

K E N D E L S E

ABB A/S
(advokat Majse Jarlov, Hellerup)

mod

Trafikselskabet Movia
(advokat Torkil Høg, København)

Intervenient til støtte for Trafikselskabet Movia

Konsortiet E.On Danmark A/S og Heliox Automotive BV
(selv v/koncernjurist Thomas Andersen Thrane, Frederiksberg)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 131-268648 af 7. juli 2017, der samtidig med udbudsmaterialet blev offentliggjort den 12. juli 2017, udbød Trafikselskabet Movia ("Movia"), som udbud med forhandling med forudgående indkaldelse af tilbud efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en rammeaftale om ladeinfrastruktur i byrummet.

Udbuddet omfattede en aftale om levering, installation og drift af ladeinfrastruktur i byrummet til lejlighedsvis opladning af el-busser samt levering af elektricitet til samme. Rammeaftalen skulle ifølge udbudsbekendtgørelsen starte den 1. december 2017 og slutte den 31. december 2020 med mulighed for forlængelse i op til yderligere 5 gange 1 år.

I udbudsbekendtgørelsen anførtes, at den anslåede værdi af kontrakten var på 50.000.000 kr. eksklusive moms.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 18. august 2017 havde følgende virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. E.On Danmark A/S med ABB A/S som underleverandør.
2. Siemens A/S
3. Konsortiet E.On Danmark A/S og Heliox Automotive BV ("E.On/Heliox")

Den 20. august 2017 besluttede Movia at prækvalificere alle tre virksomheder, der blev opfordret til at afgive bud.

Ved udløb af fristen for afgivelse af første forhandlingstilbud den 15. september 2017 modtog Movia tre tilbud. Frem til den 18. december 2017 blev der afholdt fire forhandlingsrunder, hvor tilbudsgiverne efter hver forhandlingsrunde indleverede et opdateret tilbud.

Ved brev af 20. december 2017 besluttede Movia at tildele kontrakten til E.On/Heliox.

Den 2. januar 2018 indgav ABB A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Movia. ABB A/S fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning.

ABB A/S anmodede samtidig om, at klagenævnet afgjorde sagen materielt i stedet for at træffe afgørelse vedrørende opsættende virkning.

På den baggrund, og da klagenævnet i denne sag har haft mulighed for at fremskynde sagsbehandlingen, har klagenævnet besluttet at imødekomme anmodningen og således træffe materiel afgørelse i sagen i stedet for afgørelse om opsættende virkning.

Klagen har været behandlet skriftligt, og parterne har haft mulighed for at indlevere yderligere afsluttende processkrifter.

ABB A/S har nedlagt følgende påstande:

"Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Trafikselskabet Movia har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU ("Forsyningsvirksomhedsdirektivet") artikel 36 ved at have foretaget en væsentlig ændring af et grundlæggende element i udbudsmaterialet uden gennemførelse af et fornyet udbud på ændrede udbudsvilkår.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Trafikselskabet Movia har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at have tilrettelagt et udbud med forhandling, som indebærer en tilbudsforhandling om det endelige tilbud samt afgivelse af et nyt endeligt tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Trafikselskabet Movia har handlet i strid med Lov om Klagenævnet for Udbud § 3, stk. 1 samt § 2, stk. 2 ved ikke i sin underretning om tildelingsbeslutning af 20. december 2017 at have oplyst en dato for standstill-periodens udløb.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Trafikselskabet Movias tildelingsbeslutning af 20. december 2017 om at tildele den udbudte rammeaftale til konsortiet E.On Danmark A/S og Heliox Automotive BV, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2."

Movia har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 3. januar 2018 meddelt Movias kontraktpart, E.On/Heliox, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

E.On/Heliox har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved e-mail af 11. januar 2018 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at E.On/Heliox kan intervenere i sagen til støtte for Movia.

Klageberettigelse

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

Tilbudsgivere og ansøgere om prækvalifikation eller potentielle tilbudsgivere og potentielle ansøgere om prækvalifikation har den fornødne retlige interesse.

Potentielle underleverandører til tilbudsgivere har som udgangspunkt ikke en selvstændig adgang til at klage til klagenævnet, da de ikke har en konkret og direkte interesse i at få klagenævnets stillingtagen til, om udbudsreglerne er tilsidesat.

En underleverandør, som det på forhånd er fastlagt skal anvendes, kan dog have en tilstrækkelig retlig interesse til at være klageberettiget.

ABB A/S var anført som fast underleverandør til E.On Danmark A/S.

ABB A/S har desuden under sagen gjort gældende, at såfremt finansieringskravet ikke havde været gældende på prækvalifikationstidspunktet, ville ABB A/S have haft mulighed for at målrette organiseringen af sin tilbudsgivende enhed til den udbudte opgave og anmode om prækvalifikation alene i stedet for som underleverandør til E.On.

Der er ikke grundlag for at fastslå, at ABB A/S ikke skal anses for at have været potentiel ansøger om prækvalifikation.

Klagenævnet finder på den baggrund, at ABB A/S har den fornødne retlige interesse i at klage, jf. klagenævnslovens § 6, stk. 1, nr. 1, hvilket heller ikke er bestridt under sagen.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsprocessen blev gennemført elektronisk via udbudssystemet Merzell.

Det stod i udbudsbetingelserne, at rammekontrakten ville blive tildelt til den tilbudsgiver, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud bedømt efter tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor underkriteriet ”økonomi” ville vægte 45%, mens underkriteriet ”driftsperformance” ville vægte 55%.

I udbudsbetingelserne, der blev offentliggjort den 12. juli 2017, var følgende fastsat i pkt. 7.3.2 om ændringer efter indlevering af første forhandlingstilbud:

”Ordregiver kan efter indlevering af første forhandlingstilbud offentliggøre rettelsesblade om eventuelle ændringer af udbudsmaterialet og/eller udsende opdateret/ændret udbudsmateriale. Eventuelle ændringer vil blive gjort tilgængelige via Merccell.

Rettelsesblade vil blive offentliggjort i rimelig tid inden, at tilbudsgiverne skal indsende eventuelle opdaterede forhandlingstilbud hhv. endeligt tilbud.”

I udbudsbetingelsernes pkt. 11.5 om forbehold hed det:

” ...

I første forhandlingstilbud og eventuelle senere forhandlingstilbud tillader Ordregiver ethvert forbehold over for udbudsmaterialet, idet dette tilbud med forbehold anses som tilbudsgivernes oplæg (henholdsvis opdaterede oplæg) til forhandling. Det bemærkes, at der ikke vil blive ført forhandling om mindstekrav (A-krav), og eventuelle forbehold over for mindstekrav (A-krav) skal derfor frafaldes senest i det endelige tilbud.

Eventuelle forbehold overfor grundlæggende elementer i udbuddet skal frafaldes senest i det endelige tilbud.

Bemærk, at Ordregiver tager forbehold for at foretage kontrakttildeling på grundlag af første forhandlingstilbud, jf. pkt. 12.1. Hvis Ordregiver vælger at benytte denne mulighed, vil et første forhandlingstilbud med forbehold for grundlæggende elementer i udbuddet ikke kunne indgå i evalueringen.

...

Ordregiver er forpligtet til at afvise et endeligt tilbud med forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet eller andre forbehold, der ikke af Ordregiver kan prissættes med den fornødne sikkerhed eller er bagatelagtigt.

Mindstekrav anses altid for grundlæggende elementer, hvorfor endelige tilbud med forbehold overfor mindstekrav afvises som ukonditionsmæssige.

...

I stedet for at overveje forbehold opfordres tilbudsgiver til tidligst muligt under spørgsmål/svar-runderne og i forbindelse med forhandlingerne at henlede Ordregivers opmærksomhed på eventuelle u hensigtsmæssige krav af betydning i udbudsmaterialet.

...”

Om deltagelse i forhandlinger og afgivelse af endeligt tilbud stod der i udbudsbetingelsernes pkt. 12:

”12.1 Forbehold for tildeling på baggrund af første forhandlingstilbud

Ordregiver tager forbehold for at foretage kontrakttildeling på baggrund af de modtagne første forhandlingstilbud eller eventuelle senere forhandlingstilbud. Der vil i så fald blive gennemført en evaluering af de første forhandlingstilbud i overensstemmelse med pkt. 13, hvorefter Ordregiver vil meddele sin tildelingsbeslutning. Det understreges således, at Ordregiver under udbuddet har ret, men ikke pligt, til at forhandle.

12.2 Forhandlingsfaser

Formålet med forhandlingsforløbet er at optimere tilbuddene i forhold til Ordregivers udbudsmateriale.

Forhandlingsforløbet omfatter en eller flere faser, idet det understreges, at beskrivelsen af forløbet nedenfor udgør den foreløbige planlægning af forhandlingerne, som Ordregiver forbeholder sig adgang til senere at ændre, herunder afholde flere forhandlingsrunder:

12.2.1 Første forhandlingsrunde

Første fase omfatter en forhandling på grundlag af tilbudsgivernes første forhandlingstilbud. Under forhandlingerne vil Ordregiver give den enkelte tilbudsgiver oplysning om sit syn på forhandlingstilbuddets relativt stærke og svage egenskaber og punkter, hvor forhandlingstilbuddet opfattes som værende i strid med ufravigelige krav i udbuddet. Forhandlingerne kan omfatte alle forhold i forhandlingstilbuddene, herunder pris. Forhandlingerne kan dog ikke omfatte mindstekrav (A-krav) og grundlæggende elementer.

