

K E N D E L S E

MT Højgaard A/S og Züblin A/S
(advokat Torkil Høg, København)

mod

Banedanmark
(Kammeradvokaten v/ advokat Kristian Hartlev)

Klagenævnet har den 30. december 2013 modtaget en klage fra MT Højgaard A/S og Züblin A/S (klagerne).

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

Banedanmark (indklagede) har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 19, svarskrift med bilag A – F, processkrift 1 med bilag 20 – 22 og processkrift A med bilag G – L.

Klagens indhold:

Klagerne har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10, ved at prækvalificere JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S uanset interessentskabet i strid med udbudsbekendtgørelsen ikke indleverede registreringsbevis eller andet officielt dokument til præcis identifikation af interessentskabet.

Påstand 1a (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 10, ved at prækvalificere JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S, som var en ikke-eksisterende juridisk person.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark havde pligt til at afvise tilbuddet fra JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S af 27. august 2013, idet tilbuddet i strid med udbudsbetingelserne ikke var bindende for interessentskabet.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 10, ved at tillade, at Per Aarsleff A/S fra og med 15. oktober 2013 deltog i udbuddet i stedet for JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S, og ved senere at tildele den udbudte kontrakt til Per Aarsleff A/S, idet Per Aarsleff A/S ikke havde ansøgt om prækvalifikation under udbuddet.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark ved tilbudsevalueringen har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 10, ved:

- i) at undlade at behandle den af Aarsleff tilbudte konstruktion med sekantvægge uden betonpåstøbning i tunneltrug som et forbehold, uanset konstruktionen i strid med udbuddets krav ikke ud fra et fagligt skøn kan antages at være vandtæt;
- ii) at lade det komme Aarsleff til gode under den kvalitative bedømmelse af Aarsleffs tilbud, at Banedanmark forventede, at Aarsleff ville stille en garanti for »a class 1 watertight structure« uanset Aarsleff ikke havde stillet en sådan garanti;
- iii) at bedømme Aarsleffs hhv. klagers tilbudte løsninger for tunneldæk forskelligt, uanset der var tale om identiske tekniske løsninger; og

- iv) at bedømme Aarsleffs tilbudte løsning for sammensvejsede spunsvægge i tunneler bedre end klagers, uanset der var tale om identiske tekniske løsninger, og uanset Aarsleff i modsætning til klager ikke levede op til udbuddets krav om inspektioner af svejsninger.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal annullere Banedanmarks beslutning af 20. december 2013 om at tildele Per Aarsleff A/S kontrakten for TP 4 Urban Tunnels.

Andre oplysninger i sagen:

I udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 018-026652 af 23. januar 2013 står der blandt andet:

»II.1.5) Short description of the contract og purchase(s):

Tender Package TP4, Urban Tunnels, is a design and build contract that covers the majority of civil works associated with the construction of the new railway line for the Urban Section of the Copenhagen to Ringsted Rail Line development.

...

The nature of the site provides a number of challenges and constraints for the proposed railway alignment such as existing structures, highways, utilities and environmental requirements. ...

...

II.2.1) Total quantity or scope:

Estimated value excluding VAT

Range: between 120 000 000 and 150 000 000 EUR

...

III.2) Conditions for participation

III.2.1) Personal situation of economic operators, including requirements relating to enrolment on professional or trade registers

Information and formalities necessary for evaluating if the requirements are met: Registration certificate or other official document for exact identification of the applicant.

If the applicant is a consortium or joint venture, documentation are required for each participant.

...

III.2.3) Technical capacity

Information and formalities necessary for evaluating if the requirements are met: Experience with large civil works projects, including urban projects where working space is limited, is deemed desirable. Specific reference to cut and cover construction, cut-off walls and large scale ground water control systems should be highlighted. Experience in are-

as such as handling contaminated soils, operating adjacent to live highways and high volume concrete casting should be detailed. Relevant references not older than 10-15 years must be enclosed. ... The application must contain a description of the applicant's design tools and workflows and the approach to 3D modeling of the structures included in the tender. It is an advantage to include examples from previous projects.

...

IV.3.4 Time limit for receipt of tenders or requests to participate

5.3.2013 – 16:00

...

VI.3) Additional information:

... The new line Copenhagen – Ringsted project intends to invite 4-6 applicants to tender. If there are more than 6 applicants, Banedanmark will undertake prequalification based on references from similar assignments.«

JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S ansøgte den 4. marts 2013 om at blive prækvalificeret. Af fremsendelsesbrevet vedlagt ansøgningen fremgår blandt andet:

»E. Pihl & Søn A.S. og Per Aarsleff A/S har i konsortiesamarbejder – udover de nedennævnte projekter – gennem de seneste 22 år udført store infrastrukturprojekter og har således de fælles nødvendige erfaringer og kompetencer til at kunne løse og gennemføre store projekter, som det udbudte projekt.

Vi har dannet konsortiet JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S.

...

Formålet med oprettelsen af JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S er at byde på – og gennemføre det udbudte projekt »TP 4 Urban Tunnels«. Intentionen er at benytte den meget brede erfaring E. Pihl & Søn A.S. og Aarsleff koncernen har med gennemførelse af anlægsprojekter. ...

For at styrke projekteringsdelen har vi indgået aftale med COWI A/S som projekterende ingeniør.

E. Pihl & Søn A.S. er blandt de største entreprenører i Danmark, og er samtidig blandt de førende på beton- og BIM-området. Per Aarsleff A/S er ligeledes blandt de største entreprenører i Danmark, og er blandt de førende inden for infrastruktur, fundering og fornyelse af rørledninger.

...

Per Aarsleff A/S udfører alle former for infrastrukturarbejder ...

...

Endvidere skal det nævnes at Aarsleff koncernen er tilknyttet kompetencer inden for jernbanetekniske opgaver ved Aarsleff Rail A/S, og inden for installationsområdet ved Wicotec Kirkebjerg A/S.

...

Med venlig hilsen

JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S«

Af JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S prækvalifikationsansøgning fremgår yderligere blandt andet følgende:

»III.2.1) Personal situation of economic operators

BILAG:

- Joint Venture partnere
- Resumé fra Erhvervsstyrelsen
 - E. Pihl & Søn A.S.
 - Per Aarsleff A/S
 - Aarsleff Rail A/S
 - Wicotec Kirkebjerg A/S
 - COWI A/S

JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S

Joint Venture partnere:

...

E. Pihl & Søn A.S.

...

Per Aarsleff A/S

...

III.2.3) Technical capacity

BILAG:

- 3D referencer:
 - E.Pihl & Søn A.S.
 - ”BIM – Building Information Modeling” (generel)
 - ”3D-Modelling” (specifik til TP4)
 - Udvalgte 3D referenceblade
 - Per Aarsleff A/S
 - ”Erfaringer med anvendelse af 3D modeller”
 - ”Anvendelse af 3D modeller”
 - Cowi A/S
 - ”Anvendelse af 3D modeling”
 - ”IBDAS (Integrated Bridge Design and Analysis System)”«

Vedrørende Per Aarsleff A/S fremgår blandt andet følgende af prækvalifikationsansøgningen:

»Erfaringer med anvendelse af 3D-modeller

Hos Per Aarsleff A/S har vi opnået væsentlig erfaringer med håndtering af 3D modeller i gennem de senere år. Dels har vi på flere af vores gennemførte projekter håndteret 3D modeller og senest i forbindelse med tilbudsarbejderne på henholdsvis TP21 og TP41 for Banedanmark samt Nordhavn Station, Sydlig løsning for By og Havn, har vi arbejdet med 3D modeller, i tæt samarbejde med vores rådgiver.

Aktuelt håndterer vi 3D modeller i forbindelse med detailprojekteringen af TP41 samt Gentofte Genbrugsstation

...

Endvidere håndterer vores landmålere 3D modeller i forbindelse med deres udarbejdelse af modelfiler til de af vores gravemaskiner, dozere med videre, som er udstyret med GPS maskinstyring.

...

Teknisk kapacitet – Anvendelse af 3D modeller

Aarsleff Rail A/S har fået erfaringer med håndtering af 3D modeller dels gennem udførte projekter og dels gennem tilbudsarbejderne på blandt andet TP21 og TP41 for Banedanmark samt Nordhavn Station, Sydlig løsning for By og Havn. Tilbudsarbejdet er gennemført i tæt samarbejde med vores rådgiver.

Vi håndterer aktuelt i samarbejde med Per Aarsleff A/S, 3D modeller i forbindelse med detailprojekteringen af TP41.

Endvidere anvender vi 3D modeller på de af vores gravemaskiner, dozere med videre, der er udrustet med GPS maskinstyring.«

Vedrørende COWI A/S fremgår blandt andet følgende af prækvalifikationsansøgningen:

»1 Anvendelse af 3D modellering i COWI

1.1 Generelt

COWI har mange år arbejdet med design i 3D. Baggrunden har været de store kabelbårne broer og det internt udviklede projekteringsværktøj IBIDAS, hvor første version blev udgivet for 25 år siden. I dag projekteres en stor andel af COWIs opgaver i 3D Afhængigt af projektet anvendes 3D på geometri (tegningssiden), beregningssiden eller begge.«

Den 8. marts 2013 meddelte indklagede, at følgende virksomheder var blevet prækvalificeret:

- »Hochtief Solutions AG«,
- »FCC Construcción, S.A.«,
- »MTH-Züblin JV ved MT Højgaard A/S og Züblin AG Stuttgart med Arup & ME Engineering A/S ved mekaniske og elektriske installationer«,
- »JV Pihl-Aarsleff – TP 4 Urban Tunnel I/S« og
- »TBI Infra B.V.«

Af »Invitation to TENDER Design and Build Contract – TP 4 Urban Tunnels«, som de prækvalificerede efter det oplyste fik adgang til den 22. april 2013, fremgår, at »Tenders will be accepted at Banedanmark ... MAY NOT BE OPENED AND SCANNED UNTIL 15 27 AUGUST 2013 at 14:00 (2 PM)«. Af de vedlagte udbudsbetingelser fremgår blandt andet følgende:

»2.2 Costs of tendering

Kh-Rg intent to pay for submitting tender in according with these guidelines:

For regular 1st bid: ~~DKK 1.000.000~~ DKK 1.800.000

For regular 2nd bid: ~~DKK 600.000~~ DKK 750.000

For regular 3rd bid: DKK 300.000

...

3.3 Questions and amendment sheets

Prior to submitting the first bid on 15 27 August 2013, the Tenderers can ask questions about the bid. ...

...

4.4 Acknowledgement of tenders

The tender must be acknowledged within 180 days unless Kh-Rg has annulled the tender beforehand, informed that the tender is released from his offer, or an agreement has been signed with one of the tenderers. This signifies that a submission of a revised bid does not release the tenderers from any previously submitted bid.

...

5 Evaluation

...

The contract is awarded to the »most economically advantageous tender« assessed on the following sub-criteria:

A: The tendered prices are weighted 50 %.

...

B: The technical solution 50 %«

Af fuldmagt af 1. august 2013 fremgår blandt andet:

»Undertegnede [bestyrelsesformand], Niels Skovgaard Møller og [adm. direktør] Ebbe Malte Iversen, som er tegningsberettigede for Per Aarsleff A/S ... meddeler hermed fuldmagt til

afdelingsdirektør Carsten Lund
Per Aarsleff A/S

...

Carsten Lund kan underskrive alene for Per Aarsleff A/S i alle forhold vedrørende prækvalifikation og tilbud.

Fuldmagten er en stillingsfuldmagt og er gældende 1 år fra dato.«

Af fuldmagt af 22. august 2013 fremgår blandt andet:

»Undertegnede, Birgit Nørgaard, bestyrelsesformand, og Jan-Gunnar Glave, administrerende direktør, sammen tegningsberettigede for E. Pihl & Søn A.S. ... giver hermed fuldmagt til

Hans Anker Nielsen

...

og

Peter Semmling

...

Til i forening på vegne af E. Pihl & Søn A.S. at underskrive tilbud og dertil hørende dokumenter på projektet: TP4 Urban Tunnels, Banedanmark.

Denne fuldmagt udløber den 20. september 2013.«

Den 26. august 2013 indgik E. Pihl & Søn A/S og Per Aarsleff A/S en »joint venture«-aftale, hvoraf fremgik, at joint venturet »udgør juridisk set et interessentskab der oprettes imellem Pihl og PAA og registreres på behørig vis såfremt Kontrakten tildeles Joint Ventureret«. Endvidere fremgik det, at joint venturets navn var: »JV Pihl – Aarsleff – TP 4«, at dets vedtægter var vedtægterne for »JV Pihl – Aarsleff – TP 4 I/S«. Dets formål var beskrevet således: »Joint Venturet har til formål at afgive tilbud på Entreprisen«, og dette begreb var andetsteds defineret under henvisning til »TP 4 Urban Tunnels«. Af aftalens pkt. 20 fremgik det, at aftalen blandt andet ophørte uden varsel, hvis »kontrakten på Entreprisen tildeles tredjemand«.

Indklagede har oplyst, at joint venture-aftalen blev underskrevet af begge parter på et møde hos E. Phil & Søn A/S om morgenen den 26. august 2013.

Senere samme dag blev der afsagt konkursdekret over E. Pihl & Søn A/S.

Ligeledes den 26. august 2013 sendte Niels Sørensen, Banedanmark, følgende sms til Nikolaj Lundberg, Per Aarsleff A/S:

»Go aften – undskyld tid betyder pihls konkursbegæring noget KH-RG?«

Den 27. august 2013 afgav JV Pihl Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S første tilbud. Følgebrevet til tilbuddet var underskrevet af Per Semmling og Hans Anker Nielsen for »E. Phil & Søn A.S.« og af Frank Roland Nielsen og Carsten Lund for »Per Aarsleff A/S«. Af tilbuddet fremgår blandt andet:

»2. Tilbudsgiver

Tilbuddet afgives af konsortiet JV Pihl – Aarsleff TP 4 – Urban Tunnels I/S med COWI A/S samt ÅF Hansen & Henneberg A/S som tekniske rådgivere.

2.1 Beskrivelse af tilbudsgiver

...

... både Pihl og Aarsleff har en lang og stolt tradition for at indgår JV's på større projekter. Dette har været metoden til at kunne få lov til at være en del af store og spændende projekter som nærværende projekt.«

Den 29. august 2013 og 9. september 2013 sendte Niels Sørensen, Banedanmark, følgende sms'er til Carsten Lund, Per Aarsleff A/S:

»Hej Carsten Lund Jeg vil meget gerne lige vende TP 4 med dig« og
»Hej Carsten Lund Såvel MTH/Zublin og Hochtief har nu spurgt til hvorledes vi takler Pihls konkurs. Noget nyt? Mvh niels sørensen«

I e-mail af 6. september 2013 fra klagerne til indklagede står der:

»...

MT Højgaard – Zublin Joint Venture skal hermed anmode dem om at oplyse hvorledes The New Line Copenhagen-Ringsted, Banedanmark forholder sig til E. Pihl & Søn A.S.'s konkurs i forbindelse med den fortsatte tilbudsproces på entreprisen TP 4 Urban Tunnels.«

Carsten Lund, Per Aarsleff A/S, besvarede den 9. september 2013 de 2 sms'er fra Niels Sørensen, Banedanmark, således:

»Som vi tolker juraen er Aarsleff bundet af det afgivne tilbud. På denne baggrund vil vi gøre det der skal til for at kunne gennemfører tilbudsrunderne og en evt fremtidig kontrakt. Til din orientering har vi ansat en række nøgle personer fra PIHL mange med baggrund i TP 4 og mange med beton som kerne kompetence. Vi har desuden drøftet situationen TP 4 med vores advokat som er af samme opfattelse som kammeradvokaten henset«. Hertil svarede Niels Sørensen, Banedanmark, samme dato: »Tak for orienteringen. Måske kunne du lade jeres advokat kontakte mig for en lille snak, evt. også med Kammeradvokaten«.

I e-mail af 20. september 2013 fra klagerne til indklagede står der:

»...

I forlængelse af min mail af 6. september 2013 samt forhandlingsmødet 11. september 2013 fremsender vi hermed til Deres orientering vedlagte juridiske vurdering af problematikken omkring E. Pihl & Søn A.S.'s konkurs og den fortsatte tilbudsproces på entreprisen TP 4 Urban Tunnels.

...«

I det omtalte notat står der:

»NOTAT

Ændring af sammenslutning af tilbudsgivere

1. Indledning og konklusion

MTH - Züblin JV har bedt mig vurdere, hvorvidt Banedanmark – i lyset af E. Pihl & Søn's konkurs – kan tillade ændring i sammenslutningen »JV Pihl-Aarsleff«, der som helhed er prækvalificeret som tilbudsgiver under Banedanmarks igangværende udbud vedrørende København-Ringsted banen.

Det er sammenfattende min vurdering, at Banedanmark ikke kan tillade ændring i sammenslutningen »JV Pihl-Aarsleff«.

Alene prækvalificerede aktører kan afgive tilbud. Ændrer en prækvalificeret tilbudsgiver sammensætning eller identitet, og ændringen ikke før

afgivelse af tilbud forudgående er skriftligt godkendt af ordregiver, skal der som hovedregel ses bort fra tilbuddet.

Ordregivers begrænsede adgang til at tillade ændring må ses i sammenhæng med Klagenævnet for Udbuds praksis om ordregivers ret og pligt til afvisning i tilfælde af selv mindre afvigelser eller mangler i forhold til udbudsgrundlaget. De hensyn, der gør sig gældende i forhold til at acceptere ændring/overdragelse af igangværende projekter i konkurstilsfælde, herunder værdispildsbetragtninger, gør sig ikke gældende i en situation som den foreliggende, hvor udbud ikke er afsluttet.

Hertil kommer, at forhandlingsretten efter FVDIR angår eventuelle ændringer i tilbuddet (kontraktens vilkår), hvorimod det ligger uden for disse rammer at forhandle om tilbudsgivers egnethed og sammensætning.

Tillader Banedanmark ændring, og dette resulterer i kontraktindgåelse med »JV Pihl-Aarsleff« (som ændret), og klagenævnet senere konstaterer, at ændring var uberettiget, er der tale om alvorlige overtrædelser af udbudsreglerne, der potentielt medfører, at kontraktindgåelsen betragtes som sket uden udbud.

2. Juridisk baggrund

2.1 Kun prækvalificerede aktører kan afgive tilbud

Spørgsmålet om, hvorvidt der kan ske ændring af sammenslutninger af tilbudsgivere efter prækvalifikation er ikke specifikt reguleret i udbudsdirektiverne, og det lægges til grund, at der heller ikke er fastsat særlige bestemmelser herom i udbudsgrundlaget. EU-Domstolen har udtalt, at fastsættelsen af bestemmelser om sammensætningen af tilbudsgivere henhører under medlemsstaternes kompetence (sag C-57/01, Makedoniko Metro, pr. 61). Danmark har ikke fastsat sådanne bestemmelser. Spørgsmålet må afgøres med udgangspunkt i de almindelige principper om lighed- og gennemsigtighed.

Det er et grundlæggende princip, at ordregiver ikke må beslutte at indgå kontrakt med en aktør, der ikke er prækvalificeret, eller med en aktør, der ikke har afgivet tilbud, jf. f.eks. klagenævnets kendelse af 10. maj 2002, Ementor Denmark, samt princippet i FVDIR art. 51 og tilsvarende UD art. 44.

Klagenævnet fastslog allerede i kendelse af 9. marts 1998, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, at princippet også gælder i forhold til ændring af sammenslutninger af tilbudsgivere. Klagenævnet udtalte, at ordregiver havde handlet i strid med udbudsreglerne »... ved at tillade, at

sammensætningen af deltagere i en af de prækvalificerede tilbudsgivere [...] efter prækvalifikationen blev ændret, idet [rådgivende ingeniør X] udgik og blev erstattet af [rådgivende ingeniør Y].«

Hvis et konsortium eller joint venture således som helhed er prækvalificeret, »... må der efter Klagenævnets praksis ikke ske udskiftning i deltagerkredsen i forbindelse med tilbudsafgivelsen/kontraktindgåelsen.« (EU's udbudsregler i praksis (2006), side 283).

I det konkrete tilfælde er »JV Pihl-Aarsleff« efter det oplyste som helhed prækvalificeret, og Banedanmark kan derfor som almindelig regel ikke give tilladelse til, at »JV Pihl-Aarsleff« ændrer deltagerkredse efter prækvalifikation; de prækvalificerede aktører investerer i tilbudsudarbejdelsen i tillid til indholdet af prækvalifikationen.

2.2 Særlige tilfælde; ordregivers begrænsede ret til at tillade ændring

Inden for udbudsreglernes rammer har ordregiver en vis begrænset adgang til at tillade ændring hos en prækvalificeret tilbudsgiver. Ordregiver er dog ikke forpligtet til at tillade ændring, og eventuel ændring skal før afgivelse af tilbud forudgående tillades skriftligt af ordregiver.

Se i den forbindelse EU-Udbudsretten (2011), side 464: »En virksomhed, der har opnået prækvalifikation, kan ikke overdrage denne til en anden virksomhed Dette kan alene lade sig gøre, såfremt ordregiveren specifikt samtykker heri. Ordregivers mulighed for at samtykke synes at være begrænset til tilfælde, hvor en oprindeligt prækvalificeret virksomhed fissioneres eller på anden måde opdeles, da man i modsat fald vil konstatere at ordregiver ikke har sikret sig, at erhververen opfylder de fastsatte udvælgelseskriterier og ikke har kunnet eller skullet udelukkes fra udbuddet.«

I samme retning Udbudsprocessen (2010), side 88, der anfører, at retten til at give tilladelse til sagligt begrundet ændring hos prækvalificeret tilbudsgiver er begrænset til tilfælde, »... hvor ændringen ikke har indflydelse på den prækvalificeredes egnethed, og ændringen ikke giver risiko for, at prækvalifikationen burde have faldet anderledes ud eller anden anerkendelsesværdig indsigelse.«

Ændring i en sammenslutning af tilbudsgivere, der konkret må betragtes som væsentlig, medfører, at ordregiver har pligt til at udelukke sammenslutningen, jf. f.eks. Brown (P.P.L.R., 2003, side 58): »A breach of the Community procurement rules may arise where the change in consortium membership substantially alters the identity or capacity of the consortium in question.«

I samme retning Arrow smith (2005), side 776, der udtaler, at udelukkelse »... probably [is] required if the change is material in the sense that had it been made earlier it would have affected the entity's decisions [...]; to allow it to continue would probably violate the equal treatment principle [...]. If the change occurs after the consortium been invited to participate, it is arguable that it must be excluded if it would not have received this invitation in its new form.« Også Treumer (P.P.L.R. 2006, side 77).«

Den 9. oktober 2013 skrev indklagede følgende til Per Aarsleff A/S:

»...

Som varslet telefonisk har BDK og jeg skrevet et fællesbrev til de 4 tilbudsgivere, hvor BDK melder ud, at BDK har besluttet at lade Aarsleff forblive i konkurrencen. ...

To sætninger i brevudkastet lyder:

»Per Aarsleff A/S has requested Banedanmark's permission to remain in the tender process without E. Pihl & Søn A/S and without replacing E. Pihl & Søn A/S with a new tenderer (i.e. without adopting a new partner in the JV).

The trustee in E. Pihl & Søn A/S in bankruptcy has notified Banedanmark that the bankruptcy estate will not assume the position of E. Pihl & Søn A/S in the JV and has transferred the right to bid to Per Aarsleff A/S.«

Vores forslag er det enkle, at du hiver fat i din kontaktperson i kuratellet og beder ham meddele Aarsleff, at boet ikke ønsker at deltage i TP 4 udbudsprocessen, og at boet overlader det til Aarsleff at fortsætte budgivningen uden deltagelse af Pihl u/k. ... Når mail/brev er i hus hos jer, bedes I videresende til BDK eller mig, hvorefter BDK in samme moment ekspederer fællesbrevet af sted.

...«

Den 10. oktober 2013 skrev Per Aarsleff A/S følgende til indklagede:

»...

I forlængelse af vor samtale i dag sender jeg udkast til mail til konkursboet, som jeg læste op for dig og, som du godkendte:

»Som repræsentant for Per Aarsleff A/S beder jeg dig meddele mig, at konkursboet ikke har indvendinger mod, at Per Aarsleff A/S forstætter tilbudsgivningen alene og uden om joint venture? Dette indebærer tilli-

ge, at boet accepterer, at Per Aarsleff A/S ikke hermed overtræder pligter i medfør af joint venture-aftalen, herunder konkurrenceklausulen i punkt 15.

Dette indebærer ikke i sig selv et ophør af joint venture-aftalen, idet parterne efterfølgende skal drøfte dette ophør. Alle omkostninger ved den selvstændige tilbudsgivning er dog Per Aarsleff A/S' egne, ligesom den vundne kontrakt i givet fald vil være med Per Aarsleff A/S alene. Per Aarsleff A/S skal ikke i anledning af, at kontrakten vindes, godtgøre boet eller joint venturet noget.«

Jeg sender dig en mail med denne ordlyd kurator, hvis ikke du sender kommentarer til mig i aften.«

Den 15. oktober 2013 sendte indklagede følgende meddelelse til tilbudsgiverne:

»As a consequence of the bankruptcy proceedings of E. Pihl & Søn A/S Banedanmark has considered the position of the joint venture between Per Aarsleff A/S and E. Pihl & Søn A/S (the JV) in the ongoing tender process.

Per Aarsleff A/S has requested Banedanmark's permission to remain in the tender process without E. Pihl & Søn A/S and without replacing E. Pihl & Søn A/S with a new tenderer ...

...
Banedanmark has decided that Per Aarsleff A/S may continue to participate in the tender process regardless of the bankruptcy proceedings of E. Pihl & Søn A/S. This will be the case regardless of whether or not the bankruptcy estate decides to assume the position of E. Pihl & Søn A/S in the JV.

Banedanmark has based this decision on the fact that Per Aarsleff A/S fulfills the requirements to participate in the tender without the economical and technical capacity of E. Pihl & Søn A/S and that it had not been significant for the decision to invite the JV to participate in the tender that E. Pihl & Søn A/S was part of the JV.

Furthermore, Banedanmark has put emphasis on the fact that E. Pihl & Søn A/S will not be replaced by a new bidder in the JV and that the selected tenderers will thus remain the same, as no new operator is permitted to participate in the tender process at this point in time.

...
It should also be noted that Per Aarsleff A/S has taken over fifty salaried employees ... from E. Pihl & Søn A/S after the bankruptcy proceedings began, including key persons on the TP 4 bid.

...«

Den 23. oktober 2013 skrev indklagede følgende til Per Aarsleff A/S og E. Pihl & Søn A/S under konkurs:

»Banedanmark har på nuværende tidspunkt ikke har modtaget meddelelse fra boet om, at boet vil indtræde i tilbudsafgivelsen på TP4 i joint venture med Per Aarsleff A/S, og der er i dag frist for afgivelse af andet forhandlingstilbud. Banedanmark anser på den baggrund Pihl & Søn A/S for at være udtrådt af konsortiet, hvorfor det herefter vil være Per Aarsleff A/S der deltager i udbudsprocessen i stedet for joint venture. Det vil herefter ikke være muligt for boet at indtræde i joint venture i forhold til tilbudsafgivelse på TP-4.«

Af tilbudsbrief fra Per Aarsleff A/S af 23. oktober 2013 fremgår blandt andet:

»Vedr.: Totalentreprise TP4 – Urban Tunnels

2. tilbud, 23. oktober 2013

Idet vi takker for Deres invitation til at afgive tilbud på udførelse af ovenstående entreprise...

...

Til orientering kan vi oplyse, at tilbuddet afgives af Per Aarsleff A/S som fortsættende entreprenør fra joint venture mellem E. Pihl & Søn A.S. (nu under konkurs) og Per Aarsleff A/S. Konkursboet har ikke meddelt at ville indtræde i joint ventureaftalen, hvorfor Per Aarsleff A/S har ophævet joint venture aftalen.«

Af indklagedes evalueringsskema af 20. december 2013 fremgår følgende:

»

TP4	TBI	MZ	PAa	HOCHTIEF
1st bid	1.750.000.000	1.400.000.000	1.382.100.000	1.190.714.513
2nd bid	1.170.777.777	1.090.000.000	1.000.000.000	1.217.281.522
Technical solution 1st bid	7,0	6,0	6,0	6,0
Technical solution 2nd bid	6,0	6,8	7,0	9,0
Technical solution 3rd bid	-	7,5	8,0	9,5
3rd bid		925.500.000	915.000.000	1.048.470.281

reservation		2.300.000	5.300.000	0
3rd bid + reservation	-	927.800.000	920.300.000	1.048.470.281
Lowest price	-	920.300.000	920.300.000	920.300.000
Delta price	-	7.500.000	0	128.170.281
Final position	-	2	1	3

«

Af indklagedes tildelingsbeslutning sendt til klagerne pr. e-mail den 20. december 2013 fremgår:

»På vegne af Den nye bane København Ringsted meddeles at Banedanmarks direktion på møde dags dato efter indstilling fra Den nye bane København Ringsted's ledelse besluttet at tildele Per Aarsleff A/S kontrakten på TP4 Urban Tunnels.

Per Aarsleff A/S afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Per Aarsleff's pris var efter kapitalisering af forbehold 7.5 mio lavere end næsthøjeste bud fra MTH/Zublin. Da Per Aarsleff A/S samtidig havde en anelse højere score 0,2-0,3 på det tekniske er resultatet entydigt. Den væsentligste grund til den bedre tekniske værdi er en betydelig mere robust og sikker vandtætning af overdækningen af de to tunneller.

Herudover kan nævnes at den højeste tekniske score blev tildelt Hochtief Solutions AG, der tilbød traditionel betonløsning, mens såvel Per Aarsleffs som MTH/Zublins projekter indeholder spuns-løsninger, for Per Aarsleffs vedkommende kun i Kulbanetunnellen.

...«

Parternes anbringender

Ad påstand 3

Klagerne har gjort gældende, at indklagede ikke kunne tillade, at JV Pihl - Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S blev erstattet af Per Aarsleff A/S, da det alene var interessentskabet, som havde ansøgt om og senere blev prækvalificeret. En deltagelse i et udbud med forhandling forudsætter en ansøgning, der er indleveret inden for den fastsatte frist. Det er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, hvis der accepteres deltagelse i et udbud med forhandling for en virksomhed, der ikke rettidigt har ansøgt om og/eller opnået prækvalifikation. Interessentskabet er en selvstændig juridisk person med egen retsevne, hvorfor interessentskabet hverken juridisk eller praktisk kan identificeres med Per Aarsleff A/S. Det er derfor uden betydning, om der ved interessentskabets ansøgning om prækvalifikation blev

indleveret sådanne oplysninger om Per Aarsleff A/S, at Per Aarsleff A/S selv kunne have opnået prækvalifikation. Udbudsreglerne er et formelt regelsæt, hvor der via formelle krav og forskrifter sikres klare procedurer for, hvordan offentlige kontrakter indgås. Det strider derfor mod udbudsreglernes karakter og formål, hvis der lægges vægt på hypotetiske betragtninger om, hvad der ville være blevet udfaldet, hvis Per Aarsleff A/S havde ansøgt om prækvalifikation, jf. klagenævnets kendelser af 9. marts 1998 og 10. maj 2002. Da der blev afgivet fire tilbud, kunne hensynet til konkurrence under udbuddet ikke begrunde, at Per Aarsleff A/S fik mulighed for at deltage i udbuddet, jf. til illustration udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, og det, at indklagede selv forudsatte, at der kunne etableres fornøden konkurrence med et felt af tilbudsgivere, der forud for »BAFO« udgjorde tre. EU-domstolens dom i C-57/01, Makedoniko Metro, er ikke relevant.

Per Aarsleff A/S opfyldte i øvrigt ikke selv kravene til teknisk kapacitet efter udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3). Det fremgår af interessentskabets ansøgning om prækvalifikation, at E. Pihl & Søn A/S og Per Aarsleff A/S »har ... de fælles nødvendige erfaringer og kompetencer til at kunne løse og gennemføre store projekter, som det udbudte projekt«, ligesom der i tilbuddet af 27. august 2013 lægges betydelig vægt på parternes komplementære kompetencer. Det var i udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3) et ufravigeligt krav, at ansøgninger om prækvalifikation indeholdt »a description of the applicant's design tools and workflows and the approach 3D modeling of the structures included in the tender«. Prækvalifikationsansøgningen indeholdt kun for E. Pihl & Søn A/S og interessentskabets tekniske rådgiver COWI A/S en beskrivelse af »design tools« og »workflows«. For så vidt angår Per Aarsleff A/S indeholdt prækvalifikationsansøgningen kun 2 sider (plus 1 side fra Aarsleff Rail A/S), der helt åbenbart ikke levede op til kravene om en beskrivelse af »design tools« og »work flows«. JV Pihl - Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S (og senere Per Aarsleff A/S) har ikke gjort gældende, at ansøgningen om prækvalifikation helt eller delvis skete med henvisning til COWI A/S' tekniske formåen, og der er ikke fremlagt erklæring fra COWI A/S eller andre dokumenter, som godtgør, at interessentskabet eller Per Aarsleff A/S rådede over COWI A/S' tekniske kapacitet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 54, stk. 5 og 6. Da indklagede senere lagde til grund, at Per Aarsleff A/S selv levede op til egnethedskravene i udbudsbekendtgørelsen, foretog indklagede heller ingen kontrol med, om Per Aarsleff A/S kunne råde over COWI A/S' tekniske

kapacitet, og Per Aarsleff A/S dokumenterede det ikke af egen drift. Klagenævnets kendelse af 21. juli 2011 er ikke relevant.

Indklagede har gjort gældende, at EU-Domstolen i sag C-57/01, Makedoniko Metro, konkluderede, at fastsættelsen af bestemmelser om ændringer i sammensætningen af sammenslutningen af økonomiske aktører henhører under medlemsstaternes kompetence, og at direktivet ikke er til hinder for national lovgivning herom. Udgangspunktet er derfor, at en ordregiver i mangel af national regulering – som det er tilfældet i Danmark – er berettiget til at acceptere sådanne ændringer, der efter en konkret vurdering kan tillades, så længe de ikke er i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. klagenævnets kendelse af 2. september 2005. Klagenævnets kendelse af 9. marts 1998 er ikke længere udtryk for gældende ret, og klagenævnets kendelse af 10. maj 2002 er ikke relevant.

Der var tale om en ekstraordinær begivenhed, og konkursen er en objektiv konstaterbar omstændighed, som hverken indklagede eller Per Aarsleff A/S havde indflydelse på, hvilket viser, at indklagede ikke forsøgte at omgå udbudsreglerne. Der var kun fem ansøgninger om prækvalifikation, og indklagede ville i medfør af udbudsbekendtgørelsens punkt VI.3 først iværksætte en kvalitativ udvælgelse blandt ansøgningerne, hvis der var mere end seks egnede ansøgere. Per Aarsleff A/S var egnet også uden E. Pihl & Søn A/S. Per Aarsleff A/S havde vedlagt en beskrivelse af virksomhedens arbejde med 3D-modellering, og indklagede havde ikke fastlagt kvalitative mindstekrav til den tekniske formåen i udbudsbekendtgørelsen. Indklagede vurderede, at konsortiet – og senere Per Aarsleff A/S – rådede over de ressourcer fra COWI A/S, der måtte være nødvendige for kontraktens udførelse, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 54, stk. 6. Der er ikke et generelt krav om – og det var ikke opstillet som et krav i udbudsbekendtgørelsen – at en ansøger skal vedlægge en støtteerklæring fra den virksomhed, som ansøgeren baserer sig på, jf. klagenævnets kendelse af 21. juli 2011. Det fremgik af ansøgningsbrevet, at der var indgået aftale med COWI A/S som projekterende ingeniør, ansøgningen var vedlagt alle relevante selskabsretlige dokumenter vedrørende COWI A/S, og COWI A/S havde til brug for ansøgningen om prækvalifikation udarbejdet 33 sider om 3D-modellering og 26 sider med relevante referencer til tidligere arbejder. På den baggrund var det godtgjort, at COWI A/S ville bistå ansøgeren. Der stod ikke i ansøgningen, at COWI A/S var finansiel partner eller lignende, jf. klagenævnets kendelse af 8. januar 2013. At Per Aarsleff A/S afløste joint venturet

har heller ikke haft nogen betydning for tilbudsgiverne indbyrdes, da ingen ansøgere var blevet udelukket ved prækvalifikationen eller kunne have opnået deltagelse, hvis Per Aarsleff A/S havde ansøgt alene. Per Aarsleff A/S fik ikke mere tid, bedre vilkår eller flere oplysninger end de øvrige tilbudsgivere. Såfremt Per Aarsleff A/S ikke ønskede at deltage i udbuddet alene, eller hvis indklagede var nødsaget til at udelukke Per Aarsleff A/S, kunne konkurrencefeltet blive begrænset til tre tilbudsgivere ved det andet tilbud, hvilket lå under indklagedes erklærede målsætning på mindst fire tilbudsgivere og ville overflødig gøre det konkurrencemæssigt skærpende element, der lå i, at kun de tre bedste tilbudsgivere fik lov til at byde ind i tredje runde. Indklagede risikerede derfor enten at skulle lade udbudsproceduren gå om for at sikre tilfredsstillende konkurrence med heraf følgende forsinkelse af projektet, eller at projektet blev fordyret som følge af en forringet konkurrencesituation. Indklagede valgte at varetage hensynet til den fortsatte konkurrence, der er et af de bærende elementer bag udbudsdirektiverne. Hertil kommer, at indklagede på en åben og gennemsigtig måde meldte ud om dette.

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 udsigtsløs, 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 klagerne.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagernes 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, at stillingtagen til påstand 3, såfremt denne tages til følge, efter klagenævnets opfattelse i sig selv vil kunne føre til, at klagernes påstand om annullation af tildelingsbeslutningen ved en endelig afgørelse vil skulle tages til følge.

Efter indholdet af ansøgningen af 4. marts 2013 måtte Banedanmark lægge til grund, at ansøgning om prækvalifikation blev indgivet af »JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S«, der var dannet af 2 interessenter, nemlig E. Pihl & Søn A/S samt Per Aarsleff A/S. Det fremgår da også af mailen af 8. marts 2013 fra Banedanmark, at Banedanmark traf beslutning om at prækvalificere blandt andre virksomheden »JV Pihl-Aarsleff – TP Urban Tunnels I/S«. Den 26. august 2013 afsagde Sø- og Handelsretten konkursdekret vedrørende E. Pihl & Søn A/S. Den 27. august 2013 blev der indgivet et tilbud, der fremtrådte som afgivet af JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S. Per Aarsleff A/S indgav herefter i eget navn andet tilbud i udbudsprocessen og ligeledes endeligt tilbud den 12. december 2013.

Den foreliggende situation, hvor ændringen er indtruffet, *inden* ordregiveren har truffet tildelingsbeslutning og indgået kontrakt, adskiller sig væsentligt fra tilfælde, hvor der, *efter* at der er indgået kontrakt med en tilbudsgiver, indtræder en situation, hvor tilbudsgiveren tages under insolvensbehandling.

Der er endvidere ikke blot tale om, at en interessent er udtrådt af interessentskabet, men også om, at tilbuddet blev indgivet af en virksomhed alene, nemlig Per Aarsleff A/S. EU-domstolen fastslog i sin dom i sag C-57/01,

Makedoniko Metro, som indklagede har henvist til, at »*Direktiv 93/37 ... ikke [er] til hinder for nationale bestemmelser, som forbyder en ændring, indtrådt efter indgivelsen af buddene, af sammensætningen af en sammenlutning af entreprenører, som deltager i et udbud med henblik på indgåelse af en offentlige bygge- og anlægskontrakt eller en koncessionskontrakt om offentlige bygge- eller anlægsarbejder*«. Dommen kan ikke tages til indtægt for, at den omhandlede ændring af en ansøgers/tilbudsgivers identitet skulle være tilladt.

Det forhold, at en ordregiver har prækvalificeret et interessentskab, indebærer ikke, at de enkelte interessenter i interessentskabet hver for sig er blevet prækvalificerede, og det gælder, uanset at ordregiveren på baggrund af ansøgningen måtte være i stand til at konstatere, at interessenterne hver især opfyldte betingelserne herfor.

Det prækvalificerede interessentskab afgav ikke det endelige 3. tilbud i udbuddet. I stedet blev dette tilbud afgivet af den ene tidligere interessent, Per Aarsleff A/S, alene. Ved Banedanmarks tildelingsbeslutning af 20. december 2013 blev Per Aarsleff A/S på baggrund af dette tilbud tildelt ordren alene, uanset at denne tilbudsgiver ikke var blevet prækvalificeret.

Klagenævnet anser det herefter på det foreliggende foreløbige grundlag for sandsynligt, at klagerne ved en endelig kendelse vil få medhold i påstand 3 og dermed også i påstand 5 om annullation af Banedanmarks tildelingsbeslutning. Betingelse nr. 1 (*»fumus boni juris«*) er således opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at et hvert udbud – uanset størrelsen af den udbudte ordre – indebærer en kommerciel risiko for tilbudsgiverne for, at det ikke lykkes at få tildelt ordren. På det foreliggende grundlag kan det ikke antages, at klagerne vil lide et uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Klagenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at klagerne ikke har sandsynliggjort, at en eventuel økonomisk kompensation ikke vil kunne udgøre fuld erstatning, og at der således skulle være tale om en uoprettelig skade.

Betingelse nr. 2 er derfor ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig