreplan danner grundlag for opgørelse af behovet for rullende materiel ved driftsstart. Myldretidstrafikken er dimensionerende for behovsopgørelsen.

Operatøren er forpligtet til at tilrettelægge sine omløbsplaner sådan, at mest muligt rullende materiel er i drift i myldretiden.

Operatøren må påregne at blive fastholdt på det i bilag 15 specificerede behov for værksteds- og driftsreserver gennem hele kontraktperioden.

Operatøren er forpligtet til at anvende alt det materiel til drift, som ikke i bilag er angivet som værksteds- og driftsreserve.«

Indklagede har udarbejdet et notat af 25. juli 2007, hvori der bl.a. er anført følgende:

»...Kystbanen A/S [har] baseret sit B-tilbud til Trafikstyrelsen på, at udbudskøreplanen kan opfyldes med 43 togsæt, hhv. 23 Øresundstogsæt (ET) og 20 IR4-togsæt.

At dette er tilfældet fremgår bl.a. af afsnit 3.1, side 4 og 5 i Kystbanen A/S' B-tilbud (Bilag S), hvor Kystbanen A/S har resumeret sit materielforbrug ved driftsstart i januar 2009. Således fremgår følgende materielforbrug for dansk trafik opgjort i antal togsæt det anførte sted:

Trafiksystem			
Materieltype (Litra)	ET	IR4	I alt
Driftsforbrug	20	19	39
Reserver	3	1	4
Samlet forbrug	23	20	43

Kystbanen A/S har i bilag 2.4-2 i tilbuddet (bilag S for Klagenævnet) i form af omløbsplaner dokumenteret, at det er muligt at gennemføre Ud-

budskøreplanen med 20 ET og 19 IR4. De overskydende togsæt er drifts- og værkstedsreserver.

Projektchef Ole Kien, Rambøll Danmark A/S, har i en erklæring af 16. juli 2007 anført følgende:

»Rambøll har været rådgiver for Trafikstyrelsen i jernbanefaglige spørgsmål gennem hele processen med tilrettelæggelse og gennemførelse af udbudet af trafikken. Rambøll har endvidere deltaget i evalueringen af de indkomne tilbud for så vidt angår trafikal kvalitet og rullende materiel. Rambøll har således også medvirket i vurderingen af materielbeholdningen i tilbudet fra Kystbanen A/S.

Rambølls jernbanefaglige eksperter har under evalueringen vurderet, at den udbudte køreplan vil kunne gennemføres med det i det aktuelle B-tilbud fra Kystbanen A/S indregnede materiel (antal togsæt) – heri indregnet materiel til afvikling af trafikken og til reserver.«

Tomas Weibull, der er funktionsansvarlig for trafik- og togplanlægning i »SJ Division Tågtrafik, Planering« har i en erklæring af 21. september 2007 redegjort for og foretaget en vurdering af to forhold ved Kystbanen A/S' tilbud: manglende driftsreserve i Danmark i morgenmyldretiden og en togvending med sammenkobling i Helsingør mellem kl. 08.37 og 08.44.

Civilingeniør Rolf Torwald, der har fungeret som konsulent for klageren, og som deltog i mødet den 19. april 2007, har i en erklæring af 20. september 2007 bl.a. udtalt, at klageren på grund af Trafikstyrelsens udtalelser på mødet den 19. april 2007 besluttede at tilføre yderligere en enhed som værkstedsreserve og en enhed på grund af trafikbehovet og behovet for fleksibilitet.

Ad påstand 2 a, 2 b og 3 (Vurderingen af tilbudene og ændring af tildelingskriteriet).

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, og at der er fastsat følgende 3 underkriterier:

- | | |
|-----------------------|------|
| A. Pris | 50 % |
| B. Kvalitet | 30 % |
| C. Leveringssikkerhed | 20 % |

Ved anvendelse af underkriterium »A. Pris« skulle anvendes følgende delkriterier:

- a. Prisen på forberedelsesfasen
- b. Prisen på grundpakke 1 og 2
- c. Prisen på grundpakke 1 og 2 i optionsperioden
- d. Prisen for optioner for udvidelse og reduktioner af trafikomfanget, forøgede passagerrettigheder og togfører, jf. bilag 13, afsnit 5-9.

Det er i afsnit 6.1.2. fastsat, at pointgivning for prisen foretages på en skala fra 1 - 10, hvor 10 gives til den laveste pris, og øvrige tilbud tildeles point i forhold hertil efter følgende formel:

$$\text{Tilbuddets point} = 10 \times \frac{\text{laveste tilbuds pris}}{\text{tilbudets pris}}$$

Ved anvendelse af underkriterium »B. Kvalitet« skulle anvendes følgende delkriterier:

- | | |
|--|------|
| a. Trafikal kvalitet
(med 4 under-delkriterier) | 42 % |
| b. Materiel, klargøring og vedligehold
(med 2 under-delkriterier) | 18 % |
| c. Stationer
(med 2 under-delkriterier) | 10 % |
| d. Salg og passagerservice
(med 4 under-delkriterier) | 30 % |

Der er endvidere i afsnit »6.2.1. Point for kvalitet« fastsat følgende:

»Hvert delkriterium tildeles point fra 1 til 10 ud fra en samlet vurdering af kvaliteten af den del af tilbuddet, der vedrører det pågældende delkriterium. Karakteren kan også gives med halve point, dvs. med intervaller på 0,5. Ved pointtildeling på hvert delkriterium gives karakteren 10 til den eller de bedste tilbud.

Øvrige tilbud pointgives relativt i forhold til, hvor tilbudet er placeret sammenlignet med det eller de bedste tilbud. Således gives f.eks. karakteren 9 til tilbud, der er næsten lige så gode som det eller de bedste tilbud og karakteren 1 gives til tilbud, som er meget ringere end det eller de bedste tilbud.

F.eks. for underkriteriet trafikale kvalitet gives point for de 4 delkriterier. Det samlede antal point for underkriteriet trafikale kvalitet opgøres ud fra

de point der er givet på de 4 delkriterier. Disse point vægtes derefter med de for hvert delkriterium angivne vægte. Karakteren på underkriterierne angives med fire decimaler på baggrund af de sammenlagte vægtede point vægtet med underkriteriets egen vægt.«

Ved anvendelse af underkriterium »C. Leveringssikkerhed« skulle der anvendes følgende kriterier:

- | | | |
|----|--|------|
| a. | Personale
(med 3 under-delkriterier) | 50 % |
| b. | Forberedelsesperiode
(med 3 under-delkriterier) | 25 % |
| c. | Operatørorganisation
(med 3 under-delkriterier) | 25 % |

Der var endvidere i afsnit »6.3.1. Point for leveringssikkerhed« fastsat følgende:

»Pointgivning for leveringssikkerhed følger den ovenfor under kvalitet pkt. 6.2.1, angivne fremgangsmåde.«

I indklagedes referat af mødet med klageren den 19. april 2007 hedder det bl.a.:

»Mødet har alene til formål at afklare hvorvidt Trafikstyrelsen mener, at tilbudsgiver hvad angår ansvar for tilvejebringelse af materiel har forstået hensigten med grundlaget for afgivelse af endeligt tilbud, udsendt 27. marts 2007. Konkret vil tilbudsgivers fremsendte materiale blive vurderet i forhold til enkelte underkriterier under tildelingskriteriet Kvalitet, men ikke i forhold til tildelingskriteriet Pris.«

Referatet indeholder herefter anmodning fra indklagede til klageren om tilbagemelding vedrørende tilbudet med hensyn til 9 nærmere beskrevne tekniske spørgsmål, hvorefter referatet afsluttes således:

»Det er overordnet Trafikstyrelsens indtryk, at SJ/MTR har forstået tilbudsgivers ansvar vedr. tilvejebringelse af rullende materiel.