Efter forhandling med tilbudsgiverne opfordrer Ordregiver ved opfordringsskrivelse tilbudsgiverne til at afgive enten opdaterede forhandlingstilbud eller endeligt tilbud inden for en af Ordregiver fastsat frist.

Ordregiver forventer alene at gennemføre én forhandlingsrunde, men kan vælge at gennemføre yderligere runder.

12.2.2 Endeligt tilbud

Udbuddets sidste fase omfatter opfordring fra Ordregiver til tilbudsgiverne om at afgive endeligt tilbud.

Uanset endeligt tilbud forbeholder Ordregiver sig ret til at foretage fornyet forhandling, hvis det findes hensigtsmæssigt.

De endelige tilbud evalueres af Ordregiver ved anvendelse af det for udbuddet fastsatte tildelingskriterium. Ordregiver er inden for udbudsreglernes rammer efter tildelingsbeslutningen berettiget til at gennemføre afsluttende forhandlinger med den valgte tilbudsgiver.”

Om retningslinjerne for evalueringen hed det i udbudsbetingelserne:

”...

13.2.1. Evaluering af økonomi (45%)

...

- i) Der skal angives en pris for køb og montering (grundpris). Denne grundpris kan Movia vælge at betale i form af en indledende betaling. Alternativt kan Movia ved bestilling vælge at betale via løbende faste ydelser i form af grundprisen over 12 år med en årlig rentetilskrivning jf. rammeaftalens afsnit 16. Prisen for drift vil være konstant i perioden på 12 år. Tildelingen tager udgangspunkt i den indledende betaling.

...

De underliggende elementer i Økonomi indgår med følgende vægtning (beregningfaktor/multiplikationsfaktor), idet der alene foretages evaluering af totalbeløbet:

Delkriterium	Grundlag for evaluering	Vægtning
i) Køb, montering og drift	Prislisten, pkt. 1	65 %
150 kW		5 %
300 kW		55 %
450 kW		40 %
ii) Omkostninger til elektricitet	Prislisten, pkt. 2	20 %

iii) Optionspris	Prislisten, pkt. 3	15 %
Opstilling af midlertidig infrastruktur (pris per opstilling)		35 %
Dagsleje af midlertidig infrastruktur (pris per lejedag)		50 %
Merpris for grøn strøm (kr./kWh)		15 %

...”

Udbudsmaterialet bestod tillige af et udkast til rammeaftale med bilag 1-5.

Om priser var det i rammeaftalens pkt. 16 fastsat:

”Movia betaler for Leverandørens ydelser i henhold til priserne anført i Prislisten; dog betaler Operatørerne for elektricitet. Movia hæfter ikke for Operatørernes betaling.

Movia kan i forbindelse med indgåelse af hver Opstillingsaftale vælge, om betaling for opstilling af en Infrastrukturenhed sker som en engangsbetaling eller som løbende ydelser fordelt over Opstillingsaftalens løbetid. Leverandøren opstiller i forbindelse med indgåelse af Opstillingsaftalen en betalingsplan med lige store kvartalsvise ydelser fordelt over Opstillingsaftalens løbetid. Såfremt kontraktforlængelsen på to år ikke anvendes, betaler Movia som et engangsbeløb den resterende to års afskrivning af Infrastrukturenheden (herunder også tilslutningsafgiften), ligesom Movia i øvrigt har køberet i overensstemmelse med pk. 31.

Priserne i Prislisten er i danske kroner, inkl. moms og inkl. øvrige afgifter og gebyrer, som måtte være gældende på tidspunktet for Rammeaftalens underskrift. Priserne i Prislisten omfatter samtlige ydelser, der er nødvendig for levering af de i Rammeaftalen fastsatte ydelser. Leverandøren kan ikke fakturere for ydelser ud over priserne på Prislisten, medmindre det er skriftligt aftalt mellem Parterne og fremgår af en specifik Opstillingsaftale eller anden skriftlig aftale.

...”

I rammeaftalen stod der i pkt. 18 vedrørende fakturering følgende:

” ...

For så vidt angår betaling for Opstilling af Infrastrukturenheder til en buslinje ved engangsbetaling fakturerer Leverandøren Movia når den samlede opstilling for buslinjen er færdiggjort, dog tidligst fra det fastsatte opstillingstidspunkt eller det faktiske idriftsættelsestidspunkt, hvis dette som følge af Leverandørens forhold er senere. Fakturering skal udspecificeres i forhold til den enkelte Infrastrukturenhed og svare nøje til Opstillingsaftalen, herunder det tilbud, der ligger til grund for Opstillingsaftalen, jf. pkt. 6 ovenfor, samt de i kravspecifikationens pkt. 1 angivne priser for gravearbejde. Fakturaen skal udspecificeres i forhold til den enkelte infrastrukturenhed: lademast/effektelektronik, tilslutningsomkostninger, gravearbejde, optioner, uforudsete omkostninger (forurennet jord etc.) og særlige ønsker (f.eks. nedgravning af effektelektronik, længere bæream m.m.).

For så vidt angår betaling for Opstilling af Infrastrukturenheder til en buslinje ved faste løbende ydelser, fakturerer Leverandøren Movia første ydelse når den samlede opstilling for buslinjen er færdiggjort, dog tidligst fra det fastsatte Opstillingstidspunkt eller det faktiske idriftsættelsestidspunkt, hvis dette som følge af Leverandørens forhold er senere. Fakturering skal udspecificeres i forhold til den enkelte Infrastrukturenhed og svare nøje til Opstillingsaftalen, herunder den plan over de løbende ydelser, Leverandøren har opstillet, jf. pkt. 6. Fakturaen skal udspecificeres i forhold til den enkelte infrastrukturenhed: lademast/effektelektronik, tilslutningsomkostninger, gravearbejde, optioner, uforudsete omkostninger (forurennet jord etc.) og særlige ønsker (f.eks. nedgravning af effektelektronik, længere bæream m.m.).

...”

Til rammeaftalen var der som bilag 2 knyttet en prisliste, der skulle udfyldes af tilbudsgiverne, og hvor der skulle tilbydes én grundpris, uanset om Movia måtte vælge betaling i form af engangsbetaling eller som en løbende ydelse over 12 år. Den underliggende vægtning af optioner i bilag 2 svarede til det, der var anført i udbudsbetingelserne.

I den først offentliggjorte opstillingsaftale, der dækkede selve installationen samt en 10-årig serviceaftale med option på forlængelse i yderligere 2 år, stod der blandt andet følgende:

”4. Økonomi og garantistillelse

...

Movia har for denne Opstillingsaftale valgt, at betaling for opstilling af infrastrukturenhederne sker som [vælg mellem: engangsbetaling eller løbende ydelse]”

I en e-mail af 27. juli 2017 fra ABB A/S til E.On stod der:

”...

Kunne man forestille sig, at der er tale om en konstruktion, hvor Movia betaler fuld pris up-front (med mindre optionen på årlige afdrag kommer i spil) men ikke overtager ejendomsretten med henblik på at tilsikre, at "Leverandøren bærer...risikoen for Infrastrukturehedernes hændelige undergang eller beskadigelse og/eller beskadigelse som følge af udefrakommende omstændigheder såsom hærværk, uheld i trafikken, vejrforhold mv."?”

Forud for fristen for ansøgning om prækvalifikation den 18. august 2017 blev der via Merzell stillet en række spørgsmål til udbudsmaterialet, og Movias svar herpå blev uploadet samme sted. Af de stillede spørgsmål var blandt andet følgende:

”Prækva. - Spørgsmål 1 - Movias ejerskab i en periode

11-08-2017

Vil der kunne forhandles om vilkår, hvorefter ejerskabet til ladeinfrastruktur forbliver hos Movia f.eks. indtil og med 2021, således at opstilling af ladeinfrastruktur først efter f.eks. 1. jan. 2022 skal være ejet af byderen?

Baggrund: Udbudsmaterialet angiver ikke et bestemt antal ordrer for kontraktperioden. Ingen forventelige byderes interne procedurer giver i praksis muligheder for at rejse midler til at investere på så kort tid, som kræves for at efterleve udbuddet.

Svar:

Udbudsbetingelserne udelukker ikke, at dette tema kan gøres til genstand for forhandling under udbuddet. De prækvalificerede tilbudsgivere kan via udbudsbilag D rejse spørgsmålet, således at det inddrages under forhandlingerne.

14-08-2017

Prækva. - Spørgsmål 2 - Beløbsmæssig begrænsning af investering

Vil det være konditionsmæssigt at afgive bud med (forhandlet) beløbsbegrænsning af investeringens omfang, f.eks. 7 mio. DKK pr. år?

Baggrund: Udbudsmaterialet angiver ikke et bestemt antal ordrer for kontraktperioden. Ingen forventelige byderes interne procedurer giver i praksis muligheder for at rejse midler til at investere på så kort tid, som kræves for at efterleve udbuddet.

Svar:

En eventuel begrænsning af investeringens omfang kan af de prækvalificerede tilbudsgivere rejses som forhandlingstema under anvendelse af udbudsbilag D, ligesom det kan rejses under spørgsmål/svar forud for tilbudsafgivelse, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 7.2. I udbudsmaterialets nuværende/oprindelige udformning vil et ENDELIGT tilbud, der indeholder forbehold i form af en maksimering af investeringens omfang, ikke blive anset for konditionsmæssigt.

14-08-2017

...”

Ved e-mail af 15. august 2017 kl. 12.01 sendte E.On svarene til ABB A/S.

Efter at de tre ovennævnte ansøgere var blevet prækvalificeret den 20. august 2017, blev fristen for indlevering af første forhandlingstilbud fastsat til den 15. september 2017.

Inden for fristen modtog Movia tilbud fra de tre tilbudsgivere, som der blev afholdt forhandlinger med i den efterfølgende periode.

Forhandlingsmødet med E.On, hvor ABB A/S også deltog, fandt sted den 3. oktober 2017. E.On havde forud for mødet fremsendt en liste over ”forbehold og ønskede temaer for forhandling”. Af pkt. 11 i listen stod, at E.On som forslag til forhandlingstema foreslog ”generelt loft for investering pr. år”. E.On anførte i tillæg hertil, at ”leverandøren bør kunne begrænse sin samlede maksimalinvestering pr. år. Øvrige ordre bør betales ved bestilling.”

Den 11. oktober 2017 blev tilbudsgiverne opfordret til senest den 25. oktober 2017 at indlevere opdaterede tilbud. Det fremgik af brevet, at Movia på

grundlag af de opdaterede tilbud ville gennemføre anden forhandlingsrunde med tilbudsgiverne, og at tilbuddet ikke ville være at betragte som endeligt tilbud.

Inden for fristen den 25. oktober 2017 modtog Movia opdaterede tilbud fra hver af de tre tilbudsgivere, og der blev afholdt separate forhandlinger i perioden fra den 1. november 2017 til den 3. november 2017.

Forhandlingsmødet med E.On, hvor også ABB A/S deltog, blev afholdt den 1. november 2017.

I et i den forbindelse udfærdiget mødereferat stod blandt andet:

”Drøftelse af kapital, leasing, osv.

- Hvis der ikke er loft/begrænsninger på projektet, vil det være svært at få intern godkendelse af deltagelse i projektet pga. det usikre investeringsomfang.
- E.On foreslår, at udbudsmaterialet åbner mulighed for selskabsretlig omstrukturering/spaltning, således at denne aktivitet eventuelt kan udspaltes i en ny juridisk person, hvis det er i overensstemmelse med udbudsreglerne.
- Der blev også drøftet en løsning, hvor finansieringselement overdrages til finansieringsselskab og E.on/ABB fortsætter med drift, vedligehold, osv.; dvs. hvor E.On efter færdiggørelsen af en opstilling af ladestanderne får ret til at overdrage den finansielle del af arrangementet til et leasingselskab, der herefter indgår finansielle leasingaftale med Movia. E.On var positiv over for denne model.”

Efter afslutningen af anden forhandlingsrunde opdaterede Movia den 10. november 2017 en tredje version af udbudsmaterialet på Mercell, hvor der i rammeaftalens pkt. 25 skete en udvidelse, således at leverandøren fik mulighed for at overdrage finansieringselementet til en tredjepart, som herefter indgik finansielle leasingaftale med Movia på forud fastsatte leveringsvilkår. Det blev samtidig tilføjet, at Movia kunne vælge at finansiere ladestanderne via finansielle leasing hos en leasinggiver, som Movia selv valgte. Movia uploadede endelig et udkast til kontraktbilag 6 om leasingvilkår i Mercell.

Samme dag den 10. november 2017 fremsendte Movia et brev af 9. november 2017 til tilbudsgiverne, hvor de blev opfordret til at afgive et opdateret tilbud senest den 27. november 2017. I brevet stod der, at Movia forventede, at det opdaterede tilbud ville være endeligt tilbud. Movia tog dog forbe-

hold for at gennemføre yderligere forhandlingsrunder, hvis Movia fandt det nødvendigt.

Af brevet fremgik endvidere, at Movia ønskede at afholde telefoniske forhandlingsmøder med henblik på alene at gennemgå finansieringsmæssige spørgsmål, herunder bilag 6. I brevet henvises til, at udbudsmaterialet i opdateret form var gjort tilgængeligt, og at der var foretaget ændringsmarkering i version 3. Af brevet fremgik endelig, at Movia på grundlag af de indkomne tilbud ville identificere det økonomisk mest fordelagtigt tilbud og dermed udbudsforretningens vinder, medmindre Movia mod forventning måtte vælge at afholde yderligere forhandlingsrunder.

Den 17. november 2017 afholdt Movia et telefonisk forhandlingsmøde med E.On og Heliox. ABB A/S deltog ikke i mødet.

I et referat fra mødet stod blandt andet, at E.On oplyste, at Jyske Finans ville være deres finansieringsselskab, og at hvis der ikke var leasingmulighed mellem Movia og finansieringsselskabet, ville E.On ikke have mulighed for at byde.

Af advokat Torkil Høgs telefonnotat af 22. november 2017 fremgik følgende:

”Efter aftale med Movia, har DLA Piper Danmark kontaktet tilbudsgiverne i udbud om rammeaftale vedr. ladestandere i byrummet, for at informere om de ændringer, som der forventeligt gennemføres i udbudsmaterialet inden fristen for endeligt tilbud den 5. december 2017. Det opdaterede udbudsmateriale vil senest blive opdateret i Merccell den 24. november 2017.

DLA Piper har oplyst, at Movia påtænker at foretage følgende ændringer i udbudsmaterialet:

- Finansieringselementet ændres således, at leverandøren får sin betaling for ved opstillingen af ladestanderne. Movia vil herefter selv finansiere ladestanderne, formentlig hos KommuneKredit.
- Ændret allokering af risikoen for hændelig beskadigelse. Movia vil forsikringsafdække ladestanderne, hvorved leverandørens risiko begrænses. Leverandøren hæfter dog stadigvæk for kosmetiske skader (dvs. skader uden betydning for funktionalitet samt risikoen for frostvejr.

Alle tilbudsgiverne er positive over for disse ændringer, idet det har været vanskeligt for dem at få finansiering på plads med en finansieringspartner.”

Den 24. november 2017 fremsendte Movia et brev til tilbudsgiverne med følgende indhold:

”...

DLA Piper Denmark har på vegne af Movia gennemført en forhandlingsrunde med de tre tilbudsgivere den 17. november 2017 udelukkende med henblik på at gennemgå finansieringsspørgsmål, herunder bilag 6. Movia har efterfølgende foretaget en række ændringer i udbudsmaterialet, herunder følgende to væsentlige ændringer:

- Finansieringselementet er udgået, jf. rammeaftalens pkt. 25. Som følge heraf er prislisten i kontraktbilag 2 ændret og leasingaftalen i kontraktbilag 6 udgået.
- En forandret allokering af risikoen for hændelig beskadigelse, jf. rammeaftalens pkt. 13 og kontraktbilag 1, krav 8.1 og krav 10.1.

Udbudsmaterialet i opdateret form er tilgængeligt på: www.mercell.dk. Udbudsmaterialet er uploadet i 2 versioner:

...

Fristen for det opdaterede tilbud er den **5. december 2017 kl. 9:00**. I lighed med de første tilbud skal det opdaterede tilbud uploades i Mer-cell.

...Et tilbud, der indeholder forbehold i strid med udbudsbetingelsernes pkt. 11.5, kan således ikke danne grundlag for tildeling og vil alene kunne bevirke fortsat deltagelse i udbuddet, hvis Movia mod forventning beslutter at gennemføre yderligere forhandlingsrunder.

Movia vil på grundlag af de indkomne tilbud identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud og dermed udbudsforretningens vinder ved angivelse af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet med underkriterier, jf. nærmere Udbudsbetingelserne, pkt. 13, medmindre Movia mod forventning måtte vælge at afholde yderligere forhandlingsrunder.

...”

Samme dag, det vil sige den 24. november 2017, blev revideret udbudsmateriale uploadet i Mer-cell.

I de reviderede udbudsbetingelser var det tidligere refererede pkt. 13.2.1 ”Evaluering af Økonomi” pkt. i) udgået og i stedet hed det:

” ...

- i) Der skal angives en pris for opstilling og montering inklusiv standardfundament (grundpris). Grundprisen indeholder ladestander og tekniskskab og monteringen af disse på et fundament. Der skal angives en grundpris for en ladestander, der står i et for tilbudsgiver valgfrit standardinterval (dog mindst 50 cm) fra kantstenen. Intervallet skal angives på bilag 2. Gravearbejde, tilslutningsomkostninger m.v. prissættes særskilt jf. rammeaftalen pkt. 6 samt kravspecifikationen pkt. 1.6. Der skal endvidere angives en pris for driftsomkostninger (service/vedligeholdelse) og reetablering. Reetableringsbeløbet betales af Movia ved bestilling af en infrastrukturenhed, men refunderes til Movia såfremt Movia vælger at overtage infrastrukturen og ikke vælger at foretage reetablering. Reetableringen indgår i tildelingen med 50 %. Tildelingen tager udgangspunkt i prisen (grundpris for opstilling, drift over 12 år og reetablering) uden prisregulering.

...”

I den reviderede rammeaftale hed det i pkt. 18 om fakturering blandt andet:

”For så vidt angår betaling for Opstilling af infrastrukturenheder fakturerer Leverandøren Movia 10 % ved underskrift af Opstillingsaftalen og de resterende 90 % ved Driftsstart. Betalingen af de nævnte 90 % kan dog tidligst ske på den på forhånd fastsatte dato for Driftsstart. Fakturering skal udspecificeres i forhold til den enkelte Infrastrukturenhed og svare nøje til Opstillingsaftalen, herunder det tilbud, der ligger til grund for Opstillingsaftalen, jf. pkt. 6 ovenfor, samt de i kravspecifikationens pkt. 1.6 angivne priser for gravearbejde. ...”

Pkt. 25 i rammeaftalen blev formuleret således:

”25. Finansiell leasing

Movia kan vælge at finansiere opstillingen af Infrastrukturenheder omfattet af en opstillingsaftale via leasing hos en leasinggiver, som Movia selv vælger (f.eks. Kommunekredit). Hvis Movia vælger dette, skal Movia give meddelelse herom til Leverandøren inden Driftsstart for den enkelte Opstillingsaftale. Leverandøren er herefter forpligtet til at ac-

ceptere og medvirke til, at ejendomsretten til Infrastrukturenhederne omfattet af en Opstillingsaftale mod betaling af de i Opstillingsaftalen fastsatte beløb overdrages til den pågældende leasinggiver, som herefter leaser aktiverne til Movia i et direkte aftaleforhold mellem leasinggiver og Movia.

Movia kan på tilsvarende måde vælge at finansiere midlertidige lademaster via leasing hos en leasinggiver, som Movia selv vælger, dvs. således at ejendomsretten til de midlertidige lademaster mod betaling af den i Prislisten fastsatte engangsbetaling overdrages til leasinggiver.

Det understreges, at et leasingarrangement under inddragelse af en af Movia valgt leasinggiver, jf. lige ovenfor, alene har karakter af et finansielt arrangement. Overdragelsen medfører således ingen begrænsninger i Leverandørens forpligtelser i relation til at sikre fuldstændig opfyldelse af Rammeaftalen og tilhørende Opstillingsaftaler i enhver henseende, herunder for så vidt angår opstilling, drift, vedligeholdelse og fejludbedring, opetid mv. af de opstillede Infrastrukturenheder og midlertidige lademaster, ligesom Movia vis-a-vis Leverandøren har de i Rammeaftalen og kravspecifikationen fastsatte beføjelser i tilfælde af, at Leverandøren ikke opfylder alle disse forpligtelser, herunder for så vidt angår bod, erstatning og hæveadgang.”

I opstillingsaftalens pkt. 4 om ”økonomi og garantistillelse” udgik det tidligere vilkår om, at Movia kunne vælge ”engangsbetaling eller løbende ydelser”.

Inden for den fastsatte tilbudsfrist modtog Movia tilbud fra de tre tilbudsgivere.

Efter modtagelsen af tilbuddene besluttede Movia at afholde en telefonisk forhandlingsrunde med tilbudsgiverne, hvilket de modtog besked om ved brev dateret den 7. december 2017 (datoen skulle ifølge Movia rettelig have været den 8. december 2017).

I brevet til E.On stod blandt andet følgende:

”Movia har nu grundigt gennemgået de indkomne tilbud. Det er Movias opfattelse, at tilbuddene på en række punkter er behæftet med visse uklarheder, og at tilbuddene derfor kan og om muligt bør optimeres. Movia har efter grundig overvejelse vurderet, at Movia ikke ønsker at kontrahere på grundlag af tilbud, der på potentielt væsentlige punkter er uklare; uanset Movia har mulighed for at lade sådanne uklarheder komme tilbudsgiverne til skade under tilbudsevalueringen. Movia har

på den baggrund besluttet at gennemføre en yderligere og afsluttende telefonisk forhandlingsrunde med henblik på at afklare konkrete uklarheder i de enkelte tilbud.

Movia ønsker derfor at afholde et telefonisk forhandlingsmøde af en times varighed den 13. december 2017 med hver tilbudsgiver, alene med henblik på at gennemgå forhold i tilbuddene, som fremstår uklare. E.On indkaldes derfor til et sådan telefonisk møde den 13. december kl. 12:00 til 13:00...

Movia understreger, at mødet ikke afholdes for at forhandle udbudsmaterialet, men alene med henblik på at forhandle optimeringer af de respektive tilbud. Movia vil bestræbe sig på at fremsende de specifikke temaer relateret til de enkelte tilbud forud for mødet.

Det forventes, at Movia vil fastsætte en frist til den 18. december 2017, kl. 9:00, inden for hvilken tilbudsgiverne har ret (men ikke pligt) til at opdatere de senest afgivne tilbud. Movia tager dog forbehold for at fastsætte fristen endeligt efter afholdelse af forhandlingsmøderne den 13. december 2017.

...”

Den 12. december 2017 fremsendte Movia til E.On brev vedrørende forhandlingstemaer.

I brevet stod der blandt andet:

”Som nævnt i brev af 8. december 2017, ønsker Movia at afholde en afsluttende forhandlingsrunde med henblik på at afklare konkrete uklarheder i de enkelte tilbud, herunder at forhandle optimeringer af de respektive tilbud.

For så vidt angår E.On's tilbud ønsker Movia at gennemgå følgende specifikke temaer:

- Adgang til liste over "validated vehicles", jf. bilag 1.3.1, standarder?
- Pressemeddelelse om levering til Société de Transport de Laval, jf. bilag 1.3.2 – hvad viser denne?
- Omfanget af reservedelslager, jf. bilag 1.9.2, spare parts strategy?
- Forståelse af bemærkning om "not included" i Maintenance Schedule, jf. bilag 1.9.3, vedligeholdelsesplan?

- Størrelsen af organisation til vedligeholdelse mv., jf. bilag 1.9.4, GodEnergi organisation?
- Forståelse af metoden for egenkontrol foretaget af E.On, jf. bilag 1.11.4, E.On egenkontrol?
- Forståelse af prissætningsmetoden ift. opstilling af den midlertidige ladestander?

Movia understreger, at mødet ikke afholdes for at forhandle udbudsmaterialet, men alene med henblik på at forhandle ovenstående temaer.

...”

Forhandlingsmødet blev afholdt den 13. december 2017, hvor også ABB A/S deltog, og hvor der ifølge udateret mødereferat blev drøftet de forhold, som Movia havde anført i brevet af 12. december 2017.

Forud for eller i forlængelse af forhandlingsmødet med E.On (parterne er uenige herom) ændrede Movia den underliggende vægtning i kontraktbilag 2 (prisliste) på den midlertidige ladestander, der var en optionsydelse, således at engangsbetalingen, opstillingsprisen og dagsprisen hver indgik med lige stor vægt på 28,33 % ved opgørelsen af den evalueringstekniske pris.

Ved brev af 13. december 2017 anmodede Movia, som følge af ændringen i bilag 2, tilbudsgiverne om at indlevere en opdateret prisliste. Movia henviste i brevet til, at det var på grund af en logisk fejl, at prislisten var blevet ændret, og skrev videre, at da ”alle tre priselementer indgår i en estimeret totaløkonomibetragtning for én midlertidig ladestander skal priselementerne naturligvis indgå med lige stor vægt...”

I brevet hed det om aflevering af endeligt tilbud:

- ”- Tilbudsgiverne skal udfylde og uploade den opdaterede prisliste. Den opdaterede prisliste skal indleveres i Excel format og ikke i pdf form.
- Såfremt tilbudsgivere ønsker at opdatere det seneste tilbud af 5. december 2017, skal tilbudsgiverne opdatere et fuldstændigt, opdateret tilbud.

Evalueringen vil ske på grundlag af de opdaterede tilbud indleveret inden nedenstående frist.

Fristen for det opdaterede tilbud er den **18. december 2017 kl. 15.00**. I lighed med de første tilbud skal det opdaterede tilbud uploades i Mer-cell.

Movia forventer herefter at træffe tildelingsbeslutning senest den 21. december 2017.”

Inden for den fastsatte frist modtog Movia endeligt tilbud fra alle tre tilbudsgivere.

Af Movias brev af 20. december 2017 til E.On fremgik, at tilbudsevalueringen var afsluttet, og evalueringen havde fået følgende resultat i prioriteret rækkefølge:

” ...
1. E.On Danmark A/S og Heliox Automotive BV
2. Siemens A/S
3. E.On Danmark A/S”

På den baggrund oplyste Movia, at selskabet agtede at indgå kontrakt med E.On Danmark A/S og Heliox Automotive BV.

I brevet stod der endvidere:

” ...

Ordregiver agter at indgå kontrakt med ovennævnte efter udløbet af en standstill-periode på 10 kalenderdage fra dagen efter den dag, hvor nærværende brev er afsendt, dvs. tidligst 3. januar 2018, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 3, stk. 1.

...”

I evalueringsrapporten var der følgende oversigt over den samlede vurdering:

” ...

Tilbudsgiver	Vægtet pris-point	Vægtet kvali-point	Point i alt
Siemens	3,22	4,84	8,06
E.On	2,95	4,55	7,49
E.On + Heli-	4,50	4,73	9,23

OX			
----	--	--	--

...”

Den 2. januar 2018 holdt Movia et møde med ABB A/S, idet selskabet ønskede en dialog med Movia forud for en potentiel klage. På mødet blev parternes synspunkter drøftet, sådan som der også nærmere er redegjort for under denne sag.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

ABB A/S har sammenfattende gjort gældende, at Movias frafald af vilkåret om ret til levering på OPP-vilkår med krav om løbende betaling af anlægsomkostning for ladestandere over 12 år, som ingen af de prækvalificerede tilbudsgivere var i stand til at løfte, havde karakter af et ufravigeligt krav, som tillige vedrørte et grundlæggende element i Movias udbudsmateriale, herunder måden hvorpå opgaven var udbudt. En sådan ændring vil kræve, at det igangværende udbud annulleres, og at Movia iværksætter et nyt udbud på de ændrede udbudsvilkår.

ABB A/S har nærmere gjort gældende, at det af det oprindelige udbudsmateriale fremgik, at tilbudsgiveren var forpligtet til at stille en finansieringsmulighed til rådighed for Movia, idet Movia, for hver opstillingsaftale der blev indgået, havde ret til at vælge mellem, om grundbeløbet for ladestanderen skulle betales som et engangsbeløb eller som en løbende ydelse over 12 år svarende til serviceaftalens maksimale varighed, dvs. en valgfrihed mellem en leverance kontrakt på sædvanlige vilkår eller en leverancekontrakt på OPP-vilkår. Alle tilbudsgivere var forpligtede til at imødekomme finansieringskravet, der var en central ydelse i den udbudte opgave.

Det er et krav, at udbudsmaterialet gøres offentligt tilgængeligt fra tidspunktet for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen. Rammerne for Movias forhandlingsadgang skal fastlægges ud fra indholdet af den offentliggjorte udbudsbekendtgørelse inklusive det offentliggjorte udbudsmateriale. Ud fra rammen i denne sag kunne kravet ikke være genstand for en lovlig forhandling, som kunne føre til, at kravet helt bortfaldt.

Vilkåret om finansieringspligt var af afgørende betydning for opgavens prissætning og den tilbudte grundpris, der skulle være den samme, uanset om finansieringsmuligheden blev udnyttet eller ej. Vilkåret om tilbud af én grundpris var et ufravigeligt krav med den konsekvens, at en tilbudsgivers manglende accept af dette finansieringskrav ville føre til, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

Vilkåret om finansiering, og dermed muligheden for at foretage anskaffelsen på OPP-vilkår, udgjorde et essentielt og grundlæggende vilkår for Movias udbudsproces. Dette støttes af vilkårets intense drøftelse under forhandlingsmøderne, hvor dialogen omkring OPP-vilkåret kredsede om drøftelser af forskellige måder at finansiere anlægsomkostninger på, hvorimod finansieringskravets grundlæggende tilstedeværelse, herunder mulighed for frafald, ikke blev berørt. Det støttes endvidere af, at evalueringsmodellen inkluderede finansieringsmodellen, og at en ændring af finansieringsmodellen derfor nødvendiggjorde konsekvensændring af evalueringsmodellen for underkriteriet økonomi.

Ingen af de 3 prækvalificerede virksomheder havde mulighed for at løfte Movias OPP-vilkår. Dette bestyrker, at vilkåret var byrdefuldt og dermed grundlæggende, hvorfor ingen af tilbudsgiverne var i stand til at prissætte dette vilkår.

Movias besvarelse af spørgsmål 1 og 2 under prækvalifikationsfasen understregede, at et tilbuds accept af OPP-vilkåret med et finansieringsloft ville indebære, at tilbuddet blev erklæret for ukonditionsmæssigt. Besvarelsen kunne alene forstås således, at et tilbud med forbehold for finansieringskravet uanset en beløbsmaksimering så meget desto mere ville blive erklæret ukonditionsmæssigt.

Movias besvarelse af spørgsmål 2, som ABB A/S var bekendt med forud for prækvalifikationsfristens udløb, understregede også, at selve finansieringsvilkåret, i form af mulighed for at vælge levering på grundlag af en leverancekontrakt på OPP-vilkår, ikke var til forhandling, da finansieringskravet havde karakter af et ufravigeligt krav, som alle tilbudsgivere skulle opfylde for at tilbuddet var konditionsmæssigt. Konsekvensen af kravets ufravigelige karakter var derfor, at en fravigelse af kravet krævede gennemførelse af et nyt udbud.

Finansieringskravet var dybt indarbejdet i Movias udbudsmateriale, og da kravet blev frafaldet, nødvendiggjorde det en opdatering af de centrale udbudsdokumenter i form af såvel udbudsbetingelser som rammeaftale og tilslutningsaftale. Dette understøtter, at frafald af finansieringsvilkåret var essentielt og indebar en ændring af selve måden, hvorpå udbuddet var tilrettelagt, ligesom det indebar, at en væsentlig del af kontraktens genstand helt blev fjernet.

Det forhold, at konkurrenceretten var til hinder for et lovligt samarbejde mellem E.On Danmark A/S og ABB A/S uden tilstedeværelsen af finansieringskravet, da ABB A/S i så fald ville have kunnet løfte opgaven alene, bekræfter ligeledes kravets grundlæggende og dermed væsentlige karakter.

Ændringen af udbudsmaterialet har haft en direkte indflydelse på tilbudsafgivelsen i form af måden, hvorpå ABB A/S valgte at tilrettelægge sin deltagelse i udbuddet på, hvilket også viser vilkårets karakter af et grundlæggende element i udbudsmaterialet. Finansieringskravet var den eneste og direkte årsag til, at ABB A/S afstod fra at afgive prækvalifikationsanmodning alene.

Det er overvejende sandsynligt, at ændringen tillige har haft betydning for andre tilbudsgivere, herunder de deltagende virksomheder, men potentielt også i forhold til øvrige tilbudsgivere, der afstod fra at deltage i udbuddet som følge af det byrdefulde finansieringskrav.

Såfremt finansieringskravet ikke havde været gældende fra starten, ville andre virksomheder end de prækvalificerede med stor sandsynlighed have været interesseret i at deltage. Feltet af tilbudsgivere kunne derfor med stor sandsynlighed have set anderledes ud uden tilstedeværelsen af Movias oprindelige finansieringskrav.

Det bestrides, at der i det endelige udbudsmateriale alene skete en begrænsning af finansieringsforpligtelsen. Betalingsmodellen i det endelige udbudsmateriale kan ikke sidestilles med en finansieringsmodel, som den der var i det oprindelige udbudsmateriale.

Det bestrides endvidere, at der skulle være grundlag for at bebrejde ABB A/S, at selskabet ikke under processen direkte spurgte Movia, hvorvidt finansieringskravet kunne bortforhandles. Dels har Movia selv anført, at man

ikke ville have givet oplysning herom, da der ellers ikke ville have været meget at forhandle om, dels ville et spørgsmål herom være irrelevant, da ABB A/S på daværende tidspunkt under alle omstændigheder ville have været afskåret fra at foretage de nødvendige tilpasninger i den tilbudsgivende enhed, herunder den essentielle tilpasning for at kunne byde på opgaven uden et samarbejde med E.On.

Movia er nærmest til at bære risikoen for, at udbuddet blev tilrettelagt på en måde, som ikke kunne opfyldes af det relevante marked i forhold til finansieringskravet, herunder af ABB A/S. Det bestrides, at det var ABB A/S' egne forhold, der afskar ABB A/S fra selv at byde på opgaven uden et samarbejde med E.On. Afgørende var alene Movias krav om anlægsfinansiering over 12 år.

Movia har sammenfattende gjort gældende, at det ikke kan være i strid med udbudsreglerne, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at føre forhandlinger om elementer i et udbud, hvorom det på forhånd er oplyst, at der kan blive forhandlet.

Movia har nærmere gjort gældende, at der gælder en endog meget vid adgang til at forhandle i udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

I udbudsdirektivet fremgår af artikel 29, stk. 3, at ordregivere kan forhandle på baggrund af de indkomne tilbud, idet dog minimumskrav og tildelingskriterier ikke er genstand for forhandling. Af præambelbetragtning 45 fremgår, at "... forhandlingerne kan vedrøre alle de indkøbte bygge- og anlægsarbejders, varer og tjenesteydelsers karakteristika, herunder blandt andet kvalitet, mængde, handelsklausuler samt sociale, miljømæssige og innovative aspekter, for så vidt de ikke udgør minimumskrav." Ved "karakteristika" forstås efter samme betragtning bl.a. juridiske vilkår. Udgangspunktet er således efter udbudsdirektivet, at alle vilkår og karakteristika kan forhandles, medmindre der er tale om minimumskrav.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder i modsætning til udbudsdirektivet ingen specifikke bestemmelser om omfanget af forhandlinger, idet den relevante bestemmelse i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 47 ikke angiver, hvad der kan og ikke kan forhandles om. Det må i fravær af nærmere regulering i forsyningsvirksomhedsdirektivet lægges til grund, at ad-

gangen til forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet er videre end forhandlingsadgangen efter udbudsdirektivet, alt under hensyntagen til overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

En snærende begrænsning i adgangen til at forhandle kontraktbestemmelser, der ikke på forhånd er gjort ufravigelige, vil potentielt skabe store praktiske problemer med afholdelse af forhandlingsudbud og fratage udbudsformen en del af den værdi, der består i, at forhandlinger kan bruges til at bygge bro mellem ordregivers ønsker og markedets vilje og risikovillighed.

Under det tidligere direktiv (direktiv 2004/17) skulle udbudsmaterialet først stilles til rådighed for tilbudsgiverne efter prækvalifikationen. Ethvert anbringende om, at der var foretaget ændringer i vilkår, der kunne have afholdt potentielle ansøgere fra at søge prækvalifikation, måtte efter det tidligere direktiv være baseret på, at der var foretaget ændringer, der ikke kunne rummes inden for udbudsbekendtgørelsen.

Der er ikke holdepunkter for, at der med det nye direktiv er tilsigtet en ændring heraf, herunder af udgangspunktet om, at udbudsmaterialet som udgangspunkt kan være genstand for forhandling i et udbud med forhandling.

Movia har ikke foretaget forhandlinger af grundlæggende elementer i udbuddet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36. Movia har derimod gennemført en transparent forhandlingsproces, hvor alle tilbudsgivere blev behandlet lige.

Movia har heller ikke foretaget forhandlinger af elementer i udbuddet, der på forhånd var gjort ufravigelige, og forhandlingerne har derfor holdt sig inden for udbudsreglernes rammer. Finansieringselementet fremgik ikke af udbudsbekendtgørelsen. Dette taler imod, at finansieringen var en ”kerneydelse” i Movias anskaffelse.

ABB A/S vidste eller burde konkret have vidst, at Movia forbeholdt sig at foretage også større ændringer i udbudsmaterialet under forhandlingerne. Det fremgik af udbudsbetingelsernes pkt. 11.1, at Movia opfordrede tilbudsgiverne til at vedlægge ”...liste over forbehold og ønskede temaer for forhandlingen (udbudsbilag D)...”. Af pkt. 11.5 fremgik, at Movia i forhandlingstilbud tillod ”...ethvert forbehold over for udbudsmaterialet, idet

dette anses som tilbudsgivernes oplæg [...] til forhandling. Der vil dog ikke blive ført forhandling om mindstekrav (A-krav)...”.

I pkt. 12.2.1 fremgik, at forhandlingerne ikke ville omfatte mindstekrav (A-krav) og grundlæggende elementer. ”Grundlæggende elementer” skulle i denne sammenhæng forstås således, at Movia ikke under forhandlingerne ville foretage sig noget, der stred mod udbudsbekendtgørelsen, hvilket Movia ubestridt heller ikke gjorde. Det bemærkes i den forbindelse, at Movia netop ikke havde udfyldt udbudsbekendtgørelsens ikke-obligatoriske felt III.1.7 om ”væsentligste finansierings- og betalingsvilkår” for derved at undgå enhver diskussion om, hvorvidt eventuelle senere ændringer af finansieringsvilkåret kunne være i modstrid med udbudsbekendtgørelsen.

Forud for prækvalifikationsfristen oplyste Movia, at omfanget af leverandørens finansiering kunne blive genstand for forhandling, jf. svaret på spørgsmål 2 i ”spørgsmål/svar”. Svaret dækkede efter sin ordlyd forhandling om enhver begrænsning i finansieringen. Det var ikke misvisende, når det i svaret stod, at et tilbud med finansieringsloft ville blive erklæret ukonditionsmæssigt, da det samtidig anførtes, at dette kun gjaldt som udbudsmaterialet oprindeligt var udformet. Movia svarede loyalt, at finansieringen kunne forhandles, hvilket var tilstrækkeligt på dette tidspunkt af udbuddet, da der ellers ikke ville have været ret meget at forhandle om, hvis Movia allerede på dette tidspunkt havde meddelt, at man var helt indstillet på at frfalde finansieringskravet.

På den baggrund burde ABB A/S, herunder hvis ABB A/S havde gjort sig bekendt med besvarelsen af spørgsmål 1 og 2, have indset, at stort set alle forbehold (undtagen for A-krav), herunder for finansieringselementet, ville kunne danne grundlag for forhandling og deraf følgende mulige ændringer i udbudsmaterialet. Finansieringselementet fremgik på intet tidspunkt som et A-krav i udbudsmaterialet. Det må lægges til grund, at ABB A/S modtog svarene på spørgsmål 1 og 2 forud for prækvalifikationsfristen, og ABB A/S havde således mulighed for at forholde sig til indholdet heraf.

Omfanget af den mulige forhandling støttes også af, at både Siemens og konsortiet E.On/Heliox i første forhandlingstilbud ønskede, at finansieringen blev forhandlet. Siemens ønskede at forhandle en traditionel model for Movias køb af ladestanderne mod betaling efter en fastsat betalingsplan, mens E.On/Heliox ønskede at forhandle en maksimering af investeringsom-

fanget og/eller en leasing-konstruktion. Også E.Ons tilbud med ABB A/S som underleverandør indeholdt i øvrigt et ønske om at forhandle finansieringen med henblik på at begrænse denne.

Ændringerne i finansieringsmodellen gav ikke anledning til omfattende ændringer i udbudsmaterialet. Pkt. 13.2.1 i de oprindelige udbudsbetingelser svarede i sit indhold i al væsentlighed til rammeaftalens pkt. 16. Da der var tale om gentagelse blev formuleringen fjernet fra udbudsbetingelserne allerede i første opdatering den 11. oktober 2017.

I det endelige udbudsmateriale indgik fortsat et element af leverandørfinansiering. Efter rammeaftalens pkt. 18.1 havde leverandøren pligt til for hovedpartens vedkommende at finansiere fremstilling af ladestandere og entreprisen med opstilling heraf, idet leverandøren kun fik 10 % betaling ved indgåelsen af aftalen om opstilling. De resterende 90 % forfaldt først på det tidspunkt, hvor ladestanderne var klar til at blive taget i drift. Leverandørens finansieringsforpligtelse blev begrænset til at vedrøre finansiering af selve entreprisen, men forpligtelsen til at tilvejebringe denne finansiering var i princippet ubegrænset, herunder ved samtidig opstilling af mange ladestandere. Finansieringen omfattede fremstilling, levering, transport og opstilling af ladestandere, der efter udbudsbetingelserne varede op til 11 måneder.

Da Movia ændrede finansieringsvilkåret, var der tale om en væsentlig ændring. Dette var også baggrunden for, at Movia forlængede tilbudsfristen med 8 dage fra den 27. november 2017 til den 5. december 2017.

ABB A/S har hverken for sit eget vedkommende eller for andre markedsdeltagere på nogen måde dokumenteret eller sandsynliggjort, at finansieringsvilkårene var bestemmende, og at markedsdeltagere i almindelighed afstod fra at søge prækvalifikation under udbuddet som følge af finansieringsvilkårene i det oprindelige udbudsmateriale, eller at finansieringsvilkårene generelt spillede en afgørende rolle for ansøgningerne fra markedsdeltagerne. Det må derimod lægges til grund, at en fuldt oplyst og normalt risikovillig markedsdeltager ikke ville have afholdt sig fra at deltage i udbuddet på grundlag af de oplysninger om finansieringen (og adgangen til at forhandle denne), der forelå ved ansøgningsfristens udløb.

Udbuddet blev offentliggjort den 12. juli 2017, og allerede den 18. juli 2017 var ABB A/S aktivt opsøgende vedrørende et samarbejde med E.On. En så begrænset forberedelsestid, forinden der søges samarbejde med andre, dokumenterer, at ABB A/S ikke ville have søgt prækvalifikation alene, hvis finansieringen ikke havde været en del af udbuddet. At finansieringsvilkåret ikke var bestemmende for ABB A/S i relation til beslutningen om selv at søge prækvalifikation støttes også af, at ABB A/S tillige var underleverandør for E.On ved Roskilde Kommunes udbud, der vedrørte identiske ydelser, men som ikke indeholdt et krav om finansiering. Efter indholdet af ABB A/S' ESPD må det lægges til grund, at virksomheden opfyldte referencekravet i Roskilde Kommunes udbud, og at det derfor ikke kunne være begrundet i en manglende opfyldelse heraf, at ABB A/S alene var underleverandør for E.On.

Selv om Movia i udbudsbetingelserne udtrykkelig havde tilkendegivet, at Movia ville besvare spørgsmål også inden prækvalifikationsfristen, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 7.2, undlod ABB A/S at stille spørgsmål, herunder om adgangen til at forhandle finansieringen.

ABB A/S har under disse omstændigheder ikke sandsynliggjort andet, end at det var ABB A/S' manglende risikovillighed og villighed til at medvirke til at tilvejebringe finansieringsløsninger, der fik ABB A/S til at undlade selv at søge prækvalifikation. Såfremt ABB A/S havde spurgt direkte om eventuel bortfald af finansieringen, ville Movia i lighed med svaret på spørgsmål 2 have oplyst, at omfanget af leverandørens finansiering var til forhandling.

Det bestrides, at ABB A/S under de konkrete omstændigheder, hvor ABB A/S rent faktisk deltog i udbuddet i en rolle, hvor ABB A/S ikke uden videre kunne udgå, ville have været i en bedre position, hvis ABB A/S selv havde søgt prækvalifikation.

Finansieringsvilkåret afskar ikke ABB A/S fra at deltage i udbuddet, men medførte ifølge ABB A/S, at ABB A/S deltog i udbuddet i en anden rolle, end ABB A/S ellers ville have haft. Af ABB A/S' udfyldte ESPD fremgår, at virksomheden ikke havde behov for at foretage tilpasninger, såfremt de ville byde selv, da ABB A/S selv opfyldte både kravene til økonomisk og teknisk/faglig kapacitet. ABB A/S kunne have uploadet deres ESPD i stort set uændret form og ansøgt om prækvalifikation.

Det er ikke sandsynliggjort, at ABB A/S ville eller kunne have afgivet et mere attraktivt tilbud, hvis ABB A/S deltog alene, og at ABB A/S derved blev stillet ringere ved, at ABB A/S var forpligtende underleverandør for E.On. ABB A/S var ikke i stand til at levere samtlige de udbudte ydelser, da ABB A/S ikke kunne levere elektricitet. Dette hænger ikke sammen med, at ABB A/S gør gældende, at de kun søgte prækvalifikation som underleverandør til E.On, fordi E.On kunne tilvejebringe finansiering.

ABB A/S har derfor ikke sandsynliggjort, at det ville have gjort en forskel for ABB A/S' konkurrencedygtighed, hvis ABB A/S havde budt som hovedleverandør med en el-leverandør som underleverandør.

Den evalueringstekniske pris i tilbudslisterne for så vidt angår ladestanderne var i alle tilfælde blevet opgjort som grundprisen for ladestanderne med tillæg af prisen for drift i 12 år. Det bestrides, at der herved på relevante og væsentlige punkter skulle være foretaget ændringer i evalueringsmetoden.

Ad påstand 2

ABB A/S har gjort gældende, at Movia har tilrettelagt et forhandlingsforløb i sit udbudsmateriale, som indebar en krænkelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36.

Movia tilrettelagde et forhandlingsforløb, der foreskrev en proces med tilbud betegnet som henholdsvis "forhandlingstilbud" og "endeligt tilbud". Samtidig forbeholdt Movia sig retten til at forhandle om alle de indkomne tilbud, inklusive de tilbud, der var afleveret af tilbudsgiverne som det endelige tilbud, såfremt det fandtes hensigtsmæssigt. En genåbning af forhandlingerne om de endelige tilbud krævede således ikke en særlig grund eller opfyldelse af omstændigheder, der var objektivt konstaterbare.

En opfordring til at aflevere et tilbud som betegnes "endeligt tilbud" bør have den konsekvens, at ordregiver er afskåret fra at gennemføre yderligere tilbudsforhandlinger. Tilbudsbetegnelsen i form af endeligt tilbud afspejler, at tilbuddet ikke længere kan være genstand for forhandling, hvorfor der gælder et forhandlingsforbud.

Forhandlingsprocessen indebar, at det var aldeles uklart for tilbudsgiverne, hvordan forhandlingsforløbet blev gennemført, idet beskrivelsen i udbudsmaterialet efterlod en vilkårlighed om, hvornår forhandlinger blev afsluttet, og hvornår tilbudsevalueringen blev påbegyndt.

Det var dermed uigennemsigtigt for tilbudsgiverne, hvornår et afleveret tilbud var endeligt med den konsekvens, at yderligere optimeringer ikke var tilladt, og om det var det afleverede tilbud, der skulle danne grundlag for tilbudsevalueringen. Dette åbner op for vilkårlighed, og fratager tilbudsgiverne muligheden for at målrette og ikke mindst optimere indholdet af det tilbud, som danner grundlag for tilbudsevalueringen, ligesom det ikke er muligt for tilbudsgiverne at vide, hvornår et forbehold fører til konditionsmæssighed, idet dette afhænger af, hvornår tilbud anses for at være det helt endelige tilbud.

Muligheden for vilkårlighed i forhandlingsforløbet indebar en alvorlig risiko for, at Movia kunne vælge at genåbne forhandlinger på et usagligt grundlag og for at tilgodese et hensyn til udvalgte tilbudsgivere og dermed i strid med ligebehandlingsprincippet.

På dette grundlag gøres det gældende, at udbudsmaterialet foreskrev et forhandlingsforløb, som indebar en krænkelse af de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36.

Movia har gjort gældende, at Movia ikke ved tilrettelæggelsen af forhandlingsforløbet har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

I udbudsbetingelsernes pkt. 12.2.2 skrev Movia udtrykkeligt, at Movia forbeholdt sig – hvis det var hensigtsmæssigt – at afholde yderligere forhandlingsrunder også efter at have anmodet om endelige tilbud.

Et sådan forbehold er sædvanligt i udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet og hensigtsmæssigt for at afværge unødige forsinkelser og værdispild. Hvis en ordregiver var afskåret fra muligheden for at fortsætte forhandlingerne efter at have anmodet om endelige tilbud, ville ordregiveren være nødsaget til at aflyse udbuddet, hvis tilbuddene f.eks. var upræcise og der-

for ikke skønnedes egnede som basis for kontraktindgåelse. Dette ville indebære forsinkelser og værdispild.

Det afgørende for overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet var, at muligheden for at fortsætte forhandlingerne, indtil Movia fandt det hensigtsmæssigt at afslutte dem, fremgik tydeligt af udbudsbetingelserne. Det fremgik også af samtlige opfordringer til tilbudsgiverne, at Movia forbeholdt sig muligheden af at fortsætte forhandlingerne, hvis det var relevant. Alle Movias overvejelser om at fortsætte forhandlingsforløbet var saglige og i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.

Ad påstand 3

ABB A/S har gjort gældende, at Movia har overtrådt Lov om Klagenævnet for Udbud § 3, stk. 1, samt § 2, stk. 2, ved i sin underretning om tildelingsbeslutning at have foretaget en mangelfuld angivelse af standstill-periodens udløb.

Underretningen om tildelingsbeslutning af 20. december 2017 indeholdt ingen oplysning om, hvornår standstill-perioden på de 10 kalenderdage udløb. Dette var en alvorlig processuel fejl, idet fejlen kunne have den konsekvens, at en forbigået tilbudsgiver overså muligheden for at klage i tide og inden standstill-periodens udløb for derved at opnå klagens midlertidige opsættende virkning.

Movia har gjort gældende, at det fremgår af brev af 20. december 2017, at Movia tidligst kunne indgå kontrakt den 3. januar 2018, og dermed fremgår det også med tilstrækkelig klarhed, at standstill-perioden udløb den 2. januar 2018, hvilket ABB A/S også selv lægger til grund i klageskriftet. Dermed er klagenævnslovens § 3, stk. 1, jf. § 2, stk. 2, ikke overtrådt.

Ad påstand 4

ABB A/S har gjort gældende, at Movia har gjort sig skyldig i grove overtrædelser af de grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, hvorfor klagenævnet skal annullere Movias beslutning om at tildele den udbudte rammeaftale til konsortiet E.On Danmark A/S og Heliox Automotive BV.

De overtrædelser, som Movia har gjort sig skyldig i, har haft en direkte betydning for ABB A/S' mulighed for at få den udbudte rammeaftale tildelt.

Som følge af måden, hvorpå Movia har gennemført sit udbud på, har ABB A/S været forpligtet til at afgive et tilbud i et samarbejde med en anden virksomhed, selv om dette samarbejde som følge af Movias vilkårsændring viste sig at være direkte overflødig og til hinder for ABB A/S' afgivelse af et eget konkurrencedygtigt tilbud.

Den overtrædelse, som Movia har gjort sig skyldig i, jf. påstand 2, har på tilsvarende vis haft en direkte betydning for ABB A/S' tildeling af den udbudte rammeaftale, idet forhandlingsprocessen har betydet, at det har været uigennemsigtigt for ABB A/S, hvornår virksomhedens tilbudsbidrag til indarbejdelse i E.On Danmark A/S' tilbud var at betragte som det endelige og uden yderligere adgang til tilbudsforhandling.

ABB A/S har i 2017 indgået en samarbejdsaftale med E.On vedrørende tilbudsgivning til såvel dette udbud som udbuddet i Roskilde Kommune, der også vedrørte levering af ladestandere. Opgaverne blev vurderet individuelt af ABB A/S, og samarbejdet med E.On var også forskelligt i de to udbud og båret af forskellige kommercielle overvejelser.

Såfremt ABB A/S havde haft mulighed for at afgive sit tilbud som hovedkontraktholder, ville ABB A/S have optimeret på samtlige sine ydelser, herunder de ydelser, som i tilbuddet til Movia skulle leveres af E.On. ABB A/S ville på den baggrund kunne have afgivet et tilbud, som i forhold til samtlige ydelser havde stillet ABB A/S bedre og gjort virksomheden i stand til at aflevere et tilbud, som i langt højere grad var konkurrencedygtigt i forhold til tilbuddet i samarbejde med E.On.

Movia har gjort gældende, at Movia ikke har tilsidesat udbudsreglerne, og at der derfor ikke er grundlag for annullation af tildelingen.

Movia er enig i, at Movia – hvis det ikke var tilladt for Movia som sket at forhandle om og ændre finansieringselementerne i udbuddet – formentlig ville have været nødsaget til at aflyse udbuddet.

ABB A/S har ikke på nogen måde sandsynliggjort, at ABB A/S ville have stået anderledes og bedre i konkurrencen, hvis ABB A/S havde afgivet tilbud som hovedleverandør med en el-leverandør som underleverandør.

Movia er derfor ikke enig i, at et nyt udbud afholdt på de endelige udbudsvilkår ville have stillet ABB A/S bedre, og en eventuel overtrædelse af udbudsreglerne har derfor ikke spillet en væsentlig rolle for udbuddets resultat, hvorfor der ikke er grundlag for annullation, selv om klagenævnet måtte finde, at der foreligger en overtrædelse.

I forhold til forhandlingsforløbet bestrider Movia, at Movia har gennemført noget, der har haft direkte betydning for ABB A/S' mulighed for tildeling af den udbudte rammeaftale. ABB A/S afgav ikke tilbud under udbuddet og kunne allerede derfor ikke opnå kontrakttildeling. ABB A/S har heller ikke sandsynliggjort, at ABB A/S har undladt at optimere nogen af ABB A/S' underleverancetilbud som følge af udbudsbetingelsernes udformning og/eller gennemførelsen af udbuddet.

Desuden var tilbudsgiverkonstellationen E.On med ABB A/S som underleverandør ikke reelt i nærheden af at opnå kontrakttildeling.

Det gennemførte forhandlingsforløb har ikke spillet nogen konkret væsentlig rolle for ABB A/S' muligheder for som underleverandør at få andel i den økonomiske gevinst ved opfyldelsen af den udbudte kontrakt.

I forbindelse med bedømmelsen af mulig annullation må det komme ABB A/S til skade, at ABB A/S kunne og burde have reageret langt tidligere, hvis ABB A/S var af den opfattelse, at Movia var afskåret fra at forhandle om finansieringselementerne, og/eller hvis udbudsbetingelserne gav Movia for stort spillerum til at forhandle endelige tilbud. ABB A/S forholdt sig i stedet passiv på trods af, at det må have stået klart (eller i hvert fald burde have stået klart) for ABB A/S, at det forhold i udbuddet, som ABB A/S angivelig opfattede som ufravigeligt og prohibitivt for deres deltagelse, var genstand for forhandling og faktisk blev forhandlet.

E.On/Heliox har til støtte for de af Movia nedlagte påstande sammenfattende gjort gældende, at ABB A/S ikke var "nødsaget" til at være leverandør til E.On Danmark A/S på grund af finansieringsudfordringen.

Dette støttes af, at ABB A/S i et andet udbud, der også vedrørte ladestanderne, og hvor der ikke var stillet krav om sælgerfinansiering, selv ønskede at være leverandør til E.On i stedet for at lade sig prækvalificere. Dette udbud stod Roskilde Kommune for, og frist for anmodning om at deltage i udbuddet udløb den 7. august 2017.

Det er ikke korrekt, at ABB A/S kunne levere samtlige ydelser bortset fra finansiering, da ABB A/S eksempelvis ikke kunne levere den el, som ladestanderne skulle bruge til at lade de elektriske busser. Desuden ville ABB A/S heller ikke kunne levere udkørende service og vedligehold (herunder montering af reservedele) til sine ladestanderne.

ABB A/S' ønske om samarbejde med hensyn til Movia-udbuddet angik således meget mere end blot finansieringsudfordringen. ABB A/S ønskede, at E.On skulle varetage installation, kommissionering, fjernstyring samt forebyggende og udbedrende vedligehold on site. Endvidere var det ABB A/S' oplæg, at parterne skulle drøfte, om ABB A/S skulle være ansvarlig for lokale reservedelslagre, fjernservice/teknisk assistance og rapportering. ABB A/S ønskede ikke at varetage den fulde kreds af ydelser, som de offentlige ordregivere ville få behov for.

Det bestrides, at konkurrenceretten var til hinder for et lovligt samarbejde mellem E.On og ABB A/S uden tilstedeværelsen af finansieringskravet.

Efter indholdet af korrespondancen mellem ABB A/S og E.On den 27. juli 2017 må det lægges til grund, at ABB A/S ikke opfattede finansieringsvilkåret i udbudsmaterialet som ufravigeligt, men derimod som et emne, der kunne tages op til drøftelse med Movia.

Såfremt ABB A/S fejlagtigt forstod udbudsmaterialet således, at der ikke kunne forhandles om finansieringsudgiften, er det en misforståelsesrisiko, der påhviler ABB A/S. Der var tale om et udbud med forhandling, og det kan ikke komme som en overraskelse for ABB A/S, at der blev forhandlet, herunder også på finansieringsvilkåret.

Det er ikke dokumenteret, at ABB A/S selv kunne have givet et tilbud, der var mere konkurrencedygtigt end det afleverede tilbud til E.On.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Under udbudsproceduren frafaldt Trafikselskabet Movia det oprindelige finansieringsvilkår, som tilbudsgiverne havde ansøgt om prækvalifikation på baggrund af.

ABB A/S har gjort gældende, at der derved skete en ændring af et grundlæggende element, og at der på den baggrund burde være afholdt et nyt udbud på de ændrede vilkår.

Trafikselskabet Movia har helt overordnet gjort gældende, at det ikke kan være i strid med udbudsreglerne, at der føres forhandlinger om elementer i et udbud, som det på forhånd er oplyst, der kan blive forhandlet om.

Ad forhandlingsadgangen

De forhold, som en ordregiver på forhånd tydeligt har oplyst kan være genstand for forhandling, kan som udgangspunkt ikke anses for at være grundlæggende elementer, som der ikke kan forhandles om, medmindre der er tale om mindstekrav.

I udbudsbetingelsernes pkt. 12.2.1 var det fastsat, at forhandlingerne ” kan omfatte alle forhold i forhandlingstilbuddene, herunder pris. Forhandlingerne kan dog ikke omfatte mindstekrav (A-krav) og grundlæggende elementer”.

Finansieringsvilkåret var ikke gjort til et mindstekrav. Som følge heraf og sammenholdt med den fastsatte forhandlingsadgang var det ikke udelukket at forhandle i hvert fald vilkårets opfyldelsesmåde, rækkevidde og omfang, hvilket der også blev lagt op til af alle tre tilbudsgivere ved første forhandlingstilbud.

Ved besvarelsen af spørgsmål 2 under prækvalifikationsfasen tilkendegav Trafikselskabet Movia, at ”en eventuel begrænsning af investeringens omfang kan af de prækvalificerede tilbudsgivere rejses som forhandlingstema”. Dette må efter en naturlig sproglig forståelse fortolkes således, at der gen-

nem forhandlingerne kunne ske en reduktion af investeringens omfang inden for rammerne af vilkårets eksistens.

Efter udbudsbetingelsernes formulering sammenholdt med vilkårets karakter af grundlæggende element, jf. nedenfor, finder klagenævnet derfor, at der ikke var grundlag for at forstå forhandlingsadgangen i udbudsbetingelserne således, at finansieringsvilkåret helt kunne bortforhandles.

Ad ændring af grundlæggende elementer

Ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet udgør ændringer, der efter en konkret vurdering kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Grundlæggende elementer skal som det klare udgangspunkt ligge fast gennem hele udbudsproceduren, og en ordregiver kan derfor ikke uden videre ændre grundlæggende elementer efter, at udbudsmaterialet er offentliggjort.

Finansieringsvilkåret var efter sit indhold et økonomisk meget byrdefuldt vilkår for tilbudsgiverne, hvilket forhandlingerne med de prækvalificerede også viste, og ingen af tilbudsgiverne kunne leve op til vilkåret. Ved at frafalde kravet ændrede Trafikselskabet Movia rammerne for kontraktens økonomiske og finansielle gennemførelse, hvorved den økonomiske balance ændredes til tilbudsgivernes fordel på en måde, som det oprindelige udbudsmateriale ikke gav mulighed for.

Det påhviler Trafikselskabet Movia at bevise, at ændringen af finansieringskravet ikke var egnet til at påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet, herunder ABB A/S' mulighed for selv at blive prækvalificeret, og at det ikke har fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgiverne, således at der ikke var tale om ændring af et grundlæggende element i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Efter de foreliggende oplysninger finder klagenævnet, at denne bevisbyrde ikke er løftet, og det lægges derfor til grund, at ændringen var egnet til at påvirke virksomheders deltagelse i udbuddet og har virket konkurrencebegrænsende.

På den baggrund finder klagenævnet, at Trafikselskabet Movia har overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, da trafikselskabet har været afskåret fra at gennemføre den foretagne ændring af udbudsmaterialet uden afholdelse af et fornyet udbud på de ændrede vilkår.

Klagenævnet tager derfor påstand 1 til følge.

Ad påstand 2 og 3

Klagenævnet kan efter klagenævnslovens § 10, stk. 2, blandt andet afgøre en sag i realiteten helt eller delvis. Hvis klagenævnet behandler en sag delvis, tager nævnet ikke stilling til den øvrige del af klagen. Under hensyn til klagenævnets resultat vedrørende påstand 1, tager nævnet ikke stilling til påstandene 2 og 3.

Ad påstand 4

Efter karakteren af overtrædelsen, som klagenævnet har konstateret i relation til påstand 1, annullerer klagenævnet Trafikselskabet Movias tildelingsbeslutning af 20. december 2017.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Trafikselskabet Movia har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU ("Forsyningsvirksomhedsdirektivet") artikel 36 ved at have foretaget en væsentlig ændring af et grundlæggende element i udbudsmaterialet uden gennemførelse af et fornyet udbud på ændrede udbudsvilkår.

Ad påstand 2 og 3

Klagenævnet tager ikke stilling til påstandene 2 og 3.

Ad påstand 4

Trafikselskabet Movias tildelingsbeslutning af 20. december 2017, om at tildele den udbudte rammeaftale til konsortiet E.On Danmark A/S og Heli-ox Automotive BV, annulleres.

Trafikselskabet Movia skal i sagsomkostninger til ABB A/S betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens retlighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig