

K E N D E L S E

Bombardier Transportation Denmark A/S
(advokat Jesper Kaltoft, København)

mod

Banedanmark
(Kammeradvokaten ved advokat Kristian Hartlev)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 39-057711 af 23. februar 2010 udbød Banedanmark (indklagede) som udbud med forhandling efter direktiv 2004/17/EF (forsyningsvirksomhedsdirektivet) to »Design-Build-Maintain« delkontrakter om udskiftning af det nuværende signalsystem på fjernbanen med et såkaldt ERTMS level 2 system - én delkontrakt vedrørende den østlige del af fjernbanenettet (»East lot«) og én delkontrakt vedrørende den vestlige del af fjernbanenettet (»West lot«). Værdien af »East lot« anslås i bekendtgørelsen til 3 – 4 mia. kr. ekskl. moms, og værdien af »West lot« anslås til 4 – 5,5 mia. kr. ekskl. moms. Skillelinjen mellem de to delkontrakter var Lillebælt. De to kontrakter kunne ifølge udbudsbetingelserne ikke tildeles samme tilbudsgiver. Udbuddet indgik i en af Folketinget besluttet samlet udskiftning af signalanlæg på fjernbanen og S-banen til en samlet værdi af 18 mia. kr.

Klagenævnet har den 27. december 2011 modtaget en klage fra Bombardier Transportation Denmark A/S (klageren) over udbuddet.

Klageren har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Indklagede har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Parternes øvrige påstande:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

»Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10, ved at prækvalificere og senere antage tilbud fra Thales-BBR, uagtet at Thales-BBRs ansøgning om prækvalifikation var ukonditionsmæssig, idet Thales-BBR ikke opfyldte det i udbudsbekendtgørelsen opstillede mindstekrav om dokumenterede referencer for levering af en *”ERTMS Level 2 based infrastructure signalling solution suitable for deployment as a functionally integrated solution to a mixed operation conventional railway installed and tested no later than by the date of application and in commercial operation no later than 1 July 2011”*.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Indklagedes beslutning af 16. december 2011 om at tildele delaftale Vest (West Lot) til Thales-BBR.«

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

Afvisningspåstanden er begrundet med, at klagen er for sent indgivet. Fristen i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 7, stk. 1, er således angiveligt ikke overholdt, og klageren har på grund af passivitet i mere end 1 ½ år fortabt sin klageadgang.

Andre oplysninger i sagen:

Betingelserne for prækvalifikation

I udbudsbekendtgørelsen står, at de virksomheder, som ansøgte om prækvalifikation, skulle oplyse følgende:

»...

III.2.3) Technical capacity:

Information and formalities necessary for evaluating if requirements are met: G. The applicant shall document references within the below listed key areas (G1-G3) within the past 5 years (Note that key area G1 must be fulfilled by one reference). The specified areas below have been divided into minimum criteria and selection criteria, cf. VI.3), no. 9 and 10.

The references shall be of systems that are in commercial operation by the date of application and shall support the applicant's experiences and capability to deliver the Fjernbane signalling Programme in the relevant contract area (East or West).

...

G.1 Experience with re-signalling a railway with dense mixed traffic of freight and passenger trains. (Minimum criterion).

...

H. Capabilities:

The applicant shall provide a brief statement describing the applicant's capabilities within the past 5 years in designing, manufacturing, installing and testing ERTMS level 2 based signaling, cf. H1-H7.

For each capability description regarding H1-H7 the applicant shall provide:

- An explanation on how the applicant will fulfil the below mentioned requirements for capability;
- Any supporting information, e.g. project references.

...

H.1 A ERTMS Level 2 based infrastructure signalling solution suitable for deployment as a functionally integrated solution to a mixed operation conventional railway installed and tested no later than by the date of application and in commercial operation no later than 1. July 2011. The signaling solution should include: Radio Block Centre integrated with the interlocking and capable of interfacing to a GSM-R radio network and the Traffic Management system (Minimum criterion);

H.2 A Traffic Management System in commercial operation (by the date of application) suitable for application to a mixed operation conventional railway (Minimum criterion);

...

VI.3) Additional Information:

...

9. In order to be taken into consideration during the prequalification the applicant must meet the following minimum requirements:

...

(II) Re section III.2.3: The applicant has references and capabilities within all key areas marked as "Minimum criteria", G1 and H1-H2 (each single reference or capability, however, need not comprise all key areas).«

Endvidere indeholder dokumentet »Prequalification checklist«, der er en del af udbudsbetingelserne, oplysninger om kravene til prækvalifikation.

Indklagedes prækvalifikation af virksomhederne

6 virksomheder ansøgte om prækvalifikation, nemlig:

1. Klageren
2. Ansaldo
3. Et konsortium bestående af Siemens A/S og Siemens AG
4. Invensys Rail
5. Et konsortium bestående af 3 Alstom selskaber (Alstom)
6. Et konsortium bestående af Thales og Balfour Beatty Rail (Thales-BBR)

Alle ansøgninger blev afleveret til tiden. Ansøgningerne opfyldte efter indklagedes vurdering de opstillede minimumskrav i udbudsbekendtgørelsen, herunder minimumskravet H.1.

Den 31. maj 2010 besluttede indklagede derfor at prækvalificere alle 6 ansøgere, idet indklagede i udbudsbekendtgørelsens punkt VI.3, nr. 1, havde fastsat, at indklagede højst ville prækvalificere 6 ansøgere. Det var således ikke nødvendigt at reducere i ansøgerfeltet ved hjælp af udvælgelseskriterierne i udbudsbekendtgørelsens punkt VI.3, nr. 10.

Indklagedes beslutning om prækvalifikation blev meddelt klageren den 31. maj 2010.

Der er af parterne fremlagt en række oplysninger vedrørende Thales/BBR's udførelse af projekter for andre ordregivere i relation til spørgsmålet om prækvalifikation. Parterne er uenige om, hvorvidt de pågældende projekter opfylder minimumskrav H.1 om udførelse af ERTMS level 2 projekter.

Indklagede har blandt andet fremlagt en erklæring fra projektleder Gunnar Lohmann om indklagedes vurdering af Thales/BBR's ansøgning om prækvalifikation i relation til kravet i udbudsbekendtgørelsens punkt H.1.

Udbuddets efterfølgende forløb

Virksomhederne modtog udbudsmaterialet »Tender Documents«, som ifølge den endelige version af »Tender Conditions« punkt 3 samlet består af (de rettelsesmarkeringer, som fremgår af den endelige version, og som viser ændringer i forhold til den første version, er ikke medtaget her):

»

- Tender Overview
- Tender Conditions
 - Attachments
 - [not relevant in BAFO]
 - [not relevant in BAFO]
 - [not relevant in BAFO]
 - 4 Template for Tenderer's Questions
 - 5 Explanation of Award Criteria
 - 1 Price Evaluation Sheet
 - [not relevant in BAFO]
 - 8 Complete list of ITTs
- Contract
- Appendix 1 Time Schedule
 - Attachments
 - 1 General Time Schedule
 - 2 Definition of Milestones
 - 3 Overall Time Schedule East
 - 4 Overall Time Schedule West
- Appendix 2 Customer's Environment
 - Attachments
 - 1 Site Information Harddisk
 - 2 File List of Site Information Harddisk
 - 3 Overall Signalling and Interlocking Principles
 - 4 Strækningsregister
 - 5 Type Examples of Level Crossings
 - 6 Site Information Stick
 - 7 Files List of Site Information Stick
- Appendix 3.1 Delivery Description
 - Attachments
 - 2 Summary of Concepts
 - 3 Fjernbane Signalling System Tender Compliance Matrix
 - 4 Fjernbane System Scope and Boundary Diagram
 - 5 Candidate Architecture Diagram
 - 6 Fitment Scope of Level Crossings
 - 7 Sidings, Depots and Stabling Tracks East
 - 8 Sidings, Depots and Stabling Tracks West

- 9 Level Crossings Cat.3 East
- 10 Level Crossings Cat.3 West
- 11 Online Key Management Concept
- Appendix 3.2 Functional Requirements
 - Attachments
 - 1 Fjernbane Operational Concept
 - 2 Business Process Diagrams
 - 3 TMS Concept
 - 4 Hand-held Terminal Concept
- Appendix 3.3 Non Functional Requirements
 - Attachments
 - 1 List of Public Standards and Codes
 - 2 List of BDK Standards and Codes
 - 4 Basic Engineering Rules
 - 5 Bascule Bridge Principles
 - 6 Environmental Requirements
- Appendix 3.4 Security Requirements
 - Attachments
 - 1 Retningslinier for adgangsstyring til Banedanmarks systemer informationer og netværk
 - 2 Retningslinier for reetablering af systemer og data
 - 3 Retningslinier for logning og overvågning
 - 4 Civil Works Risk Assessment 2010
 - 5 Retningslinier for medarbejdersikkerhed
- Appendix 3.5 Interface Requirements
 - Attachments
 - 1 Transition Zones to S-bane
 - 2 Fjernbane Transition Zones
 - 3 Interfaces to legacy Interlockings
 - 4 Interface Denmark – Sweden
 - 5 Interface DK - DE
- Appendix 3.7 Training Requirements
 - Attachment
 - 2 Training Matrix
- Appendix 3.8 Options
 - Attachment
 - 17 Conceptual Timetable for 2025 of the Fehmarn Belt Project
- Appendix 4 Documentation
 - Attachments
 - 1 Documentation Tables
- Appendix 5 Maintenance
 - Attachments
 - 7 Possessions Needed for Maintenance
- Appendix 6 Service Level Goals
 - Attachments

- 1 Conceptual Timetable
 - 2 Rolling Stock Data
 - 3 Failure Mode Effects and Criticality Analysis Fjernbane
 - 7 Large nodes (East)
 - 8 Large nodes (West)
 - 9 Rolling Stock Information
- Appendix 9 Change Management
 - Attachments
 - 1 Change Order Template
- Appendix 10 Project Organisation / Execution
 - Attachments
 - 2 Templates
- Appendix 11 Customer's Participation
- Appendix 12 Payment and Pricing Schedules
 - Attachments
 - 1 Pricing Schedules for the Delivery (East)
 - 2 Pricing Schedules for the Delivery (West)
 - 3 Pricing Schedules for Maintenance (East)
 - 4 Pricing Schedules for Maintenance (West)
 - 5 Pricing Schedules for the Options (East)
 - 6 Pricing Schedules for the Options (West)
 - 7 Pricing Schedule for Unit Prices
 - 8 Change Agreement Overview
 - 9 Pricing of Customer's Participation
 - 10 Pricing Schedule for Spare Parts, Consumables and Special Tools
- Appendix 13 Incentives and Penalties
- Appendix 14.1 Installation
 - Attachments
 - 4 Change-over System Concept
 - 5 Geographical Split of Migration Steps
- Appendix 14.2 Testing and Commissioning
 - Attachments
 - 4 Concept on the Joint Test Laboratory
- Appendix 14.3 Decommissioning
- Appendix 15 License Terms for Software and Escrow Agreement
 - Attachment
 - 2 Escrow Agreement
- Appendix 16 Processes
 - Attachments
 - 1 Customer's Requirements Management Plan
 - 2 OR – Packages Overview
 - 3 OR – Packages Analysis and Study
 - 4 Stage Gate Procedure
 - 5 Customer's Authorities Approval Process Plan

- 6 Customer's Safety Plan Fjernbane
- 7 Customer's Risk Management Plan
- 8 Customer's Pre Tender Risk Register
- 9 G-ISA Scope of Work
- 10 The G-ISA's proposed G-ISA – S-ISA split of Responsibilities
- 11 Customer's draft Hazard List
- 12 SAP PM Overview
- 27 Customer's Interoperability Certification Plan
- 31 NSA Guide on Authority Approval
- Appendix 17 Glossary
 - Attachment
 - 1 Glossary List
- Appendix 18 Model Infrastructure Sub-contract
- Appendix 19 Conditions for Civil Works
- Appendix 20 Model Non-Disclosure Agreement
- Appendix 21 Questions and Answers
- Appendix 22 Arbitration Agreement governing Disputes relating to On Demand Guarantee
- Appendix 23 Model Parent Company Guarantee

Appendices 3.6, 7 and 8, Attachment 6 to Tender Conditions and Attachment 3 to Appendix 3.3, are **not used**.

All Functional and Non Functional Requirements in Appendices 3.2 and 3.3 are an extract from DOORS, which the Tenderers also have access to. In case of discrepancy between Requirements in Appendices 3.2 and 3.3 compared to DOORS it is Appendices 3.2 and 3.3 that are applicable.

In case of discrepancy between Requirements in Appendix 3.5 compared to DOORS it is Appendix 3.5 that is applicable.«

Virksomhederne afgav herefter i overensstemmelse med Tender Conditions punkt 7 inden for fristen herfor den 14. december 2010 et forhandlingstilbud (»first negotiation tender« forkortet »FNT«).

Efter en forhandlingsproces i 1. halvår af 2011 justerede indklagede udbudsbetingelserne i overensstemmelse med proceduren i udbudsbetingelserne.

Virksomhederne afgav herefter den 14. september 2011 deres endelige og bindende tilbud (»Best And Final Offer« forkortet »BAFO«). Efter det oplyste var tilbuddene omfangsmæssigt på ca. 2.000 sider hver.

Efter en yderligere proces med afklarende spørgsmål fra indklagedes side traf indklagede den 16. december 2011 beslutning om at tildele delkontrakten om »East Lot« til Alstom og »West Lot« til Thales-BBR. Indklagede underrettede de øvrige tilbudsgivere herom pr. e-mail den 16. december 2011. Med underretningen fulgte en individuel, omfattende evalueringsrapport, »BAFO Assesment Report«, til hver tilbudsgiver.

Som anført indledningsvis indgav klageren herefter den 27. december 2011 den foreliggende klage til Klagenævnet for Udbud vedrørende prækvalifikationen i maj 2010.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

»Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.«

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*»fumus boni juris«*). Hvis klagen umiddelbart synes håbløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) bemærker klagenævnet:

Ad påstand 2 (annulationspåstanden):

Indklagede underrettede den 31. maj 2010 klageren om beslutningen om prækvalifikation, herunder af Thales/BBR.

Klageren kunne allerede på dette tidspunkt tage stilling til, om der var anledning til at indgive klage vedrørende prækvalifikationen af Thales/BBR.

Klageren indgav imidlertid ikke klage efter underretningen den 31. maj 2010.

Tværtimod ventede klageren i 1 ½ år, indtil tildelingen den 16. december 2011 til fordel for to andre virksomheder end klageren, nemlig Alstom og Thales/BBR, havde fundet sted, med at indgive klage over, at Thales/BBR var blevet prækvalificeret i maj 2010.

I perioden fra beslutningen om prækvalifikation i maj 2010 har der været gennemført en efter det oplyste særdeles omfattende og kostbar udbudsproces. Processen har således efter det oplyste omfattet bl.a. udarbejdelse af udbudsmateriale på omkring 1.500 sider, gennemførelse af omfattende forhandlinger over i alt 4 - 5 uger samt afgivelse af forhandlingstilbud og endelige tilbud med et omfang på flere tusinde sider. Endelig er der foretaget evaluering af de 6 tilbud, hvorefter indklagede den 16. december 2011 traf tildelingsbeslutning. Det er oplyst, at indklagede, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, agter at indgå kontrakt, så snart klagenævnets afgørelse vedrørende opsættende virkning er truffet, og de såkaldte slutforhandlinger med Alstom og Thales/BBR er færdiggjort.

Klageren blev som anført sammen med de øvrige 5 virksomheder prækvalificeret den 31. maj 2010. Klageren har herefter deltaget i den efterfølgende udbudsproces, herunder i forhandlingerne, ligesom klageren i lighed med de øvrige 5 virksomheder har afgivet både forhandlingstilbud og endeligt til-

bud. Klageren har således som deltager i udbuddet siden maj 2010 haft fuldt kendskab til processen, dens omfang og de beslutninger, der blev truffet under udbuddet.

Efter det oplyste har der hverken for indklagede eller for de øvrige virksomheder, der har deltaget i udbuddet, hvoraf to virksomheder nu har fået tildelt kontrakt, foreligget oplysninger om, at klageren anfægtede eller ville anfægte beslutningen om at prækvalificere virksomhederne, herunder prækvalifikationen af Thales/BBR.

Tilsvarende har der efter det oplyste hverken for indklagede eller for de øvrige virksomheder foreligget oplysninger om, at klageren ville indgive klage til Klagenævnet for Udbud over prækvalifikationen så sent som efter, at tildelingsbeslutningen var blevet truffet.

Ved afgørelsen af, om en annullationspåstand skal tages til følge, skal klagenævnet ikke blot lægge vægt på, om den ordregivende myndighed har begået fejl, herunder på omfanget og grovheden af eventuelle fejl, og på om fejlene har været generelt og/eller konkret væsentlige for den trufne afgørelse.

Klagenævnet skal herudover også foretage en samlet vurdering af de momenter, der i det konkrete tilfælde taler henholdsvis for og imod annulation. Hvis en sådan samlet vurdering ikke taler imod, at den pågældende afgørelse annulleres, træffer klagenævnet afgørelse om annulation.

Klagenævnet har herefter på det foreliggende, foreløbige grundlag vurderet spørgsmålet om annulation af tildelingsbeslutningen således:

Hvis klageren får medhold i påstand 1, vil der kunne være tale om en såvel generelt som konkret væsentlig fejl. Klageren har klaget i standstill-perioden, hvor kontrakt endnu ikke er indgået. Disse forhold taler for at antage, at annullationspåstanden vil kunne blive taget til følge.

Heroverfor foreligger der imidlertid en lang række forhold, der efter en samlet afvejning og vurdering taler imod annulation og således medfører, at klageren ikke på det foreliggende grundlag har sandsynliggjort, at annullationspåstanden vil blive taget til følge.

Klagenævnet lægger herved vægt på følgende:

1. *Indklagede* har siden prækvalifikationen investeret særdeles store økonomiske ressourcer i projektet og har i den forbindelse indrettet sig på, at prækvalifikationsbeslutningen ikke ville blive anfægtet. Der er desuden forbrugt ca. 1 ½ år af projektets samlede tidshorisont på udbuddet, siden prækvalifikationen fandt sted. Hvis tildelingsbeslutningen annulleres på grund af fejl ved prækvalifikationen, vil der antagelig være en væsentlig risiko for, at de investerede økonomiske ressourcer og tidsforbruget vil være forspildt helt eller delvist.
2. Selve udbuddets karakter, genstand, omfang og økonomiske værdi samt de øvrige omfattende projekter, som udbuddet efter det oplyste har relation til, må tillægges vægt. I sammenhæng hermed må risikoen for negative samfundsmæssige konsekvenser i form af værdispild og andre væsentlige samfundsmæssige ulemper, der måtte blive en følge af annullation på dette sene tidspunkt, tillægges betydelig vægt.
3. De øvrige 5 tilbudsgivere har anvendt store økonomiske ressourcer og haft et meget stort tidsforbrug i forbindelse med udbuddet i perioden fra prækvalifikationen indtil tildelingsbeslutningen. Hvis tildelingen annulleres, må der antages at være væsentlig risiko for værdispild også hos disse 5 virksomheder.
4. *Thales/BBR* er - foruden at have indrettet sig på igennem lang tid at have haft status som prækvalificeret - nu også udpeget som vinder af udbuddet for så vidt angår delkontrakten om »West Lot«.
5. Det indgår med betydelig vægt i vurderingen, at klageren allerede efter underretningen den 31. maj 2010 om prækvalifikationen af *Thales/BBR* havde anledning til at tage stilling til, om virksomheden ønskede at klage over denne afgørelse. Virksomheden var som deltager i udbuddet fuldt informeret om udbudsprocessen. Imidlertid forholdt virksomheden sig passiv, indtil tildelingsbeslutningen til fordel for to andre virksomheder end klageren var truffet. Klageren anfægter nu således hverken udbudsbetingelsernes og evalueringens lovlighed; alene beslutningen i maj 2010 om at prækvalificere *Thales/BBR* anfægtes til støtte for, at tildelingsbeslutningen i december 2011 til fordel for denne virksomhed annulleres.

På denne baggrund er det på det foreliggende grundlag klagenævnets vurdering, at klageren ikke har sandsynliggjort, at klagenævnet vil tage annullationspåstanden til følge.

For så vidt angår betingelse nr. 2 om *uopsættelighed* bemærker klagenævnet:

Klageren har som anført forholdt sig passiv i relation til muligheden for at anfægte prækvalifikationen af Thales/BBR i perioden fra meddelelsen om prækvalifikationen den 31. maj 2010 indtil klagen den 27. december 2011.

Herefter og da indklagede vil kunne pålægges at betale erstatning til klageren, hvis betingelserne herfor måtte være opfyldt, finder klagenævnet efter en samlet vurdering af klagen, at kravet om uopsættelighed ikke er opfyldt.

For så vidt angår betingelse nr. 3 om *interesseafvejning* bemærker klagenævnet:

Også en interesseafvejning fører til, at klagen ikke skal tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet henviser herved til det, der er anført foran om klagerens passivitet. Klagenævnet henviser endvidere til det anførte om hensynet til indklagede, om udbuddets karakter, genstand, omfang og økonomiske værdi og om risikoen for negative samfundsmæssige konsekvenser ved en annullation.

Betingelserne for at tillægge klagen opsættende virkning er således ikke opfyldt.

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Michael Ellehauge / Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig