

NOTAT

Signalprogrammet – vurdering af kontraktuelt grundlag for realisering af hypoteser

15. september 2017

J.nr. 316653-MRP

Torkil Høg

Advokat

1. Baggrund og sammenfatning

Deloitte Consulting (herefter ”Deloitte”) har bedt mig om at udarbejde et notat om de juridiske muligheder for at realisere en række hypoteser vedrørende delvis udskydelse og/eller descoping af Banedanmarks kontrakter om henholdsvis Infrastruktur på Fjernbane Vest og Øst (herefter ”Fjernbane Vest” og ”Fjernbane Øst” kontrakterne) samt kontrakten om Onboard-udstyr på Fjernbanen (herefter ”Onboard-kontrakten”), samt visse yderligere forhold.

Kontrakterne indgår i Signalprogrammet, som er en totaludskiftning af signalanlæggene på både S-banen og fjernbanerne.

Der er i det følgende vurderet i alt seks hypoteser, som indebærer følgende:

Hypotese 1: De nuværende overkørselsanlæg integreres i den ny signaltekniske løsning på visse strækninger på Fjernbane Vest ved at Banedanmark designer et interface mellem de eksisterende overkørselsanlæg og det ny system. Dette medfører, at planlagt udskiftning af overkørselsanlæg på disse strækninger skal descopes. Der er overvejet to scenarier hvori der sker integration på et antal forskellige linjer.

Hypotese 2: Udrulningen af signalteknisk udstyr på visse linjer på Fjernbane Vest udskydes eller descopes, så udrulningen af det signaltekniske udstyr på kritiske linjer kan prioriteres. Der er overvejet fire scenarier; to vedrørende udskydelse af et varierende antal strækninger og to vedrørende descoping af samme strækninger.

Hypotese 3: Udrulningen af signalteknisk udstyr på en af strækningerne på Fjernbane Øst udskydes eller descopes, så udrulningen af det signaltekniske udstyr på kritiske linjer kan prioriteres. Der er overvejet to scenarier; et vedrørende udskydelse af en strækning og et vedrørende descoping af samme strækning.

Hypotese 4: Revurdering af antallet af togklasser samt antallet af tog der skal fittes med onboard udstyr inden for hver klasse efter Onboard-kontrakten, således at der samlet udstyres færre klasser og/eller tog. Der er overvejet to scenarier hvori der descopes et varierende antal tog indenfor klasserne DSB IC4, DSB ME og DSB MK.

Hypotese 5: Omfanget af FTN-løsningen (Fixed Transmission Network) reduceres til at møde Banedanmarks aktuelle behov, således at Signalprogrammets FTN skal integreres i det eksisterende FTN-netværk. Det er under de nuværende Fjernbane kontrakter forudsat, at der ville blive implementeret en nyere FTN-løsning. Deloitte har efterspurgt en vurdering af, hvorvidt leverandørerne vil kunne kræve sig friholdt for ansvar for en eventuel nedgang på servicemål i den efterfølgende driftsfase med henvisning til, at det er Banedanmarks FTN-netværk, der er kilden til den tabte stabilitet.

Hypotese 6: Der overvejes en mulig ændring i håndteringen af bodssystemerne i de enkelte kontrakter med henblik på at sikre/styrke leverandørernes incitament til at levere og inddrive (bods-)midler til projekterne.

For så vidt angår hypotese 1-4 gives der i **afsnit 2-5** nedenfor en juridisk vurdering af, hvorvidt hypoteserne kan realiseres inden for kontrakternes rammer, hvilket eller hvilke kontraktlige regimer der kan anvendes, samt hvilket der anbefales.

For så vidt angår hypotese 5 gives der i **afsnit 6** nedenfor en vurdering af, hvilke konsekvenser det kan have for leverandørens ansvar, hvis hypotesen realiseres.

For så vist angår hypotese 6 gives der i **afsnit 7** nedenfor med udgangspunkt bl.a. i vurderinger og notater fra Kammeradvokaten vores bemærkninger til, hvorvidt bod generelt håndteres hensigtsmæssigt, og om der med udgangspunkt i bodsregimerne bør foretages andet og mere for at fastholde leverandørernes incitament til at levere.

Sammenfattende er det min vurdering, at der for så vidt angår hypotese 1 (integration af overkørselsanlæg) samt hypotese 2 og 3 (udskydelse eller descoping af

udrulning af visse ikke-kritiske strækninger) [REDACTED]
[REDACTED]

For så vidt angår hypotese 4 (revurdering af fitment af tog med Onboard udstyr) vil det afhænge af, hvorvidt First of Class fasen for den konkrete togklasse er gennemført, hvilken bestemmelse der finder anvendelse. Der vil være adgang til at descope visse togklasser og/eller antallet af tog i en klasse. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

For så vidt angår hypotese 5 (reduktion af omfanget af FTN-løsningen) bemærkes, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

For så vidt angår hypotese 6 (håndtering af bodssystemet) er det min opfattelse, at Banedanmark for nærværende har taget adækvate skridt til at sikre en hensigtsmæssig håndtering af bodssystemerne i de væsentligste kontrakter. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] ligesom håndtering af bodsspørgsmål bør forankres i en fast og velbeskrevet forretningsgang i Banedanmark.

Uanset Banedanmark i vid udstrækning har ret til via Change Requests at foretage ændringer i leverancerne og udrulningen heraf, er det værd at fremhæve, at Change Request procedurerne i praksis vil indebære et betydeligt element af forhandling, og at dette kan indebære tidsforbrug/forsinkelse og i sidste ende – hvis parterne ikke enes – tvister med leverandørerne.

Jeg har ikke i forbindelse med udarbejdelsen af nærværende notat vurderet det økonomiske potentiale ved at realisere hypoteserne eller vurderet den tekniske realiserbarhed af disse. For så vidt angår Kammeradvokatens tidligere udarbejdede vurderinger og notater vedrørende kontrakterne har jeg alene forholdt mig til disse i relation til hypotese 6 vedrørende bod.

2. Hypotese 1: Integration af overkørselsanlæg på Fjernbane Vest

Hypotesen indebærer, at de nuværende overkørselsanlæg integreres i den nye signaltekniske løsning på Fjernbane Vest. Dette gøres ved, at Banedanmark designer et interface mellem de eksisterende overkørselsanlæg og det ny signaltekniske system og medfører, at planlagt udskiftning af overkørselsanlæg på disse strækninger skal descopes. Deloitte har overvejet to scenarier:

1. Integration på udvalgte linjer (Struer-Thisted, Langå-Struer, Skanderborg-Skjern, Holstebro-Esbjerg, Bramming-Tønder grænse, Sønderborg-Tinglev)
2. Integration på alle linjer undtagen "Early Deployment Lines"

2.1 Kontraktuelle muligheder – begge scenarier

2.1.1 Change Request

Fjernbane Vest kontraktens appendiks 3.1, pkt. 4.3, om overkørselsanlæg giver adgang til, at der kan ske ændringer i antallet af planlagte overkørselsanlæg, der fremgår af kontraktens appendiks 3.1, attachment 6.

Det følger af appendiks 3.1, pkt. 4.3, at reduktion af antallet af overkørselsanlæg, der skal fittes, vil skulle behandles efter reglerne om Change Requests, der følger af kontraktens pkt. 6.4 samt appendiks 9. Der vil i en Change Request både kunne ske descoping af antallet af planlagte overkørselsanlæg og eventuelt samtidigt anmodes om udførelse af andre arbejder, hvis integrationen giver anledning til dette; f.eks. ændringer i den tekniske løsning i øvrigt.

Change Requests prissættes som udgangspunkt på baggrund af enhedspriserne i appendiks 12, attachment 7, jf. Fjernbane Vest kontraktens pkt. 14.5.

2.1.2 Delvis opsigelse

Fjernbane Vest kontraktens pkt. 26.4 giver mulighed for delvis opsigelse af kontrakten. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Delvis opsigelse berettiger leverandøren til kompensation for dokumenteret tab som følge af opsigelsen, f.eks. løn til medarbejdere som er blevet overflødige som følge af opsigelsen, med mindre disse tab allerede er eller vil dækket under andre betalinger til leverandøren, jf. kontraktens pkt. 26.5. Leverandøren er forpligtet til at begrænse sit tab bedst muligt og er ikke berettiget til kompensation for tabt fortjeneste, følgeskader eller andre indirekte tab.

2.2 Juridisk vurdering og anbefaling – begge scenarier

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Det er min forståelse, at en realisering af hypotesen dels vil indebære (i) descoping af de planlagte overkørselsanlæg på en eller flere strækninger og (ii) integration af eksisterende overkørselsanlæg i den ny signaltekniske løsning. Integrationen vil muligvis medføre, at leverandøren vil skulle levere nye ydelser, der ikke er omfattet af kontraktens nuværende scope, i form af ændringer i leverandørens tekniske løsning.

Uanset hvor mange og hvilke linjer der ønskes integration af overkørselsanlæg på, er det min vurdering, at [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Baggrunden herfor er, at [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Hertil kommer, at den økonomiske konsekvens for Banedanmark [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Jeg anbefaler på ovenstående baggrund, at

3. Hypotese 2: Udskydelse eller descoping af udrulning af visse linjer på Fjernbane Vest

Hypotesen indebærer, at udrulningen af visse linjer på Fjernbane Vest udskydes eller descopes så udrulningen af det signaltekniske udstyr på kritiske linjer kan prioriteres. Deloitte har overvejet fire scenarier:

1. Udskydelse af strækningerne RO6 (Holstebro-Esbjerg), RO7 (Skanderborg – Skjern), RO11 (Bramming - Tønder) og RO10 (Sønderborg-Tinglev) til fordel for udrulning af kritiske linjer tidligere
2. Udskydelse af strækningerne i scenarie 1 samt RO5 (Langå – Struer) og RO8 (Struer-Thisted) til fordel for udrulning af kritiske linjer tidligere
3. Descoping (aflysning) af udrulning af linjerne i scenarie 1
4. Descoping (aflysning) af udrulning af linjerne i scenarie 2

3.1 Kontraktuelle muligheder

3.1.1 Scenarie 1 og 2 – Udskydelse/ændret udrulning

Forlængelse af tidsfrister

Fjernbane Vest kontraktens pkt. 7.2.1 giver mulighed for, at Banedanmark uden begrænsning, men efter drøftelse med leverandøren, kan forlænge fristen for milepælene i kontraktens Master Project Schedule (appendiks 1). Forlængelse medfører, at arbejdet fortsætter, men at fristen for hvornår visse milepæle i Master Project Schedule skal være nået udskydes.

Leverandøren skal ved forlængelse udarbejde en opgørelse over de ekstraomkostninger, forlængelsen vil medføre, jf. kontraktens pkt. 7.2.1. Leverandøren vil

være berettiget til kompensation for dokumenterede ekstraomkostninger forbundet med forlængelsen, f.eks. løn til overflødige medarbejdere i forlængelsesperioden, jf. kontraktens pkt. 7.2.3, men kompensationen kan ikke overstige leverandørens oprindelige opgørelse.

Leverandøren er forpligtet til at begrænse sine ekstraomkostninger mest muligt og er ikke berettiget til yderligere betaling eller kompensation som følge af forlængelsen, herunder tabt bruttoavance eller fremtidig fortjeneste.

Suspension

Kontraktens pkt. 7.2.2 berettiger Banedanmark til at suspendere (udskyde) leverandørens forpligtelser helt eller delvist. Forskellen på suspension i forhold til forlængelse af tidsfrister er, at arbejdet på linjen ved suspension standses helt og først genoptages, når suspensionen ophører. Suspension medfører også, at relevante tidsfrister og milepæle udskydes tilsvarende suspensionens varighed.

Leverandøren skal ved suspension udarbejde en opgørelse over de ekstraomkostninger, suspensionen vil medføre. Leverandøren vil være berettiget til kompensation for dokumenterede ekstraomkostninger forbundet med forlængelsen, f.eks. løn til overflødige medarbejdere i forlængelsesperioden, jf. kontraktens pkt. 7.2.3, men kompensationen kan ikke overstige leverandørens oprindelige opgørelse.

Leverandøren er forpligtet til at begrænse sine ekstraomkostninger mest muligt og er ikke berettiget til yderligere betaling eller kompensation som følge af forlængelsen, herunder tabt bruttoavance eller fremtidig fortjeneste.

Change Request

Adgangen i kontraktens pkt. 6.4 og appendiks 9 til at foretage ændringer via Change Requests er meget bred, og det er min vurdering, at

[REDACTED]

Roll-out af hver linje R1-R11 er defineret som en "Partial Delivery" i appendiks 12, afsnit 3 om betalingsskemaer. Da hver linje således anses for en særskilt del-leverance og ikke som en samlet leverance må der kunne foretages ændringer vedrørende enkelte linjer.

Change Requests prissættes som udgangspunkt på baggrund af enhedspriserne i appendiks 12, attachment 7, jf. kontraktens pkt. 14.5.

3.1.2 Scenarie 3 og 4 – Descoping

Kontrakten giver adgang til descoping enten ved brug af Change Requests, jf. pkt. 6.4, appendiks 9 og kontraktens pkt. 14.5, eller ved delvis opsigelse, jf. pkt. 26.4-26.5.

Se afsnit 2.1 ovenfor for en uddybende beskrivelse af disse to muligheder.

3.2 Juridisk vurdering og anbefaling

Da det er min forståelse, at hypotesen indebærer en reel ombytning af visse roll-outs i udrulningsplanen, således at kritiske linjer udrulles først og ikke-kritiske linjer udrulles sidst, er det min anbefaling, [REDACTED].

Baggrunden for dette er, at [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Hertil kommer, at den økonomiske konsekvens for Banedanmark [REDACTED]

[REDACTED]

Det er desuden umiddelbart min anbefaling, at [REDACTED]

[REDACTED]

[redacted] På denne måde vil Banedanmark fortsat have mulighed for [redacted]

Hvis det viser sig nødvendigt [redacted] Jeg bemærker i den forbindelse, [redacted]

[redacted] Umiddelbart er det min vurdering, at Banedanmark kan benytte [redacted]

Jeg anbefaler på ovenstående baggrund, at [redacted]

4. Hypotese 3: Udskydelse eller descoping af udrulning af visse linjer på Fjernbane Øst

Hypotesen indebærer, at udrulningen af visse linjer på Fjernbane Øst udskydes eller descopes så udrulningen af signalteknisk udstyr på kritiske linjer kan prioriteres. Deloitte har overvejet to scenarier:

1. Udskydelse af strækningen Odense-Svendborg til fordel for fremrykning af udrulning af signalteknisk udstyr på andre linjer
2. Descoping (aflysning) af ovennævnte linje

4.1 Kontraktuelle muligheder

Det kontraktuelle grundlag i Fjernbane Øst og Vest kontrakterne er på alle relevante punkter identisk og der er derfor samme adgang til at realisere hypotesen som beskrevet i forbindelse med hypotese 2 ovenfor.

For så vidt angår scenarie 1 (udskydelse) henvises til afsnit 3.1.1 ovenfor.

For så vidt angår scenarie 2 (descoping) henvises til afsnit [0](#) ovenfor.

4.2 Juridisk vurdering og anbefaling

Da det kontraktuelle grundlag i Fjernbane kontrakterne er ens, er min vurdering og anbefaling identisk med den, der er beskrevet for så vidt angår hypotese 2 ovenfor.

Der henvises til afsnit 3.2 ovenfor.

5. Hypotese 4: Revurdering af fitment af tog (togklasser og antal) med Onboard udstyr

Hypotesen indebærer en revurdering af antallet af togklasser samt antallet af tog, der skal fittes efter Onboard-kontrakten, således at færre togklasser eller antal tog indenfor en togklasse udstyres med Onboard udstyr. Deloitte har overvejet to scenarier:

1. Descoping af 30 DSB IC4 tog, 22 DSB ME lokomotiver og 1 DSB MK lokomotiv
2. Descoping af alle 77 DSB IC4 tog og 14 DSB ME lokomotiver

5.1 Kontraktuelle muligheder – begge scenarier

Kontrakternes struktur er således, at der mellem Banedanmark og leverandøren er indgået ”Contract for Design, Building and Maintenance of an ERTMS Onboard System for Rolling Stock operating on Main and Regional Lines (Fjernbane) in Denmark” (Onboard-kontrakten). Denne kontrakt omfatter en design fase og en test and approval fase samt endvidere en First of Class-fase, hvis der mellem Banedanmark (eller en togoperatør) og leverandøren indgås en underkontrakt gældende bestemte togtyper (”Sub-contract A”).

Der er mellem Banedanmark og leverandøren indgået en sådan Sub-contract A om den efterfølgende levering af onboard-udstyr til bl.a. DSB’s tog, herunder de af hypoteserne omfattede tog. First of Class fasen påbegyndes som nævnt først, når der foreligger en underskrevet Sub-contract A, der omfatter den pågældende togtype, jf. Onboard-kontraktens pkt. 2.3.

Onboard-kontraktens pkt. 6.9.2 finder anvendelse ved descoping af de togtyper, der fremgår af Onboard-kontraktens appendiks 2, attachment 1, Master Rolling Stock and Documentation List, pkt. 3 (Rolling Stock and Documentation List – Within Scope (A LIST)) efter indgåelsen af en Sub-contract A men inden First of Class leverancen for den pågældende togtype er gennemført.

Ifølge ovennævnte liste omfatter kontrakten 83 DSB MG (IC4) tog, 25 DSB ME lokomotiver og 1 DSB MK lokomotiv. Der kan således med hjemmel i Onboard-kontraktens pkt. 6.9.2 ske descoping af disse tre togtyper, forudsat at First of Class leverancen for disse ikke er afsluttet.

Descoping før gennemførelse af First of Class leverancen vil medføre, at hele klassen descopes. Descoping med hjemmel i Onboard-kontraktens pkt. 6.9.2 kan altså efter bestemmelsens ordlyd ikke ske, hvis det alene er et vist antal (men ikke alle) tog i en klasse, der ønskes descopet.

Hvis der sker opsigelse af en First of Class-delleverance (togtype) i medfør af Onboard-kontraktens pkt. 6.9.2 er leverandøren berettiget til kompensation for dokumenterede tab som følge af opsigelsen, f.eks. løn til overflødige medarbejdere, med mindre disse tab er eller vil blive dækket af andre betalinger. Leverandøren er forpligtet til at begrænse sit tab mest muligt og er ikke berettiget til kompensation for tabt fortjeneste, følgeskader eller andet indirekte tab. Der skal dog ske budgetkorrektion, jf. Onboard-kontraktens pkt. 14.6.

Banedanmark vil endvidere efter Sub-contract A pkt. 5.3.3 kunne annullere leverancen helt eller delvist for specifikke togklasser, dvs. at der kan ske descoping af hele klassen eller blot et antal tog i klassen. Annullationen kan omfatte First of Class installation i eventuelle togtyper, der ikke fremgår af appendiks 2, attachment 1, Master Rolling Stock and Documentation List, pkt. 3 (Rolling Stock and Documentation List), men er tilføjet efter indgåelsen af Sub-contract A. Endvidere vil annullationen kunne omfatte Serial Installation, decommissioning og/eller support og vedligeholdelse. I modsætning til Onboard-kontraktens pkt. 6.9.2 indeholder bestemmelsen udtrykkelig hjemmel til delvis annullation.

Annullation medfører, at alle efterfølgende ydelser (bl.a. vedligehold og service) for de pågældende tog eller togklasser også descopes.

Det følger af Sub-contract A, pkt. 5.3.3, at Leverandøren i tilfælde af annullation af en "First of Class Partial Delivery" er berettiget til kompensation for dokumenterede tab som følge af opsigelsen, f.eks. løn til overflødige medarbejdere, med

mindre disse tab er eller vil blive dækket af andre betalinger. Leverandøren er forpligtet til at begrænse sit tab mest muligt og er ikke berettiget til kompensation for tabt fortjeneste, følgeskader eller andet indirekte tab.

Det fremgår ikke udtrykkelig hvad der gælder (for så vidt angår kompensation til leverandøren), hvis der foretages annulation (eller delvis annulation) efter First of Class installationen er gennemført; f.eks. af Serial Installation. Det er umiddelbart min opfattelse, at [REDACTED]

5.2 Juridisk vurdering og anbefaling – begge scenarier

Det vil afhænge af, hvorvidt [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

6. Hypotese 5: Reduktion af FTN-løsning

Hypotesen indebærer, at omfanget af FTN-løsningen (Fixed Transmission Network) reduceres til at møde Banedanmarks aktuelle behov, således at Signalprogrammets FTN skal integreres i det eksisterende FTN-netværk.

Deloitte har efterspurgt en vurdering af, hvorvidt leverandøren på Fjernbane Øst og Vest kontrakterne kan kræve at blive friholdt for ansvar for en nedgang i RAM

(Reliability, Availability, Maintainability) i den efterfølgende driftsfase med henvisning til, at det er Banedanmarks FTN-netværk, der er kilden til den tabte stabilitet.

6.1 Vurdering af konsekvenser for ansvar

Det fremgår af [REDACTED]

I det omfang det faktisk etablerede FTN-netværk [REDACTED]

Det følger af Fjernbane-kontrakternes pkt. 6.7, at ændringer i kundens miljø, som ikke er forudsat i kontrakten, og som i væsentlig grad kan påvirke leverandørens opfyldelse af sine forpligtelser efter kontrakten, skal håndteres som Change Requests efter pkt. 6.4 og appendiks 9, hvis kunden ikke efter krav fra leverandøren kan eller ønsker at genoprette det forudsatte miljø. Efter kontrakternes pkt. 4.7 skal kunden informere leverandøren hurtigst muligt i tilfælde af mulige ændringer i kundens miljø, som kan spille en rolle for leverandørens leverance.

I tilfælde af Change Requests gælder det generelt, at leverandøren skal kalkulere prisen for at udarbejde et løsningsforslag. Hvis Banedanmark accepterer prisen skal leverandøren udarbejde et løsningsforslag, der indeholder beskrivelse af *"...any implications for the Delivery, maintenance, including time of delivery..."* samt øvrige elementer omtalt i Appendix 9. Leverandøren kan således efter omstændighederne som led i sit løsningsforslag gøre gældende, at ændringen i kundens miljø påvirker f.eks. muligheden for at opfylde RAM-targets.

Banedanmark har ret til at kræve audit af leverandørens løsningsforslag, jf. kontrakternes pkt. 5.11, herunder hvis leverandøren f.eks. måtte gøre gældende og anføre i sit løsningsforslag, at en ændring i Banedanmarks miljø påvirker RAM-

targets, og Banedanmark ikke er enig heri. Den part, der ønsker audit, kan kræve at audit udføres af en uafhængig ekspert, jf. kontraktens pkt. 27.2.

Et audit giver uanset udfald ikke i sig selv en part ret til at kræve ændringer i løsningsforslag, og den uafhængig ekspert, der i medfør af kontraktens pkt. 27.2 måtte gennemføre audit, har ingen beslutningskompetence. Uenighed om ændringsforslag, herunder om ændringer indvirken på den øvrige leverance, må således i sidste ende afgøres efter kontraktens tvistløsningsmekanismer.

7. Hypotese 6: Håndtering af bodsregimet

Jeg har til brug for vurderingen af hypotesen modtaget følgende notater og vurderinger udarbejdet af Kammeradvokaten:

1. Notat om Banedanmarks retsstilling ved accept af Siemens' ændringsforslag til ny roll-out plan af 10. marts 2017
2. Notat om overvejelser vedrørende udkast til CR 164, CR 172 og CR 189 (Signalprogrammet, F-bane, Infrastructure, West) af 24. maj 2017 (udkast 2, 2. juni 2017)
3. Notat om Banedanmarks aktuelle retsstilling i forhold til F-bane Infrastructure East kontrakten af 7. august 2017

Jeg har med udgangspunkt i især Kammeradvokatens vurderinger og notater mv. overvejet, om Banedanmark umiddelbart bør foretage sig andet eller mere med henblik på at håndhæve bodssystemerne i kontrakterne for at fastholde leverandørens incitament til opfyldelse af kontrakterne, og om bodssystemerne hidtil umiddelbart har været håndteret hensigtsmæssigt. Hensigtsmæssig administration af et bodssystem kan være centralt for at sikre rettidig og mangelfri kontrakt-opfyldelse.

7.1 Status for bodssystemer i de væsentligste kontrakter

Til brug for udarbejdelsen af dette notat har jeg udover Kammeradvokatens notater modtaget en statusoversigt for håndtering af bod i de væsentligste kontrakter – dvs. fjernbanekontrakterne (øst og vest), S-bane-kontrakten og Onboard-kontrakten, ligesom temaet fredag den 1. september 2017 har været drøftet på et telefonmøde med medarbejdere fra signalprogrammet.

For så vidt angår både Fjernbane Vest- og Fjernbane Øst-kontrakterne er det oplyst, at der ikke er opkrævet bod, idet der ikke er passeret nogen bodsmilepæle i relation til Final Acceptance. Næste bodsmilepæl er efter det oplyste i december 2017 (Fjernbane Vest) hhv. oktober 2017 (Fjernbane Øst). Det er således min forståelse, at der ikke for så vidt angår disse kontrakter har været nogen bodsudløsende begivenheder, som Banedanmark har undladt at reklamere over, og der er således ikke på nuværende tidspunkt nogen u-opkrævet, forfalden bod.

I relation til S-bane-kontrakten er det oplyst, at Banedanmark ikke endnu har opkrævet bod hos Siemens, idet eventuelle bodsmilepæle er indgået i forhandlinger om ændringer (Change Requests). Det er ikke oplyst, hvor store bodsbeløb der eventuelt er givet afkald på i sådanne forhandlinger. Efter det oplyste er der netop indgået Change Request (CR41), der ændrer kontraktens bodsmilepæle, hvorefter næste bodsmilepæl vil være i januar 2018. Det er således min forståelse, at der på nuværende tidspunkt ikke er nogen u-opkrævet, forfalden bod for så vidt angår denne kontrakt.

Hvad angår Onboard-kontrakten har jeg modtaget kopi af brev af 4. august 2017 fra Banedanmark til leverandøren, hvor der med henvisning til tidligere korrespondance er opgjort og taget forbehold for modregning af bod på i alt kr. ■■■■■ millioner.

7.2 Håndteringen af bod

7.2.1 Fjernbane Øst og Vest

Banedanmark har i februar 2017 anmodet Kammeradvokaten om at udarbejde en vurdering af, hvordan Banedanmarks retsstilling er i forhold til Alstom (Fjernbane Øst-leverandøren), herunder i forhold til udøvelse af misligholdelsesbeføjelser. Kammeradvokaten har udarbejdet notat af 7. august 2017 herom.

Kammeradvokaten konkluderer, at *"...der i det gennemgåede materiale ikke er identificeret forhold, som ændrer på Banedanmarks retsstilling i relation til de misligholdelsesbeføjelser, som Banedanmark kan bringe i anvendelse i henhold til kontrakten..."*, idet dog visse Change Requests medfører, at der først på et senere tidspunkt end oprindelig fastsat kan opkræves bod (notatets s. 7).

Kammeradvokaten anfører endvidere en række anbefalinger til håndtering af bodsregimet, herunder at Banedanmark:

- I tilfælde af forsinkelse altid hurtigst muligt får kortlagt årsagen til forsinkelse og forsinkelsens indvirken på øvrige aktiviteter;
- Anerkender leverandørens eventuelle berettigede krav på fristudsættelser hurtigst muligt;
- Bringet misligholdelsesbeføjelser i anvendelse, hvis der er grundlag for det, herunder klart og tydeligt varsler bod.

Der er ikke efter udarbejdelsen af notatet af 7. august 2017 passeret nogen bodsbelagte milepæle i Fjernbane Øst-kontrakten.

Jeg er enig med Kammeradvokaten i de anbefalinger, der fremgår af notatet af 7. august 2017. Det kan tilføjes, at håndtering af bodsspørgsmål, herunder beslutning om hvorvidt bod opkræves (helt eller delvis), indgår i forhandlinger om Change Requests, udskydes eller håndteres på anden måde, efter min opfattelse bør forankres i en fast og velbeskrevet forretningsgang i Banedanmark.

Der er mig bekendt ikke udarbejdet en tilsvarende vurdering af Banedanmarks retsstilling i medfør af Fjernbane Vest-kontrakten, men der er af Kammeradvokaten udarbejdet notatudkast af 24. maj 2017 (opdateret 2. juni 2017) om ”Overvejelser vedrørende udkast til CR 164, CR 172 og CR189”.

Kammeradvokaten anbefaler i notatudkastet bl.a., at der i CR’er, der indebærer udsættelse af bodsbelagte milepæle, udtrykkelig tages stilling til, om dele af eventuelle forsinkelser skyldes leverandøren. Dette kan indebære, at Banedanmark i tilfælde af forsinkelser af nye bodsbelagte milepæle kan opkræve bod også for en del af en eventuel tidligere forsinkelse (dvs. ikke kun for eventuel forsinkelse udover den udsatte milepæl). Herudover anbefaler Kammeradvokaten, at der i CR’er udtrykkelig anføres, at udsættelse af milepæle ikke indebærer afkald på retten til bod.

Efter min opfattelse bør Banedanmark

[Redacted text block]

7.2.2 S-bane-kontrakten

Det er af Banedanmark oplyst, at der ikke hidtil er opkrævet bod hos Siemens, idet eventuelle bodsmilepæle er indgået i forhandlinger med Siemens om Change

Requests (CR'er). Der har senest været gennemført forhandlinger om CR41, der efter det oplyste bl.a. indebærer, at Banedanmark ikke vil være berettiget til bod for visse forsinkelser, ligesom Banedanmark ikke kan gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. CR41 er efter det oplyste netop underskrevet.

Det ligger uden for rammerne af dette notat at vurdere, om der har været fornøden grund til at aftale ændringer, der har medført bortfald af retten til bod for tidligere forsinkelser. Det er klart, at Banedanmarks ret til at opkræve bod naturligvis er ophørt, hvis det af CR'er fremgår, at Banedanmark giver afkald på bod.

Efter min opfattelse er det væsentligt at holde sig for øje, at bodssystemer i store offentlige kontrakter ikke i første omgang bør anses som et potentiale for at opnå besparelser, men i stedet som en meget vigtig incitamentsmodel med henblik på at sikre opfyldelsen af kontrakten. Det er ikke usædvanligt, at bodsbetalinger indgår i forhandlinger om eventuelle kontraktændringer, således som det tilsyneladende også er sket i forhold til Siemens.

Hertil kommer, at bodssystemer som oftest er beløbsmæssigt begrænset, hvilket kan føre til, at hårdhændet opkrævning af bod tidligt i et projektførløb medfører, at den beløbsmæssige begrænsning nås. Det kan på afgørende vis negativt påvirke leverandørens incitament til at levere. Derfor kan det være velbegrundet som led i forhandlinger at give afkald på bod med henblik på, at bods-"puljen" ikke opbruges for tidligt.

Banedanmark bør efter min opfattelse

[REDACTED]

7.2.3 Onboard-kontrakten

Banedanmark har ved brev af 4. august 2017 fastholdt et tidligere varslet krav om bod på i alt (foreløbigt opgjort) kr. [REDACTED] millioner og forbeholdt sig at foretage modregning. Alstom er efter det oplyste uenig i kravet. Det fremgår af korrespondancen, at Banedanmark allerede i januar 2016 har taget forbehold for at rejse krav om bod, og Banedanmark har således taget adækvate skridt til at fastholde sin retsstilling.

Bodsbeløbet for forsinkelse har en størrelse, så det overstiger det maksimalt mulige bodsbeløb på ■ % af kontraktsummen. Det er fastsat i kontraktens pkt. 21.1, at der ikke kan kræves erstatning for tab som følge af forsinkelse, selv hvis Banedanmark kan dokumentere at have lidt tab, der overstiger den maksimale bod. Banedanmark kan derfor befinde sig i den vanskelige situation, at leverandøren i væsentlig grad er frataget økonomisk incitament til at levere.

Banedanmark har bedt Kammeradvokaten foretage en vurdering af Banedanmarks retsstilling i medfør af Onboard-kontrakten. Der foreligger et kommissorium for arbejdet dateret 10. juli 2017. Kammeradvokatens vurdering skal foreligge primo oktober 2017.

Det er efter min opfattelse [REDACTED]

8. Change Request procedurer

Som det fremgår af de foregående afsnit indebærer en række af hypoteserne anvendelse af Change Request mekanismerne i kontrakterne. Disse mekanismer indebærer en i princippet enkel procedure for gennemførelse af ændringer, hvor Banedanmark på grundlag af et mod vederlag udarbejdet løsningsforslag fra leverandøren beslutter at foretage ændringer i leverancen eller udrulningen heraf, jf. f.eks. S-bane-kontraktens pkt. 6.4 og fjernbanekontrakternes pkt. 6.4.

I praksis er der risiko for, at parterne ikke uden videre kan opnå enighed om Change Requests, f.eks. for så vidt angår prissætning af ændringer. En eventuel uenighed herom må løses via review af løsningsforslaget og – om nødvendigt – ultimativt kontraktens tvistløsningsmekanismer (voldgift). En tvistprocedure vil tage tid at gennemføre; somme tider flere år.

Banedanmark kan altid vælge at kræve ændringer udført på trods af uenighed om f.eks. vederlaget, jf. S-bane-kontraktens pkt. 27.4 og fjernbanekontrakternes pkt. 27.4. Hvis der er tvister om elementer i et løsningsforslag, kan det dog medføre, at Banedanmark på det tidspunkt, hvor Banedanmark kræver en ændring gennemført, ikke har fuldt kendskab til de fulde (f.eks. økonomiske) konsekvenser af ændringerne, idet disse kan afhænge af udfaldet af en tvist.



København, den 15. september 2017

Torkil Høg