.....

Trafikstyrelsen gjorde opmærksom på, at der ikke vil blive afholdt flere forhandlingsmøder og evt. uafklarede spørgsmål derfor skal håndteres skriftligt.«

Peter Poromaa, Stockholm, der er fil. dr. i Datavetenskap, Parallella Beräkningar, Numeriska Analys, har i en erklæring af 21. september 2007 konkluderes følgende: Vurderingsmodeller, som sammenligner pris med laveste pris og eller kvalitet med højeste kvalitet, er ikke gennemskuelige og forudsigelige, og de indfrier ikke løftet om at give pris og kvalitet den fastsatte betydning, og indebærer, at der tages hensyn til uvedkommende faktorer. Dette medfører, at det endelige pointtal ikke afspejler, hvor godt eller dårligt et tilbud er.

Indklagede har oplyst, at indklagede på baggrund af den kendelse, som Klagenævnet for Udbud den 12. februar 2007 afsagde i sagen Dansk Høreteknik A/S mod Københavns Kommune, besluttede at foretage ændringer i det tildelingskriterium, der var fastsat i udbudsbetingelserne. Indklagede udsendte derfor den 23. marts 2007 rettelsesblad nr. 19, der indeholder følgende nye afsnit til afsnit »6.2.1. Point for kvalitet« i udbudsbetingelserne, således at dette afsnit erstatter det tidligere afsnit 6.2.1. På grund af henvisningen i afsnit 6.3.1, vedrører ændringen også »Point for leveringssikkerhed«:

»Opdatering af Tilbudsgrundlag

Tilbudsgrundlagets pkt. 6.2.1. Point for kvalitet erstattes med nedenstående tekst. Der er tale om en præcisering. Præciseringen skyldes, at der pga. en kendelse af 12. februar 2007 fra Klagenævnet for Udbud er opstået usikkerhed omkring pointmodellen vedrørende kvalitet og leveringssikkerhed. For at fjerne denne usikkerhed har Trafikstyrelsen drøftet sagen med Konkurrencestyrelsen, som har fået nedennævnte præcisering til gennemgang, hvorved bemærkes, at Konkurrencestyrelsen har godkendt præciseringen efter sit indhold.

[6.2.1. Point for kvalitet]

»Hvert delkriterium tildeles fra 1 til 10 ud fra en vurdering af den del af tilbuddet, der vedrører det pågældende delkriterium. Der kan gives halve point mellem 1 til 10 (fx 1,5 point). Ved pointtildelingen på hvert delkriterium gives karakteren 10 til det eller de tilbud, der vurderes at opfylde det pågældende delkriterium på udmærket vis. Karakteren 1 gives til det eller de tilbud, der alene vurderes at opfylde de ufravigelige krav, og som ikke indeholder elementer, der kan tillægges positiv betydning i henhold til det pågældende delkriterium. Tilbud, der ikke tildeles 10 point eller 1 point, tildeles et pointtal mellem 9½ og 1½ afhængig af, hvordan tilbuddet i relation til det pågældende delkriterium vurderes at være placeret mellem yderpunktet »vurderes at opfylde det pågældende delkriterium på udmærket vis« og yderpunktet »alene vur-

deres at opfylde de ufravigelige krav, og som ikke indeholder elementer, der kan tillægges positiv betydning i henhold til det pågældende delkriterium

Efter karaktergivningen, jf. ovennævnte afsnit, regnes hver enkelt karakter for hvert delkriterium om til en 10-punktskala, således at tilbuddet/tilbuddene med det/de højeste karakterer på det enkelte delkriterium får den omregnede karakter 10, mens de resterende tilbud får en omregnet karakter, der svarer til forskellen mellem tilbuddets karakter og den karakter, som tilbuddet/tilbuddene med den højeste karakter blev tildelt i forbindelse med karaktergivningen i henhold til ovennævnte afsnit. Omregningen sker på baggrund af følgende formel, idet der anvendes op til 1 decimal (afrundet til nærmeste 0,5 eller 1):

Omregnet karakter på det enkelte delkriterium = $10 \cdot (\text{tilbuddets karakter} / \text{højeste karakter})$.

Ad påstand 4 a og 4 b (Lovligheden af korrektionsmodellen)

I Trafik- og Energiministeriets aktstykke af 24. juli 2006 til Folketingets Finansudvalg hedder der:

»Øresundstogene drives i dag af DSB i et tæt praktisk samarbejde med det statslige svenske jernbaneselskab SJ. DSB's tog fortsætter i SJ-regi på svensk strækning til Malmø og en række andre sydsvenske destinationer inden for rammerne af Skånetrafikens kontrakt med SJ. Skånetrafiken er trafikkøber i Skåne len.

Skånetrafiken skal udbyde sin del af Øresundstogs systemet, hvilket har aktualiseret beslutningen om et samtidigt udbud af den danske del.

Samarbejdsaftale med Skånetrafikken

De to trafikkøbere vil udbyde trafikopgaven på dansk og svensk side i to adskilte udbud, som er tidsmæssigt og indholdsmæssigt koordineret. Som grundlag for relationen mellem de to trafikkøbere er der opstillet en samarbejdsaftale mellem Trafikstyrelsen og Skånetrafiken. Aftalen danner rammen for relationen mellem Trafikstyrelsen og Skånetrafiken om selve udbuddet og den efterfølgende udøvelse af trafikkøberopgaven i kontraktperioden.

Aftalen fastlægger også de økonomiske relationer mellem parterne. Trafikstyrelsen er ansvarlig for økonomien på den danske side af Øresund afgrænset ved midten af Øresundsforbindelsen og afholder gennem sin kontrakt med den vindene operatør alle omkostninger og modtager alle indtægter fra passagererne.

Aftalen regulerer de økonomiske mellemregninger, der er nødvendige som følge af, at midten af Øresund ligger 2,5 km vest for landegrænsen.

Aftalen fastsætter, at Trafikstyrelsen og Skånetrafiken er ansvarlige for indsættelse af det nødvendige antal togsæt i Øresundstrafikken, og den angiver en metode til beregning af, hvor mange togsæt de to parter er forpligtet til at indsætte i trafikken, samt hvordan en ubalance mellem indsatsen af danske og svenske tog skal afregnes. Der er i aftalen taget forbehold for de bevilgende myndigheders godkendelse af evt. anskaffelse af nye tog, såfremt dette skulle vise sig nødvendigt i kontraktperioden.

Aftalens principper for økonomien svarer i al væsentlighed til den hidtil gældende aftale mellem DSB og Skånetrafiken.

.....

Der er aftalt en metode, som sikrer, at vurderingen af tilbud på det danske udbud gennemføres af Trafikstyrelsen alene. For at tage højde for de konsekvenser, som det danske valg af operatør vil øve på svensk side, indføres i den danske pointgivning et korrektionselement, som angiver, hvor meget det sammenhængende tilbud på svensk side (udført af samme operatør eller en samarbejdspartner) afviger fra det bedste tilbud i Sverige. Skånetrafiken oplyser dette korrektionselement til Trafikstyrelsen på grundlag af sin vurdering af de indkomne tilbud i Sverige.

Tilsvarende indregner Skånetrafiken også en korrektion efter sin evaluering ved indregning af oplysninger fra Trafikstyrelsen. Den praktiske betydning vil være, at tilbuddene teknisk vurderes, som om der var tale om et samlet udbud over Øresund, dog således at vægtende på de enkelte vurderingsparametre vil være lidt forskellig på de to sider af Sundet.

Det er muligt at afgive et separat tilbud på trafikken i Danmark hhv. i Sverige, og hvis et separat bud i Danmark eller Sverige er bedst, vil dette vinde, hvorfor det andet land også må vælge et separat tilbud. Et sådant udfald er ikke nødvendigvis optimalt for trafikken samlet set, men en konsekvens af, at der ikke gennemføres et samlet udbud på tværs af landegrænsen, men to separate udbud, der koordineres.

Metoden har været drøftet med EU-Kommissionen, som ikke har haft indvendinger mod at anvende forslaget. Det er dog ifølge Kommissionens vurdering tale om en helt ny metode, der ikke har været afprøvet før, og som derfor alt andet lige kan indebære en forøget risiko for klager over den endelige afgørelse«.

I udbudsbetingelsernes afsnit »1.1. Indledning« er anført følgende:

»Udbuddet gennemføres i samarbejde med Skånetrafiken, som samtidigt udbyder den svenske del af den integrerede togtrafik over Øresund. Udbudsbetingelserne er afstemt med Skånetrafiken med henblik på at sikre harmoni mellem den til dette udbud hørende kontrakt og den til det svenske udbud tilhørende kontrakt. For nærmere oplysninger om Skånetrafikens udbud henvises til Skånetrafiken.

I dette samt det svenske udbud kan tilbudsgiver afgive tilbud baseret på, at tilbudsgiver tildeles kontrakten for den danske del af Øresundstrafikken (A) og/eller afgive tilbud under forudsætning af, at tilbudsgiver - eller en af tilbudsgiver nærmere udpeget prækvalificeret tilbudsgiver - tildeles kontrakten for den svenske del af Øresundstogtrafikken (B), som nærmere beskrevet nedenfor i pkt. 4.2.«

Afsnit »4.2. Afgivelse af tilbud« er sålydende:

»En tilbudsgiver har mulighed for at afgive tilbud under forudsætning af, at tilbudsgiver eller en af tilbudsgiver nærmere angivet prækvalificeret tilbudsgiver i den svenske del af Øresundstogtrafikken vinder i Sverige. Tilbudsgiver kan således indgive til tilbud på den udbudte opgave:

- (A) Et tilbud afgivet under forudsætning af, at tilbudsgiver alene bliver tildelt kontrakten i nærværende udbud og/eller
- (B) Et tilbud afgivet under forudsætning af, at tilbudsgiver – eller en af tilbudsgiver nærmere udpeget prækvalificeret tilbudsgiver – får tildelt kontrakten for den svenske del af Øresundstogtrafikken.

Tilbudsgiver kan selv vælge om tilbud afgives som enten A eller B tilbud, eller om tilbudsgiver både vil afgive et A og et B tilbud.

Ved afgivelse af et tilbud B skal den prækvalificerede tilbudsgiver, som tilbudsgiver forudsætter, får tildelt opgaven i Sverige, være entydigt og klart identificeret.

Et B tilbud kan kun baseres på en angivet samarbejdspart i Sverige som tilsvarende i sit B tilbud har angivet tilbudsgiver som samarbejdspart i Danmark.«

Korrektionsmodellen er i afsnit »6.5. Korrektion og tildeling« beskrevet således:

»Trafikstyrelsen og Skånetrafiken har aftalt en fælles fremgangsmåde til udpegning af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Skånetrafiken og Trafikstyrelsen udveksler resultatet af det samlede pointtal for alle tilbudsgivere og foretager en afsluttende korrektion i henhold til det følgende.

Såfremt et A-tilbud opnår det højeste samlede pointtal jf. pkt. 6.4 i enten Danmark eller Sverige, anses de bedste A-tilbud som de økonomiske mest fordelagtige og kontrakten tildeles i både Danmark og Sverige til det bedste A-tilbud i hvert land.

Såfremt et B-tilbud opnår det højeste samlede pointtal jf. pkt. 6.4 i begge lande gennemføres en korrektion af B tilbuddenes samlede pointtal på baggrund af Skånetrafikens evaluering efter følgende fremgangsmåde:

Hvert enkelt B-tilbuds samlede korrigerede pointtal opgøres som det samlede pointtal minus differensen mellem samarbejdspartens tilbuds samlede pointtal og det højeste samlede pointtal et B-tilbud har opnået i Skånetrafikens udbud. Det vil sige, at samlet korrigerede pointtal er:

$$= \text{samlet pointtal} \div (\text{pointtal for bedste B tilbud i [Skånetrafikens] udbud} \div \text{samarbejdspartens samlede pointtal})$$

Det økonomiske mest fordelagtige tilbud er herefter det B-tilbud, der har det højeste samlede korrigerede pointtal efter korrektionen af B-tilbud, dvs. A tilbud kan ikke længere være økonomisk mest fordelagtige, medmindre følgende finder anvendelse:

Et B-tilbud der før korrektionen i sammenligning med et A-tilbud havde et lavere samlet pointtal kan ikke anses som værende økonomisk mest fordelagtigt efter korrektionen. Såfremt dette sker anses det A-tilbud i hvert land der har opnået den højeste samlede pointtal som er det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

6.5.1 Uddybende om korrektion

Korrektionen har til formål at sikre størst mulig sandsynlighed for, at to samarbejdsparter vinder kontrakten, såfremt et B tilbud i begge lande er det økonomisk mest fordelagtige. Konstruktionen har været forelagt EU-Kommissionen.«

Ad påstand 5 (Ulovlig statsstøtte)

Transport og Energiministeriet har i tilslutning til Regnskabsreglement for DSB af 23. juni 2006, der er udstedt i medfør af jernbaneloven (lovbekendtgørelse nr. 1171 af 2. december 2004), med hjemmel i jernbanelovens § 7, stk. 3, fastsat »Konkurrenceretlige vilkår for DSB« af 23. juni 2006, som skal sikre DSB's overholdelse af konkurrenceretlige forhold.

I udbudsbetingelsernes punkt »7.4. DSB's mulighed for at byde« er anført følgende:

»DSB har mulighed for at byde på ydelsen på samme vilkår som enhver anden tilbudsgiver, jf. Jernbanelovens § 8. DSB har i dette udbud valgt at oprette datterselskabet Kystbanen A/S. Det er Transport- og Energiministeriets departement der særligt påser, at DSB – dvs. Kystbanen A/S – konkurrerer på lige vilkår med de øvrige tilbudsgivere, og giver et tilbud der er økonomisk adskilt fra DSB's »forhandlede trafik«.

DSB har ikke medvirket ved formuleringen af kravene i udbudsbetingelserne, eller deltaget i udvælgelsen af de omfattede strækninger.

