

K E N D E L S E

C Rail Safety ApS
(selv)

mod

Banedanmark
(advokat Marianne Trojahn Kølle, København)

Klagenævnet for Udbud har den 16. september 2024 modtaget en klage fra C Rail Safety ApS (herefter "C Rail").

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 196856-2022 af 8. april 2022 udbød Banedanmark som offentligt udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2014/25/EU) en rammeaftale om levering af trækraft med og uden ERTMS onboard udstyr.

Ved udløb af fristen for afgivelse af tilbud havde C Rail og Contec Rail ApS (herefter "Contec Rail") afgivet tilbud.

Den 30. august 2022 meddelte Banedanmark, at C Rail ikke opfyldte minimumskriterierne til tilbudsgivers egnethed, og at Banedanmark tildelte kontrakten til Contec Rail.

Den 16. august 2024 indgav C Rail klage til Klagenævnet for Udbud over Banedanmark.

C Rail har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved

at tildele kontrakten til Contec Rail, da Contec Rail ikke havde de nødvendige sikkerhedsforanstaltninger som påbudt i udbudsmaterialets kravspecifikationer.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Banedanmarks beslutning af 30. august 2022 om at tildele kontrakt om levering af trækraft til Contec Rail.

Banedanmark har nedlagt påstand om, at klagen afvises.

Klagenævnet har besluttet at begrænse skriftvekslingen til spørgsmålet om klagens afvisning.

Sagen er behandlet på skriftligt grundlag og uden medvirken af sagkyndig, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 6.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 8. april 2022 indeholder bl.a. følgende:

”VI.4.3. Klageprocedure

Præcise oplysninger om klagefrist(er):

I henhold til lov om Klagenævnet for Udbud m.v. (loven kan hentes på www.retsinformation.dk), gælder følgende frister for indgivelse af klage: Klage over ikke at være blevet udvalgt skal være indgivet til Klagenævnet for Udbud inden 20 kalenderdage, jf. lovens § 7, stk. 1, fra dagen efter afsendelse af en underretning til de berørte ansøgere om, hvem der er blevet udvalgt, når underretningen er ledsaget af en begrundelse for beslutningen i overensstemmelse med lovens § 2, stk. 1, nr. 1.

I andre situationer skal klage over udbud, jf. lovens § 7, stk. 2, være indgivet til Klagenævnet for Udbud inden:

1) 45 kalenderdage efter at ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende om, at ordregiveren har indgået en kontrakt. Fristen regnes fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.

2) 30 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte tilbudsgivere om, at en kontrakt baseret på en rammeaftale med genåbning af konkurrencen eller et dynamisk indkøbssystem er indgået, hvis underretningen har angivet en begrundelse for beslutningen.

3) 6 måneder efter at ordregiveren har indgået en rammeaftale regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte ansøgere og tilbudsgivere, jf. lovens § 2, stk. 2.

Senest samtidig med at en klage indgives til Klagenævnet for Udbud, skal klageren skriftligt underrette ordregiveren om, at klage indgives til Klagenævnet for Udbud, og om hvorvidt klagen er indgivet i standstill-perioden, jf. lovens § 6, stk. 4. I tilfælde hvor klagen ikke er indgivet i standstill-perioden, skal klageren tillige angive, hvorvidt der begæres opsættende virkning af klagen, jf. lovens § 12, stk. 1.

Klagenævnet for Udbuds e-mailadresse er angivet i punkt VI.4.1).

Klagenævnet for Udbuds klagevejledning kan findes på www.erhvervsstyrelsen.dk”

I udbudsmaterialets bilag 6 om CSR (”Corporate Social Responsibility”, på dansk ”socialt virksomhedsansvar”) er anført bl.a. følgende:

”1.3 Transport af farligt gods

Leverandøren skal overholde den til enhver tid gældende udgave af Europæisk Konvention om International Transport af Farligt Gods ad Vej (ADR) og Reglement for National og International Befordring af Farligt Gods med Jernbane (RID) samt de gældende nationale bekendtgørelser, der sætter konventionerne i kraft i dansk ret.”

C Rail anmodede den 11. december 2023 Banedanmark om aktindsigt i relation til Banedanmarks hovedspor i 2023. Anmodningen omhandlede dokumenter vedrørende operatørlicens, der er anvendt, og dokumenter vedrørende typen af ukrudtsbekæmpelsesmiddel, mængden anvendt i liter samt det specifikke UN-nummer for det pågældende ukrudtsbekæmpelsesmiddel.

Den 16. januar 2024 gav Banedanmark C Rail fuld aktindsigt.

Parternes anbringender vedrørende påstanden om afvisning

Ad påstand 1

Banedanmark har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at det fremgår af klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 3, at en klage skal være indgivet til klagenævnet inden seks måneder efter, at ordregiveren har indgået rammeaftalen. Fristen regnes efter bestemmelsen fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte tilbudsgivere.

Den 30. august 2022 blev de berørte tilbudsgivere underrettet om tildelingen af rammeaftalen. Klagefristen udløb derfor den 28. februar 2023. C Rail indleverede klagen den 16. august 2024, og klagen er dermed indleveret efter klagefristens udløb.

Det fremgår af forarbejderne, at fristerne i klagenævnsløven er præklusive frister og dermed absolutte og endelige.

Da den præklusive klagefrist er overskredet, skal klagen afvises.

I øvrigt bemærkes, at Contec Rail siden kontraktstart har haft det fornødne EU-sikkerhedscertifikat og desuden ikke har transporteret farligt gods. Klagen er derfor baseret på ukorrekte antagelser.

C Rail har til støtte for påstanden om, at klagesagen skal realitetsbehandles, gjort gældende, at Contec Rail ikke er eller har været i besiddelse af et gyldigt EU-sikkerhedscertifikat, hvilket var en forudsætning for indgåelse af rammeaftalen, jf. udbudsmaterialets bilag 6 CSR. Contec Rail kunne derfor ikke vinde udbuddet, og Banedanmark har dermed tilsidesat sine forpligtelser i forhold til sikkerheden på jernbanerne og det udbudsretlige princip om ligebehandling.

Det var først efter klagefristens udløb, at C Rail blev opmærksom på, at Contec Rail ikke var i besiddelse af et gyldigt EU-sikkerhedscertifikat. Fra november 2023 til juni 2024 søgte C Rail at indgå i dialog med Banedanmark og Trafikstyrelsen om deres bekymringer. Samtidig anmodede C Rail om aktindsigt med henblik på at få oplyst, hvilke foranstaltninger der var blevet truffet, og hvad der blev gjort for at sikre, at forudsætningerne for indgåelse af rammeaftalen var opfyldt.

C Rail besluttede at indsende klagen på baggrund af manglende indsats fra myndighedernes side og Trafikstyrelsens henvisning til klagenævnet.

De påviste sikkerhedsbrud udgør særlige omstændigheder, som retfærdiggør, at klagenævnet ser bort fra klagefristens udløb. Det vil sikre en retfærdig proces vedrørende Banedanmarks ansvar for sikkerheden på jernbanerne. Det vil samtidig styrke udbudslovens principper om ligebehandling, idet alle tilbudsgivere skal vurderes på samme grundlag, i denne sag særligt i forhold til sikkerhed.

Afvises sagen på grund af klagefristens udløb, vil det medføre tilladelse af fortsat uforsvarlig drift og manglende efterlevelse af sikkerhedsreglerne. Dette vil tilsidesætte hensyn til jernbanen og udbudslovens principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Klagenævnet udtaler

Det følger af klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 3, at en klage over overtrædelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet skal være indgivet inden seks måneder efter, at ordregiveren har indgået en rammeaftale regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte ansøgere og tilbudsgivere, jf. klagenævnslovens § 2, stk. 2.

Bestemmelsen er – dog således at indbringelsesfristen på daværende tidspunkt var 12 måneder – indsat i loven ved lov nr. 492 af 12. maj 2010 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. Af forarbejderne fremgår det bl.a. af de specielle bemærkninger til bestemmelsen (lovforslag nr. 110 af 27. januar 2010):

”Med bestemmelsen indføres der som noget nyt frister for, hvor længe det er muligt at klage over visse typer af beslutninger, som ordregiveren har truffet i løbet af udbudsprocessen (såkaldte præklusive frister). Bestemmelserne retter sig kun mod udbud omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Der er i de gældende regler ikke fastsat sådanne præklusive frister. I lyset af, at der med lovforslaget indføres indgribende sanktioner som den omstændighed, at en kontrakt kan erklæres for uden virkning, og at der kan pålægges en alternativ sanktion i form af bødeansvar eller en økonomisk sanktion, er det hensigtsmæssigt at indføre klagefrister i visse situationer. Det vil således være urimeligt, såfremt ordregiveren i alle tilfælde og på ubestemt tid kan blive mødt med, at en kontrakt erklæres for uden virkning.

...

Indførelse af en præklusiv frist må ikke forhindre eller gøre det uforholdsmæssigt vanskeligt at klage over overtrædelser af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet. Omvendt vil det forhold, at der indgives klage længe efter kontraktindgåelse, medføre et betydeligt værdispild. Forslaget skaber, under hensyntagen til direktivernes krav, en hensigtsmæssig balance mellem på den ene side hensynet til klagers effektive klageadgang, og på den anden side ordregiverens mulighed for at tilrettelægge og fuldføre en hensigtsmæssig indkøbsproces.

...

For at undgå, at ordregiveren på ubestemt tid kan blive mødt med klager og for at skabe incitament til, at der klages tidligt i forløbet, foreslås det, at når en ordregiver indgår en rammeaftale, skal klage over indgåelsen være Klagenævnet i hænde senest 12 måneder efter, at ordregiveren har indgået rammeaftalen. Fristen regnes fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har afsendt underretning til de berørte ansøgere, jf. § 2, stk. 2.”

Bestemmelsen fik sin nugældende formulering ved lov nr. 511 af 27. maj 2013 om ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., hvorved indbringelsesfristen blev forkortet til 6 måneder.

Det er ubestridt, at Banedanmark den 30. august 2022 meddelte C Rail, at kontrakten blev tildelt Contec Rail. Fristen efter klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 3, skal herefter, og da der ikke foreligger oplysninger, hvorefter der er grundlag for et andet begyndelsestidspunkt, regnes fra den 31. august 2022. Klagefristen udløb derfor den 28. februar 2023.

Da klagen dermed ikke er indgivet rettidig, tager klagenævnet Banedanmarks påstand om afvisning til følge.

Herefter bestemmes

Klagen afvises.

Klagegebyret tilbagebetales.

C Rail Safety ApS skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 10.000 kr. i sagsomkostninger til Banedanmark.

Morten Juul Nielsen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Louise Dissing Jensen
fuldmægtig