På følgende områder har DSB deltaget i tilvejebringelsen af udbudsbetingelserne:

ved - på baggrund af Trafikstyrelsens skriftlige spørgsmål - at stille de nødvendige informationer og data til rådighed samt

ved - på baggrund af Trafikstyrelsens detaljerede retningslinier - at udarbejde udkastene til de lejekontrakter, der efterfølgende kan indgås mellem operatøren og DSB. Trafikstyrelsen har i hvert tilfælde godkendt de foreliggende udkast til lejeaftaler, som indgår i dette udbudsmateriale.«

En erklæring af 25. juni 2007 fra KPMG C. Jespersen Statsautoriseret Revisionsinteressentskab til Transport og Energiministeriet indeholder bl.a. følgende:

»Erklæring afgivet af uafhængig revisor på budgetterne til brug for DSB's og FirstGroup's tilbud på Øresundstrafikken og trafikken på Kystbanen.

.....

På grundlag af vores undersøgelse af det bevis, der underbygger forudsætningerne, er vi ikke blevet bekendt med forhold, der giver os anledning til at konkludere, at disse forudsætninger ikke giver et rimeligt grundlag for budgetterne, vis det forudsættes, at de anførte hypotetiske forudsætninger holder. Det er endvidere vores konklusion, at budgetterne er udarbejdet på grundlag af de opstillede forudsætninger og udarbejdet i overensstemmelse med DSB's regnskabspraksis, som er i overensstemmelse med årsregnskabslovens bestemmelser for klasse D-virksomheder.

.....

Erklæring afgivet af den uafhængige revisor om forhold, jf. indledningen ovenfor, i forbindelse med DSB's og FirstGroup's afgivelse af tilbud på Øresundstrafikken og trafikken på Kystbanen.

.....

Under vores arbejde er vi ikke blevet opmærksomme på forhold, der giver anledning til at konkludere, jf. indledningens side 1, at

1. Der er overført statsstøtte fra DSB SOV Øresundstog ApS, Kystbanen A/S eller Øresundstrafikken AB
2. Der er forudsat overført statsstøtte fra DSB til selskaberne Øresundstog ApS, Kystbanen A/S eller Øresundstrafikken AB for at kunne gennemføre tilbuddene på trafikken på Øresundstrafikken og Kystbanen

.....

5. De endelige tilbud, som Kystbanen A/S og Øresundstrafikken AB har afgivet i forbindelse med deltagelsen i udbuddet af Øresunds-

trafikken og trafikken på Kystbanen, ikke giver overskud set over den samlede kontraktperiode

.....

8. DSB's ledelse ikke i forbindelse med fastlæggelse af forudsætninger om overskud har udvist en forretningsmæssig tilgang ved udarbejdelse af tilbuddet, herunder ved håndteringen af de risici og usikkerheder, der knytter sig til budgetternes realisering.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1 a - 5

Der har mellem parterne været enighed om, at reglerne i Udbudsdirektivet – bortset fra bestemmelserne i artikel 23 og artikel 35, stk. 4 – ikke finder anvendelse på det aktuelle udbud, og at denne sag derfor drejer sig om, hvorvidt indklagede som anført i påstand 1 - 5 har handlet på en måde, som er i strid med de almindelige fællesskabsretlige regler om indgåelse af offentlige kontrakter, herunder om der foreligger en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling, princippet om gennemsigtighed og forbudet mod diskrimination. Klagenævnet kan tiltræde denne vurdering, og Klagenævnet skal således ikke vedrørende påstand 2 - 5 tage stilling til, om Udbudsdirektivets artikel 53 er overtrådt, ligesom artikel 55 ikke finder anvendelse ved Klagenævnets vurdering af påstand 5.

Indklagede har i fortsættelse heraf vedrørende samtlige påstande 1 a - 5 gjort gældende, at Udbudsdirektivet ikke gælder for udbudet, at heller ikke principperne i udbudsdirektivets bestemmelser finder anvendelse på udbudet, medmindre der er tale om principper, der kan udledes af Traktaten, og at der allerede som følge heraf ikke foreligger nogen overtrædelse af EU-udbudsreglerne.

Ad påstand 1 a, 1 b og 1 c

Klagerens anbringender:

Klageren har ad påstand 1 a og 1 b gjort gældende, at tilbudet fra Kystbanen A/S ikke opfylder kravene i udbudsbetingelserne, og at indklagede derfor var forpligtet til at afvise tilbudet. Klageren har nærmere anført, at det i udbudsbetingelserne detaljeret er anført, hvilke betjeningsfrekvenser, standsningsmønstre og tidstabeller, tilbudsgiverne skal overholde i deres tilbud, og hvilke togtørrelser tilbudsgiverne skal anvende ved hver tur i tidstabel-

len. Klageren har ikke gjort gældende, at der i udbudsbetingelserne er fastsat et absolut krav om, at tilbudsgiverne skal anvende et bestemt antal togsæt i deres tilbud, men har gjort gældende, at Kystbanen A/S åbenbart har underdimensioneret den driftsplan, der ligger til grund for tilbudet, på en måde, som gør, at kravene til trafik og togstørrelse i udbudsbetingelserne umuligt kan opfyldes. Tilbudet opfylder således ikke udbudsbetingelserne, hvorfor indklagede var forpligtet til at afvise tilbudet. Klageren har understøttet dette anbringende med en detaljeret gennemgang og sammenligning af klagerens eget tilbud og tilbudet fra DB Regio AG på den ene side og tilbudet fra Kystbanen A/S på den anden side.

Klageren har specielt ad påstand 1 c gjort gældende, at tilbudsgiverne har beregnet behovet vedrørende det rullende materiel i samarbejde med indklagede, idet tilbudsgiverne under møderne med indklagede har præsenteret deres forslag til driftsplaner for indklagede, som derefter er kommet med synspunkter på tilbudsgivernes respektive oplæg, at indklagede under disse forhandlinger anvendte kravene i udbudsbetingelserne strengere i forhold til klageren og Arriva Scandinavien A/S, end klageren gjorde i forhold til Kystbanen A/S og at klageren som følge heraf på grundlag af sit møde med indklagede fandt det nødvendigt at udvide sit tilbud til at omfatte ialt 47 togenheder, mens Kystbanen A/S som følge heraf på grundlag af sit møde med indklagede vurderede det således, at udbudsbetingelserne ville være opfyldt med et tilbud omfattende 43 togenheder.

Indklagedes anbringender:

Indklagede har gjort følgende gældende:

A. Fortolkningen af udbudsbetingelserne:

Det fremgår utvetydigt af udbudsbetingelserne, at udbudsbetingelserne ikke indeholder noget krav om et bestemt antal togsæt, hverken til driften, som driftsreserve eller som værkstedsreserve, og at det således alene er en tilbudsgivers omløbsplaner, der er bestemmende for, hvilket behov den pågældende tilbudsgiver har for rullende materiel. Det, der efter udbudsbetingelserne kræves af tilbudsgiverne, er, at kravene i udbudsbetingelserne vedrørende køreplanen og vedrørende belægningskriterierne under den forudsatte vækst i antallet af passagerer skal overholdes, og det er tilbudsgiveren selv, der bestemmer, hvordan disse grundlæggende krav skal opfyldes. En eventuel manglende overholdelse heraf er af kontraktsretslig karakter. En tilbudsgivers behov for togsæt til driften afhænger således af, hvordan til-

budsgiveren har tilrettelagt sine omløbsplaner, herunder hvor effektivt tilbudsgiveren er i stand til at udnytte materiellet, samt hvilken trafikal sårbarhed/robusthed over for forsinkelser tilbudsgiveren vælger at basere sine planer på med henblik på at opnå bonus på driftsstabilitet og kundetilfredshed eller at undgå bod for mangel på driftsstabilitet og kundetilfredshed. En tilbudsgivers behov for togsæt til driftsreserver afhænger af, hvilken grad af sikkerhed tilbudsgiveren ønsker at have for hurtigt at kunne afhjælpe situationer med driftsuregelmæssigheder, herunder nedbrud af rullende materiel i drift, og også dette valg har betydning for tilbudsgiverens mulighed for at opnå bonus på driftsstabilitet og kundetilfredshed eller at undgå bod for mangel på driftsstabilitet og kundetilfredshed. En tilbudsgivers behov for togsæt til værkstedsreserver afhænger af, hvilken vedligeholdelsesstrategi tilbudsgiveren vælger at basere sine planer på, og i det omfang en tilbudsgiver eksempelvis vælger at udføre vedligeholdelsesopgaverne i de omkostningsmæssigt relativt dyre natte- og weekendtimer, er der mulighed for at reducere behovet for værkstedsreserver i myldretiderne. Det følger således af den måde, som udbudsbetingelserne er udformet på, at der ikke af udbudsbetingelserne kan udledes noget bestemt krav til antallet af togsæt, og at der således ikke – som anført af klageren – til opfyldelse af udbudsbetingelserne kræves minimum 47 togsæt.

B. Tilbudet fra Kystbanen A/S:

Indklagede har gjort gældende, at tilbudet fra Kystbanen A/S efter sit indhold opfylder udbudsbetingelserne, idet Kystbanen A/S har dokumenteret, at det ved driftsstart vil være muligt at gennemføre udbudskøreplanen under overholdelse af belægningskriterierne og med den forudsatte vækst i antallet af passagerer med et samlet forbrug af 43 togsæt. Denne vurdering, som er foretaget af indklagedes egne eksperter og ved bistand fra Rambøll Danmark A/S bygger på en grundig analyse af den dokumentation, som Kystbanen A/S har fremlagt vedrørende materialeforbruget i B-tilbudet.

C. Undersøgelsespligt - efterfølgende misligholdelse:

Indklagede har ex tunc gjort gældende, at indklagede ved vurderingen af tilbudet fra Kystbanen A/S har været berettiget til at lægge de oplysninger, som er indeholdt i tilbudet til grund, at der ikke forelå sådanne omstændigheder, at indklagede undtagelsesvis havde pligt til at foretage en undersøgelse af rigtigheden af oplysningerne i tilbudet, samt at det, såfremt det under kontraktsforholdet måtte vise sig, at Kystbanen A/S ikke med de 43 tog kan opfylde udbudskøreplanen under de givne belægningskriterier og med

den forudsatte vækst i antallet af passagerer, er tale om et problem i kontraktsforholdet mellem indklagede og Kystbanen A/S men ikke et forhold af betydning for udbudsproceduren.

Indklagede har på baggrund af det anførte under A om fortolkningen af udbudsbetingelserne særligt ad påstand 1 c gjort gældende, at indklagede selv sagt ikke under forhandlingsmødet med klageren den 19. april 2007 har tilkendegivet, at der som minimum krævedes et bestemt antal togsæt, og at det skyldes klagerens manglende forståelse af udbudsbetingelserne, hvis klageren har opfattet forløbet af forhandlingen således, at der blev oplyst et minimumsantal.

Ad påstand 2 a

Klagerens anbringender:

Klageren har gjort gældende, at den model for tildeling af point, der er fastsat i udbudsbetingelserne, indebærer, at tilbudene vurderes i forhold til hinanden og ikke vurderes hver for sig i forhold til de 3 fastsatte underkriterier, at modellen for tildeling af point ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da udefrakommende faktorer, som ikke vedrører de enkelte tilbud, vil kunne være afgørende for, om det ene eller andet af tilbudene er det økonomisk mest fordelagtige, og at modellen således er i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet. Klageren har herved henvist til Klagenævnet kendelse at 12. februar 2007 – Dansk Høreteknik A/S mod Københavns Kommune.

Klageren har nærmere vedrørende underkriterierne »B. Kvalitet« og »C. Leveringssikkerhed« anført, at udbudsbetingelserne under udbudet blev ændret fra en helt relativ model til en kun delvis relativ model, hvor tilbudene nok i første omgang bliver vurderet i forhold til underkriterierne, men hvor tilbudene efter den ændrede bestemmelse i udbudsbetingelserne efterfølgende bliver omregnet til en relativ pointgivning, hvilket reelt medfører, at tilbudene stadig bliver bedømt i forhold til hinanden.

Klageren har nærmere vedrørende underkriterium »A. Pris« anført, at den relative vurdering af tilbudene, som er fastsat i udbudsbetingelserne, og som ikke blev ændret, også er i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebe-

handlingsprincippet og kan resultere i, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud ikke nødvendigvis bliver identificeret.

Klageren har til illustration af virkningen af den fastsatte evalueringsmodel opstillet konstruerede eksempler, som viser, at vurderingen af 3 tilbud – 2 »gode« tilbud og et »dårligt« tilbud – efter den fastsatte evalueringsmodel fører til, at det afhænger af, hvordan forholdet mellem pris og kvalitet er for det »dårlige« tilbud, om det ene eller det andet af de »gode« tilbud vinder.

Indklagedes anbringender:

Indklagede har i første række gjort gældende, at Udbudsdirektivets artikel 53 ikke finder anvendelse på udbudet, og at påstand 2 a allerede af den grund ikke kan tages til følge.

Indklagede har i anden række gjort gældende, at den evalueringsmodel, der efter ændringen af udbudsbetingelserne foranlediget af Klagenævnets kendelse af 12. februar 2007 nu fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 6.2.1. og 6.3.1., er gennemsigtig for tilbudsgiverne og behandler alle tilbudsgivere lige, at modellen er velegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at indklagede derfor ikke har handlet i strid med de almindelige fællesskabsretlige regler vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter. Indklagede har nærmere anført, at det klart fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 6.2.1. og punkt 6.3.1., at tildelingen af point vedrørende underkriterium »B. Kvalitet« og underkriterium »C. Leveringssikkerhed« sker ved at vurdere de enkelte tilbud i relation til disse 2 underkriterier, og at det først efter, at denne vurdering af tilbudene i relation til disse underkriterier er foretaget, at der sker en ren matematisk opregning, hvor tilbudene med den/de højeste karakterer på det enkelte underkriterium får karakteren 10, mens de resterende tilbud får en omregnet karakter, der svarer til forskellen til tilbudet/tilbudene med den højeste karakter. Vurderingen i første omgang af tilbudene i relation til de 2 underkriterier sker på den måde, at de tilbud, som vurderes at opfylde det pågældende underkriterium »på udmærket vis«, får 10 point, mens de tilbud, der alene vurderes at opfylde de ufravigelige krav, men som ikke indeholder elementer, der kan tillægges positiv betydning i henhold til underkriteriet, får 1 point De resterende tilbud tildeles herefter på grundlag af en vurdering af tilbudene point inden for dette spænd.

Indklagede har endvidere gjort gældende, at heller ikke den model for tilde-
ling af point, der i udbudsbetingelserne er fastsat for vurderingen af tilbu-
dene i relation til underkriterium »A. Pris«, er i strid med de almindelige
fælleskabsretlige regler om indgåelse af offentlige kontrakter. Indklagede
har herved henvist til, at Klagenævnet ved kendelsen af 12. februar 2007
alene har taget stilling til anvendelsen af relevante vurderingsprincipper for
kvalitative underkriterier, og således ikke fastslået, at der ikke i relation til
underkriteriet »pris« må foretages en relativ vurdering af tilbudene. Indkla-
gede har herved henvist til, at det i Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, er
fastsat, at ordregiveres begrundelse til tilbudsgiverne skal indeholde oplys-
ning om »det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele...« samt at
de eksempler, som klageren har konstrueret, er teoretiske og ikke dækker de
faktiske forhold, der forelå under det aktuelle udbud, hvor den fastsatte mo-
del ikke gav anledning til nogen problemer med at identificere det økono-
misk mest fordelagtige tilbud.

Indklagede har endelig anført, at indklagede var tvunget til i udbudsbetin-
gelserne at fastsætte en metode, hvor vurderingen af de enkelte tilbud i rela-
tion til hver enkelt af de 3 underkriterier resulterede i en pointtilde-
ling, og hvor der herefter blev foretaget en samlet beregning af pointene for det en-
kelte tilbud. Dette var også nødvendigt af hensyn til, at det skulle være mu-
ligt at koordinere det danske udbud og det samtidige svenske udbud med
henblik på at sikre, at der blev indgået de kontrakter, som samlet vurderet
var de økonomisk mest fordelagtige kontrakter.

Ad påstand 2 b

Klageren har henvist til det, der er anført ad påstand 2 a, samt yderligere
gjort gældende, at den fastsatte vurderingsmodel tillige indebærer, at den
fastsatte vægtning af de 3 underkriterier ikke bliver fulgt ved vurderingen af
tilbudene.

Indklagede har henvist til det, der er anført ad påstand 2 a, samt yderligere
gjort gældende, at vurderingsmodellen ikke indebærer, at den fastsatte
vægtning af de 3 underkriterier ikke bliver fulgt.

Ad påstand 3

Klagerens anbringender

Klageren har gjort gældende, at indklagede, efter at 5 af de prækvalificerede virksomheder/konsortier inden udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 19. februar 2007 havde afgivet tilbud, ændrede det tildelingskriterium, der var fastsat i udbudsbetingelserne, idet indklagede ved rettelsesblad nr. 19 af 23. marts 2007 ændrede ved tildelingskriteriet i relation til underkriterium »B. Kvalitet« og underkriterium »C. Leveringssikkerhed«, nemlig ved ændring af afsnit 6.2.1. »Point for kvalitet«, at indklagede herved handlede i strid med de almindelige fællesskabsretlige regler om udbud af offentlige kontrakter, samt at indklagede, hvis indklagede ønskede at foretage denne ændring af de fastsatte tildelingskriterium, var forpligtet til at annullere det aktuelle udbud og i stedet gennemføre et nyt udbud.

Indklagedes anbringender

Indklagede har gjort gældende, at rettelsesblad nr. 19 af 23. marts 2007 ikke indebærer nogen ændring af tildelingskriteriet fastsat i udbudsbetingelserne i relation til underkriterium »B. Kvalitet« og underkriterium »C. Leveringssikkerhed«, idet der alene er tale om en præcisering af ændringen i pointmodellens teknik for de 2 underkriterier, at det er væsentligt at være opmærksom på, at der her var tale om udbud efter forhandling, og at denne præcision ikke indebærer nogen overtrædelse af de almindelige fællesskabsretlige regler om indgåelse af offentlige kontrakter.

Ad påstand 4 a

Klagerens anbringender

Klageren har ikke gjort gældende, at »korrektionsmodel for B-tilbud« ikke er tilstrækkeligt beskrevet i udbudsbetingelserne, herunder i rettelsesbladene, men klageren har gjort gældende, at den fastsatte »korrektionsmodel for B-tilbud« er uforståelig for tilbudsgiverne og dermed i strid med gennemsigtighedsprincippet, samt at korrektionsmodellen ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klageren har videre gjort gældende, at anvendelsen af »korrektionsmodel for B-tilbud« udelukkende er baseret på oplysninger, som ikke findes i tilbudene, men på oplysninger, som stammer fra andre tilbud.

Indklagedes anbringender

Indklagede har gjort gældende, at »korrektionsmodel for B-tilbud« er gennemsigtig for tilbudsgiverne, at korrektionsmodellen medfører, at alle tilbudsgivere bliver behandlet lige, samt at modellen er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Indklagede har nærmere oplyst følgende om »korrektionsmodel for B-tilbud«: Korrektionsmodellen omfatter alle 3 underkriterier, og den anvendes, når de 2 ordregivende myndigheder hver for sig har fået tildelt point i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Korrektionsmodellen er en matematisk model, der ikke indeholder nogen form for skønsmæssig vurdering og derfor er fuldt gennemsigtig. Korrektionsmodellen er videre indrettet således, at A-tilbud og B-tilbud konkurrerer på lige fod, og alle 4 prækvalificerede virksomheder/konsortier afgav da også både A-tilbud og B-tilbud. Formålet med modellen var at sikre størst mulig sandsynlighed for, at 2 samarbejdspartnere ville få vurderet deres tilbud som de økonomisk mest fordelagtige, såfremt deres B-tilbud i begge lande var de økonomisk mest fordelagtige tilbud. Uden korrektionsmodellen ville der være en risiko for, at de økonomisk mest fordelagtige tilbud i de 2 lande (inden korrektionen) blev afgivet af 2 forskellige virksomheder/konsortier, og de 2 offentlige ordregivere ville i så fald være nødsaget til at beslutte at indgå kontrakt med de økonomisk mest fordelagtige A-tilbud, selvom disse tilbud bedømt samlet ikke var de økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 5

Klagerens anbringender

Klageren har gjort gældende, at tilbudet fra Kystbanen A/S var et tilbud med en unormal lav pris, at indklagede på denne baggrund var forpligtet til at foretage en undersøgelse af, om årsagen til, at Kystbanen A/S kunne afgive et tilbud med så lav en pris, var, at Den Danske Stat har ydet DSB en ulovlig statsstøtte, som har gjort det muligt for Kystbanen A/S at afgive et tilbud med så lav en pris, at indklagede, hvis indklagede havde foretaget de nødvendige undersøgelser, ville være kommet i besiddelse af oplysninger, som indebar, at indklagede for at opfylde de grundlæggende krav om ligebehandling og fri konkurrence inden for Det Europæiske Fællesskab havde

været forpligtet til at afvise tilbudet fra Kystbanen A/S, samt at indklagede ved ikke at afvise dette tilbud har handlet i strid med de almindelige fællesskabsretlige regler om indgåelse af offentlige kontrakter.

Klageren har herved særligt henvist til den klage om ulovlig statsstøtte fra Den Danske Stat til DSB, som brancheforeningen Dansk Kollektiv Trafik i 2006 har indgivet til Kommissionen vedrørende perioderne 1999-2004 og 2005-2014, samt til Rigsrevisionens konklusioner i en beretning af december 2006 vedrørende anskaffelsen af IC 4- tog, herunder statens udgifter til dækning af omkostningerne i relation til leveringsforsinkelser i forbindelse med IC 4-togene. Klageren har yderligere anført, at Den Danske Stats støtte til DSB ikke er anmeldt til Kommissionen i henhold til reglerne herom i traktaten, at den derfor automatisk er ulovlig statsstøtte, jf. Forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 artikel 1 f samt EF-domstolens dom af 11. juli 1996 i sag 39/94 (Sefi) og EF-domstolens dom af 2. november 1991 i sag C-354/90 (Fnice), og at det som følge heraf slet ikke er nødvendigt at tage stilling til, om statsstøtten eventuelt måtte være forenelig med EF-traktaten som følge af undtagelsesbestemmelsen i artikel 87.

Klageren har afsluttende anført, at også de nationale domstole m.v. spiller en central rolle ved sikringen af, at Traktatens artikel 88, stk. 3, om forbud mod støtteforanstaltninger overholdes, og at det forhold, at en støtteforanstaltning er genstand for en klagesag ved Kommissionen, er uden betydning for de nationale domstoles og for Klagenævnet for Udbuds kompetence, som begge ud fra et almindeligt loyalitetsprincip, jf. Traktatens artikel 10, har pligt til at påse overholdelsen af generelle EU-regler, herunder forbudet mod ulovlig statsstøtte i Traktatens artikel 87.

Indklagedes anbringender

Indklagede har til støtte for sin principale påstand om afvisning gjort gældende, at spørgsmål om statsstøtte ligger uden for Klagenævnets kompetence, da sådanne spørgsmål ikke er af udbudsretlig karakter, men er af statsstøtteretlig karakter, og at Traktatens statsstøtteregler er et særligt retsområde, der varetages af Kommissionen - og i sidste instans af EF-domstolen. Indklagede har herved henvist til Forordning nr. 1191/69 og EF-domstolens dom af 24. juli 2003 i sag C-280/00 (Altmark Trans) særligt præmis 88-93.

Indklagede har til støtte for sin subsidiære påstand om, at klagen ikke tages til følge, i første række gjort gældende, at ligesom Udbudsdirektivets artikel 55 ikke finder anvendelse på udbudet, finder heller ikke principperne i denne bestemmelse anvendelse, og i anden række gjort gældende, at principperne i denne bestemmelse - hvis de finder anvendelse - alene indebærer, at udbyderen har en ret til at afvise et unormalt lavt tilbud, men ikke har nogen pligt til at afvise et sådant tilbud. Indklagede har iøvrigt gjort gældende, at tilbudet fra Kystbanen A/S ikke var et unormalt lavt tilbud. Indklagede har herved særligt henvist til, at tilbudet fra Kystbanen A/S vel var det billigste, men at prisen i det 3. billigste tilbud var kun ca. 20 % højere end prisen i tilbudet fra Kystbanen A/S, og at prisen i det 2. billigste tilbud således ligger endnu tættere på prisen i Kystbanen A/S's tilbud.

Ad påstand 6

Klagerens anbringender

Klageren har gjort gældende, at overtrædelserne omhandlet i påstand 1 a - 5 efter deres beskaffenhed indebærer, at Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Kystbanen A/S.

Indklagedes anbringender

Indklagede har gjort gældende, at eventuelle konstaterede overtrædelser som omhandlet i påstand 1 a - 5 ikke kan begrunde, at Klagenævnet annullerer indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Kystbanen A/S, da det under alle omstændigheder ligger fast, at Kystbanen A/S havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og dette gælder også, hvis alene A-tilbudene vurderes. Indklagede har endvidere henvist til, at annulation vil være i strid med almindelige forvaltningsretlige intensitets- og proportionalitetsbetragtninger.

Ad påstand 7

Klagerens anbringender

Klageren har gjort gældende, at overtrædelserne vedrørende udbudsbetingelserne i påstand 2 - 4 indebærer, at udbudet er fundamentalt gennemført i strid med de almindelige fællesskabsretlige regler om ligebehandling og

gennemsigtighed, at tilbudet er uegnet til at danne grundlag for indgåelse af kontakt, og at Klagenævnet derfor skal annullere udbudet.

Indklagedes anbringender

Indklagede har gjort gældende, at eventuelt konstaterende overtrædelser som omhandlet i påstand 2 - 4 ikke kan begrunde, at udbudet annulleres. Indklagede har herved bl.a. henvist til, at en annulation vil være i strid med almindelige forvaltningsretlige intensitets- og proportionalitetsbetragtninger.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 a, påstand 1 b og påstand 1 c:

Klagenævnet lægger på grundlag af de oplysninger vedrørende udbudsbetingelserne, som begge parter har forelagt Klagenævnet, til grund, dels at udbudsbetingelserne har været tilsigtet udformet som beskrevet af indklagede, dels at udbudsbetingelserne også faktisk er udformet på en sådan måde, at det med fornøden klarhed fremgik, at det er tilbudsgiverens omløbsplaner m.v., der er afgørende for behovet for rullende materiel til drift ved driftsstart. Klagenævnet lægger endvidere efter indholdet af tilbudet fra Kystbanen A/S og efter indklagedes redegørelse for sin vurdering af dette tilbud i forhold til udbudsbetingelserne til grund, at indklagedes vurdering, nemlig at tilbudet opfylder udbudsbetingelserne, er en korrekt vurdering. Klagenævnet bemærker herved, at der ikke har foreligget oplysninger, som har kunnet begrunde, at indklagede undtagelsesvis har haft pligt til at kontrollere rigtigheden af oplysningerne i Kystbanen A/S's tilbud.

Specielt vedrørende påstand 1 c kan Klagenævnet på baggrund af indholdet af udbudsbetingelserne og det oplyste om forhandlingsmøderne, herunder mødet mellem indklagede og klageren den 19. april 2007, fastslå, at indklagede ikke på møderne har tilkendegivet, at der var noget bestemt krav til antallet af togsæt, eller udtalt sig på en sådan måde, at der blev stillet forskellige krav til tilbudsgiverne med hensyn til opfyldelse af udbudsbetingelserne.

Det følger af det anførte, at Klagenævnet ikke tager de 3 påstande til følge.

Ad påstand 2 a og 2 b

Den endelige model for vurderingen af tilbudene i relation til underkriterierne »B. Kvalitet« og »C. Leveringssikkerhed« indebærer, at der for hvert enkelt tilbud sker en vurdering af tilbudet i relation til de 2 underkriterier, og der foreligger derfor ikke nogen overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter. Heller ikke det forhold, at der efter udbudsbetingelserne efterfølgende foretages en ren matematisk opregning med henblik på at gøre vurderingerne af tilbudene sammenlignelige indebærer en overtrædelse af de anførte fællesskabsretlige regler. Klagenævnet har ikke herved taget stilling til, om det er hensigtsmæssigt – eller overhovedet påkrævet – at der tillige i udbudsbetingelserne er formuleret kriterier for, hvilke tilbud der skal have 10 point, og hvilke tilbud der skal have 1 point.

Den fastsatte model for vurderingen af tilbudene i relation til underkriterium »A. Pris« indebærer, at tilbudene vurderes i forhold til hinanden. Som anført af klageren kan denne model under mere ekstreme forudsætninger føre til resultater, som muligt objektivt er uhensigtsmæssige, og som i hvert fald virker uigennemsigtige for tilbudsgiverne. En vurderingsmodel som den anvendte giver under mere normale forhold – og antagelig oftest i praksis – ikke problemer med at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. På baggrund af oplysningerne om den vurdering af tilbudene, som indklagede foretog under det aktuelle udbud, er det Klagenævnets vurdering, at vurderingsmodellen vedrørende underkriteriet »A. Pris« ikke under det aktuelle udbud gav problemer med at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der kan således ikke fastslås nogen overtrædelse af de fællesskabsretlige regler vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter.

Klagenævnet har ikke fundet anledning til under denne sag at foretage en generel vurdering af denne vurderingsmodel.

Det følger af det anførte, at Klagenævnet hverken tager påstand 2 a eller påstand 2 b til følge.

Ad påstand 3

Klagenævnet har sammenholdt den oprindelige bestemmelse i udbudsbetingelsernes afsnit 6.2.1. (og dermed afsnit 6.3.1.) med den ændrede bestem-

melse i afsnit 6.2.1. (og dermed afsnit 6.3.1.), og Klagenævnet har herefter ikke grundlag for at fastslå, at den skete ændring indebærer en overtrædelse af fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at ændringen er foretaget under et udbud, der ikke er omfattet af Udbudsdirektivet, og under et udbud, hvor ordregiveren har besluttet en udbudsform, der indeholder forhandling mellem ordregiveren og tilbudsgiverne, og som derfor forudsætter muligheder for ændringer af udbudsbetingelserne, som ikke tillades under udbud efter Udbudsdirektivet. Klagenævnet har endvidere tillagt det en vis betydning, at det er mindre sandsynligt, at tilbudsgiverne ved udformningen af deres første tilbud og deres endelige tilbud har tillagt den pågældende pointberegning særlig betydning. Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 4 a

Den fastsatte »korrektionsmodel for B-tilbud« i udbudsbetingelserne er klar og kan efter sit indhold ikke hos tilbudsgiverne efterlade nogen tvivl om, i hvilke situationer korrektionsmodellen skal anvendes, og hvordan den i de pågældende situationer vil blive anvendt. Korrektionsmodellen indebærer, at forhold ved det svenske udbud kan få indflydelse på, hvem indklagede under det danske udbud skal beslutte at indgå kontrakt med om den danske togdrift, men dette er en uundgåelig følge af, dels at der gennemføres 2 parallelle udbud, dels at indklagede sammen med de svenske udbydere har besluttet, at gennemførelsen af to separate udbud ikke skal indebære en risiko for, at der bliver indgået 2 kontrakter, der samlet bedømt ikke vil medføre den økonomisk mest fordelagtige kontraktsindgåelse. De grundlæggende fællesskabsretlige regler om indgåelse af offentlige kontrakter må fortolkes således, at de ikke hindrer, at offentlige ordregivere, når der - bl.a. på grund af landegrænser - opstår specielle tekniske problemer ved gennemførelsen af udbud forud for indgåelse af kontrakter, kan fastlægge forsvarlige fremgangsmåder med henblik på løsning af sådanne tekniske problemer. På denne baggrund er det Klagenævnets vurdering, at »korrektionsmodel B-tilbud« overholder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og således ikke er i strid med fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter. Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 4 b

Allerede Udbudsdirektivets titel – »Direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter« – indicerer, at direktivet indeholder regler om de procedurer, som skal følges forud for indgåelse af de pågældende kontrakter. Det fremgår da også klart af præamblen til direktivet, at dette er tilfældet. Retsreglerne, der i klagerens påstand 4 b er betegnet som »fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter«, skal varetage de samme hensyn som de hensyn, der ligger bag Udbudsdirektivet. Der er på denne baggrund ingen støtte for det synspunkt, som synes at fremgå af klagerens påstand 4 b, nemlig at de offentlige ordregivere ved udarbejdelsen af udbudsbekendtgørelser og af udbudsbetingelser samt i det hele ved gennemførelsen af udbud, hvad enten udbudet er omfattet af Udbudsdirektivet eller ikke, har en særlig forpligtelse til at tage i hensyn til, hvordan en eventuel efterfølgende klagesag vedrørende det pågældende udbud vil kunne gennemføres. Heller ikke Kontrolldirektivet (direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992) indeholder i kapitel 1 regler, som forudsætter at de offentlige udbydere har en pligt til ved gennemførelse af udbud at tage hensyn til, hvordan en eventuel efterfølgende klagesag vil kunne gennemføres. Kontrolldirektivet kræver alene, at der oprettes kontrolorganer, og at disse kontrolorganer fungerer på en sådan måde, at der ved de efterfølgende klagesager er en effektiv kontrol med overholdelsen af EU-udbudsreglerne i overensstemmelse med kravene i Kontrolldirektivet.

Allerede fordi klagerens påstand 4 b således ikke har noget retligt indhold, tager Klagenævnet ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 5

Som anført af indklagede ligger det uden for Klagenævnets kompetence at tage stilling til, om Den Danske Stat i strid med Traktaten eller med andre fællesskabsretlige regler har ydet statsstøtte til DSB. Det ligger derimod inden for Klagenævnets kompetence at tage stilling til, om en dansk offentlig ordregivende myndighed under et udbud, som ikke er omfattet af Udbudsdirektivet, har handlet i strid med fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter. Det vil kunne tænkes, at der under et udbud foreligger omstændigheder, der viser eller indicerer, at en tilbudsgiver har modtaget

ulovlig statsstøtte, og Klagenævnet vil i en sådan situation efterfølgende kunne skulle tage stilling til, om det må antages, at fællesskabsretten for indgåelse af offentlige kontrakter i en sådan situation kræver en særlig adækvat adfærd fra den offentlige ordregiver side, og om ordregiveren har opfyldt sådanne krav. Klagenævnet tager derfor ikke indklagedes påstand om afvisning til følge.

På baggrund af det, som Klagenævnet har anført ad påstand 1 a og påstand 1 b, er der intet grundlag for at fastslå, at tilbudet fra Kystbanen A/S var et urealistisk lavt tilbud. Allerede som følge heraf tager Klagenævnet ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 6 og 7

Det følger af Klagenævnets resultat vedrørende påstand 1 a – påstand 5, at Klagenævnet ikke tager påstand 6 til følge.

Klagenævnet har i § 6, stk. 1, i lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for Udbud hjemmel til at påbyde en offentlig ordregiver at annullere et igangværende udbud. Formålet med et udbud er at tilvejebringe et grundlag for den offentlige ordregivers beslutning om, hvem der skal indgås kontrakt med. Når en offentlig ordregiver under et udbud på grundlag af udbudsbetingelserne og de afgivne tilbud har truffet beslutning om, hvem der skal indgås kontrakt med, er hovedformålet med udbudet derfor opfyldt. Når beslutning om, hvem der skal indgås kontrakt med, er truffet, vil den relevante sanktion for Klagenævnet være med hjemmel i § 6, stk. 1, at annullere beslutningen om at indgå kontrakt med den pågældende tilbudsiver. Da indklagede ikke herefter kunne »fortsætte udbudet« eller »genoptage udbudet«, har det ikke nogen mening, at Klagenævnet annullerer det afsluttede udbud. Klagenævnet afviser derfor denne påstand.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale omkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig